

## Öffentliches Recht

### Standort: Allg. Persönlichkeitsrecht

### Problem: Beleidigungsfreier Raum

BVERFG, URTEIL VOM 23.11.2006  
1 BvR 285/06 (NJW 2007, 1194)

#### **Problemdarstellung:**

Die vorliegende Entscheidung des BVerfG spielt im Spannungsverhältnis zwischen der Meinungsfreiheit (Art. 5 I 1 GG) und dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht Dritter (Art. 2 I i.V.m. 1 I GG), die sich durch die Meinungsäußerung beleidigt fühlen. Im konkreten Fall hatte sich ein Strafgefangener in einem Brief an einen befreundeten Mithäftling abfällig über die Anstaltsleitung geäußert.

Das BVerfG geht in st.Rspr. davon aus, dass jedenfalls in der Intimsphäre, also im engsten Familienkreis, in aller Regel die Meinungsfreiheit Vorrang vor dem Persönlichkeitsschutz des Betroffenen genießt. Damit korrespondiert die h.M. im Strafrecht, die insoweit gar von einem "beleidigungsfreien Raum" spricht.

Im Fall ging es jedoch nicht um eine Äußerung gegenüber einem Familienmitglied, sondern gegenüber einem Freund. Das BVerfG meint, auch in diesem Fall könne nichts anderes gelten, weil der Äußernde hier wie dort in Ansehung eines besonderen Vertrauensverhältnisses davon ausgehen dürfe, dass seine abfällige Äußerung nicht an Dritte - insbesondere nicht an den Betroffenen - weitergegeben wird. Damit weitet das Gericht den Schutz der Meinungsfreiheit zu Lasten des allgemeinen Persönlichkeitsrechts Dritter aus.

#### **Prüfungsrelevanz:**

Bei der Prüfung des Art. 5 I 1 GG ist wie folgt aufzubauen:

1. Im Schutzbereich zunächst festzustellen, dass jede wertende Stellungnahme als Meinung geschützt ist, mag sie auch beleidigenden Charakter haben. Diese - in der Literatur z.T. bestrittene - Ansicht entspricht jedenfalls der st.Rspr. des BVerfG. So wird im vorliegenden Fall nicht einmal mehr die Frage aufgeworfen, ob die Bezeichnung "Arschlöcher" in den Schutzbereich fällt.

2. Wird an eine solche Äußerung eine strafrechtliche Sanktion (z.B. eine Verurteilung wegen Beleidigung, § 185 StGB) geknüpft, liegt ein Eingriff in den Schutzbereich vor.

3. Die verfassungsrechtliche Rechtfertigung könnte über § 185 StGB gelingen, der als "allgemeines Gesetz" i.S.d. Art. 5 II GG die Meinungsfreiheit be-

schränkt. Allerdings muss auch dieser wieder im Lichte der Grundrechte angewendet werden, sog. "Wechselwirkungslehre" des BVerfG (vgl. dazu auch das Urteil in Fallstruktur in diesem Heft). An dieser Stelle ist dann auszuführen, dass die Ausstrahlungswirkung der Meinungsfreiheit und des allgemeinen Persönlichkeitsrechts des Äußernden eine Anwendung des § 185 StGB in aller Regel ausschließen, wenn er die beleidigende Äußerung über einen Dritten gegenüber einem Familienangehörigen oder - wie mit diesem Urteil klargestellt - einer anderen Vertrauensperson getätigt hat und nicht mit deren Verbreitung rechnen musste.

#### **Vertiefungshinweise:**

Schutz von Strafgefangenenpost an Vertrauenspersonen: *BVerfGE* 90, 255; *Wasmuth*, NStZ 1995, 100; *Popp*, NStZ 1995, 413

Beleidigung contra Meinungsfreiheit: *BVerfG*, RA 2006, 61 = BayVBl 2006, 15

Meinungsfreiheit und Schmähdikritik: *BVerfG*, RA 2005, 633 = NJW 2006, 207; RA 2004, 52 = NJW 2003, 3760; NJW 2003, 961; NJW-RR 2000, 1712; NJW 1993, 1462; NJW 1991, 1475

#### **Kursprogramm:**

*Examenskurs* : "Pazifisten"

#### **Leitsätze (der Redaktion):**

**1. Bei Äußerungen gegenüber Familienangehörigen und Vertrauenspersonen, die in eine Sphäre fallen, die gegen die Wahrnehmung durch den Betroffenen oder Dritte abgeschirmt ist, tritt der Aspekt der Ehrverletzung eines von der Äußerung Betroffenen gegenüber dem einer freien Entfaltung der Persönlichkeit des sich Äußernden zurück.**

**2. Der Kreis möglicher Vertrauenspersonen ist dabei nicht auf Ehegatten oder Eltern beschränkt, sonder erstreckt sich auf ähnlich enge Vertrauensverhältnisse.**

#### **Sachverhalt:**

Die Verfassungsbeschwerde betrifft die Ausdehnung des als grundsätzlich "beleidigungsfrei" anzusehenden Bereichs vertraulicher Kommunikation bei der persönlichen Korrespondenz von Strafgefangenen.

Der wegen vielfachen Kindesmissbrauchs zu einer mehrjährigen Freiheitsstrafe verurteilte geschiedene

Beschwerdeführer befand sich zunächst in Untersuchungshaft in der Justizvollzugsanstalt M. Dort wurde er wegen der Taten, deretwegen er verurteilt worden war, von Mitgefangenen gedemütigt und misshandelt, so dass er seine Zelle nicht verlassen konnte und schließlich auf Betreiben der Anstaltsärztin in die Justizanstalt L. verlegt wurde. Während eines Verschubungsaufenthalts zurück in der Justizvollzugsanstalt M. lernte er einen Mitgefangenen kennen, zu dem sich eine freundschaftliche Beziehung entwickelte. Nachdem der Beschwerdeführer wieder in die Justizvollzugsanstalt L. verlegt worden war, schrieb er dem Mitgefangenen einen Brief, in welchem er die Verhältnisse in der Justizvollzugsanstalt L. lobte und insbesondere auch die dortigen Justizvollzugsbediensteten als "echt super" bezeichnete. In dem Brief heißt es weiter: "Kein Vergleich mit den unfähigen Arschlöchern aus M. Du wirst hier wie ein Mensch behandelt und nicht wie ein Stück Dreck.". Der Brief wurde im Rahmen der Briefkontrolle aufgrund eines Beschlusses des Amtsgerichts M. angehalten; ein Abteilungsleiter der Justizvollzugsanstalt M. stellte Strafantrag.

Durch das angegriffene Urteil des Amtsgerichts wurde der Beschwerdeführer wegen Beleidigung zu einer Geldstrafe von 10 Tagessätzen in Höhe von je 2,00 € verurteilt. In dem Urteil heißt es unter anderem, die Tat sei nicht gemäß § 193 StGB straffrei, da der Beschwerdeführer sich nicht darauf berufen könne, dass nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts die Rechtswidrigkeit einer beleidigenden Äußerung im Hinblick auf den Schutzbereich des Art. 5 GG entfalle, wenn es sich um Äußerungen in Gefangenenpost handle. Diese Äußerungen unterlägen dem besonderen Schutzbereich des Art. 5 GG nach ständiger Rechtsprechung nämlich nur dann, wenn es sich dabei um Post an Familienangehörige handle. Allein die freundschaftliche Beziehung zu dem Mitgefangenen begründe kein solches Intimitäts- und damit Ausnahmeverhältnis, dass die Äußerungen des Gefangenen im Hinblick auf den Schutzbereich des Art. 5 GG gerechtfertigt wären.

Mit dem gleichfalls angegriffenen Beschluss des Landgerichts wurden die Berufungen der Staatsanwaltschaft und des Beschwerdeführers als unzulässig verworfen, weil sie offensichtlich unbegründet seien (§ 313 Abs. 2 StPO). Die Verfassungsbeschwerde hatte Erfolg.

#### **Aus den Gründen:**

Die Kammer nimmt die Verfassungsbeschwerde zur Entscheidung an, weil dies zur Durchsetzung der in § 90 Abs. 1 BVerfGG genannten Rechte des Beschwerdeführers angezeigt ist (§ 93 b in Verbindung mit § 93 a Abs. 2 Buchstabe b BVerfGG). Die Voraussetzungen des § 93 c Abs. 1 Satz 1 BVerfGG für eine der Verfassungsbeschwerde stattgebende Entscheidung der Kammer sind gegeben. Die maßgeblichen verfassungs-

rechtlichen Fragen hat das Bundesverfassungsgericht bereits entschieden (vgl. insbes. BVerfGE 90, 255 [259 ff.]). Danach ist die Verfassungsbeschwerde offensichtlich begründet. Die angegriffenen Entscheidungen verletzen den Beschwerdeführer in seinem Grundrecht auf Meinungsfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG, indem sie dem aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG) folgenden Vertraulichkeitsschutz nicht hinreichend Rechnung getragen haben.

#### *A. Schutzbereich betroffen*

Die Äußerung des Beschwerdeführers genießt den Schutz der Meinungsfreiheit gemäß Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG, die allerdings durch die Vorschriften zum Schutz der persönlichen Ehre beschränkt wird.

#### *B. Rechtfertigung des Eingriffs*

Bei der Bestimmung dieser Schranken ist wiederum zu beachten, dass das in Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG geschützte allgemeine Persönlichkeitsrecht dem Einzelnen auch Schutz im Intim- und Privatbereich gewährt.

#### *I. Beleidigungsfreier Raum bei Äußerungen gegenüber Familienangehörigen*

Bei Äußerungen gegenüber Familienangehörigen und Vertrauenspersonen, die in eine Sphäre fallen, die gegen die Wahrnehmung durch den Betroffenen oder Dritte abgeschirmt ist, tritt der Aspekt der Ehrverletzung eines von der Äußerung Betroffenen gegenüber dem einer freien Entfaltung der Persönlichkeit des sich Äußernden zurück.

Zum Persönlichkeitsschutz gehört unter den Bedingungen eines besonderen Vertrauensverhältnisses die Möglichkeit des Einzelnen, seine Emotionen frei auszudrücken, geheime Wünsche oder Ängste zu offenbaren und das eigene Urteil über Verhältnisse und Personen oder eine entlastende Selbstdarstellung freimütig kundzugeben. Unter solchen Umständen getroffene Äußerungen, die gegenüber Außenstehenden oder der Öffentlichkeit wegen ihres ehrverletzenden Gehalts nicht schutzwürdig wären, genießen in solchen Vertraulichkeitsbeziehungen als Ausdruck der Persönlichkeit und Bedingung ihrer Entfaltung verfassungsrechtlichen Schutz, der dem Schutz der Ehre des durch die Äußerung Betroffenen vor geht (vgl. BVerfGE 90, 255 [259 ff.]). Die strafrechtliche Rechtsprechung und Literatur tragen dem Rechnung, indem sie bei ehrverletzenden Äußerungen über nicht anwesende Dritte in besonders engen Lebensbeziehungen einen Schutz der Vertraulichkeit im Sinne einer beleidigungsfreien Sphäre zugestehen, wenn die Mitteilungen Ausdruck des besonderen Vertrauens sind und mit ihrer Weitergabe an Dritte nicht gerechnet werden muss (vgl. KG, StV 2002, S. 209; Brandenburgisches OLG, StV 1995, S. 420 [421]; Tröndle/Fischer, StGB, 53. Aufl. 2006, §

185 Rn. 12; Lenckner, in: Schönke/Schröder, StGB, 26. Aufl. 2001, vor §§ 185 ff. Rn. 9 ff.; jeweils m.w.N.). Aus verfassungsrechtlicher Sicht kommt es nicht entscheidend darauf an, wie dieses Ergebnis strafrechtsdogmatisch verankert wird (dazu s. Lenckner, in: Schönke/Schröder, StGB, 26. Aufl. 2001, vor §§ 185 ff. Rn. 9 a), sofern die betroffenen Rechtspositionen einander in verfassungsrechtlich bedenkenfreier Weise zugeordnet werden.

## II. Erstreckung auf sonstige Vertrauenspersonen

In der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist anerkannt, dass auch schriftliche Äußerungen von Strafgefangenen, deren Post der Briefkontrolle unterliegt, dem Schutz der Vertrauensbeziehung unterfallen können (vgl. BVerfGE 90, 255 [261]; vgl. auch BVerfGE 35, 35 [40]; 42, 234 [236 f.]; 57, 170 [177]). Der Kreis möglicher Vertrauenspersonen ist dabei nicht auf Ehegatten oder Eltern beschränkt, sondern erstreckt sich auf ähnlich enge Vertrauensverhältnisse (vgl. BVerfGE 90, 255 [262]).

Diesen verfassungsrechtlichen Maßstäben werden die angegriffenen Entscheidungen nicht gerecht. Die Fachgerichte haben die Reichweite des verfassungsrechtlichen Schutzes vor der strafrechtlichen Bewertung der Äußerung als Beleidigung verkannt, indem sie annehmen, der Vertrauensschutz sei bei Strafgefangenen nur gegeben, wenn es sich um Post zwischen Familienangehörigen handele. Zwar mag in Fällen, in denen ein Gefangenenbrief an einen Familienangehörigen gerichtet ist oder von einem solchen herrührt, das Grundrecht aus Art. 6 Abs. 1 GG den Schutz verstärken. Der durch das allgemeine Persönlichkeitsrecht gewährte Schutz vertraulicher Äußerungen erstreckt sich jedoch darüber hinaus auf andere, in der Nähebeziehung vergleichbare Arten enger Vertrauensverhältnisse. Einer Ehe, eines Verwandtschafts- oder eines Liebesverhältnisses mit der Vertrauensperson bedarf es nicht. Auch allein stehenden Strafgefangenen, die mit dem Adressaten oder Absender eines Briefes weder verwandt sind noch eine Liebesbeziehung mit diesem unterhalten oder anstreben, aber mit ihm ein enges Vertrauensverhältnis aufgebaut haben, steht der be-

sondere Schutz vor der Beurteilung von Äußerungen als Beleidigung zu.

## III. Subsumtion

Die Feststellung, ob im Einzelfall zwischen den an der brieflichen Kommunikation Beteiligten ein derartiges Vertrauensverhältnis besteht, obliegt den Fachgerichten. Zu berücksichtigen sind neben dem Charakter der Vertrauensbeziehung die Art und der Kontext der ehrverletzenden Äußerung.

Der Brief des Beschwerdeführers an den Mitgefangenen, in dem die ehrverletzenden Äußerungen enthalten sind, ist in einem sehr vertrauten Ton gehalten. Der Beschwerdeführer vergleicht die von ihm kritisierten Zustände in der Justizvollzugsanstalt M. mit denjenigen in der Justizvollzugsanstalt L., die er positiv hervorhebt. Zudem äußert er sich über seine Freundschaft mit dem Adressaten des Briefs ("Selten, dass man einen solchen Menschen wie dich hier im Knast, aber auch draußen trifft"), schildert seine Pläne für sein Leben nach seiner Haftentlassung ("Man muss aus seinen Fehlern lernen. Man muss es in Zukunft besser machen ...") und spricht dem Empfänger des Briefs Mut zu ("Wenn es einmal ganz Scheiße hier im Knast ist und du denkst, es geht überhaupt nichts mehr. Dann denke daran, dass du nie alleine bist, dass immer einer bei dir ist, wenn du dich zu ihm bekennt. Gott verlässt uns nicht"). Auf diese Umstände sind die Fachgerichte nicht eingegangen, weil sie angenommen haben, nur die Kommunikation mit Angehörigen genieße den besonderen Schutz.

## C. Ergebnis

Die angegriffenen Entscheidungen beruhen auf dem Verfassungsverstoß. Mit der Frage, ob zwischen dem Beschwerdeführer und dem Adressaten des Briefes ein den Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts prägendes Vertrauensverhältnis bestand, haben sich die Fachgerichte nicht befasst, weil sie von einem unrichtigen Verständnis der Reichweite des Persönlichkeitsschutzes ausgegangen sind. Die Sache ist an das Landgericht zurück zu verweisen.

**Standort: Art. 3 I GG****Problem: Überprüfung von DDR-Verwaltungsakten**

BVERFG, BESCHLUSS VOM 27.02.2007  
1 BvR 1982/01 (DVBL 2007, 629)

**Problemdarstellung:**

Das BVerfG hatte die Frage zu klären, ob es gegen den Gleichheitsgrundsatz des Art. 3 I GG verstößt, wenn die Widerrufs- und Rücknahmenvorschriften des westdeutschen Rechts von den Behörden und Gerichten nicht auf nach DDR-Recht ergangene Verwaltungsakte angewendet werden. Diese Frage regelt Art. 19 des Einigungsvertrages (EV). Dieser lautet:

*Art. 19 EV: Fortgeltung von Entscheidungen der öffentlichen Verwaltung*

*Vor dem Wirksamwerden des Beitritts ergangene Verwaltungsakte der Deutschen Demokratischen Republik bleiben wirksam. Sie können aufgehoben werden, wenn sie mit rechtsstaatlichen Grundsätzen oder mit den Regelungen dieses Vertrags unvereinbar sind. Im übrigen bleiben die Vorschriften über die Bestandskraft von Verwaltungsakten unberührt.*

Wenn Art. 19 S. 2 EV davon spricht, dass nur Verwaltungsakte nachträglich aufgehoben werden können, wenn sie "mit rechtsstaatlichen Grundsätzen oder mit den Regelungen dieses Vertrags unvereinbar sind", so entnehmen Behörden und Gerichte dieser Regelung, dass eine Aufhebung jenseits dieser Schwelle nicht in Betracht kommt. Ist also bspw. ein DDR-Verwaltungsakt rechtswidrig, könnte er nach § 48 VwVfG zurückgenommen werden; eine solche Rücknahme kommt aber nicht in Betracht, weil die Anwendung des § 48 VwVfG durch Art. 19 S. 2 EV gesperrt ist, wenn nicht die Voraussetzungen des Art. 19 S. 2 EV vorliegen. Dies gilt positiv wie negativ: Der Bürger muss, sofern nicht - wie gesagt - die Schwelle des Art. 19 S. 2 EV überschritten ist, weder befürchten, dass eine ihm zu DDR-Zeiten rechtswidrig zuteil gewordene Vergünstigung nach westdeutschem Recht nachträglich aufgehoben wird, noch kann er verlangen, dass eine nach DDR-Zeiten ausgesprochene rechtswidrige Belastung nachträglich aufgehoben wird.

Diese Praxis ist nach Ansicht des BVerfG verfassungsgemäß. Zwar liege darin eine an Art. 3 I GG zu messende Ungleichbehandlung zwischen DDR-Verwaltungsakten und BRD-Verwaltungsakten, die möglicherweise identische Fälle betreffen (hier: Anerkennung eines Arbeitsunfalls). Art. 3 I GG schütze in diesen Fällen aber nur in Form eines reinen Willkürverbots, das nicht verletzt sei, wenn sich ein sachlicher Grund für die Ungleichbehandlung finden lasse. Dieser liege hier in der Rechtssicherheit und Praktikabilität. Es wäre für die BRD faktisch unmöglich, sämtli-

che DDR-Fälle nach §§ 48, 49 VwVfG oder anderen Rücknahme- und Widerrufsvorschriften (hier: § 44 SGB X) wieder aufzurollen. Diesem Umstand sollte Art. 19 EV Rechnung tragen.

**Prüfungsrelevanz:**

A. Art. 3 I GG stellte nach früherer Rspr. ein reines Willkürverbot im hier dargestellten Sinne dar: Jede Ungleichbehandlung ließ sich bereits rechtfertigen, wenn ein sachlicher Grund ("legitimer Zweck") gefunden werden konnte. Eine Abwägung dieses sachlichen Grundes mit den Rechten und Interessen des Benachteiligten fand nicht statt. Das BVerfG hat diese Rspr. jedoch zugunsten der sog. "neuen Formel" aufgegeben. Danach findet eine Verhältnismäßigkeitsprüfung statt, wenn eine besonders gravierende Ungleichbehandlung vorliegt. In diesen Fällen genügt also ein legitimer Zweck für sich genommen nicht mehr; vielmehr sind die Rechte und Interessen des Benachteiligten im Rahmen der Angemessenheitsprüfung mit dem vom Gesetzgeber verfolgten legitimen Zweck und dem von ihm eingesetzten Mittel abzuwägen ("Zweck-Mittel-Relation").

Eine gravierende, die Prüfung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes auslösende Ungleichbehandlung im Sinne der "neuen Formel" wird durch folgende Umstände indiziert:

1. Wenn neben Art. 3 I GG noch Freiheitsgrundrechte betroffen sind;
2. Wenn der Betroffene auf das Mittel der Ungleichbehandlung keinen Einfluss hat (z.B. Alter; Gegenbeispiel: Schulnoten);
3. Wenn das Kriterium einem der in Art. 3 III GG genannten, absoluten Differenzierungsverbote ähnelt (dies sind i.d.R. personenbezogene Merkmale wie Hautfarbe, Körpergröße usw.).

Diese Indizien sind im Rahmen einer Gesamtschau zu gewichten: Je mehr von ihnen vorliegen und je intensiver sie beeinträchtigt sind, umso mehr spricht für die Notwendigkeit einer Verhältnismäßigkeitsprüfung (vgl. Pieroth/Görisch, NWVB1 2001, 282, 283 f.).

Im vorliegenden Fall kommt das BVerfG nach kurzer Prüfung zu dem Ergebnis, dass eine Verhältnismäßigkeitsprüfung nicht erforderlich ist, Art. 3 I GG mithin nur als reines Willkürverbot wirkt.

B. Nicht unbemerkt bleiben sollte ferner, dass das BVerfG hier Ungleichbehandlungen im Hinblick auf zwei Vergleichsgruppen festgestellt hat (nämlich im Verhältnis zu Arbeitsunfällen in der BRD und im Verhältnis zu Arbeitsunfällen, die nicht unter Art. 19 EV fallen). Die verfassungsrechtliche Rechtfertigung kann mithin auch nur gelingen, wenn sich für beide Ungleichbehandlungen sachliche Gründe finden lassen,

was - selbstverständlich - geprüft werden muss.

**Vertiefungshinweise:**

Zu den Gleichheitsgrundrechten: *BVerfGE* 99, 367, 389; *BVerfG*, RA 2005, 731 = DVBl 2006, 110; RA 2000, 468 = NJW 2000, 1939; *Michael*, JuS 2001, 866; *Pieroth/Görisch*, NWVBl 2001, 282

**Kursprogramm:**

*Examenskurs* : "Martina"

**Leitsatz:**

**Es ist mit Art. 3 Abs. 1 GG vereinbar, Art. 19 Satz 2 und 3 des Einigungsvertrages in der Weise auszu-legen, dass Verwaltungsakte der Deutschen Demokratischen Republik, die nicht gegen fundamentale rechtsstaatliche Grundsätze verstoßen, von einer Rücknahme nach § 44 SGB X ausgeschlossen sind.**

**Sachverhalt:**

Die Verfassungsbeschwerde betrifft die Frage, ob die zum Fortbestand von Verwaltungsentscheidungen der Deutschen Demokratischen Republik nach der Herstellung der Deutschen Einheit in Art. 19 des Einigungsvertrages getroffene Regelung in ihrer Auslegung durch das Bundessozialgericht mit dem Grundgesetz vereinbar ist. Im Ausgangsverfahren ging es konkret um die Anerkennung eines körperlichen Schadens als Folge eines Wegeunfalls nach dem Unfallversicherungsrecht der Deutschen Demokratischen Republik.

Der 1926 geborene und zwischenzeitlich verstorbene ursprüngliche Beschwerdeführer (im Folgenden: Versicherter) rutschte im Februar 1984 auf dem Weg zur Arbeit bei Glatteis aus. Dabei zog er sich eine Prellung des linken Knies zu. Im September 1984 wurde sein linker Unterschenkel nach einem akuten Arterienverschluss amputiert. Er beantragte bei der insoweit zuständigen Betriebsgewerkschaftsleitung des "Volkseigenen Betriebes (VEB) Energiebau" im Juni 1985, die Amputation des Unterschenkels als Folge des Wegeunfalls anzuerkennen. Dies wurde im Dezember 1985 abgelehnt. Die aufgetretenen Durchblutungsstörungen und die nachfolgende Amputation seien keine Unfallfolge. Es handele sich vielmehr nach der eingeholten medizinischen Stellungnahme um eine anlagebedingte Erkrankung.

Nach der Herstellung der Deutschen Einheit beantragte der Versicherte im Juli 1991 bei der nun für ihn zuständigen Berufsgenossenschaft die Anerkennung seiner Unterbeinamputation als Folge eines Arbeitsunfalls. Aufgrund der unfallbedingten Prellung des Knies habe sich ein Blutgerinnsel gebildet, das zu dem Arterienverschluss geführt habe. Die Berufsgenossenschaft lehnte den Antrag mit Bescheid vom September 1992 ab. Es bestehe kein ursächlicher Zusammenhang zwi-

schen dem Sturz auf das linke Knie und der Notwendigkeit der Amputation. Widerspruch und Klage blieben ohne Erfolg.

**Aus den Gründen:**

**A. Zulässigkeit**

**I. Keine Erledigung durch Tod des Bf.**

Die Verfassungsbeschwerde hat sich nicht durch den zwischenzeitlichen Tod des ursprünglichen Beschwerdeführers erledigt. Es geht im vorliegenden Fall um finanzielle Ansprüche. Eine Weiterführung des Verfahrens durch die Erbin ist daher möglich (vgl. *BVerfGE* 17, 86 [91] m.w.N.; stRspr).

**II. Beschwerdebefugnis**

Nicht alle mit der Verfassungsbeschwerde erhobenen Rügen sind zulässig. Soweit die Beschwerdeführerin einen Verstoß des Urteils des Bundessozialgerichts gegen Art. 19 Abs. 1 und 2 und Art. 20 GG rügt, macht sie nicht die Verletzung eines Grundrechts geltend (§ 90 Abs. 1 BVerfGG). Die Rüge einer Verletzung des Art. 101 Abs. 1 Satz 2 in Verbindung mit Art. 95 GG und des Art. 103 Abs. 1 GG genügt nicht den Anforderungen an die Begründung einer Verfassungsbeschwerde nach § 23 Abs. 1 und § 92 BVerfGG.

**B. Begründetheit**

Die Verfassungsbeschwerde ist unbegründet. Die mit ihr angegriffene Auslegung des Art. 19 EV durch das Bundessozialgericht verletzt nicht Art. 3 Abs. 1 GG.

**I. Willkürverbot aus Art. 3 I GG**

Art. 3 Abs. 1 GG gebietet, alle Menschen vor dem Gesetz gleich zu behandeln. Damit ist dem Gesetzgeber allerdings nicht jede Differenzierung verwehrt. Er verletzt aber das Grundrecht, wenn er bei Regelungen, die Personengruppen betreffen, eine Gruppe von Normadressaten im Vergleich zu anderen Normadressaten anders behandelt, obwohl zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die ungleiche Behandlung rechtfertigen könnten (vgl. *BVerfGE* 102, 41 [54]; stRspr). Für die Herstellung der Rechtseinheit im Bereich der Sozialversicherung hat das Bundesverfassungsgericht dem Gesetzgeber allerdings einen besonders weiten Gestaltungsraum zuerkannt (vgl. *BVerfGE* 95, 143 [157 f.]; 100, 1 [38 f.]; 104, 126 [147]). Geht es um die Wiedergutmachung früheren, von einer anderen Staatsgewalt zu verantwortenden Unrechts, ist der Gesetzgeber an den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG in seiner Bedeutung als bloßes Willkürverbot gebunden (vgl. *BVerfGE* 102, 254 [299] unter Verweis auf *BVerfGE* 27, 253 [285]; 84, 90 [131]). Danach verletzt eine Regelung über die Be-

seitigung von Verwaltungsunrecht der Deutschen Demokratischen Republik Art. 3 Abs. 1 GG nur dann, wenn für die durch sie getroffene Differenzierung kein vernünftiger, sich aus der Natur der Sache ergebender oder sachlich einleuchtender Grund besteht (vgl. BVerfGE 102, 254 [302]).

## II. Ungleichbehandlung von wesentlich Gleichem

### 1. Im Verhältnis zu Arbeitsunfällen in der BRD

Nach der mit der Verfassungsbeschwerde angegriffenen Auslegung des Art. 19 EV durch das Bundessozialgericht ist eine Überprüfung der ablehnenden Entscheidung der zuständigen Stelle der Deutschen Demokratischen Republik über den Antrag des Versicherten auf Anerkennung des Unfalls als Arbeitsunfall auf der Grundlage des § 44 Abs. 1 SGB X nicht zulässig. Damit wird der Versicherte im Verhältnis zu der Gruppe nachteilig behandelt, über deren Antrag auf Anerkennung eines Unfalls als Arbeitsunfall vor der deutschen Einheit Versicherungsträger der Bundesrepublik Deutschland entschieden haben. Deren Entscheidungen unterliegen einer gerichtlichen Kontrolle und sind einer behördlichen Überprüfung auch nach Eintritt der formellen Bestandskraft auf der Grundlage des § 44 Abs. 1 SGB X zugänglich.

Demgegenüber kannte die Rechtsordnung der Deutschen Demokratischen Republik weder in materieller Hinsicht eine § 44 SGB X entsprechende Möglichkeit der nachträglichen Korrektur von Sozialverwaltungsakten, durch die staatliche Leistungen zu Unrecht versagt wurden, noch - jedenfalls vor 1988 - eine gerichtliche Kontrolle solcher Verwaltungsentscheidungen (vgl. Brunner, in: Isensee/Kirchhof [Hrsg.], Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band I, 3. Aufl. 2003, § 11 Rn. 88; Hoeck, Verwaltung, Verwaltungsrecht und Verwaltungsrechtsschutz in der Deutschen Demokratischen Republik, 2003, S. 385 ff., 423 ff.).

### 2. Im Verhältnis zu Arbeitsunfällen, die nicht unter Art. 19 EV fallen

Eine nachteilige Ungleichbehandlung ist dem Versicherten auch im Vergleich zu den Personen entstanden, auf deren Verfahren der Entschädigung von Arbeitsunfällen in der Deutschen Demokratischen Republik Art. 19 EV nicht zur Anwendung kommt, weil vor der Herstellung der Deutschen Einheit keine Entscheidung ergangen ist.

### 3. Im Verhältnis zu rechtswidrig begünstigten Arbeitsunfällen in der DDR

Dagegen wird der Versicherte nicht anders behandelt als diejenigen, deren Antrag auf Anerkennung eines Unfalls als Arbeitsunfall die zuständigen Stellen der Deutschen Demokratischen Republik möglicherweise rechtswidrig stattgegeben haben.

Nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts gilt der grundsätzliche Ausschluss einer Überprüfung und Abänderung rechtswidriger Sozialverwaltungsakte der Deutschen Demokratischen Republik in gleicher Weise für rechtswidrige, nicht begünstigende wie für rechtswidrige begünstigende Verwaltungsentscheidungen (vgl. Krasney, BG 2001, S. 657 [658]). Deshalb sind Arbeitsunfälle, die auf der Grundlage des Rechts der Deutschen Demokratischen Republik von deren zuständigen Dienststellen vor dem 3. Oktober 1990 anerkannt waren, nicht allein aus Anlass der Überleitung in das gesamtdeutsche Recht von Amts wegen neu festzustellen (vgl. BSGE 76, 124 [126]). Folgerichtig kann auch eine von einem Leistungsträger der Deutschen Demokratischen Republik bindend getroffene Anerkennung eines Unfalls als Arbeitsunfall nicht nach § 48 Abs. 3 SGB X von zukünftigen Erhöhungen der Verletztenrente ausgespart werden (vgl. BSGE 80, 119 [122 f.]).

## III. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Die in Frage stehende Ungleichbehandlung ist gerechtfertigt.

### 1. Rechtspraktikabilität als sachlicher Grund für Nichtüberprüfung

In der historischen Umbruchsituation nach der Herstellung der Deutschen Einheit musste ein praktikabler Weg des Umgangs auch mit staatlichem Unrecht gefunden werden, das durch Entscheidungen der öffentlichen Verwaltung der Deutschen Demokratischen Republik begründet worden war und das die Bundesrepublik Deutschland zum Zeitpunkt der deutschen Einigung vorfand, ohne dass sie dafür verantwortlich ist oder dafür einzustehen hat (vgl. für den Justizbereich BVerfGE 101, 275 [288]). Der Fortbestand von Verwaltungsentscheidungen ist in Art. 19 EV geregelt. Dabei wurde in Art. 19 Satz 1 EV im Interesse der Rechtssicherheit eine Entscheidung zugunsten der Rechtsbeständigkeit der Verwaltungsentscheidungen der Deutschen Demokratischen Republik getroffen. Diese sind danach über den 3. Oktober 1990 hinaus wirksam, wenn und soweit sie nach der seinerzeitigen Staats- und Verwaltungspraxis der Deutschen Demokratischen Republik ungeachtet etwaiger Rechtsmängel als wirksam angesehen und behandelt wurden (vgl. BVerwGE 104, 186 [192]).

### 2. Grenze der Unzumutbarkeit

Art. 19 Satz 2 EV ermöglicht nach allgemeiner Auffassung die Aufhebung nur solcher Verwaltungsentscheidungen, die mit tragenden rechtsstaatlichen Grundsätzen in einer Weise unvereinbar sind, dass ihr Fortbestand in der Verfassungs- und Verwaltungsrechtsordnung der Bundesrepublik Deutschland nicht hingenommen werden kann (vgl. Dolzer, in: Isensee/Kirchhof [Hrsg.], HdbStR, Band VIII, 1995, § 195

Rn. 19). Zur rechtlichen Bewältigung einer solchen Situation stehen zudem besondere gesetzliche Regelungen zur Verfügung (vgl. Gesetz über die Aufhebung rechtsstaatswidriger Verwaltungsentscheidungen im Beitrittsgebiet und die daran anknüpfenden Folgeansprüche vom 23. Juni 1994 [BGBl I S. 1311]). Es durfte ohne Verstoß gegen das Grundgesetz im Einigungsvertrag davon abgesehen werden, die 40-jährige Verwaltungspraxis der Deutschen Demokratischen Republik am Maßstab der Rechtsordnung der Bundesrepublik Deutschland aufzuarbeiten.

### 3. Subsumtion

Das materielle Unfallversicherungsrecht der Deutschen Demokratischen Republik entsprach zwar weit hin dem Recht der Bundesrepublik Deutschland. Es gab jedoch auch Unterschiede, etwa in Bezug auf die Bemessung des Grades des Körperschadens (vgl. BTDrucks 12/405, S. 116). Wäre Art. 19 EV dahingehend auszulegen, dass alle von den zuständigen Stellen der Deutschen Demokratischen Republik im Rahmen der Unfallversicherung getroffenen Entscheidungen über die Anerkennung und Entschädigung als Arbeitsunfall einer Überprüfung auf der Grundlage des Rechts der Deutschen Demokratischen Republik oder auf der Grundlage des gesamtdeutschen Rechts unterliegen, wäre diese Aufgabe in einem unter dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit vertretbaren Zeitrahmen nicht zu leisten gewesen. Die Gesetzesbegründung zum Renten-Überleitungsgesetz spricht von etwa 300.000 übernommenen Entschädigungsfällen und einer nicht unerheblichen Zahl von Arbeitsunfällen und Berufskrankheiten, die weit zurücklägen und zur Prüfung und gegebenenfalls Anerkennung noch anstünden (vgl. BTDrucks 12/405, S. 116). Auch der Hauptverband der gewerblichen Berufsgenossenschaften hat in seinem Rundschreiben VB 85/92 vom September 1992 - worauf das Bundessozialgericht hingewiesen hat (vgl. BSGE 80, 119 [124]) - als Ergebnis eines Informations- und Erfahrungsaustausches seiner Mitgliedsberufsgenossenschaften festgestellt, es würde an der erforderlichen Gutachterkapazität fehlen, um eine größere Zahl der übergeleiteten etwa 300.000 Fälle auf die Richtigkeit der seinerzeit vorgenommenen Bemessung des Körperschadens oder auf die Richtigkeit der Kausalitätsbeurteilung zwischen versicherter Tätigkeit und Körperschaden zu beurteilen. Dabei sind die Fälle noch nicht berücksichtigt, in denen eine Überleitung - wie bei den Rentenfällen - nicht stattfinden konnte, weil in der Deutschen Demokratischen Republik der Unfall nicht als Arbeitsunfall anerkannt worden war.

#### *a. Rechtfertigung im Verhältnis zu Arbeitsunfällen in der BRD*

Das Bundessozialgericht durfte daher Art. 19 EV die Entscheidung entnehmen, die verfügbare Verwaltungs-

und Sachverständigenkapazität auf die Bearbeitung der noch nicht bestandskräftig entschiedenen Schadenssachverhalte zu konzentrieren, die sich in der Deutschen Demokratischen Republik ereignet hatten. Das Abstellen auf den Gesichtspunkt der Verwaltungspraktikabilität (vgl. dazu BTDrucks 12/405, S. 116) kommt im vorliegenden Fall nicht in Konflikt mit verfassungsrechtlichen Prinzipien. Die Frage der verfassungsrechtlich gebotenen Reaktion einer Verwaltungsrechtsordnung auf die Verletzung tragender rechtsstaatlicher Grundsätze im Sinne des Art. 19 Satz 2 EV stellt sich im vorliegenden Fall nicht. Es geht um die fachlich-medizinisch zutreffende Bewertung eines körperlichen Schadens als Folge eines Arbeitsunfalls. Aus dem Sozialstaatsprinzip des Grundgesetzes (Art. 20 Abs. 1, Art. 28 Abs. 1 Satz 1 GG) kann zwar unter bestimmten Voraussetzungen eine verfassungsrechtliche Pflicht zum Ausgleich von Schäden folgen, die durch rechtswidriges Verhalten einer nicht an das Grundgesetz gebundenen Staatsgewalt entstanden sind (vgl. BVerfGE 102, 254 [298]). Für die Annahme einer solchen Ausgleichspflicht ist im vorliegenden Fall jedoch nichts ersichtlich. Zutreffend hat das Bundessozialgericht in der mit der Verfassungsbeschwerde angegriffenen Entscheidung darauf hingewiesen, dass die gesundheitliche Beeinträchtigung des Versicherten von seiner Krankenversicherung und der gesetzlichen Rentenversicherung aufgefangen wurde. Im Übrigen ist dem Grundgesetz keine allgemeine Verpflichtung der vollziehenden Gewalt zu entnehmen, rechtswidrig belastende und rechtswidrig begünstigende Verwaltungsakte unbeschadet des Eintritts ihrer formellen Bestandskraft von Amts wegen oder auf Antrag des Adressaten aufzuheben oder abzuändern (vgl. BVerfGE 20, 230 [235]; 27, 297 [309 f.]; 59, 128 [166 ff., 171]; BVerfG, Urteil vom 24. Mai 2006 - 2 BvR 669/04 -, NVwZ 2006, S. 807 [810]).

#### *b. Rechtfertigung im Verhältnis zu Arbeitsunfällen, die nicht unter Art. 19 EV fallen*

Es gibt auch hinreichende Sachgründe dafür, dass Art. 19 EV nicht auf Verfahren der Anerkennung von Arbeitsunfällen in der Deutschen Demokratischen Republik zur Anwendung kommt, über die vor der deutschen Einigung noch nicht entschieden worden ist. Art. 19 EV befasst sich ausschließlich mit bereits getroffenen Verwaltungsentscheidungen der Deutschen Demokratischen Republik. Es ist sein legitimes Ziel, grundsätzlich eine Kontinuität der durch Verwaltungsentscheidungen im Beitrittsgebiet begründeten Rechtsverhältnisse - zu Gunsten und zu Lasten der Beteiligten - zu sichern. Die durch diese Grundentscheidung geschonte Arbeitskapazität der Sozialverwaltung konnte der Bearbeitung der noch offenen Fälle zugute kommen.

**Standort: Grundrechte****Problem: Ablieferung von Nebeneinkünften**

BVerfG, Beschluss vom 16.01.2007  
2 BvR 1188/05 (NVwZ 2007, 571)

**Problemdarstellung:**

Das BVerfG hatte darüber zu entscheiden, in welchem Rahmen der Gesetzgeber bei öffentlich-rechtlichen Beschäftigungsverhältnissen (hier: Hochschullehrer) eine Pflicht zur Ablieferung von Nebeneinkünften an den Dienstherrn regeln kann. Im konkreten Fall bestimmte das rheinland-pfälzische Landesrecht, dass Nebeneinkünfte (jenseits eines bestimmten Freibetrags) dann abgeliefert werden müssen, wenn es sich bei der Nebentätigkeit um eine Lehrtätigkeit für eine andere öffentlich-rechtliche Institution handelt. Tätigkeiten für private Institutionen waren hingegen von der Ablieferungspflicht ebenso ausgenommen wie Forschungstätigkeiten.

Der Beschwerdeführer sah sich durch die Ablieferungspflicht insgesamt in seinen Grundrechten aus Art. 12 I, 2 I und 5 III GG verletzt, durch die Differenzierung zwischen öffentlich-rechtlichen und privaten Institutionen einerseits und Forschung und Lehre andererseits zudem in Art. 3 I GG. Auch verstieße die Regelung gegen die "hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums" i.S.d. Art. 33 V GG.

Das BVerfG nahm die Verfassungsbeschwerde nicht zur Entscheidung an:

1. Art. 33 V GG gebe dem Gesetzgeber einen weiten Ausgestaltungsspielraum. Es liege noch innerhalb desselben, eine Ablieferungspflicht für Entgelte aus Nebentätigkeiten vorzusehen und diese näher auszugestalten.

2. Durch die im rheinland-pfälzischen Landesrecht enthaltenen Differenzierungen liege auch kein Verstoß gegen Art. 3 I GG vor.

a. Soweit es die Unterscheidung zwischen einer Nebentätigkeit für öffentlich-rechtliche und private Institutionen angeht, sieht das BVerfG das sachliche Differenzierungskriterium in der Vermeidung einer Doppelbelastung der öffentlichen Haushalte. Dass diese dafür auch doppelte Leistung erhalten, erwähnt das Gericht nicht.

b. Noch schwammiger wird es, soweit es um die Differenzierung zwischen Forschung und Lehre geht: Der Gesetzgeber habe im Nebentätigkeitsrecht einen weiten Gestaltungsspielraum, der auch typisierende Regelungen erlaube. Bei der Lehre sei der Anreiz zur "Zweitverwertung" dienstlich erworbener Kenntnisse besonders groß; deshalb dürfe der Gesetzgeber hier durch eine Ablieferungspflicht gegensteuern, auch wenn er dies gleichzeitig im Bereich der Forschung unterlasse.

3. Art. 5 III GG schütze nicht die entgeltliche Verwer-

tung von Forschungs- und Lehrergebnissen, sei also gar nicht betroffen. Die entgeltliche Verwertung unterfiele vielmehr allein Art. 12 I, 2 I GG. Eingriffe in diese Grundrechte seien aber jedenfalls aus den zu Art. 3 I GG ausgeführten Gründen gerechtfertigt.

**Prüfungsrelevanz:**

Die Entscheidung eignet sich hervorragend für eine verfassungsrechtliche Prüfungsaufgabe, da mehrere Grundrechte anzuprüfen sind. Das BVerfG prüft hier Gleichheits- vor Freiheitsgrundrechten, was nicht häufig vorkommen mag, dogmatisch jedoch ohne Weiteres möglich ist. Ein solcher Aufbau entspricht sogar einer gelungenen Schwerpunktsetzung, wenn der Beschwerdeführer vor allem Gleichheitsverstöße rügt.

Zu beachten ist, dass Art. 33 V GG neben einem Regelungsauftrag an den Gesetzgeber und der Einrichtungsgarantie des Berufsbeamtentums auch ein subjektives, mit der Verfassungsbeschwerde einklagbares grundrechtsgleiches Recht ist (seit BVerfGE 8, 1, 14 st.Rspr.), das deshalb in der Begründetheit der Verfassungsbeschwerde neben Art. 3 I GG, 5 III GG und 12 I GG als eigenes Recht geprüft werden konnte und musste.

Unausgesprochen bestätigt das Gericht auch seine st.Rspr. zum Verhältnis von Art. 3 I GG und Art. 12 I GG, soweit es um Berufsausübungsregelungen geht. Nach der sog. "Drei-Stufen-Theorie" des BVerfG sind Eingriffe in die Berufsausübung gerechtfertigt, wenn ihnen vernünftige Gründe des Allgemeinwohls zugrunde liegen. Diese "vernünftigen Gründe des Allgemeinwohls" stellen zugleich sachliche Gründe i.S.d. Art. 3 I GG dar, die eine willkürliche Differenzierung ausschließen. Deshalb folgen laut BVerfG bei Eingriffen in die Berufsfreiheit aus Art. 12 I GG keine weitergehenden Rechte als aus Art. 3 I GG und umgekehrt.

**Vertiefungshinweise:**

Pflicht zur Ablieferung von Nebeneinkünften: *BVerfG*, NVwZ-RR 2007, 185; *OVG Münster*, WissR 2001, 304; *OVG Lüneburg*, NordÖR 2003, 522; *VG Koblenz*, NVwZ-RR 2007, 188

Verhältnis von Art. 12 I GG und Art. 3 I GG: *BVerfG*, RA 2001, 373 = DVBl 2001, 979

**Kursprogramm:**

*Examenskurs* : "Der alte Mann als Kassenarzt"

**Leitsatz (der Redaktion):**

**Zur Verfassungsmäßigkeit der Pflicht eines Beamten, Einkünfte aus Nebenverdiensten abzuführen.**



**Sachverhalt:**

Der Beschwerdeführer wendet sich gegen die Verpflichtung zur Ablieferung von Einkünften aus einer Nebentätigkeit.

Der Beschwerdeführer ist beamteter Hochschullehrer der Besoldungsgruppe C3 und bei der Fachhochschule (FH) Worms im Fachbereich "Wirtschaftswissenschaften, Studiengang Steuerwesen" tätig. Er übt seit Ende 1997 eine genehmigte Nebentätigkeit für die Steuerberaterkammer Stuttgart aus, die aus Vorträgen vor Angehörigen der steuerberatenden Berufe besteht. In dem streitgegenständlichen Jahr 1998 erhielt er aus der Tätigkeit von der Steuerberaterkammer Vergütungen in Höhe von 45.000,00 DM. Mit Bescheid des Präsidenten der FH Worms vom 27. März 2000 forderte das Land Rheinland-Pfalz vom Beschwerdeführer die Ablieferung von Vergütungen aus Nebentätigkeit in Höhe von 33.000,00 DM zuzüglich Verzugszinsen. Zur Begründung wurde ausgeführt, der Beschwerdeführer habe mit seiner Vortragstätigkeit bei der Steuerberaterkammer eine Tätigkeit im öffentlichen Dienst ausgeübt und deshalb die den jährlichen Selbstbehalt von 12.000,00 DM übersteigenden Nebentätigkeitsvergütungen abzuliefern.

Grundlage des Bescheides war § 76 des rheinland-pfälzischen Landesbeamtengesetzes (LBG) in Verbindung mit § 8 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 der Nebentätigkeitsverordnung (NebVO) vom 2. Februar 1987 (GVBl S. 31) i.d.F. der Verordnung vom 15. Juli 1997 (GVBl S. 252). Danach muss der Beamte, der Vergütungen für Nebentätigkeiten im öffentlichen oder ihm gleichstehenden Dienst erhält, diese insoweit an seinen Dienstherrn abliefern, als sie für die im Kalenderjahr ausgeübte Tätigkeit insgesamt eine bestimmte Höchstgrenze übersteigen. Diese differenziert nach Besoldungsgruppen und betrug für den Beschwerdeführer seinerzeit 12.000,00 DM. § 9 Satz 1 Nr. 2 NebVO wurde auf ihn nicht angewendet. Die Vorschrift lautet:

§ 9 Ausnahmen von der Ablieferungspflicht  
§ 8 ist nicht anzuwenden auf Vergütungen für [...] Tätigkeiten von Professoren auf dem Gebiet der wissenschaftlichen Forschung, der Kunst, der gestaltenden Planung sowie des Bauingenieurwesens [...].

Die nach erfolgloser Durchführung des Widerspruchsverfahrens erhobene Klage wies das Verwaltungsgericht Mainz mit Urteil vom 8. Dezember 2004 ab. Den Antrag auf Zulassung der Berufung lehnte das Obergericht Rheinland-Pfalz mit Beschluss vom 14. Juni 2005 ab. In seiner Verfassungsbeschwerde rügt der Beschwerdeführer die Verletzung seiner Rechte aus Art. 2 Abs. 1, Art. 3 Abs. 1, Art. 5 Abs. 3 Satz 1 und Art. 12 Abs. 1 GG. Die Ablieferungspflicht diene der Zurückdrängung der Nebentätigkeiten, weil der Gesetzgeber davon ausgehe, dass sie zu einer Ver-

nachlässigung der dienstlichen Aufgaben und Verpflichtungen führen könnten. Diese Gefahr bestehe jedoch bei jeder Nebentätigkeit, so dass es willkürlich sei, die Ablieferungspflicht auf Nebentätigkeiten im öffentlichen Dienst zu beschränken. Auch für die Differenzierung der Ablieferungspflicht danach, ob wissenschaftliche Forschung oder wissenschaftliche Lehre vorliege, fehle es an einer sachlichen Rechtfertigung. Art. 5 Abs. 3 GG schütze Wissenschaft und Lehre gleichermaßen. Es sei auch nicht erkennbar, dass sich eine Nebentätigkeit auf dem Gebiet der wissenschaftlichen Forschung weniger auf die Konzentration des Beamten auf sein Hauptamt auswirke als eine lehrende Tätigkeit. In der Regel sei vielmehr die Forschung zeitintensiver als die Lehre.

Die Ablieferungspflicht beschränke die Lehre und greife somit in Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG ein. Eine Rechtfertigung hierfür ergebe sich nicht aus Art. 33 Abs. 5 GG, denn diesem sei keine Differenzierung zwischen Forschung und Lehre zu entnehmen. Eine solche sei auch mit der Gewährleistung des Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG nicht vereinbar; zwischen ermittelnder und vermittelnder Tätigkeit bestehe ein untrennbarer Zusammenhang. Professor H. habe in seiner gutachterlichen Stellungnahme bestätigt, dass es sich bei der Tätigkeit des Beschwerdeführers um wissenschaftliche Forschung handele.

Die Ablieferungspflicht verstoße schließlich gegen das durch Art. 2 Abs. 1 und Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Recht zur entgeltlichen Verwertung der eigenen Arbeitskraft. Eine Rechtfertigung für die Beschränkung dieses Rechts folge nicht aus Art. 33 Abs. 5 GG. Aus dem Alimentationsprinzip könne allenfalls hergeleitet werden, dass der Beamte nicht zweimal aus öffentlichen Kassen eine Vergütung erhalten könne. Der Beschwerdeführer habe jedoch für seine Vortragstätigkeit keine Vergütung aus einer öffentlichen Kasse erhalten. Die Steuerberaterkammer wickle ihr Vortragsgeschäft vielmehr mit einer eigenen, von den Mitgliedsbeiträgen getrennten Kasse ab. Die Tätigkeit des Beschwerdeführers unterscheide sich nicht von derjenigen für einen privaten Fortbildungsveranstalter, bei der der Beschwerdeführer die Vergütung behalten dürfe. Unvereinbar mit Art. 33 Abs. 5 GG sei zudem die Erweiterung des Begriffes des "öffentlichen Dienstes" dahingehend, dass auch werkvertragliche Verhältnisse darunter fielen.

**Aus den Gründen:**

Die Verfassungsbeschwerde wird nicht zur Entscheidung angenommen. Ihr kommt weder grundsätzliche verfassungsrechtliche Bedeutung zu noch ist ihre Annahme zur Durchsetzung der als verletzt gerügten Rechte des Beschwerdeführers angezeigt. Sie ist unbegründet. Die angegriffenen Entscheidungen begegnen keinen verfassungsrechtlichen Bedenken. Insbesondere verstößt die darin vertretene Auffassung, die Tätig-

keit des Beschwerdeführers für die Steuerberaterkammer sei als Nebentätigkeit im öffentlichen Dienst zu werten, weder gegen Art. 33 Abs. 5 noch gegen Art. 3 Abs. 1 GG. Sie findet ihre Grundlage in der Legaldefinition des § 72 Abs. 1 Satz 1 LBG in der Fassung des Gesetzes vom 20. Juli 1998 und des wortlautgleichen § 4 Abs. 1 Satz 1 NebVO.

#### A. Verstoß gegen Art. 33 V GG

Die Ablieferungspflicht für Einkünfte aus Nebentätigkeiten bei öffentlich-rechtlich organisierten Institutionen verstößt nicht gegen Art. 33 Abs. 5 GG.

##### I. Ausgestaltungsspielraum des Gesetzgebers

Danach ist es dem Gesetzgeber grundsätzlich unbenommen, dem Anreiz zur Übernahme von Nebenbeschäftigungen nicht nur durch einen Genehmigungsvorbehalt, sondern auch durch Vorschriften entgegenzuwirken, die die Nebentätigkeitsvergütungen einschränken (vgl. BVerfGE 55, 207 [Leitsatz 3] und 238 f.).

##### II. Schranken des Grundgesetzes

Zwar unterliegt diese Befugnis des Gesetzgebers ihrerseits den sich aus den Grundrechten des Betroffenen ergebenden Beschränkungen. So wie die uneingeschränkte Möglichkeit, Nebentätigkeiten auszuüben und dadurch in nicht limitiertem Maße neben einer ungekürzten Besoldung zusätzliche Vergütungen zu beziehen, die dienstlichen Leistungen im Hauptamt ernsthaft zu gefährden vermag (vgl. BVerfGE 55, 207 [237]), darf andererseits nicht verkannt werden, dass auch der Inhaber eines öffentlichen Amtes innerhalb der Grenzen der verfassungsmäßigen Ordnung, zu der die Vorschriften des Beamtentums und die Berücksichtigung der hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums und Richterrechts gehören, ein Recht zur freien Entfaltung seiner Persönlichkeit hat (vgl. ebenda, S. 238). Der Gesetzgeber muss daher prüfen, ob die Regelung, mit der die Ausübung von Nebentätigkeiten begrenzt wird, allgemein geeignet ist, die mit der Regelung verfolgten Ziele zu erreichen.

##### III. Subsumtion

Dies ist im Falle der Ablieferungspflicht für Einkünfte aus Nebentätigkeiten bei öffentlich-rechtlich organisierten Institutionen, die gerade auch der Vermeidung von Doppelzahlungen aus öffentlichen Haushalten dient, jedoch in von Verfassungen wegen nicht zu beanstandender Weise geschehen.

Nach den überkommenen Zwecken derartiger Regelungen – Verhinderung von Interessenkollisionen zwischen den Pflichten aus dem Hauptamt und der Nebentätigkeit, Vermeidung der Überhandnahme von Nebenbeschäftigungen zum Nachteil des Hauptamtes sowie der Doppelzahlungen aus öffentlichen Haushalten – ist es unerheblich, aufgrund welcher Rechtsbezie-

hung die Nebentätigkeit geleistet wird und welches Rechtsverhältnis der Vergütung im einzelnen zugrunde liegt (vgl. BVerfGE 55, 207 [234]). Die Grundentscheidung des Gesetzgebers, hinsichtlich der Ablieferungspflicht danach zu differenzieren, ob das zweite Beschäftigungsverhältnis mit einem öffentlich- oder mit einem privatrechtlich organisierten Arbeitgeber eingegangen worden ist, steht im Einklang mit der historischen Entwicklung des sogenannten Anrechnungsprinzips im Rahmen der hergebrachten Alimentationspflicht des Dienstherrn (vgl. BVerfGE 27, 364 [374]).

#### B. Verstoß gegen Art. 3 I GG

Die Beschränkung der Ablieferungspflicht auf öffentlich-rechtlich organisierte Institutionen verstößt nicht gegen Art. 3 Abs. 1 GG (vgl. BVerfGE 33, 44 [51 f.]).

##### I. Differenzierung zwischen privaten und öffentlich-rechtlichen Institutionen

Sachlich gerechtfertigt ist die Differenzierung insbesondere durch das Anliegen, im Interesse sparsamer Haushaltsführung dem überkommenen Gedanken der Einheit des öffentlichen Dienstes Rechnung zu tragen, der eine Doppelbesoldung aus öffentlichen Mitteln entgegensteht (vgl. BVerfGE 55, 207 [229 u. 234]). Dieser Gesichtspunkt tritt selbständig neben denjenigen der Vermeidung einer Vernachlässigung des Hauptamtes. Dass letztere Gefahr bei jeder Nebentätigkeit besteht, lässt das berechtigte Anliegen des Dienstherrn, Doppelzahlungen zu vermeiden, deshalb unberührt.

##### II. Differenzierung zwischen Forschung und Lehre

Auch die Privilegierung der Tätigkeiten von Professoren allein auf dem Gebiet der wissenschaftlichen Forschung, nicht jedoch der Lehre, begegnet hinsichtlich Art. 3 Abs. 1 GG keinen verfassungsrechtlichen Bedenken. Der allgemeine Gleichheitssatz verpflichtet die Grundrechtsadressaten, wesentlich Gleiches gleich und wesentlich Ungleiches entsprechend seiner Verschiedenheit und Eigenart ungleich zu behandeln. Er ist verletzt, wenn die gleiche oder ungleiche Behandlung der geregelten Sachverhalte mit Gesetzmäßigkeiten, die in der Natur der Sache selbst liegen, und mit einer am Gerechtigkeitsgedanken orientierten Betrachtungsweise nicht mehr vereinbar ist, wenn also bezogen auf den jeweils in Rede stehenden Sachbereich und seine Eigenart ein vernünftiger, einleuchtender Grund für die Regelung fehlt (vgl. BVerfGE 1, 14 [52]; 83, 89 [107 f.]; 103, 310 [318]).

##### I. Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers

Aus dem allgemeinen Gleichheitssatz ergeben sich je nach Regelungsgegenstand und Differenzierungsmerkmalen unterschiedliche Grenzen für den Gesetzgeber. Genauere Maßstäbe und Kriterien dafür, unter welchen Voraussetzungen im Einzelfall der allgemeine Gleich-

heitssatz verletzt ist, lassen sich deshalb nicht abstrakt und allgemein, sondern nur bezogen auf die jeweils betroffenen unterschiedlichen Sach- und Regelungsbereiche präzisieren (vgl. BVerfGE 110, 412 [431 f.]). Vorliegend ist zu berücksichtigen, dass der Dienstherr einen weiten Gestaltungsspielraum hat, in welchen Tätigkeitsbereichen er Nebentätigkeiten seiner Beamten überhaupt zulässt, sie anzeigepflichtig gestaltet oder erhaltene Vergütungen der teilweisen Ablieferungspflicht unterwirft. Er kann deswegen eine pauschalierende und typisierende Regelung treffen und bestimmen, welche Art von Nebentätigkeiten im öffentlichen Interesse von solchen Beschränkungen freizustellen sind, ohne dass gegen den Gleichheitssatz verstoßen wurde (vgl. BVerwG, Buchholz 237.8 § 71a RhPLBG Nr. 1; ZBR 2004, S. 53 [54]; s. a. Beschluss des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts – Vorprüfungsausschuss – vom 27. März 1981 - 2 BvR 1472/80 -, Umdruck S. 14 f.).

## 2. Subsumtion

Es liegt mithin im Gestaltungsspielraum des Verordnungsgebers, das öffentliche Interesse an einer forschenden Tätigkeit höher zu gewichten als dasjenige an einer Vortragstätigkeit. Hinzu kommt, dass die Ablieferungspflicht verfassungsrechtlich u.a. durch das aus dem Grundsatz der vollen Hingabe folgende Recht des Gesetzgebers gerechtfertigt ist, den Anreiz für Nebentätigkeiten zu vermindern (vgl. Geis, in: Fürst, GKÖD, § 69 BBG Rn. 14). Es entspricht dieser Intention, die Übernahme von Nebentätigkeiten dort zu beschränken, wo der Anreiz hierzu besonders groß ist. So verhält es sich bei Vortragstätigkeiten, die es dem Beamten ermöglichen, seine in Ausübung seines Hauptamtes erworbenen Kenntnisse für Lehr- und Fortbildungsveranstaltungen zu nutzen ("Zweitverwertung"). Das gleichfalls anzuerkennende Interesse, auf die besondere Leistungskraft und Erfahrung eines Beamten im Bereich des öffentlichen Dienstes auch außerhalb seines Amtes zum Nutzen des Staates zurückzugreifen (vgl. BVerfGE 55, 207 [229]), wird

hierdurch jedenfalls nicht in unverhältnismäßiger Weise beschnitten.

## C. Verstoß gegen Art. 5 III GG

Die Ablieferungspflicht verletzt den Beschwerdeführer nicht in seinem Recht aus Art. 5 Abs. 3 GG. Die verfassungsrechtlich verbürgte Freiheit wissenschaftlicher Betätigung umfasst nicht den Schutz eines Gewinn- und Erwerbsstrebens (BVerwG, Buchholz 237.8 § 71a RhPLBG Nr. 1; BVerwGE 13, 112 [113 f.]).

## D. Verstoß gegen Art. 12 I, 2 I GG

Die Ablieferungspflicht ist schließlich – als Berufsausübungsregelung – aufgrund der vorstehenden Darlegungen von hinreichenden Gemeinwohlgründen getragen, so dass sie mit Art. 12 Abs. 1 GG wie auch mit Art. 2 Abs. 1 GG vereinbar ist. Die Verpflichtung zur uneingeschränkten dienstlichen Hingabe ist dem Beamtenverhältnis immanent. Dies gilt auch dann, wenn der Dienstherr die Arbeitszeit auf ein Maß verringert, das es dem Beamten von seiner körperlichen Leistungsfähigkeit her ermöglicht, eine weitere Tätigkeit neben seinem Hauptamt auszuüben. Nebentätigkeiten des Beamten begegnen nicht allein unter dem Gesichtspunkt der Erhaltung der Arbeitskraft Bedenken. Ihre Beschränkung kann vielmehr auch der Verhinderung oder Minimalisierung von Interessenkollisionen durch die Bekämpfung außerdienstlicher Abhängigkeiten dienen. Auch soll vermieden werden, dass die Dienstleistung des Beamten dadurch beeinträchtigt wird, dass er im Vertrauen auf seine gesicherte beamtenrechtliche Stellung diese vernachlässigt, um die privatrechtlich vereinbarte (und damit kündbare) Nebentätigkeit zu erlangen oder zu behalten. Hierbei ist der Dienstherr nicht verpflichtet, jede Nebentätigkeit zu versagen oder auf ihre konkrete Eignung der Beeinträchtigung des Hauptamtes zu überprüfen. Im Rahmen seiner Befugnis zur Generalisierung und Typisierung darf der Gesetzgeber daher das außerdienstliche Engagement seiner Staatsdiener durch die Festlegung von Einkommensgrenzen steuern.

## Standort: Baurecht

## Problem: Gefahrenabwehr als bodenrechtlicher Belang

BVERWG, URTEIL VOM 25.01.2007  
4 C 1.06 (NVWZ 2007, 587)

### Problemdarstellung:

Im vorliegenden Fall wandte sich ein Nachbar gegen eine Baugenehmigung für ein türkisches Konsulat mit dem Argument, er sei an Leib und Leben gefährdet, weil solche Einrichtungen Ziel von terroristischen Anschlügen werden könnten.

Selbst wenn die angefochtene Baugenehmigung rechtswidrig ist, kann eine solche Klage nur Erfolg

haben, wenn der Nachbar dadurch auch in seinen Rechten verletzt wird, § 113 I 1 VwGO. Ist eine solche Verletzung evident ausgeschlossen, fehlt es sogar schon an der Klagebefugnis, § 42 II VwGO, die zumindest die Möglichkeit einer Verletzung eigener Rechte des Klägers voraussetzt. Deshalb stellte sich die Frage, auf welche drittschützende Norm sich der Nachbar hier berufen kann. In Betracht kam nur § 15 I 2 BauNVO, der zwar nicht für sich genommen, aber doch in Verbindung mit dem "Gebot der Rücksichtnahme" Drittschutz entfaltet. Dieses "Gebot der Rücksichtnahme" wurde von der Rspr. entwickelt und besagt,

dass sich ein Dritter jedenfalls dann auf eine Norm berufen kann, wenn in qualifizierter und individualisierter Weise auf seine Interessen Rücksicht zu nehmen ist, d.h. eine Gesamtschau der Umstände das Bauvorhaben ihm gegenüber als rücksichtslos erscheinen lässt.

Die Vorinstanzen hatten dies schon deshalb verneint, weil die Gefahr von Terroranschlägen von vornherein nicht geeignet sei, eine Unzumutbarkeit i.S.d. § 15 I 2 BauNVO zu begründen. Diese Norm habe nämlich nur die baurechtliche Zumutbarkeit im Auge, schütze also nur vor bodenrechtlichen Konflikten, wie sie etwa durch Lärm oder andere von einem Baugrundstück ausgehende Emissionen entstehen können. Die Gefahr terroristischer Anschläge sei aber keine bodenrechtliche, da sie nicht von dem Grundstück (hier: dem Konsulat), sondern von den Terroristen ausgehe.

Dem tritt das BVerwG entgegen: Wie sich aus der (beispielhaften) Aufzählung in § 1 VI BauGB ergebe, gehöre die Sicherheit der Wohnbevölkerung auch zu bauplanungsrechtlich relevanten Belangen. Man könne also die Abwehr von Gefahren für Leib und Leben nicht von vornherein aus den nach § 15 I 2 BauGB zu berücksichtigenden Umständen herausnehmen. Allerdings war im konkreten Fall die Anschlaggefahr so gering, dass das BVerwG im Ergebnis auch nicht zu einer Unzumutbarkeit kam.

#### **Prüfungsrelevanz:**

Im Polizei- und Ordnungsrecht stellt sich häufig die Frage nach der Zustandsverantwortlichkeit für eine Sache. Dort entspricht es der ganz h.M., dass die Gefahr, die es abzuwehren gilt, von der Sache selbst ausgehen, d.h. ihr innewohnen muss. Dass der Sache selbst eine Gefahr droht, die sich dann auf Dritte ausweiten könnte, genügt hingegen nicht. Mit dieser Begründung wurde zum Beispiel die Zustandsverantwortlichkeit eines Flughafenbetreibers für mögliche Terroranschläge verneint. Diese Gefahr wurzelt nicht in dem Flughafen. Ebenso liegt es, wenn die Deutsche Bahn AG für Schäden verantwortlich gemacht werden soll, die in einem ihrer Tunnel nistende Tauben verursachen. Ein Gegenbeispiel: Ist ein Erdbeben zu befürchten, kann der Grundstückseigentümer zu Vorsorgemaßnahmen verpflichtet werden, denn diese Gefahr wurzelt in seinem Grundstück.

Diese Wertungen können nach der vorliegenden Entscheidung des BVerwG nun nicht auf das Baurecht übertragen werden. Zu den "Belästigungen oder Störungen" i.S.d. § 15 I 2 BauNVO gehören vielmehr auch solche, die von außen dem Baugrundstück drohen, solange sie sich nur bodenrechtlich auf Dritte auswirken. Als Faustformel können die umfangreichen, aber keineswegs abschließenden Belange herangezogen werden, die in § 1 VI BauGB genannt sind. So verfährt auch das BVerwG, wobei es betont, dass die

bodenrechtliche Relevanz immer von den Umständen des Einzelfalles abhängt, § 1 VI BauGB - der noch dazu nur für die Aufstellung von Bauleitplänen, nicht aber für die Erteilung von Baugenehmigungen gilt - also nie mehr als ein Anhaltspunkt sein kann. Die Prüfung des § 15 I 2 BauNVO vollzieht sich danach in zwei Schritten:

1. Liegt eine "Belästigung oder Störung" vor? Insofern sind nur bodenrechtliche Belange relevant. Welche dies sind, wurde soeben dargestellt.
2. Sind diese "Belästigungen oder Störungen" unzumutbar? Insofern ist eine Gesamtschau anzustellen, innerhalb derer alle Umstände abzuwägen sind. Das BVerwG unterschied sich in seinem Urteil von den Vorinstanzen (nur) dadurch, dass es erst die Unzumutbarkeit verneinte, während die Vorinstanzen schon keine relevante Störung feststellen konnten.

#### **Vertiefungshinweise:**

- Entscheidung der Vorinstanz: *VGH BW*, BauR 2006, 1865 = *VBIBW* 2006, 431
- Zurechnung von Gefahren beim Zustandsstörer im Polizei- und Ordnungsrecht: *BVerwG*, DÖV 1986, 287; *OVG NRW*, RA 2005, 322 = *NWVBI* 2005, 177

#### **Kursprogramm:**

- Examenskurs* : "Waffen-SS"

#### **Leitsätze:**

- 1. Die möglichen Gefahren für die Nachbarschaft einer diplomatischen Einrichtung durch terroristische Anschläge sind städtebaulich bedeutsame Auswirkungen, die bei der Beurteilung, ob ein Vorhaben das Rücksichtnahmegebot (§ 15 Abs. 1 Satz 2 BauNVO) verletzt, zu berücksichtigen sind.**
- 2. Auch wenn bei Erteilung der Baugenehmigung für eine diplomatische Einrichtung die Gefahr von Anschlägen als unwahrscheinlich einzuschätzen ist, muss sich die Baugenehmigungsbehörde vergewissern, dass bei einer geänderten Einschätzung der Sicherheitslage die dann zu erwartenden Gefahren für die Einrichtung und ihre Umgebung unter Wahrung des Rücksichtnahmegebots durch zusätzliche Maßnahmen beherrscht werden können.**

#### **Sachverhalt:**

Der Kläger ist Mitglied einer Wohnungseigentümergeinschaft B.-Straße 1a - 1e in Karlsruhe und Eigentümer einer dort gelegenen Wohnung. Östlich grenzt das Grundstück S.-Straße 21 der Beigeladenen an. Beide Grundstücke befinden sich im Geltungsbereich des Bebauungsplans "Nutzungsartfestsetzung" der beklagten Stadt vom 9. Oktober 1984. Der Plan enthält lediglich Festsetzungen über die Art der zulässigen baulichen Nutzung. Er weist ein Gewerbegebiet

aus, in dem Geschäfts-, Büro- und Verwaltungsgebäude (§ 8 Abs. 2 Nr. 2 BauNVO) nur ausnahmsweise zugelassen sind.

Am 19. November 2003 beantragte die Beigeladene die Baugenehmigung zur Änderung der Nutzung des auf dem Baugrundstück gelegenen, bislang von der Post genutzten Gebäudes zu einem türkischen Konsulat mit drei Betriebswohnungen. Der Verwalter der Wohnungseigentümergeinschaft erhob namens und in Vollmacht der Wohnungseigentümer Einwendungen gegen das Vorhaben. Die Einrichtung eines türkischen Konsulats gefährde wegen der nicht auszuschließenden Gefahr von terroristischen Bomben- und Brandanschlägen die Sicherheit der Anwohner. Mit Bescheid vom 27. Januar 2004 erteilte die Beklagte die Baugenehmigung unter Zulassung einer Ausnahme nach § 31 Abs. 1 BauGB. Die Genehmigung enthält verschiedene der Sicherheit des Konsulatsgrundstücks dienende Nebenbestimmungen, u.a. zur Grundstückszufahrt und zur Errichtung eines nicht übersteigbaren Zauns. Das Konsulat nahm im Laufe des Jahres 2004 seinen Betrieb auf.

Nach erfolglosem Widerspruch erhob der Kläger Klage und beantragte unter Hinweis auf die Gefährdung der Nachbarschaft durch terroristische Anschläge die Aufhebung der Baugenehmigung und des Widerspruchsbescheids. Das Verwaltungsgericht Karlsruhe wies die Klage mit Urteil vom 25. Juli 2005 ab. Die hiergegen eingelegte Berufung wies der VGH Baden-Württemberg durch Urteil vom 17. Februar 2006 zurück.

#### **Aus den Gründen:**

Die Revision bleibt ohne Erfolg. Zwar verstoßen die Gründe des angefochtenen Urteils gegen Bundesrecht. Das Berufungsurteil erweist sich aber aus anderen Gründen als richtig (§ 144 Abs. 4 VwGO). Der Verwaltungsgerichtshof hat im Ergebnis zutreffend angenommen, dass die von der Beklagten erteilte Baugenehmigung für die von der Beigeladenen beantragte Nutzungsänderung Rechte des Klägers nicht verletzt (§ 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO). Mit Bundesrecht nicht vereinbar ist indes die das Berufungsurteil tragende Auffassung, die vom Kläger geltend gemachte Gefährdung durch terroristische Anschläge auf das türkische Konsulat sei schon aus Rechtsgründen für die Erteilung der Baugenehmigung unbeachtlich.

#### **A. Ausnahme nach § 31 I BauGB**

Die Baugenehmigung findet in bauplanungsrechtlicher Hinsicht ihre Grundlage in § 34 Abs. 1 BauGB in Verbindung mit den Festsetzungen des ein Gewerbegebiet ausweisenden (einfachen) Bebauungsplans der Beklagten Nr. 614 „Nutzungsartfestsetzung“ vom 9. Oktober 1984 (§ 30 Abs. 3 BauGB). Weil der Bebauungsplan Nutzungen im Sinne von § 8 Abs. 2 Nr. 2 BauNVO (Geschäfts-, Büro- und Verwaltungsgebäu-

de) gemäß § 1 Abs. 5 BauNVO nur ausnahmsweise zulässt, konnte die Nutzungsänderung nur unter Zulassung einer Ausnahme von den Festsetzungen des Bebauungsplans (§ 31 Abs. 1 BauGB) genehmigt werden. Das ist hier geschehen.

#### **B. Unzulässigkeit bei Verstoß gegen § 15 I 2 BauNVO**

Eine derartige Ausnahme darf insbesondere dann nicht zugelassen werden, wenn das Vorhaben mit § 15 Abs. 1 BauNVO nicht zu vereinbaren ist. Diese Vorschrift schränkt die Zulässigkeit von Vorhaben, die mit den Festsetzungen eines Bebauungsplans übereinstimmen oder jedenfalls - wie hier - im Wege einer Ausnahme zugelassen werden können, im Einzelfall ein (vgl. Urteil vom 6. Oktober 1989 - BVerwG 4 C 14.87 - BVerwGE 82, 343 [345]). Sie dient dem Schutz der Nachbarschaft vor Störungen durch Bauvorhaben, die zwar grundsätzlich nach den §§ 2 bis 14 BauNVO zulässig wären, aber wegen der besonderen Verhältnisse des konkreten Vorhabens der Eigenart des Baugebiets widersprechen (§ 15 Abs. 1 Satz 1 BauNVO) oder die Umgebung unzumutbar stören (§ 15 Abs. 1 Satz 2 BauNVO). Zutreffend prüft der Verwaltungsgerichtshof, ob der Baugenehmigung die Regelung in § 15 Abs. 1 Satz 2 BauNVO entgegensteht. Danach sind bauliche Anlagen unzulässig, wenn von ihnen Belästigungen oder Störungen ausgehen können, die nach der Eigenart des Baugebiets im Baugebiet selbst oder in dessen Umgebung unzumutbar sind, oder wenn sie solchen Belästigungen oder Störungen ausgesetzt werden.

Die Bestimmung ist als Ausprägung des Rücksichtnahmegebots drittschützend, verleiht also einem betroffenen Nachbarn im Falle ihrer Verletzung ein Abwehrrecht gegen die Baugenehmigung (vgl. Urteil vom 5. August 1983 - BVerwG 4 C 96.79 - BVerwGE 67, 334 [338 f.]; Urteil vom 6. Oktober 1989 a.a.O.).

#### **I. Nur bodenrechtliche Kriterien**

Dem Verwaltungsgerichtshof ist ferner darin zuzustimmen, dass bei der Beurteilung der Zulässigkeit eines Vorhabens am Maßstab des § 15 Abs. 1 Satz 2 BauNVO nur Gesichtspunkte mit städtebaulicher (bodenrechtlicher) Erheblichkeit zu berücksichtigen sind. Diese Einschränkung ergibt sich aus dem Zweck der Bauleitplanung. Bauleitpläne sollen die bauliche und sonstige Nutzung der Grundstücke in der Gemeinde vorbereiten und leiten (§ 1 Abs. 1 BauGB). Sie sind dementsprechend auf die „städtebauliche Entwicklung und Ordnung“ (§ 1 Abs. 3 Satz 1 BauGB) ausgerichtet; Festsetzungen dürfen nur aus „städtebaulichen Gründen“ erfolgen (§ 9 Abs. 1 BauGB). Daraus folgt, dass auch die unzumutbaren Belästigungen oder Störungen, vor denen § 15 Abs. 1 Satz 2 BauNVO schützen will, solche Auswirkungen sein müssen, die einen Bezug zur Bodenordnung im Sinne der städtebaulichen Entwicklung und Ordnung des Gemeindegebiets haben.

## II. Terroristische Anschlaggefahr als bodenrechtliches Kriterium

Zu Unrecht spricht der Verwaltungsgerichtshof den Gefahren, die sich aus einem terroristischen Anschlag auf das türkische Konsulat für Leib und Leben der Anwohner ergeben könnten, die Qualität von städtebaulich beachtlichen Auswirkungen des genehmigten Vorhabens ab.

### 1. Keine Übertragung polizei- und ordnungsrechtlicher Wertungen

#### a. Ansicht der Vorinstanz

Zur Begründung dieser Rechtsansicht heißt es im Berufungsurteil: Eine derartige von außen und durch Dritte herbeigeführte Gefährdung sei dem Bauvorhaben und seiner Nutzung nicht zuzurechnen. Grundsätzlich seien nur die aus der bestimmungsgemäßen Nutzung eines Vorhabens resultierenden Auswirkungen städtebaulich beachtlich. Aber auch Gefahren aus einer nicht bestimmungsgemäßen Nutzung könnten dann städtebaulich bedeutsam sein, wenn der Nutzung selbst ein - in der Regel beherrschbares - Gefährdungspotential innewohne, wie etwa bei einem explosionsanfälligen militärischen Gefahrstofflager. Ein solchermaßen zurechenbares Gefährdungspotential weise die hier umstrittene Nutzung nicht auf, auch nicht unter dem Gesichtspunkt der sog. Zweckveranlassung. Das Städtebaurecht stelle hinsichtlich der von derartigen terroristischen Anschlägen drohenden Gefahren für die Nachbarschaft kein "Konfliktlösungsprogramm" bereit.

#### b. Ansicht des BVerwG

Der Verwaltungsgerichtshof lässt sich bei der Frage nach der "Zurechenbarkeit" der Gefahren der Sache nach von einem polizeirechtlichen Ansatz leiten. Durch die Beschaffenheit oder die Nutzung des Grundstücks selbst müsse die Gefahrengrenze überschritten werden, wobei auch eine latente Störung (Beispiel des Gefahrstofflagers) oder eine Zweckveranlassung ausreiche. Diese Ansicht verengt den Begriff der städtebaulich bedeutsamen Auswirkungen in unzulässiger Weise auf eine polizeirechtliche Störerverantwortlichkeit.

Städtebauliche Bedeutung kann grundsätzlich jeder nur denkbare Gesichtspunkt erhalten, sobald er die Bodennutzung betrifft oder sich auf diese auswirkt (vgl. auch Gaentzsch, in: Berliner Kommentar zum BauGB, § 1 Rn. 55; Söfker, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, § 1 Rn. 110). Das ist insbesondere dann der Fall, wenn vorhandene oder durch eine Planung entstehende Probleme oder Konflikte dadurch bewältigt werden sollen, dass für Grundstücke bestimmte Nutzungen zugewiesen, eingeschränkt oder untersagt werden oder dass eine räumliche Zuordnung oder Trennung von Nutzungen erfolgt.

So sind auch die in § 1 Abs. 6 BauGB beispielhaft aufgeführten, bei der Aufstellung der Bauleitpläne zu berücksichtigenden Belange im Einzelfall (nur) dann städtebaulich bedeutsam und damit abwägungserheblich, wenn sie nach der konkreten Situation die Bodennutzung betreffen oder sich auf diese auswirken. Der im vorliegenden Fall maßgebende abwägungserhebliche städtebauliche Gesichtspunkt findet sich in § 1 Abs. 6 Nr. 1 BauGB. Danach sind bei der Aufstellung der Bauleitpläne die allgemeinen Anforderungen an gesunde Wohn- und Arbeitsverhältnisse und - hier vor allem maßgeblich - die Sicherheit der Wohn- und Arbeitsbevölkerung zu berücksichtigen. Diese Anforderung umfasst die Verpflichtung der Gemeinde, schon bei der Planung Gefahren zu ermitteln und in die planerische Abwägung einzustellen, die als Folge der Planung entstehen oder verfestigt werden können (BVerwGE 116, 144 [148]; BGHZ 140,380).

### 2. Möglichkeit der Gefahrenabwehr durch Bauleitplanung

Zu Unrecht meint der Verwaltungsgerichtshof, Gefährdungen durch terroristische Anschläge könne nicht durch bodenordnende Maßnahmen, insbesondere durch Zuordnung und Trennung von Nutzungen begegnet werden. Richtig ist allenfalls, dass derartige Gefahren je nach Situation nicht allein durch bodenordnende Maßnahmen beherrscht werden können, sondern gegebenenfalls durch Maßnahmen bauordnungsrechtlicher und polizeirechtlicher Art ergänzt werden müssen. Im Übrigen aber liegt es auf der Hand, dass durch die Zuordnung oder Trennung von Grundstücken, durch die Zuweisung zulässiger oder unzulässiger Nutzungen, durch die Regelung von einzuhaltenen Abständen und von überbaubaren Grundstücksflächen, durch die Führung von Verkehrswegen und die Regelung von Grundstückszufahrten ein Beitrag zumindest zur Verringerung solcher Gefährdungen geleistet werden kann und muss. Besonders deutlich wird der (auch) städtebauliche Charakter solcher Auswirkungen einer Grundstücksnutzung, wenn man sich das Beispiel vor Augen führt, dass im Zuge der Aufstellung eines Bebauungsplans in einem noch unbebauten Gebiet neben anderem auch die planungsrechtlichen Voraussetzungen für die Errichtung einer anschlaggefährdeten Einrichtung geschaffen werden sollen. Es wäre abwägungsfehlerhaft, die daraus folgenden Besonderheiten bei der Planung nicht zu berücksichtigen. Soweit zur Begründung der Auffassung, die in Rede stehenden Gefahren könnten nicht mit Mitteln des Städtebaurechts bewältigt werden, auf das Urteil des erkennenden Senats vom 25. November 1983 - BVerwG 4 C 21.83 - BVerwGE 68, 213 Bezug genommen wird (so etwa VG Berlin, Urteil vom 20. Mai 1999, LKV 1999, 412 [414] zur Errichtung der israelischen Botschaft in Berlin), ist dies auf ein Missverständnis zurückzuführen. In der genannten Entschei-

dung des Senats ging es um die Frage, ob ein Bordellbetrieb in einem Gewerbegebiet oder nur in einem Industriegebiet zulässig war. Nach der seinerzeit maßgebenden Fassung des § 8 Abs. 2 Nr. 1 BauNVO 1968 waren in einem Gewerbegebiet - anders als in einem Industriegebiet nach § 9 BauNVO 1968 - Gewerbebetriebe nur zulässig, soweit sie für die Umgebung keine erheblichen Nachteile oder Belästigungen zur Folge haben konnten. In diesem Zusammenhang hat der Senat ausgeführt, dass die geltend gemachten unerwünschten sozialen "Außenwirkungen" eines Bordellbetriebs, wie anstößiges Verhalten von Besuchern, Belästigungen von in dem Gewerbegebiet tätigen jugendlichen oder weiblichen Beschäftigten oder Ansehensverlust für die in der Umgebung angesiedelten Unternehmen, keine Nachteile oder Belästigungen im Sinne von § 8 Abs. 2 Nr. 1 BauNVO 1968 seien. Es handle sich um Konflikte, die nicht durch Verweisung in eine andere Gebietskategorie der Baunutzungsverordnung zu lösen wären, weil sie überall und so auch in einem Industriegebiet auftreten könnten. Diese auf das Verhältnis zwischen §§ 8 und 9 BauNVO 1968 bezogenen Ausführungen dürfen nicht auf die einen anderen Zweck erfüllende Vorschrift des § 15 Abs. 1 Satz 2 BauNVO und das dort verwendete Begriffspaar der Belästigungen oder Störungen übertragen werden.

### III. Subsumtion

Ist somit die Baugenehmigung entgegen der Ansicht des Verwaltungsgerichtshofs am Maßstab des § 15 Abs. 1 Satz 2 BauGB zu messen, so erweist sich das Berufungsurteil dennoch im Ergebnis als richtig. Denn nach den tatsächlichen Feststellungen im Berufungsurteil ist davon auszugehen, dass die Genehmigung zur Änderung der Nutzung des bisherigen Post-Betriebsgebäudes zu einem türkischen Konsulat das in § 15 Abs. 1 Satz 2 BauNVO verankerte Gebot der Rücksichtnahme zu Lasten des Klägers und der übrigen Anwohner nicht verletzt. Auch sonst sind Rechtsmängel der Baugenehmigung nicht erkennbar.

#### 1. Rücksichtnahmegebot nur bei unzumutbarem Eingriff verletzt

Nach der Rechtsprechung des Senats hängt das Maß der nach § 15 Abs. 1 Satz 2 BauNVO gebotenen Rücksichtnahme von den besonderen Umständen des Einzelfalls ab (vgl. zusammenfassend Beschluss vom 3. März 1992 - BVerwG 4 B 70.91 - Buchholz 406.12 § 3 BauNVO Nr. 8 m.w.N.). Es sind die Schutzwürdigkeit des Betroffenen, die Intensität der Beeinträchtigung, die Interessen des Bauherrn und das, was beiden Seiten billigerweise zumutbar oder unzumutbar ist, gegeneinander abzuwägen. Feste Regeln lassen sich dabei nicht aufstellen; erforderlich ist vielmehr eine Gesamtschau der von dem Vorhaben ausgehenden Beeinträchtigungen. Geht man von diesen Grundsätzen

aus, kann von einer unzumutbaren Gefährdung der Bewohner der dem Konsulat benachbarten Wohnhäuser nicht gesprochen werden.

#### 2. Hier keine besonders hohe Gefährdungslage

Zunächst ist festzuhalten, dass die Baugenehmigung bereits eine Reihe von sicherheitstechnisch bedingten, bei derartigen Einrichtungen üblichen Nebenbestimmungen enthält, etwa für die Zufahrt zum und auf das Gelände des Konsulats sowie für die Umzäunung des Grundstücks. Entscheidend ist indes die Einschätzung der Wahrscheinlichkeit, mit der terroristische oder sonstige die Nachbarschaft gefährdende Anschläge auf das Konsulat zu erwarten sind. Im Zusammenhang mit seinen Ausführungen zu einer möglichen Verletzung des Grundrechts aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG betont der Verwaltungsgerichtshof, dass hier keine über eine unspezifische Besorgnis hinausgehende Gefährdungslage gegeben sei. Mit dieser Bewertung befindet sich das Berufungsgericht in Übereinstimmung mit der Einschätzung der zuständigen Sicherheitsbehörden, wie aus den zum Verfahren beigezogenen Behördenakten hervorgeht. Diese Feststellung hat der Kläger nicht mit revisionsrechtlich beachtlichen Rügen angegriffen, so dass der Senat an sie gebunden ist (§ 137 Abs. 2 VwGO). Bei dieser Sachlage kann nicht von einer rücksichtslosen, mit § 15 Abs. 1 Satz 2 BauNVO nicht zu vereinbarenden und deshalb nicht genehmigungsfähigen Nutzung ausgegangen werden.

#### 3. Gegebenenfalls Ergreifung zusätzlicher Maßnahmen möglich

Allerdings weist die Revision zu Recht darauf hin, dass sich die Einschätzung, wie wahrscheinlich mit Anschlägen auf diplomatische Vertretungen und ähnliche Einrichtungen gerechnet werden muss, ändern kann, wenn bestimmte weltpolitische oder einzelne Staaten betreffende Ereignisse oder Entwicklungen eintreten. Dies lehrt die Erfahrung gerade aus den letzten Jahren und gilt auch für türkische Einrichtungen. Eine Baugenehmigungsbehörde muss sich deshalb in Fällen wie dem vorliegenden vergewissern, ob bei einer nicht auszuschließenden nachteiligen Änderung der Sicherheitslage die dann zu erwartende Gefährdung der betreffenden Einrichtung und ihrer Umgebung unter Wahrung des Rücksichtnahmegebots beherrschbar ist, z.B. durch zusätzliche baurechtliche oder ordnungsrechtliche Maßnahmen. Ist dies aufgrund der örtlichen Verhältnisse nicht gewährleistet, kann dies ein Grund für die Versagung einer Baugenehmigung sein. Anhaltspunkte dafür, dass keine ausreichenden Vorkehrungen möglich wären, um auf eine geänderte Gefährdungslage angemessen reagieren zu können, sind im hier zu entscheidenden Fall aber nicht zu erkennen.

## Zivilrecht

### Standort: Mietrecht

### Problem: Vermieterwechsel

BGH, URTEIL VOM 04.04.2007

VIII ZR 219/06 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

#### **Problemdarstellung:**

Der Kl. mietete seit dem 01.07.1999 von einer Wohnungsbaugesellschaft eine Wohnung. Seit Anfang April 2004 stand das Grundstück, auf dem sich die fragliche Wohnung befand, unter Zwangsverwaltung. Der Kl. kündigte wirksam das Mietverhältnis zum 30.04.2004 und zog aus. Unter dem 26.11.2004 erhielt der Bekl. den Zuschlag für das Grundstück im Rahmen der Zwangsversteigerung. In Streit steht nunmehr die Verpflichtung der Bekl. zur Rückzahlung der Mietkaution.

Erstinstanzlich wurde die Bekl. zur Rückzahlung der Kautions nebst Zinsen verurteilt. Die hiergegen gerichtete Berufung der Bekl. blieb ohne Erfolg. In der Revision verfolgt der Bekl. sein Ziel weiter.

#### **Prüfungsrelevanz:**

Ausgangspunkt für die Beurteilung dieser aufgeworfenen Rechtsfrage ist der Grundsatz: "Kauf bricht nicht Miete.", § 566 BGB. Die Miete wirkt als Schuldverhältnis grundsätzlich nur inter partes. Wenn der Vermieter das Mietobjekt an einen Dritten veräußert, hätte der Mieter dem neuen Eigentümer gegenüber also unter Beachtung des Grundsatzes der Relativität der Schuldverhältnisse kein Recht zum Besitz. Folge wäre, dass der neue Eigentümer vom Mieter die Sache vindizieren könnte (§ 985 BGB). Der Mieter wäre also darauf zu verweisen, seine Ansprüche gegen den ursprünglichen Vermieter gem. § 536 a BGB geltend zu machen. Der Gesetzgeber hat vor diesem Hintergrund in § 566 BGB eine Regelung im Interesse des Mieters getroffen. Der Mietvertrag wirkt unter bestimmten Voraussetzungen auch für und gegen den Dritterwerber des Mietgrundstücks. Die Wirkung gegen Dritte bringt den Besitz des Mieters in die Nähe eines dinglichen Rechts, die sog. "Verdinglichung der Miete".

Die Regelung des § 566 BGB setzt voraus, dass das Mietgrundstück nach der Überlassung an den Mieter vom Vermieter an einen Dritten veräußert wird. Das Erfordernis der vorherigen Überlassung an den Mieter soll den Erwerber schützen; dies insoweit, als der Mietvertrag sich aus dem Grundbuch nicht erkennen läßt. Der Erwerber soll durch den sichtbaren Besitz des Mieters gewarnt werden. Ein Erwerb vor der Überlas-

sung an den Mieter bindet den Erwerber nach § 567 a BGB nur, wenn dieser gegenüber dem Vermieter die Erfüllung der Pflichten aus dem Mietverhältnis übernommen hat. Die Besonderheit des § 567 a BGB ist darin zu sehen, dass das gegenüber dem Vermieter gegebene Versprechen auch zugunsten des Mieters wirkt.

Rechtsfolge des § 566 BGB ist, dass der Erwerber der Mietsache an die Stelle des Veräußerers in dessen Rechte und Pflichten aus dem Mietverhältnis eintritt. Es handelt sich demnach um einen Fall des gesetzlichen Vertragsübergangs. Dadurch erhält der Mieter nicht nur einen neuen Gläubiger, sondern auch einen neuen Schuldner. Da ein Wechsel insbesondere des Schuldners für die Parteien nicht unproblematisch ist, kann diese Auswechslung nicht ohne weiteres gelten. Gem. § 566 II 1 BGB haftet der Vermieter zunächst wie ein selbstschuldnerischer Bürge für den Erwerber als neuen Schuldner. Nur wenn der Vermieter dem Mieter die Veräußerung mitteilt und dieser nicht zum nächstmöglichen Termin kündigt, wird der Vermieter aus seiner Haftung entlassen, § 566 II 2 BGB.

§ 566 a BGB beschränkt die Haftung des Erwerbers für die vom Mieter gegenüber dem Vermieter gegebenen Sicherheiten. Unter den Begriff der Sicherheit i.d.S. fällt jede Art der Sicherheitsleistung, die bereits geleistet ist. Das vorliegende Urteil des VIII. Senats des BGH präzisiert die Anforderungen an den Eintritt in die Rechte und Pflichten des Veräußerers seitens des Erwerbers. Vollzieht sich der Grundstückserwerb nach Beendigung des Mietverhältnisses und dem Auszug des Mieters, führt dies nicht zum Eintritt des neuen Eigentümers in die Rechte und Pflichten des ursprünglichen Mieters aus einer Sicherungsabrede zur Mietkaution. Dies hat zur Konsequenz, dass der ursprüngliche Vermieter aus der Zeit des Auszugs die Abrechnung der Nebenkosten vorzunehmen hat.

Daher war die Klage auf Auskehrung der Mietkaution unbegründet und mithin abzuweisen.

#### **Vertiefungshinweise:**

- Zur Mietkaution: *Kießling*, SZ 2004, 1146
- Zum Mietrecht: *Emmerich*, JuS 2000, 1051; *Grundmann*, NJW 2001, 2497; *Rolfs*, ZGS 2003, 289
- Stellung des besitzenden Mieters gegenüber Vermieter und Dritten: *Picker*, NJW 1982, 8; *Mayer*, ZMR 1990, 121; *Schüren*, JZ 1992, 79



**Kursprogramm:**

- Examenskurs: "Geschäftshaus"
- Assessorkurs: "Das Geschäftslokal"

**Leitsätze:**

**1. Ein Grundstückserwerb nach der Beendigung eines Mietverhältnisses und dem Auszug des Mieters führt nicht zum Eintritt des neuen Eigentümers in Rechte und Pflichten des bisherigen Vermieters aus dem beendeten Mietverhältnis und aus einer Sicherungsabrede zur Mietkaution.**

**2. Die Abrechnung der Nebenkosten aus der im Zeitpunkt des Auszugs des Mieters laufenden Abrechnungsperiode obliegt dem bisherigen Vermieter (im Anschluss an BGH, Urteil vom 03.12. 2003 - VIII ZR 168/03, NJW 2004, 851).**

**Sachverhalt:**

Die Parteien streiten um Rückzahlung einer Mietkaution. Der Kl. hatte seit dem 01.07.1999 von einer Wohnungsbaugesellschaft eine Wohnung in B. gemietet und die Kaution in Höhe von 1.730 DM (884,53 €) entrichtet. Seit dem 12.04.2004 stand das Grundstück, auf dem sich die an den Kl. vermietete Wohnung befindet, unter Zwangsverwaltung. Der Kl. kündigte das Mietverhältnis zum 30.06.2004 und zog aus. Am 26.11.2004 erhielt die Bekl. im Rahmen der Zwangsversteigerung den Zuschlag für das Grundstück.

Das Amtsgericht hat die Bekl. mit (rechtskräftigem) Teilurteil vom 29.11.2005 zur Abrechnung über die Kaution und mit Schlussurteil vom 23.02.2006 zur Rückzahlung der Kaution nebst Zinsen verurteilt. Die hiergegen gerichtete Berufung der Bekl. hat das Landgericht zurückgewiesen. Mit der vom BerGer. zugelassenen Revision verfolgt die Bekl. ihr Ziel der Klageabweisung weiter.

**Aus den Gründen:***I. Entscheidung und Begründung des BerGer.*

Das BerGer. (LG Berlin GE 2006, 1479) hat zur Begründung seiner Entscheidung ausgeführt:

Der Anspruch des Kl. auf Rückzahlung der Mietkaution richte sich gemäß § 566a BGB gegen die Bekl. als Erwerberin des Grundstücks, denn es komme entscheidend darauf an, zu welchem Zeitpunkt der Anspruch des Kl. fällig geworden sei. Die Fälligkeit sei aber erst nach dem Eigentumserwerb der Bekl. eingetreten, weil noch die Abrechnung der Nebenkosten für das Jahr 2004 ausstehend sei und die Mietkaution auch zur Sicherung noch nicht fälliger Ansprüche bestimmt sei. Darauf, dass das Mietverhältnis schon vor dem Eigentumsübergang beendet gewesen sei, komme es nicht an. Bereits im Anwendungsbereich des § 566 BGB sei anerkannt, dass der Erwerber auch in ein Abwicklungsverhältnis nach Kündigung des Mietverhältnisses eintrete, solange die Mietsache noch nicht zurückgegeben sei. Für die Rückgabe der Sicherheit bestimme dies § 566a BGB ausdrücklich. Nach der gesetzlichen Regelung sei es unerheblich, ob der Erwerber die Kaution vom früheren Vermieter erhalten habe, er müsse sich grundsätzlich bei dem Veräußerer schadlos halten. Diese Risikoverteilung gelte auch für den Erwerb im Rahmen der Zwangsversteigerung.

nisses eintrete, solange die Mietsache noch nicht zurückgegeben sei. Für die Rückgabe der Sicherheit bestimme dies § 566a BGB ausdrücklich. Nach der gesetzlichen Regelung sei es unerheblich, ob der Erwerber die Kaution vom früheren Vermieter erhalten habe, er müsse sich grundsätzlich bei dem Veräußerer schadlos halten. Diese Risikoverteilung gelte auch für den Erwerb im Rahmen der Zwangsversteigerung.

*II. Entscheidung des BGH in der Revision*

Diese Beurteilung hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

*1. Anwendbarkeit der §§ 566, 566 a BGB gegeben*

Zutreffend ist das BerGer. allerdings davon ausgegangen, dass §§ 566, 566a BGB auch im Fall des Eigentumserwerbs im Wege der Zwangsversteigerung Anwendung finden (§ 57 ZVG). Ein Eintritt des neuen Eigentümers in Rechte und Pflichten des Vermieters aus dem Mietverhältnis und der geleisteten Mietsicherheit gemäß §§ 566, 566a BGB kommt aber nach dem Zweck dieser Vorschriften nicht mehr in Betracht, wenn der (ehemalige) Mieter - wie hier - schon vor dem Eigentumsübergang auf den Erwerber ausgezogen ist.

*a. Regelungsgehalte der §§ 566, 566 a BGB: Mieter-schutz*

Der in § 566 BGB geregelte Eintritt des Erwerbers in ein bestehendes Mietverhältnis dient dem Schutz des Mieters, dem die Wohnung aufgrund eines wirksamen Mietvertrages überlassen worden ist. Die ihm dadurch von seinem Vertragspartner eingeräumte Rechtsstellung - der berechtigte Besitz - soll ihm auch gegenüber einem späteren Erwerber des Grundstücks erhalten bleiben (Staudinger/Emmerich, BGB (2006), § 566 Rdnr. 3). Das Erfordernis der Überlassung der Wohnung an den Mieter erfüllt ferner eine Publizitätsfunktion, denn der Erwerber kann in der Regel bereits aus der Besitzlage ablesen, in welche Mietverhältnisse er eintreten muss (Staudinger/Emmerich, aaO, Rdnr. 33; vgl. auch Wolff/Eckert/Ball, Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts, 9. Aufl., Rdnr. 1291). § 566a BGB ergänzt den Schutz des Mieters dadurch, dass der Erwerber außerdem in die sich aus der Sicherungsvereinbarung zur Mietkaution ergebenden Rechte und Pflichten des Vermieters eintritt.

*b. Wirksames Mietverhältnis zum Zeitpunkt des Eigentümerwechsels und Mieter in Besitz der Wohnung*

Nach ihrem Wortlaut und Zweck setzen §§ 566, 566a BGB deshalb grundsätzlich voraus, dass im Zeitpunkt des Eigentumswechsels ein wirksames Mietverhältnis besteht (Palandt/Weidenkaff, BGB, 66. Auflage, § 566 Rdnr. 14; Blank/Börstinghaus, Miete, 2. Aufl., § 566 Rdnr. 12 ff.; Bub/Treier/Heile, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete, 3. Aufl., Kap. II

Rdnr. 857) und sich der Mieter (noch) im Besitz der Wohnung befindet (MünchKomm/Häublein, BGB, 4. Aufl., § 566 Rdnr. 16; Wolff/Eckert/Ball, aaO, Rdnr. 1296 f.; Staudinger/Emmerich, aaO; Lammel, Wohnraummietrecht, 3. Aufl., § 566 Rdnr. 31). An beiden Voraussetzungen fehlt es hier. Zwar nimmt die wohl herrschende Meinung - wovon auch das BerGer. zutreffend ausgeht - eine Ausnahme für den Fall an, dass der Mieter im Zeitpunkt des Eigentumswechsels die Wohnung trotz Ablaufs des Mietvertrags noch nicht geräumt hat; in diesem Fall soll der Erwerber entsprechend § 566 BGB in das Abwicklungsverhältnis mit dem Mieter eintreten (BGHZ 72, 147; MünchKomm/Häublein, aaO, Rdnr. 12; Gather in Schmidt-Futterer, Mietrecht, 9. Aufl., § 566 Rdnr. 24; Erman/Jendrek, BGB, 11. Aufl., § 566 Rdnr. 8; einschränkend Palandt/Weidenkaff, aaO). Diese Ausdehnung des Anwendungsbereichs des § 566 BGB wird vor allem mit praktischen Erwägungen begründet (BGH, aaO, S. 150; Lammel, aaO, § 566 Rdnr. 29; Bub/Treier/Heile, aaO, Kap. II Rdnr. 860). Für eine noch weitergehende Analogie zugunsten eines vor dem Eigentumswechsel ausgezogenen Mieters besteht jedoch kein Anlass. Weder der Zweck der gesetzlichen Regelung noch praktische Gründe rechtfertigen es in einem solchen Fall, den Erwerber in ein etwa noch bestehendes Abwicklungsverhältnis und in die Pflichten aus der Sicherungsabrede eintreten zu lassen.

*aa. Keine Schutzbedürftigkeit des Mieters nach dessen Auszug*

Der vor dem Eigentumsübergang auf den Erwerber ausgezogene Mieter bedarf eines Schutzes durch die §§ 566, 566a BGB nicht, denn seine Rechtsposition wird durch den Eigentumswechsel nicht mehr berührt. Soweit ihm noch Ansprüche aus der Abwicklung des Mietverhältnisses zustehen, kann er diese gegen seinen bisherigen Vermieter geltend machen. Seine Rechtsstellung wird durch die zwischenzeitliche Veräußerung seiner ehemaligen Wohnung nicht verschlechtert.

*bb. Keine Schaffung eines zusätzlichen Schuldners neben dem ursprünglichen Vermieter*

Die Regelung des § 566a BGB soll ein Auseinanderfallen von Mietvertrag und Kautionsabrede vermeiden und ist deshalb in engem Zusammenhang mit dem Eintritt des Erwerbers in das Mietverhältnis zu sehen. Die Vorschrift verfolgt hingegen nicht den Zweck, dem Mieter unabhängig hiervon einen zusätzlichen Schuldner für die Rückzahlung der Kautionsabrede zu verschaffen und ihn dadurch besser zu stellen. Gegen das Risiko wirtschaftlicher Schwierigkeiten seines Vertragspartners kann sich der Mieter im Hinblick auf die geleistete Kautionsabrede hinreichend absichern, dass er eine Anlage der Sicherheit getrennt vom Vermögen des Vermieters gemäß § 551 Abs. 3 Satz 3 BGB verlangt und dieses Recht erforderlichenfalls auch (rechtzeitig)

durchsetzt.

*cc. Keine Anwendung des § 566 a BGB sofern Auszug vor dem Eigentumswechsel*

Der Revision ist darin beizupflichten, dass eine Anwendung des § 566a BGB auf den vor dem Eigentumswechsel ausgezogenen Mieter nicht den Interessen der Beteiligten an einer einfach zu handhabenden Abwicklung des beendeten Mietverhältnisses entspricht.

*(1) Funktion der Kautionsabrede, die Sicherung von Ansprüchen des Vermieters läuft leer*

Die Mietkautionsabrede kann in einem solchen Fall in der Hand des Erwerbers ihre Funktion, Ansprüche des Vermieters aus dem Mietverhältnis zu sichern, nicht erfüllen, denn alle vor dem Eigentumswechsel entstandenen und fällig gewordenen Ansprüche gegen den Mieter - etwa wegen rückständiger Miete, Schönheitsreparaturen oder einer Beschädigung der Mietsache - bleiben wegen der Zäsurwirkung des Eigentumswechsels ohnehin bei dem bisherigen Vermieter (vgl. Senatsurteil vom 19.10.1988 - VIII ZR 22/88, NJW 1989, 451, unter II 2 b m.w.N.). Nach dem Auszug des Mieters werden nur noch etwaige Ansprüche des Vermieters aus späteren Nebenkostenabrechnungen fällig. Nach der Rechtsprechung des Senats stehen Nachzahlungsansprüche aus einer nach dem Eigentümerwechsel erteilten Nebenkostenrechnung über eine zuvor abgelaufene Abrechnungsperiode jedoch weiter dem ehemaligen Vermieter zu (Senatsurteil vom 03.12.2003 - VIII ZR 168/03, NJW 2004, 851, unter II 1). Auch die Abrechnungspflicht und die Verpflichtung zur Auskehrung eines etwaigen Guthabens treffen in einem derartigen Fall den früheren Vermieter. Von einer strikten Anwendung des so genannten Fälligkeitsprinzips hat der Senat in diesen Fällen aus Gründen der Rechtsklarheit und Praktikabilität abgesehen. Derjenige, der die Vorauszahlungen für einen Abrechnungszeitraum erhalten hat, soll auch die Abrechnung erteilen und zur Rückzahlung eines Guthabens verpflichtet bzw. zur Geltendmachung eines Nachzahlungsbetrages berechtigt sein (Senatsurteil vom 03.12.2003, aaO). Dies gilt auch für die im Zeitpunkt des Eigentümerwechsels laufende Abrechnungsperiode, wenn der Mieter vor dem Eigentumsübergang ausgezogen ist. Auch in diesem Fall ist ausschließlich über einen Zeitraum abzurechnen, in dem der ehemalige Vermieter noch Eigentümer war und die Vorauszahlungen erhalten hat.

*(2) Fälligkeit der Verpflichtung zur Kautionsrückzahlung bleibt hier außer Betracht*

Die vom BerGer. vertretene Auffassung, dass den Grundstückserwerber die Pflicht zur Rückzahlung einer Mietkautionsabrede auch dann trifft, wenn der Mieter zwar vor dem Eigentumswechsel ausgezogen ist, die

Verpflichtung zur Abrechnung über die Kautions aber erst nach dem Eigentumswechsel fällig wird, würde ferner - wie die Revision zutreffend hervorhebt - zu einer besonders für den Mieter nachteiligen Unsicherheit darüber führen, wen er insoweit in Anspruch nehmen muss, denn die Fälligkeit des Anspruchs auf Abrechnung der Mietkaution und Auskehrung eines nicht verbrauchten Betrages hängt von den Umständen des Einzelfalles ab und lässt sich nicht nach einer feststehenden Frist berechnen (vgl. Senatsurteil vom 18.01.2006 - VIII ZR 71/05, NJW 2006, 1422, unter II

1 a).

### *III. Aufhebung des Urteils des BerGer und Klageabweisung*

Nach alledem kann das Urteil des BerGer. keinen Bestand haben; es ist daher aufzuheben (§ 562 I ZPO). Der Rechtsstreit ist zur Endentscheidung reif, da es keiner weiteren Feststellungen bedarf (§ 563 III ZPO). Die Klage auf Auskehrung der Mietkaution ist unbegründet und daher abzuweisen.

## **Standort: Auskunftsvertrag**

## **Problem: Vertragsschluss**

BGH, URTEIL VOM 11.01.2007  
III ZR 193/05 (BGH, NJW 2007, 1362)

### **Problemdarstellung:**

In der vorliegenden Entscheidung beschäftigt sich der BGH mit der Fragestellung, unter welchen Voraussetzungen ein selbständiger Auskunftsvertrag zwischen Anlagevermittler und Anlageinteressent zustande kommt. Die Kl. begehrt Schadensersatz wegen fehlerhafter Anlageberatung.

Die Kl. verwaltet das Vermögen einer Stiftung. Die Bekl. firmiert unter "h. GmbH" und ist zugleich Repräsentantin der B. Bank. Ein Mitarbeiter (M) der Bekl. rief die Kl. an und stellte verschiedene Anlagemöglichkeiten bei der B. Bank vor. Der M teilte der Kl. unter Bezugnahme auf einen Zeitungsartikel mit, die B. Bank gehöre dem Einlagensicherungsfonds an. Daraufhin legte die Kl. einen Geldbetrag in Höhe von etwa 170.000 € bei der B. Bank als Festgeld an. Tatsächlich gehörte die B. Bank dem Einlagensicherungsfonds nicht an. Dies stellte sich heraus, als die B. Bank durch das Bundesamt für Finanzdienstleistungen geschlossen wurde.

### **Prüfungsrelevanz:**

In dieser Entscheidung formulierte der BGH die Voraussetzungen, unter denen ein selbständiger Auskunftsvertrag zwischen einem Anlagevermittler und einem Anlageinteressent zustande kommt.

Die einer anderen Person geschuldete Information kann von der Aufklärung (der nicht angeforderten Mitteilung bestimmter Umstände zur Vermeidung von Gefahren oder Nachteilen für den Empfänger) über die Auskunft (der vom Anfragenden erbetenen Mitteilung von Tatsachen) sowie Rat oder Beratung bis zur Empfehlung reichen. § 675 II BGB stellt den Grundsatz auf, dass die Erteilung einer Auskunft, eines Rates oder einer Empfehlung mangels Rechtsbindungswillens keine Haftung erzeugt. Eine Erklärung ist insoweit weder eine Willenserklärung noch ein Rechtsgeschäft. Anderes ergibt sich nur ausnahmsweise. Der

Auskunftsvertrag ist gerichtet auf die Erteilung der Auskunft als Hauptleistung. Der Abschluss eines selbständigen, über § 675 II BGB hinausgehenden, Auskunftsvertrags kann auch konkludent erfolgen. Dies ist sogar unabhängig davon möglich, ob zwischen den Parteien bereits vertragliche Beziehungen bestehen (BGH 140, 111) oder nicht (BGH WM 1965, 287). Maßgeblich für die Frage, ob ein rechtsgeschäftlicher Wille zum (konkludenten) Abschluss eines Auskunftsvertrages führt, ist eine Würdigung der Umstände des Einzelfalles (BGH NJW 1991, 32; 1992, 2080). Ein konkludenter Vertragsschluss ist insbesondere dann anzunehmen, wenn die Gesamtumstände unter Berücksichtigung der Verkehrsauffassung und des Verkehrsbedürfnisses den Rückschluss zulassen, dass beide Teile nach dem objektiven Inhalt ihrer Erklärungen die Auskunft zum Gegenstand vertraglicher Rechte und Pflichten gemacht haben (BGH NJW 1986, 180). Hierfür ist wesentliches Indiz, dass für den Auskunftgeber erkennbar ist, dass die Auskunft für den Anfragenden von erheblicher Bedeutung ist und dieser sie zur Grundlage wesentlicher Entscheidungen machen will (BGH NJW 1989, 2882; ZIP 1999, 275). Dies gilt umso mehr, wenn der Auskunftgeber hinsichtlich der Auskunft besonders sachkundig und selbst wirtschaftlich interessiert ist (BGHZ 100, 117; NJW-RR 1992, 1011).

Diese Rechtsprechung bestätigt und präzisiert der BGH in dieser Entscheidung. Der erkennende Senat stellt heraus, dass bei der hier interessierenden Anlagevermittlung zwischen dem Anlageinteressenten und dem Anlagevermittler ein konkludent geschlossener Auskunftsvertrag mit Haftungsfolgen dann zustande kommt, wenn der Interessent deutlich macht, dass er, auf eine bestimmte Anlageentscheidung bezogen, die besonderen Kenntnisse und Verbindungen des Vermittlers in Anspruch nehmen will, und der Anlagevermittler die gewünschte Tätigkeit beginnt. Diese Rechtsprechung trägt zum Schutz des Anlegers der Interessenlage und den Besonderheiten bei der Vermittlung von Kapitalanlagen Rechnung. Diese werden geprägt durch die erhebliche wirtschaftliche Bedeutung für den

Kapitalanleger und einen zugleich auf seiner Seite ebenso regelmäßig bestehenden Aufklärungsbedarf, der in der großen Mehrzahl der Fälle hinreichend nur durch den Vermittler befriedigt werden kann, und zudem umgekehrt durch die von dem Vermittler im Allgemeinen zu erwartende und auch nach eigenem Verständnis bestehende Sachkunde

#### **Vertiefungshinweise:**

☐ Zu § 675 II BGB: *Strauch*, JuS 1992, 897; *Haller*, Jura 1997, 234; *Möllers/Leisch*, JZ 2000, 1085

☐ Zu unrichtigen Kapitalmarktinformationen: *Möller*, JZ 2005, 75; *Ekkenga*, ZIP 2004, 781

#### **Kursprogramm:**

☐ *Examenskurs*: "Der defekte Gaszug"

☐ *Examenskurs*: "Mieser Klebstoff"

#### **Leitsätze:**

**Im Rahmen einer Anlagevermittlung kommt zwischen dem Anlageinteressenten und dem Vermittler ein Auskunftsvertrag mit Haftungsfolgen zumindest stillschweigend zustande, wenn der Interessent deutlich macht, dass er, auf eine bestimmte Anlageentscheidung bezogen, die besonderen Kenntnisse und Verbindungen des Vermittlers in Anspruch nehmen will, und der Anlagevermittler die gewünschte Tätigkeit beginnt (st. Rspr., zuletzt Senatsurteil vom 19.10.2006 - III ZR 122/05 - ZIP 2006, 2221).**

**Der Feststellung weiterer besonderer Umstände bedarf es nicht. Das gilt auch dann, wenn der Vermittler bei den Vertragsverhandlungen zugleich als selbständiger "Repräsentant" einer Bank auftritt.**

#### **Sachverhalt:**

Die Kl. verwaltet das Vermögen einer Stiftung, nach deren Satzung ihr Vermögen mündelsicher anzulegen ist. Die Bekl. firmiert unter "h. GmbH" und war zugleich Repräsentantin der B. Bank Luxemburg, einer Niederlassung der B. Bank AG in Dresden. Im Sommer 2001 rief der seinerzeit bei der Bekl. beschäftigte Zeuge M. die Kl. an und stellte ihr Anlagemöglichkeiten bei der B. Bank vor. In einem Telefax vom 22.10.2001 mit Briefkopf der Bekl. teilte er der Kl. unter Bezugnahme auf einen Artikel in der Zeitschrift "Finanzen" mit, die B. gehöre dem "Einlagensicherungsfonds" (sc. des Bundesverbandes deutscher Banken) an. Die Kl. legte daraufhin unter dem 26.10.2001 345.144,49 DM (= 176.469,57 €) als Festgeld für 90 Tage bei der B. Bank an. Der Anlageauftrag enthält vor den Unterschriften die vordruckte Bestätigung des Kunden: "Ich/Wir habe/n die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Bank mit Hinweisen zur Einlagensicherung erhalten, zur Kenntnis ge-

nommen und bin/sind mit deren Geltung einverstanden ...". Nach Fristablauf wurde die Anlage von der Kl. bis zum 22.07.2003 mehrfach verlängert. Unter dem 28.05.2003 übertrug die B. Bank den Geldbetrag von 175.469 € zuzüglich Zinsen in Höhe von 1.955,50 € auf ein neu eingerichtetes Abwicklungskonto der Kl. bei ihr. Im Mai 2003 hatte das Bundesamt für Finanzdienstleistungen die B. Bank geschlossen. Über deren Vermögen ist das Insolvenzverfahren beim Amtsgericht Dresden eröffnet. Tatsächlich war die Bank nicht Mitglied im Einlagensicherungsfonds des Bundesverbandes deutscher Banken. Die Kl. hat ihre Forderung im Insolvenzverfahren angemeldet.

Mit der vorliegenden Klage hat die Klägerin Schadensersatzansprüche wegen fehlerhafter Anlageberatung in Höhe von 178.832,05 € nebst Zinsen, Zug um Zug gegen Abtretung ihrer im Insolvenzverfahren angemeldeten Forderung gegen die B. Bank, geltend gemacht. Das Landgericht hat der Klage stattgegeben, das Oberlandesgericht hat sie abgewiesen. Im Revisionsverfahren verfolgt die Kl. unter Abzug eines zwischenzeitlich vom Insolvenzverwalter gezahlten Betrags von 26.852,31 € ihren Klageantrag weiter.

#### **Aus den Gründen:**

Die Revision hat Erfolg.

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

Nach Ansicht des BerGer. lässt sich ein gesonderter Beratungs- oder Auskunftsvertrag zwischen den Parteien nicht feststellen. Wenn ein solcher Auskunftsvertrag zustande gekommen sei, was zugunsten der Kl. unterstellt werden könne, sei er zwischen dieser und der B. Bank geschlossen worden. Die Bank sei dabei durch die Bekl. und diese durch den Zeugen M. vertreten worden. Allerdings sei die Bekl. gegenüber der Kl. als Anlagevermittlerin aufgetreten. Sie habe aber diese Tätigkeit in ihrer Eigenschaft als Repräsentantin der B. Bank im Sinne des § 53a KWG ausgeübt. Übernahme ein Vermittler mit Wissen und Willen einer der späteren Vertragsparteien Aufgaben, die typischerweise dieser oblägen, so werde er in deren Pflichtenkreis tätig und sei zugleich als deren Hilfsperson zu betrachten. Um eine solche, den vielfältigen Fällen der Vertreterhaftung von Banken, Sparkassen und Versicherungen in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs entsprechende Konstellation handele es sich im vorliegenden Fall. Die B. Bank habe sich vor allem der Geschäftsvermittlung durch Repräsentanten wie der Bekl. bedient, die darauf in ihrem Briefkopf auch offen hingewiesen hätten. Angesichts des hier allein in Rede stehenden Festgeldeinlagengeschäfts gemäß § 1 I KWG sei von vornherein klar gewesen, dass dieses nur mit einer Bank habe vermittelt werden können. Die B. Bank habe es den für sie ständig als selbständige Vermittler tätigen Repräsentanten überlassen, Kunden für ihre Anlagen zu werben, die erforderlichen Vertrags-

verhandlungen zu führen und die Vertragsunterlagen vorzubereiten. Dieser Ablauf und das Auftreten der Bekl. als Repräsentantin der B. Bank sei der Kl. auch bekannt gewesen. Dass die Bekl. daneben auch als "Vermittlung von Kapitalanlagen" firmiert habe und so im Geschäftsverkehr aufgetreten sei, habe für den Streitfall keine wesentliche Bedeutung gehabt. Zwar könne im Rahmen der Anlagevermittlung zwischen dem Anlageinteressenten und dem Anlagevermittler ein gesonderter, konkludent geschlossener Auskunftsvertrag mit Haftungsfolgen zustande kommen, wenn der Interessent deutlich mache, dass er, auf eine bestimmte Anlageentscheidung bezogen, die besonderen Kenntnisse und Verbindungen des Vermittlers in Anspruch nehmen wolle und der Anlagevermittler die gewünschte Tätigkeit beginne. Das hänge jedoch von den Umständen des Einzelfalls ab, beispielsweise einem eigenen wirtschaftlichen Interesse des Auskunftgebers an dem Geschäftsabschluss, einem persönlichen Engagement in der Form von Zusicherungen nach Art einer Garantieübernahme, dem Versprechen eigener Nachprüfung, der Hinzuziehung des Auskunftgebers zu Vertragsverhandlungen auf Verlangen des Auskunftsempfängers oder einer bereits anderweitig bestehenden Vertragsbeziehung zwischen Auskunftgeber und Auskunftsempfänger. Ein solcher zusätzlicher, neben die Tätigkeit der Bekl. in Vertretung der B. Bank tretender und eine eigene Haftung begründender Auskunftsvertrag sei zwischen den Parteien aber nicht geschlossen worden. Entsprechendes gelte für Ansprüche der Kl. aus Verschulden bei Vertragsschluss (*culpa in contrahendo*); auch insoweit sei nur die B. Bank, nicht aber die Bekl. persönlich haftbar. Beiden Anspruchsgrundlagen sei gemeinsam, dass eine Eigenhaftung nur eintrete, wenn der Vertreter wirtschaftlich betrachtet gleichsam in eigener Sache tätig werde. Davon könne hier keine Rede sein. Die Bekl. habe für ihre Anlagenvermittlung keine Provision erhalten, der für sie handelnde Zeuge M. nur eine ganz geringe Provision in Höhe von 500 €. Das bloß mittelbare Provisionsinteresse rechtfertige auch die Annahme eines eigenen Interesses des Vertreters nicht. Besonderes Vertrauen habe die Bekl. gleichfalls nicht in Anspruch genommen.

## II. Entscheidung des BGH in der Revision

Diese Ausführungen halten rechtlicher Nachprüfung in entscheidenden Punkten nicht stand. Entgegen der Ansicht des BerGer. haftet die Bekl. der Kl. wegen Verletzung eines zwischen den Parteien bestehenden Auskunftsvertrags. Das BerGer. setzt zu Unrecht den - engeren - Tatbestand einer Eigenhaftung des Vertreters bei Schadensersatzansprüchen aus Verschulden bei Vertragsschluss (*culpa in contrahendo*) mit den Voraussetzungen für den stillschweigenden Abschluss eines Auskunftsvertrags bei der Vermittlung einer Kapitalanlage gleich.

### 1. Keine Haftung der Bekl. aus §§ 280 I, 311 III, 241 II BGB mangels vorvertraglichem Schuldverhältnis

Zutreffend ist, dass die Eigenhaftung des Vertreters - über das angebahnte Rechtsverhältnis zwischen Vertretenem und Vertragsgegner hinaus - entweder die Inanspruchnahme besonderen persönlichen Vertrauens durch den Vertreter erfordert, insbesondere wenn er dem Verhandlungsgegner eine zusätzliche, von ihm persönlich ausgehende Gewähr für die Richtigkeit und Vollständigkeit seiner Erklärungen bietet, oder ein unmittelbares wirtschaftliches Eigeninteresse des Vertreters an dem Zustandekommen des Rechtsverhältnisses, so dass er wirtschaftlich betrachtet gleichsam in eigener Sache verhandelt (BGHZ 129, 136, 170; BGH, NJW 1997, 1233; NJW-RR 2005, 1137; NJW-RR 2006, 109; 110; dieses Urteil wäre vorliegend einschlägig, wenn es um eine persönliche Haftung des Zeugen M. ginge). Hieran dürfte es in der Tat im Verhältnis zwischen der Kl. und der Bekl., die bei den Vertragsverhandlungen über die Festgeldanlage als Repräsentantin die kapitalsuchende B. Bank vertreten hat und als deren Erfüllungsgehilfe wiederum nach den rechtsfehlerfreien Feststellungen des BerGer. der Zeuge M. anzusehen ist, fehlen. Darauf kommt es aber nicht an, weil das BerGer. die außerdem zu prüfenden tatbestandlichen Voraussetzungen für den konkludenten Abschluss eines Auskunftsvertrags mit dem Anlagevermittler übermäßig verengt.

### 2. Voraussetzungen für konkludenten Abschluss eines Auskunftsvertrages bei der Anlagevermittlung

In der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, insbesondere des jetzt zuständigen erkennenden Senats, ist anerkannt, dass im Rahmen der hier interessierenden Anlagevermittlung zwischen dem Anlageinteressenten und dem Anlagevermittler ein Auskunftsvertrag mit Haftungsfolgen zumindest stillschweigend zustande kommt, wenn der Interessent deutlich macht, dass er, auf eine bestimmte Anlageentscheidung bezogen, die besonderen Kenntnisse und Verbindungen des Vermittlers in Anspruch nehmen will, und der Anlagevermittler die gewünschte Tätigkeit beginnt (BGHZ 100, 117, 118 f.; BGH, NJW-RR 1993, 1114; NJW-RR 2000, 998; NJW 2002, 2641, 2642; NJW-RR 2003, 1690 und NJW 2005, 1120, 1121; zuletzt ZIP 2006, 2221 Rn. 9). Der Feststellung weiterer besonderer Merkmale unter den Gesamtumständen des Falles, wie sie das BerGer. unter Hinweis auf das einen anderen Sachverhalt betreffende Senatsurteil vom 16.06.1988 - III ZR 182/87 (BGHR BGB § 676 Auskunftsvertrag 1) verlangt, etwa eines eigenen wirtschaftlichen Interesses des Vermittlers an dem Geschäftsabschluss, bedarf es in dieser Fallgestaltung nicht. Ebenso wenig ist von entscheidender Bedeutung, ob der Vermittler den Kapitalsuchenden innerhalb seiner Rechtsbeziehungen mit dem Kapitalanleger vertritt und inwieweit jener seinerseits unter dem Ge-

sichtspunkt des § 278 BGB für Fehler des Vermittlers einzustehen hat. Die dargestellte Senatsrechtsprechung trägt zum Schutz des Anlegers bereits typisierend der Interessenlage und den Besonderheiten bei der Vermittlung von Kapitalanlagen Rechnung. Diese werden geprägt durch die regelmäßig erhebliche wirtschaftliche Bedeutung für den Kapitalanleger und einen zugleich auf seiner Seite ebenso regelmäßig bestehenden Aufklärungsbedarf, der in der großen Mehrzahl der Fälle hinreichend nur durch den Vermittler befriedigt werden kann, und zudem umgekehrt durch die von dem Vermittler im Allgemeinen zu erwartende und auch nach eigenem Verständnis bestehende Sachkunde (in diesem Sinne schon BGHZ 74, 103, 106 f.).

### 3. Haftung der Bekl. aus einem Auskunftsvertrag

Nach diesen Maßstäben ist an dem Zustandekommen eines konkludent geschlossenen Auskunftsvertrags zwischen der Kl. und der Bekl., vertreten durch den Zeugen M., auf der Grundlage der rechtsfehlerfrei getroffenen tatrichterlichen Feststellungen nicht zu zweifeln. Die Kl. hat mit ihrer Frage nach der Zugehörigkeit der B. Bank zum Einlagensicherungsfonds deutscher Banken erkennbar gerade die spezifischen Kenntnisse der Bekl. über Einzelheiten der angebotenen Kapitalanlage für sich nutzen wollen und ihre Anlageentscheidung hiervon abhängig gemacht. Dass die Bekl. zugleich als Repräsentantin der Bank firmierte und in dieser Eigenschaft bei den Vorverhandlungen über Art und Inhalt der Anlage die Bank vertreten konnte, ist für den stillschweigenden Abschluss eines

gesonderten Auskunftsvertrags mit der Kl. mangels einer eindeutigen Beschränkung auf die Abgabe von Erklärungen nur für die B. Bank ohne Belang (vgl. auch zur Anlageberatung durch den Repräsentanten einer Bank Senatsurteil vom 23.09.1999 - III ZR 214/98 - NJW-RR 2000, 51). Die von der Revisionserwiderung in diesem Zusammenhang weiter erhobenen Verfahrensrügen hat der Senat geprüft und für nicht durchgreifend erachtet; von einer näheren Begründung wird gemäß § 564 ZPO abgesehen.

### 4. Pflichtverletzung wegen unvollständiger und sachlich unrichtiger Angaben

Mit Recht hat das BerGer. ferner angenommen, dass die sachlich unrichtigen und auf einer unvollständigen tatsächlichen Grundlage beruhenden Angaben des Zeugen M. über eine bei der B. Bank bestehende Einlagensicherung pflichtwidrig waren. Damit steht eine die Bekl. dem Grunde nach zum Schadensersatz verpflichtende schuldhaftige Vertragsverletzung fest.

### 5. Aufhebung des Urteils und Zurückverweisung der Sache an das BerGer.

Zur Höhe des Schadens, zum Ursachenzusammenhang sowie zu der Frage eines etwaigen Mitverschuldens der Kl. hat das Oberlandesgericht keine abschließenden Feststellungen getroffen. Der Senat kann deswegen über die Klage nicht endgültig entscheiden. Aus diesem Grunde ist das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache zurückzuverweisen, damit das BerGer. die erforderlichen Feststellungen nachholen kann.

## Standort: Deliktsrecht

## Problem: Verkehrssicherungspflichten

OLG STUTTGART, URTEIL VOM 26.07.2006  
3 U 651/06 (NJW 2007, 1368)

### Problemdarstellung:

Die Parteien streiten um die Ersatzpflicht der Bekl. im Hinblick auf ein Unfallereignis mit tödlichem Ausgang beim Wandern. Die Bekl. war mit einer Wandergruppe unterwegs, als sie an eine enge Stelle des Wanderwegs gelangte, die zudem wegen Feuchtigkeit rutschig war und bergwärts teilweise mit Stahlketten zum besseren Halt der Wandernden ausgestattet war. Die gesamte Gruppe war mit angemessenem Schuhwerk ausgestattet. Die Bekl. lief hinter ihrer knapp vierjährigen Tochter, da der Weg zu eng war, um nebeneinander zu gehen. Die Tochter der Bekl. hielt sich an der Kette fest, während die Bekl. die Tochter an der rechten Hand hielt, ohne sich selbst an der Kette abzusichern. Die Bekl. kam zu Fall und stürzte einen steilen Hang hinunter. Die Bekl. fiel auf den Ehemann der Kl., der sich unterhalb der Bekl. auf dem Wanderweg befand, wodurch dieser einen Abhang hinabstürzte. Er erlitt schwerste Verletzungen, an denen er schließlich

verstarb.

Das LG hat die Bekl. antragsgemäß zur Zahlung von Schmerzensgeld an die Kl. als Rechtsnachfolgerin des Getöteten verurteilt. Gegen dieses Urteil richtet sich die Berufung der Bekl., die eine volle Klagabweisung anstrebt. Ihr Rechtsmittel hatte keinen Erfolg.

### Prüfungsrelevanz:

Die vorliegende Entscheidung beschäftigt sich mit einem Unfallgeschehen im Freizeitbereich. Es stellte sich die Frage, inwieweit die Bekl. aus Delikt in Anspruch zu nehmen ist. Der erkennende Senat prüft schulbuchmäßig, ob die Verletzung einer VSP zu bejahen ist. Es gilt der allgemeine Grundsatz, dass derjenige, der eine Gefahrenquelle schafft, verpflichtet ist, die notwendigen und zumutbaren Vorkehrungen zu treffen, um eine Schädigung anderer möglichst zu verhindern (BGH, NJW-RR 2003, 1459). Dieser Grundsatz beinhaltet die Gefahrabwendungspflicht aus vorangegangenen Tun, wobei das Vorverhalten nicht pflichtwidrig sein muss (Soergel/Spickhoff, BGB, § 823 Rdnr. 115). Eine Verkehrspflicht kann durch eine ge-

fährliche Tätigkeit begründet werden, insbesondere im Einzelfall durch eine Handlung, die unmittelbar ein erhöhtes Gefährdungspotenzial enthält (Soergel/Krause, § 823 Anh. II, Rdnr. 23). Die rechtlich gebotene Verkehrssicherung umfasst diejenigen Maßnahmen, die ein umsichtiger und verständiger, in vernünftigen Grenzen vorsichtiger Mensch für notwendig und ausreichend hält, um andere vor Schaden zu bewahren (BGH, NJW 2004, 1449).

Zu überprüfen war zunächst, welches Recht überhaupt Anwendung findet. Dies deshalb, weil das Unfallgeschehen in Österreich erfolgte. Gem. Art. 40 I 1 EGBGB wäre demnach grundsätzlich österreichisches Recht anzuwenden (sog. "Tatortregel"). Allerdings hatten sowohl die Bekl. als auch der Getötete ihren gewöhnlichen Aufenthaltsort in Deutschland. Entscheidend ist insoweit allein der Aufenthaltsort, nicht aber die Staatsangehörigkeit (Palandt-Heldrich, Art. 40 EGBGB Rn 5). Deshalb ist zur Beurteilung der deliktischen Haftung gem. Art. 40 II 1 BGB das deutsche Recht anzuwenden.

Im Hinblick auf die Tötung des Ehemannes der Kl., die ihre Aktivlegitimation aus der Universalsukzession gem. § 1922 I BGB herleitet, galt es nun zu entscheiden, an welches Verhalten der Bekl. anzuknüpfen ist. Anknüpfungspunkt könnte zunächst sein, dass die Bekl. den Wanderweg nicht möglichst weit rechts beging. Für das Wandern im Freizeitbereich existiert kein Regelwerk, welches verbindlich anordnet, wie sich Wanderer zu verhalten haben. Bei Fehlen besonderer Regeln ist davon auszugehen sei, dass auch in den Bergen die allgemeine Verhaltensregel gilt, dass man sich grundsätzlich so zu verhalten hat, dass man keinen anderen mehr als nach den Umständen unvermeidbar gefährdet oder schädigt (OLG Karlsruhe, NJW 1978, 705). Für Bergsteiger bedeutet dies, dass diese sowohl zu ihrer eigenen Sicherheit, als auch zur Vermeidung der von ihnen ausgehenden Gefahren für andere den sich im jeweiligen Einzelfall ergebenden Risiken mit den erfahrungsgemäß gebotenen Mitteln in angemessener Weise begegnen müssen. Bei einem Weg, der durch Feuchtigkeit rutschig ist und Unebenheiten ausweist, und bei dem auf seiner linken Seite unmittelbar am Wegrand wegen der Steilheit des Geländes Absturzgefahr besteht, ist auf Grund dieser örtlichen Besonderheiten zu fordern, dass man diesen möglichst weit rechts begeht. Auf diese Art verringert man vorhersehbar die Gefahr, Teile des Weges oder Hanges in einer andere Personen gefährdenden Weise loszutreten oder selbst durch ein Abkommen vom Weg talseits für sich selbst oder andere Personen zur Gefahr zu werden. Hier mangelte es jedoch an der Kausalität zwischen Rechtsgutverletzung und Verhalten. Es ist nicht sicher, dass es zum Sturz der Bekl. nicht auch gekommen wäre, wenn sie im zu fordernden Maße rechts gegangen wäre, weil der Weg an der Absturz-

stelle nass und rutschig und nicht besonders breit ist. Auch das an der Hand führen der knapp vierjährigen Tochter stellt für sich betrachtet, kein schadenskausales Fehlverhalten dar. Es ist nicht generell verboten, mit einem Kind von nicht ganz vier Jahren in den Bergen zu wandern. Anzuknüpfen war vielmehr an der Tasache, dass sich die Bekl. nicht an der Sicherungskette festgehalten hat, um ihre kleine Tochter zu sichern. Zwar ist eine generelle Pflicht des Wanderers, sich der Sicherungsketten zu bedienen, zu verneinen. Entscheidend sind die Umstände des Einzelfalles. Im Hinblick auf die besondere Örtlichkeit und den feuchten Boden hätte die Bekl. die Sicherungskette greifen müssen, um ausreichend der Sorgfaltspflicht nachzukommen. Unter Zuhilfenahme der Sicherungskette wäre die Bekl. nicht den Abhang hinunter gestürzt und hätte den Geschädigten nicht berührt, so dass dieser nicht seinerseits gestürzt wäre.

Interessant sind zudem die Erörterungen zur Höhe des begehrten Schmerzensgeldes interessant. Hier wird die Ermittlung der Höhe nach durch die Einbeziehung sämtlicher Umstände anschaulich dargestellt. Der Kl. wurden insoweit 10.000 € zugesprochen.

#### **Vertiefungshinweise:**

☐ Zur Verletzung einer Verkehrssicherungspflicht: *BGH*, RA 2006, 722 (Verkäufer); *BGH*, RA 2006, 647 = *NJW* 2006, 3268 (Reiseveranstalter); *BGH*, RA 2006, 454 = *NJW* 2006, 2326 (Gastwirt); *BGH*, RA 2004, 320 = *NJW* 2004, 1031 (Gebrauchtwagenhändler)

☐ Zur Haftung bei Sportunfällen: *LG Bonn*, *NJW* 2005, 1873 (Kollision zweier Skifahrer); *OLG Dresden*, *VersR* 2004, 1567 (Schadensersatz und Schmerzensgeld nach Skiunfall).

#### **Kursprogramm:**

- ☐ *Examenskurs*: "Der betrunkene Kranführer"  
 ☐ *Assessorkurs*: "Der erschlichene LKW"

#### **Leitsätze (der Redaktion):**

**1. Derjenige, der eine Gefahrenquelle schafft, ist verpflichtet, die notwendigen und zumutbaren Vorkehrungen zu treffen, um eine Schädigung anderer möglichst zu verhindern (BGH, NJW-RR 2003, 1459). Dieser Grundsatz beinhaltet die Gefahrabwendungspflicht aus vorangegangenem Tun, wobei das Vorverhalten nicht pflichtwidrig sein muss (Soergel/Spickhoff, BGB, § 823 Rdnr. 115). Eine Verkehrspflicht kann durch eine gefährliche Tätigkeit begründet werden, insbesondere im Einzelfall durch eine Handlung, die unmittelbar ein erhöhtes Gefährdungspotenzial enthält (Soergel/Krause, § 823 Anh. II, Rdnr. 23). Die rechtlich gebotene Verkehrssicherung umfasst diejenigen Maßnahmen,**

**die ein umsichtiger und verständiger, in vernünftigen Grenzen vorsichtiger Mensch für notwendig und ausreichend hält, um andere vor Schaden zu bewahren (BGH, NJW 2004, 1449).**

**2. Für Bergsteiger bedeutet dies, dass diese sowohl zu ihrer eigenen Sicherheit als auch zur Vermeidung der von ihnen ausgehenden Gefahren für andere den sich im jeweiligen Einzelfall ergebenden Risiken mit den erfahrungsgemäß gebotenen Mitteln in angemessener Weise begegnen müssen.**

#### *Sachverhalt:*

Die Parteien streiten über die Ersatzpflicht der Bekl., nachdem diese bei einem Absturz beim Bergwandern den Tod des Ehemanns der Kl. verursacht hat.

Die Bekl. unternahm am 05.09. 2004 im Bereich des Tannheimer Tals in Österreich zusammen mit ihrem Ehemann, ihrem Schwiegervater, ihren beiden Söhnen und ihrer damals noch dreijährigen, aber wenige Tage vor ihrem 4. Geburtstag stehenden Tochter eine Bergwanderung. Die Gruppe war, ausgestattet mit angemessenem Schuhwerk, vormittags mit der Neunerköpfbahn bergaufwärts gefahren, hatte einen Höhenweg begangen, an der Landsberger Hütte Mittagsrast gehalten und anschließend mit dem Abstieg in Richtung Traualpsee auf einem Wandersteig begonnen. Der Wandersteig ist an der Nordseite eines Hangs teilweise in Serpentina angelegt. Er durchquert steiles felsiges Gelände und war feucht und rutschig. Felsseitig sind zur Sicherheit der Wanderer teilweise Stahlketten angebracht, an denen sie sich beim Laufen festhalten können. Oberhalb der späteren Unfallstelle ist talseitig teilweise ein circa 1,20 m hoher Bretterzaun angebracht. In dem Bereich, in dem die Bekl. schließlich zu Fall kam, war der Weg aus Sicht der Bekl. zu eng, als dass sie neben ihrer Tochter hätte gehen können, um diese abzusichern. Die Tochter der Bekl. hielt sich an der vorhandenen Stahlkette fest, die Bekl. ging schräg zum Tal hin versetzt hinter dem Mädchen und hielt deren talseitige Hand, ohne sich dabei selbst an der Stahlkette festzuhalten. Sie verlor den Halt, rutschte mit dem talseitigen Fuß weg und stürzte den an dieser Stelle steilen Hang (Gefälle von ca. 42 Grad) hinunter.

Die Kl. war mit ihrem Ehemann weiter unten auf demselben Wandersteig als Teil einer Wandergruppe unterwegs. Die Bekl. fiel im Rahmen ihres Sturzes von oben gegen den Ehemann der Kl., der dadurch das Gleichgewicht verlor und in die Tiefe stürzte. Er zog sich im Verlauf des Sturzes schwerste Verletzungen zu und verlor das Bewusstsein. Nach zehn Operationen verstarb er am 01.10.2004 im Klinikum, ohne das Bewusstsein wiedererlangt zu haben.

Das LG hat die Bekl. antragsgemäß zur Zahlung von Schmerzensgeld an die Kl. als Rechtsnachfolgerin des Getöteten verurteilt. Zwar sei die Mitnahme der vierjährigen Tochter nicht haftungsbegründend, weil deren

Anwesenheit nicht unmittelbar zum Tod des Ehemanns der Kl. geführt habe und zwischen der Kindsmithnahme und dem Tod kein adäquater Zusammenhang bestehe. Die Bekl. habe aber pflichtwidrig gehandelt, indem sie sich nicht an der Stahlkette festhielt. Dieses Festhalten hätte den Sturz verhindert, es stünde nicht außerhalb jeder Lebenserfahrung, dass man ohne Festhalten den Hang hinunterstürzen und, wegen des in Kehren verlaufenden häufig begangenen Wegs, auf einen anderen Wanderer fallen könnte. Die Bekl. habe insoweit eine Verkehrssicherungspflicht getroffen. Das Festhalten an der Sicherungskette diene auch dem Schutz anderer Verkehrsteilnehmer. Die Bekl. habe fahrlässig gehandelt, weil sie die Erforderlichkeit des Festhaltens hätte erkennen müssen. Das Schmerzensgeld sei mit 10 000 Euro angemessen bewertet. Gegen dieses Urteil richtet sich die Berufung der Bekl., die eine volle Klagabweisung anstrebt. Ihr Rechtsmittel hatte keinen Erfolg.

#### *Aus den Gründen:*

Im Ergebnis zu Recht hat das LG auf Grund der Umstände des Einzelfalls eine Haftung der Bekl. nach §§ 823 I, 253 II BGB bejaht und ein angemessenes Schmerzensgeld zugesprochen.

#### *1. Anwendbares Recht*

Nach Art. 40 II EGBGB gilt trotz des Unfallorts in Österreich deutsches Recht, weil sowohl die Bekl. als Ersatzpflichtige als auch der getötete Ehemann der Kl. als Verletzter zur Zeit des Haftungsereignisses ihren gewöhnlichen Aufenthaltsort in Deutschland hatten.

#### *2. Beschaffenheit der Örtlichkeit*

Die Tatsachenfeststellungen des LG erweisen sich als korrekt. Anders als die Bekl. versteht der Senat den Tatbestand des landgerichtlichen Urteils nicht in der Weise, dass dort der von der Bekl. begangene Weg als steil bezeichnet wird. Die erwähnte Steilheit soll sich vielmehr auf das Gelände beziehen. Dies ergibt sich aus weiteren Formulierungen im Tatbestand und aus dem unteren Absatz der Entscheidungsgründe S. 7, wo das LG den Weg als felsig, feucht und rutschig, den Abhang dagegen als steil beschreibt. Jedenfalls wird daraus deutlich, dass eine etwaige Steilheit des Wegs für das LG nicht Grundlage seiner Entscheidung war. Auch für den Senat ist maßgeblich die durch Nässe bedingte Rutschigkeit des Wegs und die Steilheit nicht des Wegs, sondern des direkt neben dem Weg talwärts liegenden Hangs. Soweit das LG den Weg als schmal einstufte, ist dies bereits auf Grund der eigenen Angabe der Bekl. nachvollziehbar, dass sie seitlich hinter ihrer Tochter ging, weil der Weg für ein Gehen nebeneinander zu schmal war.

#### *3. Aktivlegitimation der Kl. gem. § 1922 I BGB*

Die Kl. ist als Alleinerbin des getöteten Herrn K im



Wege der Universalsukzession dessen Rechtsnachfolgerin geworden und damit für den Ersatzanspruch aktiv legitimiert.

#### *4. Anspruch gem. § 823 I BGB gegeben*

Die Bekl. haftet nach § 823 I BGB.

##### *a. Begehen des Weges nicht möglichst weit rechts*

Eine Haftung ergibt sich nicht allein aus dem Umstand, dass die Bekl. den Wandersteig nicht möglichst weit rechts beging. Dieser Sorgfaltspflichtverstoß wurde nämlich nicht nachweislich schadenskausal.

##### *aa. Pflichtverletzung gegeben*

Die Bekl. verwirklichte auf Grund der konkreten örtlichen Situation einen Sorgfaltspflichtverstoß, als sie den Weg nicht möglichst weit rechts beging. Beim Bergwandern sind Verhaltensregeln einzuhalten. Für das Bergwandern gibt es keine rechtsverbindlich festgeschriebenen Verhaltensnormen. Die UIAA-Kletterkala, die zum Teil als Regelwerk akzeptiert wird, betrifft nicht den normalen Bergwanderer. In Österreich hat der Verband Alpiner Vereine Österreichs zehn Wanderregeln herausgegeben. Diese können allenfalls eine Orientierungshilfe darstellen und formulieren keine konkreten Regeln für den hier vorliegenden Fall des Gehens nicht ganz rechts bzw. ohne Nutzen einer vorhandenen Haltehilfe. Zutreffend ging das LG beim Fehlen besonderer Regeln davon aus, dass auch in den Bergen die allgemeine Verhaltensregel gilt, dass man sich grundsätzlich so zu verhalten hat, dass man keinen anderen mehr als nach den Umständen unvermeidbar gefährdet oder schädigt (OLG Karlsruhe, NJW 1978, 705). So hat das OLG Stuttgart (VersR 1995, 671 - Nichtannahme der Revision durch den BGH) für Bergsteiger entschieden, dass diese sowohl zu ihrer eigenen Sicherheit als auch zur Vermeidung von ihnen ausgehender Gefahren für andere den im jeweiligen Einzelfall sich ergebenden Risiken mit den erfahrungsgemäß gebotenen Mitteln in angemessener Weise begegnen müssen. Dabei ist freilich zu bedenken, dass man nicht fordern kann, dass in allen Lebensbereichen stets alle möglichen Gefahren mit einkalkuliert werden. Damit würde die Haftung überdehnt. Bei einem Weg, der durch Feuchtigkeit bzw. Nässe rutschig ist, über Felsen führt und deshalb ständige Unebenheiten ausweist, und bei dem auf seiner linken Seite unmittelbar am Wegrand wegen der Steilheit des Geländes Absturzgefahr besteht, ist, zumal wenn sich der Weg wie vorliegend in einer stark frequentierten Wandergegend befindet, auf Grund dieser örtlichen Besonderheiten zu fordern, dass man diesen möglichst weit rechts begeht. Auf diese Art verringert man vorhersehbar die Gefahr, Teile des Wegs oder Hangs in einer andere Personen gefährdenden Weise loszutreten oder selbst durch ein Abkommen vom Weg talseits für sich selbst oder andere Personen wie vorliegend für den getöteten Herrn

K zur Gefahr zu werden.

Die Bekl. räumt ein, dass sie den Weg, dessen Breite nicht exakt bekannt ist, nicht weitestmöglich rechts begangen hat. Sie lief nämlich seitlich talwärts versetzt hinter ihrer Tochter. Nach ihrer Erläuterung rutschte sie mit einem Fuß ab und stürzte sofort den Hang hinunter, befand sich also jedenfalls im räumlichen Nähebereich zum Abhang.

##### *bb. Pflichtverstoß jedoch nicht kausal*

Jedoch ist nicht nachgewiesen, dass dieser Pflichtverstoß schadenskausal wurde. Es ist nicht sicher, dass es zum Sturz der Bekl. nicht auch gekommen wäre, wäre sie im zu fordernden Maße rechts gegangen, weil der Weg an der Absturzstelle nass und rutschig und nicht besonders breit ist. Es bleibt deshalb unwiderlegbar, dass die Bekl. nach einem Ausrutschen auch den Hang hinabgestürzt wäre, wäre sie weiter rechts gelaufen. Das Ausrutschen als solches kann nicht als sicher pflichtwidrig eingestuft werden. Die Bekl. kann trotz Einhaltung der notwendigen Sorgfalt wegen der Wegverhältnisse abgerutscht sein. Im Übrigen steht nicht widerlegt die Möglichkeit im Raum, dass die Bekl. durch einen sich gelöst habenden Stein den Halt verloren haben kann.

##### *b. An der Hand Führen der vierjährigen Tochter der Bekl.*

Auch aus der Tatsache allein, dass die Bekl. im Zeitpunkt ihres Ausrutschens ihre damals noch nicht ganz vierjährige Tochter an der Hand führte, kann nicht ohne weitere Umstände eine Haftung abgeleitet werden. Dies stellt nämlich, für sich betrachtet, kein schadenskausales Fehlverhalten dar. Es ist nicht generell verboten, mit einem Kind von nicht ganz vier Jahren in den Bergen zu wandern. Es fehlt jeder Vortrag, dass eine plötzlich auftretende Gehweise oder sonstige Bewegung des Kindes bei der Mutter eine sturzauslösende Reaktion bedingt hätte. Allein die Tatsache, dass sie ihr Kind an der Hand führte, hätte die Bekl. nicht gehindert, hinter dem Kind auf der rechten Wegseite zu laufen bzw. sich selbst festzuhalten.

##### *c. Fehlende Sicherung der Bekl. an der Stahlkette*

Eine Haftung resultiert jedoch daraus, dass sich die Bekl. gefahrerhöhend verhalten hat und sich dennoch nicht der möglichen und auf Grund der Wegverhältnisse naheliegenden Sicherung durch Festhalten an der im Unfallbereich vorhandenen Sicherungskette bediente. Gefahrerhöhend wirkte einerseits die Tatsache, dass die Bekl. ihre noch nicht ganz vierjährige Tochter führte und deshalb ihre Aufmerksamkeit auf das Kind ausgerichtet hatte, und andererseits das Begehen des Wegs nicht ganz rechts. Die Bekl. hat stets eingeräumt, dass sie sich im Unfallzeitpunkt nicht an der Sicherungskette festhielt. Soweit sie in einem Schriftsatz, der nach Ablauf der Berufungsbegründungsfrist bei

Gericht einging, erstmals vortrug, dass in dem Bereich, in dem sie abgestürzt sei, eine Sicherungskette nicht vorhanden gewesen sei, ist dieser Vortrag einerseits verspätet und deshalb nach § 53111 ZPO nicht zuzulassen. Andererseits ist der Senat vom Sturz im Bereich einer Sicherungskette nach Aktenlage überzeugt. Die Bekl. leitet ihren neuen Vortrag, dass eine Sicherungskette nicht vorhanden gewesen sei, nur aus Mutmaßungen ab, die ihr Ehemann aufstellte, nachdem er nunmehr den Weg nochmals begangen hat. Auch er rekonstruierte die Behauptung nur aus der von ihm vermuteten Fallrichtung der Unfallbeteiligten, er hatte den Absturz seiner Frau nicht beobachtet und damit keine genaue Kenntnis der Absturzstelle, die Unfallörtlichkeit kann sich zwischenzeitlich durch Witterungseinflüsse oder Ähnliches verändert haben. Dagegen war die Polizei nach dem Unfall vor Ort, sicherte eine Rutschspur, ordnete damit die Sturzstelle zu und stellte fest, dass in diesem Bereich eine Sicherungskette vorhanden war. Die Bekl. selbst berichtet, dass sie ihre Tochter führte, die sich an der Sicherungskette hielt. Da sie keinen Sachverhalt schilderte, dass die Tochter in dem Moment des Sturzes erst eine beginnende Sicherheitskette ergriffen hätte, sondern es stets so darstellte, dass sie die Tochter schon länger an der Hand führte, während diese sich an einer Sicherungskette hielt, muss auch nach dem eigenen Vortrag der Bekl. im Verfahren im Sturzbereich eine Sicherungskette vorhanden gewesen sein. Dementsprechend ließ auch die Bekl. ihren Anwalt in erster Instanz im Sinne einer Bestätigung der Haltemöglichkeit vortragen. Letztlich ist der unstreitige Tatbestand des erstinstanzlichen Urteils so formuliert, dass daraus jedenfalls im Kontext zu entnehmen ist, dass auch für die Bekl. eine Sicherungskette vorhanden war. Ein Antrag auf Tatbestandsberichtigung wurde nicht gestellt. Es gilt der allgemeine Grundsatz, dass derjenige, der eine Gefahrenquelle schafft, verpflichtet ist, die notwendigen und zumutbaren Vorkehrungen zu treffen, um eine Schädigung anderer möglichst zu verhindern (BGH, NJW-RR 2003, 1459). Dieser Grundsatz beinhaltet die Gefahrabwendungspflicht aus vorangegangenem Tun, wobei das Vorverhalten nicht pflichtwidrig sein muss (Soergel/Spickhoff, BGB, § 823 Rdnr. 115). Eine Verkehrspflicht kann durch eine gefährliche Tätigkeit begründet werden, insbesondere im Einzelfall durch eine Handlung, die unmittelbar ein erhöhtes Gefährdungspotenzial enthält (Soergel/Krause, § 823 Anh. II, Rdnr. 23). Die rechtlich gebotene Verkehrssicherung umfasst diejenigen Maßnahmen, die ein umsichtiger und verständiger, in vernünftigen Grenzen vorsichtiger Mensch für notwendig und ausreichend hält, um andere vor Schaden zu bewahren (BGH, NJW 2004, 1449). Indem die Bekl. pflichtwidrig nicht möglichst weit rechts auf dem Weg lief und außerdem nicht nur auf sich, sondern auch auf ihre Tochter achtete und diese

an der Hand führte, erhöhte sie ihre Absturzgefahr, weil sie sich nah an der Absturzkante bewegte und nicht nur auf ihr eigenes sicheres Vorankommen konzentriert war. Jedenfalls in dieser speziellen Situation war von ihr auf Grund der Wegverhältnisse und der Steilheit des Hanges zu fordern, dass sie dargebotene Sicherungsmittel wie die Kette nutzte.

Damit werden keine überzogenen Anforderungen gestellt. Die übrigen im Gebiet befindlichen Wanderer durften sich vielmehr auf ein solches vorausschauendes Verhalten verlassen. Werden sie durch dessen Unterlassen geschädigt, so ist nicht der Bereich des alpinen Restrisikos, nämlich das übliche Risiko, dass jeder Bergtour anhaftet (zu diesem Begriff: Weber, JR 2005, 486 [487]), berührt. Nachvollziehbar kam das LG zu dem Ergebnis, dass, hätte sich die Bekl. an der Sicherungskette festgehalten, der Sturz vermieden worden wäre.

#### *d. Unterlassen der Ergreifung der Kette ist sorgfaltswidrig*

Das Unterlassen des Ergreifens der Sicherungskette in diesem Kontext stellt sich als sorgfaltspflichtwidrig dar. Hätte die Bekl. die von ihr zu fordernden Überlegungen angestellt, wäre ihr wegen der konkreten Ausgestaltung der Wegverhältnisse und dem gleich neben dem Weg beginnenden steilen Hangbereich erkennbar gewesen, dass es, orientiert sie sich auf dem Weg nicht möglichst weit rechts, jedenfalls notwendig wäre, die dadurch erhöhte Gefahrenlage durch die Ausnutzung der vorhandenen Sicherungsmechanismen möglichst zu verringern. An dieser Erkennbarkeit ändert sich nichts durch die Tatsache, dass der Sicherungszaun auf der Talseite vor der Unfallstelle endet. Dies bedeutet nicht, dass man in der Folge darauf vertrauen dürfte, dass Gefahren nicht bestehen, wo diese doch durch die Wegbeschaffenheit und Steilheit des Hanges deutlich erkennbar sind.

Die Bekl. vermag sich auch nicht damit zu entschuldigen, dass es notwendig war, das Kind besonders zu sichern. Dies ist zwar richtig, resultiert aber gerade aus der von ihr selbst zu verantwortenden Entscheidung, mit einem Kind, das sich noch in einem Alter befindet, in dem es weder Gefahren sicher einschätzen kann noch eine Trittsicherheit ähnlich zum Beispiel einem zehnjährigen Schulkind hat, den Wandersteig zu begehen. Auch wenn die Wanderung zum Teil als für Kinder geeignet beschrieben sein mag, bedeutet dies nicht, dass die Bekl. von einer Gefährlosigkeit auch für ein Kind im Vorschulalter ausgehen durfte. Ist die Mitnahme des Kindes als solche auch nicht haftungsbegründend, führt sie doch dazu, dass die durch das Kind gebündelte Aufmerksamkeit nach Möglichkeit durch andere Sicherungsmittel auszugleichen ist.

Zu Recht verneinte das LG auch die Unvorhersehbarkeit der konkreten Schadensfolge für die Bekl. Für die Vorhersehbarkeit ist nicht zu fordern, dass der Bekl.

im Zeitpunkt der Schädigungshandlung bewusst war, dass der Weg unter ihr zeitgleich konkret genutzt wurde. Die im Raum stehende Möglichkeit durch weitere Wanderer reicht aus. Diese war an dem am Unfalltag stark frequentierten Wanderweg zweifellos vorhanden. Deshalb bleibt der Vortrag der Bekl., sie sei sozusagen auf zwei Etappen auf den Getöteten gestürzt, ohne Bedeutung. Der Einwand der Bekl., dass, bejahte man ihre Haftung, jeder Bergwanderer jederzeit einem hohen Haftungsrisiko ausgesetzt sei, ist nicht korrekt. Die Haftung beruht auf den Besonderheiten des Einzelfalls.

##### *5. Keine Anspruchskürzung wegen Mitverschuldens des Getöteten, § 254 I BGB*

Zutreffend hat das LG die Haftung nicht aus dem Aspekt eines Mitverschuldens heraus eingeschränkt. Es resultiert kein unfallkausales Mitverschulden daraus, dass sich Herrn K im Moment des Aufpralls der Bekl. auf seinen Körper nicht an der auch in seinem Bereich vorhandenen Sicherungskette festhielt. Insofern gelten zunächst für den getöteten Herrn K die gleichen Grundsätze, die für die Bekl. aufgestellt wurden, nämlich die nicht generelle Pflicht, sich an einer vorhandenen Sicherungskette festzuhalten, sondern die gegebenenfalls nur aus den Umständen der Einzelsituation resultierende Pflicht. Solche Besonderheiten, die eine vom Unfallgeschehnis unabhängige Haltepflicht des Herrn K begründet hätten, sind weder behauptet noch bewiesen. Ebenfalls ist unklar, ob dem Getöteten nach Erkennen der Bekl. noch eine ausreichende Reaktionszeit blieb, um die Kette zu ergreifen. Die Personen, die mit ihm unterwegs waren, schildern alle einen äußerst schnellen zeitlichen Ablauf.

Letztlich ist nicht auszuschließen, dass der Getötete, auch wenn die Bekl. ihn „nur“ mit ihren Beinen, nicht aber mit dem gesamten Körpergewicht frontal traf, auch wenn er sich zuvor festgehalten hätte, als nicht vorwerfbar Schreckreaktion das Seil losgelassen hätte. Diese Möglichkeit vermag auch durch das angebotene Sachverständigengutachten nicht ausgeschlossen zu werden.

Der Aspekt des Handelns auf eigene Gefahr, der nach heute herrschender Meinung als Fall schuldhafter Selbstgefährdung unter § 254 BGB zu diskutieren ist, kann die Haftung vorliegend nicht beeinflussen. Die Rechtsfigur ist zu diskutieren, wenn sich jemand bewusst in die Situation drohender Eigengefährdung begibt. Bei der Sportausübung wird dies bejaht bei besonders gefährlichen Sportveranstaltungen bzw. -ausübungen (BGHZ 39, 156 = NJW 1963, 1099 [1606]; NJW 1964, 33), wie zum Beispiel schweren Bergtouren. Der Bergsportler muss sich außergewöhnlichen Risiken ausgesetzt haben (Weber, JR 2005, 485 [486]). Solches kann bei der von den Bet. konkret unternommenen Bergwanderung nicht angenommen werden. Es handelte sich noch nicht einmal um ein Berg-

klettern, im Gegenteil ist der Weg auch für den nicht vorgebildeten Wanderer in mehreren Wanderführern dargestellt, er wird an schönen Wandertagen von mehreren hundert Wanderern begangen.

Auch der getötete Herr K war den Weg schon mehrfach gegangen, er wollte eine Freizeitwanderung durchführen, es gibt keinerlei Anhaltspunkte, dass er dabei besondere Risiken, die nicht durch Sicherungsmittel sicher beherrscht sind, auf sich nehmen wollte (dazu auch OLG München, NJWE-VHR 1996, 114 - allerdings für das Verhältnis zwischen Mitgliedern einer Bergsteigergruppe).

##### *6. Bemessung des Schmerzensgeldes gem. § 253 II BGB der Höhe nach*

Der Senat folgt dem LG auch bei der Bemessung des Schmerzensgeldes auf 10 000 Euro. Bei tödlichen Verletzungen ist, weil der Tod als solcher kein Schmerzensgeld auslöst, auf die Dauer der Beeinträchtigung vor dem Tod abzustellen und zu klären, ob die Körperverletzung eine immaterielle Beeinträchtigung darstellt, die einen Ausgleich in Geld erforderlich macht. Daran kann es ausnahmsweise fehlen, wenn der Tod alsbald, so zum Beispiel eine Stunde nach der Verletzung, eintritt. Ansonsten wirkt es Schmerzensgeld mindernd, wenn sich der Verletzte bis zu seinem Tod durchgehend oder überwiegend in einem Zustand der Empfindungsunfähigkeit oder Bewusstlosigkeit befunden hat. Die Leidenszeit ist einer Gesamtbetrachtung zu unterziehen (BGH, NJW 1998, 2741 = NZV 1998, 370).

Herr K erlebte zunächst sein Abstürzen, schlug dann aber mehrfach während des Fallens auch mit dem Kopf an Steinen auf. Er war direkt nach seinem Sturz nicht mehr ansprechbar, hatte massivste innere und äußere Verletzungen und wurde in die Klinik geflogen. Ein Versuch, ihn etwas wacher zu halten, wurde abgebrochen, er starb schließlich 25 Tage nach dem Unfall, ohne das Bewusstsein wieder erlangt zu haben. Er wurde in der Krankenzzeit zehnmal operiert.

Der BGH (NJW 1998, 2741 = NZV 1998, 370) hielt für einen Unfallverletzten, der 20 Minuten nach dem Unfall noch bei Bewusstsein war und ständig nach seiner beim Unfall getöteten Ehefrau rief, dann ein schmerzstillendes Medikament erhielt, 15 Minuten später ins künstliche Koma versetzt wurde und zehn Tage später verstarb, das vom Tatgericht angesetzte Schmerzensgeld von 28 000 DM für „nicht zu niedrig“. In einem anderen Fall hielt der BGH beim Tod 51 Tage nach dem Verkehrsunfall, wobei die weitaus größte Zeit zwischen Unfall und Tod das Bewusstsein gefehlt habe, im Jahre 1994 8000 DM, somit knapp über 4000 Euro, für rechtsfehlerfrei festgesetzt (NJW 1995, 783 = MDR 1995, 265). In der übrigen Rechtsprechung findet sich eine große Bandbreite an für vergleichbare Fälle zugesprochenen Beträgen.

Der Senat bewertet erheblich die Todesangst, die Herr

K vor dem Verlust seines Bewusstseins empfunden haben muss, und die Zeit, in der versucht wurde, sein Leben zu retten, die massiven Verletzungen mit der

Folge von zehn Operationen und die Erfolglosigkeit des Aufwachversuchs bei ansonsten bestehender Bewusstlosigkeit.

## Standort: ZPO

## Problem: Anweisung an privaten Auktionator

BGH, BESCHLUSS VOM 20.12.2006  
VII ZB 88/06 (BGH, NJW 2007, 1276)

### Problemdarstellung:

Die Gläubiger betreiben gegen die Schuldner die Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen. Die Gläubiger haben eine Kunstsammlung der Schuldner pfänden lassen. Auf Antrag der Schuldner und der Gläubiger ordnete das Landgericht durch Beschluss die Versteigerung durch das private Auktionshaus N. an. Etwa fünf Monate danach beantragten die Schuldner, dem Gerichtsvollzieher und dem Auktionshaus N. aufzugeben, die Zwangsvollstreckung, welche durch das Auktionshaus etwa zwei Wochen später durchgeführt werden sollte, einzustellen, sobald der Erlös zur Befriedigung der Gläubiger und zur Deckung der Kosten der Zwangsvollstreckung ausreicht.

Das Amtsgericht -Vollstreckungsgericht- hat den Antrag zurückgewiesen. Die dagegen eingelegte sofortige Beschwerde hat das Beschwerdegericht zurückgewiesen und die Rechtsbeschwerde zugelassen. Mit der am 19.09.2006 eingelegten Rechtsbeschwerde, verbunden mit dem Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung, begehren die Schuldner nunmehr die Einstellung der Zwangsvollstreckung ab Erreichen eines Erlöses in Höhe von 835.000 €. Als Rechtsbeschwerdegegner sind neben den Gläubigern das Auktionshaus N. und der Gerichtsvollzieher bezeichnet worden.

### Prüfungsrelevanz:

Im Kern geht es vorliegend um die Frage, ob der Vollstreckungsschuldner nach dem Rechtsgedanken des § 818 ZPO bei dem Vollstreckungsgericht beantragen kann, dem nach § 825 II ZPO mit der Versteigerung mehrerer gepfändeter Gegenstände beauftragten, privaten Auktionator seitens des Gerichts die Anweisung zu erteilen, die Versteigerung einzustellen, sobald der Erlös zur Befriedigung der Gläubiger einschließlich der Deckung der Kosten für die Zwangsversteigerung ausreicht.

Grundsätzlich ist zur Verwertung in Form der Versteigerung der Gerichtsvollzieher gem. § 814 ZPO zuständig. Allerdings kann eine Verwertung durch eine andere Person unter den Voraussetzungen des § 825 II ZPO erfolgen. Erfolgt die Verwertung durch eine andere Person als den Gerichtsvollzieher, dann verliert sie den hoheitlichen Charakter und wird privatrechtlicher Natur. So erfolgt der Eigentumsübergang nur nach dem Zivilrecht gem. §§ 929 ff. BGB. Auftraggeber des pri-

vaten Auktionators ist in einem solchen Fall das Land, vertreten durch das Vollstreckungsgericht, nicht etwa die Vollstreckungsparteien (BGHZ 119, 75). Das zwischen Auftraggeber und Auktionator bestehende Verhältnis ist ein öffentlich-rechtliches Auftragsverhältnis. Für das Verwertungsverfahren gem. § 814 ZPO gilt der Grundsatz des § 818 ZPO. Demnach wird die Versteigerung eingestellt, sobald der Erlös zur Befriedigung des Gläubigers und zur Deckung der Kosten für die Zwangsvollstreckung ausreicht. Auf das Verwertungsverfahren gem. § 825 II ZPO finden die Vorschriften der §§ 814 ff. ZPO jedoch weder unmittelbar noch mittelbar Anwendung in dem Sinne, dass die Versteigerung von einem privaten Auktionator aus eigenem Antrieb einzustellen ist, sobald der Erlös ausreicht. Dies folgt daraus, dass ein Verweis auf die §§ 814 ff. ZPO im § 825 II ZPO nicht enthalten ist. Weiterhin lässt sich auch nach Sinn und Zweck des § 818 ZPO eine unmittelbare bzw. mittelbare Anwendung der Norm auf solche, von Privaten durchgeführten Auktionen, nicht herleiten. Versteigert der Gerichtsvollzieher die Gegenstände, ist dieser gem. § 818 ZPO zur ständigen Prüfung verpflichtet, ob die Deckungsgrenze erreicht ist. Eine solche Prüfung kann der Auktionator nicht durchführen, da er ohne eine Mitteilung des Vollstreckungsgerichts weder weiß, wie hoch die einzutreibende Forderung ist noch weiß, in welcher Höhe die Vollstreckungskosten anfallen.

Allerdings kann der Vollstreckungsschuldner nach dem Rechtsgedanken des § 818 ZPO bei dem Vollstreckungsgericht beantragen, dem privaten Auktionator die Anweisung zu erteilen, die Versteigerung einzustellen, sobald der Erlös zur Befriedigung der Vollstreckungsgläubiger einschließlich der Kosten ausreicht. Den dazu erforderlichen Betrag hat das Vollstreckungsgericht betragsmäßig festzustellen. § 818 ZPO ist Ausfluss des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit und des Art. 14 I 1 GG. Dieser Schutzzweck führt dazu, dem Schuldner zugestehen, vom Vollstreckungsgericht zu verlangen, eine entsprechende Anweisung an den privaten Auktionator zu erteilen. Verfahrensrechtlich handelt es sich dabei um einen Antrag, der die Art und Weise der Zwangsvollstreckung betrifft und über den in entsprechender Anwendung der § 766 I 1 ZPO der Richter entscheidet.

### Vertiefungshinweise:

- Zur Rechtsbeschwerde: *Schütt*, MDR 2001, 1280; *Hansens*, Rechtspfleger 2001, 574
- Zum Antrag gem. § 825 II ZPO: *BGH*, MDR 1964,

999; *BGH*, WM 1992, 1626; *Brox/Walker*, ZPO, § 15 Rn 430; *Birmanns*, DGVZ 1993, 107; *Freels*, Rechtspfleger, 1998, 265

Zur Verwertung beweglicher Sachen: *Alisch*, DGVZ 1979, 81; *Frank/Veh*, JA 1983, 249; *v.Gerkan*, MDR 1962, 784; *Pinger*, JR 1973, 94

#### **Kursprogramm:**

*Assessorkurs*: "Der gepfändete PKW"

*Assessorkurs*: "Eine schwierige Offenbarung"

#### **Leitsätze:**

**1. Der Schuldner kann nach dem Rechtsgedanken des § 818 ZPO bei dem Vollstreckungsgericht beantragen, dem nach § 825 II ZPO mit der Versteigerung mehrerer gepfändeter Gegenstände beauftragten privaten Auktionator die Anweisung zu erteilen, die Versteigerung einzustellen, sobald der Erlös zur Befriedigung der Gläubiger und zur Deckung der Kosten der Zwangsvollstreckung ausreicht.**

**2. Ein solcher Antrag kann grundsätzlich auch noch zeitlich nach der Anordnung der Versteigerung durch eine andere Person als den Gerichtsvollzieher gemäß § 825 II ZPO bei dem Vollstreckungsgericht gestellt werden.**

#### **Sachverhalt:**

Die Gläubiger betreiben gegen die Schuldner die Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen. Die Gläubiger haben eine Kunstsammlung der Schuldner pfänden lassen. Mit den Vorbereitungen zu deren Verwertung hat zunächst das private Auktionshaus R. begonnen. Für diese Tätigkeiten hat es später Kosten in Höhe von ca. 640.000 € geltend gemacht. Mit Beschluss vom 13.04.2006 hat das Landgericht im Beschwerdeverfahren auf Antrag der Schuldner und der Gläubigerinnen zu 1 und 3 die Versteigerung der gepfändeten Gegenstände durch das private Auktionshaus N. angeordnet.

Mit Schriftsatz vom 07.09.2006 haben die Schuldner beantragt, dem Gerichtsvollzieher K. und dem Auktionshaus N. als Antragsgegner aufzugeben, die Zwangsvollstreckung, welche durch die Verwertung durch das Auktionshaus N. in Form einer Versteigerung am 20./21.09.2006 durchgeführt werden sollte, einzustellen, sobald der Erlös zur Befriedigung der Gläubiger und zur Deckung der Kosten der Zwangsvollstreckung einen Betrag in Höhe von 825.000 € erreicht hat. Durch Beschluss vom 11.09.2006 hat das Amtsgericht - Vollstreckungsgericht - den Antrag zurückgewiesen. Die dagegen eingelegte sofortige Beschwerde hat das Beschwerdegericht, das die Gläubiger als Antragsgegner betrachtete, mit Beschluss vom 18.09.2006 zurückgewiesen und die Rechtsbeschwerde zugelassen. Mit der am 19.09.2006 eingelegten

Rechtsbeschwerde, verbunden mit einem Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung, begehren die Schuldner nunmehr eine Einstellung der Zwangsvollstreckung ab Erreichen eines Erlöses von 835.000 €. Als Rechtsbeschwerdegegner sind neben den Gläubigern das Auktionshaus N. und der Gerichtsvollzieher K. bezeichnet worden. Der Senat hat zunächst mit Beschluss vom 19.09.2006 die Zwangsversteigerung bis zur Entscheidung über den Antrag der Schuldner auf Einstellung der Zwangsvollstreckung nach Anhörung der Rechtsbeschwerdegegner ausgesetzt, soweit sie in Bezug auf weitere Gegenstände fortgesetzt werden soll, nachdem auf vorhergehende Gebote Zuschläge in Höhe von insgesamt 835.000 € erteilt worden sind. Bei der am 20.09.2006 durchgeführten Versteigerung sind alle Pfandgegenstände versteigert worden, ein Teil von ihnen mit der Maßgabe, dass Zuschläge nur unter dem Vorbehalt einer Genehmigung durch den Gerichtsvollzieher oder durch das Vollstreckungsgericht erteilt werden. Die Summe dieser unter Vorbehalt erteilten Zuschläge beläuft sich auf 1.124.420 €. Mit Beschluss vom 14.11.2006 hat der Senat die Versteigerung bis zur Entscheidung über die Rechtsbeschwerde einstweilen eingestellt, soweit sie in Bezug auf weitere Gegenstände fortgesetzt werden soll, nachdem auf vorhergehende Gebote Zuschläge in Höhe von insgesamt 1.000.000 € erteilt worden sind.

#### **Aus den Gründen:**

Die Rechtsbeschwerde hat im Wesentlichen Erfolg. In diesem Umfang führt sie zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und zur Zurückverweisung der Sache an das Beschwerdegericht.

##### *1. Entscheidung und Begründung des Beschwerdegerichts*

Das Beschwerdegericht führt aus, der Antrag der Schuldner sei dahingehend auszulegen, dass dieser gegen die Gläubiger gerichtet sei. Auch nach dieser Maßgabe sei die sofortige Beschwerde jedoch unbegründet. Soweit der Antrag der Schuldner darauf gerichtet sei, den Gerichtsvollzieher K. anzuweisen, die Zwangsversteigerung einzustellen, ergebe sich dies daraus, dass der Gerichtsvollzieher an der Versteigerung nicht mehr beteiligt sei und daher nicht die Möglichkeit habe, diese einzustellen. Soweit sich der Antrag auf das Auktionshaus N. beziehe, stehe seiner Begründetheit entgegen, dass das Vollstreckungsgericht zu einer Anordnung, wie sie die Schuldner begehren, gegenüber einem Privaten grundsätzlich nicht befugt sei. Der private Auktionator sei kein Vollstreckungsorgan, vielmehr handele er privatrechtlich. Einwendungen gegen die Art und Weise der Versteigerung durch den Privaten könnten daher nicht mit der Vollstreckungserinnerung geltend gemacht werden. Auch finde § 818 ZPO im Rahmen der privatrechtlichen Versteigerung keine Anwendung. Es komme in-

soweit weder eine unmittelbare noch eine analoge Anwendung dieser Vorschrift in Betracht. Schließlich sei zu berücksichtigen, dass in dem Beschluss vom 13.04.2006 die Versteigerung aller gepfändeten Gegenstände angeordnet worden sei. Eine Beschränkung der Zwangsversteigerung sei in dem Beschluss nicht vorgenommen worden. Da dieser Beschluss nicht angefochten worden sei, wäre eine Änderung des Beschlusses nur noch möglich gewesen, wenn eine neue Sachlage eingetreten wäre. Dies sei jedoch nicht ersichtlich.

## 2. Entscheidung des BGH in der Rechtsbeschwerde

Das hält der rechtlichen Nachprüfung im Wesentlichen nicht stand.

### a. Kein Erfolg der Beschwerde gegen das Auktionshaus und gegen den Gerichtsvollzieher sowie bzgl. der Erteilung einer Weisung an den Gerichtsvollzieher

Soweit sich die Rechtsbeschwerde gegen das Auktionshaus N. und den Gerichtsvollzieher K. als Rechtsbeschwerdegegner richtet sowie die Erteilung einer Weisung gegenüber dem Gerichtsvollzieher erstrebt, bleibt sie allerdings ohne Erfolg.

#### aa. Antrag gem. § 766 I BGB ist in beiden Fällen unzulässig

Das Landgericht ist zu Recht der Auffassung, dass der hier gestellte, auf § 766 I ZPO gestützte Antrag nicht in zulässiger Weise gegen diese beiden Gegner gerichtet werden kann. Der Gerichtsvollzieher ist Organ der Zwangsvollstreckung und kann deshalb in der Regel nicht Partei der Rechtsbehelfsverfahren in Zwangsvollstreckungssachen sein (vgl. BGH, NJW 2004, 2979, 2981). Gleiches gilt für den nach § 825 II ZPO mit der Versteigerung eines gepfändeten Gegenstandes beauftragten privaten Auktionator. Zwar ist dieser kein Vollstreckungsorgan (vgl. Schilken, Rpfleger 1994, 138, 145). Das Tätigwerden des Privaten im Rahmen des Zwangsvollstreckungsverfahrens ist jedoch im gleichen Maße Verfahrensgegenstand des Rechtsbehelfsverfahrens wie das eines Vollstreckungsorgans.

#### bb. Unbegründetheit der Rechtsbeschwerde bzgl. der Erteilung der Weisung

Erfolglos ist die Rechtsbeschwerde auch insoweit, als im zulässigen Rechtsbehelfsverfahren gegenüber den Gläubigern die Erteilung einer Anweisung an den Gerichtsvollzieher K. erstrebt wird. Das Landgericht hat insoweit zutreffend ausgeführt, dass der Gerichtsvollzieher an der Versteigerung nicht mehr beteiligt ist und keine Möglichkeit zu ihrer Einstellung hat.

#### b. Begründetheit der Beschwerde im Übrigen

Im Übrigen ist die Rechtsbeschwerde begründet. Die Entscheidung des Beschwerdegerichts über den Antrag der Schuldner auf Erteilung einer Anweisung an das

Auktionshaus N. hält der rechtlichen Überprüfung nicht stand. Ein Schuldner kann nach dem Rechtsgedanken des § 818 ZPO bei dem Vollstreckungsgericht beantragen, dem nach § 825 II ZPO mit der Versteigerung mehrerer gepfändeter Gegenstände beauftragten privaten Auktionator die Anweisung zu erteilen, die Versteigerung einzustellen, sobald der Erlös zur Befriedigung der Gläubiger und zur Deckung der Kosten der Zwangsvollstreckung ausreicht. Ein solcher Antrag kann grundsätzlich auch noch zeitlich nach der Anordnung der anderen Verwertung nach § 825 II ZPO durch das Vollstreckungsgericht gestellt werden.

#### aa. Regelungsgegenstand des § 818 ZPO ist Versteigerung i.S.v. §§ 814 ff. ZPO

§ 818 ZPO regelt für die von dem Gerichtsvollzieher nach § 814 ff. ZPO durchgeführte Zwangsversteigerung, dass diese einzustellen ist, sobald der Erlös zur Befriedigung des Gläubigers und zur Deckung der Kosten der Zwangsvollstreckung hinreicht. Ergibt sich für den Schuldner zeitlich vor der Versteigerung aufgrund bestimmter Umstände die Besorgnis, dass der Gerichtsvollzieher gegen diese Bestimmung verstoßen wird, kann er gemäß § 766 I ZPO vorgehen und eine einstweilige Anordnung beantragen, §§ 766 I 2, 732 II, Halbsatz 1 ZPO.

#### bb. Rechtsgedanke des § 818 ZPO anwendbar auf den privaten Auktionator i.S.v. § 825 II ZPO

Wird die Versteigerung nicht durch den Gerichtsvollzieher, sondern gemäß § 825 II ZPO durch einen privaten Auktionator durchgeführt, besteht für den Schuldner nach dem Rechtsgedanken des § 818 ZPO ein vergleichbarer Rechtsschutz.

#### (1) Anordnung der Versteigerung gem. § 825 II ZPO

Gemäß § 825 II ZPO kann das Vollstreckungsgericht auf Antrag des Gläubigers oder des Schuldners die Versteigerung einer gepfändeten Sache durch eine andere Person als den Gerichtsvollzieher anordnen. Auftraggeber des privaten Auktionators ist in einem solchen Fall nicht der Gläubiger oder der Schuldner, sondern das Land, vertreten durch das Vollstreckungsgericht (vgl. BGH, Urteil vom 02.07.1992 - IX ZR 274/91, BGHZ 119, 75, 80). Im Rahmen dieses als öffentlich-rechtlich zu qualifizierenden Auftragsverhältnisses wird der Auktionator privatrechtlich tätig (vgl. Schilken, Rpfleger 1994, 138, 145; Stein/Jonas/Münzberg, ZPO, 22. Aufl., § 825 Rdn. 10; a.A. [privatrechtlicher Vertrag]: Freels, Andere Verwertungsarten in der Mobiliarzwangsvollstreckung, 252, 254).

#### (2) Keine Prüfungsmöglichkeit des Privaten i.S.v. § 818 ZPO

Auf das nach § 825 II ZPO angeordnete Verwertungsverfahren findet die Vorschrift des § 818 ZPO nicht unmittelbar oder mittelbar in dem Sinne Anwendung,

dass die Versteigerung von dem privaten Auktionator aus eigenem Antrieb einzustellen ist, sobald der Erlös zur Befriedigung der Gläubiger und zur Deckung der Kosten der Zwangsvollstreckung ausreicht. Eine Regelung, wonach die §§ 814 ff. ZPO (entsprechend) anwendbar sind, enthält § 825 II ZPO nicht. § 818 ZPO verweist im Gegensatz zu § 817 a II 3 ZPO nicht auf § 825 II ZPO. Auch nach Sinn und Zweck des § 818 ZPO verbietet sich eine unmittelbare oder mittelbare Anwendung auf das von einem Privaten durchgeführte Verwertungsverfahren. Versteigert der Gerichtsvollzieher mehrere Pfandstücke, verpflichtet ihn § 818 ZPO zur ständigen Prüfung, ob mit dem bisher erzielten Erlös die Deckung erreicht ist (vgl. Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 65. Aufl., § 825 Rdn. 22). Eine derartige Prüfung kann der mit der Versteigerung gepfändeter Gegenstände beauftragte private Auktionator nicht vornehmen, weil er ohne entsprechende Mitteilung seitens des Vollstreckungsgerichts weder weiß, wie hoch die Forderungen sind, derentwegen vollstreckt wird, noch in welcher Höhe Vollstreckungskosten zu berücksichtigen sind.

*(3) Rechtsgedanke des § 818 ZPO greift ein*

Der Schuldner kann jedoch nach dem Rechtsgedanken des § 818 ZPO bei dem Vollstreckungsgericht beantragen, dem privaten Auktionator die Anweisung zu erteilen, die Versteigerung einzustellen, sobald der Erlös zur Befriedigung der Gläubiger und zur Deckung der Kosten der Zwangsvollstreckung ausreicht; den insoweit voraussichtlich erforderlichen Erlös hat das Vollstreckungsgericht betragsmäßig festzustellen.

*(a) § 818 ZPO als Ausprägung des Art. 14 I 1 GG*

§ 818 ZPO ist eine Ausprägung des auch im Rahmen des Zwangsvollstreckungsverfahrens Geltung beanspruchenden verfassungsrechtlichen Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit sowie des Art. 14 I 1 GG (vgl. dazu BVerfGE 52, 214, 219; 49, 220, 225; 46, 325, 334 f.). Ähnlich wie bei den von ihrer Zielrichtung her vergleichbaren Regelungen in § 1230 Satz 2 BGB und § 300 I AO soll mit dieser Vorschrift gewährleistet werden, dass der von einer Pfändung betroffene Schuldner vor einer übermäßigen Verwertung seines Eigentums bewahrt bleibt. Dieser Schutzzweck gebietet es, im Fall der Übertragung der Durchführung der Zwangsversteigerung auf einen privaten Dritten gemäß § 825 II ZPO dem Schuldner das Recht zuzugestehen, von dem Vollstreckungsgericht zu verlangen, dass dieses den Privaten anweist, die Zwangsversteigerung einzustellen, sobald der Erlös zur Befriedigung der Gläubiger und zur Deckung der Kosten der Zwangsvollstreckung ausreicht. Verfahrensrechtlich handelt es sich bei einem solchen Begehren um einen die Art und Weise der Zwangsvollstreckung betreffenden Antrag, über den in entsprechender Anwendung des § 766 I 1 ZPO der Richter entscheidet.

*(b) Befugnis zur nachträglichen Beschränkung des zunächst umfassend erteilten Auftrags besteht*

Dem kann nicht entgegengehalten werden, das Vollstreckungsgericht sei im Rahmen eines öffentlich-rechtlichen Vertragsverhältnisses zur Erteilung von Anweisungen an den Privaten grundsätzlich nicht befugt. Es bedarf keiner Entscheidung, inwieweit das Vollstreckungsgericht generell berechtigt ist, dem nach § 825 II ZPO tätigen Privaten Anweisungen zu erteilen (grundsätzlich ablehnend Freels, Andere Verwertungsarten in der Mobiliarzwangsvollstreckung, S. 274, insbes. Fußnote 385). Die von den Schuldnern begehrte Anordnung ist inhaltlich lediglich auf eine Beschränkung des dem Auktionshaus N. erteilten Versteigerungsauftrags gerichtet. Zu einer nachträglichen Begrenzung des zunächst umfassend erteilten Auftrags ist der Auftraggeber auch im Rahmen eines öffentlich-rechtlichen Vertragsverhältnisses ohne weiteres befugt.

*(c) Antrag kann zeitlich nach dem des § 825 II ZPO gestellt werden*

Für das Rechtsbeschwerdeverfahren ist davon auszugehen, dass dem Antrag der Schuldner nicht entgegensteht, dass er von diesen nicht bereits in dem Verfahren der Anordnung der anderen Verwertung nach § 825 II ZPO gestellt worden ist.

*(aa) Keine Verpflichtung zum Stellen anderer als Versteigerungsverfahren konkretisierender Anträge*

Eine grundsätzliche Pflicht, einen Antrag wie den vorliegenden bereits in dem Verfahren der Anordnung der anderen Verwertung nach § 825 II ZPO zu stellen, besteht nicht. Nach seinem Wortlaut befasst sich § 825 II ZPO allein mit der Befugnis des Vollstreckungsgerichts als solcher, auf Antrag des Gläubigers oder des Schuldners die Versteigerung einer gepfändeten Sache durch eine andere Person als den Gerichtsvollzieher anzuordnen. Dass die Parteien verpflichtet sind, bereits in diesem Verfahrensstadium weitere, das Versteigerungsverfahren konkretisierende, Anträge zu stellen, lässt sich hieraus nicht entnehmen. Eine derartige Verpflichtung ergibt sich auch nicht aus Sinn und Zweck des § 825 II ZPO. Dieser besteht lediglich darin, persönliche, sachliche oder örtliche Besonderheiten zur schnellen Erzielung eines günstigen Verwertungserlöses nutzen zu lassen (vgl. BGH, Urteil vom 02.07.1992 - IX ZR 274/91, BGHZ 119, 75, 77).

*(bb) Korrektur durch den Grundsatz des venire contra factum proprium möglich*

Das schließt nicht aus, einen nachträglichen, insbesondere kurz vor der beabsichtigten Versteigerung gestellten Antrag im Einzelfall wegen des Verstoßes gegen das Verbot widersprüchlichen Verhaltens (*venire contra factum proprium*) als rechtsmissbräuchlich abzulehnen. Ein solcher Verstoß wird allerdings im Regel-

fall noch nicht allein darin gesehen werden können, dass die antragstellende Partei, wie hier, selbst den Antrag auf Anordnung einer anderen Verwertung nach § 825 II ZPO gestellt hat. Die Annahme eines rechtsmissbräuchlichen Verhaltens seitens des Schuldners wird jedoch beispielsweise dann nahe liegen, wenn dieser von vornherein weiß, dass der voraussichtliche Erlös der gepfändeten Gegenstände weit über den im Rahmen der Zwangsvollstreckung benötigten Beträgen liegt, er bei seinem Antrag auf Anordnung der anderweitigen Verwertung aber dennoch erklärt, sämtliche gepfändeten Gegenstände versteigern lassen zu wollen, um einen über den zur Deckung der Kosten der Zwangsvollstreckung und Befriedigung der Gläubiger erforderlichen Betrag hinausgehenden Erlös für sich zu verwenden. Damit gäbe der Schuldner zu erkennen, dass er den durch § 818 ZPO gewährten Schutz nicht in Anspruch nehmen will. Allerdings kann auch in einem solchen Fall ein rechtsmissbräuchliches Verhalten des Schuldners zu verneinen sein, etwa deshalb, weil dieser einen aner kennenswerten Grund für sein widersprüchlich erscheinendes Verhalten hat.

*(cc) Hier kein rechtsmissbräuchliches Verhalten ersichtlich*

Ob nach dieser Maßgabe das Verhalten der Schuldner als rechtsmissbräuchlich zu bewerten ist, hat das Beschwerdegericht, aus seiner Sicht folgerichtig, nicht geprüft. Für das Rechtsbeschwerdeverfahren ist deshalb zugunsten der Schuldner davon auszugehen, dass ein rechtsmissbräuchliches Verhalten nicht vorliegt und damit dem von den Schuldnern gestellten Antrag auf Erteilung einer nachträglichen Anweisung gegenüber dem Auktionshaus N. nicht entgegensteht.

*c. Zurückverweisung an das Beschwerdegericht*

Der Senat kann in der Sache nicht abschließend entscheiden, obwohl die Schuldner nicht schlüssig vorgetragen haben, dass mit einem Betrag von 835.000 € die in § 818 ZPO genannten Kosten der Zwangsvollstreckung sowie die titulierten Ansprüche der Gläubiger gedeckt werden können.

*aa. Unschlüssigkeit bzgl. der Kostenaufstellung*

Die Schuldner haben sich zur Darlegung des Betrages von 835.000 € allein auf eine Aufstellung des Gerichtsvollziehers K. vom 01.09.2006 bezogen. Dort ist das zu diesem Zeitpunkt zu deckende Forderungsvolumen unter Berücksichtigung der Kosten des zuvor eingeschalteten Auktionshauses R. in Höhe von ca. 640.000 € auf 1.500.000 € bis 2.250.000 € beziffert. Selbst bei Abzug der seitens des Auktionshauses R. geltend gemachten Kosten ergibt sich damit nicht der von den Schuldnern als zur Befriedigung der Gläubiger und zur Deckung der Kosten der Zwangsvollstreckung als ausreichend angegebene Betrag. Die Schuldner haben ihrer Berechnung lediglich Forderungen

der Gläubiger in Höhe von ca. 750.000 € sowie Kosten der Zwangsäumung von ca. 85.000 € zugrunde gelegt. Zu Unrecht unberücksichtigt geblieben sind damit zumindest die in der Aufstellung des Gerichtsvollziehers erwähnten Kosten für den Transport des Pfandgutes zum Auktionshaus N. sowie die diesem zustehende Vergütung.

*bb. Abschließender Entscheidung steht Recht der Schuldner gem. Art. 103 I GG entgegen*

Einer abschließenden Entscheidung im Hinblick auf diese Unschlüssigkeit des Vortrags der Schuldner steht ihr Recht aus Art. 103 I GG entgegen. Denn die Schuldner sind vor einer solchen Entscheidung auf die Unschlüssigkeit ihres Vortrags hinzuweisen und es ist ihnen Gelegenheit zu dessen Ergänzung zu geben. Ein solcher Hinweis kommt im Rahmen des Rechtsbeschwerdeverfahrens nicht in Betracht, sondern ist den Tatsacheninstanzen vorzubehalten.

*3. Teilweise Aufhebung des Beschlusses und Rückverweisung an das Beschwerdegericht*

Der Beschluss des Beschwerdegerichts ist daher teilweise aufzuheben. Das Verfahren ist an das Beschwerdegericht zurückzuverweisen, damit es nach ergänzendem Vortrag der Parteien die erforderlichen Feststellungen treffen kann. Sollte das Beschwerdegericht zu dem Ergebnis gelangen, dass der Antrag der Schuldner nicht als rechtsmissbräuchlich zu bewerten ist, wäre zu prüfen, inwieweit die Schuldner hinreichend dargelegt haben, dass die weitere Zwangsvollstreckung insgesamt oder zum Teil zur Befriedigung der Gläubiger und zur Deckung der Kosten der Zwangsvollstreckung nicht erforderlich ist. Insoweit wird von den Schuldnern eine nachvollziehbare Aufschlüsselung der mit ca. 750.000 € angegebenen Gesamtforderung der Gläubiger entsprechend den von diesen im Einzelnen zu beanspruchenden Beträgen zu verlangen sein. Hinsichtlich der Deckung der Kosten der Zwangsvollstreckung haben die Schuldner in ihrer Darlegung diejenigen notwendigen Kosten zu berücksichtigen, die angefallen oder als sicher zu erwarten sind. Das Gericht hat insoweit, wenn es sich nicht um bereits nach § 788 II 1 ZPO festgesetzte Kosten handelt, bei der Entscheidung über den streitgegenständlichen Antrag zu prüfen, ob und inwieweit es sich um notwendige Kosten der Zwangsvollstreckung im Sinne des § 788 I ZPO handelt, die sachlich berechtigt und von den Schuldnern zu tragen sind. Die Prüfung kann nicht dem privaten Versteigerer überlassen werden; diesem ist vielmehr abschließend betragsmäßig aufzugeben, wann die Versteigerung zu beenden ist. Einer sachlichen Überprüfung auf ihre Berechtigung bedürfen hier gegebenenfalls insbesondere die Kosten des zunächst eingeschalteten Auktionshauses R., da die Frage, ob dieses in zulässiger Weise mit Verwertungsaufgaben betraut wurde, bisher gänzlich ungeklärt ist.



**Strafrecht****Standort: § 240 I StGB****Problem: Gewalt durch dichtes Auffahren**

BVERFG, BESCHLUSS VOM 29.03.2007  
2 BvR 932/06 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

**Problemdarstellung:**

Der Beschwerdeführer hatte als Fahrer eines Pkw im Straßenverkehr versucht, seinen Vordermann durch dichtes Auffahren und Betätigen der Licht- und akustischen Hupe dazu zu bringen, schneller zu fahren oder ihn passieren zu lassen. Er war deshalb vom Amtsgericht Köln wegen versuchter Nötigung, §§ 240 I, 22, 23 I StGB, zu einer Geldstrafe verurteilt worden. Seine hiergegen gerichtete Berufung und anschließende Revision verwarfen das Land- und Oberlandesgericht Köln. Nach Erschöpfung des Strafrechtsweges hat der Beschwerdeführer gem. Art. 93 II Nr. 4a GG, §§ 13 Nr. 8a, 90 ff. BVerfGG Verfassungsbeschwerde beim Bundesverfassungsgericht eingelegt und mit dieser gerügt, die Bewertung seines Verhaltens als (versuchte) Nötigung sei vom Wortlaut des § 240 I StGB nicht gedeckt und verstoße deshalb gegen das Verbot strafbegründenden Gewohnheitsrechts, Art. 103 II GG. Das BVerfG lehnte die Annahme der Verfassungsbeschwerde ab, § 93a BVerfGG, da sie unbegründet sei.

**Prüfungsrelevanz:**

Der Tatbestand der Nötigung, § 240 I StGB, ist häufig Gegenstand von Examensaufgaben in beiden Examen. Hierbei stellt die vom BVerfG in der vorliegenden Entscheidung diskutierte Frage der Voraussetzungen für die Annahme von "Gewalt" im Sinne dieses Tatbestandes ein Standardproblem dar, bei dem die Prüfer - zu Recht - auch vertiefte Kenntnisse des Kandidaten bzgl. der Entwicklung der Rechtsprechung erwarten. Die Auslegung des Begriffs der "Gewalt" i.S.v. § 240 I StGB durch die Rechtsprechung hat im Laufe der Zeit - was das BVerfG in der vorliegenden Entscheidung schön aufzeigt - einige erhebliche Änderungen erfahren (vgl. hierzu auch die Darstellung bei Joecks, Vor § 232 Rn 19 ff). Das Reichsgericht hatte zunächst den sog. "engen" Gewaltbegriff vertreten und Gewalt nur angenommen, wenn der Täter zur Überwindung geleisteten oder erwarteten Widerstands (erhebliche) Kraft entfaltete, die unmittelbar auf den Körper des Opfers einwirkte (RGSt 56, 87). Der BGH verzichtete auf das Kriterium erheblicher Kraftentfaltung und ließ es für eine Gewaltanwendung genügen, dass der Täter

unmittelbar auf den Körper des Opfers zur Überwindung geleisteten oder erwarteten Widerstandes einwirkte (BGHSt 1, 145). Später gab der BGH das Erfordernis einer körperlichen Einwirkung dann ganz auf und nahm eine Gewaltanwendung bereits dann an, wenn der Täter aufgrund einer physischen oder psychischen Zwangseinwirkung beim Opfer einen als körperlich empfundenen Zwang auslöste (BGHSt 23, 54; sog. "vergeistigter" Gewaltbegriff). Diese Definition rügte jedoch das BVerfG als verfassungswidrige Ausweitung des Tatbestandes des § 240 I StGB über dessen Wortlaut hinaus (BVerfGE 92, 1). Da der Gesetzgeber über § 240 I StGB nicht jede Zwangsausübung unter Strafe haben stellen wollen, könne auch nicht jede Übelzufügung Gewalt darstellen. Gewalt verlange - gerade in Abgrenzung zur Drohung - stets ein körperliches Element, so dass die rein psychische Zwangswirkung nicht unter diesen Begriff fallen könne und Gewalt somit zwar vielleicht keine unmittelbare Einwirkung auf den Körper, aber doch einen körperlich wirkenden oder zumindest als körperlich empfundenen Zwang voraussetze.

Auch angesichts dieser Einschränkung des Gewaltbegriffs entspricht es allerdings der ständigen Rechtsprechung (und auch der herrschenden Literatur), dass ein Drängeln im Straßenverkehr sehr wohl Gewalt i.S.v. § 240 I StGB darstellen kann. In der vorliegenden Entscheidung bestätigt das BVerfG, dass diese Auslegung noch mit dem Gesetzeswortlaut vereinbar und deshalb nicht als verfassungswidrig zu beanstanden ist. Die Bewegung des Fahrzeugs des Täters bzw. das Herunterdrücken des Gaspedals stellen eine Kraftentfaltung dar, die auch körperlich vermittelt werde und beim Opfer zumindest einen als körperlich empfundenen Zwang auslöse. Das dichte Auffahren - also eine Handlung die dynamisch unmittelbar auf den Körper des Opfers ziele und auch eine echte physische Gefahr beinhalte - sei auch eine wesentlich intensivere Beeinträchtigung als das bloß passive Im-Weg-Verbleiben, das z.B. eine Sitzblockade kennzeichne, so dass es auch möglich sei, das erstere Verhalten als Gewalt anzusehen und das letztere nicht (vgl. BVerfGE 92, 1).

**Vertiefungshinweise:**

☐ Zur Gewalt i.S.v. § 240 I StGB: *BVerfG*, NJW 2002, 1031; *BGH*, NJW 1995, 2643; *Dierlamm*, NStZ 1992, 573; *Graul*, JR 1994, 51; *Mittelsdorf*, JuS 2002, 1062; *Sinn*, NJW 2002, 1024

Zur Nötigung durch Drängeln im Straßenverkehr: *OLG Köln*, NZV 2006, 386 = RA 2006, 542 (dieser Fall); *OLG Düsseldorf*, NZV 2000, 301; StV 2001, 350; *OLG Hamm*, NZV 2006, 388; *Maatz*, NZV 2006, 337

**Kursprogramm:**

**Examenskurs:** "Verkehrsblockade"

**Leitsätze (der Redaktion):**

**1. Die Rechtsprechung der Strafgerichte zur Nötigung im Straßenverkehr durch bedrängendes Auffahren steht im Einklang mit Art. 103 Abs. 2 GG. Dichtes, bedrängendes Auffahren auf den Vordermann kann - insbesondere bei gleichzeitigem Betätigen von Lichthupe und Signalhorn - Gewalt im Sinne des § 240 StGB sein und zwar auch dann, wenn es im innerörtlichen Verkehr stattfindet.**

**2. Berücksichtigen die Strafgerichte, dass von Verfassungen wegen Gewalt physisch ausgeübter und physisch wirkender Zwang bedeutet, ist gegen eine Rechtsprechung grundsätzlich nichts zu erinnern, die bedrängendes Auffahren als tatbestandliches Unrecht im Sinne des § 240 Abs. 1 StGB in der ersten Unrechtsvariante begreift, sofern es die genannten Kriterien erfüllt. Die Feststellung nötigender Gewalt kann stets nur für den Einzelfall erfolgen.**

**3. Werden die Auswirkungen des Handelns des Täters körperlich empfunden, führen sie also zu physisch merkbaren Angstreaktionen, liegt Zwang vor, der - auch gemessen an verfassungsrechtlichen Maßstäben - Gewalt sein kann**

**4. Da sich generelle Aussagen über die Wirkung bedrängenden Auffahrens auf den Vordermann verbieten, ist auch innerorts ein nötigendes Verhalten grundsätzlich möglich.**

**Sachverhalt:**

Der Beschwerdeführer hatte mit seinem Pkw innerorts über eine Strecke von knapp 300 Metern bei einer Geschwindigkeit von 40 bis 50 km/h bei dichtem Auffahren unter Einsatz der Lichthupe und - teilweise - auch des Signalhorns versucht, einen vor ihm fahrenden Verkehrsteilnehmer zu schnellerem Fahren oder einer Freigabe der Fahrbahn zu veranlassen.

**Aus den Gründen:**

Die Verfassungsbeschwerde betrifft die Frage, ob die Rechtsprechung der Strafgerichte, wonach dichtes Auffahren im Straßenverkehr unter Einsatz von Signalhorn und Lichthupe Gewalt im Sinne des Nötigungstatbestandes darstellen kann, mit dem Grundgesetz vereinbar ist.

**A. Zur Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde**  
**I. Zur Rechtswegerschöpfung**

Das Amtsgericht verurteilte den Beschwerdeführer wegen versuchter Nötigung zu einer Geldstrafe von 40 Tagessätzen.

Die gegen das Urteil des Strafrichters eingelegte Berufung blieb erfolglos. Sie wurde vom Landgericht verworfen. [...]

[Das abgeurteilte Verhalten des Beschwerdeführers] - so das Landgericht - stelle auf Grund seiner Dauer und Intensität und wegen der mit ihm verbundenen Gefährdung des Geschädigten eine Gewaltanwendung im Sinne des § 240 StGB dar.

Die Revision des Beschwerdeführers gegen das Urteil des Landgerichts blieb erfolglos. Sie wurde vom Oberlandesgericht unter Bestätigung der Rechtsauffassung der Strafkammer verworfen.

**II. Zur Rüge der Verletzung von Art. 103 GG**

Die Verfassungsbeschwerde rügt im Wesentlichen eine Verletzung von Art. 103 Abs. 2 GG. Die Einwirkung auf einen Fahrzeugführer durch bedrängendes Auffahren sei allenfalls psychischer Zwang und damit unter Beachtung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zur Strafbarkeit von Sitzblockaden keine Gewalt. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts setze Gewaltanwendung eine physische Einwirkung auf das Opfer voraus. Die Versuche der Strafgerichte, einem Drängeln im Straßenverkehr eine solche Körperlichkeit beizumessen, seien gekünstelt. Weder setze ein Fahrzeugführer bei einem derartigen Fahrverhalten in erheblichem Maße Körperkraft ein noch gehe die körperliche Reaktion des Betroffenen über das Empfinden von Angst - einem psychischen Phänomen - hinaus. Mit ihrer Auslegung des Gewaltbegriffs weiteten die Strafgerichte den Anwendungsbereich des § 240 StGB deshalb in unzulässiger Weise aus. Folge sei, dass ein Verkehrsteilnehmer nicht mehr erkennen könne, ob sein Fahrverhalten lediglich belästigend - und damit noch straflos - oder bereits strafbar sei. Die von den Gerichten teilweise zu Zwecken der Abgrenzung herangezogene "Intensität" des Fahrverhaltens sei kein taugliches Unterscheidungskriterium. Der Begriff der Intensität sei seinerseits interpretationsbedürftig.

Ungeachtet der mit Blick auf Art. 103 Abs. 2 GG nicht tragfähigen Subsumtion eines bedrängenden Auffahrens unter den Gewaltbegriff habe der Beschwerdeführer schon deshalb nicht wegen versuchter Nötigung verurteilt werden dürfen, weil das ihm zur Last gelegte Verhalten im langsamen innerörtlichen Verkehr stattgefunden habe und deshalb gerade keine intensive Zwangszufügung gewesen sei.

**B. Zur Anhörung des BGH und der Generalbundesanwältin**

Zu der Verfassungsbeschwerde haben die Vorsitzende des 4. Strafsenats des Bundesgerichtshofs und die Generalbundesanwältin Stellung genommen.

Die Vorsitzende des 4. Strafsenats hat auf die ständige Rechtsprechung des von ihr geleiteten Spruchkörpers hingewiesen, wonach dichtes Auffahren zur Erzwingung eines Überholvorgangs jedenfalls dann nötigende Gewalt sei, wenn das Verkehrsgeschehen auf einer Autobahn statfinde. Mit dichtem Auffahren im innerstädtischen Verkehr sei der Senat noch nicht befasst gewesen.

Die Generalbundesanwältin hält die Verfassungsbeschwerde für unbegründet. Die von den Fachgerichten vorgenommene Qualifizierung des Verhaltens des Beschwerdeführers als Gewalt im Sinne des Nötigungstatbestandes lasse einen Verstoß gegen Art. 103 Abs. 2 GG nicht besorgen. Das Bundesverfassungsgericht habe in seiner Entscheidung vom 10. Januar 1995 - BVerfGE 92, 1 ff. - entschieden, dass die bloße körperliche Anwesenheit an einem Ort keine nötigende Gewalt sei. Über dieses Stadium inaktiver Präsenz gehe ein drängelndes Auffahren im Straßenverkehr jedoch hinaus. Das dynamische Zufahren auf ein anderes Fahrzeug sei gegen das Opfer gerichtete Kraftentfaltung, die dieses unmittelbar physisch gefährde.

### C. Zur Nichtannahme der Verfassungsbeschwerde

Ein Grund zur Annahme der Verfassungsbeschwerde nach § 93a Abs. 2 BVerfGG liegt nicht vor. Die Verfassungsbeschwerde ist unbegründet.

Die Rechtsprechung der Strafgerichte zur Nötigung im Straßenverkehr durch bedrängendes Auffahren steht im Einklang mit Art. 103 Abs. 2 GG. Dichtes, bedrängendes Auffahren auf den Vordermann kann - insbesondere bei gleichzeitigem Betätigen von Lichthupe und Signalhorn - Gewalt im Sinne des § 240 StGB sein und zwar auch dann, wenn es im innerörtlichen Verkehr stattfindet.

Die Interpretation des Gewaltbegriffs bei § 240 StGB obliegt allein den Strafgerichten als zuständigen Fachgerichten. Das Bundesverfassungsgericht prüft lediglich nach, ob die von den Strafgerichten vorgenommene Auslegung mit dem Grundgesetz vereinbar ist.

Die strafrechtliche Rechtsprechung hat den Begriff der Gewalt unter Orientierung am allgemeinen Sprachverständnis zunächst restriktiv ausgelegt. Gewalt wurde als physische Einwirkung des Täters auf das Opfer zur Überwindung eines geleisteten oder erwarteten Widerstands begriffen (vgl. RGSt 46, 403 [404]; 56, 87 [88]).

Von diesem Verständnis des Gewaltbegriffs lösten sich die Strafgerichte im Laufe der Zeit. Das Kriterium der physischen Einwirkung verlor an Bedeutung. Nicht nur an den Bereich der Tätlichkeit heranreichende Kraftentfaltungen sollten Anwendung von Gewalt sein. Gewaltausübung sollte auch in einem nur geringen körperlichen Kraftaufwand liegen können. Für die Annahme von Gewalt wurde nunmehr als entscheidend eine physische Zwangswirkung beim Opfer angesehen (vgl. BGHSt 1, 145 [147]; 8, 102 [103]; 23,

126 [127]). Dabei werteten die Gerichte auch geringfügige körperliche Reaktionen, wie etwa Nervenerregungen, als körperlich empfundenen Zwang (vgl. RGSt 60, 157 [158]).

Schließlich gaben die Strafgerichte die Beschränkung auf physisch wirkenden Zwang beim Opfer gänzlich auf. Gewalt - so die damalige strafgerichtliche Rechtsprechung - liege auch bei vom Nötigungsadressaten psychisch empfundenem Zwang von einigem Gewicht vor (vgl. BGHSt 23, 46 [54]).

In seiner Entscheidung vom 11. November 1986 ließ das Bundesverfassungsgericht diesen "weiten", des Merkmals der körperlichen Zwangswirkung beraubten Gewaltbegriff im Ergebnis noch unbeanstandet, obwohl sich schon damals vier Richter gegen dessen Bestimmtheit aussprachen (vgl. BVerfGE 73, 206 ff.).

Mit seinen Beschlüssen vom 10. Januar 1995 (BVerfGE 92, 1 ff.) und 24. Oktober 2001 (BVerfGE 104, 92 ff.) hat das Bundesverfassungsgericht mit Blick auf Art. 103 Abs. 2 GG klargestellt, dass ein Täter Gewalt im Sinne des § 240 StGB nur anwendet, wenn er durch körperliche Kraftentfaltung Zwang auf sein Opfer ausübt und dieser Zwang nicht lediglich psychisch wirkt, sondern körperlich empfunden wird. Weitergehende Anforderungen an den Gewaltbegriff hat das Gericht nicht gestellt. So ist es, wie die Entscheidung vom Oktober 2001 zeigt, für die Annahme tatbestandlicher Gewalt bei der Nötigung aus verfassungsrechtlicher Sicht unter anderem nicht erforderlich, dass die Kraftentfaltung des Täters eine bestimmte Intensität besitzt. Geringfügige körperliche Energie, wie das Anbringen einer Metallkette an zwei Torpfosten, kann für die Annahme von Gewalt ausreichen (BVerfGE 104, a.a.O. [102 f.]).

Berücksichtigen die Strafgerichte, dass von Verfassung wegen Gewalt physisch ausgeübt und physisch wirkender Zwang bedeutet, ist gegen eine Rechtsprechung grundsätzlich nichts zu erinnern, die bedrängendes Auffahren als tatbestandliches Unrecht im Sinne des § 240 Abs. 1 StGB in der ersten Unrechtsvariante begreift, sofern es die genannten Kriterien erfüllt.

Dabei kann die Feststellung nötiger Gewalt stets nur für den Einzelfall erfolgen. Dies liegt darin begründet, dass pauschale Wertungen darüber, wann ein Verhalten im Straßenverkehr körperlichen Zwang auf einen anderen Verkehrsteilnehmer ausübt, schwerlich getroffen werden können. Hier wird es auf die Umstände des Einzelfalls ankommen. Hilfestellung bieten aber die von den Strafgerichten bereits entwickelten Maßstäbe zur Prüfung eines Unrechtsverhaltens nach § 240 StGB im Straßenverkehr. Von Bedeutung sein werden deshalb unter anderem die Dauer und Intensität des bedrängenden Auffahrens, die gefahrenen Geschwindigkeiten, die allgemeine Verkehrssituation zum Zeitpunkt des täterschaftlichen Handelns und ob der Täter bei dem Auffahrvorgang zugleich Signalhorn

oder Lichthupe betätigt hat (vgl. OLG Stuttgart, DAR 1998, S. 153 [154]; OLG Hamm, DAR 1990, S. 392 [393]; OLG Karlsruhe, NStZ-RR 1998, S. 58 f.). All diese Faktoren lassen einzeln oder im Verbund Rückschlüsse auf die Auswirkungen des auf seine strafrechtliche Relevanz zu überprüfenden Verhaltens auf den Betroffenen zu. Werden diese Auswirkungen körperlich empfunden, führen sie also zu physisch merkbaren Angstreaktionen, liegt Zwang vor, der - auch gemessen an verfassungsrechtlichen Maßstäben - Gewalt sein kann (vgl. BGHSt 19, 263 [266]). Zwar ist das Angstempfinden der Menschen unterschiedlich und weichen deshalb auch ihre körperlichen Reaktionen auf bedrängendes Fahren voneinander ab. Dies ist jedoch kein Argument, das der Annahme nötiger Gewalt im Straßenverkehr unter Hinweis auf eine mangelnde Tatbestandsbestimmtheit des § 240 StGB entgegengehalten werden kann. Bei bedrängender Fahrweise muss ein Fahrzeugführer grundsätzlich damit rechnen, dass sein Verhalten zu Furchtreaktionen anderer Verkehrsteilnehmer führen kann.

Weniger problematisch im Zusammenhang mit nötiger Gewalt im Straßenverkehr als das Kriterium der physischen Zwangswirkung ist das Merkmal der körperlichen Kraftentfaltung beim Täter. Die den Auffahrvorgang ausmachende dynamische Bewegung des Kraftfahrzeugs lässt sich ohne Weiteres als Kraftentfaltung begreifen (vgl. OLG Stuttgart, NJW 1995, S. 2647 [2648]). Dies gilt ungeachtet der letztlich gefahrenen Geschwindigkeit. Da es nach den Maßstäben des Verfassungsrechts für das Vorliegen nötiger Gewalt auf das Ausmaß der vom Täter entfalteten Kraft

nicht ankommt, ist es nicht ausgeschlossen, im Betätigen des Gaspedals das unrechtsrelevante Verhalten zu sehen (zu diesen Alternativen vgl. Maatz, NZV 2006, S. 337 [341]). Die Straferichte werden darüber zu entscheiden haben, welche Auffassung vorzugswürdig ist.

Da sich generelle Aussagen über die Wirkung bedrängenden Auffahrens auf den Vordermann verbieten, ist auch innerorts ein nötiges Verhalten grundsätzlich möglich. Allerdings bedarf es hier wegen der im Regelfall niedrigeren gefahrenen Geschwindigkeiten einer besonders genauen Prüfung, ob Nötigungsunrecht - insbesondere in Abgrenzung zu einer bloßen Ordnungswidrigkeit durch Unterschreiten des Sicherheitsabstands - vorliegt. Auch diese Prüfung obliegt jedoch den Fachgerichten und nicht dem Bundesverfassungsgericht. Dieses greift erst bei willkürlicher Rechtsanwendung ein. Diese ist im Fall des Beschwerdeführers jedoch nicht ersichtlich. Das Landgericht hat die von Verfassungs wegen gebotenen Maßstäbe, nach denen sich beurteilt, ob ein Verhalten Gewalt im Sinne des Nötigungstatbestandes darstellt, nicht verkannt. Insbesondere hat es berücksichtigt, dass es gerade im innerörtlichen Verkehr für die Frage, ob ein bedrängendes Auffahren eine Gewaltzufügung darstellt, auf die Umstände des Einzelfalls und dabei im Speziellen auf die Dauer und Intensität des vom Täter vermittelten Zwangs ankommt. Ob das Landgericht angesichts der geforderten Maßstäbe den von ihm festgestellten Sachverhalt im Ergebnis zutreffend unter den Tatbestand des § 240 StGB subsumiert hat, hat das Bundesverfassungsgericht nicht zu entscheiden. [...]

### Standort: § 211 StGB

### Problem: Grausamkeit

BGH, URTEIL VOM 13.03.2007  
5 STR 320/06 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

#### **Problemdarstellung:**

Die Angeklagten waren die Eltern des Jungen "Dennis". Dieser war im Dezember 2001 im Alter von sechs Jahren an den Folgen von Unterernährung gestorben. Seinem Tod war eine Phase von zwei bis drei Jahren vorausgegangen, in der der Junge immer weniger Nahrung zu sich genommen hatte, bis er schließlich nur noch aus "Haut und Knochen" bestand. Die Angeklagten erkannten bereits einige Zeit vor dem Tod ihres Sohnes, dass dieser sich aufgrund seiner Unterernährung in Lebensgefahr befand. Trotzdem unternahmen sie nichts, um ihm zu helfen, führten ihn insb. keiner medizinischen Behandlung zu. Das Landgericht Cottbus hatte die Angeklagten aufgrund dieses Verhaltens insb. wegen Mordes durch Unterlassen, §§ 211, 13 I StGB, verurteilt, wobei es das Mordmerkmal "grausam" angenommen hatte. Das BGH änderte das Urteil dahingehend ab, dass die Angeklagten sich nicht

wegen Mordes, sondern nur wegen Totschlags durch Unterlassen, §§ 212 I, 13 I StGB, strafbar gemacht hätten, da die Tötung nicht grausam gewesen sei.

#### **Prüfungsrelevanz:**

Straftaten gegen Leben und körperliche Unversehrtheit und hier insb. § 211 StGB stellen in beiden Examen einen absoluten Standardstoff dar. Diese Delikte eignen sich nicht nur ganz hervorragend dazu, Probleme des Allgemeinen Teils darzustellen, gerade auch das Verhältnis von Mord und Totschlag (und die sich hieraus ergebenden Konsequenzen für die Anwendung von § 28 StGB) sowie die Voraussetzungen der einzelnen Mordmerkmale werden regelmäßig abgefragt.

Im vorliegenden Fall geht es vor allem um die Voraussetzungen für eine grausame Tötung i.S.v. § 211 II StGB. Das Mordmerkmal "grausam" ist dann verwirklicht, wenn der Täter dem Opfer aus einer gefühllosen, unbarmherzigen Gesinnung heraus Schmerzen oder Qualen körperlicher oder seelischer Art zufügt, die nach Stärke oder Dauer über das für die Tötung erforderliche

derliche Maß hinausgehen (BGH, StV 1997, 566; Schönke/Schröder-Eser, § 211 Rn 27). Eine grausame Tötung ist auch bei einer Tötung des Opfers durch ein Unterlassen möglich (BGH, NStZ 1982, 379; Tröndle/Fischer, § 211 Rn 23; Mitsch, JuS 1996, 214). Einen solchen grausamen Mord durch Unterlassen hat der BGH auch bereits in einem anderen Fall angenommen, der dem vorliegenden insofern entsprach als auch dort die Eltern ihr Kind verhungern ließen (BGH, MDR/D 1974, 14).

Die Besonderheit des vorliegenden Falles, dies hebt der BGH deutlich hervor, liegt jedoch darin, dass die Angeklagten hier nicht während der gesamten Zeit, in der das Opfer nicht hinreichend ernährt wurde, Tötungsvorsatz hatten, sondern erst recht spät erkannten, dass die Mangelernährung des Kindes so schwer wiegend war, dass es daran sterben könnte. Der BGH betont, dass eine grausame Tötung - insb. wegen der insofern erforderlichen gefühllosen Gesinnung - nur gegeben sein kann, wenn das Opfer die insofern maßgeblichen Schmerzen oder Qualen zu einem Zeitpunkt erleidet, in dem der Täter bereits Tötungsvorsatz hat. Im vorliegenden Fall sei es jedoch durchaus möglich, dass die Angeklagten den Tötungsvorsatz erst zu einem so späten Zeitpunkt entwickelten, dass das Opfer hier bereits so unterernährt war, dass es gar keine Schmerzen als Folge der fehlenden Nahrung mehr verspürte. Deshalb könne von einer grausamen Tötung nicht ausgegangen werden. Auch stünden die psychologischen Besonderheiten der Angeklagten - eine Borderline-Persönlichkeitsstörung der Mutter sowie eine Grenzdebität des Vaters - der Annahme jedenfalls der subjektiven Voraussetzungen der Grausamkeit eher entgegen.

#### Vertiefungshinweise:

□ Zum Mordmerkmal "grausam", insb. beim Mord durch Unterlassen: *BGH*, MDR/D 1974, 14; NStZ 1982, 379; RA 2005, 724; *Bertram*, NJW 2004, 2278; *Bröhmer/Bröhmer*, NStZ 2005, 38; *Mitsch*, JuS 1996, 214

#### Leitsätze (der Redaktion):

**1. Das Mordmerkmal "grausam" wird durch eine gefühllose und unbarmherzige Gesinnung des Täters und die Billigung von Tatumständen gekennzeichnet, welche es bedingen, dass dem Opfer durch die Tötungshandlung besondere Schmerzen oder Qualen zugefügt werden.**

**2. Zur Erfüllung des Merkmals "grausam" ist weiter erforderlich, dass das Opfer die besonderen Schmerzen oder Qualen während des tatbestandsmäßigen Geschehens - Handeln mit Tötungsvorsatz - erlitten hat.**

#### Sachverhalt:

Die Angeklagten töteten durch Unterlassen ihren gemeinsamen Sohn Dennis, der im Alter von sechs Jahren am 20. Dezember 2001 an Atrophie infolge einer über mehrere Monate andauernden hochgradigen Unterernährung verstarb. Dennis wurde als drittes von sieben gemeinsamen Kindern der Angeklagten und als siebtes von elf Kindern der Angeklagten A am 4. Januar 1995 geboren. Schon zu dieser Zeit stand die Familie unter Beobachtung des Jugendamtes. Unzureichende hygienische Verhältnisse und die Gefahr einer nicht ordnungsgemäßen Versorgung führten im Mai 1995 zum Entzug des Sorgerechts für Dennis und die anderen Kinder. Einen Monat später kam Dennis in ein Pflegeheim. Als er 18 Monate alt war, wog er knapp zehn Kilogramm und war gesund. Von Seiten des Heims wurde er als sehr lebhaftes, zuweilen auch aggressives Kind geschildert, welches oft etwas unruhig sei und eines geregelten Tagesablaufs bedürfe. Am 30. September 1996 kehrte er auf Antrag der Angeklagten in den elterlichen Haushalt zurück; zwei Monate später wurde der Sorgerechtsentzug aufgehoben. Bis Ende 2000 erfolgten Hausbesuche des Jugend- und Sozialamtes, wobei es jedoch nicht um Dennis ging.

Den Mitarbeitern der Ämter fiel auch in Bezug auf ihn nichts Ungewöhnliches auf. Bei Besuchen in der Wohnung der Angeklagten bemühten sich diese nicht etwa, Dennis zu verbergen. Die Erziehung von Dennis gestaltete sich allerdings für die Angeklagte A, die sich um die Kinder und den Haushalt fast ausschließlich allein kümmerte, schwieriger als bei ihren anderen Kindern. Sie empfand Dennis' Verhalten oft als "bockig" und griff bei ihm auch zu körperlichen Strafen; so schlug sie ihn mit der flachen Hand auf das Gesäß oder warf ihn auf das Bett. Um ihn nachts am Verlassen des Bettes zu hindern, band sie ihm einen Bademantelgürtel um den Bauch, den sie an den Bettstreben befestigte. Zudem kam es vor, dass Dennis ohne Abendessen zu Bett gehen musste, wenn er sich nicht "fügen wollte". Wenn dies in Gegenwart des Angeklagten F geschah, brachte er Dennis, der nach den Angaben der Angeklagten sein "Liebling" war, mehrfach "etwas zu essen ans Bett", im Übrigen zog er es jedoch vor, nicht gegen die Erziehungsmethoden seiner dominanten Ehefrau zu opponieren.

Dennis verlor spätestens "ab dem dritten bis vierten Lebensjahr rapide an Gewicht", da er immer weniger Nahrung zu sich nahm. Wurde er zum Essen gerufen, blieb er zuweilen im Kinderzimmer; bei den grundsätzlich gemeinsam im Familienkreis eingenommenen Mahlzeiten verzehrte er sehr wenig, da er kein Verlangen nach Nahrung mehr verspürte. Seine Eltern bemerkten, dass er immer weniger aß und immer dünner wurde, schließlich nur noch "Haut und Knochen" war. In den Monaten vor seinem Tode nähte die Angeklagte A zweimal seine Hose um etwa zehn bis 15 Zentimeter enger, der Angeklagte F besorgte für Dennis immer kleinere Kleidung beim Sozialamt. Er

schlug mehrmals vor, wegen des Zustands von Dennis einen Arzt aufzusuchen. Die Angeklagte A beschwich-tigte ihren Ehemann jeweils, indem sie ihm wider bes-seres Wissen mitteilte, mit Dennis sei "alles in Ord-nung". Danach drängte der Angeklagte, der von März 2001 bis März 2002 durchgehend im Rahmen einer Arbeitsbeschaffungsmaßnahme tätig war, auch nicht weiter auf einen Arztbesuch. In den letzten drei Mona-ten vor seinem Tode war Dennis schließlich so schwach, dass er kaum noch laufen konnte und - z. B. beim Spielen - mit dem Rücken angelehnt sitzen muss-te. Die Angeklagten erkannten den lebensbedrohlichen Gesundheitszustand, sie ließen Dennis dennoch keine Hilfe zuteil werden, womit sie seinen Tod billigend in Kauf nahmen.

Im Laufe des 20. Dezember 2001 brach Dennis infolge der sich über Monate entwickelten Auszehrung zusam-men. Die Angeklagte A, die sich als einzige mit ihm in der Wohnung befand, legte ihn in sein Bett und brach-te ihm Tee, Dennis zeigte aber keine Reaktion. Den später von ihr festgestellten Tod von Dennis verheim-lichte sie den anderen Familienmitgliedern, auch dem Angeklagten F. Sie lagerte Dennis Leiche zunächst für ein bis zwei Tage im Bettkasten und schließlich in ei-ner ungenutzten Tiefkühltruhe in der Küche. Um das Verschwinden von Dennis zu erklären, gab sie - auch gegenüber dem Mitangeklagten - an, Dennis befinde sich aufgrund einer Diabeteserkrankung in einem Ber-liner Krankenhaus. Dies erklärten die Angeklagten schließlich auch gegenüber der Schulbehörde und dem Sozialamt, die sich zuweilen nach Dennis erkundigten, denn dieser war bereits seit 2001 schulpflichtig, jedoch nie in der Schule oder zu einer schulärztlichen Vor-untersuchung erschienen. Da zunächst niemand Ver-dacht schöpfte, blieb der Tod von Dennis über zwei-einhalb Jahre unbemerkt.

### **Aus den Gründen:**

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

Das Landgericht Cottbus hat die beiden miteinander verheirateten Angeklagten jeweils wegen Mordes in Tateinheit mit Misshandlung von Schutzbefohlenen zu lebenslanger Freiheitsstrafe verurteilt. Die Revisionen der Angeklagten haben den aus dem Tenor ersichtli-chen Teilerfolg; sie sind im Übrigen unbegründet im Sinne des § 349 Abs. 2 StPO.

#### *2. Zur Todesursache und zum Tötungsvorsatz des An-geklagten*

Soweit sich die Revisionen gegen die Annahme des Schwurgerichts wenden, Dennis sei aufgrund einer Atrophie verstorben und die Angeklagten hätten die gebotene Hilfe mit Tötungsvorsatz unterlassen, sind sie unbegründet.

##### *a. Zur Todesursache*

Die Feststellungen der sachverständig beratenen Straf-kammer zur Todesursache sind ohne durchgreifenden Rechtsfehler getroffen worden. So ist der Tod von Dennis infolge einer Atrophie aufgrund einer über mehrere Monate andauernden Unterernährung unter Ausschluss anderer denkbarer Todesursachen nach-vollziehbar belegt. Auch lässt sich den Urteilsausfüh-rungen noch hinreichend sicher entnehmen, dass Den-nis bei entsprechender intensivmedizinischer Hilfe kurz vor seinem Tode hätte gerettet werden können.

##### *b. Zur Annahme von Tötungsvorsatz bei den Angeklag-ten*

Auch die Annahme bedingten Tötungsvorsatzes hält revisionsgerichtlicher Überprüfung stand.

##### *aa. Zu den Grundlagen der Beweiswürdigung des Landgerichts*

Die vom Landgericht zur Begründung des Tötungsvor-satzes herangezogenen Tatsachen beruhen auf einer tragfähigen Beweiswürdigung, wenn sich diese auch im Wesentlichen in der Wiedergabe der verschiede-nen, teilweise in sich und zueinander widersprüchli-chen Angaben der Angeklagten erschöpft. Dem Ge-samtzusammenhang der Urteilsgründe lässt sich noch entnehmen, dass das Tatgericht sich insoweit auf die für glaubhaft befundenen Angaben des Angeklagten F gestützt und so die teilweise abweichende Einlassung der Angeklagten A widerlegt hat.

##### *bb. Zur Annahme von Tötungsvorsatz bei den Ange-klagten*

So hat die Strafkammer ihre Überzeugung, dass die Angeklagten den Tod von Dennis billigend in Kauf genommen und nicht mehr auf eine von allein einset-zende Besserung vertraut haben, aus dem sich ver-schlechternden Zustand und der hieraus resultierenden, auch ihnen erkennbaren Gefährdung des Jungen ge-wonnen. Dieser Schluss auf die geistige Vorwegnahme und Billigung seines möglichen Todes war - auch un-ter Berücksichtigung, dass die Billigung der Tötung des eigenen Kindes naturgemäß die Überschreitung höchster Hemmschwellen voraussetzt (vgl. BGHR StGB § 212 Abs. 1 Vorsatz, bedingter 50) - jedenfalls aufgrund der Kenntnis der Angeklagten davon, dass Dennis nur noch "Haut und Knochen war" sowie kaum mehr aus eigener Kraft laufen und ohne Stütze sitzen konnte, und weil deswegen die Hinzuziehung eines Arztes zwischen ihnen diskutiert wurde, möglich und ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Da-mit ist bedingter Tötungsvorsatz zumindest für die letzte Phase des Gesamtverhaltens der Angeklagten noch ausreichend belegt.

Das vom Tötungsvorsatz getragene Unterlassen von Hilfsmaßnahmen war auch kausal für den Tod von Dennis. Dieser hätte kurz vor seinem Tode noch geret-tet werden können. Es versteht sich zudem von selbst,

dass bei pflichtgemäßem Handeln zu dem Zeitpunkt, als die Angeklagten die tödliche Gefährdung ihres Kindes erkannten, dessen Leben verlängert worden wäre.

### 3. Zum Fehlen des Mordmerkmals "grausam"

Die Annahme des Mordmerkmals der grausamen Begehungsweise hat hingegen keinen Bestand.

Das Mordmerkmal "grausam" wird durch eine gefühllose und unbarmherzige Gesinnung des Täters und die Billigung von Tatumständen gekennzeichnet, welche es bedingen, dass dem Opfer durch die Tötungshandlung besondere Schmerzen oder Qualen zugefügt werden (vgl. BGHSt 3, 180, 181; BGH NJW 1986, 265, 266). Hierzu hat das Schwurgericht bezogen auf die dafür maßgebliche Phase des vom Tötungsvorsatz getragenen Unterlassens keine tragfähigen Feststellungen getroffen.

#### a. Zu den objektiven Voraussetzungen für eine grausame Tötung i.S.v. § 211 StGB

Es hat zwar im Ansatz zutreffend darauf abgestellt, dass Verhungern regelmäßig besonders starke körperliche und seelische Schmerzen verursacht (vgl. BGH MDR bei Dallinger 1974, 14; BGH, Beschluss vom 31. März 2004 - 5 StR 351/03; Senatsbeschluss nach § 349 Abs. 2 StPO vom 10. Oktober 2006 - 5 StR 212/06 [Fall Jessica, Presseerklärung des BGH Nr. 139/2006]). Ausgehend hiervon, hat es die Tötung von Dennis als "grausam" gewürdigt, denn er habe immer wieder nach Nahrung verlangt und sie nicht erhalten.

Solches wird von der Gesamtheit der im Urteil getroffenen gesicherten Feststellungen nicht getragen. Danach lag die vom Tötungsvorsatz getragene Tathandlung im Unterlassen geeigneter Hilfsmaßnahmen, nicht in der Verweigerung von Nahrung. Letzteres ist nicht belegt. Die geschilderten Vorfälle, bei denen Dennis ohne Abendessen bleiben musste, hat das Landgericht nicht zeitlich oder mengenmäßig eingeordnet, nach dem Gesamtzusammenhang ist nur auf gelegentliche Maßnahmen zu schließen; eine relevante Ursache für den Tod von Dennis kann hierin nicht gesehen werden. Auch den ohne weitere Würdigung nebeneinander gestellten Einlassungen lässt sich nicht entnehmen, dass die Angeklagten Dennis von ihm verlangte Nahrung verweigert hätten. Vielmehr legt das Schwurgericht seiner Überzeugung vom Tatgeschehen zugrunde, dass Dennis die zur Verfügung stehende Nahrung nicht in ausreichendem Umfang verzehrt hat, wie die Schilderungen der gemeinsamen Mahlzeiten und einer Kaffeerunde im Beisein der Mutter des Angeklagten F belegen.

Darüber hinaus ist zu besorgen, das Schwurgericht habe für die Würdigung der Tötung als "grausam" zusätzlich auf ein Durstleiden von Dennis abgestellt. Auch unter Berücksichtigung der nahezu unkommentiert eingerückten Obduktionsergebnisse ist nicht be-

legt, dass Dennis unter mangelnder Flüssigkeitsversorgung litt. Insoweit entbehren bereits die Feststellungen, Dennis habe unter Durstgefühlen gelitten und der Angeklagte F habe dies wahrgenommen bzw. die Angeklagten hätten ihn nicht ausreichend mit "Trinken" versorgt, einer tragfähigen Grundlage.

Jedenfalls aber ist nicht belegt, dass Dennis zu dem Zeitpunkt, als die Angeklagten mit Tötungsvorsatz handelten, unter Hunger litt. Denn er starb nach den Feststellungen nicht an den Folgen akuten Verhungerns, vielmehr hatte sich sein unterernährter, letztlich zum Tode führender Zustand während eines längeren - mindestens dreijährigen - Zeitraumes langsam entwickelt. In diesem Zusammenhang hat sich das Schwurgericht den Ausführungen des medizinischen Sachverständigen R angeschlossen, wonach Kinder mit chronischer Mangelernährung kein Verlangen nach Essen und Trinken mehr verspüren und dieser Zustand bei Dennis bereits seit Frühjahr/Sommer 2000 vorlag. Ab wann die Angeklagten den Tod von Dennis geistig vorwegnahmen und sich damit abfanden, letztlich also mit bedingtem Tötungsvorsatz handelten, ist ebenso wie die Tatsachengrundlage, auf der dieser Schluss (vgl. oben 2 b, bb) beruht, nicht zeitlich eingeordnet worden.

Die für den Tötungsvorsatz relevanten Anknüpfungspunkte lagen aber ersichtlich nicht schon im Frühjahr/Sommer 2000 vor. Ab diesem Zeitpunkt schließt die Strafkammer bei Dennis Hungergefühle aus. Zur Erfüllung des Merkmals "grausam" ist aber erforderlich, dass das Opfer die besonderen Schmerzen oder Qualen während des tatbestandsmäßigen Geschehens - Handeln mit Tötungsvorsatz - erlitten hat (BGH NJW 1986, 265, 266). Auch wenn das Erreichen des Zustands, in dem Dennis keinen Hunger mehr verspürte, quälend gewesen sein mag, ist jedenfalls für diesen früheren Zeitraum kein Tötungsvorsatz nachweisbar.

#### b. Zur inneren Tatseite bei den Angeklagten

Zudem ist die innere Tatseite zur Verwirklichung des Mordmerkmals "grausam" nicht tragfähig belegt. Zwar hat das Landgericht ausgeführt, dass die Angeklagten die Schmerzen körperlicher und seelischer Art von Dennis erkannt und ihn dennoch ohne jegliches Mitgefühl, herzlos und bis zuletzt unbarmherzig seinen Qualen überlassen hätten. Dies schließt es im Wesentlichen allein aus der Tathandlung, nämlich dem Unterlassen von Hilfeleistungen trotz Kenntnis der fortschreitenden Auszehrung des Jungen, ohne auf die besonderen Umstände im Tatbild und der Täterpersönlichkeiten einzugehen: Dennis äußerte kein Hungergefühl, die Angeklagten waren mit einer kindgerechten Haushaltsführung und der Erziehung der Kinder offensichtlich nicht nur in Bezug auf Dennis heillos überfordert, sie leiden beide unter psychischen Beeinträchtigungen. Hierzu ist trotz der rechtsfehlerfreien Annahme noch nicht erheblich verminderter Schuldfähig-

keit aufgrund sachverständiger Beratung festgestellt worden, dass die Angeklagte A eine Borderline-Persönlichkeitsstörung sowie angstvolle und depressive Zustände hat und der Angeklagte F mit einem Intelligenzquotienten von 55 an einer Intelligenzminderung vom Grade einer Debilität leidet, weswegen seine Fähigkeit zu problemlösendem Denken und Erkennen von Ursache-Wirkungszusammenhängen sehr eingeschränkt ist. Deshalb hätte es der eingehenden Erörterung bedurft, ob den Angeklagten aufgrund ihrer Persönlichkeitsstruktur das mögliche Leiden des immer stärker abmagernden Dennis angesichts des Fehlens zuverlässiger Beweisanzeichen für Schmerzen oder seelische Qualen tatsächlich bewusst war und ihr Unterlassen von Abhilfe nicht auf einer von Gedanken- und Hilflosigkeit geprägten, durch Passivität gekennzeichneten Lebensführung beruhte, sondern tatsächlich darüber hinausgehend einer gefühllosen, unbarmherzigen Gesinnung entsprang, wofür insgesamt keine ausreichenden Anhaltspunkte vorliegen. Die unzulängliche Berücksichtigung der persönlichkeitsbedingten Besonderheiten der Angeklagten (vgl. BGH, Urteil vom 16. Mai 1972 - 5 StR 193/72; BGH NStZ 1982, 379) weckt die Besorgnis, das Schwurgericht habe es zum Nachweis der Grausamkeit für genügend erachtet, dass sich die Angeklagten der harten Auswirkungen ihrer Tat - des Todes des Kindes - bewusst waren.

*4. Zur Annahme einer Misshandlung Schutzbefohlener*  
Der Schuldspruch wegen Misshandlung von Schutzbefohlenen hat Bestand. Insoweit belegen die Feststellungen in noch ausreichendem Maße jedenfalls eine böswillige Vernachlässigung der Fürsorgepflicht der

Angeklagten für Dennis und die dadurch herbeigeführte Schädigung von dessen Gesundheit, die sich über die drei Jahre des Verfalls des Kindes erstreckte und schließlich zu dessen - erst in der Endphase billigend in Kauf genommenem - Tod führte (§ 225 Abs. 1 Nr. 1 dritte Var., Abs. 3 Nr. 1 erste Alt. StGB).

*5. Zur Änderung des Schuldspruchs und Zurückverweisung bzgl. des Strafausspruchs*

Der Senat schließt angesichts des Zeitablaufs und der besonderen Tatentwicklung aus, dass das Landgericht das Mordmerkmal der Grausamkeit oder sonstige Mordmerkmale tragende Feststellungen noch treffen könnte. Er ändert deshalb den Schuldspruch von Mord auf Totschlag, wovon schon die Anklage ausging.

Aufgrund des geänderten Schuldspruchs bedarf die Bemessung der Strafen erneuter schwurgerichtlicher Prüfung auf der Grundlage der bisherigen rechtsfehlerfreien Feststellungen. Das neue Tatgericht darf hierzu nur solche ergänzenden Feststellungen treffen, die den bisherigen nicht widersprechen.

Für die neue Hauptverhandlung weist der Senat darauf hin, dass das Schwurgericht ohne Wertungsfehler eine Strafraumenverschiebung nach § 13 Abs. 2, § 49 Abs. 1 StGB abgelehnt hat, hier ablehnen musste. Gleichwohl wird die Annahme eines besonders schweren Falls des Totschlags im Sinne von § 212 Abs. 2 StGB angesichts der Gesamtheit der Feststellungen nicht in Betracht kommen. Der Senat hat die Ahndung mit - gegebenenfalls zu staffelnden - zeitigen Freiheitsstrafen im oberen Bereich des Strafraumens einem neuen Tatgericht zu überlassen.

## Standort: § 24 StGB

## Problem: Rücktritt vom mehraktigen Versuch

BGH, URTEIL VOM 08.02.2007  
3 STR 470/06 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

### Problemdarstellung:

Der Angeklagte hatte zunächst versucht, seine Ehefrau zu töten, indem er sie von einem Balkon warf. Als er sah, dass sie den Sturz überlebt hatte, sprang er ihr hinterher und wollte sie dadurch töten, dass er sie mit dem Kopf auf Gehwegplatten schlug. Als sie sich wehrte und er auch von seiner Tochter und den Nachbarn dazu aufgefordert wurde, die Frau in Ruhe zu lassen, spielte er noch mit dem Gedanken, sie mit seinem Gürtel zu erdrosseln, ließ jedoch schließlich von ihr ab. Das Landgericht Wuppertal hatte den Angeklagten nur wegen gefährlicher Körperverletzung, §§ 223 I, 224 I Nr. 2 StGB, verurteilt. Bzgl. des mitverwirklichten versuchten Totschlags, §§ 212 I, 22, 23 I StGB, hatte es einen strafbefreienden Rücktritt gem. § 24 I StGB angenommen.

Der BGH hob dieses Urteil auf, soweit das Landge-

richt einen Rücktritt bejaht hatte.

### Prüfungsrelevanz:

Probleme des Rücktritts vom Versuch sind typische Examensaufgaben aus dem Bereich des Allgemeinen Teils, die sich mit sämtlichen Deliktstypen sehr schön verbinden lassen und deshalb häufig den Gegenstand von Examensaufgaben, sowohl Klausuren als auch mündlichen Prüfungen, darstellen.

Nach herrschender Meinung ist ein strafbefreiender Rücktritt dann ausgeschlossen, wenn der Versuch fehlgeschlagen ist (BGH, NStZ-RR 1996, 194; 2004, 361; Schönke/Schröder-Eser, § 24 Rn 7; Tröndle/Fischer, § 24 Rn 6). Die Gegenauffassung lehnt die Rechtsfigur des fehlgeschlagenen Versuchs mangels ausdrücklicher gesetzlicher Regelung ab (v. Heintschel-Heinegg, ZStW 109, 33; Ranft, JURA 1987, 534; Haft, NStZ 1994, 536), kommt allerdings - meist über die Verneinung der Freiwilligkeit - in den entsprechenden Fällen auch zur Ablehnung eines Rücktritts, so dass es sich



insofern eher um einen dogmatischen Streit handelt.

Nach der herrschenden Meinung ist ein Versuch dann fehlgeschlagen, wenn der Täter glaubt, dass er die Tat mit den zur Verfügung stehenden Mitteln gar nicht mehr oder jedenfalls nicht ohne das Ingangsetzen einer ganz neuen Kausalkette vollenden könne (BGHSt 41, 368; BGH; NStZ-RR 2002, 168).

Problematisch ist das Vorliegen eines Fehlschlags insb. im Falle eines sog. "mehraktigen Versuchs", wenn der Täter also durch mehrere unmittelbar aufeinander folgende Handlungen versucht, denselben Erfolg herbeizuführen bzw. glaubt, dies zu können (vgl. hierzu die Darstellung bei Joecks, § 24 Rn 14 ff.). Im vorliegenden Fall hatte der Angeklagte zunächst versucht, seine Ehefrau zu töten, indem er sie vom Balkon stürzte, dann wollte er sie töten, indem er sie mit dem Kopf auf die Gehwegplatten schlug und schließlich spielte er noch mit dem Gedanken, sie mit seinem Gürtel zu erdrosseln, sodass ein geradezu klassischer mehraktiger Versuch vorlag. Nach der Einzelaktstheorie liegt ein Fehlschlag bereits dann vor, wenn der Täter eine aus seiner Sicht für die Erfolgsherbeiführung ausreichende Handlung vorgenommen und erkannt hat, dass diese den Erfolg nicht herbeiführen wird (Jakobs, AT, § 26 Rn 15 ff.). Der BGH vertrat früher die sog. Tatplantheorie, nach der ein mehraktiger Versuch dann fehlgeschlagen war, wenn der Täter alle zuvor geplanten Handlungen vorgenommen und erkannt hatte, dass diese den Erfolg nicht herbeiführen würde (BGHSt 14, 175; 23, 359). Da die Tatplantheorie jedoch bei Spontantaten (wie dem vorliegenden Fall), bei denen der Täter vor Tatbeginn keinen detaillierten Plan formuliert hat und die Einzelaktstheorie dem Täter die Möglichkeit eines strafbefreienden Rücktritts sehr früh (über die Annahme eines fehlgeschlagenen Versuchs) abschneidet, vertritt der BGH ebenso wie die herrschende Lehre mittlerweile die Lehre vom Rücktrittshorizont (BGHSt 31, 170; BGH, StV 2003, 217; NStZ 2007, 91 = RA 2007, 85); Schönke/Schröder-Eser, § 24 Rn 17a; Tröndle/Fischer, § 24 Rn 15 mwN). Nach dieser ist ein Fehlschlag erst dann gegeben, wenn der Täter nach Vornahme der letzten Ausführungshandlung glaubt, den Erfolg mit den zur Verfügung stehenden Mitteln nicht mehr herbeiführen zu können. Dieser Auffassung folgt der BGH auch im vorliegenden Fall. Der BGH betont weiter, dass ein (einheitlicher) mehraktiger Versuch auch dann gegeben ist, wenn der Täter die erste Handlung nur mit Eventualvorsatz vornimmt und erst im Laufe der weiteren Handlungen Absicht zur Herbeiführung des Erfolges entwickelt, zum Beispiel weil er zunächst noch ein außertatbestandliches Ziel verfolgt und dies später aufgibt.

Trotzdem vermochte der BGH - anders als das Landgericht - den Feststellungen das Fehlen eines fehlgeschlagenen Versuchs nicht zu entnehmen. Der BGH führt aus, dass es durchaus sein könnte, dass der Ange-

klagte wegen der Rufe der Nachbarn und seiner Tochter glaubte, dass er seine Frau nicht mehr mit dem Gürtel erdrosseln könnte, insb. weil die bereits alarmierte Polizei eintreffen und ihn aufhalten könnte. In diesem Falle läge aber auch nach der Lehre vom Rücktrittshorizont ein Fehlschlag vor.

#### **Vertiefungshinweise:**

*Zum Fehlschlag beim mehraktigen Versuch:* BGHSt 33, 295; 35, 90; BGH, NStZ 2002, 427; 2004, 333; 2007, 91 = RA 2007, 85; Beckemper, JA 2003, 203; Pahlke, GA 1995, 72; Schroth, GA 1997, 151

#### **Kursprogramm:**

*Examenskurs:* "Argentina"

#### **Leitsätze (der Redaktion):**

**1. Nimmt der Täter im Rahmen eines mehraktigen Geschehens verschiedene Handlungen vor, die auf die Herbeiführung eines strafrechtlich relevanten Erfolges gerichtet sind, so steht der Fehlschlag eines oder mehrerer der anfänglichen Einzelakte nicht notwendig und von vornherein einem Rücktritt vom Versuch entgegen. Bilden diese Einzelakte untereinander sowie mit der letzten Tathandlung Teile eines durch die subjektive Zielrichtung des Täters verbundenen, örtlich und zeitlich einheitlichen Geschehens, so beurteilen sich die Fragen, ob der Versuch fehlgeschlagen ist oder ob der strafbefreiende Rücktritt andernfalls allein schon durch das Unterlassen weiterer Tathandlungen (unbeendeter Versuch) oder nur durch Verhinderung der Tatvollendung (beendeter Versuch) erreicht werden kann, allein nach der subjektiven Sicht des Täters nach Abschluss seiner letzten Ausführungshandlung.**

**2. Ein fehlgeschlagener Versuch liegt bei einem mehraktigen Geschehen nur dann vor, wenn der Täter nach Abschluss der letzten Ausführungshandlung weiß oder zumindest annimmt, dass er den Taterfolg mit den bereits eingesetzten oder anderen zur Hand liegenden Mitteln nicht mehr ohne zeitliche Zäsur herbeiführen kann.**

**3. Der in diesem Sinne nicht fehlgeschlagene Versuch ist nur dann beendet, wenn der Täter nach Abschluss der letzten Ausführungshandlung den Eintritt des Taterfolgs als Folge seines Tuns für möglich hält; dass er bereits zuvor im Rahmen des einheitlichen Geschehens nach einem der ersten Teilakte irrig diese Vorstellung gewonnen hatte, ist dagegen ohne Belang, wenn er aufgrund des Fortgangs des Geschehens seinen Irrtum unmittelbar erkannte.**

**4. Diese Grundsätze finden auch dann Anwendung, wenn der Täter zwischen den einzelnen Teilakten**

**das Tatmittel wechselt, solange hierdurch die Einheitlichkeit des Gesamtgeschehens weder in zeitlicher noch örtlicher Hinsicht beseitigt wird.**

**5. Ebenso wenig wird die Verbindung der Einzelhandlungen zu einem mehraktigen Geschehen, die diese durch die subjektive Zielrichtung des Täters erfahren, dadurch unterbrochen, dass dieser hinsichtlich des Taterfolgs zunächst nur mit bedingtem Vorsatz handelte und erst den oder die späteren Teilakte mit direktem Vorsatz ausführte; denn selbst wenn er mit der ersten Ausführungshandlung vorrangig ein außertatbestandmäßiges Ziel erreichen wollte und hierzu den tatbestandmäßigen Erfolg lediglich billigend in Kauf nahm, führt allein das Erreichen des außertatbestandmäßigen Ziels nicht dazu, dass ab diesem Zeitpunkt ein Rücktritt vom unbeendeten Versuch durch Aufgabe weiterer Tatausführung nicht mehr möglich wäre.**

#### **Sachverhalt:**

Aus Verärgerung, dass seine Ehefrau gegen ihn wegen vorausgegangener Tötlichkeiten eine einstweilige Anordnung nach dem Gewaltschutzgesetz beim Amtsgericht erwirkt und ihm trotz seines lautstarken Verlangens keinen Zutritt zur ehelichen Wohnung gewährt hatte, drang der Angeklagte gewaltsam in die Wohnung ein, indem er die Eingangstür eintrat. Er wollte seine Machtposition wieder herstellen, seine Ehefrau bestrafen, weil sie ihm nicht geöffnet hatte, und ihr - in diesem Moment noch ohne eine konkrete Vorstellung - "das Schlimmste" antun. Als er bemerkte, dass sich seine Ehefrau zusammen mit der Tochter auf den Balkon der im ersten Obergeschoss eines Mehrfamilienhauses gelegenen Wohnung geflüchtet hatte, durchquerte er zügig das Wohnzimmer, stieß seine Tochter zur Seite, griff seiner Frau mit der linken Hand in die Haare und packte sie mit seiner rechten Hand am Bein, um sie aus einem spontan gefassten Entschluss heraus vom Balkon zu stürzen. Zunächst gelang es ihm nur, seine Ehefrau über das Balkongeländer zu schleudern. Diese konnte sich an der äußeren Balkonseite hängend an dem Geländer festklammern. Daraufhin schlug der Angeklagte mit voller Kraft auf die Hände seiner Frau, bis diese sich nicht mehr festzuhalten vermochte und auf die ca. 4,70 Meter unter der Oberkante des Balkongeländers liegende Rasenfläche stürzte. Bei seinem Vorgehen nahm der Angeklagte billigend in Kauf, dass seine Frau durch den Sturz zu Tode kommen könnte.

Diese überlebte den Sturz indessen ohne größere Verletzungen, insbesondere auch deshalb, weil der Boden durch vorangegangenen Regen stark durchweicht war. Der Angeklagte bemerkte sofort, dass seine Frau entgegen seiner Vorstellung, sie könne sich bei dem Sturz das Genick brechen, kaum verletzt war und sich aufzurichten versuchte. Immer noch in Wut hangelte er

sich selbst von dem Balkon herunter, um seine Frau jetzt auf andere Weise zu töten. Er packte sie an den Haaren und zerrte sie zu einem an der Rasenfläche entlang führenden gepflasterten Gehweg. Dort versuchte er, ihren Kopf auf die Platten des Gehwegs zu schlagen. Dies gelang ihm jedoch aufgrund der heftigen Gegenwehr seiner Frau nicht. Während er weiter auf sie eintrat und einschlug, riefen zwei Nachbarn, die das Geschehen von ihren Balkonen aus beobachteten, dem Angeklagten zu, dass er aufhören solle. Auch seine Tochter versuchte, ihn von weiteren Tötlichkeiten abzuhalten, indem sie vom Balkon aus ihre "Rollerblades" und andere Schuhe nach ihm warf. In dieser Situation ärgerte sich der Angeklagte darüber, dass er kein Messer mitgenommen hatte. Er spielte noch mit dem Gedanken, seine Frau mit seinem Gürtel zu würgen, weil seine Kräfte nachließen und es ihm wegen deren Gegenwehr nicht gelang, ihren Kopf auf die Gehwegplatten zu schlagen. Letztlich entschloss er sich, von seinem Opfer abzulassen, weil sich seine Wut durch deren Stoß vom Balkon und die anschließenden Gewalttätigkeiten entladen hatte. Er zerrte seine Frau an den Haaren zu einer an den Gehweg anschließenden Böschung, ging danach noch einmal ins Haus, wo er eine von der Ehefrau vor der Wohnungstür abgestellte Tüte mit ihm gehörenden Kleidungsstücken holte, und begab sich sodann zu Fuß zur nächsten S-Bahn-Haltestelle. Am nächsten Tag stellte er sich der Polizei.

#### **Aus den Gründen:**

##### *1. Entscheidung und rechtliche Würdigung des Landgerichts*

Das Landgericht hat den Angeklagten wegen gefährlicher Körperverletzung zu einer Freiheitsstrafe von drei Jahren verurteilt. Mit ihrer zu Ungunsten des Angeklagten eingelegten Revision rügt die Staatsanwaltschaft die Verletzung materiellen Rechts. Sie beanstandet, dass der Angeklagte nicht auch des versuchten Totschlags schuldig gesprochen worden ist. Das Rechtsmittel hat Erfolg.

[...] Das Landgericht hat sich die Überzeugung verschafft, dass der Angeklagte trotz der von ihm bemerkten Reaktionen seiner Tochter und der beiden Nachbarn erst von seinem Opfer abließ, nachdem er noch mit dem Gedanken gespielt hatte, seine Frau mit dem Gürtel zu erdrosseln. Zwar sei sein Entschluss auch von dem Gedanken getragen gewesen, keinen Ärger mit der Polizei zu bekommen. Die Möglichkeit, dass Polizeikräfte erscheinen könnten, sei für sein Handeln jedoch nicht bestimmend gewesen, "zumal" er zunächst noch einmal das Haus betreten habe, um seine Kleider zu holen, und sich erst danach zu Fuß entfernt habe. Im Vordergrund seines Entschlusses, den Tatort zu verlassen, habe vielmehr das Nachlassen seiner Aggressionen gestanden. Nach alledem - so die rechtliche

Würdigung des Landgerichts - liege ein fehlgeschlagener Versuch nicht vor; vielmehr sei der Angeklagte mit strafbefreiender Wirkung freiwillig vom unbeendeten Versuch eines Tötungsdelikts zurückgetreten.

## 2. Entscheidung des BGH

Dies hält rechtlicher Prüfung nicht stand.

### a. Zum Fehlschlag beim mehraktigen Versuch

Zutreffend ist allerdings der rechtliche Ausgangspunkt des Landgerichts, dass bei dem festgestellten Sachverhalt grundsätzlich die Voraussetzungen für einen strafbefreienden Rücktritt nach § 24 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 StGB vorliegen können.

Nimmt der Täter im Rahmen eines mehraktigen Geschehens verschiedene Handlungen vor, die auf die Herbeiführung eines strafrechtlich relevanten Erfolges gerichtet sind, so steht der Fehlschlag eines oder mehrerer der anfänglichen Einzelakte nicht notwendig und von vornherein einem Rücktritt vom Versuch entgegen. Bilden diese Einzelakte untereinander sowie mit der letzten Tathandlung Teile eines durch die subjektive Zielrichtung des Täters verbundenen, örtlich und zeitlich einheitlichen Geschehens, so beurteilen sich die Fragen, ob der Versuch fehlgeschlagen ist oder ob der strafbefreiende Rücktritt andernfalls allein schon durch das Unterlassen weiterer Tathandlungen (unbeendeter Versuch) oder nur durch Verhinderung der Tatvollendung (beendeter Versuch) erreicht werden kann, allein nach der subjektiven Sicht des Täters nach Abschluss seiner letzten Ausführungshandlung. Ein fehlgeschlagener Versuch liegt in einem derartigen Fall nur dann vor, wenn der Täter in diesem Moment weiß oder zumindest annimmt, dass er den Taterfolg mit den bereits eingesetzten oder anderen zur Hand liegenden Mitteln nicht mehr ohne zeitliche Zäsur herbeiführen kann (st. Rspr.; s. nur BGH NStZ 2005, 263, 264 m. w. N.). Ebenso ist der in diesem Sinne nicht fehlgeschlagene Versuch nur dann beendet, wenn der Täter zu diesem Zeitpunkt den Eintritt des Taterfolgs als Folge seines Tuns für möglich hält; dass er bereits zuvor im Rahmen des einheitlichen Geschehens nach einem der ersten Teilakte irrig diese Vorstellung gewonnen hatte, ist dagegen ohne Belang, wenn er aufgrund des Fortgangs des Geschehens seinen Irrtum unmittelbar erkannte (vgl. BGHSt 39, 221, 227 f. sowie die weiteren Nachw. bei Tröndle/Fischer, StGB 54. Aufl. § 24 Rdn. 15 a). Daraus folgt, dass diese Grundsätze auch dann Anwendung finden, wenn der Täter zwischen den einzelnen Teilakten das Tatmittel wechselt, solange hierdurch die Einheitlichkeit des Gesamtgeschehens weder in zeitlicher noch örtlicher Hinsicht beseitigt wird. Ebenso wenig wird die Verbindung der Einzelhandlungen, die diese durch die subjektive Zielrichtung des Täters erfahren, dadurch unterbrochen, dass dieser hinsichtlich des Taterfolgs zunächst nur mit bedingtem Vorsatz handelte und erst

den oder die späteren Teilakte mit direktem Vorsatz ausführte; denn selbst wenn er mit der ersten Ausführungshandlung vorrangig ein außertatbestandsmäßiges Ziel erreichen wollte und hierzu den tatbestandsmäßigen Erfolg lediglich billigend in Kauf nahm, führt allein das Erreichen des außertatbestandsmäßigen Ziels nicht dazu, dass ab diesem Zeitpunkt ein Rücktritt vom unbeendeten Versuch durch Aufgabe weiterer Tatausführung nicht mehr möglich wäre (BGHSt 39, 221). Daher kann auch ein "Heraufstufen" des tatbestandlichen Erfolgs zum primären Handlungsziel für sich einen späteren Rücktritt nicht ausschließen. Ob ein solcher vorliegt, beurteilt sich daher auch hier auf der Grundlage des weiteren Fortgangs des Geschehens nach den allgemeinen Grundsätzen (vgl. auch Eser in Schönke/Schröder, StGB 27. Aufl. § 24 Rdn. 17 b). Für den hier zu beurteilenden Sachverhalt bedeutet dies:

Ob der Versuch des Angeklagten, seine Frau zu töten, fehlgeschlagen war oder ob es sich, so ein Fehlschlag zu verneinen ist, um einen unbeendeten oder beendeten Versuch handelte, hat das Landgericht zutreffend nach den Vorstellungen beurteilt, die der Angeklagte in dem Zeitpunkt hatte, als er seine erfolglosen Bemühungen aufgab, seine Ehefrau durch Schlagen ihres Kopfes gegen die Platten des Gehwegs ums Leben zu bringen. Denn der Sturz des Opfers vom Balkon hatte zwar nicht zu dessen vom Angeklagten für möglich gehaltenen und billigend in Kauf genommenen Tod geführt, so dass die den Sturz auslösende Tathandlung misslungen war; der Angeklagte hatte jedoch zum einen sofort erkannt, dass seine Annahme irrig war, durch das Hinabstürzen seiner Frau vom Balkon alles Erforderliche zu deren möglicher Tötung getan zu haben, und zum anderen augenblicklich eine andere Möglichkeit gesehen sowie diese in unmittelbarem zeitlichen und örtlichen Zusammenhang ergriffen, seine Ehefrau auf andere Weise - durch Schlagen ihres Kopfes auf die Gehwegplatten - zu töten. Die Einheitlichkeit des Gesamtgeschehens war weder durch den Wechsel des "Tatmittels" noch durch den Übergang von bedingtem zu direktem Tötungsvorsatz aufgehoben worden.

Nicht zu beanstanden ist auch die weitere Annahme des Landgerichts, trotz des Misslingens auch der zweiten Tötungsvariante sei der Tötungsversuch des Angeklagten in seiner Gesamtheit dann nicht fehlgeschlagen und ein freiwilliger Rücktritt vom unbeendeten Versuch weiter zu bejahen, wenn der Angeklagte nach dem erkannten Scheitern seiner zweiten Tötungshandlung noch die Möglichkeit sah, trotz der Beobachtung des Geschehens durch die beiden Nachbarn und des deswegen zu erwartenden baldigen Eintreffens der Polizei den Tod seiner Frau durch deren Erdrosselung mit seinem Gürtel herbeizuführen, und er dennoch aus autonomen Motiven von der weiteren Tatausführung absah. Da sich die Tat von Beginn an in der Öffent-

lichkeit zutrug, es dem Angeklagten somit nicht auf Heimlichkeit ankam, stand allein die Entdeckung der Tat hier der Freiwilligkeit eines Rücktritts nicht zwangsläufig entgegen (vgl. BGH NStZ 1992, 587; 1999, 300, 301; Eser aaO § 24 Rdn. 50 m. w. N.). Selbst wenn bei der Aufgabe der weiteren Tatausführung der Gedanke mitspielte, die Polizei könne bald eintreffen, schloss dies die Freiwilligkeit des Rücktritts nicht aus, wenn dieser Gedanke das Handeln des Angeklagten nicht bestimmte. Gibt der Täter die weitere Ausführung der Tat aus mehreren Beweggründen auf, so beurteilt sich die Freiwilligkeit nach dem Motiv, das für den Rücktritt bestimmend ist (Lilie/Albrecht in LK 11. Aufl. § 24 Rdn. 177). Ist dieses autonom, der Täter somit insgesamt Herr seiner Entschlüsse geblieben, ist der Rücktritt freiwillig; auch dies hat das Landgericht nicht verkannt.

#### *b. Zum Fehlschlag im vorliegenden Falle*

Jedoch belegen die Urteilsgründe schon nicht hinreichend, dass der Angeklagte ein Erdrosseln seiner Ehefrau mit seinem Gürtel noch für möglich hielt, als er schließlich von ihr abließ. Nach den Sachverhaltsfeststellungen spielte der Angeklagte noch einmal mit dem Gedanken, seinen Gürtel einzusetzen, um seine Ehefrau damit zu würgen. Entsprechende Ausführungen finden sich im Rahmen der Beweiswürdigung. Dass der Angeklagte trotz der vorherigen massiven Gegenwehr seiner Ehefrau, die ein Schlagen ihres Kopfes gegen die Gehwegplatten verhinderte, des Nachlassens seiner eigenen Kräfte und der Beobachtung des Geschehens durch die beiden Nachbarn tatsächlich glaubte, er könne seine Frau noch mit dem Gürtel erdrosseln, lässt sich dem nicht entnehmen. Zwar legt das Landgericht im Rahmen der rechtlichen Würdigung dar, der Angeklagte habe kein "unüberwindliches, zwingendes Hindernis zur Fortführung des Tatentschlusses" angenommen. Ohne eine entsprechende Beweiswürdigung hängt diese Aussage indessen in der Luft und ist für sich allein nicht geeignet zu belegen, dass der Angeklagte den Versuch, seine Ehefrau zu töten, noch nicht als gescheitert ansah.

Darüber hinaus leidet die Beweiswürdigung des Landgerichts zu der Frage, ob der Angeklagte die weitere Tatausführung freiwillig aufgab, an einem rechtlichen Mangel. Das Landgericht stützt seine Überzeugung von den subjektiven Vorstellungen des Angeklagten beim Abbruch der Tat maßgeblich auf zwei Gesichtspunkte:

zum einen auf seine Aussage am Folgetag bei der Polizei, er habe an seinen Gürtel gedacht, den er seiner Frau hätte um den Hals legen und zuziehen können; zum anderen auf den objektiven Umstand, dass der Angeklagte nicht sofort eilig vom Tatort flüchtete, sondern erst noch in das Haus zurückging, um die von seiner Ehefrau vor der Wohnungstür abgestellte Tüte mit Kleidungsstücken zu holen, und sich dann zu Fuß zur S-Bahn-Haltestelle begab. Zwar mögen diese Aspekte für sich genommen die Würdigung tragen, der Angeklagte habe nicht maßgeblich aus Furcht vor der Polizei, sondern wegen des Nachlassens seiner Aggressionen aus vorrangig autonomen Motiven davon abgesehen, seinen Gürtel als Drosselungsinstrument einzusetzen. Jedoch hat das Landgericht bei seiner Überzeugungsbildung maßgeblichen Inhalt der - im Urteil mitgeteilten - polizeilichen Aussage des Angeklagten übergegangen, der dieser Würdigung entgegenstehen kann. So hat der Angeklagte angegeben, er habe sich, als er die Nachbarn habe schreien hören, gefragt, warum er kein Messer dabei gehabt habe; dann hätte er ihr - seiner Ehefrau - in die Kehle geschnitten. Diese Aussage ist schwerlich vereinbar mit der Annahme des Landgerichts, der Abbruch der Tat sei vorrangig durch das Abflauen der Aggressionen des Angeklagten bestimmt gewesen. Darüber hinaus hat der Angeklagte das Abstandnehmen von weiteren Tötungshandlungen unmittelbar mit der Angst vor der Polizei und nicht mit nachlassender Wut erklärt: "Als er die Nachbarn schreien gehört habe, sei er weggegangen, weil er keinen Ärger mit der Polizei haben wollte." Auch dies spricht dagegen, dass der Angeklagte vorrangig aus freiem Willen und autonomen Motiven von der weiteren Tatausführung Abstand nahm. Da das Landgericht diese beiden Aspekte nicht in seine Erwägungen miteinbezogen hat, beruht seine Überzeugung, der Angeklagte habe trotz der Reaktionen seiner Tochter und der Nachbarn erst aufgrund des Verebbens seiner Wut von seiner Ehefrau abgesehen, auf einer lücken- und damit rechtsfehlerhaften Beweiswürdigung.

#### *3. Aufhebung und Zurückverweisung an ein anderes Landgericht*

Die Sache bedarf daher insgesamt neuer Verhandlung und Entscheidung. Der Senat macht von der Möglichkeit Gebrauch, sie hierzu an ein anderes Landgericht zurückzuverweisen (§ 354 Abs. 2 Satz 1 StPO).

## Urteile in Fallstruktur

### Standort: Öffentliches Recht Problem: Pressefreiheit bei Ermittlungen gg. Journalisten

BVERFG, URTEIL VOM 27.02.2007  
1 BvR 538/06 (NJW 2007, 1117)

#### **Problemdarstellung:**

Das BVerfG hatte sich mit der Frage zu befassen, ob die Anordnung einer Durchsuchung von Redaktionsräumen eines Politmagazins und die Beschlagnahme von dabei evtl. gefundenen Unterlagen gegen die Pressefreiheit des Chefredakteurs des Politmagazins verstößt, wenn sich das von der Staatsanwaltschaft eingeleitete Ermittlungsverfahren, in dessen Rahmen die Durchsuchung und Beschlagnahme angeordnet worden sind, u.a. auch gegen den Chefredakteur richtet (hier: Beihilfe zum Geheimnisverrat nach §§ 353 b, 27 StGB).

Das BVerfG stellt zunächst kurz einen Eingriff in den Schutzbereich der Pressefreiheit fest. Wenig Probleme bereitet auch die Feststellung, dass es sich bei den in Rede stehenden Vorschriften des StGB über die vermeidliche Strafbarkeit des Journalisten (§§ 353 b, 27 StGB) und der StPO über die Durchsuchungs- und Beschlagnahmeanordnung (§§ 94, 98, 102, 105 StPO) um "allgemeine Gesetze" i.S.d. Art. 5 II GG handelt, die als Schranke des Grundrechts dienen können. Nach der sog. "Wechselwirkungslehre" des BVerfG sind diese jedoch wieder "im Lichte der Pressefreiheit" anzuwenden und auszulegen. Im konkreten Fall bedeutete dies, dass die Ermittlungen gegen den Journalisten wegen Beihilfe nicht vorrangig dem Zweck dienen dürfen, seinen Informanten als Haupttäter zu enttarnen, weil sonst das Redaktionsgeheimnis unterlaufen würde.

#### **Prüfungsrelevanz:**

Der Fall kann als Musterbeispiel für eine Prüfung der Pressefreiheit dienen. Auf Folgendes sei jedoch hingewiesen: Das BVerfG prüft im Rahmen einer Verfassungsbeschwerde grds. nicht im Stile einer "Superrevisionsinstanz" Tatbestand und Rechtsfolge einfach-gesetzlicher Normen durch, sondern ausschließlich, ob Auslegung und Anwendung der Normen gegen spezifisches Verfassungsrecht verstoßen, also etwa willkürlich oder unverhältnismäßig sind (Art. 20 III GG). Im vorliegenden Fall erwähnt das BVerfG seine limitierte Prüfungskompetenz nicht einmal, sondern prüft bis in die Details (Stichwort: sukzessive Beihilfe, siehe Falllösung) strafrechtliche Probleme durch. Hier das Au-

genmaß zu finden, ist in der Examenssituation nicht immer einfach (vgl. zum Ganzen Pieroth/Schlink, Grundrechte, Rn 1175 ff.). Als Faustformel mag dienen, dass umso tiefer in die Prüfung des einfachen Rechts eingestiegen werden darf und muss, je schwerer der Grundrechtseingriff wiegt. Bei strafrechtlichen Sanktionen, die naturgemäß besonders schwer wiegen, kann dies bedeuten, dass einzelne Tatbestandsmerkmale einer Norm herausgegriffen und "im Lichte" des Verfassungsrechts interpretiert werden müssen, wie z.B. in der bekannten Entscheidung des BVerfG zum Gewaltbegriff i.S.d. § 240 StGB bei Sitzblockaden (BVerfGE 92, 1ff. = RA 2002, 1 ff.) geschehen. Im vorliegenden Fall beschäftigt sich das BVerfG in ähnlich ausführlicher Weise mit der Frage, welche Anforderungen im Lichte der Pressefreiheit an den hinreichenden Tatverdacht für eine Beihilfe, namentlich das Vorliegen einer Haupttat, gestellt werden müssen, wenn gegen einen Journalisten ermittelt wird.

Neben dem öffentlich-rechtlichen Teil ist das Urteil auch strafrechtlich nicht uninteressant; insbesondere die Ausführungen zur Unanwendbarkeit des § 97 V StPO bei Ermittlungen gegen den Journalisten selbst und zur sukzessiven Beihilfe verdienen Beachtung.

#### **Vertiefungshinweise:**

Zur Auslegung und Anwendung strafrechtlicher und strafprozessualer Normen im Lichte der Pressefreiheit: *BVerfGE* 28, 191, 201 ff.; 77, 65, 81; 107, 299, 329 ff.

Verfassungsschutzbericht als Eingriff in die Pressefreiheit: *BVerfG*, RA 2005, 696 = NJW 2005, 2912

#### **Kursprogramm:**

*Examenskurs* : "Pazifisten"

#### **Leitsätze:**

**1. Durchsuchungen und Beschlagnahmen in einem Ermittlungsverfahren gegen Presseangehörige sind verfassungsrechtlich unzulässig, wenn sie ausschließlich oder vorwiegend dem Zweck dienen, die Person des Informanten zu ermitteln (Bestätigung von BVerfGE 20, 162 [191 f., 217]).**

**2. Die bloße Veröffentlichung eines Dienstgeheimnisses im Sinne des § 353 b StGB durch einen Journalisten reicht im Hinblick auf Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG nicht aus, um einen den strafprozessualen Er-**

## **mächtigungen zur Durchsuchung und Beschlagnahme genügenden Verdacht der Beihilfe des Journalisten zum Geheimnisverrat zu begründen.**

### **3. Zur Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes gegenüber Beschlagnahmen redaktionellen Materials. [Hier nur Leitsatz]**

#### **Sachverhalt:**

Der Beschwerdeführer (Bf.) ist Chefredakteur des Politikmagazins CICERO. In der Ausgabe April 2005 wurde ein Artikel des freien Journalisten S. über den Terroristen Z veröffentlicht. Darin wurde in zum Teil sehr detaillierter Weise auf einen Auswertungsbericht des Bundeskriminalamts (BKA) vom 6. September 2004 Bezug genommen, über den es in dem Artikel ausdrücklich heißt, er sei vertraulich und nur für den Dienstgebrauch bestimmt gewesen.

Unter dem 23. Juni 2005 erstattete das BKA Strafanzeige wegen Verdachts einer Verletzung des Dienstgeheimnisses nach § 353 b StGB. In der Strafanzeige wird dargestellt, dass es sich bei dem Bericht um einen Entwurf gehandelt habe, der das BKA nicht autorisiert verlassen habe. Mit Schreiben vom 17. August 2005 erteilte das Bundesministerium des Innern die Ermächtigung zur Strafverfolgung gemäß § 353 b Abs. 4 StGB.

Die Staatsanwaltschaft Potsdam leitete am 31. August 2005 ein Ermittlungsverfahren gegen den Bf. sowie den Journalisten S. wegen Beihilfe zur Verletzung des Dienstgeheimnisses gemäß §§ 353 b, 27 StGB ein. Zugleich wurde ein Antrag an den Ermittlungsrichter beim Amtsgericht Potsdam gestellt, die Durchsuchung der Wohn-, Geschäfts- und Nebenräume des Beschuldigten S. in Berlin sowie der Redaktionsräume der Zeitschrift CICERO in Potsdam anzuordnen, da zu vermuten sei, dass dies zur Auffindung von im Einzelnen bezeichneten Beweismitteln führen werde, deren Beschlagnahme beschlossen werden möge.

Mit dem in der Verfassungsbeschwerde angegriffenen Beschluss vom 31. August 2005 ordnete das Amtsgericht die beantragte Durchsuchung der Redaktionsräume der Zeitschrift CICERO sowie die Beschlagnahme eventuell gefundener Beweismittel nach §§ 94, 98, 102, 105 StPO an. Die Durchsuchung der Redaktionsräume sollte am 12. September 2005 durchgeführt werden. Hierzu kam es nicht mehr, da der Bf. die mit dem Artikel in Zusammenhang stehenden Datenträger (CD-Roms sowie E-Mail-Ausdrucke) freiwillig herausgab.

Mit der - nach Erschöpfung des Rechtswegs erhobenen - Verfassungsbeschwerde rügt der Bf. die Verletzung seines Grundrechts aus Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG. Das AG hätte die Durchsuchung und Beschlagnahme nicht anordnen dürfen, und zwar schon deshalb nicht, weil ihm und dem Journalisten S ein Zeugnisverweigerungsrecht über die Person ihres Informanten nach § 53 I Nr. 5 StPO zugestanden habe, was über § 97 V

StPO auch zu einem Beschlagnahmeverbot führe. Zudem seien §§ 353 b, 27 StGB für Angehörige der Presse im Lichte des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG dahingehend auszulegen, dass sich Journalisten, die ihnen offenbarte Dienstgeheimnisse in der Presse veröffentlichten, nicht wegen Beihilfe zur Verletzung des Dienstgeheimnisses strafbar machten. Mithin habe auch kein Tatverdacht vorgelegen, der den Durchsuchungs- und Beschlagnahmebeschluss habe rechtfertigen können. Schon gar nicht dürften Redaktionsräume durchsucht werden, um belastendes Material gegenüber Dritten - etwa des Informanten des S als "Haupttäter" - zu ermitteln, da ansonsten eine in höchstem Maße auf Vertraulichkeit angewiesene Pressearbeit nicht mehr möglich sei.

Ist die zulässige Verfassungsbeschwerde begründet?

#### **Lösung:**

Die Verfassungsbeschwerde ist begründet, soweit der Bf. durch den angegriffenen Beschluss des Amtsgerichts vom 31. August 2005 in seinen Grundrechten oder grundrechtsgleichen Rechten i.S.d. Art. 93 I Nr. 4a GG verletzt ist. Hier kommt nur eine Verletzung der Pressefreiheit des Bf. aus Art. 5 I 2 GG in Betracht. Eine solche liegt vor, soweit der angegriffene Beschluss des Amtsgerichts einen nicht gerechtfertigten Eingriff in den Schutzbereich der Pressefreiheit darstellt.

#### *A. Schutzbereich betroffen*

##### *I. Sachlicher Schutzbereich*

Unter Presse ist zunächst jedes Druckerzeugnis zu verstehen, das zur Verbreitung von Informationen geeignet und bestimmt ist. Die Zeitschrift CICERO ist ein solches. Das BVerfG stellt darüber hinaus klar, dass nicht nur die Informationsverbreitung, sondern auch ihre Gewinnung einschließlich des Redaktionsgeheimnisses geschützt werden:

"Die Freiheit der Medien ist konstituierend für die freiheitliche demokratische Grundordnung (vgl. BVerfGE 7, 198 [208]; 77, 65 [74]; stRspr). Eine freie Presse und ein freier Rundfunk sind daher von besonderer Bedeutung für den freiheitlichen Staat (vgl. BVerfGE 20, 162 [174]; 50, 234 [239 f.]; 77, 65 [74]). Dementsprechend gewährleistet Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG den im Bereich von Presse und Rundfunk tätigen Personen und Organisationen Freiheitsrechte und schützt darüber hinaus in seiner objektiv-rechtlichen Bedeutung auch die institutionelle Eigenständigkeit der Presse und des Rundfunks (vgl. BVerfGE 10, 118 [121]; 66, 116 [133]; 77, 65 [74 ff.]). Die Gewährleistungsbereiche der Presse- und Rundfunkfreiheit schließen diejenigen Voraussetzungen und Hilfstätigkeiten mit ein, ohne welche die Medien ihre Funktion nicht in angemessener Weise erfüllen können. Ge-

schützt sind namentlich die Geheimhaltung der Informationsquellen und das Vertrauensverhältnis zwischen Presse beziehungsweise Rundfunk und den Informanten (vgl. BVerfGE 100, 313 [365] m.w.N.). Dieser Schutz ist unentbehrlich, weil die Presse auf private Mitteilungen nicht verzichten kann, diese Informationsquelle aber nur dann ergiebig fließt, wenn sich der Informant grundsätzlich auf die Wahrung des Redaktionsgeheimnisses verlassen kann (vgl. BVerfGE 20, 162 [176, 187]; 36, 193 [204])."

Mithin ist der sachliche Schutzbereich hier betroffen.

## II. Personaler Schutzbereich

"Der Beschwerdeführer ist als Chefredakteur und Verantwortlicher im Sinne des Presserechts des Magazins CICERO Grundrechtsträger der Pressefreiheit. Diese schützt alle im Pressewesen tätigen Personen, wobei der Schutz von der Beschaffung der Information bis zur Verbreitung der Nachricht und der Meinung reicht (vgl. BVerfGE 77, 346 [354]). Als Beschuldigter des Ermittlungsverfahrens ist der Beschwerdeführer von den Ermittlungsmaßnahmen persönlich betroffen; zudem berühren Durchsuchung und Beschlagnahme in den Redaktionsräumen seine dort ausgeübte Tätigkeit als Chefredakteur."

### B. Eingriff

Unter einem Eingriff ist mit dem sog. erweiterten Eingriffsbegriff jede Verkürzung des Schutzbereichs zu verstehen. Daran könnte es hier fehlen, wenn nicht der angegriffene Durchsuchungsbeschluss, sondern erst die anschließende Durchsuchung und Beschlagnahme zu einem Eingriff in das Redaktionsgeheimnis führen würde, denn zur Durchführung derselben ist es hier angesichts der freiwilligen Herausgabe des Datenmaterials nicht mehr gekommen. Das BVerfG sieht aber auch in diesem Fall schon in dem Beschluss des Amtsgerichts einen Grundrechtseingriff:

"Eine Durchsuchung in Presserräumen stellt wegen der damit verbundenen Störung der redaktionellen Arbeit und der Möglichkeit einer einschüchternden Wirkung eine Beeinträchtigung der Pressefreiheit dar (vgl. zuletzt BVerfG, 1. Kammer des Ersten Senats, Beschluss vom 1. Februar 2005 - 1 BvR 2019/03 -, NJW 2005, S. 965). Auch können potentielle Informanten durch die begründete Befürchtung, bei einer Durchsuchung könnte ihre Identität festgestellt werden, davon abgehalten werden, Informationen zu liefern, die sie nur im Vertrauen auf die Wahrung ihrer Anonymität herauszugeben bereit sind. Überdies liegt in der Verschaffung staatlichen Wissens über die im Bereich journalistischer Recherche hergestellten Kontakte ein Eingriff in das Redaktionsgeheimnis, dem neben dem Vertrauensverhältnis der Medien zu ihren Informanten eigenständige Bedeutung zukommt (vgl. BVerfGE 66, 116 [133 ff.]; 107, 299 [331])."

Durch die Anordnung der Beschlagnahme von Datenträgern zum Zwecke der Auswertung ist den Ermittlungsbehörden die Möglichkeit des Zugangs zu redaktionellem Datenmaterial eröffnet worden. Dies greift in besonderem Maße in die vom Grundrecht der Pressefreiheit umfasste Vertraulichkeit der Redaktionsarbeit ein, aber auch in ein etwaiges Vertrauensverhältnis zu Informanten."

### C. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

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

#### I. Schranken

##### 1. Allgemeine Gesetze

"Nach Art. 5 Abs. 2 GG findet die Pressefreiheit ihre Schranken in den Vorschriften der allgemeinen Gesetze. Darunter sind alle Gesetze zu verstehen, die sich nicht gegen die Meinungsfreiheit oder die Freiheit von Presse und Rundfunk an sich oder gegen die Äußerung einer bestimmten Meinung richten, die vielmehr dem Schutz eines schlechthin, ohne Rücksicht auf eine bestimmte Meinung, zu schützenden Rechtsguts dienen. Dieses Rechtsgut muss in der Rechtsordnung allgemein und damit unabhängig davon geschützt sein, ob es durch Meinungsäußerungen oder auf andere Weise verletzt werden kann. Beschränkt die zum Schutz dieses Rechtsguts ergriffene Maßnahme die Meinungs- oder Pressefreiheit, so führt nicht schon dies zur Verneinung des Charakters der ermächtigenden Rechtsnorm als allgemeines Gesetz. Bei seiner Anwendung ist aber zu klären, ob die Güterabwägung zu einem Vorrang des Schutzes des Rechtsguts führt, dem das allgemeine Gesetz dient. Soweit die zur Beschränkung ermächtigenden Rechtsnormen auslegungsbedürftig sind, darf die Auslegung nicht zur Außerachtlassung des Schutzgehalts von Art. 5 Abs. 1 GG führen (vgl. BVerfGE 111, 147 [155])."

##### 2. Konkretisierung

Fraglich ist, ob sich der Beschluss des AG auf ein solches allgemeines Gesetz zurückführen lässt.

##### a. §§ 353 b, 27 StGB

"Die in den angegriffenen Beschlüssen herangezogene Strafrechtsnorm des § 353 b StGB sowie die darauf bezogene Beihilfenvorschrift des § 27 StGB sind allgemeine Gesetze. § 353 b StGB dient für sich allein, aber auch im Zusammenwirken mit § 27 StGB, dem Schutz vor der unbefugten Offenbarung von Dienstgeheimnissen und vor der Verletzung besonderer Geheimhaltungspflichten. Diese Schutzgüter sind in der Rechtsordnung allgemein durch Strafsanktionen geschützt, unabhängig davon, ob sie durch Meinungsäußerungen oder durch Presseorgane verletzt werden

(vgl. BVerfGE 28, 191 [200]). Auch bei Auslegung und Anwendung von Strafvorschriften ist aber der Bedeutung der Pressefreiheit Rechnung zu tragen (vgl. BVerfGE 28, 191 [201 f.]; stRspr). Dabei gebietet es die Verfassung nicht, Journalisten generell von strafprozessualen Maßnahmen auszunehmen (vgl. BVerfGE 107, 299 [331]).“

#### *b. §§ 94, 98, 102, 105 StPO*

“Die angegriffenen Beschlüsse sind ferner auf die Vorschriften der Strafprozessordnung über die Durchsuchung und Beschlagnahme gestützt (§§ 94, 98, 102, 105 StPO). Die Bestimmungen der Strafprozessordnung mit ihrer prinzipiellen Verpflichtung für jeden Staatsbürger, zur Wahrheitsfindung im Strafverfahren beizutragen und die im Gesetz vorgesehenen Ermittlungsmaßnahmen zu dulden, sind in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts als allgemeine Gesetze anerkannt; auch sie sind unter Berücksichtigung der Pressefreiheit auszulegen und anzuwenden (vgl. BVerfGE 77, 65 [81 ff.]; 107, 299 [329 ff.]).“

### *II. Schranken-Schranken*

Dass allgemeine Gesetze existieren, die zur Rechtfertigung des Durchsuchungs- und Beschlagnahmebeschlusses dienen können, rechtfertigt jedoch für sich genommen noch nicht die konkrete Maßnahme. Vielmehr müssen diese Gesetze ihrerseits verfassungsgemäß und auf den konkreten Fall in verfassungskonformer Weise angewendet worden sein. Die Schranken und ihre Anwendung werden also ihrerseits wieder durch Verfassungsrecht eingeschränkt.

#### *1. Verfassungsmäßigkeit der Schranken*

Für Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit der §§ 353 b, 27 StGB oder §§ 94, 98, 102, 105 StPO bestehen keine Anhaltspunkte.

*[Anm.: Das BVerfG ist auf diesen Punkt überhaupt nicht eingegangen und hat sich sogleich mit der Anwendung der Normen auf den konkreten Fall beschäftigt.]*

#### *2. Verfassungsmäßige Anwendung*

Fraglich ist jedoch, ob die Vorschriften im konkreten Fall auch in verfassungskonformer Weise angewendet worden sind. Dies setzt im Rahmen des Art. 5 I 2 GG insbesondere voraus, dass die Ausstrahlungswirkung der Pressefreiheit auf das einfache Recht beachtet worden ist (sog. “Wechselwirkungslehre” des BVerfG).

##### *a. Beschlagnahmeverbot nach § 97 V StPO*

Fraglich ist, ob das Beschlagnahmeverbot des § 97 V StPO hätte angewendet werden müssen. Es entspricht jedoch der herrschenden Meinung in Rechtsprechung und Literatur, dass § 97 V StPO nicht einschlägig ist, wenn der als Journalist an sich Zeugnisverweigerungs-

berechtigte selbst Beschuldigter oder Mitbeschuldigter der Straftat ist, um deren Aufklärung es geht (vgl. etwa BGHSt 19, 374; 38, 144 [146 f.]; BVerwG, NJW 2001, S. 1663 sowie statt vieler G. Schäfer, in: Löwe-Rosenberg, StPO, 25. Aufl. 2004, § 97 Rn. 25, 137 m.w.N.). Das BVerfG hat gegen diese Sichtweise - auch unter Berücksichtigung des Art. 5 I 2 GG - keine Bedenken:

“Verfassungsrechtlich ist es [...] nicht schon zu beanstanden, dass die Gerichte die Vorschrift des § 97 Abs. 5 Satz 2, 2. Halbsatz StPO mit der Begründung nicht zu Gunsten des Beschwerdeführers angewandt haben, dass sie nur für Zeugen, nicht aber für Beschuldigte einer Straftat gelte. Der Beschwerdeführer war Beschuldigter, nachdem die Staatsanwaltschaft wegen des Verdachts einer Beihilfe ein Ermittlungsverfahren gegen ihn eingeleitet hatte.

Der in § 97 Abs. 5 Satz 1 StPO normierte strafprozessuale Beschlagnahmeschutz für Mitarbeiter von Presse und Rundfunk, der so weit reicht wie das Zeugnisverweigerungsrecht der betreffenden Personen gemäß § 53 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 StPO, gilt nach § 97 Abs. 5 Satz 2, 1. Halbsatz in Verbindung mit Abs. 2 Satz 3 StPO nicht, wenn die zur Verweigerung des Zeugnisses Berechtigten einer Teilnahme oder einer Begünstigung, Strafvereitelung oder Hehlerei verdächtig sind oder wenn es sich um Gegenstände handelt, die durch eine Straftat hervorgebracht oder zur Begehung einer Straftat gebraucht oder bestimmt sind oder die aus einer Straftat herrühren (§ 97 Abs. 2 Satz 3 a. E. StPO). Beschlagnahmen bei Mitarbeitern von Presse und Rundfunk, die einer Teilnahme oder einer Begünstigung, Strafvereitelung oder Hehlerei verdächtig sind, dürfen zwar durchgeführt werden, nach § 97 Abs. 5 Satz 2, 2. Halbsatz StPO aber nur unter Beachtung besonderer Anforderungen der Verhältnismäßigkeit. Sind die Medienmitarbeiter aber Beschuldigte, entfällt die Anwendbarkeit des § 97 StPO vollständig. [...] Gegen diese Auslegung ist verfassungsrechtlich nichts einzuwenden (vgl. BVerfG, 1. Kammer des Ersten Senats, Beschluss vom 1. Februar 2005 - 1 BvR 2019/03 -, NJW 2005, S. 965).“

##### *b. Hinreichender Tatverdacht gegen den Bf.*

Allerdings bleibt auch dann Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG für die Auslegung und Anwendung der strafprozessualen Normen über Durchsuchungen und Beschlagnahmen, die in Redaktionen oder bei Journalisten durchgeführt werden, von Bedeutung. Fraglich ist daher, ob der Durchsuchungs- und Beschlagnahmebeschluss des Amtsgerichts nicht aus anderen Gründen im Lichte des Art. 5 I 2 GG verfassungswidrig ist. Dies wäre zunächst dann der Fall, wenn der den gerichtlichen Anordnungen zugrunde liegende Tatverdacht gegen den Beschwerdeführer unter Berücksichtigung des Grundrechts aus Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG für eine auf §§ 102, 94 StPO gegründete Durchsuchung und Beschlagnah-



me nicht ausreichte.

*aa. Teilnahmefähige Haupttat*

Der Bf. wird der Beihilfe zum Geheimnisverrat nach §§ 353 b, 27 StGB verdächtigt. Das BVerfG zweifelt schon daran, ob hier überhaupt Anhaltspunkte für eine teilnahmefähige Haupttat vorlagen:

“Der Tatverdacht der Beihilfe gegen den Beschwerdeführer stützte sich allein auf die Veröffentlichung und auf Hinweise darauf, dass der Verfasser des Artikels im Besitz des Auswertungsberichts gewesen sein musste. Für die Verwirklichung einer beihilfefähigen Haupttat, die einen Tatplan des Geheimnisträgers vorausgesetzt hätte, der gerade auf die Veröffentlichung der offenbaren Dienstgeheimnisse hinzielte, lagen demgegenüber keine zureichenden tatsächlichen Anhaltspunkte vor.

§ 353 b StGB stellt unter anderem die unbefugte Offenbarung eines Dienstgeheimnisses unter Strafe. Die Veröffentlichung des Geheimnisses deutet allerdings nicht zwingend auf das Vorliegen einer derartigen Haupttat durch den Geheimnisträger hin. Der Tatbestand des § 353 b StGB ist beispielsweise nicht verwirklicht und eine Beihilfe daher nicht möglich, wenn Schriftstücke oder Dateien mit Dienstgeheimnissen versehentlich oder über eine nicht zur Geheimhaltung verpflichtete Mittelsperson nach außen gelangen. Will der Geheimnisträger dem Journalisten nur Hintergrundinformationen liefern und erfolgt die Veröffentlichung abredewidrig, ist die Tat mit der Offenbarung des Geheimnisses nicht nur vollendet, sondern auch bereits beendet; dann kann eine Beihilfe durch die nachfolgende Veröffentlichung gar nicht mehr geleistet werden. In solchen Fällen kann eine Durchsuchung und Beschlagnahme nicht mit dem Ziel der Aufklärung einer Beihilfehandlung des Journalisten angeordnet werden.”

*[Anm.: Das BVerfG dringt im Folgenden tief in die Strafrechtsdogmatik ein und prüft, ob ein hinreichender Tatverdacht für eine Strafbarkeit des Bf. trotz dieser Bedenken nicht über die sog. “sukzessive Beihilfe” begründet werden kann:*

*(1). Konstruktion*

“Die Tat des § 353 b StGB kann nur durch einen Geheimnisträger begangen werden und ist mit der Mitteilung der geheimen Information an einen Außenstehenden vollendet. Die daran anschließende Veröffentlichung eines Dienstgeheimnisses in der Presse – hier des Berichts des Bundeskriminalamts in CICERO – erfolgt notwendig zeitlich nach der Vollendung der Straftat. Nach der in der Rechtspraxis herrschenden Auffassung ist die Tat des Amtsträgers dann, wenn es ihm um die Veröffentlichung des Geheimnisses geht, zwar mit der Offenbarung an den Journalisten vollendet, aber erst mit der - plangemäßen - Veröffentli-

chung beendet; so lange kann nach dieser Auffassung durch den Journalisten eine so genannte sukzessive Beihilfe geleistet werden (vgl. BayObLG, Urteil vom 15. Januar 1999 - 1St RR 223/98 -, NStZ-RR 1999, S. 299 [300 f.]; Tröndle/Fischer, StGB, 53. Aufl. 2006, § 353 b Rn. 14).

Die Strafbarkeit einer sukzessiven Beihilfe ist unstritten (vgl. Brüning, NStZ 2006, S. 253 [254] m.w.N.). In der höchstrichterlichen Rechtsprechung ist diese Rechtsfigur seit langem anerkannt (vgl. BGHSt 3, 40 [43 f.]; 6, 248 [251]; BGH, Beschluss vom 10. Juni 1997 - 1 StR 236/97 -, NStZ-RR 1997, S. 319; Beschluss vom 18. Juli 2000 - 5 StR 245/00 -, NStZ 2000, S. 594). Allerdings wird sie in der Literatur im Hinblick auf Art. 103 Abs. 2 GG angezweifelt, soweit die Beihilfeleistung keine Unrechtsintensivierung bewirke (vgl. Joecks, in: Münchener Kommentar, StGB, 2003, § 27 Rn. 17). Über ihre Anwendbarkeit speziell auf den Fall einer Veröffentlichung eines Dienstgeheimnisses durch Journalisten ist höchstrichterlich noch nicht entschieden worden. Die überwiegende Meinung in der Literatur lehnt die Konstruktion der sukzessiven Beihilfe zum Dienstgeheimnisverrat durch Journalisten im Falle einer bloßen Veröffentlichung des Geheimnisses ab (vgl. Lackner/Kühl, StGB, 25. Aufl. 2004, § 353 b Rn. 13 a; Rogall, NJW 1980, S. 751 [752]; Lenckner/Perron, in: Schönke/Schröder, StGB, 27. Aufl. 2006, § 353 b Rn. 23; Behm, AfP 2000, S. 421 [424]; Brüning, NStZ 2006, S. 253 [255]; Dunkhase, Das Pressegeheimnis, 1998, S. 177 f.; Rotsch, Der Schutz der journalistischen Recherche im Strafprozessrecht, 2000, S. 124). Dabei wird in erster Linie darauf verwiesen, dass der Gesetzgeber infolge der Aufhebung des § 353 c Abs. 1 StGB a.F. durch das Siebzehnte Strafrechtsänderungsgesetz vom 21. Dezember 1979 Straffreiheit für die bloße Veröffentlichung eines Dienstgeheimnisses habe schaffen wollen; diese Vorschrift hatte die unbefugte Veröffentlichung geheimhaltungsbedürftiger Gegenstände unabhängig vom Bestehen einer dienstlichen oder sonstigen Geheimhaltungspflicht des Täters unter Strafe gestellt.”

*(2). Ergebnis*

Diese Ausführungen führen aber i.E. zu nichts (und wären daher in einem Gutachten entbehrlich), da das BVerfG anschließend offen lässt, ob eine solche Konstruktion verfassungsrechtlich zulässig wäre oder nicht:

“Ob die in der Literatur geäußerten grundsätzlichen Bedenken gegen die Möglichkeit der Bestrafung eines Journalisten wegen sukzessiver Beihilfe aus verfassungsrechtlichen Gründen berechtigt sind, kann hier offen bleiben. Die Anordnung der Durchsuchung und Beschlagnahme war vorliegend schon deshalb verfassungswidrig, weil dem durch Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG gebotenen Informantenschutz bei der Auslegung und Anwendung der zur Durchsuchung und Beschlagnah-

*me ermächtigenden Normen nicht hinreichend Rechnung getragen worden ist.”]*

*bb. Redaktionsgeheimnis*

Letztlich könnten die Bedenken gegen einen hinreichenden Tatverdacht gegen den Bf. aber offen bleiben, wenn der Beschluss des Amtsgerichts zur Durchsuchung und Beschlagnahme jedenfalls aus anderen Gründen im Lichte des Art. 5 I 2 GG nicht zu rechtfertigen wäre. Das BVerfG erblickt einen solchen im vom Amtsgericht missachteten Redaktionsgeheimnis:

*(1). Keine Aushöhlung durch Einleitung eines Ermittlungsverfahrens gegen den Journalisten selbst*

“Durchsuchungen und Beschlagnahmen in einem Ermittlungsverfahren gegen Presseangehörige sind verfassungsrechtlich unzulässig, wenn sie ausschließlich oder vorwiegend dem Zweck dienen, die Person des Informanten zu ermitteln (vgl. BVerfGE 20, 162 [191 f., 217]). Auch wenn die betreffenden Angehörigen von Presse oder Rundfunk nicht Zeugen, sondern selbst Beschuldigte sind und der Schutz des § 97 Abs. 5 StPO deshalb nicht besteht, dürfen in gegen sie gerichteten Ermittlungsverfahren wegen einer Beihilfe zum Dienstgeheimnisverrat Durchsuchungen nach § 102 StPO sowie Beschlagnahmen nach § 94 StPO zwar zur Aufklärung der ihnen zur Last gelegten Straftat angeordnet werden, nicht aber zu dem vorrangigen oder ausschließlichen Zweck, Verdachtsgründe insbesondere gegen den Informanten zu finden. Andernfalls könnte der von der Pressefreiheit umfasste Informantenschutz unterlaufen werden.

Das Risiko einer Verletzung des verfassungsrechtlich gebotenen Informantenschutzes ist besonders groß, wenn der Verdacht einer Beihilfe allein darauf gestützt wird, dass das Dienstgeheimnis in der Presse veröffentlicht worden ist und das maßgebende Schriftstück allem Anschein nach unbefugt in die Hände des Journalisten gelangt war. In einer solchen Situation kann die Staatsanwaltschaft den betroffenen Journalisten durch Einleitung eines gegen ihn gerichteten Ermittlungsverfahrens zum Beschuldigten machen. Das ist als solches verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden. Würde jedweder Verdacht aber auch für die Anordnung von Durchsuchung und Beschlagnahme bei den von § 53 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 StPO betroffenen Personen ausreichen, hätte die Staatsanwaltschaft es in ihrer Hand, durch die Entscheidung zur Einleitung des Ermittlungsverfahrens den besonderen grundrechtlichen Schutz der Medienangehörigen zum Wegfall zu bringen, selbst wenn die Anhaltspunkte für eine Beihilfe schwach sind. Das ist der Fall, wenn nicht bekannt ist, ob das Handeln des Geheimnissträgers auf eine Veröffentlichung des Geheimnisses zielte und auch sonst keine auf eine solche Absicht hindeutenden Umstände erkennbar sind. Die Möglichkeit, auch aufgrund eines derart unzureichenden Verdachts Durchsuchungen und

Beschlagnahmen in der Redaktion oder bei einem Journalisten anzuordnen, würde zu dem nicht von der Hand zu weisenden Risiko führen, dass die Staatsanwaltschaft ein Ermittlungsverfahren mit dem ausschließlichen oder überwiegenden Ziel einleitete, auf diese Weise den Informanten festzustellen. Dies aber widerspräche dem verfassungsrechtlich gewährleisteten Informantenschutz (vgl. BVerfGE 20, 162 [191 f., 217]). Der Schutz des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG gebietet, diesem Risiko entgegenzuwirken. Deshalb müssen die strafprozessualen Normen über Durchsuchung und Beschlagnahme dahingehend ausgelegt werden, dass die bloße Veröffentlichung des Dienstgeheimnisses durch einen Journalisten nicht ausreicht, um einen diesen Vorschriften genügenden Verdacht der Beihilfe des Journalisten zum Geheimnisverrat zu begründen. Zu fordern sind vielmehr spezifische tatsächliche Anhaltspunkte für das Vorliegen einer vom Geheimnissträger bezweckten Veröffentlichung des Geheimnisses und damit einer beihilfefähigen Haupttat.”

*(2). Subsumtion*

“Nach diesen Maßstäben widersprach die vorliegend angeordnete Durchsuchung und Beschlagnahme in der von dem Beschwerdeführer geleiteten Redaktion dem von der Pressefreiheit gewährleisteten Schutz der Redaktionsarbeit unter Einschluss des Informantenschutzes. Die angegriffenen Entscheidungen verletzen das Grundrecht der Pressefreiheit. Die Anordnung der Durchsuchung und Beschlagnahme erfolgte in einer Situation, in der es keine Anhaltspunkte außer der Veröffentlichung des Berichts in der Zeitschrift dafür gegeben hatte, dass ein Geheimnisverrat durch den Geheimnissträger vorliegen könnte. Alle Ermittlungen in diese Richtung waren zuvor erfolglos geblieben.

Nach dem für die verfassungsgerichtliche Beurteilung maßgeblichen Wortlaut des amtsgerichtlichen Beschlusses vom 31. August 2005 sollte die Durchsuchung dementsprechend vorwiegend die Ermittlung des mutmaßlichen Informanten aus dem Bundeskriminalamt ermöglichen. Die Handlung des Beschwerdeführers, auf die allein der Anfangsverdacht der Beihilfe gestützt wurde, war die Veröffentlichung; diese aber war bekannt und bedurfte als solche keiner weiteren Ermittlung.”

*D. Ergebnis*

Die Anordnung der Durchsuchung und Beschlagnahme durch das Amtsgericht lässt sich nicht verfassungsrechtlich rechtfertigen, weil das Gericht bei der Anwendung der als “allgemeine Gesetze” i.S.d. Art. 5 II GG in Betracht kommenden Normen des StGB und der StPO die Ausstrahlungswirkung des Art. 5 I 2 GG, namentlich den gebotenen Informantenschutz, verkannt hat. Der Bf. ist daher in seiner Pressefreiheit verletzt, die Verfassungsbeschwerde ist begründet.

**Standort: Kaufrecht****Problem: Übernahme einer Garantie**

BGH, URTEIL VOM 29.11.2006  
VIII ZR 92/06 (BGH, NJW 2007, 1346)

**Problemdarstellung:**

Der Kl. begehrt vom Bekl. die Rückabwicklung eines Kaufvertrages über ein Motorrad. Der Bekl. bot das Motorrad über eine Internet- Plattform zum Kauf an. In dem Verkaufsformular gab er u.a. an "Kilometerstand (km): 30.000 km" und erklärte: "Krad wird natürlich ohne Gewähr verkauft. ... ". Der Kl. erwarb das Krad zum Kaufpreis i.H.v. 5.900 €. Es stellte sich heraus, dass das Tachometer des KFZ die Geschwindigkeit sowohl in "mph" als auch in "km/h " angab. Die zurückgelegte Wegstrecke des KFZ wird durch einen Sachverständigen ermittelt und mit 48.965,25 km (= 30.431,1 m) festgelegt.

Der Kl. verlangt vorrangig die Rückzahlung des Kaufpreises Zug um Zug gegen Rückgabe des Motorrades. Erstinstanzlich hatte der Kl. Erfolg. Die hiergegen gerichtete Berufung wurde zurückgewiesen. Mit der seitens des BerGer. zugelassenen Revision verfolgt der Bekl. seinen Antrag auf Abweisung der Klage weiter.

**Prüfungsrelevanz:**

In dieser Entscheidung geht es im Schwerpunkt erneut um die Abgrenzung einer Beschaffenheitsgarantie gem. §§ 443 I, 444, 2.Fall BGB von der vertraglich vereinbarten Beschaffenheit (§ 434 I 1 BGB).

Der BGH hat ein Rücktrittsrecht des Kl. bejaht und auf § 346 I BGB i.V.m. §§ 437 Nr. 2, 323 I, 326 V BGB gestützt. Das Motorrad war wegen der Abweichung der tatsächlichen Laufleistung im Vergleich zur vertraglich vereinbarten Laufleistung mangelhaft, § 434 I 1 BGB. Der Ausschluss der Nacherfüllung gem. § 437 Nr. 1, 439 I BGB ergibt sich aus der Tatsache, dass eine Nachbesserung im Hinblick auf die Korrektur der Laufleistung technisch unmöglich ist gem. § 275 I BGB. Die Neulieferung scheidet insoweit aus, als dass es sich um einen konkretisierten Kaufgegenstand handelt. Bei diesen kommt die Neulieferung nur dann in Betracht, wenn dies den Parteiinteressen ausnahmsweise entspricht. Beim Gebrauchtwagenkauf ist davon nur ausnahmsweise auszugehen (vgl. BGH, RA 2006, 601 = NJW 2006, 2839). Entsprechende besondere Anhaltspunkte sind hier nicht ersichtlich, so dass die Neulieferung gleichfalls unmöglich i.S.v. § 275 I BGB ist. - So weit, so gut.-

Problematischer wurde die Rechtslage im Hinblick auf den zwischen den Parteien vereinbarten Gewährleistungsausschluss gem. § 444 BGB. Dieser ist zwischen Privaten grundsätzlich zulässig. In der Vorinstanz war angenommen worden, der Verkäufer habe hinsichtlich der Laufleistung eine Beschaffenheitsgarantie über-

nommen, so dass sich der Verkäufer auf den Haftungsausschluss nicht berufen könne, § 444, 2. Fall BGB.

Der BGH schloss sich dieser Auffassung allerdings nicht an. Eine Garantieübernahme komme nur dann in Betracht, wenn der Verkäufer in vertragsmäßig bindender Weise die Gewähr für das Vorhandensein der vereinbarten Beschaffenheit an der Sache übernommen habe und daher zu erkennen gegeben habe, verschuldensunabhängig für das Fehlen dieser Beschaffenheit eintreten zu wollen. Wann dies der Fall ist, ist durch Auslegung zu ermitteln.

Der BGH stellt damit in Übereinstimmung mit der Literatur fest, dass an die Übernahme einer Garantie in diesem Sinne diejenigen Anforderungen zu stellen sind, die an eine zugesicherte Eigenschaft nach dem früheren BGB zu stellen waren. Der erkennende Senat unterscheidet zunächst einmal dahingehend, ob der Verkäufer eine Privatperson ist oder ein Händler. Hinsichtlich der Haftung einer Privatperson - wie hier - ist von der Bejahung der Übernahme einer Garantie nur zurückhaltend Gebrauch zu machen. Es bedarf dazu eindeutiger Hinweise im Sachverhalt. Das führt dazu, dass die Annahme, insbesondere auch durch konkludente Vereinbarung, regelmäßig nicht zu bejahen sein wird. Anders sei die Sachlage, wenn der Verkäufer ein Händler sei. Bei diesem sei die besondere Sachkunde im Gewerbe hervorzuheben, so dass ein geringerer Grad an Schutzbedürftigkeit bestehe, was die Annahme einer Garantie näher lege als bei einem Privatmann. Allerdings bleibt an dieser Stelle mangels Entscheidungsrelevanz offen, ob der erkennende Senat auch künftig an seiner Rechtsprechung zugunsten des Käufers festhalten wird. Dies erscheint insbesondere deshalb zweifelhaft, weil sich die Rechtsstellung des Verbrauchers durch die Reform des Verbraucherschutzes gem. §§ 474 ff. BGB, insbesondere gem. § 475 I BGB enorm verbessert hat.

Im Ergebnis griff der Haftungsausschluss jedoch unter Berücksichtigung eines weiteren Ansatzpunktes nicht durch. Der erkennende Senat führt aus, dass der Haftungsausschluss im Vertragskontext zu lesen sei (so bereits BGH, NJW-RR 1967, 32 = WM 1966, 1183). In diesem Zusammenhang sei entscheidend, dass aus Käufersicht die Beschaffenheitsvereinbarung gem. § 434 I 1 BGB neben dem Haftungsausschluss stehe. Daraus folge, dass sich der Haftungsausschluss aus dieser Perspektive nicht auf die Beschaffenheitsvereinbarung beziehe. Kurz gesagt: Was bringt dem Käufer eine Beschaffenheitsvereinbarung, wenn selbige für den Verkäufer wegen des Gewährleistungsausschlusses unverbindlich ist? Nichts! Eine nach beiden Seiten interessengerechte Auslegung der Kombination von Beschaffenheitsvereinbarung und Gewährleistungsausschluss kann daher nur so verstanden werden, dass der

Ausschluss nicht für das Vereinbarungen i.S.v. § 434 I 1 BGB gilt, wohl aber für Mängel gem. § 434 I 2 BGB, sofern die Parteien nicht ausdrücklich etwas anderes vereinbart haben. So gelangt der BGH durch ein Hintertürchen zum Ergebnis, dass der Gewährleistungsausschluss die Beschaffenheitsvereinbarung nicht umfasst und die Gewährleistungsrechte nicht ausgeschlossen sind.

#### Vertiefungshinweise:

Zur Bedeutung der Beschaffenheitsvereinbarung/Eigenschaftszusicherung "fabrikneu": *BGH*, RA 2005, 337 = *NJW* 2005, 1422; *BGH*, RA 2003, 687 = *NJW* 2003, 2824; *BGH*, RA 2000, 437 = *NJW* 2000, 2018

Zur Frage der Nacherfüllung bei konkretisierten Kaufgegenständen: *BGH*, RA 2006, 601 = *NJW* 2006, 2839; *Roth*, *NJW* 2006, 2953; *LG Ellwangen*, RA 2002, 192 = *NJW* 2002, 517; *OLG Braunschweig*, *NJW* 2003, 1053

#### Kursprogramm:

- Examenskurs: "Augen auf beim Mustangkauf"
- Examenskurs: "Gutes Rad ist teuer"
- Assessorkurs: "Der versicherte PKW"

#### Leitsätze:

**1. Mit der Übernahme der Garantie für die Beschaffenheit einer Sache im Sinne des § 444 Alt. 2 BGB durch den Verkäufer ist - ebenso wie mit der Übernahme einer Garantie im Sinne des § 276 I 1 BGB - zumindest auch die Zusicherung einer Eigenschaft der Sache nach früherem Recht (§ 459 II BGB a.F.) gemeint. Die Übernahme einer Garantie setzt daher - wie früher die Zusicherung einer Eigenschaft - voraus, dass der Verkäufer in vertragsmäßig bindender Weise die Gewähr für das Vorhandensein der vereinbarten Beschaffenheit der Kaufsache übernimmt und damit seine Bereitschaft zu erkennen gibt, für alle Folgen des Fehlens dieser Beschaffenheit einzustehen.**

**2. Die Frage, ob Angaben des Verkäufers zur Laufleistung eines gebrauchten Kraftfahrzeugs lediglich als Beschaffenheitsangabe (§ 434 I 1 BGB) oder aber als Beschaffenheitsgarantie (§ 444, 2. Fall BGB) zu werten sind, ist unter Berücksichtigung der beim Abschluss eines Kaufvertrages über ein Gebrauchtfahrzeug typischerweise gegebenen Interessenlage zu beantworten. Beim Privatverkauf eines Gebrauchtfahrzeugs ist die Angabe der Laufleistung in der Regel lediglich als Beschaffenheitsangabe und nicht als Beschaffenheitsgarantie zu verstehen. Von einer stillschweigenden Garantieübernahme kann beim Privatverkauf eines Gebrauchtfahrzeugs nur dann ausnahmsweise auszu-**

**gehen sein, wenn über die Angabe der Laufleistung hinaus besondere Umstände vorliegen, die bei dem Käufer die berechnete Erwartung wecken, der Verkäufer wolle für die Laufleistung des Fahrzeugs einstehen. Alleine die Besonderheiten des Kaufs über das Internet mittels eines von eBay zur Verfügung gestellten Bietverfahrens rechtfertigen diese Annahme nicht.**

**3. Sind in einem Kaufvertrag zugleich eine bestimmte Beschaffenheit der Kaufsache und ein pauschaler Ausschluss der Sachmängelhaftung vereinbart, ist dies regelmäßig dahin auszulegen, dass der Haftungsausschluss nicht für das Fehlen der vereinbarten Beschaffenheit (§ 434 I 1 BGB), sondern nur für solche Mängel gelten soll, die darin bestehen, dass die Sache sich nicht für die nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung eignet (§ 434 I 2 Nr. 1 BGB) bzw. sich nicht für die gewöhnliche Verwendung eignet und keine Beschaffenheit aufweist, die bei Sachen der gleichen Art üblich ist und die der Käufer nach der Art der Sache erwarten kann (§ 434 I 2 Nr. 2 BGB).**

#### Sachverhalt:

Der Kl. verlangt von dem Bekl. die Rückabwicklung des Kaufvertrags über ein Motorrad. Der Bekl., der in Deutschland lebt, bot das Fahrzeug im Oktober 2003 im Rahmen einer sog. Internet-Auktion von eBay an. In dem Verkaufsformular gab er unter der Rubrik "Beschreibung" an: "Kilometerstand (km): 30.000 km" und erklärte: "Krad wird natürlich ohne Gewähr verkauft [...]". Der Kl., der wiederum seinen Wohnsitz in Österreich hat, erwarb das Motorrad zum Preis von 5.900 Euro. Das Tachometer des Fahrzeugs weist - was auf dem Foto des Motorrads im Verkaufsformular nicht erkennbar war - die Geschwindigkeit sowohl in "mph" (Meilen pro Stunde) als auch in "km/h" (Kilometer pro Stunde) aus. Die Wegstrecke zeigt das Tachometer ohne Angabe der Maßeinheit an. Sie betrug bei der Besichtigung durch den vom Landgericht beauftragten Sachverständigen 30.431,1; dabei handelte es sich nach dem unangegriffen gebliebenen Gutachten um Meilen, die umgerechnet 48.965,25 Kilometern entsprechen. Dieser Umstand war für den Bekl., der technisch nicht versiert ist, nicht erkennbar.

Das Motorrad wurde noch Ende Oktober an den Kl. ausgehändigt. Nachdem der Kl. die abweichende Laufleistung festgestellt hatte, erklärte dieser im Januar 2004 den Rücktritt vom Vertrag.

Mit seiner Klage verlangt der Kl. - soweit für das Revisionsverfahren noch von Interesse - die Rückzahlung des Kaufpreises von 5.900 Euro sowie den Ersatz von Anwaltskosten von 363,42 Euro, ferner Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus 5.900 Euro seit dem 05.10.2003 und aus 363,42 Euro seit dem 26.04.2004, Zug um Zug gegen Übergabe des Motorrads. Darüber hinaus begehrt er die Fest-

stellung, dass der Bekl. sich mit der Rücknahme des Motorrades seit dem 26.04.2004 in Verzug befindet. Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Die hiergegen gerichtete Berufung hat das BerGer. zurückgewiesen. Mit der vom BerGer. zugelassenen Revision verfolgt der Bekl. seinen Antrag auf Klageabweisung weiter.

[Anm.: Die Frage hinsichtlich der Erstattungsfähigkeit der Anwaltskosten und der Zinsen außer Betracht bleiben.]

### Lösung:

A. Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises gem. § 346 I BGB i.V.m. §§ 437 Nr. 2, 1.Fall, 326 V, 323 I BGB

Dem Kl. steht der geltend gemachte Anspruch zu, wenn die Parteien einen wirksamen Kaufvertrag geschlossen haben und der Kl. wirksam davon zurückgetreten ist.

#### I. Wirksamer Kaufvertrag

Die Parteien müssten sich zunächst über die Abschluss eines wirksamen Kaufvertrages geeinigt haben.

##### 1. Anwendbarkeit des BGB

Entscheidend dafür ist vorab die Frage, welches Recht im vorliegenden Fall Anwendung findet. Es besteht die Möglichkeit, dass deutsches, österreichisches oder aber internationales (CISG) Recht anwendbar ist.

Internationales Kaufrecht scheidet vorliegend aus, da das CISG grundsätzlich nicht für Verträge gilt, die den privaten Bereich betreffen, Art. 2 b) CISG.

Die Frage, welches nationale Recht Anwendung findet, richtet sich nach dem EGBGB. Vorrangig wäre zunächst eine konkrete Rechtswahl der Parteien, Art. 27 I 1 EGBGB. Vorliegend haben die Parteien keine entsprechende Wahl vorgenommen.

Gemäß Art. 28 I 1 EGBGB könnte deutsches Recht anwendbar sein. Das setzt wiederum voraus, dass der Vertrag mit Deutschland die engste Verbindung aufweist. Das ist dann der Fall, wenn der Bekl. die für diesen Vertrag charakteristische Leistung erbringt und er zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses seinen gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland gehabt hat, Art. 28 II 1 EGBGB.

Das BerGer. ist zutreffend davon ausgegangen, dass auf den vorliegenden Vertrag "nach Art. 28 I 1, II 1 EGBGB deutsches Recht anzuwenden ist. Der Kaufvertrag weist die engsten Verbindungen zum deutschen Recht auf, weil der Bekl., der mit der Lieferung des Motorrades die für den Kaufvertrag charakteristische Leistung zu erbringen hatte, im Zeitpunkt des Vertragsschlusses mit dem in Österreich wohnhaften Kl. seinen gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland hatte."

Demnach findet deutsches Recht Anwendung.

#### 2. Wirksamer Vertrag

Die Parteien müsste sich somit wirksam über den Abschluss eines Kaufvertrages gem. § 433 BGB bezüglich des streitgegenständlichen Motorrades geeinigt haben. Zweifel hieran bestehen insoweit nicht.

"Das BerGer. ist zutreffend davon ausgegangen, dass die Parteien im Rahmen einer sog. Internet-Auktion von eBay im Oktober 2003 einen Kaufvertrag über das Motorrad geschlossen haben (vgl. Senat, Urteil vom 03.11.2004 - VIII ZR 375/03, WM 2004, 2457, unter II 1 und 2 a)."

Mithin liegt ein Kaufvertrag vor. An der Wirksamkeit bestehen keine Zweifel.

[Anm.: Hier könnte in einer Klausur leicht das Problem eines Vertragsschlusses über eine Internet-Plattform eingearbeitet werden. Vorliegend war der Vertragsschluss als solcher vollkommen unproblematisch. Deshalb kam es auf die Frage des Antrags gem. § 145 BGB und der Annahme nicht an. Ausführungen dazu, jedenfalls im Detail, wären also eine falsche Schwerpunktsetzung in der Klausur gewesen. Zur Wiederholung dieses gleichfalls sehr examensrelevanten Themas seien beispielhaft aufgeführt: Petermann, JUR 2002, 387; Schnabl, NJW 2005, 941; Kocher, JA 2006, 144; Zaguras, NJW 2006, 2368; Paal, JuS 2006, 775.]

#### II. Mangel

Des weiteren müsste der Kaufgegenstand mangelhaft sein. In Betracht kommt ein Sachmangel gem. § 434 BGB.

Das Motorrad könnte einen Mangel in Form des Fehlens einer vereinbarten Beschaffenheit aufweisen, § 434 I 1 BGB. Davon ist dann auszugehen, wenn die Ist-Beschaffenheit, von einer vertraglich vereinbarten Soll-Beschaffenheit negativ abweicht. Unter der Beschaffenheit einer Sache sind diejenigen tatsächlichen, rechtlichen und wirtschaftlichen Bezüge zu verstehen, die ihren Grund im tatsächlichen Zustand der Sache selbst haben und ihr für eine gewisse Dauer anhaften (vgl. Palandt-Putzo § 434 Rn. 11). Vereinbart ist eine Beschaffenheit dann, wenn der Inhalt des Kaufvertrages von vornherein oder nachträglich die Pflicht des Verkäufers bestimmt, die gekaufte Sache in dem Zustand zu übereignen und zu übergeben, wie ihre Beschaffenheit im Vertrag festgelegt ist (vgl. Palandt-Putzo § 434 Rn. 15).

Vorliegend ist die negativ abweichende Beschaffenheit darin zu sehen sein, dass nach gutachterlicher Feststellung das Motorrad eine Laufleistung von 48.965,25 km aufwies, obwohl in der Beschreibung auf der Internet-Plattform ebay der Kilometerstand mit 30.000 km angegeben worden ist.

"Der Kl. war nach § 437 Nr. 2 Alt. 1 BGB berechtigt,

vom Kaufvertrag zurückzutreten, weil das Motorrad mangelhaft ist. Die Abweichung zwischen der vereinbarten Laufleistung von 30.000 km und der tatsächlichen Laufleistung von mehr als 48.000 km stellt, wie das BerGer. zutreffend angenommen hat, einen Sachmangel dar (§ 434 I 1 BGB).

Entgegen der Ansicht der Revision ist es nicht zweifelhaft, dass die Parteien eine Laufleistung des Motorrads und nicht etwa einen Stand des Tachometers von 30.000 km vereinbart haben. Der Bekl. hat in der Beschreibung des Motorrads einen "Kilometerstand (km): 30.000 km" angegeben. Eine solche Kilometerangabe ist, anders als die Revision meint, aus der maßgeblichen Sicht eines Kaufinteressenten nicht als Wiedergabe des Tachometerstands, sondern als Angabe der Laufleistung zu verstehen. Dem Kaufwilligen kommt es, wie allgemein bekannt ist, nicht auf den Tachometerstand, sondern auf die Laufleistung an. Er kann und darf daher davon ausgehen, dass eine ohne Einschränkung oder deutlichen gegenteiligen Hinweis gemachte Kilometerangabe sich auf die für ihn entscheidende Laufleistung des Fahrzeugs bezieht (Senat, Urteil vom 25.06.1975 - VIII ZR 244/73, WM 1975, 895, unter III 1; OLG Naumburg, MDR 1997, 1026; OLG Köln, OLGR Köln 1991, 19)."

Demnach liegt ein Sachmangel gem. § 434 I 1 BGB vor.

### III. Bei Gefahrübergang

Der Sachmangel müsste darüber hinaus zum Zeitpunkt des Gefahrenüberganges vorgelegen haben, § 434 I 1 BGB. Beim Kauf geht die Gefahr grundsätzlich mit Übergabe der Sache auf den Käufer über gem. § 446 S. 1 BGB.

Vorliegend wurde das Motorrad Ende Oktober an den Käufer übergeben. Zu diesem Zeitpunkt wies das Motorrad die gutachterlich festgestellte Laufleistung auf.

### IV. Fristsetzung zur Nacherfüllung, §§ 323 I, 326 V BGB

Der Kl. hat dem Bekl. keine Frist zur Nacherfüllung gesetzt. Eine solche könnte gem. § 326 V BGB jedoch entbehrlich sein, sofern beide Arten der Nacherfüllung i.S.d. §§ 437 Nr. 1, 439 I BGB gem. § 275 BGB unmöglich sind. Mithin müsste der Mangel unbehebbar sein.

#### 1. Nachbesserung

Eine Nachbesserung gem. §§ 437 Nr. 1, 439 I, 1. Fall BGB des Motorrads bezüglich der Laufleistung scheidet offensichtlich aus. Dadurch könnte die erhöhte Laufleistung nicht mehr rückgängig gemacht werden.

#### 2. Neulieferung

Fraglich ist, ob der Mangel nicht durch die Neuliefe-

rung eines anderen, gleichwertigen Motorrads behoben werden könnte, §§ 437 Nr. 1, 439 I, 2. Fall BGB. Gegen eine Unmöglichkeit könnte sprechen, dass es nicht ausgeschlossen ist, dass sich auf dem Markt noch vergleichbare gebrauchte Motorräder befinden. Für eine Unmöglichkeit spricht hingegen, dass sich Kl. und Bekl. nur über dieses konkrete Motorrad geeinigt haben und der Bekl. daher möglicherweise nie verpflichtet war, im Fall eines Mangels ein anderes als dieses Motorrad zu liefern.

Ob im Falle eines genau spezifizierten Kaufgegenstandes die Neulieferung möglich ist, ist umstritten.

#### a. Unmöglichkeit schon bei jedem Stückkauf

Einer Ansicht nach scheidet bei jedem Stückkauf eine Neulieferung a priori aus (Huber, NJW 2002, 1005; Ackermann, JZ 2002, 378; Lorenz, JZ 2001, 742, Jost JURA 2005, 750). Abgrenzungskriterium ist nach dieser Ansicht die Frage, ob die Parteien eine Stück- oder eine Gattungsschuld vereinbart haben. Liege eine Gattungs- oder eine Vorratsschuld vor, so sei eine mangelfreie Sache aus der Gattung bzw. dem Vorrat geschuldet. Bei einer Stückschuld könne nur in dem Fall ein Nacherfüllungsanspruch bestehen, wenn eine andere als die geschuldete Sache geliefert wurde (Sog. Identitätsaliud gem. § 434 III BGB). Im Übrigen sei eine Neulieferung ausgeschlossen.

Hier beschränkte sich der Kauf auf dieses eine Motorrad. Also läge ein Stückkauf vor. Ein Identitätsaliud i.S.v. § 434 III BGB wurde gleichfalls nicht geliefert, so dass die Neulieferung eines KFZ wegen tatsächlicher Unmöglichkeit gem. § 275 I BGB ausgeschlossen wäre.

#### b. Unmöglichkeit nur bei Kauf einer unvertretbaren Sache oder nach vorangegangener Besichtigung bei Kauf der Sache

Eine andere Ansicht geht davon aus, dass auch im Fall eines genau spezifizierten Kaufgegenstandes grundsätzlich eine Neulieferung in Betracht kommt. Dies sei dann der Fall, wenn es sich bei dem Kaufgegenstand um eine vertretbare Sache gem. § 91 BGB handele (Canaris, JZ 2003, 831; Pammler, NJW 2003, 1992; LG Ellwangen, RA 2003, 192 = NJW 2003, 517; Oechsler, NJW 2004, 1825).

Für die Möglichkeit der Neulieferung sei entscheidend, ob nach der Parteivereinbarung eine vertretbare Sache (§ 91 BGB) oder eine Sache, die einer vertretbaren Sache gleichstehe, handele. Unabhängig vom Vorliegen eines Stück- oder Gattungskaufs hat der Käufer einen Anspruch auf die Neulieferung, sofern dies seinem Erfüllungsinteresse entspricht. Vertretbar ist eine Sache dann, wenn die Sache nach Art, Zahl und Maß bestimmt ist.

Die Vertretbarkeit scheidet hier aus, da es sich um ein gebrauchtes, nach individuellen Merkmalen bestimmtes Motorrad handelt. Es handelt sich demnach um

unvertretbare Sache. Fraglich ist also, ob das KFZ einer vertretbaren Sache wenigstens gleichsteht. Hier ist zu berücksichtigen, dass der Kl. seine Kaufentscheidung anhand der individuellen Merkmale dieses auf der Plattform angebotenen KFZ getroffen hat (Vgl. dazu BGH, NJW 2006, 2839). Es ist mangels anderweitiger Anhaltspunkte nicht davon auszugehen, dass es dem Parteiwillen entspricht, dass eine andere als die ausgewählte Kaufsache i.R.d. Neulieferung dem Käufer verschafft wird. Mithin ist diese Situation derjenigen vergleichbar, in der der Käufer den Kaufgegenstand zuvor besichtigt hat.

Ein Streitentscheid ist entbehrlich. Beide Ansichten stimmen dahingehend überein, dass die Neulieferung tatsächlich unmöglich ist, § 275 I BGB.

*[Anm.: Sollte in einer anderen Klausurgestaltung der Streitentscheid erheblich sein, konnte wie folgt argumentiert werden: Für die zuletzt dargelegte Ansicht spricht vor allem die Gesetzesbegründung und die Entstehungsgeschichte der Norm. Das neue Kaufrecht beinhaltet keine dogmatische Unterscheidung zwischen einem Gattungskauf und einem Stückkauf. Daher kann es für die Argumentation bzgl. der Möglichkeit der Neulieferung nicht auf dieses Kriterium ankommen.]*

“Die weitere Voraussetzung des Rücktritts nach § 437 Nr. 2, § 326 V BGB, dass der Verkäufer nach § 275 I-III BGB nicht zu leisten braucht, ist erfüllt, weil es sich bei der Abweichung zwischen der vereinbarten und der tatsächlichen Laufleistung um einen unbeheb- baren Mangel handelt. Die Nachlieferung eines anderen, gleichwertigen Motorrads scheidet zwar nicht schon deshalb aus, weil es sich um einen Stückkauf handelt. Jedoch ist beim Kauf eines gebrauchten Fahrzeugs die Lieferung eines gleichwertigen Ersatzfahrzeugs nur ausnahmsweise möglich (Senat, Urteil vom 07.06.2006 - VIII ZR 209/05, WM 2006, 1960, zur Veröffentlichung in BGHZ bestimmt, unter II 2 a). Dass diese Möglichkeit im Streitfall besteht, ist weder vorgetragen noch sonst ersichtlich.”

*[Anm.: Erstaunlich ist, dass sich der BGH in den Entscheidungsgründen die Unterscheidung zwischen Stückkauf und Gattungskauf gestattet, obschon er diese Unterscheidung bzgl. der Frage der Unmöglichkeit der Neulieferung ausdrücklich aufgegeben hat (Vgl. BGH, RA 2006, 601 = NJW 2006, 2839). Der BGH betont in dieser Entscheidung, dass auch bei einem Stückkauf nicht grds. die Neulieferung ausgeschlossen sei. Entscheidend seien insoweit die Parteiinteressen, wobei bei einem Gebrauchtwagen in der Regel ein entsprechender Parteiwille nicht vorliege.]*

Somit liegt ein unbehebbarer Mangel vor. Eine Frist-

setzung zur Nacherfüllung war damit gem. § 326 V BGB entbehrlich.

#### *V. Rücktrittserklärung, § 349 BGB*

Der Kl. müsste zudem den Rücktritt erklärt haben. Im Januar 2004 hat der Bekl. erklärt, dass er vom Vertrag zurücktrete. Darin ist eine wirksame Rücktrittserklärung gem. § 349 BGB zu sehen.

#### *VI. Kein Ausschluss der Gewährleistung*

Die Geltendmachung des Rücktrittes dürfte auch nicht ausgeschlossen sein. In Betracht kommt ein Ausschluss wegen Unerheblichkeit des Mangels gem. § 323 V 2 BGB, sowie aufgrund eines vertraglich vereinbarten Ausschlusses.

#### *1. Erheblichkeit des Mangels, § 323 V 2 BGB*

Das Rücktrittsrecht ist ausgeschlossen, wenn der Mangel, aus dem der Rücktritt hergeleitet wird, unerheblich ist. Die Erheblichkeitsprüfung erfordert eine umfassende Interessenabwägung. Zu berücksichtigen sind insbesondere der für die Mangelbeseitigung erforderliche Aufwand und die von ihm ausgehende funktionelle und ästhetische Beeinträchtigung (Palandt-Heinrichs, § 281 Rn 48).

Vorliegend weicht die Laufleistung, welche der Sachverständige ermittelt hat, um etwa ein Drittel von der vertraglich angegebene ab. Diese Abweichung ist im Hinblick auf den erhöhten Verschleiß durchaus als erheblich einzustufen.

“Die Abweichung zwischen der vereinbarten Laufleistung von 30.000 km und der tatsächlichen Laufleistung von mehr als 48.000 km stellt, wie das BerGer. zutreffend angenommen hat, einen Sachmangel dar (§ 434 I 1 BGB), der nicht unerheblich ist (§ 323 V 2 BGB).”

Ein Ausschluss wegen Unerheblichkeit der Pflichtverletzung gem. § 323 V 2 BGB liegt nicht vor.

#### *2. Vertraglicher Ausschluss*

Der Rücktritt wegen eines Mangels der Kaufsache könnte jedoch aufgrund einer vertraglichen Vereinbarung ausgeschlossen sein. In dem Verkaufsformular ist niedergelegt: “Krad wird natürlich ohne Gewähr verkauft...”. Darin könnte ein wirksamer Gewährleistungsausschluss für den hier geltend gemachten Mangel zu sehen sein. Grundsätzlich ist unter Privatpersonen ein umfassender Gewährleistungsausschluss im Rahmen einer Individualvereinbarung zulässig. Insbesondere ist eine Wirksamkeitskontrolle anhand der § 475 I BGB bzw. der §§ 305 ff. BGB nicht vorzunehmen. Fraglich ist jedoch, ob sich der Bekl. auf den Ausschluss der Gewährleistung berufen kann. Dies ist im Hinblick auf § 444 BGB zweifelhaft.

#### *a. Übernahme einer Garantie, § 444, 2. Fall BGB*

Eine Berufung auf den Ausschluss könnte dann ausge-

geschlossen sein, wenn der Bekl. im Vertrag eine Garantie für das Vorhandensein der zugesagten Laufleistung (30.000 km) übernommen hat.

Die Garantie einer Beschaffenheit ist mit der zugesicherten Eigenschaft i.S.d. § 459 II a.F. BGB gleichzusetzen und an die Annahme sind insoweit strenge Anforderungen zu stellen. Entscheidend ist, dass ein entsprechender Einstandswille des Verkäufers für das Vorhandensein einer bestimmten Eigenschaft deutlich zum Ausdruck kommt (vgl. Brox/Walker; Schuldrecht BT, Rn. 90, 91). Insoweit ist insbesondere bei der Annahme einer stillschweigenden Garantieübernahme Zurückhaltung geboten und es ist im Hinblick auf die Person des Verkäufers auch danach zu unterscheiden, ob es sich um einen gewerblichen Händler oder um eine Privatperson handelt. (vgl. BGH, NJW 2000, 3130 (3131); Brox/Walker, Schuldrecht BT, Rn. 91).

“Die Frage, ob die Angabe der Laufleistung lediglich als Beschaffenheitsangabe (§ 434 I 1 BGB) oder aber als Beschaffenheitsgarantie (§ 444 Alt. 2 BGB) zu werten ist, ist unter Berücksichtigung der beim Abschluss eines Kaufvertrages über ein Gebrauchtfahrzeug typischerweise gegebenen Interessenlage zu beantworten (vgl. Senat, Urteil vom 25.06.1975 - VIII ZR 244/73, WM 1975, 895, unter III 2). Dabei ist nach der bisherigen Rechtsprechung des Senats grundsätzlich danach zu unterscheiden, ob der Verkäufer ein Gebrauchtwagenhändler oder eine Privatperson ist. Handelt es sich bei dem Verkäufer um einen Gebrauchtwagenhändler, so ist die Interessenlage typischerweise dadurch gekennzeichnet, dass der Käufer sich auf die besondere, ihm in aller Regel fehlende Erfahrung und Sachkunde des Händlers verlässt. Er darf daher darauf vertrauen, dass der Händler für Erklärungen zur Beschaffenheit des Fahrzeuges, die er in Kenntnis dieses Umstandes abgibt, die Richtigkeitsgewähr übernimmt. Der Senat hat deshalb zum alten, bis zum 31.12.2001 geltenden Kaufrecht in ständiger Rechtsprechung entschieden, der Kaufinteressent könne und dürfe den Angaben des Gebrauchtwagenhändlers über die Laufleistung des Fahrzeugs besonderes Vertrauen entgegenbringen und davon ausgehen, der Händler wolle sich für die Kilometerangabe "stark machen", mithin zusichern - in heutiger Terminologie: garantieren -, dass die bisherige Laufleistung nicht wesentlich höher liege als die angegebene (vgl. Senat, Urteil vom 25.06.1975 - VIII ZR 244/73, WM 1975, 895, unter III 2 und 3; Urteil vom 13.05.1998 - VIII ZR 292/97, WM 1998, 1590, unter II; Urteil vom 15.02.1984 - VIII ZR 327/82, WM 1984, 534, unter II 1; Urteil vom 18.02.1981 - VIII ZR 72/80, WM 1981, 380, unter II 1 b). Wolle der Händler für die von ihm angegebene Laufleistung nicht eintreten, müsse er dies gegenüber dem Käufer hinreichend deutlich zum Ausdruck bringen, indem er etwa darauf hinweise, dass er die Laufleistung nicht überprüft habe (vgl. Senat, Urteil vom 13.05.1998 - VIII ZR 292/97, WM

1998, 1590, unter II).

Auf den privaten Verkauf trifft die für den gewerblichen Verkauf maßgebliche Erwägung, dass der Käufer sich auf die besondere Erfahrung und Sachkunde des Händlers verlässt und in dessen Erklärungen daher die Übernahme einer Garantie sieht, in der Regel nicht zu. Hier steht vielmehr dem Interesse des Käufers gleichgewichtig das Interesse des Verkäufers gegenüber, für nicht mehr als dasjenige eintreten zu müssen, was er nach seiner laienhaften Kenntnis zu beurteilen vermag (Senat, Urteil vom 17.04.1991 - VIII ZR 114/90, WM 1991, 1224, unter II 2 a cc). Der Käufer kann nicht ohne weiteres davon ausgehen, dass der Verkäufer als Laie nachprüfen kann, ob der Tachometerstand die Laufleistung des Fahrzeugs zutreffend wiedergibt. Alleine aus der Angabe der Laufleistung kann der Käufer beim Privatverkauf eines Gebrauchtfahrzeugs daher nicht schließen, der Verkäufer wolle für die Richtigkeit dieser Angabe unter allen Umständen eintreten und gegebenenfalls auch ohne Verschulden auf Schadensersatz haften. Von der Übernahme einer Beschaffenheitsgarantie darf der Käufer unter diesen Umständen deshalb grundsätzlich auch dann nicht ausgehen, wenn der Verkäufer nicht zum Ausdruck gebracht hat, dass er für die angegebene Laufleistung nicht eintreten will (KG, NJW-RR 2005, 60, 61; zur Rechtslage vor Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes vgl. KG, KGR Berlin 2001, 10, 11; OLG Nürnberg, NJW-RR 1997, 1212, 1213; a.A.: OLG Braunschweig, OLGR Braunschweig 1997, 27, 29; KG, NJW-RR 1996, 173, 174).

Will der Käufer beim privaten Gebrauchtwagenkauf eine Garantie für die Laufleistung des Fahrzeugs haben, muss er sich diese regelmäßig ausdrücklich von dem Verkäufer geben lassen. Von einer stillschweigenden Garantieübernahme kann beim Privatverkauf eines Gebrauchtfahrzeugs nur dann ausnahmsweise auszugehen sein, wenn über die Angabe der Laufleistung hinaus besondere Umstände vorliegen, die bei dem Käufer die berechtigte Erwartung wecken, der Verkäufer wolle für die Laufleistung des Fahrzeugs eintreten. So kann es sich etwa verhalten, wenn der Verkäufer bei den vorvertraglichen Verhandlungen auf ausdrückliche Nachfrage erklärt, die Gesamtfahrleistung des Fahrzeugs stimme mit dem Tachometerstand überein (OLG Koblenz, NJW 2004, 1670, 1671), oder wenn der Verkäufer sich als Erstbesitzer bezeichnet, denn auf die Kilometerangabe eines Verkäufers, der sein Fahrzeug vom "Tachostand Null" an kennt, darf der Käufer in aller Regel vertrauen (Reinking/Eggert, aaO, Rdnr. 1358; OLG Köln, NJW 1999, 2601, 2602). Im Streitfall liegen aber keine derartigen Umstände vor. Insbesondere rechtfertigen die Besonderheiten des Kaufs über das Internet mittels eines von eBay zur Verfügung gestellten Bietverfahrens entgegen der Ansicht des BerGer. nicht die Annahme, der Verkäufer wolle jedenfalls für die eindeutige Beschreibung der



preisbildenden Faktoren hochwertiger Waren - wie für den Kilometerstand eines Gebrauchtfahrzeugs - garantieren....

Alleine die - häufig - fehlende Möglichkeit oder Fähigkeit, die Angaben des Verkäufers vor Abschluss des Kaufvertrages zu überprüfen, berechtigen den Käufer nicht zu der Annahme, der Verkäufer wolle, auch ohne dies ausdrücklich erklärt zu haben, für fehlerhafte Angaben unter allen Umständen einstehen und damit gegebenenfalls auch ohne Verschulden auf Schadensersatz haften.“

Mithin ist vorliegend nicht von einer Garantieübernahme des Bekl. im Hinblick auf die Laufleistung (30.000 km) auszugehen. Der Haftungsausschluss ist insoweit wirksam.

#### *b. Mangel vom Ausschluss erfasst*

Fraglich ist allerdings, ob der hier geltend gemachte Mangel überhaupt von dem vereinbarten Gewährleistungsausschluss umfasst ist. Dies könnte deshalb zweifelhaft sein, da sich die Parteien im unmittelbaren Zusammenhang mit dem Gewährleistungsausschluss gerade auf eine bestimmte Laufleistung als Beschaffenheitsvereinbarung i.S.v. § 434 I 1 BGB verständigt hatten.

“Der von den Parteien vereinbarte Gewährleistungsausschluss erstreckt sich nicht auf die vereinbarte Laufleistung.... Die Frage, ob ein vereinbarter Haftungsausschluss in uneingeschränktem Sinne aufzufassen ist, ist nicht nur nach dem Wortlaut der Ausschlussbestimmung, sondern nach dem gesamten Vertragstext zu beurteilen (vgl. BGH, Urteil vom 14.10.1966 - V ZR 188/63, WM 1966, 1183, unter III). Das BerGer. hat in diesem Zusammenhang übersehen, dass die Parteien in ihrem Kaufvertrag nicht nur die Gewährleistung für das Motorrad ausgeschlossen, sondern zugleich eine bestimmte Soll-Beschaffenheit des Fahrzeugs, nämlich eine Laufleistung von 30.000 km, vereinbart haben. Beide Regelungen stehen, zumindest aus der Sicht des Käufers, gleichrangig nebeneinander und können deshalb nicht in dem Sinne verstanden werden, dass der umfassende Gewährleistungsausschluss die Unverbindlichkeit der Beschaffenheitsvereinbarung zur Folge haben soll (a.A. Emmert, NJW 2006, 1765, 1768). Denn bei einem solchen Verständnis wäre letztere für den Käufer - außer im Falle der Arglist des Verkäufers (§ 440, 1.Fall BGB) - ohne Sinn und Wert. Eine nach beiden Seiten interessengerechte Auslegung der Kombination von Beschaffenheitsvereinbarung und Gewährleistungsausschluss kann deshalb nur dahin vorgenommen werden,

dass der Haftungsausschluss nicht für das Fehlen der vereinbarten Beschaffenheit (§ 434 I 1 BGB), sondern nur für solche Mängel gelten soll, die darin bestehen, dass die Sache sich nicht für die nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung eignet (§ 434 I 2 Nr. 1 BGB) bzw. sich nicht für die gewöhnliche Verwendung eignet und keine Beschaffenheit aufweist, die bei Sachen der gleichen Art üblich ist und die der Käufer nach der Art der Sache erwarten kann (§ 434 I 2 Nr. 2 BGB). Ob durch ausdrückliche Vereinbarung auch die Haftung des Verkäufers für die vereinbarte Beschaffenheit der Kaufsache ausgeschlossen oder eingeschränkt werden kann, bedarf im vorliegenden Fall keiner Entscheidung, weil die Parteien eine dahin gehende Abrede nicht getroffen haben.“

Dem zu Folge liegt zwar ein wirksamer, vertraglicher Haftungsausschluss vor. Dieser erstreckt sich jedoch nicht auf die Laufleistung, bei der es sich um eine vereinbarte Beschaffenheit gem. § 434 I 1 BGB handelt. Das Rücktrittsrecht unter Berufung auf die höhere Laufleistung ist daher nicht ausgeschlossen.

#### *VII. Keine Unwirksamkeit des Rücktrittes ge. §§ 438 IV 1, 218 I BGB*

Der Rücktritt dürfte zudem nicht unwirksam sein. Das ist der Fall, wenn im Zeitpunkt der Rücktrittserklärung ein etwaiger Nacherfüllungsanspruch noch nicht verjährt gewesen ist, § 438 I, II BGB.

Die Verjährung des Nacherfüllungsanspruchs beträgt hier 2 Jahre und beginnt mit der Übergabe der Sache. Mithin wäre Verjährung erst Ende Oktober 2005 eingetreten. Der Kl. hat jedoch bereits im Januar 2004 den Rücktritt erklärt. Damit ist die Geltendmachung des Rücktrittes nicht unwirksam.

Die tatbestandlichen Voraussetzungen für einen Rücktritt liegen mithin vor. Der Kl. hat einen Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises i.H.v. 5900,- € Zug um Zug gegen Rückgabe des Motorrades, § 346 I BGB i.V.m. §§ 437 Nr. 2, 323 I, 326 V BGB i.V.m. § 348 BGB.

*[Anm.: Auf die Möglichkeit, den Rückzahlungsanspruch aus § 311 a II BGB herzuleiten, soll nicht näher eingegangen werden. Der Anspruch dürfte wohl zu verneinen sein, da gem. § 311 a II 2 BGB i.V.m. § 276 I BGB ein Verschulden des Bekl. erforderlich ist. Ein Verschulden dürfte sich nicht ergeben, da der Bekl. die abweichende Laufleistung weder kannte, noch hätte er diese als technischer Laie erkennen können.]*

**Standort: § 142 II Nr. 2 StGB****Problem: Unvorsätzliches Entfernen**

BVERFG, URTEIL VOM 19.03.2007  
2 BvR 2273/06 (DVBL 2007, 566)

**Problemdarstellung:**

Der Beschwerdeführer hatte bei einem Überholvorgang mit seinem Pkw ein anderes Fahrzeug beschädigt und war einfach weitergefahren. Der Fahrer des beschädigten Pkw folgte ihm und stellte ihn in einiger Entfernung an einer Tankstelle. Der Beschwerdeführer gab an, den Unfall nicht bemerkt zu haben und fuhr weiter. Das Amtsgericht Herford verurteilte den Angeklagten wegen unerlaubten Entfernens vom Unfallort, § 142 II Nr. 2 StGB. In seiner Sprungrevision, § 335 StPO, rügte der Beschwerdeführer, dass ein "berechtigtes oder entschuldigtes" Entfernen seinerseits nicht vorgelegen habe und er deshalb zu Unrecht verurteilt worden sei. Die Sprungrevision wies das OLG Hamm in Übereinstimmung mit der ständigen Rechtsprechung des BGH als unbegründet zurück. Nachdem hierdurch der Strafrechtsweg erschöpft war, legte der Beschwerdeführer Verfassungsbeschwerde gem. Art. 93 II Nr. 4a GG, §§ 13 Nr. 8a, 90 ff. BVerfGG beim Bundesverfassungsgericht ein, das der Beschwerde stattgab und die Verfassungswidrigkeit der entsprechenden BGH-Rechtsprechung feststellte.

**Prüfungsrelevanz:**

Die im vorliegenden Fall erstmals vom BVerfG entschiedene Frage der Anwendbarkeit von § 142 II Nr. 2 StGB bei einem unvorsätzlichen Entfernen vom Unfallort ist ein klassisches Problem, das bereits mehrfach Gegenstand von Prüfungsaufgaben war und angesichts der neuen Rechtsprechung des BVerfG sicherlich in absehbarer Zeit auch wieder - insb. in mündlichen Prüfungen - sein wird.

Gem. § 142 II Nr. 2 StGB macht sich ein Unfallbeteiligter strafbar, der sich berechtigt oder entschuldigt vom Unfallort entfernt hat und die gem. § 142 I Nr. 1 StGB erforderlichen Feststellungen nicht unverzüglich nachträglich ermöglicht. Streitig ist in diesem Zusammenhang die Frage, ob auch dann ein "berechtigtes oder entschuldigtes" Entfernen vorliegt, wenn der Täter sich unvorsätzlich vom Unfallort entfernt, weil er den Unfall gar nicht bemerkt hat. Während insb. die Rechtsprechung hier § 142 II Nr. 2 StGB anwendet (BGHSt 28, 129; BayObLG, NJW 1982, 1059; OLG Koblenz, NZV 1989, 242; Geppert, JURA 1990, 85), lehnt die herrschende Literatur diesen Tatbestand ab (Lackner/Kühl, § 142 Rn 25; Schönke/Schröder-Cramer/Sternberg-Lieben, § 142 Rn 55; Tröndle/Fischer, § 142 Rn 52; Beulke, NJW 1979, 400). In der vorliegenden Entscheidung folgt das BVerfG nach

einer sehr schönen Auslegung des § 142 StGB der herrschenden Literatur und verwirft somit die bisherige BGH-Rechtsprechung als verfassungswidrig.

Gleichzeitig lässt das BVerfG den Strafgerichten aber ein Hintertürchen offen: Es stelle durchaus eine verfassungskonforme Auslegung des § 142 I Nr. 1 StGB dar, wenn man davon ausgehe, dass ein Täter, der sich bereits vom Unfallort entfernt habe, nachträglich auf den Unfall hingewiesen werde und dann weiter fahre, sich - weiter - vom Unfallort entferne, sodass auch durch das Weiterfahren nach der Aufklärung noch § 142 I Nr. 1 StGB verwirklicht sein könne.

**Vertiefungshinweise:**

Zu § 142 II Nr. 2 StGB bei unvorsätzlichem Entfernen vom Unfallort: *BGHSt* 28, 129; *Bernsmann*, NZV 1989, 49; *Dornseifer*, JZ 1980, 299; *Eisenberg*, Jura 1983, 267; *Haubrich*, DAR 1981, 211; *Loos/Schwerdtfeger*, DAR 1983, 209; *Mitsch*, NZV 2005, 349; *Römer*, MDR 1980, 89; *Volk*, DAR 1982, 81

**Kursprogramm:**

*Examenskurs*: "Der Fernfahrer"

**Leitsätze (der Redaktion):**

**1. Der Auslegung des § 142 II Nr. 2 StGB, die auch das unvorsätzliche - und nicht nur das berechtigte oder entschuldigte - Sich-Entfernt-Haben vom Unfallort unter diese Norm subsumiert, steht die Grenze des möglichen Wortsinns der Begriffe "berechtigt oder entschuldigt" entgegen. Eine strafrichterliche Entscheidung, die bei einem unvorsätzlichen Entfernen vom Unfallort eine Strafbarkeit gem. § 142 II Nr. 2 StGB annimmt, verstößt deshalb gegen Art. 103 II GG**

**2. Da § 142 Abs. 1 StGB - anders als § 142 Abs. 2 StGB - keinen abgeschlossenen Sachverhalt des Sich-Entfernt-Habens voraussetzt und ein Entfernens-Vorsatz grundsätzlich bis zur Beendigung der Tat durch ein erfolgreiches Sich-Entfernt-Haben gebildet werden kann, ist eine verfassungskonforme Auslegung des § 142 Abs. 1 StGB denkbar, die Fälle erfasst, in denen der Täter nachträglich auf den Unfall hingewiesen wird und sich gleichwohl - weiter - von der Unfallstelle entfernt.**

**Sachverhalt:**

B hatte mit seinem Pkw beim verbotswidrigen Überholen auf einem Baustellenabschnitt Rollsplitt aufgewirbelt, wodurch an dem überholten Fahrzeug des G Schäden in Höhe von 1.900,- € entstanden. G folgte dem B, bis dieser auf das Gelände einer ca. 500 Meter

entfernten Tankstelle einbog, wo er ihn auf den Unfall aufmerksam machte. B bestritt den Überholvorgang und entfernte sich, ohne dem G die Feststellung seiner Personalien zu ermöglichen.

Strafbarkeit des B?

[Bearbeitervermerk: Gehen Sie davon aus, dass B tatsächlich beim Überholen nicht bemerkte, als er das Fahrzeug des G beschädigte.]

### Lösung:

#### A. Strafbarkeit des B gem. § 303 I StGB durch das Überholen

Dadurch, dass B das Fahrzeug des G überholte und dabei Rollsplitt aufwirbelte, könnte er sich wegen Sachbeschädigung gem. § 303 I StGB strafbar gemacht haben.

#### I. Tatbestand

##### 1. Fremde Sache

Bei dem Fahrzeug des G müsste es sich um eine für B fremde Sache handeln. Sache i.S.v. § 303 I StGB ist jeder körperliche Gegenstand (Lackner/Kühl, § 303 Rn 2, § 242 Rn 2; Tröndle/Fischer, § 303 Rn 2), sodass auch das Fahrzeug des G eine Sache darstellt.

Eine Sache ist fremd, wenn sie (auch) im Eigentum einer anderen Person als des Täters steht (BGH, NSTZ-RR 2000, 234; Schönke/Schröder-Stree, § 303 Rn 4). Das Fahrzeug stand im Eigentum des G, war also für B fremd.

##### 2. Beschädigen

An dem Fahrzeug des G ist durch das Aufwirbeln des Rollsplitts durch B ein Schaden i.H.v. 1.900,- € entstanden, so dass B das Fahrzeug auch beschädigt hat.

##### 3. Vorsatz

Gem. § 15 StGB müsste B auch vorsätzlich gehandelt haben. Vorsatz ist der Wille zur Verwirklichung des Straftatbestandes in Kenntnis aller seiner objektiven Tatumstände (Joecks, § 15 Rn 6; Wessels/Beulke, AT, Rn 203).

Es ist jedoch nicht davon auszugehen, dass A beim Überholen des G den Willen hatte, dessen Fahrzeug zu beschädigen, dass er dies auch nur billigend in Kauf genommen hätte. A hat also ohne Vorsatz gehandelt.

#### II. Ergebnis

A ist nicht strafbar gem. § 303 I StGB.

#### B. Strafbarkeit des B gem. § 142 I Nr. 1 StGB durch das Weiterfahren nach der Beschädigung des Fahrzeugs des G

A könnte sich jedoch dadurch, dass er nach der Be-

schädigung des Fahrzeugs des G einfach weiterfuhr, wegen unerlaubten Entfernens vom Unfallort gem. § 142 I Nr. 1 StGB strafbar gemacht haben.

#### I. Tatbestand

##### 1. Unfall im Straßenverkehr

Zunächst müsste ein Unfall im Straßenverkehr vorgelegen haben.

Unfall im Straßenverkehr i.S.v. § 142 StGB ist jedes plötzliche Ereignis im öffentlichen Straßenverkehr, das zu einem nicht völlig belanglosen Personen- oder Sachschaden führt und in dem sich ein verkehrstypisches Schadensrisiko realisiert (BGH, NJW 2002, 626; Tröndle/Fischer, § 142 Rn 7).

Dass beim Überholen Rollsplitt aufwirbelt und gegen ein anderes Fahrzeug fliegt, stellt ein plötzliches Ereignis dar, das sich im vorliegenden Fall auch auf einer öffentlichen Straße, also im räumlichen Bereich des öffentlichen Straßenverkehrs ereignete. Hierdurch wurde ein Sachschaden i.H.v. 1.900,- €, also auch ein erheblicher Schaden, verursacht. Schließlich stellt es auch ein typisches Risiko im Straßenverkehr dar, dass bei einer Vorbeifahrt, insb. bei höherer Geschwindigkeit, Steine oder andere leichte Gegenstände aufgewirbelt werden und bei anderen Verkehrsteilnehmern zu Körper- oder Sachschäden führen.

Ein Unfall im Straßenverkehr liegt somit vor.

##### 2. Unfallbeteiligter

Tauglicher Täter des § 142 StGB kann nur ein Unfallbeteiligter sein. B müsste also Unfallbeteiligter sein.

Gem. § 142 V StGB ist jeder Unfallbeteiligter, dessen Verhalten nach den Umständen zur Verursachung des Unfalls beigetragen haben kann.

Das Verhalten des B - das Überholen - kann nicht nur zu dem Unfall beigetragen haben, es war eindeutig dessen Ursache, sodass B Unfallbeteiligter ist.

##### 3. Entfernen vom Unfallort

B müsste sich vom Unfallort entfernt haben

Der Täter hat sich dann i.S.v. § 142 I StGB vom Unfallort entfernt, wenn er den Unfallbereich so weit verlassen hat, dass wegen der räumlichen Distanz seiner Person ein Zusammenhang seiner Person mit dem Unfall nicht mehr ohne weiteres erkennbar ist (OLG Stuttgart, JR 1981, 209; Joecks, § 142 Rn 49; Schönke/Schröder-Cramer/Sternberg-Lieben, § 142 Rn 43).

Spätestens in dem Moment, in dem B mehrere hundert Meter von der Unfallstelle entfernt auf das Gelände der Tankstelle einbog, waren diese Voraussetzungen gegeben. B hat sich also vom Unfallort entfernt.

##### 4. Keine Ermöglichung von Feststellungen

B müsste sich vom Unfallort entfernt haben, bevor er zugunsten der anderen Unfallbeteiligten und der Ge-

schädigten die Feststellung seiner Person, seines Fahrzeugs und der Art seiner Beteiligung ermöglicht hat, § 142 I Nr. 1 StGB.

Der Geschädigte G war persönlich anwesend und auch bereit, die entsprechenden Daten aufzunehmen. B hat sich jedoch bereits vom Unfallort entfernt, bevor der G Gelegenheit zur Aufnahme der Feststellungen hatte. B hat sich also unter Verstoß gegen die Pflicht aus § 142 I Nr. 1 StGB vom Unfallort entfernt.

### 5. Vorsatz

B müsste auch vorsätzlich gehandelt haben.

B hatte nicht bemerkt, dass er Rollsplitt aufgewirbelt und dadurch das Fahrzeug des G beschädigt hatte. Er hatte also keinen Vorsatz bzgl. des Vorliegens eines Unfalls im Straßenverkehr.

## II. Ergebnis

B hat sich durch das Weiterfahren nach der Beschädigung des Fahrzeugs des G nicht gem. § 142 I Nr. 1 StGB strafbar gemacht.

### C. Strafbarkeit des B gem. § 142 II Nr. 2 StGB durch das Wegfahren von der Tankstelle

B könnte sich jedoch dadurch, dass er von der Tankstelle fortfuhr nachdem G ihn über den Unfall informiert hatte, wegen unerlaubten Entfernens vom Unfallort gem. § 142 II Nr. 2 StGB strafbar gemacht haben.

## I. Tatbestand

### 1. Unfall im Straßenverkehr

Ein Unfall im Straßenverkehr liegt vor (s.o.).

### 2. Unfallbeteiligter

B ist auch Unfallbeteiligter i.S.v. § 142 V StGB und somit tauglicher Täter des § 142 StGB (s.o.).

### 3. Berechtigtes oder entschuldigtes Entfernen

B müsste sich berechtigt oder entschuldigt vom Unfallort entfernt haben.

Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgründe lagen in dem Zeitpunkt, in dem sich der B vom Unfallort entfernte, nicht vor. Allerdings war das Entfernen des B vom Unfallort nicht gem. § 142 I StGB strafbar, weil er im Zeitpunkt des Sich-Entfernens keinen Vorsatz hatte (s.o.).

Fraglich ist, ob auch ein unvorsätzliches Sich-Entfernen ein "berechtigtes oder entschuldigtes" Entfernen i.S.v. § 142 II Nr. 2 StGB darstellt.

Hierzu führt das BVerfG aus:

"a. In Rechtsprechung und Schrifttum ist seit langem umstritten, ob das unvorsätzliche Entfernen vom Unfallort dem berechtigten oder entschuldigten Entfernen im Sinne des § 142 Abs. 2 Nr. 2 StGB gleichzusetzen

sei und also eine nachträgliche Pflicht zur Ermöglichung der erforderlichen Feststellungen begründe.

aa. Nach mehreren divergierenden obergerichtlichen Entscheidungen hat der Bundesgerichtshof in seinem Beschluss vom 30. August 1978 (BGHSt 28, 129 ff. = NJW 1979, S. 434 f.) diese Gleichsetzung bejaht. Die Begriffe 'berechtigt oder entschuldigt' seien nicht im technischen Sinne zu verstehen, sondern fänden in der Rechtssprache und ihrem natürlichen Wortsinn entsprechend auch Anwendung auf tatbestandsmäßig nicht vorsätzliche Verhaltensweisen. Die zu § 142 StGB a.F. ergangene Rechtsprechung (vgl. BGHSt 14, 89 [93]; 18, 114 [120]) habe zudem ausdrücklich den Fall einer erst späteren Kenntniserlangung von der eigenen Unfallbeteiligung als Beispiel einer 'erlaubten oder entschuldigten' Weiterfahrt bezeichnet; diese Rechtsprechung habe der Gesetzgeber mit der Neufassung des § 142 StGB durch das 13. Strafrechtsänderungsgesetz berücksichtigen wollen (vgl. BTDrucks 7/2434, S. 4). Für die Erfassung möglichst aller Fälle des 'erlaubten' Entfernens vom Unfallort durch die Vorschrift des § 142 Abs. 2 Nr. 2 StGB spreche zudem die ratio legis des Straftatbestands, die zivilrechtlichen Ansprüche der Unfallbeteiligten untereinander zu sichern. Eine Bestrafung setze allerdings voraus, dass zwischen der nachträglichen Kenntniserlangung und dem Unfallgeschehen noch ein zeitlicher und räumlicher Zusammenhang mit dem letzteren bestehe.

bb. Im Schrifttum ist diese Auslegung überwiegend auf Ablehnung gestoßen (vgl. Berz, Jura 1979, S. 125 ff.; Beulke, NJW 1979, S. 400 ff.; Rudolphi, JR 1979, S. 210 ff.; Dornseifer, JZ 1980, S. 299 [301 ff.]; Römer, MDR 1980, S. 89 ff.; Eisenberg, Jura 1983, S. 267 ff.; Loos/Schwerdtfeger, DAR 1983, S. 209 [213 f.]; Bernsmann, NZV 1989, S. 49 [56]; a.A. Franke, JuS 1978, S. 456 ff.; Janiszewski, JR 1978, S. 116 f.; Volk, DAR 1982, S. 81 [85 f.]). Die neuere Kommentarliteratur spricht sich einhellig gegen die Rechtsanwendung der Rechtsprechung aus (vgl. Tröndle/Fischer, StGB, 53. Aufl. 2006, § 142 Rn. 52; Zopfs, in: Münchener Kommentar zum StGB, Band 2/2, 2005, § 142 Rn. 105; Kühl, StGB, 25. Aufl. 2004, § 142 Rn. 25).

Neben dem Argument unzulässiger Analogiebildung wird gegen die Auslegung der Rechtsprechung eingewendet, sie führe dazu, dass die Sekundärpflichten nach § 142 Abs. 2 StGB weiter reichten als die Primärpflichten nach § 142 Abs. 1 StGB, aus denen sie hergeleitet seien. Wer sich ohne Kenntnis des Unfalls vom Unfallort entferne, müsse sich später zu seiner Unfallbeteiligung allein auf Grundlage der Darstellung anderer Verkehrsteilnehmer bekennen (vgl. Dornseifer, a.a.O., S. 302). Wer sich hingegen gerechtfertigt oder entschuldigt vom Unfallort entferne, verstoße bewusst gegen die Verbotsnorm und könne auch die Gründe dafür darlegen, weshalb ihm - anders als dem sich unvorsätzlich Entfernenden - eine die Selbstbela-

stungsfreiheit einschränkende Mitwirkungspflicht auferlegt werden könne (vgl. Beulke, a.a.O., S. 403; Loos/Schwerdtfeger, a.a.O., S. 213 f.). Die Begrenzung der Strafbarkeit durch einen erforderlichen zeitlichen und räumlichen Zusammenhang mit dem Unfallgeschehen lasse sich zudem dogmatisch nicht rechtfertigen, sondern beruhe auf Billigkeitserwägungen und lasse die Grenze der Strafbarkeit nicht hinreichend deutlich erkennen (vgl. Beulke, a.a.O., S. 402; Römer, a.a.O., S. 90 f.). Die Befürworter der durch die Rechtsprechung gefundenen Lösung folgen im Wesentlichen der Argumentationslinie des Bundesgerichtshofs.

b. Der Auslegung des § 142 Abs. 2 Nr. 2 StGB, die auch das unvorsätzliche - und nicht nur das berechtigte oder entschuldigte - Sich-Entfernt-Haben vom Unfallort unter diese Norm subsumiert, steht die Grenze des möglichen Wortsinns der Begriffe 'berechtigt oder entschuldigt' entgegen.

aa. Der Bundesgerichtshof stützt sich in seiner Leitentscheidung aus dem Jahre 1978, der die Fachgerichte in den angegriffenen Entscheidungen uneingeschränkt folgen, darauf, dass die Begriffe 'berechtigt oder entschuldigt' über ihre formal-dogmatische Bedeutung als Kennzeichnung strafrechtlicher Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgründe in der Rechtssprache auch auf nicht vorsätzliche Verhaltensweisen Anwendung fänden, ohne diese Feststellung näher zu konkretisieren. Soweit die Entscheidung des Bundesgerichtshofs im Schrifttum Zustimmung erfahren hat, wird auch dort auf die Nähe der Begriffe 'entschuldigt' und 'unvorsätzlich' in der Alltagssprache abgestellt (vgl. Franke, a.a.O., S. 458; Küper, a.a.O., S. 465 f.).

Diese Argumentation vermag nicht zu überzeugen. Schon die Umgangssprache unterscheidet zwischen unvorsätzlichen im Sinne nicht absichtlicher und berechtigten oder entschuldigten Verhaltensweisen, die 'das Recht auf ihrer Seite' haben bzw. deren Konsequenzen aus höherrangigen Gründen hinzunehmen sind. Stellt man auf den - für die Auslegung maßgeblichen - möglichen Wortsinn ab, wie er sich aus dem Kontext des Gesetzes erschließt, so kennzeichnen die Begriffe 'berechtigt oder entschuldigt' einen Sachverhalt, der an den in § 142 Abs. 1 StGB beschriebenen anschließt: Wer sich als Unfallbeteiligter an einem Unfallort befindet und also die erforderlichen Feststellungen ermöglichen muss, darf sich unter bestimmten, durch die Begriffe 'berechtigt oder entschuldigt' näher gekennzeichneten Voraussetzungen entfernen (vgl. Rudolphi, a.a.O., S. 211); er muss dann aber die Feststellungen nachträglich ermöglichen.

Das unvorsätzliche Sich-Entfernt-Haben geht über diesen Sinngehalt hinaus, da es die normative Wertung, unter welchen Voraussetzungen das Sich-Entfernen zulässig ist, zugunsten einer empirischen Tatsache - der Kenntnis vom Unfallgeschehen - ausblendet. Aufgrund ihres normativen Gehalts können die Begriffe 'berechtigt oder entschuldigt' nicht in einem nicht-nor-

mativen Sinne ausgelegt werden. Wer sich 'berechtigt oder entschuldigt' vom Unfallort entfernt, handelt objektiv und subjektiv unter ganz anderen Voraussetzungen als derjenige, der das mangels Kenntnis des Unfallgeschehens tut. Dass unvorsätzliches Verhalten - wie zum Beispiel das Übersehen des Rotlichts bei einem dringenden Krankentransport - zugleich berechtigt oder entschuldigt sein kann, steht dem nicht entgegen.

bb. Dieses Ergebnis wird durch historische, systematische und teleologische Auslegungsgesichtspunkte gestützt.

(1) Den Gesetzgebungsmaterialien lassen sich keine klaren Anhaltspunkte dafür entnehmen, dass der Gesetzgeber darauf bedacht gewesen sei, möglichst alle Fälle des 'aus welchen Gründen auch immer' (Bürgel, MDR 1976, S. 353 [354]) straflosen Sich-Entfernt-Habens vom Unfallort durch die nachträgliche Meldepflicht zu erfassen (so auch Rudolphi, a.a.O., S. 212 f.; Lackner, a.a.O., S. 50; Küper, a.a.O., S. 459 f.). Dem Gesetzgeber kam es vielmehr darauf an - in Erweiterung des § 142 StGB a.F. -, 'auch nachträgliche Feststellungen zu ermöglichen, wenn sich ein Beteiligter ausnahmsweise vom Unfallort entfernen durfte' (BTDrucks 7/2434, S. 1). Der Gesetzgeber begründete dies damit, dass von dem Unfallbeteiligten 'ein gewisses Maß an Mitwirkung gefordert werden' könne, wenn ihm die Rechtsordnung das Sich-Entfernen ermögliche (BTDrucks 7/2434, S. 8). Eine ausdrückliche und ausnahmsweise Erlaubnis, sich zu entfernen, verträgt sich nicht mit einer Auslegung des § 142 Abs. 2 StGB, die jegliches straflose Sich-Entfernt-Haben unter die Norm fasst. Auch die Tatsache, dass der historische Gesetzgeber sich in den Beratungen zur Vorfassung des § 142 StGB mit der Reichweite der Begriffe 'berechtigt oder entschuldigt' - insbesondere im Zusammenhang mit ihrer Abgrenzung zu anderen 'triftigen' strafbefreienden Gründen und zur Unzumutbarkeit längerer Wartens, aber auch zu Fällen des vorsatzlosen Sich-Entfernens - eingehend auseinandergesetzt und die Gefahr einer erweiternden Auslegung durch die Rechtsprechung erkannt hat (vgl. Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission, Band 5, S. 295, Band 9, S. 346, 355 f., 361 ff., 442 ff., Band 13, S. 469, 475, 479 ff., 486 f.), spricht gegen ein untechnisches Verständnis der in Rede stehenden Begriffe, wie es die Rechtsprechung angenommen hat.

(2) In systematischer Hinsicht ist zu berücksichtigen, dass die nach der Rechtsanwendung der Rechtsprechung durch § 142 Abs. 2 StGB begründeten Pflichten des Unfallbeteiligten weiter reichen als die Pflichten nach § 142 Abs. 1 StGB. Zutreffend wird im Schrifttum darauf hingewiesen, dass derjenige, der erst nachträglich durch Dritte von seiner Unfallbeteiligung erfährt, ihn selbst belastende Handlungen vornehmen müsse, deren Gebotenheit und Reichweite er nicht

überblicken könne (vgl. Dornseifer, a.a.O., S. 302; Küper, a.a.O., S. 471 f.). Dass diese, durch § 142 Abs. 3 StGB begründeten, Pflichten zudem dem Betroffenen mehr abverlangen - insbesondere die aktive Kontaktaufnahme mit der Polizei oder anderen Unfallbeteiligten und das Bereithalten seines Fahrzeugs - als dem am Unfallort Anwesenden im Falle des § 142 Abs. 1 StGB, erklärt und rechtfertigt sich aus der Privilegierung desjenigen, der sich nach Ablauf der Wartefrist oder berechtigt oder entschuldigt entfernen durfte. Dem Ausnahmecharakter des § 142 Abs. 2 StGB widerspricht es, wenn auch derjenige, der dieses Privileg nicht in Anspruch nimmt, weil er den Unfall nicht bemerkt hat, gleichermaßen verpflichtet wird.

(3) Soweit die Rechtsprechung auf den Schutzzweck des § 142 StGB abstellt, die Durchsetzbarkeit zivilrechtlicher Ansprüche der Unfallbeteiligten untereinander zu sichern, lässt sich damit die in Rede stehende Auslegung nicht begründen. Dass 'nicht nur eine Flucht, sondern jedes näher umschriebene Sich-Entfernen vom Unfallort verboten und mit Strafe bedroht ist' (BTDrucks 7/3503, S. 4), lässt sich zwar 'zwanglos aus der Notwendigkeit erklären, die Interessen der von dem Unfall Betroffenen, vor allem die Ersatzansprüche der Geschädigten, zu sichern' (BTDrucks 7/2434, S. 4). Dieses Verbot gilt aber - wie jede Verbotsnorm - unabhängig davon, ob im Einzelfall der Betroffene Kenntnis von den tatsächlichen Voraussetzungen hat, an die es anknüpft. Die Schwierigkeit des Nachweises dieser Kenntnis - und darum geht es in den betroffenen Fällen - kann nicht durch den Hinweis auf die kriminalpolitische Bedeutsamkeit des Verbots umgangen werden."

§ 142 II Nr. 2 StGB erfasst also nicht die Fälle - wie den vorliegenden - in denen sich der Täter unvorsätzlich vom Unfallort entfernt hat. Ein berechtigtes oder entschuldigtes Entfernen des B ist somit nicht gegeben.

## II. Ergebnis

B ist nicht strafbar gem. § 142 II Nr. 2 StGB

### D. Strafbarkeit des B gem. § 142 I Nr. 1 StGB durch das Wegfahren von der Tankstelle

B könnte sich allerdings dadurch, dass er von der Tankstelle fortfuhr nachdem G ihn über den Unfall informiert hatte, wegen unerlaubten Entfernens vom Unfallort gem. § 142 I Nr. 1 StGB strafbar gemacht haben.

## I. Tatbestand

### 1. Unfall; Beteiligten

Ein Unfall im Straßenverkehr liegt vor (s.o.). B ist auch Unfallbeteiligter und somit tauglicher Täter des § 142 I Nr. 1 StGB (s.o.).

### 3. Entfernen vom Unfallort

B müsste sich durch das Wegfahren von der Tankstelle i.S.v. § 142 I StGB vom Unfallort entfernt haben. Dies erscheint fraglich, da die Fahrt des B von der Stelle, an der das Fahrzeug des G beschädigt wurde, also dem eigentlichen Unfallort, bis zur Tankstelle bereits ein vollendetes Entfernen vom Unfallort darstellte (s.o.). Hierzu führt das BVerfG aus: "Da § 142 Abs. 1 StGB - anders als § 142 Abs. 2 StGB - keinen abgeschlossenen Sachverhalt des Sich-Entfernt-Habens voraussetzt und ein Entfernens-Vorsatz grundsätzlich bis zur Beendigung der Tat durch ein erfolgreiches Sich-Entfernt-Haben gebildet werden kann, ist zwar eine verfassungskonforme Auslegung des § 142 Abs. 1 StGB denkbar, die Fälle erfasst, in denen der Täter nachträglich auf den Unfall hingewiesen wird und sich gleichwohl - weiter - von der Unfallstelle entfernt. Einer solchen Auslegung, die ähnlich bereits in der früheren Rechtsprechung vertreten wurde (vgl. BGHSt 14, 89 [92 ff.]; 18, 114 [119 ff.]), steht nicht von vornherein entgegen, dass sich der Unfallbeteiligte seit der Neufassung des § 142 StGB durch das 13. Strafrechtsänderungsgesetz bereits strafbar macht, sobald er den Unfallort verlässt (so aber BGHSt 28, 129 [131]), zumal der Begriff des Unfallorts - der sich hier über eine durch den Überholvorgang bestimmte größere Distanz erstreckt - der Konkretisierung durch die Rechtsprechung bedarf."

A hatte sich zwar bereits durch die Fahrt zur Tankstelle vom Unfallort entfernt (s.o.). Beendet ist ein Sich-Entfernen i.S.v. § 142 I StGB allerdings erst dann, wenn der Täter sich endgültig in Sicherheit gebracht hat, sodass mit seiner Identifizierung nicht mehr zu rechnen ist (BGH, StV 1983, 280; Schönke/Schröder-Cramer/Sternberg-Lieben, § 142 Rn 83; Tröndle/Fischer, § 142 Rn 61). Da B sich noch an der Tankstelle befand und auch noch von dem Geschädigten G verfolgt wurde, hatte er sich noch nicht endgültig in Sicherheit gebracht, sodass das Sich-Entfernen noch nicht beendet war. Dementsprechend stellt die Weiterfahrt des B von der Tankstelle ein weiteres Sich-Entfernen dar.

### 4. Keine Ermöglichung von Feststellungen

B hat sich auch entfernt, ohne die gem. § 142 I Nr. 1 StGB erforderlichen Feststellungen zu ermöglichen.

### 5. Vorsatz

Im Zeitpunkt des - weiteren - Sich-Entfernens durch das Wegfahren von der Tankstelle hatte B Vorsatz.

## II. Rechtswidrigkeit und Schuld

B handelte auch rechtswidrig und schuldhaft.

## III. Ergebnis

B hat sich gem. § 142 I Nr. 1 StGB strafbar gemacht.

*Literaturauswertung**Öffentliches Recht*

<b>Autor/Titel:</b>	Ehlers, Dirk: "Verwaltungsgerichtliche Feststellungsklage"
<b>Fundstelle:</b>	Jura 2007, 179 (Heft 3)
<b>Inhalt:</b>	Die Zulässigkeit und die Begründetheit der Feststellungsklage werden anhand kleiner Beispielfälle umfassend dargestellt, wobei der Schwerpunkt auf den Zulässigkeitsvoraussetzungen liegt. Insbesondere der Begriff des "Rechtsverhältnisses" nach § 43 I VwGo hat es dem Autor angetan.

<b>Autor/Titel:</b>	Pielow, Johann-Christian / Finger, Thorsten: "Der Anschluss- und Benutzungszwang im Kommunalrecht"
<b>Fundstelle:</b>	Jura 2007, 189 (Heft 3)
<b>Inhalt:</b>	Der Anschluss- und Benutzungszwang ist im Examen in vielerlei Hinsicht von Bedeutung. Die Probleme reichen von der Verfassungs- und Europarechtmäßigkeit solcher Regelungen über verwaltungsrechtliche Fragestellungen (Stichworte: Satzungsrechtliche Betretungsrechte; Beurteilungsspielraum der Gemeinde bei Festlegung des erforderlichen "öffentlichen Bedürfnisses") bis hin zu Problemen, die sich aus der privatrechtlichen Ausgestaltung des Benutzungsverhältnisses ergeben können.

*Zivilrecht*

<b>Autor/Titel:</b>	Keller, Christoph: "Der einstweilige Rechtsschutz im Zivilprozess - 1. Teil"
<b>Fundstelle:</b>	JURA 2007, 241 (Heft 4)
<b>Inhalt:</b>	Der Autor erläutert im Anschluss an seine Darstellungen in der JURA 2000, 491 ff. die Grundzüge des Arrestes gem. §§ 916 ff. ZPO. Der Beitrag ist insbesondere für Referendare sehr lesenswert. Es werden sämtliche Prüfungspunkte zur Zulässigkeitsprüfung und zur Begründetheitsprüfung gutachterlich abgearbeitet. Interessant ist der Beitrag insbesondere deshalb, weil der Verfasser sich ebenfalls umfangreich zur Entscheidung des Gerichts ihrer Form und dem Inhalt nach äußert.

<b>Autor/Titel:</b>	Wank, Rolf: "Arbeitsrecht und Handelsrecht im HGB"
<b>Fundstelle:</b>	JA 2007, 321 (Heft 5)
<b>Inhalt:</b>	Dieser Beitrag ist im Hinblick auf die neue Prüfungsordnung mit der deutlichen Zunahme der Gewichtung des Handelswesens und auch des Arbeitsrechts sehr empfehlenswert. Problematisch ist, dass das HGB nur insoweit nur bedingt systematisch aufgebaut ist. Für die Bearbeitung handelsrechtlicher Fälle ist zu beachten, dass grundsätzlich zwischen dem Außenverhältnis und dem Innenverhältnis zu unterscheiden ist, wobei das Handelsrecht in erster Linie das Außenverhältnis regelt. Dem Autor gelingt es, genau dieses Spannungsverhältnis zwischen Innen- und Außenverhältnis anschaulich darzustellen.

<b>Autor/Titel:</b>	Schreiber, Klaus: "Die Forderungsabtretung"
<b>Fundstelle:</b>	JURA 2007, 266 (Heft 4)
<b>Inhalt:</b>	Kenntnisse über die Forderungsabtretung gehören zum Standardwissen eines jeden Studenten und Referendars. Dieser Beitrag beinhaltet eine systematische Zusammenfassung der Probleme, die bei Zessionen regelmäßig in Klausuren und Hausarbeiten zu bearbeiten sind. Lesenswert ist diese Darstellung insbesondere auch deshalb, weil auch die Sonderformen der Abtretung behandelt werden. Dort sei das Augenmerk insbesondere gerichtet auf Sicherungszession, Globalzession und Factoring.

<b>Autor/Titel:</b>	Häuberlein, Martin: "Probleme beim Mieterwechsel"
<b>Fundstelle:</b>	JURA 2007, 291 (Heft 4)
<b>Inhalt:</b>	Der Verfasser stellt eine gutachterliche Klausurlösung aus dem Mietrecht dar. Das Mietrecht ist sehr examensrelevant. Probleme liegen hier bei der Haftung des Mieters wegen verspäteter Rückgabe der Wohnung und bei den Formalien der Kündigung. Weiterhin sind Ansprüche des Mieters wegen Nichterfüllung zu prüfen. Diese Klausur eignet sich daher gut zur materiellrechtlichen Vorbereitung und Wiederholung.

### *Strafrecht*

<b>Autor/Titel:</b>	Kapitza, Matthias: "Aus der Praxis: Nötigung durch Drohung mit Inkassounternehmen? - Zur Beurteilung privater Mahnschreiben"
<b>Fundstelle:</b>	JuS 2007, 442 (Heft 5)
<b>Inhalt:</b>	Der Verfasser befasst sich mit der Frage, ob die Drohung mit der Einschaltung eines privaten Inkassounternehmens, die in letzter Zeit zur einer immer häufiger angewandten Form der Durchsetzung von Forderungen geworden ist, eine strafbare Nötigung gem. § 240 StGB darstellt. Hierbei befasst er sich ausführlich mit der Frage der Verwerflichkeit, § 240 II StGB, eines solchen Vorgehens und kommt zu dem - zumindest bedenklichen - Ergebnis, dass diese gegeben ist.

<b>Autor/Titel:</b>	Küper, Wilfried: "§ 16 II StGB: eine Irrtumsregelung 'im Schatten' der allgemeinen Strafrechtslehre"
<b>Fundstelle:</b>	JURA 2007, 260 (Heft 4)
<b>Inhalt:</b>	Irrtumsprobleme sind ständig Gegenstand von Examensaufgaben im Strafrecht in beiden Examen. Eine wichtige Regelung hierbei ist neben §§ 16, 17 StGB auch § 16 II StGB, der oft übersehen wird, da er sich nur auf privilegierende Tatbestände bezieht und es hiervon nur wenige (examensrelevante) gibt. Inb. über § 216 StGB kann aber auch § 16 II StGB Examensrelevanz erlangen. In dem vorliegenden Aufsatz stellt der Verfasser zunächst dar, wie der in § 16 II StGB beschriebene Irrtum zu behandeln wäre, wenn es diese Vorschrift nicht gäbe. Das erfolgt eine Erklärung des Inhalts von § 16 II StGB unter Darstellung der verschiedenen denkbaren Anwendungsbereiche der Norm (bei objektiv oder subjektiv unrechts- bzw. schuld mindernden Merkmalen). Schließlich wird die Frage der Anwendung von Fahrlässigkeitstatbeständen bei einem entsprechenden Irrtum diskutiert. Dieser Aufsatz enthält in beispielsweise Darstellung sicherlich alles, was ein Examenskandidat je zu § 16 II StGB wissen muss - un einiges darüber hinaus.

<b>Autor/Titel:</b>	Geppert, Klaus: "Zum Begriff der 'heimtückischen' Tötung in § 211 StGB, vornehmlich an Hand neuerer höchstrichterlicher Rechtsprechung"
<b>Fundstelle:</b>	JURA 2007, 270 (Heft 4)
<b>Inhalt:</b>	Der Verfasser greift eines der (nicht nur im Examen) wichtigsten Mordmerkmale auf und geht - nach einer Herleitung der Legitimität dieses Merkmals - detailliert auf die einzelnen Merkmale der herrschenden Definition der Heimtücke ein, die er dann auch noch anhand aktueller Fallbeispiele erörtert. Sehr lesenswert.