

Öffentliches Recht

Standort: Kommunalrecht

Problem: Beseitigung externer Störungen im Rat

VG ARNSBERG, URTEIL VOM 24.08.2007
12 K 127/07 (NWVBL 2008, 113)

Problemdarstellung:

Das VG Arnsberg bejahte im vorliegenden Fall eine Pflicht des Bürgermeisters, auf Antrag eines Ratsmitglieds gegen die eine Ratssitzung störenden Zuschauer einzuschreiten. Als Anspruchsgrundlage diente der von der Rspr. entwickelte "innerorganisatorische Störungsbeseitigungsanspruch", mit dem ein Gemeindeorgan bzw. -organteil (hier: Ratsmitglied) von einem anderen Organ (hier: Bürgermeister) die Beseitigung von Störungen in der Wahrnehmung seiner innergemeindlichen Rechte (hier: ungestörte Teilnahme an Ratssitzungen) verlangen kann. Das VG stellt klar, dass es diesem Anspruch nicht schadet, wenn die Störung unmittelbar durch Externe (hier: Zuschauer) verursacht wird, solange das in Anspruch genommene Organ daran mittelbar durch Unterlassen der ihm zur Verfügung stehenden Störungsbeseitigungsmöglichkeiten (hier: Nichtausübung der Ordnungsgewalt und des Hausrechts im Rat aus § 51 GO NRW) mitwirkt. Der "innerorganisatorische Störungsbeseitigungsanspruch" lasse auch keinen Raum für ein Entschließungs-, wohl aber für ein Auswahlermessen. Der Bürgermeister musste somit gegen die störenden Zuschauer einschreiten, die Wahl der Mittel oblag hingegen ihm.

Prozessual handelte es sich um einen sog. "Kommunalverfassungsverstreit", also eines Prozesses unter Gemeindeorganen bzw. -organteilen, hier in Gestalt der Feststellungsklage nach § 43 VwGO. Zu beachten ist, dass in dieser speziellen Situation einmal nicht der Rechtsträger (Gemeinde), sondern zur Vermeidung von In-sichprozessen der sachliche Streitgegner (hier: Bürgermeister) zu verklagen ist.

Prüfungsrelevanz:

Kommunalverfassungsverstreitverfahren gehören zu den häufigsten Fallkonstellationen in kommunalrechtlichen Prüfungsaufgaben. Der vorliegende Fall ist besonders reizvoll, weil Kommunalverfassungsverstreitverfahren zwangsläufig rein gemeindeinterne Streitigkeiten sind, was auch hier der Fall ist, da sich Ratsmitglied und Bürgermeister streiten, der Blick für diese Tatsache aber zunächst dadurch verstellt wird, dass Externe als

Störer auftreten.

Vertiefungshinweise:

- Zum Kommunalverfassungsverstreit: *OVG NRW*, RA 2001, 509 = DVBl 2001, 1281; RA 2003, 319 = NVwZ-RR 2003, 376; *VG Düsseldorf*, RA 2006, 208 = NWVBl 2006, 152; *Ehlers*, JuS 1990, 105
- Auflösung einer Fraktion im laufenden Rechtsstreit: *OVG NRW*, NWVBl 1990, 265; *HessVGH*, NVwZ 1986, 328; *ThürOVG*, RA 2000, 378 = DVBl 2000, 935
- Zur Abgrenzung von Leistungs- und Feststellungsklage im Kommunalverfassungsverstreit: *VG Sigmaringen*, NVwZ-RR 2005, 428

Kursprogramm:

- Examenskurs*: "Rauchverbot"
- Examenskurs*: "Der Zeitungsreporter"

Leitsätze:

- 1. Ratsmitgliedern steht bei Störungen ihrer Mandatsausübung im Rahmen einer Ratssitzung auch dann ein klagbarer Anspruch auf Beseitigung der Störungen gegen den Bürgermeister zu, wenn die Störungen von Zuhörern ausgehen.**
- 2. Der Ratsvorsitzende hat zu gewährleisten, dass die Willensbildung des Rates in einer von psychologischen Hemmnissen unbeeinträchtigten Atmosphäre, d.h. ungezwungen, freimütig und in aller Offenheit verläuft.**

Sachverhalt:

Die Kläger sind Mitglieder des Rates der Stadt X. In einer Ratssitzung, in der u. a. über einen Antrag betreffend den Verkauf von städtischen Anteilen an den Stadtwerken zu beraten war, hielten Zuhörer Plakate hoch und äußerten ihren Unmut. Die Kläger sahen dies als unzulässige Meinungskundgebung an. Die beklagte Bürgermeisterin teilte diese Einschätzung nicht, bat die Zuhörer aber, die Plakate zu den Wänden hin umzudrehen, was auch geschah. Auf den Antrag der Kläger stellte das Verwaltungsgericht fest, dass die Beklagte verpflichtet gewesen sei, das Hochhalten von Plakaten zu untersagen und weitere geeignete Maßnahmen zu ergreifen, um einen ungestörten Sitzungsablauf sicherzustellen.

*Aus den Gründen:**A. Zulässigkeit**I. Statthaftigkeit*

Die Klage ist als Feststellungsklage i.S.d. § 43 Abs. 1 VwGO statthaft. Es entspricht gefestigter obergerichtlicher Rechtsprechung, dass einzelfallbezogene Rechtsbeziehungen innerhalb kommunaler Organe grundsätzlich Gegenstand einer kommunalverfassungsrechtlichen Feststellungsklage sein können (vgl. etwa OVG NRW, Urteil vom 2.5.2006 - 15 A 817/04 - juris). Dies gilt auch für die hier streitgegenständliche Frage, ob die Kläger gegen die Beklagte einen Anspruch auf Ergreifen weiterer Maßnahmen zur Beseitigung von Störungen der Ratssitzung hatten, denn hiermit ist ein konkretes organschaftliches Rechtsverhältnis bezeichnet.

Soweit die Klage mit Blick auf die verbalen Störungen der Zuhörer auf die Feststellung abzielt, dass die Beklagte verpflichtet war, neben dem Untersagen des Hochhaltens von Plakaten "weitere geeignete Maßnahmen zu ergreifen, um einen ungestörten Sitzungsverlauf sicherzustellen", zieht dies weder die Annahme eines hinreichend konkreten, feststellungsfähigen Rechtsverhältnisses noch die Bestimmtheit des Klageantrags in Zweifel. Es ist anerkannt, dass dem Bürgermeister bei der Handhabung der Sitzungsordnung bzw. der Ausübung des Hausrechts i. S. d. § 51 Abs. 1 GO NRW im Falle von Störungen einer Ratssitzung grundsätzlich ein Auswahlermessen zusteht, welche Maßnahmen er zur Störungsabwehr ergreift (vgl. OVG NRW, OVGE 36, 154; Rehn/Cronauge, GO NRW Band 1, § 51 GO NRW, Anm. V). Der Bürgermeister ist daher regelmäßig nicht verpflichtet, eine bestimmte Maßnahme der Störungsabwehr zu ergreifen, sondern von verschiedenen in Betracht kommenden Handlungsmöglichkeiten nach pflichtgemäßem Ermessen Gebrauch zu machen. Daher unterliegt es grundsätzlich keinen Bedenken, sondern trägt vielmehr dieser Rechtslage Rechnung, wenn ein auf eine Handlungspflicht des Bürgermeisters abhebendes Begehren nur die Feststellung verlangt, dass zur Störungsabwehr "geeignete" Maßnahmen hätten ergriffen werden müssen. Dies gilt umso mehr vor dem Hintergrund, dass der unbestimmte Rechtsbegriff der "Geignetheit" hoheitlicher Maßnahmen dem allgemeinen und besonderen Ordnungsrecht geläufig und dort durch die Rechtsprechung hinreichend konkretisiert worden ist.

II. Feststellungsinteresse

Die Kläger haben unter dem Gesichtspunkt der Wiederholungsfahr auch ein berechtigtes Interesse i.S.d. § 43 Abs. 1 VwGO an der von ihnen begehrten Feststellung. Dies gilt bereits deshalb, weil angesichts des Vorhabens der WBG-Fraktion, erneut einen Antrag

auf Erteilung eines Prüfauftrags zum Verkauf von Stadtwerkeanteilen in den Rat einzubringen, die konkrete Gefahr besteht, dass die insofern anstehende weitere Ratssitzung einen ähnlichen Verlauf nehmen könnte wie diejenige vom 3.4.2006.

Im Übrigen ist jedenfalls hinsichtlich der begehrten Feststellung, dass die Beklagte verpflichtet war, das Hochhalten von Plakaten zu untersagen, eine Wiederholungsfahr auch unabhängig von der anstehenden erneuten Beratung über die Erteilung eines Prüfauftrags anzunehmen. Denn die Beklagte steht auf dem Standpunkt, dass das Mitbringen von Plakaten in Ratssitzungen grundsätzlich zulässig ist und es zur Gewährleistung eines störungsfreien Ablaufs von Ratssitzungen genügt, wenn deren Aufschrift nicht lesbar ist. Unter diesen Umständen ist es hinreichend wahrscheinlich, dass künftig auch bei anderen Themen von besonderem öffentlichem Interesse Demonstranten mit Plakaten in den Sitzungssaal eingelassen werden und die Beklagte hiergegen wiederum keine über ein Umdrehen der Plakate hinausgehenden Maßnahmen ergreifen wird.

III. Allg. Rechtsschutzinteresse

Das berechtigte Interesse der Kläger an der begehrten Feststellung bzw. ihr allgemeines Rechtsschutzbedürfnis sind auch nicht deshalb zu verneinen, weil die Kläger in der Ratssitzung nach dem Umdrehen der Plakate keinen neuen Antrag gestellt haben, auch die umgedrehten Plakate zu entfernen.

Auch unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Organtreue, der es gebieten kann, Bedenken gegen die Rechtmäßigkeit des Handelns eines anderen Organs oder Organteils in der verfahrensrechtlich gebotenen Form rechtzeitig geltend zu machen (vgl. dazu OVG NRW, Urteil vom 2.5.2006 - 15 A 817/04 - a.a.O.) waren die Kläger in Anbetracht des vorangegangenen Verlaufs der Ratssitzung nicht gehalten, nach dem Umdrehen der Plakate einen erneuten Antrag auf Entfernen der umgedrehten Plakate zu stellen.

Den auf ein Entfernen der Plakate - und nicht nur auf ein erst später von der Beklagten vorgeschlagenes Umdrehen - gerichteten Antrag des Klägers zu 2. hatte die Beklagte zunächst vollständig abgelehnt. Diesem nach der Sitzungsunterbrechung aufrechterhaltenen Antrag entsprach die Beklagte sodann erneut nicht, sondern forderte die Zuhörer statt dessen - wie es wörtlich in der Sitzungsniederschrift heißt: "als Kompromiss" - auf, die Plakate umzudrehen. Ausweislich der Sitzungsniederschrift brachten die Fraktionen der CDU und WBG hierauf zum Ausdruck, dass sie diese Regelung nicht für ausreichend hielten und verließen den Sitzungssaal.

Angesichts der hiernach erkennbar fehlenden Bereitschaft der Beklagten, dem bereits zum zweiten Mal gestellten Antrag auf Entfernung der Plakate zu entsprechen, und der im Anschluss gleichfalls erkennbar

zum Ausdruck gebrachten Haltung der Kläger, dass das Umdrehen der Plakate aus ihrer Sicht nicht ausreichend sei, erschiene es als reiner Formalismus, eine Obliegenheit der Kläger anzunehmen, einen weiteren förmlichen Antrag auf Entfernung der umgedrehten Plakate zu stellen.

Da die Kläger ersichtlich eine andere Rechtsauffassung vertraten als die Beklagte, die sie zuvor erfolglos versucht hatten geltend zu machen, und infolge dessen sogar aus Protest den Saal verließen unter Inkaufnahme der Folge, an den folgenden Beratungen und Abstimmungen nicht mitwirken zu können, kann auch keine Rede davon sein, dass die Entscheidung der Kläger, ihre Rechte gerichtlich weiterzuverfolgen, überraschend oder gar treuwidrig erscheint.

IV. Klagebefugnis

Besteht nach alledem ein hinreichendes Feststellungsinteresse der Kläger i.S.d. § 43 Abs. 1 VwGO, so ist auch die in kommunalverfassungsrechtlichen Streitverfahren in analoger Anwendung des § 42 Abs. 2 VwGO erforderliche Klagebefugnis gegeben. In der Rechtsprechung des OVG NRW ist anerkannt, dass Ratsmitgliedern bei Störungen ihrer Mandatsausübung im Rahmen einer Ratssitzung grundsätzlich ein klagbarer Anspruch auf Beseitigung dieser Störungen gegen den Bürgermeister zustehen kann, auch wenn diese Störungen von den Zuhörern ausgehen (vgl. OVG NRW, OVG 36, 154).

B. Begründetheit

Die damit insgesamt zulässige Klage ist begründet. Die Beklagte war verpflichtet, in der Ratssitzung vom 3. 4. 2006 das Hochhalten von Plakaten zu untersagen und weitere geeignete Maßnahmen zu ergreifen, um einen ungestörten Sitzungsverlauf sicherzustellen.

I. Hochhalten der Plakate

1. Störung der Ratssitzung

Das fortdauernde Hochhalten der Plakate stellte, auch nachdem diese umgedreht worden waren, eine Störung der Ordnung der Ratssitzung i.S.d. § 51 Abs. 1 GO NRW dar, gegen die die Beklagte durch Ausübung ihrer Ordnungsgewalt hätte einschreiten müssen.

a. "Ordnung" im Rat

Der in § 51 Abs. 1 GO NRW angesprochene, aber nicht näher umschriebene Begriff der "Ordnung" in den Sitzungen umfasst nicht nur die den Verfahrensablauf regelnden normativen Bestimmungen der Gemeindeordnung und der kommunalen Satzungen und Geschäftsordnungen, sondern darüber hinaus auch den Gesamtbestand der - im Parlamentsrecht zumindest der Konvention zugerechneten - innerorganisatorischen Verhaltensregeln, die für einen reibungslosen Geschäftsablauf notwendig sind (vgl. OVG NRW, OVG

36, 154 zu § 36 GO NRW a. F.). Insofern ist zu beachten, dass der Gemeinderat kein Forum zur Äußerung und Verbreitung privater Meinungen, sondern ein Organ der Gemeinde ist, das die Aufgabe hat, die divergierenden Vorstellungen seiner gewählten Mitglieder im Wege der Rede und Gegenrede und der nachfolgenden Abstimmung zu einem einheitlichen Gemeindegewillen zusammenzuführen und der Gemeinde so die nötige Entscheidungs- und Handlungsfähigkeit zu verschaffen (vgl. BVerwG, NVwZ 1988, 837).

Dabei gehört eine von psychologischen Hemmnissen möglichst unbeeinträchtigte Atmosphäre zu den notwendigen Voraussetzungen eines geordneten Sitzungsbetriebs, den der Ratsvorsitzende zu gewährleisten hat. Das beruht auf dem legitimen, letztlich in der Gewährleistung der Selbstverwaltung durch Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG verankerten öffentlichen Interesse daran, dass die Willensbildung des Rates als demokratisch legitimer Gemeindevertretung ungezwungen, freiwillig und in aller Offenheit verläuft (vgl. BVerwGE 85, 283).

b. Verstoß

Der Einsatz demonstrativer nichtverbaler Ausdrucksmittel wie von Plakaten und Transparenten wird daher im Allgemeinen als eine Beeinträchtigung der Sitzungsordnung zu bewerten sein, die auch durch das Grundrecht eines demonstrierenden Ratsmitglieds - bzw. hier der demonstrierenden Zuhörer - aus Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG nicht gedeckt ist (vgl. BVerwG, a.a.O.). Hiervon ausgehend stellten die in der Ratssitzung vom 3.4.2006 hochgehaltenen Plakate, auch nachdem sie umgedreht worden waren, eine Störung der Sitzungsordnung dar, gegen die die Beklagte hätte einschreiten müssen.

Die zur Akte gereichten Fotografien aus der Pressebeurteilung lassen erkennen, dass schon die verwendeten Plakate allein - noch ungeachtet der von den Klägern geltend gemachten weiteren Störungen - nach ihrer Größe, ihrer Anzahl, ihrer weitgehenden Gleichförmigkeit und ihrem schlagwortartigen, rigiden Inhalt ("Finger weg von den Stadtwerken") geeignet waren, die Befürworter des zur Debatte stehenden Prüfauftrags massiv unter Druck zu setzen. Dies gilt zumal angesichts der bei der Ratssitzung unstrittig herrschenden räumlichen Enge, wodurch, wie die Klägerseite plastisch und nachvollziehbar dargestellt hat, der Eindruck entstehen konnte, gleichsam eingekesselt zu sein.

Auch das Umdrehen der Plakate konnte ihren störenden Charakter insofern nicht beseitigen. Aufgrund des Vorlaufes der Sitzung bis zu diesem Zeitpunkt war auch nach dem Umdrehen der Plakate deren Inhalt jedem Ratsmitglied bewusst und die mit den Plakaten zum Ausdruck gebrachte massive Ablehnung einer Veräußerung der Stadtwerkeanteile stand den Ratsmitgliedern durch die zwar umgedrehten, aber weiterhin un-

übersehbaren Plakate im Wortsinn weiter vor Augen. Auch der durch die Enge im Ratssaal mit ausgelöste Eindruck, nicht zuletzt durch die Plakate gleichsam körperlich bedrängt zu werden, konnte hierdurch nur unwesentlich gemindert werden. Von einer Atmosphäre der Ruhe und Sachlichkeit und der Möglichkeit zu einem unbeeinflussten, offenen Austausch von Überlegungen, wie sie zur Ordnung einer Ratssitzung gehört (vgl. OVG Koblenz, NVwZ 1985, 673) kann unter diesen Umständen nicht mehr gesprochen werden. Dagegen kann auch nicht eingewendet werden, dass die Funktionsfähigkeit des Rates vor und nach dem Umdrehen der Plakate nicht gefährdet gewesen sei, wie die zuvor erfolgte Beschlussfassung zur Tagesordnung bzw. die nach dem Auszug von WBG und CDU reibungslos weitergeführte Ratssitzung zeigten. Dies greift schon deshalb nicht durch, weil eine Störung der Sitzungsordnung i.S.d. § 51 Abs. 1 GO NRW keine Störung der Funktionsfähigkeit des gesamten Rates voraussetzt. Sie ist vielmehr bereits dann gegeben, wenn die unbeeinflusste Mandatsausübung auch nur eines einzelnen Ratsmitglieds beeinträchtigt ist.

2. Pflicht zum Handeln

Gegen die damit gegebene Störung der Sitzungsordnung musste die Beklagte dem Grunde nach einschreiten, denn bei Vorliegen eines Verstoßes gegen die Sitzungsordnung und einem entsprechenden Verlangen, diesen zu beseitigen, besteht kein Entscheidungsspielraum mehr, ob, sondern allenfalls wie hiergegen eingeschritten wird (vgl. OVG NRW, Urteil vom 10.9.

1982 - 15 A 1223/80).

Lag die Störung der Sitzungsordnung nach dem Gesagten im fortdauernden Hochhalten der Plakate, so ist auch nicht ersichtlich, dass insofern eine andere Maßnahme in Betracht gekommen wäre, als den Zuhörern das Hochhalten der Plakate zu untersagen [wird ausgeführt].

II. Weitere Störungen

War die Beklagte demnach verpflichtet, das Hochhalten der Plakate zu untersagen, so war sie darüber hinaus auch verpflichtet, in der Ratssitzung vom 3.4.2006 weitere geeignete Maßnahmen gegen die von den verbalen Bekundungen der Zuhörer ausgehende Störung der Sitzungsordnung zu ergreifen.

Ist nach alledem davon auszugehen, dass die Ratssitzung vom 3. 4. 2006 vom Beginn der Sitzung an bis zum Auszug der klägerischen Fraktionen durchgehend von Bekundungen der von den Klägern beschriebenen Art begleitet war, und dass die Beklagte dies im vorbezeichneten Umfang auch wahrgenommen hat, so lag hierin nach den oben dargestellten Maßstäben auch eine Störung der Sitzungsordnung i.S.d. § 51 Abs. 1 GO NRW. Von einer Atmosphäre der Ruhe und Sachlichkeit, wie sie nach dem Gesagten von Gesetzes wegen zu gewährleisten ist, kann bei einer von lautstarken Unmutsäußerungen, Buhrufen, Pfiffen und Beifall begleiteten Ratssitzung nicht mehr gesprochen werden, sodass die Beklagte verpflichtet war, hiergegen mit geeigneten Maßnahmen einzuschreiten.

Standort: POR

Problem: Abschleppen bei mobilem Halteverbot

VGH MANNHEIM, URTEIL VOM 13.02.2007
1 S 822/05 (NJW 2007, 2058 = NVwZ 2008, 237)

Problemdarstellung:

Nicht selten werden zunächst erlaubt geparkte Fahrzeuge abgeschleppt, weil sie aus irgend einem Grund trotzdem ein Hindernis darstellen, z.B. für Feuerwehrfahrzeuge bei einem Brand, Rettungswagen oder - wie hier - Straßenbau- und -unterhaltungsmaßnahmen. Liegt ein derartiger sachlicher Grund vor, ist das Abschleppen als Ersatzvornahme nach landesrechtlichem Polizei- und Ordnungsrecht in aller Regel rechtmäßig, denn das Fahrzeug stellt dann eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit dar.

Eine andere Frage ist, ob Fahrer (Verhaltensstörer) oder Halter (Zustandsstörer) auch die Kosten der Maßnahme zu tragen haben. Dazu ist über die Rechtmäßigkeit der kostenauslösenden Maßnahme hinaus nämlich auch die Verhältnismäßigkeit der Kostenerhebung erforderlich. Bei einem unvorhersehbaren, nicht in der Risikosphäre des Parkers liegenden Ereignis (Brand, Rettungseinsatz) wird diese in aller Regel zu

verneinen sein mit der Folge, dass der Parker zwar das Abschleppen dulden, es aber nicht bezahlen muss.

Wie es hingegen bei Dauerparkern liegt, bei denen das Parken nachträglich durch Aufstellen eines mobilen Park- oder Halteverbotsschildes verboten wurde, ist hingegen nicht abschließend geklärt, weil hier ein Spannungsverhältnis zwischen Vertrauen auf den Verbleib des Fahrzeugs am abgestellten Ort einerseits und Erkundigungspflicht andererseits besteht.

Nachdem die Oberverwaltungsgerichte bzw. Verwaltungsgerichtshöfe der Länder sich nicht auf eine einheitliche Frist einigen konnten, hat BVerwGE 102, 316 [320] eine Kostenerhebung bei Abschleppen am vierten Tag nach Ankündigung des Halteverbots für zulässig gehalten. Mit anderen Worten müssen drei volle Tage verstrichen sein. Dieser Leitlinie schließt sich vorliegend nun der VGH Mannheim an.

Prüfungsrelevanz:

Abschleppfälle gehören zu den ältesten und am häufigsten geprüften "Klassikern" in beiden Staatsexamen. Genaue Kenntnisse dieser Materie sind daher

wichtig. Zunächst gilt es den grundsätzlichen Unterschied zwischen rechtmäßigem Abschleppen und rechtmäßiger Kostenerhebung zu verstehen. Ersteres ist Voraussetzung für letzteres, genügt aber allein nicht, weil die Kostenpflicht des Adressaten und die hier problematische Verhältnismäßigkeit der Kostenerhebung hinzukommen müssen. Sodann sollte man sich merken, dass bei Abschleppen trotz zunächst legalem Parken mindestens drei volle Tage zwischen Ankündigung des Halteverbots und seinem Wirksamwerden liegen müssen. Dieser Zeitraum ist erforderlich, aber auch ausreichend für eine Kostenerhebung. Nachdem nun auch der VGH Mannheim auf die Linie des BVerwG eingeschwenkt ist, darf erwartet werden, dass sich dieser Zeitraum in der Rspr. insgesamt durchsetzt. Jedenfalls ist eine solche Falllösung sehr gut vertretbar (vgl. auch die Urteilsgründe zu den Verhältnismäßigkeitserwägungen).

Am Rande spricht der VGH auch die in der RA bereits ausführlich erörterte Frage an, ob der Parker vor dem Abschleppen noch telefonisch kontaktiert werden muss. Das BVerwG hatte dies aus generalpräventiven Erwägungen verneint (siehe Vertiefungshinweise).

Prozessual sei darauf hingewiesen, dass im vorliegenden Fall kein Kostenbescheid ergangen war, sodass der Kläger auch keine Anfechtungsklage gegen einen solchen erheben, sondern sich auf eine auf Rückzahlung der von ihm gezahlten Abschleppkosten beschränken konnte. Anspruchsgrundlage für dieses Begehren war (vom VGH unausgesprochen) - in Ermangelung einer speziellen Regelung im Landesrecht - der gewohnheitsrechtlich anerkannte öffentlich-rechtliche Erstattungsanspruch, der wie § 812 BGB, eine rechtsgrundlose Vermögensverschiebung voraussetzt.

Vertiefungshinweise:

Kostenerhebung für Abschleppen nach zunächst legalem Parken: *VGH Mannheim*, NJW 1991, 1698 [1699] (2 Tage zu kurz); *VBIBW* 2004, 29 (11 Tage genug); *OVG Münster*, NVwZ-RR 1996, 59 (2 Tage genug); *VGH Kassel*, NJW 1997, 1023 (3 Werktagen genug); *OVG Hamburg*, DÖV 1995, 783 [784] (3 Werktagen und ein Feiertag genug)

Abschleppen ohne telefonische Kontaktaufnahme: *BVerwG*, RA 2002, 689 = NJW 2002, 2122 gegen *OVG Hamburg*, RA 2005, 456 = NJW 2005, 2247; RA 2001, 691 = NJW 2001, 3647; vgl. auch *Schwabe*, NJW 2002, 652

Kursprogramm:

Examenskurs : "Das mobile Halteverbot"

Leitsätze:

Ein zunächst erlaubt abgestelltes Kraftfahrzeug kann ab dem vierten Tag nach dem Aufstellen eines

mobilen Halteverbotsschildes auf Kosten des Halters abgeschleppt werden. Wird die Änderung der Verkehrsführung mit einem geringeren zeitlichen Vorlauf angekündigt, ist eine Kostenbelastung nur gerechtfertigt, wenn die bevorstehende Änderung sich für den Verkehrsteilnehmer deutlich erkennbar als unmittelbar bevorstehend abzeichnet.

Sachverhalt:

Der Kläger ist Halter des auf ihn zugelassenen Kraftfahrzeugs Mini Cooper. Am Donnerstag, den 30.05.2002, parkte er sein Fahrzeug ordnungsgemäß auf der Straße "Webersteig" in K. Am Vormittag des folgenden Tages wurde dort wegen beabsichtigter Baumpflegearbeiten ein Halteverbotsschild (Zeichen 283 nach § 41 Abs. 2 Nr. 8 StVO) mit dem Zusatz "Montag ab 6:30 Uhr" aufgestellt. Am Dienstag, den 04.06.2002, ließ die Beklagte das Fahrzeug um 10:53 Uhr abschleppen, da es - wie insgesamt 20 Autos - der Durchführung der Arbeiten im Wege stand. Gegen Bezahlung der Abschleppkosten in Höhe von 145,46 EUR wurde dem Kläger das Fahrzeug am 06.06.2002 vom Abschleppunternehmen wieder ausgehändigt.

Nachdem sich der Kläger gegen die Kostenbelastung gewandt hatte, teilte die Beklagte mit Schreiben vom 23.07.2002 mit, dass die Abschleppkosten nicht rückerstattet werden könnten. Das Abschleppen sei recht- und verhältnismäßig gewesen, da die Baumpflegearbeiten eine geänderte Verkehrsführung dringend erforderlich gemacht hätten.

Das VG hat die auf Kostenerstattung gerichtete Klage abgewiesen. Die Berufung blieb ohne Erfolg.

Aus den Gründen:

Die zulässige Berufung ist nicht begründet. Das Verwaltungsgericht hat die Klage zu Recht abgewiesen. Dem Kläger steht der geltend gemachte Anspruch auf Erstattung der gezahlten Abschleppkosten nicht zu.

A. Öffentlich-rechtliche Vermögensverschiebung

Mit der Zahlung der Abschleppkosten an das Abschleppunternehmen hat der Kläger rechtlich eine Leistung an die Beklagte erbracht (vgl. zuletzt BGH, Urteil vom 26.01.2006 - I ZR 83/03 -, NVwZ 2006 964 [965]).

B. Ohne Rechtsgrund

Dies ist indes nicht ohne Rechtsgrund geschehen, denn der Kläger war gegenüber der Beklagten nach § 49 Abs. 1 PolG i.V.m. § 25 und § 31 Abs. 1, 2 und 4 LVwVG i.V.m. § 8 Abs. 1 Nr. 8 LVwVGKO (a.F.) zur Kostentragung verpflichtet.

I. Rechtmäßige Abschleppmaßnahme

1. Abschleppen als Ersatzvornahme

Zutreffend hat das Verwaltungsgericht im Anschluss

an die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts und des erkennenden Senats ausgeführt, dass es sich bei den entstandenen Abschleppkosten um Kosten der Ersatzvornahme handelt; hierauf nimmt der Senat Bezug (§ 130b Satz 2 VwGO).

2. *Rechtmäßigkeit (Verhältnismäßigkeit)*

Im Ergebnis zu Recht ist das Verwaltungsgericht auch davon ausgegangen, dass die Anordnung, das Fahrzeug des Klägers abschleppen zu lassen, nicht wegen eines Verstoßes gegen das Übermaßverbot rechtswidrig war.

Dabei kann dahinstehen, ob die Beklagte - wie das Verwaltungsgericht meint - auch unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit rechtlich nicht verpflichtet war, sich um eine Benachrichtigung der Fahrzeughalter zu bemühen, um ihnen Gelegenheit zur Entfernung der Fahrzeuge zu geben (vgl. hierzu zuletzt OVG Hamburg, Urteil vom 22.02.2005 - 3 Bf 25/02 -, NJW 2005, 2247 [2248 f.] m.w.N.; kritisch zur Rspr. Ostermeier, NJW 2006, 3173; siehe auch Rachor in: Lisken/Denninger [Hg.], Handbuch des Polizeirechts, 3. Aufl. 2001, Kap. F Rn. 228, 237). Denn die Beklagte hat solche Bemühungen auch beim Kläger entfaltet. Sie hat jedenfalls ihr Ermessen im Vergleich zu den übrigen betroffenen Fahrzeughaltern gleichmäßig ausgeübt und ist nicht zu Lasten des Klägers hiervon abgewichen. Zwar hat sich die Beklagte, wie sie im Berufungsverfahren klargestellt hat, nach der erfolgten Halterermittlung nicht kurzfristig mit dem Kläger in Verbindung gesetzt. Dies war jedoch dem Umstand geschuldet, dass der Kläger nicht an der üblicherweise zu erwartenden Stelle - nämlich in alphabetischer Reihenfolge unter seinem Namen - im Telefonbuch verzeichnet war. Die Kenntnis seines Berufs, die einen Anruf in seiner Kanzlei ermöglicht hätte, war, wie die Beklagte überzeugend dargelegt hat, von den mit der Angelegenheit befassten Sachbearbeitern nicht zu erwarten.

II. *Kostenpflicht des Adressaten*

Schließlich ist auch die Entscheidung der Beklagten, den Kläger als (Zustands-)Störer mit den Kosten der rechtmäßigen Ersatzvornahme zu belasten, von Rechts wegen nicht zu beanstanden.

III. *Erstattungsfähigkeit der Kosten*

Die Kostentragungspflicht erweist sich nicht als unverhältnismäßig.

1. *Grundsatz*

Die Entscheidung, ob ein Störer zum Ersatz der Kosten herangezogen wird, steht im pflichtgemäßen Ermessen der Behörde. Dem Zweck der Ermächtigung und dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entspricht es in der Regel, wenn die Behörde die ihr entstandenen Kosten erhebt, weil sie in erster Linie eine dem Störer

oder Pflichtigen obliegende Aufgabe wahrgenommen hat. Eine Abweichung von dieser Regel kommt nur in Betracht, wenn von einem Fahrzeug, das - wie hier - ohne Verstoß gegen straßen- und straßenverkehrsrechtliche Vorschriften zum Parken abgestellt worden ist, eine Störung ausgeht, die nicht vorhersehbar war oder nicht in die Risikosphäre des Halters oder Fahrers fällt (vgl. Urteil des Senats vom 17.09.1990 - 1 S 2805/89 -, NJW 1991, 1698). Auf diese Voraussetzungen kann sich der Kläger indessen nicht berufen.

2. *Insbesondere bei mobilen Halteverboten*

[...] Bei der hierfür maßgeblichen wertenden Betrachtungsweise ist einerseits zu beachten, dass nach der Straßenverkehrsordnung zwar das Dauerparken zulässig ist; andererseits darf der Verkehrsteilnehmer aber nicht darauf vertrauen, dass die Verkehrsverhältnisse unverändert bleiben.

a. *Stand der Rechtsprechung*

Welche Obliegenheiten des Verkehrsteilnehmers aus dieser Erkenntnis folgen und in welcher Weise er zur Vermeidung einer Kostenbelastung gehalten ist, sich über die aktuelle Verkehrssituation und deren durch meist mobile Verkehrszeichen angekündigte Veränderung zu vergewissern, ist in der Rechtsprechung des Senats bislang nicht abschließend geklärt. Der Senat hat entschieden, dass das Abschleppen am zweiten Tag nach Aufstellen des Verkehrszeichens eine verhältnismäßige Kostenpflicht nicht begründen kann (vgl. Urteil vom 17.09.1990 - 1 S 2805/89 -, NJW 1991, 1698 [1699]), während er die Kostentragung bei einer Vorlaufzeit von 11 Tagen nicht beanstandet hat (vgl. Beschluss vom 19.08.2003 - 1 S 2659/02 -, VBIBW 2004, 29). Die Rechtsprechung der anderen Obergerichtspräsidenten ist nicht einheitlich. Während einerseits eine Vorlaufzeit von lediglich 48 Stunden genügen soll (OVG NRW, Urteil vom 23.05.1995 - 5 A 2092/93 -, NVwZ-RR 1996, 59), werden andererseits mindestens 3 Werktagen (Hess. VGH, Urteil vom 20.08.1996 - 11 UE 284/96 -, NJW 1997, 1023) oder 3 Werktagen und zusätzlich ein Sonn- oder Feiertag verlangt (OVG Hamburg, Urteil vom 14.07.1994 - Bf VII 14/94 -, DÖV 1995, 783 [784]). In einem diesen Entscheidungen zeitlich nachfolgenden Urteil hat das Bundesverwaltungsgericht die Ansicht vertreten, dass die Kostenbelastung für ein Abschleppen am vierten Tag nach dem Aufstellen des Verbotsschildes nicht unverhältnismäßig ist (Urteil vom 11.12.1996 - 11 C 15/95 -, BVerwGE 102, 316 [320]). Der Senat schließt sich dieser Leitlinie an und versteht sie - nicht zuletzt im Interesse der Rechtsklarheit und der Rechtssicherheit - als allgemein zu beachtende Mindestvorlaufzeit (so auch BayVGH, Urteil vom 03.05.2001 - 24 B 00.242 -, juris). Ist sie - wie hier - eingehalten, so fällt das Abschleppen kostenmäßig auch bei fehlender Vorhersehbarkeit der Änderung der Verkehrsführung in

die Risikosphäre des Halters oder Fahrers. Wird die Änderung mit einem geringeren zeitlichen Vorlauf angekündigt, ist eine Kostenbelastung nur gerechtfertigt, wenn die bevorstehende Änderung sich für den Verkehrsteilnehmer deutlich erkennbar als unmittelbar bevorstehend abzeichnet; dies kann etwa bei einer heranrückenden „Wanderbaustelle“ oder bei Verkehrsbeschränkungen im Hinblick auf eine allgemein bekannte Veranstaltung angenommen werden.

b. Drei volle Tage zwischen Ankündigung und Wirksamkeit des Halteverbots erforderlich, aber auch ausreichend

Der mit dem geforderten Vorlauf gegebene (Mindest-)Zeitraum von drei vollen Tagen zwischen Ankündigung und Wirksamkeit des Halteverbots, mit dem die bei einer nach Stunden berechneten Frist erforderlichen aufwändigen Protokollierungspflichten vermieden werden, bringt die gegenläufigen Belange zu einem angemessenen Ausgleich. Ein hinreichend flexibler Einsatz der sächlichen und persönlichen Mittel der Beklagten bei der Bewältigung der im öffentlichen Interesse liegenden Arbeiten im öffentlichen Straßenraum ist damit in aller Regel gewährleistet. Wegen dieses überschaubaren Zeitraums wird auch ein Überwachungsaufwand seitens der Behörde vermieden, der bei längerfristigen Ankündigungen zur Kontrolle des Standorts der transportablen Verkehrszeichen erforderlich wäre. Im Interesse der Praktikabilität verbietet sich die vom Kläger verlangte Differenzierung nach einzelnen örtlichen Parkgewohnheiten; denn eine trennscharfe Abgrenzung der jeweiligen Bereiche wäre jedenfalls mit großen Unsicherheiten behaftet.

Auch eine unterschiedliche Behandlung von Werktagen einerseits, Sonn- und Feiertagen andererseits ist nicht geboten. Das Verkehrsverhalten der Verkehrsteilnehmer mag zwar unter der Woche und am Wochenende individuell je verschieden sein; ein verallgemeinerungsfähiges typisches Verkehrsverhalten am Wochenende, das im vorliegenden Zusammenhang zwingend zu berücksichtigen wäre, kann indessen nicht festgestellt werden. Entscheidend ist vielmehr darauf abzustellen, dass der Straßenverkehr auch an einem Sonntag und einem Feiertag nicht zum Erliegen kommt. Ebenso kann es Situationen, wie insbesondere Sonderveranstaltungen geben, die eine geänderte Verkehrsführung gerade am Feiertag erfordern (vgl. BayVGh, Urteil vom 03.05.2001 - 24 B 00.242 -, juris). Die Zeitspanne von insgesamt jeweils mehr als 3 Tagen, an denen der Halter bzw. Fahrer von der bevorstehenden Änderung der Verkehrsführung Kenntnis nehmen kann, wird auch dessen Belangen gerecht. Nicht zuletzt im wohlverstandenen Eigeninteresse kann nämlich vom Halter oder Fahrer als Verkehrsteilnehmer erwartet werden, dass er jedenfalls flüchtig bei seinem auf öffentlichem Grund abgestellten Fahrzeug nach dem Rechten sieht (vgl. Senatsbeschluss vom 19.08.2003 - 1 S 2659/02 -, VBIBW 2004, 29). Auch wenn ihm dies aus zwingenden persönlichen Gründen - auch durch die Einschaltung Dritter - nicht möglich ist, ändert dies an der verschuldensunabhängigen ordnungsrechtlichen Kostentragungspflicht - im Unterschied zur ordnungswidrigkeitenrechtlichen Bewertung (siehe hierzu OLG Köln, NZV 1993, 406 [407]) - nichts.

Standort: VwGO

Problem: Fehlen der Unterschrift bei Klageerhebung

OVG MÜNSTER, BESCHLUSS VOM 16.08.2007
18 E 787/07 (NVwZ 2008, 344)

Problemdarstellung:

Im vorliegenden Fall ging es um die Frage, ob eine ohne Unterschrift eingereichte Klage zulässig sein kann. Grundsätzlich ist dies zu verneinen, denn das Schriftformerfordernis des § 81 I 1 VwGO setzt eine eigenhändige Unterschrift des Klägers oder seines Prozessbevollmächtigten voraus. Allerdings lässt die Rspr. Ausnahmen zu, wenn sich aus den Gesamtumständen ohne weiteres - d.h. ohne die Notwendigkeit von Nachforschungen oder gar Beweiserhebungen - ergibt, dass Warn- und Beweisfunktion der Schriftform trotzdem erfüllt sind, d.h. die Klage wirklich von ihrem Absender stammt (Beweisfunktion) und sie auch in den Rechtsverkehr gebracht werden sollte (Warnfunktion). Das OVG Münster schließt sich dieser Auffassung an, wobei es betont, die Vorlage einer unterschriebenen Vollmacht sei ein gewichtiges Indiz für

das Vorliegen einer solchen Ausnahme.

Prüfungsrelevanz:

Sofern die Klage fristgebunden ist (z.B. § 74 I, II VwGO), muss das Problem in der Zulässigkeit unter "Frist" geprüft werden, denn nur eine formgerecht erhobene Klage wahrt die Frist. Anderenfalls ist in der Zulässigkeit ein eigener Prüfungspunkt "Form" zu eröffnen.

Dass bei einem Telefax keine Originalunterschrift übermittelt wird, ist übrigens unschädlich, weil §§ 173 VwGO i.V.m. 130 Nr. 6 ZPO diesen Kommunikationsweg ausdrücklich zulassen. Nur wenn - wie hier - auch dem Fax jegliche Unterschrift fehlt, stellt sich das hier erörterte Problem. Zum Parallellfall eines sog. "Computerfaxes" vgl. die Vertiefungshinweise.

Vertiefungshinweise:

☐ Klageerhebung ohne Unterschrift: *BVerwG*, NJW 2003, 1544; *BGH*, NJW 2005, 2086

Eingescannte Unterschrift bei Computerfax: *GS-OBG*, RA 2000, 607 = NJW 2000, 2340 auf *BGH*, RA 1999, 15 = NJW 1998, 3649

Zweifache Unterschrift in einem von zwei gleich gelagerten Verfahren: *OVG Hamburg*, NJW 2007, 3146

Kursprogramm:

Examenskurs : "Die Waffenbesitzkarte"

Leitsatz (der Redaktion):

Das Fehlen der Unterschrift auf der Klageschrift kann bei Vorliegen besonderer Umstände ausnahmsweise unschädlich sein, wenn sich aus anderen Anhaltspunkten eine der Unterschrift vergleichbare Gewähr für die Urheberschaft und den Willen ergibt, das Schreiben in den Rechtsverkehr zu bringen.

Sachverhalt:

Das VG hatte den Antrag der Kl. auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe unter Beiordnung von Rechtsanwältin I-Q abgelehnt, weil es wegen der Unzulässigkeit der Klage an hinreichenden Erfolgsaussichten der beabsichtigten Rechtsverfolgung fehle (§ 166 VwGO i.V. mit §§ 114 ff. ZPO). Es mangle an einer ordnungsgemäßen Klageerhebung, weil mit dem am 25.8.2006 per Fax übermittelten Schriftsatz dem Schriftformerfordernis des § 81 I 1 VwGO nicht Genüge getan werde. Die per Fax übermittelte Klageschrift trage keine Unterschrift. Aus ihr selbst und den beigefügten Anlagen könne nicht eindeutig auf die Urheberschaft der Kl. bzw. von deren Prozessbevollmächtigter geschlossen werden.

Die hiergegen eingelegte Beschwerde war begründet. Sie führte zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und zur Zurückverweisung des Rechtsstreits an das VG, weil die Kl. dies beantragt und jenes noch nicht in der Sache selbst entschieden hat.

Aus den Gründen:

A. Unterschrift grundsätzlich erforderlich

Voraussetzung für die Wirksamkeit der gem. § 81 I 1 VwGO schriftlich zu erhebenden Klage ist allerdings grundsätzlich die eigenhändige Unterschrift des Kl. oder seines Prozessbevollmächtigten unter der Klageschrift. Damit soll die verlässliche Zurechenbarkeit des Schriftsatzes sichergestellt werden. Es muss gewährleistet sein, dass nicht nur ein Entwurf, sondern eine gewollte Prozessklärung vorliegt, ferner dass die Erklärung von einer bestimmten Person herrührt und diese für den Inhalt die Verantwortung über-

nimmt. Deshalb erfordert die in § 81 VwGO vorgeschriebene Schriftlichkeit der Klageerhebung in der Regel, dass die Urkunde von dem Aussteller eigenhändig durch Namensunterschrift unterzeichnet werden muss.

B. Ausnahmen

Indessen kann das Fehlen einer Unterschrift bei Vorliegen besonderer Umstände ausnahmsweise unschädlich sein, wenn sich aus anderen Anhaltspunkten eine der Unterschrift vergleichbare Gewähr für die Urheberschaft und den Willen ergibt, das Schreiben in den Rechtsverkehr zu bringen. Entscheidend ist, ob sich dies aus dem bestimmenden Schriftsatz allein oder in Verbindung mit den ihn begleitenden Umständen hinreichend sicher ergibt, ohne dass darüber Beweis erhoben werden müsste. Aus Gründen der Rechtssicherheit kann dabei nur auf die dem Gericht bei Eingang des Schriftsatzes erkennbaren oder bis zum Ablauf der Frist - hier der Klagefrist - bekannt gewordenen Umstände abgestellt werden (vgl. zu allem BVerwG, Buchholz 310 § 81 VwGO Nr. 17).

C. Subsumtion

Derartige besondere Umstände liegen hier vor. Zwar mag dem VG darin zuzustimmen sein, dass die der Kanzlei der Prozessbevollmächtigten zugeordnete Absendenummer des Faxes, mit dem die Klageschrift an das VG gesandt worden ist, für sich genommen deren zweifelhafte Urheberschaft nicht zu beseitigen vermag. Insofern ist es auch bemerkenswert, dass die der Klageschrift beigefügten Anlagen ebenfalls keine Unterschrift der Prozessbevollmächtigten aufweisen. Vorliegend kommen jedoch Umstände hinzu, die eine der Unterschrift vergleichbare Gewähr dafür bieten, dass das Schriftstück von der Prozessbevollmächtigten mit deren Willen in den Verkehr gebracht worden ist. Zunächst einmal ist es bedeutsam, dass die Prozessbevollmächtigte ausweislich der mit der Klageschrift übersandten Anlagen die Kl. bereits im Verwaltungs- und Vorverfahren vertreten hatte. Davon ausgehend kommt der mit dem Fax übersandten, zur Klageerhebung legitimierenden Vollmacht der Kl. eine maßgeblich Bedeutung zu (vgl. hierzu: Kopp/Schenke, VwGO, 14. Aufl., § 81 Rdnr. 6).

Die Vollmacht ist erst nach Erlass des Widerspruchsbescheids vom 24.7.2006 unter dem 7.8.2006 ausgestellt worden und kann damit nur zur Klageerhebung bestimmt gewesen sein. Wird nun diese Vollmacht - wie hier - dem VG mit der Klageschrift und einem aktuellen Prozesskostenhilfefantrag (vom 7.8.2006) aus der Kanzlei der Prozessbevollmächtigten per Fax übersandt, so bleibt für Zweifel an der beabsichtigten Klageerhebung kein Raum. [...]

Standort: Prüfungsrecht**Problem: Verfahrensfehler in mündlicher Prüfung**

OVG MÜNSTER, URTEIL VOM 09.10.2007
14 A 2873/06 (NWVBl 2008, 112)

Problemdarstellung:

Der Kläger hatte im Rahmen der mündlichen Prüfung zum zweiten juristischen Staatsexamen einen Aktenvortrag zu halten und sodann ein mündliches Prüfungsgespräch zu absolvieren. Nach ordnungsgemäßem Aktenvortrag kam es während des folgenden Prüfungsgesprächs zu einem Verfahrensfehler (der Kläger wurde versehentlich in einem falschen Schwerpunktbereich geprüft), infolgedessen der Kläger einen Anspruch auf Wiederholung der mündlichen Prüfung hatte. Streitig war nun, ob nur das fehlerhafte Prüfungsgespräch oder auch der an sich fehlerfrei abgewickelte Aktenvortrag zu wiederholen waren. Theoretisch hätte sich auch eine dritte Variante, nämlich die Wiederholung nur der Schwerpunktbereichsprüfung denken lassen.

Welche dieser Varianten die richtige ist, hängt davon ab, ob man die genannten Prüfungsleistungen als einheitliches Ganzes begreift (dann sind alle zu wiederholen) oder als selbstständige Teile. Das OVG NRW entschied sich für das nordrhein-westfälische Prüfungsrecht dafür, dass zwar das Prüfungsgespräch ein einheitliches Ganzes, der Aktenvortrag aber ein selbstständiger Teil sei mit der Folge, dass bei einem Fehler in einem Teil des Prüfungsgesprächs das ganze Prüfungsgespräch, nicht aber der Aktenvortrag wiederholt werden muss bzw. darf.

Prüfungsrelevanz:

In allen Bundesländern gibt es im zweiten juristischen Staatsexamen einen mündlichen Prüfungsteil, wobei ein Vortrag als Bestandteil desselben allgemein üblich ist, ja - in verschiedener Form - von manchen Ländern mittlerweile auch im ersten juristischen Staatsexamen gefordert wird. Verfahrens-, Form- und Bewertungsfehler kommen im Prüfungsrecht nicht selten vor (vgl. Vertiefungshinweise). Es ist deshalb gut zu wissen, welche Ansprüche im Fall der Fälle bestehen. Festzuhalten ist: Es gibt in NRW also keinen neuen Aktenvortrag bei Fehlern im folgenden mündlichen Prüfungsgespräch, wenn es bei diesem - noch nicht rechtskräftigen - Urteil des OVG NRW bleibt.

Ob sich diese zum Landesrecht NRW ergangene Entscheidung auf das Prüfungsrecht anderer Länder übertragen lässt, hängt davon ab, ob es in dem jeweiligen Land landesrechtliche Besonderheiten gibt, die eine andere Beurteilung rechtfertigen könnten. Jedenfalls aus Bundesrecht ergibt sich - wie das OVG NRW feststellt - nichts Abweichendes, ebensowenig aus der Rspr. des BVerwG zu diesem Thema.

Vertiefungshinweise:

- Sonnenbrille tragender Prüfer: *VG Köln*, RA 2006, 655 = NWVBl 2006, 435
- Fehler im Sachverhalt einer Examensklausur: *Berl-VerfGH*, RA 2004, 765 = NVwZ 2004, 1351
- Täuschungsversuch in der Prüfung: *VG Mainz*, RA 2003, 288 = NJW 2003, 1545
- Klausurbewertung nach Mittelwert der beiden Prüfergutachten zulässig: *BVerwG*, NVwZ 2004, 1375
- Anspruch auf Wiederholung der Prüfung: *VGH Mannheim*, DÖV 1984, 814
- Berufsfreiheit im Prüfungsrecht: *BVerfGE* 52, 380 [388]; 79, 212 [218]; 84, 34 [45]
- Zur Rechtmäßigkeit von Referendarzeugnissen: *VGH Mannheim*, NVwZ-RR 2007, 393
- Zur Zulassung zur Ersten Juristischen Staatsprüfung: *OVG Hamburg*, NVwZ-RR 2007, 532

Kursprogramm:

- Assessorkurs* : "Das Prüfungsgespräch"

Leitsätze:

Ist bei einer zweiten juristischen Staatsprüfung das Prüfungsgespräch wegen eines Verfahrensfehlers zu wiederholen, besteht kein Anspruch auf Wiederholung auch des Aktenvortrags.

Sachverhalt:

Der Kläger wendet sich gegen das Ergebnis seiner zweiten juristischen Staatsprüfung. In der mündlichen Prüfung erzielte er für den Aktenvortrag die Note "mangelhaft" (2 Punkte) und für das Prüfungsgespräch "ausreichend" (6 Punkte). Der Prüfungsausschuss erklärte die Prüfung mit "ausreichend" (4,85 Punkte) für bestanden. Dies teilte der Beklagte dem Kläger durch Bescheid mit.

Dagegen erhob der Kläger Widerspruch, mit dem er die Durchführung seiner mündlichen Prüfung rügte, weil er im Prüfungsgespräch nicht in dem von ihm gewählten Schwerpunktgebiet geprüft worden war. Daraufhin hob der Beklagte die Prüfungsentscheidung auf und kündigte an, den Kläger erneut zu einem Prüfungsgespräch zu laden. Der Kläger hatte zunächst mit dem Ziel Klage erhoben, ihn auch den Aktenvortrag wiederholen zu lassen. Auf seinen gleichzeitig gestellten Antrag verpflichtete der erkennende Senat den Beklagten durch einstweilige Anordnung, den Kläger bei einer Wiederholung der mündlichen Prüfung auch einen Aktenvortrag halten zu lassen und über das Ergebnis der Prüfung vorläufig unter Berücksichtigung der Bewertung dieses Aktenvortrages zu entscheiden. Bei der Wiederholungsprüfung bewertete der Prüfungsausschuss den Aktenvortrag mit "ausrei-

chend" (6 Punkte) und das Prüfungsgespräch mit "befriedigend" (8 Punkte). Als Ergebnis seiner zweiten juristischen Staatsprüfung setzte der Prüfungsausschuss unter Berücksichtigung der für den Aktenvortrag und das Prüfungsgespräch erzielten Punktwerte die Note "ausreichend" (5,85 Punkte) und unter Anrechnung nur des Punktwertes für das Prüfungsgespräch die Note "ausreichend" (5,45 Punkte) fest. Mit Bescheiden vom gleichen Tage gab der Beklagte dem Kläger das Ergebnis seiner zweiten Staatsprüfung mit der Endnote "ausreichend" (5,45 Punkte) und unter dem Vorbehalt der rechtskräftigen Entscheidung des anhängigen Klageverfahrens mit der Endnote "ausreichend" (5,85 Punkte) bekannt.

Das VG wies die mit geändertem Klageziel fortgeführten, auf die Berücksichtigung auch des wiederholten Aktenvortrags gerichtete Klage ab. Die Berufung hatte keinen Erfolg.

Aus den Gründen:

Der Senat hält seine vorläufige Einschätzung von der prüfungsrechtlichen Einheit der mündlichen Prüfung in dem im Eilverfahren ergangenen Beschluss nicht aufrecht. Die einstweilige Anordnung war mit Rücksicht auf die seinerzeit von den Verfahrensbeteiligten erörterten Entscheidungen des BVerwG aus 1987 und 2001 (BVerwGE 78, 55 und BVerwG, NVwZ 2002, 1375) vorsorglich ergangen, um dem Kläger bei einem Ausgang des Klageverfahrens zu seinen Gunsten nicht eine nochmalige Wiederholung der gesamten mündlichen Prüfung aufzubürden.

A. Wiederholung der Prüfungsleistung als Fehlerfolge

Für den Fall, dass - wie hier - eine Prüfungsleistung verfahrensfehlerhaft erbracht wurde, ist eine Neubewertung nicht möglich. Sie ist deshalb zu wiederholen. Juristenausbildungsgesetz und -ordnung in der für die Prüfung des Klägers maßgeblichen Fassung enthalten dafür keine normativen Regelungen. Nach gefestigter prüfungsrechtlicher Rechtsprechung ist in einem solchen Fall das erneute Prüfungsverfahren aufgrund der sich aus Art. 3 Abs. 1 und Art. 12 Abs. 1 GG ergebenden verfassungsrechtlichen Gebote so zu gestalten, dass der Prüfling den geringstmöglichen Nachteil erleidet, aber auch Begünstigungen des Prüflings vermieden werden (vgl. Niehues, Prüfungsrecht, 4. Aufl. 2004, Rn. 413 und 508, und Brehm, Aktuelles zum juristischen Prüfungsrecht, NVwZ 2002, 1334, jeweils m.w.N.).

Diese Erwägungen liegen den genannten Entscheidungen des BVerwG zugrunde. Der Beklagte und das VG sind deshalb zu Recht davon ausgegangen, dass dem Gebot der Nachteilsvermeidung in der Regel dadurch Rechnung getragen wird, dass der Prüfling nur denjenigen selbstständigen Prüfungsteil wiederholt, dem der Mangel anhaftet. Eine Wiederholung auch anderer Prüfungsteile, ohne dass dafür ein zwingender Grund be-

steht, ist nicht zulässig; denn damit würde dem Prüfling unter Verstoß gegen das Gebot der Chancengleichheit eine zusätzliche Möglichkeit gewährt, für weitere Prüfungsleistungen eine Notenverbesserung zu erreichen.

B. Einheitlichkeit von mündlicher Prüfung und Aktenvortrag?

Entscheidungserheblich ist demnach allein, ob Aktenvortrag und Prüfungsgespräch aufgrund der für die Prüfung des Klägers maßgeblichen Regelungen in §§ 30, 31 JAG 1993 i.d.F. der Bekanntmachung vom 8.11.1993 (GV NRW S. 924), und §§ 37, 37a JAO 1993, i.d.F. der Bekanntmachung vom 8.11.1993 (GV NRW S. 932), selbstständige und unabhängig voneinander zu bewertende Prüfungsteile sind oder aber die mündliche Prüfung eine unteilbare Einheit darstellt. Das erkennende Gericht hat diese Frage bisher mit Ausnahme der vorläufigen Einschätzung in dem zwischen den Parteien ergangenen Beschluss im Eilverfahren nicht ausdrücklich entschieden.

I. Ansicht des BVerwG unklar

Auch die genannten Entscheidungen des BVerwG bieten keine sichere Grundlage für die eine oder die andere Auffassung. Zwar ist das BVerwG in beiden Entscheidungen davon ausgegangen, dass die mündliche Prüfung in der zweiten juristischen Staatsprüfung als eine Einheit konzipiert sei, die nicht zum Nachteil des Prüflings zerrissen werden darf, und die Bewertung sich grundsätzlich auf den durch die mündliche Prüfung als Ganzes vermittelten Gesamteindruck stützt. Der Senat kann den Entscheidungen dennoch insoweit keinen für die hier maßgebliche Rechtslage bedeuten den Rechtsgrundsatz entnehmen.

Im Urteil vom 17. 7.1987 hat das BVerwG seine Aussage ausdrücklich auf die seinerzeit maßgebliche nordrhein-westfälische Rechtslage beschränkt, nämlich auf § 31 JAG 1979, und daraus die Folge abgeleitet, dass bei einem prüfungsrechtlich fehlerhaften Prüfungsgespräch die Beschränkung der Wiederholung auf das Prüfungsgespräch den Prüfling benachteiligen würde. Im Urteil vom 19.12.2001 hat das BVerwG auf der Grundlage des niedersächsischen Landesrechts entschieden, dass trotz der grundsätzlichen Maßgeblichkeit des Gesamteindrucks aus der mündlichen Prüfung als Ganzes bei einem prüfungsrechtlich fehlerhaften Aktenvortrag die Erstreckung der Wiederholung auch auf die - nach niedersächsischem Recht vier - Prüfungsgespräche den Prüfling benachteiligen würde.

II. Bundesrechtliche Regelung fehlt

Eine bundesrechtliche Rechtsquelle für die Annahme, dass die mündliche Prüfung in der zweiten juristischen Staatsprüfung als Einheit konzipiert ist, lässt sich bei den Entscheidungen nicht entnehmen. Sie ist auch nicht ersichtlich. Das insoweit allein in Betracht zu

ziehende Deutsche Richtergesetz enthält keine spezifischen Regelungen über Form und Bewertung von mündlichen Prüfungen als Teil der juristischen Staatsprüfungen. Er setzte mündliche Prüfungen zunächst lediglich voraus, vgl. § 5d Abs. 2 DRiG i.d.F. des 2. Änderungsgesetzes vom 16.8.1980 (BGBl. I S. 1451). Erst seit Inkrafttreten von § 5d Abs. 1 DRiG i.d.F. des 3. Änderungsgesetzes vom 25. 7. 1984 (BGBl. I S. 995) - vgl. heute § 5 d Abs. 2 Satz 3 und Abs. 3 Satz 4 DRiG - sind sie als Bestandteil der staatlichen juristischen Prüfungen vorgeschrieben, allerdings nach wie vor ohne Form und Bewertung konkretisierende Regelungen.

III. Jedenfalls in NRW Trennung von Aktenvortrag und mündlicher Prüfung

Der Senat braucht auch nicht zu untersuchen, wie aus der früheren nordrhein-westfälischen oder der aktuellen niedersächsischen Rechtslage der Rechtsgrundsatz von der einheitlichen Konzeption der mündlichen Prüfung hergeleitet werden kann. Denn dem für die Prüfung des Klägers maßgeblichen Recht lässt sich entnehmen, dass es sich bei Aktenvortrag und Prüfungsgespräch um zwei getrennte Teile der mündlichen Prüfung handelt. Das ergibt sich aus folgenden Überlegungen:

1. "Gesamteindruck" als verknüpfendes Element?

Seit Inkrafttreten von § 5d Abs. 1 DRiG i.d.F. des 2. Änderungsgesetzes vom 16.8.1980, (BGBl. I S. 1451; heute § 5d Abs. 4 DRiG) und § 31 Abs. 4 JAG i.d.F. des 3. Änderungsgesetzes vom 13.7.1982 (GV NRW S. 346), und seither im Wesentlichen unverändert gilt die Abweichungsregelung, die den Prüfungsausschuss ermächtigt, nach seinem Ermessen und unter Beachtung weiterer Voraussetzungen von dem rechnerisch ermittelten Wert für die Gesamtnote um bis zu einem Punkt abzuweichen, wenn dies den Leistungsstand des Kandidaten besser kennzeichnet. Diese Regelung ist an die Stelle der vom BVerwG in seinem Urteil vom 17.7.1987 zu berücksichtigen gewesenen „Hebeentscheidung“ nach § 31 Abs. 4 JAG 1979 getreten. Sie vermittelt allerdings Aktenvortrag und Prüfungsgespräch keinen Zusammenhang, der bei einer Bewertung nicht aufgelöst werden dürfte. Der Prüfungsausschuss hat, wie in § 5d Abs. 1 Satz 1 DRiG ausdrücklich geregelt, auf Grund „des Gesamteindrucks“ zu entscheiden. Damit ist ausgeschlossen, dass die eröffnete Ermessensentscheidung auf punktuelle Wahrnehmungen oder auf Teileindrücke gestützt werden darf. Der zu berücksichtigende Gesamteindruck ist also nicht nur aus der mündlichen Prüfung zu gewinnen und hat im Übrigen nur den Leistungsstand des Prüflings mit den hierfür erheblichen Umständen in den Blick zu nehmen (vgl. BVerwG, Beschluss vom 4.8.1997 - 6 B 44.97 - m.w.N.). Der Prüfungsausschuss hat nach der gesetzlichen Konzeption Prüfungs-

ergebnisse zu berücksichtigen und bei der Abweichungsentscheidung zu würdigen, ohne einen eigenen Eindruck gewonnen zu haben oder die Prüfungsleistung gar selbst bewerten zu dürfen, vgl. §§ 11 Abs. 1 und 3, 28 JAG 1993 (vgl. BVerwG, NJW 2003, 1063, [in diesem Punkt wie das aufgehobene Urteil des Senats vom 27.8.2001 - 14 A 4813/96 - NVwZ-RR 2002, 193 L). Einen Normgehalt des Inhalts, dass abweichend von dieser Konzeption jedenfalls in Bezug auf die beiden Bestandteile der mündlichen Prüfung der unmittelbare persönliche Eindruck für eine Abweichungsentscheidung unerlässlich ist, kann der Senat deshalb nicht erkennen.

2. Unterteilung in nur zwei Prüfungsteile?

Auch eine anderweitige normative Anordnung eines nicht auflösbaren Zusammenhangs zwischen Aktenvortrag und Prüfungsgespräch ist Juristenausbildungsgesetz und -ordnung 1993 nicht zu entnehmen. Zwar benennt das Juristenausbildungsgesetz (vgl. §§ 10 Abs. 1, 28) zwei Prüfungsteile, nämlich den schriftlichen und den mündlichen Teil, und regelt deren Anteile an der rechnerisch zu ermittelnden Gesamtnote in § 31 Abs. 4 JAG 1993. Die einzelnen Bestandteile der beiden Prüfungsteile gemäß §§ 29, 30 Abs. 1 JAG 1993 sind jedoch jeweils getrennt voneinander und selbstständig zu bewerten. Das folgt in Bezug auf den schriftlichen Prüfungsteil aus dem Verfahren für die Bewertung der Aufsichtsarbeiten. Diese sind nämlich durch je zwei Prüfer - für den Prüfungsausschuss grundsätzlich verbindlich - zu bewerten, §§ 11, 28 JAG 1993. Das Ergebnis der einzelnen Aufsichtsarbeit fließt mit 7,5 % in die Gesamtnote ein. Trotz fehlender Differenzierung nach einzelnen Prüfungsbestandteilen in §§ 10 Abs. 1 und 31 Abs. 4 Satz 2 Nr. 1 JAG 1993 ist von einem Prüfling nicht die Wiederholung aller Aufsichtsarbeiten zu verlangen, wenn eine einzelne Aufsichtsarbeit irreparable prüfungsrechtliche Mängel aufweist. Desgleichen kann aus der Zusammenfassung zweier Bestandteile im Prüfungsteil „mündliche Prüfung“ nicht der Schluss gezogen werden, dass sie untrennbar konzipiert ist. Der Gesetzgeber hat in § 31 Abs. 4 Satz 2 Nr. 2 JAG 1993 die prozentualen Anteile der beiden Bestandteile der mündlichen Prüfung an der Gesamtnote selbst festgelegt und damit deren Gewichtung für den Prüfungsausschuss verbindlich vorgegeben.

3. Gesamtbetrachtung am Ende der mündlichen Prüfung?

Soweit § 37a Abs. 1 Satz 1 JAO 1993 anordnet, dass der Prüfungsausschuss Vortrag und Prüfungsgespräch nach Beendigung der mündlichen Prüfung bewertet, ist damit keine Rechtsgrundlage für eine Gesamtbetrachtung geschaffen, mit der die Prozentanteile der beiden Prüfungsteile und damit deren gesetzlich vorgegebene Gewichtung relativiert werden dürfte.

4. Faktische Verknüpfung?

Allerdings verkennt der Senat nicht die Prüfungswirklichkeit. Diese ist dadurch geprägt, dass bei normalem Prüfungsverlauf Aktenvortrag und Prüfungsgespräch an einem Tag stattfinden. Es ist nicht von der Hand zu weisen, dass der im einen Teil gewonnene persönliche Eindruck - unabhängig von seinem Inhalt - auch auf den anderen Teil ausstrahlen kann. Zwar enthalten Juristenausbildungsgesetz und -ordnung 1993 keine Verfahrensregelungen zur vorbeugenden Abwehr einer daraus sich ergebenden denkbaren Gefahr. Das rechtfertigt jedoch nicht die Schlussfolgerung, dass eine solche denkbare Gefahr wie ein Band für die beiden Bestandteile der mündlichen Prüfung wirkt. Denn nicht jede Möglichkeit eines Einflusses auf die Entscheidung des Prüfers stellt eine Gefahr für die ordnungsgemäße Erfüllung der Prüferpflichten dar. Der Gesetzgeber darf grundsätzlich von dem Bild des Prüfers ausgehen, der zu einer selbstständigen, eigenverantwortlichen und normgerechten Bewertung fähig und bereit ist (vgl. BVerwG, NVwZ 2002, 1375).

Anhaltspunkte dafür, dass Prüfern eine gesonderte und voneinander unabhängige Bewertung zweier von einem Prüfling an einem Tag erbrachter Prüfungsleistungen grundsätzlich nicht möglich wäre, hat der Senat nicht. Dann aber hat der Kläger einen Anspruch auf Wiederholung des Aktenvortrags nur, wenn bei objektiver Betrachtungsweise bei Durchführung oder Bewertung des am 24.2.2005 gehaltenen Aktenvortrags gegen diese Prüferpflichten verstoßen wurde. Dazu hat der Kläger nichts geltend gemacht. Durch den erst im Prüfungsgespräch vorgefallenen und zu korrigieren gewesenen Verfahrensfehler wurde der Vortrag nicht berührt. Die Frage, ob nur der fehlerbehaftete oder auch der prüfungsrechtlich nicht zu beanstandende weitere Prüfungsbestandteil einer mündlichen Prüfung zu wiederholen ist, ist nicht subjektiv zu entscheiden, etwa danach, ob der Prüfling mit der in dem weiteren Prüfungsbestandteil erzielten Note zufrieden ist oder nicht und deshalb eine Chance zur Verbesserung sieht und wahrnehmen will.

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: | Rechtsanwältin Kathrin Lühl (<i>Zivilrecht</i>); Rechtsanwalt Uwe Schumacher (<i>Strafrecht</i>) Die Redakteure sind postalisch erreichbar unter der Adresse der Herausgeberin. |
| ABONNEMENT: | Abonnement-Vertrag befindet sich im Heft und/oder wird auf Wunsch zugeschickt. Einmalige Anforderung eines Probeheftes jederzeit formlos und ohne weitere Verpflichtung möglich. Bestellungen bitte an die o.g. Anschrift der Herausgeberin oder via Internet unter der o.g. Adresse. |
| BEZUGSPREISE: | Jahresabonnement (12 Hefte) zum Vorzugspreis von 65 Euro (Einzelpreis: 6 Euro/Heft) inkl. USt. und Versandkosten. Jahresregister gratis enthalten. Lieferung nur gegen Einzugsermächtigung. Der Lieferbeginn erfolgt zum nächstmöglichen Termin nach Gutschrift der Lastschrift. |
| VERSAND: | Ohne Zusicherung eines festen Veröffentlichungstermins monatlich per Post. |
| NACHBESTELLUNG: | Einzelne Hefte <i>früherer</i> Jahrgänge können zum Preis von 6 Euro/Heft nachbestellt werden, solange Vorrat reicht. Jahrgangsregister ab 1999: 5 Euro/Jahrgang. Einbanddecken (dunkelblau, jahresneutral): 9 Euro/Stück. Nachbestellung von Sonderbeilagen auf Anfrage. Alle Preise zzgl. 3,50 Euro Versandkosten. Bitte Verrechnungsscheck oder Einzugsermächtigung beifügen. Der Bezug von Einzelheften des <i>laufenden</i> Jahrgangs ist nur i. V. m. einem Abonnement möglich. |

*Zivilrecht***Standort: BGB AT / Werkvertrag****Problem: Dissens**

KG, URTEIL VOM 14.09.2007
21 U 242/04 (NJW-RR 2008, 300)

Problemdarstellung:

Die Parteien streiten über die Verpflichtung zur Entrichtung von Werklohn.

Es wurde zwischen den Parteien vereinbart, dass bei dem Bauvorhaben X. Naturstein verlegt werden sollte. Beide haben jedoch dem Begriff Naturstein eine andere Bedeutung beigemessen. Die Bekl. ist davon ausgegangen, dass sie mit der Bestellung von Naturstein ausschließlich natürlich gewachsenes Material erhält und kein künstliches Material, wohingegen die Kl. unter dem Begriff Naturstein auch so genannte Natursteinagglomerate fasste, bei denen die Marmorbruchstücke mittels eines Kunstharzes miteinander verbunden werden.

Prüfungsrelevanz:

In der vorliegenden Entscheidung befasste sich das KG mit einem klassischen Problem aus dem BGB AT - Bereich, dem Dissens. Die Parteien stritten über den Anspruch der Kl. auf Werklohn gem. § 631 I BGB. Dazu wäre zwischen ihnen der Abschluss eines Werkvertrages gem. § 631 I BGB erforderlich gewesen. Hier war zu überprüfen, ob sich die Willenserklärungen der Parteien auch inhaltlich deckten. In Betracht kommt hier das Scheitern des Vertrages im Hinblick auf das Vorliegen eines Dissenses gem. §§ 154, 155 BGB. Voraussetzung für einen Dissens ist, dass der Inhalt der Erklärungen nicht übereinstimmt. Dazu sind die Erklärungen der Parteien auszulegen. Gem. §§ 133, 157 BGB ist grundsätzlich der objektive Empfängerhorizont für die Auslegung maßgeblich. Stimmt jedoch der innere Wille der Parteien überein, dann kann ein Dissens allerdings nicht angenommen werden. In diesen Fällen ist ausnahmsweise nicht auf den objektiven Erklärungswert abzustellen, sondern auf den inneren Willen der Parteien gem. § 133 BGB (Fallgruppe der *falsa demonstratio non nocet*).

Im vorliegenden Fall war der innere Wille der Parteien nicht übereinstimmend festzustellen. Vielmehr ging die Bekl. davon aus, dass sie mit der Bestellung von Naturstein ausschließlich natürlich gewachsenes Material erhält und kein künstliches Material, wohingegen die Kl. unter dem Begriff Naturstein auch so genannte Natursteinagglomerate fasste. Mithin lag die Annahme eines Dissenses nahe.

Im Hinblick auf das Vorliegen eines Dissenses ist zu unterscheiden zwischen dem sog. offenen Dissens gem. § 154 BGB und dem sog. versteckten Dissens gem. § 155 BGB.

Ein offener Dissens ist dann gegeben, wenn die Parteien sich über den Inhalt des Vertrages noch nicht geeinigt haben und sich dieses Einigungsmangels auch bewußt sind (Palandt-Heinrichs, § 154 Rn 1). Das Vorliegen eines offenen Einigungsmangels gem. § 154 I BGB kam vorliegend jedoch nicht in Frage. Hier gingen die Parteien beide vom erfolgten Vertragsschluss aus, was nicht zuletzt dadurch deutlich wird, dass die Kl. die Platten auch verlegte und die Bekl. sie gewährleisten ließ.

Mithin war das Vorliegen eines verdeckten Dissenses gem. § 155 BGB zu überprüfen. § 155 BGB regelt den Fall, dass die Parteien glauben, sich vollständig einig zu sein, während das in Wahrheit nicht zutrifft (Palandt-Heinrichs, § 155 Rn 1). Bei Würdigung des Sachverhalts aus der Sicht eines objektiven Empfängers gem. §§ 133, 157 BGB ist festzuhalten, dass der Begriff Naturstein mehrdeutig ist. Dies folgt daraus, dass eine objektive Bedeutung des Begriffs Naturstein nicht existiert. Weder ist die Bezeichnung rechtlich geschützt (z.B. als Marke oder als Gebrauchsmuster), noch folgt aus der gewählten Bezeichnung des Materials "Verde Tinos Marmor" eine einheitliche Besetzung des Begriffs; es handelt sich insoweit nur um den Namen, unter dem das Produkt vertrieben wird. Also war keine Einigkeit über dasjenige Produkt erzielt worden, welches auf der Baustelle X verlegt werden sollte. Damit war eine *essentialia negotii* des Vertrages, der Gegenstand des Werkvertrages selbst betroffen. Folge dessen ist, dass ein Vertrag zwischen den Parteien insoweit nicht zustande gekommen ist und damit auch eine Verpflichtung zur Entrichtung des Werklohnes aus § 631 BGB nicht besteht. Soweit vom versteckten Dissens wesentliche Vertragspunkte betroffen sind, dann ist der Vertrag nichtig (MünchKomm-Kramer, BGB, § 155 Rn 17; Palandt-Heinrichs, § 155 Rn 5). Im Ergebnis verblieb der Kl. lediglich eine Teilwerklohnforderung aufgrund weiterer Tätigkeiten, die durch den Dissens nicht berührt wurden.

Vertiefungshinweise:

Zur Haftung aus culpa in contrahendo bei Dissens: *OLG Jena, NZBau 2004, 438.*

Zur fehlerhaften Annahme eines Dissenses bei der

Auslegung eines Bauvertrags: *BGH*, NJW 2003, 743 = NZBau 2003, 149.

Zum Dissens: *Leenen*, AcP 188, 381; *Raiser*, AcP 127, 1

Kursprogramm:

Examenskurs: "Das Versehen"

Examenskurs: "Pizzakauf"

Leitsatz (der Redaktion):

Vereinbaren die Werkvertragsparteien die Verlegung von Naturstein, wobei sich der Besteller natürlich gewachsenes Material vorstellt und der Auftragnehmer ein aus Marmorbruchstücken mit Hilfe von Kunstharz hergestelltes Agglomerat, liegt ein versteckter Dissens vor, so dass der Werkvertrag in dieser Position nichtig ist.

Sachverhalt:

Die Kl. hat die Bekl. auf Werklohn für Naturstein- und Fliesenlegerarbeiten an einem Bauvorhaben in Anspruch genommen.

Das LG hat der Klage teilweise stattgegeben. Die Parteien streiten unter anderem über die Lieferung und Verarbeitung eines Materials mit der Bezeichnung „Verde Tinos Marmor.“ Das LG hat die Verarbeitung dieses Materials als vertragsgemäß angesehen. Die Bekl. wandte sich neben anderen Positionen auch gegen diesen Teil der Entscheidung des LG und hatte insoweit mit der Berufung Erfolg.

Aus den Gründen:

Dem Kl. steht gegen die Bekl. aus § 631 I BGB, § 8 Nr. 1 VOB/B in Verbindung mit dem Vertrag vom 11.09./17.09.2001 ein Anspruch auf Zahlung restlicher 1443,81 Euro zu.

1. Vertragsinhalt war die Verlegung von Naturstein

Die Parteien haben einen Vertrag über die Verwendung von Naturstein bei dem Bauvorhaben X ... geschlossen. Das Angebot des Kl. vom 11.09.2001 und der Auftrag der Bekl. vom 17.09. 2001 decken sich in der Bezeichnung des zu verlegenden Materials als Naturstein. Die spätere Bemusterung des Steins und die Auswahl des Materials mit dem Handelsnamen „Verde Tinos Marmor“ hat nicht zu einer Änderung der Vertragsgrundlagen geführt, sondern nur zu einer Konkretisierung der Gattungsschuld „Naturstein“. Dass die Parteien bei der Bemusterung von ihrer ursprünglichen Vertragsgrundlage, bei dem Bauvorhaben Naturstein zu verbauen, Abstand genommen hätten, ist von keiner Partei geltend gemacht worden und auch sonst nicht ersichtlich. Daher ist die Auffassung des Kl., es sei nur ein Vertrag über das vorgelegte Muster zu Stande gekommen, nicht zutreffend. Auch nach der Bemusterung gingen beide Parteien weiter davon aus, dass es

sich bei dem ausgewählten Material um Naturstein handelte.

2. Werkvertragliches Gewährleistungsrecht scheidet vorliegend aus

Minderungsansprüche nach §§ 633, 634 BGB a.F. (§§ 634 Nr. 1, 635 I BGB n.F.) scheiden im Hinblick auf die gerügte Materialeigenschaft aus, denn ein Mangel des eingebauten Materials in Bezug auf seine Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder dem nach dem Vertrag vorausgesetzten Gebrauch liegt nicht vor, und eine Beschaffenheitsvereinbarung darüber, dass das einzubauende Material nur aus natürlich gewachsenem Naturstein bestehen dürfe, gab es nicht. Die Bekl. hat dies entgegen im Schriftsatz vom 09.05.2005 anders lautender Behauptung auch nicht bei Auftragsvergabe klargestellt. In ihrem Schreiben vom 17.09.2001 wird nicht erwähnt, dass man von einer Lieferung natürlich gewachsenen Materials ausgehe. Die in dem Schreiben geäußerte Forderung, das Material wegen unterschiedlicher Farben und Strukturen vor dem Einbau noch einer Musterung zu unterziehen, bezieht sich nach ihrem objektiven Erklärungsgehalt eindeutig auf die optischen Anforderungen, die die Bekl. an das Material stellte. Dass die Bekl. mit dieser Erklärung zum Ausdruck bringen wollte, dass sie unter Naturstein ausschließlich natürlich gewachsenes Material versteht, nicht aber von Menschenhand zusammengesetztes, auch wenn es überwiegend aus natürlich gewachsenem Material besteht, geht aus dem Schreiben nicht hervor.

3. Inhalt des Vertrages

Allerdings haben die Parteien der Bezeichnung Naturstein unterschiedliche Bedeutungen beigegeben, weshalb hier von einem versteckten Dissens (§ 155 BGB) auszugehen ist. Die Erklärungen der Parteien über die Art des Materials stimmen äußerlich überein. Die Auslegung der Willenserklärungen der Parteien (§§ 133, 157 BGB) ergibt jedoch, dass der Begriff objektiv mehrdeutig ist und von den Parteien unterschiedlich verstanden worden ist. Ein geschütztes Vertrauen, dass der Begriff nach dem objektiven Empfängerhorizont nur in einem einzigen, von den Parteien unterschiedlich verstandenen Sinn aufgefasst werden konnte, kann nicht festgestellt werden. Damit liegt ein Fall des versteckten Dissenses in Form des Scheinkonsenses vor (Palandt/Heinrichs, BGB, 66. Aufl. [2007], § 155 Rdnr. 4; Kramer, in: MünchKomm, 5. Aufl. [2006], § 155 Rdnr. 10).

a. Objektiver Empfängerhorizont gem. §§ 133, 157 BGB

Eine objektive Bedeutung des Begriffs Naturstein gibt es nicht.

Die Bezeichnung ist weder rechtlich geschützt, etwa in Form einer Marke oder eines Geschmacksmusters, noch folgt aus der Bezeichnung des bei der Bemusterung

ausgewählten Materials „Verde Tinos Marmor“, dass der Begriff Naturstein ausschließlich in dem Sinne eines natürlich gewachsenen Materials zu verstehen ist, denn die Bezeichnung „Verde Tinos Marmor“ ist lediglich der Name, unter dem das Produkt im Fachhandel erhältlich ist.

Auch haben die Parteien durch die Verwendung des Materials „Verde Tinos Marmor“ keine Eingrenzung der Bedeutung des Begriffs Naturstein dahingehend vorgenommen, dass damit nur der von der griechischen Insel Tinos stammende grüne Marmor gemeint wäre, wie das von der Bekl. eingereichte Privatgutachten der Bundesanstalt für Materialforschung vom 10.01.2007 suggerieren könnte, denn eine Einigung über die geographische Herkunft des Materials haben die Parteien unstreitig nicht getroffen.

Eine einheitliche Verkehrsauffassung über die Bedeutung des Begriffs Naturstein lag zumindest zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht vor. Zwar geben die DIN-Normen - hier die DIN 12670 (2001) Nr. 2.1272 - Aufschluss darüber, was unter dem Begriff Naturstein in geologischer und petrologischer Hinsicht zu verstehen ist. Die Verkehrsauffassung kann den Begriff Naturstein jedoch auch weiter fassen, als die engere naturwissenschaftliche Definition, indem sie neben dem ausschließlich natürlich vorkommenden (gewachsenen) Stein auch aus überwiegend natürlich vorkommendem Stein hergestellte Materialien erfasst und die Bezeichnung „Naturstein“ als Oberbegriff verwendet. Hierauf deuten die unterschiedlichen Ergebnisse der Gutachten des gerichtlichen Sachverständigen S und der Bundesanstalt für Materialforschung hin. Auch die Europäische Norm EN 12670:2001, die im Auszug von der Bekl. mit Schriftsatz vom 27. 2. 2006 vorgelegt worden ist, subsumiert Agglomerate unter die Terminologie von Natursteinen. Der Kl. hat stets eingeräumt, dass es sich bei dem von ihm eingebauten Material um ein Natursteinagglomerat handelt, das sich zu 90% aus natürlichen Marmorbruchstücken zusammensetzt (Schriftsatz v. 21.02.2005). Streitig geblieben ist zwischen den Parteien lediglich, ob auch ein Natursteinagglomerat als Naturstein bezeichnet werden kann. Bereits nach der Einleitung der EN 12670:2001 enthält die Norm lediglich die terminologischen Grundlagen für geologische und petrologische Definitionen von Naturstein und dessen Klassifikation für wissenschaftliche und technische Prüfverfahren (vgl. Anwendungsbereich) und weist darauf hin, dass daneben im Bereich der Bearbeitung und des Handels von und mit Naturstein ein spezifisches Vokabular existiert und viele der Bezeichnungen der Populärsprache oder dem Sprachgebrauch der Steinbrucharbeiter entlehnt sind, die in einigen Fällen von den wissenschaftlichen Begriffen stark abweichen. Eine einheitliche Verkehrsauffassung dahin gehend, dass unter dem Begriff Naturstein ausschließlich natürlich gewachsenes Material zu verstehen ist, kann daher nicht fest-

gestellt werden.

b. Vorliegen des versteckten Dissenses gem. § 155 BGB

Die Parteien haben bei Abschluss des Vertrags unterschiedliche Auffassungen von der Bedeutung des Begriffs Naturstein gehabt und damit jeweils einen unterschiedlichen Vertragsinhalt gewollt. Unstreitig ist die Bekl. davon ausgegangen, dass sie mit der Bestellung von Naturstein ausschließlich natürlich gewachsenes Material erhält und kein künstlich hergestelltes Material, auch wenn dieses zu 90% aus Marmorbruchstücken bestand, wohingegen der Kl. unter Naturstein auch so genannte Natursteinagglomerate fasste, bei denen die Marmorbruchstücke mittels eines Kunstharzes miteinander verbunden werden.

Ein Dissens nach § 155 BGB scheidet auch nicht deshalb aus, weil etwa der Kl. von der abweichenden Vorstellung der Bekl. bezüglich des Materials Kenntnis hatte und den wirklichen Willen der Bekl. kannte (vgl. Palandt/Heinrichs, § 155 Rdnr. 3). Für eine solche Kenntnis besteht kein Anhaltspunkt. Vielmehr ist über den näheren Hintergrund der Bezeichnung des Materials als Naturstein nicht gesprochen worden. Hierauf weist auch die Aussage des Zeugen K vor dem LG hin, der bekundet hat, dass er und der Kl. möglicherweise aneinander vorbeigeredet hätten. Dass der Zeuge über seine Vorstellung von Naturstein als natürlich gewachsenem Material mit dem Kl. gesprochen hätte, hat er nicht bekundet. Dies wird auch von der Bekl. nicht geltend gemacht.

Auch im Zeitpunkt der Verhandlung vor dem Senat gehen die Auffassungen der Parteien darüber auseinander, welche Bedeutung die vertragliche Verpflichtung, auf der Baustelle Naturstein zu verbauen, gehabt hat.

Zwar hat der Zeuge ... bei seiner Vernehmung durch das LG am 04.11.2004 ausgesagt, dass es sich bei einem Naturstein um einen natürlich gewachsenen Stein handelt. Es kommt jedoch nicht darauf an, ob er mit der Bekl. bzw. dem Zeugen ... die Natursteineigenschaft des gelieferten Materials erörtert und Fragen danach, ob Verde Tinos ein Naturstein ist, bejaht hat, denn sowohl der Zeuge als auch der Kl. gingen davon aus, dass das gelieferte Material ein Naturstein ist. Für eine positive Kenntnis des Kl. oder eine positive Kenntnis des Zeugen ..., welche dem Kl. nach § 166 I BGB zuzurechnen wäre, dass Verde Tinos kein Naturstein ist, trägt der Bekl. die Darlegungs- und Beweislast.

c. Folge des versteckten Dissenses

Ein unter einem versteckten Dissens über wesentliche Vertragspunkte leidender Vertrag ist nichtig (Kramer, in: MünchKomm, § 155 Rdnr. 14). Die Bekl. hat dargelegt, dass die Natursteineigenschaft des Materials im Sinne eines natürlich gewachsenen Gesteins für sie

maßgeblich war bei der Beauftragung des Kl. Dass der Vertrag auch ohne eine Einigung über diesen Punkt geschlossen worden wäre, ist daher nicht anzunehmen. Soweit der Kl. gleichwohl vom Zustandekommen des Vertrags ausgeht, ist er für Umstände darlegungs- und beweispflichtig, aus denen sich ein entsprechender Parteiwille ergibt (Kramer, in: MünchKomm, § 155 Rdnr. 17; Palandt/Heinrichs, § 155 Rdnr. 5). Allerdings betrifft die Nichtigkeit nur den Vertrag, soweit das Material Tinos Verde ausgesucht wurde. Dafür, dass sich die Bekl. für sämtliche Arbeiten, also

auch die Fliesenlegearbeiten, einen anderen Vertragspartner ausgesucht hätte, wenn ihr die fehlende Einigung über die Natursteinverwendung für die Treppen bewusst gewesen wäre, ist nichts ersichtlich und von der Bekl. auch nichts vorgebracht worden.

4. Rechtsfolge

Die Bekl. schuldet daher keine Vergütung für die auf die Arbeiten an den Treppen entfallenden Positionen 1024001244 und 1024001245 aus der Schlussrechnung vom ... 2001. [Wird ausgeführt.]

Standort: Immobiliarsachenrecht

Problem: Grundbuchberichtigungsanspruch

BGH, URTEIL VOM 25.01.2008
V ZR 93/07 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Der Widerkläger begehrt im Wege der Grundbuchberichtigung die Löschung der in Abteilung II eingetragenen Dienstbarkeit in Form eines Wegerechts. Dies deshalb, weil es zu einer Teilung des herrschenden Grundstücks gekommen ist und der Widerkläger der Auffassung ist, dass dadurch auch das zu Lasten seines Grundstückes bestehende Wegerecht erloschen ist.

Prüfungsrelevanz:

Der erkennende Senat befasst sich mit einem klassischen Problem aus dem Immobiliarsachenrecht, dem Grundbuchberichtigungsanspruch gem. § 894 BGB. Ein Grundbuchberichtigungsanspruch besteht dann, wenn das Grundbuch unrichtig ist. Dies ist dann der Fall, wenn die formelle Grundbuchlage mit der materiellen Rechtslage nicht übereinstimmt (Palandt-Bassenge, § 894 Rn 2).

In Streit steht hier die Löschung einer Dienstbarkeit in Form eines rechtsgeschäftlich eingeräumten Wegerechts. Es war zu beurteilen, wie sich die Teilung eines Grundstücks auf den Bestand der Dienstbarkeit auswirkt. Dienstbarkeiten sind dingliche Nutzungsrechte. Man unterscheidet nach der Person des Berechtigten die Grunddienstbarkeiten einerseits und die persönlichen Dienstbarkeiten andererseits. Erstere stehen dem jeweiligen Eigentümer eines anderen Grundstücks zu und sind daher mit dem herrschenden Grundstück fest verbunden. Bei der zweiten Art ist der Berechtigte eine individuell bestimmte Person.

Bei Grunddienstbarkeiten stehen sich zwei Grundstücke gegenüber, ein belastetes, das sog. "dienende", und das, zu dessen Gunsten die Belastung besteht, das sog. "herrschende" (vgl. § 1018 BGB). Benachbart brauchen sie nicht zu sein, doch liegt es in der Natur dieser Rechte, dass eine gewisse Nähe in der Regel erforderlich ist, weil sich sonst kein Nutzen für das herrschende Grundstück ergeben kann (Schwab/Prüt-

ting, § 77 Rn 883). Grunddienstbarkeiten werden gem. § 873 I BGB durch Einigung und Eintragung bestellt. Gem. § 1025 S. 1 BGB besteht die Grunddienstbarkeit in dem Moment, in dem das herrschende Grundstück geteilt wird, für die einzelnen Teile fort. Eingeschränkt wird der Grundsatz dadurch, dass die Ausübung nur in der Weise zulässig ist, als dass sie für den Eigentümer nicht beschwerlicher wird. Von letzterem war hier nicht auszugehen. Allerdings stellte sich die Frage, ob ein Ausschluss gem. § 1025 S. 2 BGB in Frage kam. Demnach erlischt die Dienstbarkeit für diejenigen Teile, für die sie nicht zum Vorteil gereicht. Hier war zu berücksichtigen, dass das Grundstück auch über die Ostseite noch erreichbar war. Dies steht jedoch der Annahme eines Vorteils nicht entgegen. Eine Beschränkung auf die alleinige Zutrittsmöglichkeit, wie sie Wesensinhalt des Notwegerechts gem. § 917 BGB ist, hätte anderenfalls zum Inhalt der Dienstbarkeit gemacht werden müssen, was vorliegend nicht geschehen war.

Daher war zu überlegen, ob ein gutgläubiger lastenfreier Erwerb gem. § 892 I BGB in Betracht kommt.

Ein Anspruch kam mangels des Rechtsscheinstatbestands bereits nicht in Betracht. Einziger Träger des Rechtsscheins ist das Grundbuch gem. § 891 BGB. Dieses müsste in Ansehung der Dienstbarkeit unrichtig sein. Dazu dürfte die Dienstbarkeit nicht im Grundbuch eingetragen sein. Hier wirkte die Eintragung der Dienstbarkeit auf dem Grundbuchblatt des dienenden Grundstücks auch dann zugunsten der Eigentümer der getrennten Teile fort, wenn sich die Teilung des herrschenden Grundstücks nicht aus den das dienende Grundstück betreffenden Grundbucheintragungen ergibt (MünchKomm-BGB/Falckenberg, § 1025 Rdn. 2; Palandt-Bassenge, § 1025 Rdn. 1, BayOblG DNotZ 1996, 24). Der Umstand der Teilung und die nunmehr Berechtigten lassen sich ohne weiteres über das das herrschende Grundstück betreffende Bestandsverzeichnis und die Eintragungen in den Grundbuchblättern zu den aus der Teilung hervorgegangenen Grundstücken erschließen.

Vertiefungshinweise:

Zum Grundbuchwesen: *Kollhoser*, JA 1984, 558; *Schmitz*, JuS 1995, 53; 245; 333; 438; *Armbrüster*, JR 1999, 449; *BGH*, RA 2002, 413 = NJW 2002, 1797; *BGH*, RA 2007, 686 = NJW 2007, 3204

Zu Grunddienstbarkeiten: *Knöchlein*, BB 1961, 589; *Joost*, NJW 1981, 308; *Amann*, DNotZ 1986, 578; *Finkenauer*, ZNR 2001, 220

Kursprogramm:

Examenskurs: "Das vorgemerkte Schwimmbad"

Assessorkurs: "Seniorenzentrum"

Leitsatz:

Wird das herrschende Grundstück geteilt, so wirkt die Eintragung der Dienstbarkeit auf dem Grundbuchblatt des dienenden Grundstücks auch dann zugunsten der Eigentümer der getrennten Teile fort, wenn sich die Teilung nicht aus den das dienende Grundstück betreffenden Grundbucheinträgen ergibt.

Sachverhalt:

[1] Der Kl. ist Eigentümer eines in K. belegenen Hausgrundstücks (Flurstück 121/3) sowie der Parzelle 446/122. Letztere ermöglicht zusammen mit den im Eigentum der Bekl. stehenden Wegparzellen 122/7 und 447/122, dass das Hausgrundstück von der B. Straße zu erreichen ist. Nach den Grundbucheinträgen in Abteilung II sind die Wegeparzellen mit folgenden Grunddienstbarkeiten belastet:

lfd. Nr. 1: Geh- und Fahrrecht zugunsten des jeweiligen Eigentümers des Grundstücks ... Flurstück 446/122 ...;

lfd. Nr. 2: ... Die Errichtung von Einrichtungen wie Zäunen, Hecken oder Mauern ist ausgeschlossen; ... für den jeweiligen Eigentümer des Grundstücks ... Flurstück 121/2

[2] Bereits vor dem Eigentumserwerb der Bekl. war das Grundstück 121/2 in die Flurstücke 121/3 bis 121/5 "fortgemessen" worden.

[3] Gestützt auf diese Dienstbarkeiten hat der Kl. von der Bekl. erfolglos die Beseitigung von zwei Pflanzkübeln und eines Maschendrahtzauns verlangt; insoweit ist der Rechtsstreit rechtskräftig abgeschlossen.

Mit der Widerklage möchte die Bekl. in erster Linie die Löschung der in Abteilung II unter Nr. 2 eingetragenen Dienstbarkeit erreichen, soweit diese für den jeweiligen Eigentümer des Flurstücks 121/2 eingetragen ist; hilfsweise hat sie einen eingeschränkten Antrag gestellt, dem das Landgericht stattgegeben hat. Die gegen die Abweisung des Hauptantrags eingelegte Berufung ist erfolglos geblieben. Dagegen richtet sich die von dem Oberlandesgericht zugelassene Revision der Bekl., deren Zurückweisung der Kl. beantragt.

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

[4] Das Berufungsgericht hat einen Löschananspruch der Bekl. mit der Begründung verneint, nach § 1025 BGB bestehe die Dienstbarkeit trotz Grundstücksteilung fort. Die Voraussetzungen für einen gutgläubig lastenfreien Erwerb lägen nicht vor, weil ein guter Glaube daran, das Grundstück sei nicht mit einer Dienstbarkeit belastet, unter Berücksichtigung der Regelung des § 1025 BGB nicht habe entstehen können. Dies gelte auch dann, wenn die Teilung nicht aus dem das dienende Grundstück betreffenden Grundbuchblatt ersichtlich sei. Der Umstand der Teilung und die nunmehr Berechtigten ließen sich ohne weiteres über das das herrschende Grundstück betreffende Bestandsverzeichnis und die jeweiligen Eintragungen in den Grundbuchblättern zu den aus der Teilung hervorgegangenen Grundstücken erschließen.

II. Entscheidung des BGH in der Revision

[5] Das Berufungsurteil hält einer revisionsrechtlichen Überprüfung stand.

1. Kein Grundbuchberichtigungsanspruch gegeben

[6] Der Bekl. steht der geltend gemachte Löschananspruch (§ 894 BGB) nicht zu. Die Dienstbarkeit ist nicht erloschen.

a. Fortbestehen der Dienstbarkeit nach Teilung des herrschenden Grundstücks gem. § 1025 S. 1 BGB

[7] Nach § 1025 S. 1 BGB besteht eine Dienstbarkeit auch nach Teilung des herrschenden Grundstücks an den Grundstücksteilen fort. Sie erlischt nur ausnahmsweise und auch dann nur an solchen Teilen, denen das dingliche Recht nicht zum Vorteil gereicht (§ 1025 S. 2 BGB). Indessen zeigt die Revision kein Vorbringen auf, aus dem sich dies ergeben könnte. Soweit sie auf Sachvortrag verweist, wonach das Grundstück über die Ostseite, den E. weg, erschlossen sei, steht dies dem Fortbestehen der Dienstbarkeit schon deshalb nicht entgegen, weil selbst eine weitere Zuwegung oder Zufahrt die Vorteilhaftigkeit der durch die Dienstbarkeit eingeräumten Benutzungsmöglichkeit nicht ausräumte. Anders als beim gesetzlichen Notwegrecht (§ 917 BGB) kommt es bei rechtsgeschäftlich eingeräumten Wegerechten auf das Fehlen einer anderweitigen Grundstücksverbindung zum öffentlichen Wegenetz nur dann an, wenn dies – anders als hier – zum Inhalt der Dienstbarkeit gemacht worden ist.

b. Kein Erlöschen der Dienstbarkeit durch gutgläubigen lastenfreien Erwerb gem. § 892 I BGB

[8] Die Grunddienstbarkeit ist auch nicht durch gutgläubig lastenfreien Eigentumserwerb nach § 892 I BGB untergegangen. Die Konstellation, dass ein dingliches Recht im Grundbuch zu Unrecht gelöscht wor-

den ist, liegt hier nicht vor. Auch im Übrigen fehlt es schon an einer Unrichtigkeit des Grundbuchs, die Grundlage eines lastenfreien Erwerbs kraft guten Glaubens sein könnte. Die Eintragung der Dienstbarkeit auf dem Grundbuchblatt des dienenden Grundstücks wirkt auch dann zugunsten der Eigentümer der getrennten Teile fort, wenn sich die Teilung des herrschenden Grundstücks nicht aus den das dienende Grundstück betreffenden Grundbucheintragungen ergibt (KG NJW 1976, 697, 698; MünchKommBGB/Falckenberg, 4. Aufl., § 1025 Rdn. 2; Palandt/Bassenge, 67. Aufl., § 1025 Rdn. 1; Staudin-

ger/Mayer [2002], § 1025 Rdn. 6 m.w.N.; vgl. auch BayObLG DNotZ 1996, 24, 25 f.). Auf die zutreffenden Erwägungen des Berufsurteils wird verwiesen.

2. Keine Entscheidung über Eintragung der herrschenden Grundstücke wegen § 308 I 1 ZPO

[9] Ob die Bekl. die Eintragung der nunmehr herrschenden Grundstücke in Abteilung II des dienenden Grundstücks aus Klarstellungsgründen verlangen kann (dazu BayObLG DNotZ 1996, 24, 26), braucht mangels eines dahin gehenden Antrags nicht entschieden zu werden (§ 308 I 1 ZPO).

Standort: Erbrecht

Problem: Wechselbezügliche Verfügungen

OLG DÜSSELDORF, BESCHLUSS VOM 14.09.2007
3 WX 131/07 (NJW-RR 2008, 236)

Problemdarstellung:

Die Beteiligten streiten um die Erteilung eines Erbscheines, welchen die Beteiligten zu 1 und 2 beantragt hatten.

Der Erblasser und seine vorverstorbene Ehefrau waren kinderlos. Mit notariellem Erbvertrag haben sich beide mit bindender Wirkung gegenseitig zum Alleinerben eingesetzt. Mit privatschriftlichem Testament, welches etwa 14 Jahre später erstellt wurde, setzten sie sich gegenseitig erneut zum alleinigen Erben ein. Ferner bestimmten sie, dass nach dem Tode des Letztversterbenden dessen Neffe und seine Familie, die Beteiligten zu 1 - 4, das Vermögen erben sollen. Dieser war bereits zu diesem Zeitpunkt mit der Beteiligten zu 2 verheiratet und deren eheliche Kinder, die Beteiligten zu 3 und 4, waren bereits geboren.

Nach dem Tod seiner Ehefrau nahm der Erblasser eine Beziehung zur F auf, mit der er bis zu deren Tod in einer eheähnlichen Gemeinschaft lebte. Die F hatte zwei Kinder, die Beteiligten zu 5 und 6. Der Erblasser erstellte ein weiteres handschriftliches Testament, in dem er sein Vermögen den Beteiligten 5 und 6 vermachte, verbunden mit der Auflage, seine Grabstätte zu pflegen. Gleichzeitig verfügte er, dass der Beteiligte zu 1 seine goldene Armbanduhr erhalte, sowie 30.000 €.

Prüfungsrelevanz:

Der erkennende Senat hatte sich in der weiteren Beschwerde mit der Frage auseinanderzusetzen, inwieweit eine wechselbezügliche Verfügung gem. § 2270 I BGB in einem Ehegattentestament vorliegt.

Ein gemeinschaftliches Testament ist die Zusammenfassung von gemeinschaftlich getroffenen letztwilligen Verfügungen mehrerer Personen. Ein solches Testament kann gem. § 2265 BGB nur von Ehegatten errichtet werden. Es handelt sich um zwei Verfügungen

von Todes wegen: Die Ehegatten verfügen zwar gemeinschaftlich, aber jeder einseitig (Brox, Erbrecht, § 14 Rn 174). Im Rahmen des Ehegattentestaments können die Testierenden wechselbezügliche Verfügungen gem. § 2270 I BGB treffen. Dies sind solche Verfügungen, von denen anzunehmen ist, dass die Verfügung des einen Ehegatten nicht ohne die Verfügung des anderen Gatten getroffen sein würde (OLG Hamm, NJOZ 2004, 3846 = FamRZ 2004, 662). Zwischen den Verfügungen besteht eine gegenseitige Abhängigkeit. Diese Abhängigkeit zeigt sich auch darin, dass die Nichtigkeit oder der Widerruf der einen Verfügung die Unwirksamkeit der anderen Verfügung zur Folge hat. So bestimmt das Gesetz wegen des Vertrauensschutzes des anderen Ehegatten eine beschränkte Bindung des Erblassers an seine Verfügungen. Daher erlischt das Recht zum Widerruf einer solchen Verfügung mit dem Tod eines Ehegatten, § 2271 II BGB.

Vorliegend stellte sich die Frage, ob der Erblasser nach dem Ableben seiner Ehefrau noch abweichend testieren konnte. Das wäre nicht der Fall, wenn dadurch eine wechselbezügliche Verfügung im Sinne des §§ 2271 II, 2270 I BGB betroffen wäre. Ob nun eine Wechselbezüglichkeit vorliegt, hängt von dem durch Auslegung zu ermittelnden Willen der beiden Erblasser ab, wobei das Vorliegen der Wechselbezüglichkeit für jede einzelne Verfügung zu treffen ist (Hamm, FamRZ 2004, 662; BayObLG, FGPrax 2005, 164). Die Auslegung richtet sich nach den allgemeinen Grundsätzen, und ist ggf. auch durch ergänzende Auslegung vorzunehmen (Palandt-Edenhofer, § 2270 Rn 4). Erst wenn die Ermittlung des Erblasserwillens weder die gegenseitige Abhängigkeit, noch die gegenseitige Unabhängigkeit der beiderseitigen Verfügungen ergibt, ist gem. § 2270 II BGB im Zweifel die Wechselbezüglichkeit anzunehmen, wenn sich die Ehegatten gegenseitig bedenken oder wenn dem einen Ehegatten von dem anderen Ehegatten eine Zuwendung gemacht und für den Fall des Überlebens des Bedachten eine Verfügung zugunsten einer Person getroffen wird, die mit dem anderen Ehegatten verwandt ist oder ihm

sonst nahe steht.

Es geht hier darum, ob die Einsetzung der Bet. zu 1 bis 4 als Schlusserben seitens des Erblassers - nur dessen Bindung nach § 2271 II 1 BGB steht in Frage - wechselbezüglich ist zu einer Verfügung seiner vorverstorbenen Ehefrau. Die Ehefrau des Erblassers dürfte eine dieser testamentarischen Verfügungen im gemeinschaftlichen Testament vom 21.01.1988 ohne die Einsetzung der Bet. zu 1 bis 4 als Schlusserben durch den Erblasser nicht getroffen haben. In dieser Frage hatte das Landgericht überprüft, ob eine Wechselbezüglichkeit zur Alleinerbeneinsetzung des Ehemannes zu bejahen ist. Dies wäre dann zu bejahen, wenn die Ehefrau die Alleinerbeneinsetzung des Ehemannes nur deshalb vorgenommen hätte, weil dieser wiederum die Beteiligten zu 1 bis 4 als Erben berufen hat. In dieser Hinsicht ließ sich den Verfügungen nichts entnehmen. Als Indiz wurde auch der Erbvertrag herangezogen, in dem die Ehegatten sich gleichfalls gegenseitig als Alleinerbe des jeweils Vorversterbenden eingesetzt hatten.

Die Kammer des Landgerichts hatte jedoch nicht zur Frage Stellung genommen, inwieweit eine Wechselbezüglichkeit zur Einsetzung der Beteiligten 1 - 4 als Schlusserben durch den Erblasser zur Einsetzung der Beteiligten 1 - 4 durch die verstorbene Ehefrau besteht. Zu fragen wäre also gewesen, ob die Ehefrau diese Erklärung auch unabhängig von ihrem Ehemann abgegeben hätte. Da der erkennende Senat die erforderliche Auslegung der letztwilligen Verfügung nicht selbst vornehmen konnte, musste die Sache zur Entscheidung an das Landgericht zurückverwiesen werden. In den Abwägungsvorgang hätte mit einbezogen werden müssen, dass die Ehefrau des Erblassers zur Zeit der Errichtung des Testaments im Jahre 1988 an Hautkrebs erkrankt war, welcher ihr Leben bereits damals bedrohte. Dies hatte die Beteiligte zu 2 bei der Anhörung eingewendet. Wäre dies als Feststellung in die nachzuholende Abwägung einzubeziehen, so läge die Annahme der Wechselbezüglichkeit im Hinblick auf die Schlusserbeneinsetzung nicht fern. Wenn die Eheleute seinerzeit nicht davon ausgegangen wären, dass der Erblasser seine Ehefrau nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge wegen ihrer Erkrankung überleben werde, so hätte es im Falle einer nicht gewollten Bindung des Erblassers an die von ihm erklärte Schlusserbeneinsetzung einer solchen Erklärung zu dieser Zeit wohl gar nicht bedurft.

Vertiefungshinweise:

Zum Ehegattentestament: *Buchholz*, FamRZ 1985, 872; *Baumann*, ZEV 1994, 351; *Muscheler*, DnotZ 1994, 733; *Peißinger*, Rpfleger 1995, 325

Zu Widerruf und Anfechtung wechselbezüglicher Verfügungen: *Helms*, DNotZ 2003, 104 (bei Geschäfts- und Testierunfähigkeit); *Zimmer*, ZEV 2007,

159 (Geschäftsunfähigkeit des Widerrufsgegners); *OLG Karlsruhe*, FGPrax 2007, 87; *OLG Zweibrücken*, FGPrax 2004, 290. (Verfügungen im Ehegattentestament)

Kursprogramm:

Examenskurs: "Das teure Moped"

Examenskurs: "Der zweite Frühling"

Leitsätze:

Setzen Eheleute durch ein gemeinschaftliches Testament einander gegenseitig zu alleinigen Erben ein und bestimmen sie, dass nach ihrem Tode der Neffe der Ehefrau und dessen Familie „unser Vermögen erben“ soll, so ist für die Frage, ob der überlebende Ehegatte hierdurch gehindert ist, anderweit zu testieren, einerseits zu untersuchen, ob die Schlusserbeneinsetzung durch den überlebenden Ehegatten wechselbezüglich zu der Einsetzung seiner Person als Erbe nach seinem vorverstorbenen Ehegatten sein sollte, andererseits, ob die Schlusserbeneinsetzung durch den einen Ehegatten in Wechselbezug zu der Einsetzung der nämlichen Schlusserben durch den anderen Ehegatten steht.

Sachverhalt:

Der Erblasser und seine 1990 vorverstorbenen Ehefrau, Frau A, geborene S, waren kinderlos. Mit notariellem Erbvertrag des Notars M aus W. vom 14.11.1974 haben sich beide mit erbvertraglich bindender Wirkung gegenseitig zu Alleinerben eingesetzt. Mit gemeinschaftlichem privatschriftlichem Testament vom 21.01.1988 setzten sie sich gegenseitig erneut, der Erstversterbende den Überlebenden, zum alleinigen Erben ein. Ferner bestimmten sie, dass nach ihrem Tode „unser Neffe J, geboren 1947, und seine Familie zurzeit wohnhaft ..., unser Vermögen erben [soll]“. Der Bet. zu 1 ist ein Neffe der Ehefrau des Erblassers. Er war zum damaligen Zeitpunkt bereits mit der Bet. zu 2 verheiratet, ihre Abkömmlinge, die Bet. zu 3 und 4, waren geboren. Zwischen dem Erblasser und seiner vorverstorbenen Ehefrau einerseits und der Familie J andererseits bestand über lange Jahre ein enges familiäres und bekanntschaftliches Einvernehmen. Nach dem Tode seiner Ehefrau nahm der Erblasser eine neue Beziehung zu F, der Mutter der Bet. zu 5 und 6, auf, mit der er bis zu deren Tod im Dezember 2005 in eheähnlicher Gemeinschaft zusammenlebte. Durch handschriftliches Testament vom 02.06.2006 „vermachte“ der Erblasser sein Vermögen den Bet. zu 5 und 6 mit der Auflage, seine Grabstätte für 20 Jahre in Dauerpflege zu geben. Gleichzeitig verfügte er, dass der Bet. zu 1 30000 Euro sowie die goldene Armbanduhr erhalte.

Mit notariellem Erbscheinsantrag des Notars W aus W. vom 11.12.2006 haben die Bet. zu 1 und 2 bean-

tragt, ihnen einen gemeinschaftlichen Erbschein zu erteilen, der sie und ihre Abkömmlinge, die Bet. zu 3 und 4, zu gleichen Teilen, also zu je $\frac{1}{4}$ Anteil, als Miterben ausweist. Das AG hat am 15.03.2007 angekündigt, den beantragten gemeinschaftlichen Erbschein zu erteilen. Hiergegen haben sich die Bet. zu 5 und 6 mit ihrer Beschwerde gewandt. Das AG hat der Beschwerde nicht abgeholfen und die Sache der Kammer zur Entscheidung vorgelegt. Das LG hat nach Anhörung der Bet. mit Ausnahme der Bet. zu 3 am 09.05.2007 den angefochtenen Vorbescheid aufgehoben und den Erbscheinsantrag der Bet. zu 1 und 2 vom 11.12.2006 zurückgewiesen. Hiergegen richtete sich die weitere Beschwerde der Bet. zu 1 und 2. Das Rechtsmittel führte zur Aufhebung und Zurückverweisung an das LG.

Aus den Gründen:

1. Zurückweisung des Erbscheinsantrag war fehlerhaft

Als rechtlich fehlerhaft erweist sich die Entscheidung der Kammer zunächst insoweit, als sie den Erbscheinsantrag der Bet. zu 1 und 2 vom 11.12.2006 zurückgewiesen hat. Wird gegen einen Vorbescheid Beschwerde eingelegt, so darf das LG nicht auch einen Erbscheinsantrag abweisen (OLG Hamm, NJOZ 2007, 3146 = FamRZ 2007, 678; Keidel/Kuntze/Winkler, FGG, 15. Aufl. [2003], § 84 Rdnr. 2).

Auch für die von den Bet. zu 5 und 6 begehrte Anweisung an das AG, den Erbscheinsantrag zurückzuweisen, ist von vornherein kein Raum.

Mit der Beschwerde der Bet. zu 5 und 6 gegen den Beschluss des AG vom 15.03.2007 und damit im Rahmen der weiteren Beschwerde ist dem Senat als Verfahrensgegenstand nur die Entscheidung über die Rechtmäßigkeit des Vorbescheids angefallen, nicht aber die Entscheidung über den von den Bet. zu 1 und 2 gestellten Erbscheinsantrag vom 11.12.2006. Hiernach kann der Senat nicht abschließend über diesen Antrag entscheiden (vgl. OLG Hamm, NJW-RR 2007, 726 = FamRZ 2007, 159). Die angefochtene Entscheidung der Kammer ist in diesem Punkt aufzuheben.

2. Aufhebung des Vorbescheid beruht auf Rechtsverletzung

Soweit das LG den angefochtenen Vorbescheid aufgehoben hat, beruht die Entscheidung ebenfalls auf einer Rechtsverletzung, § 27 I 2 FGG, § 546 ZPO.

a. Begründung des Landgerichts

Die Kammer hat zur Begründung ihrer Entscheidung ausgeführt, das gemeinschaftliche Testament des Erblassers und seiner vorverstorbenen Ehefrau vom 21.01.1988 sei dahin auszulegen, dass die Bet. zu 1 bis 4 als Schlusserben des zuletzt versterbenden Ehegatten eingesetzt worden seien (§ 2269 I BGB). Ein Hinweis dafür, ob die Einsetzung der Bet. zu 1 bis 4 als Schlus-

serben durch den Erblasser wechselbezüglich zu seiner Einsetzung durch die vorverstorbenen Ehefrau habe sein sollen, lasse sich dem Wortlaut dieses gemeinschaftlichen Testaments nicht entnehmen. Enthalte indes ein gemeinschaftliches Testament eine klare und eindeutige Anordnung hinsichtlich der Wechselbezüglichkeit der einzelnen Verfügungen nicht, so müsse die Wechselbezüglichkeit durch Auslegung des Testaments nach allgemeinen Auslegungsgrundsätzen ermittelt werden. Hierzu sei vorrangig der wirkliche übereinstimmende Wille der Ehegatten zu ermitteln, wobei neben der allgemeinen Lebenserfahrung alle bekannten Nebenumstände, auch solche, die außerhalb der Testamentsurkunde liegen, zu berücksichtigen seien. Entgegen der Auffassung des AG rechtfertigten die Umstände vorliegend hinreichend zuverlässig die Auslegung, dass die Wechselbezüglichkeit von den testierenden Ehegatten nicht gewollt gewesen sei. Der Erblasser sei deshalb nicht durch § 2271 II 1 BGB gehindert gewesen, nach dem Tode seiner Ehefrau abweichend zu testieren.

Gegen einen im Willen beider Erblasser vorhandenen, die Wechselbezüglichkeit begründenden Motivzusammenhang spreche zunächst, dass sich die Eheleute bereits mit dem notariellen Erbvertrag vom 14.11.1974 mit erbvertraglicher Bindung gegenseitig zu Erben eingesetzt hätten, unabhängig davon, wer dereinst gegebenenfalls als Schlusserbe eingesetzt würde. Dies hätten beide Testierende offengelassen, offenbar, wie der Vermerk im Erbvertrag, dass sie ohne Abkömmlinge seien, zeige, gerade wegen der bestehenden Kinderlosigkeit. Angesichts dieser bindenden und ohne Bestimmung eines Schlusserben erfolgten Einsetzung des Erblassers durch seine vorverstorbenen Ehefrau im Erbvertrag müsse das spätere gemeinschaftliche Testament vom 21.01.1988 zur Feststellung einer Wechselbezüglichkeit mit der Einsetzung der Schlusserben dahingehend auslegungsfähig sein, dass die Einsetzung des Erblassers als Erbe seiner Ehefrau nur noch mit Rücksicht auf seine Verfügung zu Gunsten der Schlusserben in diesem späteren Testament habe gelten sollen, ihr also zumindest stillschweigend nachträglich eine Bedingung im Sinne der Wechselbezüglichkeit beigefügt worden sei. Ein solcher Hinweis oder anderweitige hinreichende Anhaltspunkte dafür fehlten indes im vorliegenden Falle. Das nachvollziehbare und nahe liegende Motiv der Einsetzung der Bet. zu 1 bis 4 als Schlusserben, wie es die Bet. zu 2 glaubhaft angegeben habe, sei der Umstand der engen familiären Beziehung beider Erblasser zur Familie J und insbesondere die Kinderlosigkeit der Erblasser, gewesen, was beide Erblasser bewogen habe wegen der damals bestehenden engen Beziehung zur Familie J und des Umstands, dass diese bereits Kinder gehabt habe, die vom Erblasser und seiner vorverstorbenen Ehefrau wie Enkelkinder behandelt worden seien, so den Nachlass quasi in eine jüngere nahe stehende Generation

weiterzugeben. Dies sei indes ein offensichtlich übereinstimmendes autonomes Motiv des Erblassers und seiner vorverstorbenen Ehefrau gewesen, bei dem die gegenseitige Erbeinsetzung der Eheleute in Wiederholung der bereits erfolgten erbvertraglichen Einsetzung keine Rolle gespielt habe, sondern lediglich die damals bestehende enge Bindung des Erblassers und seiner Ehefrau an die Familie J. Dafür spreche auch, dass der Erblasser und seine vorverstorbenen Ehefrau ohne Berücksichtigung der tatsächlich nur zur Ehefrau bestehenden verwandtschaftlichen Beziehung im gemeinschaftlichen Testament vom 21.01.1988 den Bet. zu 1 als „unseren Neffen“ bezeichnet haben und die Bet. zu 2 dementsprechend bekräftigt habe, dass die enge persönliche Beziehung gleichermaßen von Seiten des Bet. zu 1 und ihrer Seite zu beiden A ohne Differenzierung bestanden habe.

Auch die Vermögensverhältnisse der Ehegatten A sprächen gegen die Annahme einer gewollten Wechselbezüglichkeit. Der wohl wertvollste Nachlassgegenstand, das Hausgrundstück A., habe zu Lebzeiten der Eheleute A im Alleineigentum des Erblassers gestanden. Solche erheblich unterschiedlichen Vermögensverhältnisse der Ehegatten könnten ein Indiz gegen die Wechselbezüglichkeit sein. Aber auch wenn man davon ausgehe, dass die Ehegatten insoweit hinsichtlich der formellen Eigentümerstellung nicht differenzierten, ergebe sich nichts Anderes. Indes lasse sich nach den Angaben der Bet. zu 2 feststellen, dass es an einem erkennbaren Motiv der vorverstorbenen Ehefrau des Erblassers gefehlt habe, etwa aus ihrer Familie stammendes Vermögen in ihrer Familie zu erhalten. Denn das Vermögen der Eheleute sei - so die Bet. zu 2 - von beiden gemeinsam in dem vom Erblasser betriebenen Malerbetrieb erarbeitet worden, in dem seine Ehefrau unter Aufgabe eigener Tätigkeit mitgearbeitet und die wirtschaftlichen Dinge erledigt habe.

Hiernach spreche auch die allgemeine Lebenserfahrung dafür, dass bestimmendes Motiv der Schlusserbeneinsetzung bei beiden Testierenden ausschließlich ihre Kinderlosigkeit und die damals bestehende enge Bindung zur Familie J gewesen seien. Dies rechtfertige indes nicht die Annahme einer Wechselbezüglichkeit dieser Verfügung des Erblassers mit seiner Erbeinsetzung durch die vorverstorbenen Ehefrau.

b. Entscheidung und Begründung des Senats

Diese Erwägungen halten der dem Senat obliegenden rechtlichen Nachprüfung (§ 27 I FGG, § 546 ZPO) nicht stand.

Die Kammer hat zu Unrecht eine Erbenstellung der Bet. zu 1 und 2 - gemeinsam mit ihren Abkömmlingen, den Bet. zu 3 und 4 zu je $\frac{1}{4}$ - auf Grund des Testaments vom 21.01.1988 verneint, weil der Erblasser durch dasselbe nicht gehindert gewesen sei - wie im Testament vom 02.06.2006 geschehen - anderweit zu testieren.

aa. Erbeinsetzung der Bet. zu 1 bis 4 im gemeinschaftlichen Testament ist gegeben

Zutreffend geht die Kammer zunächst davon aus, dass die Bet. zu 1 bis 4 in dem gemeinschaftlichen privatschriftlichen Testament vom 21.01.1988 als Erben nach dem Letztversterbenden eingesetzt sind.

Diese Erbeinsetzung konnte der Erblasser nach dem Tode seiner Ehefrau durch sein handschriftliches Testament vom 02.06.2006 nur wirksam widerrufen, wenn sie nicht wechselbezüglich i.S. des § 2270 BGB zu einer Verfügung seiner Ehefrau war; andernfalls war der Erblasser gem. § 2271 II 1 BGB nach dem Tode seiner Ehefrau an einem Widerruf dieser in dem gemeinschaftlichen Testament getroffenen letztwilligen Verfügung gehindert. Die Feststellungslast tragen insoweit die ihr Erbrecht auf die Wechselbezüglichkeit stützenden Bet. zu 1 bis 4 (vgl. Palandt/Edenhofer, BGB, 66. Aufl., § 2270 Rdnr. 4).

Nach § 2270 I BGB sind in einem gemeinschaftlichen Testament getroffene Verfügungen dann wechselbezüglich und damit für den überlebenden Ehegatten bindend getroffen, wenn anzunehmen ist, dass die Verfügung des einen Ehegatten nicht ohne die Verfügung des anderen Ehegatten getroffen worden wäre, wenn also jede der beiden Verfügungen mit Rücksicht auf die andere getroffen worden ist und nach dem Willen der gemeinschaftlich Testierenden die eine mit der anderen stehen oder fallen soll (OLG München, Beschl. v. 06.07.2007 - 31 Wx 33/07; Beschl. v. 16.04.2007 - 31 Wx 108/06; OLG Hamm, NJOZ 2004, 3846 = FamRZ 2004, 662). Maßgeblich ist der übereinstimmende Wille der Ehegatten zum Zeitpunkt der Testamentserrichtung (BGHZ 112, 229 [233f.] = NJW 1991, 169). Enthält das gemeinschaftliche Testament keine klare und eindeutige Anordnung zur Wechselbezüglichkeit, so ist diese nach den allgemeinen Auslegungsgrundsätzen und für jede Verfügung gesondert zu ermitteln (BGH, NJW-RR 1987, 1410). Erst wenn die Ermittlung des Erblasserwillens weder die gegenseitige Abhängigkeit noch die gegenseitige Unabhängigkeit der beiderseitigen Verfügungen ergibt, ist gem. § 2270 II BGB im Zweifel Wechselbezüglichkeit anzunehmen, wenn sich die Ehegatten gegenseitig bedenken oder wenn dem einen Ehegatten von dem anderen Ehegatten eine Zuwendung gemacht und für den Fall des Überlebens des Bedachten eine Verfügung zu Gunsten einer Person getroffen wird, die mit dem anderen Ehegatten verwandt ist oder ihm sonst nahe steht. Diese Auslegungsregel ist erst dann heranzuziehen, wenn nach Überprüfung aller inner- und außerhalb des Testaments liegenden Umstände verbleibende Zweifel nicht zu beseitigen sind (OLG München, Beschl. v. 06.07.2007 - 31 Wx 33/07; Beschl. v. 16.04.2007 - 31 Wx 108/06).

Die Ermittlung, ob eine Verfügung wechselbezüglich ist oder nicht, ist nach allgemeinen Auslegungsgrundsätzen (§§ 133, 2084 BGB) vorzunehmen. Bei rechts-

geschäftlichen Willenserklärungen ist die Feststellung dessen, was erklärt ist, ausschließlich Sache des Tatrichters. Die tatrichterliche Auslegung von Willenserklärungen bindet das Rechtsbeschwerdegericht, solange sie nach den Denkgesetzen und der feststehenden Erfahrung möglich ist - sie muss nicht zwingend sein - mit den gesetzlichen Auslegungsregeln in Einklang steht und alle wesentlichen Tatsachen berücksichtigt (Keidel/Kuntze/Winkler, § 27 Rdnr. 49 m. Nachw.). Diese Grundsätze gelten auch und gerade für die Auslegung von Testamenten, bei denen die speziellen gesetzlichen Auslegungsregeln zu beachten sind und deren Anwendung nachzuprüfen ist.

Das Recht ist auch dann verletzt, wenn in den Gründen der angefochtenen Entscheidung nicht alle für die Auslegung erheblichen Umstände umfassend gewürdigt und die Erwägungen des Tatrichters nicht nachvollziehbar dargelegt sind (BGH, NJW 1992, 170; NJW 1999, 1022).

bb. Wechselbezüglichkeit der Einsetzung als Schlusserben

Diesen Anforderungen wird die Entscheidung der Kammer nicht gerecht.

Es geht vorliegend darum, ob die Einsetzung der Bet. zu 1 bis 4 als Schlusserben seitens des Erblassers - nur dessen Bindung nach § 2271 II 1 BGB steht in Frage - wechselbezüglich ist zu einer Verfügung seiner vorverstorbenen Ehefrau. Zu fragen ist also, ob die Ehefrau des Erblassers eine dieser testamentarischen Verfügungen im gemeinschaftlichen Testament vom 21.01.1988 ohne die Einsetzung der Bet. zu 1 bis 4 als Schlusserben durch den Erblasser getroffen haben würde.

(1) Wechselbezüglichkeit zur Alleinerbeneinsetzung des Ehemanns

Die Kammer hat ihre Prüfung darauf beschränkt, ob die Einsetzung der Bet. zu 1 bis 4 als Erben nach dem Letztversterbenden durch den Erblasser wechselbezüglich zu seiner Einsetzung als Erbe der vorverstorbenen Ehefrau sein sollte. Das wäre dann der Fall, wenn die Ehefrau die Alleinerbeneinsetzung ihres Ehemanns bloß deshalb vorgenommen hätte, weil dieser wiederum die Bet. zu 1 bis 4 als Erben berufen hat. Dies hat die Kammer rechtsfehlerfrei verneint.

Ohne Erfolg greifen die Bet. zu 1 und 2 insoweit die Würdigung der maßgeblichen Gesamtumstände an, die das LG veranlasst hat, die Wechselbezüglichkeit zu verneinen.

Das LG hat das gemeinschaftliche Testament vom 21.01.1988 zu Recht als auslegungsbedürftig angesehen, da es keine ausdrückliche Aussage zur Wechselbezüglichkeit der darin enthaltenen Verfügungen enthält.

Beanstandungsfrei hat die Kammer dem Wortlaut des Testaments vom 21.01.1988 für eine Wechselbezüg-

lichkeit Anhaltspunkte nicht entnommen.

Als Indiz gegen eine Wechselbezüglichkeit im vor genannten Sinne hat die Kammer zu Recht den Erbvertrag vom 14.11.1974 gewertet, in dem die Eheleute einander bereits ebenfalls gegenseitig zu Alleinerben eingesetzt hatten. Soweit die Kammer Anhaltspunkte dafür, dass die vorverstorbene Ehefrau ihren Ehemann in dem Testament vom 21. 1. 1988 nicht mehr als Alleinerben eingesetzt haben würde, wenn er nicht ebenfalls die Bet. zu 1 bis 4 als Erben berufen hätte, verneint hat, ist hiergegen ebenfalls nichts zu erinnern. Die Ausführungen des LG lassen insoweit - auch mit Blick auf das Beschwerdevorbringen der Bet. zu 1 und 2 - einen rechtlichen Fehler nicht erkennen.

Es mag sein, dass eine abweichende Würdigung und Sinnggebung der Umstände - wie die Beschwerdeführer sie befürworten (die Ehefrau des Erblassers habe das gemeinsame Vermögen für die ihr und ihrem Ehemann nahe stehende Familie J sichern wollen; der Erblasser selbst habe dieses Motiv gekannt und mit seiner Ehefrau geteilt) - zu einem ihnen günstigeren Ergebnis hätten führen können. Insoweit ersetzen die Beschwerdeführer allerdings dabei lediglich in unzulässiger Weise die Bewertung der Umstände seitens der Kammer durch ihre eigene, ohne dass in diesem Zusammenhang erkennbar wird, inwiefern die Beurteilung durch die Vorinstanz rechtsfehlerhaft sei. Dies indes ändert nichts daran, dass die mögliche Würdigung der Gegebenheiten durch das LG, selbst wenn sie nicht zwingend sein sollte, zu dem genannten Teilaspekt der im Ergebnis verneinten Wechselbezüglichkeit nicht aus Rechtsgründen beanstandet werden kann.

Soweit das LG den Umstand, dass die Erblasserin an bösartigem Hautkrebs erkrankt war, in seine Würdigung nicht einbezogen hat, ändert dies im Ergebnis nichts. Denn selbst wenn die Ehefrau des Erblassers für ihre Person eine lebensbedrohliche Erkrankung angenommen hätte, zwingt dies keinesfalls zu der Annahme, dass sie mit Blick hierauf ihren Ehemann in dem gemeinschaftlichen Testament nur noch (unter inhaltlicher Aufrechterhaltung der Verfügung aus dem Erbvertrag vom 14.11.1974) bedacht haben würde, wenn er ihren Neffen und dessen Verwandtschaft als Schlusserben einsetzte.

(2) Wechselbezüglichkeit zur Einsetzung der Erben als Schlusserben

Nicht gesehen und daher ungeprüft gelassen hat die Kammer indes, dass als wechselbezügliche Verfügung zur Einsetzung der Bet. zu 1 bis 4 als Schlusserben durch den Erblasser auch die Einsetzung der nämlichen Schlusserben durch die vorverstorbene Ehefrau in Betracht kommt. Zu fragen war hier also auch und gerade, ob die vorverstorbene Ehefrau die Bet. zu 1 bis 4 nur deshalb als Erben nach dem Überlebenden bestimmt hat, weil dies ihr Ehemann auch getan hat.

Der in dem Unterlassen dieser Abwägung liegende

rechtliche Fehler der Kammer würde dann nicht zur Aufhebung des landgerichtlichen Beschlusses und zur Zurückverweisung der Sache führen, wenn der Senat als Rechtsbeschwerdegericht die erforderliche Auslegung selbst vornehmen könnte, weitere Ermittlungen hierzu nicht geboten wären und sich die Annahme des LG, der Erblasser sei an seine Schlusserbenbestimmung im gemeinschaftlichen Testament vom 21.01.1988 nicht gebunden gewesen, als im Ergebnis zutreffend erwiese (§ 27 FGG i.V. mit § 563 ZPO). Dies lässt sich indes nicht sagen.

Denn nach Angabe der Bet. zu 2 bei ihrer Anhörung vom 25.04.2007 wussten bei der Abfassung des gemeinschaftlichen Testaments vom 21.01.1988 sowohl der Erblasser als auch seine Ehefrau, dass diese an einem bösartigen Hautkrebs litt. Dieser Umstand hätte der Kammer Anlass geben müssen - z.B. durch Anhörung der Bet. zu 2 auch hierzu bzw. Vernehmung des damaligen Hausarztes der Ehefrau des Erblassers - nachzuforschen (§ 12 FGG), ob diese - wie es die Bet. zu 1 und 2 nunmehr mit ihrer weiteren Beschwerde

geltend machen - zum Zeitpunkt der Errichtung des Testaments vom 21.01.1988 nicht nur von ihrer Erkrankung wusste, sondern auch realisiert hatte, dass dieselbe ihr Leben konkret bedrohte, und sie deshalb mit ihrem baldigen Tod rechnete.

Wäre dies nämlich als Feststellung in die nachzuholende Abwägung einzubeziehen, so läge die Annahme der Wechselbezüglichkeit im Hinblick auf die Schlusserbenbenennung in der von der Kammer nicht untersuchten Variante nicht fern. Denn gingen die Eheleute seinerzeit davon aus, dass der Erblasser seine Ehefrau nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge wegen ihrer Erkrankung überleben werde, so hätte es im Falle einer nicht gewollten Bindung des Erblassers an die von ihm erklärte Schlusserbenbenennung einer solchen Erklärung wohl gar nicht bedurft.

Die Kammer wird daher nach entsprechenden weiteren Erhebungen zum Zwecke der Schaffung einer tragfähigen tatsächlichen Grundlage die unterbliebene Abwägung nachzuholen haben.

Standort: ZPO I

Problem: Mahnverfahren, Bestimmtheit des Antrags

BGH, URTEIL VOM 23.01.2008
VIII ZR 46/07 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

In Streit steht die hinreichende Bestimmtheit eines Mahnantrages bezüglich eines Schadensersatzanspruchs aus Mietvertrag.

Die Bekl. waren Mieter einer Wohnung der Kl.. Diese nahm die Bekl. auf Schadensersatz in Höhe von 2.000 € in Anspruch.

Auf Antrag der Kl. hat das Mahngericht einen Mahnbescheid über die Hauptforderung erlassen, welcher den Bekl. auch zugestellt worden war. Die fragliche Forderung war im Mahnbescheid wie folgt bezeichnet: "Mietnebenkosten - auch Renovierungskosten - für die Wohnung in: D. gem. Aufforderungsschreiben vom 19.03.2004: 2000 € ." Es stellt sich nun die Frage, ob in Ansehung dieses Mahnantrags die Verjährung der Schadensersatzansprüche gehemmt worden war. Die Bekl. berufen sich insoweit auf deren Verjährung.

Prüfungsrelevanz:

Grundzüge des Mahnverfahrens gem. §§ 688 ff. ZPO gehören sowohl im ersten, als auch im zweiten Staatsexamen zum prozessualen Pflichtstoff. Dies liegt nicht zuletzt daran, dass das Mahnverfahren in der Praxis eine große Rolle spielt. Dieses Verfahren gibt dem Antragsteller die Möglichkeit, bei passivem Verhalten des Gegners, d.h. bei fehlendem Widerspruch gegen den Mahnbescheid gem. § 694 ZPO bzw. fehlendem Einspruch gegen den Vollstreckungsbescheid gem. §§

700 I, 338 ZPO, auf schnellem Wege zu einem Vollstreckungstitel gem. §§ 700, 794 I Nr. 4 ZPO zu gelangen.

Im vorliegenden Fall hatte der erkennende Senat unter anderem über die Frage zu befinden, ob der Antrag hinreichend bestimmt formuliert worden war. Grundsätzlich ist zu beachten, dass der Mahnbescheid nur auf Antrag zu erlassen ist, § 688 I ZPO. Die Anforderungen an den Mahnantrag sind in §§ 690, 691 ZPO geregelt. Daraus ist ersichtlich, dass gem. § 690 I Nr. 3, 1.Hs ZPO der Anspruch zu bezeichnen ist unter bestimmter Angabe der verlangten Leistungen. Dazu muss seine Individualisierung und Abgrenzung von anderen in Betracht kommenden Ansprüchen möglich sein (BGH, MDR 2004, 824). Der BGH verlangt insoweit, dass eine solche Kennzeichnung des Anspruchs vorgenommen werde, dass er über einen Vollstreckungsbescheid Grundlage eines Vollstreckungstitels sein kann und dem Antragsgegner die Entscheidung über den Widerspruch ermöglicht (vgl. z.B. BGH, NJW 1992, 1111, NJW 2000, 1420). Die Anforderungen richten sich im Ergebnis nach dem zwischen den Parteien bestehenden Rechtsverhältnis und der Art des konkreten Anspruchs (Zöller-Vollkommer, § 690 Rn 14). Auswirkungen haben die Individualisierungsmerkmale nicht zuletzt auf die Verjährung der Ansprüche. Dies deshalb, weil durch die fristgemäße Zustellung des Mahnbescheids die Verjährung gehemmt wird, § 204 I Nr. 3 BGB, § 167 ZPO.

Vorliegend bejahte der erkennende Senat im Gegensatz zum Berufungsgericht die Anforderungen an die Bestimmtheit, so dass die hemmende Wirkung gem. §

204 I Nr. 3 BGB griff.

Es wurde deutlich dargelegt, dass die Mitteilung der Wohnungsanschrift zur Individualisierung des Anspruchs nicht erforderlich ist. Es reicht aus, wenn für den Mieter als Antragsgegner erkennbar ist, wegen welcher Schäden und in welcher Höhe Ansprüche gegen ihn geltend gemacht werden. Voraussetzung für die verjährungshemmende Wirkung ist nicht, dass aus diesem selbst für einen außenstehenden Dritten erkennbar ist, welche konkreten Forderungen wegen welcher Schäden gegen den Antragsgegner gerichtet werden (BGH, WM 2007, 1084). Da zwischen den Parteien lediglich ein einziges Mietverhältnis bestand, konnte kein Zweifel bestehen, auf welche Wohnung sich die Schadensersatzforderung bezog.

Weiterhin war hier zu beachten, dass grundsätzlich die Angabe des Rechtsgrundes für die hinreichende Bestimmtheit nicht erforderlich ist (Zöller-Vollkommer, § 690 Rn 14). Hier kam es zu einer Falscheintragung. Die Falschangabe steht der Individualisierung dann nicht entgegen, wenn sich gleichwohl für den Antragsgegner der Gegenstand der Vollstreckung ergibt (so bereits Zöller-Vollkommer, § 690 Rn 14). Die zulässige Bezugnahme auf das vorprozessuale Schreiben vom 19.03.2004, das dem Mahnbescheid nicht in Abschrift beigelegt zu sein brauchte (vgl. BGH, NJW 1996, 2152), vermittelte den Bkl. die erforderlichen Erkenntnisse, dass und wofür die Kl. jeweils in welcher Höhe Schadensersatzforderungen erhebt. Die Bkl. haben dies auch verstanden, wie sich aus ihrem Antwortschreiben vom 20.04.2004 ergibt, welches der von ihnen beauftragte Mieterverein K. e.V. in ihrem Namen verfasst hat.

Die hier dargelegten Probleme könne leicht in eine Klausur eingearbeitet werden. Die Entscheidung ist - wenngleich inhaltlich nicht neu - wegen der ausführlichen Begründung der hinreichenden Konkretisierung der Forderung lesenswert.

Vertiefungshinweise:

Zum Mahnverfahren: *Salten/Riesenberg/Jurksch*, MDR 1995, 448 (Zuständigkeit); *Fischer*, MDR 1994, 124 (Rücknahme des Mahnantrags); *Holch*, NJW 1991, 3180 (Bestimmtheit des Antrags), *Schneider*, MDR 1971, 587 (Bestimmtheit des Antrags)

Zum den Rechten und Pflichten der Mietrechtvertragsparteien: *BGH*, RA 2007, 313 (Erfüllungsanspruch); *BGH*, RA 2007, 244 (Vermieterwechsel); *BGH*, RA 2007, 429 = NJW 2007, 2177; *OLG Karlsruhe*, RA 2007, 588 = NJW 2007, 3004; *Timme*, NJW 2005, 2962; *Hau*, JuS 2003, 130

Kursprogramm:

- Examenskurs*: "Schönheitsreparaturen"
- Assessorkurs*: "Das englische Teeservice"

Leitsatz:

Zur Individualisierung eines Schadensersatzanspruchs des Wohnraumvermieters wegen Beschädigung sowie unzureichender Reinigung der Mietsache nach Beendigung der Mietzeit kann die irrtümliche Bezeichnung im Mahnbescheidsantrag "Mietnebenkosten - auch Renovierungskosten" genügen, wenn der Antragsteller zugleich auf ein vorprozessuales Anspruchsschreiben Bezug nimmt, welches dem Antragsgegner vermittelt, dass und wofür der Antragsteller Schadensersatz verlangt.

Sachverhalt:

[1] Die Bkl. waren bis zum 31.01.2004 Mieter einer Wohnung der Klägerin in D. . Durch Anwaltsschreiben vom 19.03.2004 nahm die Kl. die Bkl. auf Schadensersatz in Höhe von 2.000 € in Anspruch. Sie machte geltend, dass die Bkl. während ihrer Mietzeit mehrere, im Einzelnen aufgeführte Schäden verursacht und die Wohnung vor dem Auszug nur unzureichend gereinigt hätten. Ferner verlangte die Kl. 345 € rückständige Miete.

[2] Auf Antrag der Kl. hat das Mahngericht am 20.07.2004 einen Mahnbescheid über eine Hauptforderung von 2.000 € erlassen, der den Bkl. am 22.07.2004 zugestellt worden ist. Die Hauptforderung ist darin wie folgt bezeichnet:

"Mietnebenkosten - auch Renovierungskosten - für die Wohnung in: D.gem. Aufforderungsschreiben vom 19.03.2004: 2000 €."

[3] Die Bkl. haben rechtzeitig Widerspruch eingelegt. Im Streitverfahren haben sie unter anderem die Einrede der Verjährung erhoben. Das Amtsgericht hat die Bkl. nach Beweisaufnahme unter Abweisung der Klage im Übrigen verurteilt, an die Kl. 719,68 € nebst Zinsen zu zahlen. Auf die Berufung der Bkl. hat das Landgericht die Klage insgesamt abgewiesen; die von der Kl. in Höhe von 120 € eingelegte Anschlussberufung hat es zurückgewiesen. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Kl. ihre in zweiter Instanz gestellten Anträge weiter.

Aus den Gründen:

[4] Die Revision hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I. Entscheidung des Berufungsgerichts

[5] Das Berufungsgericht (LG Düsseldorf, NJW 2007, 3009) hat ausgeführt: Die geltend gemachten Schadensersatzansprüche aus § 280 I BGB seien verjährt. Sie unterlägen der sechsmonatigen Verjährung aus § 548 BGB, beginnend mit der Rückgabe der Mietsache am 31.01.2004. Die Verjährungsfrist habe demgemäß mit Ablauf des 31.07.2004 geendet.

[6] Die Verjährung sei durch den am 20.07.2004 erlassenen und am 22.07.2004 zugestellten Mahnbescheid

des Amtsgerichts Hagen nicht gemäß § 204 I Nr. 3 BGB gehemmt worden. Eine Hemmung der Verjährung durch die Zustellung eines Mahnbescheids trete nur ein, wenn er die streitgegenständliche Forderung hinreichend individualisiere. Der Anspruch müsse so gegenüber anderen Ansprüchen abgegrenzt werden, dass er Grundlage eines der materiellen Rechtskraft fähigen Vollstreckungsbescheids sein und der Schuldner erkennen könne, welcher Anspruch oder welche Ansprüche gegen ihn geltend gemacht würden, damit er entscheiden könne, ob und in welchem Umfang er sich zur Wehr setzen wolle. Auch für das automatisierte Mahnverfahren gelte, dass die Individualisierung der geltend gemachten Ansprüche aus dem Mahnbescheid selbst möglich sein müsse.

[7] Hier fehle es im Mahnbescheid zum einen an der erforderlichen Individualisierung des Mietvertrags der Parteien. Angegeben sei lediglich "Mietnebenkosten ... für die Wohnung in D. ". Um welche Wohnung es sich handle, werde nicht gesagt.

[8] Weiterhin sei die Bezeichnung der geltend gemachten Schadensersatzansprüche als "Mietnebenkosten - auch Renovierungskosten" falsch und somit für die Bekl. verwirrend. Rechtlich handle es sich bei den streitgegenständlichen Forderungen sämtlich um Schadensersatzansprüche gemäß § 280 I BGB, nicht um Mietnebenkosten, unter denen ein juristischer Laie eher Betriebs- oder Nebenkostenansprüche vermuten würde. Der Zusatz "auch Renovierungskosten" ändere an der Beurteilung der Sachlage nichts. Die geltend gemachten Schadensersatzansprüche, beispielsweise wegen der angeblichen Beschädigung von Holzwerk, Bodenbelag und Sanitäreinrichtungen, stellten bereits begrifflich keine Renovierungskosten dar.

[9] Der Verweis im Mahnbescheid auf das Aufforderungsschreiben vom 19.03.2004 reiche ebenfalls nicht aus, um die geltend gemachten Schadensersatzansprüche hinreichend zu individualisieren. Wenn, wie hier, mehrere Einzelansprüche zusammengefasst in einer Summe geltend gemacht würden, sei weitergehend erforderlich, dass die Einzelforderungen nach Individualisierungsmerkmalen und Betrag bestimmt sein müssten. Eine zusammenfassende zeitliche Eingrenzung ohne betragsmäßige Aufteilung und Zuordnung der Gesamtsumme reiche nicht. Eine hinreichende Individualisierung könne hier allenfalls durch das Aufforderungsschreiben vom 19.03.2004 erfolgt sein, auf das im Mahnbescheidsantrag verwiesen werde. Im Aufforderungsschreiben seien weiterhin aber auch Mietrückstände in Höhe von 345 € verlangt worden; die Bekl. seien zur Zahlung eines Gesamtbetrags von 2.345 € aufgefordert worden. Da, wie ausgeführt, die streitgegenständlichen Schadensersatzforderungen im Mahnbescheidsantrag unzutreffend als "Mietnebenkosten - auch Renovierungskosten" bezeichnet worden seien, hätten die Bekl. nicht eindeutig erkennen können, welche der Forderungen aus dem Schreiben vom

19.03.2004 Gegenstand des Mahnbescheids sein sollten und welche nicht.

[10] Es könne auch keine Rolle spielen, dass den Antragstellern und ihren Prozessbevollmächtigten im Rahmen des automatisierten Mahnverfahrens Vordrucke und Formulierungen angeboten würden, die zur nicht hinreichend genauen Bezeichnung der Forderungen verleiteten.

II. Entscheidung des BGH in der Revision

[11] Diese Beurteilung hält der revisionsrechtlichen Nachprüfung nicht stand. Einen Schadensersatzanspruch aus § 280 I BGB wegen Beschädigung oder Verschlechterung der Mietsache durch die Verletzung von Obhutspflichten und einen Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung aus § 280 I. III, § 281 I 1 BGB wegen unzureichender Reinigung der Mietsache nach Beendigung der Mietzeit entgegen § 12 Nr. 1 des Mietvertrags durfte das Berufungsgericht nicht mit der gegebenen Begründung verneinen.

[12] Mit Erfolg wendet sich die Revision gegen die Auffassung des Berufungsgerichts, dem Schadensersatzanspruch der Kl. stehe die von den Bekl. erhobene Einrede der Verjährung entgegen (§ 214 I BGB). Die sechsmonatige Verjährungsfrist, die mit der Rückgabe der Wohnung am 31.01.2004 begann (§ 548 I 1, 2 BGB), ist durch den am 20.07.2004 erlassenen und am 22. 07.2004 zugestellten Mahnbescheid rechtzeitig gehemmt worden (§ 204 I Nr. 3 BGB, § 167 ZPO). Der von der Kl. erwirkte Mahnbescheid genüge den Individualisierungsanforderungen des § 690 I Nr. 3 Halbs. 1 ZPO.

1. Anforderungen an die Individualisierung des Anspruchs gem. § 690 I Nr. 3 ZPO

[13] Nach dieser Vorschrift muss der Antrag auf den Erlass eines Mahnbescheids die Bezeichnung des Anspruchs unter bestimmter Angabe der verlangten Leistung enthalten. Für die Individualisierung im Sinne des § 690 I Nr. 3 Halbs. 1 ZPO ist keine Substantiierung des mit dem Mahnbescheid geltend gemachten Anspruchs oder gar seine Begründung erforderlich. Vielmehr genügt die Bezeichnung des Anspruchs unter bestimmter Angabe der verlangten Leistung. Der Anspruch muss durch seine Kennzeichnung von anderen Ansprüchen so unterschieden und abgegrenzt werden können, dass er Grundlage eines der materiellen Rechtskraft fähigen Vollstreckungstitels sein kann und dem Schuldner die Beurteilung möglich ist, ob er sich gegen den Anspruch zur Wehr setzen will oder nicht. Der Schuldner muss bereits im Zeitpunkt der Zustellung des Mahnbescheids erkennen können, woraus der Gläubiger seinen Anspruch herleiten will. Bei der Geltendmachung einer Mehrzahl von Einzelforderungen muss deren Bezeichnung im Mahnbescheid dem Schuldner ermöglichen, die Zusammensetzung des verlangten Gesamtbetrags aus für ihn unterscheidbaren

Ansprüchen zu erkennen. Nur dann ist ihm eine sachgerechte Entscheidung innerhalb der Widerspruchsfrist möglich, ob eine Verteidigung gegen die geltend gemachten Ansprüche sinnvoll ist. Wann diesen Anforderungen genüge getan ist, kann nicht allgemein und abstrakt festgelegt werden; vielmehr hängen Art und Umfang der erforderlichen Angaben im Einzelfall von dem zwischen den Parteien bestehenden Rechtsverhältnis und der Art des Anspruchs ab (st. Rspr. des BGH, zuletzt WM 2006, 592)

2. Individualisierung im konkreten Fall

[14] Diesen Anforderungen wird der Mahnbescheid im vorliegenden Fall gerecht.

a. Mitteilung der Anschrift ist nicht erforderlich

[15] Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts war die Mitteilung der Wohnungsanschrift zur Individualisierung des Anspruchs auf Schadensersatz wegen Beschädigung der Mietsache nicht erforderlich. Unabhängig davon, dass die Angabe der Wohnungsanschrift im automatisierten Mahnverfahren bei Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen aus einem Mietvertrag nicht vorgesehen ist, reicht es aus, wenn für den Wohnraummietler als Antragsgegner erkennbar ist, wegen welcher Schäden in welcher Höhe Ansprüche gegen ihn geltend gemacht werden. Voraussetzung für die verjährungshemmende Wirkung des Mahnbescheids ist nicht, dass aus diesem selbst für einen außenstehenden Dritten erkennbar ist, welche konkreten Forderungen wegen welcher Schäden gegen den Antragsgegner gerichtet werden (BGH, Urteil vom 12.04.2007, aaO, Tz. 46). Da zwischen den Parteien lediglich ein einziges Mietverhältnis bestand, konnte kein Zweifel bestehen, auf welche Wohnung sich die Schadensersatzforderung bezog.

b. Erkennbarkeit für die Bekl. auch gegeben

[16] Für die Bekl. war auch erkennbar, welche Ansprüche gegen sie geltend gemacht werden sollten.

aa. Falsche Angabe des Rechtsgrundes ist unschädlich

[17] Allerdings hat der Prozessbevollmächtigte der Kl. die Hauptforderung in seinem Antrag auf Erlass des Mahnbescheids unzutreffend bezeichnet. Die Ausfüllhinweise für den Erlass eines Mahnbescheids enthalten einen Hauptforderungskatalog, der unter Nummer 20 "Mietnebenkosten - auch Renovierungskosten" vorsieht und unter Katalognummer 28 "Schadensersatz aus ...-Vertrag", wobei die Vertragsart gesondert einzutragen ist. Da die Kl. einen vertraglichen Schadensersatzanspruch geltend gemacht hat, hätte sie den Anspruch mit der Katalognummer 28 bezeichnen und als Vertragsart "Mietvertrag" ergänzen müssen.

[18] Eine falsche Angabe des Rechtsgrundes ist aber unschädlich, wenn dies der notwendigen Individualisierung für den Antragsgegner nicht entgegensteht

(vgl. Zöller/Vollkommer, ZPO, 26. Aufl., § 690 Rdnr. 14). So verhält es sich hier. Die zulässige Bezugnahme auf das vorprozessuale Schreiben vom 19.03.2004, das dem Mahnbescheid nicht in Abschrift beigelegt zu sein brauchte (BGH, NJW 1996, 2152), vermittelte den Bekl. die erforderlichen Erkenntnisse, dass und wofür die Kl. jeweils in welcher Höhe Schadensersatzforderungen erhebt. Die Bekl. haben dies auch verstanden, wie sich aus ihrem Antwortschreiben vom 20.04.2004 ergibt, welches der von ihnen beauftragte Mieterverein K. e.V. in ihrem Namen verfasst hat. Schadensersatzforderungen haben sie mit diesem Schreiben Punkt für Punkt ausdrücklich zurückgewiesen.

bb. Bezugnahme auf vorprozessuales Schreiben

[19] Die Bekl. konnten auch erkennen, dass ein Mietrückstand von 345 €, der noch Gegenstand des in Bezug genommenen Schreibens vom 19.03.2004 war, vom Mahnbescheid nicht erfasst war. Werden mit einem Mahnbescheid mehrere Einzelansprüche unter Zusammenfassung in einer Summe geltend gemacht, müssen die Einzelforderungen nach Individualisierungsmerkmalen und Betrag bestimmt sein (BGH, WM 1993, 418). Daran kann es fehlen, wenn der Mahnbescheid auf ein vorprozessuales Schreiben Bezug nimmt, aber nicht alle Ansprüche umfasst, die mit diesem Schreiben erhoben worden sind (KG, WuM 2002, 614 f.). Ein erster Hinweis, der eine Abgrenzung ermöglichte, ergab sich hier jedoch bereits aus der Höhe der im Mahnbescheid geltend gemachten Hauptforderung von 2.000 €. Das vorprozessuale Schreiben vom 19.03.2004 unterscheidet ausdrücklich zwischen Schadensersatzforderungen in Höhe von insgesamt 2.000 € und 345 € Mietrückstand. Zudem war die Anspruchsbezeichnung als "Mietnebenkosten - auch Renovierungskosten" im vorliegenden Fall - wie ausgeführt - zwar unrichtig und leistete eine hinreichende Kennzeichnung des Anspruchs nur durch die Bezugnahme auf das Schreiben vom 19.03.2004. Die im Mahnantrag und in dem daraufhin erlassenen Mahnbescheid enthaltene Anspruchsbezeichnung gewährleistete hier aber gleichwohl eine jede Verwechslungsgefahr ausschließende, negative Abgrenzung dahin, dass ein Anspruch auf Begleichung rückständiger Miete erkennbar gerade nicht Gegenstand des Mahnverfahrens sein sollte.

III. Aufhebung des Berufungsurteils

[20] Das Berufungsurteil kann nach alledem keinen Bestand haben; es ist deshalb aufzuheben (§ 562 I ZPO). Da das Berufungsgericht, aus seiner Sicht folgerichtig, zum Klageanspruch keine Feststellungen getroffen hat, ist der Senat nicht in der Lage, gemäß § 563 III ZPO abschließend zu entscheiden. Die Sache ist daher an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 I 1 ZPO).

Standort: § 13 StGB**Problem: Garantenstellungen**

BGH, URTEIL VOM 04.12.2007
5 STR 324/07 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Der moldawische Angeklagte und seine Verlobte wollten illegal in die Bundesrepublik Deutschland einreisen. Sein Kontaktmann, der ihm ein Visum für Polen besorgt und den Transport dorthin organisiert hatte, zwang ihn dazu, die 47jährige A auf die Reise nach Deutschland mitzunehmen. Nachdem die drei nachts die Neiße durchquert und deutsches Gebiet erreicht hatten, irrten sie bei großer Kälte durch die Dunkelheit. Der Angeklagte rief einen befreundeten Russen an, der sie abholen sollte. Dieser fand sie jedoch nicht. Gegen Mitternacht stürzte die A und blieb liegen. Sie sagte zum Angeklagten und dessen Verlobter, sie sollten weitergehen, sie selbst könne nicht mehr. Wenn die anderen den Russen treffen würden, dann sollten sie sie später abholen. Der Angeklagte und seine Verlobte irrten weiter durch die Nacht und schliefen schließlich erschöpft und desorientiert am Straßenrand ein. A starb an Unterkühlung.

Das LG Görlitz hatte den Angeklagten zwar wegen diverser Verstöße gegen das AufenthG verurteilt. Eine Strafbarkeit wegen eines unechten Unterlassungsdelikts, z.B. Totschlag durch Unterlassen, §§ 212 I, 13 I StGB, hatte das LG wegen des Fehlens der hierfür erforderlichen Garantenstellung abgelehnt. Auch eine Strafbarkeit wegen unterlassener Hilfeleistung, § 323c StGB, hatte es verneint. Dies bestätigt der BGH in der vorliegenden Entscheidung.

Prüfungsrelevanz:

Unechte Unterlassungsdelikte und hierbei gerade die Voraussetzungen für das Entstehen einer Garantenstellung sind immer wieder Gegenstand von Prüfungsaufgaben in beiden Examen. Hierbei ist sowohl die Kenntnis der insofern einschlägigen Fallgruppen als auch der relevanten Problemfälle ratsam.

Gem. § 13 I StGB kann der Täter einen Straftatbestand grds. auch dadurch verwirklichen, dass er den tatbestandlichen Erfolg nicht selbst durch ein aktives Tun herbeiführt, sondern durch sein Unterlassen den Erfolgseintritt lediglich nicht verhindert (sog. unechtes Unterlassungsdelikt). Dies ist jedoch nur strafbar, wenn der Täter "rechtlich dafür einzustehen hat, dass der Erfolg nicht eintritt". Diese Einstandspflicht wird üblicherweise als Garantenstellung bezeichnet (Fi-

scher, § 13 Rn 8; Lackner/Kühl, § 13 Rn 6; Schünemann, ZStW 96, 287, 304). Unterschieden wird hier grob zwischen zwei Gruppen: den Beschützergaranten, die die Pflicht haben, ein bestimmtes Rechtsgut vor unbestimmt vielen Gefahren zu schützen und den Überwachergaranten, die eine unbestimmte Zahl von Rechtsgütern vor einer bestimmten Gefahrenquelle schützen müssen, wobei hier aber Überschneidungen möglich sind (BGH, NJW 2003, 525; Fischer, § 13 Rn 9; Schönke/Schröder-Stree, § 13 Rn 9). Die einzelnen Fallgruppen, in denen Beschützer- und/oder Überwachergarantenstellungen entstehen können, sind im Detail streitig.

Der BGH diskutiert in der vorliegenden Entscheidung zunächst eine Garantenstellung des Angeklagten aus einer engen Gemeinschaftsbeziehung mit dem Opfer. Insofern ist anerkannt, dass eine Gemeinschaftsbeziehung oder Gefahrengemeinschaft Grundlage einer Garantenstellung sein kann, wenn die Gemeinschaft auf eine gegenseitige Hilfeleistung angelegt ist wie z.B. bei Bergsteigern (BayObLG, NJW 1998, 97; Joecks, § 13 Rn 27; Schönke/Schröder-Stree, § 13 Rn 24) oder Polizisten auf gemeinsamem Streifendienst (Fischer, § 13 Rn 24; Otto/Brammsen, JURA 1985, 592). Eine Garantenstellung entsteht jedoch nicht bei einer reinen Zufallsgemeinschaft, die nicht auf eine gegenseitige Hilfeleistung angelegt ist wie bei Zechkumpanen (BGH, NJW 1954, 1047; 1973, 1706; Joecks, § 13 Rn 27). Auch eine Hausgemeinschaft führt nicht ohne Weiteres zum Entstehen einer Garantenstellung (BGH, NStZ 1984, 163; NJW 1987, 850; Fischer, § 13 Rn 26; Wessels/Beulke, Rn 719). In der vorliegenden Entscheidung betont der BGH, dass die bloße (Reise-) Gemeinschaft der illegalen Einwanderer nicht ohne Weiteres eine Garantenstellung begründet, solange sie nicht mit einer entsprechenden Schutzzusage verbunden ist, was sich aber nicht feststellen ließ.

Eine Garantenstellung kann sich auch daraus ergeben, dass der Täter eine Schutzfunktion für das Opfer übernimmt, und zwar sowohl bei entsprechender vertraglicher Grundlage (z.B. einem Behandlungsvertrag, vgl. BGHSt 7, 212; BGH, NJW 1961, 2068; Fischer, § 13 Rn 20; Schönke/Schröder-Stree, § 13 Rn 28) als auch bei rein freiwilliger Übernahme einer Schutzfunktion, sofern der Täter die Situation des Opfers wesentlich verändert (BGH, NJW 1993, 2628; Fischer, § 13 Rn 22; Schönke/Schröder-Stree, § 13 Rn 27). Im vorliegenden Urteil führt der BGH aus, dass eine solche Garantenstellung wegen freiwilliger Übernahme einer

Schutzfunktion aber jedenfalls dann nicht gegeben ist, wenn der Täter seiner Schutzzusage unter der aufschiebenden Bedingung erteilt, dass ein Dritter seinerseits einen Hilfsbeitrag erbringen werde.

Schließlich diskutiert der BGH noch die Möglichkeit einer Garantenstellung aus pflichtwidrigem Vorverhalten (Ingerenz). Der BGH betont in der vorliegenden Entscheidung (in Übereinstimmung mit seiner bisherigen Rechtsprechung, vgl. BGH, NStZ 1998, 83; 2000, 414; 2000, 583) ausdrücklich, dass nicht jedes Vorverhalten, das irgendeine Pflicht - selbst eine gesetzliche - verletzt, zu einer Garantenstellung führt, sondern nur, wenn der Täter bereits durch das Vorverhalten die nahe liegende Gefahr des Schadenseintritts geschaffen hat, was aber nur der Fall ist, wenn das Vorverhalten bereits eine Sorgfaltsnorm verletzt, die dasjenige Rechtsgut schützt, das durch das spätere Unterlassen des Täters verletzt wird (ebenso Schönke/Schröder-Stree, § 13 Rn 34; Jescheck/Weigend, AT, S. 625).

Vertiefungshinweise:

Zur Garantenstellung aus Gemeinschaft: *BGHSt* 17, 359; 48, 77; *BGH*, *NJW* 1987, 850; *Otto/Brammsen*, *JURA* 1985, 592; *Schünemann*, *ZStW* 96, 287

Zur Garantenstellung wegen freiwilliger Übernahme einer Schutzfunktion: *BGH*, *NJW* 1993, 2628; *OLG Düsseldorf*, *NJW* 1991, 2980; *Geiger*, *JZ* 1983, 153; *Kreuzer*, *JR* 1984, 294; *Lilie*, *NStZ* 1983, 314

Zur Garantenstellung aus Ingerenz: *BGH*, *NJW* 1992, 1247; 1998, 1573; 2000, 2756; *NStZ* 1998, 83; 2000, 414; 2000, 583

Kursprogramm:

Examenskurs: "Todespirouette"

Examenskurs: "Der eiskalte Engel"

Leitsätze (der Redaktion):

1. Die bloße Zugehörigkeit zu einer Gemeinschaft begründet noch keine gegenseitigen Garantenhilfspflichten. Dafür ist vielmehr die Übernahme einer Schutzfunktion gegenüber einem Hilfsbedürftigen aus dieser Gruppe vonnöten.

2. Eine Zusage zur Leistung einer über die Erfüllung der allgemeinen Hilfspflicht gemäß § 323c StGB hinausgehenden Hilfe begründet jedenfalls dann keine Garantenstellung, wenn die Erfüllung dieser Pflicht stand indes unter der aufschiebenden Bedingung des Eingreifens eines weiteren Hilfwilligen steht.

3. Ein gegen die Rechtsordnung verstoßendes Vorverhalten genügt zur Annahme einer Garantenstellung aus Ingerenz allein noch nicht, weil es zu vermeiden gilt, durch eine zu weite Ausdehnung der an das vorangegangene Vorverhalten anknüpfenden Handlungspflicht die von der Rechtsordnung -

gemäß Art. 2 Abs. 1 GG - geschützte Handlungsfreiheit in größerem Umfang aufzuheben. Zur Annahme einer Garantenstellung ist es deshalb darüber hinausgehend im Sinne einer Eingrenzung erforderlich, dass der Täter durch sein Vorverhalten über die bloße Erfolgsursächlichkeit und Pflichtwidrigkeit hinaus die nahe Gefahr für den Schadenseintritt geschaffen hat, was bei der Missachtung einer Vorschrift angenommen wird, die dem Schutz des betroffenen Rechtsguts dient.

Sachverhalt:

Der Angeklagte, ein 26 Jahre alter arbeitsloser Diplomingenieur aus Moldawien, reiste erstmals 2003 nach Deutschland ein. Die Ausländerbehörde der Stadt Frankfurt am Main verfügte am 11. April 2003 die Ausweisung des Angeklagten und drohte ihm die Abschiebung in sein Heimatland an. Dorthin kehrte der Angeklagte zurück.

Er beabsichtigte Anfang 2005, zusammen mit seiner damals 18-jährigen Verlobten D von Moldawien über Polen nach Deutschland zu reisen. Er beschaffte sich gegen Zahlung von 200 Euro ein polnisches Visum bei einem moldawischen Landsmann, der vor der Abfahrt des Busses nach Polen am 27. Januar 2005 in Moldawien von dem Angeklagten verlangte, die 47 Jahre alte A mit nach Krakau zu nehmen, wo der Angeklagte die Hotelkosten für die Frau verauslagen sollte; diese würden von ihr dann nach Ankunft in ihrem erstrebten Zielland Italien erstattet werden. Der Angeklagte, der über das Ansinnen seines Landsmannes sehr ungehalten reagierte, rief bei einer Agentur an und erkundigte sich, warum "man ihm die Frau angehängt" habe, wo er doch selbst auch nur wenig Geld dabei habe. Der Angeklagte fuhr dennoch mit A im Bus nach Krakau, wo die Verlobte des Angeklagten am 3. Februar 2005 ebenfalls eintraf. Am nächsten Tag reisten der Angeklagte und die zwei Frauen mit dem Bus weiter nach Zgorzelec. Von dort fuhren sie in einem Taxi nach Bokatynia, von wo aus sie auf Rat des Fahrers selbstständig nach Deutschland gehen wollten. A war mit in das Taxi eingestiegen und hatte sich mit zehn Euro zu einem Drittel an den Taxikosten beteiligt.

Nach einigem Suchen fanden der Angeklagte und die beiden Frauen einen passierbaren Übergang des Grenzflusses Neiße, den sie gegen Mitternacht - das Wasser reichte bis zu den Oberschenkeln - gemeinsam ohne Einreiseerlaubnisse durchquerten. Sie zogen trockene Kleidung an und liefen in Richtung des Landesinneren. Bei Tagesanbruch versteckten sie sich in der Nähe der Straße von Löbau nach Zittau in einem Wald. Der Angeklagte und seine Verlobte studierten eine Landkarte. Er rief einen in der Nähe von Frankfurt am Main wohnhaften Russen an, beschrieb ihm ihren Standort und bat um Abholung aller drei Personen. Der um Hilfe ersuchte Russe fand aber ihren Standort auf seiner Landkarte nicht und unternahm bis

Mitternacht trotz zahlreicher Anrufe durch den Angeklagten nichts. Auf dem Weg in die nächste Ortschaft - dort sollte, weil die Mobiltelefone nicht mehr funktionierten, von einer Telefonzelle aus weitertelefoniert werden - stürzte A gegen Mitternacht etwa 70 bis 80 m von der Bundesstraße 78 (Löbau/Zittau) entfernt auf freiem Feld. Sie sagte, sie könne nicht mehr weiter. Der Angeklagte und D ermutigten sie weiterzulaufen. A entgegnete jedoch, der Angeklagte und D seien jünger und sollten allein weitergehen. Wenn sie den Russen erreicht hätten und dieser sie abholen komme, sollten sie zu ihr zurückkommen und sie abholen.

Der Angeklagte und seine Verlobte ließen die Frau schließlich in der auf minus 11 Grad Celsius abgekühlten Nacht in offenem Gelände zurück. Sie verstarb wahrscheinlich gegen 3.30 Uhr an Unterkühlung. Ein Eintritt des Todes bereits kurz nach dem Weggang des Angeklagten ist denkbar. A hatte noch versucht, einen schneebedeckten Hang hoch zu kriechen.

Der Angeklagte und D suchten in dem nur wenige 100 m entfernten Oberseiferdorf ohne Erfolg eine Telefonzelle. Erschöpft und desorientiert schliefen der Angeklagte und seine Verlobte gegen 2.00 Uhr am Straßenrand ein. Sie wurden von einem Zeugen geweckt und aufgefordert, wegen der Unfallgefahr diesen Ort zu verlassen. Später ließen sie ein Polizeiauto passieren und wollten nach einer Rast an einer Bushaltestelle zu A zurückgehen; indes fanden sie den Weg dorthin nicht mehr. Sie ließen sich dann an einer anderen Bushaltestelle nieder. Gegenüber einem Autofahrer und einem Taxifahrer erklärten sie nichts über die im freien Gelände zurückgebliebene Frau. Mehrere Polizei- und Krankenwagen ließen sie passieren.

Der Angeklagte und D fuhren mit dem Bus um 9.00 Uhr nach Löbau. Von dort reisten sie mit dem Zug nach Frankfurt am Main weiter, wo sie um 21.00 Uhr eintrafen. Am Morgen des 7. Februar 2005 rief der Angeklagte erneut bei seinem russischen Bekannten an, um gemeinsam mit ihm die Geschädigte abzuholen. Dies lehnte der Angesprochene aber ab.

Am Abend rief der moldawische Visabeschaffer bei dem Angeklagten an, teilte mit, dass A verstorben sei, und verlangte die Zahlung von 5.000 Euro. Der Angeklagte lehnte jede Zahlung ab. Nach weiteren fordernden, zum Teil drohenden Anrufen überredete D den Angeklagten zu zahlen, damit es endlich Ruhe gebe. Der Angeklagte ließ sich über einen Bekannten in Moskau 2.500 Euro. Dieser Betrag wurde dem Visabeschaffer übergeben.

Aus den Gründen:

1. Entscheidung des Landgerichts; Rechtsmittel

Das Landgericht hat den Angeklagten "wegen unerlaubter Einreise nach Ausweisung in Tateinheit mit unerlaubtem Aufenthalt nach Ausweisung" zu einer Freiheitsstrafe von einem Jahr verurteilt und unter Ein-

beziehung von vier anderweitig verhängter Freiheitsstrafen von jeweils einem Jahr und sechs Monaten - nach Auflösung der diese verbindenden Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren - auf eine Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren und sechs Monaten erkannt. Die Revision der Staatsanwaltschaft erstrebt mit der Sachrüge eine Verurteilung des Angeklagten wegen des Todes einer zur gleichen Zeit illegal eingereisten Ausländerin. Das Rechtsmittel erzielt in Übereinstimmung mit der Auffassung des Generalbundesanwalts lediglich die aus dem Urteilstenor ersichtliche geringfügige Schuldspruchkorrektur. [...]

2. Tatsächliche und rechtliche Würdigung des Landgerichts

Das Landgericht hat sich davon überzeugt, dass der Angeklagte für sein Tätigwerden bei der Einreise der A keinen Vermögensvorteil erhalten oder sich hat versprechen lassen. Es hat - in Übereinstimmung mit der Einschätzung eines ermittelnden Polizeibeamten - die geleisteten und versprochenen Zahlungen dahingehend gewürdigt, dass vom Angeklagten kein Schleusungslohn zurückgezahlt worden ist, sondern dass es vielmehr näher liege, dass der Visabeschaffer durch den Tod der Frau A einen Schaden (Nichterfüllung des Anspruchs auf Schleuserlohn) erlitten und einen Ausgleich durch Erpressung des Angeklagten beabsichtigt hat.

Deshalb liege kein Einschleusen im Sinne des § 96 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG vor. Der Angeklagte habe auch nicht zugunsten von mehreren Ausländern gehandelt (§ 96 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG). Auf die Verlobte des Angeklagten dürfe nicht als zweite Ausländerin abgestellt werden.

Das Landgericht hat schließlich eine Strafbarkeit des Angeklagten wegen eines Verdeckungsmordes durch Unterlassen verneint, weil sich eine Garantenstellung für das Leben der Verstorbenen weder aus dem rechtlichen Gesichtspunkt einer Gefahrgemeinschaft noch aus Ingerenz ergebe. Im Übrigen habe die Geschädigte auf sofortige Hilfe wirksam verzichtet.

3. Zur Zulässigkeit der Revision, insb. zum Fehlen des Revisionsantrags

Die Revision ist zulässig. Zwar enthalten weder die Revisionseinlegungsschrift noch die Revisionsbegründung den nach § 344 Abs. 1 StPO erforderlichen Revisionsantrag, durch den der Umfang der Urteilsanfechtung bezeichnet wird. Das Fehlen eines solchen Antrags ist aber dann unschädlich, wenn sich der Umfang der Anfechtung aus dem Inhalt der Revisionsbegründung ergibt (vgl. BGHR StPO § 344 Abs. 1 Antrag 5 m.w.N.). Dies ist hier noch der Fall.

Zwar legen die nach Obersätzen gegliederten Angriffe gegen die Subsumtion und der Vortrag, dass "auf dieser Tatsachengrundlage zumindest ein Urteilsspruch wegen Beihilfe zur vorsätzlich unerlaubten Einreise in

Tateinheit mit vorsätzlichem unerlaubten Aufenthalt in Bezug auf die Geschädigte ... (hätte) erfolgen müssen“, nahe, dass die getroffenen Feststellungen vom Revisionsangriff ausgenommen sind. Indes wird dem widersprechend auch die Beweiswürdigung angegriffen, weshalb der Senat den Willen der Revisionsführerin erkennt, dass diese ihr Ziel, eine Verurteilung wegen eines Kapitalverbrechens zu erreichen, auch hilfsweise unter Aufhebung der Feststellungen des landgerichtlichen Urteils erheischt. Damit ergibt sich aus der Revisionsbegründung noch ein bestimmter, nämlich der maximal mögliche Anfechtungsumfang.

4. Zur fehlenden Verurteilung wegen § 95 I Nr. 3 AufenthG, § 27 I StGB

Das Rechtsmittel hat lediglich Erfolg, soweit es das Landgericht unterlassen hat, die gemeinsame illegale Einreise unter dem Gesichtspunkt zu würdigen, dass der Angeklagte durch die bloße Mitnahme der später Verstorbenen und die Übernahme der Kosten für die Beschaffung von Unterkunft und Verpflegung in Krakau deren illegale Einreise gefördert hat. Demnach ist eine weitergehende tateinheitliche Verurteilung auch wegen Beihilfe zur unerlaubten Einreise gemäß § 95 Abs. 1 Nr. 3 AufenthG, § 27 Abs. 1 StGB geboten.

Der Senat ändert den Schuldspruch in entsprechender Anwendung des § 354 Abs. 1 StPO selbst (vgl. BGH NJW 2006, 1822, 1824). Im Anschluss an die Auffassung des Generalbundesanwalts ist der Senat der Überzeugung, dass die geringfügige Schuldspruchänderung keine Auswirkung auf den Strafausspruch haben kann. Die vom Landgericht gefundene Strafe ist im Sinn des hier verfassungsrechtlich unbedenklich (vgl. BVerfG NJW 2007, 2977) analog zugunsten des Angeklagten anzuwendenden § 354 Abs. 1a Satz 1 StPO (vgl. BGH aaO) angemessen.

5. Zur weiter gehenden Revision

Die weitergehende Revision ist unbegründet.

a. Zur Rüge fehlerhafter Beweiswürdigung

Die Angriffe auf die Beweiswürdigung versagen.

Die Revision macht geltend, das Landgericht habe die Beweise nicht erschöpfend gewürdigt und sich nicht mit einem sich aufdrängenden Alternativgeschehen auseinandergesetzt (vgl. dazu BGH NJW 2007, 384, 387), weil es unerörtert gelassen habe, dass die Geschädigte für den Fall, dass der Angeklagte die Führung der Gruppe nicht übernommen hätte, eine Einreise von Polen durch den Grenzfluss Neißة nach Deutschland unterlassen hätte.

Insoweit handelt es sich aber nicht um ein sich aus den Urteilsfeststellungen aufdrängendes Alternativgeschehen, sondern eine urteilsfremde Erwägung. Das Landgericht hat sich auf Grund der Gesamtumstände der Reise fehlerfrei davon überzeugt, dass der Angeklagte die ihm aufgedrängte Mitreisende nicht „geführt“ hat,

sondern dass sich die Frau den jüngeren illegal Einreisenden lediglich auf eigenes Risiko angeschlossen hat. Die Würdigung der Zahlungen des Angeklagten an den unbekannt gebliebenen Schleuser ist revisionsgerichtlich nicht zu beanstanden.

Eine lückenhafte Beweiswürdigung hinsichtlich des von A erklärten Verzichts auf Hilfe hat sich auf das Ergebnis der Subsumtion des Landgerichts nicht ausgewirkt (siehe dazu näher sub b) dd)).

b. Zur Sachrüge

Die vom Landgericht vorgenommene rechtliche Würdigung hält der sachlich-rechtlichen Prüfung stand.

aa. Zum Fehlen einer Garantenstellung aus enger Gemeinschaftsbeziehung

Vergeblich wendet sich die Revision gegen die Annahme des Landgerichts, dem Angeklagten sei keine Garantenstellung für das Leben der Verstorbenen aus dem Umstand erwachsen, dass die in einer Gruppe illegal eingereisten Personen in eine enge Gemeinschaftsbeziehung eingetreten sind. Die bloße Zugehörigkeit zu einer Gemeinschaft begründet noch keine gegenseitigen Hilfspflichten. Dafür wäre vielmehr die Übernahme einer Schutzfunktion gegenüber einem Hilfsbedürftigen aus dieser Gruppe vonnöten gewesen (vgl. BGHSt 48, 77, 91; BGH NJW 1987, 850 f.; Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil Bd. 2 S. 730 Rdn. 57). Nach den rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen hat der Angeklagte, dem A gegen seinen Willen von dem moldawischen Schleuser aufgedrängt worden ist, bis zu seiner Zusage, sie in die für ihn und seine Verlobte vorgesehene Abholung einzubeziehen, weder ausdrücklich noch schlüssig erklärt, er werde für ihr Wohlergehen Sorge tragen.

bb. Zum Fehlen einer Garantenstellung wegen freiwilliger Übernahme einer Schutzfunktion

Eine Übernahme einer Schutzfunktion ergibt sich auch nicht daraus, dass der Angeklagte die später Verstorbene in sein weiteres Vorgehen einbezogen und ihr die Abholung und Weiterreise nach Frankfurt am Main versprochen hat. Diese Hilfszusage geht zwar an sich über die Erfüllung der allgemeinen Hilfspflicht gemäß § 323c StGB hinaus (vgl. Roxin aaO S. 731 Rdn. 61). Die Erfüllung dieser Pflicht stand indes unter der - vom Angeklagten nicht beeinflussbaren - aufschiebenden Bedingung des Eingreifens eines weiteren Hilfswilligen, des dem Angeklagten bekannten, in Frankfurt am Main wohnhaften russischen Staatsangehörigen. Nachdem indes dieser eine Reise an die ostdeutsche Grenze abgelehnt hatte, endete die vom Angeklagten gemachte Hilfszusage. Bei dieser Sachlage konnte sich aus der einmal zugesagten Hilfe auch keine fortwirkende Pflicht zur Vornahme einer weiteren Hilfsmaßnahme ergeben (vgl. Weigend in LK 12. Aufl. § 13 Rdn. 35; Roxin aaO S. 733 Rdn. 68). Der

Angeklagte blieb demnach lediglich angehalten, seine allgemeine, sich aus § 323c StGB ergebende Hilfspflicht zu erfüllen.

cc. Zum Fehlen einer Garantenstellung aus Ingerenz

Eine Garantenstellung für das Leben der Verstorbenen ergab sich für den Angeklagten auch nicht aus einem gefahrerhöhenden Vorverhalten (vgl. BGHSt 37, 106, 115; BGHR StGB § 13 Abs. 1 Garantenstellung 7).

Zwar hat der Angeklagte durch seine Beihilfe zur illegalen Einreise der Verstorbenen ein gegen die Rechtsordnung verstoßendes Vorverhalten verwirklicht (vgl. Weigend aaO Rdn. 43 m.w.N.). Dies genügt aber zur Annahme einer Garantenstellung allein noch nicht, weil es zu vermeiden gilt, durch eine zu weite Ausdehnung der an das vorangegangene Vorverhalten anknüpfenden Handlungspflicht die von der Rechtsordnung - gemäß Art. 2 Abs. 1 GG - geschützte Handlungsfreiheit in größerem Umfang aufzuheben (vgl. NK-StGB Wohlers 2. Aufl. § 13 Rdn. 41). Zur Annahme einer Garantenstellung ist es deshalb darüber hinausgehend im Sinne einer Eingrenzung erforderlich, dass der Täter durch sein Vorverhalten über die bloße Erfolgsursächlichkeit und Pflichtwidrigkeit hinaus die nahe Gefahr für den Schadenseintritt geschaffen hat (vgl. BGHSt 37, 106, 115 f.; BGHR StGB § 13 Abs. 1 Garantenstellung 7; BGHR StGB § 27 Abs. 1 Unterlassen 3), was bei der Missachtung einer Vorschrift angenommen wird, die dem Schutz des betroffenen Rechtsguts dient (vgl. BGHSt aaO; Stree in Schönke/Schröder, StGB 27. Aufl. § 13 Rdn. 35a; Roxin aaO S. 770 Rdn. 171). Dazu zählt der vom Angeklagten verwirklichte Straftatbestand des § 95 Abs. 1 Nr. 3 AufenthG i.V.m. § 27 Abs. 1 StGB nicht. Aus der in der Vorschrift des § 1 Abs. 1 AufenthG niedergelegten Zweckbestimmung des Aufenthaltsgesetzes folgt, dass dieses Gesetz keine Individualrechtsgüter schützt. Der vom Angeklagten insoweit verwirklichte Gesetzesverstoß kann demnach keine Garantenstellung für das Leben der illegal eingereisten Mitreisenden begründen.

dd. Zum Fehlen einer Strafbarkeit gem. § 323c StGB

Auch eine Strafbarkeit nach § 323c StGB ist nicht gegeben.

Zwar beruhen die Erwägungen des Landgerichts, mit denen es einen Verzicht auf die Erfüllung der allgemeinen Hilfspflicht angenommen hat, auf einer bedenklich unvollständigen Auswertung der getroffenen Feststellungen (vgl. BGH wistra 2002, 260, 262; 2007, 18, 19 f.; 108, 109; BGH, Urteil vom 31. Januar 2007 - 5 StR 404/06 Rdn. 23 ff.; Brause NStZ 2007, 505, 507 m.w.N.). Es spricht nichts dafür - was das Landgericht letztlich voraussetzt -, dass A, die nach Italien zur Aufnahme einer Erwerbstätigkeit reisen wollte, bei offensichtlicher Unmöglichkeit einer zeitnahen Rettung wegen des Risikos der Entdeckung der Begehung des eher geringfügigen Vergehens der illegalen Einreise in die Bundesrepublik Deutschland ihrem Leben hätte ein Ende setzen wollen. Dagegen spricht auch, dass Arbeitsmigranten sich offensichtlich eher abschieben oder wegen eines geringen Vergehens verurteilen lassen, als ihr Leben zu opfern.

Dieser Mangel bleibt indes jedenfalls ohne Auswirkung auf das vom Landgericht gefundene Ergebnis. Der Angeklagte war nach den fehlerfrei getroffenen Feststellungen naheliegend zur Hilfeleistung schon nicht mehr in der Lage. Er schlief ersichtlich erschöpft am Straßenrand und wurde von einem Zeugen gegen 2.00 Uhr in desorientiertem Zustand angetroffen. Jedenfalls war die ihm obliegende Hilfspflicht dadurch erloschen, weil der Tod - zugunsten des Angeklagten nicht ausschließbar - bereits kurze Zeit, nachdem der Angeklagte die Geschädigte verlassen hatte, eingetreten ist (vgl. BGHSt 32, 367, 381 m.w.N.).

ee. Zum Fehlen einer Strafbarkeit gem. § 96 I Nr. 2 AufenthG

Eine Strafbarkeit wegen Einschleusens von Ausländern gemäß § 96 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG ist ebenfalls nicht gegeben.

Bei der vom Angeklagten gemeinsam mit seiner Verlobten geplanten und ausgeführten illegalen Einreise handelte der Angeklagte als Mittäter, was eine Bestrafung wegen Beihilfe (vgl. Renner, Ausländerrecht 8. Aufl. AufenthG § 96 Rdn. 5) an der nämlichen Tat ausschließt (vgl. Lackner/Kühl, StGB 26. Aufl. § 27 Rdn. 2).

Standort: § 22 StGB**Problem: Unmittelbares Ansetzen**

BGH, URTEIL VOM 06.12.2007 (LG HANNOVER)
3 STR 325/07 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Der Angeklagte wollte eine Explosion in seinem Haus herbeiführen. Dazu öffnete er eine Gasflasche im Keller und zog die Stecker sämtlicher Elektrogeräte in dem fraglichen Raum, damit es nicht zu einer verfrühten Explosion kommen konnte. Dann begab er sich ins Bett, wobei er sich unschlüssig war, ob er nicht am nächsten Morgen das Gas wieder durch die Fenster entweichen lassen sollte, sodass es nicht zu einer Explosion kommen würde. Am nächsten Morgen betrat jedoch die Ehefrau des Angeklagten den Kellerraum, schaltete das Licht an und verursachte hierdurch die Explosion.

Das LG Hannover verurteilte den Angeklagten wegen versuchten Herbeiführens einer Sprengstoffexplosion, §§ 308 I, 22, 23 I StGB, in Tateinheit mit fahrlässiger Herbeiführung einer Sprengstoffexplosion, § 308 V StGB. Auf die Revision des Angeklagten hin hob der BGH das Urteil auf, da ein unmittelbares Ansetzen des Angeklagten zum Versuch, § 22 StGB, nicht hinreichend belegt sei.

Prüfungsrelevanz:

Probleme aus dem Bereich des Allgemeinen Teils des StGB und hier gerade die Prüfung des unmittelbaren Ansetzens zum Versuch, sind in beiden Examen ein besonders beliebter Gegenstand von Prüfungsaufgaben.

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. Daher kommt der Bestimmung dieses Zeitpunktes eine besondere Bedeutung zu. Ganz herrschend ist insofern mittlerweile die sog. gemischt objektiv-subjektive Theorie, nach der ein unmittelbares Ansetzen dann gegeben ist, wenn der Täter die Schwelle zum "jetzt geht es los" überschreitet, was der Fall ist, wenn er Handlungen vornimmt, die nach seinem Tatplan so eng mit der tatbestandlichen Ausführungshandlung verknüpft sind, dass sie bei ungestörten Fortgang ohne wesentliche Zwischenschritte unmittelbar in die Tatbestandsverwirklichung einmünden sollen, sodass aus Tätersicht das geschützte Rechtsgut bereits konkret gefährdet ist (BGH, NSStZ 1997, 83; StV 1997, 241; wistra 2002, 263; Wessels/Beulke, Rn 601; Roxin, JuS 1979, 1).

Diese Rechtsprechung setzt der BGH in der vorliegen-

den Entscheidung fort und stellt - in Übereinstimmung mit dem Wortlaut des § 22 StGB - klar, dass die Vorstellung des Angeklagten dafür entscheidend ist, ob im vorliegenden Fall mit dem Öffnen der Gasflasche und dem Verlassen des Kellers bereits ein unmittelbares Ansetzen gegeben ist: Sollte der Angeklagte geglaubt haben, dass das Gasgemisch nicht von selbst, sondern nur durch eine weitere von ihm noch vorzunehmende Handlung explodieren würde, so wären noch wesentliche weitere Zwischenschritte für die Tatbestandsverwirklichung erforderlich und der Angeklagte hätte nicht unmittelbar angesetzt. Sollte der Angeklagte hingegen geglaubt haben, dass sich das Gasgemisch von selbst entzünden würde, so wären nach dem Öffnen der Gasflasche keine weiteren Zwischenschritte mehr erforderlich und ein unmittelbares Ansetzen läge bereits vor. Da die diesbezüglichen Vorstellungen des Täters aber nicht festgestellt worden waren, verwies der BGH an das LG zurück.

Vertiefungsweise:

Zum unmittelbaren Ansetzen, insb. beim Aus-der-Hand-Geben des Geschehens: *BGH*, NSStZ 1983, 224; *BayObLG*, NJW 1994, 2164; *Böse*, JA 1999, 342; *Dornis*, JURA 2001, 664; *Herzberg*, JuS 1999, 225; *Rath*, JuS 1998, 1110; *Roxin*, JZ 1998, 210

Kursprogramm:

Examenskurs: "Garage"

Leitsatz (der Redaktion):

Gemäß § 22 StGB liegt der Versuch einer Straftat vor, sobald der Täter nach seiner Vorstellung von der Tat zur Verwirklichung des Tatbestandes unmittelbar ansetzt. Dies ist nicht erst dann der Fall, wenn er bereits eine der Beschreibung des gesetzlichen Tatbestandes entsprechende Handlung vornimmt oder - bei mehraktigen Delikten - ein Tatbestandsmerkmal verwirklicht. Auch eine frühere, vorgelagerte Handlung kann bereits die Strafbarkeit wegen Versuchs begründen. Dies gilt aber nur dann, wenn sie nach der Vorstellung des Täters bei ungestörtem Fortgang ohne Zwischenakte in die Tatbestandsverwirklichung unmittelbar einmündet oder mit ihr in unmittelbarem räumlichen und zeitlichen Zusammenhang steht.

Sachverhalt:

Der Angeklagte und seine Ehefrau befanden sich Anfang 2006 in einer aussichtslosen finanziellen Situation. Das beiden je zur Hälfte gehörende Einfamilienhaus war erheblich belastet, die Zwangsversteigerung des Grundstücks war angeordnet worden. In dieser

Situation beschloss der Angeklagte, das Haus durch Brandlegung unbewohnbar zu machen, so dass auch keiner der Gläubiger zukünftig dort würde wohnen können. Seinem Plan entsprechend wollte er in der Nacht zum 6. Januar 2006 das Haus anzünden, gab das Vorhaben aber alsbald auf, weil er seine Ehefrau und seinen Sohn, die zu diesem Zeitpunkt im Haus schliefen, nicht gefährden wollte. Zwei Nächte später wollte er das Haus durch eine Gasexplosion unbewohnbar machen. Er öffnete im Keller das Ventil einer mit 11 Kilogramm Propangas gefüllten Flasche und ließ das Gas ausströmen. Alsdann zog er die Stecker eines sich in demselben Raum befindlichen Kühlschranks sowie eines Gefrierschranks aus der Steckdose. Dadurch wollte er eine vorzeitige Explosion des entstehenden Gas-Luft-Gemisches verhindern, zumal sowohl seine Ehefrau als auch sein Sohn sich zu jenem Zeitpunkt in ihren Betten befanden und schliefen. Den Zeitpunkt der Explosion wollte der Angeklagte zu einem späteren Moment selbst bestimmen. Sodann begab er sich wieder ins Bett. Dort "kamen ihm Zweifel, ob seine Tat zur Ausführung gelangen sollte oder nicht. Er trug sich mit dem Gedanken, den Kellerraum am nächsten Morgen wieder zu lüften und das Gas dadurch entweichen zu lassen". Gegen 9.45 Uhr ging die Ehefrau des Angeklagten in den Keller, um Zutaten für das Frühstück zu holen. Als sie den Lichtschalter betätigte, löste sie die Explosion aus. Sie wurde dadurch zu Boden geschleudert und erlitt erhebliche Verbrennungen. Durch die Explosion wurde das Gebäude unbewohnbar.

Aus den Gründen:

1. Entscheidung des Landgerichts; Rechtsmittel

Das Landgericht hat den Angeklagten wegen versuchten Herbeiführens einer Sprengstoffexplosion in Tateinheit mit fahrlässigem Herbeiführen einer Sprengstoffexplosion und mit fahrlässiger Körperverletzung zu einer Freiheitsstrafe von vier Jahren verurteilt. Im Übrigen hat es ihn freigesprochen. Gegen seine Verurteilung wendet sich der Angeklagte mit seiner allein auf die allgemeine Sachrüge gestützten Revision. Das Rechtsmittel hat Erfolg. [...]

2. Zum Fehlen der Voraussetzungen für ein unmittelbares Ansetzen zum Versuch, § 22 StGB

Die Feststellungen tragen nicht die Verurteilung des Angeklagten wegen versuchten Herbeiführens einer Sprengstoffexplosion.

Gemäß § 22 StGB liegt der Versuch einer Straftat vor, sobald der Täter nach seiner Vorstellung von der Tat zur Verwirklichung des Tatbestandes unmittelbar ansetzt. Dies ist nicht erst dann der Fall, wenn er bereits eine der Beschreibung des gesetzlichen Tatbestandes entsprechende Handlung vornimmt oder - bei mehraktigen Delikten - ein Tatbestandsmerkmal verwirklicht.

Auch eine frühere, vorgelagerte Handlung kann bereits die Strafbarkeit wegen Versuchs begründen. Dies gilt aber nur dann, wenn sie nach der Vorstellung des Täters bei ungestörtem Fortgang ohne Zwischenakte in die Tatbestandsverwirklichung unmittelbar einmündet oder mit ihr in unmittelbarem räumlichen und zeitlichen Zusammenhang steht (st. Rspr.; vgl. BGHR StGB § 22 Ansetzen 30 m. w. N.).

Für den vorliegenden Fall bedeutet dies: Hätte sich der Angeklagte, als er im Keller seines Hauses das Gas ausströmen ließ, vorgestellt, zur Herbeiführung der Explosion bedürfte es zwingend noch weiterer von ihm später zu erbringender Handlungen und bis dahin könne nichts passieren, dann hätte er die Schwelle zum Versuch des Herbeiführens einer Sprengstoffexplosion noch nicht überschritten (vgl. zu solchen Fallgestaltungen BGHR StGB § 22 Ansetzen 21, 26, 29). Wäre er umgekehrt davon ausgegangen, dass er das Geschehen mit dem Öffnen des Ventils aus den Händen gebe, weil das Gas-Luft-Gemisch im Verlauf der Zeit auch durch eine von ihm nicht zu verhindernde Funkenbildung explodieren könnte, dann wäre diese Handlung, auch wenn er sich weitere Schritte vorbehalten hätte, aus seiner Sicht schon als Ausführungshandlung anzusehen, die im ungestörten Fortgang zur Explosion führen konnte. Der Angeklagte hätte zur Tat angesetzt (vgl. hierzu BGHR StGB § 22 Ansetzen 28, 34) mit der Folge, dass er - wegen der tatsächlich durch die Ehefrau ausgelösten Explosion - nicht nur wegen versuchten, sondern wegen vollendeten Herbeiführens einer Sprengstoffexplosion zu verurteilen wäre.

Zu den für die rechtliche Beurteilung entscheidenden Vorstellungen des Angeklagten enthält das angefochtene Urteil nur unzureichende, widersprüchliche Angaben. Die Feststellung, der Angeklagte habe den Zeitpunkt der Explosion zu einem späteren Moment selbst bestimmen wollen, deutet einerseits darauf hin, er habe sich vorbehalten, die Explosion erst durch weitere Handlungen selbst auszulösen. Andererseits lässt die im unmittelbaren Zusammenhang damit getroffene Feststellung, dem Angeklagten sei bewusst gewesen, dass das entstehende Gas-Luft-Gemisch hochexplosiv war und zur "Entscheidung" (gemeint wohl: Entzündung) bereits ein geringer Funke, ausgelöst durch Strom oder Feuer, ausreichte, die Möglichkeit offen, dass der Angeklagte davon ausging, die Explosion könne auch ohne sein weiteres Zutun erfolgen. In Bezug auf die Variante "Bestimmung eines späteren Explosionszeitpunkts" fehlt es zuletzt an jeglicher Darlegung, mit welcher späteren Handlung nach Austritt des Gases und Entstehen eines zündfähigen Gemisches der Angeklagte nach seinem Tatplan die Explosion hätte auslösen wollen.

3. Aufhebung des Urteils; Hinweis an den neuen Tatrichter

Der Rechtsfehler führt zur Aufhebung des gesamten

Urteils.

Sollte der neue Tatrichter seinen Feststellungen wieder die geständige Einlassung des Angeklagten vor dem Amtsgericht zugrunde legen wollen, müsste er sich mit deren Plausibilität näher beschäftigen. Der Tatrichter darf seinem Urteil ein Geständnis nur zugrunde legen, das er auf Stimmigkeit geprüft hat. Dies gilt insbesondere für das Geständnis eines bis dahin den Tatvorwurf bestreitenden Angeklagten, das abgelegt worden ist, nachdem der Amtsrichter für den Fall weiteren Leugnens die Verweisung an das Landgericht unter dem Gesichtspunkt nicht ausreichender Strafgewalt zur Debatte gestellt hatte. Bislang ist nicht nachvollziehbar erklärt, warum der Angeklagte sich ins Bett gelegt hat, während im Keller unter dem Schlafzimmer Gas ausströmte, und warum er am nächsten Morgen trotz der zuvor angestellten Überlegung, die Gefahren-

quelle durch Lüften zu beseitigen, untätig blieb und seine Frau nicht vor dem Betreten des Kellers warnte. Die Einlassung, er habe das Geschehen nach dem Öffnen des Ventils noch steuern können und sich die Herbeiführung der Explosion durch eigene spätere Handlungen vorbehalten, wird gegebenenfalls auch mit Rücksicht darauf sorgfältig zu prüfen sein, ob und in wieweit solche Handlungen ohne eine massive Eigengefährdung möglich gewesen wären.

Es könnte sich für die Überzeugungsbildung als hilfreich erweisen festzustellen, in welcher Zeit das Gas aus der Flasche vollständig ausströmen konnte, welche Zeit und welche Gasmenge erforderlich waren, um in dem Kellerraum ein zündfähiges Gemisch entstehen zu lassen, und welche weiteren Zündquellen neben den beiden abgeschalteten Kühlgeräten im Keller vorhanden waren.

Standort: § 211 II StGB

Problem: Niedriger Beweggrund

BGH, URTEIL VOM 28.11.2007

2 STR 477/07 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Der Angeklagte, ein Alkoholiker, war mit seiner drogenabhängigen Mitbewohnerin nach dem Konsum von Alkohol in Streit geraten und hatte diese getötet. Später vollzog er den Geschlechtsverkehr mit der Leiche des Opfers.

Das LG Köln verurteilte den Angeklagten insb. wegen Totschlags, § 212 I StGB. Eine Verurteilung wegen Mordes, § 211 StGB, hatte es abgelehnt, da dem Angeklagten Mordmerkmale nicht nachzuweisen seien. Auf die Revision der Staatsanwaltschaft hin hob der BGH das Urteil bzgl. der Ablehnung von § 211 StGB auf.

Prüfungsrelevanz:

Tötungsdelikte, und hier insb. die Voraussetzungen der Mordmerkmale des § 211 II StGB, sind in beiden Examen besonders häufig Gegenstand von Prüfungsaufgaben. Das vorliegende Urteil bringt zwar inhaltlich wenig Neues, zeigt jedoch relativ deutlich, wie ein Tatsachengericht nach Auffassung des BGH eine Beweiswürdigung nicht formulieren darf. Insofern ist der vorliegende Fall ein abschreckendes Beispiel dafür, wie man in einer Urteils Klausur des 2. Examens die Entscheidungsgründe nicht formulieren sollte.

Das LG Köln und dementsprechend auch der BGH in seiner vorliegenden Revisionsentscheidung prüfen zunächst das Mordmerkmal der Verdeckungsabsicht. Nach dem Wortlaut des § 211 II StGB setzt diese insb. voraus, dass der Täter handelt, um "eine andere" Straftat zu verdecken. Eine "andere" Straftat in diesem Sinne ist allerdings nicht nur eine solche, die durch eine

andere Handlung begangen wurde als die Tötung: Die zu verdeckende Tat kann allerdings auch mit dem Mord in Tateinheit stehen (BGH, StraFo 1999, 100; NSTz 2003, 371), etwa wenn der Täter zunächst nur mit Körperverletzungsvorsatz handelt und dann direkt zur Tötung übergeht, um die vorhergegangene Misshandlung zu verdecken (BGHSt 7, 325, 327; BGH, NSTz 1985, 167; Fischer, § 211 Rn 70). Eine "andere" Tat liegt aber nicht vor, wenn der Angriff des Täters von Anfang an mit (bedingtem) Tötungsvorsatz geführt wurde und später nur die Verdeckungsabsicht als weiteres Motiv hinzukommt (BGH, NSTz 1990, 385; 2002, 253; 2003, 259). In der vorliegenden Entscheidung hatte das LG den Angriff des Angeklagten auf das Opfer und dessen anschließende Tötung als "immer mehr eskalierendes" Gesamtgeschehen gewürdigt und deshalb in dem ersten Angriff keine andere Tat gesehen. Andererseits hatte es eine Tatmehrheit, § 53 StGB, zwischen Körperverletzung und Totschlag angenommen, was nach der Auffassung des BGH eindeutig für das Vorliegen von zwei selbstständigen Handlungen spricht und deshalb ein eskalierendes einheitliches Geschehen eigentlich ausschließt, sodass das LG sich mit der Verdeckungsabsicht intensiver hätte auseinander setzen müssen.

Auch mit dem Mordmerkmal der Tötung "zur Befriedigung des Geschlechtstriebes" befasst sich der BGH, da sich der Angeklagte nach dem Tod des Opfers an dessen Leiche vergangen hatte. Der Angeklagte hatte sich dahingehend eingelassen, er habe sich erst nach der Tötung hierzu entschlossen, sodass das LG, das ihm diese Einlassung geglaubt hatte, eine Tötung "zur Befriedigung des Geschlechtstriebes" - konsequenterweise - verneint hatte. Der BGH wies jedoch darauf hin, dass der Angeklagte mehrfach vorher mit einem Zeugen darüber gesprochen hatte, dass er eine Frau

töten und sich an ihrer Leiche vergehen wollte, was dem LG dazu hätte Anlass geben müssen, die Einlassung des Angeklagten intensiver zu würdigen.

Schließlich macht der BGH noch Ausführungen zum Mordmerkmal der sonstigen niedrigen Beweggründe. Nach herrschender Meinung ist ein Beweggrund des Täters dann "niedrig" i.S.v. § 211 II StGB, wenn er sittlich auf tiefster Stufe steht und besonders verachtenswert ist (BGH, NJW 2002, 369; 2006, 97; Schönke/Schröder-Eser, § 211 Rn 18; Wessels/Hettinger, Rn 95). Ob dies der Fall ist, ist aufgrund einer Gesamtwürdigung aller für die Handlungsantriebe des Täters maßgeblichen Faktoren einschließlich der Tatumstände, der Lebensverhältnisse des Täters und seiner Persönlichkeit zu beurteilen (BGH, NStZ-RR 2003, 78; NStZ-RR 2006, 140; Fischer, § 211 Rn 16). Hier folgt der BGH jedoch in der vorliegenden Entscheidung dem LG, das einen niedrigen Beweggrund verneint hat. Der BGH stellt insoweit klar, dass das gänzliche Fehlen eines nachvollziehbaren Beweggrundes im vorliegenden Fall keinen niedrigen Beweggrund i.S.v. § 211 II StGB darstelle: Wer gar keinen Beweggrund habe, der habe auch keinen niedrigen Beweggrund.

In strafprozessualer Hinsicht interessant sind die Ausführungen des BGH zur Auswirkung einer erfolgreichen Revision auf eine Entscheidung im Adhäsionsverfahren. Mit diesem Verfahren, §§ 403 ff. StPO, hat der Geschädigte die Möglichkeit, im Rahmen des Strafverfahrens auch zivilrechtliche (Schadensersatz-) Ansprüche gegen den Angeklagten geltend zu machen, sofern diese aus der angeklagten Straftat erwachsen sind. Ist dem Opfer im Rahmen des Adhäsionsverfahrens ein Schadensersatzanspruch zugesprochen worden und wird der Angeklagte von dem Vorwurf der die Schadensersatzpflicht begründenden Straftat in der Revision freigesprochen, so ist auch die Adhäsionsentscheidung aufzuheben, § 406a III 1 StPO. Der BGH führt in der vorliegenden Entscheidung jedoch aus, dass dies dann nicht gilt, wenn zwar das Urteil in der Revision aufgehoben, dann aber zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Tatsachengericht zurückverwiesen wird. In diesem Fall ist ja noch gar nicht endgültig sicher, dass der Angeklagte nicht vielleicht doch noch in der erneuten Tatsacheninstanz wegen der zum Schadensersatz verpflichtenden Straftat verurteilt wird.

Vertiefungshinweise:

Zur Verdeckungsabsicht i.S.v. § 211 StGB: *BGHSt* 7, 325; *BGH*, NJW 2001, 763; *NStZ* 2000, 498; 2002, 253; 2003, 371; *StV* 2004, 598; *Freund*, *NStZ* 2004, 123; *Hohmann*, *NstZ* 1993, 183

Zu niedrigen Beweggründen i.S.v. § 211 StGB: *BGHSt* 47, 128; 50, 1; *BGH*, *NStZ-RR* 2000, 168; *NStZ* 2002, 369; *RA* 2007, 147 = *NStZ-RR* 2007, 111;

Kargl, *StraFo* 2001, 386; *Neumann*, *JR* 2002, 471

Kursprogramm:

Examenskurs: "Enttäuschte Liebe"

Leitsatz:

Wird auf die Revision der Staatsanwaltschaft ein Urteil im Schuld- und Rechtsfolgenausspruch mit den Feststellungen aufgehoben und die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung zurückverwiesen, bleibt eine zugleich mit der Verurteilung erfolgte Entscheidung über einen Adhäsionsantrag hiervon unberührt; über ihre Aufhebung ist vom neuen Tatrichter auf der Grundlage des Ergebnisses der neuen Hauptverhandlung zu entscheiden.

Sachverhalt:

Der zur Tatzeit 37-jährige Angeklagte, ein alkoholkranker Hilfsarbeiter, bewohnte im Tatzeitraum ein Zimmer in einer Zwei-Zimmer-Wohnung, die ihm von einer befreundeten Familie zur Verfügung gestellt worden war, welche sich in der Vergangenheit um den sozial haltlosen Angeklagten gekümmert hatte. Das zweite Zimmer wurde von dem späteren Tatopfer S bewohnt, einer 27-jährigen drogen- und alkoholabhängigen Frau, die drei Wochen vor der Tat mit Zustimmung des Angeklagten dort eingezogen war. Der Angeklagte und S waren befreundet; zu sexuellen Kontakten, die der Angeklagte anstrebte, war es noch nicht gekommen.

In den Wochen vor der Tat verdächtigte H, ein Freund des Angeklagten, die S, ihm 5,- € entwendet zu haben; eine frühere Mitbewohnerin von S beschuldigte diese, ihr ein Handy sowie Kleidung gestohlen zu haben. Ab dem 21. Juli 2006 verdächtigte auch der Angeklagte die S, 50,- € aus seinem Geldbeutel entwendet zu haben. S bestritt alle Vorwürfe; es kam deswegen zum Streit.

Am Tattag, dem 23. Juli 2006, erschien vormittags der Zeuge H bei dem Angeklagten; er verkaufte ihm etwa 30 gestohlene DVDs mit Pornofilmen. Nachdem es zwischen H und S erneut zum Streit wegen der Diebstahlsvorwürfe gekommen war, den der Angeklagte schlichtete, entfernte sich S. Der Angeklagte und H verbrachten den Tag bis gegen 16.00 Uhr miteinander und tranken Alkohol. Im Zusammenhang mit dem Anschauen von Pornofilmen äußerte der Angeklagte mehrfach, wie auch schon früher, er wolle einmal Geschlechtsverkehr mit einer Frau haben und diese anschließend töten. Der Zeuge H nahm diese Äußerung nicht ernst; er verließ die Wohnung des Angeklagten gegen 16.00 Uhr.

Nachdem die Geschädigte S gegen 17.00 Uhr zurückgekehrt war und sich zu dem Angeklagten begeben hatte, tranken beide im Zimmer des Angeklagten Bier, hörten Musik und tanzten. Zwischen 19.00 Uhr

und 21.00 Uhr kam es zu einem erneuten heftigen Streit wegen der Diebstahlsvorwürfe; der Angeklagte und S beschimpften und beleidigten sich gegenseitig. Der Angeklagte griff die S nunmehr tätlich an und versetzte ihr mehrere heftige Faustschläge und Tritte. S erlitt u. a. eine Nasenbeinfraktur und stürzte blutend zu Boden. Der Angeklagte schlug nun mit dem Kolben eines in seinem Zimmer befindlichen Luftgewehrs auf sie ein, so dass sie röchelnd auf dem Rücken liegen blieb.

Der Angeklagte wollte nun "der Sache ein Ende bereiten" und das Tatopfer töten. Er schoss der S daher mit einem aufgesetzten Schuss mit dem Luftgewehr in die linke Schläfe. Dann stach er ihr in Tötungsabsicht mit einem Küchenmesser zweimal in das Herz und zweimal in den Kopfbereich. S verstarb unmittelbar darauf. Der Angeklagte verließ für etwa 20 bis 30 Minuten die Wohnung, "um einen klaren Kopf zu bekommen." Nach seiner Rückkehr kam ihm der Einfall, an der Leiche sexuelle Handlungen zu vollziehen. Er schnitt die Hose der Getöteten auf, führte zunächst einen Finger in die Scheide und Gegenstände in den Anus der Leiche ein und vollzog an dieser sodann den Geschlechtsverkehr, den er aber abbrach. Mit einem weiteren Luftgewehr schoss er noch mindestens zehnmal auf die Leiche; dann bedeckte er diese mit einer Decke und legte sich danach zum Schlafen. Am nächsten Morgen badete der Angeklagte, sah sich einen Pornofilm an und onanierte dabei. Dann packte er Unterwäsche, Lebensmittel, Küchenbesteck, drei Küchenmesser, eine Gaspistole, ein Schmerzmittel sowie weitere Gegenstände in einen Rucksack und begab sich in den Stadtwald, wo er auch übernachtete. Den zunächst erwogenen Plan, sich zu töten, gab er auf. Am 26. Juli 2006 stellte er sich der Polizei; danach wurde die Leiche der Getöteten gefunden.

Zum Tatzeitpunkt um 19.00 Uhr wies der Angeklagte eine - durch Berechnung aufgrund seiner Trinkmengenangaben ermittelte - Blutalkoholkonzentration von maximal 3,35 ‰ auf. Das Landgericht hat mit dem dazu vernommenen Sachverständigen das Vorliegen von rauschbedingter Schuldunfähigkeit ausgeschlossen; in der Beurteilung, eine erhebliche Verminderung der Steuerungsfähigkeit sei nicht auszuschließen, ist es dem Sachverständigen nicht gefolgt.

Aus den Gründen:

1. Entscheidung des Landgerichts

Das Landgericht hat den Angeklagten wegen Totschlags in Tatmehrheit mit gefährlicher Körperverletzung und mit Störung der Totenruhe zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von 15 Jahren verurteilt sowie seine Unterbringung in einer Entziehungsanstalt und den Vorwegvollzug von zwei Dritteln der Freiheitsstrafe angeordnet; im Adhäsionsverfahren hat es überdies der Nebenklägerin Schadensersatz zuerkannt. Die auf die

Sachrüge gestützte Revision der Staatsanwaltschaft hat Erfolg.

Nach den Feststellungen des Landgerichts tötete der Angeklagte eine Mitbewohnerin der von ihm bewohnten Mietwohnung nach einem Streit; danach vollzog er an der Leiche sexuelle Handlungen. [...]

2. Zum Vorliegen von Mordmerkmalen

Zu Recht rügt die Revision der Staatsanwaltschaft die Erwägungen, aufgrund derer das Landgericht das Vorliegen von Mordmerkmalen gemäß § 211 Abs. 2 StGB verneint hat.

a. Zur Verneinung des Mordmerkmals der Verdeckungsabsicht

Nicht tragfähig sind die Erwägungen, mit denen das Landgericht die Feststellung des Mordmerkmals der Verdeckungsabsicht verneint hat.

Insoweit sind schon die Grundlagen der Beurteilung in dem angefochtenen Urteil nicht widerspruchsfrei und klar dargelegt. Bei seiner ersten polizeilichen Vernehmung hat der Angeklagte angegeben, "er habe gedacht, wenn die überlebt, lande er sowieso im Knast. Unmittelbar danach (habe) er aber angegeben, seine Tat sei sowieso schwerwiegend gewesen, dann sei es sowieso egal; dann habe er nicht mehr aufhören können, er habe sich nicht mehr stoppen können". Zur Auslegung dieser Äußerungen hat der Tatrichter ausgeführt, sie seien nicht eindeutig; es sei möglich, dass der Angeklagte gedacht habe, er werde sowieso bestraft, auch wenn er das Opfer nicht umbringe, und dann sei "die Tat immer mehr eskaliert".

Das spricht dafür, dass das Landgericht hier zu Gunsten des Angeklagten angenommen hat, es habe sich um ein "immer mehr eskalierendes", einheitliches Gesamtgeschehen gehandelt. Damit nicht vereinbar ist aber, dass das Landgericht angenommen hat, die gefährliche Körperverletzung und der Totschlag stünden zueinander im Verhältnis der Tatmehrheit, seien also selbständige Taten. Dies würde eine Zäsur voraussetzen (vgl. BGH NStZ 2005, 93, 94; MK-Schneider StGB § 212 Rdn. 70; Tröndle/Fischer StGB 54. Aufl. § 212 Rdn. 12; jew. m.w.N.), deren Feststellung sich mit der Annahme eines "immer mehr eskalierenden" einheitlichen Geschehens kaum vereinbaren ließe. Da das Urteil insoweit eine Begründung nicht enthält, kann der Senat nicht prüfen, ob das Landgericht seinen Erwägungen zutreffende Kriterien zugrunde gelegt hat.

Zu Recht rügt die Revision im Übrigen auch die Beweiswürdigung des Landgerichts, soweit dieses angenommen hat, es fehle an hinreichenden Anhaltspunkten für das Vorliegen von Verdeckungsabsicht, weil der Angeklagte keine Vorkehrungen getroffen habe, um die Tat in seiner Wohnung zu verschleiern; daher könne eine Verdeckungsabsicht "allenfalls noch darin bestehen, dass er sich mit der Tötung einen Zeit-

vorsprung vor der Entdeckung der Körperverletzung verschaffen wollte. Dies wäre denkbar, wenn er vorgehabt hätte zu fliehen. Aber auch für eine solche Absicht fehlt jeder Hinweis". Diese Erwägungen sind rechtsfehlerhaft, denn aus den Feststellungen ergibt sich, dass nicht nur "Hinweise" für die Absicht zur Flucht offensichtlich gegeben waren, sondern dass der Angeklagte tatsächlich floh und sich erst drei Tage nach der Tat stellte. Soweit das Landgericht der Einlassung des Angeklagten gefolgt ist, er habe sich am Tag nach der Tat in Selbstmordabsicht aus seiner Wohnung entfernt, ergibt sich aus den Urteilsgründen nicht, ob der Tatrichter die gravierenden Indizien, welche gegen die Glaubhaftigkeit dieser Einlassung sprachen, hinreichend gewürdigt hat. So sind namentlich die Mitnahme von Unterwäsche, Lebensmitteln und Essbesteck mit der behaupteten Motivation kaum vereinbar; auch die angebliche Absicht, sich mittels der mitgeführten Gaspistole töten zu wollen, erscheint nicht eben lebensnah.

b. Zur Verneinung des Mordmerkmals "zur Befriedigung des Geschlechtstriebes"

Auch die Beweiswürdigung, aufgrund derer das Landgericht die Annahme des Mordmerkmals der Absicht der Befriedigung des Geschlechtstriebes abgelehnt hat, begegnet rechtlichen Bedenken.

Das Landgericht hat die Bekundung des Zeugen H als glaubhaft angesehen, der Angeklagte habe ihm am Tattag zwei- oder dreimal gesagt, "er wolle gerne eine Frau umbringen, wenn er mit ihr geschlafen habe". Hieraus ergibt sich nach Ansicht des Landgerichts zwar ein Anhaltspunkt für ein entsprechendes Tötungsmotiv. Dagegen spreche jedoch zum einen, dass der Zeuge H die Bemerkung für nicht ernst gemeint gehalten habe. Zum anderen fehle der Bemerkung ein unmittelbarer Tatbezug, denn der Angeklagte habe das Tatopfer gerade nicht getötet, nachdem er mit S geschlechtlich verkehrt hatte, sondern sei in der umgekehrten Reihenfolge vorgegangen. Schließlich spreche gegen ein

sexuelles Motiv die "unwiderlegliche" Einlassung des Angeklagten, wonach er nach der Tötung die Wohnung zunächst verlassen und die sexuellen Handlungen erst später vorgenommen habe. Für eine nekrophile Neigung des Angeklagten fehle es, auch nach dem Gutachten des Sachverständigen, an Anhaltspunkten.

Diese Erwägungen begründen die Besorgnis, der Tatrichter habe die erforderliche Gesamtwürdigung nicht auf der Grundlage einer vollständigen Ausschöpfung der Beweisanzeichen vorgenommen. So kommt dem Umstand, dass der Zeuge H die Bemerkung des Angeklagten für nicht ernst gemeint hielt, möglicherweise nur geringe Bedeutung zu. Aus den Urteilsgründen ergibt sich nicht, aus welchem Grund diese subjektive Bewertung von beweisheblicher Bedeutung sein

sollte. Soweit das Landgericht die Schilderung der Unterbrechung der Handlung nach der Tötung von S als "unwiderleglich" angesehen hat, ist darauf hinzuweisen, dass der Tatrichter seinen Feststellungen Einlassungen nicht ohne Weiteres zugrunde legen muss, für deren Richtigkeit es an sonstigen Anhaltspunkten fehlt. Aus den Urteilsgründen ergibt sich nicht, ob das Landgericht dies gesehen und bei seiner Beweiswürdigung berücksichtigt hat. Die Erwägungen zum Inhalt der zitierten Äußerung des Angeklagten schöpfen die festgestellten Anhaltspunkte nicht aus. Bevor ein sexuelles Motiv für die Tötung von S mit der Begründung abgelehnt werden konnte, der Angeklagte habe sich an die von ihm angeblich gewünschte Handlungsreihenfolge nicht gehalten, hätte der Tatrichter erörtern müssen, welchen Sinn die Äußerung aus Sicht des Angeklagten überhaupt hätte haben sollen. Die Möglichkeit, dass dies zu einer anderen Auslegung und Bewertung der Äußerungen geführt hätte, welche weniger auf die vom Landgericht in den Mittelpunkt gestellte Handlungsreihenfolge abstellt, liegt jedenfalls nicht fern. Für ein sexuelles Tatmotiv konnte hier schon das vom Landgericht ausdrücklich festgestellte Interesse des Angeklagten an einer sexuellen Beziehung mit dem Tatopfer sprechen, das die Geschädigte bis zum Tattag stets zurückgewiesen hatte. Soweit das Landgericht darauf abgestellt hat, es fehlten Anhaltspunkte für eine nekrophile Neigung des Angeklagten, bleibt schließlich unklar, ob der gravierende Anhaltspunkt, welchen die hier festgestellte Tat selbst hierfür liefert, zutreffend gesehen worden ist.

c. Zur Verneinung des Mordmerkmals der sonst niedrigen Beweggründe

Soweit das Landgericht angenommen hat, das Mordmerkmal eines sonstigen niedrigen Beweggrundes sei nicht gegeben, zeigt die Revision dagegen Rechtsfehler nicht auf. Das Landgericht hat insoweit ausgeführt, ein niedriger Beweggrund "wäre sicher zu bejahen, wenn das maßgebliche Motiv der Tötung gewesen wäre, dass der Angeklagte davon ausging, das Opfer habe ihm 50,- € gestohlen"; es sei aber "nicht zwingend" darauf zu schließen, dass dieser Grund das tragende Motiv für die Tat gewesen sei. Diese Erwägung ist in ihrem Ausgangspunkt bedenklich, denn aus dem Umstand, dass es sich um eine geringe Summe handelte, ergäbe sich keineswegs "sicher", dass eine aus Enttäuschung oder Wut begangene Tötung auf einem niedrigen Beweggrund im Sinne von § 211 Abs. 2 StGB beruhen würde. Vielmehr wäre insoweit der Gesamtzusammenhang der den Täter bewegenden Gründe zu bewerten; hierbei könnte etwa auch der Umstand des Vertrauensbruchs eine wichtige Rolle spielen. Im Hinblick auf die Notwendigkeit einer restriktiven Auslegung der Mordmerkmale kann aus dem Fehlen eines psychologisch nahe liegenden oder menschlich nachvollziehbaren Grundes für die vorsätzliche Tötung ei-

nes Menschen nicht ohne Weiteres auf das Vorliegen eines besonders verachtenswerten, niedrigen Beweggrundes geschlossen werden.

Die Revision will die Annahme eines niedrigen Beweggrundes darauf stützen, dass der Angeklagte bei seiner polizeilichen Vernehmung geäußert hat, nach der schwerwiegenden Verletzung der Geschädigten "sei es sowieso egal (gewesen); dann habe er nicht mehr aufhören können". Hieraus leitet die Revision ab, wenn es für den Angeklagten "egal" gewesen sei, ob das Opfer überlebe oder sterbe, so habe ihm ein konkretes Motiv für die Tat gefehlt; wenn er aber mit der Tötung nicht einmal einen Zweck verfolgt und gemeint habe, "nach eigenem Gutdünken über das Leben des Opfers verfügen zu können", so liege hierin ein niedriger Beweggrund.

Diese Ansicht, der sich auch der Generalbundesanwalt angeschlossen hat, beachtet nicht hinreichend die hohen Anforderungen, welche an die Abgrenzung des Mord-Tatbestands vom Tatbestand des Totschlags zu stellen sind. Dass der Täter "nach eigenem Gutdünken" über das Leben des Tatopfers verfügt, ist der Regelfall des § 212 Abs. 1 StGB und macht die Tat daher nicht schon zum Mord aus niedrigen Beweggründen. Dasselbe gilt für die von der Revision angesprochene "Motivlosigkeit" oder das Fehlen eines einleuchtenden Tatmotivs. Da diese Variante des § 211 Abs. 2 StGB einen (niedrigen) Beweggrund des Täters gerade voraussetzt, kann der Umstand bloßer (vermeintlicher) Motivlosigkeit für sich allein die Tötung nicht zum Mord machen. Dies kommt vielmehr nur in Betracht, wenn der Täter gerade in dem Bewusstsein handelt, einen nachvollziehbaren Grund für eine Tötung gar nicht zu brauchen (vgl. Senatsurteil vom 19. Oktober 2001 - 2 StR 259/01, BGHSt 47, 128, 132). Ein solches, das Leben des Tatopfers bewusst als von vornherein unbedeutende Größe behandelndes Handlungsmotiv ist mit dem Fehlen eines (feststellbaren) Motivs nicht gleichzusetzen. Soweit die Revision und ihr folgend der Generalbundesanwalt aus der zitierten Äußerung des Angeklagten ableiten wollen, dieser habe einen solchen besonders niedrigen Beweggrund zum Ausdruck bringen wollen, lag diese Interpretation auch nach dem Zusammenhang der Äußerung und im Hinblick auf die Einlassung in der Hauptverhandlung nicht nahe.

d. Zum Beruhen des Urteils auf den Fehlern des LG

Insgesamt weist die Beweiswürdigung des Landgerichts zu den Voraussetzungen der Mordmerkmale der Befriedigung des Geschlechtstriebes und der Verdeckungsabsicht so viele Unklarheiten und Lücken auf, dass sich das Beruhen des Urteils auf diesen Fehlern nicht ausschließen lässt. Das Urteil war daher insgesamt aufzuheben. Das betrifft auch die Verurteilung wegen der vom Landgericht als selbständig angesehene Taten gemäß § 224 StGB und § 168 StGB. Es ist

nicht auszuschließen, dass sie nach den Ergebnissen der erforderlichen neuen Hauptverhandlung als Teile eines einheitlichen Gesamtgeschehens anzusehen sind.

3. Weitere Hinweise des BGH

Im Übrigen weist der Senat noch auf Folgendes hin:

a. Zu den Ausführungen zu § 21 StGB

Bedenklich sind, was gemäß § 301 StPO zugunsten des Angeklagten zu berücksichtigen ist, die Ausführungen des Landgerichts zur Anwendung des § 21 StGB. Der Tatrichter hat aufgrund der Trinkmengenangaben des Angeklagten eine mögliche Tatzeit-BAK von 3,35 ‰ errechnet; aufgrund seiner Würdigung psychodiagnostischer Beweisanzeichen aber eine erhebliche Minderung der Steuerungsfähigkeit entgegen der Annahme des hierzu vernommenen Sachverständigen verneint. Ob das Landgericht hierbei das Zusammenwirken von hoher Alkoholisierung und affektiver Erregung bedacht und mögliche Wechselwirkungen berücksichtigt hat, ergibt sich aus den Urteilsgründen nicht; eine Erörterung war hier aber erforderlich. Im Übrigen könnten auch die Ausführungen des Landgerichts dazu, aus welchen Gründen es eine Strafrahmenmilderung nach §§ 21, 49 Abs. 1 StGB nicht vorgenommen hätte, wenn es zur Feststellung erheblich verminderter Steuerungsfähigkeit gelangt wäre, rechtlichen Bedenken begegnen, wenn sie als hypothetische Strafzumessungserwägungen zu verstehen wären, denn solche Erwägungen sind überflüssig und können die Annahme nahe legen, der Tatrichter habe selbst nur geringes Vertrauen in die Grundlagen seiner Entscheidung.

b. Zur Strafzumessung bzgl. § 168 StGB

Gemäß § 301 StPO zugunsten des Angeklagten zu berücksichtigen ist auch, dass die Strafzumessung des angefochtenen Urteils für die vom Landgericht als selbständige Tat angesehene Störung der Totenruhe gemäß § 168 StGB nicht rechtsfehlerfrei begründet ist. Obgleich das Landgericht eine Mehrzahl erheblicher Strafmilderungsgründe aufgeführt hat, hat es für diese Tat die Höchststrafe von drei Jahren verhängt. Die Erwägung, dass "die strafscharfenden Gesichtspunkte überwogen", reichte als Begründung hierfür nicht aus; soweit das Landgericht die Intensität der gegen die Leiche gerichteten Handlungen des Angeklagten hervorgehoben hat, hätte erörtert werden müssen, ob und ggf. in welchem Umfang diese unter Umständen gerade auch auf strafmildernd zu berücksichtigende Gesichtspunkte - hohe affektive Erregung bei erheblicher Alkoholisierung - zurückzuführen war. Zwar schließt das Vorliegen einzelner Milderungsgründe die Verhängung der Höchststrafe nicht von vornherein aus; diese bedarf dann aber sorgfältiger Begründung unter erkennbarer Berücksichtigung aller Umstände.

c. Zur Anordnung der Unterbringung des Angeklagten in einer Entziehungsanstalt

Die Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt mit der Begründung, ein Erfolg der Maßregel sei "nicht von vornherein aussichtslos", ist rechtsfehlerhaft. Das Bundesverfassungsgericht hat bereits in der Entscheidung BVerfGE 94, 1 entschieden, dass die entsprechende frühere Fassung des § 64 Abs. 2 StGB verfassungswidrig und nichtig war; der Bundesgerichtshof hat seither in einer Vielzahl von Entscheidungen immer wieder darauf hingewiesen, dass Voraussetzung einer Anordnung nach § 64 StGB die positive Feststellung einer konkreten Erfolgsaussicht ist (vgl. etwa BGH NStZ -RR 2005, 10). Durch das Gesetz vom 20. Juli 2007 (BGBl. I 1327) ist § 64 StGB inzwischen entsprechend geändert worden.

Auch die Anwendung des § 67 Abs. 2 a.F. StGB durch das Landgericht, wonach "mit dem Vollzug der Maßregel erst begonnen werden (darf), nachdem der Angeklagte zwei Drittel der gegen ihn verhängten Gesamtfreiheitsstrafe verbüßt hat", entsprach hier schon nicht den Erfordernissen der Rechtslage vor der Gesetzesänderung vom 20. Juli 2007. Der neue Tatrichter wird die geänderte Rechtslage ggf. zu berücksichtigen haben.

4. Keine Erstreckung der Aufhebungen auf das Adhäsionsverfahren

Obgleich auf die Revision der Staatsanwaltschaft der Schuld- und Rechtsfolgenausspruch des angefochtenen Urteils mit den Feststellungen insgesamt aufzuheben waren, erfasst die Aufhebung die im Adhäsionsverfahren ergangene Verurteilung des Angeklagten zur Zahlung von Schadensersatz an die Nebenklägerin nicht. Nach § 406a Abs. 3 Satz 1 StPO ist die einem Adhäsionsantrag stattgebende Entscheidung aufzuheben, wenn der Angeklagte unter Aufhebung der Verurteilung wegen der Straftat, auf welche die Entscheidung über den Antrag gestützt worden ist, weder schuldig

gesprochen noch gegen ihn eine Maßregel der Besserung und Sicherung angeordnet wird. Nach ihrem Wortlaut könnte diese Regelung auch eine aufhebende und zurückverweisende Entscheidung des Revisionsgerichts erfassen. Dass die Entscheidung über den Adhäsionsantrag von der Staatsanwaltschaft nicht angefochten werden kann, würde in diesem Fall nach dem Wortlaut des § 406a Abs. 3 Satz 2 StPO einer Aufhebung nicht entgegenstehen.

Zu § 406a Abs. 3 StPO in der Fassung vor dem Opferrechtsreformgesetz vom 24. Juni 2004 (BGBl. I 1354) hat der Bundesgerichtshof aber schon entschieden, dass die nicht angefochtene Entscheidung über den Adhäsionsantrag von der Aufhebung des Urteils im Übrigen unberührt bleibt, wenn die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung zurückverwiesen wird (BGHSt 3, 210, 211; vgl. auch BGH NJW 2006, 1890, 1891). Hieran hat sich durch die Änderung des § 406a Abs. 3 StPO durch das Opferrechtsreformgesetz vom 24. Juni 2004 nichts geändert. Die Vorschrift hat die zuvor geltende Regelung inhaltlich übernommen und sie nur redaktionell an die Neufassung des § 406 Abs. 1 Satz 1 StPO angepasst (vgl. BTDrucks. 15/1976, S. 17). Gegen eine Erstreckung der Aufhebung bei Zurückverweisung der Sache durch das Revisionsgericht spricht vor allem, dass in diesem Fall eine endgültige Sachentscheidung über die der Adhäsionsentscheidung zugrunde liegenden Straftat nicht getroffen wird. Eine Durchbrechung der Rechtskraft jener Entscheidung ist aber nur dann gerechtfertigt, wenn ihr durch endgültigen Wegfall der strafrechtlichen Verurteilung die Grundlage entzogen wird. Eine Aufhebung der Adhäsionsentscheidung ist daher dem Tatrichter vorbehalten; im Revisionsverfahren kommt sie nur in Betracht, wenn das Revisionsgericht in der Sache selbst entscheidet (so auch Hilger in Löwe/Rosenberg StPO 25. Aufl. § 406a Rdn. 11).

Urteile in Fallstruktur

Standort: Öffentliches Recht Problem: Online-Durchsuchung; Internet-Überwachung

BVERFG, URTEIL VOM 27.02.2008
1 BvR 370/07; 1 BvR 595/07
(BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Das BVerfG hat mit dem vorliegenden Urteil zur "Online-Durchsuchung" und zur heimlichen Überwachung des Internetverkehrs einen Meilenstein zum Grundrechtsschutz in informationstechnischen Systemen geschaffen. § 5 II Nr. 11 des Gesetzes über den Verfassungsschutz in Nordrhein-Westfalen in der Fassung des Gesetzes vom 20. Dezember 2006 (GVBl NRW, S. 620) wurde für verfassungswidrig und nichtig erklärt.

1. Teil: "Online-Durchsuchung"

Unter einer Online-Durchsuchung ist das heimliche Aufspielen von Programmen auf den PC eines Dritten zu verstehen, mit deren Hilfe dessen Festplatte ausgelesen und Kommunikationsvorgänge überwacht werden können (sog. "Trojaner").

A. Das BVerfG misst dieses Vorgehen vor allem am allgemeinen Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 I i.V.m. 1 I GG, dem es eine neue Fallgruppe - die "Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme" - hinzufügt. Inhaltlich fügt sich das Urteil perfekt in die bisherige Rspr. des BVerfG ein:

I. In Abgrenzung zu Art. 10 I GG hatte das BVerfG schon immer vertreten, dass das allg. Persönlichkeitsrecht nach Abschluss des Kommunikationsvorgangs anwendbar ist, wenn also auf gespeicherte Daten zugegriffen wird, während Art. 10 I GG den Kommunikationsvorgang selbst schützt, also die Datenübermittlung.

II. In seiner Entscheidung zum "großen Lauschangriff" (§§ 100c ff. StPO) hatte es das BVerfG für unvereinbar mit dem Grundgesetz angesehen, dass in den Kernbereich privater Lebensgestaltung eingegriffen wird, was etwa bei Gesprächen unter Eheleuten der Fall war. Diesen privaten Kernbereich erklärt das BVerfG auch in diesem Urteil für unantastbar, denn Lauschangriff und Online-Durchsuchung unterscheiden sich lediglich in technischer Hinsicht, nicht aber in ihrer Eingriffsintensität.

III. Ähnlich wie beim "großen Lauschangriff" lässt das BVerfG auch hier Eingriffe außerhalb des privaten Kernbereichs explizit zu, stellt an die Rechtfertigung

derselben aber hohe Anforderungen, nämlich einen Richtervorbehalt und eine besondere Gefahrenlage für überragend wichtige Schutzgüter wie Leib, Leben und Freiheit.

1. Der Richtervorbehalt rechtfertigt sich - wie beim "Lauschangriff" - daraus, dass die Online-Durchsuchung heimlich erfolgt, sodass der Betroffene, der regelmäßig erst nach Abschluss der Maßnahme von ihr erfährt, keine juristischen Abwehrmöglichkeiten hat. Somit müsse die Maßnahme im Vorfeld richterlich abgesegnet werden.

2. Die Unantastbarkeit des Kernbereichs privater Lebensgestaltung leitet das BVerfG wie schon in der Entscheidung zum "Lauschangriff" aus Art. 1 I GG ab, wobei es die Menschenwürde erneut nicht als eigenes Grundrecht, sondern als Schranken-Schranke innerhalb der Verhältnismäßigkeit des Eingriffs in das allgemeine Persönlichkeitsrecht prüft.

B. Interessant sind auch die Ausführungen zum Bestimmtheitsgrundsatz. Danach ist es dem Gesetzgeber grds. erlaubt, auf andere Normen zu verweisen. Allerdings muss hinreichend klar sein, in welchen Fällen der Verweis gelten soll. Lässt der Gesetzgeber dies - wie hier - offen, indem er nur formuliert, es werde verwiesen, "falls ein Eingriff in Art. 10 GG vorliege", genügt dies nicht.

2. Teil: Internet-Überwachung

§ 5 II Nr. 11 VSG ermächtigte auch zum (heimlichen) Aufklären des Internetverkehrs, etwa durch das Einschalten in Foren, Chaträume udgl. sowie die Aufzeichnung des Surfverhaltens (Erstellung eines Protokolls besuchter Webseiten). Diese Regelung erklärte das BVerfG ebenfalls für nichtig.

A. Auch hier hält das Gericht seine Abgrenzung zwischen Art. 10 I GG und Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG durch: Weil die Überwachung des Surfens im Internet ein laufender Kommunikationsvorgang ist, ist hier im Unterschied zur Online-Durchsuchung Art. 10 I GG einschlägig.

B. Art. 10 I GG schützt aber nur davor, dass ein Dritter sich heimlich in einen Kommunikationsvorgang einschaltet und diesen überwacht. Wenn einer der beteiligten Gesprächspartner hingegen freiwillig Dritten die Kenntnisnahme ermöglicht, bspw. durch Zurverfügungstellen eines Passwortes, liegt kein Eingriff vor. Dies auch dann nicht, wenn der andere Kommuni-

kationspartner auf die Vertraulichkeit der Kommunikation vertraut, denn ein solches Vertrauen schützt Art. 10 I GG nicht.

C. Soweit ein Eingriff vorliegt, ist dieser verfassungswidrig. Zum einen ist er aus den o.g. Gründen, also insbesondere wegen des fehlenden Schutzes des Kernbereichs privater Lebensgestaltung unverhältnismäßig, zum anderen war dem Zitiergebot des Art. 19 I 2 GG nicht genügt.

Prüfungsrelevanz:

Das Urteil wird in der juristischen Fachliteratur und in der allgemeinen Presse eingehend diskutiert werden. Seine Examensrelevanz kann daher kaum überschätzt werden, wobei es sich neben einer grundrechtlichen Klausur auch hervorragend für Prüfungsgespräche eignet.

Das BVerfG hat nach der Entscheidung zum "großen Lauschangriff" nun zum zweiten Mal ein "Machtwort" zu staatlichen Eingriffen in die Privatsphäre gesprochen und dabei eine erfreuliche Kongruenz an den Tag gelegt. Es dürfte nunmehr eine gefestigte Rspr. zur Zulässigkeit solcher Eingriffe vorliegen, deren Eckpfeiler oben in der Problemdarstellung umrissen worden sind und in den nachstehenden Entscheidungsgründen vertieft dargestellt werden.

Jedem Studierenden muss nun bekannt sein, dass es mit der "Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme" eine neue Fallgruppe des allg. Persönlichkeitsrechts gibt. Diese grenzt sich vom bekannten "Recht auf informationelle Selbstbestimmung" dadurch ab, dass jenes vor dem staatlichen Zugriff auf einzelne, typischerweise personenbezogene Datensätze schützt, während dieses für den unkontrollierten Zugriff auf Datenmassen gilt, unabhängig von ihrem Individualbezug. Wird also bspw. eine PC-Festplatte (Massenspeicher) ausgelesen, ist das Recht auf "Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme" betroffen, während einzelne Datenerhebungen (das BVerfG nennt beispielhaft den Zugriff auf Daten, die der Steuerung von Haussteuerungssystemen dienen und dadurch etwas über die Gewohnheiten des Bewohners verraten) unter das Recht auf informationelle Selbstbestimmung fallen. Beide wiederum grenzen sich von Art. 10 GG wie oben dargelegt nach dem Zeitpunkt (Kommunikationsvorgang: Art. 10 GG; gespeicherte Daten: Art. 2 I i.V.m. 1 I GG) ab.

Vertiefungshinweise:

Entscheidungen des BVerfG zum "großen Lauschangriff": BVerfG, RA 2004, 153 = BVerfGE 109, 279; RA 2007, 493 = NJW 2007, 2753

Literatur zu "Online-Durchsuchungen": Buermeyer, HRRS 2007, 392; Hofmann, NStZ 2005, 121; Hor-

nung, DuD 2007, 575; Rux, JZ 2007, 285; Schaar/Landwehr, K&R 2007, 202; Schlegel, GA 2007, 648; Warntjen, Jura 2007, 581

Kursprogramm:

Examenskurs : "Die Prinzessin und die Paparazzi"

Leitsätze:

1. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG) umfasst das Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme.

2. Die heimliche Infiltration eines informationstechnischen Systems, mittels derer die Nutzung des Systems überwacht und seine Speichermedien ausgelesen werden können, ist verfassungsrechtlich nur zulässig, wenn tatsächliche Anhaltspunkte einer konkreten Gefahr für ein überragend wichtiges Rechtsgut bestehen. Überragend wichtig sind Leib, Leben und Freiheit der Person oder solche Güter der Allgemeinheit, deren Bedrohung die Grundlagen oder den Bestand des Staates oder die Grundlagen der Existenz der Menschen berührt. Die Maßnahme kann schon dann gerechtfertigt sein, wenn sich noch nicht mit hinreichender Wahrscheinlichkeit feststellen lässt, dass die Gefahr in näherer Zukunft eintritt, sofern bestimmte Tatsachen auf eine im Einzelfall durch bestimmte Personen drohende Gefahr für das überragend wichtige Rechtsgut hinweisen.

3. Die heimliche Infiltration eines informationstechnischen Systems ist grundsätzlich unter den Vorbehalt richterlicher Anordnung zu stellen. Das Gesetz, das zu einem solchen Eingriff ermächtigt, muss Vorkehrungen enthalten, um den Kernbereich privater Lebensgestaltung zu schützen.

4. Soweit eine Ermächtigung sich auf eine staatliche Maßnahme beschränkt, durch welche die Inhalte und Umstände der laufenden Telekommunikation im Rechnernetz erhoben oder darauf bezogene Daten ausgewertet werden, ist der Eingriff an Art. 10 I GG zu messen.

5. Verschafft der Staat sich Kenntnis von Inhalten der Internetkommunikation auf dem dafür technisch vorgesehenen Weg, so liegt darin nur dann ein Eingriff in Art. 10 I GG, wenn die staatliche Stelle nicht durch Kommunikationsbeteiligte zur Kenntnisnahme autorisiert ist. Nimmt der Staat im Internet öffentlich zugängliche Kommunikationsinhalte wahr oder beteiligt er sich an öffentlich zugänglichen Kommunikationsvorgängen, greift er grundsätzlich nicht in Grundrechte ein.

Sachverhalt:

Gegenstand der Verfassungsbeschwerden sind Vor-

schriften des Verfassungsschutzgesetzes Nordrhein-Westfalen (im Folgenden: VSG), die zum einen Befugnisse der Verfassungsschutzbehörde zu verschiedenen Datenerhebungen insbesondere aus informationstechnischen Systemen, zum anderen den Umgang mit den erhobenen Daten regeln. § 5 Abs. 2 Nr. 11 VSG ermächtigt die Verfassungsschutzbehörde zu zwei Arten von Ermittlungsmaßnahmen: zum einen zum heimlichen Beobachten und sonstigen Aufklären des Internet (Alt. 1), zum anderen zum heimlichen Zugriff auf informationstechnische Systeme (Alt. 2).

A. Internet-Überwachung

Soweit § 5 Abs. 2 Nr. 11 Satz 1 Alt. 1 VSG zum heimlichen Aufklären des Internet ermächtigt, regelt die Norm zunächst die Kenntnisnahme allgemein zugänglicher Kommunikationsinhalte durch die Verfassungsschutzbehörde. Beispiel wäre der Aufruf einer nicht Zugangsgesicherten Webseite im World Wide Web mittels eines Web-Browsers. Nach der Gesetzesbegründung soll die Verfassungsschutzbehörde daneben in die Lage versetzt werden, unter einer Legende an Chats, Auktionen oder Tauschbörsen teilzunehmen oder verborgene Webseiten aufzufinden (vgl. LT-Drucks 14/2211, S. 17). Denkbar wäre zudem etwa, dass die Verfassungsschutzbehörde ein anderweitig - beispielsweise von einem Informanten oder durch sogenanntes Keylogging - ermitteltes Passwort einsetzt, um auf ein E-Mail-Postfach oder auf eine Zugangsgeschützte Webseite zuzugreifen. Auch in einem derartigen Fall würde die Verfassungsschutzbehörde Inhalte der Internetkommunikation äußerlich auf dem dafür vorgesehenen Weg zur Kenntnis nehmen.

B. Online-Durchsuchung

Unter einem heimlichen Zugriff auf ein informationstechnisches System ist demgegenüber eine technische Infiltration zu verstehen, die etwa Sicherheitslücken des Zielsystems ausnutzt oder über die Installation eines Spähprogramms erfolgt. Die Infiltration des Zielsystems ermöglicht es, dessen Nutzung zu überwachen oder die Speichermedien durchzusehen oder gar das Zielsystem fernzusteuern. Die nordrhein-westfälische Landesregierung spricht bei solchen Maßnahmen von einer clientorientierten Aufklärung des Internet. Allerdings enthält die angegriffene Vorschrift keinen Hinweis darauf, dass sie ausschließlich Maßnahmen im Rahmen einer am Server-Client-Modell orientierten Netzwerkstruktur ermöglichen soll.

„Online-Durchsuchungen“ sollen den Ermittlungsschwierigkeiten Rechnung tragen, die sich ergeben, wenn Straftäter, insbesondere solche aus extremistischen und terroristischen Kreisen, zur Kommunikation sowie zur Planung und Durchführung von Straftaten informationstechnische Mittel und insbesondere das Internet nutzen. Die Präsidenten des Bundeskriminalamts und des Bundesamts für Verfassungsschutz ha-

ben in der mündlichen Verhandlung dargelegt, dass informationstechnische Systeme auch genutzt werden, um weltumspannend Kontakte zur Vorbereitung terroristischer Gewalttaten aufzubauen und zu pflegen. Insbesondere wenn Personen, die extremistischen oder terroristischen Kreisen zuzurechnen sind, gespeicherte Dateien und Kommunikationsinhalte verschlüsseln oder verstecken, könnten Ermittlungen mit den klassischen Methoden wie etwa einer Beschlagnahme von informationstechnischen Systemen und Speichermedien oder einer netzbasierten Telekommunikationsüberwachung erheblich erschwert oder sogar ganz unmöglich gemacht werden.

Verstoßen die Ermächtigungen zur Internet-Überwachung und zur Online-Durchsuchung nach § 5 II Nr. 11 VSG gegen ein Grundrecht?

Lösung:

Die Ermächtigungen zur Internet-Überwachung und zur Online-Durchsuchung nach § 5 II Nr. 11 VSG verstoßen gegen ein Grundrecht, wenn ein nicht gerechtfertigter Eingriff in den Schutzbereich eines solchen vorliegt.

I. Teil: Online-Durchsuchung

Der heimliche Zugriff auf informationstechnische Systeme könnte gegen Art. 13 I GG, Art. 10 I GG und Art. 2 I i.V.m. 1 I GG verstoßen.

A. Verstoß gegen Art. 13 I GG

Zunächst müsste ein Eingriff in den Schutzbereich des Art. 13 I GG vorliegen, der die Unverletzlichkeit der Wohnung schützt.

I. Schutzbereich betroffen

Das BVerfG entnimmt Art. 13 I GG in st.Rspr. den Schutz einer räumlichen Privatsphäre. In diesem Sinne definiert es den Wohnungsbegriff:

“[192] Das Schutzgut dieses Grundrechts ist die räumliche Sphäre, in der sich das Privatleben entfaltet (vgl. BVerfGE 89, 1 [12]; 103, 142 [150 f.]). Neben Privatwohnungen fallen auch Betriebs- und Geschäftsräume in den Schutzbereich des Art. 13 GG (vgl. BVerfGE 32, 54 [69 ff.]; 44, 353 [371]; 76, 83 [88]; 96, 44 [51]).”

II. Eingriff

Fraglich ist jedoch, ob ein Eingriff in diesen Schutzbereich vorliegt. Darunter ist jede spürbare Verkürzung des Grundrechtsschutzes zu verstehen.

1. Eindringen nicht erforderlich

Bei der Online-Durchsuchung fehlt es an einem physischen Eindringen in die Wohnung, wenn der “Trojaner” von außen, etwa via Internet, auf den PC kopiert wird. Das BVerfG führt zunächst aus, dass ein solches

physisches Eindringen für einen Eingriff auch nicht zwingend erforderlich ist, wie ein Vergleich zum "Lauschangriff" nach Art. 13 III-VI GG zeige:

"[192] Dabei erschöpft sich der Grundrechtsschutz nicht in der Abwehr eines körperlichen Eindringens in die Wohnung. Als Eingriff in Art. 13 GG sind auch Maßnahmen anzusehen, durch die staatliche Stellen sich mit besonderen Hilfsmitteln einen Einblick in Vorgänge innerhalb der Wohnung verschaffen, die der natürlichen Wahrnehmung von außerhalb des geschützten Bereichs entzogen sind. Dazu gehören nicht nur die akustische oder optische Wohnraumüberwachung (vgl. BVerfGE 109, 279 [309, 327]), sondern ebenfalls etwa die Messung elektromagnetischer Abstrahlungen, mit der die Nutzung eines informationstechnischen Systems in der Wohnung überwacht werden kann. Das kann auch ein System betreffen, das offline arbeitet."

2. Aber nur raumbezogener Schutz

Allerdings vermittelt Art. 13 I GG - wie zum Schutzbereich ausgeführt - nur raumbezogenen Schutz der Privatsphäre. Ein Eingriff muss daher immer zumindest einen räumlichen Bezug haben. Daran fehlt es laut BVerfG bei der Online-Durchsuchung:

"[194] Art. 13 Abs. 1 GG vermittelt dem Einzelnen allerdings keinen generellen, von den Zugriffsmodalitäten unabhängigen Schutz gegen die Infiltration seines informationstechnischen Systems, auch wenn sich dieses System in einer Wohnung befindet (vgl. etwa Beulke/Meininghaus, StV 2007, S. 63 [64]; Gercke, CR 2007, S. 245 [250]; Schlegel, GA 2007, S. 648 [654 ff.]; a.A. etwa Buermeyer, HRRS 2007, S. 392 [395 ff.]; Rux, JZ 2007, S. 285 [292 ff.]). Denn der Eingriff kann unabhängig vom Standort erfolgen, so dass ein raumbezogener Schutz nicht in der Lage ist, die spezifische Gefährdung des informationstechnischen Systems abzuwehren. Soweit die Infiltration die Verbindung des betroffenen Rechners zu einem Rechnernetzwerk ausnutzt, lässt sie die durch die Abgrenzung der Wohnung vermittelte räumliche Privatsphäre unberührt. Der Standort des Systems wird in vielen Fällen für die Ermittlungsmaßnahme ohne Belang und oftmals für die Behörde nicht einmal erkennbar sein. Dies gilt insbesondere für mobile informationstechnische Systeme wie etwa Laptops, Personal Digital Assistants (PDAs) oder Mobiltelefone.

[195] Art. 13 Abs. 1 GG schützt zudem nicht gegen die durch die Infiltration des Systems ermöglichte Erhebung von Daten, die sich im Arbeitsspeicher oder auf den Speichermedien eines informationstechnischen Systems befinden, das in einer Wohnung steht (vgl. zum gleichläufigen Verhältnis von Wohnungsdurchsuchung und Beschlagnahme BVerfGE 113, 29 [45])."

III. Zwischenergebnis

Ein Eingriff in Art. 13 I GG ist nicht gegeben, Art. 13

I GG ist somit auch nicht verletzt.

[Anm.: Gleichwohl können Begleitmaßnahmen im Rahmen von Online-Durchsuchungen Eingriffe in Art. 13 I GG darstellen. Dazu das BVerfG:

"[193] Eine staatliche Maßnahme, die mit dem heimlichen technischen Zugriff auf ein informationstechnisches System im Zusammenhang steht, [kann] an Art. 13 Abs. 1 GG zu messen sein, so beispielsweise, wenn und soweit Mitarbeiter der Ermittlungsbehörde in eine als Wohnung geschützte Räumlichkeit eindringen, um ein dort befindliches informationstechnisches System physisch zu manipulieren. Ein weiterer Anwendungsfall des Art. 13 Abs. 1 GG ist die Infiltration eines informationstechnischen Systems, das sich in einer Wohnung befindet, um mit Hilfe dessen bestimmte Vorgänge innerhalb der Wohnung zu überwachen, etwa indem die an das System angeschlossenen Peripheriegeräte wie ein Mikrofon oder eine Kamera dazu genutzt werden."]

B. Verstoß gegen Art. 10 I GG

Es könnte jedoch ein nicht gerechtfertigter Eingriff in den Schutzbereich des Art. 10 I GG vorliegen.

I. Schutzbereich betroffen

"[182] Die Gewährleistung des Telekommunikationsgeheimnisses nach Art. 10 Abs. 1 GG schützt die unkörperliche Übermittlung von Informationen an individuelle Empfänger mit Hilfe des Telekommunikationsverkehrs (vgl. BVerfGE 67, 157 [172]; 106, 28 [35 f.]), nicht aber auch die Vertraulichkeit und Integrität von informationstechnischen Systemen."

I. Jede Form der Telekommunikation geschützt

"[183] Der Schutz des Art. 10 Abs. 1 GG erfasst Telekommunikation, einerlei, welche Übermittlungsart (Kabel oder Funk, analoge oder digitale Vermittlung) und welche Ausdrucksform (Sprache, Bilder, Töne, Zeichen oder sonstige Daten) genutzt werden (vgl. BVerfGE 106, 28 [36]; 115, 166 [182]). Der Schutzbereich des Telekommunikationsgeheimnisses erstreckt sich danach auch auf die Kommunikationsdienste des Internet (vgl. zu E-Mails BVerfGE 113, 348 [383]). Zudem sind nicht nur die Inhalte der Telekommunikation vor einer Kenntnisnahme geschützt, sondern auch ihre Umstände. Zu ihnen gehört insbesondere, ob, wann und wie oft zwischen welchen Personen oder Telekommunikationseinrichtungen Telekommunikationsverkehr stattgefunden hat oder versucht worden ist (vgl. BVerfGE 67, 157 [172]; 85, 386 [396]; 100, 313 [358]; 107, 299 [312 f.]). Das Telekommunikationsgeheimnis begegnet in diesem Rahmen alten sowie neuen Persönlichkeitsgefährdungen, die sich aus der gestiegenen Bedeutung der Informationstechnik für die Entfaltung des Einzelnen ergeben."

2. Aber nur Kommunikationsvorgang geschützt

“[184] Soweit eine Ermächtigung sich auf eine staatliche Maßnahme beschränkt, durch welche die Inhalte und Umstände der laufenden Telekommunikation im Rechnernetz erhoben oder darauf bezogene Daten ausgewertet werden, ist der Eingriff allein an Art. 10 Abs. 1 GG zu messen. Der Schutzbereich dieses Grundrechts ist dabei unabhängig davon betroffen, ob die Maßnahme technisch auf der Übertragungsstrecke oder am Endgerät der Telekommunikation ansetzt (vgl. BVerfGE 106, 28 [37 f.]; 115, 166 [186 f.]). Dies gilt grundsätzlich auch dann, wenn das Endgerät ein vernetztes komplexes informationstechnisches System ist, dessen Einsatz zur Telekommunikation nur eine unter mehreren Nutzungsarten darstellt.

[185] Der Grundrechtsschutz des Art. 10 Abs. 1 GG erstreckt sich allerdings nicht auf die nach Abschluss eines Kommunikationsvorgangs im Herrschaftsbereich eines Kommunikationsteilnehmers gespeicherten Inhalte und Umstände der Telekommunikation, soweit dieser eigene Schutzvorkehrungen gegen den heimlichen Datenzugriff treffen kann. Dann bestehen hinsichtlich solcher Daten die spezifischen Gefahren der räumlich distanzierten Kommunikation, die durch das Telekommunikationsgeheimnis abgewehrt werden sollen, nicht fort (vgl. BVerfGE 115, 166 [183 ff.]).

[186] Der durch das Telekommunikationsgeheimnis bewirkte Schutz besteht ebenfalls nicht, wenn eine staatliche Stelle die Nutzung eines informationstechnischen Systems als solche überwacht oder die Speichermedien des Systems durchsucht. Hinsichtlich der Erfassung der Inhalte oder Umstände außerhalb der laufenden Telekommunikation liegt ein Eingriff in Art. 10 Abs. 1 GG selbst dann nicht vor, wenn zur Übermittlung der erhobenen Daten an die auswertende Behörde eine Telekommunikationsverbindung genutzt wird, wie dies etwa bei einem Online-Zugriff auf gespeicherte Daten der Fall ist (vgl. Germann, Gefahrenabwehr und Strafverfolgung im Internet, 2000, S. 497; Rux, JZ 2007, S. 285 [292]).

3. Subsumtion

[188] Wird ein komplexes informationstechnisches System zum Zweck der Telekommunikationsüberwachung technisch infiltriert (“Quellen-Telekommunikationsüberwachung”), so ist mit der Infiltration die entscheidende Hürde genommen, um das System insgesamt auszuspähen. Die dadurch bedingte Gefährdung geht weit über die hinaus, die mit einer bloßen Überwachung der laufenden Telekommunikation verbunden ist. Insbesondere können auch die auf dem Personalcomputer abgelegten Daten zur Kenntnis genommen werden, die keinen Bezug zu einer telekommunikativen Nutzung des Systems aufweisen. Erfasst werden können beispielsweise das Verhalten bei der Bedienung eines Personalcomputers für eigene Zwecke, die Abrufhäufigkeit bestimmter Dienste, ins-

besondere auch der Inhalt angelegter Dateien oder - soweit das infiltrierte informationstechnische System auch Geräte im Haushalt steuert - das Verhalten in der eigenen Wohnung.

[189] Nach Auskunft der in der mündlichen Verhandlung angehörten sachkundigen Auskunftspersonen kann es im Übrigen dazu kommen, dass im Anschluss an die Infiltration Daten ohne Bezug zur laufenden Telekommunikation erhoben werden, auch wenn dies nicht beabsichtigt ist. In der Folge besteht für den Betroffenen - anders als in der Regel bei der herkömmlichen netzbasierten Telekommunikationsüberwachung - stets das Risiko, dass über die Inhalte und Umstände der Telekommunikation hinaus weitere persönlichkeitsrelevante Informationen erhoben werden. Den dadurch bewirkten spezifischen Gefährdungen der Persönlichkeit kann durch Art. 10 Abs. 1 GG nicht oder nicht hinreichend begegnet werden.”

II. Ergebnis

Da die Online-Durchsuchung ausschließlich oder zumindest im Schwerpunkt nicht den Kommunikationsvorgang, sondern die infolge der Kommunikation gespeicherten Daten betrifft, ist der Schutzbereich von Art. 10 I GG nicht betroffen, Art. 10 I GG somit auch nicht verletzt.

[Anm.: Aus der soeben dargelegten Ansicht des BVerfG ergibt sich aber auch, dass Art. 10 I GG sehr wohl der alleinige grundrechtliche Maßstab gewesen wäre, wenn die Ermächtigung sich ausschließlich auf eine Überwachung laufender Telekommunikationsvorgänge beschränkt hätte. Dies war bei den angegriffenen Normen aber nicht der Fall.]

C. Verstoß gegen Art. 2 I i.V.m. 1 I GG

Es könnte aber ein Verstoß gegen das allgemeine Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG vorliegen.

I. Schutzbereich betroffen

Das allgemeine Persönlichkeitsrecht schützt die freie Entfaltung der Persönlichkeit. Hierzu haben sich in der Rspr. des BVerfG Fallgruppen herausgebildet, in denen der Schutzbereich betroffen ist. Fraglich ist, ob hier ein solcher Fall vorliegt.

1. Privatsphäre

Anerkannt ist zunächst der Schutz der Privatsphäre. Dieser ist in Bezug auf “Online-Durchsuchungen” aber nicht ausreichend, da diese sich nicht notwendig auf die Privatsphäre beschränken müssen:

“[197] In seiner Ausprägung als Schutz der Privatsphäre gewährleistet das allgemeine Persönlichkeitsrecht dem Einzelnen einen räumlich und thematisch bestimmten Bereich, der grundsätzlich frei von unerwünschter Einsichtnahme bleiben soll (vgl. BVerfGE

27, 344 [350 ff.]; 44, 353 [372 f.]; 90, 255 [260]; 101, 361 [382 f.]). Das Schutzbedürfnis des Nutzers eines informationstechnischen Systems beschränkt sich jedoch nicht allein auf Daten, die seiner Privatsphäre zuzuordnen sind. Eine solche Zuordnung hängt zudem häufig von dem Kontext ab, in dem die Daten entstanden sind und in den sie durch Verknüpfung mit anderen Daten gebracht werden. Dem Datum selbst ist vielfach nicht anzusehen, welche Bedeutung es für den Betroffenen hat und welche es durch Einbeziehung in andere Zusammenhänge gewinnen kann. Das hat zur Folge, dass mit der Infiltration des Systems nicht nur zwangsläufig private Daten erfasst werden, sondern der Zugriff auf alle Daten ermöglicht wird, so dass sich ein umfassendes Bild vom Nutzer des Systems ergeben kann.”

2. Informationelle Selbstbestimmung

Seit dem “Volkszählungsurteil” des BVerfG (E 65, 1 ff.) ist ferner das Recht auf informationelle Selbstbestimmung anerkannt.

a. Inhalt

“[198] Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung geht über den Schutz der Privatsphäre hinaus. Es gibt dem Einzelnen die Befugnis, grundsätzlich selbst über die Preisgabe und Verwendung seiner persönlichen Daten zu bestimmen (vgl. BVerfGE 65, 1 [43]; 84, 192 [194]). Es flankiert und erweitert den grundrechtlichen Schutz von Verhaltensfreiheit und Privatheit, indem es ihn schon auf der Stufe der Persönlichkeitsgefährdung beginnen lässt. Eine derartige Gefährdungslage kann bereits im Vorfeld konkreter Bedrohungen benennbarer Rechtsgüter entstehen, insbesondere wenn personenbezogene Informationen in einer Art und Weise genutzt und verknüpft werden können, die der Betroffene weder überschauen noch verhindern kann. Der Schutzzumfang des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung beschränkt sich dabei nicht auf Informationen, die bereits ihrer Art nach sensibel sind und schon deshalb grundrechtlich geschützt werden. Auch der Umgang mit personenbezogenen Daten, die für sich genommen nur geringen Informationsgehalt haben, kann, je nach dem Ziel des Zugriffs und den bestehenden Verarbeitungs- und Verknüpfungsmöglichkeiten, grundrechtserhebliche Auswirkungen auf die Privatheit und Verhaltensfreiheit des Betroffenen haben (vgl. BVerfG, Beschluss vom 13. Juni 2007 - 1 BvR 1550/03 u.a. -, NJW 2007, S. 2464 [2466]).

[199] Die mit dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung abzuwehrenden Persönlichkeitsgefährdungen ergeben sich aus den vielfältigen Möglichkeiten des Staates und gegebenenfalls auch privater Akteure (vgl. BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 23. Oktober 2006 - 1 BvR 2027/02 -, JZ 2007, S. 576) zur Erhebung, Verarbeitung und Nut-

zung personenbezogener Daten. Vor allem mittels elektronischer Datenverarbeitung können aus solchen Informationen weitere Informationen erzeugt und so Schlüsse gezogen werden, die sowohl die grundrechtlich geschützten Geheimhaltungsinteressen des Betroffenen beeinträchtigen als auch Eingriffe in seine Verhaltensfreiheit mit sich bringen können (vgl. BVerfGE 65, 1 [42]; 113, 29 [45 f.]; 115, 320 [342]; BVerfG, Beschluss vom 13. Juni 2007 - 1 BvR 1550/03 u.a. -, NJW 2007, S. 2464 [2466]).”

b. Subsumtion

“[200] Jedoch trägt das Recht auf informationelle Selbstbestimmung den Persönlichkeitsgefährdungen nicht vollständig Rechnung, die sich daraus ergeben, dass der Einzelne zu seiner Persönlichkeitsentfaltung auf die Nutzung informationstechnischer Systeme angewiesen ist und dabei dem System persönliche Daten anvertraut oder schon allein durch dessen Nutzung zwangsläufig liefert. Ein Dritter, der auf ein solches System zugreift, kann sich einen potentiell äußerst großen und aussagekräftigen Datenbestand verschaffen, ohne noch auf weitere Datenerhebungs- und Datenverarbeitungsmaßnahmen angewiesen zu sein. Ein solcher Zugriff geht in seinem Gewicht für die Persönlichkeit des Betroffenen über einzelne Datenerhebungen, vor denen das Recht auf informationelle Selbstbestimmung schützt, weit hinaus.”

c. Zwischenergebnis

Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung schützt also vor einzelnen Datenerhebungen, und dabei vor allem vor dem Zugriff auf personenbezogene Informationen. Die “Online-Durchsuchung” hingegen greift auf Datenmassen zu, nicht auf einzelne Datensätze, und ist unabhängig von deren Personenbezug. Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung erfasst die Online-Durchsuchung also auch nicht.

3. Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme

Die bisher zu Art. 2 I i.V.m. 1 I GG entwickelten Fallgruppen sind jedoch nicht abschließend. Sie konkretisieren vielmehr nur beispielhaft den Schutzbereich des Rechts auf freie Persönlichkeitsentfaltung. Liegt ein vergleichbarer Fall vor, ist dieser ebenfalls an Art. 2 I i.V.m. 1 I GG zu messen. Eine solche, neue Fallgruppe entwickelt das BVerfG anhand dieses Falles: Das “Recht auf Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme”:

a. Herleitung

“[201] Soweit kein hinreichender Schutz vor Persönlichkeitsgefährdungen besteht, die sich daraus ergeben, dass der Einzelne zu seiner Persönlichkeitsentfaltung auf die Nutzung informationstechnischer Systeme angewiesen ist, trägt das allgemeine Persönlichkeitsrecht

dem Schutzbedarf in seiner lückenfüllenden Funktion über seine bisher anerkannten Ausprägungen hinaus dadurch Rechnung, dass es die Integrität und Vertraulichkeit informationstechnischer Systeme gewährleistet. Dieses Recht fußt gleich dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung auf Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG; es bewahrt den persönlichen und privaten Lebensbereich der Grundrechtsträger vor staatlichem Zugriff im Bereich der Informationstechnik auch insoweit, als auf das informationstechnische System insgesamt zugegriffen wird und nicht nur auf einzelne Kommunikationsvorgänge oder gespeicherte Daten.”

b. Schutzzumfang

Wegen seiner Abgrenzung zum Recht auf informationelle Selbstbestimmung (dort: Zugriff auf einzelne Datensätze, hier: Zugriff auf Datenmengen, s.o.) erstreckt sich das Recht auf Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme aber nur auf Systeme, die der massenweisen Speicherung von Daten dienen (PC, Speicherchips in Handys, elektronische Terminkalender usw.):

“[202] Allerdings bedarf nicht jedes informationstechnische System, das personenbezogene Daten erzeugen, verarbeiten oder speichern kann, des besonderen Schutzes durch eine eigenständige persönlichkeitsrechtliche Gewährleistung. Soweit ein derartiges System nach seiner technischen Konstruktion lediglich Daten mit punktuellm Bezug zu einem bestimmten Lebensbereich des Betroffenen enthält - zum Beispiel nicht vernetzte elektronische Steuerungsanlagen der Haustechnik -, unterscheidet sich ein staatlicher Zugriff auf den vorhandenen Datenbestand qualitativ nicht von anderen Datenerhebungen. In einem solchen Fall reicht der Schutz durch das Recht auf informationelle Selbstbestimmung aus, um die berechtigten Geheimhaltungsinteressen des Betroffenen zu wahren.

[203] Das Grundrecht auf Gewährleistung der Integrität und Vertraulichkeit informationstechnischer Systeme ist hingegen anzuwenden, wenn die Eingriffsermächtigung Systeme erfasst, die allein oder in ihren technischen Vernetzungen personenbezogene Daten des Betroffenen in einem Umfang und in einer Vielfalt enthalten können, dass ein Zugriff auf das System es ermöglicht, einen Einblick in wesentliche Teile der Lebensgestaltung einer Person zu gewinnen oder gar ein aussagekräftiges Bild der Persönlichkeit zu erhalten. Eine solche Möglichkeit besteht etwa beim Zugriff auf Personalcomputer, einerlei ob sie fest installiert oder mobil betrieben werden. Nicht nur bei einer Nutzung für private Zwecke, sondern auch bei einer geschäftlichen Nutzung lässt sich aus dem Nutzungsverhalten regelmäßig auf persönliche Eigenschaften oder Vorlieben schließen. Der spezifische Grundrechtsschutz erstreckt sich ferner beispielsweise auf solche Mobiltelefone oder elektronische Terminkalen-

der, die über einen großen Funktionsumfang verfügen und personenbezogene Daten vielfältiger Art erfassen und speichern können.

[204] Geschützt vom Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme ist zunächst das Interesse des Nutzers, dass die von einem vom Schutzbereich erfassten informationstechnischen System erzeugten, verarbeiteten und gespeicherten Daten vertraulich bleiben. Ein Eingriff in dieses Grundrecht ist zudem dann anzunehmen, wenn die Integrität des geschützten informationstechnischen Systems angetastet wird, indem auf das System so zugegriffen wird, dass dessen Leistungen, Funktionen und Speicherinhalte durch Dritte genutzt werden können; dann ist die entscheidende technische Hürde für eine Ausspähung, Überwachung oder Manipulation des Systems genommen.

[205] Das allgemeine Persönlichkeitsrecht in der hier behandelten Ausprägung schützt insbesondere vor einem heimlichen Zugriff, durch den die auf dem System vorhandenen Daten ganz oder zu wesentlichen Teilen ausgespäht werden können. Der Grundrechtsschutz umfasst sowohl die im Arbeitsspeicher gehaltenen als auch die temporär oder dauerhaft auf den Speichermedien des Systems abgelegten Daten. Das Grundrecht schützt auch vor Datenerhebungen mit Mitteln, die zwar technisch von den Datenverarbeitungsvorgängen des betroffenen informationstechnischen Systems unabhängig sind, aber diese Datenverarbeitungsvorgänge zum Gegenstand haben. So liegt es etwa bei einem Einsatz von sog. “Hardware-Keyloggern” oder bei einer Messung der elektromagnetischen Abstrahlung von Bildschirm oder Tastatur.

[206] Der grundrechtliche Schutz der Vertraulichkeits- und Integritätserwartung besteht unabhängig davon, ob der Zugriff auf das informationstechnische System leicht oder nur mit erheblichem Aufwand möglich ist.”

[Anm.: In personaler Hinsicht soll nur der Nutzer des informationstechnischen Systems geschützt sein:

“[206] Eine grundrechtlich anzuerkennende Vertraulichkeits- und Integritätserwartung besteht allerdings nur, soweit der Betroffene das informationstechnische System als eigenes nutzt und deshalb den Umständen nach davon ausgehen darf, dass er allein oder zusammen mit anderen zur Nutzung berechtigten Personen über das informationstechnische System selbstbestimmt verfügt. Soweit die Nutzung des eigenen informationstechnischen Systems über informationstechnische Systeme stattfindet, die sich in der Verfügungsgewalt anderer befinden, erstreckt sich der Schutz des Nutzers auch hierauf.”

Dies ist hier nicht zu prüfen, da nicht nach der Grundrechtsverletzung einer bestimmten Person, sondern allgemein nach der Verfassungsmäßigkeit der Norm gefragt ist.]

II. Eingriff

Die angegriffenen Normen ermöglichen auch und gerade einen Zugriff auf derartige Massenspeicher. Mit hin liegt ein Eingriff in den Schutzbereich des Rechts auf Integrität und Vertraulichkeit informationstechnischer Systeme vor.

III. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

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

1. Schranken

Zu den Schranken des allgemeinen Persönlichkeitsrechts gehört insbesondere die in Art. 2 I GG genannte "verfassungsmäßige Ordnung". Darunter ist jeder Rechtssatz zu verstehen. § 5 II Nr. 11 VSG ist ein Parlamentsgesetz und damit grds. taugliche Schranke des Grundrechts.

2. Schranken-Schranken

Allerdings muss die Schranke ihrerseits wiederum verfassungskonform sein, d.h. sie darf nicht gegen sonstige Bestimmungen des Grundgesetzes verstoßen.

a. Formelle Verfassungsmäßigkeit

In formeller Hinsicht liegen keine Anhaltspunkte für eine Verfassungswidrigkeit vor. Insbesondere besteht die Gesetzgebungskompetenz des Landes aus Art. 70 GG, da es sich um eine der Gefahrenabwehr dienende Norm handelt, für die eine Bundeskompetenz nach Art. 71 ff. GG nicht ersichtlich ist.

b. Materielle Verfassungsmäßigkeit

In materieller Hinsicht muss ein grundrechtsbeschränkendes Gesetz vor allem den Vorgaben der Art. 19 und 20 GG genügen.

aa. Bestimmtheitsgrundsatz

Dazu gehört aus der aus Art. 20 III GG ableitbare Bestimmtheitsgrundsatz:

"[209] Das Bestimmtheitsgebot findet auch im Hinblick auf das allgemeine Persönlichkeitsrecht in seinen verschiedenen Ausprägungen seine Grundlage im Rechtsstaatsprinzip (Art. 20, Art. 28 Abs. 1 GG; vgl. BVerfGE 110, 33 [53, 57, 70]; 112, 284 [301]; 113, 348 [375]; 115, 320 [365]). Es soll sicherstellen, dass der demokratisch legitimierte Parlamentsgesetzgeber die wesentlichen Entscheidungen über Grundrechtseingriffe und deren Reichweite selbst trifft, dass Regierung und Verwaltung im Gesetz steuernde und begrenzende Handlungsmaßstäbe vorfinden und dass die Gerichte die Rechtskontrolle durchführen können. Ferner sichern Klarheit und Bestimmtheit der Norm, dass der Betroffene die Rechtslage erkennen und sich auf mögliche belastende Maßnahmen einstellen kann (vgl. BVerfGE 110, 33 [52 ff.]; 113, 348 [375 ff.]). Der Ge-

setzgeber hat Anlass, Zweck und Grenzen des Eingriffs hinreichend bereichsspezifisch, präzise und normenklar festzulegen (vgl. BVerfGE 100, 313 [359 f., 372]; 110, 33 [53]; 113, 348 [375]; BVerfG, Beschluss vom 13. Juni 2007 - 1 BvR 1550/03 u.a. -, NJW 2007, S. 2464 [2466])."

(1). Anforderungen

Das BVerfG vertritt in st.Rspr. die Ansicht, dass die Verwendung generalklauselartiger unbestimmter Rechtsbegriffe grds. zulässig ist. Allerdings muss eine Norm umso konkreter sein, umso intensiver sie in Grundrechte eingreift:

"[210] Je nach der zu erfüllenden Aufgabe findet der Gesetzgeber unterschiedliche Möglichkeiten zur Regelung der Eingriffsvoraussetzungen vor. Die Anforderungen des Bestimmtheitsgrundsatzes richten sich auch nach diesen Regelungsmöglichkeiten (vgl. BVerfGE 110, 33 [55 f.]; BVerfG, Beschluss vom 13. Juni 2007 - 1 BvR 1550/03 u.a. -, NJW 2007, S. 2464 [2467]). Bedient sich der Gesetzgeber unbestimmter Rechtsbegriffe, dürfen verbleibende Ungewissheiten nicht so weit gehen, dass die Vorhersehbarkeit und Justitiabilität des Handelns der durch die Normen ermächtigten staatlichen Stellen gefährdet sind (vgl. BVerfGE 21, 73 [79 f.]; 31, 255 [264]; 83, 130 [145]; 102, 254 [337]; 110, 33 [56 f.]; BVerfG, NJW 2007, S. 2464 [2467])."

(2). Subsumtion

[211] Nach diesen Maßstäben genügt § 5 Abs. 2 Nr. 11 Satz 1 Alt. 2 VSG dem Gebot der Normenklarheit und Normenbestimmtheit insoweit nicht, als sich die tatbestandlichen Voraussetzungen der geregelten Maßnahmen dem Gesetz nicht hinreichend entnehmen lassen. [...]

[213] Mit dem Gebot der Normenklarheit und Normenbestimmtheit ist nicht vereinbar, dass § 5 Abs. 2 Nr. 11 Satz 2 VSG für die Verweisung auf das Gesetz zu Artikel 10 Grundgesetz darauf abstellt, ob eine Maßnahme in Art. 10 GG eingreift. Die Antwort auf die Frage, in welche Grundrechte Ermittlungsmaßnahmen der Verfassungsschutzbehörde eingreifen, kann komplexe Abschätzungen und Bewertungen erfordern. Zu ihnen ist zunächst und vorrangig der Gesetzgeber berufen. Seiner Aufgabe, die einschlägigen Grundrechte durch entsprechende gesetzliche Vorkehrungen zu konkretisieren, kann er sich nicht entziehen, indem er durch eine bloße tatbestandliche Bezugnahme auf ein möglicherweise einschlägiges Grundrecht die Entscheidung darüber, wie dieses Grundrecht auszufüllen und umzusetzen ist, an die normvollziehende Verwaltung weiterreicht. Eine derartige "salvatorische" Regelungstechnik genügt dem Bestimmtheitsgebot nicht bei einer Norm wie § 5 Abs. 2 Nr. 11 Satz 1 Alt. 2 VSG, die neuartige Ermittlungsmaßnahmen vorsieht, welche auf neuere technologische Entwicklungen reagieren

sollen.

[214] Der Verstoß gegen das Gebot der Normenklarheit wird noch vertieft durch den in § 5 Abs. 2 Nr. 11 Satz 2 VSG enthaltenen Zusatz, die Verweisung auf das Gesetz zu Artikel 10 Grundgesetz greife auch dann, wenn eine Ermittlungsmaßnahme einem Eingriff in Art. 10 GG „in Art und Schwere“ gleichkommt. Damit werden die tatbestandlichen Voraussetzungen des geregelten Zugriffs von einem wertenden Vergleich zwischen diesem Zugriff und einer Maßnahme, die als Eingriff in ein bestimmtes Grundrecht anzusehen wäre, abhängig gemacht. Für diesen Vergleich enthält § 5 Abs. 2 Nr. 11 Satz 2 VSG keinerlei Maßstäbe. Wenn schon durch die bloße Verweisung auf ein bestimmtes Grundrecht die Tatbestandsvoraussetzungen nicht hinreichend bestimmt geregelt werden können, so gilt dies erst recht für eine Norm, die einen derartigen, normativ nicht weiter angeleiteten Vergleich der geregelten Maßnahme mit einem Eingriff in ein bestimmtes Grundrecht vorsieht.”

(3). Zwischenergebnis

Soweit § 5 II Nr. 11 VSG auf die Eingriffsvoraussetzungen des Gesetzes zu Artikel 10 Grundgesetz verweist, verstößt er bereits gegen den Bestimmtheitsgrundsatz.

bb. Verhältnismäßigkeit

Fraglich ist, ob die Norm darüber hinaus nicht insgesamt gegen den ebenfalls aus Art. 20 III GG ableitbaren Verhältnismäßigkeitsgrundsatz verstößt. Verhältnismäßig ist eine Norm, die zur Erreichung eines legitimen Zwecks geeignet, erforderlich und angemessen ist.

(1). Legitimer Zweck

“[219] Die in der angegriffenen Norm vorgesehenen Datenerhebungen dienen der Verfassungsschutzbehörde zur Erfüllung ihrer Aufgaben nach § 3 Abs. 1 VSG und damit der im Vorfeld konkreter Gefahren einsetzenden Sicherung der freiheitlichen demokratischen Grundordnung, des Bestandes von Bund und Ländern sowie bestimmter auf das Verhältnis zum Ausland gerichteter Interessen der Bundesrepublik. Dabei wurde mit der Novellierung des Verfassungsschutzgesetzes nach der Gesetzesbegründung insbesondere auch das Ziel verfolgt, eine effektive Terrorismusbekämpfung durch die Verfassungsschutzbehörde angesichts neuer, insbesondere mit der Internetkommunikation verbundener, Gefährdungen sicherzustellen (vgl. LTDrucks 14/2211, S. 1). Allerdings ist der Anwendungsbereich der Neuregelung weder ausdrücklich noch als Folge des systematischen Zusammenhangs auf die Terrorismusbekämpfung begrenzt.”

(2). Geeignetheit

“[221] Der heimliche Zugriff auf informationstech-

nische Systeme ist geeignet, diesen Zielen zu dienen. Mit ihm werden die Möglichkeiten der Verfassungsschutzbehörde zur Aufklärung von Bedrohungslagen erweitert. Bei der Beurteilung der Eignung ist dem Gesetzgeber ein beträchtlicher Einschätzungsspielraum eingeräumt (vgl. BVerfGE 77, 84 [106]; 90, 145 [173]; 109, 279 [336]). Es ist nicht ersichtlich, dass dieser Spielraum hier überschritten wurde.”

(a). Selbstschutzmöglichkeiten irrelevant

“[222] Die in § 5 Abs. 2 Nr. 11 Satz 1 Alt. 2 VSG enthaltene Befugnis verliert nicht dadurch ihre Eignung, dass der Betroffene nach einer in der Literatur vertretenen (vgl. etwa Buermeyer, HRRS 2007, S. 154 [165 f.]; Gercke, CR 2007, S. 245 [253]; Hornung, DuD 2007, S. 575 [579]) und von den in der mündlichen Verhandlung angehörten sachkundigen Auskunftspersonen geteilten Einschätzung technische Selbstschutzmöglichkeiten hat, um jedenfalls einen Zugriff wirkungsvoll zu verhindern, bei dem die Infiltration des Zielsystems mit Hilfe einer Zugriffssoftware durchgeführt wird. Im Rahmen der Eignungsprüfung ist nicht zu fordern, dass Maßnahmen, welche die angegriffene Norm erlaubt, stets oder auch nur im Regelfall Erfolg versprechen. Die gesetzgeberische Prognose, dass Zugriffe der geregelten Art im Einzelfall Erfolg haben können, ist zumindest nicht offensichtlich fehlerhaft. Es kann nicht als selbstverständlich unterstellt werden, dass jede mögliche Zielperson eines Zugriffs bestehende Schutzmöglichkeiten dagegen nutzt und tatsächlich fehlerfrei implementiert. Im Übrigen erscheint denkbar, dass sich im Zuge der weiteren informationstechnischen Entwicklung für die Verfassungsschutzbehörde Zugriffsmöglichkeiten auftun, die sich technisch nicht mehr oder doch nur mit unverhältnismäßigem Aufwand unterbinden lassen.”

(b). Begrenzter Beweiswert irrelevant

“[223] Weiter ist die Eignung der geregelten Befugnis auch nicht deshalb zu verneinen, weil möglicherweise der Beweiswert der Erkenntnisse, die mittels des Zugriffs gewonnen werden, begrenzt ist. Insoweit wird vorgebracht, eine technische Echtheitsbestätigung der erhobenen Daten setze grundsätzlich eine exklusive Kontrolle des Zielsystems im fraglichen Zeitpunkt voraus (vgl. Hansen/Pfitzmann, DRiZ 2007, S. 225 [228]). Jedoch bewirken diese Schwierigkeiten der Beweissicherung nicht, dass den erhobenen Daten kein Informationswert zukommt. Zudem dient der Online-Zugriff nach der angegriffenen Norm nicht unmittelbar der Gewinnung revisionsfester Beweise für ein Strafverfahren, sondern soll der Verfassungsschutzbehörde Kenntnisse verschaffen, an deren Zuverlässigkeit wegen der andersartigen Aufgabenstellung des Verfassungsschutzes zur Prävention im Vorfeld konkreter Gefahren geringere Anforderungen zu stellen sind als in einem Strafverfahren.”

(3). Erforderlichkeit

“[224] Der heimliche Zugriff auf informationstechnische Systeme verletzt auch den Grundsatz der Erforderlichkeit nicht. Im Rahmen seiner Einschätzungsprärogative durfte der Gesetzgeber annehmen, dass kein ebenso wirksamer, aber den Betroffenen weniger belastender Weg gegeben ist, die auf solchen Systemen vorhandenen Daten zu erheben.

[225] Grundsätzlich ist zwar eine - im Verfassungsschutzgesetz nicht vorgesehene - offene Durchsuchung des Zielsystems gegenüber dem heimlichen Zugriff als milderes Mittel anzusehen (vgl. Hornung, DuD 2007, S. 575 [580]). Hat die Verfassungsschutzbehörde jedoch im Rahmen ihrer Aufgabenstellung einen hinreichenden Grund, die auf den Speichermedien eines informationstechnischen Systems abgelegten Dateien umfassend - unter Einschluss verschlüsselter Daten - zu sichten, über einen längeren Zeitraum Änderungen zu verfolgen oder die Nutzung des Systems umfassend zu überwachen, so sind mildere Mittel, diese Erkenntnisziele zu erreichen, nicht ersichtlich. Gleiches gilt für den Zugriff auf verschlüsselte Inhalte der Internetkommunikation, soweit ein Zugriff auf der Übertragungstrecke nicht erfolgsversprechend ist.”

(4). Angemessenheit

Das Gebot der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne verlangt, dass die Schwere des Eingriffs bei einer Gesamtabwägung nicht außer Verhältnis zu dem Gewicht der ihn rechtfertigenden Gründe stehen darf (vgl. BVerfGE 90, 145 [173]; 109, 279 [349 ff.]; 113, 348 [382]; stRspr). Der Gesetzgeber hat das Individualinteresse, das durch einen Grundrechtseingriff beschnitten wird, den Allgemeininteressen, denen der Eingriff dient, angemessen zuzuordnen. Die Prüfung an diesem Maßstab kann dazu führen, dass ein Mittel nicht zur Durchsetzung von Allgemeininteressen angewandt werden darf, weil die davon ausgehenden Grundrechtsbeeinträchtigungen schwerer wiegen als die durchzusetzenden Belange (vgl. BVerfGE 115, 320 [345 f.]; BVerfG, Beschluss vom 13. Juni 2007 - 1 BvR 1550/03 u.a. -, NJW 2007, S. 2464 [2469]).”

(a). Intensität des Eingriffs

Das BVerfG wertet den mit der Online-Durchsuchung verbundenen Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht als besonders schwerwiegend. Folgende Gründe sind dafür maßgebend:

(aa). Zugriff auf umfangreiches Datenmaterial

“[230] Eine staatliche Datenerhebung aus komplexen informationstechnischen Systemen weist ein beträchtliches Potential für die Ausforschung der Persönlichkeit des Betroffenen auf. Dies gilt bereits für einmalige und punktuelle Zugriffe wie beispielsweise die Beschlagnahme oder Kopie von Speichermedien solcher Systeme (vgl. zu solchen Fallgestaltungen etwa BVerf-

GE 113, 29; 115, 166; 117, 244).

[231] Ein solcher heimlicher Zugriff auf ein informationstechnisches System öffnet der handelnden staatlichen Stelle den Zugang zu einem Datenbestand, der herkömmliche Informationsquellen an Umfang und Vielfältigkeit bei weitem übertreffen kann. Dies liegt an der Vielzahl unterschiedlicher Nutzungsmöglichkeiten, die komplexe informationstechnische Systeme bieten und die mit der Erzeugung, Verarbeitung und Speicherung von personenbezogenen Daten verbunden sind. Insbesondere werden solche Geräte nach den gegenwärtigen Nutzungsgepflogenheiten typischerweise bewusst zum Speichern auch persönlicher Daten von gesteigerter Sensibilität, etwa in Form privater Text-, Bild- oder Tondateien, genutzt. Der verfügbare Datenbestand kann detaillierte Informationen über die persönlichen Verhältnisse und die Lebensführung des Betroffenen, die über verschiedene Kommunikationswege geführte private und geschäftliche Korrespondenz oder auch tagebuchartige persönliche Aufzeichnungen umfassen.

[232] Ein staatlicher Zugriff auf einen derart umfassenden Datenbestand ist mit dem naheliegenden Risiko verbunden, dass die erhobenen Daten in einer Gesamtschau weitreichende Rückschlüsse auf die Persönlichkeit des Betroffenen bis hin zu einer Bildung von Verhaltens- und Kommunikationsprofilen ermöglichen.”

(bb). Furcht vor Überwachung

“[233] Soweit Daten erhoben werden, die Aufschluss über die Kommunikation des Betroffenen mit Dritten geben, wird die Intensität des Grundrechtseingriffs dadurch weiter erhöht, dass die - auch im Allgemeinwohl liegende - Möglichkeit der Bürger beschränkt wird, an einer unbeobachteten Fernkommunikation teilzunehmen (vgl. zur Erhebung von Verbindungsdaten BVerfGE 115, 166 [187 ff.]). Eine Erhebung solcher Daten beeinträchtigt mittelbar die Freiheit der Bürger, weil die Furcht vor Überwachung, auch wenn diese erst nachträglich einsetzt, eine unbefangene Individualkommunikation verhindern kann. Zudem weisen solche Datenerhebungen insoweit eine beträchtliche, das Gewicht des Eingriffs erhöhende Streubreite auf, als mit den Kommunikationspartnern der Zielperson notwendigerweise Dritte erfasst werden, ohne dass es darauf ankäme, ob in deren Person die Voraussetzungen für einen derartigen Zugriff vorliegen (vgl. zur Telekommunikationsüberwachung BVerfGE 113, 348 [382 f.]; ferner BVerfGE 34, 238 [247]; 107, 299 [321]).”

(cc). Heimlichkeit

“[238] Die Eingriffsintensität des geregelten Zugriffs wird weiter durch dessen Heimlichkeit bestimmt. In einem Rechtsstaat ist Heimlichkeit staatlicher Eingriffsmaßnahmen die Ausnahme und bedarf besonde-

rer Rechtfertigung (vgl. BVerfG, Beschluss vom 13. Juni 2007 - 1 BvR 1550/03 u.a. -, NJW 2007, S. 2464 [2469 f.]). Erfährt der Betroffene von einer ihn belastenden staatlichen Maßnahme vor ihrer Durchführung, kann er von vornherein seine Interessen wahrnehmen. Er kann zum einen rechtlich gegen sie vorgehen, etwa gerichtlichen Rechtsschutz in Anspruch nehmen. Zum anderen hat er bei einer offen durchgeführten Datenerhebung faktisch die Möglichkeit, durch sein Verhalten auf den Gang der Ermittlung einzuwirken. Der Ausschluss dieser Einflusschance verstärkt das Gewicht des Grundrechtseingriffs (vgl. zu rechtlichen Abwehrmöglichkeiten BVerfGE 113, 348 [383 f.]; 115, 320 [353])."

(dd). Schädigung des Systems möglich

"[239] Das Gewicht des Eingriffs wird schließlich dadurch geprägt, dass infolge des Zugriffs Gefahren für die Integrität des Zugriffsrechners sowie für Rechtsgüter des Betroffenen oder auch Dritter begründet werden.

[240] Die in der mündlichen Verhandlung angehörten sachkundigen Auskunftspersonen haben ausgeführt, es könne nicht ausgeschlossen werden, dass der Zugriff selbst bereits Schäden auf dem Rechner verursacht. So könnten Wechselwirkungen mit dem Betriebssystem zu Datenverlusten führen (vgl. auch Hansen/Pfitzmann, DRiZ 2007, S. 225 [228]). Zudem ist zu beachten, dass es einen rein lesenden Zugriff infolge der Infiltration nicht gibt. Sowohl die zugreifende Stelle als auch Dritte, die eventuell das Zugriffsprogramm missbrauchen, können aufgrund der Infiltration des Zugriffsrechners Datenbestände versehentlich oder sogar durch gezielte Manipulationen löschen, verändern oder neu anlegen. Dies kann den Betroffenen in vielfältiger Weise mit oder ohne Zusammenhang zu den Ermittlungen schädigen.

[241] Je nach der eingesetzten Infiltrationstechnik kann die Infiltration auch weitere Schäden verursachen, die im Zuge der Prüfung der Angemessenheit einer staatlichen Maßnahme mit zu berücksichtigen sind. [Wird ausgeführt].

(b). Notwendigkeit der Herstellung praktischer Konkordanz

"[243] In dem Spannungsverhältnis zwischen der Pflicht des Staates zum Rechtsgüterschutz und dem Interesse des Einzelnen an der Wahrung seiner von der Verfassung verbürgten Rechte gehört es zur Aufgabe des Gesetzgebers, in abstrakter Weise einen Ausgleich der widerstreitenden Interessen zu erreichen (vgl. BVerfGE 109, 279 [350]). Dies kann dazu führen, dass bestimmte intensive Grundrechtseingriffe nur zum Schutz bestimmter Rechtsgüter und erst von bestimmten Verdachts- oder Gefahrenstufen an vorgesehen werden dürfen. In dem Verbot unangemessener Grundrechtseingriffe finden auch die Pflichten des

Staates zum Schutz anderer Rechtsgüter ihre Grenze (vgl. BVerfGE 115, 320 [358]). Entsprechende Eingriffsschwellen sind durch eine gesetzliche Regelung zu gewährleisten (vgl. BVerfGE 100, 313 [383 f.]; 109, 279 [350 ff.]; 115, 320 [346])."

Konkret fordert das BVerfG insbesondere die Beachtung folgender "Eingriffsschwellen", unterhalb derer es angesichts der oben erwähnten Intensität des Eingriffs eine Rechtfertigung ablehnt:

(aa). Schutz besonders wichtiger Rechtsgüter

"[247] Ein derartiger Eingriff darf nur vorgesehen werden, wenn die Eingriffsermächtigung ihn davon abhängig macht, dass tatsächliche Anhaltspunkte einer konkreten Gefahr für ein überragend wichtiges Rechtsgut vorliegen. Überragend wichtig sind zunächst Leib, Leben und Freiheit der Person. Ferner sind überragend wichtig solche Güter der Allgemeinheit, deren Bedrohung die Grundlagen oder den Bestand des Staates oder die Grundlagen der Existenz der Menschen berührt. Hierzu zählt etwa auch die Funktionsfähigkeit wesentlicher Teile existenzsichernder öffentlicher Versorgungseinrichtungen.

[248] Zum Schutz sonstiger Rechtsgüter Einzelner oder der Allgemeinheit in Situationen, in denen eine existentielle Bedrohungslage nicht besteht, ist eine staatliche Maßnahme grundsätzlich nicht angemessen, durch die - wie hier - die Persönlichkeit des Betroffenen einer weitgehenden Ausspähung durch die Ermittlungsbehörde preisgegeben wird. Zum Schutz solcher Rechtsgüter hat sich der Staat auf andere Ermittlungsbefugnisse zu beschränken, die ihm das jeweils anwendbare Fachrecht im präventiven Bereich einräumt."

(bb). Hinreichend konkrete Gefahr

"[249] Die gesetzliche Ermächtigungsgrundlage muss weiter als Voraussetzung des heimlichen Zugriffs vorsehen, dass zumindest tatsächliche Anhaltspunkte einer konkreten Gefahr für die hinreichend gewichtigen Schutzgüter der Norm bestehen.

[250] Das Erfordernis tatsächlicher Anhaltspunkte führt dazu, dass Vermutungen oder allgemeine Erfahrungssätze allein nicht ausreichen, um den Zugriff zu rechtfertigen. Vielmehr müssen bestimmte Tatsachen festgestellt sein, die eine Gefahrenprognose tragen (vgl. BVerfGE 110, 33 [61]; 113, 348 [378])."

(cc). Richtervorbehalt

"[257] Weiter muss eine Ermächtigung zum heimlichen Zugriff auf informationstechnische Systeme mit geeigneten gesetzlichen Vorkehrungen verbunden werden, um die Interessen des Betroffenen verfahrensrechtlich abzusichern. Sieht eine Norm heimliche Ermittlungstätigkeiten des Staates vor, die - wie hier - besonders geschützte Zonen der Privatheit berühren

oder eine besonders hohe Eingriffsintensität aufweisen, ist dem Gewicht des Grundrechtseingriffs durch geeignete Verfahrensvorkehrungen Rechnung zu tragen (vgl. BVerfG, Beschluss vom 13. Juni 2007 - 1 BvR 1550/03 u.a. -, NJW 2007, S. 2464 [2471], m.w.N.). Insbesondere ist der Zugriff grundsätzlich unter den Vorbehalt richterlicher Anordnung zu stellen.

[258] Ein solcher Vorbehalt ermöglicht die vorbeugende Kontrolle einer geplanten heimlichen Ermittlungsmaßnahme durch eine unabhängige und neutrale Instanz. Eine derartige Kontrolle kann bedeutsames Element eines effektiven Grundrechtsschutzes sein. Sie ist zwar nicht dazu geeignet, die Mängel einer zu unbestimmt geregelten oder zu niedrig angesetzten Eingriffsschwelle auszugleichen, da auch die unabhängige Prüfungsinstanz nur sicherstellen kann, dass die geregelten Eingriffsvoraussetzungen eingehalten werden (vgl. BVerfGE 110, 33 [67 f.]). Sie kann aber gewährleisten, dass die Entscheidung über eine heimliche Ermittlungsmaßnahme auf die Interessen des Betroffenen hinreichend Rücksicht nimmt, wenn der Betroffene selbst seine Interessen aufgrund der Heimlichkeit der Maßnahme im Vorwege nicht wahrnehmen kann. Die Kontrolle dient insoweit der „kompensatorischen Repräsentation“ der Interessen des Betroffenen im Verwaltungsverfahren (vgl. SächsVerfGH, Urteil vom 14. Mai 1996 - Vf.44-II-94 -, JZ 1996, S. 957 [964]).”

[261] Von dem Erfordernis einer vorherigen Kontrolle der Maßnahme durch eine dafür geeignete neutrale Stelle darf eine Ausnahme für Eilfälle, etwa bei Gefahr im Verzug, vorgesehen werden, wenn für eine anschließende Überprüfung durch die neutrale Stelle gesorgt ist. Für die tatsächlichen und rechtlichen Voraussetzungen der Annahme eines Eilfalls bestehen dabei indes wiederum verfassungsrechtliche Vorgaben (vgl. BVerfGE 103, 142 [153 ff.] zu Art. 13 Abs. 2 GG).

(dd). Kernbereich privater Lebensgestaltung muss unantastbar bleiben

“[271] Heimliche Überwachungsmaßnahmen staatlicher Stellen haben einen unantastbaren Kernbereich privater Lebensgestaltung zu wahren, dessen Schutz sich aus Art. 1 Abs. 1 GG ergibt (vgl. BVerfGE 6, 32 [41]; 27, 1 [6]; 32, 373 [378 f.]; 34, 238 [245]; 80, 367 [373]; 109, 279 [313]; 113, 348 [390]). Selbst überwiegende Interessen der Allgemeinheit können einen Eingriff in ihn nicht rechtfertigen (vgl. BVerfGE 34, 238 [245]; 109, 279 [313]). Zur Entfaltung der Persönlichkeit im Kernbereich privater Lebensgestaltung gehört die Möglichkeit, innere Vorgänge wie Empfindungen und Gefühle sowie Überlegungen, Ansichten und Erlebnisse höchstpersönlicher Art ohne die Angst zum Ausdruck zu bringen, dass staatliche Stellen dies überwachen (vgl. BVerfGE 109, 279 [314]).”

[272] Im Rahmen eines heimlichen Zugriffs auf ein informationstechnisches System besteht die Gefahr,

dass die handelnde staatliche Stelle persönliche Daten erhebt, die dem Kernbereich zuzuordnen sind. So kann der Betroffene das System dazu nutzen, Dateien höchstpersönlichen Inhalts, etwa tagebuchartige Aufzeichnungen oder private Film- oder Tondokumente, anzulegen und zu speichern. Derartige Dateien können ebenso wie etwa schriftliche Verkörperungen des höchstpersönlichen Erlebens (dazu vgl. BVerfGE 80, 367 [373 ff.]; 109, 279 [319]) einen absoluten Schutz genießen. Zum anderen kann das System, soweit es telekommunikativen Zwecken dient, zur Übermittlung von Inhalten genutzt werden, die gleichfalls dem Kernbereich unterfallen können. Dies gilt nicht nur für Sprachtelefonate, sondern auch etwa für die Fernkommunikation mittels E-Mails oder anderer Kommunikationsdienste des Internet (vgl. BVerfGE 113, 348 [390]). Die absolut geschützten Daten können bei unterschiedlichen Arten von Zugriffen erhoben werden, etwa bei der Durchsicht von Speichermedien ebenso wie bei der Überwachung der laufenden Internetkommunikation oder gar einer Vollüberwachung der Nutzung des Zielsystems.”

(c). Subsumtion

Nach Ansicht des BVerfG genügt die angegriffene Norm den o.g. verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Herstellung “praktischer Konkordanz” nicht:

“[263] Nach § 5 Abs. 2 in Verbindung mit § 7 Abs. 1 Nr. 1 und § 3 Abs. 1 VSG sind Voraussetzung für den Einsatz nachrichtendienstlicher Mittel durch die Verfassungsschutzbehörde lediglich tatsächliche Anhaltspunkte für die Annahme, dass auf diese Weise Erkenntnisse über verfassungsfeindliche Bestrebungen gewonnen werden können. Dies ist sowohl hinsichtlich der tatsächlichen Voraussetzungen für den Eingriff als auch des Gewichts der zu schützenden Rechtsgüter keine hinreichende materielle Eingriffsschwelle. Auch ist eine vorherige Prüfung durch eine unabhängige Stelle nicht vorgesehen, so dass die verfassungsrechtlich geforderte verfahrensrechtliche Sicherung fehlt. [...] Das Gesetz regelt weder einen Richtervorbehalt noch einen gleichwertigen Kontrollmechanismus. Die zuständige oberste Landesbehörde kann, anders als ein Gericht, aufgrund ihres Ressortzuschnitts ein eigenes Interesse an der Durchführung nachrichtendienstlicher Maßnahmen des Verfassungsschutzes haben. Sie bietet keine vergleichbare Gewähr für die Unabhängigkeit und Neutralität einer Kontrolle wie ein Gericht.

[270] Schließlich fehlt es an hinreichenden gesetzlichen Vorkehrungen, um Eingriffe in den absolut geschützten Kernbereich privater Lebensgestaltung durch Maßnahmen nach § 5 Abs. 2 Nr. 11 Satz 1 Alt. 2 VSG zu vermeiden.” [...]

[284] Das Verfassungsschutzgesetz enthält die erforderlichen kernbereichsschützenden Vorschriften nicht. Nichts anderes ergibt sich, wenn die Verweisung des §

5 Abs. 2 Nr. 11 Satz 2 VSG auf das Gesetz zu Artikel 10 Grundgesetz trotz ihrer Unbestimmtheit einbezogen wird. Dieses Gesetz enthält gleichfalls keine Vorkehrungen zum Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung.“

D. Ergebnis

Die Ermächtigung zur “Online-Durchsuchung” verstößt gegen das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Art. 2 I i.V.m. 1 I GG in Gestalt des Rechts auf Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme.

2. Teil: Internet-Überwachung

Fraglich ist, ob die Ermächtigung zum (heimlichen) Aufklären des Internetverkehrs in § 5 Abs. 2 Nr. 11 Satz 1 Alt. 1 VSG verfassungsgemäß ist.

A. Verstoß gegen Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG

Diese könnte ebenfalls gegen das allgemeine Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG verstoßen. Im Gegensatz zur Online-Durchsuchung verneint das BVerfG hier jedoch eine Schutzbereichsbetroffenheit sowohl hinsichtlich des Rechts auf Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme als auch hinsichtlich des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung:

I. Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme

“[306] Die von dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht gewährleistete Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme wird durch Maßnahmen der Internetaufklärung nicht berührt, da Maßnahmen nach § 5 Abs. 2 Nr. 11 Satz 1 Alt. 1 VSG sich darauf beschränken, Daten, die der Inhaber des Systems - beispielsweise der Betreiber eines Webservers - für die Internetkommunikation vorgesehen hat, auf dem technisch dafür vorgesehenen Weg zu erheben. Für solche Datenerhebungen hat der Betroffene selbst sein System technisch geöffnet. Er kann nicht darauf vertrauen, dass es nicht zu ihnen kommt.”

II. Informationelle Selbstbestimmung

“[307] Zumindest in der Regel ist auch ein Eingriff in Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG in der Ausprägung als Recht auf informationelle Selbstbestimmung zu verneinen.

[308] Eine Kenntnisnahme öffentlich zugänglicher Informationen ist dem Staat grundsätzlich nicht verwehrt. Dies gilt auch dann, wenn auf diese Weise im Einzelfall personenbezogene Informationen erhoben werden können (vgl. etwa Böckenförde, Die Ermittlung im Netz, 2003, S. 196 f.; Zöller, GA 2000, S. 563 [569]). Daher liegt kein Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht vor, wenn eine staatliche Stelle im Internet verfügbare Kommunikationsinhalte erhebt, die

sich an jedermann oder zumindest an einen nicht weiter abgegrenzten Personenkreis richten. So liegt es etwa, wenn die Behörde eine allgemein zugängliche Webseite im World Wide Web aufruft, eine jedem Interessierten offen stehende Mailingliste abonniert oder einen offenen Chat beobachtet.[...]

[310] Ein Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung liegt nicht schon dann vor, wenn eine staatliche Stelle sich unter einer Legende in eine Kommunikationsbeziehung zu einem Grundrechtsträger begibt, wohl aber, wenn sie dabei ein schutzwürdiges Vertrauen des Betroffenen in die Identität und die Motivation seines Kommunikationspartners ausnutzt, um persönliche Daten zu erheben, die sie ansonsten nicht erhalten würde (vgl. zu Ermittlungen durch verdeckte Ermittler BVerwG, Urteil vom 29. April 1997 - 1 C 2/95 -, NJW 1997, S. 2534; Di Fabio, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 2 Abs. 1 Rn. 176; Duttge, JZ 1996, S. 556 [562 f.]; Murswiek, in: Sachs, GG, 4. Aufl., 2007, Art. 2 Rn. 88 b; Warntjen, Heimliche Zwangsmaßnahmen und der Kernbereich privater Lebensgestaltung, 2007, S. 163; speziell zu Ermittlungen im Netz Germann, Gefahrenabwehr und Strafverfolgung im Internet, 2000, S. 519 ff.).

[311] Danach wird die reine Internetaufklärung in aller Regel keinen Grundrechtseingriff bewirken. Die Kommunikationsdienste des Internet ermöglichen in weitem Umfang den Aufbau von Kommunikationsbeziehungen, in deren Rahmen das Vertrauen eines Kommunikationsteilnehmers in die Identität und Wahrhaftigkeit seiner Kommunikationspartner nicht schutzwürdig ist, da hierfür keinerlei Überprüfungsmechanismen bereitstehen. Dies gilt selbst dann, wenn bestimmte Personen - etwa im Rahmen eines Diskussionsforums - über einen längeren Zeitraum an der Kommunikation teilnehmen und sich auf diese Weise eine Art „elektronische Gemeinschaft“ gebildet hat. Auch im Rahmen einer solchen Kommunikationsbeziehung ist jedem Teilnehmer bewusst, dass er die Identität seiner Partner nicht kennt oder deren Angaben über sich jedenfalls nicht überprüfen kann. Sein Vertrauen darauf, dass er nicht mit einer staatlichen Stelle kommuniziert, ist in der Folge nicht schutzwürdig.”

III. Zwischenergebnis

Der Schutzbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG ist also nicht betroffen.

B. Verstoß gegen Art. 10 I GG

Das heimliche Aufklären des Internetverkehrs nach § 5 Abs. 2 Nr. 11 Satz 1 Alt. 1 VSG könnte aber das durch Art. 10 I GG gewährleistete Telekommunikationsgeheimnis verletzen. Dann müsste ein nicht gerechtfertigter Eingriff in den Schutzbereich des Grundrechts vorliegen.

I. Eingriff in den Schutzbereich

Nach Ansicht des BVerfG schützt Art. 10 I GG lediglich davor, dass Dritte unbefugterweise vom Kommunikationsvorgang Kenntnis nehmen, nicht hingegen davor, dass ein an der Kommunikation beteiligter Partner ohne Wissen des anderen freiwillig Dritten die Kenntnisnahme ermöglicht. Deshalb liegt ein Eingriff in den Schutzbereich des Art. 10 I GG infolge "Internet-Überwachung" auch nur vor, wenn staatliche Stellen heimlich eine Internet-Kommunikation überwachen:

1. Abgrenzung zwischen unfreiwilliger Überwachung und freiwilliger Erweiterung der Kommunikationsbeziehung durch einen Beteiligten

"[290] Der Schutzbereich von Art. 10 Abs. 1 GG umfasst die mit einem an das Internet angeschlossenen informationstechnischen System geführte laufende Fernkommunikation (s.o.). Allerdings schützt dieses Grundrecht lediglich das Vertrauen des Einzelnen darin, dass eine Fernkommunikation, an der er beteiligt ist, nicht von Dritten zur Kenntnis genommen wird. Dagegen ist das Vertrauen der Kommunikationspartner zueinander nicht Gegenstand des Grundrechtsschutzes. Steht im Vordergrund einer staatlichen Ermittlungsmaßnahme nicht der unautorisierte Zugriff auf die Telekommunikation, sondern die Enttäuschung des personengebundenen Vertrauens in den Kommunikationspartner, so liegt darin kein Eingriff in Art. 10 Abs. 1 GG (vgl. BVerfGE 106, 28 [37 f.]). Die staatliche Wahrnehmung von Inhalten der Telekommunikation ist daher nur dann am Telekommunikationsgeheimnis zu messen, wenn eine staatliche Stelle eine Telekommunikationsbeziehung von außen überwacht, ohne selbst Kommunikationsadressat zu sein. Das Grundrecht schützt dagegen nicht davor, dass eine staatliche Stelle selbst eine Telekommunikationsbeziehung zu einem Grundrechtsträger aufnimmt.

[291] Erlangt eine staatliche Stelle Kenntnis von den Inhalten einer über die Kommunikationsdienste des Internet geführten Fernkommunikation auf dem dafür technisch vorgesehenen Weg, so liegt darin nur dann ein Eingriff in Art. 10 Abs. 1 GG, wenn die staatliche Stelle hierzu nicht durch Kommunikationsbeteiligte autorisiert ist. Da das Telekommunikationsgeheimnis das personengebundene Vertrauen der Kommunikationsbeteiligten zueinander nicht schützt, erfasst die staatliche Stelle die Kommunikationsinhalte bereits dann autorisiert, wenn nur einer von mehreren Beteiligten ihr diesen Zugriff freiwillig ermöglicht hat.

[292] Das heimliche Aufklären des Internet greift danach in Art. 10 Abs. 1 GG ein, wenn die Verfassungsschutzbehörde zugangsgesicherte Kommunikationsinhalte überwacht, indem sie Zugangsschlüssel nutzt, die sie ohne oder gegen den Willen der Kommunikationsbeteiligten erhoben hat. So liegt es etwa, wenn ein mittels Keylogging erhobenes Passwort ein-

gesetzt wird, um Zugang zu einem E-Mail-Postfach oder zu einem geschlossenen Chat zu erlangen.

[293] Dagegen ist ein Eingriff in Art. 10 Abs. 1 GG zu verneinen, wenn etwa ein Teilnehmer eines geschlossenen Chats der für die Verfassungsschutzbehörde handelnden Person seinen Zugang freiwillig zur Verfügung gestellt hat und die Behörde in der Folge diesen Zugang nutzt. Erst recht scheidet ein Eingriff in das Telekommunikationsgeheimnis aus, wenn die Behörde allgemein zugängliche Inhalte erhebt, etwa indem sie offene Diskussionsforen oder nicht zugangsgesicherte Webseiten einsieht."

2. Subsumtion

Da § 5 Abs. 2 Nr. 11 Satz 1 Alt. 1 VSG zumindest auch die heimliche Kenntnisnahme von Kommunikationsvorgängen im Internet ermöglicht, liegt insoweit ein Eingriff in den Schutzbereich vor.

II. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Dieser Eingriff könnte durch den Gesetzesvorbehalt des Art. 10 II 1 GG gedeckt sein. § 5 Abs. 2 Nr. 11 Satz 1 Alt. 1 VSG ist ein Parlamentsgesetz in diesem Sinne. Allerdings rechtfertigt der Gesetzesvorbehalt einen Grundrechtseingriff nur, wenn die eingreifende Norm ihrerseits auch im übrigen verfassungsgemäß ist, also den sog. "Schranken-Schranken" des Grundgesetzes genügt. Als solche kommen hier insbesondere das Zitiergebot des Art. 19 I 2 GG und der aus Art. 20 III GG ableitbare Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in Betracht. Das BVerfG hält beide für verletzt:

1. Zitiergebot, Art. 19 I 2 GG

"[301] Nach Art. 19 Abs. 1 Satz 2 GG muss ein Gesetz dasjenige Grundrecht unter Angabe seines Artikels benennen, das durch dieses Gesetz oder aufgrund dieses Gesetzes eingeschränkt wird. Das Zitiergebot erfüllt eine Warn- und Besinnungsfunktion (vgl. BVerfGE 64, 72 [79 f.]). Durch die Benennung des Eingriffs im Gesetzeswortlaut soll gesichert werden, dass der Gesetzgeber nur Eingriffe vorsieht, die ihm als solche bewusst sind und über deren Auswirkungen auf die betroffenen Grundrechte er sich Rechenschaft ablegt (vgl. BVerfGE 5, 13 [16]; 85, 386 [404]). Die ausdrückliche Benennung erleichtert es auch, die Notwendigkeit und das Ausmaß des beabsichtigten Grundrechtseingriffs in öffentlicher Debatte zu klären. Nicht ausreichend ist hingegen, dass der Gesetzgeber sich des Grundrechtseingriffs bewusst war, wenn sich dies im Gesetzestext nicht niedergeschlagen hat (vgl. BVerfGE 113, 348 [366 f.]).

[302] Die angegriffene Norm wahrt das Zitiergebot im Hinblick auf Art. 10 Abs. 1 GG nicht. Entgegen der Ansicht der nordrhein-westfälischen Landesregierung genügt die angegriffene Norm den Anforderungen nicht schon deshalb, weil § 5 Abs. 2 Nr. 11 Satz 2 VSG durch die Verweisung auf das Gesetz zu Artikel

10 Grundgesetz darauf hindeuten mag, dass der Gesetzgeber einen Eingriff in das Telekommunikationsgeheimnis für möglich gehalten hat. Dem Zitiergebot ist nur Rechnung getragen, wenn das Grundrecht im Gesetzestext ausdrücklich als eingeschränkt benannt wird. Im Übrigen ergibt sich angesichts des Umstands, dass § 5 Abs. 2 Nr. 11 VSG zwei unterschiedliche Eingriffsermächtigungen enthält, aus dem Gesetz keineswegs mit hinreichender Deutlichkeit, für welche von ihnen der Gesetzgeber zumindest mit der Möglichkeit eines Eingriffs in Art. 10 GG gerechnet hat.”

2. Verhältnismäßigkeit

“[296] Die angegriffene Norm steht weiter, soweit sie an Art. 10 Abs. 1 GG zu messen ist, mit dem Gebot der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne nicht in Einklang.

[297] Der Eingriff in das Telekommunikationsgeheimnis wiegt schwer. Auf der Grundlage der angegriffenen Norm kann die Verfassungsschutzbehörde auf Kommunikationsinhalte zugreifen, die sensibler Art sein und Einblicke in die persönlichen Angelegenheiten und Gewohnheiten des Betroffenen zulassen können. Betroffen ist nicht nur derjenige, der den Anlass für die Überwachungsmaßnahme gegeben hat. Der Eingriff kann vielmehr eine gewisse Streubreite aufweisen, wenn Erkenntnisse nicht nur über das Kommunikationsverhalten desjenigen, gegen den sich die Maßnahme richtet, sondern auch über seine Kommunikationspartner gewonnen werden. Die Heimlichkeit

des Zugriffs erhöht die Eingriffsintensität. Zudem können wegen der weiten Fassung der Eingriffsvoraussetzungen in § 7 Abs. 1 Nr. 1 in Verbindung mit § 3 Abs. 1 VSG auch Personen überwacht werden, die für den Eingriffsanlass nicht verantwortlich sind.

[298] Ein derart schwerwiegender Grundrechtseingriff setzt auch unter Berücksichtigung des Gewichts der Ziele des Verfassungsschutzes grundsätzlich zumindest die Normierung einer qualifizierten materiellen Eingriffsschwelle voraus (vgl. zu strafrechtlichen Ermittlungen BVerfGE 107, 299 [321]). Daran fehlt es hier. Vielmehr lässt § 7 Abs. 1 Nr. 1 in Verbindung mit § 3 Abs. 1 VSG nachrichtendienstliche Maßnahmen in weitem Umfang im Vorfeld konkreter Gefährdungen zu, ohne Rücksicht auf das Gewicht der möglichen Rechtsgutsverletzung und auch gegenüber Dritten. Eine derart weitreichende Eingriffsermächtigung ist mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nicht vereinbar.

[299] Das Verfassungsschutzgesetz enthält im Zusammenhang mit Eingriffen nach § 5 Abs. 2 Nr. 11 Satz 1 Alt. 1 VSG keine Vorkehrungen zum Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung. Solche Regelungen sind jedoch erforderlich, soweit eine staatliche Stelle zur Erhebung von Inhalten der Telekommunikation unter Eingriff in Art. 10 Abs. 1 GG ermächtigt wird (vgl. BVerfGE 113, 348 [390 ff.]).”

C. Ergebnis

Die Ermächtigung zur Überwachung des Internet-Verkehrs verstößt gegen Art. 10 I GG.

Standort: Kaufrecht

Problem: unberechtigtes Nacherfüllungsverlangen

BGH, URTEIL VOM 23.11.2007
VIII ZR 246/06 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Die Kl. begehrt den Ersatz für die Kosten, die ihr im Rahmen der Beseitigung eines vermeintlichen Mangels entstanden sind.

Die Kl. hatte der Bekl. eine Lichtrufanlage verkauft. Diese wurde von der Bekl., die ein Elektroinstallationsunternehmen betreibt, in einem Altenheim eingebaut. Auf eine Störungsmeldung hin versuchte ein Mitarbeiter der Bekl., die Störung zu beseitigen. Dies gelang jedoch nicht. Daraufhin forderte die Bekl. die Kl. auf, den von ihr als Ursache für die Störung vermuteten Mangel zu beseitigen. Ein Mitarbeiter der Kl. überprüfte die Anlage an Ort und Stelle und stellte eine Unterbrechung einer Kabelverbindung als maßgebliche Ursache der Störung fest, welche er dann auch beseitigte. Die Tätigkeit des Mitarbeiters erstreckte sich auf sechs Stunden.

Das Amtsgericht hat der Klage in Höhe eines Teilbetrags nebst Zinsen stattgegeben. Die Berufung der

Bekl. ist erfolglos geblieben. Mit ihrer vom Berufungsgericht zugelassenen Revision erstrebt die Bekl. erfolglos die vollständige Abweisung der Klage.

Prüfungsrelevanz:

Der erkennende Senat hatte sich mit der Frage auseinanderzusetzen, inwieweit ein unberechtigtes Nacherfüllungsverlangen zum Schadensersatz verpflichtet. Problematisch war allein das Merkmal der Pflichtverletzung gem. § 241 II BGB.

Das BerGer. hatte einen Anspruch auf Schadensersatz aus § 280 I BGB bejaht. Dies deshalb, weil die Käuferin eine Vertragspflicht verletzt habe, indem sie die Verkäuferin durch ein ungerechtfertigtes Nacherfüllungsverlangen in ihrem Vermögen geschädigt habe.

Diese rechtliche Einschätzung teilt der erkennende Senat. Ein Anspruch auf Nacherfüllung scheiterte daran, dass ein Mangel des Kaufgegenstandes bei Gefahrübergang nicht gegeben war. Nunmehr musste beurteilt werden, ob die unberechtigte Geltendmachung der Nacherfüllung eine Pflichtverletzung des Käufers im Sinne des §§ 280 I, 241 II BGB begründet.

Gem. § 241 II BGB werden im Rahmen eines Schuldverhältnis auch Schutzpflichten begründet, die Ausfluss aus dem Gebot der Rücksichtnahme sind. Klassischer Anwendungsbereich sind insoweit die Aufklärungspflichten (Palandt-Heinrichs, § 241 Rn 7).

Die bisherige Rechtsprechung des BGH erkennt an, dass allein die Erhebung einer Klage oder die sonstige Inanspruchnahme staatlicher Mittel zur Durchsetzung vermeintlicher Rechte weder eine deliktische Haftung, noch die Verletzung einer Vertragspflicht begründen (vgl. BGHZ 118, 201, 206; 154, 269, 271 f.). Allerdings galt es hier zu berücksichtigen, dass es sich vorliegend um die außerprozessuale Geltendmachung der Rechte - hier in Form des Nacherfüllungsverlangens - handelte. Es galt nunmehr zu klären, ob die Rechtsprechung sich auf diese Umstände übertragen lässt. Der erkennende Senat bejaht diese streitig diskutierte Frage im Ergebnis.

Einer Auffassung nach müsse die außergerichtliche Geltendmachung vermeintlicher Rechte anders beurteilt werden als deren gerichtliche Geltendmachung. Es fehle insoweit an der Rechtfertigungswirkung des gerichtlichen Verfahrens (Entscheidung des Großen Senats für Zivilsachen vom 15.07.2005 in BGHZ 164, 1, 6). Folglich läge eine Pflichtverletzung im vorliegenden Fall vor.

Einer anderen Auffassung nach ergebe sich kein sachlicher Grund für die Ungleichbehandlung beider. In bestehenden Schuldverhältnissen gebe es ein Recht, in subjektiv redlicher Weise - wenngleich unter fahrlässiger Verkennung der Rechtslage, Ansprüche geltend zu machen, die sich im Ergebnis als unberechtigt erweisen. Demnach wäre eine Pflichtverletzung zu verneinen. Der erkennende Senat stellt insoweit klar, dass das außergerichtliche, unberechtigte Mangelbeseitigungsverlangen gem. §§ 437 Nr. 1, 439 I BGB jedenfalls dann eine Pflichtverletzung im Sinne des § 241 II BGB darstellt, wenn der Käufer erkannt oder fahrlässig nicht erkannt hat, dass ein Mangel nicht vorliegt, sondern vielmehr die Ursache von der von ihm beanstandeten Erscheinung in seinem eigenem Verantwortungsbereich liegt (so bereits zum Werkvertragsrecht LG Hamburg, NJW-RR 1992, 1301). Dieses Ergebnis sei deshalb sachgerecht, weil es für den Käufer auf der Hand liege, dass das Mangelbeseitigungsverlangen auf Seiten des Verkäufers zu einem nicht unerheblichen Kostenaufwand führen kann.

Dem ist auch zuzustimmen, da die innerhalb des bestehenden Schuldverhältnisses gebotene Rücksichtnahme im Hinblick auf die Interessen der gegnerischen Vertragspartei erfordern, dass der Käufer vor der Inanspruchnahme des Verkäufers im Rahmen seiner Möglichkeiten sorgfältig überprüft, ob die in Betracht kommenden Ursachen für den Umstand, hinter dem er einen Mangel vermutet, in seiner eigenen Sphäre liegen. Entgegen der Rechtsauffassung der Revision wer-

den dadurch die Rechte des Käufers auch nicht entwertet. Er muss nur im Rahmen seiner Möglichkeiten sorgfältig prüfen, ob der Umstand auf eine Ursache zurückzuführen ist, die nicht dem Verantwortungsbereich des Verkäufers zuzuordnen ist. Bleibt nach erfolgter Prüfung ungewiss, ob tatsächlich ein Mangel vorliegt, darf der Käufer Mängelrechte geltend machen, ohne Schadensersatzpflichten befürchten zu müssen, auch wenn sich sein Verlangen im Ergebnis als unberechtigt herausstellt.

Vertiefungshinweise:

☐ Zur Nacherfüllung: *Ebert*, NJW 2004, 1761; *Oechsler*, NJW 2004, 1825; ; *Tiedke/Schmitt*, JuS 2005, 583; *Jaensch*, JURA 2005, 649; *Roth*, NJW 2006, 2953; *BGH*, RA 2006, 601 = NJW 2006, 2839; *OLG Celle*, RA 2007, 45 = NJW - RR 2007, 352; *BGH*, RA 2007, 136; *OLG Saarbrücken*, RA 2007, 747 = NJW 2007, 3503

☐ Zur Fristsetzung bei der Nacherfüllung: *OLG Celle*, = RA 2007, 45 = NJW - RR 2007, 352

Kursprogramm:

☐ *Examenskurs*: "Augen auf beim Mustangkauf"

☐ *Examenskurs*: "Der nostalgische Ofen"

Leitsatz:

Ein unberechtigtes Mangelbeseitigungsverlangen des Käufers nach § 439 I BGB stellt eine zum Schadensersatz verpflichtende schuldhaftige Vertragsverletzung dar, wenn der Käufer erkannt oder fahrlässig nicht erkannt hat, dass ein Mangel der Kaufsache nicht vorliegt, sondern die Ursache für das Symptom, hinter dem er einen Mangel vermutet, in seinem eigenen Verantwortungsbereich liegt.

Sachverhalt:

Die Kl. verkaufte und lieferte im Februar 2003 an die Bekl. eine Lichtrufanlage, mit der von Krankenbetten aus Rufsignale an das Pflegepersonal mittels Leuchtschildern an der Zimmertür sowie mittels akustischer Zeichen an einzelne Pflegekräfte gesendet werden können. Die Anlage wurde von der Bekl., die ein Elektroinstallationsunternehmen betreibt, in einen Neubau trakt eines Altenheims eingebaut, wobei auch eine Verbindung zu einer bereits bestehenden Rufanlage im Altbau herzustellen war. Auf eine Störungsmeldung des Altenheims hin überprüfte der Mitarbeiter R. der Bekl. am 19.08.2003 die Installation der Anlage, konnte aber die Störung nicht beseitigen. Daraufhin forderte die Bekl. die Kl. auf, den von ihr als Ursache der Störung vermuteten Mangel an der gelieferten Lichtrufanlage zu beheben. Der Servicetechniker K. der Kl., der die Anlage am 25.08.2003 an Ort und Stelle überprüfte, bezeichnete nach kurzer Überprüfung

der Anlage als maßgebliche Ursache der Störung die Unterbrechung einer Kabelverbindung zwischen der alten und der neuen Rufanlage, die er auch sogleich behob. Für die Überprüfung der Anlage und die Fehlerbeseitigung benötigte er einschließlich der Zeit für die Hin- und Rückfahrt, bei der er insgesamt 424 km mit dem PKW zurücklegte, sechs Arbeitsstunden.

Mit ihrer Klage verlangt die Kl. von der Bekl. Ersatz der ihr zur Beseitigung des vermeintlichen Mangels entstandenen Kosten.

Die Bekl. meint, dass sie sich nichts habe zu schulden kommen lassen und deshalb nicht haftbar zu machen sei; schließlich könne auch eine Klage ohne Probleme erhoben werden, ohne dass eine vertragliche Sanktionierung bei deren Erfolglosigkeit erfolge. Nichts anderes könne im außergerichtlichen Bereich gelten, zumal ihr Mitarbeiter den Fehler an der Anlage bei der Überprüfung nicht gefunden hat. Auch sei die Ursache der fehlenden Kabelverbindung nicht festgestellt. Eine Manipulation durch das Pflegepersonal berühre ihren Risikokreis nicht.

Bestehen die Ansprüche der Kl.?

[Anm.: Gehen Sie bei der rechtlichen Beurteilung davon aus, dass nicht geklärt werden kann, ob die Anlage bereits von Anfang an falsch montiert worden war oder ob der Fehler durch die Schwestern des Altenheimes verursacht wurde, die eine Änderung der Einstellung vornehmen wollten.]

Lösung:

Fraglich ist, ob die Kl. einen Anspruch auf Ersatz der ihr entstandenen Kosten nebst Zinsen wegen des unberechtigten Nacherfüllungsverlangens gegen die Bekl. inne hat.

A. Anspruch auf Werklohn gem. § 631 I BGB

Fraglich ist, ob sich ein Zahlungsanspruch aus Werkvertrag resultieren könnte. Dazu müssten sich die Parteien über den Abschluss eines Werkvertrages gem. §§ 145 ff. BGB geeinigt haben. Die Bekl. kontaktierte die Kl. insoweit, als sie die Mangelhaftigkeit des Kaufgegenstandes rügte und die Kl. zur Behebung des vermeintlich bestehenden Mangels aufforderte. Dies könnte einen Antrag gem. § 145 BGB auf den Abschluss eines Werkvertrages beinhalten, da die Behebung des Mangels ein Erfolg im Sinne des § 631 BGB darstellen könnte. Es müssten die Voraussetzungen einer Willenserklärung gegeben sein, insbesondere müsste der Rechtsbindungswille vorliegen. Hier läßt sich ein solcher Wille dem Sachverhalt nicht entnehmen. Also scheidet ein Anspruch auf Werklohn gem. § 631 I BGB aus.

B. Anspruch auf Schadensersatz gem. §§ 280 I, 241 II BGB

In Betracht kommt ein vertraglicher Anspruch gem. §§ 280 I, 241 II BGB.

I. Wirksames Schuldverhältnis

Es müsste zwischen den Parteien ein wirksames Schuldverhältnis bestehen. Die Parteien schlossen im Februar 2003 laut Sachverhalt unstreitig einen Kaufvertrag über eine Lichtrufanlage. Zweifel an der Wirksamkeit der Einigung bestehen nicht. Ein Schuldverhältnis liegt daher vor.

II. Pflichtverletzung

Die Bekl. müsste eine Pflicht aus dem Schuldverhältnis verletzt haben. In Betracht kommt die Verletzung einer Nebenpflicht gem. § 241 II BGB.

[Anm.: Das Schuldverhältnis erschöpft sich nicht in Leistungspflichten, sondern begründet auch Pflichten zur Rücksichtnahme auf die Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils. Diese Pflichten sollen das Integritätsinteresse des Vertragspartners schützen und werden als Schutzpflichten bezeichnet. Die Annahme solcher Schutzpflichten rechtfertigt sich aus der Überlegung, dass die Parteien bei Bestehen einer Sonderverbindung vermehrt die Möglichkeit haben, auf die Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils einzuwirken. Dies ist seit der Reform des Schuldrechts gesetzlich in § 241 II BGB verankert.]

1. Anknüpfungspunkt für die Pflichtverletzung

Eine Pflichtverletzung kommt in Betracht in dem Moment, in dem die Bekl. unberechtigt die Nacherfüllung gem. §§ 437 Nr. 1, 439 I BGB begehrt. Dazu dürften die Voraussetzungen für einen Anspruch auf Nacherfüllung gem. §§ 437 Nr. 1, 439 I BGB nicht gegeben sein.

Ein wirksamer Kaufvertrag liegt gemäß den obigen Erörterungen vor. Es müsste zudem ein Mangel an der Kaufsache gegeben sein. In Betracht kommt ein Sachmangel gem. § 434 BGB. Die Anlage konnte nicht störungsfrei in Betrieb genommen werden. Dies beruhte darauf, dass eine Kabelverbindung zwischen der alten Rufanlage und der neuen Rufanlage nicht ordnungsgemäß hergestellt worden war. Das Produkt als solches war also fehlerfrei, so dass ein Mangel gem. § 434 I BGB hier nicht in Betracht kam. Zu denken wäre an einen Mangel gem. § 434 II 1, 2 BGB. Allerdings wurde die Montage der Anlage selbst durch den Käufer durchgeführt; auch ist eine etwaige Montageanleitung nicht als mangelhaft seitens der Bekl. gerügt worden. Folglich scheiden die kaufrechtlichen Mängelansprüche aus.

2. Verletzung einer Nebenpflicht gem. § 241 II BGB

Es müsste aus dem ungerechtfertigten Verlangen der Nacherfüllung die Verletzung einer Nebenpflicht folgen.

a. Verletzung einer Vertragspflicht durch Erhebung einer Klage bzw. durch Inanspruchnahme staatlicher Institutionen zur Durchsetzung von Ansprüchen

Die bisherige Rechtsprechung verneint die Verletzung einer Vertragspflicht wegen im Ergebnis ungerechtfertigter Klageerhebung bzw. Inanspruchnahme staatlicher Institutionen zur Durchsetzung der Individualinteressen.

“[8] In der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist, (...), anerkannt, dass allein in der Erhebung einer Klage oder in der sonstigen Inanspruchnahme eines staatlichen, gesetzlich geregelten Rechtspflegeverfahrens zur Durchsetzung vermeintlicher Rechte weder eine unerlaubte Handlung im Sinne der §§ 823 ff. BGB (BGHZ 74, 9, 16; 95, 10, 18 f.; 118, 201, 206; 154, 269, 271 f.; 164, 1, 6) noch ein Verstoß gegen Treu und Glauben und damit eine zum Schadensersatz verpflichtende Vertragsverletzung gesehen werden kann (BGHZ 20, 169, 172; BGH, Urteil vom 20.03.1979 – VI ZR 30/77, WM 1979, 1288 = NJW 1980, 189, unter I 2, insoweit in BGHZ 75, 1 nicht abgedruckt; Urteil vom 12.11.2004 – V ZR 322/03, NJW-RR 2005, 315 unter II 2). Für die Folgen einer nur fahrlässigen Fehleinschätzung der Rechtslage haftet der ein solches Verfahren Betreibende außerhalb der schon im Verfahrensrecht vorgesehenen Sanktionen grundsätzlich nicht, weil der Schutz des Prozessgegners regelmäßig durch das gerichtliche Verfahren nach Maßgabe seiner gesetzlichen Ausgestaltung gewährleistet wird. Eine andere Beurteilung würde die freie Zugänglichkeit der staatlichen Rechtspflegeverfahren, an der auch ein erhebliches öffentliches Interesse besteht, in verfassungsrechtlich bedenklicher Weise einengen.”

b. Übertragbarkeit der Grundsätze auf den außergerichtlichen Bereich

Fraglich ist, ob diese durch die Rechtsprechung entwickelten Grundsätze sich auf den außergerichtlichen Bereich übertragen lassen. Dies wird in der Literatur und der Rechtsprechung streitig diskutiert.

aa. Unberechtigte Geltendmachung begründet die Haftung

Einer Auffassung nach begründet eine ungerechtfertigte Geltendmachung von Ansprüchen im außergerichtlichen Bereich die Haftung. Eine Vergleichbarkeit zur gerichtlichen Geltendmachung sei nicht gegeben. Dies folge nicht zuletzt daraus, dass die Legitimationswirkung der gerichtlichen Inanspruchnahme fehle. Demnach wäre eine Pflichtverletzung in Anbetracht der Tatsache, dass die Voraussetzungen der Nacherfüllung gem. §§ 437 Nr. 1, 439 I BGB nicht vorliegen, gegeben.

[Anm.: Auch der BGH hat sich zu dieser Frage bereits geäußert (Urteil vom 12.12.2006 -VI ZR 224/05, NJW 2007, 1458) . Demnach kommt im Rahmen einer (vor-

)vertraglichen Beziehung der Parteien auch ein Schadensersatzanspruch aus § 280 I, § 311 BGB in Betracht, wenn jemand unberechtigt als angeblicher Schuldner außergerichtlich mit einer Forderung konfrontiert wird und ihm bei der Abwehr dieser Forderung Kosten entstehen (ebenso LG Zweibrücken, NJW-RR 1998, 1105 f.; AG Münster, NJW-RR 1994, 1261 f.; Palandt/Heinrichs, BGB, 67. Aufl., § 280 Rdnr. 27).]

bb. Gleichbehandlung mit der gerichtlichen Geltendmachung ist geboten

Einer anderen Auffassung nach darf die außergerichtliche Geltendmachung einer nicht bestehenden Forderung nicht anders behandelt werden als die gerichtliche (so auch KG, Urteil vom 18.08.2005 – 8 U 251/04, juris, Tz. 142; Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision zurückgewiesen durch BGH, Beschluss vom 07.12.2006 – IX ZR 167/05, www.bundesgerichtshof.de, unter 1; OLG Düsseldorf, NJW-RR 1999, 746, unter 2; OLG Braunschweig, OLGR 2001, 196, 198; Grüneberg/Sutschet in: Bamberger/Roth, BGB, 2. Aufl., § 241 Rdnr. 54). Dies folge daraus, dass es in bestehenden Schuldverhältnissen ein Recht gebe, in subjektiv redlicher Weise - wenngleich auch unter fahrlässiger Verkennung der Rechtslage - Ansprüche geltend zu machen, die sich als unberechtigt erweisen, ohne Gefahr zu laufen, sanktioniert zu werden. Demnach wäre eine Pflichtverletzung abzulehnen.

cc. Stellungnahme

Da beide Auffassungen zu unterschiedlichen Ergebnissen kommen, ist der Streit zu entscheiden. An dieser Stelle ist zu berücksichtigen, dass der Käufer an der Ausübung seiner Mängelrechte nicht dadurch gehindert werden darf, dass er Sorge hat, zu Unrecht an den Verkäufer heranzutreten und insoweit kostentragspflichtig wird. Dies ist mit dem Sinn und Zweck des Gewährleistungsrechts nicht zu vereinbaren. Allerdings muss auch beachtet werden, dass der Käufer auf die Interessen des Verkäufers zu achten hat. Das bedeutet im konkreten Fall, dass der Käufer seinerseits innerhalb des ihm möglichen zu überprüfen hat, ob der Mangel eventuell aus seiner Rechtssphäre stammen könnte.

“[12] Nach Ansicht des Senats stellt jedenfalls ein unberechtigtes Mangelbeseitigungsverlangen nach § 439 I BGB eine zum Schadensersatz verpflichtende schuldhaftige Vertragsverletzung dar, wenn der Käufer erkannt oder fahrlässig nicht erkannt hat, dass ein Mangel nicht vorliegt, sondern die Ursache für die von ihm beanstandete Erscheinung in seinem eigenen Verantwortungsbereich liegt (vgl. zum Werkvertragsrecht LG Hamburg, NJW-RR 1992, 1301; aA OLG Düsseldorf, aaO, und LG Konstanz, NJW-RR 1997, 722, 723). Für den Käufer liegt es auf der Hand, dass von ihm geforderte Mangelbeseitigungsarbeiten auf Seiten

des Verkäufers einen nicht unerheblichen Kostenaufwand verursachen können. Die innerhalb eines bestehenden Schuldverhältnisses gebotene Rücksichtnahme auf die Interessen der gegnerischen Vertragspartei erfordert deshalb, dass der Käufer vor Inanspruchnahme des Verkäufers im Rahmen seiner Möglichkeiten sorgfältig prüft, ob die in Betracht kommenden Ursachen für das Symptom, hinter dem er einen Mangel vermutet, in seiner eigenen Sphäre liegen.“

Dem kann auch nicht entgegengehalten werden, dass dadurch eine Entwertung der Mängelrechte erfolge. Schließlich wird dem Käufer nur eine Überprüfungspflicht innerhalb seiner Möglichkeiten zugemutet. Das bedeutet nicht, dass vorab zu klären wäre, ob ein Mangel vorliegt oder nicht (vgl. Malotki, BauR 1998, 682, 688). Unklarheiten insoweit gehen nicht zu Lasten des Käufers, so dass er ohne die Gefahr der Kostentragung die Mängelrechte einfordern kann.

“[13] (...) Er muss lediglich im Rahmen seiner Möglichkeiten sorgfältig überprüfen, ob sie auf eine Ursache zurückzuführen ist, die nicht dem Verantwortungsbereich des Verkäufers zuzuordnen ist. Bleibt dabei ungewiss, ob tatsächlich ein Mangel vorliegt, darf der Käufer Mängelrechte geltend machen, ohne Schadensersatzpflichten wegen einer schuldhaften Vertragsverletzung befürchten zu müssen, auch wenn sich sein Verlangen im Ergebnis als unberechtigt herausstellt. Da es bei der den Käufer treffenden Prüfungspflicht um den Ausschluss von Ursachen in seinem eigenen Einflussbereich geht, kommt es entgegen der Auffassung der Revision auf besondere, die Kaufsache betreffende Fachkenntnisse nicht an, über die unter Umständen nur der Verkäufer verfügt.“

c. Vorliegen der Pflichtverletzung gem. § 241 II BGB im konkreten Fall

Im Vorliegenden Fall hat der Mitarbeiter der Bekl. bei der Überprüfung der Anlage nicht festgestellt, dass die Kabelverbindung zwischen den Geräten nicht hergestellt war. Dieser Umstand ist dem Mitarbeiter der Kl. bei der Überprüfung nach kurzer Zeit aufgefallen. Also hat die Bekl. nicht sorgfältig überprüft, ob der Fehler aus ihrer Rechtssphäre stammt, obwohl sie über besondere Kenntnisse hinsichtlich des Einbaus der Anlage verfügte. Denn es war die Bekl., die den Einbau im Altenheim durchgeführt hatte. Damit hat die Bekl. verfrüht die Mängelrechte eingefordert und insoweit vertragliche Schutzpflichten verletzt.

Daher liegt eine Pflichtverletzung gem. § 241 II BGB vor.

III. Vertretenmüssen

Fraglich ist, ob die Bekl. die Pflichtverletzung zu vertreten hat. Der Maßstab des Vertretenmüssen ergibt

sich aus §§ 276, 278 BGB.

1. Vermutungswirkung

Grundsätzlich wird das Vertretenmüssen gem. § 280 I 2 BGB vermutet.

[Anm.: Es handelt sich insoweit um eine gesetzliche Vermutung im Sinne des § 292 ZPO. Gesetzliche Vermutungen sind grundsätzlich widerleglich (Gegenbeispiel: § 739 ZPO). Allerdings sind an die Widerlegung hohe Anforderungen zu stellen; der Anspruchsgegner hat den Vollbeweis zu erbringen, d.h. das Gegenteil zu beweisen. Das bloße Aufzeigen eines alternativen Geschehensablaufs reicht zur Widerlegung nicht.]

2. Exkulpation

Fraglich ist, ob sich die Bekl. entlasten kann. Zwar hat die Bekl. keinen eigenen Verursachungsbeitrag geleistet, sie muss sich jedoch das fahrlässige Verhalten des Mitarbeiters gem. § 278 BGB zurechnen lassen. Dieser hat die objektiv erforderliche Sorgfalt im Sinne des § 276 II BGB außer Acht gelassen. Der Fehler wurde durch den Mitarbeiter der Kl. nach kurzer Zeit bereits entdeckt, so dass er auch dem Mitarbeiter der Bekl. hätte auffallen müssen. Mithin kommt es auch nicht darauf an, ob die Schwestern bei der Änderung der Einstellung der Anlage die Fehlfunktion verursacht haben oder ob die Verbindung der Kabel bereits bei der Erstinstallation unterblieben war.

“[14] Das Berufungsgericht hat danach eine schuldhafteste Vertragsverletzung der Bekl. zu Recht bejaht. Es hat festgestellt, dass entweder die Bekl. die von der Kl. gelieferte Anlage von vornherein fehlerhaft eingebaut hat, weil sie die erforderliche Kabelverbindung zwischen Alt- und Neubau nicht hergestellt hat, oder dass ihr Mitarbeiter R. bei der Überprüfung der Anlage nicht bemerkt hat, dass das Personal des Pflegeheims die Fehlfunktion durch eine Änderung der Einstellung verursacht hat, und es zudem nach der Überprüfung versäumt hat, die Verbindung zwischen Alt- und Neubau wieder anzuklemmen. Jede dieser in Betracht kommenden, im eigenen Verantwortungsbereich der Bekl. liegenden Ursachen hätte von ihr bzw. ihren Mitarbeitern (§ 278 BGB) bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen

Sorgfalt erkannt werden können und deshalb vor Inanspruchnahme der Kl. berücksichtigt werden müssen.“

Folglich kommt eine Exkulpation nicht in Betracht.

IV. Rechtsfolge

Der haftungsbegründende Tatbestand der §§ 280 I, 241 II BGB ist gegeben. Demnach sind der Kl. die entstandenen Posten gem. §§ 249 II BGB zu ersetzen.

Standort: Strafrecht**Problem: Dreiecksbetrug**

BGH, URTEIL VOM 20.12.2007

1 STR 558/07 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Der Angeklagte war Bürgermeister der Stadt Z in Baden-Württemberg. Da er mit seiner Entlohnung für die Tätigkeit als Geschäftsführer einer städtischen Wohnbau-GmbH, die er als Nebentätigkeit neben seiner Bürgermeistertätigkeit ausübte, nicht zufrieden war, kam er mit den Fraktionsvorsitzenden des Gemeinderates überein, dass die Gemeinde einige Zimmer seiner Wohnung zum Schein anmieten und ihm ein neues Auto als "Dienstwagen" kostengünstig zur Verfügung stellen würde. Hierbei war klar, dass diese Vergünstigungen letztendlich eine Vergütung für die Nebentätigkeit darstellen würden. Obwohl er diese Nebentätigkeitsvergütungen eigentlich an die Stadt Z hätte abliefern müssen, gab er sie bei der Meldung seiner Nebentätigkeit an die Aufsichtsbehörde, das Landratsamt, nicht an, sodass die Stadt ihre entsprechenden Ansprüche gegen den Angeklagten mangels Kenntnis nicht geltend machen konnte. Hierdurch entgingen der Stadt Z abzuliefernde Nebentätigkeitsvergütungen in Höhe von über 120.000,- DM.

Das LG Waldshut-Tiengen verurteilte den Angeklagten wegen Betruges, § 263 StGB. Die hiergegen gerichtete Revision des Angeklagten wies der BGH als unbegründet zurück.

Prüfungsrelevanz:

Vermögensdelikte und hier gerade der Betrug sind in beiden Examen ein absoluter Standardstoff, sodass hier auch die Kenntnis zahlreicher Detailprobleme als selbstverständlich vorausgesetzt wird. Gerade die im vorliegenden Fall relevante Konstellation des Dreiecksbetruges stellt insofern einen Klassiker dar.

Der Tatbestand des Betruges, § 263 I StGB, setzt voraus, dass der Täter durch die Tathandlung, die Täuschung, beim Opfer einen Irrtum erregt oder unterhält und dieses daraufhin eine Vermögensverfügung vornimmt, die dann zu einem Vermögensschaden führt. Während Getäuschter und Verfügender beim Betrug stets identisch sein müssen (BGH, NStZ 2006, 687; Fischer, § 263 Rn 40), so können Verfügender und Geschädigter (als derjenige, über dessen Vermögen verfügt wird) auseinander fallen (BGHSt 18, 223; Schönke/Schröder-Cramer/Perron, § 263 Rn 65). In diesem Fall spricht man von einem sog. "Dreiecksbetrug". So hat auch der BGH im vorliegenden Fall einen Betrug gegenüber dem Sachbearbeiter beim Landratsamt und zum Nachteil der Stadt Z geprüft, also einen Dreiecksbetrug.

Beim Dreiecksbetrug ist allerdings zu berücksichtigen,

dass es sich beim Betrug um ein Selbstschädigungsdelikt handelt, d.h. der Betrug ist - gerade in Abgrenzung zum Diebstahl - dadurch gekennzeichnet, dass der Geschädigte die schädigende Handlung selbst vornimmt. Dies ist beim Dreiecksbetrug aber gerade nicht der Fall, weil nicht der Geschädigte, sondern der - von diesem personenverschiedene - Getäuschte die schädigende Handlung (die Verfügung) vornimmt. Um dennoch eine "Quasi-Selbstschädigung" des Geschädigten annehmen zu können, verlangt die ghM beim Dreiecksbetrug ein Näheverhältnis zwischen dem Getäuschten und dem Geschädigten, um dem Geschädigten hierüber die Handlung des Getäuschten zurechnen zu können, wobei die Voraussetzungen, unter denen ein solches Näheverhältnis gegeben ist, im Detail streitig sind (vgl. hierzu die Darstellung bei Fischer, § 263 Rn 47 ff.). Im vorliegenden Fall ergab sich das erforderlich Näheverhältnis aus den öffentlich-rechtlichen Vorschriften, die das getäuschte Landratsamt als Aufsichtsbehörde dazu verpflichten, über die Einforderung der Nebentätigkeitseinkünfte des Angeklagten durch die Stadt Z zu wachen.

In seiner Revision erhebt der Angeklagte allerdings einen interessanten Einwand: Ein Betrug könne deshalb nicht vorgelegen haben, weil zwar der getäuschte Sachbearbeiter beim Landratsamt einem Irrtum bzgl. der Nebentätigkeitseinkünfte des Angeklagten unterlegen sei, nicht jedoch die geschädigte Stadt Z, die (vertreten durch ihren Gemeinderat) gewusst habe, dass der Angeklagte tatsächlich höhere Nebentätigkeitseinkünfte erzielt habe als die von ihm angegebenen. Wenn aber der Geschädigte gar keinem Irrtum unterliege und um den Eintritt eines Schadens wisse, dann könne eine Strafbarkeit wegen Betruges nicht vorliegen. Tatsächlich ist dieser Einwand insofern nicht gänzlich verfehlt, als ein Betrug von der hM abgelehnt wird, wenn das Opfer genau weiß, dass ein Ausgleich für eine erlittene Vermögensminderung nicht eintreten wird (sog. bewusste Selbstschädigung, vgl. Schönke/Schröder-Cramer/Perron, § 263 Rn 41; Lackner/Kühl, § 263 Rn 55; Rudolphi, NStZ 1995, 289; a.A.: Rengier, BT I, § 13 Rn 61 f.).

In der vorliegenden Entscheidung stellt der BGH jedoch klar, dass es beim Dreiecksbetrug eine Strafbarkeit des Täters jedenfalls nicht generell ausschließen kann, dass der Geschädigte keinem Irrtum unterlag. Dies zeigt der BGH anhand des klassischen Falles des Prozessbetrugs. Diese Form des Dreiecksbetrugs ist dadurch gekennzeichnet, dass z.B. der Kläger in einem Zivilprozess den Richter über die Begründetheit der Klage täuscht und diesen so dazu veranlasst, ein vollstreckbares Urteil zu erlassen, das den Beklagten zur Leistung verpflichtet, wodurch der Richter über das Vermögen des Beklagten verfügt. Hier ist es aber ganz

normal, dass der geschädigte Beklagte - im Gegensatz zum verfügenden Richter - keinem Irrtum über die Begründetheit der Klage unterliegt, da dem Beklagten ja die tatsächlichen Umstände bekannt sind und er deshalb weiß, dass dem Kläger der geltend gemachte Anspruch tatsächlich nicht zusteht. Der BGH führt weiter aus, dass bei einem Dreiecksbetrug, bei dem der Geschädigte keinem Irrtum unterliegt, ein Ausschluss der Strafbarkeit (den der BGH als "Einverständnis" anspricht) jedenfalls dann nicht möglich ist, wenn der Geschädigte bei der Abgabe des "Einverständnisses" Willensmängeln unterliegt.

Vertiefungshinweise:

Zum Dreiecksbetrug: *BGHSt* 18, 221; *BGH*, *NStZ* 1997, 32; *NJW* 1997, 3034; *Fahl*, *JURA* 1996, 77; *Krack/Radtke*, *JuS* 1995, 17; *Linnemann*, *wistra* 1994, 167; *Rengier*, *JZ* 1985, 565

Kursprogramm:

Examenskurs: "Die erschlichene Wohnungseinrichtung"

Leitsätze (der Redaktion):

1. Ein Dreiecksbetrug ist bei positiver Kenntnis des geschädigten Dritten vom Vorliegen einer Täuschung nicht stets ausgeschlossen.
2. Ein die Strafbarkeit wegen Betruges ausschließendes Einverständnis des geschädigten Dritten ist jedenfalls dann nicht gegeben, wenn dieser das Einverständnis aufgrund erheblicher Willensmängel erteilt hat.

Sachverhalt (vereinfacht):

A war bis zum 30. November 2001 Bürgermeister der Stadt Z in Baden-Württemberg. Er war zugleich Geschäftsführer der von der Stadt Z gegründeten Firma Wohnbau GmbH (fortan: Wohnbau GmbH) und übte - neben noch weiteren Nebentätigkeiten - diese Funktion als Nebentätigkeit zum Bürgermeisteramt aus. A war deshalb verpflichtet, die Vergütungen für diese Nebentätigkeit dem Landratsamt L als Aufsichtsbehörde anzuzeigen und sie insoweit an die Stadt Z abzuliefern, als sie insgesamt die für ein Kalenderjahr geltende damalige Freigrenze von 9.600,- DM überschritten. Nachdem er in einer Sitzung des Gemeinderats am 30. März 1998 angekündigt hatte, die Geschäftsführertätigkeit für die Wohnbau GmbH zu beenden, wenn nicht "eine befriedigende finanzielle Regelung zu seiner Entlohnung gefunden" werde, beschloss der Gemeinderat unter dem Vorsitz des stellvertretenden Bürgermeisters, dass der aus den Fraktionsvorsitzenden des Gemeinderats bestehende Aufsichtsrat der Wohnbau GmbH mit dem A eine - solche - einvernehmliche Regelung treffen solle. Am folgenden Tag fasste der

Aufsichtsrat auf Vorschlag und Betreiben des A einen Beschluss, welcher vorsah: die "Anmietung" von Arbeitsräumen im Wohnhaus des A für eine "Warmmiete" von monatlich 965,- DM sowie die Anschaffung eines nach seinen Wünschen auszusuchenden "Geschäftswagens" für einen Kaufpreis von ca. 68.000,- DM mit einem von ihm jederzeit realisierbaren Ankaufsrecht zu einem Preis weit unter dem Verkehrswert. Die Regelungen dienten "keinem anderen Zweck, als dem A auf diese Weise diejenige Vergütung zu verschaffen, die ihm durch die Ablieferungspflicht abhanden gekommen war". So war ein tatsächliches Mietverhältnis über Arbeitsräume von keiner Seite gewollt; der "Geschäftswagen" stand dem A insbesondere auch kostenlos zur privaten Nutzung zur Verfügung und wurde von ihm im Oktober 2001 zu einem Preis erworben, der 17.899,- DM unter dem Verkehrswert lag.

Durch eine inhaltlich unzutreffende Nebentätigkeitsanzeige verschwieg der A gegenüber dem Landratsamt L 1999 Einkünfte aus Nebentätigkeiten, vor allem diejenigen, die ihm als Geschäftsführer der Wohnbau GmbH in Form der "Mietzinszahlungen" und der geldwerten Vorteile aus dem "Geschäftswagen" zugeflossen waren. Der Sachbearbeiter S des Landratsamts L unterließ es daher irrtumsbedingt, jeweils die Ablieferung aller die Freigrenze übersteigenden Nebentätigkeitsvergütungen an die Stadt Z einzufordern. Dieser entstanden hierdurch Vermögensschäden von insgesamt 121.512,98 DM.

Vor Einreichung der Nebentätigkeitsanzeige wandte A sich an einen Rechtsanwalt und den S und teilte ihnen die Regelungen in groben Umrissen mit. Er vorenthielt beiden jedoch diejenigen wesentlichen Informationen, aus denen sich ergab, dass die "Mietzinszahlungen" und die geldwerten Vorteile aus dem "Geschäftswagen" Vergütungscharakter hatten und nicht bloß Aufwandsentschädigungen darstellten. Nur auf Grund dieser unvollständigen Angaben wurde ihm die Unbedenklichkeit der "Aufwandsentschädigungsregelungen" bestätigt.

Hat A sich durch das Einreichen der Nebentätigkeitsanzeige wegen Betruges, § 263 I StGB, strafbar gemacht?

[Anm.: § 263 III StGB ist nicht zu prüfen.]

Lösung:

Strafbarkeit gem. § 263 I StGB gegenüber S und zum Nachteil der Stadt Z

A könnte sich durch das Einreichen der Nebentätigkeitsanzeige wegen Betruges gem. § 263 I StGB gegenüber S und zum Nachteil der Stadt Z strafbar gemacht haben.

I. Tatbestand

1. Täuschung über Tatsachen

A müsste S über Tatsachen getäuscht haben.

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

In welchem Umfang A Einkünfte aus Nebentätigkeiten erzielt hat, ist dem Beweis zugänglich und somit eine Tatsache. Durch die Einreichung der unzureichenden Nebentätigkeitsanzeige hat A wahrheitswidrig - zumindest schlüssig - erklärt, über die angegebenen Einkünfte hinaus keine weiteren Einkünfte aus Nebentätigkeiten erzielt zu haben. A hat den S also über Tatsachen getäuscht.

2. Täuschungsbedingter Irrtum

S müsste einem täuschungsbedingten Irrtum unterlegen sein.

Irrtum ist jede Fehlvorstellung über Tatsachen (BGHSt 2, 325; Lackner/Kühl, § 263 Rn 18).

S hat infolge der Erklärung des A geglaubt, dass A tatsächlich nur die angegebenen und keine weiteren Einkünfte aus Nebentätigkeit erzielt habe. S unterlag also einem täuschungsbedingten Irrtum.

3. Irrtumsbedingte Vermögensverfügung

S müsste eine irrtumsbedingte Vermögensverfügung vorgenommen haben.

Vermögensverfügung ist jedes Handeln, Dulden oder Unterlassen des Getäuschten, das sich unmittelbar vermögensmindernd auswirkt (BGHSt 14, 170; Fischer, § 263 Rn 40; Krey/Hellmann, BT II, Rn 385). Eine Verfügung durch Unterlassen kann insofern insb. in der Nichtgeltendmachung eines Zahlungsanspruches bestehen (BGH, NStZ 1994, 198; NStZ-RR 2005, 311, 312; Fischer, § 263 Rn 43; a.A.: Bublitz/Gehrmann, wistra 2004, 126).

S hat es infolge seines Irrtums unterlassen, von A die Ablieferung der die Freigrenze übersteigenden Einkünfte aus Nebentätigkeit an die Stadt Z zu fordern, obwohl ein entsprechender Anspruch bestand. S hat also durch sein Unterlassen eine unmittelbare Vermögensminderung bewirkt und somit verfügt.

Gläubiger des von S nicht geltend gemachten Anspruches auf Ablieferung der Einkünfte des A aus Nebentätigkeit war jedoch nicht S selbst, sondern die Stadt Z. S hat somit nicht über sein eigenes Vermögen verfügt, sondern über das der Stadt Z. Verfügender und Geschädigter sind also personenverschieden, sog. Dreiecksbetrug. Beim Betrug handelt es sich allerdings um ein Selbstschädigungsdelikt, d.h. dieses Delikt ist

gdrs. dadurch gekennzeichnet, dass der Geschädigte die schädigende Handlung selbst vornimmt. Beim Dreiecksbetrug ist dies jedoch gerade nicht der Fall, da nicht der Geschädigte, sondern der von ihm personenverschiedene Getäuschte die Verfügung und somit die schädigende Handlung vornimmt. Um in Dreiecksverhältnissen trotzdem den Charakter des Betruges als Selbstschädigungsdelikt zu wahren, wird beim Dreiecksbetrug das Vorliegen eines Näheverhältnisses zwischen dem Verfügenden und dem Geschädigten verlangt.

Der BGH führt hierzu im vorliegenden Fall aus: "Das [...] erforderliche Näheverhältnis zwischen dem Verfügenden (dem Sachbearbeiter des Landratsamts L) und der Geschädigten (der Stadt Z) ist gegeben. Dem Landratsamt ist als Aufsichtsbehörde die Aufgabe zugewiesen, den Anspruch der Gemeinde auf Ablieferung der Nebentätigkeitsvergütungen zu überwachen und geltend zu machen (§ 5 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3, § 8 LNTVO BW, § 87a Abs. 2, § 134 Nr. 4 LBG BW, § 119 Satz 1, § 126 Abs. 1 GemO BW). Indem es Ansprüche der Gemeinde gegenüber dem Bürgermeister geltend zu machen hat (§ 126 Abs. 1 GemO BW), hat es die ausdrückliche Verpflichtung, deren Finanzinteressen zu wahren."

Das erforderliche Näheverhältnis ist somit gegeben. Eine tatbestandliche irrtumsbedingte Vermögensverfügung des S liegt vor.

4. Verfügungsbedingter Vermögensschaden

Durch die Verfügung müsste unmittelbar ein Vermögensschaden bei der Stadt Z eingetreten sein.

Ein Vermögensschaden ist dann gegeben, wenn das Opfer nach der Verfügung weniger Vermögen besitzt als davor, was durch eine Gesamtsaldierung sämtlicher Vermögenswerte zu ermitteln ist (BGH, NStZ 1997, 32; Schönke/Schröder-Cramer/Perron, § 263 Rn 99). Da durch die Vermögensverfügung stets das Vermögen des Opfers gemindert wurde ist ein Vermögensschaden nur dann nicht gegeben, wenn diese Minderung durch die Erlangung eines Äquivalents ausgeglichen wurde (Joecks, § 263 Rn 83).

Ein Äquivalent für die durch die Nichtgeltendmachung des Ablieferungsanspruches erlittene Vermögensminderung (s.o.) ist nicht ersichtlich. Ein Vermögensschaden der Stadt Z wäre somit grundsätzlich gegeben.

Zu berücksichtigen ist allerdings, dass A selbst Bürgermeister der Stadt Z und somit neben dem Gemeinderat gem. § 23 GemO BW Organ der Gemeinde war. Da sowohl A als auch der Gemeinderat aber in die Vorgehensweise im vorliegenden Fall eingeweiht waren, stellt sich die Frage, ob ein Betrug vielleicht deshalb ausscheidet, weil zwar der Getäuschte S einem Irrtum unterlag, nicht jedoch die geschädigte Stadt Z bzw. deren Organe.

Hierzu führt der BGH aus: "Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers besteht hier keine Veranlas-

sung, trotz Verwirklichung aller Tatbestandsmerkmale eines (Dreiecks-) Betrugs deshalb die Strafbarkeit zu verneinen, weil die Gemeinderatsmitglieder die wahre Sachlage gekannt und ihr Einverständnis mit der Schädigung der Gemeinde - als täuschungsunabhängige selbstschädigende Vermögensverfügung - erklärt hätten. Der Senat braucht diese Rechtsfragen (nachfolgend aa) letztlich nicht zu entscheiden (vgl. auch BGH NJW 2003, 1198, 1200 zu einer Fallgestaltung, in der die Möglichkeit einer 'Wissenszurechnung' im Ergebnis offen gelassen worden ist), weil sich aus dem Gesamtzusammenhang der Urteilsgründe ergibt, dass ein wirksam erteiltes Einverständnis schon wegen Willensmängeln bei der Entscheidung der Gemeinderatsmitglieder und des stellvertretenden Bürgermeisters tatsächlich nicht vorlag (nachfolgend bb).

aa) Soweit der Beschwerdeführer meint, ein Dreiecksbetrug sei bei positiver Kenntnis des geschädigten Dritten stets ausgeschlossen, trifft dies - jedenfalls in dieser Allgemeinheit - nicht zu. Andernfalls wären Fälle des - in Rechtsprechung und Literatur anerkannten (vgl. Fischer aaO Rdn. 24, 50 m.w.N.) - sog. Prozessbetrugs praktisch kaum denkbar. Hier hat die geschädigte Prozesspartei typischerweise Kenntnis vom wahren Sachverhalt; der Richter kann jedoch auch gegen ihren Willen über ihr Vermögen irrtumsbedingt verfügen.

Vorliegend stellt sich die kommunal- und beamtenrechtliche Rechtslage wie folgt dar: Geschädigte ist die Gemeinde (die Stadt Z) als öffentlich-rechtliche Körperschaft. Für die Gemeinde handeln die Verwaltungsorgane im Rahmen ihrer Zuständigkeit, also der Gemeinderat und der Bürgermeister (§ 23 GemO BW). Die Aufgabe, Ansprüche auf Ablieferung von Nebentätigkeitsvergütungen gegen den Bürgermeister zu überwachen und geltend zu machen, ist hingegen der Rechtsaufsichtsbehörde zugewiesen. Die Zuständigkeit der Aufsichtsbehörde dient gerade dazu, Interessenskollisionen auf Gemeindeebene auszuschließen und eine saubere Verwaltung zu gewährleisten (Kunze/Bronner/ Katz, GemO BW 4. Aufl. 15. Lfg. § 126 Rdn. 1).

Bei der Ablieferungspflicht nach § 5 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 LNTVO BW handelt es sich um zwingendes Recht (vgl. Müller/Beck, Beamtenrecht in BadenWürttemberg 77. Lfg. § 5 LNTVO [Anhang I/25 zum LBG] Rdn. 1, 38). Daher fehlt sowohl dem Gemeinderat als auch dem Bürgermeister insoweit die Befugnis, über das Gemeindevermögen zu verfügen. Wenn der Gemeinderat hier jedoch ebenso wie der (stellvertretende) Bürgermeister nicht mit Rechtswirkung für die Gemeinde zu entscheiden befugt war, liegt es nahe, dass ein gleichwohl erklärtes - für den Angeklagten erkennbar - gesetzwidriges - Einverständnis auch im strafrechtlichen Sinne unbeachtlich ist. Darauf, welche Entscheidungskompetenzen der Gemeinderat im Übrigen als Hauptorgan der Gemeinde (§ 24 Abs. 1 Satz 1

GemO BW) hat, käme es dann nicht an.

bb) All dem braucht der Senat jedoch nicht weiter nachzugehen, weil nach den Feststellungen des Landgerichts schon in tatsächlicher Hinsicht ein wirksam erteiltes Einverständnis nicht vorliegen kann. Der Angeklagte hatte weder den Gemeinderat noch den aus dessen Fraktionsvorsitzenden bestehenden Aufsichtsrat der Wohnbau GmbH und auch nicht den stellvertretenden Bürgermeister vor den Beschlussfassungen am 30. und 31. März 1998 umfassend über die von ihm avisierten Vergütungsregelungen informiert. Vielmehr ging er - unter dem 'Deckmantel der Transparenz' - wie folgt vor: Im zeitlichen Zusammenhang mit den Beschlüssen des Gemeinderats und des Aufsichtsrats wandte er sich an einen Rechtsanwalt und den Sachbearbeiter des Landratsamts und teilte ihnen die Regelungen in groben Umrissen mit. Er vorenthielt beiden jedoch diejenigen wesentlichen Informationen, aus denen sich ergab, dass die 'Mietzinszahlungen' und die geldwerten Vorteile aus dem 'Geschäftswagen' Vergütungscharakter hatten und nicht bloß Aufwandsentschädigungen darstellten. Nur auf Grund dieser unvollständigen Angaben wurde ihm die Unbedenklichkeit der 'Aufwandsentschädigungsregelungen' bestätigt.

Hierdurch 'errichtete der Angeklagte das notwendige Gerüst, um den Anschein von Transparenz und Legalität zu verbreiten'. Innerhalb der Gemeinde trat der Angeklagte unter Hinweis auf diese vermeintliche rechtliche Beratung auf. Aus den Urteilsgründen wird hinreichend deutlich, dass der Angeklagte gerade nicht darüber aufklärte, dass er seinerseits sowohl den Rechtsanwalt als auch den Sachbearbeiter des Landratsamts getäuscht hatte, um die von ihm gewünschten Auskünfte zu erhalten. Die Beschlüsse wurden daher auf der Grundlage eines erheblichen vom Angeklagten bewusst herbeigeführten Informationsdefizits der mitwirkenden Personen gefasst.

Die mittels Täuschung erlangten Auskünfte wirkten im Verhältnis zu den Gemeinderatsmitgliedern und zum stellvertretenden Bürgermeister fort. Eine Auskunft, die auf Täuschung durch den Anfragenden basiert, ist jedoch in keiner Richtung beachtlich, weil dieser weiß, dass der mitgeteilte Sachverhalt, zu dem er die Auskunft erhalten hat, nicht der wahren Sachlage entspricht (vgl. BGH wistra 2000, 257). Ein wirksam, das heißt ohne relevante Willensmängel erteiltes Einverständnis lag daher nicht vor. Der Senat vermag aufgrund des Gesamtzusammenhangs der Urteilsgründe auszuschließen, dass die Vergütungsregelungen getroffen worden wären, wenn deren offensichtliche Rechtswidrigkeit mit der Folge einer Strafbarkeit der Gemeinderatsmitglieder und des stellvertretenden Bürgermeisters wegen Untreue nach § 266 Abs. 1 StGB bekannt gewesen wäre. Im Übrigen hätte in einem solchen Fall das Landratsamt nach § 126 Abs. 1 GemO BW Ansprüche auch gegen die beteiligten Gemeinde-

räte geltend machen müssen, worauf diese auch deswegen an einer solchen Beschlussfassung wegen Befangenheit gehindert gewesen wären (§ 18 GemO BW).“

Ein verfügungsbedingter Vermögensschaden ist also gegeben.

5. Vorsatz

A handelte auch vorsätzlich.

6. Absicht rechtswidriger und stoffgleicher Bereicherung

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

a. Bereicherungsabsicht

A müsste zunächst die Absicht gehabt haben, sich oder einen Dritten zu bereichern.

A hatte bei Einreichung der Nebentätigkeitsanzeige die Absicht, zu bewirken, dass die Ansprüche der Stadt Z gegen ihn auf Abgabe seiner Nebentätigkeitseinkünfte nicht geltend gemacht würden und er deshalb sämtliche Nebeneinkünfte behalten könnte, was einen Vermögensvorteil und somit eine Bereicherung darstellt. A hat also mit Bereicherungsabsicht gehandelt.

b. Rechtswidrigkeit und Stoffgleichheit der beabsichtigten Bereicherung

Die von A beabsichtigte Bereicherung müsste rechtswidrig und stoffgleich sein.

Die vom Täter beabsichtigte Bereicherung ist dann stoffgleich, wenn sie die Kehrseite des Schadens darstellt, d.h. wenn sie unmittelbar aus derselben Verfügung stammt, aus der auch der Schaden beim Opfer resultiert (BGHSt 21, 384; BayObLG, NStZ 2003, 264; Schönke/Schröder-Cramer/Perron, § 263 Rn

168).

Die von A beabsichtigte Bereicherung - die Möglichkeit, sämtliche Nebeneinkünfte behalten zu können - ist die Kehrseite des Schadens bei der Stadt Z, der gerade darin besteht, dass diese Einkünfte trotz Bestehens einer entsprechenden Verpflichtung des A nicht bei Z abgeliefert wurden (s.o.). Beides beruht auch auf derselben Verfügung, nämlich der Nichtgeltendmachung der Ablieferungsansprüche der Stadt Z durch den S. Die von A beabsichtigte Bereicherung ist somit stoffgleich.

Die beabsichtigte Bereicherung müsste auch rechtswidrig sein.

Eine (beabsichtigte) Bereicherung ist dann rechtswidrig, wenn der Täter keinen fälligen durchsetzbaren Anspruch auf die erstrebte Bereicherung hat (BGHSt 19, 206; Tröndle/Fischer, § 263 Rn 111).

Da A keinen Anspruch darauf hatte, sämtliche erzielten Nebentätigkeitseinkünfte behalten zu dürfen, war die von ihm beabsichtigte Bereicherung auch rechtswidrig.

c. Vorsatz bzgl. b.

Da es sich bei der Stoffgleichheit und Rechtswidrigkeit der beabsichtigten Bereicherung um objektive Tatbestandsmerkmale handelt, ist insofern Vorsatz erforderlich (BGH, NStZ 2003, 663; Joecks, § 263 Rn 119). Ein entsprechender Vorsatz des A ist jedoch gegeben.

A handelte also in der Absicht rechtswidriger und stoffgleicher Bereicherung.

II. Rechtswidrigkeit und Schuld

A handelte auch rechtswidrig und schuldhaft.

III. Ergebnis

A ist strafbar gem. § 263 I StGB.

*Literaturauswertung**Öffentliches Recht*

| | |
|---------------------|--|
| Autor/Titel: | Beaucamp, Guy/Seifert, Jens: "Wann lohnt sich die Anfechtung einer Prüfungsentscheidung?" |
| Fundstelle: | NVwZ 2008, 261 (Heft 3) |
| Inhalt: | Der Beitrag befasst sich mit den Anfechtungschancen von Prüflingen unter Berücksichtigung der jüngeren obergerichtlichen Rechtsprechung. Neben Verfahrens- und Formfehlern wird auf die materiell-inhaltlichen Probleme, insbesondere den Beurteilungsspielraum des Prüfers und die nicht selten fehlende Kausalität zwischen Fehler und Note eingegangen. |

Zivilrecht

| | |
|---------------------|---|
| Autor/Titel: | Lorenz, Stephan: "Grundwissen - Zivilrecht: Schadensarten bei der Pflichtverletzung (§ 280 II, III BGB)" |
| Fundstelle: | JuS 2008, 203 (Heft 3) |
| Inhalt: | Der Beitrag befasst sich mit der Abgrenzung der Schadensarten und schließt sich an die Beiträge über die Pflichtverletzung (JuS 2007, 611) sowie an diejenigen über das Vertretenmüssen (JuS 2007, 983, bzgl. Zurechnung des Vertretenmüssens des Verrichtungsgehilfen) nahtlos an. Die Abgrenzung der Ansprüche ist ein sehr examensrelevanter Bereich, der Studenten und Referendaren regelmäßig Probleme bereitet. Der Stoff wird grundlegend und anschaulich dargelegt. |

Strafrecht

| | |
|---------------------|--|
| Autor/Titel: | Satzger, Helmut: "Der Vorsatz - einmal näher betrachtet" |
| Fundstelle: | JURA 2008, 112 (Heft 2) |
| Inhalt: | Jeder Student und Referendar kennt die gängige Definition des Vorsatzes und seine Zusammensetzung aus einem Wissens- und einem Wollenselement. In dem vorliegenden Aufsatz untersucht der Verfasser Inhalt und Funktion der beiden Elemente, stellt die verschiedenen Vorsatzformen dar, diskutiert die Abgrenzung von Eventualvorsatz und bewusster Fahrlässigkeit anhand der wichtigsten Theorien und zeigt die gutachterliche Darstellung des Vorsatzes auf. Der Aufsatz bietet zwar wenig neue Ansätze, ist aber in seiner überschaulichen Darstellung zur Vertiefung und Wiederholung gut geeignet. |

| | |
|---------------------|--|
| Autor/Titel: | Safferling, Christoph J.M.: "Die zwangsweise Verabreichung von Brechmitteln Die StPO auf dem menschenrechtlichen Prüfstand" |
| Fundstelle: | JURA 2008, 100 (Heft 2) |
| Inhalt: | Der Verfasser greift eine Entscheidung des EGMR auf (NJW 2006, 3117), der überprüft hatte, ob die zwangsweise Verabreichung von Brechmitteln gegen die Menschenrechte verstößt. Er zeigt insb. den Inhalt des Folterverbotes des Art. 3 EMRK auf und vergleicht diesen mit den nationalen deutschen Regelungen der StPO. Auch auf die Frage der Verwertbarkeit von Beweismitteln, die durch entsprechende Maßnahmen erlangt wurden, geht er ein. |