

Öffentliches Recht

Standort: Organstreitverfahren

Problem: Antragsbefugnis einzelner Abgeordneter

BVERFG, BESCHLUSS VOM 12.03.2007
2 BvE 1/07 (NVWZ 2007, 685)

Problemdarstellung:

Gem. § 64 I BVerfGG muss jeder Antragsteller im Organstreitverfahren antragsbefugt sein, d.h. geltend machen können, dass er oder das Organ, dem er angehört, durch eine Maßnahme oder Unterlassung des Antragsgegners in seinen ihm durch das Grundgesetz übertragenen Rechten und Pflichten verletzt oder unmittelbar gefährdet ist. § 64 I BVerfGG lässt also neben der Geltendmachung eigener Rechte explizit auch die Prozessstandschaft von Organteilen für die Organe, denen sie angehören, zu.

Im vorliegenden Fall hatten nun Bundestagsabgeordnete sich gegen einen Bundeswehreininsatz im Rahmen der NATO-Mission in Afghanistan u.a. mit dem Argument gewandt, der Deutsche Bundestag sei dabei von der Bundesregierung in seinen Mitwirkungsrechten verletzt worden. Vom Wortlaut des § 64 I BVerfGG her wären sie mit dieser Rüge antragsbefugt gewesen, denn Bundestagsabgeordnete sind Teil des Deutschen Bundestages, könnten also auch Rechte des Deutschen Bundestages im Wege der Prozessstandschaft geltend machen. Das BVerfG erkennt diese Möglichkeit aber nur für Fraktionen, explizit nicht hingegen für einzelne Abgeordnete an. Zur Begründung seiner Ansicht beruft sich das BVerfG auf historische Gründe: Nach der Vorstellung des Parlamentarischen Rates sollte die Möglichkeit der Prozessstandschaft vor allem dazu dienen, Oppositionsfraktionen und damit der organisierten parlamentarischen Minderheit als dem Gegenspieler der Regierungsmehrheit den Rechtsweg zum Bundesverfassungsgericht zu eröffnen.

Den Abgeordneten bleibt nach dieser Rspr. im Organstreitverfahren nur die Möglichkeit, eigene Rechte geltend zu machen. Solche waren hier nicht betroffen, somit war der Antrag in der Hauptsache (und mit ihm der Antrag auf Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes nach § 32 BVerfGG) unzulässig.

Prüfungsrelevanz:

Das Organstreitverfahren gem. Art. 93 I Nr. 1 GG i.V.m. §§ 13 Nr. 5, 63 ff. BVerfGG gehört zu den examensrelevantesten Verfahrensarten vor dem BVerfG. Die Ansicht des BVerfG, wonach einzelne Abgeordnete

te nicht Rechte des Deutschen Bundestages einklagen können, sollte bekannt sein, da der Gesetzeswortlaut das Gegenteil suggeriert.

Dass es Abgeordneten ungeachtet dessen ungenommen ist, eigene Rechte geltend zu machen, versteht sich von selbst. Als solche kommen vor allem die aus dem "freien Mandat" des Art. 38 I 2 GG fließenden Rechte auf Teilnahme, Rede, Antragstellung, Information, Frage und Abstimmung im Parlament in Betracht. Aber auch an anderen Stellen weist das Grundgesetz Abgeordneten eigene Rechte zu. So ist bspw. ein Abgeordneter antragsbefugt, wenn er geltend macht, eine Durchsuchungsgenehmigung des Bundestagspräsidenten nach Art. 40 II 2 GG führe zu einer Beeinträchtigung des Beschlagsverbot aus Art. 47 S. 2 GG (BVerfG, RA 2003, 479 = DVBl 2003, 1316).

Vertiefungshinweise:

Antragsbefugnis im Organstreitverfahren: *VerfGH NRW*, RA 2006, 1 = *NWVB* 2006, 12; *BVerfG*, RA 2002, 139 = *DVBl* 2002, 193

Kursprogramm:

Examenskurs : "Die Bundeswehr - daheim und unterwegs"
 Examenskurs : "Monica"

Sachverhalt:

Die Anträge im Organstreitverfahren betreffen die Beteiligung bewaffneter deutscher Streitkräfte an dem Einsatz einer Internationalen Sicherheitsunterstützungstruppe in Afghanistan.

Nach dem Sturz des Taliban-Regimes einigten sich die größten ethnischen Gruppen Afghanistans im November und Dezember 2001 in der "Petersberger Konferenz" auf das "Übereinkommen über vorläufige Regelungen in Afghanistan bis zur Wiederherstellung dauerhafter staatlicher Institutionen" vom 5. Dezember 2001, die so genannte "Bonner Vereinbarung". Darin ersuchten die Teilnehmer der Konferenz den Sicherheitsrat der Vereinten Nationen, die baldige Entsendung einer Truppe im Rahmen eines Mandats der Vereinten Nationen in Erwägung zu ziehen; diese Truppe werde dazu beitragen, die Sicherheit in Kabul und den umgebenden Gebieten zu gewährleisten, und könne gegebenenfalls nach und nach auch in anderen Städten

und weiteren Gebieten eingesetzt werden. Am 20. Dezember 2001 genehmigte der Sicherheitsrat in seiner 4443. Sitzung die Einrichtung einer Internationalen Sicherheitsbeistandstruppe (International Security Assistance Force – ISAF), um die Afghanische Interimsverwaltung bei der Aufrechterhaltung der Sicherheit in Kabul und Umgebung zu unterstützen. Der Sicherheitsrat verlängerte im Folgenden diese Genehmigung, zuletzt in seiner 5521. Sitzung am 12. September 2006 um ein weiteres Jahr bis zum 13. Oktober 2007.

Die Bundesregierung beantragte am 21. Dezember 2001 die Zustimmung des Deutschen Bundestags zur Beteiligung deutscher Streitkräfte an dem Einsatz einer Internationalen Sicherheitsunterstützungstruppe in Afghanistan, die der Deutsche Bundestag am 22. Dezember 2001 erteilte. Zur Begründung ihres Antrags führte die Bundesregierung unter anderem aus, dass die Beteiligung bewaffneter deutscher Streitkräfte an der Internationalen Sicherheitsunterstützungstruppe ein wesentlicher Beitrag Deutschlands zur Implementierung des auf dem Petersberg in Gang gesetzten nationalen Versöhnungsprozesses in Afghanistan sei. Die völkerrechtliche Grundlage hierfür finde sich in der Bonner Vereinbarung und den Resolutionen des Sicherheitsrats zu Afghanistan. In verfassungsrechtlicher Hinsicht handelten die deutschen Streitkräfte bei ihrer Beteiligung an der Sicherheitsunterstützungstruppe in Umsetzung der Resolution 1386 (2001) des Sicherheitsrats der Vereinten Nationen vom 20. Dezember 2001 im Rahmen und nach den Regeln eines Systems gegenseitiger kollektiver Sicherheit im Sinne des Art. 24 Abs. 2 GG. Der zunächst auf ein halbes Jahr befristete Einsatz wurde im Folgenden aufgrund entsprechender Anträge der Bundesregierung verlängert, zuletzt bis zum 13. Oktober 2007. Status und Rechte der Internationalen Sicherheitsunterstützungstruppe richten sich nach den zwischen der NATO und der Regierung von Afghanistan getroffenen Vereinbarungen.

Am 8. Februar 2007 beantragte die Bundesregierung die Zustimmung des Deutschen Bundestags zu der deutschen Beteiligung an der NATO-geführten Internationalen Sicherheitsunterstützungstruppe in Afghanistan (ISAF) mit Fähigkeiten zur Aufklärung und Überwachung in der Luft. Zur Begründung heißt es unter anderem, bereits die am 28. September 2006 beschlossene Verlängerung des Mandats für die Fortsetzung der deutschen Beteiligung an ISAF habe unter der Erwartung der Ausweitung von ISAF auf ganz Afghanistan gestanden, die am 5. Oktober 2006 mit der Übernahme der Verantwortung für die ISAF-Ostregion vollzogen worden sei. Mit der Übernahme der Verantwortung im Süden und Osten des Landes stelle sich die NATO neuen Herausforderungen, insbesondere einer angespannteren Sicherheitslage. Notwendig sei daher aus Sicht der NATO auch die Fähigkeit zur Aufklärung aus der Luft. Der Auf-

klärung im gesamten Verantwortungsbereich von ISAF komme eine hohe Bedeutung zu. Der Antrag der Bundesregierung solle es ermöglichen, diese Fähigkeit in Ergänzung des bereits bestehenden deutschen Beitrags zu ISAF zu stellen. Für die Aufgabe der Aufklärung und Überwachung aus der Luft seien Aufklärungsflugzeuge vom Typ TORNADO RECCE vorgesehen, die über die Fähigkeit zur abbildenden Aufklärung am Tag und in der Nacht verfügten. In personeller Hinsicht sei der Einsatz von bis zu 500 Soldatinnen und Soldaten mit entsprechender Ausrüstung zusätzlich vorgesehen. Der Deutsche Bundestag stimmte diesem Antrag am 9. März 2007 zu. Der Vollzug des Beschlusses hat noch am selben Tage begonnen.

Die Antragsteller haben am 9. März 2007 Anträge im Organstreitverfahren sowie einen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung gestellt. Zur Begründung der Organklagen tragen sie vor, ihre Antragsbefugnis ergebe sich zum einen aus der möglichen Verletzung ihrer Rechte aus Art. 38 Abs. 1 Satz 2 GG und zum anderen daraus, dass sie in Prozessstandschaft die Verletzung von Rechten des Bundestags durch die Bundesregierung geltend machten. Die prozessstandtschaftliche Wahrnehmung von Rechten des Bundestags habe das Bundesverfassungsgericht zwar bislang nur Fraktionen, nicht aber einzelnen Abgeordneten des Bundestags zugestanden. Der vorliegende Fall biete indessen Anlass, diese Rechtsprechung grundlegend zu überdenken; zumindest müsse für Fälle wie diesen eine Ausnahme zugelassen werden.

Aus den Gründen:

Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung ist unbegründet.

A. Folgenabwägung

Nach § 32 Abs. 1 BVerfGG kann das Bundesverfassungsgericht im Streitfall einen Zustand durch einstweilige Anordnung vorläufig regeln. Dabei müssen die Gründe, welche für die Verfassungswidrigkeit der angegriffenen Maßnahme sprechen, außer Betracht bleiben. Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung ist jedoch nur begründet, wenn eine vorläufige Regelung zur Abwehr schwerer Nachteile, zur Verhinderung drohender Gewalt oder aus einem anderen wichtigen Grund zum allgemeinen Wohl dringend geboten ist. Der Erlass einer einstweiligen Anordnung im Organstreitverfahren bedeutet einen Eingriff des Bundesverfassungsgerichts in die Autonomie eines anderen Verfassungsorgans. Bei der Prüfung der Voraussetzungen des § 32 BVerfGG ist deshalb grundsätzlich ein strenger Maßstab anzulegen (vgl. BVerfGE 104, 23 [27]; 106, 51 [58]; 108, 34 [41]). Der Erlass kann allein der vorläufigen Sicherung des strittigen organstreitlichen Rechts der Antragsteller dienen, damit es nicht im Zeitraum bis zur Entscheidung der Hauptsache durch Schaffung vollendeter Tatsachen überspielt

wird (vgl. BVerfGE 89, 38 [44]; 96, 223 [229]; 98, 139 [144]; 108, 34 [41]). In dem hier zu beurteilenden Fall ist ein besonders strenger Maßstab auch deshalb geboten, weil eine Maßnahme mit völkerrechtlichen und außenpolitischen Auswirkungen in Rede steht (vgl. BVerfGE 33, 195 [197]; 83, 162 [171 f.]; 88, 173 [179]; 89, 38 [43]; 108, 34 [41]).

B. Erfolgsaussichten der Hauptsache

Für eine einstweilige Anordnung ist kein Raum, wenn der in der Hauptsache gestellte Antrag sich von vornherein als unzulässig oder als offensichtlich unbegründet erweist. Die in der Hauptsache gestellten Anträge sind unzulässig.

I. Antragsbefugnis

Anträge im Organstreitverfahren sind gemäß § 64 Abs. 1 BVerfGG nur zulässig, wenn ein Antragsteller schlüssig behauptet, dass er und der Antragsgegner an einem verfassungsrechtlichen Rechtsverhältnis unmittelbar beteiligt sind und dass der Antragsgegner hieraus erwachsende verfassungsmäßige Rechte und Zuständigkeiten des Antragstellers oder des Organs, dem er angehört, durch die beanstandete Maßnahme oder das Unterlassen verletzt oder unmittelbar gefährdet hat; schlüssig ist die Behauptung, wenn die Rechtsverletzung nach dem vorgetragenen Sachverhalt möglich erscheint (vgl. BVerfGE 80, 188 [209]; 93, 195 [203 f.]; 102, 224 [231 f.]).

1. Prozessstandschaft einzelner Abgeordneter für den Deutschen Bundestag

Soweit die Antragsteller geltend machen, die Bundesregierung habe Rechte des Bundestags aus Art. 59 Abs. 2 und Art. 20 Abs. 2 GG verletzt, indem sie es unterlassen habe, einem "das Zustimmungsgesetz zum NATO-Vertrag überschreitenden stillen Bedeutungswandel von Art. 1 NATO-Vertrag entgegenzuwirken", und sich "aktiv an diesem Bedeutungswandel beteiligt" habe, setzt die Zulässigkeit des Antrags voraus, dass die Antragsteller befugt sind, Rechte des Bundestags im Wege der Prozessstandschaft geltend zu machen.

a. Grundsätzliche Zulässigkeit im Organstreitverfahren gem. § 64 I BVerfGG

Die Prozessstandschaft ist eine Ausnahme von dem allgemeinen verfahrensrechtlichen Grundsatz, dass Verfahrensbeteiligte nur eigene Rechte geltend machen können, und bedarf daher einer ausdrücklichen gesetzlichen Zulassung (vgl. BVerfGE 60, 319 [325]; 90, 286 [343]). Eine solche gesetzliche Zulassung der Prozessstandschaft findet sich in den § 63, § 64 Abs. 1 BVerfGG, wonach Organteile Rechte des Organs geltend machen können. Die Regelung ist eng auszulegen.

b. Für Fraktionen anerkannt

Nach überkommener Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts bezieht sie sich lediglich auf ständig vorhandene Gliederungen des Bundestags (so bereits BVerfGE 2, 143 [160]). Das Bundesverfassungsgericht hat auf dieser Grundlage insbesondere die Befugnis der Fraktionen des Bundestags anerkannt, Rechte des Gesamtparlaments in Prozessstandschaft geltend zu machen (vgl. BVerfGE 2, 143 [165]; 45, 1 [28]; 90, 286 [336]; 100, 266 [268]; 103, 81 [86]; 104, 151 [193]; 105, 197 [220]; 113, 113 [121]). Daneben können etwa die in einen Untersuchungsausschuss entsandten Mitglieder einer Fraktion, sofern diese mindestens ein Viertel der Mitglieder des Bundestags umfasst, die Rechte der Einsetzungsminderheit im Sinne des Art. 44 Abs. 1 Satz 1 GG geltend machen (vgl. BVerfGE 105, 197 [220 f.]).

c. Nicht für einzelne Abgeordnete

Der einzelne Abgeordnete ist nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts dagegen kein Organteil im genannten Sinne; er ist daher nicht befugt, im Organstreit Rechte des Bundestags als Prozessstandschafter geltend zu machen (vgl. BVerfGE 90, 286 [343 f.]; vgl. auch bereits BVerfGE 67, 100 [126]). Das Vorbringen der Antragsteller gibt keinen Anlass, von dieser Rechtsprechung abzuweichen. Zwar trifft es zu, dass jeder einzelne Abgeordnete "Teil" des Bundestags ist und § 64 Abs. 1 BVerfGG es seinem Wortlaut nach genügen lässt, wenn ein Organteil im Sinne des § 63 BVerfGG Rechte des Organs, dem es angehört, geltend macht. Der Ausschluss des einzelnen Abgeordneten von der prozessstandschaftlichen Wahrnehmung von Rechten des Bundestags rechtfertigt sich jedoch aus dem aus der Entstehungsgeschichte ersichtlichen Zweck der Öffnung des Organstreitverfahrens für andere Beteiligte als die obersten Bundesorgane. Dies ist vor dem Hintergrund der weitgehenden Übereinstimmung von Regierung und der sie tragenden Parlamentsmehrheit im parlamentarischen Regierungssystem zu sehen und soll nach der Vorstellung des parlamentarischen Rates vor allem dazu dienen, Oppositionsfraktionen und damit der organisierten parlamentarischen Minderheit als dem Gegenspieler der Regierungsmehrheit den Rechtsweg zum Bundesverfassungsgericht zu eröffnen, um somit die tatsächliche Geltendmachung der dem Parlament im Verfassungsgefüge zukommenden Rechte zu ermöglichen (vgl. BVerfGE 90, 286 [344] mit Nachweisen zur Debatte im Parlamentarischen Rat).

2. Eigene Rechte der Abgeordneten

Soweit die Antragsteller eine Verletzung eigener Rechte durch Maßnahmen oder Unterlassungen der Bundesregierung geltend machen, fehlt es bereits an der schlüssigen Darlegung eines die Antragsteller und die Bundesregierung umschließenden Verfassungs-

rechtsverhältnisses (zu diesem Erfordernis BVerfGE 1, 208 [221]; 60, 175 [199]; 84, 290 [297]; stRspr).

a. Freies Mandat

Der Vortrag der Antragsteller, die Bundesregierung verletze sie in ihren aus Art. 38 Abs. 1 GG folgenden Rechten, indem sie an einer Änderung des NATO-Vertrages ohne formelle, gemäß Art. 59 Abs. 2 GG einen Gesetzesbeschluss des Bundestags erfordernde Vertragsänderung mitwirke, ist nicht geeignet, ein derartiges Rechtsverhältnis darzulegen.

Die Frage nach dem verfassungsrechtlichen Erfordernis eines Zustimmungsgesetzes nach Art. 59 Abs. 2 GG betrifft die Abgrenzung der Kompetenzen von Bundestag und Bundesregierung und berührt nicht den Status des einzelnen Abgeordneten. Die Kompetenzen des Bundestags stellen nicht lediglich eine Bündelung der Kompetenzen seiner Mitglieder dar, er ist vielmehr als oberstes Bundesorgan selbst Inhaber originärer Kompetenzen (vgl. BVerfGE 90, 286 [342 f.]). Das in Art. 59 Abs. 2 GG genannte Erfordernis der Zustimmung des Bundestags zu völkerrechtlichen Verträgen, die die politischen Beziehungen des Bundes regeln oder sich auf die Gesetzgebung des Bundes beziehen, in Form eines Bundesgesetzes enthält der Sache nach einen besonderen Gesetzesvorbehalt, ist ein Element der Gewaltenteilung (vgl. BVerfGE 68, 1 [86]) und beinhaltet daher eine derartige, dem Bundestag als oberstem Verfassungsorgan zukommende Kompetenz. Zwar nimmt der Bundestag seine Befugnisse nicht losgelöst von seinen Mitgliedern wahr und ist jeder einzelne Abgeordnete berufen, an der Arbeit des Bundestags, seinen Verhandlungen und Entscheidungen teilzunehmen (vgl. BVerfGE 80, 188 [217 f.]; 90, 286 [343]). Das Recht auf Mitwirkung an der parlamentarischen Arbeit als solches begründet jedoch ein unmittelbares Rechtsverhältnis lediglich zwischen dem Abgeordneten und dem Bundestag (vgl. BVerfGE 90, 286 [343]), nicht jedoch folgt daraus eine Befugnis des einzelnen Abgeordneten, alle dem Bundestag als Organ im Verhältnis zu anderen Verfassungsorganen zukommenden Befugnisse geltend zu machen. Vor diesem Hintergrund ist auch der Verweis der Antragsteller auf das gemäß § 105 der Geschäftsordnung des Bundestags jedem einzelnen Abgeordneten zustehende Recht, Fragen an die Bundesregierung zu richten, nicht geeignet, im vorliegenden Fall die Antragsbefugnis der Antragsteller zu begründen.

b. Mittelbare Eigenbetroffenheit der Abgeordneten bei Betroffenheit der Rechte des Deutschen Bundestages

Entgegen der Ansicht der Antragsteller kann schließlich auch eine von ihnen behauptete mittelbare Rechtsverletzung ihre Antragsbefugnis im Organstreitverfahren nicht begründen. Die Annahme, die behauptete Verletzung der Rechte des Bundestags führe zu einer mittelbaren, die Antragsbefugnis im Organstreit-

verfahren begründenden Rechtsverletzung der Antragsteller, liefe im Ergebnis auf eine Geltendmachung von Rechten des Bundestags durch die Antragsteller und damit auf eine Umgehung der dargelegten engen Voraussetzungen, die § 64 Abs. 1 BVerfGG an die prozessstandschaftliche Geltendmachung fremder Rechte im eigenen Namen im Organstreitverfahren stellt, hinaus.

c. Mitwirkung an der Gesetzgebung

Mit ihrer Rüge, der Bundestag habe durch seinen Beschluss vom 9. März 2007 über den Antrag der Bundesregierung vom 8. Februar 2007 einen Militäreinsatz ermöglicht, der nur nach Änderung des NATO-Vertrages unter parlamentarischer Beteiligung in Form eines Zustimmungsgesetzes hätte ermöglicht werden dürfen, haben die Antragsteller eine mögliche Verletzung oder Gefährdung eigener Statusrechte ebenfalls nicht dargetan. Die Antragsteller meinen, der Bundestag hätte den Antrag der Bundesregierung zurückweisen müssen, um nicht an einer stillschweigenden Änderung des Zustimmungsgesetzes zum NATO-Vertrag mitzuwirken. Durch den gleichwohl gefassten Beschluss sei ihr Recht auf Mitwirkung an dem "eigentlich notwendigen" Gesetzgebungsverfahren verletzt. Dem kann nicht gefolgt werden.

Die von den Antragstellern behauptete Verfassungswidrigkeit des angegriffenen Beschlusses bildet nicht den Gegenstand eines Verfassungsrechtsverhältnisses zwischen den Antragstellern und dem Bundestag. Es fehlt insoweit an eigenen Rechten der Antragsteller als Bezugspunkt eines solchen Verfassungsrechtsverhältnisses.

So wird der Status der Antragsteller nicht von der Frage berührt, ob ein Beschluss des Bundestags rechtswirksam ist oder nicht (vgl. bereits BVerfGE 2, 143 [167]). Das Grundgesetz verleiht den Antragstellern kein eigenes Recht im Sinne des § 64 Abs. 1 BVerfGG dahingehend, dass das Verhalten des Bundestags in jeder Hinsicht, auch soweit es ihren Status nicht berührt, mit dem Grundgesetz in Einklang steht; für eine umfassende, von eigenen Rechten des Antragstellers losgelöste, abstrakte Kontrolle der Verfassungsmäßigkeit der angegriffenen Maßnahme ist im Organstreit kein Raum (vgl. BVerfGE 73, 1 [29]; 80, 188 [212]; 104, 151 [193 f.]). Das Organstreitverfahren dient dem Schutz der Rechte der Staatsorgane im Verhältnis zueinander, nicht einer allgemeinen Verfassungsaufsicht (BVerfGE 100, 266 [268]). Mit den Rügen, der Bundestag habe dem Antrag der Bundesregierung zu Unrecht zugestimmt und in der Form eines einfachen Parlamentsbeschlusses anstatt in der Form eines Gesetzes entschieden, zielt der hier gestellte Antrag auf eine solche allgemeine Verfassungskontrolle. Er ist in der Sache darauf gerichtet, die Vereinbarkeit des angegriffenen Beschlusses mit Art. 24 Abs. 2 und Art. 59 Abs. 2 GG durch das Bundesverfassungsgericht überprüfen

zu lassen. Diese Normen begründen jedoch keine Statusrechte der Antragsteller.

d. Informationsrechte

Etwas anderes gilt auch nicht deswegen, weil - wie die Antragsteller meinen - der wesentliche Entscheidungsgegenstand durch den angegriffenen Beschluss des Bundestags "verdeckt und unsichtbar" gemacht worden sei und dass es daher an einer hinreichenden Information der Abgeordneten über das, worüber sie zu entscheiden gehabt hätten, gefehlt habe. Zum einen läge ein solches Informationsdefizit im Falle der Antragsteller gerade nicht vor, da ihnen nach ihrem Vorbringen der aus ihrer Sicht "eigentliche" Entscheidungsgegenstand - die faktische Änderung des NATO-Vertrages - bewusst war. Zum anderen hätte die Rechtsauffassung der Antragsteller die Konsequenz, dass nahezu jede formell oder materiell verfassungswidrige Entscheidung des Bundestags zugleich auch Rechte des einzelnen Abgeordneten verletzte, weil eine Information der Abgeordneten über die richtiger und rechtmäßigerweise zu treffende Entscheidung in einem solchen Fall nicht gegeben wäre. Mit der Behauptung, die jeweils in Rede stehende Entscheidung - sei es ein Gesetzesbeschluss, sei es eine sonstige

Maßnahme des Parlaments - hätte allenfalls unter anderen verfassungsrechtlichen Voraussetzungen getroffen werden können, wäre - träfe die Ansicht der Antragsteller zu - immer auch eine Verletzung von Informationsrechten der Abgeordneten im Hinblick auf die verfassungsrechtlich zulässige Alternative vorgetragen. Das Organstreitverfahren würde auf diesem Wege zu einem objektiven Beanstandungsverfahren für Abgeordnete, deren verfassungsrechtliche Auffassungen von der Parlamentsmehrheit nicht geteilt werden, und nötigte das Bundesverfassungsgericht, in diesen Fällen stets die Verfassungsmäßigkeit der fraglichen Maßnahme in jeder Hinsicht zu untersuchen. Denn erst wenn deren Verfassungsmäßigkeit verneint wird, kann sich in einem zweiten Schritt die Frage stellen, wie das jeweils angestrebte Regelungsziel verfassungskonform erreicht werden könnte und welche Verfahrensrechte die Abgeordneten im Rahmen einer verfassungsrechtlich zulässigen Alternative gehabt hätten. Diese Verfahrensrechte sind aber nicht schon deswegen zwangsläufig in einer die Antragsbefugnis im Rahmen des Organstreitverfahrens eröffnenden Weise verletzt, weil sich die Mehrheit des Bundestags nicht für die von den Antragstellern allein für verfassungsmäßig gehaltene Alternative entschieden hat.

Standort: Amtshaftung

Problem: "Rechtsmittel" i.S.d. § 839 III BGB

OVG MÜNSTER, URTEIL VOM 15.11.2006
6 A 131/05 (NWVBL 2007, 230)

Problemdarstellung:

Im vorliegenden Fall hatte es ein Beamter aufgrund einer ihm fehlerhaft erteilten Auskunft unterlassen, Umzugskostenerstattung zu beantragen. Den ihm daraus entstandenen Schaden verlangte er nun von seinem Dienstherrn ersetzt. Das OVG lässt seinen Schadensersatzanspruch jedoch am Rechtsgedanken des § 839 III BGB scheitern: Ein "Rechtsmittel" im Sinne dieser Vorschrift könne auch ein Antrag sein. Der Kläger habe dessen Stellung ferner auch schuldhaft (vgl. § 839 III BGB: "vorsätzlich oder fahrlässig") unterlassen, weil er nicht auf die ihm erteilte, fehlerhafte Auskunft habe vertrauen dürfen. Zwar könne man sich grds. auf amtliche Auskünfte verlassen; den Kläger träfen aber gesteigerte Sorgfalts- und Prüfungspflichten, weil er seinerseits Beamter sei.

Prüfungsrelevanz:

Der Fall enthält einige bemerkenswerte Umstände, die für das erste und zweite juristische Staatsexamen relevant sind:

I. Zunächst ist natürlich wichtig, dass die Rspr. den Begriff des "Rechtsmittels" i.S.d. § 839 III BGB nicht in einem engen, förmlichen Sinne versteht, sondern in

einem weiten Sinne dergestalt, dass dazu alle Möglichkeiten gehören, die dem Geschädigten zur Verfügung stehen, um den Schaden abzuwenden. Dazu gehören förmliche (Berufung, Revision) ebenso wie nicht förmliche (Gegenvorstellung), und gerichtliche (Klage) ebenso wie außergerichtliche (Widerspruch). Auch ein Antrag kann also ein Rechtsmittel in diesem Sinne sein.

II. Man fragt sich bei genauerer Betrachtung, warum eigentlich das OVG NRW etwas zu § 839 III BGB sagt, wo doch gem. Art. 34 a.E. GG Amtshaftungsansprüche stets vor den ordentlichen Gerichten geltend zu machen sind. Hier ging es zwar um einen Anspruch eines Beamten aus dem Beamtenverhältnis, so dass eigentlich § 126 I BRRG als aufdrängende Sonderzuweisung Anwendung gefunden hätte; Art. 34 S. 3 GG ist aber auch im Verhältnis zu diesem höherrangiges Recht, so dass es bei der abdrängenden Sonderzuweisung zu den ordentlichen Gerichten hätte bleiben müssen.

Die Antwort liegt in dem vom Kläger geltend gemachten Anspruch: Er berief sich nicht auf Amtshaftung nach Art. 34 GG i.V.m. § 839 BGB, sondern klagte aus Verletzung der Fürsorgepflichten des Dienstherrn (im Fall: nach §§ 85 ff. LBG NRW). Hierfür erkennt die Rspr. einen eigenen, beamtenrechtlichen Schadensersatzanspruch an, der mit dem Amtshaftungsanspruch seinen Voraussetzungen nach im wesentlichen iden-

tisch, im Gegensatz zu diesem aber über § 126 I BRRG auf dem Verwaltungsrechtsweg einzuklagen ist. Deshalb fand im konkreten Fall auch nicht § 839 III BGB selbst, sondern nur der „*Rechtsgedanke*“ des § 893 III BGB Anwendung, wie das OVG beiläufig bemerkt. Dieser beamtenrechtliche Schadensersatzanspruch wegen Verletzung der Fürsorgepflicht tritt neben den Amtshaftungsanspruch, was angesichts der identischen Voraussetzungen i.E. nur bedeutet, dass der geschädigte Beamte die Wahl hat, ob er vor die ordentlichen Gerichte (gestützt auf den Amtshaftungsanspruch) oder die Verwaltungsgerichte (gestützt auf seinen beamtenrechtlichen Schadensersatzanspruch) zieht. Er wird sich schon allein wegen § 86 I VwGO in aller Regel für letzteres entscheiden.

Vertiefungshinweise:

- Begriff des „Rechtsmittels“ i.S.d. § 839 III BGB: *BVerwG*, ZBR 2003, 137; *OVG NRW*, IÖD 2004, 17
- Beamtenrechtlicher Schadensersatzanspruch wegen Verletzung der Fürsorgepflicht: Grundlegend *BVerwGE* 13, 17; ferner *BVerwGE* 25, 138, 141; 53, 12, 21; *BVerwG*, NVwZ 1998, 400; *Ritgen*, ZRB 1996, 386

Leitsätze (der Redaktion):

1. Auch ein förmlicher Antrag kann ein „Rechtsmittel“ i.S.d. § 839 III BGB sein.
2. Soweit ein Beamter mit der Stellung von Anträgen und der Anwendung von Rechtsvorschriften generell vertraut ist, darf er auf ihm amtlich erteilte Auskünfte nicht ohne weiteres vertrauen. Es ist ihm vielmehr zuzumuten, bei Zweifeln selbst eine Klärung durch Stellung von Anträgen oder Einlegung von Rechtsbehelfen herbei zu führen.

Sachverhalt:

Der Kläger steht als Regierungsamtmann im Dienst des beklagten Landes. Bis Ende September 1997 war er beim Landesamt für Besoldung und Versorgung (LBV) in Düsseldorf tätig. Zum 1. Oktober 1997 wurde er mit dem Ziel der Versetzung an das Staatliche Rechnungsprüfungsamt (RPA) N. abgeordnet. Er zog daraufhin noch im Oktober 1997 von E. in das ca. 40 km von N. entfernte P. um.

Mit Bescheid des LBV vom 4. März 1998 wurde der Kläger zum 1. April 1998 an das RPA N. versetzt. In dem Bescheid heißt es außerdem: „Gleichzeitig sage ich Ihnen für einen erforderlichen Umzug aus Anlass Ihrer Versetzung zum Staatlichen Rechnungsprüfungsamt N. Umzugskostenvergütung zu“.

Der Kläger wandte sich daraufhin noch im März 1998 an die für Personalangelegenheiten zuständige Verwaltungsleiterin des RPA N. Von ihr erhielt er die mündliche Auskunft, ihm stehe bezüglich seines Umzugs nach P. keine Umzugskostenvergütung zu, weil

dieser Umzug bereits vor Erlass des Bescheides vom 4. März 1998 stattgefunden habe.

Im Juli 2000 erfuhr der Kläger, dass diese Auskunft möglicherweise unzutreffend gewesen sein könnte. Er stellte daraufhin mit Schreiben vom 31. Juli 2000 beim RPA N. einen förmlichen Antrag auf Gewährung von Umzugskostenvergütung. Mit Bescheid vom 10. August 2000 lehnte das RPA N. diesen Antrag ab. Nach erfolgloser Durchführung eines Widerspruchsverfahrens erhob der Kläger Klage. Das Verwaltungsgericht wies die Klage ab. In den Entscheidungsgründen führte es aus: Entgegen der mündlichen Auskunft habe der Kläger zwar einen Anspruch auf Umzugskostenvergütung gehabt. Er habe den zur Geltendmachung dieses Anspruchs erforderlichen schriftlichen Antrag jedoch nicht innerhalb der einjährigen Ausschlussfrist nach § 1 Abs. 1 des Landesumzugskostengesetzes NRW (LUKG) i.V.m. § 2 Abs. 2 Satz 2 des Bundesumzugskostengesetzes (BUKG) gestellt. Einen Antrag auf Zulassung der Berufung gegen dieses Urteil lehnte der Senat mit Beschluss vom 28. November 2002 - 6 A 4501/01 - ab.

Mit Schreiben vom 13. Juni 2003 beantragte der Kläger beim RPA N., ihm gegenüber anzuerkennen, dass ihm wegen der fehlerhaften Auskunft vom März 1998 ein Anspruch auf Schadensersatz wegen Verletzung der allgemeinen Fürsorgepflicht zustehe.

Mit Bescheid vom 3. Juli 2003 lehnte das RPA N. diesen Antrag ab. Zur Begründung führte es aus: Eine Fürsorgepflichtverletzung könne in der fehlerhaften Auskunft nicht gesehen werden. Der Dienstherr sei nicht verpflichtet, seine Beamten von sich aus auf alle für sie in Betracht kommenden Antragsmöglichkeiten hinzuweisen. Als langjähriger Beamter mit entsprechendem Fachwissen hätte der Kläger sich im Übrigen mit der ihm erteilten mündlichen Auskunft zur Umzugskostenvergütung nicht begnügen dürfen, sondern rechtzeitig einen schriftlichen Antrag stellen müssen. Dies wäre ihm zumutbar und möglich gewesen. Einen hiergegen erhobenen Widerspruch wies das RPA N. mit Widerspruchsbescheid vom 21. Oktober 2003 zurück.

Am 17. November 2003 hat der Kläger Klage erhoben. Mit dem angefochtenen Urteil hat das Verwaltungsgericht das beklagte Land verpflichtet, dem Kläger denjenigen Schaden zur Hälfte zu ersetzen, der ihm auf Grund der Auskunft vom März 1998, ihm stehe keine Umzugskostenvergütung zu, entstanden ist, und auf den zu leistenden Schadensersatz 5% Zinsen über dem Basiszinssatz der Europäischen Zentralbank ab Rechtshängigkeit zu zahlen. Die - vom Senat zugelassene - Berufung des beklagten Landes hatte Erfolg.

Aus den Gründen:

Die Berufung ist begründet, die Anschlussberufung - deren Zulässigkeit unterstellt - hingegen unbegründet.

A. Zulässigkeit der Klage

Die Klage ist im Ergebnis zulässig. Sie ist jedenfalls mit dem im Berufungsverfahren formulierten Antrag mit Blick auf § 86 Abs. 3 der Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) einer Auslegung zugänglich, welche die Bedenken vermeidet, die gegen den erstinstanzlichen Antrag angemeldet werden können. Auch steht die Rechtskraft des Urteils des Verwaltungsgerichts vom 19. September 2001 - 4 K 4219100 - der Zulässigkeit der Klage nicht entgegen. Nach § 121 VwGO entfalten rechtskräftige Urteile Bindungswirkung, soweit über den Streitgegenstand entschieden worden ist. Streitgegenstand des genannten Verfahrens war allein ein möglicher Anspruch des Klägers auf Gewährung von Umzugskostenvergütung. Über etwaige Schadensersatzansprüche wurde nicht entschieden.

B. Begründetheit der Klage

Die Klage ist aber unbegründet. Der Bescheid des RPA N. vom 3. Juli 2003 und dessen Widerspruchsbescheid vom 21. Oktober 2003 sind rechtmäßig und verletzen den Kläger nicht in seinen Rechten (§ 113 Abs. 5 VwGO). Der Kläger hat keinen Anspruch auf Schadensersatz wegen der ihm im März 1998 von der zuständigen Sachbearbeiterin des RPA N. erteilten Auskunft, ihm stehe für seinen im Oktober 1997 durchgeführten Umzug von E. nach P. Umzugskostenvergütung nicht zu. Dem gemäß ist das angefochtene Urteil zu ändern und die Klage in vollem Umfang abzuweisen.

I. Anspruchsvoraussetzungen

Nach § 85 des Landesbeamtengesetzes NRW (LBG) hat der Dienstherr im Rahmen des Dienst- und Treueverhältnisses für das Wohl des Beamten und seiner Familie zu sorgen. Er schützt ihn bei seiner amtlichen Tätigkeit und in seiner Stellung als Beamter. Ein Schadensersatzanspruch wegen Verletzung dieser Fürsorgepflicht setzt zunächst voraus, dass die für den Dienstherrn handelnden Personen schuldhaft eine gegenüber dem Beamten bestehende Pflicht des Dienstherrn verletzt haben und dem Beamten dadurch adäquat kausal ein Vermögensschaden erwachsen ist. Es spricht einiges dafür, dass das Verwaltungsgericht das Vorliegen dieser Voraussetzungen hier im Grundsatz zu Recht bejaht hat.

II. Ausschluss gem. dem Rechtsgedanken des § 839 III BGB

Ein Schadensersatzanspruch des Klägers ist jedoch auf Grund des Rechtsgedankens des § 839 Abs. 3 BGB ausgeschlossen. Der Rechtsgedanke, dass eine Ersatzpflicht nicht eintritt, wenn der Verletzte es vorsätzlich oder fahrlässig unterlassen hat, den Schaden durch Gebrauch eines Rechtsmittels abzuwenden, fordert im Verwaltungsrecht dann Geltung, wenn für den Verzicht auf das Rechtsmittel kein hinreichender Grund

bestand (BVerwGE 29, 309). Das gilt auch bei von einem Beamten gegenüber seinem Dienstherrn geltend gemachten Schadensersatzansprüchen wegen Fürsorgepflichtverletzung (BVerwG, ZBR 1986, 179; Buchholz 232 § 79 BBG Nr. 76). Dieser Rechtsgedanke ist mit dem Rechtsinstitut des mitwirkenden Verschuldens im Sinne des § 254 BGB verwandt, geht aber über ihn hinaus (vgl. BVerwGE 107, 29; BVerwG, Buchholz 237.5 § 8 HeLBG Nr. 6). Die Anwendung des § 839 Abs. 3 BGB führt zur völligen Haftungsfreistellung, während nach § 254 BGB eine Abwägung der beiderseitigen Verursachungsbeiträge stattzufinden hat (vgl. BGH, NJW 1978, 1522).

1. Antrag als "Rechtsmittel"

Der Begriff des "Rechtsmittels" im Sinne des § 839 Abs. 3 BGB ist nicht im engen technischen Sinne zu verstehen, sondern weit zu fassen. Darunter fallen alle förmlichen und nichtförmlichen Rechtsbehelfe, die sich unmittelbar gegen die schädigende Amtshandlung oder Unterlassung richten, deren Beseitigung oder Berichtigung bezwecken und der Abwendung des Schadens dienen (BGH, a.a.O.). Dies können je nach Sachlage auch Gegenvorstellungen sein. Die Erhebung einer Gegenvorstellung - einmal unterstellt, der Kläger habe eine solche tatsächlich erhoben - war im vorliegenden Fall nicht ausreichend. Der Kläger hätte vielmehr zunächst den nach § 1 I LUKG i.V.m. § 2 II 2 BUKG vorgeschriebenen schriftlichen Antrag auf Umzugskostenvergütung stellen und dann im Falle der Ablehnung weitere förmliche Rechtsbehelfe einlegen müssen. Bereits ein förmlicher Antrag kann, wenn das entsprechende Begehren zuvor nur formlos geltend gemacht worden war, ein Rechtsmittel i.S.d. § 839 III BGB sein (BVerwG, ZBR 2003, 137; OVG NRW, IÖD 2004, 17).

2. Gegenansicht

Das Verwaltungsgericht hat sich zur Begründung seiner gegenteiligen Ansicht auf die o.a. Entscheidung des BGH vom 23. Februar 1978 - III ZR 97/76, NJW 1978, 1522, berufen. Anders als in dem dort entschiedenen Fall hatte sich der Kläger hier jedoch mit einem konkreten Leistungsbegehren an seine Behörde gewandt. Es ging ihm von Anfang an um die Zahlung einer Umzugskostenvergütung. Mit der Stellung eines entsprechenden förmlichen Antrags hätte er dieses Begehren lediglich weiter verfolgt, nicht jedoch ein neues, selbständiges Verwaltungsverfahren eingeleitet. Die Aussage, dass ein förmlicher Antrag generell nicht zu den Rechtsmitteln im Sinne des § 839 Abs. 3 BGB zählt, ist der Entscheidung des BGH nicht zu entnehmen.

Der Senat schlosse sich einer solchen Auffassung auch nicht an: Kamen die Einlegung eines Widerspruchs oder die Erhebung einer Klage von vornherein nicht in Betracht, weil der Betreffende - wie hier - noch nicht

einmal einen förmlichen Antrag auf die begehrte Leistung gestellt hatte, so kann er im Rahmen des § 839 Abs. 3 BGB letztlich nicht anders behandelt werden, als wenn er die Einlegung eines der genannten Rechtsmittel gegen einen ablehnenden Bescheid unterlassen hat.

3. Schuldhaftes Unterlassen

Es bestand für den Kläger auch kein hinreichender Grund, von der Stellung eines schriftlichen Antrags auf Umzugskostenvergütung abzusehen. Zur Vermeidung der Rechtsfolgen des § 839 Abs. 3 BGB ist die Einlegung eines Rechtsmittels - entgegen der Ansicht des Klägers - nicht erst dann geboten, wenn die Fehlerhaftigkeit des Behördenhandelns offenkundig ist. Ein hinreichender Grund für die Nichteinlegung eines Rechtsmittels besteht vielmehr nur, wenn aus der Sicht des Verletzten die Fehlerhaftigkeit des Behördenhandelns nicht erkennbar war (BGH, NJW 1991, 1168). Letzteres hängt davon ab, welches Maß an Umsicht und Sorgfalt von Angehörigen des Verkehrskreises verlangt werden muss, dem der Verletzte angehört (vgl. BVerwG, IÖD 2005, 2).

a. Vertrauen auf amtliche Auskünfte

Grundsätzlich darf der Bürger auf Erklärungen eines Beamten vertrauen, es kann von ihm i.d.R. nicht erwartet werden, dass er klüger ist als der Beamte.

b. Gesteigerte Anforderungen bei Beamten

Der Kläger ist jedoch selbst Verwaltungsbeamter des gehobenen Dienstes. Mit dem Ablauf von Verwaltungsverfahren, der Stellung von Anträgen und der Anwendung von Rechtsvorschriften war er generell vertraut. Mit der mündlichen Auskunft, dass er keinen Anspruch auf Umzugskostenvergütung habe, durfte er sich nicht ohne weiteres begnügen. Insbesondere mit

Blick auf die ihm vom LBV bereits erteilte schriftliche Umzugskostenzusage mussten bei ihm Zweifel an der Richtigkeit der Auskunft aufkommen. Solche Zweifel hatte er tatsächlich auch. Dies zeigt sich daran, dass er - von ihm im Nachhinein als Gegenvorstellungen bewertete - Einwände gegen die ihm erteilte Auskunft erhoben hat. Durch die Antwort der RAI S., das LBV habe seine Umzugskostenzusage "anscheinend" in Unkenntnis des bereits erfolgten Umzugs erteilt, konnte für den Kläger - schon wegen der in dieser Auskunft liegenden Einschränkung - keine Klarheit über den von ihm geltend gemachten Anspruch eingetreten sein. Auch der Wortlaut der einschlägigen Vorschriften, mit denen sich der Kläger nach eigenem Bekunden vertraut gemacht hatte, gibt für die Richtigkeit der ihm erteilten Auskunft nichts her; das Gegenteil ist der Fall (vgl. § 1 Abs. 1 i.V.m. § 4 Abs. 3 BUKG). Bei - unterstellt - fortbestehendem Rechtsverfolgungswillen hätte sich der Kläger daherveranlasst sehen müssen, eine verbindliche rechtliche Klärung herbeizuführen. Dabei musste ihm klar sein, dass eine solche Klärung nur durch Stellung eines förmlichen Antrags zu erreichen war. Die Stellung eines solchen förmlichen Antrags wäre für ihn nur mit geringfügigem Aufwand verbunden gewesen. Das dafür erforderliche Formular hätte er ggf. mit dem nötigen Nachdruck bei seiner Behörde erbitten, ansonsten den Antrag formlos stellen können. Kosten wären mit einer Antragstellung nicht verbunden gewesen.

c. Erfolgsaussichten irrelevant

Der Kläger kann sich auch nicht darauf berufen, dass ein solcher Antrag voraussichtlich ohnehin abgelehnt worden wäre. In einem solchen Fall hätte er von den einschlägigen Rechtsbehelfen Gebrauch machen können (vgl. hierzu OVG NRW, IÖD 2004, 17).

Standort: § 80 V VwGO

Problem: Fehlende Anhörung zum VA

OVG HAMBURG, BESCHLUSS VOM 18.12.2006
3 Bs 218/05 (NVWZ-RR 2007, 364)

Problemdarstellung:

Das OVG Hamburg hatte sich mit einem Fall zu beschäftigen, in dem der Antragsteller (ASt.) einstweiligen Rechtsschutz nach § 80 V 1 VwGO gegen die Erhebung von Kosten und Gebühren für einen Abschleppvorgang durch die Antragsgegnerin begehrte. Dabei war der ASt. vor Erlass des Leistungsbescheids nicht angehört worden.

Das OVG meint, die fehlende Anhörung führe zwar zur formellen Rechtswidrigkeit des Leistungsbescheids; dies genüge aber nicht, um die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs des ASt. gegen den Leistungsbescheid anzuordnen, weil dieser Fehler noch

im Widerspruchsverfahren geheilt werden (§ 45 I Nr. 3 VwVfG) oder sich als unbeachtlich erweisen (§ 46 VwVfG) könne. Durch diese Ansicht werde § 28 VwVfG auch nicht ausgehöhlt, denn es liege gleichwohl im Interesse einer Behörde, die Anhörung durchzuführen, weil sie ansonsten ein unnötiges Kostenrisiko eingehe: Nur wenn sie durch eine Anhörung im Vorfeld des Erlasses eines Verwaltungsakts von den Einwendungen des Betroffenen Kenntnis nehme, könne sie nämlich im Falle der Stichhaltigkeit dieser Einwendungen auf den Erlass des Verwaltungsakts verzichten und so vermeiden, im Widerspruchs- oder Klageverfahren kostenpflichtig zu unterliegen.

Prüfungsrelevanz:

Abschleppfälle sind die vielleicht häufigste Fallkon-

stellation im öffentlich-rechtlichen Teil des ersten und zweiten juristischen Staatsexamens. Wird ein Abschleppfall noch dazu mit einem Antrag nach § 80 VwGO kombiniert, der zu den examensrelevantesten Rechtsbehelfen gehört, ist besondere Aufmerksamkeit geboten. Die vorliegende Entscheidung stellt einen solchen Fall dar, bedarf allerdings in einigen Punkten der Klarstellung:

I. Zu dem Fall konnte es in dieser Konstellation überhaupt nur kommen, weil das OVG Hamburg mit einer m.M. Kosten für Maßnahmen der Verwaltungsvollstreckung (hier: Abschleppen eines Pkw als Ersatzvornahme) als "öffentliche Abgaben oder Kosten" i.S.d. § 80 II Nr. 1 VwGO ansieht. Die ganz h.M. fasst hierunter hingegen nur solche Einnahmen, mit denen der Staat im voraus fest rechnet (also vor allem Steuern, Gebühren und Beiträge), denn nur in diesem Fall sei es geboten, von Gesetzes wegen die aufschiebende Wirkung von Rechtsbehelfen des Bürgers entfallen zu lassen.

Streitig diskutiert wird allerdings, ob Vollstreckungskosten nicht als "Maßnahmen in der Verwaltungsvollstreckung" angesehen werden können, gegen die dann über § 80 II Nr. 3 VwGO i.V.m. den Ausführungsgesetzen der Länder zur VwGO (vgl. nur §§ 8 AGVwGO NRW, 4 I BerlAGVwGO, 56a POG Rh-Pf u.v.m.) keine aufschiebende Wirkung besteht. Die h.M. verneint allerdings auch dies. Die RA hat erst kürzlich über diesen Streit ausführlich berichtet (vgl. Vertiefungshinweise).

II. Die hier relevante fehlende Anhörung vor Erlass des VA darf nicht verwechselt werden mit der Anhörung vor der Anordnung der sofortigen Vollziehung nach § 80 II Nr. 4 VwGO. Letztere ist nach ganz h.M. nämlich nicht erforderlich, weil es sich bei einer Vollziehungsanordnung nicht um einen Verwaltungsakt handeln soll, so dass § 28 I VwVfG nicht eingreift.

III. Didaktisch verfehlt ist es, in einem Gutachten das Problem der fehlenden Anhörung vor Erlass des VA - wie es hier das OVG macht - "vorweg" und losgelöst von der Zulässigkeit und Begründetheit des Rechtsbehelfs zu prüfen. Die Prüfung hängt so völlig in der Luft, und niemand kann nachvollziehen, welche Voraussetzung nun eigentlich geprüft wird. Besser ist es, die fehlende Anhörung im Rahmen der Erfolgsaussichten der Hauptsache bei der formellen Rechtmäßigkeit des Verwaltungsakts unter "Verfahren" zu prüfen. Nachdem man festgestellt hat, dass der VA wegen eines Verstoßes gegen § 28 VwVfG zunächst formell rechtswidrig ist, ist dann weiter zu fragen, ob dies allein für eine überwiegende Wahrscheinlichkeit des Erfolges der Hauptsache genügt. Diese Frage könnte dann - sofern man dem OVG Hamburg folgen will - unter Hinweis auf die Heilungsmöglichkeit nach § 45 I Nr. 3 VwVfG vertretbar verneint werden.

Vertiefungshinweise:

☐ Aufschiebende Wirkung gegen Vollstreckungskosten: *OVG Berlin-Bbg (2.Senat)*, RA 2006, 327 = NVwZ-RR 2006, 376 (§ 80 II Nr. 3 VwGO bejahend); *OVG Berlin-Bbg (9. Senat)*, RA 2006, 329 (§ 80 II Nr. 3 VwGO verneinend); *OVG Hamburg*, NordÖR 2006, 201 (§ 80 II Nr. 1 VwGO bejahend); *OVG Rh-Pf*, NVwZ-RR 1999, 27; *SächsOVG*, SächsVBl 1996, 70; *VGH BW*, NVwZ 1986, 933 (alle § 80 II Nr. 1 VwGO verneinend); zum Begriff der "öffentlichen Abgaben und Kosten" vgl. auch *BayVGH*, RA 2001, 67 = BayVBl 2001, 55

☐ Abschleppkosten für Leerfahrt: *VGH BW*, RA 2003, 83 = VBIBW 2003, 74; *OVG Hamburg*, NJW 2001, 168

Kursprogramm:

☐ *Examenskurs*: "Die defekte Parkuhr"

Leitsatz:

Die auf § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 VwGO beruhende sofortige Vollziehbarkeit eines Verwaltungsakts ist nicht allein deshalb nach § 80 Abs. 5 VwGO auszusetzen, weil der Adressat vor dessen Erlass nicht angehört worden ist.

Sachverhalt:

Mit Bescheid vom 24. Februar 2005 setzte die Antragsgegnerin gegenüber dem Antragsteller Gebühren für Abschleppkosten in Höhe von 134,78 Euro fest. In dem Bescheid heißt es, das Fahrzeug Marke Audi mit dem Kennzeichen [...] sei am 14. Januar 2005 zwischen 21.17 Uhr und 21.22 Uhr am Standort R 76 in Hamburg auf einem Behindertenparkplatz abgestellt gewesen, ohne dass in dem Fahrzeug der erforderliche Ausweis zum Nachweis der Parkberechtigung ausgelegt hätte. Berechtigte Schwerbehinderte hätten die Stellfläche nicht nutzen können. Das Fahrzeug habe beiseite geräumt werden sollen; vor dem Eintreffen der Abschleppfirma sei das Fahrzeug bereits entfernt worden (abgebrochener Abschleppvorgang).

Nach § 7 Abs. 3 des Gesetzes zum Schutze der öffentlichen Sicherheit und Ordnung (SOG), § 19 des Verwaltungsvollstreckungsgesetzes (VwVG), § 5 des Gebührengesetzes (GebG), § 1 der Verordnung über die Höhe der Gemeinkostenzuschläge und § 1 Abs. 1 der Gebührenordnung für Maßnahmen auf dem Gebiet der öffentlichen Sicherheit und Ordnung (GebOSiO) seien die für den Einsatz des privaten Abschleppfahrzeuges entstandenen Kosten sowie die Aufwendungen der Verwaltung vom Antragsteller zu erstatten. Der Bescheid enthielt eine Zahlungsfrist bis zum 11. April 2005 und den Hinweis, dass durch Einlegung eines Widerspruchs die Verpflichtung zur sofortigen Entrichtung der Gebühren nicht aufgehoben werde.

Dem Bescheid liegt ein Bericht der Polizeibediensteten

vom 27. Januar 2005 zugrunde, die den Vorgang am 14. Januar 2005 aufgenommen und den Auftrag zum Abschleppen des Fahrzeugs erteilt hatten. Der mit dem Abschleppen des Fahrzeugs beauftragte Abschleppdienst C stellte der Antragsgegnerin im Rahmen einer Sammelrechnung vom 17. Januar 2005 für den genannten Auftrag einen Betrag in Höhe von 52,78 Euro in Rechnung. Bei der betreffenden Position ist vermerkt, der Auftrag sei am 14. Januar 2005 um 21.22 Uhr telefonisch eingegangen, der Abschleppwagen sei um 21.26 Uhr abgefahren und um 21.46 Uhr am Standort R 76 – 78 eingetroffen; dort sei der Vorgang abgebrochen worden.

Der Antragsteller legte gegen den Bescheid mit Schreiben vom 21. März 2005 Widerspruch ein. Zur Begründung führte er aus, es treffe nicht zu, dass das in dem Bescheid genannte Auto angeblich auf einem Behindertenparkplatz abgestellt worden sei. Außerdem könne es nicht sein, dass er Abschleppkosten erstatten solle, obwohl kein Auto abgeschleppt worden sei. Im Übrigen bestreite er, dass überhaupt ein Abschleppunternehmer beauftragt worden sei.

Nachdem die Zahlungsfrist ohne Zahlungseingang verstrichen war, mahnte die Finanzbehörde der Antragsgegnerin mit Schreiben vom 21. April 2005 gegenüber dem Antragsteller die Zahlung an und forderte zugleich die Zahlung eines Verspätungszuschlags in Höhe von 0,16 Euro und von Mahnkosten in Höhe von 3,00 Euro. Mit dem Schreiben setzte die Finanzbehörde dem Antragsteller eine weitere Zahlungsfrist von einer Woche nach Zugang, und wies darauf hin, nur durch rechtzeitige Überweisung innerhalb dieser Wochenfrist vermeide der Antragsteller die Einleitung einer zwangsweisen Einziehung, die mit zusätzlichen Kosten verbunden sei.

Daraufhin hat der Antragsteller am 31. Mai 2005 bei dem Verwaltungsgericht beantragt, die aufschiebende Wirkung (seines Widerspruchs) gegen den Bescheid vom 24. Februar 2005 anzuordnen. Zur Begründung hat er vorgetragen, entgegen der Darstellung der Antragsgegnerin handele es sich bei den Abschleppkosten nicht um einen Fall des § 80 Abs. 2 VwGO, so dass die aufschiebende Wirkung nicht entfalle. Der Bescheid sei rechtswidrig, weil es den von der Antragsgegnerin behaupteten Verkehrsverstoß nicht gegeben habe, tatsächlich kein Auto abgeschleppt worden sei, und dem Bescheid auch nicht entnommen werden könne, welches Abschleppunternehmen beauftragt gewesen sein solle; es werde keine Rechnung des Abschleppunternehmers vorgelegt und der Gesamtbetrag sei nicht aufgeschlüsselt nach Verwaltungsgebühren, Gemeinkostenzuschlägen und Abschleppkosten. Damit sei der Bescheid schon mangels Bestimmtheit und Nachprüfbarkeit rechtswidrig. Nachdem die Antragsgegnerin mit dem Schreiben vom 21. April 2005 die Zwangsvollstreckung angedroht habe, sei er dringend auf die Anordnung der aufschiebenden Wirkung ange-

wiesen.

Mit Schreiben vom 1. Juli 2005 teilte die Gemeinde N W durch einen Vollstreckungsbeamten dem Antragsteller mit, sie habe den Auftrag, ihm gegenüber wegen einer Forderung der Stadt Hamburg eine Pfändung durchzuführen; am 5. Juli 2005 werde der Antragsteller aufgesucht werden, um zur Vermeidung von Zwangsmaßnahmen die Forderung einzuziehen.

Aus den Gründen:

Die zulässige Beschwerde der Antragsgegnerin hat Erfolg. Dem Antragsteller steht der vom Verwaltungsgericht gewährte vorläufige Rechtsschutz nicht zu.

A. Entscheidung des VG

Mit Beschluss vom 4. Juli 2005 (13 E 1708/05) hat das Verwaltungsgericht die aufschiebende Wirkung des o.g. Widerspruchs bis zum Ablauf von zwei Wochen nach Zustellung eines Widerspruchsbescheides angeordnet und den Antrag des Antragstellers im Übrigen abgelehnt. Zur Begründung hat es ausgeführt, die Antragsgegnerin verletze derzeit den Anspruch des Antragstellers auf rechtliches Gehör, da sie den Gebührenbescheid ohne vorherige Anhörung des Antragstellers erlassen habe. In einem solchen Fall bleibe dem Betroffenen nur die Möglichkeit, sich im Widerspruchsverfahren rechtliches Gehör zu verschaffen. Ihm dazu wie hier unter den Voraussetzungen des § 80 Abs. 6 Satz 2 Nr. 2 VwGO den Weg zu ebnen, sei nach Art. 19 Abs. 4 GG Aufgabe des Gerichts. Ob allerdings der Antragsteller durch unsubstantiiertes Bestreiten des Parkens auf einem Behindertenparkplatz letztlich in der Sache durchzudringen vermöge, brauche gerichtlich derzeit nicht beurteilt zu werden.

B. Entscheidung des OVG

Die Prüfung der mit der Beschwerde dargelegten Gründe ergibt, dass der angefochtene Beschluss mit der dort gegebenen Begründung keinen Bestand haben kann. Damit ist das Beschwerdegericht berechtigt und verpflichtet, ohne die Beschränkung des § 146 Abs. 4 Satz 6 VwGO über die Beschwerde in eigener Kompetenz zu entscheiden (zu dieser Folge vgl. OVG Hamburg, Beschl. v. 9.12.2003 – 3 Bs 415/02). Diese Prüfung führt zur vollständigen Ablehnung des Antrags auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung.

I. Fehlende Anhörung vor Erlass des Verwaltungsakts

Wie die Antragsgegnerin zutreffend dargelegt hat, ist die auf § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 VwGO beruhende sofortige Vollziehbarkeit eines Abgabenbescheides nicht allein deshalb auszusetzen, weil der Adressat vor dem Erlass des Bescheides nicht angehört worden ist. Die VwGO enthält keine dahingehende Regelung. Es gibt auch keinen Grundsatz, dass die formelle Rechtswidrigkeit eines Verwaltungsaktes für sich genommen stets seiner Vollziehung entgegenstünde, ohne dass es

auf seine Rechtmäßigkeit in der Sache ankäme.

1. Heilungsmöglichkeit

Eine Aussetzung der Vollziehung ist jedenfalls nicht zwingend geboten, wenn absehbar ist, dass der Verwaltungsakt im Ergebnis Bestand haben wird, weil der formelle Fehler geheilt werden (vgl. § 45 HmbVwVfG) oder unbeachtlich bleiben (vgl. § 46 HmbVwVfG) wird. In diesem Zusammenhang sind insbesondere die gesetzlich vorgesehenen Heilungsmöglichkeiten bei Verfahrensfehlern sowie der zur Verfügung stehende Rechtsschutz zu berücksichtigen. Sofern der Adressat den Bescheid für rechtswidrig hält, kann er dagegen Widerspruch einlegen, und der in der unterlassenen Anhörung ggf. zu sehende Verfahrensfehler wird nach § 45 Abs. 1 Nr. 3 HmbVwVfG durch die im Widerspruchsverfahren erfolgende Nachholung der Anhörung geheilt. Außerdem kann er nach § 80 Abs. 4 VwGO gegenüber der Behörde die Aussetzung der Vollziehung beantragen und dabei ebenfalls seine Gründe vortragen. Lehnt die Behörde diesen Antrag ab, entscheidet sie darüber ohne Mitteilung eines zureichenden Grundes nicht binnen angemessener Frist oder droht dem Adressaten die Vollstreckung der Abgabe, so kann er gemäß § 80 Abs. 5 VwGO die Anordnung der aufschiebenden Wirkung seines Widerspruchs beantragen (vgl. § 80 Abs. 6 VwGO).

2. Keine Aushöhlung des § 28 VwVfG wegen des Kostenrisikos für die Behörde

Angesichts dieser Rechtsschutzmöglichkeiten handelt die Behörde im Übrigen auch auf eigenes Risiko, wenn sie ohne vorherige Anhörung des Adressaten Abgabenbescheide erlässt und ggf. deren Vollziehung betreibt, und damit in Kauf nimmt, Argumente zunächst nicht zur Kenntnis zu nehmen, die sie ggf. dazu veranlasst hätten, den Bescheid nicht erst zu erlassen. Erweist sich der Widerspruch des Adressaten als begründet, so muss sie den Bescheid aufheben und ihm die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen erstatten (vgl. § 80 Abs. 1 Satz 1 HmbVwVfG). Bleibt der Widerspruch wegen einer auf § 45 Abs. 1 Nr. 3 HmbVwVfG (Heilung durch Nachholung der Anhörung) beruhenden Unbeachtlichkeit ohne Erfolg, führt auch dies zur Kostenerstattungspflicht der Behörde (vgl. § 80 Abs. 1 Satz 2 HmbVwVfG). Gleiches gilt, wenn der Adressat des Bescheides im gerichtlichen Verfahren nach § 80 Abs. 5 VwGO obsiegt (§§ 154 Abs. 1, 162 Abs. 1 VwGO). Eine Kostenlast für die Behörde kann sich im gerichtlichen Eilverfahren auch dann ergeben, wenn der Adressat dieses (in Übereinstimmung mit der Behörde) für erledigt erklärt, weil ihn die nachgeholtete Anhörung von der Rechtmäßigkeit des Bescheides überzeugt habe, und das Gericht nach billigem Ermessen der Behörde die Verfahrenskosten auferlegt, weil sie den An-

tragsteller gerade durch die zunächst fehlende Anhörung zur Anrufung des Gerichts veranlasst habe (vgl. § 161 Abs. 2 Satz 1 VwGO).

3. Ausreichende Zahlungsfrist gewährt

Im vorliegenden Fall kommt zu den genannten allgemeinen Erwägungen hinzu, dass die Antragsgegnerin dem Antragsteller mit dem Bescheid vom 24. Februar 2005 eine Zahlungsfrist gesetzt hat, die deutlich über die einmonatige Widerspruchsfrist hinausging, so dass er in diesem Zeitraum keine Mahnkosten oder gar Vollstreckungshandlungen zu befürchten hatte. Dementsprechend stand es ihm frei, mit der Einlegung des Widerspruchs zugleich bei der Antragsgegnerin die Aussetzung der Vollziehung zu beantragen und sie damit zu veranlassen, noch vor der Vollziehung seine Gründe zu prüfen.

II. Erfolgsaussichten des ursprünglichen Antrags

Die nicht mehr nach § 146 Abs. 4 Satz 6 VwGO beschränkte Prüfung durch das Beschwerdegericht führt zur vollständigen Ablehnung des Antrags auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung. Dabei kann offen bleiben, ob der Antrag überhaupt zulässig ist, da er jedenfalls in der Sache keinen Erfolg haben kann.

1. Zulässigkeit

Der Antrag ist gemäß § 80 Abs. 5 VwGO statthaft; ob seiner Zulässigkeit die Regelung in § 80 Abs. 6 VwGO entgegensteht, kann offen bleiben.

a. Statthaftigkeit

Der Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs vom 21. März 2005 gegen den Bescheid vom 24. Februar 2005 ist gemäß § 80 Abs. 5 Satz 1, 1. Alt. VwGO statthaft, da es sich bei den mit diesem Bescheid geltend gemachten Kosten um öffentliche Abgaben und Kosten im Sinne von § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 VwGO handelt und der gegen den Bescheid erhobene Widerspruch somit keine aufschiebende Wirkung hat. Wegen der Einzelheiten der Einstufung derartiger Kosten als öffentliche Abgaben und Kosten nimmt der Beschwerdesenat Bezug auf seinen insoweit grundlegenden Beschluss vom 3. November 2005 (VRS 110 S. 303, 305 ff. = NordÖR 2006 S. 201 ff.).

b. Vorheriger Antrag an die Behörde

Der Antrag dürfte jedenfalls zunächst unzulässig gewesen sein, da der Antragsteller zuvor nicht, wie § 80 Abs. 6 VwGO dies in den Fällen des § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 VwGO vorsieht, bei der Antragsgegnerin nach § 80 Abs. 4 die Aussetzung der Vollziehung beantragt hat. Zum Zeitpunkt der Stellung des Eilantrags beim Verwaltungsgericht (30.5.2005) dürfte dies auch nicht etwa deswegen entbehrlich gewesen sein, weil bereits die Vollstreckung gedroht hätte (vgl. § 80 Abs. 6 Satz

2 Nr. 2 VwGO). Von einer drohenden Vollstreckung kann regelmäßig erst dann gesprochen werden, wenn die Behörde konkrete Vorbereitungshandlungen für die Vollstreckung getroffen hat und aus der Sicht eines objektiven Betrachters diese zeitlich so unmittelbar bevorsteht, dass es dem Betroffenen nicht zumutbar ist, sich zunächst an die Behörde zu wenden (vgl. OVG Hamburg, Beschl. v. 25.2.1992, MDR 1993 S. 486). Aus dem als Anlage Ast. 4 vorgelegten Mahnschreiben der Finanzbehörde vom 21. April 2005 hat sich eine solche Sachlage noch nicht ergeben; dem entspricht es, dass eine Vollstreckung tatsächlich offenbar erst Anfang Juli 2005 konkret absehbar geworden ist (vgl. das Schreiben der Gemeinde N W vom 1.7.2005).

2. Begründetheit

Das Beschwerdegericht lässt offen, ob der Eilantrag nachträglich dadurch zulässig geworden ist, dass, wie erwähnt, Anfang Juli 2005 doch eine Vollstreckung gedroht hat (vgl. in diesem Sinne Kopp/Schenke, VwGO, 14. Aufl. 2005, § 80 Rdnr. 185, m. w. N.). Denn die Beschwerde der Antragsgegnerin muss jedenfalls deshalb Erfolg haben, weil der Eilantrag, wie im folgenden ausgeführt wird, jedenfalls unbegründet ist. Nach dem entsprechend heranzuziehenden Prüfungsmaßstab des § 80 Abs. 4 Satz 3 VwGO wäre die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs anzuordnen, wenn ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit des Bescheids vom 24. Februar 2005 bestünden oder wenn die Vollziehung für den Antragsteller eine unbillige, nicht durch überwiegende öffentliche Interessen gebotene Härte zur Folge hätte. Beides ist hier nicht ersichtlich.

a. Unbillige Härte

Der Annahme einer unbilligen Härte durch die Vollziehung des Kostenbescheids steht entgegen, dass es sich um einen relativ geringen Betrag handelt, den der Antragsteller im Falle seines Obsiegens im Widerspruchs- oder Klagverfahren zurückerstattet bekäme.

b. Erfolgsaussichten in der Hauptsache

Es bestehen keine ernstlichen Zweifel daran, dass der Bescheid sich (jedenfalls in der Gestalt des noch zu erlassenden Widerspruchsbescheides) als rechtmäßig erweisen wird (zum für die Beurteilung der Erfolgsaussichten des Rechtsmittels maßgeblichen Zeitpunkt vgl. Schmidt in Eyermann, VwGO, 12. Aufl. 2006, § 80 Rdnrn. 75 f.; Puttler in Sodan/Ziekow, VwGO, 2. Aufl. 2006, § 80 Rdnr. 162; Bücken-Thielmeyer/Kröniger in Hk-VerwR/VwGO, 2006, § 80 VwGO Rdnr. 71). Nach der hier nur möglichen und gebotenen summarischen Prüfung ist es überwiegend wahrscheinlich, dass der Antragsteller im Rechtsbehelfsverfahren ohne Erfolg bleibt.

aa. Ermächtigungsgrundlage

Die mit dem Bescheid geltend gemachte Kostenerstattung beruht auf § 3 Abs. 1 Nr. 4 und § 5 Abs. 2 Nr. 5 und Abs. 5 des Hamburgischen Gebührengesetzes (HmbGebG) in Verbindung mit § 1 der Verordnung über die Höhe der Gemeinkostenzuschläge sowie mit § 1 Abs. 1, Anl. 1 Nr. 25 der Gebührenordnung für Maßnahmen auf dem Gebiet der öffentlichen Sicherheit und Ordnung in der (hier maßgeblichen) Fassung der 23. Verordnung zur Änderung gebühren- und kostenrechtlicher Vorschriften vom 7. Dezember 2004 (HmbGVBl. S. 467). Die Höhe des festgesetzten Betrages in Höhe von 134,78 Euro setzt sich zusammen aus einem Pauschbetrag in Höhe von 43,- Euro (Nr. 25 der Anlage 1 zu der o.g. Gebührenordnung, zu erheben für Amtshandlungen im Zusammenhang mit der Umsetzung verbotswidrig abgestellter Fahrzeuge), den vom Abschleppunternehmen für einen abgebrochenen Abschleppvorgang in Rechnung gestellten Betrag in Höhe von 52,78 Euro und einem Gemeinkostenzuschlag für behördliche Aufwendungen im Zusammenhang mit der Beauftragung Dritter in Höhe von 39,- Euro (den für Gemeinkostenzuschläge nach dem Gebührengesetz bestehenden Rahmen von 25,- bis 130,- Euro dürfte die Antragsgegnerin dahin ausgefüllt haben, dass sie sich an der in Nr. 10.3 der Anlage 1 zu der o.g. Gebührenordnung für die Gestellung von Bediensteten vorgeschriebenen Gebühr in Höhe von seinerzeit 39,- Euro orientiert hat).

bb. Tatbestandliche Voraussetzungen

Aus dem Akteninhalt und aus dem Vortrag des Antragstellers ergeben sich keine ernstlichen Zweifel daran, dass die Antragsgegnerin rechtmäßig das Abschleppen des o.g. Fahrzeugs angeordnet hat, da es verbotswidrig auf einem Parkplatz für Behinderte abgestellt war. Das diesbezügliche (unsubstantiierte) Bestreiten des Antragstellers vermag daran angesichts des seinerzeit von zwei Polizeibediensteten aufgenommenen Vorgangs nichts zu ändern. Auch die sonstigen Argumente des Antragstellers greifen nicht durch:

(1). Abgebrochener Abschleppversuch

Entgegen dem (auch insoweit unsubstantiierten) Bestreiten des Antragstellers hat die Antragsgegnerin am 27. Januar 2005 das Abschleppunternehmen C mit dem Abschleppen des klägerischen Fahrzeugs beauftragt, welches der Antragsgegnerin den abgebrochenen Abschleppvorgang in Rechnung gestellt hat. Der Umstand, dass es zum Umsetzen des Fahrzeugs nicht mehr gekommen ist, weil es vor dem Eintreffen des Abschleppfahrzeugs bereits wieder entfernt worden war, steht einer Kostenerstattungspflicht des Antragstellers nicht entgegen; die Bediensteten der Antragsgegnerin haben dennoch erstattungspflichtigen Aufwand betrieben, und das Abschleppunternehmen hat gemäß der mit der Antragsgegnerin geschlossenen

Rahmenvereinbarung einen wegen des Abbruchs geringeren Pauschalbetrag in Rechnung gestellt, als dies bei einem vollendeten Umsetzen der Fall gewesen wäre.

(2). Bestimmtheit

Soweit der Antragsteller rügt, dass sich dem Bescheid vom 24. Februar 2005 kein in Verwaltungsgebühren, Gemeinkostenzuschläge und Abschleppkosten aufgeschlüsselter Betrag ergebe und dort Angaben zur Tätigkeit des Abschleppunternehmens fehlten, so dass der Bescheid mangels Bestimmtheit und Nachprüfbarkeit rechtswidrig sei, führt auch dies nicht zum Erfolg des Eilantrags. Es trifft zwar zu, dass solche Bescheide "kundenfreundlicher" sind, wenn sie Angaben der genannten Art enthalten; sie genügen dann auch besser der behördlichen Pflicht zur Mitteilung der wesentlichen Gründe (vgl. § 39 Abs. 1 Satz 2 HmbVwVfG), was wiederum manchen an sich überflüssigen Widerspruch verhindern könnte. Zu einer nicht hinreichen-

den Bestimmtheit (vgl. § 37 Abs. 1 HmbVwVfG) des Bescheides führt das Fehlen solcher Hinweise und Daten allerdings nicht; hierfür ist es vielmehr erforderlich, aber auch ausreichend, dass der betreffende Bescheid (wie der hier angefochtene) klar zu erkennen gibt, wer durch welche Behörde zu welchem Verhalten (hier: Zahlung der festgesetzten Kosten) veranlasst werden soll. Sofern schließlich das Fehlen der von dem Antragsteller vermissten Angaben zu einem Begründungsmangel des Bescheids geführt haben sollte (vgl. § 39 Abs. 1 Satz 2 HmbVwVfG), wird dies im Rahmen des Widerspruchsverfahrens nachgeholt und damit geheilt werden (vgl. § 45 Abs. 1 Nr. 2 HmbVwVfG). Davon abgesehen hätte es dem Antragsteller auch freigestanden, unverzüglich nach dem Erhalt des Bescheids Akteneinsicht bei der Antragsgegnerin zu nehmen (vgl. §§ 29 Abs. 1 Satz 1, 13 Abs. 1 Nr. 2 HmbVwVfG) und sich so die betreffenden Informationen selbst zu verschaffen. [...]

Standort: Verwaltungsrecht AT

Problem: Bestreiten des Zugangs eines VA

OVG LÜNEBURG, BESCHLUSS VOM 15.03.2007
5 LA 136/06 (NVwZ-RR 2007, 365)

Problemdarstellung:

Nach § 41 II VwVfG gilt ein schriftlicher Verwaltungsakt, der durch die Post im Inland übermittelt wird, mit dem dritten Tage nach der Aufgabe zur Post als bekanntgegeben, außer wenn er nicht oder zu einem späteren Zeitpunkt zugegangen ist; im Zweifel hat die Behörde den Zugang des Verwaltungsaktes und den Zeitpunkt des Zugangs nachzuweisen. Nicht selten kommt es vor, dass der Adressat eines belastenden Verwaltungsaktes bestreitet, den entsprechenden Brief erhalten zu haben mit der Folge, dass der Verwaltungsakt mangels Bekanntgabe nicht wirksam wird, § 43 I VwVfG, der Adressat also von der Belastung verschont bleibt. Dies ist besonders verlockend, weil die erlassende Behörde nach § 41 II VwVfG ausdrücklich beweibelastet ist, und sich dieser Beweis des Zugangs nur selten führen lassen wird. Um nun nicht jedem Adressaten eine goldene Ausrede an die Hand zu geben, fordert die Rspr. auf der anderen Seite ein "qualifiziertes Bestreiten" des Zugangs, d.h. der Adressat muss im Einzelnen darlegen, wie und warum er den Bescheid nicht erhalten hat. Auch dies ist häufig problematisch, denn was jemand, der einen Brief nicht erhalten hat, hierzu mehr vortragen, als dass er ihn nicht erhalten hat?

In diesem Spannungsfeld zwischen Beweisbelastung der Behörde und qualifizierten Anforderungen an das Bestreiten des Adressaten bewegt sich auch die vorliegende Entscheidung des OVG Lüneburg, welche die wechselseitigen Anforderungen sehr lehrreich zusam-

men fasst.

Nicht uninteressant ist auch die Feststellung des Gerichts, dass den Adressaten eines nicht zugegangenen Verwaltungsaktes keine Pflichten treffen, selbst nachzuforschen, wo denn der Verwaltungsakt abgeblieben ist, und zwar selbst dann nicht, wenn er durch weitere Korrespondenz mit der Behörde weiß, dass diese offenbar einen Verwaltungsakt an ihn gerichtet hat und sie von dessen Zugang ausgeht. § 41 VwVfG enthält nämlich keine derartige Verpflichtung.

Prüfungsrelevanz:

Die Entscheidung ist zum einen für Studierende interessant, weil sie die Bekanntgabevoraussetzungen des § 41 VwVfG zusammenfassen darlegt. Das Beweislastproblem und die Anforderungen an ein qualifiziertes Bestreiten werden aber vor allem für Referendare wichtig sein.

Die (laut OVG Lüneburg nicht bestehende) Pflicht zur Nachforschung darf übrigens nicht verwechselt werden mit einer Zugangsvereitelung seitens des Adressaten. Wenn dieser aktiv den Zugang verhindert (Angabe einer falschen Adresse, Umzug ohne Ummeldung usw.), ist er so zu stellen, als sei ihm der Bescheid zugegangen.

Vertiefungshinweise:

- Bestreiten des Zugangs eines schriftlichen Verwaltungsaktes: *OVG Münster*, NVwZ 2004, 120
- Zur "Drei-Tages-Fiktion" bei der Bekanntgabe: *OVG Münster*, RA 2001, 619 = NVwZ 2001, 429; *FG Saarbrücken*, NVwZ 2001, 1199

Kursprogramm:
 Assessorkurs : "Kurzfälle zur Bekanntgabe"
Leitsatz:

Die Verletzung von Sorgfaltspflichten ersetzt nicht die für die Wirksamkeit eines Bescheides erforderliche Bekanntgabe nach § 41 Abs. 2 VwVfG, wenn der Zugang des mittels einfachen Briefs übersandten Bescheides substantiiert bestritten wird und die Behörde die Bekanntgabe des Bescheides nicht nachweisen kann.

Sachverhalt:

Der Beklagte forderte vom Kläger angeblich überzahlte Versorgungsbezüge gemäß § 52 Abs. 2 Satz 1 BeamtenVG i.V.m. §§ 812 ff. BGB zurück. Der Kl. machte geltend, nie einen Rücknahmebescheid bzgl. der ihm bewilligten Bezüge erhalten zu haben, weshalb der ursprüngliche Bewilligungsbescheid einer Rücknahme als Rechtsgrund für das Behaltendürfen der Bezüge entgegen stehe. Der Beklagte behauptete hingegen, dem Kläger unter dem 16. April 2002 einen Rücknahmebescheid mittels einfachen Briefes übersandt zu haben. Das VG hat der Klage gegen die Rückforderung stattgegeben. Der Antrag auf Zulassung der Berufung hatte keinen Erfolg.

Aus den Gründen:**A. Anforderungen an Berufungszulassungsgrund gem. § 124 II Nr. 1 VwGO**

Die begehrte Zulassung der Berufung rechtfertigende ernstliche Zweifel im Sinne des § 124 Abs. 2 Nr. 1 VwGO sind zu bejahen, wenn bei der Überprüfung im Zulassungsverfahren, also auf Grund der Begründung des Zulassungsantrags und der angefochtenen Entscheidung des Verwaltungsgerichts, gewichtige gegen die Richtigkeit der Entscheidung sprechende Gründe zutage treten, aus denen sich ergibt, dass ein Erfolg der erstrebten Berufung mindestens ebenso wahrscheinlich ist wie ein Misserfolg. Das ist der Fall, wenn ein tragender Rechtssatz oder eine erhebliche Tatsachenfeststellung mit schlüssigen Gegenargumenten in Frage gestellt wird (BVerfG, Beschl. v. 23.6.2000 - 1 BvR 830/00 -, DVBl. 2000, 1458). Die Richtigkeitszweifel müssen sich auch auf das Ergebnis der Entscheidung beziehen; es muss also mit hinreichender Wahrscheinlichkeit anzunehmen sein, dass die Berufung zu einer Änderung der angefochtenen Entscheidung führen wird (Nds.OVG, Beschl. v. 27.3.1997 - 12 M 1731/97-, NVwZ 1997, 1225; Beschl. v. 27.2.2007 - 5 LA 111/05 - ; BVerwG, Beschl. v. 10.3.2004 - BVerwG 7 AV 4.03 -, DVBl. 2004, 838). Diese Voraussetzungen liegen hier nicht vor.

B. Subsumtion

Der vom Beklagten verfügten Rückforderung überzahlter Versorgungsbezüge gemäß § 52 Abs. 2 Satz 1 BeamtenVG i. V. m. §§ 812 ff. BGB steht der rechtsgrundbildende Bescheid über die Festsetzung der Versorgung vom 16. April 2002 entgegen. Die Feststellung des Verwaltungsgerichts, es könne nicht von der Wirksamkeit des Bescheides über die Kürzung der Versorgungsbezüge gemäß § 57 Abs. 1 Satz 1 BeamtenVG vom 16. April 2002 ausgegangen werden, weil die ordnungsgemäße Bekanntgabe dieses Bescheides an den Kläger vom Beklagten nicht habe nachgewiesen werden können, ist rechtlich nicht zu beanstanden.

I. Bekanntgabefiktion

Nach § 41 Abs. 2 VwVfG, der gemäß § 1 Nds.VwVfG hier Anwendung findet, gilt ein schriftlicher Verwaltungsakt, der durch die Post im Inland übermittelt wird, mit dem dritten Tage nach der Aufgabe zur Post als bekanntgegeben, außer wenn er nicht oder zu einem späteren Zeitpunkt zugegangen ist; im Zweifel hat die Behörde den Zugang des Verwaltungsaktes und den Zeitpunkt des Zugangs nachzuweisen. Das bedeutet, dass die gesetzliche Bekanntgabevermutung dann nicht eingreift mit der Folge, dass die Behörde das Risiko der Nichterweislichkeit des Zugangs trägt, wenn berechtigte Zweifel daran bestehen, dass im konkreten Fall die auf der Erfahrung des täglichen Lebens beruhende Vermutung, dass eine gewöhnliche Postsendung den Empfänger binnen weniger Tage erreicht, zutrifft (vgl. auch: OVG Münster, Urt.v.1.4.2003 - 15 A 2468/01).

II. Anforderungen an das Bestreiten bei Behauptung des Nichtzugangs

Das schlichte Bestreiten des Betroffenen, der Verwaltungsakt sei ihm nicht zugegangen, reicht regelmäßig nicht aus, um die Zugangsvermutung des § 41 Abs. 2 Satz 1 VwVfG zu entkräften. Vielmehr muss der Adressat sein Vorbringen nach Lage des Einzelfalls derart substantiieren, dass zumindest ernsthaft Zweifel am Zugang begründet werden (vgl. auch: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG-Kommentar, 6. Aufl. 2001, § 41 RdNr. 68, m.w.N.; Kopp/Ramsauer, VwVfG-Kommentar, 9. Aufl. 2005, § 41 Rdnr. 23).

III. Subsumtion

Diese Grundsätze hat das Verwaltungsgericht beachtet. Es hat nicht ein schlichtes Bestreiten des Klägers, den Kürzungsbescheid vom 16. April 2002 nicht erhalten zu haben, als ausreichend erachtet, die Zugangsvermutung des § 41 Abs. 2 Satz 1 VwVfG zu erschüttern. Vielmehr hat es festgestellt, der Kläger habe glaubhaft dargelegt, den Bescheid über die Kürzung der Versorgung vom 16. April 2002 nicht erhalten zu haben. Zwar hat der Kläger nicht konkret einen atypischen Geschehensablauf dargetan (vgl. dazu: Stelkens/Bonk/

Sachs, a.a.O., § 41 Rdnr. 68 m.w.N.). An die Substantiierung des Bestreitens durch den Kläger in einem solchen Fall sind aber, da nur eine negative Tatsache in Rede steht, keine weiteren Anforderungen zu stellen (vgl.: OVG Münster, Ur. v. 1.4.2003, a.a.O.). Anders als bei der Behauptung eines späteren Zugangszeitpunktes, wo der Betroffene seine Behauptung etwa durch Vorlegen eines Briefumschlags mit dem Poststempel glaubhaft machen kann, bleibt ihm, wenn der in Frage stehende Brief überhaupt nicht zugegangen ist, nichts anderes übrig, als den Zugang zu bestreiten (Drescher, NVwZ 1987, 771,773; vgl. auch: Nds.OVG, Ur. v. 21.3.1997 - 11 L 1272/96 - zum qualifizierten Bestreiten des rechtzeitigen Zuganges eines Verwaltungsaktes). Das Verwaltungsgericht hat insbesondere aufgrund des Umstandes, dass der Kläger durch seinen Telefonanruf vom 16. Januar 2004 bei dem Beklagten selbst den Anstoß für die Überprüfung der Kürzung seiner Versorgungsbezüge gegeben hat, das Vorbringen des Klägers für glaubhaft erachtet und damit ein substantiiertes Bestreiten des Klägers angenommen. Konkrete Angaben, was der Kläger über das vom Verwaltungsgericht festgestellte glaubhafte Vorbringen hinaus qualifiziert hätte vortragen können, enthält die Zulassungsbegründung nicht. [...]

IV. Eventuelle Sorgfaltspflichtverstöße des Empfängers irrelevant

Das Verwaltungsgericht hat aufgrund des von ihm für glaubhaft erachteten Vorbringens des Klägers in rechtlich nicht zu beanstandener Weise berechnete Zweifel am Zugang des Kürzungsbescheides festgestellt. Liegen ernsthafte Zweifel vor, trägt die Behörde die materielle Beweislast (Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG,

Kommentar, 6. Aufl. 2001, § 41 Rdnr. 69). Der Beklagte kann demgegenüber nicht mit Erfolg einwenden, das Verwaltungsgericht hätte bei richtiger Anwendung des Beschlusses des Nds.OVG vom 25. März 2003 (a.a.O.) im vorliegenden Fall die Nichterweislichkeit des Zugangs des Kürzungsbescheides zu Lasten des Klägers berücksichtigen müssen, weil der Kläger aufgrund des Hinweises unter Ziff. 3 des Versorgungsfestsetzungsbescheides vom 16. April 2002 gehalten gewesen sei, seiner Nachforschungspflicht hinsichtlich eines Kürzungsbescheides nachzukommen. [...]

Eine Umkehr der Beweislast für den Zugang eines Verwaltungsaktes zu Lasten des Klägers bei der Verletzung von Sorgfaltspflichten sieht § 41 Abs. 2 VwVfG nicht vor, sondern der Betroffene hat lediglich berechnete Zweifel am Zugang des Verwaltungsaktes substantiiert darzulegen, nicht jedoch zu beweisen. Ob der Betroffene Sorgfaltspflichten verletzt hat, ist für die Frage der ordnungsgemäßen Bekanntgabe eines Verwaltungsaktes mit der Folge seiner Wirksamkeit gemäß § 43 VwVfG unbeachtlich. Denn die Bekanntgabe ist die Eröffnung des Verwaltungsaktes, d.h. der Tatsache seines Ergehens und seines Inhalts (vgl. Kopp/Ramsauer, VwGO-Kommentar, a.a.O., § 41 Rdnr. 6). Dass es der Kläger unterlassen hat, entgegen dem Hinweis in dem Festsetzungsbescheid unverzüglich Nachforschungen über weitere Unterlagen zur Kürzung der Versorgung anzustellen, ersetzt deshalb - wie das Verwaltungsgericht zutreffend ausgeführt hat - nicht die für die Wirksamkeit des Kürzungsbescheides erforderliche Bekanntgabe und bewirkt nicht, dass der Kläger so behandelt werden müsste, als habe er den Kürzungsbescheid erhalten. [...]

Standort: § 58 VwGO

Problem: RMB bei plötzlicher Gesetzesänderung

OVG LÜNEBURG, BESCHLUSS VOM 12.03.2007
7 LA 269/04 (NVwZ-RR 2007, 431)

Problemdarstellung:

Im vorliegenden Fall ging es um die Frage, auf welchen Zeitpunkt es für die Richtigkeit einer vom Gericht erteilten Rechtsmittelbelehrung (§ 58 I, II VwGO, im Folgenden: RMB) ankommt. Konkret hatte sich die Berufungszulassungsantragsbegründungsfrist des § 124a IV 5 VwGO zwischen Verkündung und Zustellung des Urteils geändert. Das OVG tendiert zu der Auffassung, dass es auf den Zeitpunkt der Zustellung des Urteils ankomme, denn erst dort wird die RMB den Parteien "erteilt", § 58 II 1 VwGO. Bei der Verkündung hingegen, auf die eine Gegenansicht abstellt, werden nur der Tenor und die wesentlichen Entscheidungsgründe mitgeteilt, §§ 173 VwGO i.V.m. 311 II 1, III ZPO. Die RMB ist (erst) Bestandteil des fertig abgefassten Urteils, § 117 II Nr. 6 VwGO.

Letztlich ließ der erkennende 7. Senat des OVG Lüneburg die Frage aber offen, um sich nicht in Widerspruch zu einer Entscheidung des 8. Senats des OVG (NdsVBl 2006, 53) zu setzen, in der auf den Zeitpunkt der Verkündung abgestellt worden war. Dies konnte sich das Gericht leisten, weil selbst bei unterstellter Richtigkeit der RMB und demzufolge nicht gewahrter Frist eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gem. § 60 VwGO zu gewähren war.

Prüfungsrelevanz:

Sollte die Frage zu entscheiden sein, sollte mit den überzeugenden Argumenten des erkennenden 7. Senats des OVG Lüneburg der h.M. gefolgt werden, welche auf die Zustellung des fertigen Urteils abstellt. Tritt also zwischen Verkündung und Zustellung eine Friständerung in Kraft, müsste die RMB nach der neuen Gesetzesfassung erteilt werden. Geschieht dies nicht, greift § 58 II VwGO ein. Dies gilt übrigens un-

abhängig von der Frage, ob die behelrende Stelle ein Verschulden trifft oder nicht, denn § 58 II VwGO fordert nur eine unrichtige, nicht aber eine schuldhaft unrichtige RMB.

Ähnlich liegt der Fall, wenn sich während der laufenden Frist die gesetzliche Regelung ändert. In diesen Fällen konnte die behelrende Stelle nur über die bisherige Fristregelung belehren, denn die alte Gesetzesfassung war im Zeitpunkt der Belehrung noch gültig und damit einzig richtig. Da § 58 II VwGO aber kein Verschulden fordert, löst auch eine fehlerhaft gewordene RMB die Jahresfrist aus (vgl. zu diesem und zu anderen Problemfällen die Vertiefungshinweise).

Vertiefungshinweise:

Maßgeblicher Zeitpunkt für Richtigkeit der RMB: OVG Münster, DÖV 2005, 484; VGH Mannheim, VBIBW 2005, 36 (beide für Zustellung); OVG Lüneburg, NdsVBl 2006, 53 (für Verkündung)

"Bekanntgabe" statt "Zustellung" in der RMB: BVerwG, RA 2006, 515 = NVwZ 2006, 943; NJW 1991, 508

Weitere Fälle zu Problemen mit der RMB: BVerwG, RA 2002, 633 = BayVBl 2002, 678 (richtig, aber trotzdem unrichtig); VG Darmstadt, RA 2000, 321 = NVwZ 2000, 591 (unrichtig geworden); OVG Münster, RA 2000, 443 = NWVBl 2000, 264 (Verwaltungsakt mit Doppelwirkung); OVG Greifswald, RA 1999, 485 = NVwZ-RR 1999, 476 (Amt statt Behörde); OVG Frankfurt/Oder, RA 2004, 369 = NVwZ-RR 2004, 315 (Rechtsträger statt Behörde)

Kursprogramm:

Examenskurs : "Waffenbesitzkarte"

Examenskurs : "Stuckateurgewerbe"

Assessorkurs : "Fieser Verein"

Leitsätze:

1. Zum maßgeblichen Zeitpunkt für die Beurteilung der Richtigkeit der Rechtsbehelfsbelehrung bei verkündeten Urteilen.

2. Zur Gebotenheit einer Wiedereinsetzung bei Prozessrechtsänderungen nach Urteilsverkündung.

Sachverhalt:

Der Kläger begehrte durch seine Prozessbevollmächtigten Zulassung zur Berufung gegen das Urteil des VG. Die Begründung dieses Antrages wurde von diesen jedoch nicht innerhalb von zwei Monaten nach Zustellung des angefochtenen Urteils beim Oberverwaltungsgericht eingereicht, wie es § 124a Abs. 4 S. 5 VwGO in der seit dem 01.09.2004 ohne Übergangsregelung geltenden Fassung (Gesetz vom 24.08.2004, BGBl. I S. 2198) vorschreibt. Diese Frist lief am 08.11.2004 ab, während der von den Klägern an das

Verwaltungsgericht gerichtete Begründungsschriftsatz vom 04.11.2004 nach der von diesem veranlassten Weiterleitung erst am 10.11.2004 beim Oberverwaltungsgericht eingegangen ist.

Der Kläger lässt vortragen, die Frist sei trotzdem gewahrt, weil die mit Zustellung des Urteils erteilte Rechtsmittelbelehrung noch die alte Gesetzeslage wiedergegeben habe, also unrichtig gewesen sei. Hilfsweise begehrt er Wiedereinsetzung in die Frist.

Aus den Gründen:

Der Zulassungsantrag hat keinen Erfolg.

A. Zulässigkeit

Er ist zulässig.

I. Fehlerhafte Rechtsbehelfsbelehrung

Die Zweimonatsfrist ist nach § 58 Abs. 1 VwGO [...] nur in Lauf gesetzt worden, wenn die Rechtsbehelfsbelehrung im Urteil zutreffend war.

1. Unrichtigkeit

Daran bestehen Zweifel, weil in dieser (noch) das Verwaltungsgericht als diejenige Stelle bezeichnet wird, bei der die Begründung des Zulassungsantrages einzureichen sei, soweit sie, wie hier, nicht bereits mit dem Antrag vorgelegt worden ist. Das entsprach der bis zum 31.08.2004 bestehenden Gesetzeslage. Das Urteil mit der so lautenden Rechtsbehelfsbelehrung ist jedoch erst am 06.09.2004 ausgefertigt und den Klägern am 08.09.2004 zugestellt worden. Zu jener Zeit war die Gesetzesänderung bereits in Kraft.

2. Maßgeblicher Zeitpunkt

Kommt es für die Richtigkeit der Belehrung auch bei verkündeten Urteilen auf den Zeitpunkt der Zustellung an, war die Rechtsbehelfsbelehrung mithin (teilweise) unrichtig und wäre der Begründungsschriftsatz beim Oberverwaltungsgericht rechtzeitig eingegangen, weil dann die Jahresfrist des § 58 Abs. 2 S. 1 VwGO galt.

a. Zustellung des Urteils

Für die Maßgeblichkeit des Zeitpunkts der Zustellung spricht, dass erst mit dieser die Rechtsbehelfsbelehrung im Sinne des § 58 Abs. 2 S. 1 VwGO "erteilt" sein dürfte und deren Modalitäten von der Verkündung des Urteils, § 116 Abs. 1 VwGO, noch nicht erfasst sind, weil bei der Verkündung nach § 311 Abs. 2 S. 1, Abs. 3 ZPO (§ 173 S. 1 VwGO) nur die Urteilsformel und die (wesentlichen) Urteilsgründe mitgeteilt werden und insoweit Bindungswirkung entfalten, nicht aber Einzelheiten der Rechtsbehelfsbelehrung; diese ist erst Bestandteil des schriftlichen Urteils, § 117 Abs. 2 Nr. 6 VwGO (so auch, insoweit ohne Begründung, OVG Nordrhein-Westfalen, Beschl. v. 08.10.2004 - 19 A 3946/04 -, sowie VGH Baden-Württemberg, Beschl. v. 19.10.2004 - 4 S 2142/04 -).

b. Verkündung des Urteils

Nach anderer Auffassung ist für die Richtigkeit der Rechtsbehelfsbelehrung auf den Zeitpunkt der Verkündung des Urteils abzustellen (Nds.OVG, Beschl. v. 17.08.2005 - 8 LA 243/04 -, ebenfalls ohne eine darauf eingehende Begründung). Für diese Auffassung könnte angeführt werden, dass die - vollständige - Belehrung über das gegebene Rechtsmittel als richterlicher Erkenntnisakt und Bestandteil des Urteils bereits mit der Verkündung des Urteils(tenors) als mitgeteilt gilt, auch wenn sie, wie häufig, dabei nicht (ausdrücklich) angesprochen wird. Dagegen spricht freilich der Zweck der Rechtsbehelfsbelehrung, die den Beteiligten die Rechtsmitteleinlegung erleichtern und ohne größere Schwierigkeiten ermöglichen soll. Diesen Zweck kann sie kaum erfüllen, wenn sie bereits im Zeitpunkt der erstmaligen Mitteilung ihrer Einzelheiten (teilweise) unrichtig ist. Die Grundsätze des intertemporalen Prozessrechts muten den Beteiligten lediglich zu, kein Vertrauen darauf zu entwickeln, dass die Prozessrechtslage bei anhängigen Verfahren unverändert bleibt (OVG Nordrhein-Westfalen, a.a.O. m.w.N.). Zum Zeitpunkt des Inkrafttretens der Gesetzesänderung hatten die Kläger jedoch noch kein Zulassungsverfahren anhängig gemacht.

II. Wiedereinsetzung

Diese Frage bedarf indessen keiner abschließenden Entscheidung. Denn auch dann, wenn man die Zweimonatsfrist hier als nicht eingehalten ansieht, ist der Zulassungsantrag einer Sachprüfung zu unterziehen, weil den Klägern über eine Versäumung der genannten Frist durch die Gewährung der beantragten Wiedereinsetzung in den vorigen Stand hinwegzuhelfen ist, § 60 Abs. 1, Abs. 2 S. 1, S. 2 VwGO. Die anwaltlich vertretenen Kläger waren unverschuldet verhindert, die gesetzliche Frist einzuhalten. Dies beruht zwar nicht

darauf, dass der Antragsschriftsatz bei schnellerer Weiterleitung eventuell noch rechtzeitig beim erkennenden Gericht eingegangen wäre. Es ist bereits zweifelhaft, ob dem Verwaltungsgericht überhaupt eine Pflicht zur Weiterleitung oblag, weil der Zulassungsantrag zum damaligen Zeitpunkt durchaus nicht "leicht und einwandfrei als offensichtlich fehlgeleitet zu erkennen" war (vgl. insoweit Nds.OVG, Beschl. v. 04.12.2006 - 12 LA 426/05 -, NJW 2007, 454). Jedenfalls kann bei einem Eintreffen des Schriftsatzes bei dem Verwaltungsgericht am Freitag, 05.11.2004, der genaueren Durchsicht dort mit Absendeanordnung am Montag, 08.11.2004, und dem Eintreffen beim OVG am 10.11.2004 von keinem nicht-ordentlichen Geschäftsgang gesprochen werden, der für die Nichteinhaltung der am 08.11.2004 abgelaufenen Frist maßgeblich ursächlich gewesen wäre. Die Fristversäumung war aber deshalb unverschuldet, weil auch die rechtskundigen Prozessbevollmächtigten der Kläger, wie sie glaubhaft gemacht haben, nicht damit zu rechnen brauchten, dass der Gesetzgeber kurzzeitig und ohne Übergangsfristen die formalen Anforderungen an die Begründung eines ansonsten unverändert gegebenen Rechtsmittels ändert (vgl. Bayerischer VGH, Beschl. v. 13.10.2004 - 3 ZB 04.2171 -, juris, m. w. N.). Hinzu kommt, dass jedenfalls die schriftlich mitgeteilte Rechtsbehelfsbelehrung die Kläger auf eine falsche Fährte geführt hat und die Behandlung von "Übergangsfällen" in Bezug auf die Geltung des Änderungsgesetzes überdies nicht unbestritten ist (Nds.OVG, a.a.O.). Das kann nicht zu ihren Lasten gehen.

B. Begründetheit

Der Antrag ist jedoch unbegründet, weil die geltend gemachten Zulassungsgründe nicht vorliegen. [wird ausgeführt]

IMPRESSUM

HERAUSGEBERIN:	JURA INTENSIV VERLAGS-GMBH & Co. KG, Salzstraße 18, 48143 Münster Tel.: 0251/4824-60; Fax: 0251/4824-545 http://www.jura-intensiv.de ra@jura-intensiv.de
CHEFREDAKTION:	Rechtsanwalt Frank Schildheuer (<i>zugleich Öffentliches Recht</i>)
REDAKTEURE:	Ass. Kathrin Lütke-meier (<i>Zivilrecht</i>); Rechtsanwalt Uwe Schumacher (<i>Strafrecht</i>) Die Redakteure sind postalisch erreichbar unter der Adresse der Herausgeberin.
ABONNEMENT:	Abonnement-Vertrag befindet sich im Heft und/oder wird auf Wunsch zugeschickt. Einmalige Anforderung eines Probeheftes jederzeit formlos und ohne weitere Verpflichtung möglich.
BEZUGSPREISE:	Jahresabonnement (12 Hefte) zum Vorzugspreis von 65 Euro (Einzelpreis: 6 Euro/Heft) inkl. USt. und Versandkosten. Jahresregister gratis enthalten. Lieferung nur gegen Einzugsermächtigung.
VERSAND:	Ohne Zusicherung eines festen Veröffentlichungstermins monatlich per Post.
NACHBESTELLUNG:	Einzelne Hefte <i>früherer</i> Jahrgänge können zum Preis von 6 Euro/Heft nachbestellt werden, solange Vorrat reicht. Jahrgangsregister ab 1999: 5 Euro/Jahrgang. Einbanddecken (dunkelblau, jahresneutral): 9 Euro/Stück. Nachbestellung von Sonderbeilagen auf Anfrage. Alle Preise zzgl. 3,50 Euro Versandkosten. Der Bezug von Einzelheften des <i>laufenden</i> Jahrgangs ist nur i.V.m. einem Abonnement möglich.

*Zivilrecht***Standort: Maklervertrag****Problem: Vertragsschluss**

OLG SCHLESWIG, URTEIL VOM 21.07.2006
14 U 55/06 (NJW 2007, 1982)

Problemdarstellung:

Die Kl. ist als Maklerin tätig. Sie erstellte ein Exposé für ein der Zeugin A gehörendes Hausgrundstück. Die Bekl. zu 1 sprach mit der Zeugin B, dass sie und der Bekl. zu 2 ein Haus suchten. Im Anschluss daran wies die Zeugin B die Bekl. zu 1 darauf hin, dass die Zeugin A ihr Haus verkaufen wolle. Zwischen den Parteien ist streitig, ob ein erster Besuchstermin durch die Vermittlung der Kl. oder bereits durch die Vermittlung der Zeugin B stattfand. Zeitlich danach kam es zu einem Gespräch im Büro der Kl.. Danach zu einem weiteren Gespräch im Haus der Zeugin A. In allen Gesprächen ging es um die Finanzierbarkeit des Hauskaufs durch die Bekl..

Ende April 2004 teilte der Bekl. zu 2 mit, dass die Bekl. das Haus nicht erwerben wollten. Weitere Gespräche fanden zwischen den Parteien danach zunächst nicht mehr statt. Im Juli 2004 entdeckten die Bekl. eine Verkaufsanzeige, in welcher ein Haus zum Preis von 460.000,- Euro angeboten wurde. Die Bekl. zu 1 rief daraufhin die in der Anzeige genannte Telefonnummer an. Es meldete sich die Maklerin Frau D, eine Bekannte der Verkäuferin Frau A, die den Bekl. daraufhin ihr Exposé über dieses Haus übersandte. Die Zeugin D war zwischenzeitlich von der Zeugin A mit dem Verkauf des Hauses beauftragt worden. Im August 2004 erfuhr der Geschäftsführer der Kl. von der Maklerin Frau D, dass das Haus zwischenzeitlich verkauft wäre. Die Kl. stellte den Bekl. eine Maklercourte in Höhe von 27.405,- Euro in Rechnung.

Das LG hat der Klage stattgegeben. Die Berufung der Bekl. führte zur Klageabweisung.

Prüfungsrelevanz:

In dieser Entscheidung liegt der Schwerpunkt bei der Frage des Abschlusses eines Maklervertrages. Der Maklervertrag ist ein gegenseitiger Vertrag, durch den jemand für den Nachweis der Gelegenheit zum Abschluss eines Vertrages (Nachweismakler) oder für die Vermittlung eines Vertrages (Vermittlungstätigkeit) einen Maklerlohn verspricht (§ 652 II BGB). Voraussetzung für die Verpflichtung des Auftraggebers zur Zahlung der vereinbarten, hilfsweise der üblichen Vergütung, ist, dass der Vertrag infolge des Nachweises

oder der Vermittlung des Maklers formgültig zustande kommt. Insoweit ist eine Kausalitätsprüfung vorzunehmen, wobei eine Mitursächlichkeit der Maklerleistung ausreichend ist.

Das OLG Schleswig hatte zu entscheiden, ob es zum Abschluss eines Maklervertrages gekommen war. Die Erwägungen des erkennenden Senates sind insbesondere wegen der Ausführungen zum konkludenten Vertragsschluss lesenswert. Die Kl. hatte mit den Bekl. ausdrücklich keinen Maklervertrag geschlossen. Es war nun zu prüfen, ob der Vertrag konkludent geschlossen wurde. Eine konkludente Erklärung ist dann gegeben, wenn der Handelnde mit seinem Verhalten unmittelbar einen anderen Zweck verfolgt, mittelbar jedoch seinen Geschäftswillen zum Ausdruck bringt; aus dem Verhalten ist auf den Geschäftswillen zu schließen (Brox, BGB AT, § 4 Rn 88).

Hier stellte sich die Frage, ob allein aus der Entgegennahme der Maklerleistung die konkludente Annahmeerklärung hinsichtlich des Abschlusses des Maklervertrages folgt. Nach der ständigen Rechtsprechung des BGH ist von einem Abschluss eines Maklervertrages durch schlüssiges Verhalten nur dann auszugehen, wenn dem Interessenten die eindeutige Provisionsforderung des Maklers bekannt ist und er daraufhin in diesem Wissen weiterhin, und zwar bei der hier gegebenen Vorkenntnis, wesentliche Maklerdienstleistungen in Anspruch nimmt (BGH, NJW 2000, 282 [284] = NZM 2000, 141; NJW-RR 1996, 114). Der Kaufinteressent darf, sofern ihm nichts Gegenteiliges bekannt ist, davon ausgehen, dass der Makler das Objekt von dem Verkäufer an die Hand bekommen hat und deshalb seine Maklerleistungen allein für den Verkäufer erbringen will. Etwaige Unklarheiten gehen immer zu Lasten des die Provision begehrenden Maklers (BGH, NJW-RR 1996, 114; NJW 1984, 232).

Ein konkludenter Vertragsschluss wurde hier verneint. Ein Maklervertrag hätte zwischen den Parteien allein dadurch zu Stande kommen können, dass den Bekl. das Exposé der Kl. mit der eindeutigen Provisionsforderung zugegangen ist und die Bekl. in dieser Kenntnis weiterhin (wesentliche) Maklerleistungen der Kl. in Anspruch genommen hätten. Genau an der letztgenannten Anforderung fehlte es hier. Geschuldet war hier ein Vermittlungstätigkeit des Maklers. Vermitteln im Rahmen des Maklervertrages ist das bewusste, finale Herbeiführen der Abschlussbereitschaft des Vertragspartners des künftigen Hauptvertrages (Schwert-

ner, MaklerR, 4. Aufl. [1999], Rdnr. 222 m.w. Nachw.). Im vorliegenden Fall war die Verkäuferin von Anfang an gewillt, an die Bekl. zu veräußern. Allein die Anwesenheit des Zeugen C in einem weiteren Besichtigungstermin, die Beratung der Bekl. im Rahmen der Finanzierung und die Wertermittlung der Immobilie des Bekl. zu 2 stellt jedenfalls kein ausreichendes Einwirken auf die Verkaufsbereitschaft dar. Diese Tätigkeiten dienten allein dazu, den Abschluss des Hauptvertrags herbeizuführen, weil die Kl. offensichtlich der Auffassung war, infolge der von ihr erbrachten Nachweise und der Übergabe eines Exposés bereits eine Provision im Falle des Zustandekommens des Hauptvertrags verdient zu haben. Derartige weitere Tätigkeiten des Maklers allein begründen jedoch noch keinen Provisionsanspruch. Es liegt im eigenen Interesse des Maklers, auch nach einem erfolgten Nachweis an den weiteren Verhandlungen der Vertragsparteien beteiligt zu bleiben, weil er seine Provision nicht bereits durch die Nachweistätigkeit, sondern erst mit Abschluss des Hauptvertrags verdient (Roth, in: MünchKomm, 4. Aufl., § 652 Rdnr. 56; BGH, NJW 1967, 1365 [1366]).

Hier jedenfalls waren sämtlich nach Übergabe des Exposés erbrachten Leistungen gegenüber der Beklagten nicht wesentlich genug, um einen konkludenten Vertragsschluss zu konstruieren. Diese Entscheidung verdeutlicht, welche strengen Anforderungen es zu beachten gilt.

Vertiefungshinweise:

Zum Abschluss eines Maklervertrages nach eindeutigem Provisionsverlangen: *BGH*, RA 2002, 215 = *NJW* 2002, 817; *BGH*, RA 2002, 468 = *NJW* 2002, 1945

Zur Kausalitätsvermutung bei Kauf 15/20 Monate nach Maklernachweis: *BGH*, *NJW* 2006, 667 = *NZM* 2006, 667

Verwirkung des Lohnanspruchs wegen Doppeltätigkeit: *BGH*, RA 2000, 710 = *NJW* 2000, 1945

Maklerprovision bei Abschluss eines Hauptvertrages durch einen Dritten: *OLG Frankfurt a.M.*, RA 2000, 107 = *MDR* 2000, 24

Hinweispflichten des Grundstücksmaklers: *BGH*, RA 2005, 645

Kursprogramm:

Examenskurs: "Das Versehen"

Examenskurs: "Jugendstil in Dortmund"

Assessorkurs: "Partnersuche"

Leitsätze:

1. In der Übergabe eines Exposés kann zwar ein schlüssiges Angebot des Maklers zum Abschluss

eines Maklervertrags liegen. In der Fortsetzung des laufenden Gesprächs durch den Kaufinteressenten liegt aber noch nicht die schlüssige Annahme, weil der Makler nicht davon ausgehen kann, dass der Kaufinteressent sogleich nach der Übergabe die in dem Exposé aufgeführte Courtageforderung zur Kenntnis genommen hat.

2. Eine Maklercourtage für Vermittlungstätigkeit also für das bewusste, finale Herbeiführen der Abschlussbereitschaft des Vertragspartners des künftigen Hauptvertrags setzt eine für den Erwerb wesentliche Maklerleistung voraus.

Sachverhalt:

Die Kl., die auch als Maklerin tätig ist, erstellte ein Exposé für ein der Zeugin A gehörendes Hausgrundstück. In diesem Exposé wird der Kaufpreis mit 475.000,- Euro angegeben und es heißt weiterhin unter anderem: „Kaufnebenkosten: Sind vom Käufer zu tragen, Grunderwerbssteuer von 3,5%, Notar- und Gerichtskosten ca. 2%, Maklercourtage von 5,25% zuzüglich gesetzlicher Mehrwertsteuer. Die Kaufnebenkosten sind vom Käufer zu tragen. Die Maklercourtage in Höhe von 5,25% zuzüglich der gesetzlichen Mehrwertsteuer von zurzeit 16% sind bei Vertragsabschluss, auf Grund des von uns erbrachten Nachweises, verdient und fällig und vom Käufer an die Firma D zu zahlen.“ Die Bekl. zu 1 sprach mit einer Bekannten, der Zeugin B, darüber, dass sie und der Bekl. zu 2 ein Haus suchen würden. Die Zeugin B erklärte der Bekl. zu 1, dass die Zeugin A ihr Haus verkaufen wollte. Zwischen den Parteien ist streitig, ob ein erster Besuchstermin durch Vermittlung der Kl. stattfand oder - wie die Bekl. behaupten - bereits durch Vermittlung der Zeugin B ohne Zutun der Kl. Am 18.03.2004 kam es zu einem Gespräch in dem Büro der Kl., an welchem die Bekl. teilnahmen. Ein weiteres Gespräch fand am 01.04.2004 im Hause der Frau A statt, wobei neben den Bekl. auch der Geschäftsführer der Kl., der Zeuge C, Frau A und deren Tochter zugegen waren. In den Gesprächen ging es auch um die Frage der Finanzierbarkeit eines Hauskaufs durch die Bekl. Ein weiteres, zuvor nicht vereinbartes Gespräch fand wenige Tage vor dem 27.04.2004 im Wohnhaus der Bekl. statt. In einem weiteren Termin am 27.04.2004 ermittelte der Zeuge C überschlägig den Wert der Immobilie des Bekl. zu 2. In einem Telefongespräch zwischen dem Geschäftsführer der Kl. und dem Bekl. zu 2 Ende April 2004 teilte der Bekl. zu 2 mit, dass die Bekl. das Haus nicht erwerben wollten. Weitere Gespräche fanden zwischen den Parteien danach zunächst nicht mehr statt. Am 10./11.07.2004 entdeckten die Bekl. eine Verkaufsanzeige, in welcher ein Haus zum Preis von 460.000,- Euro angeboten wurde. Die Bekl. zu 1 rief daraufhin die in der Anzeige genannte Telefonnummer an. Es meldete sich die Maklerin Frau D, eine Bekannte der Verkäuferin Frau A, die den Bekl. daraufhin ihr

Exposé über dieses Haus übersandte. In diesem Exposé ist der Kaufpreis mit 460.000,- Euro angegeben und es heißt dort weiterhin, dass die Maklercourtage von dem Verkäufer getragen wird. Die Zeugin D war zwischenzeitlich von der Zeugin A mit dem Verkauf des Hauses beauftragt worden. Der Geschäftsführer der Kl. erfuhr am 09.08.2004 von der Maklerin Frau D, dass das Haus zwischenzeitlich verkauft wäre. Die Kl. stellte den Bekl. eine Maklercourtage in Höhe von 27.405,- Euro in Rechnung. Das LG hat der Klage stattgegeben. Die Berufung der Bekl. führte zur Klageabweisung.

Aus den Gründen:

Der Kl. steht ein Anspruch auf Zahlung einer Maklerprovision aus § 652 BGB gegen die Bekl. nicht zu, weil sie bereits nicht den Nachweis zu führen vermocht hat, dass sie mit den Bekl. einen Maklervertrag geschlossen hat.

I. Kein ausdrücklicher Abschluss eines Maklervertrages, § 652 I BGB

Ein Maklervertrag kommt nach den allgemeinen Grundsätzen durch Angebot und Annahme zu Stande. Ein Maklervertrag wurde hier zwischen den Parteien ausdrücklich weder schriftlich noch mündlich geschlossen. Einen solchen Vertragsschluss hat die Kl. auch selbst nicht behauptet. Sie hat vielmehr vorgetragen, in den Gesprächen sei über eine von den Bekl. zu zahlende Provision nicht gesprochen worden.

II. Vertragsschluss durch schlüssiges Verhalten

Ein Maklervertrag kann allerdings durch schlüssiges Verhalten des Interessenten geschlossen werden.

1. Entgegennahme der Maklerdienste ist unzureichend

Die Entgegennahme von Maklerdiensten durch einen Kaufinteressenten stellt jedoch ohne Weiteres nicht einen solchen Vertragsschluss dar. Nach der ständigen Rechtsprechung des BGH ist von einem Abschluss eines Maklervertrags durch schlüssiges Verhalten nur dann auszugehen, wenn dem Interessenten die eindeutige Provisionsforderung des Maklers bekannt ist und er daraufhin in diesem Wissen weiterhin, und zwar bei der hier gegebenen Vorkennntnis wesentliche, Maklerdienstleistungen in Anspruch nimmt (BGH, NJW 2000, 282 [284] = NZM 2000, 141; NJW-RR 1996, 114). An einen Vertragsschluss durch schlüssiges Verhalten stellt die Rechtsprechung allerdings strenge Anforderungen. Denn der Kaufinteressent darf nämlich, soweit ihm Gegenteiliges nicht bekannt ist, davon ausgehen, dass der Makler das Objekt von dem Verkäufer an die Hand bekommen hat und deshalb seine Maklerleistungen allein für den Anbieter erbringen will. Etwaige Unklarheiten gehen zu Lasten des die Provision begehrenden Maklers (BGH, NJW-RR 1996, 114; NJW 1984, 232). Denn der Makler hat es insoweit in

der Hand, für klare Verhältnisse zu sorgen. Der Abschluss des Hauptvertrags allein lässt jedenfalls keinen Rückschluss auf das Zustandekommen eines Maklervertrags zu (BGH, NJW 1984, 232).

a. Angebot durch Übergabe des Exposés

Ein Maklervertrag kann zwischen den Parteien hier allein dadurch zu Stande gekommen sein, dass den Bekl. das Exposé der Kl. mit der eindeutigen Provisionsforderung zugegangen ist und die Bekl. in dieser Kenntnis weiterhin (wesentliche) Maklerleistungen der Kl. in Anspruch genommen haben. Dem Exposé der Kl. ist eindeutig zu entnehmen, dass der Käufer der Immobilie im Falle des Vertragsschlusses eine Maklercourtage in Höhe von 5,25% des Kaufpreises zuzüglich der gesetzlichen Mehrwertsteuer zu zahlen hat, so dass insoweit keine Unklarheiten bestehen. In der Übergabe dieses Exposés ist daher das schlüssige Angebot der Kl. zum Abschluss eines Maklervertrags zu sehen.

b. Keine schlüssige Annahme durch Fortsetzung des Gesprächs nach Übergabe des Exposés

Zwischen den Parteien ist streitig, ob den Bekl. das Exposé der Kl. bereits in dem ersten Gespräch der Parteien in den Büroräumen der Kl. am 18.03.2004 überreicht wurde - wie die Kl. behauptet - oder die Bekl. dieses erst nach dem ersten Gespräch per Post zugesandt bekommen haben - wie die Bekl. behaupten. Dies kann jedoch hier dahinstehen. Denn auch bei einer Übergabe des Exposés bereits im ersten Gesprächstermin wäre ein Maklervertrag nicht durch schlüssiges Verhalten der Bekl. allein deshalb zu Stande gekommen, weil sie dieses Gespräch fortgesetzt haben. Denn der Makler kann nicht davon ausgehen, dass der Kaufinteressent ein überreichtes Exposé sogleich durchliest und die Courtageforderung des Maklers zur Kenntnis nimmt (BGH, NJW-RR 1991, 371).

c. Keine Annahme durch weitere Inanspruchnahme der Maklerleistung in Kenntnis des Provisionsverlangens

Ein Maklervertrag kann daher nur dadurch zu Stande gekommen sein, dass die Bekl. nach der Übergabe oder Übersendung des Exposés im oder nach dem Gesprächstermin vom 18.03.2004 in Kenntnis des Provisionsverlangens weitere (wesentliche) Maklerleistungen der Kl. in Anspruch genommen und das Angebot auf Abschluss eines Maklervertrags dadurch schlüssig angenommen haben. Eine solche (wesentliche) Maklerleistung der Kl. ist hier jedoch nach dem Gespräch am 18.03.2004 nicht ersichtlich. Eine Nachweiseleistung konnte die Kl. schon deshalb nicht mehr erbringen, weil den Bekl. das Kaufobjekt, der Name und die Anschrift der Verkäuferin Frau A und deren Verkaufsabsicht bereits aus einem vorangegangenen Besichtigungstermin, der ohne Zutun der Kl. stattge-

funden hatte, bekannt war, sie also Vorkenntnis hatten. Das LG hat in dem angefochtenen Urteil insoweit die Feststellung getroffen, dass die Bekl. zunächst ohne Beteiligung der Kl. das von ihnen später gekaufte Hausgrundstück besichtigt haben. Diese Feststellungen hat das BerGer. zu Grunde zu legen, soweit nicht konkrete Anhaltspunkte Zweifel an der Richtigkeit oder Vollständigkeit der entscheidungserheblichen Feststellung begründen und deshalb eine erneute Feststellung geboten ist (§ 529 I Nr. 1 ZPO). Derartige konkrete Anhaltspunkte sind hier nicht gegeben. Das LG ist zu der tatsächlichen Feststellung auf Grund der insoweit auch ergiebigen Aussage der Zeugin B gekommen.

aa. Bekl. besichtigte das Haus am 04.03.2004 allein durch die Tätigkeit der Zeugin B

Die Zeugin B hat ausweislich des Protokolls der mündlichen Verhandlung vom 19.01.2006 bekundet, sie kenne Frau A schon seit längerer Zeit aus dem Dorf und habe gewusst, dass sie ihr Haus verkaufen wollte. Am 03.03. habe die Bekl. zu 1 bei ihr angerufen, um zum Geburtstag zu gratulieren, und man habe darüber gesprochen, dass Frau A ihr Haus verkaufen wollte. Man habe sich für den darauf folgenden Tag verabredet und die Bekl. hätten sich am 04.03. um 18 Uhr das Haus angesehen. Frau A habe dann erklärt, Herr C habe die Maklersache übernommen. Die Zeugin A hat diese Aussage bestätigt und bekundet, Frau B habe sie angerufen und gesagt, sie habe Interessen für das Haus. Man habe sich das Haus dann gemeinsam angesehen und sie habe die Bekl. dann an Herrn C verwiesen.

Die Feststellung des LG, dass die Bekl. das Haus am 04.03.2004 allein durch die Tätigkeit der Zeugin B besichtigt haben, wird von der Kl. mit der Berufung auch nicht angegriffen, so dass ein Maklervertrag durch die Inanspruchnahme einer Nachweistätigkeit der Kl. durch die Bekl. nicht mehr geschlossen werden konnte. Wenn man mit dem LG davon ausgehen wollte, dass über diese Besichtigung hinaus die Bekl. sämtliche weiteren Informationen durch die Kl. erhalten haben, so hat das dennoch nicht zum Abschluss eines Maklervertrags geführt, da die Bekl. diese Informationen bereits erhalten hatten, bevor die Kl. ihnen durch Übergabe des Exposés ein Angebot zum Abschluss eines Maklervertrags gemacht hatte.

bb. Kein Nachweis basierend auf dem weiteren Besichtigungstermin am 01.04.2004

Ein provisionspflichtiger Nachweis ist daher nicht darin zu sehen, dass es unstreitig einen weiteren Besichtigungstermin im Hause der Verkäuferin am 01.04.2004 gab und im Gespräch am 27.04.2004 der Bekl. zu 2. nach Einzelheiten des angebotenen Hauses gefragt hat. Denn aus den eigenen Angaben der Kl. schon in der Klageschrift folgt, dass bereits am

18.03.2004 alle Einzelheiten des Kaufs besprochen wurden, das heißt die Preisgestaltung und sonstige Einzelheiten der Immobilie, und dass bereits in dem folgenden Gespräch am 01.04.2004 die Bekl. ihren Kaufentschluss erklärt hätten und daher insbesondere über die Finanzierung der Immobilie gesprochen worden sei. Weiterer Nachweise bedurfte es daher nicht, dies insbesondere auch deswegen nicht, weil die einen Käufer interessierenden Einzelheiten der Immobilie sich aus dem vor einem möglichen Vertragsschluss überreichten Exposé ergaben. Damit aber hatten die Bekl. alle sie interessierenden Nachweisdaten, bevor es zu weiteren Treffen der Parteien kam. Dass die Bekl. den Termin am 01.04.2004 gewünscht oder benötigt hätten, um weitere für ihren Kaufentschluss wesentliche Einzelheiten zu erfahren, ist nicht ersichtlich.

cc. Keine wesentliche Vermittlungsleistung nach der Übergabe und Übersendung ihres Exposés

Die Kl. hat nach der Übergabe oder Übersendung ihres Exposés auch keine (wesentliche) Vermittlungsleistung erbracht, auf Grund derer von der Annahme des Vertragsangebots durch die Bekl. ausgegangen werden könnte. Es ist bereits fraglich, ob eine Vermittlungsleistung der Kl. hier eine Provisionspflicht der Bekl. begründen konnte, weil ausweislich der von der Kl. gewählten Formulierung im Exposé von der Vereinbarung einer Maklercourtage für eine Nachweiseleistung auszugehen ist. Denn in dem Exposé heißt es insoweit wörtlich: „Die Maklercourtage in Höhe von 5,25% zuzüglich der gesetzlichen Mehrwertsteuer von zur Zeit 16% sind bei Vertragsabschluss, auf Grund des von uns erbrachten Nachweises, verdient und fällig ...“. Dies kann jedoch dahinstehen, weil eine wesentliche Vermittlungstätigkeit der Kl. nicht ersichtlich ist. Vermitteln im Rahmen des Maklervertrages ist das bewusste, finale Herbeiführen der Abschlussbereitschaft des Vertragspartners des künftigen Hauptvertrags (Schwertner, MaklerR, 4. Aufl. [1999], Rdnr. 222 m.w. Nachw.).

Die Verkäuferin Frau A war hier jedoch von Beginn an gewillt, ihr Haus an die Bekl. zu veräußern. Es ist deshalb nicht erkennbar, dass die Kl. auf die Zeugin A eingewirkt hätte, um den Vertragsschluss mit den Bekl. herbeizuführen. Allein die Anwesenheit des Zeugen C in einem weiteren Besichtigungstermin, die Beratung der Bekl. im Rahmen der Finanzierung und die Wertermittlung der Immobilie des Bekl. zu 2 stellt jedenfalls kein Einwirken auf die Verkaufsbereitschaft der Zeugin A dar.

Diese Tätigkeiten dienten allein dazu, den Abschluss des Hauptvertrags herbeizuführen, weil die Kl. offensichtlich der Auffassung war, infolge von ihr erbrachter Nachweise und der Übergabe eines Exposés bereits eine Provision im Falle des Zustandekommens des Hauptvertrags verdient zu haben. Derartige weitere Tätigkeiten des Maklers allein begründen auch keinen

Provisionsanspruch. Denn es liegt regelmäßig im eigenen Interesse des Maklers, auch nach einem erfolgten Nachweis an den weiteren Verhandlungen der Vertragsparteien beteiligt zu bleiben, weil er seine Provision nicht bereits durch die Nachweistätigkeit, sondern erst mit Abschluss des Hauptvertrags verdient (Roth, in: MünchKomm, 4. Aufl., § 652 Rdnr. 56; BGH, NJW 1967, 1365 [1366]).

2. Unterstellt ein Maklervertrag wäre geschlossen worden, läge gleichfalls kein Anspruch auf Entrichtung der Provision vor

Selbst wenn man wegen der Tätigkeiten der Kl. nach Exposéübergabe von dem Abschluss eines Maklervertrags zwischen den Parteien ausgehen wollte, wäre ein Provisionsanspruch der Kl. nicht gegeben, weil eine provisionspflichtige wesentliche Maklerleistung von

ihr für die Bekl. nach der Übergabe oder der Übersendung ihres Exposés nach dem oben gesagten nicht erbracht wurde. Das gilt auch, wenn der Bekl. zu 2 noch am 27.04.2004 nach weiteren Einzelheiten des Hauses gefragt hat. Ob das Verschaffen zusätzlicher Kenntnisse noch in maßgeblicher Weise gewirkt hat, ist eine Frage des Einzelfalls. Jedoch ist immer eine für den Erwerb wesentliche Maklerleistung zu fordern. Das bedeutet, dass der Kunde durch den Hinweis den Anstoß bekommen haben muss, sich um das Objekt zu bemühen (BGH, NJW 1983, 1849 [1850]; NJW-RR 1996, 114 [115]; NJW-RR 1990, 1269 [1270]; NJW-RR 1998, 411, 412]). Davon kann hier keine Rede sein nach dem eigenen Vorbringen der Kl., da es nach dem Gespräch am 18.03. 2004 im Weiteren im Wesentlichen nur noch um Finanzierungsfragen ging.

Standort: Deliktsrecht

Problem: Verschuldensfähigkeit

BGH, URTEIL VOM 17.04.2007

VI ZR 109/06 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Die vorliegende Entscheidung befasst sich mit der Geltendmachung eines deliktischen Schadensersatzanspruches gegenüber einem Minderjährigen. Die Kl. hielt mit ihrem PKW im Bereich einer Straßeneinmündung auf ihrer Fahrbahnhälfte auf der gedachten Seitenlinie an. Zu selben Zeit näherte sich der 8-jährige Bekl. mit seinem Fahrrad aus Sicht der Klägerin von links kommend. Er wollte rechts in die Straße, aus der die Kl. kam einbiegen. Dem Bekl. war zunächst bei der Annäherung aufgrund einer am Straßenrand befindlichen ca. 20 m hohen Hecke die Sicht auf die Einmündung versperrt. Erst ca. 20 m vor der Einmündung war freie Sicht gewährleistet. Aufgrund überhöhter, nicht angepasster Geschwindigkeit und Unaufmerksamkeit übersah der Bekl. den PKW der Kl. und fuhr frontal auf den stehenden PKW auf.

Der Kl. ist ein Sachschaden entstanden, den sie nunmehr geltend macht. Das AG hatte die Klage wegen mangelnder Verschuldensfähigkeit des Bekl. gemäß § 828 II 1 BGB abgewiesen. Auf die Berufung der Kl. hin, hat das LG den Bekl. unter Anwendung einer Haftungsquote von 4/5 zum Schadensersatz verurteilt. Mit der Revision begehrt der Bekl. die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteiles.

Prüfungsrelevanz:

Der BGH musste sich vorliegend mit der Fragestellung auseinandersetzen, inwieweit eine Ausdehnung der bestehenden Ausnahmen zu § 828 II 1 BGB in Betracht kommt. Insoweit war das BerGer. zu der Auffassung gelangt, dass die vom BGH in bestimmten

Fallgestaltungen vorgenommene teleologische Reduktion des § 828 II 1 BGB auf den hiesigen Sachverhalt übertragbar sei.

Grundsätzlich sieht § 828 II 1 BGB vor, dass Kinder, die das 7. Lebensjahr, aber noch nicht das 10. Lebensjahr vollendet haben, für Schäden nicht haften sollen, die bei Unfällen mit einem Kraftfahrzeug entstehen. Grund dafür ist insbesondere der Umstand, dass Kinder bis zur Vollendung des 10. Lebensjahres regelmäßig nicht in der Lage sind, die besonderen Gefahren des motorisierten Straßenverkehrs zu erkennen und einzuschätzen. Dies ist nur in den Fällen nicht der Fall, in denen sich andere Gefahren realisieren als diejenigen, die dem motorisierten Straßenverkehr innewohnen, z.B. wenn Kinder mit dem Fahrrad oder Kickboard gegen ein geparktes Auto fahren, da dann gerade die Gefahr des motorisierten Straßenverkehrs keine Rolle spiele.

Eine solche Ausnahmesituation hat der BGH hier jedoch zu Recht verneint. Die Konstellation ist gerade nicht mit der zuvor geschilderten Ausnahme vergleichbar, da der PKW der Kl. zum Zeitpunkt des Unfalles dem fließenden Straßenverkehr zuzuordnen war. Daran änderte auch der Umstand nichts, dass der kl. PKW im Zeitpunkt der Kollision nicht in Bewegung war. Hier hat sich gerade eine typische Überforderungssituation für ein achtjähriges Kind ergeben, das der Unübersichtlichkeit und Komplexität der konkreten Situation nicht gewachsen war.

Zwar behandelt diese Entscheidung nur ein Teilproblem des Deliktsrechts, sie ist aber gut geeignet, um eine Klausur um eine interessante Fragestellung anzureichern. Insbesondere bei Minderjährigen stellt sich neben den normalen Verschuldensvoraussetzungen immer die grundsätzliche Frage der Verschuldensfähigkeit. Grundsätzlich fehlt es daran, sofern das Kind

das 7. Lebensjahr noch nicht erreicht hat, § 828 I BGB. Für den Zeitraum zwischen dem 7. und 18. Lebensjahr kommt es auf die Fähigkeit an, das Unrecht der eigenen Handlung erkennen zu können, wobei dafür gemäß § 828 III BGB eine Vermutung besteht. Das bedeutet der Minderjährige muss das Fehlen der Einsicht beweisen. Für den motorisierten Straßen-, Schienen- und Schwebbahnverkehr hat der Gesetzgeber wiederum eine Sonderregelung geschaffen, wonach eine Verantwortlichkeit zwischen dem 7. und 10. Lebensjahr entfällt, sofern nicht vorsätzliches Handeln gegeben ist. Insoweit wird den besonderen Gefahren und den erhöhten Anforderungen an die Teilnehmer des Straßenverkehrs Rechnung getragen. Hier galt es unter § 828 II 1 BGB zu subsumieren und argumentativ darzulegen, ob der Anwendungsbereich auch gerade die gegebene Situation erfasst. Die Ausführungen des BGH hierzu sind überzeugend.

Vertiefungshinweise:

- Zur Haftung eines 16-jährigen Inlineskaters: *LG Bielefeld*, RA 2004, 542 = *NJW* 2004, 2245
- Zur Deliktsfähigkeit eines Kindes im Straßenverkehr: *AG Sinzheim*, RA 2004, 189 = *NJW* 2004, 453

Kursprogramm:

- Examenskurs*: "Flugreise eines Minderjährigen"
- Examenskurs*: "Das verhängnisvolle Skateboard"
- Assessorkurs*: "Die Fahrt zum Fest"

Leitsätze:

1. Stößt ein achtjähriges Kind mit seinem Fahrrad aufgrund überhöhter, nicht angepasster Geschwindigkeit und Unaufmerksamkeit im fließenden Verkehr gegen ein verkehrsbedingt haltendes Kraftfahrzeug, das es nicht herankommen sehen konnte und mit dem es deshalb möglicherweise nicht rechnete, so handelt es sich um eine typische Fallkonstellation der Überforderung des Kindes durch die Schnelligkeit, die Komplexität und die Unübersichtlichkeit der Abläufe im motorisierten Straßenverkehr.

2. Darauf, ob sich diese Überforderungssituation konkret ausgewirkt hat oder ob das Kind aus anderen Gründen nicht in der Lage war, sich verkehrsgerecht zu verhalten, kommt es im Hinblick auf die generelle Heraufsetzung der Deliktsfähigkeit von Kindern durch § 828 II 1 BGB in der Fassung des Zweiten Gesetzes zur Änderung schadensrechtlicher Vorschriften vom 19.07. 2002 (BGBl I S. 2674) nicht an.

Sachverhalt:

Die Kl. macht gegen den Bekl. Schadensersatzansprüche aus einem Verkehrsunfall vom 16.07.2005 gel-

tend. An dem Verkehrsunfall waren die Kl. mit ihrem PKW und der zum Unfallzeitpunkt achtjährige Bekl. mit seinem Fahrrad beteiligt. Die Kl. hielt ihren PKW im Bereich einer Straßeneinmündung auf ihrer Fahrbahnhälfte vor der gedachten Sichtlinie an, um sich vor dem beabsichtigten Linksabbiegen zu vergewissern, ob sie bevorrechtigtem Verkehr eventuell Vorfahrt gewähren musste. Zur selben Zeit näherte sich der Bekl. mit seinem Fahrrad aus Sicht der Kl. von links kommend dem Einmündungsbereich, um nach rechts in die Straße einzubiegen, in der die Kl. mit ihrem PKW stand. Dem Bekl. war zunächst der Blick auf die Einmündung und den dort seit wenigen Sekunden haltenden PKW der Kl. durch eine am Fahrbahnrand stehende, ca. 2 m hohe Hecke versperrt, bei weiterer Annäherung aber war dieser zumindest aus einer Entfernung von ca. 20 m deutlich erkennbar. Er übersah ihn jedoch aufgrund überhöhter, nicht angepasster Geschwindigkeit und Unaufmerksamkeit und fuhr frontal auf den stehenden PKW der Kl. auf.

Mit ihrer Klage verlangt die Kl. Ersatz des an ihrem PKW entstandenen Schadens in Höhe von 1.415,57,- € nebst einer Unkostenpauschale von 30,- €. Das Amtsgericht hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung der Kl. hat das BerGer. das erstinstanzliche Urteil teilweise abgeändert und der Klage zu einer Quote von 4/5 stattgegeben. Mit der vom BerGer. zugelassenen Revision begehrt der Bekl. die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils.

Aus den Gründen:

I. Entscheidung und Begründung des BerGer.

Das BerGer. meint im Gegensatz zum erstinstanzlichen Urteil, dem Bekl. komme das Haftungsprivileg des § 828 II 1 BGB n.F. nicht zugute. Zwar sei der Bekl. zum Unfallzeitpunkt erst acht Jahre alt gewesen und habe der Kl. den Schaden auch bei einem Unfall mit einem Kraftfahrzeug entsprechend dem Wortlaut dieser gesetzlichen Regelung zugefügt. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs greife die Vorschrift nach ihrem Sinn und Zweck jedoch nur ein, wenn sich bei der gegebenen Fallkonstellation eine typische Überforderungssituation des Kindes durch die spezifischen Gefahren des motorisierten Verkehrs realisiert habe. Dies sei hier nicht der Fall gewesen. Das ordnungsgemäß haltende Fahrzeug der Kl. habe allenfalls ein stehendes Objekt dargestellt, von dem keine Gefahr ausgegangen sei, die auf die Geschwindigkeit des Fahrzeuges zurückgeführt werden könne. Eine hier gegebene Überforderungssituation des Bekl. sei auf dessen eigene, gegebenenfalls überhöhte Geschwindigkeit, jedenfalls aber auf dessen vollkommene Sorglosigkeit bei der Teilnahme im Straßenverkehr zurückzuführen. Von einer solchen voll umfänglichen Sorglosigkeit sei der Gesetzgeber bei der Haftungsprivilegierung nach § 828 II 1 nicht ausgegangen. Die-

se Schwierigkeiten, sich im Straßenverkehr verkehrsgerecht zu verhalten, die ausschließlich in der Person des Kindes, nicht jedoch in den Gefahren des motorisierten Verkehrs ihre Grundlage hätten, rechtfertigten keine Haftungsfreistellung. Die Kl. habe sich mithin lediglich eine Mithaftung wegen der von ihrem Fahrzeug ausgehenden Betriebsgefahr in Höhe von 20% anrechnen zu lassen.

II. Entscheidung des BGH in der Revision

Die Beurteilung des BerGer. hält revisionsrechtlicher Nachprüfung nicht stand. Entgegen der Auffassung des BerGer. ist die Verantwortlichkeit des Bekl. nach § 828 II 1 BGB unter den Umständen des Streitfalles ausgeschlossen.

1. Anwendbarkeit

Da das schädigende Ereignis nach dem 31.07.2002 eingetreten ist, richtet sich die Verantwortlichkeit des minderjährigen Schädigers gemäß Art. 229 § 8 I EGBGB nach § 828 BGB in der Fassung des 2. Gesetzes zur Änderung schadensrechtlicher Vorschriften vom 19.07.2002 (BGBl I S. 2674). Danach ist für den Schaden, den er bei einem Unfall mit einem Kraftfahrzeug einem anderen zufügt, nicht verantwortlich, wer das 7., aber nicht das 10. Lebensjahr vollendet hat. Das BerGer. ist zwar zutreffend davon ausgegangen, dass § 828 II 1 BGB nach seinem Wortlaut im vorliegenden Fall ohne weiteres eingreift. Soweit es gleichwohl seine Anwendbarkeit unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung des erkennenden Senats verneint, kann dem nicht gefolgt werden.

2. Teleologische Reduktion bei Fehlen einer typischen Überforderungssituation durch die Gefahren des motorisierten Straßenverkehrs

Der erkennende Senat hat zwar eine teleologische Reduktion des Wortlauts dieser Vorschrift in Fällen vorgenommen, in denen Kinder der privilegierten Altersgruppe mit einem Kickboard oder Fahrrad gegen ein ordnungsgemäß geparktes Kraftfahrzeug gestoßen sind und dieses beschädigt haben. Er hat hierzu ausgeführt, die Vorschrift greife nach ihrem Sinn und Zweck nur ein, wenn sich bei der gegebenen Fallkonstellation eine typische Überforderungssituation des Kindes durch die spezifischen Gefahren des motorisierten Verkehrs realisiert habe (vgl. Senatsurteile BGHZ 161, 180 und vom 21.12.2004 - VI ZR 276/03 - VersR 2005, 378 m.w.N.). Der Gesetzgeber hat nämlich mit der Einführung der Ausnahmvorschrift des § 828 II BGB dem Umstand Rechnung getragen, dass Kinder bis zur Vollendung ihres zehnten Lebensjahres regelmäßig überfordert sind, die besonderen Gefahren des motorisierten Straßenverkehrs zu erkennen, insbesondere die Entfernungen und Geschwindigkeiten von anderen Verkehrsteilnehmern richtig einzuschätzen und sich den Gefahren entsprechend zu verhalten. Da-

bei hat er sich von der Erkenntnis leiten lassen, dass Kinder in diesem Alter wegen ihres Lauf- und Erprobungsdrangs, ihrer Impulsivität, Affektreaktionen, mangelnden Konzentrationsfähigkeit und ihrem gruppendynamischen Verhalten oft zu einem verkehrsgerechten Verhalten nicht in der Lage sind (vgl. BT-Drucks. 14/7752, S. 16 f. und 26 f.). Allerdings wollte er die Deliktsfähigkeit nicht generell und nicht bei sämtlichen Verkehrsunfällen erst mit Vollendung des zehnten Lebensjahres beginnen lassen. Er wollte die Heraufsetzung der Deliktsfähigkeit vielmehr auf im motorisierten Straßen- oder Bahnverkehr plötzlich eintretende Schadensereignisse begrenzen, bei denen die altersbedingten Defizite eines Kindes, wie z.B. Entfernungen und Geschwindigkeiten nicht richtig einschätzen zu können, zum Tragen kommen, weil sich das Kind durch die Schnelligkeit, die Komplexität und die Unübersichtlichkeit der Abläufe im motorisierten Verkehr in einer besonderen Überforderungssituation befindet (vgl. BT-Drucks. 14/7752, S. 26 f.).

3. Eine Überforderungssituation kann auch bei einem verkehrsbedingt haltenden KFZ

Entgegen der Auffassung des BerGer. kann eine solche typische Überforderungssituation, die nach dem Willen des Gesetzgebers zu einem Haftungsausschluss führt, unter den Umständen des Streitfalles nicht verneint werden. Eine typische Gefahr des motorisierten Verkehrs kann auch von einem Kraftfahrzeug ausgehen, das im fließenden Verkehr anhält (d.h. seine Geschwindigkeit auf Null reduziert) und auf der Fahrbahn für das Kind ein plötzliches Hindernis bildet, mit dem es möglicherweise nicht gerechnet hat. Auch in einer solchen Fallkonstellation können altersbedingte Defizite eines Kindes im motorisierten Straßenverkehr, von denen die Fähigkeit zur richtigen Einschätzung von Entfernungen und Geschwindigkeiten nur beispielhaft genannt sind, zum Tragen kommen. Insofern ist der Streitfall nicht - wie das BerGer. meint - mit den Fällen einer Kollision mit einem ordnungsgemäß parkenden Kraftfahrzeug vergleichbar, an dessen Stelle ebenso gut ein anderer Gegenstand stehen könnte, mit dem aber im fließenden Verkehr so nicht zu rechnen ist. Die Kl. nahm im Streitfall, obwohl sie anhielt, mit ihrem PKW zum Zeitpunkt des Zusammenstoßes am fließenden Straßenverkehr teil. Der einheitliche Vorgang der Fahrt wird nicht dadurch beendet, dass das Fahrzeug durch verkehrsbedingte Umstände vorübergehend angehalten wird (vgl. Senatsurteil vom 12.12.2000 - VI ZR 411/99 - VersR 2001, 524). Die Kl. hatte nach den insgesamt unangegriffenen Feststellungen des BerGer. im Einmündungsbereich einer Straße, in welche der Bekl. einbiegen wollte, lediglich kurz auf ihrer Fahrbahnseite angehalten, um ihrerseits nach links abzubiegen. Sie war für den Bekl. wegen der sich am Fahrbahnrand befindlichen ca. 2 m hohen Hecke während ihrer Annäherung an

die Straßeneinmündung nicht erkennbar gewesen. Dem Bekl. war durch die Hecke zunächst auch der Blick auf die Einmündung und den bereits dort seit wenigen Sekunden haltenden PKW der Kl. versperrt. Stößt ein achtjähriges Kind in einer solchen Situation mit seinem Fahrrad aufgrund überhöhter, nicht angepasster Geschwindigkeit und Unaufmerksamkeit im fließenden Verkehr gegen ein verkehrsbedingt gehaltenes Kraftfahrzeug, das es nicht herankommen sehen konnte und mit dem es deshalb möglicherweise nicht rechnete, so handelt es sich damit um eine typische Fallkonstellation der Überforderung des Kindes durch die Schnelligkeit, die Komplexität und die Unübersichtlichkeit der Abläufe im motorisierten Straßenverkehr. Darauf, ob sich diese Überforderungssituation konkret ausgewirkt hat oder ob das Kind aus anderen Gründen nicht in der Lage war, sich verkehrsgerecht

zu verhalten, kommt es nicht an. Um eine klare Grenzlinie für die Haftung von Kindern zu ziehen, hat der Gesetzgeber diese Fallgestaltungen einheitlich in der Weise geregelt, dass er die Altersgrenze der Deliktsfähigkeit von Kindern für den Bereich des motorisierten Verkehrs generell heraufgesetzt hat (vgl. Senatsurteil vom 14.07.2005 - VI ZR 181/04 - VersR 2005, 1154, 1155).

III. Entscheidung des Senats gem. § 563 III ZPO

Da keine weiteren Feststellungen mehr erforderlich sind, kann der Senat selbst entscheiden (§ 563 III ZPO). Dies führt zur Wiederherstellung des die Klage insgesamt abweisenden erstinstanzlichen Urteils.

IV. Nebenentscheidung

Die Kostenentscheidung ergibt sich aus § 91 ZPO.

Standort: ZPO I

Problem: Drittwiderklage

BGH, URTEIL VOM 13.03.2007

VI ZR 129/06 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

In der Sache geht es um die Zulässigkeit einer isolierten Drittwiderklage.

Die Mutter des Kl. wurde bei einem Verkehrsunfall tödlich verletzt. Zum Unfallzeitpunkt befand sich die Mutter des Kl. gemeinsam mit ihrem Ehemann, dem Vater des Kl., auf einer Fahrradtour. Der Ehemann ist Zeuge des Unfallgeschehens.

Der Kl. begehrt aus abgetretenem Recht seines Vaters Schadensersatz, insbesondere Verdienstausfall wegen behaupteter unfallbedingter psychischer Beeinträchtigungen. Die Einzelheiten des Unfallhergangs und das Maß der Verursachungsbeiträge der Unfallbeteiligten sind streitig. Der Bekl. zu 1 hat gegen den Vater des Kl. (Dritt-) Widerklage erhoben, mit der er Ersatz des ihm bei dem Unfall entstandenen Sachschadens begehrt.

Das Landgericht hat durch Zwischenurteil die Widerklage abgewiesen. Das BerGer. hat auf die Berufung des Bekl. zu 1 das Zwischenurteil aufgehoben und die Sache an das Landgericht zurückverwiesen. Mit der vom BerGer. zugelassenen Revision verfolgt der Drittwiderbeklagte sein Begehren, die Drittwiderklage für unzulässig zu erklären, weiter.

Prüfungsrelevanz:

Die Widerklage ist die Klage des Bekl. gegen den Kl. im Rahmen eines rechtshängigen Rechtsstreits. Mit Erhebung der Widerklage löst sich der Bekl. aus der Verteidigungsposition und geht zum Gegenangriff über. Nach Erhebung der zulässigen Widerklage kommt es nach überwiegender Auffassung auf das

weitere Schicksal der Klage nicht mehr an. So lässt die Rücknahme der Klage oder eine übereinstimmende Erledigungserklärung das Schicksal der Widerklage unberührt (so bereits BGH, NJW 1964, 44). Der Kläger kann auf die Widerklage seinerseits mit einem Gegenangriff reagieren und hilfsweise Wider- Widerklage erheben (BGH, NJW 1959, 571). Eine solche Konstellation kommt etwa dann in Betracht, wenn sich der Kl. gegen die Widerklage mit einer Aufrechnung verteidigen will, wobei deren Erfolg aufgrund eines Aufrechnungsverbots fraglich erscheint (vgl. BGH, NJW-RR 1999, 1736). Besondere Fälle in diesem Zusammenhang sind die Zwischenfeststellungsklage und die hier in Streit stehende sog. Drittwiderklage.

Die Zwischenfeststellungsklage gem. § 256 II ZPO ist gerichtet auf die Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses, von dem die Entscheidung ganz oder zum Teil abhängt.

Bei der Drittwiderklage wendet sich die Klage nicht gegen den Kl., sondern gegen einen bislang unbeteiligten Dritten. Es bestehen erhebliche Zweifel an der Zulässigkeit der isolierten Drittwiderklage. In § 33 ZPO wird nur der Gegenangriff des Bekl. zugelassen. Die Rechtsprechung hält die isolierte Drittwiderklage für grundsätzlich unzulässig (BGH, NJW 1971, 466, NJW 1993, 2120). Nur in ganz besonders gelagerten Fällen sei eine Ausnahme von diesem Grundsatz geboten. Der BGH hat zum Beispiel eine isolierte Drittwiderklage gegen Gesellschafter einer klagenden Gesellschaft für zulässig erachtet, wenn das auf die Drittwiderklage ergehende Urteil für die Gesellschaft verbindlich ist und damit für die Zahlungsklage vorgreiflich sein kann (BGHZ 91, 132, 134 f.). Auch in der Literatur wird die Zulässigkeit einer isolierten Drittwiderklage für besondere Sachverhaltsgestaltungen für möglich gehalten (vgl. Stein/Jonas/Roth, ZPO, 22.

Aufl., § 33 Rn. 44; Zöller/ Vollkommer, ZPO, 26. Aufl., § 33 Rn. 24 m.w.N.).

In dieser Entscheidung bestätigt der BGH der Zulässigkeit der Drittwiderklage in Ausnahmefällen. Begründet wird dies damit, dass durch das Rechtsinstitut der Widerklage die Vervielfältigung und Zersplitterung von Prozessen vermieden werden sollte; zusammengehörende Ansprüche sollten einheitlich verhandelt und entschieden werden können (BGHZ 40, 185, 188; 147, 220, 222). Dieses Ziel könne mit der Widerklage gegen einen bisher am Rechtsstreit nicht Beteiligten jedenfalls dann erreicht werden, wenn die Dinge tatsächlich und rechtlich eng miteinander verknüpft seien (vgl. BGHZ 91, 132, 135) und keine schutzwürdigen Interessen des Widerbeklagten verletzt würden (vgl. BGHZ 40, 185, 190). Hinsichtlich der Anforderungen an die Zulässigkeit legt der BGH einen Schwerpunkt auf das Vorliegen eines einheitlichen Geschehens, dem Fehlen einer etwaigen Verletzung schützenswerter Interessen des Widerbeklagten, sowie der Sachdienlichkeit. Die Ausführungen dazu sind lesenswert.

Vertiefungshinweise:

Zur isolierten Drittwiderklage: BGHZ 147, 220 = NJW 2001, 2094 = BGH Report 2001, 614 mit Anmerkungen Vollkommer

Kursprogramm:

- Examenskurs:* "Die gestohlene Jacke"
 Assessorkurs: "Der undankbare Neffe"

Leitsatz:

Tritt der von einem Verkehrsunfall Betroffene seine Schadensersatzforderung an einen Dritten ab und wird die Forderung im Haftpflichtprozess von dem Zessionar geltend gemacht, so ist eine Drittwiderklage, die der beklagte Unfallgegner wegen seiner aus dem Unfall resultierenden Schadensersatzforderung gegen den am Prozess bisher nicht beteiligten Zedenten bei seinem Gerichtsstand erhebt, regelmäßig zulässig.

Sachverhalt:

Die Parteien streiten um die Zulässigkeit einer isolierten Drittwiderklage. Dem liegt folgender Sachverhalt zu Grunde:

Bei einem Verkehrsunfall wurde die Mutter des Kl. tödlich verletzt, als sie mit ihrem Fahrrad nach links in einen Feldweg abbiegend von dem von hinten nahenden PKW des Bekl. zu 1 erfasst wurde. Die Mutter des Kl. befand sich im Unfallzeitpunkt zusammen mit ihrem Ehemann, dem Vater des Kl., auf einer Fahrradtour. Dieser ist Zeuge des Unfalls. Er hat seine Schadensersatzansprüche aus dem Unfallereignis an den

Kl. abgetreten.

Mit der Klage begehrt der Kl. aus abgetretenem Recht seines Vaters Schadensersatz, insbesondere Verdienstausfall wegen behaupteter unfallbedingter psychischer Beeinträchtigungen. Die Einzelheiten des Unfallhergangs und das Maß der Verursachungsbeiträge der Unfallbeteiligten sind zwischen den Parteien streitig. Der Bekl. zu 1 hat gegen den Vater des Kl. (Dritt-)Widerklage erhoben, mit der er Ersatz des ihm bei dem Unfall entstandenen Sachschadens begehrt.

Das Landgericht hat durch Zwischenurteil die Widerklage abgewiesen. Das BerGer. hat auf die Berufung des Bekl. zu 1 das Zwischenurteil aufgehoben und die Sache an das Landgericht zurückverwiesen. Mit der vom BerGer. zugelassenen Revision verfolgt der Drittwiderbeklagte sein Begehren, die Drittwiderklage für unzulässig zu erklären, weiter.

Aus den Gründen:

I. Entscheidung und Begründung des BerGer.

Nach Auffassung des BerGer. ist die Zulässigkeit der hier erhobenen Widerklage gegeben. Das Landgericht, in dessen Bezirk der Drittwiderbeklagte seinen allgemeinen Gerichtsstand habe, sei für die Widerklage sachlich und örtlich zuständig. Zwischen Klage und Widerklage bestehe auch ein Zusammenhang, da die wechselseitig geltend gemachten Ansprüche auf demselben Verkehrsunfall beruhten. Die Erhebung einer isolierten Drittwiderklage sei unter den vorliegenden Umständen auch ausnahmsweise zulässig. Die gegenseitigen Ansprüche der Unfallbeteiligten beruhten auf einem einheitlichen Schadensereignis, so dass durch ihre Verhandlung in einem Rechtsstreit eine einheitliche Entscheidung und damit das Ziel der Widerklage, eine Vervielfältigung und Zersplitterung von Prozessen zu vermeiden, erreicht werden könne. Schützenswerte Interessen des Drittwiderbeklagten stünden nicht entgegen. Er sei die eigentliche "materielle" Partei auf Klägerseite, so dass ihm der Klagegegenstand umfassend bekannt sei. Sein prozesstaktisches Verhalten, sich durch die Abtretung an seinen Sohn die Stellung eines Zeugen im Prozess zu verschaffen, verdiene unter dem Gesichtspunkt einer Waffengleichheit der Parteien keinen Schutz. Eine Einwilligung des Drittwiderbeklagten in die Erhebung der Widerklage sei entbehrlich, da diese sachdienlich sei. Durch ihre Erhebung könnten die zwischen den Parteien bestehenden Streitpunkte hinsichtlich der gegenseitigen Ansprüche insgesamt erledigt werden, wodurch ein weiterer Prozess vermieden werde. Dem stehe nicht entgegen, dass der Prozessstoff hinsichtlich der dem Bekl. zu 1 entstandenen Sachschäden erweitert werde.

II. Entscheidung des BGH in der Revision

Diese Ausführungen halten revisionsrechtlicher Überprüfung Stand.

1. Isolierte Drittwiderklage nur ausnahmsweise zulässig

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist eine Drittwiderklage grundsätzlich unzulässig, wenn sie sich ausschließlich gegen einen am Prozess bislang nicht beteiligten Dritten richtet (BGHZ 40, 185, 187 f.; 147, 220, 221 f. m.w.N.). Jedoch kann in besonders gelagerten Fällen eine Ausnahme von diesem Grundsatz geboten sein. Schon in dem Urteil vom 17.10.1963 (BGHZ 40, 185 ff.) hat der Bundesgerichtshof die Zulässigkeit einer auf Schadensersatz gerichteten Widerklage gegen mehrere an einer arglistigen Täuschung Beteiligte, von denen nur einer (der Verkäufer) Kl. war, bejaht. Weiterhin hat er eine isolierte Drittwiderklage gegen Gesellschafter einer klagenden Gesellschaft für zulässig gehalten, wenn das auf die Drittwiderklage ergehende Urteil für die Gesellschaft verbindlich ist und damit für die Zahlungsklage vorgreiflich sein kann (BGHZ 91, 132, 134 f.). Ferner hat der Bundesgerichtshof die Zulässigkeit einer isoliert gegen den am Prozess bisher nicht beteiligten Zedenten (dort: Architekt) bei seinem Gerichtsstand erhobenen Drittwiderklage bejaht, wenn deren Gegenstand sich mit dem Gegenstand einer hilfsweise gegenüber der Klage des Zessionars zur Aufrechnung gestellten Forderung deckt (BGHZ 147, 220, 222 ff.). Auch in der Literatur wird die Zulässigkeit einer isolierten Drittwiderklage für besondere Sachverhaltsgestaltungen für möglich gehalten (vgl. Stein/Jonas/Roth, ZPO, 22. Aufl., § 33 Rn. 44; Zöller/Vollkommer, ZPO, 26. Aufl., § 33 Rn. 24 m.w.N.; Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, 16. Aufl., § 95 Rn. 27 ff.). Dem ist zuzustimmen. Durch das Rechtsinstitut der Widerklage soll die Vervielfältigung und Zersplitterung von Prozessen vermieden werden; zusammengehörende Ansprüche sollen einheitlich verhandelt und entschieden werden können (BGHZ 40, 185, 188; 147, 220, 222). Dieses Ziel kann mit der Widerklage gegen einen bisher am Rechtsstreit nicht Beteiligten jedenfalls dann erreicht werden, wenn die Dinge tatsächlich und rechtlich eng miteinander verknüpft sind (vgl. BGHZ 91, 132, 135) und keine schutzwürdigen Interessen des Widerbeklagten verletzt werden (vgl. BGHZ 40, 185, 190).

2. Ausn.: Erhebung der Drittwiderklage hier zulässig

Unter den Besonderheiten der vorliegenden Fallgestaltung ist die Erhebung der Widerklage gegen den am Rechtsstreit bisher nicht beteiligten Drittwiderbeklagten als zulässig anzusehen.

a. Einheitliches Schadensereignis

Zutreffend stellt das BerGer. darauf ab, dass die gegenseitigen Ansprüche der Unfallbeteiligten auf einem einheitlichen Schadensereignis, nämlich dem Verkehrsunfall, beruhen. Dessen - streitiger - Hergang muss für die beiderseitigen Ansprüche in gleicher

Weise - möglicherweise aufwändig durch die Einholung von Gutachten - festgestellt werden. Bei Verkehrsunfallsschäden sind zudem die Schadensersatzansprüche der Beteiligten eng miteinander verknüpft. Nach den auf Grund des Unfallhergangs festzustellenden Mitverursachungsanteilen der Unfallbeteiligten bestimmt sich die jeweilige Haftungsquote. Das Argument der Revision, die Zulässigkeit der isolierten Drittwiderklage scheitere hier daran, dass der Bekl. zu 1 seinen Anspruch nicht hilfsweise zur Aufrechnung gestellt habe, überzeugt nicht. Damit haftet die Revision allzu eng an den Einzelheiten des Falls, den der Bundesgerichtshof mit Urteil vom 05.04.2001 (BGHZ 147, 220 ff.) entschieden hat. In jenem Urteil hat der Bundesgerichtshof ausgeführt, dass § 33 ZPO der Widerklage gegen den Zedenten jedenfalls dann nicht entgegenstehe, wenn die Widerklageforderung auf Grund einer Hilfsaufrechnung bereits Gegenstand des Prozesses sei. Damit ist - wie die Revisionserwiderung zutreffend geltend macht - indes nicht gesagt, dass eine solche Hilfsaufrechnung unverzichtbare Voraussetzung für die Zulässigkeit einer solchen Widerklage sei. Das kann jener Entscheidung nicht entnommen werden und ist tatsächlich auch nicht der Fall. Entscheidend sind vielmehr die enge Verknüpfung des Gegenstands der Klage mit dem Gegenstand der Widerklage und die fehlende Beeinträchtigung schützenswerter Interessen des Widerbeklagten.

b. Keine Verletzung schützenswerter Interessen des Drittwiderbeklagten

Zutreffend nimmt das BerGer. auch an, dass schützenswerte Interessen des Drittwiderbeklagten durch die Erhebung der Widerklage nicht beeinträchtigt werden. Er ist ungeachtet der Abtretung an seinen Sohn Träger der bei dem Unfall verletzten Rechte, auf die sich der geltend gemachte Schadensersatzanspruch stützt, also die eigentliche "materielle" Partei auf Kl.. Die Annahme des Berufungsgerichts, dass ihm deshalb der Klagegegenstand vollständig bekannt sei, wird von der Revision nicht in Frage gestellt. Der Drittwiderbeklagte ist auch an seinem allgemeinen Gerichtsstand verklagt, so dass sich die Frage, ob § 33 ZPO eine besondere örtliche Zuständigkeit eröffnet (vgl. zur Problematik Zöller/Vollkommer, aaO, Rn. 23 m.w.N.), hier nicht stellt.

Ohne Erfolg macht die Revision geltend, der Zulässigkeit der Widerklage stehe entgegen, dass der Drittwiderbeklagte auf Grund seiner dadurch begründeten Stellung als Partei rechtsmissbräuchlich gehindert werde, als Zeuge zum Hergang des Verkehrsunfalls auszusagen. Es kann dahinstehen, ob und gegebenenfalls unter welchen Umständen bei anderen Fallgestaltungen die Absicht der Ausschaltung von Zeugen die Erhebung einer Widerklage als unzulässig erscheinen lassen kann (vgl. dazu Uhlmannsiek, MDR 1996, 114 ff. m.w.N.). Jedenfalls unter den vorliegenden Um-

ständen ist dies nicht der Fall. Die Revision stellt nicht in Abrede, dass der Abtretung der Ansprüche des Drittwiderbeklagten an den Kl. ein prozesstaktisches Verhalten zu Grunde liegt, nämlich die Absicht, sich die Stellung eines Zeugen im Prozess zu verschaffen. Dieses Verfahren, dem eigentlich Berechtigten durch Übertragung der Aktivlegitimation auf einen Dritten im Prozess eine Zeugenstellung zu verschaffen, ist von Rechts wegen nicht zu beanstanden. Die Zulässigkeit eines solchen Vorgehens kann aber nicht zur Folge haben, dass ein Rechtsinhaber, der sich auf diese Weise eine Zeugenstellung verschafft, einem gleichfalls zulässigen prozessualen Vorgehen des Gegners den Einwand des Rechtsmissbrauchs entgegen halten darf. Durch das prozessuale Vorgehen des Gegners wird hinsichtlich der Möglichkeiten der Beweisführung der Parteien lediglich der Zustand hergestellt, der bestünde, wenn der eigentliche Rechtsinhaber die Klage erhoben hätte. Der Hinweis des BerGer. auf den Gesichtspunkt der Waffengleichheit der Parteien ist danach zutreffend.

c. Sachdienlichkeit ist gegeben

Auch die Auffassung des BerGer., die Erhebung der Widerklage sei sachdienlich, ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Ihr steht nicht entgegen, dass im Rahmen der weiteren Prozessführung über die Feststellungen zum Unfallhergang und zur Haftungsquote

sowie zu den Ansprüchen des Kl. hinaus auch Feststellungen zu den Schadensersatzansprüchen des Bekl. zu 1 erforderlich werden. Maßgebend dafür, ob eine Prozesshandlung sachdienlich ist, ist der Gesichtspunkt der Prozesswirtschaftlichkeit, wobei es nicht auf die beschleunigte Erledigung des anhängigen Prozesses, sondern auf die Erledigung der Streitpunkte zwischen den Parteien ankommt. Deshalb steht der Sachdienlichkeit einer Klageänderung, nach deren Maßstäben auch die parteierweiternde Widerklage zu behandeln ist (vgl. Zöller/ Vollkommer, aaO, Rn. 23 m.w.N.), nicht entgegen, dass im Falle ihrer Zulassung zusätzlicher Prozessstoff zu berücksichtigen ist, der etwa zu weiteren Beweiserhebungen nötigt und dadurch die Erledigung des Prozesses verzögert. Die Sachdienlichkeit kann vielmehr bei der gebotenen prozesswirtschaftlichen Betrachtungsweise im allgemeinen nur dann verneint werden, wenn ein völlig neuer Streitstoff in den Rechtsstreit eingeführt werden soll, bei dessen Beurteilung das Ergebnis der bisherigen Prozessführung nicht verwertet werden kann (vgl. Senatsurteil BGHZ 143, 189, 197 f.; ferner BGHZ 1, 65, 71 f.; BGH, Urteil vom 27.09.2006 - VIII ZR 19/04 - BGH-Report 2007, 28).

3. Nebenentscheidung

Die Revision muss danach mit der Kostenfolge aus § 97 I ZPO zurückgewiesen werden.

Strafrecht

Standort: § 32 StGB

Problem: Notwehrwille

BGH, URTEIL VOM 31.01.2007
1 STR 429/06 (NSTZ 2007, 325)

Problemdarstellung:

Der Angeklagte, der Opfer eines gewaltsamen Überfalls geworden war, hatte sich mit einem Klappmesser ausgerüstet, um potenziellen Angreifern in der Zukunft besser begegnen zu können. Am Tag geriet der Angeklagte in eine Schlägerei. Nachdem das spätere Opfer bereits von ihm abgelassen hatte, zog der Angeklagte das Messer, fuchtelte vor dem Opfer herum und stieß dem Opfer das Messer schließlich durch die Schläfe ins Gehirn. Aufgrund dieser Verletzung hat das Opfer Probleme beim Lesen und Schreiben, kann sich nicht mehr uneingeschränkt bewegen und neigt zu epileptischen Anfällen. Das Landgericht Traunstein verurteilte den Angeklagten wegen gefährlicher Körperverletzung, §§ 223 I, 224 I Nr. 2, 5 StGB. Die Revision des Angeklagten, in der dieser sich auf eine Rechtfertigung aus Notwehr, § 32 StGB, berief, wies der BGH zurück. Auf die Revision des Nebenklägers hin, der rügte, der Angeklagte sei auch wegen schwerer Körperverletzung, § 226 I Nr. 3 StGB, zu verurteilen, verwies der BGH die Sache an das LG zurück.

Prüfungsrelevanz:

Rechtfertigungsgründe, deren Voraussetzungen und insb. die Folgen von entsprechenden Irrtümern sind in beiden Examen besonders häufig Gegenstand von Examensaufgaben.

Im vorliegenden Fall hatte sich der BGH mit dem Problem der Voraussetzungen des subjektiven Rechtfertigungselementes zu befassen. Nach ganz herrschender Meinung setzt eine Rechtfertigung neben den objektiven Voraussetzungen des jeweiligen Rechtfertigungsgrundes auch das Vorliegen eines subjektiven Rechtfertigungselementes voraus (Joecks, Vor § 32 Rn 10 f.; Schönke/Schröder-Lenckner, Vor § 32 Rn 13; Graul, JuS 2000, L 41; a.A.: LK-Spendel, § 32 Rn 138 ff.). Wie dieses subjektive Rechtfertigungselement allerdings im Detail beschaffen sein muss, ist auch innerhalb der herrschenden Meinung umstritten (vgl. die Darstellung bei Schönke/Schröder-Lenckner, Vor § 32 Rn 13 ff.). Während teilweise lediglich eine Kenntnis des Täters vom Bestehen der Rechtfertigungslage vorausgesetzt wird (Schönke/Schröder-Lenckner, Vor § 32 Rn 14; Lackner/Kühl, Vor § 32 Rn 6; Schönemann,

GA 1985, 341), geht die überwiegende Auffassung davon aus, dass der Täter auch zum Zwecke der ausgeübten Befugnis handeln muss, i.R.v. § 32 StGB also mit dem Willen, den Angriff abzuwehren (BGHSt 2, 114; BGH, NSTZ 2000, 365; LK-Hirsch, Vor § 32 Rn 50; Tröndle/Fischer, § 32 Rn 14; Krey, AT 1, Rn 415). Der BGH betont insofern, dass ein solcher Wille nicht ausgeschlossen ist, wenn der Täter neben der Abwehr des Angriffs auch noch andere Ziele verfolgt, solange nicht die anderen Motive das der Verteidigung als ganz nebensächlich erscheinen lassen (BGH, NSTZ 2000, 365; 2005, 332). Diese Rechtsprechung setzt der BGH in der vorliegenden Entscheidung fort und verneint entsprechend den Verteidigungswillen des Angeklagten. Da somit jedenfalls das subjektive Rechtfertigungselement fehlte, ließ der BGH es offen, ob überhaupt objektiv eine Notwehrlage gegeben war.

Vertiefungshinweise:

Zu den Anforderungen an das subjektive Rechtfertigungselement: *BGH*, NSTZ 1996, 29; 2000, 365; 2005, 332; *BayObLG*, NSTZ-RR 1999, 9; *Geppert*, JURA 1995, 103; *Meyer*, GA 2003, 807; *Schünemann*, GA 1985, 341

Kursprogramm:

Examenskurs: "Wie die Eltern, so die Kinder"

Leitsatz (der Redaktion):

Das für eine Rechtfertigung gem. § 32 StGB erforderliche subjektive Rechtfertigungselement fehlt jedenfalls dann, wenn dem Handeln zur Abwehr aus Sicht des Täters eine völlig untergeordnete Bedeutung zukommt und dieses Motiv somit völlig in den Hintergrund tritt.

Sachverhalt:

Eine Woche vor der hier maßgeblichen Tat war der Angeklagte auf dem Heimweg von einer Diskothek Opfer eines Überfalls unbekannter Täter geworden, bei dem er eine Gehirnerschütterung erlitt. Um sich in Zukunft verteidigen zu können, rüstete sich der Angeklagte mit einem Klappmesser - Klingenlänge 8,3 cm - aus, das dann auch alsbald, in den frühen Morgenstunden des 14. Juli 2005, zum Einsatz kam.

Am Abend zuvor hatten der Angeklagte und sein Freund P erheblich dem Alkohol zugesprochen, zunächst in dessen Wohnung, ab Mitternacht in der Ro-

senheimer Gaststätte "Arche" - vor dem Lokal waren beide in eine erste Schlägerei verwickelt - und anschließend zwischen 2 und 3 Uhr in den "Arkaden". In diesem Lokal hielt sich auch H auf, das spätere Tatopfer. P geriet mit ihm in Streit und schlug schließlich zu. H reagierte mit einem Fausthieb gegen den Kopf, traf ein Auge seines Kontrahenten, der danach benommen war und fast vom Barhocker fiel.

Der Angeklagte und sein Freund verließen die "Arkaden" und überquerten die Straße zur gegenüberliegenden Eisdiele "San Marco". H folgte, hinter ihm dessen Freund J. Vor der Eisdiele begann H sofort auf den Angeklagten einzuschlagen, ohne dass dieser dazu einen Anlass gegeben hatte. In der Folge rangen sie miteinander - beide angetrunken und auch körperlich ebenbürtig - und schlugen aufeinander ein. Verletzungen trugen sie dadurch nicht davon, insbesondere nicht der Angeklagte. Nachdem die Auseinandersetzung ca. 2 bis 3 Minuten gedauert hatte, wurde der Angeklagte von H in die Stühle geschubst, die sich vor der Eisdiele befanden. Die Kette, mit denen diese gesichert waren, bewahrte ihn vor einem Sturz.

H wich etwa 2 bis 3 Schritte zurück. Der Angeklagte ging davon aus, dass H "von ihm abgelassen hatte". Gleichwohl zog er aus seiner rechten Hosentasche das mitgeführte Klappmesser. Der Angeklagte dachte, dass er durch den Einsatz des Messers H dermaßen beeindrucken würde, dass dieser - weiter - von ihm ablässt. Der Angeklagte öffnete das Klappmesser mit beiden Händen und fuchtelte damit vor dem Körper des H rum. Dieser versuchte, dem Angeklagten das Messer aus der Hand zu schlagen, was ihm jedoch nicht gelang. Unvermittelt machte der Angeklagte - H stand etwa ein bis 2 Schritte von ihm weg - eine schnelle Vorwärtsbewegung und stieß ihm das Messer mit "voller Wucht", mit "äußerster Gewalt" 5 bis 7 cm tief durch die linke Schläfe ins Gehirn. "H stand noch einen Augenblick und sackte dann in die Knie."

P und der Angeklagte liefen weg, wobei er äußerte: "Scheiße, ich hab ihn geschnitten, hoffentlich ist ihm nichts passiert." Auf dem weiteren Nachhauseweg entledigte sich der Angeklagte seines Klappmessers; er steckte es durch die Schlitz einer Kellerschachtabdeckung.

H wurde mit dem Rettungswagen ins Krankenhaus Rosenheim verbracht. Dort wurde nur eine Schnittverletzung diagnostiziert. Der Geschädigte wurde erstversorgt und nach Hause entlassen. Dort verschlechterte sich sein Zustand zusehends. Nach seiner erneuten Einlieferung - erst um 16.45 Uhr - wurde die lebensbedrohliche Stichverletzung dann entdeckt. Ohne die folgende Notoperation wäre H mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit verstorben.

Der fünf bis sieben Zentimeter tiefe Messerstich hatte bei dem Geschädigten ein offenes Schädel-Hirn-Trauma mit intracerebraler Blutung und eine Fraktur des Schädelknochens hervorgerufen. Mit der verletzten

Gehirnregion sind das Sprachzentrum und das Zentrum für Motorik betroffen. Zum Zeitpunkt der Hauptverhandlung vor dem Landgericht befand sich H nach mehrtägiger Intensivbehandlung und anschließendem Aufenthalt in einem neurologischen Krankenhaus in einer Klinik zur Rehabilitation. Er hat Schwierigkeiten beim Lesen und Schreiben, sein Redevermögen ist verlangsamt. Er verspürt Schmerzen in der rechten Körperhälfte und hat Probleme beim Gehen. In Folge der Verletzung leidet H an epileptischen Anfällen, die seit September 2005 in unregelmäßigen Abständen auftreten und dann zu einer Bewusstlosigkeit von 15 bis 20 Minuten führen. Dies schließt selbständige Unternehmungen des Geschädigten aus. Zum damaligen Zeitpunkt - Hauptverhandlung vor der Strafkammer - war noch nicht absehbar, ob die Schäden jemals wieder vollständig verheilen werden, wenn sich auch schon Besserungen eingestellt hatten. Nach Meinung des Sachverständigen dürfte eine hundertprozentige Heilung wohl nicht möglich sein.

Die wegen der anfänglichen Fehldiagnose um viele Stunden verspätete Behandlung (Notoperation) der Stichverletzung hatte keine entscheidenden Auswirkungen auf deren Folgen, wenn auch "das Anschwellen des Gehirns" andernfalls geringer ausgefallen wäre.

Aus den Gründen:

I. Entscheidung des Landgerichts; Rechtsmittel

Das Landgericht hat den Angeklagten wegen gefährlicher Körperverletzung mittels eines gefährlichen Werkzeugs und einer das Leben gefährdenden Behandlung gemäß § 224 Abs. 1 Nr. 2 und 5 StGB zu der Jugendstrafe von zwei Jahren verurteilt und deren Vollstreckung zur Bewährung ausgesetzt. Dagegen wenden sich der Angeklagte und der Nebenkläger mit ihren jeweils auf die Sachrüge gestützten Revisionen. Der Angeklagte hält sein Handeln durch Notwehr für gerechtfertigt. Der Nebenkläger erstrebt eine Verurteilung wegen versuchten Totschlags. Die Revision des Nebenklägers führt wegen fehlender Erörterung einer möglichen Strafbarkeit des Angeklagten wegen schwerer Körperverletzung gemäß § 226 StGB sowohl in tatsächlicher wie auch in rechtlicher Hinsicht zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache. Dem Rechtsmittel des Angeklagten bleibt der Erfolg versagt.

II. Feststellungen und rechtliche Würdigung des Landgerichts

[...] Die Strafkammer vermochte - entgegen der Auffassung des hierzu gehörten Sachverständigen - nicht auszuschließen, dass die Steuerungsfähigkeit des Angeklagten in Folge seiner Alkoholisierung zum Tatzeitpunkt erheblich vermindert war.

Das Landgericht hat den Rechtfertigungsgrund der

Notwehr verneint, mangels eines gegenwärtigen Angriffs zum Zeitpunkt des Messereinsatzes. Aber selbst wenn man zugunsten des Angeklagten eine Notwehrsituation unterstelle, so die Strafkammer, wäre die maßgebliche Verteidigungshandlung - Zustechnen mit dem Messer in die Schläfe - angesichts der "Kampflage" zur Abwehr nicht erforderlich gewesen (§ 32 Abs. 2 StGB). Die Überschreitung der Notwehr wäre auch nicht entschuldigt (§ 33 StGB).

(Bedingten) Tötungsvorsatz sah die Strafkammer bei der Tathandlung des Angeklagten, der sogar eine Verletzungsabsicht bestritten habe, nicht als erwiesen an. Ein Tötungsmotiv sei nicht feststellbar. Dem Angeklagten sei zwar die Gefährlichkeit seines Tuns bekannt gewesen. Er sei aber durch den Genuss von Alkohol "in seiner Wahrnehmungsfähigkeit beeinträchtigt" gewesen und es sei "nicht ausschließbar von einer erheblich verminderten Schuldfähigkeit auszugehen". Zudem sprächen die Äußerungen des Angeklagten nach der Tat gegen eine Tötungsabsicht.

Mit der Frage, ob sich der Angeklagte einer schweren Körperverletzung (§ 226 StGB) schuldig gemacht hat, hat sich die Strafkammer nicht auseinandergesetzt. Sie hat nicht erörtert und keine abschließenden Feststellungen dazu getroffen, ob H aufgrund der Verletzung in Siechtum, Lähmung und/oder in eine geistige Krankheit im Sinne von § 226 Abs. 1 Nr. 3 StGB verfallen ist und ob dem Angeklagten - gegebenenfalls - hinsichtlich dieser Folgen jedenfalls Fahrlässigkeit vorzuwerfen ist (§ 18 StGB).

III. Entscheidung des BGH

1. Zur Revision des Angeklagten

Die Entscheidung des Landgerichts, wonach der Stich des Angeklagten in den Kopf von H nicht durch Notwehr gerechtfertigt war, hält revisionsrechtlicher Überprüfung stand. Nach den von der Strafkammer getroffenen Feststellungen hat der Angeklagte, als er das Messer zog und dann zustach, jedenfalls nicht mit Verteidigungswillen gehandelt. H war nach dem Schubsen des Angeklagten in die Stühle ein bis zwei Schritte zurückgewichen. Er hat nicht auf den in die Kette gefallenen Angeklagten weiter eingeschlagen; er hatte, wie der Angeklagte nach den Urteilsfeststellungen in der Hauptverhandlung selbst eingeräumt hat, "von ihm abgelassen". Schon das Ziehen des Messers, aber auch das - offensichtlich bedrohliche - Rumpfuchteln damit vor dem Geschädigten und vor allem der Stich in den Kopf, zu dessen Ausführung sich der Angeklagte zunächst mit einer "schnelle[n] Vorwärtsbewegung" auf H zubewegen musste, diente somit auch aus Sicht des Angeklagten nicht mehr der Abwehr. Dem Gedanken des Angeklagten, den zurückgetretenen, körperlich nicht überlegenen Geschädigten von einem weiteren Angriff, für dessen Bevorstehen konkrete Anhaltspunkte nicht gegeben waren, abzuhalten,

kam - gegebenenfalls - beim Zustechnen allenfalls völlig untergeordnete Bedeutung zu. Dieses Motiv trat jedenfalls völlig in den Hintergrund (vgl. Senat BGH NStZ 2003, 425, 427 Rdn. 11; NStZ 2005, 332, 334).

Auf die Hilfserwägungen der Strafkammer, wonach der Stich mit dem Messer in den Kopf des H keine gemäß § 32 Abs. 2 StGB erforderliche Verteidigungshandlung gewesen sei, kommt es daher nicht mehr an. Da die Überprüfung des Urteils aufgrund der Revisionsrechtfertigung auch im Übrigen keinen Rechtsfehler zum Nachteil des Angeklagten ergeben hat, war dessen Revision zu verwerfen.

2. Zur Revision des Nebenklägers

Die auf die Sachrüge gestützte Revision des Nebenklägers deckt - worauf der Generalbundesanwalt zutreffend hingewiesen hat - auf, dass es die Strafkammer versäumt hat, der Frage, ob der Angeklagte sich einer schweren Körperverletzung (§ 226 StGB) schuldig gemacht hat, nachzugehen. Nach den Urteilsfeststellungen leidet H aufgrund der ihm zugefügten Stichverletzung in den Kopf an erheblichen Behinderungen beim Gehen, Lesen, Schreiben und Sprechen, an Schmerzen in der rechten Körperseite und insbesondere an epileptischen Anfällen, die zu 15 bis 20-minütiger Bewusstlosigkeit führen. Er ist (Zeitpunkt der Hauptverhandlung vor dem Landgericht) erwerbsunfähig und nicht einmal in der Lage, etwas allein zu unternehmen. Ob er jemals wieder vollständig genesen wird, ist nicht absehbar - der Sachverständige schließt dies nahezu aus -, wenn sich auch bereits Besserungen eingestellt haben. Im Grundsatz können dies Folgen im Sinne von § 226 Abs. 1 Nr. 3 1. bis 3. Alt. StGB sein (vgl. BGH NStZ 1997, 233, 234; Tröndle/Fischer, StGB 54. Aufl. § 226 Rdn. 10 ff.; Stree in Schönke/Schröder, StGB 27. Aufl. § 226 Rdn. 7). Dem Senat ist aufgrund der bisherigen Feststellungen eine endgültige Bewertung nicht möglich. Dies abschließend zu klären, bedarf es einer neuen Hauptverhandlung. Dabei wird im Falle der Bejahung des objektiven Tatbestands auch die - insoweit allerdings voraussichtlich kaum problematische - subjektive Seite (§ 18 StGB) zu bewerten sein.

3. Aufhebung des Urteils und Zurückverweisung

Der Senat hat das Urteil insgesamt aufgehoben, um der nunmehr zur Verhandlung und Entscheidung aufgerufenen Strafkammer - Jugendkammer - Gelegenheit zu geben, das Tatgeschehen selbst umfassend neu festzustellen. Das Landgericht wird dann auch die Frage der Rechtfertigung des Handelns des Angeklagten durch Notwehr erneut zu prüfen haben, wie auch - sollte eine Rechtfertigung durch Notwehr erneut verneint werden - ob der Angeklagte mit bedingtem Tötungsvorsatz handelte. In der angefochtenen Entscheidung ist dies aufgrund der bisherigen Feststellungen rechtsfehlerfrei verneint worden.

Standort: § 226 I Nr. 2 StGB**Problem: Wichtiges Glied des Körpers**

BGH, URTEIL VOM 15.03.2007

4 STR 522/06 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Der Angeklagte hatte dem Opfer mit einem Gipserbeil auf die Hand geschlagen, was u.a. dazu geführt hatte, dass der Zeigefinger des Opfers an seiner rechten Hand dauerhaft versteifte. Das LG Saarbrücken verurteilte ihn deshalb wegen gefährlicher Körperverletzung, §§ 223 I, 224 I StGB. Von einer Verurteilung wegen schwerer Körperverletzung, § 226 I Nr. 2 StGB, sah das Landgericht ab, da der Zeigefinger nicht dauerhaft unbrauchbar geworden sei. Schließlich könne das Opfer auch mit einem versteiften Zeigefinger immer noch zeigen, die dem Finger "im sozialen Leben zugewiesene Zeigefunktion" sei also noch gegeben. Auf Revision der Staatsanwaltschaft hin hob der BGH das Urteil auf, soweit das LG das Vorliegen einer schweren Körperverletzung verneint hatte.

Prüfungsrelevanz:

Tötungs- und Körperverletzungsdelikte sind regelmäßig Gegenstand von Examensaufgaben. Zum einen lassen sie sich hervorragend mit Problemen das Allgemeinen Teils kombinieren, zum anderen enthalten gerade die Qualifikationstatbestände des § 223 StGB einige interessante tatbestandsspezifische Probleme.

In der vorliegenden Entscheidung befasst sich der BGH zunächst mit der Frage, was ein wichtiges Glied des Körpers i.S.v. § 226 I Nr. 2 StGB ist. Während der Begriff "Glied" noch ganz herrschend definiert wird als nach außen in Erscheinung tretender Körperteil, der mit dem Körper oder einem anderen Körperglied verbunden ist und eine besondere Funktion für den Gesamtorganismus erfüllt (RGSt 3, 392; Schönke/Schröder-Stree, § 226 Rn 2; Tröndle/Fischer, § 226 Rn 6). Hierbei ist allenfalls noch streitig, ob das Glied mit dem Körper über ein Gelenk verbunden sein muss (so Lackner/Kühl, § 226 Rn 3; SK-Horn/Wolters, § 226 Rn 8) oder nicht (so BGH, MDR/D 1957, 267; Tröndle/Fischer, § 226 Rn 6).

Weiter stellt sich die Frage, wann ein Glied des Körpers "wichtig" i.S.v. § 226 I Nr. 2 StGB ist.

Die Rechtsprechung und ein Teil der Lehre prüfen diese Wichtigkeit lediglich nach abstrakten Kriterien: Ein wichtiges Körperglied ist ein solches, dessen Verlust für jeden normalen Menschen eine wesentliche Beeinträchtigung des gesamten Körpers in seinen regelmäßigen Verrichtungen bedeutet. Individuelle Besonderheiten des Opfers spielen also keine Rolle (RGSt 62, 161; 64, 201; NK-Paeffgen, § 226 Rn 27; Wessels/Hettinger, BT 1, Rn 289). Nach dieser Auffassung kann ein Zeigefinger nicht ohne weiteres als wichtiges

Glied des Körpers angesehen werden. Nach einer anderen Auffassung sind bei der Prüfung der Wichtigkeit eines Körpergliedes die individuellen Umstände des Opfers, etwa seine beruflichen Verhältnisse, zu berücksichtigen (Schönke/Schröder-Stree, § 226 Rn 2; Lackner/Kühl, § 226 Rn 3). Danach wäre ein Zeigefinger zwar für einen Berufspianisten oder -geiger ein wichtiges Glied, für einen Richter oder Anwalt aber nicht unbedingt. Nach einer dritten Auffassung sind bei der Prüfung der Wichtigkeit berufliche, soziale oder private Sonderfähigkeiten oder Interessen des Opfers zwar nicht zu berücksichtigen (da diese außerhalb des Schutzbereiches der §§ 223 ff. StGB liegen), individuelle Körpereigenschaften und körperliche Besonderheiten, z.B. Linkshändigkeit oder eine körperliche Behinderung, können hingegen Berücksichtigung finden (LK-Hirsch, § 226 Rn 15; MK-Hardtung, § 226 Rn 27; SK-Horn/Wolters, § 226 Rn 10; Tröndle/Fischer, § 226 Rn 7).

Der BGH schließt sich in der vorliegenden Entscheidung der letztgenannten Auffassung an. Er betont weiterhin, dass ein Zeigefinger - ungeachtet dessen, an welcher Hand er sich befindet und ob es sich um einen Rechts- oder Linkshänder handelt - stets ein wichtiges Körperglied i.S.v. § 226 I Nr. 2 StGB darstellt, jedenfalls, wenn - wie im vorliegenden Fall - auch der Mittelfinger abgetrennt oder versteift wurde, sodass dieser nicht die Funktion des Zeigefingers mit übernehmen kann.

Zur dauernden Gebrauchsunfähigkeit des Zeigefingers führt der BGH aus, dass der Gebrauch eines Zeigefingers (trotz der entsprechenden Bezeichnung dieses Gliedes) sich nicht auf das Zeigen beschränkt. Ein Zeigefinger hat insb. auch beim Greifen eine zentrale Bedeutung. Da er jedenfalls diese Funktion bei einer Versteifung nicht mehr übernehmen kann, führt die Versteifung des Zeigefingers somit grds. zu einer dauernden Gebrauchsunfähigkeit i.S.v. § 226 I Nr. 2 StGB.

Vertiefungshinweise:

Zu den Voraussetzungen für ein "wichtiges" Glied des Körpers i.S.v. § 226 I Nr. 2 StGB: *BGH*, NJW 1991, 990; *Hörnle*, JURA 1998, 179; *Wolters*, JuS 1998, 585

Kursprogramm:

Examenskurs: "Hooligan"

Leitsatz (der Redaktion):

Bei der Beurteilung der Frage, ob ein Körperglied im Sinne des § 226 Abs. 1 Nr. 2 StGB wichtig ist, sind auch individuelle Körpereigenschaften und dauerhafte körperliche (Vor-)Schädigungen des

Verletzten zu berücksichtigen

Sachverhalt:

Der Angeklagte und der Mitangeklagte B kamen überein, S zu verprügeln und ihm auf diese Weise einen Denkkzettel zu verpassen, weil er im Verdacht stand, das Patenkind des Mitangeklagten sexuell missbraucht zu haben. Sie lockten S deshalb mit seinem Fahrzeug an eine abgelegene Stelle, zogen ihn dort aus seinem Pkw heraus, brachten ihn zu Boden und schlugen und traten zunächst auf ihn ein. Sodann fixierten sie die rechte Hand des S durch Festhalten seines Unterarms so, dass die Hand flach auf dem asphaltierten Boden lag. Der Angeklagte schlug daraufhin mit einem scharfen Gipserbeil mehrfach und mit erheblicher Wucht gezielt auf die zu Boden gedrückte Hand des Tatopfers. Er trennte S zwei Glieder des rechten Mittelfingers vollständig, den Zeige- und Ringfinger der rechten Hand nahezu vollständig ab. Während die Verletzung am Ringfinger folgenlos ausheilte, musste der Zeigefinger versteift werden und ist seither im Mittelgelenk nicht mehr beweglich. S kann deshalb seine Faust nicht mehr schließen. Es ist ein erheblicher Kraftverlust in der rechten Hand eingetreten, ihre Funktionsfähigkeit ist erheblich eingeschränkt. S ist verletzungsbedingt eine Minderung seiner Erwerbsfähigkeit in Höhe von 20 % zuerkannt worden.

Aus den Gründen:

I. Entscheidung des Landgericht

1. Verurteilung des Angeklagten durch das Landgericht; Rechtsmittel

Das Landgericht hat den Angeklagten wegen gefährlicher Körperverletzung zu einer Freiheitsstrafe von drei Jahren und sechs Monaten verurteilt. Hiergegen wendet sich der Angeklagte mit seiner auf die Verletzung formellen und materiellen Rechts gestützten Revision. Die Staatsanwaltschaft stützt ihr zu Ungunsten des Angeklagten eingelegtes Rechtsmittel, das vom Generalbundesanwalt vertreten wird, auf die Sachrüge und erstrebt eine Verurteilung wegen absichtlicher oder wissentlicher schwerer Körperverletzung gemäß § 226 Abs. 1 Nr. 2 und Abs. 2 StGB.

Das Rechtsmittel der Staatsanwaltschaft hat Erfolg. Die Revision des Angeklagten ist hingegen unbegründet. [...]

2. Rechtliche Würdigung des Landgerichts

Das Landgericht hat den Angeklagten (nur) wegen gefährlicher Körperverletzung für schuldig befunden, da er die Tat gemeinschaftlich mit dem Mitangeklagten B (§ 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB) und - in Form eines Mittäterexzesses - mittels eines gefährlichen Werkzeugs (§ 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB) begangen hat. Die Voraussetzungen einer (absichtlichen oder wissentli-

chen) schweren Körperverletzung gemäß § 226 Abs. 1 Nr. 2, (Abs. 2) StGB hat es indes in objektiver Hinsicht nicht für gegeben erachtet. Die Abtrennung lediglich der ersten beiden Glieder des rechten Mittelfingers stelle keinen Verlust eines wichtigen Körpergliedes im Sinne des § 226 Abs. 1 Nr. 2 StGB dar. Die Versteifung des rechten Zeigefingers habe keine dauernde Unbrauchbarkeit im Sinne dieser Vorschrift zur Folge, da dem Finger "die ihm im sozialen Leben zugewiesene Zeigefunktion" erhalten geblieben sei. Schließlich sei auch durch die Verletzung beider Finger die Gebrauchsfähigkeit der rechten Hand nicht insgesamt aufgehoben, sondern nur erheblich eingeschränkt.

II. Die Revision der Staatsanwaltschaft

1. Zum Vorliegen einer schweren Körperverletzung gem. § 226 I Nr. 2 StGB

Die Begründung, mit welcher das Landgericht die objektiven Tatbestandsvoraussetzungen einer schweren Körperverletzung nach § 226 Abs. 1 Nr. 2 StGB abgelehnt hat, hält rechtlicher Überprüfung nicht stand. Die Beschwerdeführerin beanstandet zu Recht, dass die Strafkammer ihrer Wertung, die Versteifung des rechten Zeigefingers stelle keine dauernde Gebrauchsunfähigkeit eines wichtigen Körpergliedes dar, einen zu engen Maßstab zu Grunde gelegt hat.

a. Zu den Voraussetzungen für ein "wichtiges Glied des Körpers" i.S.v. § 226 I Nr. 2 StGB

Der Zeigefinger der rechten Hand stellt, was das Landgericht letztlich offen gelassen hat, unter den hier gegebenen Umständen ein wichtiges Glied des Körpers im Sinne des § 226 Abs. 1 Nr. 2 StGB dar.

aa. Streitstand in Rechtsprechung und Literatur

Die Rechtsfrage, ob ein Körperglied im Sinne dieser Vorschrift "wichtig" ist, ist in Rechtsprechung und Literatur umstritten. Das Reichsgericht hat die Wichtigkeit eines Körperglieds rein abstrakt und generalisierend danach bestimmt, ob dessen Verlust "für jeden normalen Menschen eine wesentliche Beeinträchtigung des gesamten Körpers in seinen regelmäßigen Verrichtungen" bedeutet. Es hat also allein darauf abgestellt, welche Bedeutung das Körperglied für den Menschen überhaupt hat, unabhängig von den individuellen Besonderheiten des Verletzten (vgl. RGSt 6, 346, 347; 62, 161, 162; 64, 201, 202; RG GA Bd. 47 (1900), 168; Bd. 52 (1905), 91). Diese Rechtsprechung hat der Bundesgerichtshof im Grundsatz fortgeführt (ebenso vgl. Paeffgen in NK-StGB 2. Aufl. § 226 Rdn. 29). So hat der erkennende Senat in seinem Urteil vom 28. Mai 1953 (MDR bei Dallinger 1953, 597) ausgeführt, der Zeigefinger der rechten Hand sei ein wichtiges Körperglied, da sein Verlust eine erhebliche Beeinträchtigung der Lebensführung "für jedermann"

bedeute. Eine etwas differenzierendere Betrachtung findet sich in der Entscheidung des 5. Strafsenats in NJW 1991, 990, wonach jedenfalls bei dem Verlust eines Fingers das Tatbestandsmerkmal nur dann zu bejahen sei, wenn "zusätzliche Umstände" festgestellt werden können.

Demgegenüber beurteilt ein Teil des Schrifttums die Wichtigkeit eines Körpergliedes maßgeblich nach der Individualität des Tatopfers, namentlich nach seinen beruflichen Verhältnissen (Stree in Schönke/Schröder 27. Aufl. § 226 Rdn. 2; Lackner/Kühl StGB 25. Aufl. § 226 Rdn. 3). Hierfür wird ausgeführt, dass die Bedeutung bestimmter Körperglieder und damit das Gewicht ihres Verlustes bei einzelnen Personen (z.B. ein Finger bei einem Berufspianisten) größer als im Normalfall sein kann. Eine andere Meinung stellt unter Bezug auf den Schutzzweck der Norm auf die individuelle Wichtigkeit des Körpergliedes für die generellen körperlichen Mindestfähigkeiten ab. Danach sollen bei der Beurteilung der Wichtigkeit eines Körpergliedes zwar berufliche, soziale oder private Sonderfähigkeiten oder Interessen des Tatopfers außer Acht bleiben, hingegen dessen individuelle Körpereigenschaften bzw. körperliche Besonderheiten Berücksichtigung finden (Hardtung in MünchKomm StGB § 226 Rdn. 27; Hirsch in LK 11. Aufl. § 226 Rdn. 15; Horn/Wolters in SK § 226 Rdn. 10).

bb. Auffassung des Senats

Der Senat hält mit der Literatur die Auslegung, die das Tatbestandsmerkmal der "Wichtigkeit" eines Körpergliedes durch das Reichsgericht erfahren hat, für zu eng und nicht mehr zeitgemäß. Er ist der Auffassung, dass bei Beurteilung der Frage, ob ein Körperglied im Sinne des § 226 Abs. 1 Nr. 2 StGB wichtig ist, auch individuelle Körpereigenschaften und dauerhafte körperliche (Vor-)Schädigungen des Verletzten zu berücksichtigen sind. Einer solchen Auslegung des Tatbestandsmerkmals stehen weder der Wortlaut des Gesetzes noch tragende Rechtsprechung anderer Senate des Bundesgerichtshofs entgegen. Soweit eigene Rechtsprechung des Senats (MDR bei Dallinger 1953, 597) entgegensteht, wird diese aufgegeben.

§ 226 Abs. 1 Nr. 2 StGB ist ein konkretes Verletzungsdelikt, dessen Erfolg auch von der jeweiligen körperlichen Beschaffenheit des Tatopfers abhängt. So hat ein Finger der linken Hand naturgemäß für einen Linkshänder eine größere Bedeutung als für einen Rechtshänder. Für einen Menschen ohne Hände, etwa infolge einer körperlichen Behinderung, der gelernt hat, seine Zehen als Fingerersatz einzusetzen, sind diese Zehen für das Hantieren ebenso wichtig wie die Finger für einen nicht behinderten Menschen (vgl. Hardtung in MünchKomm StGB § 226 Rdn. 27). Solche dauerhaften körperlichen Besonderheiten eines Tatopfers bei der Auslegung des Tatbestandsmerkmals der Wichtigkeit eines Körpergliedes entsprechend der

vom Reichsgericht entwickelten Rechtsprechung gänzlich außer Acht zu lassen, widerspräche dem heutigen Verständnis eines gleichberechtigten Zusammenlebens von Menschen unterschiedlicher körperlicher Beschaffenheit.

cc. Zum Vorliegen eines wichtigen Körpergliedes im vorliegenden Fall

Hiervon ausgehend ist im vorliegenden Fall der Zeigefinger der rechten Hand des Tatopfers ein wichtiges Körperglied im Sinne des § 226 Abs. 1 Nr. 2 StGB und zwar unabhängig davon, ob - was sich aus dem Urteil nicht zweifelsfrei ergibt - der Verletzte Rechts- oder Linkshänder ist. Es ist nämlich auf die Besonderheit Bedacht zu nehmen, dass dem Opfer durch die Tat auch dessen rechter Mittelfinger teilweise abgetrennt wurde, sich die Verletzung mithin besonders schwerwiegend für das Tatopfer ausgewirkt hat, weil die durch die Versteifung des Zeigefingers eingetretenen Funktionsverluste nicht einmal teilweise durch den Mittelfinger übernommen werden können.

b. Zum Vorliegen einer dauernden Gebrauchsunfähigkeit

Entgegen der Auffassung des Landgerichts hat die verletzungsbedingte Versteifung auch zu einer dauernden Gebrauchsunfähigkeit des rechten Zeigefingers geführt. Konnte nach der ständigen Rechtsprechung zu der Gesetzesfassung des § 224 Abs. 1 StGB a.F. nur der physische Verlust eines wichtigen Körpergliedes, nicht aber lediglich die Verminderung oder Aufhebung der Gebrauchsfähigkeit dieses Gliedes den Tatbestand der schweren Körperverschädigung begründen (vgl. BGH NJW 1988, 2622; BGH StV 1992, 115), so ist seit Inkrafttreten des 6. Strafrechtsreformgesetzes in § 226 Abs. 1 Nr. 2 2. Alt. StGB die dauernde Gebrauchsunfähigkeit dem Verlust eines Körpergliedes gleichgestellt.

Entgegen der Auffassung des Landgerichts setzt die dauernde Gebrauchsunfähigkeit jedoch keinen völligen, in jeder Hinsicht gegebenen Funktionsverlust des betroffenen Körpergliedes voraus. Eine so enge Auslegung entspräche weder dem Sinn des Gesetzes noch dem Willen des Gesetzgebers, der von der neu geschaffenen Tatbestandsalternative ausdrücklich jene von der Rechtsprechung nicht unter § 224 Abs. 1 StGB a.F. subsumierten Fälle der verletzungsbedingten Versteifung eines wichtigen Körpergliedes (BGH NJW 1988, 2622) erfasst sehen wollte (BTDrucks. 13/9064, S. 16). Bei einem "nur" durch Versteifung beeinträchtigten Körperglied wird jedoch zumeist irgendeine Funktion erhalten bleiben. Für die Beurteilung, ob ein wichtiges Körperglied dauernd nicht mehr gebraucht werden kann, ist deshalb im Wege einer wertenden Gesamtbetrachtung zu ermitteln, ob als Folge der vorsätzlichen Körperverschädigung so viele Funktionen ausgefallen sind, dass das Körperglied weitge-

hend unbrauchbar geworden ist und von daher die wesentlichen faktischen Wirkungen denjenigen eines physischen Verlusts entsprechen (vgl. Rengier in ZStW 111 (1999), 1, 15 f.; im Ergebnis ebenso Horn/Wolters in SK § 226 Rdn. 11, Hardtung in Münch-Komm StGB § 226 Rdn. 30).

Dies zu Grunde gelegt, hat die festgestellte Versteifung des Zeigefingers der rechten Hand des Tatopfers entgegen der Auffassung des Landgerichts eine dauernde Unbrauchbarkeit dieses (wichtigen) Körpergliedes zur Folge (ebenso Horn/Wolters aaO). Wie der physische Verlust dieses Fingers führt dessen Versteifung zu einer - von der Strafkammer bei ihrer Abwägung gänzlich außer Acht gelassenen - massiven Einschränkung sowohl beim Greifen als auch beim Halten und Arbeiten. Gerade durch den sog. "Pinzetten-Griff" des Daumens und des Zeigefingers wird die menschliche Handgeschicklichkeit ganz entscheidend geprägt (vgl. RGSt 6, 346, 348; Paeffgen in NK-StGB 2. Aufl. § 226 Rdn. 29). Gegenüber dieser besonderen Bedeutung des Zeigefingers für alle Greiftätigkeiten tritt die aufrechterhalten gebliebene "Zeigefunktion" dieses Fingers in den Hintergrund.

2. Änderung des Schuldspruchs durch den BGH

Der Senat kann den Schuldspruch selbst ändern. Die vollständig und rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen tragen eine Verurteilung wegen absichtlicher schwerer Körperverletzung nach § 226 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 StGB nicht nur in objektiver, sondern auch in subjektiver Hinsicht. Das Landgericht ist auf der

Grundlage rechtlich beanstandungsfreier Erwägungen zu dem Ergebnis gelangt, dass der Angeklagte dem Tatopfer absichtlich die schwere Tatfolge beigebracht hat. Die Annahme absichtlichen Handelns im Sinne des § 226 Abs. 2 StGB war im Hinblick auf das Vorgehen des Angeklagten, der, ein Widerlager ausnutzend, mit einem scharfen Beil mehrfach kräftig auf die Finger der fixierten Hand des Tatopfers schlug, nicht nur möglich, sondern nahe liegend.

§ 265 StPO steht der Schuldspruchänderung nicht entgegen, da der Angeklagte wegen wissentlicher oder absichtlicher schwerer Körperverletzung angeklagt war.

3. Aufhebung des Strafausspruchs

Die Änderung des Schuldspruchs führt zur Aufhebung des Strafausspruchs. Obwohl das Landgericht im Rahmen der Strafzumessung den einer absichtlichen schweren Körperverletzung entsprechenden Schuldumfang zu Lasten des Angeklagten berücksichtigt hat, kann der Senat in Anbetracht des höheren Strafrahmens des § 226 Abs. 2 StGB nicht mit letzter Sicherheit ausschließen, dass die Strafkammer bei Zugrundelegung des geänderten Schuldspruchs auf eine höhere Strafe erkannt hätte.

III. Die Revision des Angeklagten

Die Überprüfung des Urteils auf Grund der Revisionsrechtfertigung hat aus den Gründen der Antragschrift des Generalbundesanwalts keinen Rechtsfehler zum Nachteil des Angeklagten ergeben.

Standort: § 306b II Nr. 2 StGB

Problem: Ermöglichungsabsicht

BGH, URTEIL VOM 15.03.2007

3 STR 454/06 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Der Angeklagte hatte ein Wohnhaus, an dem seine Schwiegermutter ein lebenslanges Wohnrecht besaß, in Brand gesetzt, damit diese Leistungen aus ihrer Wohngebäudeversicherung erhielt. Außerdem wollte er seiner Ehefrau Leistungen aus einer Hausratsversicherung verschaffen, die für das Inventar des Wohnhauses bestand, an dem die Ehefrau Alleineigentum besaß und das bei einem Feuer natürlich auch beschädigt würde. Das LG Hannover hatte den Angeklagten wegen besonders schwerer Brandstiftung, §§ 306a I Nr. 1, 306b II Nr. 2 StGB, verurteilt. Er habe in der Absicht gehandelt, eine andere Straftat, nämlich den Versicherungsmissbrauch, § 265 I StGB, zugunsten seiner Schwiegermutter und seiner Ehefrau, zu ermöglichen. Der BGH hob die Verurteilung wegen der Qualifikation auf, da es sich bei dem Versicherungsmissbrauch nicht um eine "andere" Straftat i.S.v. § 306b II Nr. 2 StGB handele.

Prüfungsrelevanz:

Brandstiftungsdelikte sind immer wieder einmal Gegenstand von Prüfungsaufgaben. Gerade die Frage nach den Voraussetzungen für die Ermöglichungsabsicht i.S.v. § 306b II Nr. 2 StGB stellt hierbei ein klassisches Problem dar.

Gem. § 306b II Nr. 2 StGB wird die schwere Brandstiftung, § 306a StGB, insb. dann zur besonders schweren Brandstiftung qualifiziert, wenn der Täter in der Absicht handelt, eine andere Straftat zu ermöglichen.

Hierbei ist insb. fraglich, ob eine "andere" Straftat i.S.v. § 306b II Nr. 2 StGB nur eine solche ist, die durch eine andere Handlung als die Brandstiftung verwirklicht würde, zu dieser also in Realkonkurrenz steht. Dann würde nämlich ein Versicherungsmissbrauch, § 265 I StGB, als zu ermöglichende andere Straftat ausscheiden, da seine Tathandlung - Beschädigen oder Zerstören - identisch ist mit derjenigen des Brandstiftungsdeliktens, während ein Betrug zum Nachteil der Versicherung eine "andere" Straftat darstellen würde, da dessen Tathandlung - die Täuschung - nicht

dieselbe wäre wie die der Brandstiftung. Die wohl herrschende Literatur setzt nicht voraus, dass die Brandstiftung und die zu ermöglichende Straftat zueinander im Verhältnis der Realkonkurrenz stehen; statt dessen verlangt sie für § 306b II Nr. 2 StGB, dass der Täter die andere Straftat gerade durch die spezifischen Auswirkungen der gemeingefährlichen schweren Brandstiftung (Verwirrung, Panik usw.) ermöglichen will (Joecks, § 306b Rn 7; NK-Herzog, § 306b Rn 6; Schönke/Schröder-Heine, § 306b Rn 10 f.; Tröndle/Fischer, § 306b Rn 9 ff.; Geppert, JURA 1998, 604; Hecker, GA 1999, 340). Nach der Rechtsprechung und einem Teil der Literatur ist die Absicht des Täters zur Ausnutzung einer spezifischen Brandgefahr nicht erforderlich (BGH, NStZ 2000, 197; NStZ-RR 2004, 366; Radtke, JR 2000, 428; Rönnau, JuS 2001, 328). Diese Auffassung stützt der BGH insb. auf den entsprechenden Wortlaut der §§ 211; 315 III Nr. 1b StGB, bei denen auch nicht verlangt wird, dass eine deliktsspezifische Gefahr zur Ermöglichung der anderen Straftat ausgenutzt wird. In der vorliegenden Entscheidung präzisiert der BGH seine bisherige Rechtsprechung dergestalt, dass er nunmehr ausdrücklich klarstellt, dass eine "andere" Straftat i.S.v. § 306b II Nr. 2 StGB nur eine solche sein kann, die nicht durch dieselbe Handlung wie die Brandstiftung verwirklicht wird. Damit kommt § 265 I StGB als zu ermöglichende andere Straftat nicht in Betracht, und zwar ungeachtet dessen, ob Leistungen aus einer für das in Brand gesetzte Gebäude (also das Tatobjekt des Brandstiftungsdeliktes) bestehenden Versicherung oder einer Versicherung für das Inventar (also ein anderes Tatobjekt) in Anspruch genommen werden sollen. Auch eine Sachbeschädigung, § 303 StGB, an dem Inventar stellt keine "andere" Straftat dar, da auch diese durch dieselbe Handlung begangen würde wie §§ 306a I, 306b II Nr. 2 StGB.

Vertiefungshinweise:

Zur Ermöglichungsabsicht i.S.v. § 306b II Nr. 2 StGB: *BGHSt* 45, 211; *BGH*, NJW 2000, 3581; *NStZ-RR* 2000, 209; *Ellbogen*, JURA 1998, 483; *Geppert*, JURA 1998, 604; *Hecker*, GA 1999, 340; *Radtke*, JR 2000, 428; *Rönnau*, JuS 2001, 328; *Schlothauer*, StV 2000, 138

Kursprogramm:

Examenskurs: "Feuerfalle"

Leitsätze:

1. Der mit der schweren Brandstiftung nach § 306a Abs. 1 Nr. 1 StGB gleichzeitig verwirklichte Versicherungsmissbrauch gegenüber der Gebäudeversicherung ist keine andere Straftat im Sinne des § 306b Abs. 2 Nr. 2 Alt. 1 StGB, die der Täter durch die Brandlegung zu ermöglichen beabsichtigt.

2. Dieser Qualifikationstatbestand ist auch dann nicht verwirklicht, wenn der Täter durch das Feuer in dem Wohngebäude befindliches Inventar eines Dritten zerstören und damit eine Sachbeschädigung begehen will, um dem Dritten Leistungen aus dessen Hausratversicherung zu verschaffen.

Sachverhalt:

Der Angeklagte setzte das Wohnhaus seiner Familie in Brand, das im Eigentum der von ihm adoptierten vier Kinder seiner Ehefrau stand. Er handelte dabei in der Absicht, seiner Schwiegermutter - der Voreigentümerin des Hauses, die sich bei dessen Übereignung den lebenslangen Nießbrauch daran vorbehalten hatte - Leistungen aus deren Wohngebäudeversicherung und seiner Ehefrau Leistungen aus der Hausratversicherung zu verschaffen, die sie für das in ihrem Alleineigentum stehende Inventar abgeschlossen hatte. Hierdurch wollte er die Neuerrichtung des Gebäudes finanzieren sowie Barmittel zur Neuanschaffung des Inventars erlangen. Beide Versicherungsnehmerinnen waren in das Vorhaben des Angeklagten nicht eingeweiht. Die Gebäudeversicherung hat bisher ca. 289.000 € für den Wiederaufbau des bis auf die Grundmauern niedergebrannten Gebäudes geleistet. Die Hausratversicherung hat dagegen noch keine Zahlungen vorgenommen.

Aus den Gründen:

I. Entscheidung des Landgerichts

Das Landgericht hat gegen den Angeklagten wegen (besonders) schwerer Brandstiftung (§ 306b Abs. 2 Nr. 2 Alt. 1 StGB) und wegen Versicherungsmissbrauchs (§ 265 Abs. 1 StGB) unter Einbeziehung der Einzelgeldstrafen aus einer früheren Verurteilung auf eine Gesamtfreiheitsstrafe von sechs Jahren erkannt.

Mit seiner hiergegen gerichteten Revision rügt der Angeklagte die Verletzung formellen und materiellen Rechts. Das Rechtsmittel hat mit der Sachrüge den aus der Entscheidungsformel ersichtlichen Teilerfolg; im Übrigen ist es unbegründet im Sinne des § 349 Abs. 2 StPO.

II. Entscheidung des BGH

1. Zum Fehlen einer Qualifikation gem. § 306b II Nr. 2 StGB

Bei diesem Sachverhalt hat sich der Angeklagte nicht einer besonders schweren Brandstiftung nach § 306b Abs. 2 Nr. 2 Alt. 1 StGB schuldig gemacht.

a. Keine Absicht des Angeklagten zur Ermöglichung eines Betruges (§ 263 StGB)

Das Landgericht hat die Verurteilung des Angeklagten nach dieser Vorschrift nicht darauf gestützt, dass er mit der Brandstiftung einen Betrug (§ 263 StGB) zum

Nachteil des Gebäude- oder des Hausratversicherers beabsichtigt haben könnte. Diese Würdigung entspricht auf der Grundlage der getroffenen Feststellungen der Rechtslage.

Sie folgt zwar entgegen der Ansicht der Revision nicht daraus, dass diese Norm wegen ihrer erheblichen Strafandrohung einschränkend ausgelegt werden müsste und entgegen ihrem Wortlaut nur dann Anwendung finden könnte, wenn die Straftat, die der Täter durch die Brandlegung ermöglichen will, gerade durch die besonderen Wirkungen der mit dem Brand verbundenen Gemeingefahr gefördert werden soll. Eine solche einschränkende Auslegung würde weder dem Wortlaut der Vorschrift, noch ihrer Entstehungsgeschichte gerecht und erschiene auch aus systematischen Erwägungen nicht überzeugend (BGHSt 45, 211, 216 ff.; vgl. Tröndle/Fischer, StGB 54. Aufl. § 306b Rdn. 9 ff. m. zahlr. w. N. zum Meinungsstreit).

Entscheidend ist vielmehr, dass der Angeklagte keinen Betrug zum Nachteil der betroffenen Versicherer beabsichtigt hat. In der geplanten Inanspruchnahme der Versicherung lag weder ein Betrug durch die Schwiegermutter noch ein Betrug durch den Angeklagten in mittelbarer Täterschaft. Da seine Schwiegermutter in sein Vorhaben nicht eingeweiht war und der Angeklagte ersichtlich auch nicht als deren Repräsentant im versicherungsrechtlichen Sinne angesehen werden kann, dessen Verhalten sie sich zurechnen lassen muss, war die Versicherung zum Eintritt verpflichtet. Der Angeklagte hat dementsprechend nicht beabsichtigt, dem Gebäudeversicherer einen rechtswidrigen Vermögensnachteil zuzufügen und sich oder seine Schwiegermutter zu Unrecht zu bereichern.

Entsprechendes gilt für die Hausratversicherung. Auch insofern ergeben die Urteilsgründe keinen Anhaltspunkt, dass der Angeklagte eine betrügerische Inanspruchnahme des Versicherers durch seine Ehefrau beabsichtigte. Diese kannte seinen Tatplan nicht. Sie konnte daher die Hausratversicherung berechtigt in Anspruch nehmen; denn sie musste sich das Verhalten ihres Ehemannes nicht zurechnen lassen, da allein seine Mitobhut über die gemeinsame Wohnung zur Annahme einer Repräsentantenstellung im versicherungsrechtlichen Sinne nicht genügte (BGH VersR 1965, 425, 429; Prölss/Martin, VVG § 6 Rdn. 76 m. w. N.) und sonstige Umstände, die seine Stellung als Repräsentant hätten begründen können (vgl. Prölss/Martin aaO), fehlen.

b. Absicht des Angeklagten zur Ermöglichung eines Versicherungsmissbrauchs (§ 265 StGB) bzgl. der Gebäudeversicherung keine Ermöglichungsabsicht i.S.v. § 306b II Nr. 2 StGB

Entgegen der Auffassung des Landgerichts ist ein tatbestandsmäßiges Handeln im Sinne des § 306 b Abs. 2 Nr. 2 Alt. 1 StGB aber auch nicht im Hinblick darauf gegeben, dass der Angeklagte einen

Versicherungsmissbrauch durch das Zerstören des Gebäudes beabsichtigt hatte.

Allerdings trifft zu, dass er eine Straftat nach § 265 StGB durch Inbrandsetzen des Gebäudes beabsichtigte.

aa. Zu den Voraussetzungen für eine "andere" Straftat i.S.v. § 306b II Nr. 2 StGB

Dieses Delikt stellt indes schon bei wortsinnigerer Auslegung des § 306b Abs. 2 Nr. 2 Alt. 1 StGB keine von der schweren Brandstiftung (§ 306a Abs. 1 Nr. 1 StGB) abgrenzbare "andere Straftat" dar, die der Angeklagte durch die Brandlegung zu ermöglichen trachtete. Der Angeklagte hat durch die Brandlegung keine andere Straftat ermöglicht, sondern durch eine Handlung gleichzeitig zwei Straftaten begangen. Durch das Inbrandsetzen des versicherten Gebäudes hat er sowohl den objektiven Tatbestand des § 306a Abs. 1 Nr. 1 StGB als auch denjenigen des § 265 Abs. 1 StGB verwirklicht. Tathandlung und Tatobjekt der schweren Brandstiftung und des Versicherungsmissbrauchs zu Lasten der Gebäudeversicherung (zur Hausratversicherung s. unten c) stimmen deckungsgleich überein; mit der durch die Brandlegung bewirkten Zerstörung des Gebäudes war auch der Versicherungsmissbrauch vollendet. Allein der Umstand, dass der Angeklagte aufgrund seiner Tatmotivation durch seine einheitliche Tathandlung nicht nur das Schutzgut des § 306 a Abs. 1 Nr. 1 StGB, sondern auch dasjenige des § 265 Abs. 1 StGB angriff, reicht zur Verwirklichung des § 306b Abs. 2 Nr. 2 Alt. 1 StGB nicht aus.

bb. Vergleich mit §§ 211; 315 III Nr. 1b StGB

Dieses - schon vom Wortlaut der Vorschrift nahe liegende - Ergebnis entspricht im Übrigen der Auslegung des entsprechenden Qualifikationsmerkmals in § 315 Abs. 3 Nr. 1 Buchst. b und § 211 Abs. 2 StGB, auf die bei der Anwendung von § 306b Abs. 2 Nr. 2 Alt. 1 StGB in besonderem Maße zurückgegriffen werden kann (BGHSt 45, 211, 217; BGH NJW 2000, 3581 f.): Eine gewisse Parallele zeigt sich etwa zu dem Fall eines gefährlichen Eingriffs in den Straßenverkehr (§ 315b Abs. 1 StGB), der gleichzeitig sämtliche objektiven Merkmale eines Widerstands gegen Vollstreckungsbeamte erfüllt. Da hier die Widerstandshandlung aus der Sicht des Täters nicht durch den gefährlichen Eingriff ermöglicht oder zumindest erleichtert wird, vielmehr objektiv und nach der Vorstellung des Täters eine einheitliche Tat vorliegt, ist § 315b Abs. 3 i. V. m. § 315 Abs. 3 Nr. 1 Buchst. b StGB nicht erfüllt (BGH NZV 1995, 285). Dass die Widerstandshandlung gleichzeitig sowohl die Sicherheit von Leib und Leben anderer im öffentlichen Straßenverkehr als auch das Allgemeininteresse an der Durchsetzung rechtmäßiger staatlicher Vollzugsakte (vgl. BGHSt 21, 334, 365; Bosch in MünchKommStGB § 113 Rdn. 1) angreift, wird - zu Recht - zur Annahme

der Ermöglichungsabsicht nicht als ausreichend angesehen. Ebenso scheidet die Annahme des entsprechenden Mordmerkmals aus, wenn die Tötung nicht funktionales Mittel zur Verwirklichung weiteren Unrechts darstellt, sondern sich völlig in der Begehung der gleichzeitig vollzogenen anderen Straftat erschöpft (vgl. Schneider in MünchKommStGB § 211 Rdn. 199).

c. Absicht des Angeklagten zur Ermöglichung eines Versicherungsmissbrauchs (§ 265 StGB) bzgl. der Hausratsversicherung und einer Sachbeschädigung (§ 303 StGB) keine Ermöglichungsabsicht i.S.v. § 306b II Nr. 2 StGB

Die Anwendbarkeit des § 306b Abs. 2 Nr. 2 Alt. 1 StGB folgt hier auch nicht daraus, dass der Angeklagte nicht nur das Gebäude, sondern gezielt auch das darin befindliche Inventar in Brand setzte, um seiner Ehefrau Leistungen aus der Hausratsversicherung zu verschaffen.

aa. Sachbeschädigung am Inventar keine "andere" Straftat i.S.v. § 306b II Nr. 2 StGB

Zwar hat er durch die Brandlegung nicht nur eine schwere Brandstiftung, sondern auch (bezogen auf die Gegenstände des Inventars) einen Versicherungsmissbrauch und Tateinheitlich (RG JW 1935, 2372; Heine in Schönke/Schröder, StGB 77. Aufl. § 306 Rdn. 24; Tröndle/Fischer aaO § 306 Rdn. 24; aA Wolters/Horn in SK-StGB - Stand April 2006 - § 306 Rdn. 21; Radtke in MünchKommStGB § 306 Rdn. 68: Konsumtion) eine Sachbeschädigung (§ 303 Abs. 1 StGB) begangen. Diese Beschädigung oder Zerstörung der zum Inventar zählenden Sachen stellt auch einen weitergehenden, von § 306a StGB nicht erfassten Erfolg dar. Indes macht der Umstand, dass die Inbrandsetzung des Wohngebäudes auch als Tatmittel zur Zerstörung des Inventars diene, die Sachbeschädigung im Verhältnis zur schweren Brandstiftung nicht zu einer anderen Straftat im Sinne des § 306b Abs. 2 Nr. 2 Alt. 1 StGB. Da sich die Tathandlung des Angeklagten auf die Inbrandsetzung des Gebäudes beschränkte und hieran zur Zerstörung des Inventars keine andere Tathandlung anknüpfen sollte, rechtfertigt der von ihm erstrebte, über § 306a Abs. 1 Nr. 1 StGB hinausgehende Taterfolg nicht die Annahme, es lägen zwei Straftaten vor, von denen nach der Vorstellung des Angeklagten die eine durch die andere ermöglicht werden sollte.

Vielmehr hat der Angeklagte durch eine einheitliche Handlung den Taterfolg sowohl der schweren Brandstiftung als auch den der Sachbeschädigung herbeiführen wollen und herbeigeführt.

bb. Vergleich mit § 315 III Nr. 1b StGB

Auch dies stimmt mit dem Verständnis der Ermöglichungsabsicht in § 315 Abs. 3 Nr. 1 Buchst. b StGB überein. Beabsichtigt der Täter etwa, durch einen ge-

fährlichen Eingriff in den Straßenverkehr einen anderen Verkehrsteilnehmer zum Anhalten zu zwingen, so führt er nicht nur vorsätzlich eine Gefährdung im Sinne des § 315 b Abs. 1 StGB herbei, sondern will den gefährlichen Eingriff gleichzeitig als Tatmittel eines Angriffs auf die freie Willensbetätigung einsetzen und hierdurch unmittelbar einen Nötigungserfolg im Sinne des § 240 Abs. 1 StGB erreichen. Dies ändert an der Identität der Tathandlung indessen nichts und führt daher nicht zur Anwendung des § 315b Abs. 3 i. V. m. § 315 Abs. 3 Nr. 1 Buchst. b StGB (BGH NSTZ-RR 2001, 298). Selbst wenn der Täter mit Tötungsvorsatz handelt, ergibt sich kein anderes Ergebnis (vgl. Altwater NSTZ 2002, 20, 23). Hier greift vielmehr allein die gesonderte Qualifikationsnorm des § 315 Abs. 3 Nr. 1 Buchst. a StGB ein (abweichend Barnickel in MünchKommStGB § 315 Rdn. 95: Konsumtion des § 315 Abs. 3 Nr. 1 Buchst. b durch § 315 Abs. 3 Nr. 1 Buchst. a StGB).

cc. Zur bisherigen Rechtsprechung, insb. zu § 307 Nr. 2 StGB a.F.

Allerdings hat die Rechtsprechung zu § 307 Nr. 2 StGB aF angenommen, dass dieser Qualifikationstatbestand auch dann verwirklicht sei, wenn die schwere Brandstiftung unter den Voraussetzungen eines Mordmerkmals gleichzeitig der Tötung eines Menschen dienen, die Brandlegung also als unmittelbares Tatmittel zur Herbeiführung des Todes wirken sollte, ohne dass es aus Sicht des Täters eines weiteren Handlungsaktes bedurfte (BGHSt 20, 246, 247; 40, 106, 107; BGH NJW 1985, 1477, 1478). Dies ist für die Anwendbarkeit des § 306b Abs. 2 Nr. 2 Alt. 1 StGB auf den hier zu beurteilenden Sachverhalt indessen ohne Belang. Schon in der die zitierte Rechtsprechung begründenden Entscheidung BGHSt 20, 246 wurde anerkannt, dass dem Wortlaut des § 307 Nr. 2 StGB aF eher eine Auslegung entsprochen hätte, wonach die Tötung, die unmittelbar durch die schwere Brandstiftung verwirklicht werden soll, nicht als ein von dieser abgrenzbarer Mord anzusehen ist, den der Täter unter Ausnutzung der Brandlegung zu begehen beabsichtigt (die anderen in § 307 Nr. 2 StGB aF genannten Verbrechen konnten ohnehin nicht allein durch die reine Brandstiftung verwirklicht werden). Dennoch wurde der Vorschrift aus Gründen der Systematik, namentlich der Strafwürdigkeit ein anderes Verständnis entnommen: Die Brandstiftung in der Absicht, in den Flammen einen Menschen umkommen zu lassen, sei ebenso "strafwürdig, wie wenn im streng wörtlichen Sinne unter der Begünstigung der Brandstiftung ein Mord oder Totschlag verübt werden soll". Der weitergehende Sinn der Vorschrift werde besonders deutlich, wenn man sich vergegenwärtige, dass nach früherem (im Zeitpunkt der damaligen Entscheidung bereits geändertem) Recht die Strafmilderung beim Versuch zwingend vorgeschrieben gewesen sei. Bei einer am Wortlaut haftenden

Auslegung hätte dies zur Folge gehabt, dass nach früherem Recht bei einem Mordversuch in Tateinheit mit schwerer Brandstiftung nur ein Strafrahmen von drei bis fünfzehn Jahren Zuchthaus zur Verfügung gestanden hätte, während die Brandstiftung in der Absicht, unter ihrer Begünstigung mit anderen Mitteln einen Mord zu begehen, mit Zuchthaus nicht unter zehn Jahren oder mit lebenslangem Zuchthaus (so die Strafan drohung des § 307 StGB aF vor dessen Änderung durch das 1. StrRG vom 25. Juni 1969, BGBl I 645 ff.) zu bestrafen gewesen wäre und dies selbst dann, wenn das Tötungsdelikt nicht einmal zum Versuch gediehen war (BGHSt 20, 246, 247).

Es erscheint dem Senat bereits zweifelhaft, ob diese Rechtsprechung zu einer in Mordabsicht begangenen schweren Brandstiftung auf § 306b Abs. 2 Nr. 2 Alt. 1 StGB übertragen werden kann (so aber - tragend - BGH, Beschl. vom 10. Juni 1999 - 4 StR 60/99); denn in dessen engeren Wortsinn setzt - wie oben dargelegt - das Ermöglichen einer anderen Straftat ebenso wie das Ausnutzen der schweren Brandstiftung zur Begehung eines Mordes nach altem Recht eigentlich voraus, dass zu der Brandlegung nach der Vorstellung des Täters zumindest ein weiterer Handlungsakt hinzutreten soll, um den Tötungserfolg herbeizuführen (so auch - entgegen der herrschenden Ansicht im Schrifttum - Wolters/Horn aaO § 306b Rdn. 11 b m. w. N. zum Meinungsstreit). Dies bedarf hier jedoch keiner abschließenden Entscheidung. Denn jedenfalls kann die Rechtsprechung, die sich allein zu einer Tatbestandsvariante des § 307 Nr. 2 StGB aF verhielt und davon geleitet war, als unangemessen empfundene - im geltenden Recht so nicht mehr vorhandene - Strafrahmendivergenzen auszugleichen, nicht umfassend zur Auslegung des § 306b Abs. 2 Nr. 2 Alt. 1 StGB herangezogen werden, der die Absicht der Ermöglichung einer beliebigen anderen Straftat zur Erfüllung des Qualifikationstatbestandes genügen lässt. Daher hat es jedenfalls dann, wenn der Täter durch den von ihm gelegten Brand des Wohngebäudes zugleich darin befindliche Sachen eines Dritten zerstören will, bei dem Grundsatz zu verbleiben, dass die unmittelbar mit der Tathandlung des Grunddelikts ohne weiteren Tätigkeitsakt beabsichtigte Herbeiführung eines über das Grunddelikt hinausgehenden, strafrechtlichen relevanten Erfolges den Qualifikationstatbestand des Ermöglichens einer anderen Straftat nicht erfüllt.

Ein anderes Verständnis würde, wie der hier zu beurteilende Sachverhalt exemplarisch belegt, die Höhe der Strafan drohung gegebenenfalls an Zufälligkeiten im Tatgeschehen knüpfen, die unter dem Aspekt der Strafwürdigkeit gerade keine Differenzierung rechtfertigen. Denn hätte der Angeklagte zunächst Inventar-

gegenstände seiner Ehefrau angezündet, damit das Feuer von diesen auf das Gebäude übergreift, hätte er sich allein der Sachbeschädigung (die keinen dem § 306b Abs. 2 Nr. 2 Alt. 1 StGB entsprechenden Qualifikationstatbestand kennt) in Tateinheit mit schwerer Brandstiftung schuldig gemacht, so dass ihm - lediglich - Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr (§ 306a Abs. 1 Nr. 1 StGB, § 52 Abs. 2 Satz 1 StGB) oder, bei Annahme eines minder schweren Falles (§ 306a Abs. 3 StGB, § 52 Abs. 2 Satz 1 StGB), von sechs Monaten bis fünf Jahren gedroht hätte. Bei Ausbringung des Brandbeschleunigers auf wesentliche Bestandteile des Gebäudes in der Absicht, dass die Flammen von dort auf das Inventar übergreifen, wäre dagegen eine Freiheitsstrafe nicht unter fünf Jahren verwirkt gewesen. Ein tragfähiger Grund für diesen erheblichen Unterschied in der Strafdrohung lässt sich aber weder im objektiven noch im subjektiven Tatbild der beiden Sachverhaltsvarianten finden.

2. Änderung des Schuldspruchs und Aufhebung des Strafausspruchs

Die Verurteilung wegen besonders schwerer Brandstiftung hat daher keinen Bestand. Da ausgeschlossen werden kann, dass in einer neuen Hauptverhandlung noch Feststellungen zu einer betrügerischen Absicht des Angeklagten getroffen werden können, ändert der Senat den Schuldspruch dahin ab, dass der Angeklagte der schweren Brandstiftung (§ 306a Abs. 1 Nr. 1 StGB) in Tateinheit mit Versicherungsmissbrauch (§ 265 Abs. 1 StGB) schuldig ist. Da beide Delikte durch dieselbe Tathandlung verwirklicht wurden, liegt entgegen der Auffassung des Landgerichts eine Handlung im Sinne des § 52 Abs. 1 StGB vor. Die vom Angeklagten ebenfalls tateinheitlich verwirklichte Sachbeschädigung kann nicht abgeurteilt werden, da seine Ehefrau keinen Strafantrag gestellt und die Staatsanwaltschaft das besondere öffentliche Interesse an der Strafverfolgung nicht bejaht hat, sodass ein Verfolgungshindernis besteht (§ 303 c StGB). § 265 Abs. 1 StPO steht der Schuldspruchänderung nicht entgegen, da dem Angeklagten bereits in der Anklageschrift schwere Brandstiftung in Tateinheit mit Versicherungsbetrug vorgeworfen worden war.

Die Änderung des Schuldspruchs führt zur Aufhebung des Strafausspruchs; jedoch können die diesbezüglichen bisherigen Feststellungen aufrechterhalten werden, da sie rechtsfehlerfrei getroffen worden sind. Neue zumessungsrelevante Feststellungen darf die nunmehr zur Entscheidung berufene Strafkammer daher nur treffen, wenn sie zu den bisherigen nicht in Widerspruch stehen.

Urteile in Fallstruktur

Standort: Allg. Persönlichkeitsrecht

Problem: Öffentliche Videoüberwachung

BVERFG, BESCHLUSS VOM 23.02.2007
1 BvR 2368/06 (NVwZ 2007, 688)

Problemdarstellung:

Das BVerfG hatte sich mit der Zulässigkeit der öffentlichen Videoüberwachung eines von der Stadt der Allgemeinheit gewidmeten Kunstwerks zu befassen. Das Gericht meint, eine solche greife erheblich in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung der Passanten ein, welches als Ausprägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts nach Art. 2 I i.V.m. 1 I GG grundrechtlichen Schutz genieße. Zwar unterliege dieses Grundrecht einem Gesetzesvorbehalt; das einschränkende Gesetz müsse aber so klar und bestimmt sein, dass der Verwaltung die Grenzen der Zulässigkeit einer solchen Videoüberwachung aufgezeigt würden. Die im konkreten Fall zur Rechtfertigung herangezogenen Art. 16 und 17 des Bayerischen Datenschutzgesetzes, welche die Datenerhebung (Art. 16) und -verwertung (Art. 17) im wesentlichen nur von der Zuständigkeit der handelnden Behörde abhängig machen, ohne weitere Voraussetzungen zum Schutz der Rechte der Betroffenen zu regeln, genügen diesen Anforderungen nach Ansicht des BVerfG nicht.

Prüfungsrelevanz:

Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung genießt in Praxis und Examen besondere Bedeutung. In der vorliegenden Entscheidung werden einige der Problemschwerpunkte dieses vom BVerfG im "Volkszählungsurteil" (BVerfGE 65, 1 ff.) entwickelten Grundrechts angesprochen:

I. Grundsätzlich unterliegt das allgemeine Persönlichkeitsrecht den Schranken des Art. 2 I GG. Wegen seiner besonderen Bedeutung verlangt das BVerfG zur Rechtfertigung von Eingriffen in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung jedoch stets ein Gesetz, obwohl die "verfassungsmäßige Ordnung" i.S.d. Art. 2 I GG grds. neben Gesetzen auch Rechtsverordnungen, Satzungen und sogar das Gewohnheitsrecht umfasst.

II. Zudem genügt nicht jedes Gesetz als Schranke. Vielmehr muss es hinreichend bestimmt sein, um Grundrechtseingriffe legitimieren zu können. Herrscht daran - wie hier - Zweifel, ist im Gutachten noch innerhalb der "Schranke" zu prüfen, ob das in Betracht kommende Gesetz bestimmt genug ist, um die Schranke zu konkretisieren. Dies ist m.a.W. keine Frage der

Schranken-Schranken, also der Verfassungsmäßigkeit der Norm. Das BVerfG meint im vorliegenden Fall daher auch nicht, dass die Art. 16, 17 BayDSG wegen eines Verstoßes gegen den Bestimmtheitsgrundsatz (Art. 20 III GG) verfassungswidrig seien; sie sind vielmehr verfassungsgemäß, kommen aber mangels hinreichend bestimmter Eingriffsvoraussetzungen (Tatbestandsmerkmale) nicht als Ermächtigungsgrundlagen für Grundrechtseingriffe in Betracht.

III. Wie das BVerfG am Ende der Entscheidung andeutet, kann die öffentliche Überwachung von Plätzen durchaus verfassungsgemäß sein, wenn sie durch ein hinreichend bestimmtes Gesetz legitimiert wird. Die Polizeigesetze der Länder enthalten vielfach solche Ermächtigungen (für Bayern vgl. Art. 32 II BayPAG).

Vertiefungshinweise:

- Videoüberwachung öffentlicher Plätze aus verwaltungsrechtlicher Sicht: *VGH Mannheim*, NVwZ 2004, 498; *VG Karlsruhe*, RA 2002, 115 = NVwZ 2002, 117
- Informationelle Selbstbestimmung und Rasterfahndung: *OLG Düsseldorf*, RA 2002, 317 = NVwZ 2002, 629; *OLG Frankfurt/Main*, RA 2002, 317 = NVwZ 2002, 626

Kursprogramm:

- Examenskurs* : "Reiten im Walde"

Leitsatz (der Redaktion):

Es ist nicht ausgeschlossen, dass eine Videoüberwachung öffentlicher Einrichtungen mit Aufzeichnung des gewonnenen Bildmaterials auf der Grundlage einer hinreichend bestimmten und normklaren Ermächtigungsgrundlage materiell verfassungsgemäß sein kann, wenn für sie ein hinreichender Anlass besteht und Überwachung sowie Aufzeichnung insbesondere in räumlicher und zeitlicher Hinsicht und im Hinblick auf die Möglichkeit der Auswertung der Daten das Übermaßverbot wahren.

Sachverhalt:

Die Stadt R. ließ 2005 über den Resten der ehemaligen mittelalterlichen Synagoge auf dem N.-Platz ein Bodenrelief herstellen, das den Grundriss der ehemaligen Synagoge andeutet und als Begegnungsstätte für die Bevölkerung konzipiert ist. Nach der Übergabe des

Bodenkunstwerks an die Allgemeinheit kam es im Bereich des Kunstwerks zu mehreren Vorfällen, aufgrund derer die R. eine Videoüberwachung des Ortes für erforderlich hielt. So wurde das Bodenrelief mehrfach beschädigt und mit aufgesprayten Graffiti-Parolen verunstaltet.

R. plant, die Überwachung in eigener Zuständigkeit auf der Grundlage der Art. 16 I, 17 I des Bayerischen Datenschutzgesetzes (BayDSG) durchzuführen. Dazu sollen vier Überwachungskameras installiert werden, mittels derer das Bodenrelief über Monitore von einer Aufsichtsperson ständig beobachtet werden kann. Eine Aufzeichnung der Daten ist technisch ebenfalls möglich. Gut sichtbare Schilder sollen jedermann auf die vorhandenen Kameras hinweisen.

Der Beschwerdeführer (Bf.) hält sich ständig im Bereich des Bodenreliefs auf. Er fühlt sich durch die geplante Videoüberwachung psychisch bedrängt und ausspioniert. Er meint, zudem könne die R. durch Aufzeichnung der Daten ein Profil über sein Verhalten erstellen. Die Nutzung der so gewonnenen Daten könne er nicht kontrollieren. Deshalb sei die geplante Videoüberwachung unzulässig.

R. meint hingegen, die Videoüberwachung sei zum Schutz des Bodenreliefs unerlässlich. Da sie offen geschehe, also für jedermann sichtbar sei, beuge sie insbesondere Straftaten vor. Zudem sei beabsichtigt, nur ergiebiges Datenmaterial zu speichern. Der Bf. habe als unbescholtener Bürger daher nichts zu befürchten. Ferner stehe es ihm frei, sich von dem überwachten Ort fernzuhalten, wenn er sich der Überwachung nicht aussetzen wolle.

Ist der Bf. durch die Videoüberwachung in der geplanten Form in seinen Grundrechten verletzt?

Auszug aus dem BayDSG:

Art. 16: Erhebung

(1) Das Erheben personenbezogener Daten ist zulässig, wenn ihre Kenntnis zur Erfüllung der in der Zuständigkeit der erhebenden Stelle liegenden Aufgaben erforderlich ist. [...]

Art. 17: Verarbeitung und Nutzung

(1) Das Speichern, Verändern oder Nutzen personenbezogener Daten ist zulässig, wenn es zur Erfüllung der in der Zuständigkeit der speichernden Stelle liegenden Aufgaben erforderlich ist und es für die Zwecke erfolgt, für die die Daten erhoben worden sind; ist keine Erhebung vorausgegangen, dürfen die Daten nur für die Zwecke geändert oder genutzt werden, für die sie gespeichert worden sind. [...]

Lösung:

Der Bf. könnte in seinem allgemeinen Persönlichkeitsrecht verletzt sein. Diese Grundrecht leitet sich aus

Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG ab. Es ist verletzt, wenn ein nicht gerechtfertigter Eingriff in seinen Schutzbereich vorliegt.

A. Schutzbereich betroffen

“Die geplante Videoüberwachung greift in das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Beschwerdeführers in seiner Ausprägung als Recht der informationellen Selbstbestimmung ein. Dieses Recht umfasst die Befugnis des Einzelnen, grundsätzlich selbst zu entscheiden, wann und innerhalb welcher Grenzen persönliche Lebenssachverhalte offenbart werden, und daher grundsätzlich selbst über die Preisgabe und Verwendung persönlicher Daten zu bestimmen (vgl. BVerfGE 65, 1 [42 f.]; 67, 100 [143]).

Das durch die Videoüberwachung gewonnene Bildmaterial kann und soll dazu genutzt werden, belastende hoheitliche Maßnahmen gegen Personen vorzubereiten, die in dem von der Überwachung erfassten Bereich bestimmte unerwünschte Verhaltensweisen zeigen. Die offene Videoüberwachung eines öffentlichen Ortes kann und soll zugleich abschreckend wirken und insofern das Verhalten der Betroffenen lenken (vgl. Geiger, Verfassungsfragen zur polizeilichen Anwendung der Video-Überwachungstechnologie bei der Straftatbekämpfung, 1994, S. 52 ff.). Durch die Aufzeichnung des gewonnenen Bildmaterials werden die beobachteten Lebensvorgänge technisch fixiert und können in der Folge abgerufen, aufbereitet und ausgewertet sowie mit anderen Daten verknüpft werden. So kann eine Vielzahl von Informationen über bestimmte identifizierbare Betroffene gewonnen werden, die sich im Extremfall zu Profilen des Verhaltens der betroffenen Personen in dem überwachten Raum verdichten lassen.”

B. Eingriff

Ein Eingriff in den Schutzbereich liegt vor, wenn die grundrechtlich geschützte Freiheit spürbar verkürzt wird. Bagatellen hingegen genügen für einen Eingriff nicht.

I. Bagatellformel

Hier könnte es sich um eine Bagatelle handeln, denn es werden lediglich Verhaltensweisen des Bf. im öffentlichen Raum beobachtet, nicht hingegen in seiner privaten oder gar intimen Sphäre. Auch geht es nicht spezifisch um eine Überwachung des Bf.; dieser wird vielmehr vom Beobachter nur als eine unter vielen Personen beiläufig wahrgenommen. Zudem sollen die Daten nicht gespeichert werden, solange keine Straftaten udgl. begangen werden.

Das BVerfG bejaht aber trotz dieser Bedenken einen Eingriff:

“Der Eingriff in das Grundrecht entfällt nicht dadurch, dass lediglich Verhaltensweisen im öffentlichen Raum erhoben werden. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht

gewährleistet nicht allein den Schutz der Privat- und Intimsphäre, sondern trägt in Gestalt des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung auch den informationellen Schutzinteressen des Einzelnen, der sich in die Öffentlichkeit begibt, Rechnung (vgl. BVerfGE 65, 1 [45]).“

II. Einwilligung

Ein Grundrechtseingriff wäre ferner ausgeschlossen, wenn der Bf. in das staatliche Verhalten eingewilligt hätte. Eine konkludente Einwilligung in die Überwachung mit Videokameras könnte darin zu sehen sein, dass der Bf. den Bereich um das Bodenrelief trotz Kenntnis von den Überwachungskameras und deren sichtbarer Ausschilderung weiterhin betreten will. Das BVerfG hält es aber mit der Regel “wer schweigt, erklärt nichts“:

“Von einer einen Eingriff ausschließenden Einwilligung in die Informationserhebung kann selbst dann nicht generell ausgegangen werden, wenn die Betroffenen aufgrund einer entsprechenden Beschilderung wissen, dass sie im räumlichen Bereich der Begegnungsstätte gefilmt werden. Das Unterlassen eines ausdrücklichen Protests kann nicht stets mit einer Einverständniserklärung gleichgesetzt werden (vgl. VGH BW, NVwZ 2004, S. 498 [500]; Verfassungsgerichtshof des Freistaates Sachsen, Urteil vom 10. Juli 2003 - Vf. 43-II-00 -, S. 86 des Umdrucks).“

C. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

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

I. Schranken des Grundrechts

Das allgemeine Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 I GG i.V.m. Art. 1 I GG unterliegt grds. der Schrankentrias des Art. 2 I GG. Danach kommen die verfassungsmäßige Ordnung, die Rechte anderer und das Sittengesetz als Schranken in Betracht. Zur verfassungsmäßigen Ordnung in diesem Sinne gehört zunächst jeder Rechtssatz, also vor allem Gesetze, aber auch Rechtsverordnungen, Satzungen oder Gewohnheitsrecht. Für einen Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht in Gestalt des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung, wie er hier vorliegt, verlangt das BVerfG jedoch in st.Rspr. eine gesetzliche Grundlage. Wegen des besonderen Gewichts solcher Eingriffe “verdichtet” sich die Schrankentrias des Art. 2 I GG also zu einem Gesetzesvorbehalt:

“Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung ist der Einschränkung im überwiegenden Allgemeininteresse zugänglich. Diese bedarf jedoch einer gesetzlichen Grundlage, die dem rechtsstaatlichen Gebot der Normenklarheit entspricht und verhältnismäßig ist (vgl. BVerfGE 65, 1 [43 f.]).“

II. Art. 16 I, 17 I BayDSG als taugliche Schranke

Das BVerfG stellt in aller Kürze fest, dass als einschränkendes Gesetz in diesem Sinne hier nur das BayDSG in Betracht kommt, wobei Art. 16 I BayDSG die Erhebung, Art. 17 I BayDSG die Speicherung und Verwertung der Daten regelt:

“Das Verwaltungsgericht hat als gesetzliche Grundlage der Videoüberwachung Art. 16 Abs. 1 BayDSG herangezogen. Diese Norm erlaubt das Erheben personenbezogener Daten, wenn ihre Kenntnis zur Erfüllung der in der Zuständigkeit der erhebenden Stelle liegenden Aufgaben erforderlich ist. Als solche Aufgabe hat das Verwaltungsgericht die Befugnis der Beklagten zum Schutz der von ihr getragenen öffentlichen Einrichtungen herangezogen.

Grundlage für die Aufzeichnung und Verwertung des gewonnenen Bildmaterials ist nach diesem Ansatz Art. 17 Abs. 1 BayDSG.“

1. Bestimmtheitsgrundsatz

Fraglich ist aber, ob Art. 16, 17 BayDSG tatsächlich als taugliche Schranke einen Grundrechtseingriff rechtfertigen können. Die Notwendigkeit eines rechtfertigenden Gesetzes ist nämlich kein Selbstzweck, sondern soll gewährleisten, dass der unmittelbar demokratisch legitimierte Gesetzgeber der nur mittelbar demokratisch legitimierten Verwaltung die wesentlichen Handlungsvoraussetzungen vorgibt. Diese wesentlichen Handlungsvoraussetzungen müssen für den Rechtsanwender (Behörden und Gerichte) wie für die Betroffenen (Bürger) hinreichend klar erkennbar sein. Mit anderen Worten kommt nicht jede Norm als Konkretisierung des Gesetzesvorbehalts in Betracht, sondern nur eine solche, die dazu hinreichend bestimmt ist. Dazu das BVerfG:

“Die Entscheidung über die Grenzen der Freiheit des Bürgers darf nicht einseitig in das Ermessen der Verwaltung gestellt sein (vgl. BVerfGE 78, 214 [226]). Dem Gesetz kommt im Hinblick auf den Handlungsspielraum der Exekutive eine begrenzende Funktion zu, die rechtmäßiges Handeln des Staates gewährleisten und dadurch auch die Freiheit der Bürger schützen soll (vgl. BVerfGE 113, 348 [376]). Dementsprechend soll der Grundsatz der Normenbestimmtheit und Normenklarheit sicherstellen, dass die gesetzesausführende Verwaltung für ihr Verhalten steuernde und begrenzende Handlungsmaßstäbe vorfindet und dass die Gerichte die Rechtskontrolle durchführen können; ferner ermöglichen die Bestimmtheit und Klarheit der Norm, dass der betroffene Bürger sich auf mögliche belastende Maßnahmen einstellen kann (vgl. BVerfGE 110, 33 [52 ff.]). Der Anlass, der Zweck und die Grenzen des Eingriffs müssen in der Ermächtigung bereichsspezifisch, präzise und normenklar festgelegt werden (vgl. BVerfGE 65, 1 [44 ff.]; 100, 313 [359 f., 372]; 110, 33 [52]; 113, 348 [375]). Die konkreten Anforderungen an die Bestimmtheit und Klarheit der Ermächtigung

richten sich nach der Art und der Schwere des Eingriffs. Diese ergeben sich aus der Art der vorgesehenen Maßnahme und der von ihr für den Betroffenen ausgehenden Wirkungen. Welchem Ziel die Maßnahme dient, etwa der Gefahrenabwehr oder der Gefahrenverhütung, ist für die Beurteilung ihrer Schwere für den Betroffenen ohne Belang. Allerdings findet der Gesetzgeber je nach der zu erfüllenden Aufgabe zur Rechtfertigung der Eingriffsvoraussetzungen und zu ihrer Umsetzung unterschiedliche Möglichkeiten vor. Die Anforderungen des Bestimmtheitsgrundsatzes richten sich auch nach diesen Regelungsmöglichkeiten (vgl. BVerfGE 110, 33 [55 f.]).”

2. Subsumtion

Fraglich ist, ob Art. 16 I, 17 I BayDSG diesen Anforderungen an die Normenbestimmtheit und Normenklarheit genügen.

a. Eingriffsintensität

“Die geplante Videoüberwachung des Bodenkunstwerks mit Aufzeichnung des gewonnenen Bildmaterials bewirkt einen Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht von erheblichem Gewicht. Maßgebend für die rechtliche Beurteilung der Intensität eines Eingriffs in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung ist die Art der Beeinträchtigung. Insofern kann auch von Belang sein, ob die betroffenen Personen für die Maßnahme einen Anlass geben und wie dieser beschaffen ist (vgl. BVerfGE 100, 313 [376]; 107, 299 [318 ff.]; 109, 279 [353]; BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 4. April 2006 - 1 BvR 518/02 -, NJW 2006, S. 1939 [1942]). Verdachtslose Eingriffe mit großer Streubreite, bei denen zahlreiche Personen in den Wirkungsbereich einer Maßnahme einbezogen werden, die in keiner Beziehung zu einem konkreten Fehlverhalten stehen und den Eingriff durch ihr Verhalten nicht veranlasst haben, weisen grundsätzlich eine hohe Eingriffsintensität auf (vgl. BVerfGE 100, 313 [376, 392]; 107, 299 [320 f.]; 109, 279 [353]; 113, 348 [383]; BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 4. April 2006 - 1 BvR 518/02 -, NJW 2006, S. 1939 [1944]).

Die geplante Videoüberwachung ist ein intensiver Eingriff. Sie beeinträchtigt alle, die den betroffenen Raum betreten. Sie dient dazu, belastende hoheitliche Maßnahmen vorzubereiten und das Verhalten der den Raum nutzenden Personen zu lenken. Das Gewicht dieser Maßnahme wird dadurch erhöht, dass infolge der Aufzeichnung das gewonnene Bildmaterial in vielfältiger Weise ausgewertet, bearbeitet und mit anderen Informationen verknüpft werden kann. Von den Personen, die die Begegnungsstätte betreten, dürfte nur eine Minderheit gegen die Benutzungssatzung oder andere rechtliche Vorgaben, die sich aus der allgemeinen Rechtsordnung für die Benutzung der Begegnungsstätte ergeben, verstoßen. Die Videoüberwachung und

die Aufzeichnung des gewonnenen Bildmaterials erfassen daher - wie bei solchen Maßnahmen stets - überwiegend Personen, die selbst keinen Anlass schaffen, dessentwegen die Überwachung vorgenommen wird.”

b. Hinreichende Bestimmtheit

Angesichts der vom BVerfG bejahten hohen Eingriffsintensität sind also strenge Anforderungen an die Bestimmtheit der gesetzgeberischen Vorgaben für einen solchen Eingriff zu stellen. Fraglich ist, ob Art. 16 I, 17 I BayDSG diesen genügen.

aa. Art. 16 I BayDSG

“Art. 16 Abs. 1 BayDSG normiert eine allgemeine Regelung für Datenerhebungen durch staatliche Stellen. Diese Norm knüpft lediglich an die Zuständigkeit der jeweils handelnden Behörde an und begrenzt die Datenerhebung lediglich durch das Gebot der Erforderlichkeit. Aufgaben- oder bereichsspezifische Voraussetzungen der Datenerhebung fehlen. Das in Art. 16 Abs. 1 BayDSG enthaltene Gebot der Erforderlichkeit kann die behördliche Praxis nicht hinreichend anleiten oder Kontrollmaßstäbe bereitstellen, wenn es nicht auf ein näher beschriebenes Normziel ausgerichtet wird. Die Norm bietet daher keine hinreichenden Maßstäbe für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit einer Videoüberwachung. Auch kann der Einzelne auf dieser Grundlage nicht vorhersehen, bei welcher Gelegenheit, zu welchem Zweck und auf welche Weise Informationen über ihn erhoben werden dürfen.

bb. Art. 17 I BayDSG

“Art. 17 Abs. 1 BayDSG, der die Speicherung, Veränderung und Nutzung der erhobenen Daten regelt, enthält gleichfalls keine hinreichenden Vorgaben für Anlass und Grenzen der erfassten datenbezogenen Maßnahmen, um als Ermächtigungsgrundlage für den beabsichtigten Grundrechtseingriff in Betracht zu kommen. Neben dem Gebot der Erforderlichkeit wird zwar auch der Erhebungszweck als Grenze der Datenverwendung genannt. Da jedoch Art. 16 Abs. 1 BayDSG den Erhebungszweck nicht näher umschreibt, verweist Art. 17 Abs. 1 BayDSG für Daten, die nach dieser Norm erhoben wurden, gleichfalls lediglich auf die Zuständigkeitsordnung.”

III. Ergebnis

Art. 16 I, 17 I BayDSG sind mangels hinreichender Bestimmtheit nicht geeignet, den für die Datenerhebung mittels öffentlicher Videoüberwachung bestehenden Gesetzesvorbehalt in verfassungskonformer Weise zu konkretisieren. Andere Gesetze zur Rechtfertigung des Eingriffs sind nicht ersichtlich, so dass der Bf. in seinem allgemeinen Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG in Gestalt des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung verletzt ist.

[Anm.: Da die öffentliche Videoüberwachung ein viel-diskutiertes Thema ist, sah sich das BVerfG in einem obiter dictum zu der Klarstellung veranlasst, dass die Unzulässigkeit im konkreten Fall nicht bedeuten muss, dass das Gericht sie generell für unzulässig hält. Vielmehr könne sie bei hinreichender gesetzlicher Grundlage durchaus zulässig sein:

“Es ist nicht ausgeschlossen, dass eine Videoüberwachung öffentlicher Einrichtungen mit Aufzeichnung des gewonnenen Bildmaterials auf der Grundlage einer hinreichend bestimmten und normenklaren Ermächtigungsgrundlage materiell verfassungsgemäß

sein kann, wenn für sie ein hinreichender Anlass besteht und Überwachung sowie Aufzeichnung insbesondere in räumlicher und zeitlicher Hinsicht und im Hinblick auf die Möglichkeit der Auswertung der Daten das Übermaßverbot wahren. Da es jedoch im vorliegenden Fall bereits an einer hinreichend bestimmten und normenklaren Ermächtigungsgrundlage für die geplante Videoüberwachung fehlt, müssen die verfassungsrechtlichen Anforderungen an eine derartige Überwachung hier nicht im Einzelnen bestimmt werden.”]

Standort: Handelsrecht

Problem: Schadensersatz/AGB

BGH, URTEIL VOM 16.11.2006
I ZR 257/03 (NJW 2007, 1809)

Problemdarstellung:

Die Kl. betreibt einen Verlag und nimmt das bekl. Paketdienstunternehmen auf Freistellung von Schadensersatzansprüchen in Anspruch, die der Berufsfotograf S. wegen des Verlustes von 351 Diapositiven gegen sie geltend macht.

Die Kl. steht mit der Bekl. in laufender Geschäftsbeziehung. Im Juli 2001 schlossen die Parteien eine Rahmenvereinbarung, der die AGB der Bekl. zugrunde lagen. Die AGB enthielten insbesondere Regelungen zum Haftungs-, sowie zum Leistungsumfang.

Die Kl. übergab der Bekl. im März 2002 vier Pakete zur Beförderung zum in München lebenden Fotografen S. Dieser hatte der Kl. Diapositive zuvor zum Abdruck in einem Buch zur Verfügung gestellt, welche er nunmehr zurückerhalten sollte. Allerdings erreichten die Pakete den Fotograf nicht. Dies deshalb, weil der Auslieferungsfahrer die Pakete einem Nachbarn aushändigte, welcher die Pakete lediglich vor die Tür legte, wo sie dann abhanden gekommen sind.

Da die Kl. gegenüber dem Fotografen S. für den Verlust der Diapositive haftet, meint die Kl. von dieser Verpflichtung freigestellt werden zu können. Wegen der vorsätzlichen Pflichtverletzung des Auslieferungsfahrers erstreckte sich die Haftung der Bekl. auf den vollen Schaden, d.h. in Höhe der höchsten Haftungssumme je 13.000,- € pro Paket. Die Bekl. teilt diese Rechtsauffassung nicht. Sie ist der Ansicht der Wert der Diapositive sei völlig übersetzt angegeben. Auch habe der Auslieferungsfahrer weder vorsätzlich, noch fahrlässig gehandelt. Schließlich müsse jedenfalls ein Mitverschulden der Kl. Berücksichtigung finden.

Prüfungsrelevanz:

Diese Entscheidung beinhaltet klassische Problemfelder des Schadensrechts im Handelswesen.

Problematisch war hier bereits der Abschluss des

Frachtvertrages gem. § 407 HGB. Dies deshalb, weil in den AGB des Frachtführers eine Bestimmung bzgl. “sog. Verbotsgüter” enthalten war. Zu transportieren waren Diapositive, die einen Wert von jeweils 500,- € hatten. Die Summe überstieg die in den AGB enthaltene Höchstsumme von 13.000 €. Hier galt es zu erkennen, dass der Vertragsschluss als solcher durch diese Verbotsgutsklausel nicht berührt war. Hier war die Klausel gem. §§ 133, 157 BGB auszulegen. Neben dem Wortlaut dieser Klausel selbst war auch der systematische Zusammenhang des Gesamtgefüges der Bestimmungen zu beachten. Daraus war abzuleiten, dass von einem Zustandekommen des Vertrages auch aus der Sicht des Frachtführers ausgegangen wird. Der Sinn und Zweck der Verbotsgutsklausel ist derjenige, dass der Frachtführer sich nach dem Abschluss des Vertrages über ausgeschlossene Sendungen das weitere Vorgehen vorbehalten will (BGH, TransportR 2006, 254).

Daran anschließend stellte sich die Frage, ob der Frachtführer gegenüber dem Absender ersatzpflichtig ist, wenn der ausliefernde Fahrer das Transportgut bei einem Nachbarn abgibt, der es dann wiederum vor die Haustür des Empfängers stellte, wo es dann verlustig ging. Die Haftung des Frachtführers ergab sich hier aus § 425 I HGB. Gem. § 425 I HGB haftet der Frachtführer für den Schaden, der durch Beschädigung oder Verlust des Gutes in der Zeit von der Übernahme zur Beförderung bis zur Ablieferung oder durch Überschreitung der Lieferfrist entsteht. Hier war eine Haftung durch die Zurechnung gem. § 428 HGB zu begründen. Der Fahrer ist der Angestellte des Frachtführers und unterfällt damit unproblematisch dem Tatbestand des § 428 S. 1 HGB. Zudem verletzte der Frachtführer eine Pflicht insoweit, als er nach den Bestimmungen das Gut nur an den Empfänger oder an eine erwachsene Person, die an der Zustelladresse angetroffen wird, hätte übergeben dürfen.

Bei der Frage des Vorliegens eines Schadens war zu erkennen, dass der Absender die Freistellung von einem Schadensersatzanspruch des Fotografen ihm ge-

genüber beehrte. Ein Schaden i.d.S. konnte daher nur dann bejaht werden, wenn der Absender gegenüber seinem Vertragspartner, dem Fotografen S., ersatzpflichtig war. Hier war inzident zu überprüfen, ob ein Anspruch insoweit besteht. Hier war auf den vertraglichen Anspruch gem. §§ 280 I, III, 283 S. 1 BGB i.V.m. §§ 598, 604 I BGB einzugehen, welcher im Ergebnis auch vorlag, so dass ein Schaden bejaht werden konnte.

Weiterhin war zu prüfen, ob dem Frachtführer Haftungserleichterungen oder -beschränkungen gem. §§ 407 - 450 HGB zugute kommen. Gem. § 435 HGB gelten diese jedoch nicht, wenn der Frachtführer oder eine Person i.S.v. § 428 HGB vorsätzlich oder leichtfertig und in dem Bewusstsein, dass ein Schaden mit Wahrscheinlichkeit entstehen werde, gehandelt hat. Der erkennende Senat betont hier, dass allein der vorsätzliche Verstoß gegen die Vertragspflichten ein qualifiziertes Verschulden gem. § 435

HGB rechtfertigt. Bei einem bewussten Verstoß gegen eine der Sicherung des Transportgutes dienende Bestimmung spricht eine Vermutung dafür, dass die Pflichtverletzung kausal für den eingetretenen Verlust ist und dies dem Handelnden auch bewusst gewesen ist.

Daran anschließend war zu erkennen, dass der Absender sich anspruchskürzend ein Mitverschulden gem. § 425 II HGB entgegen halten lassen muss. Dies deshalb, weil er das Gut nicht als Wertpaket versendet hat. Des weiteren hätte er jedenfalls den Frachtführer über den Wert informieren müssen, so dass dieser die Übernahme der Fracht hätte ablehnen können.

Dieser Originalfall eignet sich gut, um die Grundzüge des frachtrechtlichen Schadensrechts zu wiederholen. Ein weiterer Schwerpunkt ist die Prüfung der AGB des Frachtführers.

Vertiefungshinweise:

Zum qualifizierten Verschulden des Frachtführers: *BGH*, NJW 2003, 3626

Zum Merkmal der Leichtfertigkeit gem. § 435 HGB: *BGH*, NJW 2004, 2445; *Jäckel*, JA 2004, 862

Zur Haftung des Frachtführers für Folgeschäden: *BGH*, RA 2007, 11 = NJW 2007, 58

Kursprogramm:

Examenskurs: "Versendungskauf"

Assessorkurs: "Die Korn GmbH & Co. KG"

Leitsätze (der Redaktion):

1. Bei der gebotenen objektiven Auslegung ist zu prüfen, wie die Allgemeinen Geschäftsbedingungen von dem angesprochenen Kundenkreis vernünftigerweise aufgefasst werden durften. Ausgangspunkt der Auslegung ist in erster Linie der Wortlaut der verwendeten Bestimmung. Daneben kommt es aber auch auf den Sinn und Zweck und die systematische Stellung der fraglichen Klausel innerhalb des Gesamtwerks an, wobei die Verständnismöglichkeiten des durchschnittlichen Kunden maßgeblich sind.

2. Bei einem bewussten Verstoß gegen eine der Sicherung des Transportgutes dienende Bestimmung spricht eine Vermutung dafür, dass die Pflichtverletzung kausal für den eingetretenen Verlust gewesen ist und dass dem Handelnden dies auch bewusst sein musste. In einem solchen Fall ist des Sache des Frachtführers, Umstände vorzutragen und gegebenenfalls zu beweisen, die gegen die Kausalität des Fehlverhaltens sprechen

Sachverhalt:

Die Kl., die einen Verlag betreibt, nimmt das bekl. Paketdienstunternehmen auf Freistellung von Schadensersatzansprüchen in Anspruch, die der Berufsfotograf Andreas S. wegen des Verlustes von 351 Diapositiven gegen sie geltend macht.

Die Kl. steht mit der Bekl. in laufender Geschäftsbeziehung. Die Parteien haben am 13.07.2001 eine Rahmenvereinbarung abgeschlossen. Dieser Vereinbarung liegen die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Bekl., welche sie für sämtliche Verträge verwendet, zugrunde. Diese enthalten u.a. folgende Regelungen:

3. Beförderungsausschluss

3.1 Von der speditionellen Behandlung im Paketdienst sind ausgeschlossen:

3.1.2 Güter von besonderem Wert, insbesondere Edelmetalle, echter Schmuck, Edelsteine, echte Perlen, Antiquitäten, Kunstgegenstände;

[...]

3.1.5 sonstige Güter, sofern sie einen höheren Wert als 13.000 € besitzen.

[...]

3.3 D. ist berechtigt, die Übernahme oder Weiterbeförderung zu verweigern, wenn Grund zu der Annahme besteht, dass das Paket von der speditionellen Behandlung gemäß Ziffer 3.1 ausgeschlossen ist.

3.4 Die Übernahme von gemäß Ziffer 3.1 ausgeschlossenen Gütern stellt keinen Verzicht auf den Beförderungsausschluss dar.

4. Leistungsumfang

4.1 Die speditionelle Leistung umfasst:

4.1.2 Bei Nichtantreffen einen zweiten und falls notwendig einen dritten Zustellungsversuch.

4.1.3 Die Aushändigung an den Empfänger oder eine andere erwachsene Person, die unter der Zustelladresse angetroffen wird und die Sendung entgegennimmt, wobei keine Verpflichtung besteht, eine Empfangsberechtigung zu überprüfen.

6. Haftung

6.1 Auftragnehmer haftet für Schäden, die zwischen der Übernahme und der Ablieferung des Paketes eingetreten sind, bei speditioneller Behandlung nach Maßgabe der ADSp - neueste Fassung;

6.2 Die Haftung für Verlust oder Beschädigung von Paketen ist neben den gesetzlich geregelten Fällen ausgeschlossen, wenn deren Beförderung gemäß Ziffer 3.1 ausgeschlossen ist.

Die Kl. übergab der Bekl. am 13.03.2002 vier Pakete zur Beförderung zu dem in München wohnhaften Fotografen S. Dieser hatte der Kl. im Mai 2001 insgesamt 383 Diapositive zur Auswahl für geplante Vogelbücher unentgeltlich zur Verfügung gestellt. In den vier der Bekl. übergebenen Paketen waren 351 Dias, die nicht für eine Veröffentlichung ausgewählt worden waren. Die Bekl. rechnete damit, dass sich der objektive Wert eines solchen Diapositivs bei etwa 500 € bewegte. Die von ihr versandten Diapositive erreichten den Fotografen S. nicht. Diesem sei dadurch ein Schaden in Höhe von 175.500,- € (500 € je Diapositiv) entstanden. Der Fotograf S. hat diesen Betrag mit einem Mahnbescheid gegenüber der Kl. geltend gemacht, die dagegen Widerspruch eingelegt hat.

Der Auslieferungsfahrer hat die Pakete an einen zur Entgegennahme bereiten Nachbarn des Adressaten S. übergeben, der die Pakete anschließend vor die Haustür des Empfängers gestellt habe. Dort wurden die Pakete später nicht mehr aufgefunden. Das Anwesen befindet sich jedoch in einer ruhigen, überschaubaren, gut bürgerlichen Wohngegend und sei mit einem Tor versehen. Bei dieser Sachlage habe sich der Auslieferungsfahrer nicht leichtfertig verhalten.

Die Kl. ist der Ansicht, für diese vorsätzliche Pflichtverletzung ihres Erfüllungsgehilfen müsse die Bekl. einstehen. Da sie, die Kl., gegenüber dem Fotografen S. für den Verlust der Diapositive hafte, habe die Bekl. sie von dieser Verpflichtung freizustellen. Wegen der vorsätzlichen Pflichtverletzung des Auslieferungsfahrers erstreckte sich die Haftung der Bekl. auf den vollen Schaden. Die in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Bekl. enthaltenen Beförderungs- und Haftungsausschlüsse stünden einer Inanspruchnahme der Bekl. nicht entgegen, weil insbesondere die in Ziffer 3.1.5 vorgesehene Wertgrenze von 13.000,- € pro Paket nicht erreicht sei.

Der Bekl. meint, die von dem Fotografen S. geltend gemachte Schadensersatzforderung gegenüber den Kl. sei zudem weit überhöht. Die Kl. zahle - ebenso wie andere Verlage - für die Veröffentlichung eines Bildes lediglich ein Honorar von 31,- €. Falls die Wertangaben des Fotografen S. zutreffen sollten, stünden einer Haftung jedenfalls die in ihren Allgemeinen Geschäftsbedingungen enthaltenen Beförderungs- und Haftungsausschlüsse entgegen. Zumindest sei ein Mitverschulden der Kl. wegen unterlassener Wertdeklara-

tion gegeben, das zu einem vollständigen Haftungsausschluss führe.

Prüfen Sie die Begründetheit der zulässigen Klage.

Lösung:

Die Klage ist dann begründet, wenn die Kl. einen Anspruch auf Freistellung gegenüber der Bekl. hat.

I. Anspruch gem. §§ 425 I HGB

Die Kl. könnte gegen die Bekl. einen Anspruch auf Schadensersatz haben gem. § 425 I HGB.

1. Wirksamer Frachtvertrag gem. § 407 HGB

Es müsste ein wirksamer Frachtvertrag gegeben sein.

a. Einigung

Dazu müsste eine Einigung dahingehend vorliegen, dass der Frachtführer verpflichtet wird, das Gut zum Bestimmungsort zu befördern und es dort an den Empfänger abzuliefern, § 407 I HGB. Der Empfänger ist verpflichtet, die vereinbarte Fracht zu zahlen, § 407 II HGB. Eine ausdrückliche Einigung liegt nicht vor. Hier hat die Bekl. das Frachtgut allerdings zur Beförderung übernommen. Mithin könnte ein Frachtvertrag jedenfalls konkludent geschlossen worden sein.

b. Auswirkung der Verbotsklauseln in Ziffer 3.1 AGB auf die Einigung

Fraglich ist jedoch, wie es sich auf den Vertragsschluss auswirkt, dass die Bekl. in ihren AGB den Transport bestimmter Güter ausgeschlossen hat (sog. Verbotsgutklauseln) und dass die Diapositive unter dieses Verbot fallen könnten. Die Verbotsklauseln in Ziffer 3.1. des Rahmenvertrages könnten insoweit einem individuellen Frachtvertrag entgegen stehen. Dazu sind die Klauseln gem. §§ 133, 157 BGB auszulegen.

[Anm.: Auf die Wirksamkeit der Klauseln und deren Einbeziehung kommt es hier nicht an, sofern der Vertragsschluss durch die Klauseln nicht berührt wird.]

Maßgeblich für die Auslegung der AGB ist die Sicht eines verständigen verobjektivierten Vertragspartners gem. §§ 133, 157 BGB.

“Bei der insoweit gebotenen objektiven Auslegung ist daher zu prüfen, wie die Allgemeinen Geschäftsbedingungen von dem angesprochenen Kundenkreis vernünftigerweise aufgefasst werden durften. Ausgangspunkt der Auslegung ist in erster Linie der Wortlaut der verwendeten Bestimmung. Daneben kommt es aber auch auf den Sinn und Zweck und die systematische Stellung der fraglichen Klausel innerhalb des Gesamtwerks an, wobei die Verständnismöglichkeiten des durchschnittlichen Kunden maßgeblich sind (BGHZ 151, 337, 348; BGH TranspR 2006, 254, 255).

Diese Grundsätze gelten auch für leistungsbeschreibende Klauseln (vgl. Staudinger/Schlosser, BGB [1998], § 5 AGBG Rdn. 2; MünchKomm.BGB/Bedow, 4. Aufl., Band 2a § 307 Rdn. 19). “

Hier will die Bekl. nach dem Wortlaut von Ziffer 3.1.2 ihrer AGB bei Gütern mit besonderem Wert, insbesondere Edelmetallen, echtem Schmuck, Edelsteinen, echten Perlen, Antiquitäten und Kunstgegenständen, keinerlei vertragliche Verpflichtung eingehen. Gleiches gilt gemäß Ziffer 3.1.5 der AGB für sonstige Güter, sofern sie einen höheren Wert besitzen, der über 13000,- € hinausgeht. Entscheidend ist, dass diese Regelungen jedoch nicht isoliert zu betrachten sind, sondern im systematischen Zusammenhang mit den übrigen Klauseln, insbesondere mit Ziffer 3.3, 3.4 und Ziffer 6 (Haftung) der AGB zu beurteilen sind, da diese auf sie Bezug nehmen. Nach Ziffer 3.3 der AGB ist die Bekl. berechtigt, die Übernahme oder Weiterbeförderung zu verweigern, wenn Grund zu der Annahme besteht, dass das Paket von der speditionellen Behandlung gemäß Ziffer 3.1 der AGB ausgeschlossen ist. In Ziffer 6 der AGB ist unter anderem die Haftung der Bekl. bei verbotenen Gütern geregelt.

Aus der Sicht eines verständigen Versenders können diese Regelungen nur so verstanden werden, dass von einem Zustandekommen eines Vertrags auch seitens des Frachtführers ausgegangen wird. Nach dem Gesamtzusammenhang der AGB kann aus den Regelungen in Ziffer 3.1 daher nicht entnommen werden, dass die Bekl. - handelnd durch ihre Mitarbeiter - das Zustandekommen von Beförderungsverträgen über verbotene Güter von vornherein für alle Fälle ausschließen wollte. Vielmehr bringt sie insoweit lediglich zum Ausdruck, dass sie sich nach dem Abschluss eines Beförderungsvertrags über ausgeschlossene Sendungen ihr weiteres Vorgehen vorbehalten will (vgl. dazu BGH TranspR 2006, 254, 255 f.).

Also liegt eine konkludente Einigung über einen Frachtvertrag auch unter Berücksichtigung der AGB der Rahmenvereinbarung vor.

2. Verlust des Gutes in der Zeit zwischen der Übernahme und der Ablieferung

Das Gut ist hier nach der Abgabe an den Frachtführer in der Zeit bis zur Übergabe an den Empfänger (Fotografen S) verloren gegangen.

3. Haftung für eigenes Verhalten bzw. Zurechnung nach § 428 HGB

Der Frachtführer haftet für eigene Pflichtverletzungen und für diejenigen seiner Leute gem. § 428 HGB. Ein Anknüpfungspunkt für eine eigene Pflichtverletzung der Bekl. im Hinblick auf den Verlust des Gutes ist nicht ersichtlich. Fraglich ist jedoch, ob eine Pflichtverletzung des Fahrers der Bekl. der Bekl. selbst gem. § 428 HGB zugerechnet werden kann.

Gem. § 428 S. 1 HGB hat der Frachtführer Handlungen

und Unterlassungen seiner Leute in gleichem Umfang zu vertreten, wie eigene Handlungen oder Unterlassungen, wenn die Leute in Ausübung ihrer Verrichtung handeln. Leute des Frachtführers sind alle in seinem Bereich zu irgendwelchen Arbeiten Angestellte, wie Arbeitnehmer, Aushilfen oder Leiharbeiter. Der Fahrer ist Angestellter der Bekl. und unterfällt dem Begriff mithin unproblematisch. Er müsste sich zudem in Ausübung der Verrichtung befunden haben. Dazu müsste zwischen der Verrichtung und dem möglichen Fehlverhalten ein innerer Zusammenhang bestehen (Baumbach/Hopt, HGB, § 428 Rn 2). Der Auslieferungsfahrer übergab das Gut einem Nachbarn, welcher das Paket vor die Tür des Empfängers stellte. Dort wurden die Pakete später dann gestohlen.

Gem. Ziffer 4.1.3 AGB hat die Aushändigung an den Empfänger oder eine andere erwachsene Person, die unter der Zustelladresse angetroffen wird und die Sendung entgegennimmt zu erfolgen, wobei keine Verpflichtung besteht, eine Empfangsberechtigung zu überprüfen. Mithin könnte der Fahrer der Bekl. ein Fehlverhalten an den Tag gelegt haben, indem er gegen Ziffer 4.1.3. AGB verstoßen hat. Dazu müsste die Bestimmung zunächst wirksam in den Vertrag zwischen der Kl. und der Bekl. einbezogen worden sein.

aa. Vorliegen von AGB

Es müsste sich um AGB gem. § 305 I 1 BGB handeln. Dazu müssten die Bedingungen für eine Vielzahl für Verträge vorformuliert sein und einseitig vom Verwender gestellt worden sein. Hier handelt es sich um Bestimmungen, die einseitig vom Verwender, d.h. der Bekl. gestellt wurden und von ihr auch für sämtliche Verträge verwandt werden. Also liegen AGB im diesem Sinne vor.

bb. Einbeziehung von AGB

Die AGB müssten in den Frachtvertrag mit einbezogen sein. Grundsätzlich richtet sich die Einbeziehung nach § 305 II BGB. Dazu müsste der Vertragspartner auf die Geltung der AGB hingewiesen worden sein und der Vertragspartner müsste in zumutbarer Weise Kenntnis von dem Inhalt der AGB erlangen können. Ausnahmsweise können leichtere Anforderungen an die Einbeziehung gestellt werden, § 310 I 1 BGB. Dies ist dann der Fall, wenn die AGB gegenüber einem Unternehmer verwendet werden. Der Unternehmerbegriff bestimmt sich nach § 14 I BGB (Palandt-Grüneberg; BGB, § 310 Rn 2). Die Kl. betreibt ein Verlagshaus und ist daher ohne weiteres Unternehmer im Sinne des § 14 BGB, da die Versendung der Dias im Zusammenhang mit ihrer Verlagstätigkeit standen. Demnach sind die leichteren Anforderungen an die Einbeziehung zu stellen. Auch im Rechtsverkehr gegenüber Unternehmern erlangen die Klauseln jedoch nur dann Geltung, wenn sie durch rechtsgeschäftliche Einbeziehung Vertragsbestandteile geworden sind (BGH 117, 190). Ent-

scheidend ist daher, ob sich die vertragliche Einigung auch auf die Einbeziehung der AGB erstreckt. Dies ist durch Auslegung gem. §§ 133, 157 BGB festzustellen. Hier hat die Bekl. Ihre AGB der Rahmenvereinbarung zugrunde gelegt und die Kl hat nicht widersprochen. Mithin ist eine Einbeziehung der AGB in den jeweiligen Frachtvertrag gegeben.

cc. Keine Klausel gem. §§ 305 b, c BGB

Es dürfte weder eine vorrangige Individualabrede gem. § 305 b BGB, noch eine überraschende Klausel gem. § 305 c BGB vorliegen. Dies ist ersichtlich nicht der Fall.

dd. Eröffnung der Inhaltskontrolle, § 307 III BGB

Die Inhaltskontrolle müsste eröffnet sein. Dazu müssten von Rechtsvorschriften abweichende Regelungen oder diese ergänzende Regelungen vorliegen, § 307 III 1 BGB. Gem. § 407 I 1 HGB ist der Frachtführer verpflichtet, das Gut an den Bestimmungsort zu liefern. Hier wird der Bestimmungsort insoweit festgelegt, als dass das Gut ausschließlich an den Empfänger oder eine in dessen Haushalt lebende erwachsene Person übergeben werden darf. Mithin wird die Norm des § 407 I 1 HGB ergänzt. Die Inhaltskontrolle ist daher eröffnet.

ee. Wirksamkeit der Klausel

Die Klausel müsste wirksam sein.

(1.) §§ 309, 308 BGB

Maßstab für die Wirksamkeitskontrolle ist gem. § 310 I 1 BGB nicht §§ 309, 308 BGB.

(2.) § 307 I, II BGB

Die Klausel könnte gegen die Grundsätze von Treu und Glauben verstoßen. Dazu müssten sie den Vertragspartner des Verwenders gerade in unangemessener Weise benachteiligen, § 307 I 1 BGB. Der Bekl. hat eine Bestimmung in die AGB aufgenommen, die gerade den Vertragspartner der Verwenders schützt. Dies deshalb, weil nicht an irgendeine Person das Gut übergeben werden darf, sondern nur an den Empfänger selbst oder an eine andere erwachsene Person, die unter der Zustelladresse angetroffen wird und die Sendung entgegennimmt. Eine unangemessene Benachteiligung des Vertragspartners ist nicht ersichtlich. Mithin ist ein Verstoß gegen § 307 BGB nicht gegeben.

Die Klausel ist daher wirksam. Also hat der Fahrer bei der Abgabe des Gutes an den Nachbarn die Bestimmung der Ziffer 4.1.3. nicht eingehalten.

Es liegt mithin eine Pflichtverletzung des Angestellten vor, welche wiederum der Bekl. zuzurechnen ist. Diese steht auch in einem unmittelbaren inneren Zusammenhang mit der geschuldeten Tätigkeit, d.h. der Ab-

lieferung des Gutes.

4. Haftungsausschluss

Die Haftung der Bekl. könnte ausgeschlossen sein. In Betracht kommt ein Ausschluss auf vertraglicher Ebene, sowie ein frachtrechtlicher Haftungsausschluss.

a. Vertraglich gem. Ziffer 6.2

Die Haftung könnte vertraglich ausgeschlossen sein. In Betracht kommt hier ein Ausschluss gem. Ziffer 6.2. AGB. Demnach will der Frachtführer wegen des Verlusts einer in Ziffer 3.1 AGB von der Beförderung ausgeschlossenen Sendung nicht haften.

“Bei Ziffer 6.2 AGB handelt es sich nicht um eine der Inhaltskontrolle entzogene Bestimmung oder Klarstellung der vertraglichen Leistungspflicht der Beklagten (vgl. BGH, Urt. v. 01.12.2005 - I ZR 103/04, TranspR 2006, 169, 170 f. = NJW-RR 2006, 758 m.w.N.), sondern um einen Haftungsausschluss.“

Der Haftungsausschluss müsste daher wirksam sein. Maßstab für die Prüfung der Wirksamkeit könnten die §§ 305 ff. BGB sein.

aa. Vorliegen von AGB und deren Einbeziehung

Hinsichtlich des Vorliegens der AGB und deren Einbeziehung wird auf obige Ausführungen verwiesen.

bb. Kein Fall des §§ 305 b/c BGB

Auch insoweit sind weder eine vorrangige Individualabrede gem. § 305 b BGB, noch eine überraschende Klausel gem. § 305 c BGB ersichtlich.

cc. Eröffnung der Inhaltskontrolle, § 307 III BGB

Die Inhaltskontrolle müsste eröffnet sein. Hier weicht die Klausel Ziffer 6.2 AGB ab vom Wortlaut der §§ 425, 426, 427 HGB. Mithin ist die Inhaltskontrolle eröffnet.

dd. Wirksamkeit der Klausel

Die Klausel müsste wirksam sein.

(1.) §§ 309, 308 BGB

Die Wirksamkeit der Klausel ist gem. § 310 I 1 BGB nicht anhand der §§ 309, 308 BGB zu überprüfen.

(2.) § 307 I, II Nr. 1 BGB

Maßstab für die Überprüfung der Wirksamkeit ist der § 307 BGB mit Ergänzung durch § 310 I 2 BGB.

Ein Verstoß gegen Treu und Glauben kommt in Betracht gem. § 307 I, II Nr. 1 BGB. Dazu müsste die Bestimmung mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren sein. Vorliegend hat der Gesetzgeber im Rahmen des § 449 HGB geregelt, wie Abweichungen von bestimmten Normen wirksam vereinbart werden können. Einschlägig ist hier § 449 II 1 HGB. Demnach sind Abweichungen u.a. von § 425

HGB nur dann wirksam, wenn sie individualvertraglich vorgenommen werden. Abzustellen ist dabei auf ein Aushandeln (Baumbach/Hopt; HGB, § 449 Rn 2). Hier handelt es sich jedoch um eine AGB - Klausel mit dem entsprechenden Inhalt. "Die Klausel schränkt nach ihrem eindeutigen Wortlaut die ohne sie nach dem Gesetz bestehende Haftung ein (vgl. BGH TranspR 2006, 254, 256). Das BerGer. hat mit zutreffender Begründung angenommen, dass die in Rede stehende Klausel gegen § 449 II HGB verstößt und damit unwirksam ist. Die Besonderheiten des postalischen Massenverkehrs, denen § 449 I 1 HGB Rechnung trägt, sind entgegen der Ansicht der Revision im vorliegenden Fall nicht anwendbar, da der zwischen den Parteien geschlossene Frachtvertrag nicht die Beförderung von Briefen oder briefähnlichen Sendungen zum Gegenstand hatte." Also ist die Bestimmung der Ziffer 6.2 nicht mit dem Gebot von Treu und Glauben zu vereinbaren.

Daher greift der vertragliche Ausschlussgrund nicht ein.

b. Gesetzlich gem. §§ 426, 427 HGB

In Betracht kommen des weiteren gesetzliche Ausschlussgründe. Vorliegend ist jedoch keine Fallgestaltung der §§ 426, 427 HGB ersichtlich. Also ist die Haftung nicht ausgeschlossen.

5. Rechtsfolge

Der Frachtführer haftet gem. § 425 I HGB für den Schaden infolge von Verlust und Beschädigung des Gutes nur, soweit dieser in der Zeit von der Übernahme zur Beförderung bis zur Ablieferung entsteht (sog. Güterschaden).

a. Vorliegen eines Schadens

Es müsste der Kl. ein Schaden entstanden sein. Ein Schaden liegt dann vor, wenn eine unfreiwillige Vermögensseinbuße gegeben ist.

Die Kl. begehrt hier die Freistellung von einem Schadensersatzanspruch des Fotografen ihr gegenüber, den dieser bereits im Mahnverfahren gegen die Kl. selbst geltend gemacht hat.

Fraglich ist also, ob die Kl. dem Fotografen S gegenüber tatsächlich zum Ersatz des Schadens verpflichtet ist.

"Der von der Kl. geltend gemachte Schaden besteht allein in ihrer Belastung mit einer Verbindlichkeit. Der zunächst auf Befreiung von dieser Schuld gerichtete Anspruch geht gemäß § 250 S. 2 BGB zwar in einen Zahlungsanspruch über, wenn der Schädiger - wie im Streitfall - die Leistung ernsthaft und endgültig abgelehnt hat (BGH, Urt. v. 10.12.1992 - IX ZR 54/92, NJW 1993, 1137, 1138 m.w.N.). Das setzt aber voraus, dass die Kl. tatsächlich mit einer Verbindlichkeit beschwert ist, die Schadensersatzforderung des Eigentümers der verlorengegangenen Diapositive also erfül-

len muss (vgl. BGH, Urt. v. 11.06.1986 - VIII ZR 153/85, NJW-RR 1987, 43, 44; Urt. v. 09.11.1988 - VIII ZR 310/87, NJW 1989, 1215, 1216)."

In Betracht kommt ein Anspruch des Fotografen gegen die Kl. gem. §§ 280 I, III, 283 S. 1 BGB i.V.m. §§ 598, 604 I BGB.

aa. Wirksames Schuldverhältnis

Fraglich ist, ob zwischen der Kl. und dem Fotografen ein wirksames Schuldverhältnis besteht. In Betracht kommt ein Leihvertrag gem. § 598 BGB. Der Fotograf stellte der Kl. die Dias unentgeltlich zum Gebrauch zur Verfügung. Zweifel an der Wirksamkeit der Einigung bestehen insoweit nicht. Also liegt ein wirksamer Leihvertrag vor.

bb. Verletzung einer nachträglich unmöglich gewordenen leistungsbezogenen Pflicht

Fraglich ist, ob dem Kl. die Erbringung einer leistungsbezogenen Pflicht nachträglich unmöglich wurde. Hier ist dem Kläger die Rückgewähr des Leihgegenstandes, welche er nach § 604 I BGB schuldet, nachträglich, d.h. nach Vertragsschluss, unmöglich geworden. Damit ist eine leistungsbezogene Pflicht verletzt.

cc. Vertretenmüssen, § 280 I 2 BGB

Die Kl. müsste die Pflichtverletzung zu vertreten haben. Das Vertretenmüssen wird gem. § 280 I 2 BGB vermutet. Bezugspunkt für das Vertretenmüssen ist die Pflichtverletzung. Fraglich ist, ob sich die Kl. entlasten kann, § 292 ZPO. Eine Exkulpation der Kl. ist nicht ersichtlich. Dies deshalb nicht, weil sie die Bekl. nicht über den hohen Wert des Transportgutes informiert hat. Die Bekl. hätte bei einer entsprechenden Information den Transport als solchen gemäß seiner AGB ablehnen können; jedenfalls hätte sie besondere Vorkehrungen im Hinblick auf die Hochwertigkeit des Transportgutes treffen können.

dd. Rechtsfolge:

Fraglich ist, ob der Verlust der Dias ein erstattungsfähiger Schaden gem. §§ 280 I, III, 283 BGB ist. Geschützt ist hier das positive Interesse, mithin das Erfüllungsinteresse. Der Fotograf ist so zu stellen, als hätte die Kl. seine Pflicht ordnungsgemäß erfüllt. Hätte die Kl. dem Fotografen die Dias ordnungsgemäß zurückgegeben, dann hätte dieser keinen Wertverlust in Höhe von 175.500,- € erlitten.

Der Fotograf hat gegen die Kl. einen Anspruch auf Schadensersatz gem. §§ 280 I, III, 283 S. 1 BGB.

Also ist der Kl. ein Schaden in Form der Verbindlichkeit gegenüber der Bekl. entstanden.

b. Keine Haftungserleichterungen oder Haftungsprivilegien gem. § 435 HGB

Fraglich ist, ob dem Bekl. Haftungsbeschränkungen oder Haftungserleichterungen gem. §§ 407 - 450 HGB zugute kommen. Gem. § 435 HGB gelten diese nicht, wenn der Frachtführer selbst oder eine Person im Sinne des § 428 HGB vorsätzlich oder leichtfertig und in dem Bewusstsein, dass ein Schaden mit Wahrscheinlichkeit eintreten werde, gehandelt hat.

Der Zusteller hat hier die Pakete bei einem Nachbarn des Fotografen S abgegeben.

“Der Auslieferungsfahrer durfte das Transportgut nach den Zustellvorschriften der Bekl. (Ziffer 4.1.3 AGB) nur an den Empfänger oder eine andere erwachsene Person, die unter der Zustelladresse angetroffen wurde, aushändigen. Gegen diese Bestimmung, die der Sicherung des Transportgutes dient, hat der Auslieferungsfahrer, dem die Zustellvorschriften bekannt sein mussten, unstreitig verstoßen.(...) Das stellt einen vorsätzlichen Verstoß gegen die vertraglichen Pflichten der Bekl. dar. Diese vorsätzliche Pflichtverletzung rechtfertigt für sich allein schon die Annahme eines qualifizierten Verschuldens gemäß § 435 HGB (vgl. BGH, Urt. v. 20.01.2005 - I ZR 95/01, TranspR 2005, 311, 314 = VersR 2006, 814). (...) Bei einem bewussten Verstoß gegen eine der Sicherung des Transportgutes dienende Bestimmung spricht eine Vermutung dafür, dass die Pflichtverletzung kausal für den eingetretenen Verlust gewesen ist und dass dem Handelnden dies auch bewusst sein musste. In einem solchen Fall ist des Sache des Frachtführers, Umstände vorzutragen und gegebenenfalls zu beweisen, die gegen die Kausalität des Fehlverhaltens sprechen (vgl. BGH TranspR 1999, 19, 22 f.; TranspR 2005, 311, 314). Solche die Beklagte entlastenden Umstände hat das BerGer. nicht festgestellt und werden von der Revision auch nicht aufgezeigt.”

Insoweit ist kein Raum für die Anwendung etwaiger Haftungsprivilegierungen.

c. Mitverschulden der Kl., § 425 II HGB

Fraglich ist, ob die Kl. sich anspruchskürzend Mitverschulden zurechnen lassen muss. Hat bei der Entstehung des Schadens ein Verschulden des Beschädigten mitgewirkt, so hängt die Verpflichtung zum Ersatz sowie der Umfang des zu leistenden Ersatzes von den Umständen, insbesondere davon ab, inwieweit der Schaden vorwiegend von dem einen oder dem anderen Teil verursacht worden ist, § 425 II HGB.

[Anm.: Die Vorschrift des § 425 II HGB greift jedoch den Rechtsgedanken des § 254 BGB auf und fasst alle Fälle mitwirkenden Verhaltens des Ersatzberechtigten in einer Vorschrift zusammen (Begründung zum Regierungsentwurf des Transportrechtsreformgesetzes, BT-Drucks. 13/8454, S. 60). Auf die zur Rechtslage vor dem Inkrafttreten des Transportrechtsreformgesetzes

am 01.07.1998 zu § 254 I und II 1 BGB ergangenen Entscheidungen kann daher ohne weiteres zurückgegriffen werden (BGH, Urt. v. 01.12.2005 - I ZR 46/04, TranspR 2006, 205, 206).]

“Denn gemäß § 254 I BGB ist ein Mitverschulden bereits dann anzunehmen, wenn diejenige Sorgfalt außer Acht gelassen wird, die ein ordentlicher und verständiger Mensch zur Vermeidung eines eigenen Schadens anzuwenden pflegt (BGH, Urt. v. 19.01.2006 - I ZR 80/03, TranspR 2006, 121, 122 = VersR 2006, 953; Koller, Transportrecht, 5. Aufl., § 425 HGB Rdn. 74; Soergel/Mertens, BGB, 12. Aufl., § 254 Rdn. 23).”

Hier hatte die Kl. damit gerechnet, dass sich der Wert des Transportgutes bei etwa 500,- € pro Diapositiv bewegte. Die Kl. könnte daher eine Pflicht gehabt haben, die Pakete mit einem sog. Wertpaket zu verschicken. Dies deshalb, weil diese hochwertigen Pakete einer besonderen Behandlung bedürfen, die mit der speditionellen Bearbeitung nicht zu vereinbaren ist. Hier handelte es sich um Unikate eines Fotografen, mit einem nicht unerheblichen Wert. Mithin hätte die Kl. sich eines besonderen Transportmittels für diese hochwertigen Waren bedienen müssen, dass sog. Wertpaket.

“Bei der Kl. handelt es sich um einen Fachverlag, der häufig mit Aufnahmen von Berufsfotografen befasst ist. Der Kl. musste daher bewusst sein, dass ein Diapositiv, wenn es sich um ein Unikat handelt, für den Fotografen nicht nur den Wert verkörpert, der als Vergütung für die Nutzung der Aufnahme zu entrichten ist. Sie hätte sich somit bei dem Fotografen zumindest darüber vergewissern müssen, ob es sich bei den ihr überlassenen Diapositiven um Unikate gehandelt hat. Auch wenn der Kl. die Aufnahmen nicht mit einem Wertpaket übersandt worden waren, hätte sie in Betracht ziehen müssen, dass die Diapositive für den Eigentümer einen die einzelne Nutzungsvergütung erheblich übersteigenden Wert haben könnten und deshalb eine Versendung mittels Wertpaket erfolgen musste.”

Daher ist der Anspruch der Kl. in angemessenem Verhältnis zu kürzen.

[Anm.: Eine Quote, in welcher Höhe der Anspruch zu kürzen ist, ist in den Klausuren regelmäßig nicht auszuwerfen. Die obig dargelegte Formulierung ist daher ausreichend.]

Folglich ist der Freistellungsanspruch gekürzt um das Mitverschulden entstanden. Der Anspruch ist nicht untergegangen und auch durchsetzbar. In Betracht kommt jedoch ein Ausschluss gem. § 242 BGB.

6. Kein Ausschluss gem. § 242 BGB

Der Anspruch könnte gem. § 242 BGB ausgeschlossen sein. In Betracht kommt der sog. dolo-agit- Einwand.

Demnach handelt derjenige treuwidrig, der dasjenige heraus verlangt, was er seinerseits sogleich zurück zu gewähren hat. In Betracht kommt ein Anspruch der Bekl. gegen die Kl. aus §§ 280 I, 311 II, 241 II BGB wegen der Verletzung einer Auskunftspflicht seitens der Kl.

a. Wirksames Schuldverhältnis

Es müsste ein wirksames vorvertragliches Schuldverhältnis zwischen der Kl. und der Bekl. bestehen. Hier haben die Parteien einen Frachtvertrag gem. § 407 I HGB geschlossen. Mithin lag jedenfalls unmittelbar vor Abschluss des Vertrages ein vorvertragliches Schuldverhältnis gem. § 311 II Nr. 1 BGB vor.

b. Pflichtverletzung

Die Kl. müsste eine Pflicht gem. § 241 II BGB verletzt haben. Vorliegend kommt die Verletzung einer Auskunftspflicht in Betracht. Hier hat die Kl. keine Angaben über den Wert des Transportgutes getätigt, obwohl es sich dabei um Unikate eines Fotografen handelte mit einem Wert von 500,- € pro Stück. Bei der Gesamttransportmenge von 351 Dias ergibt sich ein Wert von 175.500,- €. Einer entsprechenden Auskunft hätte es deshalb bedurft, um auch beim Transport dieser besonderen Sachlage Rechnung zu tragen. Also hat der Kl. eine Rücksichtnahmepflicht in Form einer Schutzpflicht durch die fehlende Auskunft verletzt.

c. Vertretenmüssen

Der Kl. müsste die Pflichtverletzung zu vertreten haben. Der Maßstab dabei ist §§ 276, 278 BGB.

Grundsätzlich wird das Vertretenmüssen vermutet, § 280 I 2 BGB. Dies folgt aus der Negativformulierung des Gesetzeswortlauts.

Eine zulässige Entlastung seitens der Kl. (Vgl. § 292 ZPO) ist nicht ersichtlich, so dass es bei der Vermutungswirkung des § 280 I 2 BGB verbleibt. Eine Pflichtverletzung liegt also vor.

d. Rechtsfolge, § 249 I BGB

Der Geschädigte kann gem. § 249 I BGB verlangen, so gestellt zu werden, wie er ohne das schädigende Ereignis des anderen Teils gestanden hätte (Palandt-Grüneberg, § 311 Rn 54). Die Lösung vom Vertrag als Rechtsfolge der §§ 280 I, 311 II, 241 II BGB kommt demgegenüber nur in Ausnahmefällen in Betracht. Dies ist nach der Rechtsprechung des BGH unter anderem dann der Fall, wenn Fälle schuldhafter Irreführung vorliegen, sowie bei Falschangaben vor oder bei Vertragsschluss (vgl. BGH, Urt. v. 31.01.1962 - VIII ZR 120/60, NJW 1962, 1196, 1197; Urt. v. 26.09.1997 - V ZR 29/96, NJW 1998, 302, 303 f.; Urt. v. 06.04.2001 - V ZR 394/99, NJW 2001, 2875 ff.).

Solch besonderen Umstände sind hier nicht ersichtlich. "Die Ansprüche aus dem Frachtvertrag sind entgegen

der Ansicht der Revision nicht deshalb ausgeschlossen, weil die Kl. ihrerseits der Bekl. gegenüber nach den Grundsätzen des Verschuldens bei Vertragsschluss haftete. (...) Im Streitfall führte eine von der Kl. etwa verletzte Aufklärungspflicht über den Wert der Sendung aber nicht zu einem Recht der Bekl., die Aufhebung des Vertrags zu verlangen. Es ist anerkannt, dass der Verstoß gegen eine Rechtspflicht nur zum Ersatz desjenigen Schadens verpflichtet, dessen Eintritt durch die Einhaltung der Pflicht verhindert werden sollte (vgl. BGHZ 116, 209, 212 m.w.N.). Dadurch, dass die AGB-Regelungen auch auf den Fall zutreffen, dass entgegen Ziffer 3.1 ein Beförderungsvertrag über Verbotsgut abgeschlossen wird, machen sie deutlich, dass die Verletzung der Aufklärungspflicht über den Wert des Transportgutes den Vertragsschluss nicht als solchen unterbinden soll (vgl. oben Ziffer 2 a dd). Der Vertragsschluss selbst ist daher auch nicht als Schaden der Beklagten anzusehen (vgl. BGH TranspR 2006, 254, 256)."

Mithin liegt ein Anspruch auf Rückabwicklung des Vertrages gem. §§ 280 I, 311 II, 241 II BGB nicht vor. Also greift der Einwand des § 242 BGB nicht.

Folglich ist der Anspruch der Kl. gegen der Bekl. gerichtet auf die Freistellung gem. § 425 I HGB gekürzt um das Mitverschulden gegeben.

II. Anspruch gem. § 421 I 2, letzter Hs. HGB

Die Kl. könnte einen Anspruch gem. § 421 I 2, letzter HS. HGB gegen die Bekl. haben.

Vorliegend ist das Gut auf dem Weg zum Empfänger verloren gegangen. Gründe, die einen Ausschluss der Haftung rechtfertigen könnten, sind nicht ersichtlich. Allerdings ist der Anspruch um das Mitverschulden der Kl. angemessen zu kürzen, § 425 II BGB. Auf obige Ausführungen wird verwiesen.

III. Anspruch gem. § 831 I BGB

Die Kl. könnte gegen die Bekl. einen Anspruch gem. § 831 I BGB haben.

1. Verrichtungsgehilfe

Der Fahrer müsste Verrichtungsgehilfe der Bekl. sein. Verrichtungsgehilfe ist, wer mit Wissen und Wollen weisungsabhängig im Geschäfts- und Interessenkreis des Geschäftsherrn tätig ist.

Hier ist der Fahrer Angestellter der Bekl. und mithin deren Verrichtungsgehilfe.

2. Unerlaubte Handlung des Verrichtungsgehilfen

Der Verrichtungsgehilfe müsste eine rechtswidrige unerlaubte Handlung gem. § 823 I BGB begangen haben.

Dazu müsste eine geschützte Rechtsposition der Kl. verletzt worden sein. Eine Verletzung einer geschütz-

ten Rechtsposition ist hier nicht ersichtlich, da das betroffene Vermögen der Kl. kein Schutzgut im Sinne des § 823 I BGB ist. Insbesondere ist das Eigentum nicht verletzt, da die Dias im Eigentum des Fotografen stehen. Weiterhin ist auch der Besitz als sonstiges Recht nicht verletzt. Dies deshalb, weil die Kl. sich wissentlich und willentlich des Besitzes begeben hat, als sie die Pakete dem Frachtführer übergab. Also liegt keine unerlaubte Handlung vor.

Mithin besteht ein Anspruch gem. § 831 I BGB nicht.

IV. Anspruch gem. § 823 I BGB

Ein Anspruch der Kl. gegen die Bekl. gem. § 823 I BGB besteht mangels der Verletzung einer geschützten Rechtsposition nicht. Auf obige Ausführungen wird verwiesen.

Die Klage ist wegen der Ansprüche gem. § 425 I HGB und § 421 I 2, letzter HS. HGB begründet.

Standort: Strafrecht

Problem: Unmittelbares Ansetzen

LG POTSDAM, URTEIL VOM 06.10.2005
26 (10) Ns 142/05 (NSTZ 2007, 336)

Problemdarstellung:

Die Angeklagten hatten kurz vor Geschäftsschluss in einem Baumarkt Waren zunächst in Kisten und dann in Fässern im umzäunten Außenbereich des Baumarktes versteckt. Nach Geschäftsschluss sollten entweder die Angeklagten selbst oder weitere Mittäter über den Zaun des Baumarktes klettern - was unproblematisch möglich und in der Vergangenheit auch bereits häufiger vorgekommen war - und die Fässer aus dem Bereich des Baumarktes entfernen. Die Angeklagten waren jedoch vom Ladendetektiv des Baumarktes beobachtet worden und wurden vor dem Verlassen des Baumarktes festgenommen.

Das Amtsgericht hatte die Angeklagten wegen versuchten Diebstahls in Mittäterschaft, §§ 242 I, 25 II, 22, 23 I StGB, verurteilt. Die hiergegen eingelegte Berufung der Angeklagten, die diese vor allem darauf stützten, dass ein unmittelbares Ansetzen zum Versuch, § 22 StGB, noch nicht gegeben sei, wies das LG Potsdam als unbegründet zurück.

Prüfungsrelevanz:

Der vorliegende Fall stellt in seiner Kombination von Problemen des Allgemeinen Teils mit Vermögensdelikten eine schon fast klassische Examensaufgabe dar. Sowohl die Frage des unmittelbaren Ansetzens zum Versuch als auch das (entscheidungserhebliche, wenn auch vom LG nicht angesprochene) Problem des Versuchs eines Regelbeispiels sind häufig abgefragte Examensprobleme.

Gem. § 22 StGB ist der Täter nur dann wegen Versuchs strafbar, wenn er nach seiner Vorstellung von der Tat zur Verwirklichung des Tatbestandes unmittelbar ansetzt. Das unmittelbare Ansetzen stellt also die Grenze dar zwischen der - straflosen - Vorbereitungshandlung und dem - i.R.v. § 23 I StGB strafbaren - Versuch. Deshalb kommt der Bestimmung dieses Zeitpunktes besondere Bedeutung zu. Nachdem hierzu früher unterschiedliche Auffassungen vertreten wur-

den, besteht mittlerweile weitestgehend Einigkeit darüber, dass ein unmittelbares Ansetzen zur Tatbestandsverwirklichung dann zu bejahen ist, wenn der Täter die Schwelle zum "jetzt geht es los" überschreitet, was der Fall ist, wenn er eine Handlung vornimmt, die nach seinem Tatplan so eng mit der tatbestandlichen Ausführungshandlung verknüpft ist, dass sie bei ungestörtem Fortgang ohne wesentliche Zwischenschritte unmittelbar in die Tatbestandsverwirklichung einmünden soll, so dass aus Tätersicht das Angriffsobjekt bereits konkret gefährdet ist (BGH, NSTZ 1997, 83; StV 1997, 241, wistra 2002, 263; Wessels/Beulke, AT, Rn 601; Roxin, JuS 1979, 1).

Im vorliegenden Fall stellte sich dementsprechend vor allem die Frage, ob nach dem Plan der Angeklagten das spätere Abholen der im Außenbereich des Baumarktes versteckten Waren einen wesentlichen Zwischenschritt für die Vollendung des Diebstahls darstellte, was ein unmittelbares Ansetzen zum Versuch durch das Verstecken der Waren ausgeschlossen hätte. Das LG Potsdam lehnte dies - in Übereinstimmung mit dem Urteil des AG - ab und ging vom Vorliegen eines unmittelbaren Ansetzens aus. Dass in der Vergangenheit mehrfach Person unbefugt über den Außenzaun des Baumarktes geklettert waren und Sachen aus diesem Bereich gestohlen hatten zeige, dass der Zaun - zumindest für einen halbwegs geschickten Dieb - kein echtes Hindernis darstelle und somit seine Überwindung auch kein wesentlicher Zwischenschritt für die Vollendung des von den Angeklagten geplanten Diebstahls sei. Auch dass die Täter erst noch etwas warten wollten bevor einer von ihnen den Zaun übersteigen würde, stünde der Annahme eines unmittelbaren Ansetzens nicht entgegen.

Da es sich vorliegend um einen Versuch in Mittäterschaft handelte, hätte das LG auch auf den Streit bzgl. des unmittelbaren Ansetzens in dieser Konstellation eingehen können. Während nämlich eine Mindermeinung (die sog. Einzellösung) verlangt, dass jeder Mittäter selbst - zu der ihm zugedachten Tathandlung - unmittelbar ansetzt (LK-Roxin, § 25 Rn. 198 ff.; SK-Rudolphi, § 22 Rn. 19), reicht es nach der herrschenden Gesamtlösung aus, dass einer der Mittäter die

Handlung vornimmt, die beim Alleintäter das unmittelbare Ansetzen darstellen würde; das unmittelbare Ansetzen des tatnächsten Mittäters kann dann nämlich - sofern es dem gemeinsamen Tatplan entspricht - den anderen Mittätern zugerechnet werden (BGH, NStZ 2000, 589; Lackner/Kühl, § 22 Rn 9; Schönke/Schröder-Eser, § 22 Rn 55; Vogler, ZStW 1998, 341). Das LG Potsdam hat in der vorliegenden Entscheidung die herrschende Meinung ohne weitere Ausführungen zu Grunde gelegt.

Schließlich bietet der vorliegende Fall noch Anlass zur Erörterung der Frage, ob die strafscharfende Wirkung eines Regelbeispiels (insb. § 243 I 2 StGB) bereits dann eintritt, wenn der Täter nur versucht, das Regelbeispiel zu verwirklichen.

Vertiefungshinweise:

Zum unmittelbaren Ansetzen beim versuchten Diebstahl: *BGHSt* 26, 201; 28, 162; *BGH*, StV 1987, 528; 1992, 62; NStZ 1989, 473; 2001, 415; *Meyer*, GA 2002, 383

Zum unmittelbaren Ansetzen beim Versuch in Mittäterschaft: *BGH*, NStZ 2000, 589; *Kratzsch*, JA 1983, 587; *Maiwald*, ZStW 1998, 879

Zum Versuch des Regelbeispiels: *BGHSt* 33, 370; *BayObLG*, NStZ 1997, 442; *OLG Düsseldorf*, NJW 1983, 2712; *Eckstein*, JA 2001, 553; *Graul*, JuS 1999, 854; *Zieschang*, JURA 1999, 565

Kursprogramm:

Examenskurs: "Schmuckhändler"

Examenskurs: "Kein Humor"

Leitsatz (der Redaktion):

Versteckt der Täter Diebesgut auf dem schlecht gesicherten Außengelände eines Baumarktes, um es dort später abzuholen oder abholen zu lassen, so kann darin bereits ein unmittelbares Ansetzen zum versuchten Diebstahl liegen.

Sachverhalt:

Am Abend des 02.07.2004 begaben sich A und B gegen 19 Uhr gemeinsam in die Geschäftsräume des Baumarkts des M in Berlin. Ihrem vorgefassten Entschluss entsprechend entnahmen sie den dortigen Auslagen hochwertige Werkzeuge, Kleidung und Elektroartikel im Werte von 1.613,80 €. Das Diebesgut verpackten sie in 3 Kisten, die sie sodann aus den hochgesicherten Geschäftsräumen des Baumarkts auf dessen nur gering gesichertes Außengelände schafften. Dort versteckten sie die Kisten in 3 Regentonnen in der Absicht, das Diebesgut unmittelbar nach Geschäftsabschluss in der kommenden Nacht ohne Bezahlung vom Außengelände des Baumarkts abzutransportieren bzw. durch Dritte im einvernehmlichen Zusammenwirken

abtransportieren zu lassen. Nachdem sie die Waren in einer für die Mitarbeiter des Baumarkts nicht wahrnehmbaren Weise in den 3 Kisten und nachgelagert in den 3 Regentonnen des Außengeländes verborgen hatten, begaben sich A und B getrennt voneinander aus den Geschäftsräumen und verließen die Kassenzonen. Kurz darauf wurden sie durch den Kaufhausdetektiv wegen des Verdachts des versuchten Diebstahls festgehalten.

Das Außengelände war lediglich durch einen etwa 3 m hohen Gitterzaun gesichert, über den zusätzlich 3 Stacheldrähte gespannt waren. In das Außengelände des Baumarkts war im Jahre 2004 bereits etliche Male nachts eingebrochen worden, indem die Täter über den 3 m hohen Gitterzaun gestiegen waren oder aber die Gitterstäbe des Zauns mittels eines Bolzenschneiders oder eines anderen Schneidegeräts aufgeschnitten und aufgebogen hatten. Strafbarkeit von A und B?

[Bearbeitervermerk: § 246 StGB ist nicht zu prüfen.]

Lösung:

A. Strafbarkeit von A und B gem. §§ 242 I, 25 II StGB durch das Verstecken der Waren

A und B könnten sich dadurch, dass sie die Waren in Kisten und diese in Regentonnen auf dem Außengelände des Baumarktes versteckten, wegen mittäterchaftlichen Diebstahls gem. §§ 242 I, 25 II StGB strafbar gemacht haben.

I. Tatbestand

1. Fremde bewegliche Sachen

Bei den Waren müsste es sich um fremde bewegliche Sachen handeln.

Sache i.S.v. § 242 I StGB ist jeder körperliche Gegenstand (Schönke/Schröder-Eser, § 242 Rn 9). Beweglich ist eine Sache dann, wenn sie tatsächlich fortgeschafft werden kann, ungeachtet ihrer zivilrechtlichen Einordnung als bewegliche oder unbewegliche Sache (LG Karlsruhe, NStZ 1993, 543; Schönke/Schröder-Eser, § 242 Rn 11). Bei den Waren handelte es sich um körperliche Gegenstände, die - wie der Sachverhalt zeigt - auch tatsächlich fortgeschafft werden konnten, also um bewegliche Sachen.

Diese Sachen müssten für A und B auch fremd gewesen sein. Eine Sache ist fremd, wenn sie zumindest auch im Eigentum einer anderen Person steht (BGH, NStZ-RR 2000, 234; Schönke/Schröder-Eser, § 242 Rn 12). Die Waren standen im Eigentum des M, waren also für A und B fremd.

2. Wegnahme

A und B müssten die Waren weggenommen haben.

Wegnahme ist der Bruch fremden und die Begründung neuen, nicht notwendig tätereigenen, Gewahrsams (Jo-

ecks, § 242 Rn 10; Krey/Hellmann, BT 2, Rn 11).

a. Fremder Gewahrsam

Es müsste ursprünglich fremder Gewahrsam an den Waren bestanden haben. Hier könnte M Gewahrsam an den Waren gehabt haben.

Gewahrsam ist die von einem natürlichen Herrschaftswillen getragene tatsächliche Sachherrschaft, wobei das Vorliegen dieser Voraussetzungen nach der Verkehrsanschauung zu bestimmen ist (BGHSt 22, 180, 182; Krey/Hellmann, BT 2, Rn 11).

M müsste zunächst die tatsächliche Sachherrschaft über die Waren gehabt haben. Zwar macht der Sachverhalt keinen Angaben darüber, wo sich M im Tatzeitpunkt aufhielt. Dies spielt jedoch für die tatsächliche Sachherrschaft auch grundsätzlich keine Rolle, da es für eine solche ausreichend ist, dass die Möglichkeit des jederzeitigen Zugriffs besteht (BGHSt 4, 210; Schönke/Schröder-Eser, § 242 Rn 25). Selbst wenn M im Tatzeitpunkt nicht in seinem Baumarkt gewesen sein sollte, so konnte er doch jederzeit hierhin zurückkehren und auf die Waren zugreifen, sodass er die tatsächliche Sachherrschaft hatte.

M müsste auch einen Herrschaftswillen bzgl. der Waren besessen haben. Insofern ist es nicht unbedingt erforderlich, dass der Täter den akuten und konkreten Willen zur Beherrschung einzelner Sachen besitzt; ein genereller Herrschaftswille in dem Sinne, dass dieser sich auf alle Sachen innerhalb eines bestimmten räumlichen Bereiches bezieht, ist ausreichend (Lackner/Kühl, § 242 Rn 10; Schönke/Schröder-Eser, § 242 Rn 30). Dieser räumliche Bereich bildet dann eine sog. Gewahrsamssphäre. M hatte den generellen Willen, sämtlichen Waren in seinem Baumarkt, also auch diejenigen, die von A und B in den Außenbereich geschafft wurden, zu beherrschen, mithin einen generellen Herrschaftswillen.

A hatte - zumindest nach der Verkehrsanschauung - somit die tatsächliche Sachherrschaft bzgl. der Waren und auch einen entsprechenden Herrschaftswillen, so dass er diesbezüglich Gewahrsam hatte.

b. Begründung neuen Gewahrsam

Durch das Verstecken der Waren im Außenbereich des Baumarktes müssten A und B neuen Gewahrsam daran begründet haben.

Der Täter hat neuen Gewahrsam dann begründet, wenn er die Sachherrschaft derart erlangt hat, dass er sie unbehindert durch den alten Gewahrsamsinhaber ausüben und dieser seinerseits nicht mehr über die Sache verfügen kann, ohne die Verfügungsgewalt des Täters zu beseitigen (OLG Köln, StV 1989, 156; Lackner/Kühl, § 242 Rn 15). Voraussetzung für die Begründung neuen Gewahrsams ist also insb., dass der alte Gewahrsam endet.

Im vorliegenden Fall ist insofern zu beachten, dass auch nach dem Verstecken der Waren in den Kisten

und Regentonnen diese sich immer noch in der Gewahrsamssphäre des M befinden, sodass sie grds. seinem jederzeitigen Zugriff immer noch preisgegeben sind (auch wenn er nicht weiß, wo sie sich genau befinden). Dementsprechend lehnt auch die h.M. eine Begründung neuen Gewahrsams grds. ab, wenn der Täter die Beute in der Gewahrsamssphäre des Opfers versteckt, um sie später abzutransportieren (BGHSt 16, 271; BGH, NStZ 1981, 435; BayObLG, NJW 1997, 3326; Tröndle/Fischer, § 242 Rn 19).

A und B haben also noch keinen neuen Gewahrsam an den Waren begründet. Eine Wegnahme ist somit nicht gegeben.

II. Ergebnis

A und B haben sich nicht gem. §§ 242 I, 25 II StGB strafbar gemacht.

B. Strafbarkeit von A und B gem. §§ 242 I, 25 II, 22, 23 I, 243 I 2 Nr. 1 StGB durch Verstecken der Waren

Durch das Verstecken der Waren auf dem Außengelände des Baumarktes könnten sich A und B wegen versuchten mittäterschaftlichen Diebstahls in einem besonders schweren Fall gem. §§ 242 I, 25 II, 22, 23 I, 243 I 2 Nr. 1 StGB strafbar gemacht haben.

1. Vorprüfung

Mangels Wegnahme ist der Diebstahl nicht vollendet (s.o.). Die Strafbarkeit des versuchten Diebstahls ergibt sich aus § 242 II StGB.

2. Tatentschluss

A und B müssten Tatentschluss zur Begehung eines mittäterschaftlichen Diebstahls gehabt haben.

Der Tatentschluss beinhaltet den Vorsatz bzgl. der Verwirklichung aller objektiven Tatbestandsmerkmale sowie das Vorliegen der sonstigen subjektiven Tatbestandsmerkmale; er entspricht also dem subjektiven Tatbestand des vollendeten Delikts (Joecks, § 22 Rn. 3; Wessels/Beulke, AT, Rn. 598).

a. Fremde bewegliche Sachen

A und B müssten sich zunächst vorgestellt haben, dass es sich bei den Waren um fremde bewegliche Sachen handelte. A und B wussten, dass die Waren bewegliche Sachen darstellten. Sie wussten auch, dass die Waren im Eigentum des M standen, also für sie fremd waren.

b. Wegnahme

A und B müssten auch Tatentschluss bzgl. einer Wegnahme gehabt haben, sie müssten sich also vorgestellt haben, fremden Gewahrsam zu brechen und neuen, nicht notwendig eigenen, Gewahrsam zu begründen.

A und B wussten, dass M einen generellen Herrschaftswillen bzgl. der Waren und auch eine entsprechende Sachherrschaft besaß, sodass sie Tatentschluss

bzgl. der Umstände hatten, aus denen sich der für sie fremde Gewahrsam des M ergab. A und B wollten die Waren aus dem Bereich des Baumarktes, also aus der Gewahrsamssphäre des M, entfernen. Spätestens in diesem Zeitpunkt wäre M nicht mehr in der Lage gewesen, über die Waren zu verfügen und A und B hätten ihre Sachherrschaft ungehindert ausüben können. Sie hatten also auch Tatentschluss bzgl. der Begründung neuen Gewahrsams.

A und B müssten auch Tatentschluss bzgl. eines Gewahrsamsbruches gehabt haben.

Ein Gewahrsamsbruch ist dann gegeben, wenn der Täter den fremden Gewahrsam gegen oder ohne den Willen des Gewahrsamsinhabers aufhebt (Schönke/Schröder-Eser, § 242 Rn 35). Ein Einverständnis des Opfers in die Gewahrsamsverschiebung schließt also die Wegnahme aus (BGHSt 4, 199; Lackner/Kühl, § 242 Rn 14). A und B stellten sich nicht vor, dass M mit der Aufhebung seines Gewahrsams einverstanden sei, so dass sie auch Tatentschluss bzgl. eines Gewahrsamsbruchs hatten. A und B hatten Tatentschluss bzgl. einer Wegnahme der Waren.

c. Mittäterschaft (§ 25 II StGB)

A und B müssten auch Tatentschluss bzgl. einer gemeinschaftlichen, also mittäterschaftlichen, Begehung i.S.v. § 25 II StGB gehabt haben. Mittäterschaft ist die gemeinschaftliche Begehung einer Straftat durch bewusstes und gewolltes Zusammenwirken (Joecks, § 25 Rn 61; Wessels/Beulke, AT, Rn 524).

A und B wollten die Wegnahme der Waren auf der Grundlage des von ihnen gemeinsam erstellten Tatplanes, also durch bewusstes und gewolltes Zusammenwirken, bewirken. Sie hatten also Tatentschluss zur gemeinschaftlichen Begehung i.S.v. § 25 II StGB.

d. Zueignungsabsicht

A und B müssten auch in Zueignungsabsicht gehandelt haben. Die Zueignungsabsicht setzt sich aus zwei Elementen zusammen, dem Enteignungswillen und der Aneignungsabsicht (Tröndle/Fischer, § 242 Rn 33a; Rengier, BT 1, § 2 Rn 40).

Aneignungsabsicht ist die Absicht, sich die weggenommene Sache selbst oder den in dieser verkörperten Sachwert wenigstens vorübergehend dem eigenen Vermögen oder dem eines Dritten einzuverleiben (BGHSt 24, 155; Tröndle/Fischer, § 242 Rn 41).

A und B hatten die Absicht, die Waren entweder selbst zu behalten und zu verwenden oder sie zu verkaufen und sich den entsprechenden Erlös einzustreichen. Sie hatten also die Absicht, die Waren selbst oder den in diesen verkörperten Sachwert ihrem Vermögen einzuverleiben. Enteignungswille ist der Wille, den Berechtigten auf Dauer aus seiner Eigentümerposition zu verdrängen, ihm also die Sache auf Dauer zu entziehen (Joecks, Vor § 242 Rn 22; Schönke/Schröder-Eser, § 242 Rn 47).

Da A und B nicht vorhatten, M die Waren jemals wieder zurückzugeben, handelten sie auch mit dem Willen zur dauerhaften Enteignung. A und B hatten sowohl Aneignungsabsicht als auch Enteignungswillen, sodass eine Zueignungsabsicht vorliegt.

e. Rechtswidrigkeit der beabsichtigten Zueignung

A und B müssten sich außerdem vorgestellt haben, dass die von ihnen beabsichtigte Zueignung (s.o.) rechtswidrig sei.

Die vom Täter i.R.v. § 242 I StGB beabsichtigte Zueignung ist dann rechtswidrig, wenn er keinen fälligen durchsetzbaren Anspruch auf die Zueignung hat (Joecks, Vor § 242 Rn 46 ff.; Schönke/Schröder-Eser, § 242 Rn 59). A und B wussten, dass sie keinen Anspruch auf die Übereignung des Geldes hatten, sie hatten also Tatentschluss bzgl. der Rechtswidrigkeit der beabsichtigten Zueignung. A und B hatten somit Tatentschluss zur Begehung eines mittäterschaftlichen Diebstahls.

3. Unmittelbares Ansetzen (§ 22 StGB)

A und B müssten auch i.S.v. § 22 StGB unmittelbar zur Verwirklichung des Tatbestandes angesetzt haben. Hierzu führt das LG Potsdam aus: "Die Angeklagten haben durch ihr Verhalten unmittelbar i.S.d. § 22 StGB zum Diebstahl angesetzt. Die Tat ist nicht im Stadium der straflosen Vorbereitung steckengeblieben, sondern in den Bereich des strafbaren Versuchs gelangt. Der Versuch beginnt mit dem unmittelbaren Ansetzen zum Gewahrsamsbruch. Für die Abgrenzung des Versuchs von der Vorbereitung gelten die allgemeinen Regeln. So wird der Versuch bereits beim Eindringen in fremdes Besitztum mit dem bestimmten Willen, dort etwas zu entwenden, angenommen. Demgegenüber ist lediglich Vorbereitung gegeben bei Handlungen, die erst bei Eintritt weiterer Bedingungen oder den Zutritt weiterer Handlungen zur Wegnahme führen sollen, etwa erst bei Anfertigung von Nachschlüsseln, Bereitlegen eines Werkzeugs zum Einbruch, Beobachten oder Verfolgen des Tatopfers oder Auskundschaften der Tatörtlichkeiten oder von Sicherungseinrichtungen.

Grundlage für die Entscheidung, ob der Täter die Strafbarkeitsschwelle zwischen strafloser Vorbereitung und strafbarem Versuch überschritten hat, ist die Vorstellung des Täters von der Tat als konkreter Tatplan. Es kommt mithin darauf an, welchen Tatablauf sich der Täter zum Tatzeitpunkt seiner Handlung vorstellt. Ein unmittelbares Ansetzen wird gemeinhin angenommen bei Handlungen des Täters, die nach einem Tatplan der Verwirklichung eines Tatbestandsmerkmals unmittelbar vorgelagert sind und im Falle ungestörten Fortgangs ohne wesentliche Zwischenakte in die Tatbestandshandlung unmittelbar einmünden sollen. Regelmäßig müssen insofern Gefährdungshandlungen vorliegen, die nach der Tätervorstellung in un-

gestörten Fortgang unmittelbar zur Tatbestandserfüllung führen oder mit ihr in einem unmittelbaren räumlichen und zeitlichen Zusammenhang stehen (vgl. dazu BGH NStZ 1989, 473). Dies ist nach der von der Rechtsprechung entwickelten Formel bei solchen Handlungen erfüllt, mit denen der Täter subjektiv die Schwelle zum 'jetzt geht's los' überschreitet und nach seiner Vorstellung das geschützte Rechtsgut in eine konkret nahe Gefahr bringt (vgl. dazu BGHSt 28, 163; BGH NStZ 1989, 473; 1993, 77; 1996, 38; MünchKomm-Herzberg Bd. 1, 2003, § 22 Rn 156, 167, 168). Weil es dabei grundsätzlich auf den Täterplan ankommt, ist es ohne Belang, ob die Gefährlichkeit für das Tatobjekt tatsächlich eintritt.

Auch bei Vorliegen eines aus Sicht des Täters endgültig gefassten Tatentschlusses kann es bei zeitlich gestreckten Handlungsabläufen an einem unmittelbaren Ansetzen fehlen, wenn zwischen vorbereitenden Handlungen und schließlicher Erfolgsherbeiführung noch eine Mehrzahl von Handlungsschritten erforderlich ist, insbesondere dann, wenn diese nach dem Tatplan noch vom Opfer selbst oder von Dritten vorgenommen werden müssen (vgl. dazu etwa BGH NJW 2002, 2057, 2058; Tröndle/Fischer 52. Aufl., § 22 Rn 11, 12 mwN). Das bloße Bereitstellen oder Bereitlegen einer Sache zum späteren Abtransport reicht vor diesem Hintergrund in der Regel zur Gewahrsamerlangung nicht aus, grundsätzlich selbst dann nicht, wenn die Sache versteckt, aber die endgültige Erlangung noch mit wesentlichen Schwierigkeiten verbunden ist. Versteckt der Täter die Sache zunächst innerhalb des Herrschaftsbereichs des Gewahrsamsinhabers, um sie bei späterer Gelegenheit mitzunehmen, so kommt es auf die Umstände des Einzelfalls an, namentlich darauf, ob durch das Verbergen die Zugriffsmöglichkeit des Gewahrsamsinhabers tatsächlich schon vereitelt ist und der spätere Abtransport nur die endgültige Sicherung tatsächlich schon erlangter Sachherrschaft des Täters darstellt (vgl. S/S-Eser, 26. Aufl., § 242 Rn 39). Selbst ein Herauschaffen der Sache aus den Räumen des Gewahrsamsinhabers reicht dann nicht aus, wenn der Abtransport noch weitere erhebliche Anstrengungen erfordert (vgl. BGH NStZ 1983, 435; Abstellen eines schweren Tresors vor dem Gebäude).

Demgegenüber erlangt der Dieb bei kleineren, unauffälligen, leicht zu verbergenden Sachen in der Regel bereits dann Gewahrsam, wenn er sie, sei es auch in der Herrschaftssphäre des Gewahrsamsinhabers, in der Kleidung oder in einem seinerseits leicht zu transportierenden Behältnis, Tasche, Koffer verbirgt, weil die Herrschaftsmacht des Berechtigten bereits aufgehoben ist, wenn er zur Wiedererlangung des ungehinderten Gewahrsams in die persönliche Sphäre des Gewahrsamsinhabers eindringen müsste. Von diesen Grundsätzen ausgehend ist hier anzunehmen, dass die Angeklagten auf der Grundlage ihres bereits bei Betreten der Geschäftsräume vorgefassten Tatplans zumindest

unmittelbar zur Tatbestandsverwirklichung angesetzt haben. Ihr Verhalten erschöpfte sich nämlich nicht darin, die Waren innerhalb der gut gesicherten Geschäftsräume des Baumarkts zu verstellen und dort zu verstecken. Ihr Verhalten ging deutlich darüber hinaus, indem sie die leicht abzutransportierenden Elektroartikel und Werkzeuge zunächst in 3 Kisten und diese sodann nachgelagert unmittelbar vor Geschäftsschluss auf das Außengelände des Baumarktes verschafften und sie dort in den Regentonnen verbargen. Zwar befanden sich die Warenartikel damit noch im Gewahrsamsbereich des Berechtigten, allerdings waren sie für die gewahrsamsdienenden Mitarbeiter des Baumarkts nicht mehr erkennbar, womit ihr Zugriff bereits weitgehend vereitelt war. Dass die Tat durch die Mitarbeiter und den Kaufhausdetektiv und damit durch die Stellvertreter des Gewahrsamsinhabers beobachtet worden war, schließt weder die Vollendung noch das vorgelagerte unmittelbare Ansetzen zur Tatbestandsverwirklichung aus, zumal da § 242 StGB keine Heimlichkeit voraussetzt (vgl. dazu in ständiger gefestigter Rspr. BGHSt 26, 273 f.; BGH NStZ 1987, 71; OLG Düsseldorf NJW 1990, 1492).

Die Angeklagten haben hier unmittelbar zur Tatbestandsverwirklichung i.S.d. § 22 StGB angesetzt, indem sie das Diebesgut auf das Außengelände des Baumarkts verbrachten. Das Außengelände war gegenüber den Geschäftsräumen des Baumarkts lediglich durch einen etwa 3 m hohen Gitterzaun gesichert, so dass das Angriffsobjekt auf dem Außengelände vom Zugriff der Angeklagten bedroht und konkret gefährdet war. Dem Gewahrsamsinhaber drohte der endgültige Gewahrsamsverlust. Die konkrete Gefahr ergibt sich insbesondere aus der Tatzeit, weil eine Entdeckung der versteckten Waren in der Zeitspanne der verbliebenen 45 Minuten bis Geschäftsschluss durch das Personal des Baumarktes hochgradig unwahrscheinlich war. Auch dies entsprach dem Tatplan und dem Vorstellungsbild der 2 Angeklagten. Nach dem Vorstellungsbild der 2 Angeklagten, auf das im Rahmen des unmittelbaren Ansetzens nach § 22 StGB allein abzustellen ist, haben sie mit dem Verschaffen der Waren und dem Verstecken auf dem Außengelände die Schwelle zum 'jetzt geht's los' überschritten. Auf diese innere Tatseite deutet insbesondere auch das konspirative Verhalten der 2 Angeklagten während und nach der Tat hin, die sich ständig durch Blicke vergewisserten, ob sie bereits entdeckt worden waren. Die endgültige Erlangung tätereigenen gesicherten Gewahrsams setzte keine weiteren wesentlichen Schritte mehr voraus, die der Annahme eines unmittelbaren Ansetzens entgegenstehen würden. Wie der Geschäftsführer des Baumarkts glaubhaft angegeben hat und was auch durch Fotos anschaulich belegt ist, wurde in den Jahren 2004 und 2005 und gerade auch im Tatzeitraum etliche Male in das Außengelände des Baumarkts eingebrochen bzw. eingestiegen. Das Au-

ßengelände kann nicht nur als nicht einbruchssicher eingestuft werden. Das Entdeckungsrisiko war angesichts der geringen Sicherheitsvorkehrungen für das Außengelände des Baumarkts ebenfalls gering. Der etwa 3 m hohe Gitterzaun stellte kein wesentliches Hindernis mehr dar, zumal da die Gitterstäbe des Zauns durch einen Bolzenschneider oder ein ähnliches Schneidegerät unschwer aufgeschnitten werden oder zumindest verbogen werden konnten. Gleiches gilt für die Möglichkeit, den Zaun mittels einer Leiter und einer Decke zu übersteigen, was für geübte Kletterer unschwer möglich ist. Dementsprechend wurde in der Vergangenheit der Gitterzaun wiederholt überstiegen, wobei die 3 über den Gitterzaun gespannten Stacheldrähte den Abtransport der Waren ebenfalls nicht erheblich erschwerten.

Die endgültige Erlangung gesicherten Gewahrsams hing hier auch nicht mehr von einem nur bedingt beeinflussbaren Verhalten eines Dritten, sondern ausschließlich von dem Verhalten der 2 Angeklagten in der kommenden Tatnacht ab. Die Kammer ist überzeugt davon, dass noch in der kommenden Nacht des 02. auf den 03.07.2004, möglicherweise bereits nach Einbruch der Dunkelheit am Tatabend, seitens der Angeklagten oder durch unbekannt gebliebene Mittäter zum Zwecke des Abtransports der Waren in das Außengelände eingestiegen werden sollte. Dafür spricht insbesondere der Tatzeitpunkt, nämlich 19.15 Uhr, d.h. unmittelbar vor Ladenschluss. Damit sollte das Diebesgut in einem engen räumlichen und zeitlichen Zusammenhang abtransportiert und damit endgültig gesicherter Gewahrsam begründet werden. Unter diesen Umständen kann das weiter erforderliche Einsteigen in das Außengelände nicht mehr als ein wesentlicher Zwischenschritt eingestuft werden, der der Annahme eines unmittelbaren Ansetzens entgegensteht. Dem steht auch nicht entgegen, dass die Angeklagten mit dem Einbrechen respektive Einsteigen in das Freigelände des Baumarkts zum Zweck des Abtransports der dort deponierten Waren in rechtlicher Hinsicht das Regelbeispiel des § 243 I Nr. 1 StGB verwirklicht hätten (vgl. BGH, NStZ 2000, 143; Tröndle/Fischer aaO, § 243 Rn 4 ff.). Denn dass das Einsteigen bzw. Einbrechen zum Zwecke des Abtransports bei rechtlicher Bewertung ein Regelbeispiel i.S.d. § 243 StGB verwirklicht hätte, ändert nichts daran, dass dem endgültigen Abtransport der Diebesware in tatsächlicher Hinsicht auf der Grundlage des Vorstellungsbildes der 2 Angeklagten keine wesentlichen Zwischenschritte mehr entgegenstanden.

Gerade der Gesichtspunkt, dass das Angriffsobjekt auf dem Außengelände ihrem Zugriff bei geringerem Entdeckungsrisiko preisgegeben war, während es in den inneren Geschäftsräumen des Baumarkts überhaupt nicht bzw. allenfalls nach Überwindung der Alarmanlage und weiterer Sicherheitsvorkehrungen zu erlangen war, begründet hier die konkrete Gefahr für das

Diebstahlsubjekt. Das Verhalten der 2 Angeklagten war von der Vorstellung getragen, in unmittelbarem räumlichen und zeitlichen Zusammenhang auf das Außengelände zu gelangen und von dort aus die Waren endgültig abzutransportieren und tätereigenen Gewahrsam zu sichern, Durch das Verschaffen des Diebesguts auf das Außengelände und das konspirative Verstecken in den dortigen Regentonne, verborgen vor den Mitarbeitern unmittelbar vor Geschäftsschluss, haben die Angeklagten subjektiv in jeder Hinsicht die Schwelle zum 'jetzt geht's los' überschritten."

Bei einem mittäterschaftlichen Versuch ist zwar streitig, ob jeder Mittäter selbst (zu der ihm zugedachten Tathandlung) unmittelbar ansetzen muss (so die sog. Einzellösung, vgl. LK-Roxin, § 25 Rn. 198 ff.; SK-Rudolphi § 22 Rn. 19) oder ob das unmittelbare Ansetzen eines Mittäters - sofern es dem gemeinsamen Tatplan entspricht - den anderen Mittätern zugerechnet werden kann (so die herrschende Gesamtlösung, vgl. BGH, NStZ 2000, 589; Lackner/Kühl, § 22 Rn 9; Schönke/Schröder-Eser, § 22 Rn 55; Vogler, ZStW 1998, 341). Dies kann jedoch im vorliegenden Fall dahinstehen, da A und B jeder zu seinem Tatbeitrag als auch zur Ausführung der Tathandlung unmittelbar angesetzt haben (s.o.), so dass nach beiden Auffassungen ein unmittelbares Ansetzen sowohl von A als auch von B gegeben ist.

Das LG Potsdam folgt insofern der h.M.: "Die Angeklagten haben sich das Verhalten des jeweils anderen gemäß § 25 II StGB wechselseitig als Eigenes zurechnen zu lassen, weil sie aufgrund eines vorgefassten Tatplans arbeitsteilig als Mittäter vorgegangen sind [...]". A und B haben also unmittelbar angesetzt.

4. Rechtswidrigkeit und Schuld

A und B handelten auch rechtswidrig und schuldhaft.

5. Kein Rücktritt (§ 24 StGB)

A und B dürften nicht gem. § 24 StGB strafbefreiend zurückgetreten sein.

Nach h.M. ist ein Rücktritt ausgeschlossen, wenn der Versuch fehlgeschlagen ist (BGH, NStZ-RR 2004, 361, 362; Tröndle/Fischer, § 24 Rn 6; Kudlich, JuS 1999, 24). Ein Fehlschlag in diesem Sinne liegt vor, wenn der Täter glaubt, dass er den Erfolg mit den ihm zur Verfügung stehenden Mitteln gar nicht herbeiführen kann, jedenfalls nicht ohne eine ganz neue Kausalkette in Gang zu setzen (BGH, NStZ-RR 2002, 168; 2006, 168, 169; Tröndle/Fischer, § 24 Rn 7).

Spätestens in dem Moment, in dem A und B von dem Ladendetektiv festgenommen wurden und erkannten, dass dieser sie bei ihrem Tun beobachtet hatte, wussten sie, dass sie mit den ihnen zur Verfügung stehenden Mitteln den Diebstahl nicht mehr würden vollenden können. Somit liegt eine Fehlschlag vor, der einen Rücktritt von A und B ausschließt.

6. Besonders schwerer Fall (§ 243 I 2 Nr. 1 StGB)

Der versuchte (mittäterschaftliche) Diebstahl von A und B könnte einen besonders schweren Fall i.S.v. § 243 I 2 Nr. 1 StGB darstellen.

a. Regelbeispiel gem. § 243 I 2 Nr. 1 StGB

Nach dieser Vorschrift ist ein besonders schwerer Fall des Diebstahls in der Regel insb. dann gegeben, wenn der Täter zur Ausführung der Tat in einen umschlossenen Raum einsteigt. Ein umschlossener Raum ist ein Raumgebilde, das dazu bestimmt ist, von Menschen betreten zu werden und mit zumindest teilweise künstlichen Schutzvorrichtungen gegen unbefugtes Betreten versehen ist (BGH, StV 1983, 149; Tröndle/Fischer, § 243 Rn 4). Diese Voraussetzungen wären bei dem Außenbereich des Baumarktes gegeben. Einsteigen i.S.v. § 243 I 2 Nr. 1 StGB ist das Betreten des Raumes auf einem dafür nicht vorgesehenen Wege (BGH, NStZ 2000, 143; Schönke/Schröder-Eser, § 243 Rn 12). Wenn A und B ihrem Tatplan gemäß über den Zaun in den Außenbereich des Baumarktes geklettert wären, so wären die Voraussetzungen eines "Einsteigens" zur Ausführung der Tat gegeben. Allerdings haben A und B - obwohl sie dies vorhatten - die Voraussetzungen des Regelbeispiels noch nicht verwirklicht, so dass zwar ein Versuch des Regelbeispiels gegeben ist, dieses jedoch tatsächlich nicht verwirklicht wurde.

Ob auch der Versuch eines Regelbeispiels des § 243 I 2 StGB die strafscharfende Wirkung dieser Norm auslösen kann, ist streitig.

aa. Herrschende Literatur

Nach der h.M. in der Literatur ist in Fällen, in denen - wie im vorliegenden - sowohl das Grunddelikt als auch das Regelbeispiel lediglich im Versuch gegeben sind, das Vorliegen eines besonders schweren Falles über die strafscharfende Wirkung des Regelbeispiels ausgeschlossen (Wessels/Hillenkamp, BT 2, Rn 206 ff.; Krey/Hellmann, BT 2, Rn 125 f.; Rengier, BT 1, § 3 Rn 30; Graul, JuS 1999, 854 f.; Zieschang, JURA 1999, 565 f.).

Nach dieser Auffassung wäre das Vorliegen ein besonders schweren Falles hier ausgeschlossen.

bb. Rechtsprechung

Nach der Gegenauffassung, die insb. von der Rechtsprechung vertreten wird, kann auch in Fällen, in denen sowohl das Grunddelikt als auch das Regelbeispiel nur im Versuch vorliegen, ein besonders schwerer Fall gegeben sein, sofern der Täter auch zur Verwirklichung des Regelbeispiels unmittelbar angesetzt hat (BGHSt 33, 370; BayObLG, NStZ 1997, 442; Kindhäuser, BT 2, § 3 Rn 55 ff.; Eckstein, JA 2001, 553).

A und B hatten zur Vollendung des Diebstahls bereits unmittelbar angesetzt (s.o.). Da die Handlung, durch die sie das Grunddelikt vollendet hätten - das Übersteigen des Zaunes und das Entfernen der Ware vom

Gelände des Baumarktes - gleichzeitig das Regelbeispiel des § 243 I 2 Nr. 1 StGB verwirklicht hätte, haben sie auch hierzu bereits unmittelbar angesetzt. Nach dieser Auffassung wäre somit ein besonders schwerer Fall gegeben.

cc. Stellungnahme

Die herrschende Literatur stützt sich vor allem auf den Wortlaut des § 22 StGB, demzufolge eine Versuchsstrafbarkeit voraussetzt, dass der Täter zur Verwirklichung "des Tatbestandes" unmittelbar ansetzt. Da Regelbeispiele aber keine Tatbestände darstellen, sondern nur tatbestandsähnliche Voraussetzungen haben, könne der Täter hier nie zur Verwirklichung eines Tatbestandes ansetzen, sodass auch die Voraussetzungen des § 22 StGB - und somit ein entsprechender Versuch - niemals vorliegen können. Außerdem begründeten die Regelbeispiele eine Indizwirkung für das Vorliegen eines besonders schweren Falles. Für diese Wirkung sei es aber erforderlich, dass die Voraussetzungen des Regelbeispiels auch tatsächlich und nicht nur in der Tätersvorstellung vorliegen. Die Rechtsprechung hingegen betont, dass einige Regelbeispiele (z.B. § 243 I 2 Nr. 3 StGB) keine objektiven Voraussetzungen besitzen, sondern rein subjektiv zu prüfen seien. Es sei also - entgegen der Argumentation der Literatur - doch denkbar, dass allein aufgrund der Tätersvorstellung ein besonders schwerer Fall eintrete. Auch habe der Gesetzgeber gerade bei § 243 I 2 StGB - der früher ein Qualifikationstatbestand war, bei dem es also auch einen Versuch gab - durch die Umwandlung einer Qualifikation in ein Regelbeispiel nicht die Möglichkeit eines entsprechenden Versuchs streichen wollen. Auch sei es wegen des tatbestandsähnlichen Charakters von Regelbeispielen nahe liegend, hier den § 22 StGB doch anzuwenden, insb. da der Begriff des Tatbestandes im StGB nicht definiert wird, sodass es nicht ausgeschlossen erscheint, dass auch die "Quasi-Tatbestände" der Regelbeispiele Tatbestände i.S.v. § 22 StGB darstellen. Der Rechtsprechung ist zu folgen. Dass A und B zur Verwirklichung des Regelbeispiels des § 243 I 2 Nr. 1 StGB unmittelbar angesetzt und einen entsprechenden Tatentschluss hatten, genügt für die entsprechende strafscharfende Wirkung.

b. Keine geringwertige Sache (§ 243 II StGB)

Die Tat darf sich nicht auf eine geringwertige Sache beziehen, § 243 II StGB. Die Sache ist jedenfalls dann nicht mehr geringwertig, wenn ihr Wert mehr als 50 € beträgt (OLG Hamm, wistra 2004, 34; Tröndle/Fischer, § 243 Rn 25, § 248a Rn 3). Die Waren hatten aber einen Gesamtwert von über 1.600,- €.

7. Ergebnis

A und B sind strafbar gem. §§ 242 I, 25 II, 22, 23 I, 243 I 2 Nr. 1 StGB.

*Literaturauswertung**Öffentliches Recht*

Autor/Titel:	Sauer, Oliver: "Neue Besen kehren gut?"
Fundstelle:	Jura 2007, 543 (Heft 7)
Inhalt:	Einer der wenigen Beiträge aus der neueren Literatur, in dem die durch die Föderalismusreform in das Grundgesetz eingebrachten Veränderungen in einen gutachterlich gelösten Fall eingewoben sind. Es geht im Schwerpunkt namentlich um die Gesetzgebungskompetenzen einschließlich der Übergangsregelungen.

Autor/Titel:	Wehr, Matthias: "Der Verwaltungsakt mit Dauerwirkung"
Fundstelle:	BayVBl 2007, 385 (Heft 13)
Inhalt:	Der Autor bemüht sich zunächst um eine Definition des Dauerverwaltungsakts, wobei er anhand von gängigen Problemfällen die Abgrenzungsschwierigkeiten darlegt. Darüber hinaus stellt er dar, welche rechtlichen Folgen die Einstufung als Dauerverwaltungsakt haben kann, etwa im Hinblick auf so examensrelevante Bereiche wie Rücknahme und Widerruf (§§ 48, 49 VwVfG), den maßgeblichen Zeitpunkt für die Beurteilung der Rechtswidrigkeit u.v.m.

Zivilrecht

Autor/Titel:	Armbrüster, Christian: "Grundfälle zum Schadensrecht"
Fundstelle:	JuS 2007, 605 (Heft 7)
Inhalt:	Dieser Fortsetzungsbeitrag knüpft an die Ausführungen in JuS 2007, 508 (Heft 6) an. Der Autor setzt sich hier mit Problemen der Zurechnung (haftungsbegründend und haftungsausfüllend) und der Kausalität auseinander. Die Erörterungen werden anhand von Beispielen, etwa zum rechtmäßigen Alternativverhalten und zu Renten- oder Begehrensneurosen, gut verständlich dargelegt. Weiterhin werden die Grundprobleme des Ersatzes von Schäden Dritter, insbesondere die Drittschadensliquidation, erörtert.

Autor/Titel:	Lorenz Stefan: "Grundwissen - Zivilrecht: Vertretenmüssen (§ 276 BGB)"
Fundstelle:	JuS 2007, 611 (Heft 7)
Inhalt:	Der Beitrag richtet sich insbesondere an Studenten der ersten Fachsemester. In leicht verständlicher Weise werden die Grundzüge des Vertretenmüssens dargestellt. Ausgehend vom Verschuldensprinzip, nach dem der Schuldner Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten hat, werden die Anforderungen an das Verschulden erörtert. Dies auch im Hinblick auf im Einzelfall strengere (Zufalls- und Garantiehaftung) und mildere (z.B. §§ 690, 708 BGB) Haftungsmaßstäbe.

Autor/Titel:	Storz, Karl-Alfred /Kinderlen, Bernd: "Der Gesetzgeber, der BGH und die Zwangsversteigerung"
Fundstelle:	NJW 2007, 1846 (Heft 26)
Inhalt:	Die ZPO-Reform führte dazu, dass die sofortige Beschwerde bei Zwangsversteigerungsfragen durch die nur ausnahmsweise Rechtsbeschwerde ersetzt wurde. Dies führt dazu, dass sich nunmehr der BGH mit Fragen zur Zwangsversteigerung befassen muss. In diesem Beitrag stellen die Autoren eine Auswahl dieser Entscheidungen vor. Dieser Beitrag ist insbesondere Referendaren zur Vertiefung der Kenntnisse im ZVG zu empfehlen.

Autor/Titel:	Halfmeier, Axel: "Inhalt des Kondiktionsanspruchs und Wegfall der Bereicherung"
Fundstelle:	JA 2007, 492 (Heft 7)
Inhalt:	Der Autor legt die Grundfunktion des Bereicherungsrechts, die sog. Abschöpfungsfunktion, ausgehend von der Bestimmung des Erlangten "Etwas" dar. Dieser Beitrag befasst sich mit den Rechtsfolgen des Bereicherungsrechts und eignet sich gut zur Wiederholung und Vertiefung des Bereicherungsrechts.

Strafrecht

Autor/Titel:	Zopfs, Jan: "Examinatorium zu den Qualifikationstatbeständen des Diebstahls (§§ 244, 244a StGB)"
Fundstelle:	JURA 2007, 510 (Heft 7)
Inhalt:	Jedenfalls seit dem 6. StrRG (1998) gehören die Qualifikationstatbestände des Diebstahls, nicht zuletzt wegen der zahlreichen Probleme, die sich durch die eingeführten Änderungen ergeben, zum ständigen Gegenstand von Examensprüfungen. Der Verfasser stellt ausführlich und in gutachterlicher Weise die verschiedenen Auffassungen zu klassischen Fragen der Tatbestände (Mindestgröße einer Bande, Voraussetzungen für eine "Mitwirkung" i.S.v. § 244 I Nr. 2 StGB, Gefährlichkeit des Werkzeugs usw.) dar. Sowohl zur Einführung als auch zur Wiederholung sehr lesenswert.

Autor/Titel:	Beck, Susanne: "Kopien und Telefaxe im Urkundenstrafrecht"
Fundstelle:	JA 2007, 423 (Heft 6)
Inhalt:	Ob und ggf. wann Kopien Urkunden i.S.d. §§ 267 ff. StGB sein können, ist ein klassisches Examensproblem. Die Verfasserin stellt zunächst die Voraussetzungen des Urkundsbegriffs dar und erörtert dann die problematischen (und teilweise streitigen) Konstellationen, die sich insofern bei Kopien oder Telefaxen (also "Fernkopien") auftreten können.

Autor/Titel:	Kinzig, Jörg/Zander, Sebastian: "Der neue Tatbestand der Nachstellung (§ 238 StGB)"
Fundstelle:	JA 2007, 481 (Heft 7)
Inhalt:	Durch den neuen Tatbestand der Nachstellung, § 238 StGB, sollen Verhaltensweisen, die in den Medien üblicherweise als "Stalking" bezeichnet werden, nun auch strafrechtlich verfolgt werden können. Die Autoren befassen sich mit der Entstehungsgeschichte des Tatbestandes, seinen Voraussetzungen, potenziellen Problemen der Anwendung und den mit dieser Neureglung einhergehenden strafprozessualen Änderungen. Da gerade in mündlichen Prüfungen gerne Allgemeinwissen zu neuen gesetzlichen Regelungen abgefragt wird, ist die Lektüre dieses Aufsatzes bei einer entsprechenden Vorbereitung ratsam.