

Öffentliches Recht

Standort: Grundrechte

Problem: Vorratsdatenspeicherung

BVERFG, BESCHLUSS VOM 11.03.2008
1 BvR 256/08 (NJW 2008, 543)

Problemdarstellung:

In seinem grundlegenden "Volkszählungsurteil" (BVerfGE 65, 1) hatte das BVerfG bereits die Anforderungen an die Rechtfertigung eines Eingriffs in das aus Art. 2 I i.V.m. 1 I GG folgende "Recht auf informationelle Selbstbestimmung" genau festgelegt, soweit es um personenbezogene Daten geht. Deren Erhebung und Verwendung ist danach nur unter vier Voraussetzungen zulässig:

- ein formelles Gesetz legitimiert sie (RVO oder Satzung genügen nicht),
- dieses ist hinreichend bestimmt,
- die Datennutzung ist auf einen konkreten Zweck beschränkt und
- die Anonymisierung der Daten gegenüber Dritten sowie ihre Löschung nach Zweckerreichung sind gesetzlich sicherstellt.

Die Beschränkung der Datenerhebung auf einen konkreten Zweck verbietet gleichzeitig eine Datenerhebung "auf Vorrat", also für zukünftige, im Zeitpunkt der Erhebung und Speicherung der Daten noch nicht absehbare Zwecke. Dieses Verbot hat nun durch die RL 2006/24/EG, die in Deutschland durch §§ 113a, 113b TKG (i.V.m. § 100g StPO, soweit es um Strafverfolgungszwecke geht) umgesetzt wurde, eine Relativierung erfahren. Danach ist der Staat unter bestimmten Voraussetzungen zur Vorratsdatenspeicherung berechtigt und verpflichtet. Eingedenk des Anwendungsvorrangs des EG-Rechts auch vor nationalem Verfassungsrecht (vgl. die sog. "Solange"-Rspr. des BVerfG, BVerfGE 73, 339, 378) könnte daher eine Vorratsdatenspeicherung nunmehr zulässig geworden sein.

Im vorliegenden, auf einen Antrag im einstweiligen Rechtsschutz nach § 32 BVerfGG hin ergangenen Beschluss äußert sich das BVerfG hierzu nicht abschließend, sondern lässt die Erfolgsaussichten der in der Hauptsache gegen die Vorratsdatenspeicherung erhobenen Verfassungsbeschwerde ausdrücklich offen. Im Rahmen einer Folgenabwägung hat es §§ 113a, 113b TKG i.V.m. § 100g StPO aber zumindest in dem aus dem Leitsatz zu 1) ersichtlichen Umfang außer Vollzug gesetzt.

Prüfungsrelevanz:

Der Beschluss streift eine Reihe von sehr examensrelevanten Problemen:

A. Zunächst stellt sich die Frage, ob eine Verfassungsbeschwerde gegen die Umsetzung einer EG-Richtlinie in nationales Recht angesichts des Anwendungsvorrangs des Europarechts überhaupt zulässigerweise erhoben werden kann. Dieses Problem ist in der Beschwerdebefugnis zu erörtern, die nach § 90 I BVerfGG zumindest die Möglichkeit einer Grundrechtsverletzung des Beschwerdeführers voraussetzt. Eine solche wäre aber von vornherein ausgeschlossen, wenn der angegriffene Hoheitsakt nur eine zwingende europarechtliche Vorgabe umsetzte, denn diese wäre höherrangiger als seine Grundrechte.

Allerdings verbleiben - wie vom BVerfG anschaulich ausgeführt - zwei Prüfungsspielräume: Zum einen wäre jegliche Begrenzung der Prüfungskompetenz des BVerfG durch europarechtliche Vorgaben hinfällig, wenn das einschlägige Europarecht seinerseits unwirksam wäre (hier: die umzusetzende Richtlinie gegen den EG-Vertrag verstieße); zum anderen verbleibt den Mitgliedsstaaten bei der Umsetzung von Richtlinien immer ein Spielraum (vgl. Art. 249 EG), innerhalb dessen das Europarecht gerade keine Vorgaben für die Umsetzung macht und innerhalb dessen das BVerfG daher prüfen kann, ob Grundrechte verletzt sind, etwa weil eine Umsetzungsmaßnahme unverhältnismäßig weit geht etc. Beides wollte das BVerfG im vorliegenden Fall nicht a priori bejahen, aber auch nicht abschließen.

B. In materieller Hinsicht könnte die Vorratsdatenspeicherung gegen das Telekommunikationsgrundrecht aus Art. 10 I GG und/oder das Recht auf informationelle Selbstbestimmung aus Art. 2 I i.V.m. 1 I GG verstoßen. Immerhin hat das BVerfG für letzteres eine Vorratsdatenspeicherung wiederholt für generell unzulässig erklärt (siehe Vertiefungshinweise). Ob sich daran im Lichte der EG-Richtlinie 2006/24/EG etwas geändert hat, wollte das Gericht im vorläufigen Rechtsschutz nicht entscheiden. Hier bleibt also Prüfungspotenzial mit offenem Ausgang.

C. Können weder Zulässigkeit noch Begründetheit einer Verfassungsbeschwerde abschließend beurteilt werden, entscheidet das BVerfG im Rahmen des § 32 BVerfGG allein nach Folgenlast. Wie das Gericht ausführt, sind an die einstweilige Aussetzung eines Ge-

setzes aber sehr strenge Voraussetzungen geknüpft, weil das BVerfG den Gestaltungsspielraum der Legislative zu beachten hat. Handelt es sich bei dem zu suspendierenden Gesetz noch dazu um eines, das europarechtliche Vorgaben umsetzt, sind die Anforderungen umso strenger, denn dann kommen der Anwendungsvorrang des Europarechts und der "effet utile" aus Art. 10 EG hinzu, der alle staatlichen Stellen in den Mitgliedsstaaten - auch das BVerfG - verpflichtet, dem Europarecht möglichst schnell und effektiv Geltung zu verschaffen. Eine Suspendierung - gerade das Gegenteil schneller, effektiver Umsetzung - ist deshalb allenfalls in besonderen Ausnahmefällen zulässig, wenn die Betroffenen besonders intensive Nachteile zu befürchten hätten und das Europarecht nicht völlig seine Geltung verliert.

Vertiefungshinweise:

- Zum Verbot der Vorratsdatenspeicherung: *BVerfGE* 65, 1, 46; 115, 320, 350; *Schoch*, Jura 2008, 352, 357; *Kunig*, Jura 1993, 595, 599
- Zum Rechtsschutz gegen die Umsetzung von EG-Richtlinien: *Heck*, NVwZ 2008, 523
- Zur Nichtigkeitsklage vor dem EuGH gegen die RL 2006/24/EG (Rs. C-301/06): *Westphal*, EuZW 2006, 555; *Zöller*, GA 2007, 393, 407; *Leutheusser-Schnarrenberger*, ZRP 2007, 9, 11

Kursprogramm:

- Examenskurs* : "Reiten im Walde"

Leitsätze:

1. § 113b S. 1 Nr. 1 TKG ist bis zur Entscheidung in der Hauptsache nur mit folgenden Maßgaben anzuwenden: Aufgrund eines Abrufersuchens einer Strafverfolgungsbehörde nach § 100g I StPO, das sich auf allein nach § 113a TKG gespeicherte Telekommunikations-Verkehrsdaten bezieht, hat der durch das Abrufersuchen verpflichtete Anbieter von Telekommunikationsdiensten die verlangten Daten zu erheben. Sie sind jedoch nur dann an die ersuchende Behörde zu übermitteln, wenn Gegenstand des Ermittlungsverfahrens gemäß der Anordnung des Abrufs eine Katalogtat im Sinne des § 100a II StPO ist und die Voraussetzungen des § 100a I StPO vorliegen. In den übrigen Fällen des § 100g I StPO ist von einer Übermittlung der Daten einstweilen abzusehen. Der Diensteanbieter hat die Daten zu speichern. Er darf die Daten nicht verwenden und hat sicherzustellen, dass Dritte nicht auf sie zugreifen können.

2. Die Bundesregierung hat dem BVerfG zum 1. September 2008 nach Maßgabe der Gründe über die praktischen Auswirkungen der in § 113a TKG vorgesehenen Datenspeicherungen und der vorlie-

genden einstweiligen Anordnung zu berichten. Die Länder und der Generalbundesanwalt haben der Bundesregierung die für den Bericht erforderlichen Informationen zu übermitteln.

Sachverhalt:

[1] Die Beschwerdeführer begehren mit ihrem Eilantrag, die durch das Gesetz zur Neuregelung der Telekommunikationsüberwachung und anderer verdeckter Ermittlungsmaßnahmen sowie zur Umsetzung der Richtlinie 2006/24/EG vom 21. Dezember 2007 (BGBl I S. 3198; im Folgenden: Gesetz zur Neuregelung der Telekommunikationsüberwachung) eingeführte Vorratsspeicherung von Telekommunikationsverkehrsdaten zu Zwecken der öffentlichen Sicherheit einstweilen auszusetzen. [...]

[6] Nach Art. 1 Abs. 1 Richtlinie 2006/24/EG sind bestimmte Telekommunikationsdaten auf Vorrat zu speichern, um sicherzustellen, dass die Daten zum Zwecke der Ermittlung, Feststellung und Verfolgung von „schweren Straftaten, wie sie von jedem Mitgliedstaat in seinem nationalen Recht bestimmt werden“, zur Verfügung stehen. Art. 3 Abs. 1 Richtlinie 2006/24/EG verpflichtet die Mitgliedstaaten, dafür Sorge zu tragen, dass die in Art. 5 Richtlinie 2006/24/EG im Einzelnen aufgeführten Daten auf Vorrat gespeichert werden. Nach Art. 6 Richtlinie 2006/24/EG muss die Speicherdauer mindestens sechs Monate und darf höchstens zwei Jahre ab dem Zeitpunkt der Kommunikation betragen.

[7] Die Republik Irland hat am 6. Juli 2006 eine Klage vor dem Europäischen Gerichtshof erhoben, um gemäß Art. 230 EG die Richtlinie 2006/24/EG für nichtig erklären zu lassen (Rs. C-301/06). Zur Begründung hat sie ausgeführt, die Richtlinie sei kompetenzwidrig zustande gekommen. Sie zielt nicht auf Errichtung und Funktionsfähigkeit des europäischen Binnenmarktes ab, sondern diene in erster Linie Belangen der Strafverfolgung, hätte daher eine andere Kompetenzgrundlage erfordert und in der Folge nicht als Richtlinie, sondern nur als Rahmenbeschluss ergehen können, der gemäß Art. 34 Abs. 2 Satz 2 Buchstabe b EU Einstimmigkeit verlangt hätte. Über diese Klage ist bislang nicht entschieden.

[8] Das Gesetz zur Neuregelung der Telekommunikationsüberwachung dient unter anderem dazu, die Richtlinie 2006/24/EG in deutsches Recht umzusetzen (vgl. BTDrucks 16/5846, S. 2). Zu diesem Zweck enthält sein Art. 2 Änderungen des Telekommunikationsgesetzes. Die von den Beschwerdeführern angegriffenen Regelungen zur Vorratsspeicherung von Telekommunikationsverkehrsdaten finden sich in den neu geschaffenen §§ 113a, 113b TKG.

[9] § 113a TKG verpflichtet die Anbieter öffentlich zugänglicher Telekommunikationsdienste für Endnutzer, bestimmte einzeln aufgeführte Verkehrs- und Standortdaten für einen Zeitraum von sechs Monaten

zu speichern. Der Inhalt der Kommunikation und Daten über aufgerufene Internetseiten dürfen aufgrund des § 113a TKG nicht gespeichert werden.

[10] § 113b TKG öffnet den bevorrateten Datenbestand für Abrufe zu den Zwecken der Verfolgung von Straftaten, der Abwehr erheblicher Gefahren für die öffentliche Sicherheit und der Erfüllung nachrichtendienstlicher Aufgaben. Die Norm enthält keine eigenständige Abrufbefugnis; eine solche ist dem für die jeweilige Behörde geltenden Fachrecht vorbehalten. Die darauf bezogenen gesetzlichen Bestimmungen müssen einen Datenabruf unter Bezugnahme auf § 113a TKG vorsehen. Über die Auskunftserteilung hat der Verpflichtete seinen Kundinnen und Kunden sowie Dritten gegenüber Stillschweigen zu wahren. Zu anderen Zwecken als einem behördlichen Abruf darf der bevorratete Datenbestand - mit Ausnahme der Vorbereitung einer manuellen Bestandsdatenauskunft nach § 113 TKG - nicht genutzt werden.

[11] Bislang nimmt lediglich der gleichfalls durch das Gesetz zur Neuregelung der Telekommunikationsüberwachung novellierte § 100g StPO auf § 113a TKG Bezug und ermöglicht zum Zwecke der Strafverfolgung ein Auskunftersuchen über Telekommunikations-Verkehrsdaten, die allein aufgrund der Vorratsspeicherungspflicht gespeichert sind. Die Neuregelung in § 100g StPO erweitert ferner die bisherigen Befugnisse der Strafverfolgungsbehörden zur Erhebung von Telekommunikations-Verkehrsdaten insoweit, als die Behörden von den Diensteanbietern nicht nur Auskunft über gespeicherte oder zukünftig anfallende Verkehrsdaten verlangen können, sondern auch zur Erhebung von Verkehrsdaten in Echtzeit während der laufenden Telekommunikation ermächtigt werden (vgl. BTDrucks 16/5846, S. 50). [...]

[12] Die Beschwerdeführer zu 1) bis 3) und zu 5) bis 8) nutzen privat und geschäftlich verschiedene Telekommunikationsdienste wie Festnetzanschlüsse, Mobiltelefone, Internetzugangsdienste und E-Mail-Postfächer. Die Beschwerdeführerin zu 4) entwickelt und vertreibt die Software für einen kommerziellen Internet-Anonymisierungsdienst.

[122] Die Beschwerdeführer bringen vor, der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung sei bereits deshalb begründet, weil die mit der Verfassungsbeschwerde angegriffenen Normen offensichtlich gegen das Grundgesetz verstießen. Jedenfalls sei ihre Anwendung aufgrund einer Folgenabwägung auszusetzen.

Aus den Gründen:

[132] Dem Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung ist teilweise stattzugeben.

A. Erfolgsaussichten in der Hauptsache

[133] Gemäß § 32 Abs. 1 BVerfGG kann das Bundesverfassungsgericht im Streitfall einen Zustand durch

einstweilige Anordnung vorläufig regeln, wenn dies zur Abwehr schwerer Nachteile, zur Verhinderung drohender Gewalt oder aus einem anderen wichtigen Grund zum gemeinen Wohl dringend geboten ist. Dabei haben die Gründe, die für die Verfassungswidrigkeit des angegriffenen Hoheitsakts vorgetragen werden, grundsätzlich außer Betracht zu bleiben, es sei denn, die Verfassungsbeschwerde erweise sich von vornherein als unzulässig oder offensichtlich unbegründet (vgl. BVerfGE 112, 284 [291]; st.Rspr.). Dies ist hier nicht der Fall.

I. Zulässigkeit

[134] Zweifel an der Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde ergeben sich allerdings zum Teil daraus, dass diese auch gegen Regelungen gerichtet ist, durch die zwingende Vorgaben der Richtlinie 2006/24/EG umgesetzt werden. Dies führt jedoch nicht dazu, dass die Verfassungsbeschwerde insgesamt von vornherein als unzulässig anzusehen wäre.

1. Solange-Rechtsprechung des BVerfG

[135] Über die Anwendbarkeit von abgeleitetem Gemeinschaftsrecht, das als Rechtsgrundlage von deutschen Gerichten und Behörden im Hoheitsbereich der Bundesrepublik Deutschland in Anspruch genommen wird, übt das Bundesverfassungsgericht seine Gerichtsbarkeit nicht mehr aus, solange die Europäischen Gemeinschaften einen wirksamen Schutz der Grundrechte gegenüber der Hoheitsgewalt der Gemeinschaften generell gewährleisten, der dem vom Grundgesetz jeweils als unabdingbar gebotenen Grundrechtsschutz im Wesentlichen gleich zu achten ist (vgl. BVerfGE 73, 339 [387]; 102, 147 [162 ff.]). Dementsprechend wird eine innerstaatliche Rechtsvorschrift, die eine Richtlinie in deutsches Recht umsetzt, insoweit nicht an den Grundrechten des Grundgesetzes gemessen, als das Gemeinschaftsrecht keinen Umsetzungsspielraum lässt, sondern zwingende Vorgaben macht (vgl. BVerfGE 118, 79 [95 ff.]).

2. Verbleibende Prüfungskompetenz

Hingegen kann eine Norm des deutschen Rechts, durch die der Gesetzgeber die Vorgaben einer Richtlinie in eigener Regelungskompetenz konkretisiert hat oder über solche Vorgaben hinausgegangen ist, zulässigerweise mit einer Verfassungsbeschwerde angegriffen werden.

a. Umsetzungsspielraum bei Richtlinien

[136] Inwieweit die Verfassungsbeschwerde sich nach diesen Maßgaben als zulässig erweist, muss hier nicht abschließend entschieden werden. Sie ist jedenfalls nicht insgesamt von vornherein unzulässig. Die von den Beschwerdeführern angegriffenen Normen erschöpfen sich nicht darin, zwingende gemeinschaftsrechtliche Vorgaben umzusetzen. Zum einen belässt

die Richtlinie 2006/24/EG den Mitgliedstaaten Regelungsspielräume, etwa bei der Bestimmung der Straftaten, zu deren Verfolgung der bevorratete Datenbestand genutzt werden darf. Zum anderen gehen die §§ 113a, 113b TKG zumindest in Teilbereichen über die in der Richtlinie enthaltenen zwingenden Vorgaben hinaus. So ermöglicht § 113b Satz 1 Nr. 2 und 3 TKG einen Datenabruf nicht nur zur Strafverfolgung, sondern auch zur Gefahrenabwehr und zur Erfüllung sicherheitsbehördlicher Aufgaben. Auch dürften die in § 113a Abs. 1 Satz 2 und Abs. 6 TKG enthaltenen Verpflichtungen zur Datenspeicherung über die durch Art. 3 Abs. 1 und Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 2006/24/EG vorgegebenen Speicherungspflichten hinausreichen.

b. Unwirksamkeit des Gemeinschaftsrechts selbst

[137] Zudem kann derzeit nicht ausgeschlossen werden, dass der Europäische Gerichtshof die Richtlinie 2006/24/EG aufgrund der anhängigen Nichtigkeitsklage der Republik Irland (Rs. C-301/06) wegen der Inanspruchnahme eines nicht tragfähigen Kompetenztitels für nichtig erklären wird. Diese Klage erscheint angesichts der Erwägungen, mit denen die Klägerin die Kompetenzwidrigkeit der Richtlinie begründet, zumindest nicht von vornherein aussichtslos (vgl. dazu ferner Alvaro, DANA 2006, S. 52 [53 f.]; Gitter/Schnabel, MMR 2007, S. 411 [412 f.]; Leutheusser-Schnarrenberger, ZRP 2007, S. 9 [11 ff.]; Westphal, EuZW 2006, S. 555 [557 ff.]; Zöller, GA 2007, S. 393 [407 ff.]). Sollte der Antrag der Republik Irland Erfolg haben, wäre Raum für eine umfassende Prüfung der angegriffenen Normen durch das Bundesverfassungsgericht am Maßstab der deutschen Grundrechte (vgl. BVerfGE 118, 79 [97 f.]).

II. Begründetheit

[138] Die Verfassungsbeschwerde ist auch nicht offensichtlich unbegründet. Für ihre Erfolgsaussichten wird es darauf ankommen, ob und unter welchen Voraussetzungen eine anlasslose, umfassende und zu den in § 113b TKG vorgesehenen Zwecken erfolgende Vorratspeicherung von sensiblen Daten, deren Erhebung durch staatliche Stellen in Art. 10 GG eingreift (vgl. BVerfGE 107, 299 [312 ff.]), mit dem Grundgesetz vereinbar ist. Zudem wird zu überprüfen sein, inwieweit es die verfassungsrechtlichen Anforderungen beeinflusst, dass die abgerufenen Daten zuvor zum Zweck eines im Voraus nicht absehbaren Datenabrufs auf Vorrat gespeichert worden sind. Diese Fragen lassen sich aus der bisherigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nicht ohne weiteres beantworten, sondern bedürfen einer umfassenden Prüfung im Hauptsacheverfahren.

B. Folgenabwägung

[139] Kann - wie hier - nicht festgestellt werden, dass die Verfassungsbeschwerde insgesamt von vornherein

unzulässig oder offensichtlich unbegründet ist, muss der Ausgang des Verfassungsbeschwerdeverfahrens also als offen angesehen werden, sind die Folgen, die eintreten würden, wenn die einstweilige Anordnung nicht erginge, die Verfassungsbeschwerde später aber Erfolg hätte, gegen die Nachteile abzuwägen, die entstünden, wenn die begehrte einstweilige Anordnung erlassen würde, der Verfassungsbeschwerde aber der Erfolg zu versagen wäre (vgl. BVerfGE 117, 126 [135]; st.Rspr.).

I. Abwägungsmaßstab

1. Strenge Anforderungen an Aussetzung eines Gesetzes

[140] Wird die Aussetzung des Vollzugs eines Gesetzes begehrt, ist bei der Folgenabwägung ein besonders strenger Maßstab anzulegen (vgl. BVerfGE 3, 41 [44]; 104, 51 [55]; 112, 284 [292]; st.Rspr.). Das Bundesverfassungsgericht darf von seiner Befugnis, das Inkrafttreten eines Gesetzes zu verzögern, nur mit größter Zurückhaltung Gebrauch machen, da der Erlass einer solchen einstweiligen Anordnung stets ein erheblicher Eingriff in die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers ist. Ein Gesetz darf deshalb nur dann vorläufig am Inkrafttreten gehindert werden, wenn die Nachteile, die mit seinem Inkrafttreten nach späterer Feststellung seiner Verfassungswidrigkeit verbunden wären, in Ausmaß und Schwere die Nachteile deutlich überwiegen, die im Falle der vorläufigen Verhinderung eines sich als verfassungsgemäß erweisenden Gesetzes einträten (vgl. BVerfGE 104, 23 [27]; 117, 126 [135]; st.Rspr.). Bei dieser Folgenabwägung sind die Auswirkungen auf alle von dem Gesetz Betroffenen zu berücksichtigen, nicht nur Folgen, die sich für den Beschwerdeführer ergeben (vgl. BVerfGE 112, 284 [292]).

2. Besonders strenge Anforderungen bei Umsetzung europarechtlicher Vorgaben

[141] Dieser Maßstab ist noch weiter zu verschärfen, wenn eine einstweilige Anordnung begehrt wird, durch die der Vollzug einer Rechtsnorm ausgesetzt wird, soweit sie zwingende Vorgaben des Gemeinschaftsrechts in das deutsche Recht umsetzt.

[142] In einem solchen Fall ist für die Folgenabwägung von Bedeutung, dass das Bundesverfassungsgericht eine Regelung nicht beanstandet, soweit sie zwingende gemeinschaftsrechtliche Vorgaben umsetzt (vgl. oben). In diesem Umfang könnte die einstweilige Anordnung über die Entscheidungskompetenz des Bundesverfassungsgerichts in der Hauptsache hinausgehen.

[143] Zudem sind angesichts der Integrationsoffenheit des Grundgesetzes (vgl. BVerfGE 89, 155 [183]) im Rahmen der Folgenabwägung die Auswirkungen zu berücksichtigen, die sich aus der Aussetzung des Voll-

zugs einer Rechtsnorm, soweit diese zwingende gemeinschaftsrechtliche Vorgaben umsetzt, für die Gemeinschaftsrechtsordnung ergeben können. Eine derartige Anordnung kann dazu führen, dass ein gemeinschaftsrechtlicher Rechtsakt in der Bundesrepublik Deutschland insgesamt keine Wirkung entfaltet. Darin liegt, soweit der Gemeinschaftsrechtsakt sich letztlich als für den deutschen Gesetzgeber verbindlich erweist, regelmäßig eine Störung des Gemeinschaftsinteresses an einem effektiven Vollzug des Gemeinschaftsrechts.

[144] Auch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zur einstweiligen Aussetzung des Vollzugs gemeinschaftsrechtlicher Rechtsakte durch mitgliedstaatliche Gerichte spricht dafür, den Vollzug eines Gesetzes, soweit es zwingende gemeinschaftsrechtliche Vorgaben umsetzt, allenfalls in besonderen Ausnahmefällen auszusetzen. Nach dieser Rechtsprechung kann ein nationales Gericht einstweiligen Rechtsschutz, durch den im Einzelfall der Vollzug gemeinschaftsrechtlicher Vorgaben ausgesetzt wird, nur unter strengen Voraussetzungen gewähren. Insbesondere ist das Interesse der Gemeinschaft am Vollzug des Gemeinschaftsrechts angemessen zu berücksichtigen (vgl. EuGH, Urteil vom 21. Februar 1991 - C-143/88, C-92/89 - Zuckerfabrik Süderdithmarschen und Zuckerfabrik Soest, Slg. 1991, I-415, Rn. 22 ff.; Urteil vom 9. November 1995 - C-465/93 - Atlanta Fruchthandels-gesellschaft mbH u.a., Slg. 1995, I-3761, Rn. 31 ff.; Urteil vom 17. Juli 1997 - C-334/95 - Krüger

GmbH&Co. KG, Slg. 1997, I-4517, Rn. 43 ff.; Urteil vom 6. Dezember 2005 - C-461/03 - Gaston Schul, Slg. 2005, I-10513, Rn. 17 ff.).

[145] Ob und unter welchen Voraussetzungen das Bundesverfassungsgericht gleichwohl den Vollzug eines Gesetzes aussetzen kann, soweit es zwingende gemeinschaftsrechtliche Vorgaben umsetzt, bedarf hier keiner abschließenden Entscheidung. Eine derartige einstweilige Anordnung setzt aber zumindest voraus, dass aus der Vollziehung des Gesetzes den Betroffenen ein besonders schwerwiegender und irreparabler Schaden droht, dessen Gewicht das Risiko hinnehmbar erscheinen lässt, im Eilverfahren über die Entscheidungskompetenz des Bundesverfassungsgerichts in der Hauptsache hinauszugehen und das Gemeinschaftsinteresse an einem effektiven Vollzug des Gemeinschaftsrechts schwerwiegend zu beeinträchtigen.

II. Subsumtion

[146] Nach diesen Maßstäben ist dem Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung nur teilweise stattzugeben. Eine Aussetzung der durch § 113a TKG angeordneten Vorratsspeicherung von Telekommunikations-Verkehrsdaten scheidet aus. Jedoch ist die Nutzung dieser Daten auf bestimmte Anlässe der Strafverfolgung zu beschränken. Für eine einstweilige Anordnung über die Datennutzung zu präventiven Zwecken besteht derzeit kein Anlass. [Wird in dem aus den Leitsätzen ersichtlichen Sinne ausgeführt.]

Standort: Pressefreiheit

Problem: Gegendarstellung bei verdeckter Aussage

BVERFG, URTEIL VOM 19.12.2007
1 BvR 967/05 (NJW 2008, 1654)

Problemdarstellung:

Im vorliegenden Urteil hatte sich das BVerfG mit der Frage zu beschäftigen, ob und wann die Verpflichtung eines Presseorgans zum Abdruck einer Gegendarstellung mit der Pressefreiheit aus Art. 5 I 2, 1. Fall GG vereinbar ist. Eine derartige Verpflichtung enthalten die Pressegesetze aller Bundesländer (hier: § 11 HambPresseG).

A. Das BVerfG vertritt in st.Rspr. die Auffassung, dass eine *repressive Maßnahme* (Schadensersatzpflicht nach § 823 I, II BGB, Verurteilung wegen Beleidigung usw.) nur verhängt werden darf, wenn unter mehreren Deutungsmöglichkeiten einer Äußerung auch die für den sich Äußernden *günstigste Variante* noch eine solche Entscheidung rechtfertigt.

B. Demgegenüber soll bei *präventiven Maßnahmen* (z.B. einem Anspruch auf künftiges Unterlassen der Äußerung nach §§ 823, 1004 BGB) die für den sich Äußernden *ungünstigste Variante* zugrunde gelegt werden, denn dieser hätte es selbst in der Hand, seine

Äußerung zu präzisieren und so sicherzustellen, dass ihm keine ungewollt ungünstige Deutung unterstellt wird. Lehnt er es aber ab, sich deutlicher zu äußern, beabsichtigt er also, sich weiterhin mehrdeutig-unpräzise zu äußern, muss er die Konsequenzen daraus tragen.

C. Fraglich war nun, welche von beiden Möglichkeiten einem *Gegendarstellungsanspruch* zugrunde zu legen ist. Das BVerfG meint im vorliegenden Urteil, hier sei ähnlich wie bei repressiven Maßnahmen die für den Äußernden *günstigste Variante* zugrunde zu legen. Dies begründet das BVerfG ausführlich mit der hohen Belastung der Presse durch die Gegendarstellungspflicht, dem zu befürchtenden Imageschaden und der andernfalls bestehenden Gefahr übermäßiger Haftungsrisiken.

D. Im vorliegenden Fall ergab sich die Mehrdeutigkeit des fraglichen Presseartikels übrigens daraus, dass die Fachgerichte ihm neben seinem ausdrücklichen Inhalt einen verdeckten Inhalt dergestalt zugemessen hatten, dass sich beim Leser ein (möglicherweise ungewollter) Eindruck vom Geschehen bilden könne, der durch Andeutungen und eine gewisse Tendenz des Artikels ge-

weckt werde. Unter Zugrundelegung der o.g. Kriterien hielt das BVerfG es aber für unzulässig, diese - für die Presse ungünstigere - Variante zugrunde zu legen. Es gab daher der gegen die Pflicht zum Abdruck der Gegendarstellung gerichteten Verfassungsbeschwerde statt.

Prüfungsrelevanz:

Der vorliegende Fall ist insoweit besonders, als Gegendarstellungsansprüche nach den Pressegesetzen der Länder nur bei *Tatsachenbehauptungen* vorgesehen sind, und mehrdeutige Tatsachenbehauptungen wird es in aller Regel nicht geben. Das Problem, welche unter mehreren Deutungsmöglichkeiten zu wählen ist, wird sich vielmehr vor allem bei *Werturteilen* stellen. Dann gelten die o.g. Maßstäbe für die verfassungsmäßige Anwendung einer Schrankennorm ebenfalls. Zu beachten ist allerdings, dass Werturteile vielfach nicht an der Presse-, sondern an der Meinungsfreiheit des Art. 5 I 1 GG zu messen sein werden. Die Pressefreiheit ist dann nicht einschlägig, denn nach der Rspr. des BVerfG wird sie von der Meinungsfreiheit auch bei schriftlicher Meinungsäußerung verdrängt, sofern der Eingriffsakt an den Inhalt der Äußerung anknüpft (was bei repressiven Maßnahmen wie Schadensersatzpflicht oder strafrechtlicher Verurteilung wegen Beleidigung in aller Regel ebenso der Fall ist wie bei präventivem Unterlassungsbegehren).

Hinzuweisen ist noch auf die kurzen Erwägungen zur Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde, die das BVerfG unter "Rechtsschutzinteresse" abhandelt: Da die Gegendarstellung im Zeitpunkt der Verfassungsbeschwerde schon abgedruckt worden war, stellte sich die Frage, ob die Vb. sich nicht erledigt haben könnte. Das BVerfG verneint dies unter Hinweis auf eine mögliche Wiederholungsgefahr.

Vertiefungshinweise:

Auslegung mehrdeutiger Äußerungen bei präventiver Maßnahme: *BVerfG*, RA 2005, 633 = *NJW* 2006, 207

Auslegung mehrdeutiger Äußerungen bei repressiver Maßnahme: *BVerfG*, RA 2006, 61 = *BayVBl* 2006, 15

Verfassungsrechtliche Verankerung des Gegendarstellungsanspruchs im allg. Persönlichkeitsrecht: *BVerfG*, RA 1999, 165 = *NJW* 1999, 483

Zurückweisung der Berufung in dieser Sache: *OLG Hamburg*, ZUM-RD 2005, 279

Zurückweisung des Vollstreckungsschutzantrags in dieser Sache: *BVerfGK* 4, 200

Kursprogramm:

Examenskurs : "Pazifisten"

Examenskurs : "Die Prinzessin und die Papparazzi"

Leitsätze (der Redaktion):

1. Das Rechtsschutzinteresse an einer Urteilsverfassungsbeschwerde entfällt nicht bei Erledigung der angegriffenen Entscheidung, wenn eine Wiederholungsgefahr besteht.

2. Die Pflicht zum Abdruck einer Gegendarstellung greift in die Pressefreiheit aus Art. 5 I 2 GG ein.

3. Bei der Entscheidung, ob wegen einer mehrdeutigen Aussage ein Anspruch auf Gegendarstellung besteht, ist das Ziel, Einschüchterungseffekte für den Äußernden nach Möglichkeit zu vermeiden. Ebenso wie bei zivilrechtlichen Ansprüchen auf Schadensersatz, Entschädigung und Berichtigung ist daher unter mehreren Deutungsvarianten die für den sich Äußernden günstigste Deutungsvariante zugrunde zu legen.

Sachverhalt:

Die Beschwerdeführerin verlegt eine Wochenzeitschrift. Im Jahre 2004 veröffentlichte sie darin einen Artikel über eine zivilgerichtliche Verurteilung der Klägerin des Ausgangsverfahrens (nachfolgend: die Klägerin) zur Rückzahlung von Entschädigungszahlungen in Höhe von 35,7 Millionen Euro. Die Klägerin habe nach Auffassung des Gerichts zu Unrecht Leistungen für ein angeblich in den Wirren des Zweiten Weltkriegs verloren gegangenes Aktienvermögen erlangt. Der Artikel führt hierzu unter anderem aus:

"Immer wenn im Hause B. [der Klägerin und ihres Ehemannes] das Geld knapp wurde, fanden sich auf wundersame Weise neue Belege für stattliche Wertpapierdepots. Einmal steckten solche Papiere in einer vergessenen Stahlkassette, ein anderes Mal in einem sperrigen Schiffschloß im Keller, wo sich zwischen abgetragenen Kleidungsstücken Hinweise auf unbekannte Aktien unter anderem der IG Farben und der Automobilkonzerne Ford und Daimler-Benz fanden. [...] Zwar gab es schon in den sechziger Jahren im inzwischen zuständigen Bundesausgleichsamt in Bad Homburg Bedenken, ob das alles mit rechten Dingen zugehen könne. Doch eng wurde es für die B.'s erst 1972, als ein offenbar besonders hilfreicher Amtmann gestorben und ein anderer in den Vorruhestand versetzt war. Nun war das Glück den Multimillionären nicht mehr hold - zumindest vorerst. Als sie Ende September 1972 weitere Daimler-Benz-Aktien (damaliger Wert: rund 25 Millionen Mark) anmeldeten, schaltete die Behörde auf stur. Am 2. März 1973 wurde erstmals ein Antrag der B.'s abgelehnt. Auch deren Klage gegen den Ablehnungsbescheid, erst vor dem Landgericht, dann vor dem Oberlandesgericht Stuttgart, hatte keinen Erfolg. Doch wieder sollte eine glückliche Fügung das Blatt wenden. Sie kam in Gestalt eines ehemaligen Bankangestellten aus dem schlesischen Brieg,

der - es war zu schön, um wahr zu sein - in einem alten Bildband über die schlesische Stadt genau den Beleg für den vermeintlichen Aktienbesitz gefunden haben wollte, der den Stuttgarter Richtern fehlte: die Durchschrift eines Schreibens von B. senior an den ehemaligen Mitinhaber des Bankhauses Eichborn und Co. aus dem Jahre 1948 nebst einem Aktienverzeichnis.

[Die Klägerin] hatte die Recherchen des Mannes initiiert, und der Einsatz sollte sich lohnen: Mit dem Schreiben zogen die Eheleute erneut vor Gericht, und diesmal bekamen sie Recht. Am 18. Dezember 1989 entschied das Oberlandesgericht Stuttgart: Die verschwundenen Daimler-Aktien müssten entschädigt werden.

Das Landgericht Hamburg gab der Beschwerdeführerin mit einer Beschlussverfügung den Abdruck einer Gegendarstellung auf und bestätigte diese auf Widerspruch der Beschwerdeführerin mit seinem Urteil. Die Klägerin dürfe der Darstellung des Artikels unter anderem mit der Feststellung entgegenen, dass Hinweise auf diejenigen Daimler-Benz-Aktien, um deren Entschädigung vor dem Oberlandesgericht Frankfurt gestritten worden war, nicht in dem Schiffs koffler, sondern in den Akten des Ausgleichsamts Augsburg aufgefunden worden seien. Der Artikel erwecke jedenfalls der Möglichkeit nach einen hiervon abweichenden Eindruck. Auf die Darstellung um den Beleg, den ein Bankangestellter in einem Bildband aufgefunden hatte, dürfe die Klägerin erwidern, dass sie die Recherchen nach Belegen für den Aktienbesitz nicht initiiert habe, sondern dass die von ihr initiierte Suche allein Anknüpfungspunkte für weitere Recherchen liefern sollte. Noch vor Abschluss der Berufungsinanz druckte die Beschwerdeführerin die Gegendarstellung ab, weil die Klägerin die Zwangsvollstreckung aus dem erstinstanzlichen Urteil betrieb und ein Vollstreckungsschutzantrag der Bf. ohne Erfolg blieb. Mit ihrer Verfassungsbeschwerde rügt die Bf. eine Verletzung ihrer Pressefreiheit aus Art. 5 I 2 GG.

Aus den Gründen:

[18] Die Kammer nimmt die Verfassungsbeschwerde gemäß § 93a II b BVerfGG zur Entscheidung an, weil dies zur Durchsetzung der Grundrechte der Beschwerdeführerin angezeigt ist. Die Voraussetzungen für eine stattgebende Entscheidung der Kammer liegen vor (§ 93c I BVerfGG). Die Verfassungsbeschwerde ist, soweit zulässig, offensichtlich begründet. Die angegriffenen Entscheidungen verletzen die Bf. in ihrem Grundrecht der Pressefreiheit aus Art. 5 I 2 GG.

A. Zulässigkeit

[19] Die Beschwerde ist überwiegend zulässig. [...]

I. Rechtswegerschöpfung

[22] Das Gebot der Rechtswegerschöpfung nach § 90 Abs. 2 BVerfGG ist gewahrt. Gegen Berufungsurteile

der Gerichte der Freien und Hansestadt Hamburg in Gegendarstellungssachen ist der Zugang zum Revisionsgericht nach § 542 Abs. 2 Satz 1 ZPO in Verbindung mit § 11 Abs. 4 Satz 2 HbgPrG nicht eröffnet. Ein nachfolgendes Hauptsacheverfahren, das Möglichkeiten einer Beseitigung der Beschwerde eröffnen könnte, findet nach dem Recht des Landes Hamburg nicht statt (vgl. BGHZ 62, 7 [10]).

II. Rechtsschutzinteresse

[23] Das Rechtsschutzbedürfnis ist nicht dadurch entfallen, dass die Beschwerdeführerin die ihr auferlegte Gegendarstellung vor Einlegung der Verfassungsbeschwerde zur Abwendung der Zwangsvollstreckung abgedruckt hat (vgl. dazu BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 17. September 2003 - 1 BvR 825/99 -, NJW 2004, S. 1235). Das Bedürfnis nach verfassungsgerichtlichem Rechtsschutz besteht jedenfalls unter dem Gesichtspunkt einer Wiederholungsfahr fort. Die angegriffene Entscheidung beruht auf einer ständigen Rechtsprechung der Hamburger Gerichte, die auch im Fachschrifttum und von Obergerichten anderer Länder vertreten wird und die Beschwerdeführerin daher erneut betreffen kann.

B. Begründetheit

[24] Die Beschwerde ist begründet. Die angegriffenen Urteile beruhen auf einem Verstoß gegen das Grundrecht der Beschwerdeführerin aus Art. 5 I 2 GG.

I. Schutzbereich der Pressefreiheit betroffen

[25] Während die in einem Presseergebnis enthaltene Meinungsäußerung bereits durch Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG geschützt ist, geht es bei der besonderen Garantie der Pressefreiheit um die einzelne Meinungsäußerungen übersteigende Bedeutung der Presse für die freie und öffentliche Meinungsbildung (vgl. BVerfGE 85, 1 [12]). Die Pressefreiheit schützt die Poesstätigkeit in sämtlichen Aspekten, so als Freiheit der Gründung und der Gestaltung von Presseergebnissen. Zur inhaltlichen Gestaltungsfreiheit gehört die Bestimmung, welche Themen behandelt und welche Beiträge in eine Ausgabe aufgenommen werden sollen (vgl. BVerfGE 97, 125 [144]).

II. Eingriff

[26] Die Pflicht zum Abdruck einer Gegendarstellung greift in den Schutzbereich des Grundrechts ein, da die Freiheit der Entscheidung beschränkt wird, welche Beiträge abgedruckt oder nicht abgedruckt werden. Der jeweils betroffene Inhalt der Äußerung ist insoweit unerheblich (vgl. BVerfGE 97, 125 [145]).

III. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

1. Schranken

[27] Das Grundrecht der Pressefreiheit findet seine

Schranken gemäß Art. 5 Abs. 2 GG in den allgemeinen Gesetzen. Hierzu zählt auch die Vorschrift des § 11 HbgPrG (vgl. BVerfGE 97, 125 [146 f.]).

2. Schranken-Schranken

Auslegung und Anwendung dieser Regelung ist Sache der Zivilgerichte. Diese haben hierbei jedoch die wertsetzende Bedeutung der von der Entscheidung berührten Grundrechte zu berücksichtigen (vgl. BVerfGE 7, 198 [205 ff.]; 97, 125 [145]; 117, 244 [260]).

a. Verfassungsrechtliche Vorgaben für Deutung einer Äußerung

[28] Rechtmäßigkeitsvoraussetzung eines gegen eine bestimmte Äußerung gerichteten Eingriffs ist die zutreffende Erfassung ihres Sinns. Gilt eine Gegendarstellung einer Berichterstattung, die die beanstandete Tatsachenbehauptung bereits nicht enthält, ist die von Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG gewährleistete Freiheit der Presse verletzt (vgl. BVerfGE 97, 125 [150 f.]; BVerfG, NJW 2004, S. 1235).

aa. Verdeckte Behauptung als mehrdeutige Äußerung

[29] Die vorliegend zu beurteilenden, durch die Gegendarstellung beanstandeten Tatsachenbehauptungen waren in der Erstmitteilung allerdings nicht offen ausgesprochen worden, sondern waren nach Auffassung der Gerichte in ihr verdeckt erfolgt. Die Rechtsprechung der Zivilgerichte geht bei so genannten verdeckten Aussagen grundsätzlich davon aus, dass sich eine im Zusammenspiel der offenen Aussagen enthaltene zusätzliche eigene Aussage dem Leser als unabweisbare Schlussfolgerung aufdrängen muss (vgl. BGH, Urteil vom 8. Juli 1980, - VI ZR 159/78 -, GRUR 1980, 1105 [1106]; Urteil vom 26. Oktober 1999 - VI ZR 322/98 -, NJW 2000, S. 656 [657]; Urteil vom 25. November 2003 - VI ZR 226/02 -, NJW 2004, S. 598 [599 f.] sowie BVerfGK 2, 325 [328]). Das Grundrecht der Pressefreiheit erfordert es, diesen Grundsatz auch für die Klärung maßgebend werden zu lassen, ob eine verdeckte Aussage gegendarstellungsfähig ist. Entgegen der Auffassung von Landgericht und Oberlandesgerichts darf eine Verurteilung zur Gegendarstellung nicht schon dann ermöglicht werden, wenn eine "nicht fernliegende Deutung" bei der Ermittlung einer verdeckten Aussage einen gegendarstellungsfähigen Inhalt ergibt.

[30] Die Deutung einer Äußerung zielt auf die Ermittlung des objektiven Sinns, den die Äußerung aus der Sicht eines unvoreingenommenen und verständigen Publikums bei Würdigung ihres Kontextes und der erkennbaren Begleitumstände hat. Fernliegende Deutungen (dazu vgl. BVerfGE 93, 266 [296]; 114, 339 [348]) sind ebenso auszuschließen wie nicht tragfähige Annahmen einer verdeckten Äußerung (dazu vgl. BVerfGE 43, 130 [138]). Ist allerdings von einer verdeckten Äußerung auszugehen, so ist sie der weiteren

Prüfung zugrunde zu legen. Zeigt sich, dass ein erheblicher Teil eines unvoreingenommenen und verständigen Publikums der Äußerung neben den offenen auch verdeckte, zu den offenen Aussagen abweichende Inhalte entnimmt, so ist bei der weiteren Prüfung auch von diesen Inhalten auszugehen. Die Äußerung ist in diesem Sinne für mehrere Deutungen offen.

bb. Maßstab für verfassungsrechtliche Rechtfertigung bei mehrdeutiger Äußerung

[31] Damit ist aber noch nicht vorentschieden, wie die Rechtsordnung auf eine solche Mehrdeutigkeit reagiert, insbesondere ob der Prüfung eines äußerungsrechtlichen Anspruchs die dem Äußernden günstigere oder nachteiligere Deutung zugrunde zu legen ist. Dies ist eine Frage einfachen Rechts, die aber unter Zugrundelegung des Schutzzwecks der Schrankenregelung und unter Beachtung der interpretationsleitenden Bedeutung der von der Entscheidung betroffenen Grundrechte zu beantworten ist. Einzubeziehen sind sowohl die Belange der Kommunikationsfreiheit als auch der Schutz des Persönlichkeitsrechts dessen, der sich von einer Äußerung beeinträchtigt sieht. Die Prüfung kann je nach dem Typ des jeweils erhobenen Anspruchs zu unterschiedlichen Maßstäben führen (vgl. BVerfGE 114, 339 [349 ff.] m.w.N.).

(1). Repression: Günstigste Deutungsvariante

[32] Das Bundesverfassungsgericht geht bei der Überprüfung eines Strafurteils oder von zivilrechtlichen Verurteilungen zum Schadensersatz, zur Entschädigung oder zur Berichtigung von dem Grundsatz aus, dass die Meinungsfreiheit verletzt wird, wenn ein Gericht bei mehrdeutigen Äußerungen die zu einer Verurteilung führende Bedeutung zugrunde legt, ohne vorher mit nachvollziehbaren Gründen Deutungen ausgeschlossen zu haben, welche die Verurteilung nicht zu rechtfertigen vermögen (vgl. BVerfGE 85, 1 [18]; 86, 1 [11 f.]; 93, 266 [295 ff.]; 94, 1 [9, 11]; stRSpr). Müsste der Äußernde befürchten, wegen einer erfolgten Meinungsäußerung verurteilt zu werden, obgleich Formulierung und Umstände der Äußerung auch eine nicht zur Verurteilung führende Deutung zulassen, könnte dies zur Unterdrückung einer zulässigen Äußerung führen und es könnten Einschüchterungseffekte eintreten, die dem Grundrecht der Kommunikationsfreiheit zuwiderliefen. Die zu befürchtenden einschüchternden Wirkungen würden nicht nur die individuelle Kommunikationsfreiheit beeinträchtigen, sondern es könnten darüber hinaus negative Auswirkungen auf die generelle Ausübung des Grundrechts und damit den Prozess der Meinungsbildung eintreten (vgl. BVerfGE 114, 339 [349 f.]).

(2). Prävention: Ungünstigste Deutungsvariante

[33] Sind solche belastenden Auswirkungen auf die Kommunikationsfreiheit nicht zu erwarten, entfällt

allerdings ein verfassungsrechtlich begründeter Bedarf nach einem so gearteten Schutz für die individuelle Grundrechtsausübung und die Funktionsfähigkeit des Meinungsbildungsprozesses. Im Hinblick auf Ansprüche auf Unterlassung zukünftiger Äußerungen geht das Bundesverfassungsgericht davon aus, dass verfassungsrechtlich erhebliche Einschüchterungseffekte durch Maßnahmen des Persönlichkeitsschutzes nicht ausgelöst werden, soweit der Äußernde die Möglichkeit hat, die Beeinträchtigung des Persönlichkeitsrechts eines anderen ohne übermäßige Belastungen für sich durch eigenes Tun abzuwehren. Bei mehrdeutigen Äußerungen kann dies durch Klarstellung ihres Inhalts geschehen. Soweit eine nunmehr eindeutige Aussage keine Rechtsverletzung bewirkt, entfällt ein Unterlassungsanspruch.

[34] Das Selbstbestimmungsrecht des Äußernden über den Inhalt der Aussage wird durch die den Äußernden treffende Obliegenheit zur Klarstellung als Möglichkeit, die Verurteilung zur Unterlassung zu vermeiden, nicht angetastet. Auch sind verfassungsrechtlich erhebliche einschüchternde oder einschnürende Wirkungen für den Grundrechtsgebrauch jedenfalls dann nicht zu erwarten, wenn diese Obliegenheit nur auf den Bereich bezogen wird, in dem ein erheblicher Teil des Publikums eine oder mehrere der Deutungsalternativen in einer das Persönlichkeitsrecht verletzenden Weise versteht. Dabei muss gesichert sein, dass für die Klarstellung und damit die Abwendung der Unterlassungsverpflichtung ein einfacher Weg eröffnet ist. Nachteilige Wirkungen auf die Ausübung der Kommunikationsfreiheit wären insbesondere zu erwarten, wenn eine hohe Kostenlast auf den zukäme, der eine mehrdeutige Äußerung getroffen hat, auch wenn er nach Erkennen der Mehrdeutigkeit und des persönlichkeitsverletzenden Inhalts einer Deutungsalternative eine Klarstellung vorgenommen hat, die eine Persönlichkeitsverletzung ausschließt. Aus verfassungsrechtlicher Sicht ist auch maßgebend, ob die Auferlegung der Kosten dem Grundsatz der Angemessenheit entspricht. Die Kostenhöhe kann unzumutbar sein, wenn durch sie Einschüchterungseffekte hinsichtlich der Freiheit der Äußerung zu erwarten sind.

[35] Enthält die Äußerung auch nach versuchter Klarstellung eine Persönlichkeitsverletzung, besteht allerdings aus verfassungsrechtlicher Sicht kein Grund, dem Unterlassungsbegehren nicht stattzugeben. Ist der Äußernde nicht einmal bereit, der Aussage einen eindeutigen Inhalt zu geben, besteht ebenfalls kein verfassungsrechtlich tragfähiger Grund, von einer Verurteilung zum Unterlassen nur deshalb abzusehen, weil die Äußerung mehrere Deutungsvarianten zulässt, darunter auch solche, die zu einer oder auch nur einer geringeren Persönlichkeitsverletzung führen. Der Abwägung mit dem Persönlichkeitsrecht sind dann vielmehr alle nicht entfernt liegenden Deutungsvarianten zugrunde zu legen, die dieses Recht beeinträchtigen.

(3). *Gegendarstellung: Wie Repression*

[36] Bei der Entscheidung, ob wegen einer mehrdeutigen Aussage ein Anspruch auf Gegendarstellung besteht, ist das Ziel, Einschüchterungseffekte für den Äußernden nach Möglichkeit zu vermeiden, ebenso maßgebend. Die Erreichung dieses Ziels lässt sich allerdings nicht hinreichend sichern, wenn die für Unterlassungsansprüche geltenden Grundsätze für den Umgang mit mehrdeutigen Äußerungen auf Erstmitteilungen angewandt werden, gegen die sich Gegendarstellungen richten. Vielmehr sind die Maßstäbe der Auslegung der Erstmitteilung der Presse denen anzugleichen, die aus Anlass mehrdeutiger Äußerungen für zivilrechtliche Ansprüche auf Schadensersatz, Entschädigung und Berichtigung gelten.

[37] Bei der Verurteilung zur Gegendarstellung handelt es sich der einfachrechtlichen Ausgestaltung nach um eine Maßnahme, die dem von der Äußerung nachteilig Betroffenen lediglich die Möglichkeit einer Gegenäußerung einräumen soll: Sein Persönlichkeitsrecht wird durch Gewährung einer Befugnis geschützt, jede ihn betreffende Tatsachenbehauptung in einer Medienberichterstattung durch eine eigene Wortmeldung um seine Sicht des mitgeteilten Sachverhalts ergänzen zu können (vgl. BGHZ 66, 182 [195]). Der Anspruch setzt voraus, dass die Presse sich unter Verbreitung von Tatsachenbehauptungen mit dem Betroffenen befasst hat und stellt nicht zur gerichtlichen Entscheidung, ob die Berichterstattung einen rechtswidrigen Eingriff in das Persönlichkeitsrecht des Betroffenen bewirkt hat (vgl. BGH, Urteil vom 3. November 1967 - VI ZR 65/66 -, NJW 1968, S.792 [793]).

[38] In die Zukunft gerichtete Beschränkungen der Äußerung bestimmter Inhalte sind mit einer solchen Verpflichtung zum Abdruck einer Entgegnung des Betroffenen nicht verbunden. Gleichwohl kommen der Verpflichtung zum Abdruck einer Gegendarstellung belastende Wirkungen für den Gebrauch des von Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG gewährleisteten Grundrechts der Pressefreiheit zu, die in die rechtliche Prüfung des Gegendarstellungsbegehrens einfließen müssen.

(a) *Hohe Belastung durch Gegendarstellung, da kein Wahrheitsnachweis zu erbringen*

[39] Die Presse hat nach Auffassung der Fachgerichte nur in seltenen Ausnahmefällen eine Möglichkeit, die Veröffentlichung einer Entgegnung des Betroffenen durch Angabe einer Klarstellung oder Berichtigung der Äußerung abzuwenden (vgl. Sedelmeier, in: Löffler, Presserecht, 5. Aufl. 2006, § 11 LPG Rn. 66 m.w.N.). Das Selbstbestimmungsrecht über den Inhalt von Presseveröffentlichungen kommt nicht zum Tragen. Die Presse hat auch keine Möglichkeit, eine Inanspruchnahme durch schon vor der Veröffentlichung angestrebte Bemühungen um rechtmäßige und wahrheitsgemäße Berichterstattung abzuwenden. Denn der Anspruch setzt in verfassungsrechtlich nicht zu bean-

standender Weise allein das Betroffensein des Einzelnen in seiner Individualsphäre durch Darstellungen der Massenmedien voraus (vgl. BVerfGE 73, 118 [201]; 97, 125 [146]). Daher kann auch eine wahrheitsgemäße und rechtmäßige Berichterstattung der Presse - ungeachtet der schon von ihr geübten Sorgfalt - zum Abdruck einer Gegendarstellung verpflichtet (vgl. BGH, NJW 1968, S. 792 [793]; BVerfG, AfP 1993, S. 474 [476]). Das berechnete Interesse des Betroffenen an dem Abdruck einer Gegendarstellung entfällt allein dort, wo die Presse zur zweifelsfreien Überzeugung des Gerichts und grundsätzlich ohne das Erfordernis weiterer Glaubhaftmachung oder Beweisführung die offensichtliche Unrichtigkeit der Gegendarstellung dargetan hat (vgl. Seitz/Schmidt/ Schoener, Der Gegendarstellungsanspruch, 3. Aufl. 1998, Rn. 254 ff.; Sedelmeier, in: Löffler, Presserecht, 5. Aufl. 2006, § 11 LPG Rn. 63 u. Rn. 206).

(b) Imageschaden für Presse zu befürchten

[40] Die Anforderungen an die Deutung von gegendarstellungsfähigen Äußerungen sind auch im Hinblick darauf zu bestimmen, dass der Abdruck einer Gegendarstellung einen nur schwer ausgleichbaren Imageschaden für das zum Abdruck verpflichtete Presseunternehmen bewirken kann (vgl. BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 19. November 1993 - 1 BvR 1861/93 -, NJW 1994, S. 1948 [1949]). Die bei einer Verurteilung zum Abdruck der Gegendarstellung offenbleibenden Fragen der Wahrheit und Rechtmäßigkeit einer Berichterstattung vermag die Leserschaft regelmäßig nicht selbst zu klären. Der Abdruck einer Gegendarstellung kann bei den Lesern deshalb Zweifel und Misstrauen auch gegenüber einer wahrheitsgemäßen und rechtlich nicht zu beanstandenden Berichterstattung wecken, die sich nachträglich kaum mehr beseitigen lassen. Solche Nachteile müssen zwar in beschränktem Umfang um des Schutzes des von einer Berichterstattung nachteilig Betroffenen hingegenommen werden, der einer Presseäußerung regelmäßig nicht mit Aussicht auf gleiche publizistische Wirkung entgegentreten kann. Die Hinnahme solcher Nachteile stößt aber auf verfassungsrechtliche Bedenken, wenn dem gewichtige gegenläufige Belange des Schutzes der Pressefreiheit entgegenstehen.

(c) Gefahr übermäßiger Risikobelastung der Presse

[41] So liegt es im Anwendungsbereich des Gegendarstellungsanspruchs im Hinblick auf mehrdeutige Äußerungen unter Einschluss von Äußerungen, denen verdeckte Aussagen unterlegt sein können. Würde der Gegendarstellungsanspruch sich auf jede nicht fernliegende Deutung einer Äußerung beziehen sowie auf die nicht fernliegende Annahme einer verdeckten Aussage erstreckt, die sich nicht als unabweisliche Schlussfolgerung aus der offenen Aussage ergibt, beständen erhebliche Risiken für die Presseberichterstat-

tung. Berichte zu komplexen und umstrittenen Sachfragen wären mit nicht überschaubaren Risiken einer Inanspruchnahme auf Gegendarstellung belastet. Viele Sachverhalte lassen sich auf dem beschränkten Raum, der für einen Pressebericht meist nur zur Verfügung steht, nicht derart vollständig darstellen, dass unterschiedliche Eindrücke der Leserschaft ausgeschlossen werden. Auch können die veröffentlichten Rechercheergebnisse noch nicht vollständig sein, dürfen aber dennoch schon der Öffentlichkeit mitgeteilt werden, so dass Raum für Mutmaßungen bleibt, welche weiteren Details mit dem Berichteten zusammenhängen. Ferner ist zu berücksichtigen, dass es in der Praxis manchmal schwer ist, sich auf eindeutige Formulierungen zu begrenzen. Werden solche Rahmenbedingungen pressemäßiger Arbeit bei der Ausgestaltung des Rechts der Gegendarstellung nicht hinreichend berücksichtigt, könnte die Presse mit Gegendarstellungsansprüchen überhäuft und in der Folge zu einer starken Zurückhaltung in ihrer Berichterstattung veranlasst sein. Diese würde dem Ziel widersprechen, auf ein hohes Maß an Informiertheit der Öffentlichkeit durch die Presse hinzuwirken und eine offene Diskussion zu ermöglichen, in der sich die Richtigkeit und Vollständigkeit einer Darstellung gegebenenfalls erst als Folge des Austauschs klarstellender oder unterschiedlich bleibender Informationen ergibt.

b. Subsumtion

[42] Unter Anwendung dieser Grundsätze entspricht das Vorgehen der Fachgerichte vorliegend nicht den verfassungsrechtlichen Vorgaben, wenn sie die Äußerungen mit solchen Inhalten als gegendarstellungsfähig ansehen, die sie als „nicht fernliegende Deutung“ oder gar als „nicht fernliegenden Eindruck“ verstehen. Demgegenüber wäre es verfassungsrechtlich unbedenklich, würden die Gerichte den auch sonst bei verdeckten Äußerungen angewandten Maßstab zugrunde legen, ob sich eine im Zusammenspiel der offenen Aussagen enthaltene zusätzliche eigene Aussage dem Leser als unabweisliche Schlussfolgerung aufdrängen muss. Nur dann hätten sie mit schlüssigen Gründen ausgeschlossen, dass der Entscheidung allein die offene Aussage zugrunde zu legen ist.

[43] Vorliegend musste der von den Fachgerichten angenommene und in der Gegendarstellung wiedergegebene Inhalt als eine versteckt in der Berichterstattung enthaltene Aussage sich dem Leser im Zusammenspiel der offenen Aussagen als unabweisliche Schlussfolgerung nicht aufdrängen. Durchgängig blieb dem verständigen Leser des Berichts erkennbar, dass die Berichterstattung hinsichtlich der Komplexe „Schiffskoffer“ und „Bankangestellter“ nicht alle Zusammenhänge ausdrücklich thematisierte, sondern vieles offen ließ, ohne bestimmte Folgerungen zu suggerieren. So ist es schon schwer, in dem Pressebericht überhaupt einen Bezug - oder gar einen ausschließli-

chen - zwischen den in dem Schiffscoffer enthaltenen Papieren zu speziell den Vorgängen festzustellen, die vor dem Oberlandesgericht Frankfurt, auf die sich allein die Gegendarstellung bezieht, behandelt wurden. Dem Leser wurde auch überlassen, in welcher Weise er die in dem Artikel offenen Fragen der Zusammensetzung der gegen die Klägerin gerichteten Erstattungsforderung und der jeweils für die verschiedenen Erstattungen verwendeten Belege sowie des Inhalts der von der Klägerin dem Bankmitarbeiter erteilten Auftrags beurteilen wollte. Dass Teile der Leserschaft die von der Darstellung belassenen Lücken mit eigenen Schlussfolgerungen füllen würden, die auch zu den von der Klägerin beanstandeten Ein-

drücken führen könnten, reicht nicht, um die in der Pflicht zum Abdruck der Gegendarstellung enthaltene Beeinträchtigung der Beschwerdeführerin zu rechtfertigen: Als unabwiesbare Schlussfolgerung drängen sie sich jedenfalls nicht auf.

[44] Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass das Landgericht und das Oberlandesgericht zu einem anderen Ergebnis gelangt wären, hätten sie ihrer Prüfung Anforderungen an die Verurteilung zugrunde gelegt, die den geschilderten verfassungsrechtlichen Maßgaben Rechnung tragen. Die angegriffenen Urteile sind daher aufzuheben. Die Sache ist zur erneuten Entscheidung an das Landgericht zurück zu verweisen (§ 95 Abs. 2 BVerfGG).

Standort: Berufung

Problem: Eigener Begründungsschriftsatz nach Zulassung?

BVERWG, URTEIL VOM 07.01.2008
1 C 27.06 (BAYVBL 2008, 318)

Problemdarstellung:

Nach §§ 124 ff. VwGO ist strikt zwischen dem Berufungszulassungsverfahren und dem Berufungsverfahren zu unterscheiden. Ersteres geht letzterem voraus, wenn das Verwaltungsgericht (VG) die Berufung nicht nach § 124a I VwGO selbst zulässt. Dann ist zunächst die Berufungszulassung zu beantragen, § 124 IV VwGO. Dieser Berufungszulassungsantrag wird vor dem VG gestellt (§ 124a IV 2 VwGO), aber vor dem OVG begründet (§ 124a IV 5 VwGO) und von diesem entschieden (§ 124a V 1 VwGO). Mit der Entscheidung des OVG über die Berufungszulassung endet das Berufungszulassungsverfahren. Lehnt das OVG die Berufungszulassung ab, wird das Urteil rechtskräftig (§ 124a V 4 VwGO). Lässt es die Berufung hingegen zu, geht das Berufungszulassungsverfahren *automatisch* in das Berufungsverfahren über, ohne dass es noch der Einlegung einer Berufung bedarf (§ 124a V 5 VwGO). Da vom Berufungsführer aber bisher nur begründet worden ist, warum das OVG die Berufung zulassen soll, und noch nicht, warum sie in der Sache Erfolg haben soll, bedarf es noch einer solchen Begründung der Berufung selbst (§ 124a VI VwGO).

Das BVerwG vertritt in st.Rspr. die im vorliegenden Urteil wiederholte Auffassung, dass diese Berufungsbegründung nach § 124a VI VwGO nur in einem eigenen, nach der Berufungszulassung dem OVG zu übermittelnden Schriftsatz erfolgen könne, es also nicht ausreiche, wenn der Berufungsführer bereits in seinem Berufungszulassungsantrag (auch) Gründe dargelegt hat, die nicht nur für die Zulassung der Berufung, sondern auch für deren Erfolg in der Sache sprechen können. In diesem Fall ist eine Bezugnahme in dem neuen, berufungsbegründenden Schriftsatz auf die bereits im Berufungszulassungsantrag gegebene Begründung zwar ausreichend, bleibt aber gleichwohl erforderlich.

Das BVerwG legt in den Urteilsgründen überzeugend dar, dass es sich dabei nicht nur um einen reinen Formalismus handelt.

Da die Berufungsbegründung zudem fristgebunden ist, § 124a VI VwGO, wird die Berufung als unzulässig verworfen (§ 125 II VwGO), wenn der gesonderte Berufungsbegründungsschriftsatz fehlt (so hier) oder verspätet beim OVG eingeht.

Prüfungsrelevanz:

Das Thema ist für Prüfungsaufgaben spannend geworden, seit der BGH für das Revisionsrecht im Zivilprozess das Gegenteil vertritt (Nachweise siehe Urteilsgründe). Das BVerwG setzt sich mit dieser Rspr. kurz auseinander und begründet das unterschiedliche Ergebnis mit den unterschiedlichen Formulierungen in § 124a VI VwGO einerseits und § 551 II 1 ZPO andererseits.

Übrigens *können* Berufungszulassungs- und Berufungsgründe zwar identisch sein, *zwingend* ist dies jedoch keineswegs. Wird z.B. Berufungszulassung beantragt, weil das VG-Urteil unrichtig sei (§ 124 II Nr. 1 VwGO), würde dies zutreffendenfalls zugleich zur Begründetheit der Berufung führen. In diesem Fall würde also eine Bezugnahme im Berufungsbegründungsschriftsatz auf den Berufungszulassungsbegründungsschriftsatz genügen (nochmals: Diese Bezugnahme in einem gesonderten Schriftsatz ist aber auch nötig und nicht als bloßer Formalismus entbehrlich). Die Berufung ist aber z.B. auch dann zuzulassen, wenn die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung hat (§ 124 II Nr. 3 VwGO). Über die Erfolgsaussichten der Berufung ist damit überhaupt nichts gesagt. In einem solchen Fall bedürfte es zwangsläufig einer neuen, eigenen Begründung der Berufung.

Abschließend zur Klarstellung: §§ 124 ff. VwGO sprechen davon, dass das "Oberverwaltungsgericht" (OVG) über die Berufungszulassung und ggf. auch die Berufung zu entscheiden hat. Im konkreten Fall hieß

das Berufungsgericht jedoch "Verwaltungsgerichtshof" (VGH München). Darin liegt aber weder ein Fehler noch überhaupt ein Unterschied, denn gem. § 184 VwGO können die Oberverwaltungsgerichte auch die Bezeichnung "Verwaltungsgerichtshof" weiterführen. Von dieser Möglichkeit haben Bayern (VGH München), Baden-Württemberg (VGH Mannheim) und Hessen (VGH Kassel) Gebrauch gemacht.

Vertiefungshinweise:

Vertretungszwang für Einlegung der Berufung: *VGH Mannheim*, RA 2006, 71 = *NJW* 2006, 250; *Zieglmeier*, *NJW* 2005, 3466

Bindung des OVG an Zulassung der Berufung durch das VG: *BVerwG*, RA 2005, 328 = *BayVBl* 2005, 283

Keine Umdeutung der Berufung in Antrag auf Zulassung der Berufung: *BVerwG*, RA 1999, 366 = *NJW* 1999, 641

Kursprogramm:

Examenskurs : "Stuckateurgewerbe"

Leitsatz:

Der Berufungsführer muss nach Zulassung der Berufung durch das Oberverwaltungsgericht gemäß § 124a Abs. 6 Satz 1 VwGO einen gesonderten Schriftsatz zur Berufungsbegründung einreichen; es genügt nicht, dass der Berufungsantrag und die Berufungsgründe im Antrag auf Zulassung der Berufung enthalten sind (Bestätigung der Rspr.).

Sachverhalt:

[1] Die Klägerin, eine rumänische Staatsangehörige, wendet sich gegen ihre Ausweisung und begehrt die Erteilung einer Aufenthaltsgenehmigung.

[2] Sie reiste im August 1990 im Besitz eines Aufnahmebescheids in das Bundesgebiet ein; das Vertriebenverfahren blieb ohne Erfolg. Im Anschluss daran wurde ihr eine bis zum 27. Oktober 1999 gültige Aufenthaltserlaubnis erteilt.

[3] Mit Bescheid vom 28. November 2003 wies die Beklagte die Klägerin wegen unerlaubten Aufenthalts aus dem Bundesgebiet aus, untersagte ihr die Wiedereinreise, lehnte den Antrag auf Verlängerung der Aufenthaltsgenehmigung ab und drohte ihr für den Fall nicht fristgerechter Ausreise die Abschiebung nach Rumänien an. Die dagegen erhobene Klage wies das Verwaltungsgericht mit Urteil vom 7. Dezember 2005 ab.

[4] Mit Schriftsatz vom 2. Januar 2006 beantragte die Klägerin in einem ersten Teil (unter „A“) die Zulassung der Berufung und begründete diesen Antrag; zugleich enthielt der Schriftsatz für den Fall der Zulassung der Berufung in einem zweiten Teil (unter „B“)

die Berufungsanträge sowie die Berufungsbegründung. Darüber hinaus beantragte die Klägerin die Bewilligung von Prozesskostenhilfe und Beiordnung ihrer Bevollmächtigten.

[5] Mit Beschluss vom 9. Februar 2006 ließ der Verwaltungsgerichtshof die Berufung zu. Der Beschluss enthielt die Belehrung, dass die Berufung innerhalb eines Monats nach Zustellung des Beschlusses über die Zulassung der Berufung zu begründen sei, die Begründung beim Bayerischen Verwaltungsgerichtshof einzureichen sei und die Begründungsfrist auf einen vor ihrem Ablauf gestellten Antrag von dem Vorsitzenden verlängert werden könne. Des Weiteren wurde darauf hingewiesen, dass die Begründung einen bestimmten Antrag sowie die im Einzelnen anzuführenden Gründe der Anfechtung (Berufungsgründe) enthalten müsse; mangle es an einem dieser Erfordernisse, sei die Berufung unzulässig. Der Beschluss wurde der Klägerin am 11. Februar 2006 zugestellt.

[6] Mit Schriftsatz vom 6. März 2006 übergab die Klägerin die Erklärung über ihre persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse sowie entsprechende Belege. Mit Beschluss vom 13. März 2006 bewilligte der Verwaltungsgerichtshof für das Berufungsverfahren Prozesskostenhilfe und ordnete ihre Bevollmächtigten bei. Einen weiteren Schriftsatz reichte die Klägerin nicht ein.

[7] Nach Anhörung der Klägerin verwarf der Verwaltungsgerichtshof die Berufung mit Beschluss vom 21. August 2006. Die Berufung sei unzulässig, weil sie nicht innerhalb der am 13. März 2006 abgelaufenen Frist begründet worden sei. Der Umstand, dass die Klägerin bereits im Zulassungsverfahren mit Schriftsatz vom 2. Januar 2006 neben dem Zulassungsantrag auch Berufungsanträge gestellt und die Berufung für den Fall des Erfolges ihres Zulassungsantrags begründet habe, genüge nicht den Anforderungen des § 124a Abs. 6 Satz 1 VwGO.

[8] Dagegen wendet sich die Klägerin mit der vom Verwaltungsgerichtshof zugelassenen Revision. [...]

Aus den Gründen:

[10] Die Revision ist unbegründet. Der Verwaltungsgerichtshof hat ohne Verletzung des rechtlichen Gehörs die Berufung zu Recht gemäß § 125 Abs. 2 Satz 1 bis 3 VwGO verworfen, weil die Klägerin das Rechtsmittel nicht rechtzeitig begründet hat.

A. Eigener Begründungsschriftsatz nach Zulassung erforderlich

[11] Gemäß § 124a Abs. 6 Satz 1 VwGO ist die Berufung in den Fällen des Absatzes 5 der Vorschrift, d.h. der Zulassung des Rechtsmittels auf Antrag durch das Oberverwaltungsgericht, innerhalb eines Monats nach Zustellung des Beschlusses über die Zulassung der Berufung zu begründen. Der Verwaltungsgerichtshof ist zutreffend davon ausgegangen, dass der Rechtsmit-

telführer nach Zulassung der Berufung in jedem Fall einen gesonderten Schriftsatz zur Berufungsbegründung einreichen muss (so bereits BVerwGE 107, 117 <120 f.); 109, 336 <338 f.); BVerwG, Buchholz 310 § 124a VwGO Nr. 26; BayVBl 2003, 442; NVwZ 2003, 868).

B. Ratio legis

[12] Das Erfordernis einer fristgebundenen, nach Zulassung der Berufung einzureichenden Berufungsbegründung gemäß § 124a Abs. 3 Satz 1 bzw. Abs. 6 Satz 1 VwGO ist kein bloßer Formalismus. Es dient in erster Linie der Klarstellung durch den Berufungsführer, ob, in welchem Umfang und weshalb er an der Durchführung des Berufungsverfahrens ggf. auch unter veränderten tatsächlichen Verhältnissen festhalten will (Beschluss vom 15. Oktober 1999 BVerwG 9 B 491.99 Buchholz 310 § 124a VwGO Nr. 13). Da bei einem erfolgreichen Zulassungsantrag das Antragsverfahren als Berufungsverfahren fortgesetzt wird und es keiner Einlegung der Berufung bedarf (§ 124a Abs. 5 Satz 5 VwGO), hat das durch das 6. VwGO-Änderungsgesetz in den Rang einer Zulässigkeitsvoraussetzung erhobene Erfordernis der Berufungsbegründung an Bedeutung gewonnen. Mit dem Berufungsbegründungsschriftsatz dokumentiert der Berufungskläger nach Erlass des Zulassungsbeschlusses, dass er an dem Berufungsverfahren ggf. auch bei nur teilweise zugelassener Berufung noch interessiert ist. Unzumutbares wird ihm damit nicht abverlangt. Soweit er im Zulassungsantrag bereits erschöpfend vorgetragen hat, genügt es, wenn er darauf in einem innerhalb der Frist des § 124a Abs. 6 Satz 1 VwGO eingehenden Schriftsatz Bezug nimmt (Urteil vom 30. Juni 1998 BVerwG 9 C 6.98 a.a.O. S. 121). Das Erfordernis eines gesonderten fristgebundenen Schriftsatzes nach Erlass des Zulassungsbeschlusses dient entgegen der Auffassung der Revision auch der Ver-

wirklichung des Beschleunigungsgedankens; denn es entlastet das Berufungsgericht beim Ausbleiben der Berufungsbegründung von der häufig aufwendigen Sichtung und Prüfung, ob schon die Begründung des Zulassungsantrags die erforderlichen Elemente einer Berufungsbegründung enthält. Andernfalls träten an die Stelle klarer prozessualer Kriterien Elemente wertender Würdigung. Deshalb reicht es nicht aus, dass wie im vorliegenden Fall die für den Fall der Zulassung der Berufung gestellten Berufungsanträge und die Begründung der Berufung schon in dem Schriftsatz enthalten waren, mit dem die Zulassung der Berufung beantragt worden war.

C. Kein Vergleich mit BGH-Rspr. nach ZPO

[13] An dieser Rechtsprechung hält der Senat auch mit Blick auf die Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 7. Juli 2004 (NJW 2004, 2981) fest. Nach dieser Entscheidung kann die Revision im Anwendungsbereich der Zivilprozessordnung bereits vor der Zulassung durch das Revisionsgericht begründet werden (kritisch demgegenüber Büttner, NJW 2004, 3524 ff.). Eine Rechtsprechungsdivergenz, die nach dem Gesetz zur Wahrung der Einheitlichkeit der Rechtsprechung der obersten Gerichtshöfe des Bundes die Vorlage an den Gemeinsamen Senat der obersten Gerichtshöfe rechtfertigte, liegt nicht vor; denn die maßgeblichen prozessrechtlichen Vorschriften erweisen sich nicht als inhaltsgleich. So ist § 551 Abs. 2 Satz 1 ZPO, der die Einreichung der Revisionsbegründung betrifft, offener ausgestaltet als § 124a Abs. 6 Satz 1 VwGO (so auch Beschluss vom 6. Oktober 2005 BVerwG 5 B 26.05); zudem gilt im Zivilprozessrecht die form- und fristgerechte Einlegung der Nichtzulassungsbeschwerde im Falle der Stattgabe als Einlegung der Revision (§ 544 Abs. 6 Satz 2 ZPO), so dass sich die Argumentation des Bundesgerichtshofs nicht ohne weiteres auf das Verwaltungsprozessrecht übertragen lässt. [...]

Standort: VwGO

Problem: Rechtsbehelf per E-Mail

VG BERLIN, URTEIL VOM 02.11.2007
4 A 243106 (NJW 2008, 1335)

Problemdarstellung:

Im vorliegenden Fall ging es um die Frage, ob ein Widerspruch wirksam per E-Mail erhoben werden kann. Nach Auffassung des VG Berlin ist dies nicht der Fall, da § 70 I VwGO vorschreibt, dass der Widerspruch schriftlich oder zur Niederschrift zu erheben ist. Eine E-Mail genüge dem Schriftformerfordernis aber nicht, denn "schriftlich" bedeute schriftlich i.S.d. § 126 BGB, setze also eine eigenhändige Unterschrift voraus, die der E-Mail naturgemäß fehle.

Zwar könne gem. § 79 2. Hs VwVfG diese Schriftform durch die Wahl einer elektronischen Form nach § 3a

VwVfG ersetzt werden; dies jedoch nur, wenn dessen Voraussetzungen vorlägen, also dass die Behörde einen solchen Zugang überhaupt eröffnet hat (§ 3a I VwVfG) und dass die E-Mail eine digitale Signatur nach dem SignaturG trage (§ 3a II 2 VwVfG). An beiden fehlte es hier. Nach Ansicht des VG genügt insbesondere die Angabe einer E-Mail-Adresse "für Rückfragen" nicht zur Eröffnung des Zugangs für förmliche Rechtsbehelfe wie Widersprüche.

Prüfungsrelevanz:

Formprobleme sind gängiger Prüfungsstoff. Seit der Entscheidung des Gemeinsamen Senats der obersten Bundesgerichte aus dem Jahr 2000 zur Zulässigkeit eines sog. "Computerfaxes" unter geltendem Schrift-

formerfordernis (bejaht, wenn eine eingescannte Unterschrift vorliegt, GS-OBG, RA 2000, 607 = NJW 2000, 2340), sind immer wieder Entscheidungen zu Fällen ergangen, in denen die Rechtsbehelfsführer versucht haben, diese Grenze noch weiter hinauszuschieben (siehe Vertiefungshinweise). In der Tat spricht jedoch Vieles dafür, eine einfache E-Mail für nicht ausreichend zu halten. Dies dürfte dem Willen des Gesetzgebers entsprechen, der in § 3a VwVfG für den elektronischen Verkehr qualifizierte Voraussetzungen aufgestellt hat. Erst Recht dürften diese Bedenken gegen noch liberalere Kommunikationsformen (z.B. SMS) durchgreifen

Allerdings herrscht in der Rspr. Streit darüber, ob und wann Formmängel ausnahmsweise unbeachtlich sein können, wenn sich jedenfalls aus den äußeren Gesamtumständen ergibt, dass die Erklärung tatsächlich vom angegebenen Absender stammt und von diesem auch bewusst in den Verkehr gebracht wurde. Während diese Möglichkeit z.B. für den Fall einer fehlenden Unterschrift unter der Klage vielfach bejaht wird, finden sich gerade für die Verwendung von E-Mails auch Stimmen, die diese Möglichkeit generell verneinen, weil sie dem in § 3a VwVfG artikulierten gesetzgeberischen Willen widerspreche. Letzteres lässt sich gut vertreten (vgl. zu allem Vertiefungshinweise).

Abschließend sei darauf hingewiesen, dass ein Widerspruch - entgegen der Ansicht des VG Berlin - keineswegs schriftlich eingelegt werden muss. § 70 I 1 VwGO ordnet dies - entgegen den Ausführungen in den Urteilsgründen - auch nicht an. Vielmehr ist dort explizit die Rede davon, dass der Widerspruch "schriftlich *oder zur Niederschrift*" erhoben werden kann. Dies Einsicht hätte das VG i.Ü. auch zu der Erkenntnis führen müssen, dass die im vorliegenden Fall gegebene, lediglich auf die Schriftform hinweisende Rechtsbehelfsbelehrung unrichtig war, § 58 I, II VwGO. Am Ergebnis hätte dies allerdings nichts geändert, denn zwar hätte der Kl. dann ein Jahr zur Einlegung eines formgerechten Widerspruchs Zeit gehabt, auch hätte er ihn nach Klageerhebung noch formwirksam einlegen können (die ordnungsgemäße Durchführung des Vorverfahrens muss - wie alle Zulässigkeitsvoraussetzungen - im Zeitpunkt der Entscheidung des Gerichts vorliegen, nicht im Zeitpunkt der Klageerhebung), er hat dies jedoch niemals getan.

Vertiefungshinweise:

- Unbeachtlichkeit von Formverstößen aufgrund äußerer Umstände: *BVerwG*, NJW 2003, 1544; *BGH*, NJW 2005, 2086; *OVG Münster*, RA 2008, 139 = NVwZ 2008, 344
- Keine Entbehrlichkeit der Schriftform bei E-Mail aufgrund äußerer Umstände: *VGH Kassel*, NVwZ-RR 2006, 377, 378; *VG Sigmaringen*, VBIBW 2005, 154
- Wiedereinsetzung in den vorigen Stand bei unwirk-

sam durch E-Mail eingelegtem Rechtsbehelf, wenn vorher per E-Mail kommuniziert wurde: *Kintz*, NVwZ 2004, 1429, 1433

- Keine Zusicherung i.S.d. § 38 VwVfG per E-Mail: *OVG Lüneburg*, RA 2005, 327 = NVwZ 2005, 470

Kursprogramm:

- Examenskurs : "Die Waffenbesitzkarte"

Leitsatz (der Redaktion)

Ein Widerspruch kann nur dann wirksam per E-Mail erhoben werden, wenn die empfangende Behörde hierfür freiwillig einen Zugang eröffnet hat und die E-Mail eine digitale Signatur i.S.d. § 3a VwVfG i.V.m. dem Signaturgesetz trägt.

Sachverhalt:

Die Bekl. setzte mit Bescheid vom 17.2.2006 gegen den Kl. eine LKW-Maut in Höhe von 55 Euro fest. Im Kopf des Bescheids lautet eine Zeile: "E-Mail für Rückfragen". In der Rechtsbehelfsbelehrung heißt es, gegen den Bescheid könne der Kl. innerhalb eines Monats nach Bekanntgabe bei der Bekl. schriftlich Widerspruch einlegen.

Im Ausdruck der elektronisch geführten Akte der Bekl. findet sich als Blatt 19 eine ihr elektronisch übermittelte Nachricht ("E-Mail"). Auf dem Blatt steht: "Von: L-GmbH [...] Gesendet: Donnerstag, 2.3.2006 [...] Hiermit möchten wir Ihnen folgenden Sachverhalt zu oben genanntem Aktenzeichen mitteilen. Bei dem Fahrzeug, amtliches Kennzeichen [...] handelt es sich um einen Abschleppwagen zur Pkw-Beförderung, wie Sie aus dem Lichtbild ersehen können. Das oben genannte Fahrzeug war zu einem Einsatz der Pannenhilfe unterwegs. Somit ist bei diesem Einsatz der Fahrzeug/Abschleppwagen mautbefreit. Viele Grüße L-GmbH [Postanschrift]"

Die Bekl. sah dies als formwidrigen Widerspruch an und half ihm nicht ab. Das Bundesamt für Güterverkehr als Widerspruchsbehörde berichtete dem Kl. von diesem Widerspruch und gab ihm auf, geeignete Nachweise dafür vorzulegen, dass das Fahrzeug tatsächlich im Rahmen der Pannenhilfe unterwegs gewesen sei. Der Kl. antwortete darauf nicht. Mit Widerspruchsbescheid vom 21.4.2006 wies das Bundesamt für Güterverkehr den Widerspruch als zulässig, aber unbegründet zurück. Der Kl. hat am 22. 5. 2006 Klage erhoben, die das VG abgewiesen hat.

Aus den Gründen:

Die Klage gegen den Nacherhebungsbescheid der Bekl. scheidet am Fehlen eines wirksamen Widerspruchs.

A. Vorverfahren als Zulässigkeitsvoraussetzung

Vor Erhebung der Anfechtungsklage sind nach § 68 I

1 VwGO Recht- und Zweckmäßigkeit des Verwaltungsakts in einem Vorverfahren nachzuprüfen. Dieses beginnt nach § 69 VwGO mit der Erhebung des Widerspruchs. Dieser ist eine entscheidende Voraussetzung für die Zulässigkeit der Anfechtungsklage, wohingegen die vorherige Überprüfung des Verwaltungsakts unter Umständen unterbleiben kann (vgl. § 75 S. 1 VwGO). Hingegen hilft eine ohne Widerspruch durchgeführte Überprüfung des Verwaltungsakts nicht über das Fehlen eines Widerspruchs hinweg.

B. Formgemäße Erhebung

Für den Widerspruch bestimmt § 70 I 1 VwGO, dass er schriftlich zu erheben ist. Die damit angesprochene Schriftform ist jedenfalls die des § 126 I BGB. Sie ist hier mangels einer vom Aussteller eigenhändig durch Namensunterschrift unterzeichneten Urkunde nicht erfüllt.

I. Voraussetzungen für Formwahrung bei E-Mail

Unbehelflich ist, dass § 79 Halbs. 2 VwVfG für förmliche Rechtsbehelfe gegen Verwaltungsakte - wie den Widerspruch - etwa die Geltung des § 3a VwVfG anordnet.

1. Zugangseröffnung

Dessen Absatz 1 erklärt zwar die Übermittlung elektronischer Dokumente für zulässig, jedoch nur, soweit der Empfänger hierfür einen Zugang eröffnet. Daran fehlt es hier für Widersprüche. Die Angabe im Kopf des Bescheids eröffnet einen Zugang allenfalls für Rückfragen, nicht aber für (formgebundene) Widersprüche.

2. Digitale Signatur

Selbst wenn man aber eine Zugangseröffnung annähme, könnte nach § 3a II 1 VwVfG zwar eine durch Rechtsvorschrift (hier § 70 I 1 VwGO) angeordnete Schriftform durch die elektronische Form ersetzt werden. Doch ist in diesem Fall das elektronische Dokument mit einer qualifizierten elektronischen Signatur nach dem Signaturgesetz zu versehen (§ 3a II 2 VwVfG). Auch daran fehlt es hier.

II. Entbehrlichkeit der Schriftform angesichts äußerer Umstände

Es führt schließlich nicht weiter, dass die Anforderung an die Schriftlichkeit bestimmender Schriftsätze im Prozessrecht von deren Zweck her großzügiger gefasst wird. Mit dem Erfordernis der Schriftlichkeit bzw. Unterschrift soll die Identifizierung des Urhebers einer Prozesshandlung ermöglicht werden. Ferner soll ausgeschlossen werden, dass es sich bei dem dem Adressaten zugeleiteten Schriftsatz bloß um einen nicht autorisierten Entwurf handelt (vgl. jüngst BVerfG, NJW 2007, 3117 = MMR 2008, 96). Können diese Zwecke im Einzelfall durch weitere Umstände auch ohne die

eigenhändige Unterschrift des Rechtsbehelfsführers erreicht werden, dann kann der Schriftsatz wirksam sein.

Ob ein per E-Post ohne elektronische Signatur übermittelter Widerspruch gleichwohl wirksam sein kann, wenn aus anderen Gründen klar ist, dass er vom Widerspruchsführer so gewollt ist, kann dahinstehen. Denn hier fehlt es an derartigen bestätigenden Umständen. Vielmehr stammt die E-Post ihrem äußeren Erscheinungsbild nach gerade nicht vom Kl., dem Adressaten des Nacherhebungsbescheids, sondern von einer in Wir-Form formulierenden Gesellschaft, wenngleich mit seinem Nachnamen als Firmenbestandteil. Darüber hinaus ist die Anschrift der Gesellschaft eine andere als die des Kl. Schließlich reagierte der Kl. auf das Anschreiben der Widerspruchsbehörde nicht, bot also keinen Grund zur Annahme, es handle sich um eine auf ihn zurückgehende Erklärung.

C. Wiedereinsetzung in den vorigen Stand

Auch deshalb erübrigen sich Erwägungen zur Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, die man nach einem elektronisch geführten Austausch zwischen Behörde und Betroffenen anstellen mag (vgl. Kintz, NVwZ 2004, 1429 [1433]). Nicht zu überzeugen vermag die anwaltlich vorgetragene Darstellung, der Kl. habe als juristischer Laie nicht davon ausgehen können, dass ohne eine entsprechende Belehrung der Widerspruch nur dann wirksam eingelegt sei, wenn er mit einer elektronischen Signatur versehen sei, soweit er per E-Post erklärt werde. Denn die Bekl. belehrte den Kl. zutreffend über die Notwendigkeit, den Widerspruch schriftlich einzulegen. Weitergehende Erläuterungen des auch in der Alltagssprache verwandten, E-Post-Verkehr regelmäßig nicht umfassenden Begriffs "schriftlich" waren nicht angezeigt.

C. Keine isolierte Aufhebung des Widerspruchsbescheids

Da es nicht feststeht, dass die E-Post vom 2.3.2006 vom Kl. stammt, ist auch nicht zu bedenken, ob die Widerspruchsbehörde von einem Widerspruch ausgehen und ihn sachlich bescheiden durfte (vgl. Kintz, NVwZ 2004, 1434). Die Klage ist auch insoweit unzulässig, als sie die Anfechtung nur des Widerspruchsbescheids mit umfasst. Denn dem Kl. fehlt es dafür an der Klagebefugnis (§ 42 II VwGO). Es ist ausgeschlossen, dass der Widerspruchsbescheid, der ohne formwirksamen Widerspruch rechtswidrig erlassen wurde, Rechte des Kl. verletzt. Die Zurückweisung des Widerspruchs geht mangels Widerspruchs ins Leere; der damit bestätigte Nacherhebungsbescheid war ohnehin schon wirksam und überdies bestandskräftig. Die Auferlegung der Kosten des Widerspruchsverfahrens ist folgenlos, da das Bundesamt zugleich erklärte, dass Verwaltungskosten nicht erhoben werden.

*Zivilrecht***Standort: Werkvertrag****Problem: Ohne-Rechnung-Abrede**

BGH, URTEIL VOM 24.04.2008
VII ZR 140/07 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Die Kl. machen vertragliche Schadensersatzansprüche aus einem fehlerhaften Vermessungsvertrag geltend. Die Kl. beauftragten den Bekl., einen Vermessungsingenieur, im Jahr 2004 mit Vermessungsarbeiten für den Neubau ihres Einfamilienhauses. Für das von dem Bekl. zu beanspruchende Honorar war vereinbarungsgemäß weder eine Rechnung zu erstellen, noch eine Quittung zu erteilen (sog. Ohne-Rechnung-Abrede). Diese Abrede dient der Ermöglichung und Absicherung einer Umsatzsteuerverkürzung, also der Steuerhinterziehung.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Das Berufungsgericht hat die dagegen gerichtete Berufung der Kl. zurückgewiesen. Es hat die Revision zugelassen, da die höchstrichterliche Rechtsprechung zu den Folgen einer Ohne-Rechnung-Abrede nicht einheitlich sei. Die Kl. verfolgen mit der Revision ihre Schadensersatzansprüche - erfolgreich - weiter.

Prüfungsrelevanz:

Der erkennende Senat hatte sich mit der Frage auseinanderzusetzen, wie sich eine Ohne-Rechnung-Abrede auf das Gewährleistungsrecht des Bestellers auswirkt. Sinn und Zweck der Abrede ist es, eine Umsatzsteuerverkürzung herbeizuführen.

Also war die Frage zu beantworten, ob der geschlossene Werkvertrag gem. §§ 631 I, 633 I BGB wirksam ist. Ein wirksamer Werkvertrag ist Voraussetzung für vertragliche Gewährleistungsrechte gem. § 634 BGB. Genau daran mangelte es hier. In Übereinstimmung mit dem Berufungsgericht bejahte der erkennende Senat die Nichtigkeit der Abrede. Es wurde sowohl der Verstoß gegen ein Verbotsgesetz gem. § 134 BGB als auch die Sittenwidrigkeit gem. § 138 I BGB bejaht. Aus gutachtlicher Sicht ist in einer Klausur zu berücksichtigen, dass der Verstoß gegen ein Verbotsgesetz vorrangig zu prüfen ist vor dem Auffangtatbestand des § 138 I BGB. Mithin dürfte im Fall des Vorliegens eines Verstoßes gegen § 134 BGB ein Verstoß gegen § 138 I BGB nicht einmal geprüft werden. (vgl. Palandt-Heinrichs, § 134 Rn 13). Maßstab in einer Klausur bei Ohne-Rechnung-Abreden ist zunächst einmal die Frage, ob die Klausel gegen das Ge-

setz zur Bekämpfung der Schwarzarbeit verstößt. Bei § 8 I SchwarzArbG handelt es sich um ein Verbotsgesetz. Die Norm untersagt ein grundsätzlich erlaubtes Rechtsgeschäft wegen der intendierten Zweckrichtung. Es soll u.a. die Steuerhinterziehung verhindert werden. Nur in dem Fall, in dem nicht gegen das Schwarzarbeiterbekämpfungsgesetz verstoßen, wurde gilt § 138 I BGB (Palandt-Heinrichs, § 134 Rn 22). Verträge, die mit einer Steuerhinterziehung verbunden sind, verstoßen nur dann gegen § 138 I BGB, wenn die Steuerhinterziehung der Hauptzweck des Vertrages ist (Palandt-Heinrichs, § 138 Rn 44). Die Ohne-Rechnung-Abrede ist also unzweideutig nichtig, da ihr Hauptzweck die Steuerhinterziehung ist.

Das erkennende Gericht befasste sich intensiv mit der Frage, wie sich die Sittenwidrigkeit der Klausel auf den Vertrag im Übrigen auswirkt. In dem Moment, in dem die Steuerhinterziehung den Hauptzweck des Vertrages gebildet hätte, wäre der Vertrag auch im Übrigen gem. § 134 bzw. § 138 I BGB nichtig gewesen (BGH, NJW-RR 2002, 1527; BGH, NJW 2003, 2742). Hier war jedoch die Abrede nicht Hauptzweck, vielmehr kam es den Parteien primär auf die ordnungsgemäße Vermessungsleistung an.

Ob nunmehr die Nichtigkeit des Vertrages oder eine Teilnichtigkeit der Abrede vorliegt, richtet sich nach § 139 BGB, dessen Anwendungsbereich eröffnet ist. Demnach ist in dem Fall, in dem ein Teil eines Rechtsgeschäfts nichtig ist, das gesamte Rechtsgeschäft nichtig, wenn nicht anzunehmen ist, dass es auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen sein würde. Mithin kommt es auf die Frage an, ob die Vermutung der Gesamtnichtigkeit durch einen entgegenstehenden (hypothetischen) Parteiwillen entkräftet wird (Palandt-Heinrichs, § 139 Rn 14). Maßgeblich ist, welche Abrede die Parteien in Kenntnis der Teilnichtigkeit nach Treu und Glauben und unter Berücksichtigung der Verkehrssitte getroffen hätten (BGH, NJW 1996, 2088). Dies ist eine Frage des Einzelfalles. Im vorliegenden Fall heißt dies, dass beim Werkvertrag Gesamtnichtigkeit nur dann nicht eintritt, wenn angenommen werden kann, dass ohne die Ohne-Rechnung-Abrede bei ordnungsgemäßer Rechnungslegung und Steuerabführung der Vertrag zu denselben Konditionen, insbesondere mit derselben Vergütungsregelung, abgeschlossen worden wäre (so bereits Hamm, NJW-RR 1997, 722). Im vorliegenden Fall ließ der BGH die Frage offen.

Der erkennende Senat kommt hier zu einem unerwar-

teten Ergebnis, da es nach dessen Auffassung auf die Frage der Gesamt- oder Teilnichtigkeit im vorliegenden Fall gar nicht ankommt. Der Bekl. kann sich auf die Nichtigkeit des Vertrages nicht berufen, da dies dem Grundsatz von Treu und Glauben gem. § 242 BGB zuwiderläuft. Dieser gilt auch im Rahmen nichtiger Rechtsgeschäfte. Deshalb kann die Berufung auf die Nichtigkeit eines Vertrages in besonders gelagerten Ausnahmefällen eine unzulässige Rechtsausübung darstellen, und zwar nicht nur im Anwendungsbereich von § 138 BGB (vgl. BGH, NJW 1986, 2944, 2945), sondern auch bei § 134 BGB (vgl. BGH, NJW 2007, 1130). Maßgeblich sei das Vorliegen einer spezifischen Interessenlage.

Mit Entscheidung des erkennenden Senats vom gleichen Tage wurde insoweit die Interessenlage bei einem Bauvertrag mit Ohne-Rechnung-Abrede beleuchtet. In diesem Zusammenhang erging mit der vorliegenden Entscheidung eine Grundsatzentscheidung. Bei einem Bauvertrag erbringt der Unternehmer die von ihm geschuldeten Bauleistungen regelmäßig an dem Grundstück des Bestellers. Eine Rückabwicklung des Vertrages durch Rückgabe der Leistung ist, wenn überhaupt, nur mit erheblichen Schwierigkeiten möglich. Durch sie würden wirtschaftliche Werte gefährdet. Der Unternehmer müsste zudem bei einer solchen Rückabwicklung in fremdes Eigentum eingreifen (vgl. hierzu BGH, BauR 2007, 111, 113 = NZBau 2006, 781 = ZfBR 2007, 44, 45 m.w.N.). Ist die erbrachte Bauleistung mangelhaft, ist daher das Eigentum des Bestellers mit den hieraus folgenden Nachteilen nachhaltig belastet. Diese Belastungssituation führt dann zu einem besonderen Interesse des Bestellers an vertraglichen, auf die Beseitigung des Mangels gerichteten Gewährleistungsrechten, die bei einer Nichtigkeit des gesamten Bauvertrages entfallen würden. Für den Unternehmer liegt diese spezifische Interessenlage des Bestellers der Bauleistung offen zutage. Hat er die Bauleistung mangelhaft erbracht, verhält er sich treuwidrig, wenn er sich gegenüber dem Besteller auf eine Gesamtnichtigkeit des Bauvertrages beruft, die allein aus der Gesetzeswidrigkeit der Ohne-Rechnung-Abrede folgen kann.

Der Senat führt aus, dass im Falle des Vorliegens eines Werkvertrages wie im hiesigen Sachverhalt mit obigem Argumenten nichts anderes gelten kann, so dass ein Schadensersatzanspruch gem. §§ 634 Nr. 4, 280 ff. BGB bestand.

Die Entscheidung des Senats ist im Ergebnis erstaunlich und steht im Gegensatz zur Dogmatik des Gewährleistungsrechts. Dies deshalb, weil der Weg in die Gewährleistungsrechte letztlich anhand von Wertungskriterien eröffnet wird, und zwar unabhängig vom Vorliegen der eigentlichen Grundvoraussetzung der Vertragsansprüche - einem wirksamen Schuldverhältnis.

Vertiefungshinweise:

- ☐ Widerrufsrecht im Werkvertrag: *BGH*, RA 2007, 317 (Haustürgeschäft); *BGH*, RA 2006, 114 = *IBR* 2006, 126 (Ratenlieferungsvertrag / Teilzahlungsgeschäft); *BGH*, RA 2006, 151 = *NJW* 2006, 497 (Haustürgeschäft)
- ☐ Zurechnung einer Haustürsituation bei Vertragsabschluss auch ohne Kenntnis des vertretenen Vertragspartners: *BGH*, *NJW* 2006, 497
- ☐ Zum Werklohn nach Kündigung: *BGH*, RA 2006, 527 = *NJW* 2006, 2476
- ☐ Zur Erfüllung: *BGH*, RA 2007, 719; *Muschler/Bloch*, *JuS* 2000, 729; *Fabienke*, *JR* 1999, 47; *Schreiber*, *Jura* 1996, 328
- ☐ Zur Sittenwidrigkeit / Zum Verstoß gegen ein Verbotsgesetz: *BGH*, RA 2008, 324 (Anspruch der Spielbank gegen den Spieler); *BGH*, RA 2007, 215 (Abtretung/Bürgschaft); *BGH*, RA 2005, 735 = *NJW* 2006, 45 (Rückforderung im Rahmen eines Schenkungskreises gezahlter Beträge); *BGH*, RA 2005, 339 = *NJW* 2005, 1490 (Rückforderung des Kaufpreises für ein Radarwarngerät)

Kursprogramm:

- ☐ *Examenskurs*: "Die sturm- und wetterfeste Aluminiumfassade"
- ☐ *Assessorkurs*: "Der unfertige Golfplatz"

Leitsätze:

- 1. Ob ein Werkvertrag aufgrund einer Ohne-Rechnung-Abrede insgesamt nichtig ist, richtet sich nach § 139 BGB (Abgrenzung zu BGH, BauR 2001, 630).**
- 2. Hat ein Ingenieur seine Vermessungsleistungen mangelhaft erbracht und hat sich dieser Mangel im Bauwerk bereits verkörpert, handelt er regelmäßig treuwidrig, wenn er sich zur Abwehr von Schadensersatzansprüchen des Bestellers darauf beruft, die Gesetzeswidrigkeit der Ohne-Rechnung-Abrede führe zur Gesamtnichtigkeit des Werkvertrags.**

Sachverhalt:

[1] Die Kl. machen gegen den Bekl. Schadensersatzansprüche wegen fehlerhafter Vermessungsarbeiten geltend.

[2] Die Kl., ein Ehepaar, oder jedenfalls der klagende Ehemann allein beauftragten den Bekl., einen Vermessungsingenieur, im Jahr 2004 mit Vermessungsarbeiten für den Neubau ihres Einfamilienhauses. Für das von dem Bekl. zu beanspruchende Honorar war vereinbarungsgemäß weder eine Rechnung zu erstellen noch eine Quittung zu erteilen.

[3] Die Kl. behaupten, infolge eines Vermessungsfehlers des Bekl. seien ihr Haus und ihr Carport falsch platziert worden und es sei ihnen dadurch ein Schaden

von 31.005,80 € entstanden.

[4] Das Landgericht hat die auf Ersatz dieses Schadens gerichtete Klage mit der Begründung abgewiesen, der Vertrag enthalte eine Ohne-Rechnung-Abrede und sei gemäß § 134, § 138 I, § 139 BGB nichtig. Das Berufungsgericht hat die dagegen gerichtete Berufung der Kl. zurückgewiesen. Es hat die Revision zugelassen, da die höchstrichterliche Rechtsprechung zu den Folgen einer Ohne-Rechnung-Abrede nicht einheitlich sei. Die Kl. verfolgen mit der Revision ihre Schadensersatzansprüche weiter.

Aus den Gründen:

[5] Die Revision führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I. Entscheidung und Begründung des Berufungsgerichts

[6] Das Berufungsgericht ist der Auffassung, den Kl. stünden wegen Nichtigkeit des Werkvertrags vertragliche Schadensersatzansprüche wegen Schlechterfüllung bereits dem Grunde nach nicht zu. Die Parteien hätten eine Ohne-Rechnung-Abrede getroffen. Eine solche Abrede diene der Ermöglichung und Absicherung einer Umsatzsteuerverkürzung und sei daher gemäß §§ 134, 138 BGB nichtig. Die Nichtigkeit erstreckte sich gemäß § 139 BGB auf den gesamten Vertrag, da den Kl. der Nachweis nicht gelungen sei, dass sich die Parteien auch bei Erteilung einer Rechnung auf den gleichen Preis geeinigt hätten. Mit der Berufung auf die Unwirksamkeit des Vertrags verstoße der Bekl. auch nicht gegen Treu und Glauben, denn der Ausschluss vertraglicher Rechte der Kl. sei gerade Zweck der §§ 134, 138 BGB.

II. Entscheidung des BGH in der Revision

[7] Das hält der rechtlichen Nachprüfung nicht in allen Punkten stand. Die Ohne-Rechnung-Abrede ist gemäß §§ 134, 138 BGB nichtig. Ob das zur Nichtigkeit des gesamten Vertrags führt, richtet sich nach § 139 BGB, muss hier jedoch nicht abschließend entschieden werden. Denn der Bekl. kann sich auf eine etwaige auf den Voraussetzungen des § 139 BGB beruhende Gesamtnichtigkeit des Werkvertrags nach Treu und Glauben nicht berufen.

1. Keine Gesamtnichtigkeit, da Ohne-Rechnung-Abrede nicht Hauptzweck des Vertrags ist

[8] Nach den von der Revision nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts haben die Parteien vereinbart, dass der von dem Bekl. zu beanspruchende Werklohn zum Zwecke der Steuerhinterziehung ohne Rechnung gezahlt werden sollte. Diese Ohne-Rechnung-Abrede hatte nicht zur Folge, dass die Steuerhinterziehung Hauptzweck des Vertrages war und dieser schon aus diesem Grunde insgesamt gemäß

§§ 134, 138 BGB nichtig ist (vgl. dazu BGH, Urteile vom 09.06.1954 - II ZR 70/53, BGHZ 14, 25; vom 23.03.1961 - II ZR 157/59, WM 1961, 727; vom 23.10.1975 - II ZR 109/74, WM 1975, 1279; vom 04.03.1993 - V ZR 121/92, BGHR BGB § 134 Steuerhinterziehung 1; vom 23.06.1997 - II ZR 220/95, BGHZ 136, 125; vom 05.07.2002 - V ZR 229/01, NJW-RR 2002, 1527 und vom 02.07.2003 - XII ZR 74/01, NJW 2003, 2742). Hauptzweck des Vertrags war vielmehr die ordnungsgemäße Erbringung der vereinbarten Vermessungsleistungen durch den Bekl..

2. Teilnichtigkeit bzgl. der Abrede gem. §§ 134, 138 BGB

[9] Gemäß §§ 134, 138 BGB nichtig ist die der Steuerhinterziehung dienende Ohne-Rechnung-Abrede (vgl. BGH, Urteile vom 03.07.1968 - VIII ZR 113/66, MDR 1968, 834; vom 21.12.2000 - VII ZR 192/98, BauR 2001, 630 = NZBau 2001, 195 = ZfBR 2001, 175 und vom 02.07.2003 - XII ZR 74/01, NJW 2003, 2742). Damit ist ein Teil des Vertrages nichtig und der Anwendungsbereich von § 139 BGB eröffnet.

a. Auswirkungen der Teilnichtigkeit auf den übrigen Vertrag gem. § 139 BGB

[10] Nach dieser Vorschrift ist bei Nichtigkeit eines Teils eines Vertrages der gesamte Vertrag nichtig, wenn nicht anzunehmen ist, dass er auch ohne den nichtigen Teil geschlossen worden wäre. Ob diese Voraussetzungen vorliegen, ob also die Vermutung der Gesamtnichtigkeit durch einen entgegenstehenden (hypothetischen) Parteiwillen entkräftet wird, ist jeweils anhand der Umstände des Einzelfalls zu prüfen.

b. Grundsätze gelten auch im Hinblick auf die Nichtigkeit der Ohne-Rechnung-Abrede

[11] Diese Grundsätze gelten auch für die Frage, ob die Nichtigkeit einer Ohne-Rechnung-Abrede die Nichtigkeit des ganzen Vertrages zur Folge hat (vgl. BGH, Urteile vom 03.07.1968 - VIII ZR 113/66, MDR 1968, 834 zum Kaufvertrag und vom 02.07.2003 - XII ZR 74/01, NJW 2003, 2742 zum Mietvertrag; OLG Hamm, BauR 1997, 501; OLG Oldenburg, OLGR 1997, 2; OLG Naumburg, IBR 2000, 64, Volltext bei Juris; und OLG Saarbrücken, OLGR 2000, 303 jeweils zum Werkvertrag). Dem Berufungsgericht ist darin beizupflichten, dass auch beim Werkvertrag Gesamtnichtigkeit nur dann nicht eintritt, wenn angenommen werden kann, dass ohne die Ohne-Rechnung-Abrede bei ordnungsgemäßer Rechnungslegung und Steuerabführung der Vertrag zu denselben Konditionen, insbesondere mit derselben Vergütungsregelung, abgeschlossen worden wäre. Soweit dem Urteil des Senats vom 21.12.2000 (VII ZR 192/98, BauR 2001, 630 = NZBau 2001, 195 = ZfBR 2001, 175) entnommen werden könnte, dass diese jeweils im Einzelfall vorzunehmende Prüfung regelmäßig zu dem Ergebnis

führe, die Nichtigkeit der Ohne-Rechnung-Abrede habe auf die Höhe der Vergütung keinen Einfluss, hält der Senat daran nicht fest.

3. Einwand des § 242 BGB greift, so dass ein sich berufend auf die Nichtigkeit ausscheidet

[12] Der Senat muss nicht abschließend entscheiden, ob im Streitfall die Nichtigkeit der Ohne-Rechnung-Abrede zur Gesamtnichtigkeit des Vertrages führt. Denn jedenfalls kann sich der Bekl., nachdem er die Vermessungsleistungen erbracht hat und auf dieser Grundlage das Einfamilienhaus und der Carport der Kl. errichtet worden sind, nach Treu und Glauben nicht auf eine etwaige Nichtigkeit des Vertrages berufen, § 242 BGB.

a. Grundsatz gem. § 242 BGB greift auch im Rahmen nichtiger Geschäfte gem. §§ 134, 138 BGB

[13] Der das gesamte Rechtsleben beherrschende Grundsatz von Treu und Glauben gilt auch im Rahmen nichtiger Rechtsgeschäfte. Deshalb kann die Berufung auf die Nichtigkeit eines Vertrages in besonders gelagerten Ausnahmefällen eine unzulässige Rechtsausübung darstellen. Das gilt nicht nur im Anwendungsbereich von § 138 BGB (vgl. BGH, Urteile vom 23.01.1981 - I ZR 40/79, NJW 1981, 1439 und vom 28.04.1986 - II ZR 254/85, NJW 1986, 2944, 2945), sondern auch bei § 134 BGB (vgl. BGH, Urteile vom 12.01.1970 - VII ZR 48/68, BGHZ 53, 152, 158 f.; vom 23.09.1982 - VII ZR 183/80, BGHZ 85, 39, 47; vom 22.01.1986 - VIII ZR 10/85, NJW 1986, 2360, 2361; vom 05.05.1992 - X ZR 134/90, BGHZ 118, 182, 191 und vom 01.02.2007 - III ZR 281/05, NJW 2007, 1130).

[14] Allerdings dient § 134 BGB dem öffentlichen Interesse und dem Schutz des allgemeinen Rechtsverkehrs. Er schränkt die Privatautonomie ein; gesetzliche Verbote stehen nicht zur Disposition der Parteien (BGB-RGRK/Krüger-Nieland/Zöller, 12. Aufl., § 134 Rdn. 1 und Palandt/Heinrichs, 67. Aufl., § 134 BGB Rdn. 1). Hieraus wird in der Literatur gefolgert, die Berufung auf Treu und Glauben gegenüber einer aus § 134 BGB folgenden Nichtigkeit sei grundsätzlich unzulässig. Auf diese Weise könne ein gesetzliches Verbot nicht verdrängt werden; das Vertrauen auf die Wirksamkeit einer verbotsgesetzwidrigen Vereinbarung verdiene generell keinen Schutz (Jauernig, BGB, 12. Aufl., § 134 Rdn. 17; MünchKommBGB/Armbrüster, 5. Aufl., § 134 Rdn. 112).

[15] Diesen Bedenken kommt jedenfalls hier keine entscheidende Bedeutung zu. Denn gegen ein gesetzliches Verbot im Sinne des § 134 BGB verstößt allein die Ohne-Rechnung-Abrede, nicht aber der Werkvertrag über die zu erbringenden Vermessungsarbeiten als solcher ohne diese Abrede. Seine Nichtigkeit folgt nicht unmittelbar aus § 134 BGB, sondern gegebenenfalls aus der Anwendung von § 139 BGB. Diese Vor-

schrift enthält dispositives Recht; die in ihr vorgesehene Gesamtnichtigkeit kann abbedungen werden (BGH, Urteil vom 30.01.1997 - IX ZR 133/96, NJW-RR 1997, 684, 685). Die Parteien hätten daher vereinbaren können, dass eine Nichtigkeit der Ohne-Rechnung-Abrede sich nicht auf die anderen Vertragsbestandteile erstrecken soll. In diesem Fall wäre der Bekl. den Mängelansprüchen der Kläger ausgesetzt. Lediglich diese in der Disposition der Parteien liegende Rechtsfolge wird durch die Anwendung des Grundsatzes von Treu und Glauben auf anderem Wege herbeigeführt. Die Nichtigkeit der Ohne-Rechnung-Abrede im Interesse der Allgemeinheit bleibt davon unberührt.

b. Anwendung des § 242 BGB wegen der spezifischen Interessenlage im Werkvertrag geboten

[16] Der Senat hat mit Urteil vom heutigen Tage (VII ZR 42/07, zur Veröffentlichung in BGHZ vorgesehen) entschieden, dass ein Unternehmer, der die Bauleistung erbracht hat, gegen Treu und Glauben verstößt, wenn er sich zur Abwehr von Mängelansprüchen des Bestellers wegen der Ohne-Rechnung-Abrede auf die Nichtigkeit des Bauvertrags beruft. Dies beruht auf der spezifischen Interessenlage, die sich bei einem Bauvertrag mit Ohne-Rechnung-Abrede für die Vertragsparteien typischerweise ergibt. Der Senat hat dazu ausgeführt:

[17] Bei einem solchen Bauvertrag erbringt der Unternehmer die von ihm geschuldeten Bauleistungen regelmäßig an dem Grundstück des Bestellers. Eine Rückabwicklung des Vertrages durch Rückgabe der Leistung ist, wenn überhaupt, gewöhnlich nur mit erheblichen Schwierigkeiten möglich. Durch sie würden wirtschaftliche Werte gefährdet; der Unternehmer müsste bei einer solchen Rückabwicklung in fremdes Eigentum eingreifen (vgl. hierzu BGH, Urteil vom 28.09.2006 - VII ZR 303/04, BauR 2007, 111, 113 = NZBau 2006, 781 = ZfBR 2007, 44, 45 m.w.N.). Ist die erbrachte Bauleistung mangelhaft, ist daher das Eigentum des Bestellers mit den hieraus folgenden Nachteilen nachhaltig belastet, die durch schlichte Rückabwicklung des Bauvertrags regelmäßig nicht wirtschaftlich sinnvoll zu beseitigen sind; der Besteller wird daher das mangelhafte Werk typischerweise behalten. Diese Belastungssituation führt dann zu einem besonderen Interesse des Bestellers an vertraglichen, auf die Beseitigung des Mangels gerichteten Gewährleistungsrechten, die bei einer Nichtigkeit des gesamten Bauvertrages entfallen würden.

[18] Für den Unternehmer liegt diese spezifische Interessenlage des Bestellers der Bauleistung offen zutage. Hat er die Bauleistung mangelhaft erbracht, verhält er sich treuwidrig, wenn er sich gegenüber dem in der dargestellten Weise belasteten Besteller auf eine Gesamtnichtigkeit des Bauvertrages beruft, die allein aus der Gesetzwidrigkeit der Ohne-Rechnung-Abrede folgen kann. Denn der Unternehmer hat in Kenntnis die-

ser Abrede und der dargestellten Interessenlage den Vertrag durchgeführt, sozusagen „ins Werk gesetzt“, und seine Bauleistung erbracht. Er setzt sich in dieser von ihm maßgeblich mitverursachten Situation unter Verstoß gegen Treu und Glauben in Widerspruch zu seinem bisher auf Erfüllung des Vertrags gerichteten Verhalten, wenn er nunmehr unter Missachtung der besonderen Interessen seines Vertragspartners die Ohne-Rechnung-Abrede, die regelmäßig auch seinem eigenen gesetzwidrigen Vorteil dienen sollte, zum Anlass nimmt, für die Mangelhaftigkeit seiner Leistung nicht eintreten zu wollen mit der Folge, dass der Besteller unter Beeinträchtigung seines Eigentums dauerhaft mit den Mangelfolgen belastet bleibt.

c. Anwendbarkeit im vorliegenden Fall

[19] Ebenso stellt es einen Verstoß gegen Treu und Glauben dar, wenn sich ein Ingenieur, dessen fehlerhafte Vermessungsarbeiten zu einer fehlerhaften Einstellung eines Gebäudes geführt haben, zur Abwehr von Schadensersatzansprüchen des Bestellers wegen der Ohne-Rechnung-Abrede auf die Nichtigkeit des Werkvertrags beruft. Auch hier beruht dies auf der spezifischen Interessenlage, die sich bei einem solchen Werkvertrag für die Vertragsparteien typischerweise ergibt, wenn sich der Mangel der Vermessungsarbeiten bereits im Bauwerk verkörpert hat.

[20] Die Vermessungsarbeiten sind Grundlage der regelmäßig an dem Grundstück des Bestellers erbrachten Bauleistungen. Werden die Bauleistungen aufgrund einer fehlerhaften Vermessung ausgeführt, sind sie selbst mangelhaft, so dass das Eigentum des Bestellers mit den hieraus folgenden Nachteilen nachhaltig belastet ist. Dies führt im Verhältnis zwischen Vermessungsingenieur und Besteller zu entsprechenden Rechtsfolgen im Hinblick auf die Anwendung des § 242 BGB, wie sie oben für das Verhältnis zwischen Bauunternehmer und Besteller dargestellt sind.

d. Ergebnis

[21] Nach diesen Grundsätzen kann der Bekl. gegenüber einem vertraglichen Schadensersatzanspruch der Kl. nicht einwenden, der Werkvertrag sei wegen der Ohne-Rechnung-Abrede insgesamt nichtig. Auf die vom Berufungsgericht ungeprüft gelassene Frage, ob den Kl. ein Schadensersatzanspruch aus Geschäftsführung ohne Auftrag gemäß § 677 BGB zustehen könnte, was nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs bei Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts wegen Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot in Betracht zu ziehen wäre (BGH, Urteil vom 30.09.1993 - VII ZR 178/91, BauR 1994, 110, 111 = ZfBR 1994, 15; Urteil vom 04.12.2003 - III ZR 30/02, BGHZ 157, 168, 175), kommt es nach alledem nicht an.

Standort: Mietrecht

Problem: Zeitmietvertrag / Kündigung

BGH, URTEIL VOM 07.05.2008
VII ZR 69/06 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Der Kl. begehrt die Feststellung, dass die seitens des Bekl. ausgebrachte Kündigung des Mietverhältnisses über Gewerbefläche unwirksam ist.

Im Jahr 1990 entschieden sich die Parteien, neue Kanzleiräume zu erwerben. Dazu sollten die Ehefrauen der Soziern und ein Partner der Kanzlei in Person jeweils eine Etage des Gebäudes als Wohnungseigentum erwerben und sodann an die Kanzlei vermieten. Die zwischenzeitlich verstorbene Ehefrau des früheren Sozius und jetzigen Zeugen W. erwarb das erste Obergeschoss des Gebäudes und vermietete dieses an die Mitglieder der Sozietät, zu denen auch die Bekl. zu 1 bis 3 gehörten. Die Vertragsparteien erstellten zwei Vertragsexemplare. Ein Exemplar wurde von den (seinerzeit) fünf Mitgliedern der Anwaltssozietät als Mieter unterzeichnet und verblieb bei der Vermieterin. Der Zeuge W. hatte ein Exemplar als Vermieter unterzeichnet. Einen Vertretungszusatz hatte er dem nicht hinzugefügt. Im Rubrum des schriftlichen Mietvertrages ist die Ehefrau des Zeugen W. als Vermieterin benannt. Das weitere Exemplar ist nicht mehr auffindbar. Zur Vertragsdauer ist in § 2 des Vertrages ausgeführt,

dass das Mietverhältnis am 01.04.1990 beginnt und am 31.03.2010 endet. Nach dem Tod der Vermieterin veräußerte der Zeuge W. das Eigentum im Jahre 1998 an den Kl.. Mit Schreiben vom 27.06.2002 kündigten die Bekl. das Mietverhältnis mit dem Kl. ordentlich zum 31.12.2002.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen und das Oberlandesgericht die dagegen gerichtete Berufung zurückgewiesen. Dagegen richtet sich die - vom Senat zugelassene - Revision des Kl. mit Erfolg.

Prüfungsrelevanz:

Der erkennende Senat hatte sich mit der Wirksamkeit der ordentlichen Kündigung seitens der Mieter gem. § 542 BGB auseinander zusetzen. Gem. § 542 I BGB kann jede Vertragspartei grundsätzlich das Mietverhältnis nach den gesetzlichen Vorschriften kündigen. Eine Kündigung nach den gesetzlichen Vorschriften kommt im Rahmen einer sog. ordentlichen Kündigung in Betracht (Palandt-Weidenkaff, § 542 Rn 1). Das Mietobjekt war hier eine Gewerbefläche gem. § 578 II BGB. Die Zulässigkeit der ordentlichen Kündigung richtet sich daher nach § 580 a I BGB.

Hier war jedoch zu beurteilen, ob ein zeitlich befristeter Mietvertrag gegeben ist. Zeitmietverträge unterliegen grundsätzlich besonders hohen Anforderungen.

Dies liegt daran, dass der Mieter weitestgehend geschützt werden soll und für unbeschränkte Zeit im Objekt verbleiben können soll. Dies wird insbesondere durch § 575 I BGB verdeutlicht. Zu beachten ist jedoch, dass die Nom ausschließlich auf Mietverhältnisse über Wohnraum gem. § 549 BGB Anwendung findet und mithin im vorliegenden Fall nicht zu berücksichtigen ist. In dem Moment, in dem ein befristeter Mietvertrag vorliegt, muss sich die Kündigungsmöglichkeit an § 542 II BGB messen lassen. Demnach endet ein auf bestimmte Zeit eingegangenes Mietverhältnis erst mit Ablauf der Zeit, sofern es nicht außerordentlich gekündigt oder aber verlängert wird. Es handelt sich in diesen Fällen um eine sog. außerordentliche befristete oder um eine fristlose Kündigung. Die außerordentliche befristete Kündigung ist vorgesehen bei bestimmten Ereignissen (vgl. §§ 573 d I, 575 a I BGB, wobei diese Regelungen mangels Verweis auf die Gewerbemiete keine Anwendung finden.). Die außerordentliche fristlose Kündigung aus wichtigem Grund gem. § 543 BGB kommt insbesondere bei Vertragsstörungen oder Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Mietverhältnisses in Betracht (Palandt-Weidenkaff, § 542 Rn 1).

Das Berufungsgericht hatte die Formanforderungen des § 550 BGB, der über den Verweis gem. § 578 II, I BGB Anwendung findet, verneint, so dass das Vorliegen eines zeitlich unbefristeten Vertrags bejaht wurde. Demzufolge bejahte das Berufungsgericht zudem die Zulässigkeit einer ordentlichen Kündigung des Vertragsverhältnisses. Der erkennende Senat tritt dieser Rechtsauffassung deutlich entgegen. Die Formanforderung des § 550 BGB dient zum einen dem Schutz eines späteren Erwerbers des Grundeigentums, um diesem Klarheit über langfristige Mietverhältnisse zu verschaffen, da dieser in die bestehenden Rechtsverhältnisse gem. § 566 I BGB eintritt. Weiterhin soll die Formanforderung auch die Vertragsparteien selbst schützen. Durch die Schriftform gem. § 126 BGB wird sichergestellt, dass Abreden beweisbar werden (BGH, NJW 1998, 2664). Der Schriftform unterfallen sämtliche Abreden der Parteien betreffend den Gegenstand des Vertrags; ausgenommen sind nur Nebenabreden. Zu beachten ist jedoch, dass sich die formbedürftige Abrede nicht zwingend allein aus der Urkunde ergeben muss. Es reicht zum einen die Bestimmbarkeit aus und zum anderen der Umstand, dass sich der Vertragsinhalt aus dem Zusammenhang mehrerer Schriftstücke ergibt, die einen gewissen Bezug zueinander aufweisen müssen.

Die Wahrung der Schriftform war hier gegeben. Für die Einhaltung der Form ist erforderlich, dass das Schriftstück von beiden Parteien unterzeichnet ist (BGH, NJW 2004, 2962). Dies ist insbesondere bei Personenmehrheiten problematisch, da ggf. ein Vertretungszusatz erfolgen muss. Hier handelte der Zeuge

W. in Vertretung für die Vermieterin. Zwar hatte der Zeuge nicht in Vertretung unterschrieben, jedoch ging aus dem Schriftstück eindeutig hervor, dass die Ehefrau des Zeugen W. Vermieterin ist. Die insoweit ausreichende Bestimmbarkeit war hier gegeben. Weil im Ergebnis der Vertrag der Schriftform gem. §§ 550, 126 BGB genügte und auf bestimmte Zeit abgeschlossen ist, war eine ordentliche Kündigung gem. § 542 II BGB ausgeschlossen. Die Revision hatte daher Erfolg.

Vertiefungshinweise:

- Zur Begründung eines Mietverhältnisses: *Börstinghaus*, ZGS 2002, 102; *Timmer*, NJW 2000, 930; *Michalski*, ZMR 1999, 141
- Zu den Rechten und Pflichten der Mietvertragsparteien: *Kießling*, JZ 2004, 1146; *Ahrens*, ZGS 2003, 134; *von Westphalen*, NZM 2002, 368
- Zur Beendigung eines Mietverhältnisses: *BGH*, RA 2007, 429 = NJW 2007, 2177; *Timme*, NJW 2004, 1639; *Rolfs*, ZGS 2003, 289; *Eisenhardt*, MDR 2002, 981
- Zur Selbstvornahme im Mietrecht: *BGH*, RA 2008, 288

Kursprogramm:

- Examenskurs: "Das Geschäftshaus"
- Examenskurs: "Keine Lust zu Schönheitsreparaturen"
- Assessorkurs: "Das Geschäftslokal"

Leitsätze:

- a. Das Schriftformgebot des § 550 BGB will in erster Linie sicherstellen, dass ein späterer Grundstückserwerber, der kraft Gesetzes auf Seiten des Vermieters in ein auf mehr als ein Jahr abgeschlossenes Mietverhältnis eintritt, dessen Bedingungen aus dem schriftlichen Vertrag ersehen kann. Darüber hinaus dient die Schriftform des § 550 BGB aber auch dazu, die Beweisbarkeit langfristiger Abreden zwischen den ursprünglichen Vertragsparteien sicherzustellen und diese vor der unbedachten Eingehung langfristiger Bindungen zu schützen.**
- b. Ist die Urkunde im Falle einer Personenmehrheit nicht von allen Vermietern oder Mietern unterzeichnet, müssen die vorhandenen Unterschriften deutlich zum Ausdruck bringen, ob sie auch in Vertretung der nicht unterzeichnenden Vertragsparteien hinzugefügt wurden. Wird die Vertretung der Vertragspartei durch die den Vertrag unterzeichnende Person allerdings auf andere Weise deutlich, z.B. wenn nur eine natürliche Person als Mieter oder Vermieter auftritt und eine andere Person den Vertrag unterschreibt, ist ein zusätzlicher Vertretungszusatz nicht erforderlich.**

Sachverhalt:

[1] Die Parteien streiten über die Wirksamkeit eines langfristigen Mietvertrages über Gewerberäume nach vorzeitiger ordentlicher Kündigung durch die Bekl. als Mieter.

[2] Im Jahre 1990 vereinbarten die damaligen Mitglieder der Anwaltssozietät der Bekl., ein in der Nähe ihrer Praxis befindliches Haus als neue Anwaltskanzlei zu übernehmen. Dazu sollten die Ehefrauen der Sozien bzw. einer der Rechtsanwälte persönlich jeweils ein Stockwerk des Gebäudes als Wohnungseigentum erwerben und an die Anwaltssozietät vermieten. Entsprechend erwarb die zwischenzeitlich verstorbene Ehefrau des früheren Sozius und jetzigen Zeugen W. das erste Obergeschoss des Gebäudes und vermietete dieses an die Mitglieder der Sozietät, zu denen auch die Bekl. zu 1 bis 3 gehörten. Die Vertragsparteien erstellten zwei Vertragsexemplare. Ein Exemplar wurde von den (seinerzeit) fünf Mitgliedern der Anwaltssozietät als Mieter unterzeichnet und verblieb bei der Vermieterin. Das weitere Exemplar ist nicht mehr auffindbar. Nach den Feststellungen des Landgerichts, auf die das Berufungsgericht Bezug genommen hat, hatte der Zeuge Rechtsanwalt W. dieses Exemplar als Vermieter unterzeichnet. Einen Vertretungszusatz hatte er dem nicht hinzugefügt.

[3] Im Rubrum des schriftlichen Mietvertrages ist die Ehefrau des Zeugen W. als Vermieterin benannt. Zur Vertragsdauer ist in § 2 des Vertrages ausgeführt:

"Das Mietverhältnis beginnt am 01.04.1990 ...

Das Mietverhältnis endet am 31.03.2010 ..."

[4] Nach dem Tod der Vermieterin veräußerte ihr inzwischen aus der Rechtsanwaltssozietät der Bekl. ausgeschiedener Ehemann das Eigentum im Jahre 1998 an den Kl.. Mit Schreiben vom 27.06.2002 kündigten die Bekl. das Mietverhältnis mit dem Kl. ordentlich zum 31.12.2002. Der Kl. begehrt Feststellung, dass das Mietverhältnis durch diese Kündigung nicht beendet worden ist.

[5] Das Landgericht hat die Klage abgewiesen und das Oberlandesgericht die dagegen gerichtete Berufung zurückgewiesen, weil der Mietvertrag der Parteien nicht der Schriftform genüge und deswegen trotz der vereinbarten Vertragsdauer ordentlich kündbar sei. Dagegen richtet sich die - vom Senat zugelassene - Revision des Kl..

Aus den Gründen:

[6] Die Revision hat Erfolg.

I. Entscheidung und Begründung des Berufungsgerichts

[7] Das Berufungsgericht, das im Wesentlichen auf die tatsächlichen Feststellungen des Landgerichts Bezug nimmt, hat die Abweisung der Klage wie folgt begründet:

[8] Der Mietvertrag der Parteien sei nach § 566 BGB

a.F. ordentlich kündbar, weil die Schriftform nicht gewahrt sei. Zwar sei der Mietvertrag vom 01.05.1990 zweifelsfrei wirksam zustande gekommen. Das ergebe sich schon daraus, dass die damaligen Vertragsparteien ihn in Vollzug gesetzt und 12 Jahre an ihm festgehalten hätten. Die nach § 566 BGB a.F. für einen langfristigen Mietvertrag notwendige Schriftform sei aber mangels Unterschrift der Vermieterin nicht eingehalten, was zur Folge habe, dass der Vertrag als auf unbestimmte Zeit geschlossen gelte. Als Ergebnis der Beweisaufnahme sei zumindest offen geblieben, ob der Zeuge W. den Mietvertrag auf Vermieterseite in Vollmacht seiner Ehefrau abgeschlossen und dies durch einen entsprechenden Zusatz kenntlich gemacht habe. Es sei deswegen davon auszugehen, dass der Zeuge W. den Vertrag mit dem gemeinsamen Familiennamen ohne Zusatz unterschrieben habe. Aus dem schriftlichen Vertrag lasse sich nicht entnehmen, dass der Zeuge nicht in eigenem Namen, sondern in Vertretung seiner Ehefrau gehandelt habe.

[9] Die Bekl. seien somit berechtigt gewesen, den Mietvertrag ordentlich zu kündigen. Die ordentliche Kündigung sei auch nicht treuwidrig, weil der Kl. trotz der langen Vertragslaufzeit nicht darauf habe vertrauen können, dass die Bekl. von ihrer Kündigungsmöglichkeit keinen Gebrauch machen würden.

II. Entscheidung des BGH in der Revision

[10] Diese Ausführungen halten einer rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

1. Mietvertrag gem. § 535 I BGB liegt vor

[11] Zutreffend geht das Berufungsgericht allerdings davon aus, dass am 01.05.1990 zwischen der früheren Eigentümerin, der verstorbenen Frau W., und den Mitgliedern der Anwaltssozietät der Bekl. ein Mietvertrag über die gewerblichen Räume zustande gekommen ist. Unabhängig davon, ob der Zeuge W. bei Abschluss des Vertrages seine Ehefrau wirksam vertreten hat, ist der Mietvertrag spätestens mit seinem Vollzug wirksam geworden. Der Kl. ist später durch den Kauf des Wohnungseigentums anstelle der früheren Eigentümerin als Vermieter in den Vertrag eingetreten (§ 566 I BGB).

2. Schriftform gem. § 550 i.V.m. § 578 BGB ist gewahrt

[12] Entgegen der Rechtsauffassung des Berufungsgerichts wahrt der Mietvertrag aber auch die für die Wirksamkeit der vereinbarten Laufzeit von mehr als einem Jahr erforderliche schriftliche Form (§ 550 i.V.m. § 578 I BGB). Wegen der fest vereinbarten Laufzeit bis zum 31.03.2010 ist eine ordentliche Kündigung des Vertrages deswegen ausgeschlossen.

a. Inhalt des § 550 BGB

[13] § 550 BGB will nach ständiger Rechtsprechung

des Senats in erster Linie sicherstellen, dass ein späterer Grundstückserwerber, der kraft Gesetzes auf Seiten des Vermieters in ein auf mehr als ein Jahr abgeschlossenes Mietverhältnis eintritt (§ 566 I BGB), dessen Bedingungen aus dem schriftlichen Vertrag ersehen kann (Senatsurteile vom 18.12.2002 - XII ZR 253/01 - NJW 2003, 1248, 1249 und BGHZ 136, 357, 370 f. = NJW 1998, 58, 61).

aa. Schutz des späteren Erwerbers i.S.v. § 566 I BGB

[14] Der Senat hat allerdings bereits mehrfach darauf hingewiesen, dass es zahlreiche Fallgestaltungen gibt, in denen § 550 BGB den Zweck, einem späteren Grundstückserwerber letzte Klarheit über die Geltung eines langfristigen Mietvertrages zu verschaffen, nicht umfassend gewährleisten kann (vgl. Senatsurteile BGHZ 154, 171, 180 = NJW 2003, 2158, 2160 und BGHZ 136, 357, 370 f. = NJW 1998, 58, 61). Sinn und Zweck der Schriftform ist es nämlich nicht, ihm Gewissheit zu verschaffen, ob der Mietvertrag wirksam zustande gekommen ist und im Zeitpunkt des Eigentumsübergangs noch besteht oder etwa von den Mietvertragsparteien mündlich aufgehoben wurde. Denn soweit ein Eintritt des Grundstückserwerbers in den Mietvertrag nicht stattfindet, weil dieser nicht oder nicht mehr besteht, bedarf es auch nicht des Schutzes der Schriftform vor einer langjährigen Bindung an unbekannte Bedingungen (Senatsurteil vom 19.09.2007 - XII ZR 121/05 - NJW 2007, 3346, 3347).

[15] Wenn etwa die Mietvertragsurkunde eine Verlängerungsoption für eine Vertragspartei vorsieht, kann der Grundstückserwerber dieser nicht entnehmen, ob die Option vor dem Eigentumserwerb ausgeübt wurde oder nicht, so dass Ungewissheit darüber bestehen kann, ob das Mietverhältnis bald endet oder gegebenenfalls noch jahrelang fortbestehen wird. Dann ist der Erwerber aber durch die aus der Urkunde ersichtliche Option hinreichend gewarnt, so dass es ihm zuzumuten ist, sich bei dem Verkäufer oder dem Vermieter zu erkundigen (Senatsurteil vom 02.05.2007 - XII ZR 178/04 - NJW 2007, 3273, 3275). Nicht anders ist es, wenn der Vermieter oder der Mieter bei Abschluss des Vertrages vertreten wurde. Auch dann muss für den Erwerber lediglich die Vertretung selbst aus der Vertragsurkunde ersichtlich sein. Ob der Vertreter von der Vertragspartei hinreichend bevollmächtigt war, ist keine Frage der Schriftform des § 550 BGB, sondern wirkt sich schon auf das Zustandekommen des Vertrages aus. Auch insoweit ist es dem Erwerber zumutbar, sich zuvor bei den Vertragsparteien zu erkundigen (Senatsurteil vom 19.09.2007 - XII ZR 121/05 - NJW 2007, 3346, 3347).

bb. Sicherstellung der Beweisbarkeit von Abreden zwischen den Vertragsparteien

[16] Andererseits erschöpft sich der Zweck der Schriftform des § 550 BGB nicht in dem Schutz eines

späteren Erwerbers. Denn wenn der Gesetzgeber mit dieser Vorschrift allein den Erwerber eines langfristig vermieteten Grundstücks als Folge des sich aus § 566 I BGB ergebenden gesetzlichen Vertragsübergangs hätte schützen wollen, hätte es nahe gelegen, die Möglichkeit zur ordentlichen Kündigung auf diesen Erwerber zu beschränken. Stattdessen räumt § 550 BGB (wie § 566 BGB a.F.) auch den ursprünglichen Vertragsparteien eine ordentliche Kündigungsmöglichkeit ein, wenn die Schriftform nicht eingehalten ist.

[17] Der Bundesgerichtshof ist deswegen in seiner neueren Rechtsprechung stets davon ausgegangen, dass die Schriftform des § 550 BGB zusätzlich dazu dient, die Beweisbarkeit langfristiger Abreden auch zwischen den ursprünglichen Vertragsparteien sicherzustellen und diese vor der unbedachten Eingehung langfristiger Bindungen zu schützen (vgl. BGHZ 81, 46, 51 = NJW 1981, 2246, 2247 [zur Warnfunktion] und Senatsurteile BGHZ 136, 357, 370 = NJW 1998, 58, 61 sowie BGHZ 139, 123, 130 = NJW 1998, 2664, 2666 [zur Beweis- und Warnfunktion]). Davon ist offensichtlich auch der Gesetzgeber ausgegangen, indem er durch das Mietrechtsreformgesetz vom 19.05.2001 die frühere Vorschrift des § 566 BGB in Kenntnis dieser Rechtsprechung nur mit redaktionellen, aber ohne inhaltliche Änderungen als § 550 BGB übernommen hat (vgl. BT-Drucks. 14/4553 S. 47 = BR-Drucks. 439/00 S. 118).

b. Anforderungen an die Wahrung der Schriftform

[18] Nach ständiger Rechtsprechung des Senats ist die Schriftform des § 550 BGB grundsätzlich nur dann gewahrt, wenn sich die für den Abschluss des Vertrages notwendige Einigung über alle wesentlichen Vertragsbedingungen - insbesondere über den Mietgegenstand, den Mietzins sowie die Dauer und die Parteien des Mietverhältnisses - aus einer von beiden Vertragsparteien unterzeichneten Urkunde (vgl. aber § 126 II 2 BGB) ergibt. Von der Schriftform ausgenommen sind nur solche vertraglichen Abreden, die für den Inhalt des Vertrages, auf den die Parteien sich geeinigt haben, von nur nebensächlicher Bedeutung sind. Das gilt erst recht für Bestimmungen, die nicht über das hinausgehen, was bereits im Vertragstext selbst seinen Niederschlag gefunden hat oder die dessen Inhalt nicht modifizieren, sondern lediglich erläutern oder veranschaulichen sollen (Senatsurteil BGHZ 142, 158, 161 f. = NJW 1999, 2591, 2592).

[19] Soweit eine vertragliche Vereinbarung dem Schriftformerfordernis unterliegt, muss diese allerdings nicht notwendig in der Vertragsurkunde selbst enthalten und auch noch nicht abschließend bestimmt sein.

aa. Vertragsinhalt aus dem Zusammenhang mehrerer Schriftstücke

[20] Nehmen die Vertragsparteien wesentliche vertrag-

liche Vereinbarungen nicht in die Vertragsurkunde auf, genügt es nach inzwischen ständiger Rechtsprechung des Senats, dass sich der Gesamthalt der mietvertraglichen Vereinbarung aus dem Zusammenspiel verschiedener Urkunden ergibt, wenn sie zur Wahrung der Urkundeneinheit ihre Zusammengehörigkeit in geeigneter Weise zweifelsfrei kenntlich machen. Solches kann sich z.B. aus einer fortlaufenden Paginierung, einer fortlaufenden Nummerierung einzelner Bestimmungen, einheitlicher grafischer Gestaltung, einem inhaltlichen Zusammenhang des Textes oder vergleichbaren Merkmalen zweifelsfrei ergeben. Eine körperliche Verbindung der einzelnen Bestandteile zu einer gemeinsamen Urkunde ist dann nicht erforderlich (Senatsurteile vom 10.10.2001 - XII ZR 307/98 - NZM 2002, 20 und BGHZ 136, 357, 361 ff. = NJW 1998, 58, 59 ff.).

[21] Ergibt sich der Zusammenhang mehrerer Schriftstücke aus einer Bezugnahme, ist es erforderlich, dass vom aktuellen Vertrag auf den Ausgangsvertrag und auf alle ergänzenden Urkunden verwiesen ist, mit denen die der Schriftform unterliegenden vertraglichen Vereinbarungen vollständig erfasst sind (Senatsurteil vom 09.04.2008 - XII ZR 89/06 - zur Veröffentlichung bestimmt). So genügt es z.B., wenn eine Vereinbarung über eine Vertragsänderung oder über einen Wechsel der Vertragsparteien (vgl. insoweit Senatsurteile vom 20.04.2005 - XII ZR 29/02 - NJW-RR 2005, 958, 959 und BGHZ 154, 171, 179 f. = NJW 2003, 2158, 2160) hinreichend deutlich auf den ursprünglichen Vertrag Bezug nimmt, die geänderten Regelungen aufführt und erkennen lässt, dass es im Übrigen bei den Bestimmungen des ursprünglichen Vertrages verbleiben soll (Senatsurteil BGHZ 160, 97, 101 f. = NJW 2004, 2962, 2963).

bb. Bestimmbarkeit reicht aus

[22] Inhaltlich ist es auch im Rahmen der Schriftform - wie bei der Frage des Zustandekommens des Vertrages - ausreichend, wenn sich die wesentlichen vertraglichen Vereinbarungen hinreichend bestimmbar aus der Vertragsurkunde ergeben.

[23] Weil auch formbedürftige Vertragsklauseln grundsätzlich der Auslegung zugänglich sind, wenn sie sich als unklar und lückenhaft erweisen, brauchen auch wesentliche Tatbestandsmerkmale des Rechtsgeschäfts nicht vollständig bestimmt angegeben zu werden, sofern nur eine Einigung über sie beurkundet ist und ihr Inhalt bestimmbar bleibt. Die Bestimmbarkeit muss allerdings bereits im Zeitpunkt des Vertragsschlusses gegeben sein. Spätere tatsächliche Geschehnisse können die Wahrung der Form nicht mehr in Frage stellen; das gilt sogar für die Vernichtung der Urkunde (Senatsurteil vom 02.05.2007 - XII ZR 178/04 - NJW 2007, 3273, 3275). Insoweit darf aber auf außerhalb der Urkunde liegende Umstände zurückgegriffen werden, die ebenfalls zum Zeitpunkt des Vertrags-

schlusses bereits vorliegen müssen. Dabei genügt es, dass ein (z.B. für den Vertragsbeginn ausschlaggebender) Sachverhalt so genau bestimmt ist, dass bei seiner Verwirklichung kein Zweifel für die vertragliche Vereinbarung verbleibt (Senatsurteil vom 02.11.2005 - XII ZR 212/03 - NJW 2006, 139, 140).

c. Unterzeichnung der Urkunde von beiden Parteien

[24] Entsprechend ist für die Einhaltung der Schriftform des § 550 BGB auch erforderlich, dass die Vertragsurkunde von beiden Parteien unterzeichnet ist (vgl. insoweit Senatsurteil BGHZ 160, 97, 102 f. = NJW 2004, 2962, 2963 f.).

aa. Schriftform bei Personenmehrheiten: Vertretungszusatz erforderlich

[25] Ist die Urkunde im Falle einer Personenmehrheit nicht von allen Vermietern oder Mietern unterzeichnet, müssen die vorhandenen Unterschriften deutlich zum Ausdruck bringen, ob sie auch in Vertretung der nicht unterzeichnenden Vertragsparteien hinzugefügt wurden. Denn sonst lässt sich der vorliegenden Urkunde nicht eindeutig entnehmen, ob der Vertrag mit den vorhandenen Unterschriften, auch für die und in Vertretung der anderen Vertragsparteien, zustande gekommen ist oder ob die Wirksamkeit des Vertrages so lange hinausgeschoben sein soll, bis auch die weiteren Vertragsparteien ihn unterschrieben haben.

[26] Solches hat der Senat für die Gesellschafter einer GbR (Senatsurteile vom 05.11.2003 - XII ZR 134/02 - NJW 2004, 1103 und vom 16.07.2003 - XII ZR 65/02 - NJW 2003, 3053, 3054) und für die Mitglieder einer Erbengemeinschaft (Senatsurteil vom 11.09.2002 - XII ZR 187/00 - NJW 2002, 3389, 3391) entschieden. Ein Vertretungszusatz ist darüber hinaus immer dann erforderlich, wenn als Mieter oder als Vermieter mehrere Personen (etwa Eheleute) auftreten, von denen nur eine den Vertrag unterschrieben hat. Auch dann ist aus der bloßen Unterschrift noch nicht ersichtlich und damit auch nicht hinreichend bestimmbar, ob der Vertrag zugleich in Vertretung unterzeichnet wurde oder ob es noch der Unterschrift der weiteren Vertragspartei bedarf (BGHZ 125, 175, 178 ff. = NJW 1994, 1649, 1650 f.).

bb. Entbehrlichkeit des Vertretungszusatzes

[27] Ist die Vertretung der Vertragspartei durch die den Vertrag unterzeichnende Person allerdings auf andere Weise hinreichend bestimmbar, ist ein zusätzlicher Vertretungszusatz nicht erforderlich.

[28] Das ist insbesondere dann der Fall, wenn nur eine natürliche Person als Mieter oder Vermieter auftritt und eine andere Person den Vertrag unterschreibt. Dann kann dessen Unterschrift auf der im Mietvertrag mit "Mieter" oder "Vermieter" gekennzeichneten Unterschriftenzeile nur bedeuten, dass er mit seiner Unterschrift die Vertragspartei vertreten will. Das Vertre-

ungsverhältnis wird in solchen Fällen deswegen auch ohne ausdrücklichen Vertretungszusatz hinreichend deutlich und die Schriftform ist dann auch ohne ausdrücklichen Vertretervermerk gewahrt (Senatsurteile vom 19.09.2007 - XII ZR 121/05 - NJW 2007, 3346 f. und vom 06.04.2005 - XII ZR 132/03 - NJW 2005, 2225, 2226). Gleiches gilt, wenn der Vertrag auf Seiten einer als Mietvertragspartei genannten GmbH ohne nähere Kennzeichnung des Vertretungsverhältnisses unterschrieben worden ist (Senatsurteil vom 19.09.2007 - XII ZR 121/05 - NJW 2007, 3346 f.).

[29] Auch eine Unterzeichnung als Vertreter ohne Vertretungsmacht würde der Schriftform dann nicht entgegenstehen. Ob der Mietvertrag bereits mit dieser Unterzeichnung wirksam zustande kommt oder mangels Vollmacht des Unterzeichnenden erst noch der Genehmigung der von ihm vertretenen Partei bedarf, ist keine Frage der Schriftform, sondern des Vertragsschlusses. Denn wie ausgeführt will § 550 BGB den Erwerber lediglich über den Inhalt eines gesetzlich auf ihn übergewandten Vertrages informieren und nicht darüber, ob überhaupt ein Vertrag besteht (Senatsurteile vom 19.09.2007 - XII ZR 121/05 - NJW 2007, 3346, 3347 und vom 06.04.2005 - XII ZR 132/03 - NJW 2005, 2225, 2226).

d. Schriftform ist hier gewahrt

[30] Nach diesen Grundsätzen ist die Schriftform des § 550 BGB durch den Mietvertrag der Parteien vom 01.05.1990 gewahrt. Der Vertrag war deswegen, entgegen der Rechtsauffassung des Oberlandesgerichts, nicht ordentlich kündbar.

aa. Zeuge W. handelte in Vertretung der Vermieterin auch ohne Vertretungszusatz

[31] Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hatten die Parteien zwei gleichlautende Vertragsexemplare erstellt, von denen eines durch alle Mieter einschließlich des Zeugen W. und das andere von dem Zeugen W. für die Vermieterin, seine Ehefrau, unterschrieben worden ist. Weil in den Vertragsexemplaren ausdrücklich die Ehefrau des Zeugen W., die Eigentümerin W., als Vermieterin aufgeführt war, stand zweifelsfrei fest, dass der Zeuge lediglich in deren Vertretung aufgetreten ist, was insoweit zur Wahrung der Schriftform genügt. Dem steht auch nicht entgegen, dass der Zeuge W. den Vertrag auf Vermieterseite möglicherweise nur mit seinem Nachnamen unterschrieben hat, der sich nicht von dem Nachnamen seiner Ehefrau, der Vermieterin, unterschied. Damit war für die Vertragsparteien, aber auch für einen späteren Erwerber, aus der Vertragsurkunde ersichtlich, dass entweder die Vermieterin persönlich oder ein namensgleicher Vertreter unterschrieben hat, was beides für die Einhaltung der Schriftform ausreicht. Ob in solchen Fällen überhaupt eine Vertretung vorliegt und ob ein Vertreter dazu bevollmächtigt war, ist - wie ausge-

führt - eine Frage des Zustandekommens des Vertrages und für die Einhaltung der Schriftform unerheblich. Gleiches gilt für die Frage, ob der Zeuge W., der den Vertrag zugleich als einer der Mieter geschlossen hat, nach § 181 BGB von der Vermieterin zu einem solchen In-sich-Geschäft ermächtigt war. Auch dabei geht es allein um das Zustandekommen des Vertrages und nicht um die Schriftform des § 550 BGB.

[32] Schließlich hat das Berufungsgericht entgegen der Auffassung der Bekl. auch nicht offen gelassen, ob der Zeuge W. den Vertrag in Vollmacht der damaligen Vermieterin unterzeichnet hatte. Denn das Berufungsgericht hat insoweit zusätzlich auf die "zutreffenden" Ausführungen des Landgerichts verwiesen, das im Rahmen seiner Beweiswürdigung dem Zeugen W. gefolgt ist. Offen gelassen hat das Berufungsgericht deswegen lediglich die Frage, ob der Zeuge seine Vertretung "durch einen entsprechenden Zusatz kenntlich gemacht" hatte. Dies ist für die Einhaltung der Schriftform hier aber unerheblich.

bb. Schriftform auch im Übrigen gewahrt

[33] Entgegen der Rechtsauffassung des Bekl. zu 1 ist die Schriftform des § 550 BGB auch sonst gewahrt. Insbesondere hatten nach den Feststellungen des Berufungsgerichts und des in Bezug genommenen erstinstanzlichen Urteils sämtliche Mieter eines der Vertragsexemplare unterschrieben. Anhaltspunkte dafür, dass dies statt mit einer vollständigen Unterschrift nur mit einer "Paraphe" geschehen sein sollte, sind aus dem angefochtenen Urteil nicht ersichtlich. Die Bekl. haben dies auch weder im Wege der vorrangigen Tatbestandsberichtigung angegriffen noch im Verfahren der Revision eine Verletzung ihrer Verfahrensgrundrechte gerügt.

cc. Unterschiedliche Ausgestaltung der Urkunden ist unschädlich gem. § 126 II 2 BGB

[34] Unerheblich ist auch, dass hier nach den Feststellungen des Berufungsgerichts zwei Vertragsurkunden erstellt wurden, von denen eine lediglich von den Mietern und die andere von dem Zeugen W. für die Vermieterin unterschrieben wurde. Denn nach § 126 II 2 BGB genügt es für die Einhaltung der Schriftform, dass jede Partei die für die andere Partei bestimmte Urkunde unterzeichnet.

[35] Die von den Mietern unterzeichnete Urkunde ist der Vermieterin ausgehändigt und im Prozess vom Kl. vorgelegt worden. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts war auch die für die Vermieterin unterzeichnete und für die Mieter bestimmte Vertragsurkunde seinerzeit vorhanden und ist von dem Zeugen W. als Mitmieter zu den Akten der Anwaltssozietät genommen worden. Dass diese Urkunde heute nicht mehr auffindbar ist, steht der Schriftform nicht entgegen, weil es dafür allein auf den Zeitpunkt des Zustandekommens des Mietvertrages ankommt.

3. Ordentliche Kündigung ist ausgeschlossen

[36] Weil der Mietvertrag der Parteien der Schriftform des § 550 BGB genügt und auf bestimmte Zeit abgeschlossen ist, scheidet eine ordentliche Kündigung aus. Die ordentliche Kündigung der Bekl. vom 27.06.2002 ist deswegen unwirksam.

[37] Der Kl. kann die Unwirksamkeit der Kündigung auch im Wege der Feststellungsklage geltend machen. Denn die Rechtskraft einer solchen Feststellung geht über die Feststellung einzelner Rechte aus dem Miet-

verhältnis hinaus und klärt abschließend, dass die von den Bekl. ausgesprochene Kündigung zum 31.12.2002 unberechtigt war und den Mietvertrag nicht beendet hat. Der Kl. kann auch nicht darauf verwiesen werden, eine Leistungsklage auf Zahlung des Mietzinses zu erheben und im Wege der Zwischenfeststellungsklage gemäß § 256 II ZPO eine Entscheidung über den unveränderten Fortbestand des Mietverhältnisses herbeizuführen (Senatsurteil vom 03.07.2002 - XII ZR 234/99 - NJW-RR 2002, 1377, 1378).

Standort: Kaufvertrag

Problem: Rücktritt / Erheblichkeit des Mangels

BGH, URTEIL VOM 12.03.2008

VIII ZR 253/05 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Der Kl. begehrt von der bekl. KFZ-Händlerin die Rückabwicklung eines Kaufvertrages über einen Gebrauchtwagen. Im Mai 2004 kaufte der Kl. von der Bekl. einen gebrauchten PKW mit Erstzulassung am 25.07.2001 und einer Laufleistung von 54.159 Kilometer zum Preis von 24.990 €. In dem Bestellformular ist in der Rubrik "Unfallschäden lt. Vorbesitzer" maschinenschriftlich "Nein" eingetragen. Die Bekl. hatte das Fahrzeug ihrerseits mit entsprechender Angabe angekauft. Im August 2004 wollte der Kl. das Fahrzeug weiterverkaufen. Dabei stellte sich heraus, dass der Wagen am Heck einen Unfallschaden erlitten hatte. Mit Anwaltsschreiben vom 13.08.2004 erklärte der Kl. den Rücktritt vom Kaufvertrag. Damit war die Bekl., die eine Reparatur anbot, nicht einverstanden.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Das Oberlandesgericht hat sie auf die Berufung der Bekl. hin abgewiesen. Mit der vom Senat zugelassenen Revision erstrebt der Kl. die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils. Der erkennende Senat hob das Urteil des Berufungsgerichts auf und verwies zur erneuten Entscheidung über die Sache zurück.

Prüfungsrelevanz:

Der erkennende Senat hatte sie mit dem Vorliegen der Rücktrittsvoraussetzungen zu befassen. Die Entscheidung ist diesbezüglich in zweierlei Hinsicht interessant.

Zum einen wurde das Vorliegen eines Sachmangels gem. § 434 I 2 Nr. 2 BGB präzisiert. In dem Bestellformular ist in der Rubrik "Unfallschäden lt. Vorbesitzer" maschinenschriftlich "Nein" eingetragen worden. Die Bekl. ihrerseits hatte das Fahrzeug mit dieser Angabe erworben.

Ein Mangel gem. § 434 I 1 BGB ist nicht gegeben. Der - in Verträgen durchaus üblichen - Klausel (vgl. Reinking/Eggert, Der Autokauf, 9. Aufl., Rdnr. 1389) lässt sich eine Beschaffenheitsvereinbarung gem. §§

133, 157 BGB nicht entnehmen. Es handelt sich um eine Wissenserklärung oder Wissensmitteilung, mit der die Bekl. die Angaben des Vorbesitzers wiedergibt. Weder eine positive noch eine negative Beschaffenheitsvereinbarung lassen sich aus der Klausel entnehmen.

Zunächst liegt keine positive Beschaffenheitsvereinbarung ("das verkaufte Fahrzeug ist unfallfrei") vor. Die Bekl. hat sich im Rahmen der Verkaufsverhandlungen ausdrücklich auf die Quelle der Information, die Voreigentümer berufen. Damit hat die Bekl. hinreichend deutlich zum Ausdruck, woher er die Angabe entnommen hat und dass es sich dabei nicht um eigenes Wissen handelt. Mithin kann der Käufer nicht erwarten, der Verkäufer wolle die Haftung für die Richtigkeit der Angabe übernehmen und für die Folgen des Fehlens der betreffenden Eigenschaft einstehen. Es liegt in dieser Erklärung mangels rechtlichen Bindungswillens weder eine Beschaffenheitsvereinbarung noch eine Beschaffenheitsgarantie gem. § 443 I BGB. Aus der Angabe der Bekl. im Bestellformular "Unfallschäden lt. Vorbesitzer Nein" ergibt sich auch keine negative Beschaffenheitsvereinbarung des Inhalts, dass das verkaufte Fahrzeug möglicherweise nicht unfallfrei ist. Zwar bleibt wegen der Einschränkung "lt. Vorbesitzer" mittelbar offen, ob das Fahrzeug entgegen den Angaben des Vorbesitzers vielleicht doch nicht unfallfrei ist. Daraus folgt aber noch nicht eine entsprechende Vereinbarung. Eine solche Wissensmitteilung ist jedoch nicht ohne rechtliche Bedeutung. Die Bekl. haftet gemäß §§ 280 I, 311 II, 241 II BGB dafür, dass sie die Angaben des Vorbesitzers richtig und vollständig wiedergibt.

Das Berufungsgericht hatte jedoch verkannt, dass ein Mangel gem. § 434 I 2 Nr. 2 BGB gegeben war.

Der Käufer kann auch beim Kauf eines gebrauchten Kraftfahrzeugs, wenn keine besonderen Umstände vorliegen, im Sinne des § 434 I 2 Nr. 2 BGB erwarten, dass das Fahrzeug keinen Unfall erlitten hat, bei dem es zu mehr als "Bagatellschäden" gekommen ist. Als Bagatellschäden sind nur ganz geringfügige, äußere (Lack-)Schäden einzuordnen, nicht dagegen andere (Blech-)Schäden, auch wenn sie keine weitergehenden

Folgen hatten und der Reparaturaufwand nur gering war; ob das Fahrzeug nach dem Unfall fachgerecht repariert worden ist, ist nicht von Bedeutung (BGH, NJW 2008, 53, unter II 1 b m.w.N.). Das Berufungsgericht hatte keine Feststellungen zu den Schäden am KFZ getroffen. Der erkennende Senat legte bei der Beurteilung den Klägervortrag sowie ein Sachverständigengutachten zugrunde und bejahte den Mangel daher.

Zudem präziserte der erkennende Senat die Erheblichkeit des Mangels gem. § 323 V 2 BGB. Zuvor hatte der Senat die Auffassung vertreten, dass bei einem nicht behebbaren Mangel wie dem hier in Rede stehenden - stets - eine erhebliche Pflichtverletzung gegeben ist. Daran hält der Senat nicht mehr fest. Hier konnte sich der Mangel der Eigenschaft als Unfallwagen bei dem verkauften Fahrzeug nach Art des Unfallschadens allein in einem merkantilen Minderwert auswirken. Würde der merkantile Minderwert eines Fahrzeugs weniger als 1% des Kaufpreises betragen, wäre die Pflichtverletzung als unerheblich einzuordnen (vgl. Senatsurteil vom 14.09.2005 - VIII ZR 363/04, WM 2005, 2293, unter B II 2). Bezüglich der Höhe des Minderwerts im konkreten Fall konnte der Senat nicht abschließend erkennen, da auch dazu die erforderlichen Feststellungen seitens des Berufungsgerichts nicht getroffen worden waren. Daher verwies der BGH an das Berufungsgericht zu weiteren Tatsachenfeststellung zurück.

Vertiefungshinweise:

Zur Bedeutung der Beschaffenheitsvereinbarung/Eigenschaftszusicherung "fabrikneu": BGH, RA 2007, 279 = NJW 2007, 13 46; BGH, 2005, 337 = NJW 2005, 1422; BGH, RA 2003, 687 = NJW 2003, 2824; BGH, RA 2000, 437 = NJW 2000, 2018

Zur Bedeutung der Beschaffenheitsvereinbarung "Jahreswagen": BGH, RA 2006, 559 = NJW 2006, 2694

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

Zur Beschaffenheits- / Haltbarkeitsgarantie: BGH, RA 2007, 72; OLG Rostock, RA 2007, 656 = NJW 2007, 3290; Hammen, NJW 2003, 2588

Kursprogramm:

Examenskurs: "Augen auf beim Mustangkauf"

Examenskurs: "Gutes Rad ist teuer"

Assessorkurs: "Der versicherte PKW"

Vorbesitzer "Nein" beim Kauf eines Gebrauchtwagens von einem Fahrzeughändler.

b. Die "Pflichtverletzung", die in der Lieferung eines Gebrauchtwagens mit dem unbehebbareren Mangel der Eigenschaft als Unfallwagen liegt, ist im Sinne von § 323 V 2 BGB unerheblich, wenn sich der Mangel allein in einem merkantilen Minderwert des Fahrzeugs auswirkt und dieser weniger als 1% des Kaufpreises beträgt (im Anschluss an die Senatsurteile vom 14. 09.2005 - VIII ZR 363/04, WM 2005, 2293, unter B II 2, und vom 10.10.2007 - VIII ZR 330/06, NJW 2008, 53, unter II 2).

Sachverhalt:

[1] Der Kl. verlangt von der Bekl., einer freien Kraftfahrzeughändlerin, die Rückabwicklung eines Kaufvertrags über einen Gebrauchtwagen.

[2] Mit Vertrag vom 24.05.2004 kaufte der Kl. von der Bekl. einen gebrauchten Personenkraftwagen M. mit Erstzulassung am 25.07.2001 und einer Laufleistung von 54.159 Kilometer zum Preis von 24.990 €. In dem Bestellformular ist in der Rubrik "Unfallschäden lt. Vorbesitzer" maschinenschriftlich "Nein" eingetragen. Die Bekl. hatte das Fahrzeug ihrerseits mit entsprechender Angabe von einer M. Vertretung angekauft. Im August 2004 wollte der Kl. das Fahrzeug weiterverkaufen. Dabei stellte sich heraus, dass der Wagen am Heck einen Unfallschaden erlitten hatte. Mit Anwaltsschreiben vom 13.08.2004 erklärte der Kl. den Rücktritt vom Kaufvertrag. Damit war die Bekl., die eine Reparatur anbot, nicht einverstanden.

[3] Nach Durchführung eines selbständigen Beweisverfahrens hat der Kl. die Bekl. in dem vorliegenden Rechtsstreit auf Rückzahlung des Kaufpreises und Erstattung der Zulassungskosten Zug um Zug gegen Rückgabe des Fahrzeugs und des zugehörigen Fahrzeugbriefs in Anspruch genommen. Unter Abzug einer Nutzungsentschädigung hat er zuletzt Zahlung von 23.670,56 € nebst Zinsen begehrt. Der Kl. hat behauptet, eine Nachfrage bei der Voreigentümerin habe ergeben, dass einer ihrer Mitarbeiter beim Zurücksetzen gegen ein Garagentor gefahren sei. Der Schaden an der Heckklappe sei nicht ordnungsgemäß repariert worden, was vom Fachmann bei näherem Hinsehen mit bloßem Auge zu erkennen sei. Die Kosten einer ordnungsgemäßen Reparatur betrügen gemäß den Angaben des gerichtlichen Sachverständigen 1.020 € zuzüglich Mehrwertsteuer. Danach verbleibe ein Minderwert, der entgegen den Angaben des gerichtlichen Sachverständigen nicht nur 8 bis 10% der Reparaturkosten beziehungsweise 100 €, sondern 3.000 € betrage.

[4] Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Das Oberlandesgericht hat sie auf die Berufung der Bekl. hin abgewiesen. Mit der vom Senat zugelassenen Revision erstrebt der Kl. die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils.

Leitsätze:

a. Zur Auslegung der Angabe "Unfallschäden lt.

Aus den Gründen:

[5] Die Revision ist begründet. Sie führt zur Aufhebung und Zurückverweisung.

I. Entscheidung und Begründung des Berufungsgerichts

[6] Das Berufungsgericht hat ausgeführt:

[7] Ein Sachmangel liege nicht schon deshalb vor, weil das Kraftfahrzeug einen Unfallschaden erlitten habe. Nach § 434 I BGB sei entscheidend die Beschaffenheitsvereinbarung. Im Kraftfahrzeughandel sei zu differenzieren zwischen Wagen aus erster Hand, die privat verkauft würden, und Händlerfahrzeugen. Bei einem privat verkauften Fahrzeug aus erster Hand möge – je nach Gestaltung des Einzelfalls – unter Umständen stillschweigend vereinbart sein, dass das Fahrzeug unfallfrei sei. Anders verhalte es sich aber bei einem Verkauf durch einen Händler, der bezüglich der Unfallfreiheit keine eigenen Kenntnisse habe, insbesondere dann, wenn der Kaufvertrag die Angabe "lt. Vorbesitzer" enthalte. Dann beziehe sich der Verkäufer ersichtlich auf die Angaben des Vorbesitzers. Es handle sich um eine Wissenserklärung, für die der Verkäufer nicht eintreten wolle. Das gelte jedenfalls für das streitgegenständliche fast drei Jahre alte Kraftfahrzeug mit einer Laufleistung von mehr als 50.000 km.

[8] Die Bekl. habe die Unfalleigenschaft auch nicht arglistig verschwiegen (§ 444 BGB). Bei ihr seien Lackschäden, die auf einen Unfall hindeuten könnten, nicht aufgefallen. Zu einer gezielten Untersuchung auf Unfallschäden sei sie daher nicht verpflichtet gewesen. Die Bekl. habe das Fahrzeug lediglich im Zuge einer "Ankaufsinspektion" von einer fremden Werkstatt überprüfen lassen. Ein etwaiges Verschulden dieser Werkstatt müsse sie sich nicht gemäß § 278 BGB anrechnen lassen, da die Werkstatt nicht ihre Erfüllungshelfin sei.

II. Entscheidung des BGH in der Revision

[9] Diese Beurteilung hält der revisionsrechtlichen Nachprüfung nicht stand.

1. Entgegen der Rechtsauffassung des Berufungsgerichts liegt ein Sachmangel gem. § 434 I BGB vor

[10] Mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung kann der von dem Kl. gegen die Bekl. geltend gemachte Anspruch aus der kaufrechtlichen Sachmängelhaftung auf Rückabwicklung des Kaufvertrages vom 24.05.2004 nicht verneint werden. Auf der Grundlage des in der Revisionsinstanz zugrunde zu legenden Sach- und Streitstandes hat das Berufungsgericht zu Unrecht angenommen, dass der Kl. nicht zum Rücktritt vom Kaufvertrag (§ 437 Nr. 2 Alt. 1, § 326 V, § 323 BGB) berechtigt sei, weil das gekaufte Fahrzeug keinen Sachmangel (§ 434 BGB) aufweise.

[11] Das Berufungsgericht ist gemäß dem Vortrag des Kl. – stillschweigend – davon ausgegangen, dass das

Fahrzeug bereits bei Gefahrübergang durch Übergabe an den Kl. (§ 446 BGB) den später festgestellten Unfallschaden an der Heckklappe aufwies. Hierin hat es jedoch bei dem hier gegebenen Kauf eines Gebrauchtwagens vom Händler insbesondere wegen der Angabe der Bekl. im Bestellformular "Unfallschäden lt. Vorbesitzer Nein" keinen Sachmangel gesehen. Das ist, wie die Revision mit Recht beanstandet, rechtsfehlerhaft.

a. Keine Beschaffenheitsvereinbarung gem. § 434 I 1 BGB gegeben

[12] Zutreffend hat das Berufungsgericht allerdings angenommen, dass sich aus der Angabe der Bekl. im Bestellformular "Unfallschäden lt. Vorbesitzer Nein" keine Beschaffenheitsvereinbarung (§ 434 I 1 BGB) ergibt, sondern dass es sich hierbei lediglich um eine Wissenserklärung oder Wissensmitteilung handelt, mit der die Bekl. die Angaben des Vorbesitzers wiedergibt. Der Senat kann die vom Berufungsgericht vorgenommene Auslegung der genannten Angabe, die in dieser oder ähnlicher Form im Gebrauchtwagenhandel auch über den Bezirk des Berufungsgerichts hinaus gemacht wird (vgl. Reinking/Eggert, Der Autokauf, 9. Aufl., Rdnr. 1389 m.w.N.), im Interesse einer einheitlichen Handhabung und damit der Rechtssicherheit uneingeschränkt überprüfen (vgl. BGHZ 122, 256, 260 f.; BGHZ 128, 307, 309; Senatsurteil vom 07.06.2006 – VIII ZR 180/05, WM 2006, 2008 = NJW 2006, 2694, unter II 1 a).

aa. Keine positive Beschaffenheitsvereinbarung bzgl. der Unfallfreiheit des Fahrzeugs

[13] Zunächst liegt keine positive Beschaffenheitsvereinbarung des Inhalts vor, dass das verkaufte Fahrzeug unfallfrei ist. Wer sich, wie die Bekl., im Rahmen von Verkaufsverhandlungen für eine Aussage ausdrücklich auf eine bestimmte Quelle bezieht, bringt damit hinreichend deutlich zum Ausdruck, woher er die Angabe entnommen hat und dass es sich dabei nicht um eigenes Wissen handelt. Angesichts dessen kann der Käufer nicht erwarten, der Verkäufer wolle in vertragsmäßig bindender Weise die Haftung für die Richtigkeit der Angabe übernehmen und für die Folgen des Fehlers der betreffenden Eigenschaft einstehen. Aus diesem Grunde hat der Senat unter der Geltung des alten Kaufrechts beim Gebrauchtwagenhandel die in dem Bestellformular enthaltene Angabe der PS-Zahl mit dem der Einschränkung "lt. Vorbesitzer" vergleichbaren Zusatz "lt. Fz.-Brief" nicht als Zusicherung einer Eigenschaft der Kaufsache im Sinne von § 459 II BGB aF angesehen (BGHZ 135, 393, 398; vgl. auch Reinking/Eggert, aaO, mit Wiedergabe nicht veröffentlichter Rechtsprechung verschiedener Oberlandesgerichte). Aus dem gleichen Grund ist nach der Schuldrechtsmodernisierung nicht nur eine Beschaffenheitsgarantie (§ 443 I Alt. 1, § 444 Alt. 2 BGB) zu vernei-

nen, die eine Eigenschaftszusicherung nach altem Kaufrecht zumindest mit einschließt (BGHZ 170, 86, 91/92 m.w.N.), sondern auch eine Beschaffenheitsvereinbarung. Soweit der Senat eine solche demgegenüber unter der Geltung des alten Kaufrechts trotz der Einschränkung "lt. Fz-Brief" oder "laut Vorbesitzer" bejaht hat (BGHZ, aaO, 400; Urteil vom 31.01.1996 – VIII ZR 297/94, WM 1996, 824 = NJW 1996, 1205, unter II 1), hält er hieran nicht mehr fest. Seinerzeit kam der Annahme einer Beschaffenheitsvereinbarung keine erhebliche Bedeutung zu, da insoweit ein Gewährleistungsausschluss zulässig war und ein solcher beim Gebrauchtwagenhandel schon als "Gebot der wirtschaftlichen Vernunft" (Senatsurteil vom 05.07.1978 – VIII ZR 172/77, WM 1978, 1172, unter II 3) üblicherweise auch vereinbart wurde. Das hat sich mit der Schuldrechtsmodernisierung insofern geändert, als nunmehr bei dem für den Gebrauchtwagenhandel typischen Verbrauchsgüterkauf (§ 474 I BGB) ein Ausschluss der Mängelhaftung (§ 437 BGB) im Kaufvertrag gemäß § 475 I BGB nicht mehr möglich ist. Danach kommt die Annahme der Vereinbarung einer Beschaffenheit, für deren Fehlen der Verkäufer nach Maßgabe des § 437 BGB haftet, nicht mehr "im Zweifel" (BGHZ, aaO), sondern nur noch in einem eindeutigen Fall in Betracht. Ein solcher ist hier nicht gegeben. Wie dargelegt spricht die Einschränkung "lt. Vorbesitzer" vielmehr erkennbar dafür, dass die Bekl. nicht für die Unfallfreiheit des Fahrzeugs haften will.

bb. Keine negative Beschaffenheitsvereinbarung bzgl. möglicher Unfallfreiheit des Fahrzeugs

[14] Aus der Angabe der Bekl. im Bestellformular "Unfallschäden lt. Vorbesitzer Nein" ergibt sich andererseits aber auch keine negative Beschaffenheitsvereinbarung des Inhalts, dass das verkaufte Fahrzeug möglicherweise nicht unfallfrei ist. Zwar bleibt wegen der Einschränkung "lt. Vorbesitzer" mittelbar offen, ob das Fahrzeug entgegen den Angaben des Vorbesitzers vielleicht doch nicht unfallfrei ist. Daraus folgt aber noch nicht eine entsprechende Vereinbarung. Insoweit kann offen bleiben, ob eine Vereinbarung im Sinne des § 434 I 1 BGB eine vertragliche Abrede erfordert oder ob übereinstimmende Vorstellungen der Parteien im Vorfeld des Vertrages ausreichen (vgl. die Gesetzesbegründung in BT-Drs. 14/6040, S. 213). Unabhängig davon ist allein dadurch, dass hier eine bestimmte Eigenschaft, nämlich die Unfallfreiheit des Fahrzeugs, nicht vereinbart ist (vgl. vorstehend unter aa), ihr mögliches Fehlen noch nicht vereinbart. Vielmehr ist dieser Punkt von den Parteien schlicht offen gelassen worden.

[15] Fehlt es mithin an einer negativen Beschaffenheitsvereinbarung des Inhalts, dass das verkaufte Fahrzeug möglicherweise nicht unfallfrei ist, bedarf es keiner Entscheidung, ob eine solche Vereinbarung gegebenenfalls nach § 475 I BGB unwirksam wäre, wenn

es sich bei dem Kaufvertrag der Parteien um einen Verbrauchsgüterkauf (§ 474 I BGB) handeln würde, wozu das Berufungsgericht keine Feststellungen getroffen hat (vgl. dazu Schinkels, ZGS 2003, 310 ff.; ders., ZGS 2004, 226, 229; ders., ZGS 2005, 333, 334; Münch-KommBGB/Lorenz, 5. Aufl., § 475 Rdnr. 9; Maultzsch, ZGS 2005, 175, 177; ferner Faust in: Bamberger/Roth, BGB, 2. Aufl., § 475 Rdnr. 10; Reinicke/Tiedtke, Kaufrecht, 7. Aufl., Rdnr. 750; Schulte-Nölke, ZGS 2003, 184, 187).

cc. Wissenserklärung bzw. Wissensmitteilung ist gegeben

[16] Liegt nach alledem weder eine positive noch eine negative Beschaffenheitsvereinbarung vor, stellt die Angabe der Bekl. im Bestellformular "Unfallschäden lt. Vorbesitzer Nein" gemäß der Annahme des Berufungsgerichts richtigerweise eine Wissenserklärung oder – besser – Wissensmitteilung dar, mit der die Bekl. die Angaben des Vorbesitzers wiedergibt (vgl. OLG Celle, OLGR 1996, 194; Reinking/Eggert, aaO). Eine solche Wissensmitteilung ist nicht ohne rechtliche Bedeutung. Diese besteht vielmehr darin, dass die Bekl. gemäß § 280 I, § 241 II, § 311 II BGB dafür haftet, dass sie die Angaben des Vorbesitzers richtig und vollständig wiedergibt.

b. Sachmangel gem. § 434 I 2 Nr. 2 BGB liegt vor

[17] Das Berufungsgericht hat danach zwar zu Recht eine Beschaffenheitsvereinbarung in Bezug auf die Unfallfreiheit des verkauften Fahrzeugs verneint. Es hat jedoch verkannt, dass in diesem Fall die Regelung des § 434 I 2 BGB eingreift. Danach ist die Sache, soweit die Beschaffenheit nicht vereinbart ist, frei von Sachmängeln, wenn sie sich für die nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung eignet (Nr. 1), sonst wenn sie sich für die gewöhnliche Verwendung eignet und eine Beschaffenheit aufweist, die bei Sachen der gleichen Art üblich ist und die der Käufer nach der Art der Sache erwarten kann (Nr. 2). Die letztgenannte Voraussetzung ist hier nach dem in der Revisionsinstanz zugrunde zu legenden Sach- und Streitstoff nicht erfüllt. Das Fahrzeug weist danach nicht eine Beschaffenheit auf, die bei einem Gebrauchtwagen üblich ist und die der Käufer erwarten kann.

aa. Käufer kann bei Gebrauchtwagen erwarten, dass das Fahrzeug nicht mehr als Bagatellschäden erlitten hat

[18] Wie der Senat nach Erlass des Berufungsurteils entschieden hat, kann der Käufer auch beim Kauf eines gebrauchten Kraftfahrzeugs, wenn keine besonderen Umstände vorliegen, im Sinne des § 434 I 2 Nr. 2 BGB erwarten, dass das Fahrzeug keinen Unfall erlitten hat, bei dem es zu mehr als "Bagatellschäden" gekommen ist. Wie der Senat in diesem Zusammenhang weiter erkannt hat, sind "Bagatellschäden" bei Perso-

nenkraftwagen nur ganz geringfügige, äußere (Lack-)Schäden, nicht dagegen andere (Blech-)Schäden, auch wenn sie keine weitergehenden Folgen hatten und der Reparaturaufwand nur gering war; ob das Fahrzeug nach dem Unfall fachgerecht repariert worden ist, ist nicht von Bedeutung (Senatsurteil vom 10.10.2007 - VIII ZR 330/06, NJW 2008, 53, unter II 1 b m.w.N.).

bb. Vorliegend ist ein Fahrzeugmangel anzunehmen

[19] Nach diesen Grundsätzen ist im Streitfall nicht von einem "Bagatellschaden", sondern von einem Fahrzeugmangel auszugehen. Das Berufungsgericht hat keine Feststellungen zu den Unfallschäden des verkauften Fahrzeugs getroffen. Daher ist insoweit der Vortrag des Kl. zugrunde zu legen. Dieser beruht auf den Feststellungen in dem Gutachten, das der gerichtlich bestellte Sachverständige im selbständigen Beweisverfahren erstattet und in erster Instanz des vorliegenden Rechtsstreits erläutert hat. Danach ist die Heckklappe des Fahrzeugs bei dem Unfall links oben eingebault worden, so dass sie vor der – nicht fachgerecht ausgeführten – Neulackierung gespachtelt werden musste. Die Kosten einer ordnungsgemäßen Reparatur hat der Sachverständige insoweit zuletzt mit 1.020 € brutto angegeben. Angesichts dessen kann bei dem zum Zeitpunkt des Kaufvertrages knapp drei Jahre alten Fahrzeug mit einer Laufleistung von rund 54.000 km von einem "Bagatellschaden", mit dem ein Käufer vernünftigerweise rechnen muss, keine Rede sein. Das hat auch bereits das Landgericht angenommen.

2. Urteil ist auch nicht aus anderen Gründen richtig, § 561 ZPO

[20] Das Berufungsurteil stellt sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig dar (§ 561 ZPO). War das verkaufte Fahrzeug gemäß den vorstehenden Ausführungen nach dem in der Revisionsinstanz zugrunde zu legenden Sach- und Streitstand wegen des Unfallschadens an der Heckklappe bei Gefahrübergang mangelhaft, kann ein Recht des Kl., gemäß § 437 Nr. 2 Alt. 1, § 326 V, § 323 BGB vom Kaufvertrag zurückzutreten, nach dem der Revisionsentscheidung zugrunde zu legenden Sach- und Streitstand nicht verneint werden.

a. Fristsetzung war gem. § 323 V BGB entbehrlich

[21] Einer vorangehenden Fristsetzung zur Nacherfüllung durch Nachbesserung der nach der Behauptung des Kl. nicht ordnungsgemäß ausgeführten Reparatur bedurfte es nicht, weil der Mangel, der in der Eigenschaft des Fahrzeugs als Unfallwagen liegt, nicht be-

hebbar ist (§ 326 V BGB). Durch Nachbesserung lässt sich dieser Mangel nicht korrigieren. Eine Ersatzlieferung ist bei dem hier vorliegenden Gebrauchtwagenkauf regelmäßig nicht möglich (vgl. BGHZ 168, 64, 71 ff.). Umstände, welche die Annahme eines Ausnahmefalles nahe legen könnten, sind weder festgestellt noch sonst ersichtlich. Übergangenen Vortrag zeigt die Revisionserwiderung nicht auf.

b. Der Mangel ist auch nicht unerheblich gem. § 323 V 2 BGB

[22] Dem Rücktritt steht nach dem in der Revisionsinstanz mangels diesbezüglicher Feststellungen des Berufungsgerichts maßgeblichen Vortrag des Kl. auch nicht § 323 V 2 BGB entgegen. Danach ist die "Pflichtverletzung", die in der Lieferung des Fahrzeugs mit dem unbehebbaaren Mangel der Eigenschaft als Unfallwagen liegt, nicht unerheblich. Der Mangel der Eigenschaft als Unfallwagen kann sich hier bei dem verkauften Fahrzeug nach Art des Unfallschadens allein in einem merkantilen Minderwert auswirken. Nach der unter Beweis gestellten Behauptung des Kl. beträgt der merkantile Minderwert des Fahrzeugs, der auch bei einer ordnungsgemäßen Reparatur verbleibt, entgegen den Angaben des gerichtlichen Sachverständigen nicht nur 8 bis 10% der Reparaturkosten beziehungsweise 100 €, sondern 3.000 €. Würde der merkantile Minderwert des Fahrzeugs dagegen gemäß den Angaben des Sachverständigen lediglich 100 € und damit noch weniger als 1% des Kaufpreises von 24.990 € betragen, wäre die "Pflichtverletzung" allerdings zweifellos unerheblich (vgl. Senatsurteil vom 14.09.2005 - VIII ZR 363/04, WM 2005, 2293, unter B II 2). Soweit der Senat zuletzt im Urteil vom 10.10.2007 (aaO, unter II 2), ohne die Frage zu vertiefen, davon ausgegangen ist, dass bei einem nicht behebbaren Mangel wie dem hier in Rede stehenden stets - eine erhebliche "Pflichtverletzung" gegeben ist, hält der Senat hieran nach erneuter Überprüfung nicht mehr fest.

III. Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht

[23] Nach alledem kann das Berufungsurteil keinen Bestand haben. Der Rechtsstreit ist nicht zur Endentscheidung reif, da es gemäß den vorstehenden Ausführungen noch weiterer Feststellungen bedarf. Daher ist das Berufungsurteil aufzuheben, und die Sache ist zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Standort: Schadensrecht**Problem: Haftungsausschluss § 106 III SGB VII**

BGH, URTEIL VOM 22.01.2008
VI ZR 17/07 (R+S 2008, 217)

Problemdarstellung:

Der Kl. verlangt Schadensersatz nach einem Arbeitsunfall, für den die Berufsgenossenschaft zunächst Verletzengeld und dann eine Verletztenrente gezahlt hat.

Zum Unfallzeitpunkt stand der Kl. auf einer Leiter, die auf einem Gleiskörper aufgestellt war, um Arbeiten an der Unterseite einer Autobahnbrücke zu tätigen. Es passierte während dessen ein nicht fahrplanmäßiger so genannter Schwerkleinwagen der Deutschen Bahn AG den Gleiskörper und riss die Leiter um. Der Kl. stürzte dadurch sechs bis acht Meter in die Tiefe und verletzte sich schwer.

Die Bekl. zu 1 war unter anderem damit beauftragt, die örtliche Bauüberwachung einschließlich der Sicherungsüberwachung - Sichern gegen Gefahren aus dem Eisenbahnbetrieb - für das Bauvorhaben wahrzunehmen. Zur Unfallzeit war der Zeuge S., ein Mitarbeiter der Bekl. zu 1, von dieser als technischer Berechtigter im Sinne der Betriebs- und Bauanweisung mit der Aufgabe eingesetzt, bei Arbeiten im Gleisbereich die Strecke sperren zu lassen. Entgegen den Vereinbarungen mit den Dienststellen der Bekl. zu 3 veranlasste S. keine Streckensperrung, so dass es zu dem Unfall gekommen ist.

Der gegen die Bekl. zu 3 gerichteten Klage hat das Landgericht unter Abweisung im Übrigen teilweise stattgegeben. Das Oberlandesgericht hat auf die Berufung der Bekl. zu 3 das landgerichtliche Urteil abgeändert und die Klage abgewiesen. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision begehrt der Kl., die Berufung der Bekl. zu 3 zurückzuweisen - jedoch ohne Erfolg.

Prüfungsrelevanz:

In der vorliegenden Entscheidung befasste sich der erkennende Senat mit dem gesetzlichen Haftungsausschluss und den damit im Zusammenhang stehenden Problemen der gestörten Gesamtschuld.

Im Kern ging es um die Frage, wann eine "gemeinsame Betriebsstätte" im Sinne des § 106 III Alt. 3 SGB VII vorliegt und wie die gestörte Gesamtschuld schadensrechtlich zu lösen ist. Das Berufungsgericht hatte das Vorliegen des Merkmals der "gemeinsamen Betriebsstätte" gem. § 106 III Alt. 3 SGB VII zwischen der Kl. und dem Zeugen S. bejaht und eine Haftung der Bekl. zu 3 im Ergebnis verneint.

Diese Rechtsauffassung teilt der erkennende Senat, so dass die Revision keinen Erfolg hatte. Die Voraussetzungen des gesetzlichen Haftungsausschlusses gem. § 106 III Alt. 3 SGB VII greifen im Verhältnis des Zeu-

ge S. zur Kl.. Beide befanden sich auf einer gemeinsamen Betriebsstätte i.d.S.. Der Begriff der gemeinsamen Betriebsstätte umfasst betriebliche Aktivitäten von Versicherten mehrerer Unternehmen, die bewusst und gewollt bei einzelnen Maßnahmen ineinander greifen, miteinander verknüpft sind, sich ergänzen oder unterstützen, wobei es ausreicht, dass die gegenseitige Verständigung stillschweigend durch bloßes Tun erfolgt. Erforderlich ist ein bewusstes Miteinander im Arbeitsablauf, das sich zumindest tatsächlich als ein aufeinander bezogenes betriebliches Zusammenwirken mehrerer Unternehmen darstellt. Die Tätigkeit der Mitwirkenden muss im faktischen Miteinander der Beteiligten aufeinander bezogen, miteinander verknüpft oder auf gegenseitige Ergänzung oder Unterstützung ausgerichtet sein (vgl. Senatsurteile BGHZ 145, 331, 336; 157, 213, 216 f.; vom 13.03.2007 - VI ZR 178/05 - aaO; BAG VersR 2003, 1177, 1178). Genau ein solcher Fall war hier gegeben. Der Zeuge S. musste sich jeweils mit dem Bauleiter und den Bauarbeitern verständigen, bevor diese ihre Tätigkeit aufnehmen konnten. Der Zeuge S. musste mit dem Bauleiter abstimmen, ob und wann eine Streckensperrung erfolgen sollte. Der Kl. durfte die zum Unfallzeitpunkt ausgeübte Tätigkeit an den Schalbrettern nur ausführen, wenn der Zeuge S. die Arbeiten freigegeben hatte. Demgemäß hat er vor der Aufnahme seiner Arbeit nach seiner eigenen Erklärung kurz mit dem Zeugen S. gesprochen, ob die Strecke frei sei. Wenn eine Streckensperrung nicht möglich war, stand dies den Arbeiten im Gleisbereich entgegen. Zudem hielt sich der Zeuge S. immer wieder im Bereich der Bauarbeiten auf, um beim Herannahen von Zügen die in Gleisnähe befindlichen Arbeiter zu warnen und zum Verlassen der Gleise aufzufordern. Mithin hing einerseits die Art und Weise der Sicherungstätigkeit des Zeugen S. davon ab, welche Bauarbeiten ausgeführt werden sollten, und andererseits war die Veranlassung von Sicherungsmaßnahmen durch den Zeugen S. Voraussetzung für die durchgeführten Bautätigkeiten im Gleisbereich. Somit erforderten die Arbeiten des Kl. und die Tätigkeit des Zeugen S. sowohl eine Verständigung über den Arbeitsablauf in räumlicher Nähe zueinander als auch ein aufeinander bezogenes und miteinander verknüpftes Handeln.

Wegen des Eingreifens des Ausschlussstatbestands war die Konstellation der gestörten Gesamtschuld gegeben. Dies deshalb, weil die Schädiger unter fehlender Berücksichtigung des Ausschlusses gem. § 106 III SGB VII gesamtschuldnerisch gehaftet hätten, § 840 I BGB. Der erkennende Senat wählte in der hier vorliegenden Konstellation die Lösung über den Weg der direkten Kürzung im Außenverhältnis. Die Wirkung der gestörten Gesamtschuld kommt im Außenverhältnis zwi-

schen dem Geschädigten und dem Zweitschädiger zum Tragen, da der Ersatzanspruch des Geschädigten in der Höhe gekürzt wird, in der der Zweitschädiger hypothetisch beim Mitschädiger hätte Regress nehmen können (Palandt-Grüneberg, § 426 Rn 15). Die Beschränkung der Haftung des Zweitschädigers beruht dabei auf dem Gedanken, dass einerseits die haftungsrechtliche Privilegierung nicht durch eine Heranziehung im Gesamtschuldnerausgleich unterlaufen werden soll, es aber andererseits bei Mitberücksichtigung des Grundes der Haftungsprivilegierung, nämlich der anderweitigen Absicherung des Geschädigten durch eine gesetzliche Unfallversicherung nicht gerechtfertigt wäre, den Zweitschädiger den Schaden alleine tragen zu lassen (Palandt-Grüneberg, § 426 Rn 19; BGH, NJW 2003, 2984; Unberath, JuS 2004, 662). In Anwendung dieser Grundsätze trägt dann, wenn auf der einen Seite nur eine Gefährdungshaftung oder eine Haftung aus vermutetem Verschulden, auf der anderen Seite jedoch erwiesenes Verschulden vorliegt, im Innenverhältnis grundsätzlich derjenige den ganzen Schaden, der nachweislich schuldhaft gehandelt hat (vgl. Wortlaut des § 840 II BGB, Senatsurteil BGHZ 157, 9, 15 m.w.N.).

Die Voraussetzungen des § 1 HPfIG a.F. lägen zwar im Verhältnis des Kl. zur Bekl. zu 3 vor, weil der Kl. beim Betrieb einer Schienenbahn wegen eines Fehlverhaltens des Zeugen S. verletzt worden sei, so dass eine Gefährdungshaftung zu bejahen wäre. Jedoch steht dem gegenüber das nachweisliche Verschulden des Zeugen S., des Mitarbeiters der Bekl. zu 1. Mithin hätte im Innenverhältnis zur Bekl. zu 3 der schuldhaft handelnde Zeuge S. - ohne Haftungsprivilegierung - den dem Kl. entstandenen Schaden ganz zu tragen. Also war die Haftung im Außenverhältnis auf Null reduziert. Die Revision hatte keinen Erfolg.

Vertiefungshinweise:

□ Zur Gesamtschuld: *BGH*, RA 2003, 293 = *NJW* 2003, 1036 (Vergleich mit Gesamtschuldner); *BGH*, RA 2003, 749 = *NJW* 2003, 2980 (Gesamtschuld bei einheitlichem Mangel); *BGH*, RA 2002, 340 = *NJW* 2002, 1425 (zu § 32 ZPO); *BGH*, RA 2002, 651 = *MJW* 2002, 3096; *BGH*, *BGH*, RA 2001, 289 = *NJW* 2001, 946 (Verjährung);

□ Zum Haftungsausschluss: *BGH*, RA 2008, 88 (zu § 106 III SGB VII); *BGH*, RA 2007, 662 (zu § 105 I SGB VII); *BGH*, *NJW* 2005, 2309 (zu § 106 III SGB VII); *OLG Köln*, *NJW* 2005, 3074 (zur Haftung des Reiseveranstalters); *BGH*, RA 2005, 145 = *NJW* 2005, 422 (zum Ausschluss in AGB); *BGH*, RA 2004, 266 = *NJW* 2004, 947 (zu § 106 III SGB VII)

Kursprogramm:

□ **Examenskurs:** "Der geschädigte Kollege"

□ **Assessorkurs:** "Die Fahrt zum Fest"

Leitsatz:

Ein Bauarbeiter und ein mit der Sicherung der Arbeiten beauftragter Arbeitnehmer eines anderen Unternehmens können auf einer gemeinsamen Betriebsstätte tätig sein.

Sachverhalt:

[1] Der Kl. verlangt Schadensersatz nach einem Arbeitsunfall vom 28.09.1999, für den die Berufsgenossenschaft zunächst Verletztengeld und dann eine Verletztenrente gezahlt hat.

[2] Zum Unfallzeitpunkt stand der Kl. auf einer Aluminiumleiter, die auf einem Gleiskörper aufgestellt war, um Schalbretter von der Unterseite einer Autobahnbrücke abzumontieren. Gegen 14.05 Uhr passierte ein nicht fahrplanmäßiger so genannter Schwerkleinwagen der Deutschen Bahn AG den Gleiskörper und riss die Leiter um. Der Kl. stürzte sechs bis acht Meter in die Tiefe und verletzte sich schwer.

[3] Die Bekl. zu 1 war aufgrund eines Ingenieurvertrages mit der Deutschen Bahn AG unter anderem damit beauftragt, die örtliche Bauüberwachung einschließlich der Sicherungsüberwachung - Sichern gegen Gefahren aus dem Eisenbahnbetrieb - für das Bauvorhaben wahrzunehmen. Zur Unfallzeit war der Zeuge S., Mitarbeiter der Bekl. zu 1, von dieser als technischer Berechtigter im Sinne der Betriebs- und Bauanweisung mit der Aufgabe eingesetzt, bei Arbeiten im Gleisbereich die Strecke sperren zu lassen. Entgegen den Vereinbarungen mit den Dienststellen der Bekl. zu 3 veranlasste S. keine Streckensperrung, so dass es zu dem Unfall gekommen ist.

[4] Das Landgericht hat die auf Ersatz eines Verdienstaufschadens, Erstattung von Besuchs- und Fahrtkosten der nächsten Angehörigen sowie Zahlung eines Schmerzensgelds und Feststellung der Ersatzpflicht für zukünftige materielle und immaterielle Schäden gerichtete Klage hinsichtlich der Bekl. zu 1 abgewiesen. Der gegen die Bekl. zu 3 gerichteten Klage hat es unter Abweisung im Übrigen wegen der Besuchs- und Fahrtkosten teilweise stattgegeben, sie hinsichtlich des Verdienstaufschadens dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt und ihr hinsichtlich des Feststellungsantrags wegen weiterer materieller Schäden stattgegeben. Das Oberlandesgericht hat auf die Berufung der Bekl. zu 3 unter Zurückweisung der Berufung des Kl. gegen die Bekl. zu 1 das landgerichtliche Urteil abgeändert und die Klage abgewiesen. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision begehrt der Kl., die Berufung der Bekl. zu 3 zurückzuweisen. Nachdem er in der Revisionschrift auch die Bekl. zu 1 als Revisionsbeklagte bezeichnet hatte, hat er in der Revisionsbegründung eine Aufhebung des Berufungsurteils nur beantragt, soweit die Klage gegenüber der

Bekl. zu 3 abgewiesen worden ist.

Aus den Gründen:

I. Entscheidung des Berufungsgerichts

[5] Nach Auffassung des Berufungsgerichts steht dem Kl. gegen die Bekl. zu 3 kein Anspruch auf Ersatz des vom Landgericht zugesprochenen Schadens zu. Insofern von der Revision nicht angegriffen hat es Ansprüche nach §§ 823 I, 31, 831 I BGB verneint. Die Voraussetzungen des § 1 HPfIG a.F. lägen zwar vor, weil der Kl. beim Betrieb einer Schienenbahn wegen eines Fehlverhaltens des Zeugen S. verletzt worden sei. Die Bekl. zu 3 sei gegenüber dem Kl. aber nicht einstandspflichtig, weil zu ihren Gunsten die Grundsätze des gestörten Gesamtschuldnerausgleichs eingriffen. Der Unfall habe sich nämlich auf einer gemeinsamen Betriebsstätte des Kl. und des Zeugen S. im Sinne des § 106 III Alt. 3 SGB VII ereignet, so dass die Haftungsfreistellung des Zeugen S. gemäß §§ 104, 106 SGB VII gegenüber dem Kl. dazu führe, dass dieser auch die Bekl. zu 3 nicht erfolgreich in Anspruch nehmen könne.

[6] Der Kl. und der Zeuge S. hätten eine betriebliche Tätigkeit für ihren jeweiligen Arbeitgeber im Baustellenbereich verrichtet. Sie hätten sich dabei immer wieder miteinander verständigen müssen. Der Kl. habe seine Tätigkeit nur durchführen dürfen, wenn der Zeuge S. die Arbeiten freigegeben habe. Deshalb habe der Zeuge seine Maßnahmen mit der Bautätigkeit abstimmen müssen. Zudem habe er im Falle des Herannahens von Zügen die in Gleisnähe befindlichen Arbeiter warnen und zum Verlassen der Gleise auffordern müssen. Somit seien einerseits die Sicherungstätigkeit des Zeugen S. von den jeweiligen Bauarbeiten und andererseits die vom Kl. zum Unfallzeitpunkt ausgeübte Bautätigkeit von der Veranlassung von Sicherungsmaßnahmen durch den Zeugen S. abhängig gewesen.

[7] Der Kl. und der Zeuge hätten sich in einer Gefahrengemeinschaft befunden, weil sie sich aufgrund der engen räumlichen Verknüpfung der beiderseitigen Tätigkeiten gegenseitig hätten schädigen können. Sie seien aufgrund der Verknüpfung ihrer jeweiligen Tätigkeit auch in gleichem Maße einer Gefährdung durch den Bahnbetrieb ausgesetzt gewesen. Nach Auffassung des Senats sei die erforderliche Gefahrengemeinschaft in einer solchen Fallkonstellation schon dann gegeben, wenn beide aufgrund ihrer Tätigkeit in gleicher Weise einer von außen drohenden Gefahr ausgesetzt seien. Dies gelte insbesondere, wenn - wie hier - der eine versicherungspflichtig Beschäftigte speziell mit dem Ziel eingesetzt werde, die Tätigkeit des Anderen zu sichern.

II. Entscheidung des BGH in der Revision

1. Umfang der Revision

[8] Da der Kl. ausweislich seiner Revisions-

begründung eine Aufhebung des Berufungsurteils nur insoweit begehrt, als die Klage gegenüber der Bekl. zu 3 abgewiesen worden ist, hat er seine Revision zurückgenommen, soweit sie zunächst auch gegenüber der Bekl. zu 1 eingelegt worden ist.

2. Ausschluss gem. § 106 III SGB VII greift

[9] Hinsichtlich der Bekl. zu 3 halten die Ausführungen des Berufungsgerichts einer revisionsrechtlichen Überprüfung stand. Das Berufungsgericht hat zu Recht angenommen, dass die Bekl. zu 3 dem Kl. nach den Grundsätzen des gestörten Gesamtschuldnerverhältnisses hinsichtlich der als Folge ihres Personenschadens geltend gemachten materiellen Ansprüche nicht nach § 1 HPfIG a.F. haftet.

[10] Die Revision meint, es liege keine gemeinsame Betriebsstätte des Kl. und des Zeugen S. im Sinne des § 106 III Alt. 3 SGB VII vor, so dass die vom Berufungsgericht angenommene Grundlage für die Anwendung der Grundsätze des gestörten Gesamtschuldnerverhältnisses gegenüber der Bekl. zu 3 entfalle. Damit hat sie keinen Erfolg.

a. Fall der gestörten Gesamtschuld: Lösung über die direkte Kürzung im Außenverhältnis

[11] Nach den vom Senat entwickelten Grundsätzen können in den Fällen, in denen zwischen mehreren Schädigern ein Gesamtschuldverhältnis besteht, Ansprüche des Geschädigten gegen einen Gesamtschuldner (Zweitschädiger) auf den Betrag beschränkt sein, der auf diesen im Innenverhältnis zu dem anderen Gesamtschuldner (Erstschädiger) endgültig entfiele, wenn die Schadensverteilung nach § 426 BGB nicht durch eine sozialversicherungsrechtliche Haftungsprivilegierung des Erstschädigers gestört wäre (st. Rspr.: vgl. etwa Senatsurteile BGHZ 61, 51, 55; 94, 173, 176; 155, 205, 212 ff.; 157, 9, 14; vom 13.03.2007 - VI ZR 178/05 - VersR 2007, 948, 949). Die Beschränkung der Haftung des Zweitschädigers beruht dabei auf dem Gedanken, dass einerseits die haftungsrechtliche Privilegierung nicht durch eine Heranziehung im Gesamtschuldnerausgleich unterlaufen werden soll, es aber andererseits bei Mitberücksichtigung des Grundes der Haftungsprivilegierung, nämlich der anderweitigen Absicherung des Geschädigten durch eine gesetzliche Unfallversicherung nicht gerechtfertigt wäre, den Zweitschädiger den Schaden alleine tragen zu lassen. Deshalb hat der Senat den Zweitschädiger in solchen Fällen in Höhe des Verantwortungsteils freigestellt, der auf den Erstschädiger im Innenverhältnis entfiele, wenn man seine Haftungsprivilegierung hinweg denkt, wobei unter "Verantwortungsteil" die Zuständigkeit für die Schadensverhütung und damit der Eigenanteil des betreffenden Schädigers an der Schadensentstehung zu verstehen ist (vgl. Senatsurteile BGHZ 110, 114, 119; 155, 205, 213; 157, 9, 15; vom 13.03.2007 - VI ZR 178/05 - aaO).

[12] In Anwendung dieser Grundsätze trägt dann, wenn auf der einen Seite nur eine Gefährdungshaftung oder eine Haftung aus vermutetem Verschulden, auf der anderen Seite jedoch erwiesenes Verschulden vorliegt, im Innenverhältnis grundsätzlich derjenige den ganzen Schaden, der nachweislich schuldhaft gehandelt hat (vgl. Senatsurteil BGHZ 157, 9, 15 m.w.N.). Mithin hätte im Innenverhältnis zur Bekl. zu 3 der schuldhaft handelnde Zeuge S. - ohne Haftungsprivilegierung - den dem Kl. entstandenen Schaden ganz zu tragen. Daher entfällt eine Haftung der Bekl. zu 3, wenn zwischen dem Kl. und dem Zeugen S. eine gemeinsame Betriebsstätte im Sinne des § 106 III Alt. 3 SGB VII bestanden hat. Dies ist entgegen der Auffassung der Revision der Fall.

b. Anforderungen an den gesetzlichen Ausschluss gem. § 106 III SGB VII

aa. Merkmal der "gemeinsamen Betriebsstätte"

[13] Das Berufungsgericht hat in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des erkennenden Senats angenommen, dass der Begriff der gemeinsamen Betriebsstätte betriebliche Aktivitäten von Versicherten mehrerer Unternehmen erfasst, die bewusst und gewollt bei einzelnen Maßnahmen ineinander greifen, miteinander verknüpft sind, sich ergänzen oder unterstützen, wobei es ausreicht, dass die gegenseitige Verständigung stillschweigend durch bloßes Tun erfolgt. Erforderlich ist ein bewusstes Miteinander im Arbeitsablauf, das sich zumindest tatsächlich als ein aufeinander bezogenes betriebliches Zusammenwirken mehrerer Unternehmen darstellt. Die Tätigkeit der Mitwirkenden muss im faktischen Miteinander der Beteiligten aufeinander bezogen, miteinander verknüpft oder auf gegenseitige Ergänzung oder Unterstützung ausgerichtet sein (vgl. Senatsurteile BGHZ 145, 331, 336; 157, 213, 216 f.; vom 13.03.2007 - VI ZR 178/05 - aaO; BAG VersR 2003, 1177, 1178). Die notwendige Arbeitsverknüpfung kann im Einzelfall auch dann bestehen, wenn die von den Beschäftigten verschiedener Unternehmen vorzunehmenden Maßnahmen sich nicht sachlich ergänzen oder unterstützen, die gleichzeitige Ausführung der betreffenden Arbeiten wegen der räumlichen Nähe aber eine Verständigung über den Arbeitsablauf erfordert und hierzu konkrete Absprachen getroffen werden, etwa wenn ein zeitliches und örtliches Nebeneinander dieser Tätigkeiten nur bei Einhaltung von besonderen beiderseitigen Vorsichtsmaßnahmen möglich ist und die Beteiligten solche vereinbaren (vgl. Senat BGHZ 152, 7, 9; Urteile vom 08.04.2003 - VI ZR 251/02 - VersR 2003, 904, 905; vom 13.03.2007 - VI ZR 178/05 - aaO; OLG Schleswig r+s 2001, 197, 198).

bb. "Gemeinsame Betriebsstätte" liegt hier vor

[14] Nach diesen Grundsätzen hat das Berufungsge-

richt zu Recht das Vorliegen einer gemeinsamen Betriebsstätte des Kl. und des Zeugen S. bejaht. Nach seinen Feststellungen musste sich der Zeuge S. jeweils mit dem Bauleiter und den Bauarbeitern verständigen, bevor diese ihre Tätigkeit aufnehmen konnten. Der Zeuge musste mit dem Bauleiter abstimmen, ob und wann eine Streckensperrung erfolgen sollte. Der Kl. durfte die zum Unfallzeitpunkt ausgeübte Tätigkeit an den Schalbrettern nur ausführen, wenn der Zeuge S. die Arbeiten freigegeben hatte. Demgemäß hat er vor der Aufnahme seiner Arbeit nach seiner eigenen Erklärung kurz mit dem Zeugen S. gesprochen, ob die Strecke frei sei. Wenn eine Streckensperrung nicht möglich war, stand dies den Arbeiten im Gleisbereich entgegen.

[15] Zudem war es nach den tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichts erforderlich, dass sich der Zeuge S. immer wieder im Bereich der Bauarbeiten aufhielt, um beim Herannahen von Zügen die in Gleisnähe befindlichen Arbeiter zu warnen und zum Verlassen der Gleise aufzufordern. Mithin hing einerseits die Art und Weise der Sicherungstätigkeit des Zeugen S. davon ab, welche Bauarbeiten ausgeführt werden sollten, und andererseits war die Veranlassung von Sicherungsmaßnahmen durch den Zeugen S. Voraussetzung für die durchgeführten Bautätigkeiten im Gleisbereich. Somit erforderten die Arbeiten des Kl. und die Tätigkeit des Zeugen S. sowohl eine Verständigung über den Arbeitsablauf in räumlicher Nähe zueinander als auch ein aufeinander bezogenes und miteinander verknüpftes Handeln, so dass diese Voraussetzungen für eine gemeinsame Betriebsstätte vorliegen. Die beiden Tätigkeiten konnten nur "Hand in Hand" ausgeführt werden.

[16] Entgegen der Auffassung der Revision lag auch eine so genannte Gefahrgemeinschaft vor, welche die Rechtfertigung für den Haftungsausschluss des § 106 III Alt. 3 SGB VII bildet (vgl. Senatsurteile BGHZ 148, 209, 212; 148, 214, 220; 157, 213, 218). Eine Gefahrgemeinschaft ist dadurch gekennzeichnet, dass jeder der (in enger Berührung miteinander) Tätigen sowohl zum Schädiger als auch zum Geschädigten werden kann (vgl. Senatsurteile BGHZ 148, 214, 220; 157, 213, 218 f. m.w.N.). Dies setzt nicht voraus, dass im konkreten Fall jeder der auf der Betriebsstätte Tätigen in gleicher Weise verletzt werden könnte. Es reicht die Möglichkeit aus, dass es durch das enge Zusammenwirken wechselseitig zu Verletzungen kommen kann (vgl. Senatsurteile BGHZ 155, 205, 208 f.; vom 23.03.2004 - VI ZR 160/03 - VersR 2004, 1045, 1046). Demgemäß kann eine Gefahrgemeinschaft auch bestehen, wenn eine wechselseitige Gefährdung zwar eher fern liegt, aber auch nicht völlig ausgeschlossen ist (vgl. OLG Frankfurt r+s 2007, 524, 525).

[17] Nach diesen Grundsätzen hat das Berufungsgericht zu Recht das Vorliegen einer Gefahrgemein-

schaft zwischen dem Kl. und dem Zeugen S. bejaht, weil diese sich aufgrund der engen räumlichen Verknüpfung der beiderseitigen Tätigkeiten gegenseitig schädigen konnten. Nach den Zeugenaussagen musste der Zeuge S. sich immer wieder auf der Baustelle über die Art der Bautätigkeit informieren und mit dem Bauleiter sprechen. Wenn Züge herannahten, musste er die im Gleisbereich oder in Gleisnähe tätigen Bauarbeiter warnen und sicherstellen, dass sie sich rechtzeitig entfernten. Daher war es für ihn notwendig, sich immer wieder in den Bereich der durchgeführten Bauarbeiten zu begeben. Dabei war er Gefahren durch den Zustand der Baustelle und der Bautätigkeit ausgesetzt. Umgekehrt konnte er seinerseits die Bauarbeiter gefährden

und schädigen, wenn er ihnen "in die Quere kam" oder nicht die notwendigen Sicherheitsmaßnahmen traf, wie sich beim Unfall des Kl. gezeigt hat. Auf die vom Berufungsgericht aufgeworfene Frage, ob eine Gefahrengemeinschaft im Sinne des § 106 III Alt. 3 SGB VII schon daraus folgt, dass eine den betrieblich Tätigen gemeinsame von außen drohende Drittgefahr vorliegt, kommt es unter den Umständen des Streitfalls nicht an, weil ohnehin die Voraussetzungen für eine Gefahrengemeinschaft erfüllt sind.

3. Nebenentscheidung:

[18] Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 97 I, 516 III, 565 ZPO.

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.

*Strafrecht***Standort: § 13 StGB****Problem: "Hypothetische" Kausalität des Unterlassens**

BGH, URTEIL VOM 06.03.2008

4 STR 669/07 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Der Angeklagte leitete - obwohl er keine entsprechende Ausbildung besaß - die Werkstatt eines Betontransportunternehmens, in der Wartungs- und kleinere Reparaturarbeiten durchgeführt wurden. Im Juni 2004 überprüfte der Angeklagte auf die Beschwerde eines Fahrers hin eines der Fahrzeuge und stellte fest, dass dessen Bremsanlage erheblich beschädigt und das Fahrzeug im Straßenverkehr nicht mehr zu beherrschen war. Ohne die Ursache hierfür genauer zu untersuchen, ging er davon aus, dass die Bremseinsteller des Fahrzeugs defekt waren, meldete dies dem Juniorchef des Unternehmens und teilte mit, dass das Fahrzeug nicht mehr eingesetzt werden könne. Der Juniorchef erklärte, dass neue Einsteller in Kürze eintreffen würden und der Fahrer aufgrund seiner Erfahrung mit dem Fahrzeug schon umgehen könne. Man brauche es deshalb nicht stillzulegen. Der Angeklagte teilte seine Feststellungen dem Fahrer mit, unternahm aber nichts weiter. Tatsächlich waren neben den defekten Einstellern auch die Bremsbeläge des Fahrzeugs fast vollständig abgefahren und die Druckluftbremsanlage schadhafte. Bei einer der nächsten Fahrten verlor der Fahrer aufgrund der defekten Bremsanlage die Kontrolle über das Fahrzeug, raste in einen Supermarkt und tötete sich und zwei andere Menschen.

Das Landgericht Detmold hatte den Angeklagten wegen fahrlässiger Tötung, § 222 StGB, verurteilt. Der BGH hob dieses Urteil auf und verwies an das LG zurück, da dieses die Kausalität des Unterlassens des Angeklagten für den Unfall und den Tod der Opfer nicht hinreichend dargelegt habe.

Prüfungsrelevanz:

Unechte Unterlassungsdelikte (gerade fahrlässige Tötung und Körperverletzung durch Unterlassen, §§ 222, 13 I; 229, 13 I StGB) kommen immer wieder in Examensaufgaben vor. Neben der Prüfung des Vorliegens einer Garantenstellung, auf die der BGH in der vorliegenden Entscheidung nur am Rande eingeht, sind in solchen Fällen häufig Kausalitätsprobleme zu diskutieren, die auch in dem vorliegenden Urteil den Schwerpunkt der Ausführungen bilden.

Ein Straftäter kann einen Straftatbestand gem. § 13 I

StGB grds. auch dadurch verwirklichen, dass er den tatbestandlichen Erfolg nicht 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", § 13 I StGB, er also eine Garantenstellung innehat (Fischer, § 13 Rn 8; Lackner/Kühl, § 13 Rn 6; Schönemann, ZStW 96, 287, 304). Garantenstellungen lassen sich grob in zwei Gruppen einteilen: Beschützergarantenstellungen, die die Pflicht begründen, ein bestimmtes Rechtsgut vor unbestimmt vielen Gefahren zu schützen und Überwachergarantenstellungen, die zur Folge haben, dass eine unbestimmte Zahl von Rechtsgütern vor einer bestimmten Gefahrenquelle zu schützen ist. Hierbei sind allerdings Überschneidungen möglich (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.

Es entspricht der ständigen Übung in der Rechtsprechung, bei einer Verurteilung wegen eines unechten Unterlassungsdelikts zwar nicht in der Urteilsformel, § 260 IV StPO, jedoch im Rahmen der Wiedergabe der angewendeten Vorschriften, § 260 V StPO, auf § 13 StGB einzugehen. Allerdings hatte das LG Detmold dies nicht getan und auch in der Urteilsbegründung nicht erwähnt, ob der Angeklagte einer fahrlässigen Tötung durch aktives Tun oder durch Unterlassen schuldig war. Der BGH hatte allerdings den weiteren Ausführungen des LG entnommen, dass dieses - wie auch der BGH selbst - vom Vorliegen eines unechten Unterlassungsdeliktes ausgegangen war. Somit war das Bestehen einer Garantenstellung des Angeklagten Voraussetzung für eine entsprechende Verurteilung. Eine gesetzliche Garantenstellung zur Vermeidung von Schäden, die aus dem Betrieb nicht verkehrssicherer Fahrzeuge resultieren können, haben Halter, § 31 II StVZO, und der Führer, § 23 I, II StVO, des Fahrzeugs. Dies traf jedoch auf den Angeklagten nicht zu. Allerdings ist in Literatur und Rechtsprechung mittlerweile anerkannt, dass sich eine Garantenstellung auch aus einer vertraglichen Übernahme von Schutzfunktionen ergeben kann (BGHSt 19, 286; Fischer, § 13 Rn 20 ff.; Joecks, § 13 Rn 28 ff.; Schönke/Schröder-Stree, § 13 Rn 26 ff.). Im vorliegenden Fall ging der BGH davon aus, dass der Angeklagte durch die

(arbeits-) vertragliche Übernahme der Wartungsfunktion auch eine Garantienstellung ggü. der Allgemeinheit dahingehend übernommen habe, dass nicht aus dem Betrieb verkehrsunsicherer Fahrzeuge ein Schaden entstehe. Er übernimmt somit letztlich die Garantienstellung, die eigentlich dem Halter des Fahrzeugs - seinem Arbeitgeber - obliegt, was allerdings diesen nicht von seiner eigenen Garantienstellung entbindet (das LG hatte nämlich auch den Halter wegen fahrlässiger Tötung verurteilt). Mit diesem Urteil setzt der BGH seine frühere Rechtsprechung fort ("Wuppertaler Schwebbahn-Fall", BGHSt 47, 224).

Umfangreichere Ausführungen macht der BGH zur Kausalität des Unterlassens des Angeklagten für den Tod der Unfallopfer. Nach h.M. ist ein Unterlassen dann kausal für einen Erfolg, wenn die rechtlich gebotene Handlung nicht hinzugedacht werden kann, ohne dass der tatbestandliche Erfolg mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit entfielen (sog. hypothetische Kausalität; BGHSt 43, 397; 48, 77; Fischer, Vor § 13 Rn 39; Joecks, § 13 Rn 16). Im vorliegenden Fall hatte das LG dem Angeklagten vorgeworfen, dass er das defekte Fahrzeug nicht weiter untersucht und deshalb nicht bemerkt habe, dass auch die Bremsbeläge abgefahren waren. Wenn er auch dies seinem Chef gemeldet hätte, hätte dieser das Fahrzeug nicht mehr weiter fahren lassen, sodass es zu dem Unfall nicht gekommen wäre. Dem BGH jedoch reichten die Feststellungen des LG nicht aus, um mit der für die Verurteilung erforderlichen Sicherheit feststellen zu können, dass ein entsprechender Hinweis den Vorgesetzten mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit tatsächlich dazu bewogen hätte, das Fahrzeug stillzulegen. Deshalb verwies er an das LG zurück.

Vertiefungshinweise:

Zum Bestehen einer Garantienstellung bei vertraglicher Übernahme fremder Schutzpflichten: *BGHSt* 47, 224; *BGH*, NJW 2000, 2754; *NStZ* 2003, 259; *Altenhain*, *NStZ* 2001, 189; *Freund*, *NStZ* 2002, 424; *Jasch*, *NStZ* 2005, 8; *Kudlich*, *JR* 2002, 424

Zur Kausalität des Unterlassens: *BGHSt* 43, 397; 48, 77; *BGH*, *NStZ* 1981, 218; 2007, 469; *Beulke/Bachmann*, *JuS* 1992, 742; *Brammsen*, *GA* 1993, 101; *Gimbernat*, *ZStW* 111, 307

Kursprogramm:

Examenskurs: "Der eiskalte Engel"

Leitsatz:

Zur Garantienstellung und Garantienpflicht des Mitarbeiters einer Kfz-Werkstatt in Bezug auf Gefahren, die aus technischen Mängeln eines seiner Kontrolle unterliegenden Fahrzeugs bei dessen Betrieb erwachsen [im Anschluss an BGHSt 47, 224].

Sachverhalt:

Der Angeklagte war seit 18 Jahren bei der Firma M Transportbetonbeförderungs GmbH zunächst als Fahrer von Betonmischern beschäftigt und arbeitete seit dem Jahr 2001 in der firmeneigenen Kfz-Werkstatt. Dort wurden die Wartungsarbeiten und kleineren Reparaturen - darunter auch der Austausch von Scheiben- und Trommelbremsen sowie von Bremsbelägen - an allen (zuletzt 57) Lkw der Firmengruppe durchgeführt. Neben dem Angeklagten waren die Zeugen K und G in der Werkstatt beschäftigt. Der Angeklagte teilte die Arbeiten ein und gab die entsprechenden Weisungen. Zwar verfügte er nicht über eine Berufsausbildung im Kfz-Bereich, er besaß aber die "erforderlichen Grundkenntnisse" für die in der Werkstatt anfallenden Reparatur- und Wartungsarbeiten. Die Werkstatt verfügte nicht über einen eigenen Bremsprüfstand. Vielmehr wurde das Ergebnis der Wartungs- und Reparaturarbeiten an den Bremsanlagen durch Probefahrten kontrolliert. War eine Reparatur in der betriebseigenen Werkstatt nicht durchzuführen, veranlasste der Angeklagte - gegebenenfalls nach Rücksprache mit einem der Firmenchefs, den früheren Mitangeklagten M oder S - eine Reparatur in einer Fachwerkstatt.

Am 25. Juni 2004 verunfallte ein Sattelschlepper MAN der Firmengruppe im niederländischen Kerkraade. Fahrer war der erfahrene Lkw-Fahrer Ma. Auf einer innerörtlichen Straße mit 6,8 % Gefälle verlor er die Kontrolle über das Fahrzeug, weil die Bremsen insgesamt versagten. Ungebremst fuhr er in einen dortigen Supermarkt, wobei der Sattelschlepper und auch das Gebäude in Brand gerieten. Sowohl der Fahrer Ma als auch zwei Personen in dem Supermarkt fanden den Tod. Zum Zeitpunkt des Unfalls waren neben der rechten Vorderradbremse und den Bremsen an der Hinterachse der Zugmaschine auch die Bremsen des Aufliegers des Sattelzuges außer Funktion. Obwohl die Bremsbeläge der Trommeln der Hinterradbremse der Zugmaschine erst am 16. April 2004 durch neue ersetzt worden waren und die Sattelzugmaschine danach nur 26.800 km zurückgelegt hatte, waren die Bremsbeläge fast vollständig verschlissen und zum Teil gebrochen, so dass die Hinterradbremse keinerlei Bremswirkung mehr hatte. Dies war darauf zurückzuführen, dass der Fahrer Ma wegen der ihm bereits seit längerem bekannten Bremsprobleme, von denen er zuvor sowohl dem Angeklagten als auch dem früheren Mitangeklagten S berichtet hatte, das Fahrzeug regelmäßig mit der Handbremse abbremsete, die nur auf die Hinterräder und die Bremsen am Auflieger wirkte, und so die Vorderradbremsen nicht betätigte, um ein Schrägziehen des Gespanns wegen einer defekten Vorderradbremse zu vermeiden. Zum Unfallzeitpunkt lagen die Bremsklötze der rechten Vorderradbremse nicht mehr an der Bremsscheibe an. Ursächlich dafür war ein Defekt an der automatischen Einstellvorrichtung.

tung der Bremse. Auch die mit Druckluft gesteuerten Bremsen des Aufliegers funktionierten - mit hoher Wahrscheinlichkeit auf Grund eines Lecks in der Druckluftzuleitung - im Unfallzeitpunkt nicht mehr. Wenn die Bremsen der Zugmaschine einwandfrei gearbeitet hätten, hätte der Sattelzug auch bei einem Ausfall der Bremsen des Aufliegers rechtzeitig zum Stillstand gebracht werden und der Unfall damit vermieden werden können.

Letztmalig vor dem Unfall hatte der Angeklagte das Bremsverhalten der Zugmaschine am Samstag, den 19. Juni 2004, geprüft. Dem war vorausgegangen, dass der Fahrer Ma tags zuvor wegen der in jener Woche verstärkt aufgetretenen Bremsprobleme beim Abstellen des Fahrzeugs einen schriftlichen Hinweis auf die fehlerhaften Bremsen angebracht hatte. Der Angeklagte unternahm deshalb eine Probefahrt mit dem Fahrzeug. Schon bei dem ersten Bremsversuch zog der Sattel-schlepper ruckartig zur Seite und konnte der Angeklagte das Fahrzeug nur mit Mühe halten. Für ihn war klar, dass sich die Bremsprobleme dramatisch vergrößert hatten. Er hatte keinen Zweifel, dass der Sattel-schlepper mit den schadhafte Bremsen nicht mehr im Straßenverkehr beherrschbar war. Ein Einsatz in der kommenden Woche kam für ihn nicht mehr in Frage. Er ging davon aus, dass die Bremsprobleme auf die schadhafte Einsteller an den Vorderradbremmen zurückzuführen waren. Bei einer einfachen Sichtkontrolle hätte er jedoch auch bemerkt, dass die Bremsbeläge der Bremstrommeln an der Hinterachse zu diesem Zeitpunkt schon nahezu vollständig abgefahren waren. Eine weitere Untersuchung unterließ er jedoch. Er suchte aber den früheren Mitangeklagten S, den "Juni-orchef" der Firmengruppe, in dessen Büro auf und berichtete ihm von den wieder aufgetretenen Bremsproblemen an der Zugmaschine; er habe eine Probefahrt gemacht, das Fahrzeug sei nicht mehr beherrschbar, damit könne Ma nicht mehr fahren, zunächst müssten die Einsteller repariert werden. Darauf wollte sich der frühere Mitangeklagte S nicht einlassen. Vielmehr entgegnete dieser, dass die Einsteller schon bestellt seien und am nächsten Wochenende eingebaut werden könnten, bis dahin solle Ma das Fahrzeug weiter benutzen. S vertraute darauf, dass Ma mit seiner Routine das Fahrzeug schon beherrschen werde; wegen der aufgetretenen Mängel umzudisponieren, kam ihm nicht in den Sinn. Der Angeklagte unternahm seinerseits nichts, um S zustimmen. Allerdings sprach er noch am selben Tag mit Ma und sagte ihm, dass die Einsteller bestellt seien.

In der folgenden Woche war Ma mit dem Fahrzeug bis zum Unfallgeschehen an allen Tagen unterwegs.

Aus den Gründen:

1. Entscheidung des Landgerichts

[1] Gegenstand des angefochtenen Urteils ist ein durch

schadhafte Bremsen eines Lkw verursachter Verkehrsunfall, bei dem drei Menschen zu Tode kamen. Das Landgericht hat deshalb den Angeklagten der fahrlässigen Tötung für schuldig befunden und ihn zu einer Freiheitsstrafe von neun Monaten verurteilt, deren Vollstreckung es zur Bewährung ausgesetzt hat. Den früheren Mitangeklagten S hat es ebenfalls wegen fahrlässiger Tötung zu einer Bewährungsstrafe verurteilt; dessen Revision hat der Senat mit Beschluss vom heutigen Tage als unbegründet verworfen. Der Angeklagte wendet sich gegen seine Verurteilung mit seiner Revision, mit der er die Verletzung sachlichen Rechts rügt. Sein Rechtsmittel hat Erfolg. [...]

2. Rechtliche Würdigung des Landgerichts

[7] Das Landgericht hat eine strafrechtliche Verantwortlichkeit für den tödlichen Verkehrsunfall sowohl des früheren Mitangeklagten S als auch des Angeklagten bejaht. Dem früheren Mitangeklagten S legt es zur Last, dass er trotz des konkreten Hinweises durch den Angeklagten am 19. Juni, wonach das Fahrzeug wegen des Zustands der Bremsen nicht mehr beherrschbar sei, nicht die Stilllegung des Fahrzeugs veranlasst, sondern es zugelassen habe, dass Ma weiter damit gefahren sei. Den Pflichtverstoß des Angeklagten sieht das Landgericht darin, dass er in seiner Eigenschaft als Werkstattmitarbeiter neben einer Probefahrt zumindest eine Sichtprüfung der Bremsen hätte durchführen müssen, wobei ihm der fortgeschrittene Verschleiß der Trommelbremsen an der Hinterachse aufgefallen wäre. Weiter hätte er den früheren Mitangeklagten S "konkreter über die dramatische Verschlechterung der Bremswirkung informieren müssen. Er hätte die Reaktion des S, einfach abzuwarten und nichts zu tun, nicht unkommentiert hinnehmen dürfen. ... Er hatte einen Bremsversuch mit einem gefährlichen Ausreißen erlebt. Dies hätte er S berichten müssen.

Dadurch hätte der Ausspruch, das Fahrzeug sei nicht beherrschbar, eine eindeutiger Wendung bekommen, die auch einen zaudernden Chef überzeugt hätte". Dieser Pflichtverstoß sei auch ursächlich für den tödlichen Verkehrsunfall. Denn schon bei der mindestens geschuldeten Sichtprüfung wären die abgefahrenen Bremsen an der Hinterachse der Zugmaschine aufgefallen. Von sich aus hätte der Angeklagte in diesem Fall den Werkstattstopp festgelegt. Es hätte sich um eine reine Routinemaßnahme gehandelt, für die er nicht die Zustimmung des Chefs benötigte.

3. Entscheidung des BGH

[8] Die Verurteilung des Angeklagten hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

a. Zu Erforderlichkeit und Garantenstellung

[9] Zwar hat das Landgericht sich nicht dazu geäußert, ob dem Angeklagten fahrlässige Tötung durch positives Tun oder durch ein Unterlassen zur Last fällt.

Doch ergeben die Erwägungen im Rahmen der rechtlichen Würdigung hinreichend deutlich, dass das Landgericht das Schwergewicht des Tatvorwurfs gegen den Angeklagten - insoweit anders als bei dem früheren Mitangeklagten S - "lediglich" in einem Unterlassen gesehen hat. Insoweit hat der Senat auch keine Bedenken, dass der Angeklagte in seiner Eigenschaft als weisungsbefugter Mitarbeiter der Kfz-Werkstatt eine Garantenstellung hatte und ihn damit auch eine Erfolgsabwendungspflicht gegenüber den Verkehrsunfallopfern traf. Der Annahme dieser Garantenstellung steht nicht entgegen, dass im Verkehrssicherheitsinteresse für den jeweils aktuellen verkehrssicheren Zustand der Fahrzeuge kraft Gesetzes in erster Linie der Halter (§ 31 Abs. 2 StVZO) und der Fahrzeugführer (§ 23 Abs. 1 u. 2 StVO) zuständig sind. Das gilt schon deshalb, weil der Halter seine Verantwortlichkeit durch Bestellung einer sachkundigen, erwiesenermaßen zuverlässigen Hilfsperson einschränken kann (vgl. Hentschel, StrVerKR, StVZO § 31 Rdn. 7, 7 a).

Diese neben die Verantwortlichkeit des Halters, hier der Firmenleitung der Spedition, tretende Garantenstellung des Angeklagten erwuchs aus seiner Übernahme der Wartungsaufgabe im Rahmen seines Arbeitsverhältnisses; sie bezog sich auf die Beseitigung der mit dem Betrieb der von ihm zu wartenden Firmenfahrzeuge für die Allgemeinheit bestehenden Gefahren. Die arbeitsvertragliche Übernahme der Wartungspflicht begründete deshalb zugleich auch eine Schutzfunktion gegenüber allen Verkehrsteilnehmern, die in den durch unzureichende Wartung begründeten Gefahrenbereich der seiner Aufsicht unterliegenden Firmenfahrzeuge geraten würden (vgl. BGHSt 47, 224, 229).

b. Zur Kausalität des Unterlassens des Angeklagten

[10] Zutreffend geht das Landgericht nach den zum Tätigkeitsbereich des Angeklagten innerhalb der betriebseigenen Kfz-Werkstatt getroffenen Feststellungen auch davon aus, dass der Angeklagte es am 19. Juni 2004 nicht bei der Bremsprobe belassen durfte, sondern die ihm mögliche Sichtprüfung hätte vornehmen müssen, die den desolaten Zustand der Bremsen an der Hinterachse der Zugmaschine aufgedeckt hätte. Nicht zu beanstanden ist auch, dass das Landgericht dem Angeklagten anlastet, den früheren Mitangeklagten S nicht vollumfänglich und "eindeutiger" über die dramatische Verschlechterung des Bremszustandes an dem Lkw unterrichtet zu haben. Doch hat das Landgericht - wie die Revision zu Recht geltend macht - nicht hinreichend belegt, dass diese Pflichtverstöße des Angeklagten auch ursächlich für das tödliche Unfallgeschehen waren.

[11] Zwar hat das Landgericht festgestellt, dass der Angeklagte - wären ihm bei der mindestens geschuldeten Sichtprüfung die abgefahrenen Bremsbeläge an der Hinterachse der Zugmaschine aufgefallen - von sich aus den Werkstattstopp festgelegt hätte festlegen kön-

nen (und müssen); denn bei dem notwendigen Austausch der Bremsbeläge in der firmeneigenen Werkstatt hätte es sich um eine Routinemaßnahme gehandelt, für die er grundsätzlich nicht die Zustimmung des Chefs benötigte. Davon kann ohne Weiteres indes nur dann ausgegangen werden, wenn der Angeklagte den Defekt an den Hinterachsbremsen in der bis zum nächsten vorgesehenen Einsatz der Zugmaschine verbleibenden Zeit hätte beseitigen können. Dazu, ob dies der Fall war, verhält sich das Urteil nicht. Ebenso wenig kann dem Urteil entnommen werden, ob der Unfall vermieden worden wäre, wenn allein die Bremsbeläge der Hinterachse vor der nächsten Fahrt ausgetauscht worden wären.

[12] Sofern es nicht in der Macht des Angeklagten gestanden hätte, von sich aus das Fahrzeug bis zur Durchführung der notwendigen Reparatur stillzulegen, hätte der Angeklagte seiner aus der Garantenstellung erwachsenden Pflicht grundsätzlich durch Unterrichtung der Firmenleitung genügt. Denn dadurch hätte er die an ihn delegierte Verantwortlichkeit des Fahrzeughalters wieder an diesen zurückgegeben. Zwar wäre von dem Angeklagten nicht - wie das Landgericht gemeint hat - zu verlangen gewesen, seinen Arbeitgeber drastischer über die dramatische Verschlechterung der Bremswirkung zu informieren, anstatt dessen Reaktion unkommentiert hinzunehmen. Indes hätte der Angeklagte seiner übernommenen Verantwortung nur dann genügt, wenn er den Mitangeklagten S im Rahmen des ihm Möglichen und Zumutbaren vollständig auf den erkennbaren Zustand der Bremsen, hier mithin auch auf die nahezu abgefahrenen Bremsen der Hinterachse hingewiesen hätte. Dass er dies nicht getan hat, belegt jedoch nicht ohne Weiteres, dass dieses Versäumnis sich auch kausal in dem tödlichen Verkehrsunfall ausgewirkt hat. Insofern mag es - wovon das Landgericht im Rahmen der rechtlichen Würdigung ausgegangen ist - zwar grundsätzlich nahe liegen, dass eine umfassende Aufklärung über den desolaten Zustand der Bremsen nicht nur an den Vorder-, sondern auch an den Hinterrädern der Zugmaschine "auch einen zaudernden Chef überzeugt hätte" und hätte erwarten lassen, "dass S die kaufmännischen Überlegungen aufgibt".

Ob der Mitangeklagte S sich durch einen Hinweis des Angeklagten, dass auch die Hinterachsbremsen defekt sind, tatsächlich hätte "umstimmen" lassen, ist aber nicht belegt und bedarf deshalb weiterer Aufklärung.

4. Zurückverweisung

[13] Über die Sache ist nach alledem hinsichtlich der Verantwortlichkeit des Angeklagten umfassend neu zu befinden. Sofern der neue Tatrichter wiederum eine Strafbarkeit des Angeklagten wegen fahrlässiger Tötung bejahen sollte, wird er mit Blick auf § 13 Abs. 2 StGB auch Ausführungen zur Strafraumenwahl zu machen haben.

Standort: § 24 I StGB**Problem: Rücktritt vom beendeten Versuch**

BGH, URTEIL VOM 13.02.2008
4 STR 610/07 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Nachdem der Angeklagte seine Ehefrau mit Tötungsvorsatz niedergestochen hatte, ging er zu einer Polizeiwache und gestand dort, dass er auf seine Frau eingestochen hatte, nannte jedoch einen falschen Namen und machte keine weiteren Angaben zur Tat. Die lebensgefährlich verletzte Ehefrau war inzwischen von Nachbarn gefunden worden und wurde vom Notarzt gerettet, den diese verständigten.

Das Landgericht Paderborn verurteilte den Angeklagten wegen gefährlicher Körperverletzung, §§ 223 I, 224 I StGB. Vom Vorwurf des versuchten Totschlags, §§ 212 I, 22, 23 I StGB, sprach das LG den Angeklagten frei, da dieser insofern strafbefreiend vom Versuch zurückgetreten sei. Der BGH hob auf die Revision der Staatsanwaltschaft den Freispruch auf und verwies zurück, da die bisherigen Feststellungen einen Rücktritt nicht belegten.

Prüfungsrelevanz:

Die Prüfung der Voraussetzungen für einen strafbefreienden Rücktritt gem. § 24 StGB ist in beiden Examen häufig Gegenstand von Aufgabenstellungen, so dass detaillierte Kenntnisse hierzu unerlässlich sind. Der vorliegende Fall enthält insofern zwar keine bahnbrechenden Neuerungen, zeigt jedoch sehr schön, wie der BGH - fast schon gutachterlich - die Voraussetzungen eines Rücktritts vom beendeten Versuch gem. § 24 I 1 2. Fall, I 2 StGB prüft.

Um die Voraussetzungen für einen strafbefreienden Rücktritt feststellen zu können, ist bei einem Alleintäter zunächst zu prüfen, ob es sich um einen beendeten oder unbeendeten Versuch handelt. Unbeendet ist der Versuch, wenn der Täter glaubt, noch nicht alles seinerseits zur Tatbestandsverwirklichung Erforderliche getan zu haben, beendet, wenn er annimmt, er habe bereits alles seinerseits Erforderliche zur Verwirklichung des Tatbestandes getan (BGH, StV 1982, 70; Fischer, § 24 Rn 14; Schönke/Schröder-Eser, § 24 Rn 13 f.). Beim unbeendeten Versuch muss der Täter für einen strafbefreienden Rücktritt lediglich die weitere Tatausführung aufgeben, § 24 I 1 1. Fall StGB. Beim beendeten Versuch muss er freiwillig die Vollendung der Tat verhindern, § 24 I 1 2. Fall StGB, oder, wenn die Tat ohne sein Zutun nicht vollendet wird, sich freiwillig und ernsthaft bemühen, die Vollendung zu verhindern, § 24 I 2 StGB.

Im Rahmen des Rücktritts gem. § 24 I 1 2. Fall StGB stellt sich die Frage, ob an das Verhalten, durch das der Täter den Erfolgseintritt verhindert, besondere An-

forderungen zu stellen sind (vgl. hierzu die Darstellung bei Fischer, § 24 Rn 32 ff.). Während ein Teil der Literatur insofern verlangt, dass der Täter die bestmöglichen Maßnahmen ergreift und hierdurch den Erfolg verhindert (Jakobs, JZ 2003, 743; Schmidhäuser, AT, § 15 Rn 89 ff.; Herzberg, NJW 1989, 864, 867), lassen Rechtsprechung und herrschende Literatur insofern jede auf Erfolgsverhinderung gerichtete Handlung des Täters ausreichen, sofern diese erfolgreich ist (sog. "halbherziger" Rücktritt; BGH, RA 2004, 545 = NStZ 2004, 614; NStZ 2006, 503; Fischer, § 24 Rn 35; Lackner/Kühl, § 24 Rn 20; Schönke/Schröder-Eser, § 24 Rn 59; Zieschang, GA 2003, 353, 357 ff.). In der vorliegenden Entscheidung setzt der BGH die bisherige Rechtsprechung fort, konnte allerdings auch eine einfache Kausalität des Nachtatverhaltens des Täters für die Erfolgsverhinderung nicht feststellen.

Da ein Rücktritt gem. § 24 I 2 StGB - anders als § 24 I 1 2. Fall StGB - voraussetzt, dass der Täter sich "ernsthaft" um die Erfolgsverhinderung bemüht, ist es dort erforderlich, dass der Täter die ihm zur Verfügung stehenden Möglichkeiten ausschöpft und somit tatsächlich das Bestmögliche zur Verhinderung des Erfolges tut (BGHSt 33, 302; StV 1992, 63; 1997, 244; 1999, 211; Fischer, § 24 Rn 36; Schönke/Schröder-Eser, § 24 Rn 71 f.). Insbesondere dann, wenn es - wie in der vorliegenden Entscheidung - um die Rettung eines Menschenlebens geht, sind besonders hohe Anforderungen an diese Bemühungen des Täters zu stellen (BGHSt 33, 295, 302; BGH, StV 1993, 539; Fischer, § 24 Rn 36; Wessels/Beulke, Rn 647). Der BGH betont in der vorliegenden Entscheidung, dass es einen Rücktritt gem. § 24 I 2 StGB nicht ausschließt, dass der Täter bereits früher hätte tätig werden können (ebenso BGH StV 1999, 211, 212). Erst in dem Moment, in dem er sich entschließt, zurückzutreten, muss der Täter die dann erfolgversprechendsten Maßnahmen ergreifen. Auch betont der BGH - in Übereinstimmung mit der bisherigen Rechtsprechung und herrschenden Literatur (BGH, NStZ 1997, 276; StV 1997, 244; RA 2008, 305 = NStZ 2008, 329; Fischer, § 24 Rn 36) -, dass der Täter diese Maßnahmen nicht unbedingt selbst ergreifen muss, sondern sich hierfür grundsätzlich Dritter bedienen kann.

Schließlich stellt der BGH klar, dass der Grundsatz "in dubio pro reo" auch bzgl. der Rücktrittsvoraussetzungen Anwendung findet (vgl. BGH, NStZ-RR 2003, 199; StV 2003, 614; NStZ 2005, 614; Fischer, § 24 Rn 25a, 28; Schönke/Schröder-Eser, § 24 Rn 55). Allerdings setzt die Berufung auf den Zweifelssatz voraus, dass sich aus dem festgestellten Sachverhalt Anhaltspunkte für die Möglichkeit eines Rücktritts ergeben und dieser nur nicht genau aufgeklärt werden konnte. Sind keine Anzeichen dafür gegeben, dass ein

Rücktritt des Täters in Betracht zu ziehen sein könnte, so braucht das Gericht auch nicht zugunsten des Angeklagten von einem solchen auszugehen (BGH, NJW 2005, 1727; 2007, 92, 94; NStZ-RR 2005, 147, 148; Fischer, § 24 Rn 25a).

Vertiefungshinweise:

□ Zum "halbherzigen" Rücktritt: BGH, RA 2002, 726 = StraFo 2002, 360, NStZ 2003, 198; RA 2003, 246 = NJW 2003, 1058; RA 2004, 545 = NStZ 2004, 614; NStZ 2006, 503; Bloy, JuS 1987, 530; Herzberg, NJW 1989, 864; Jakobs, JZ 2003, 743; Neubacher, NStZ 2003, 576; Otto, JURA 1992, 423; Zieschang, GA 2003, 353

□ Zum Rücktritt gem. § 24 I 2 StGB: BGH, StV 1992, 63; 1993, 539; 1997, 244; 1999, 211; RA 2008 = NStZ 2008, 329; Römer, MDR 1989, 946; Roxin, JR 1986, 424

□ Zur Anwendung des Grundsatzes "in dubio pro reo", insb. i.R.v. § 24 StGB: BGH, NJW 2005, 1727; 2007, 92; NStZ-RR 2003, 199; 2005, 147; StV 2003, 614; NStZ 2005, 614

Kursprogramm:

□ **Examenskurs:** "Wilde Ehe"

Leitsätze (der Redaktion):

1. Ein strafbefreiender Rücktritt vom Versuch gemäß § 24 I 1 2. Fall StGB setzt zwar nicht voraus, dass der Täter unter mehreren Möglichkeiten der Erfolgsverhinderung die sicherste oder "optimale" gewählt hat. Erforderlich ist aber, dass der Täter eine neue Kausalkette in Gang setzt, die für die Nichtvollendung der Tat ursächlich oder jedenfalls mitursächlich wird.

2. Wird die Tat ohne Zutun des Täters nicht vollendet, kommt nur ein strafbefreiender Rücktritt nach § 24 I 2 StGB in Frage. § 24 I 2 StGB setzt voraus, dass der Täter alles tut, was in seinen Kräften steht und nach seiner Überzeugung zur Erfolgsabwendung erforderlich ist, und dass er die aus seiner Sicht ausreichenden Verhinderungsmöglichkeiten ausschöpft, wobei sich der Täter auch eines Dritten bedienen kann. Wenn ein Menschenleben auf dem Spiel steht, sind insoweit hohe Anforderungen zu stellen. Dass ein Täter objektiv schon eher etwas hätte tun können, steht der Annahme eines Rücktritts gem. § 24 I 2 StGB nicht entgegen. Maßgeblich ist vielmehr, dass der Täter, wenn er sich entschließt, die Vollendung der Tat zu verhindern, die aus seiner Sicht notwendigen Maßnahmen ergreift und sich um die bestmögliche Maßnahme bemüht.

3. Zwar ist es grundsätzlich zulässig, auch hinsichtlich der Rücktrittsvoraussetzungen auf den Zwei-

felssatz zurückzugreifen. Dies setzt aber voraus, dass bei einer Gesamtbeurteilung der Beweistatsachen eindeutige Feststellungen nicht möglich sind, denn es ist weder im Hinblick auf den Zweifelsatz noch sonst geboten, zugunsten des Angeklagten Tatvarianten zu unterstellen, für deren Vorliegen keine konkreten Anhaltspunkte erbracht sind.

Sachverhalt:

Zwischen dem Angeklagten und seiner deutschen Ehefrau, der Nebenklägerin, die im August 2004 in der Türkei geheiratet hatten, kam es nach dem Umzug nach Paderborn zu erheblichen Spannungen. Während ihrer Schwangerschaft zog die Nebenklägerin vorübergehend in das Frauenhaus. Im September 2006 trennte sie sich von dem Angeklagten, zog mit ihrer im November 2005 geborenen Tochter erneut ins Frauenhaus und wechselte im Dezember 2006 in das Mutter-Kind-Haus in Paderborn. Dort besuchte der Angeklagte die Nebenklägerin, der vom Familiengericht die Alleinsorge für die gemeinsame Tochter übertragen worden war, fast täglich. Weil es bei diesen Besuchen häufig zu Streitigkeiten und auch zu Handgreiflichkeiten kam, wurde dem Angeklagten Ende Januar 2007 von der Leitung des Mutter-Kind-Hauses Hausverbot erteilt. Auf Grund einer eidesstattlichen Versicherung des Angeklagten, die Nebenklägerin habe die gemeinsame Tochter aus dem Fenster gehalten, die der Rechtsanwalt des Angeklagten dem Jugendamt zugeleitet hatte, veranlasste dieses eine sog. Pflegeüber-Nacht-Maßnahme.

In der Nacht vom 24. auf den 25. Februar 2007 kam der Angeklagte an der Wohnung der Nebenklägerin vorbei. Da er am Vortage von der "Pflegeüber-Nacht-Maßnahme" des Jugendamtes erfahren hatte, entschloss er sich, "auch deshalb, um sich nach dem Verbleib des Kindes zu erkundigen", die Nebenklägerin aufzusuchen. Diese war kurz zuvor mit dem Zeugen B in ihre Wohnung zurückgekehrt. Dem Angeklagten wurde auf sein Klopfen von der Nebenklägerin geöffnet, die ihren neuen Freund K erwartete. Der Angeklagte drängte die Nebenklägerin in Richtung Wohnküche. Die Nebenklägerin rief dem Zeugen B zu: "Schick ihn raus. Er hat hier nichts zu suchen". Als der Angeklagte den auf dem Sofa sitzenden Zeugen bemerkte, forderte er ihn auf, die Wohnung zu verlassen. Der Angeklagte griff nach einem Messer, zwang den Zeugen B unter Vorhalt des Messers, die Wohnung zu verlassen, und beschimpfte die Nebenklägerin unter anderem als "billige Schlampe". Auf seine Frage, wo seine Tochter sei, entgegnete die Nebenklägerin, das Kind sei weg und daran treffe ihn die Schuld.

Als die Nebenklägerin ihr Mobiltelefon ergriff, um die Polizei zu benachrichtigen, schlug es ihr der Angeklagte aus der Hand. Er stach unvermittelt mehrfach auf den Oberkörper der Nebenklägerin ein, wobei er deren Tod "zumindest" billigend in Kauf nahm. Als

diese in die Knie ging, ließ der Angeklagte von ihr ab. Er ging davon aus, dass die Nebenklägerin an den ihr zugefügten Verletzungen versterben könnte. Der Angeklagte verließ die Wohnung und warf die Tür hinter sich zu. Im Hausflur traf er auf die Wohnungsnachbarn der Nebenklägerin. Die Zeugen N und D hatten die Hilfeschreie der Nebenklägerin vernommen und um 2.32 Uhr die Polizei benachrichtigt. Ohne ein Wort an die Zeugen zu richten, eilte der Angeklagte aus dem Haus und ging zu der nächstgelegenen Polizeidienststelle. Um 2.41 Uhr erschien er in der Wachschleuse der Polizeiwache und erklärte dem Wachhabenden, der ihn über die Sprechanlage angesprochen hatte, in gebrochenem Deutsch, er habe gerade mit einem Messer auf seine Frau eingestochen. Nach seinem Namen befragt, antwortete er: "Alexander E.". Der Angeklagte wurde in die Wache gelassen und festgenommen. Da der Wachhabende annahm, dass es sich bei dem Angeklagten um die wegen des kurz zuvor telefonisch gemeldeten Vorfalls in dem Mutter-Kind-Haus gesuchte Person handelte, "fand keine weitere Kommunikation mit dem Angeklagten statt".

Der Nebenklägerin war es gelungen, sich bis zur Wohnungstür zu schleppen und diese auf das Klopfen ihrer Nachbarn zu öffnen. Dann brach sie im Flur ihrer Wohnung zusammen. Die Zeugen N, B und D informierten sofort den Rettungsdienst und leisteten erste Hilfe. "Nur auf Grund dessen und der unverzüglich herbeigerufenen ärztlichen Hilfe konnte das Leben der Geschädigten gerettet werden."

Aus den Gründen:

I. Entscheidung des Landgerichts

[1] Das Landgericht hat den Angeklagten wegen gefährlicher Körperverletzung zu einer Freiheitsstrafe von fünf Jahren verurteilt. Die Staatsanwaltschaft rügt mit ihrer Revision, die vom Generalbundesanwalt vertreten wird, die Verletzung sachlichen Rechts. Nach ihrer Auffassung hat das Landgericht zu Unrecht einen strafbefreienden Rücktritt vom Totschlagsversuch sowie eine erhebliche Verminderung der Schuldfähigkeit des Angeklagten angenommen. Der Angeklagte rügt mit seiner Revision die Verletzung sachlichen Rechts.

[6] Das Landgericht hat den Angeklagten der gefährlichen Körperverletzung nach §§ 223, 224 Abs. 1 Nr. 2 und 5 StGB schuldig gesprochen. Von dem (tatsächlich verwirklichten) beendeten Versuch des Totschlags sei der Angeklagte "strafbefreiend" nach § 24 StGB zurückgetreten. Das Landgericht hat hierzu u.a. ausgeführt:

"Der Angeklagte hat sich unmittelbar nach dem Tatgeschehen zur nächstgelegenen Polizeidienststelle begeben. Insoweit geht die Kammer zu Gunsten des Angeklagten davon aus, dass er hierdurch auch die schnelle Hilfe für seine Ehefrau veranlassen wollte, denn er durfte auch davon ausgehen, dass die Polizei

alle notwendigen Maßnahmen zur Rettung der Zeugin E unternehmen werde. Die Polizeidienststelle war zudem nur wenige Minuten (neun Minuten) von der Wohnung des Opfers entfernt, so dass der Angeklagte auch in zeitlicher Hinsicht darauf vertrauen konnte, dass seine Ehefrau noch rechtzeitig Hilfe erfahren werde. Zu weiteren Angaben des Angeklagten konnte es schon deshalb nicht kommen, weil der wachhabende Beamte keine weitere Kommunikation führte".

II. Zur Revision der Staatsanwaltschaft

[7] Die Revision der Staatsanwaltschaft hat Erfolg.

1. Zum Fehlen der Voraussetzungen für einen strafbefreienden Rücktritt

[8] Die Annahme des Landgerichts, der Angeklagte sei von dem Totschlagsversuch strafbefreiend zurückgetreten, hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand.

[9] Zutreffend ist das Landgericht davon ausgegangen, dass der Totschlagsversuch beendet war, denn der Angeklagte ging davon aus, dass die Nebenklägerin an den ihr zugefügten Stichverletzungen versterben könnte. Ist ein Versuch beendet, setzt ein Rücktritt voraus, dass der Täter entweder die Vollendung der Tat freiwillig verhindert (§ 24 Abs. 1 Satz 1 Halbs. 2 StGB) oder dass er sich freiwillig und ernsthaft bemüht, die Vollendung zu verhindern (§ 24 Abs. 1 Satz 2 StGB). Beide Varianten des § 24 Abs. 1 StGB stellen unterschiedliche Anforderungen an die vom Täter zu erbringende Rücktrittsleistung (vgl. BGHSt 48, 147, 149/150, 151 f. in Abgrenzung zu BGHSt 31, 46 und BGH NStZ-RR 1997, 193).

a. Kein Rücktritt gem. § 24 I 1 2. Hs. StGB

[10] Ein strafbefreiender Rücktritt vom Versuch gemäß § 24 Abs. 1 Satz 1 Halbs. 2 StGB setzt zwar nicht voraus, dass der Täter unter mehreren Möglichkeiten der Erfolgsverhinderung die sicherste oder "optimale" gewählt hat (vgl. BGHSt 48, 147). Erforderlich ist aber, dass der Täter eine neue Kausalkette in Gang setzt, die für die Nichtvollendung der Tat ursächlich oder jedenfalls mitursächlich wird (vgl. BGHSt 33, 295, 301; BGH NStZ 2006, 503). Das ist nach den bisherigen Feststellungen jedoch nicht der Fall. Dass die Nebenklägerin die ihr vom Angeklagten zugefügten schweren Stichverletzungen überlebt hat, beruht vielmehr allein darauf, dass deren Wohnungsnachbarn bereits bevor der Angeklagte das Haus verließ, die Polizei benachrichtigt hatten, die Nebenklägerin ihren Wohnungsnachbarn die Wohnungstür öffnen konnte und diese umgehend auch den Rettungsdienst informierten und sofort erste Hilfe leisteten. Diese für die Verhinderung des Erfolgseintritts ursächlichen Hilfeleistungen erfolgten aber nach den bisherigen Feststellungen ohne Zutun des Angeklagten. Dieser hat weder auf die Wohnungsnachbarn, denen er im Hausflur begegnete, in irgendeiner Weise eingewirkt, noch hat er

durch seine Äußerungen auf der Polizeiwache dazu beigetragen, dass der Einsatz der von den Nachbarn alarmierten Rettungskräfte beschleunigt oder erleichtert wurde.

b. Kein Rücktritt gem. § 24 I 2 StGB

[11] Wird die Tat - wie hier - ohne Zutun des Täters nicht vollendet, kommt nur ein strafbefreiender Rücktritt nach § 24 Abs. 1 Satz 2 StGB in Frage. Dass der Angeklagte sich freiwillig und ernsthaft bemüht hat, die Vollendung zu verhindern, ist durch die bisherigen Feststellungen jedoch ebenfalls nicht belegt.

[12] § 24 Abs. 1 Satz 2 StGB setzt voraus, dass der Täter alles tut, was in seinen Kräften steht und nach seiner Überzeugung zur Erfolgsabwendung erforderlich ist, und dass er die aus seiner Sicht ausreichenden Verhinderungsmöglichkeiten ausschöpft, wobei sich der Täter auch eines Dritten bedienen kann (vgl. BGHSt 33, 295, 301/302; BGH StV 1997, 518 jew. m.w.N.). Wenn - wie hier - ein Menschenleben auf dem Spiel steht, sind insoweit hohe Anforderungen zu stellen (vgl. BGHSt 33, 295, 302). Gemessen an diesen Grundsätzen ist ein Rücktritt des Angeklagten entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin nicht schon deshalb ausgeschlossen, weil er nicht sofort mit dem Mobiltelefon der Nebenklägerin Hilfe herbeigerufen oder die Wohnungsnachbarn der Nebenklägerin hierzu aufgefordert hat. Dass ein Täter objektiv schon eher etwas und möglicherweise noch mehr hätte tun können, steht der Annahme eines Rücktritts nicht entgegen (vgl. BGH StV 1999, 211, 212; 1982, 467 m. w. N.). Maßgeblich ist vielmehr, dass der Täter, wenn er sich entschließt, die Vollendung der Tat zu verhindern, die aus seiner Sicht notwendigen Maßnahmen ergreift und sich um die bestmögliche Maßnahme bemüht (vgl. BGHSt 33, 295, 301/302; BGH StV 1999, 596). Dass der Angeklagte dies getan hat, ist durch die bisherigen Feststellungen nicht nachvollziehbar belegt.

aa. Anwendung des Zweifelssatzes auch im Hinblick auf die Rücktrittsvoraussetzungen

[13] Durchgreifenden rechtlichen Bedenken begegnet schon die Annahme des Landgerichts, zugunsten des Angeklagten sei davon auszugehen, dass er die Polizeiwache auch deshalb aufgesucht habe, um Rettungsmaßnahmen zu veranlassen. Der Angeklagte hat sich dahin eingelassen, er habe gewusst, dass die Nachbarn, die ihn gesehen hätten, sich um seine Frau kümmern würden und ihr helfen könnten. Er selbst habe nur gedacht, dass er schnell zur Polizei müsse. Bei dieser Sachlage versteht es sich nicht von selbst, dass der Angeklagte beim Aufsuchen der Polizei in der Vorstellung handelte, er könne noch einen nennenswerten Beitrag zur Rettung der Nebenklägerin leisten (vgl. BGH NSStZ 1999, 300). Zwar ist es grundsätzlich zulässig, auch hinsichtlich der Rücktrittsvoraussetzungen

auf den Zweifelssatz zurückzugreifen. Dies setzt aber voraus, dass bei einer Gesamtbeurteilung der Beweistatsachen eindeutige Feststellungen nicht möglich sind (vgl. BGH NSStZ 1999, 300, 301), denn es ist weder im Hinblick auf den Zweifelssatz noch sonst geboten, zu Gunsten des Angeklagten Tatvarianten zu unterstellen, für deren Vorliegen keine konkreten Anhaltspunkte erbracht sind (vgl. BGH NJW 2007, 92, 94; 2005, 1727; NSStZ-RR 2005, 147, 148). Dass solche Anhaltspunkte vorliegen, ist nicht dargetan.

bb. Fehlen der Rücktrittsvoraussetzungen im vorliegenden Fall

[14] Selbst wenn der Angeklagte, wovon das Landgericht zu seinen Gunsten ausgegangen ist, die nahe gelegene Polizeiwache aufgesucht hat, um "hierdurch auch die schnelle Hilfe für seine Ehefrau" zu veranlassen, liegt nach den Feststellungen jedenfalls deshalb kein Rücktritt vor, weil er die Verhinderungsmöglichkeiten nicht ausgeschöpft hat. Die bloße Mitteilung des Angeklagten, er habe "auf seine Frau eingestochen" und die Nennung eines Namens waren - auch aus der Sicht des Angeklagten, der nicht wusste, dass der wachhabende Polizeibeamte bereits über den Notruf der Wohnungsnachbarn der Nebenklägerin informiert war - nicht geeignet, die sofortige Einleitung der notwendigen Rettungsmaßnahmen zu ermöglichen. Dass der wachhabende Beamte mit dem Angeklagten "keine weitere Kommunikation führte" ist ohne Belang. Vielmehr hätte der Angeklagte die für die Einleitung von Rettungsmaßnahmen erforderlichen Hinweise auf den Tatort und darauf, dass er die Wohnungstür zugezogen hatte, von sich aus geben müssen. Dass der Angeklagte dies getan oder jedenfalls versucht hat, lässt sich den Urteilsgründen nicht entnehmen.

[15] Die Sache bedarf daher erneuter Verhandlung und Entscheidung.

2. Zur sofortigen Beschwerde gegen die Kostenentscheidung

[16] Da die Revision der Staatsanwaltschaft zur Aufhebung des Urteils führt, ist die mit der Revisionseinlegung erhobene sofortige Beschwerde gegen die Kostenentscheidung des angefochtenen Urteils gegenstandslos.

III. Zur Revision des Angeklagten

[17] Die Revision des Angeklagten ist unbegründet.

[18] Die Überprüfung des Urteils auf Grund der Revisionsrechtfertigung hat, auch soweit sich der Angeklagte gegen die Höhe der gegen ihn verhängten Strafe wendet, aus den Gründen der Antragschrift des Generalbundesanwalts keine Rechtsfehler zum Nachteil des Angeklagten ergeben.

Standort: § 211 StGB**Problem: Heimtücke und niedrige Beweggründe**

BGH, URTEIL VOM 03.04.2008

5 STR 525/07 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Die Angeklagte war als Krankenschwester in einem Krankenhaus zuständig für die Pflege schwerst kranker Patienten. Aufgrund einer narzisstischen Persönlichkeitsstörung fühlte die Angeklagte sich dazu berufen, über Leben und Tod der Patienten zu entscheiden. Sie tötete insgesamt fünf Patienten durch die Injektion kontraindizierter Medikamente. In einem Fall tat sie dies in Anwesenheit des Ehemannes des Opfers, in zwei weiteren Fällen in Anwesenheit des jeweils behandelnden Arztes. Alle Anwesenden rechneten nicht damit, dass die Angeklagte die Patienten töten würde und verhinderten deshalb die tödlichen Injektionen nicht.

Das Landgericht Berlin verurteilte die Angeklagte wegen Mordes, § 211 StGB, in fünf Fällen. In allen Fällen sei das Mordmerkmal der niedrigen Beweggründe verwirklicht, in den drei Fällen, in denen Dritte anwesend waren, zusätzlich noch das Mordmerkmal der Heimtücke. Der BGH bestätigte zwar die Verurteilungen wegen Heimtückemordes in drei Fällen, lehnte jedoch niedrige Beweggründe der Angeklagten ab, sodass in den beiden letzten Fällen kein Mord, sondern nur eine Strafbarkeit wegen Totschlags, § 212 StGB, gegeben sei.

Prüfungsrelevanz:

Der Tatbestand des Mordes, § 211 StGB, ist ständig Gegenstand von Examensaufgaben. Während im ersten Examen häufig das Verhältnis von § 211 StGB und § 212 StGB und die sich hieraus ergebenden Konsequenzen für die Anwendung von § 28 StGB auf Teilnehmer zu diskutieren ist, sind im zweiten Examen oft die Anforderungen an die Feststellung eines Tötungsvorsatzes zu problematisieren. In beiden Examen gleichermaßen häufig sind jedoch Problemstellungen zu den Voraussetzungen der einzelnen Mordmerkmale.

Der BGH befasst sich in der vorliegenden Entscheidung zunächst mit den Voraussetzungen für eine heimtückische Tötung, insb. bei Bewusstlosen. Heimtücke liegt nach der Rechtsprechung und einem Teil der Literatur dann vor, wenn der Täter die Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers bewusst in feindlicher Willensrichtung zur Tötung ausnutzt (BGH, NJW 2003, 1955; 2005, 1287; LK-Jähnke, § 211 Rn 41). Das Opfer ist arglos, wenn es sich im Tatzeitpunkt keines Angriffs auf Leib und Leben von Seiten des Täters versieht (BGHSt 33, 363; BGH, NStZ-RR 1999, 234; Schönke/Schröder-Eser, § 211 Rn 24). Wehrlos ist es,

wenn es aufgrund seiner Arglosigkeit keine oder nur eingeschränkte Verteidigungsmöglichkeiten besitzt (BGHSt 20, 302; 32, 282; Fischer, § 211 Rn 39 f.). In der Literatur wird teilweise zusätzlich noch eine besondere Verwerflichkeit des Täterverhaltens verlangt, für die die Ausnutzung eines zwischen Täter und Opfer bestehenden Vertrauensverhältnisses erforderlich aber auch ausreichend sein soll (Joecks, § 211 Rn 23; Schönke/Schröder-Eser, § 211 Rn 26).

Bei der Tötung Schlafender besteht insofern die Besonderheit, dass diese sich eines Angriffs gar nicht versehen können, sodass sie nicht wirklich "argwöhnisch" sein könnten. Hier ist nach h.M. eine heimtückische Tötung dann möglich, wenn der Schlafende die Arglosigkeit "mit in den Schlaf nimmt" (BGH, NStZ-RR 2004, 139; NStZ 2006, 338, 339; Fischer, § 211 Rn 42; Wessels/Hettinger, Rn 120). Dies ist jedoch dann nicht der Fall, wenn das Opfer sich nicht arglos dem Schlaf hingegeben hat, sondern von diesem - z.B. infolge Übermüdung oder Alkoholisierung - "übermannt" wurde (BGHSt 23, 119; BGH, RA 2007, 483 = NStZ 2007, 523, 524; Fischer, § 211 Rn 42). Ein Besinnungsloser kann ebenso wenig wie ein Schlafender argwöhnisch sein, nimmt aber seine Arglosigkeit auch nicht mit in die Besinnungslosigkeit, da er sich nicht der Besinnungslosigkeit "hingibt", sondern eigentlich immer von dieser "übermannt" wird. Somit ist bei Besinnungslosen eine heimtückische Tötung grds. ausgeschlossen (BGHSt 23, 119; Lackner/Kühl, § 211 Rn 7; Wessels/Hettinger, Rn 120; a.A. Kutzer, NStZ 1994, 110, 111).

In Fortführung einer früheren Entscheidung (RA 2008, 40 = NStZ 2008, 93) wendet der BGH auch in der vorliegenden Entscheidung bei der Tötung Bewusstloser dieselben Kriterien an, die er bei der Prüfung der heimtückischen Tötung von Kleinstkindern heranzieht. Da diese "konstitutionell arg- und wehrlos" sind, wird bei der Tötung von Kleinstkindern darauf abgestellt, dass der Täter die Arg- und Wehrlosigkeit eines schutzbereiten Dritten zur Tötung des Kindes ausnutzt (BGHSt 3, 220, 332; BGH, RA 2006, 294 = NStZ 2006, 338, 339; Fischer, § 21 Rn 43; Wessels/Hettinger, Rn 121). Dieselben Voraussetzungen prüft der BGH im vorliegenden Fall, wobei er allerdings betont, dass als schutzbereiter Dritter nur eine Person in Betracht komme, die den Schutz wirksam erbringen könne, wofür eine gewisse räumliche Nähe und eine überschaubare Anzahl der ihrem Schutz anvertrauten Menschen erforderlich seien. Diese Voraussetzungen seien jedoch sowohl bei einem Ehemann als auch bei einem behandelnden Arzt gegeben.

Auch mit dem Mordmerkmal der niedrigen Beweggründe setzt sich der BGH in dem vorliegenden Urteil auseinander. Nach herrschender Meinung ist ein Be-

weggrund 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 entscheiden (BGH, NStZ-RR 2003, 78; NStZ-RR 2006, 140; Fischer, § 211 Rn 16).

Niedrige Beweggründe sind z.B. dann gegeben, wenn der Täter sich selbst anmaßt, über Leben und Tod entscheiden zu können und ein Opfer tötet, weil er dessen Leben als minderwertig und lebensunwürdig betrachtet (BGHSt 47, 128, 132; Fischer, § 211 Rn 17). Die Angeklagte hatte sich zwar als Herrin über Leben und Tod aufgespielt, indem sie es sich angemaßt hatte, selbst zu beurteilen, wann die Opfer sterben sollten. Da sich jedoch nicht feststellen ließ, dass sie dies aus einer Geringschätzung der Opfer heraus tat, sondern sie vielmehr aufgrund des desolaten Gesundheitszustandes ihrer Opfer deren Zustand als nicht mehr lebenswert empfand und diese deshalb tötete, ging der BGH im vorliegenden Fall davon aus, dass ihre Motive sittlich nicht auf tiefster Stufe stünden und verneinte deshalb das Vorliegen niedriger Beweggründe.

Vertiefungshinweise:

☐ Zur heimtückischen Tötung Bewusstloser: *BGHSt* 23, 120; *BGH*, NStZ 1997, 491; RA 2008, 40 = NStZ 2008, 93; *Fahl*, JURA 1998, 456; *Kutzer*, NStZ 1994, 110; *Otto*, JURA 2003, 618; *Schmoller*, NStZ 1999, 398; *Spendel*, JZ 1997, 1186

☐ Zu niedrigen Beweggründen i.S.v. § 211 II 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"

☐ *Examenskurs*: "Koma"

Leitsätze (der Redaktion):

1. Eine heimtückische Tötung i.S.v. § 211 II StGB ist auch dann möglich, wenn der Täter die Arg- und Wehrlosigkeit schutzbereiter Dritter in feindlicher Willensrichtung zur Tötung ausnutzt. Schutzbereiter Dritter ist jede Person, die den Schutz eines Besinnungslosen vor Leib- und Lebensgefahr dauernd oder vorübergehend übernommen hat und diesen im Augenblick der Tat entweder tatsächlich ausübt oder es deshalb nicht tut, weil sie dem Täter vertraut. Voraussetzung ist jedoch, dass die Person den Schutz wirksam erbringen kann, wofür eine

gewisse räumliche Nähe und eine überschaubare Anzahl der ihrem Schutz anvertrauten Menschen erforderlich sind.

2. Eine die Heimtücke prägende Haltung im Sinne einer "feindlichen Willensrichtung" kann allerdings dann entfallen, wenn der Täter aus Mitleid handelt, um einem Todkranken schwerstes Leid zu ersparen. Eine solche Mitleidsmotivation ist jedoch dann nicht gegeben, wenn der Täter nur seine Vorstellung über Würde und Wert des Lebens eines sterbenden Menschen durchsetzen will.

3. Maßt es sich der Täter an, "Gott gleich über Leben und Tod" zu entscheiden, so stellt dies nicht unbedingt ein Handeln aus niedrigen Beweggründen dar.

Sachverhalt:

Die Angeklagte begann im Alter von 15 Jahren die von ihr gewünschte Ausbildung zur Krankenschwester. Nachdem sie bereits über 30 Jahre in diesem Beruf gearbeitet hatte, war sie ab 1994 auf der kardiologischen Intensivstation eines Berliner Universitätskrankenhauses tätig. Ihre Arbeit bedeutete ihr viel, sie war vor allem nach der Trennung von ihrem Ehemann im Jahre 1999, mit dem sie über 25 Jahre verheiratet gewesen war, ein erheblich stabilisierender Faktor für ihre Lebensgestaltung.

Auf der kardiologischen Intensivstation galt die Angeklagte auch aufgrund ihrer langjährigen Berufserfahrung als kompetent, sie wurde entsprechend respektiert. Im persönlichen Kontakt mit Pflegekräften oder Ärzten war sie jedoch introvertiert, wirkte zum Teil verschroben und fiel durch situationsunangemessenes Verhalten wie beständiges Pfeifen auf. Sie galt deswegen als Außenseiterin.

Bei morgendlichen Besprechungen der Pflegekräfte wurde die Aufteilung der meist schwerkranken Patienten organisiert. Dabei bemühte sich die Angeklagte besonders darum, für die Betreuung schwerstkranker Patienten eingeteilt zu werden, den damit verbundenen erhöhten pflegerischen Aufwand und die emotionale Belastung scheute sie nicht. Die zwanghaft perfektionistische und eigensinnige Angeklagte wollte sich eine Überforderung nicht eingestehen und lehnte Entlastungsvorschläge ab. Mechanismen, die der körperlich und emotional sehr starken Belastung der Pflegekräfte durch den dauernden Umgang mit schwerstkranken und sterbenden Patienten angemessen Rechnung getragen hätten, wie regelmäßige Besprechungen in ihrem Arbeitsbereich, Supervision oder psychologische Unterstützung, gab es im Krankenhaus nicht.

Dies kam dem Streben der Angeklagten nach Unabhängigkeit zwar entgegen, förderte aber ihre Neigung zur Selbstbezogenheit und zu überhöhten Selbstwertideen. Aufgrund einer narzisstischen Persönlichkeitsstörung war es ihr "nur schwer möglich, ... zwischen eigenen Stimmungen und der Gefühlssituation ihrer

Patienten zu differenzieren". Vielmehr übertrug sie ihre eigene Angst vor Schwäche und Hilflosigkeit auf die zu betreuenden Patienten. In den Jahren 2001, 2004 und 2005 schlug sie vereinzelt gegenüber Ärzten vor, die Behandlung von sterbenden Patienten einzustellen. Dies wurde weitgehend ignoriert und mit ihr nicht weiter besprochen. Einige Kollegen beobachteten gelegentliches "ruppig" Verhalten gegenüber Patienten.

Aufgrund ihrer Persönlichkeitsstruktur fühlte sie sich bei fünf moribunden Patienten, deren Dasein sie als nicht mehr lebenswert betrachtete, berufen, für sie die Entscheidung zu treffen, ihr Leben zu beenden. Hierzu spritzte sie den Patienten in Kenntnis der aufgrund der Vorerkrankungen tödlichen Wirkungen blutdrucksenkende Medikamente, zumeist Nipruss mit dem Wirkstoff Nitroprussidnatrium. Durch den starken Blutdruckabfall trat bei jedem der fünf Patienten der Tod früher ein, als dies ohne das Eingreifen der Angeklagten geschehen wäre. Dabei war sie weder von den Patienten noch von deren Angehörigen um Sterbehilfe gebeten worden.

Im Einzelnen kam es zu folgenden Tötungen:

a) Am 28. Juni 2005 kam der 66 Jahre alte Patient S auf die Station, weil er reanimiert werden musste. Während sich zwei Ärzte in der Reanimationsphase um eine Erhöhung des Blutdrucks bemühten, spritzte die Angeklagte S das kontraindizierte Medikament Nipruss. Dies führte zu einem schnelleren Eintritt des Todes.

b) Am 16. August 2006 betreute die Angeklagte den 77 Jahre alten Patienten A. Ihm wurde nur noch Morphium gegeben, damit er möglichst schmerzfrei sterben konnte. Er schrie seit einigen Stunden laut, ob vor Schmerzen, blieb unklar. Die Angeklagte äußerte einer anderen Krankenschwester gegenüber: "Man sollte das mal beenden." Sie spritzte ihm unbemerkt zunächst das stark sedierende Medikament Dormicum. Dadurch sank zwar der Blutdruck zunächst, stabilisierte sich dann aber wieder. Deswegen injizierte sie ihm Nipruss, unmittelbar danach verstarb der Patient.

c) Die 48 Jahre alte St aus Wolfenbüttel hatte sich zur Behandlung ihrer schweren Herzerkrankung in die Berliner Universitätsklinik begeben. Es stellte sich aber heraus, dass eine Therapie nicht möglich war, sie sollte nur noch palliativ behandelt werden. Deswegen wollte St nach Wolfenbüttel verlegt werden, um dort zu sterben. Ihr Ehemann hatte die Rückverlegung für den 20. September 2006 organisiert. Am Tag davor war St weder ansprechbar noch orientiert. Die Angeklagte überredete den Ehemann der Patientin, an diesem Tag später als geplant nach Hause zu fahren. Als er bei seiner Ehefrau am Bett saß, spritzte die Angeklagte ihr das kontraindizierte Medikament Nipruss. Das durch den Blutdruckabfall ausgelöste akustische Signal blockierte die Angeklagte. St verstarb alsbald.

d) Der 52 Jahre alte Patient W lag seit mehreren Wo-

chen im Koma und musste beatmet werden. Zu zahlreichen schweren Grunderkrankungen hatte er durch eine längere Unterversorgung mit Sauerstoff einen unumkehrbaren Hirnschaden erlitten. Immer wieder kam es bei ihm zu Blutdruckeinbrüchen, welche Reanimationsbemühungen erforderten. Auch am 26. September 2006 musste W durch kreislaufbeschleunigende Medikamente reanimiert werden. Während sich die Ärztin am Bett des Patienten hierum bemühte, spritzte die Angeklagte - von der Ärztin unbemerkt - das kontraindizierte Medikament Nipruss. Der Zustand des Patienten verschlechterte sich, weitere Reanimationsmaßnahmen unterließ die Ärztin im Hinblick auf die schlechte Prognose. Der Patient verstarb.

e) Am 2. Oktober 2006 lag der 62 Jahre alte Patient M im Endstadium einer Lungenkreberkrankung auf der Station. Seit einigen Tagen war er desorientiert und litt unter starker Luftnot. Da er zuvor verfügt hatte, dass er keine lebenserhaltenden Maßnahmen wünsche, war man zur Erleichterung des Sterbevorgangs nur noch um Schmerzlinderung bemüht. Die Angeklagte spritzte ihm das Medikament Dormicum, wie von ihr vorhergesehen, kam es zu einem Blutdruckabfall, der Patient verstarb.

Die sachverständig beratene Strafkammer ist davon ausgegangen, dass die Angeklagte an einer Persönlichkeitsstörung mit narzisstischen, zwanghaften und schizotypen Zügen (ICD-10 F 60.8) leide. Diese Störung sei aber im Hinblick auf die soziale Situation der Angeklagten nicht so ausgeprägt, dass sie bei den Taten zu einer relevanten Beeinträchtigung der Schuldfähigkeit führe.

Aus den Gründen:

1. Entscheidung des Landgerichts

[1] Das Landgericht hat die Angeklagte wegen Mordes in fünf Fällen zu einer lebenslangen Gesamtfreiheitsstrafe verurteilt, von weiteren fünf Mordvorwürfen hat es sie aus tatsächlichen Gründen freigesprochen. Eine besondere Schwere der Schuld, §§ 57a, 57b StGB, hat es nicht festgestellt. Gegen das Urteil wendet sich die Angeklagte mit ihrer auf die Sachrüge gestützten Revision, mit der sie die Verurteilung in einem von ihr bestrittenen Fall, die Annahme der Mordmerkmale sowie die Strafzumessung beanstandet. Das Rechtsmittel hat nur den aus dem Tenor ersichtlichen Erfolg und ist im Übrigen unbegründet. [...]

2. Zur Beweiswürdigung des Landgerichts

[15] Das Schwurgericht hat sich von der Täterschaft der Angeklagten in allen fünf Fällen auf der Grundlage einer rechtsfehlerfreien Beweiswürdigung überzeugt. Das gilt auch für den Fall des Patienten S, den die Angeklagte, anders als die übrigen Fälle, nicht eingestanden hat.

[16] Zwar konnte aufgrund der Ergebnisse der nach

der Exhumierung vorgenommenen Obduktion der Leiche wegen der weit fortgeschrittenen Fäulnis keine eindeutige Todesursache mehr festgestellt werden; ein nur krankheitsbedingter Todeseintritt war allein auf dieser Grundlage nicht auszuschließen. Seine Überzeugung vom Eingreifen der Angeklagten durch die Gabe des Medikaments Nipruss und den dadurch hervorgerufenen Tod hat die Schwurgerichtskammer aber auf eine umfassende Gesamtwürdigung weiterer tragfähiger Indizien gestützt. Maßgeblich war hierbei, dass in der Schädelkapsel der Leiche eine um ein Vielfaches erhöhte Konzentration von Cyanid nachgewiesen worden ist, welche auf eine Nitroprussidnatriumgabe kurz vor Todeseintritt zurückzuführen war. Aufgrund sorgfältiger Ermittlungen hat die Strafkammer die Verabreichung dieses Wirkstoffs durch andere behandelnde Personen ausgeschlossen. Gleiches gilt für andere Wirkstoffe, die im Körper zum Freisetzen von Cyanid führen, da diese auf der Station nicht vorhanden waren.

[17] Vor dem Hintergrund der vergleichbaren Vorgehensweise bei den anderen Tötungshandlungen, vor allem der Tötung des Patienten W, und dem Umstand, dass die Angeklagte zum Todeszeitpunkt Dienst hatte, ist der Schluss auf die Injektion von Nipruss durch die Angeklagte und auf den durch die kontraindizierte Wirkung dieses Medikaments beschleunigten Todeseintritt möglich und revisionsrechtlich nicht zu beanstanden (vgl. BGHSt 36, 1, 14).

3. Zur rechtlichen Würdigung des Landgerichts

[18] Die Feststellungen tragen die Annahme des Mordmerkmals der Heimtücke bei der Tötung der Patienten S, W und St. Die Bewertung, die Angeklagte habe bei jeder Tötung aus niedrigen Beweggründen gehandelt, hält hingegen rechtlicher Überprüfung nicht stand.

a. Zur heimtückischen Tötung

[19] Das Mordmerkmal der Heimtücke hat die Schwurgerichtskammer bei drei Tötungshandlungen entgegen der Auffassung der Revision rechtsfehlerfrei bejaht.

aa. Zur maßgeblichen Person für die Arg- und Wehrlosigkeit

[20] Zu Recht hat das Landgericht für die Frage der Heimtücke nicht auf die Arg- und Wehrlosigkeit der getöteten Patienten, sondern auf die mit keinem Angriff auf das Leben der Patienten rechnenden schutzbereiten Dritten abgestellt. Nicht nur der Patient W, der sich bereits seit geraumer Zeit im Koma befand, sondern auch der zu reanimierende Patient S und die nicht orientierte und unansprechbare Patientin St waren aufgrund ihres Zustands zu keinerlei Argwohn und Gegenwehr fähig.

[21] Schutzbereiter Dritter ist jede Person, die den

Schutz eines Besinnungslosen vor Leib- und Lebensgefahr dauernd oder vorübergehend übernommen hat und diesen im Augenblick der Tat entweder tatsächlich ausübt oder es deshalb nicht tut, weil sie dem Täter vertraut (BGHSt 8, 216, 219; BGH NStZ 2006, 338, 339 f.). Voraussetzung ist jedoch, dass die Person den Schutz wirksam erbringen kann, wofür eine gewisse räumliche Nähe und eine überschaubare Anzahl der ihrem Schutz anvertrauten Menschen erforderlich sind (BGH NStZ 2008, 93).

bb. Zum Ehemann als schutzbereitem Dritten

[22] Der Ehemann der Patientin St war in diesem Sinne ein schutzbereiter Dritter. Er kümmerte sich um seine Frau, offen geführte Angriffe auf ihr Leben hätte er bemerkt, er wäre diesen entgegengetreten. Er konnte jedoch den Angriff auf das Leben seiner Frau nicht abwehren, da er wegen seines Vertrauens auf Hilfe nicht mit einem Angriff durch die Angeklagte rechnete. Dass die Angeklagte den tödlichen Angriff, den sie durch Abschalten des akustischen Warnsignals weiter verschleierte, auch in Abwesenheit des Ehemannes hätte durchführen können, ändert nichts daran, dass sie zur konkreten Tatbegehung die Arglosigkeit und die daraus resultierende Wehrlosigkeit des Ehemannes ausgenutzt hat.

cc. Zu behandelnden Ärzten als schutzbereite Dritte

[23] Zutreffend hat das Landgericht die die Reanimation bei den Patienten S und W durchführenden Ärzte als schutzbereite Dritte angesehen. Aufgrund der unmittelbaren räumlichen Nähe und der Konzentration auf den Patienten in der Reanimationsphase wären sie zum wirksamen Schutz in der Lage gewesen. Tatsächlich konnten sie aber dem tödlichen Übergriff nicht begegnen, da sie mit keinen Angriffen durch die Angeklagte auf das Leben ihrer Patienten rechneten. Eine positive Vorstellung der Ärzte von Angriffen der Angeklagten auf die Patienten liegt trotz ihrer vereinzelt Vorschläge zum Behandlungsabbruch bei sterbenden Patienten fern. Die Angeklagte wusste vielmehr, dass die Ärzte ihr gegenüber arglos waren, und nutzte dies für ihr Vorgehen aus.

dd. Zum Vorliegen einer feindlichen Willensrichtung

[24] Eine die Heimtücke prägende Haltung kann allerdings dann entfallen, wenn der Täter aus Mitleid handelt, um einem Todkranken schwerstes Leid zu ersparen (vgl. BGHR StGB § 211 Abs. 2 Heimtücke 14; BGH NStZ 2008, 93). Die Angeklagte handelte nach den Feststellungen aber nicht aus individuellem Mitleid mit den schwerkranken Patienten, vielmehr wollte sie ihre Vorstellung über Würde und Wert des Lebens eines sterbenden Menschen durchsetzen. Ein Ausnahmefall, in dem die Heimtücke aus besonderen subjektiven Gründen zu verneinen wäre - üblicherweise als Fehlen einer feindlichen Willensrichtung be-

zeichnet (vgl. hierzu Schneider in MüKo, StGB § 211 Rdn. 144 ff.) - liegt mithin nicht vor.

b. Zum Fehlen niedriger Beweggründe

[25] Dagegen hält die Wertung der Schwurgerichtskammer, die Angeklagte habe in allen Fällen aus niedrigen Beweggründen gehandelt, auch einer eingeschränkten revisionsrechtlichen Überprüfung (vgl. BGH NStZ 2006, 284, 285; NStZ-RR 2006, 340) nicht stand.

[26] Ein Tötungsbeweggrund ist niedrig, wenn er nach allgemeiner sittlicher Würdigung auf tiefster Stufe steht und deshalb - in deutlich weiterreichendem Maße als bei einem Totschlag - verachtenswert ist. Ob dies der Fall ist, beurteilt sich auf Grund einer Gesamtwürdigung, welche die Umstände der Tat, die Lebensverhältnisse des Täters und seine Persönlichkeit einschließt (BGHSt 35, 116, 127; 47, 128, 130; BGHR StGB § 211 Abs. 2 niedrige Beweggründe 23 und 39).

[27] Eine solche Gesamtwürdigung stellt die Schwurgerichtskammer jedoch nicht an. Ihre Bewertung beruht auf der pauschalen Gleichsetzung der "Anmaßung, Gott gleich über Leben und Tod" entscheiden zu wollen, mit einem Handeln aus niedrigen Beweggründen. Dieser Umstand begründet aber für sich genommen kein über § 212 StGB hinausgehendes Unwerturteil (vgl. hierzu Fischer, StGB 55. Aufl. § 211 Rdn. 17).

[28] Dieses lässt sich auch den getroffenen Feststellungen nicht entnehmen. Danach hat die Angeklagte zwar durch die Taten ihren Opfern den Lebenswert aberkannt. Ihr Handeln war aber nicht davon motiviert, dass sie dieses fremde Leben ohne weiteren Anlass grundsätzlich als minderwertig betrachtete (vgl. hierzu BGHSt 47, 128, 132), sondern wurde ausgelöst durch den bereits durch den nahenden Tod gezeichneten Zustand der Opfer. Die Motivation der Angeklagten beruhte - auch vor dem Hintergrund ihrer langjährigen Erfahrung als Intensivkrankenschwester - auf der Überzeugung, dass Leben in einem derart desolaten moribunden Zustand, in dem sich die betreffenden Patienten befanden, nicht mehr lebenswert sei. Als Folge ihrer Selbstüberhöhung fühlte sie sich berufen, die von ihr als richtig erachtete Lebensbeendigung durch Tö-

tung herbeizuführen. Dies wurde zudem begünstigt durch den "unverschuldeten Anteil ihrer Persönlichkeitsstruktur", was das Landgericht bei der Verneinung der besonderen Schuldschwere, nicht aber bei der Bewertung ihres Handlungsmotivs berücksichtigt hat. Solches Handeln ist zwar als Totschlag und in den Fällen S, St und W sogar als Heimtückemord zu bewerten, aber nicht darüber hinausgehend als besonders verachtenswert und als nach allgemeiner sittlicher Wertung auf tiefster Stufe stehend anzusehen.

[29] Die von der Schwurgerichtskammer daneben spekulativ angestellte Erwägung ("mag"), die Angeklagte könne auch durch eine "egoistische Suche nach intensiven Erlebnissen" sowie aufgrund ihres zwanghaften Perfektionismus dazu bewogen worden sein, "die Entscheidung über Leben und Tod zu dem von ihr als passend angesehenen Zeitpunkt an sich zu reißen" muss bei der Bewertung unbeachtet bleiben, da dies nicht sicher festgestellt werden konnte.

3. Änderung des Schuldspruchs und neue Strafzumessung

[30] Der Schuldspruch wegen der Tötung der Patienten S, W und St wird von der unzutreffenden Annahme der niedrigen Beweggründe nicht berührt, da das Mordmerkmal der Heimtücke vorliegt. Die Umstände, die die Bewertung der Motive der Angeklagten als niedrig hindern, haben aber andererseits nicht annähernd das Gewicht außergewöhnlicher Schuldminderungsgründe, die im Rahmen der Rechtsfolgenlösung (BGHSt 30, 105) ausnahmsweise eine Strafrahmenverschiebung ermöglichen.

[31] Bei der Tötung der Patienten A und M hat die Angeklagte auf der Grundlage der rechtsfehlerfreien Feststellungen kein Mordmerkmal verwirklicht. Der Senat schließt aus, dass ergänzende, ein Mordmerkmal tragende Feststellungen noch getroffen werden können. Er stellt deswegen den Schuldspruch entsprechend um. Damit entfällt die lebenslange Freiheitsstrafe als Einzelstrafe in zwei Fällen, der Senat erkennt stattdessen - auch um dieses Verfahren sofort abzuschließen und im Hinblick auf die verbleibende lebenslange Freiheitsstrafe - auf die niedrigste Strafe aus dem Strafrahmen des § 212 Abs. 1 StGB.

Urteile in Fallstruktur

Standort: Öffentliches Recht

Problem: Automatische Kennzeichenerfassung

BVERFG, URTEIL VOM 11.03.2008
1 BvR 2074/05; 1 BvR 1254/07
(DVBL 2008, 575)

Problemdarstellung:

Das BVerfG hatte über die Zulässigkeit der automatischen Kennzeichenerfassung zu entscheiden, wie sie im Polizei- und Ordnungsrecht einiger Bundesländer (hier: Hessen und Schleswig-Holstein) neuerdings zugelassen ist. Folgende Probleme stellten sich:

A. In formeller Hinsicht ist zunächst die Gesetzgebungskompetenz der Länder zweifelhaft, wenn und soweit die infolge der automatischen Kennzeichenerfassung gewonnenen Daten (auch) zu repressiven Zwecken genutzt werden können. Der Bund verfügt über eine konkurrierende Gesetzgebungskompetenz zur Regelung der Strafverfolgung aus Art. 74 I Nr. 1 GG, und die Regelungen der StPO könnten abschließend sein mit der Folge, dass den Ländern keine Lücke i.S.d. Art. 72 I GG bliebe. Diese Frage hat das BVerfG explizit offengelassen (vgl. aber die Anm. in der Falllösung).

B. In materieller Hinsicht könnte das Grundrecht der Fahrer und Halter von KfZ auf informationelle Selbstbestimmung aus Art. 2 I i.V.m. 1 I GG verletzt sein. Einen Eingriff in den Schutzbereich desselben nimmt das BVerfG (nur) an, wenn das automatisch ermittelte und mit dem Fahndungsbestand verglichene Kennzeichen zu einem "Treffer" führt, weil dann weitere Maßnahmen folgen können (Ermittlung der Identität von Fahrer und Halter, Sicherstellung des KfZ usw.), nicht hingegen, wenn es sich um ein bislang nicht auffällig gewordenes Kennzeichen handelt und der ermittelte Datensatz deshalb in Sekundenbruchteilen wieder gelöscht wird.

Soweit ein Eingriff vorliegt, erklärt das BVerfG jedenfalls die angegriffenen Regelungen aus Hessen und Schleswig-Holstein für verfassungswidrig. Sie verstießen schon gegen den Bestimmtheitsgrundsatz, weil weder Anlass noch Zweck der Datenerhebung gesetzlich normiert seien. Außerdem seien sie gerade wegen der Weite möglicher Anlässe und Folgen für die Betroffenen auch unverhältnismäßig.

C. Die im vorliegenden Fall erhobene Verfassungsbeschwerde war übrigens zulässig, obwohl die Bf. entgegen § 90 I BVerfGG nicht unmittelbar durch das angegriffene Gesetz betroffen wurden, sondern allen-

falls potenziell durch einen Vollzugsakt (das Erfassen des Kennzeichens). Die Beschwerdebefugnis ist aber auch bei einer direkt gegen ein vollziehungsbedürftiges Gesetz gerichteten Verfassungsbeschwerde gegeben, wenn der Bf. den Rechtsweg gegen einen Vollzugsakt nicht beschreiten kann, weil er keine Kenntnis von der Maßnahme erlangt (BVerfGE 30, 1, 16; 67, 157, 169; 100, 313, 354; 109, 279, 306; 113, 348, 362). Gleiches gilt, soweit eine nachträgliche Bekanntgabe zwar vorgesehen ist, von ihr aber aufgrund weitreichender Ausnahmetatbestände auch langfristig abgesehen werden kann. Unter diesen Umständen wäre effektiver fachgerichtlicher Rechtsschutz gegen den Vollzugsakt nämlich nicht möglich (vgl. BVerfGE 109, 279, 307; 113, 348, 362). So lag es hier, denn die Kennzeichenerfassung erfolgt heimlich, und eine Mitteilung an den Betroffenen unterbleibt in aller Regel.

Prüfungsrelevanz:

Die automatisierte Erfassung von Kfz-Kennzeichen wird nicht nur juristisch, sondern auch gesellschaftlich kontrovers diskutiert. Die vorliegende BVerfG-Entscheidung besitzt daher enorme Prüfungsrelevanz. Man darf sie allerdings nicht so missverstehen, dass das BVerfG eine automatisierte Erfassung von Kfz-Kennzeichen generell für unzulässig hält. Vielmehr hat das BVerfG in einem "obiter dictum" z.B. die in Brandenburg bestehende Regelung ausdrücklich gelobt. § 36a BbgPolG lautet (Auszug):

Anlassbezogene automatische Kennzeichenfahndung
(1) Die Polizei kann die Kennzeichen von Fahrzeugen ohne Wissen der Person durch den Einsatz technischer Mittel automatisiert erheben, wenn

1. dies zur Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr für Leib oder Leben einer Person erforderlich ist,
2. dies zur Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr erforderlich ist und die Voraussetzungen für eine Identitätsfeststellung nach § 12 Abs. 1 Nr. 2 bis 4 vorliegen oder
3. eine Person oder ein Fahrzeug nach § 36 Abs. 1 und 1a polizeilich ausgeschrieben wurde und Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass die für die Ausschreibung relevante Begehung von Straftaten unmittelbar bevorsteht.

(2) Die erhobenen Daten können mit zur Abwehr der Gefahr nach Absatz 1 gespeicherten polizeilichen Daten automatisch abgeglichen werden. Bei Datenüber-

einstimmung können die Daten polizeilich verarbeitet und im Falle des Absatzes 1 Nr. 3 zusammen mit den gewonnenen Erkenntnissen an die ausschreibende Stelle übermittelt werden. Andernfalls sind sie unverzüglich zu löschen.

Hier werden alle Mängel vermieden, die zur Verfassungswidrigkeit der hessischen und schleswig-holsteinischen Regelungen führten, denn Anlass und Zweck der Datenerhebung (Gefahrenabwehr) werden hinreichend bestimmt normiert, und die strengen Voraussetzungen einer solchen Datenerhebung führen zugleich zu ihrer Verhältnismäßigkeit. Generell gilt: Je weiter die Verwendungsmöglichkeiten der Daten, umso enger müssen ihre gesetzlichen Erhebungsvoraussetzungen gefasst sein (und umgekehrt).

Im Übrigen erledigt sich durch die Beschränkung auf präventive Zwecke auch das offen gelassene Problem mit der Gesetzgebungskompetenz der Länder.

Vertiefungshinweise:

Videoüberwachung öffentlicher Plätze: *BVerfG*, RA 2007, 392 = NVwZ 2007, 688; *VGH Mannheim*, NVwZ 2004, 498; *VG Karlsruhe*, RA 2002, 115 = NVwZ 2002, 117

Informationelle Selbstbestimmung und Rasterfahndung: *OLG Düsseldorf*, RA 2002, 317 = NVwZ 2002, 629; *OLG Frankfurt/Main*, RA 2002, 317 = NVwZ 2002, 626

Großer Lauschangriff nach §§ 100c ff. StPO: *BVerfG*, RA 2007, 493 = NJW 2007, 2753; *BVerfGE* 109, 279 = RA 2004, 153 ff. und 280 ff.

Lauschangriff zu präventiven Zwecken: *Benfer*, NVwZ 1999, 237; *Braun*, NVwZ 2000, 375

Kursprogramm:

Examenskurs : "Reiten im Walde"

Leitsätze:

1. Eine automatisierte Erfassung von Kraftfahrzeugkennzeichen zwecks Abgleichs mit dem Fahndungsbestand greift dann, wenn der Abgleich nicht unverzüglich erfolgt und das Kennzeichen nicht ohne weitere Auswertung sofort und spurlos gelöscht wird, in den Schutzbereich des Grundrechts auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG) ein.

2. Die verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Ermächtigungsgrundlage richten sich nach dem Gewicht der Beeinträchtigung, das insbesondere von der Art der erfassten Informationen, dem Anlass und den Umständen ihrer Erhebung, dem betroffenen Personenkreis und der Art der Verwertung der Daten beeinflusst wird.

3. Die bloße Benennung des Zwecks, das Kraftfahrzeugkennzeichen mit einem gesetzlich nicht näher

definierten Fahndungsbestand abzugleichen, genügt den Anforderungen an die Normenbestimmtheit nicht.

4. Die automatisierte Erfassung von Kraftfahrzeugkennzeichen darf nicht anlasslos erfolgen oder flächendeckend durchgeführt werden. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne ist im Übrigen nicht gewahrt, wenn die gesetzliche Ermächtigung die automatisierte Erfassung und Auswertung von Kraftfahrzeugkennzeichen ermöglicht, ohne dass konkrete Gefahrenlagen oder allgemein gesteigerte Risiken von Rechtsgutgefährdungen oder -verletzungen einen Anlass zur Einrichtung der Kennzeichenerfassung geben. Die stichprobenhafte Durchführung einer solchen Maßnahme kann gegebenenfalls zu Eingriffen von lediglich geringerer Intensität zulässig sein.

Sachverhalt:

Das Polizeirecht des Bundeslandes Hessen (H) enthält in § 14 V HSOG folgende Regelung:

"Die Polizeibehörden können auf öffentlichen Straßen und Plätzen Daten von Kraftfahrzeugkennzeichen zum Zwecke des Abgleichs mit dem Fahndungsbestand automatisiert erheben. Daten, die im Fahndungsbestand nicht enthalten sind, sind unverzüglich zu löschen."

Bei dieser automatisierten Kennzeichenerfassung werden die Fahrzeuge zunächst von einer Videokamera optisch erfasst. Mit Hilfe von Software wird aus dem Bild das Kennzeichen ausgelesen und automatisch mit polizeilichen Fahndungsdateien abgeglichen. Ist es in diesen Dateien enthalten, wird eine Treffermeldung ausgegeben. Es werden dann das Kennzeichen sowie weitere Informationen festgehalten, etwa Ort und Zeit der Treffermeldung, und es können sich polizeiliche Maßnahmen anschließen, wie das Anhalten des Fahrzeugs. Ist das Kennzeichen nicht im Fahndungsbestand enthalten, werden das Bild und das erfasste Kennzeichen umgehend gelöscht. Die Erfassungsgeräte können stationär oder mobil eingesetzt werden.

Mit seiner Verfassungsbeschwerde rügt der Beschwerdeführer (Bf.) eine Verletzung seines allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG durch § 14 V SOG.

Zu Recht?

Lösung:

Der Bf. hat Recht, sofern ein nicht gerechtfertigter Eingriff in den Schutzbereich seines Grundrechts aus Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG vorliegt.

A. Schutzbereich betroffen

Fraglich ist zunächst, ob die automatisierte Erfassung

von Kfz-Kennzeichen den Schutzbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG berührt. Diese Kombination aus allgemeiner Handlungsfreiheit und Menschenwürde schützt die freie Entfaltung der Persönlichkeit in verschiedenen Lebensbereichen.

I. Recht auf informationelle Selbstbestimmung

Einer dieser Lebensbereiche ist die informationelle Selbstbestimmung:

“[63] Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung trägt Gefährdungen und Verletzungen der Persönlichkeit Rechnung, die sich für den Einzelnen, insbesondere unter den Bedingungen moderner Datenverarbeitung, aus informationsbezogenen Maßnahmen ergeben (vgl. BVerfGE 65, 1 [42]; 113, 29 [46]; 115, 166 [188]; 115, 320 [341 f.]; BVerfG, NJW 2007, 2464 [2465 f.]).”

II. Erstreckung der Datenerhebung auf die Person

Die vorliegend angegriffene Norm ermächtigt zwar nicht zur Erhebung von Daten über Personen, sondern nur zur Ermittlung von Kfz-Kennzeichen. Somit könnte zweifelhaft sein, ob die im o.g. Rahmen grundrechtlich garantierte freie Entfaltung der Persönlichkeit überhaupt tangiert wird. Das BVerfG sieht aber einen so engen Bezug zur Person des Kfz-Fahrers bzw. -halters, dass der Schutzbereich gleichwohl betroffen ist:

“[71] Mit der Kennzeichenerfassung soll mindestens die Information erhoben werden, dass das Fahrzeug mit dem erfassten Kennzeichen im Zeitpunkt der Erfassung den Standort des Aufnahmegeräts passiert hat. § 14 Abs. 5 HSOG verfolgt dieses Ziel mit der Ermächtigung zur Erhebung von “Daten von Kraftfahrzeugkennzeichen”. [...] Die Information, dass sich ein Fahrzeug mit einem bestimmten Kennzeichen zu einem bestimmten Zeitpunkt an einem bestimmten Ort befunden hat, hat einen Bezug zu der Person desjenigen Kraftfahrzeughalters, auf den das Fahrzeug zugelassen oder an den es veräußert wurde.

[72] Die Information, dass ein Fahrzeug mit einem bestimmten Kennzeichen den Erfassungsstandort passiert hat, enthält ferner, etwa wenn das Fahrzeug in der Folge angehalten wird und die Insassen kontrolliert werden, einen Bezug zu derjenigen Person, die das Fahrzeug im Erfassungszeitpunkt gefahren hat sowie gegebenenfalls zu den weiteren Fahrzeuginsassen.”

B. Eingriff

Fraglich ist ferner, ob ein Eingriff in das Grundrecht des Bf. vorliegt. Unter einem Eingriff ist jede spürbare Verkürzung des Schutzbereichs zu verstehen. Lediglich Bagatellen genügen ebensowenig wie vorbereitende Maßnahmen oder lediglich in Zukunft drohende Eingriffe. Letzteres könnte hier der Fall sein. Der Bf. kann nicht behaupten, dass schon einmal seine Daten erfasst und verarbeitet worden seien. Er wendet sich

vielmehr gegen ein Gesetz, das dies ermöglicht.

I. Erstreckung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung auf Gefährdungslagen

Das BVerfG geht allerdings davon aus, dass das Recht auf informationelle Selbstbestimmung bereits vor der Gefahr konkreter Datenerfassung schützt, also nicht voraussetzt, dass eine solche bereits erfolgt ist:

“[63] Dieses Recht flankiert und erweitert den grundrechtlichen Schutz von Verhaltensfreiheit und Privatheit; es lässt ihn schon auf der Stufe der Persönlichkeitsgefährdung beginnen.

[64] Eine derartige Gefährdungslage kann bereits im Vorfeld konkreter Bedrohungen von Rechtsgütern entstehen. Mittels elektronischer Datenverarbeitung sind Einzelangaben über persönliche oder sachliche Verhältnisse einer Person unbegrenzt speicherbar und jederzeit und ohne Rücksicht auf Entfernungen in Sekundenschnelle abrufbar. Sie können darüber hinaus mit anderen Datensammlungen zusammengefügt werden, wodurch vielfältige Nutzungs- und Verknüpfungsmöglichkeiten entstehen (vgl. BVerfGE 65, 1 [42]; 115, 320 [342]). Dadurch können weitere Informationen erzeugt und so Schlüsse gezogen werden, die sowohl die grundrechtlich geschützten Geheimhaltungsinteressen des Betroffenen beeinträchtigen als auch anschließende Eingriffe in seine Verhaltensfreiheit nach sich ziehen können (vgl. BVerfGE 65, 1 [42]; 113, 29 [45 f.]; 115, 320 [342]; BVerfG, NJW 2007, S. 2464 [2466]). Eine weitere Besonderheit des Eingriffspotentials von Maßnahmen der elektronischen Datenverarbeitung liegt in der Menge der verarbeitbaren Daten, die auf konventionellem Wege gar nicht bewältigt werden könnte. Der mit solchen technischen Möglichkeiten einhergehenden gesteigerten Gefährdungslage entspricht der hierauf bezogene Grundrechtsschutz (vgl. BVerfGE 65, 1 [42]; 113, 29 [45 f.]; 115, 320 [342]).”

II. Differenzierung: Treffer oder Nichttreffer

Wenn das BVerfG den Grundrechtsschutz aber bereits auf Gefährdungslagen erstreckt, dann ist es nur konsequent, in solchen Gefährdungen grds. bereits einen Eingriff zu erblicken. Fraglich ist allerdings, ob jeder Fall der Datenerhebung bereits eine derart hinreichende Gefährdung der einzelnen Person in ihren Grundrechten bedeutet. Das BVerfG differenziert insoweit zwischen dem Trefferfall und dem Nichttrefferfall:

1. Trefferfall

Für den Fall, dass die Kennzeichenerhebung und der ihr folgende Datenabgleich einen Treffer ergeben, liegt ein Eingriff vor:

“[65] Auch dann, wenn die Erfassung eines größeren Datenbestandes letztlich nur Mittel zum Zweck für eine weitere Verkleinerung der Treffermenge ist, kann bereits in der Informationserhebung ein Eingriff lie-

gen, soweit sie die Informationen für die Behörden verfügbar macht und die Basis für einen nachfolgenden Abgleich mit Suchkriterien bildet (vgl. BVerfGE 100, 313 [366 mit 337, 380]; 115, 320 [343]). Maßgeblich ist, ob sich bei einer Gesamtbetrachtung mit Blick auf den durch den Überwachungs- und Verwendungszweck bestimmten Zusammenhang das behördliche Interesse an den betroffenen Daten bereits derart verdichtet hat, dass ein Betroffensein in einer einen Grundrechtseingriff auslösenden Qualität zu bejahen ist (vgl. BVerfGE 115, 320 [343]).

[66] Der Schutzzumfang des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung beschränkt sich 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 seinem Ziel und den bestehenden Verarbeitungs- und Verknüpfungsmöglichkeiten, grundrechtserhebliche Auswirkungen auf die Privatheit und Verhaltensfreiheit des Betroffenen haben. Insofern gibt es unter den Bedingungen der elektronischen Datenverarbeitung kein schlechthin, also ungeachtet des Verwendungskontextes, belangloses personenbezogenes Datum mehr (vgl. BVerfGE 65, 1 [45]; BVerfG, NJW 2007, S. 2464 [2466]).

[67] Auch entfällt der grundrechtliche Schutz nicht schon deshalb, weil die betroffene Information öffentlich zugänglich ist - wie es für Kraftfahrzeugkennzeichen, die der Identifizierung dienen, sogar vorgeschrieben ist (§ 23 Abs. 1 Satz 3 StVO). Auch wenn der Einzelne sich in die Öffentlichkeit begibt, schützt das Recht der informationellen Selbstbestimmung dessen Interesse, dass die damit verbundenen personenbezogenen Informationen nicht im Zuge automatisierter Informationserhebung zur Speicherung mit der Möglichkeit der Weiterverwertung erfasst werden (vgl. BVerfG, NVwZ 2007, 688 [690]). [...]

[69] [Somit] kommt es zu einem Eingriff in das Grundrecht, wenn ein erfasstes Kennzeichen im Speicher festgehalten wird und gegebenenfalls Grundlage weiterer Maßnahmen werden kann. Darauf vor allem ist die Maßnahme gerichtet, wenn das Kraftfahrzeugkennzeichen im Fahndungsbestand aufgefunden wird (sog. Trefferfall). Ab diesem Zeitpunkt steht das erfasste Kennzeichen zur Auswertung durch staatliche Stellen zur Verfügung und es beginnt die spezifische Persönlichkeitsgefährdung für Verhaltensfreiheit und Privatheit, die den Schutz des Grundrechts auf informationelle Selbstbestimmung auslöst."

2. Nichttrefferfall

Für den Fall, dass die Kennzeichenerfassung nicht zu einem Treffer führt, handelt es sich bei der Datenerhebung hingegen lediglich um eine Bagatelle, die keinen Eingriff darstellt:

"[68] Andererseits begründen Datenerfassungen kei-

nen Gefährdungstatbestand, soweit Daten unmittelbar nach der Erfassung technisch wieder spurlos, anonym und ohne die Möglichkeit, einen Personenbezug herzustellen, ausgesondert werden (vgl. auch BVerfGE 100, 313 [366]; 107, 299 [328]; 115, 320 [343]). Zu einem Eingriff in den Schutzbereich des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung kommt es daher in den Fällen der elektronischen Kennzeichenerfassung dann nicht, wenn der Abgleich mit dem Fahndungsbestand unverzüglich vorgenommen wird und negativ ausfällt (sog. Nichttrefferfall) sowie zusätzlich rechtlich und technisch gesichert ist, dass die Daten anonym bleiben und sofort spurlos und ohne die Möglichkeit, einen Personenbezug herzustellen, gelöscht werden."

III. Zwischenergebnis

Soweit die automatisierte Erfassung der Kfz-Kennzeichen und ihr Abgleich mit dem Fahndungsbestand einen Treffer ergeben, die Daten also gespeichert werden und als Anlass für weitere Maßnahmen dienen können, liegt bereits in ihrer durch § 14 V HSOG legitimierte Erhebung ein Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung. Soweit es hingegen nicht zu einem Treffer kommt, liegt kein Grundrechtseingriff vor.

C. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Fraglich ist, ob sich der Eingriff, soweit er vorliegt, verfassungsrechtlich rechtfertigen lässt. Dann müsste er von den Schranken des Grundrechts gedeckt sein.

I. Schranken

Das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung ist - anders als die Menschenwürde aus Art. 1 I 1 GG - nicht schrankenlos gewährleistet. Es unterliegt namentlich den Schranken des Art. 2 I GG, und hier insbesondere der verfassungsmäßigen Ordnung. Unter der "verfassungsmäßigen Ordnung" ist grundsätzlich jeder Rechtssatz zu verstehen, also ein Gesetz ebenso wie eine Rechtsverordnung, Satzung oder Gewohnheitsrecht. Allerdings verstärkt Art. 1 I 1 GG beim allgemeinen Persönlichkeitsrecht in Gestalt des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung den Grundrechtsschutz aus Art. 2 I GG, sodass in dieser Konstellation gerade nicht jeder Rechtssatz genügt, sondern nach st.Rspr. des BVerfG nur ein Parlamentsgesetz als taugliche Schranke in Betracht kommt:

"[75] Der Einzelne muss jedoch nur solche Beschränkungen seines Rechts hinnehmen, die auf einer verfassungsmäßigen gesetzlichen Grundlage beruhen."

§ 14 V HSOG ist ein Parlamentsgesetz, kommt also grds. als taugliche Schranke in Betracht.

II. Schranken-Schranken

Fraglich ist jedoch, ob die Norm auch den übrigen Anforderungen des Grundgesetzes an ein Gesetz genügt.

1. Formelle Verfassungsmäßigkeit

In formeller Hinsicht stellt sich insbesondere die Frage nach der Gesetzgebungskompetenz des Landes. Diese ergibt sich grds. aus Art. 70 GG. Für den Bereich der Gefahrenabwehr bleibt es in Ermangelung einer spezielleren Bundeskompetenz auch dabei. Für den Bereich der Strafverfolgung gibt Art. 74 I Nr. 1 GG dem Bund allerdings eine (konkurrierende) Gesetzgebungskompetenz. Den Ländern verbleibt danach nur eine eigene Kompetenz, wenn und soweit der Bund von seinem Recht zur Gesetzgebung keinen Gebrauch gemacht hat, Art. 72 II GG. Vielfach werden die auf einen "Treffer" bei der Kennzeichenerfassung folgenden Maßnahmen repressiver Natur sein, etwa wenn sich herausstellt, dass das Fahrzeug gestohlen worden ist. Das BVerfG hat die Kompetenzfrage in seinem Urteil nicht entschieden, sie auch nicht erörtert, sondern lediglich in einem Ergebnissatz offen gelassen:

"[179] Ob die Länder zur Regelung der automatisierten Erfassung der Kraftfahrzeugkennzeichen im Rahmen der konkurrierenden Gesetzgebung überhaupt befugt wären, braucht vorliegend allerdings nicht entschieden zu werden, da die angegriffenen Regelungen schon aus anderen Gründen verfassungswidrig sind."

[Anm. 1: In einen Gutachten müsste hingegen Farbe bekannt werden, zumal über die Gesetzgebungskompetenz von den Beteiligten vor dem BVerfG gestritten worden ist. Da § 14 V HSOG zum Verwendungszweck der durch die Erfassung der Kfz-Kennzeichen gewonnenen Daten keine Angaben macht, es also seinem Wortlaut nach nicht ausschließt, sie auch zu repressiven Zwecken zu benutzen, dies vielfach auch nahe liegen wird und sich auch aus den Motiven des Gesetzgebers keine gegenteilige Annahme ergibt, spricht Vieles gegen eine Gesetzgebungskompetenz des Landes. Denn die StPO enthält eine Reihe von Vorschriften über Datenerhebungen und ihre Folgen, speziell auch über die Sicherstellung und Rückgabe durch Straftaten erlangter Kraftfahrzeuge (§§ 94, 111k StPO) sowie das weitere Procedere beim Auffinden eines gestohlenen Fahrzeugs (§ 152 II, § 163 I 1 StPO), die als abschließend angesehen werden könnten. Eine Landesgesetzgebungskompetenz nach Art. 72 I GG wäre dann gesperrt.

Allerdings lässt sich auch das Gegenteil vertreten, jedenfalls dann, wenn man die Norm wegen ihrer systematischen Stellung in Gefahrenabwehrrecht (SOG) in verfassungskonformer Auslegung auf präventive Zwecke reduziert. Dass sich solche zumindest auch denken lassen (z.B. Verhinderung weiterer Straftaten mit gestohlenen Kfz), steht außer Frage.]

[Anm. 2: Von den Beteiligten nicht angesprochen worden - und deshalb in einem Gutachten allenfalls eine kurze, klarstellende Erwähnung wert - ist hier die konkurrierende Bundeskompetenz für den Straßenverkehr

aus Art. 74 I Nr. 22 GG, denn diese erfasst nur die Regelung des Straßenverkehrs selbst (etwa durch StVG und StVO), nicht aber Eingriffe zu anderen (präventiven oder repressiven) Zwecken in den Straßenverkehr.]

2. Materielle Verfassungsmäßigkeit

Fraglich ist, ob § 14 V HSOG nicht jedenfalls materiell verfassungswidrig ist.

a. Bestimmtheitsgrundsatz

Zunächst kommt ein Verstoß gegen den Bestimmtheitsgrundsatz in Betracht.

aa. Anforderungen an die Bestimmtheit (Normenklarheit)

"[94] Das Bestimmtheitsgebot 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 eine wirksame Rechtskontrolle durchführen können. Ferner erlauben die Bestimmtheit und Klarheit der Norm, dass der betroffene Bürger sich auf mögliche belastende Maßnahmen einstellen kann (vgl. BVerfGE 110, 33 [52 ff.]; 113, 348 [375 ff.]). Der Gesetzgeber 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, NJW 2007, S. 2464 [2466]).

[95] Das Bestimmtheitsgebot steht in enger Beziehung zum Parlamentsvorbehalt (vgl. BVerfGE 56, 1 [13]; 83, 130 [152]). Dieser soll sicherstellen, dass Entscheidungen von solcher Tragweite aus einem Verfahren hervorgehen, das der Öffentlichkeit Gelegenheit bietet, ihre Auffassungen auszubilden und zu vertreten, und die Volksvertretung dazu anhält, Notwendigkeit und Ausmaß von Grundrechtseingriffen in öffentlicher Debatte zu klären (vgl. BVerfGE 85, 386 [403 f.]; 108, 282 [312]). Die konkreten Anforderungen an die Bestimmtheit und Klarheit der Ermächtigung richten sich nach der Art und Schwere des Eingriffs (vgl. BVerfGE 110, 33 [55]). Die Eingriffsgrundlage muss darum erkennen lassen, ob auch schwerwiegende Eingriffe zugelassen werden sollen. Wird die Möglichkeit derartiger Eingriffe nicht hinreichend deutlich ausgeschlossen, so muss die Ermächtigung die besonderen Bestimmtheitsanforderungen wahren, die bei solchen Eingriffen zu stellen sind (vgl. BVerfGE 113, 348 [377 f.]; 115, 320 [365 f.])."

bb. Insbesondere: Zweckbindung der Datenerhebung im Gesetz zu regeln

"[96] Ermächtigt eine gesetzliche Regelung zu einem Eingriff in das Grundrecht auf informationelle Selbst-

bestimmung, so hat das Gebot der Bestimmtheit und Klarheit auch die spezifische Funktion, eine Umgrenzung des Anlasses der Maßnahme und auch des möglichen Verwendungszwecks der betroffenen Informationen sicherzustellen (vgl. BVerfGE 65, 1 [46]; 110, 33 [70]; 113, 29 [51]; 115, 320 [365]). Dadurch wird das verfassungsrechtliche Gebot der Zweckbindung der erhobenen Information verstärkt, das sonst ins Leere laufen könnte (vgl. BVerfG, NJW 2007, 2464 [2466]). [97] Ist der Verwendungszweck nicht festgelegt, entsteht das Risiko einer Nutzung der Daten für Zwecke, für die sie nicht erhoben wurden. Fehlt es an einer Zweckbindung, können erhobene Daten nach ihrer Speicherung Anlass für unvorhersehbare Maßnahmen in der Zukunft schaffen, insbesondere nach ihrer Verknüpfung mit anderen Daten, etwa nach ihrer Aufnahme auch in Datensammlungen, die sonstigen Zwecken dienen.”

cc. Subsumtion

“[98] In den angegriffenen Bestimmungen fehlt es an näheren Voraussetzungen für die Maßnahme, insbesondere an einer hinreichenden bereichsspezifischen und normenklaren Bestimmung des Anlasses und des Verwendungszwecks der automatisierten Erhebung.

[99] Die angegriffenen Vorschriften erlauben die Kennzeichenerfassung „zum Zwecke“ des Abgleichs mit dem Fahndungsbestand (§ 14 V Satz 1 HSOG). Damit wird jedoch weder der Anlass noch [...] der Ermittlungszweck benannt, dem sowohl die Erhebung als auch der Abgleich letztlich dienen sollen. Erwähnt wird lediglich das Mittel, mit dem ein Ermittlungszweck nach der Erhebung weiter verfolgt werden soll. Welcher Zweck das sein soll, bleibt jedoch offen. Werden im Gesetz zum Verwendungszweck keine Aussagen getroffen, schließt die Ermächtigung alle denkbaren Verwendungszwecke ein. Die Weite der Zwecksetzung beruht dann auf der Unklarheit der gesetzlichen Vorgaben.

Ob die Bezugnahme auf den Fahndungsbestand hinreichend einengende Hinweise auf Anlass und Zweck der Maßnahme gibt, hängt von der Art der im Fahndungsbestand vorhandenen Daten und den Anforderungen an ihre Aufnahme ab. Wäre gesichert, dass die Aufnahme in den Fahndungsbestand nur aufgrund eines gesetzlich umschriebenen Anlasses erfolgt, der zugleich automatisierte Informationserhebungen und -verwertungen rechtfertigen könnte, und dass ein solcher Anlass im Trefferzeitpunkt noch fortbesteht, könnte dies eine hinreichende Zweckbindung bewirken. Ist dies jedoch nicht gesichert, lassen sich auch Anlass und Verwendungszweck der Erfassung nicht hinreichend aus der gesetzlichen Bezugnahme auf den Fahndungsbestand erschließen. Die Anforderungen, die bei Grundrechtseingriffen an die Bestimmtheit von Anlass und Grenzen zu stellen sind, werden dabei nicht gewahrt (vgl. BVerfGE 113, 348 [377 f.]; 115,

320 [365 f.]).

[100] Eine Präzisierung des Anwendungsbereichs der Ermächtigung durch Bezeichnung von Anlass und Zweck der Maßnahme wird durch die Verwendung des Begriffs des Fahndungsbestands [...] nicht geleistet. Das Hessische Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung [...] definiert den Begriff des Fahndungsbestands weder näher, noch gibt es für ihn eine anerkannte Definition in anderen gesetzlichen Vorschriften oder in Rechtsprechung oder Schrifttum, die in Bezug genommen sein könnte. [...]

[131] Der Begriff des Fahndungsbestands hat den Charakter einer dynamischen Verweisung, durch die insbesondere nicht ausgeschlossen wird, dass sich der Umfang der einbezogenen Datenbestände laufend und in gegenwärtig nicht vorhersehbarer Weise verändert.” Somit ist § 14 V HSOG bereits mangels hinreichender Normenklarheit in puncto Erhebungsanlass und -zweck zu unbestimmt. Die Norm verstößt gegen den aus Art. 20 III GG ableitbaren Bestimmtheitsgrundsatz.

[Anm.: Das BVerfG lehnt in diesem Punkt auch eine verfassungskonforme Auslegung der Norm ab:

“[153] Selbst wenn es möglich sein dürfte, einige der Bestimmtheitsdefizite durch Auslegung zu beseitigen, können die Mängel, insbesondere die fehlende Bestimmtheit des Verwendungszwecks, nicht insgesamt durch eine einengende verfassungskonforme Auslegung geheilt werden. Eine solche Auslegung kann bei Bestimmtheitsmängeln nur mit Rücksicht auf den Sinn und Zweck des Bestimmtheitsgebots erfolgen. Sie kommt jedenfalls dann nicht in Betracht, wenn es an einem die wesentlichen Fragen umfassenden Regelungskern fehlt, der auf einen erklärten objektivierten Willen des Gesetzgebers zurückgeführt werden kann (vgl. BVerfGE 107, 104 [128 f.]). Wäre bei einer Vorschrift, die aus sich heraus weder bestimmte Ausschlussstatbestände enthält noch deutlich den Zweck erkennen lässt, dem die Regelung dienen soll, eine verfassungskonforme Auslegung gleichwohl zulässig, liefe der Gesetzesvorbehalt leer, der Eingriffe in ein Grundrecht einer gesetzlichen Regelung zuweist und den Gesetzgeber verpflichtet, Art und Umfang des Eingriffs selbst festzulegen (vgl. BVerfGE 107, 104 [128 f.]).”]

b. Verhältnismäßigkeit

§ 14 V HSOG könnte darüber hinaus unverhältnismäßig sein. Verhältnismäßig ist ein Gesetz nur, wenn es zur Erreichung eines legitimen Zwecks geeignet, erforderlich und angemessen ist (vgl. BVerfGE 109, 279 [335 ff.]). Bestimmtheitsmängel können die Beachtung des verfassungsrechtlichen Übermaßverbots beeinträchtigen, da sie die Beurteilung der Geeignetheit und Erforderlichkeit einer Maßnahme erschweren und das Risiko einer Unangemessenheit des Eingriffs erhöhen (vgl. BVerfGE 110, 33 [55]). Ist die Ermächtigung

unklar, weil sie eine Auslegung, nach welcher auch eingriffsintensive Zwecksetzungen zugelassen sind, nicht hinreichend deutlich ausschließt, ist auch für die Prüfung der Verhältnismäßigkeit das dadurch ermöglichte weite Verständnis ihrer Zwecksetzung und Reichweite zugrunde zu legen.

aa. Legitimer Zweck

“[164] Wie ausgeführt, kann der Eingriff, zu dem die angegriffene Bestimmung des § 14 V HSOG [...] ermächtigt, zwar zu höchst unterschiedlichen, aber jeweils legitimen Zwecken des Schutzes der öffentlichen Sicherheit und Ordnung eingesetzt werden. Auch die Einsatzzwecke im Bereich der Strafverfolgung wären, wenn sie von der Regelung gedeckt sein sollten, legitim. Diese Schutzgüter besitzen grundsätzlich ein hohes verfassungsrechtliches Gewicht. Das Gewicht des jeweils konkret verfolgten Einsatzzwecks hängt allerdings davon ab, auf welche beeinträchtigten Rechtsgüter er sich konkret bezieht und welche Intensität deren Gefährdung aufweist (vgl. BVerfGE 113, 348 [385]).”

bb. Geeignetheit

“[165] Das Mittel der Kennzeichenerfassung ist zur Verfolgung präventiver und gegebenenfalls repressiver Zwecke jedenfalls insoweit geeignet, als die Erfassung des Kennzeichens die Durchführung weiterer auf die Zweckverfolgung bezogener Maßnahmen ermöglicht oder erleichtert.”

cc. Erforderlichkeit

“[166] Ob es jeweils mildere Mittel gibt, die Zweifel an der Erforderlichkeit begründen können, lässt sich mangels Konkretisierung der Zwecke nicht umfassend klären. Da die automatisierte Kennzeichenerfassung aufgrund der möglichen Zahl der Erfassungsvorgänge eine neuartige Reichweite der Beobachtung ermöglicht, ist anzunehmen, dass für eine Reihe polizeilicher Maßnahmen mildere Mittel nicht ersichtlich sind.”

dd. Angemessenheit

“[167] Die angegriffene Bestimmung verletzt allerdings jedenfalls das Gebot der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne. Denn sie ermöglicht auch Eingriffe, die das informationelle Selbstbestimmungsrecht der Betroffenen erheblich oder sogar schwerwiegend beeinträchtigen, ohne die für derart eingriffsintensive Maßnahmen grundrechtlich geforderten gesetzlichen Eingriffsschwellen hinreichend zu normieren.”

(1). Güterabwägung erforderlich

“[168] Das Gebot der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne verlangt, dass die Schwere der gesetzgeberischen Grundrechtsbeschränkung bei einer Gesamtabwägung nicht außer Verhältnis zu dem Gewicht der sie rechtfertigenden Gründe steht (st.Rspr.; vgl.

BVerfGE 109, 279 [349 ff.]). In dem Spannungsverhältnis zwischen der Pflicht des Staates zum Rechtsgüterschutz und dem Interesse des Einzelnen an der Wahrung seiner von der Verfassung verbürgten Rechte ist es dabei zunächst Aufgabe des Gesetzgebers, in abstrakter Weise einen Ausgleich der widerstreitenden Interessen zu erreichen (vgl. BVerfGE 109, 279 [350]). Dies kann dazu führen, dass Grundrechtseingriffe einer bestimmten Eingriffsintensität erst von bestimmten Verdachts- oder Gefahrenstufen an vorgesehen werden dürfen. Entsprechende Eingriffsschwellen sind durch eine gesetzliche Regelung zu gewährleisten (vgl. BVerfGE 100, 313 [383 f.]; 109, 279 [350 ff.]; 113, 348 [377 f., 387 ff.]; 115, 320 [346]).

[169] [...] Dabei gebietet es der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im engeren Sinne, dass der Gesetzgeber die Ausgewogenheit zwischen der Art und Intensität der Grundrechtsbeeinträchtigung einerseits und den zum Eingriff berechtigenden Tatbestandselementen andererseits, wie der Einschreitschwelle, der geforderten Tatsachenbasis und dem Gewicht der geschützten Rechtsgüter, zu wahren hat. Je gewichtiger die drohende oder erfolgte Rechtsgutbeeinträchtigung und je weniger gewichtig der Grundrechtseingriff ist, um den es sich handelt, desto geringer darf die Wahrscheinlichkeit sein, mit der auf eine drohende oder erfolgte Verletzung des Rechtsguts geschlossen werden kann, und desto weniger fundiert dürfen gegebenenfalls die Tatsachen sein, die dem Verdacht zugrunde liegen. Selbst bei höchstem Gewicht der drohenden Rechtsgutbeeinträchtigung kann allerdings auf das Erfordernis einer hinreichenden Wahrscheinlichkeit nicht verzichtet werden. Grundrechtseingreifende Ermittlungen “ins Blaue hinein” lässt die Verfassung nicht zu (vgl. BVerfGE 115, 320 [360 f.] m.w.N.).

(2). Subsumtion

“[171] Die angegriffenen Vorschriften haben den Verwendungszweck so weit gefasst, dass sie erhebliche Grundrechtseingriffe bis hin zur Nutzung der Kennzeichenerfassung für Zwecke der Observation ebenso wenig ausschließen wie den routinemäßigen und flächendeckenden Einsatz der Erfassungsgeräte. Die Gesetzgeber haben es unterlassen, tatbestandliche Eingrenzungen vorzusehen und, soweit Maßnahmen der automatisierten Kennzeichenerfassung grundsätzlich unbedenklich sind, auf sie abgestimmte materielle Anforderungen zu normieren und gegebenenfalls ergänzende verfahrensrechtliche Sicherungen vorzusehen. Dies führt zur Unverhältnismäßigkeit der Bestimmungen, weil durch sie unangemessene Grundrechtseingriffe ermöglicht werden.

[172] Mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne ist es insbesondere nicht vereinbar, dass die angegriffenen Vorschriften aufgrund ihrer unbestimmten Weite anlasslos erfolgende oder - wie es je-

denfalls in Hessen nicht ausgeschlossen ist - flächendeckend durchgeführte Maßnahmen der automatisierten Erfassung und Auswertung von Kraftfahrzeugkennzeichen ermöglichen. So erlaubt § 14 V HSOG die automatisierte Erhebung der Daten von Kraftfahrzeugkennzeichen ohne Einschränkung "auf öffentlichen Straßen und Plätzen". [Es wird somit] die von der Verfassung nicht zugelassene grundrechtsein-

greifende Ermittlung 'ins Blaue hinein' ermöglicht."

D. Ergebnis

Die angegriffene Regelung ist zu unbestimmt, um einen Eingriff in das Grundrecht des Bf. aus Art. 2 I i.V.m. 1 I GG rechtfertigen zu können. Ferner ist sie unverhältnismäßig. Der Bf. rügt ihre Verfassungswidrigkeit zu Recht.

Standort: Zivilrecht

Problem: Rücktritt/Nutzungsausfallschaden

BGH, URTEIL VOM 28.11.2007

VIII ZR 16/07 (NJW 2008, 1517)

Problemdarstellung:

Die Kl. ist von einem Kaufvertrag über ein gebrauchtes Fahrzeug zurückgetreten, nachdem ihr Ehemann mit dem Fahrzeug einen Verkehrsunfall verursacht hatte und daraufhin eine genauere Untersuchung des Fahrzeugs erfolgte. Dabei stellte sich heraus, dass das KFZ bereits vor dem Erwerb eine unfallbedingte Vorschädigung aufgewiesen hatte. Aufgrund des Rücktritts entschied sich die Kl. gegen eine Reparatur des Wagens. Der Verkäufer nahm das beschädigte Fahrzeug später gegen Rückzahlung des Kaufpreises abzüglich einer Nutzungsentschädigung zurück. Die Kl. begehrt Ersatz der Kosten, die ihr entstanden sind, weil sie vom Tag der Rücktrittserklärung an bis zum Erwerb eines anderen Fahrzeugs (für ca. 3 Wochen) ein Ersatzfahrzeug anmietete.

Das Amtsgericht hat die Klage abgewiesen; die Berufung der Kl. hatte keinen Erfolg. Mit ihrer vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Kl. - erfolglos - ihr Zahlungsbegehren weiter.

Prüfungsrelevanz:

Der erkennende Senat bezieht Stellung zur Problematik der Konkurrenz zwischen den Rücktrittsfolgen und der Berechnung des Schadensersatzes statt der Leistung. Hier begehrt die Kl. den Ersatz von Nutzungsausfall gem. §§ 437 Nr. 3, 311 a II BGB. Der BGH stellt klar, dass der Anspruch auf Nutzungsausfall von der Rückabwicklung des Schuldverhältnisses unberührt bleibt. Dies hatte das Berufungsgericht anders beurteilt. Das Berufungsgericht hatte die Auffassung vertreten, dass gem. §§ 346, 347 BGB für die vor dem Rücktritt gezogenen bzw. für die möglichen Nutzungen Wertersatz zu leisten sei und daher die Ersatzpflicht des Nutzungsausfalls ausgeschlossen sei.

Der erkennende Senat beruft sich auf den insoweit eindeutigen Wortlaut des § 325 BGB. Demnach kann der Gläubiger trotz des Rücktritts Ausgleich in Geld fordern. Der Käufer ist so zu stellen, wie er bei ordnungsgemäßer Erfüllung des Verkäufers gestanden hätte. Im Falle der Lieferung einer mangelhaften Sache umfasst

der auf das positive Interesse gerichtete Schadensersatzanspruch des Käufers typischerweise auch den Ersatz eines Nutzungsausfallschadens, der dadurch entsteht, dass dem Käufer infolge eines Mangels die Nutzung der Kaufsache entgeht (vgl. Senatsurteil vom 05.07.1978 - VIII ZR 172/77, NJW 1978, 2241, unter I 2 a, zu § 463 BGB aF; BGHZ 77, 215, 218; Münch-Komm-Ernst, § 280 Rn 55 ff.; Palandt-Weidenkaff, § 437 Rn 35). Wesentlich für das Verständnis des Rücktritts ist, dass der Rücktritt den Vertrag nicht beseitigt, sondern er gestaltet ihn lediglich in ein Rückgewährschuldverhältnis um, wodurch die primären Leistungspflichten erlöschen. Die gesetzlichen Bestimmungen der §§ 346 ff. BGB über die im Falle bereits erbrachter Leistungen durchzuführende Rückabwicklung des Vertrages zielen auf die Herstellung eines Zustands ab, der im Wesentlichen am negativen Interesse der Vertragsparteien ausgerichtet ist. Nach dem negativen Interesse sind die Parteien so zu stellen, als hätten sie sich nie gesehen. Daraus folgt, dass die vor dem Rücktritt tatsächlich gezogenen oder möglich gewordenen Nutzungen der Kaufsache nach Erlöschen der Erfüllungsansprüche nicht mehr dem Käufer, sondern dem Verkäufer gebühren, so dass der Käufer zur Herausgabe oder zum Wertersatz verpflichtet ist (§§ 346, 347 BGB). Durch die Folgen der Begründung des Rückgewährschuldverhältnisses soll gem. § 325 BGB gerade nicht ausgeschlossen werden, dass der schadensersatzberechtigte Käufer - auch nach dem Erlöschen seiner Erfüllungsansprüche - verlangen kann, vermögensmäßig so gestellt zu werden, wie er bei ordnungsgemäßer Erfüllung durch den Verkäufer stünde. Er kann also weiterhin das positive Interesse ersetzt verlangen. Mithin ist dem Tatbestand des § 325 BGB gerade immanent, dass es ein Nebeneinander von Ansprüchen gibt, die auf den Ersatz des negativen Interesses zielen und solchen, die auf das positive Interesse gerichtet sind und diese einander gerade nicht ausschließen.

Gleichwohl war der Anspruch im Ergebnis auch nach der Einschätzung des erkennenden Senats zu verneinen. Die Revision hatte keinen Erfolg. Die Kl. hatte darauf verzichtet, das Fahrzeug nach dem Glatteisunfall wieder reparieren zu lassen, da sie die Rückabwicklung des Vertrages bevorzugte. Es ist bei der Be-

messung der Schadenshöhe im Rahmen des Mitverschuldens gem. § 254 BGB zu berücksichtigen, dass die Kl. das Fahrzeug nach dem Verkehrsunfall ihres Ehemannes auch bei Mangelfreiheit des KFZ bei Gefahrübergang nicht hätte nutzen können. Das führt dazu, dass die Kl. sich anspruchskürzend die Ersparnis der Reparaturkosten auf den geltend gemachten Nutzungsausfallschaden anrechnen lassen muss. Dies ist deshalb notwendig, da die Kl. ohne die Anrechnung bessergestellt wäre als bei ordnungsgemäßer Erfüllung (sog. schadensrechtliches Bereicherungsverbot).

Es stellte sich die Frage, ob der Umstand, dass die Kl. keinen Wertersatz gem. § 346 II 1 Nr.1 BGB wegen der Verschlechterung des KFZ gem. § 346 III 1 Nr. 3 BGB zu leisten braucht, zu einer anderen Beurteilung führt. Der BGH verneint dies. In die schadensersatzrechtlichen Betrachtungen sind nach Auffassung des Senats auch die vermögensmäßigen Folgen des Rücktritts einzubeziehen, wenn der Rücktritt und der Schadensersatz durch denselben Umstand ausgelöst wurden. Vorliegend überstiegen die Reparaturkosten den Nutzungsausfallschaden deutlich, so dass der Anspruch auf Schadensersatz gem. §§ 437 Nr. 3, 311 a II BGB wegen Mitverschuldens gem. § 254 BGB auf Null reduziert war.

Vertiefungshinweise:

Zum Rücktritt: *BGH*, RA 2008, 224 ; *OLG Rostock*, RA 2007, 656 = *NJW* 2007, 3290; *BGH*, RA 2007, 554 = *NJW* 2007, 2621; *BGH*, RA 2007, 279 = *NJW* 2007, 1346; *BGH*, RA 2007, 136; *BGH*, RA 2007, 72; *Kohler*, AcP 2003, 539; *Motsch*, JR 2002, 221; *Wertehbruch*, JZ 2002, 862

Kursprogramm:

- Examenskurs: "Gutes Rad ist teuer"
- Assessorkurs: "Der versicherte PKW"
- Assessorkurs: "Das englische Teeservice"

Leitsätze:

a. Durch den Rücktritt vom Kaufvertrag wird ein Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung auch insoweit nicht ausgeschlossen, als es um den Ersatz eines Nutzungsausfallschadens geht, der dadurch entstanden ist, dass dem Käufer infolge des Mangels der Kaufsache deren Nutzung entgeht; dies gilt auch für einen infolge der Rückgabe der mangelhaften Sache entstandenen Nutzungsausfall.
b. Bei der Feststellung, ob dem Käufer durch die (aufgrund des Rücktritts erfolgte) Rückgabe der mangelhaften Sache ein Vermögensschaden wegen Nutzungsausfalls entstanden ist, sind die vermögensmäßigen Folgen des Rücktritts nach den allgemeinen Regeln zu berücksichtigen.

Sachverhalt:

[1] Die Kl. kaufte von der Bekl. am 01.09.2005 einen gebrauchten Pkw Chrysler Voyager zum Preis von 7.900,-€ . Am 17.01.2006 verursachte der Ehemann der Kl. bei Glatteis einen Unfall, bei dem das Fahrzeug erheblich beschädigt wurde. Eine am selben Tag durchgeführte Untersuchung durch einen Sachverständigen ergab, dass das Fahrzeug bereits vor dem Verkauf einen Unfall erlitten hatte. Die Kl. sah daraufhin von einer Reparatur des Fahrzeugs ab und erklärte mit Anwaltsschreiben vom 23.01.2006 den Rücktritt vom Kaufvertrag und die Anfechtung des Vertrages mit der Begründung, sie sei beim Kauf des Fahrzeugs arglistig darüber getäuscht worden, dass es sich um einen Unfallwagen gehandelt habe; ferner wies sie darauf hin, dass der von Ihrem Ehemann verursachte Unfallschaden, dessen Höhe sich auf 4.000,-€ bis 5.000,- € belaufe, nicht zu ihren Lasten gehe. Die Bekl. erklärte sich mit der Rückabwicklung des Vertrages einverstanden und nahm am 27.01.2006 das beschädigte Fahrzeug zurück. Zugleich überreichte sie dem Anwalt der Kl. einen Verrechnungsscheck über 7.473,95 €, mit dem sie den Kaufpreis (7.900,- €) abzüglich einer Nutzungsentschädigung (486,05 €) zurückzahlte und der Kl. die entstandenen Kosten für die Anmeldung des Fahrzeugs (60,- €) erstattete. Die Kl. erwarb am 15.02.2006 ein anderes Fahrzeug. In der Zwischenzeit hatte sie vom 23.01. bis zum 14.02.2006 von einer Verwandten ein Ersatzfahrzeug gemietet.

[2] Die Kl. verlangt von der Bekl. die Erstattung der für die Anmietung des Ersatzfahrzeugs aufgewendeten Kosten in Höhe von 1.100,-€ . Zu Recht?

Lösung:

Fraglich ist, ob die Kl. Ersatz des Nutzungsausfalls in Höhe von 1.100,-€ verlangen kann. In Betracht kommt ein Anspruch auf Nutzungsausfall gem. §§ 437 Nr. 3, 311 a II BGB.

A. Wirksamer Kaufvertrag

Es müsste ein wirksamer Kaufvertrag gem. § 433 BGB geschlossen worden sein. Dazu müsste eine Einigung gem. §§ 145 ff. BGB vorliegen. Hier haben sich die Parteien am 01.09.2005 über die Veräußerung des Fahrzeugs zum Kaufpreis in Höhe von 7.900 € geeinigt. Zweifel an der Wirksamkeit der Einigung bestehen nicht. Ein wirksamer Kaufvertrag liegt also vor.

[Amn.: Auf die Wirksamkeit des Kaufvertrages hat es keinen Einfluss, ob die Erbringung der geschuldeten Leistung bereits anfänglich unmöglich ist, § 311 a I BGB.]

B. Mangel

Das Fahrzeug müsste mangelhaft gewesen sein. Ein Mangel ist dann gegeben, wenn die Ist-Beschaffenheit negativ von der Soll-Beschaffenheit abweicht. In Be-

tracht kommt hier ein Sachmangel gem. § 434 I BGB. Das Fahrzeug wies einen Vorschaden auf.

I. Beschaffensvereinbarung gem. § 434 I 1 BGB

Es könnte ein Sachmangel gem. § 434 I 1 BGB gegeben sein. Dazu müssten die Parteien eine Beschaffensvereinbarung bzgl. der Unfallfreiheit des Fahrzeugs getroffen haben. Eine Beschaffensvereinbarung ist dann gegeben, wenn der Inhalt des Kaufvertrages von vornherein oder nachträglich (§ 311 I BGB) die Pflicht des Verkäufers bestimmt, die gekaufte Sache in dem Zustand zu übergeben, wie ihre Beschaffenheit im Vertrag festgelegt ist (Palandt-Weidenkaff, § 434 Rn 15). Die Vereinbarung kann ausdrücklich oder konkludent zustande kommen (Grigolet/Herresthal, JZ 2003, 233). Hier haben die Parteien keine Beschaffensvereinbarung hins. der Unfallfreiheit getroffen. Also liegt kein Mangel gem. § 434 I 1 BGB vor.

II. Vertraglich vereinbarte Verwendung gem. § 434 I 2 Nr. 1 BGB

Es könnte ein Mangel gem. § 434 I 2 Nr. 1 BGB vorliegen. Dazu müsste sich der Kaufgegenstand nicht zur vertraglich vorausgesetzten Verwendung eignen. Es müsste ausdrücklich oder stillschweigend eine bestimmte Verwendung der Kaufsache beiderseits vorausgesetzt worden sein. Beide Parteien gingen davon aus, dass das Fahrzeug fahrtauglich und zur Nutzung im Straßenverkehr geeignet ist. Diese Umstände liegen jedoch vor. Der Unfall basierte allein auf dem Glatteis und nicht auf dem Vorschaden des KFZ. Damit ist ein Mangel gem. § 434 I 2 Nr. 1 BGB nicht gegeben.

[Anm.: Teilweise wird vertreten, dass es sich um eine über die gewöhnliche Verwendung hinausgehende Verwendung der Sache handeln müsse. Dies vor dem Hintergrund, dass im Übrigen der objektive Mangelbegriff gem. § 434 I 2 Nr. 2 BGB in seiner Bedeutung zurückgedrängt werde (so OLG Düsseldorf, NJW 2008, 2858). Der Streit braucht hier nicht entschieden zu werden. Dies deshalb, weil nicht einmal der weiter gefasste Mangelbegriff wie obig dargelegt zum Vorliegen eines Mangels kommt.]

III. Eignung zur gewöhnlichen Verwendung gem. § 434 I 2 Nr. 2 BGB

Fraglich ist, ob der Kaufgegenstand zur gewöhnlichen Verwendung geeignet ist. Die Sache ist dann frei von Sachmängeln, wenn sie sich für die gewöhnliche Verwendung eignet und eine Beschaffenheit aufweist, die bei Sachen der gleichen Art üblich ist und die der Käufer nach der Art der Sache erwarten darf.

[Anm.: Beachten Sie, dass hier die Mangelfreiheit negativ definiert wird. Sämtliche der Voraussetzungen sind kumulativ erforderlich, um die Mangelfreiheit zu

gewährleisten. Mit anderen Worten ist bereits dann der objektive Mangel gem. § 434 I 2 Nr. 2 BGB gegeben, wenn auch nur eine der Voraussetzungen fehlt.]

Hier hat der Gebrauchtwagen unstreitig einen Vorschaden erlitten. Vorschäden sind bei Gebrauchtwagen jedoch nicht objektiv üblich. Also ist der Mangel gem. § 434 I 2 Nr. 2 BGB gegeben.

C. Bei Gefahrübergang

Der Mangel müsste bei Gefahrübergang vorgelegen haben (vgl. § 434 I 1 BGB). Gem. § 446 S. 1 BGB geht die Gefahr mit der Übergabe an den Käufer über. Mithin müsste der Schaden bereits am 01.09.2005 vorgelegen haben. Vorliegend hat der Sachverständige festgestellt, dass der Schaden vor dem Glatteisunfall bereits vorgelegen hat. Also ist das Merkmal erfüllt.

[Anm.: In vielen Klausuren ist an diese Stelle eins der Hauptprobleme verankert. Die Beweislast für das Vorliegen des Mangel trägt der Käufer. Dies folgt zum einen aus den allgemeinen Beweislastgrundsätzen, die besagen, dass jede Partei das für sie Günstige beweisen muss. Zudem kann die Beweislastverteilung aus dem Rechtgedanken des § 363 BGB entnommen werden. Allerdings enthält das Gesetz eine Ausnahmenvorschrift, die Beweislastumkehr zugunsten der Verbraucher gem. § 476 BGB, die jedoch u.a. das Vorliegen eines Verbrauchsgüterkaufs gem. § 474 I 1 BGB voraussetzt. Eine weitere gesetzliche Vermutung beinhaltet § 443 II BGB in dem Fall, in dem eine Haltbarkeitsgarantie gem. § 443 I 2. Fall BGB begeben wurde.]

D. Pflichtverletzung gem. § 311 a II BGB

Es müsste eine Pflichtverletzung gem. § 311 a II BGB vorliegen. Dazu müsste die Erbringung einer leistungsbezogenen Pflicht bereits anfänglich, d.h. zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses, unmöglich sein. Der Bekl. schuldete die Übergabe und Übereignung einer mangelfreien Sache gem. § 433 I BGB und genau dies war im Hinblick auf den Vorschaden am Fahrzeug bereits zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses tatsächlich unmöglich. Es handelt sich bei der betroffenen Pflicht um die Hauptleistungspflicht des Verkäufers aus dem Kaufvertrag gem. § 433 I BGB. Also liegt eine taugliche Pflichtverletzung vor.

[Anm.: Grds. sind zwei Arten von Pflichten zu unterscheiden: Zum einen sind die leistungsbezogenen Pflichten zu erörtern. Diese untergliedern sich in die Hauptleistungspflichten, d.h. diejenigen Pflichten, um deren Willen der Vertrag geschlossen wird und die Nebenleistungspflichten, d.h. diejenigen Pflichten, die der Durchführung und der Sicherung der Hauptleistungspflichten zu dienen bestimmt sind (z.B. Mitwirkungspflichten und Auskunftspflichten). Im Hinblick

auf die Wahl der Anspruchsgrundlage werden die leistungsbezogenen Pflichten gleich behandelt. Von den leistungsbezogenen Pflichten sind die Nebenpflichten gem. § 241 II BGB zu unterscheiden. Diese Pflichten sind Schutzpflichten, die aus dem vertraglichen Rücksichtnahmegebot folgen (z.B. Aufklärungspflichten.)]

E. Vertretenmüssen bzw. Kenntnis, § 311 a II 2 BGB

Der Bekl. müsste das Leistungshindernis gekannt haben oder seine Unkenntnis zu vertreten haben. Für das Vertretenmüssen gelten die Maßstäbe der §§ 276 ff. BGB (Palandt-Grüneberg, § 311 a Rn 9; BGH, NJW 2005, 2852). Das Vorliegen des Vertretenmüssen bzw. der Kenntnis wird gem. § 311 a II 2 BGB vermutet. Dies Vermutungswirkung folgt aus der Negativformulierung. Fraglich ist, ob sich der Bekl. entlastet hat (sog. Exkulpation). Dazu müsste der Bekl. den Vollbeweis des Gegenteils gem. § 292 ZPO erbringen. Der Bekl. müsste darlegen, dass er das Leistungshindernis nicht kannte und nicht kennen konnte (Karlsruhe, NJW 2005, 989). Umstände, die die Exkulpation im vorliegenden Fall rechtfertigen könnten, sind nicht ersichtlich. Also ist das Vertretenmüssen gegeben.

F. Kein Ausschluss

Fraglich ist, ob der Schadensersatzanspruch ausgeschlossen ist. Dazu ist zu berücksichtigen, dass die Kl. bereits vom Kaufvertrag gem. § 346 I i.V.m. §§ 437 Nr. 2, 323 I, 326 V BGB zurückgetreten ist.

Der erkennende Senat führte dazu aus:

[6] "Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts kommt ein Anspruch des Käufers auf Ersatz eines Nutzungsausfallschadens nach § 437 Nr. 3 in Verbindung mit §§ 440, 280, 281, 283 und 311a BGB auch dann in Betracht, wenn der Käufer nach § 437 Nr. 2 in Verbindung mit §§ 440, 323 und 326 V BGB vom Kaufvertrag zurückgetreten ist. Das Recht, bei einem gegenseitigen Vertrag Schadensersatz zu verlangen, wird durch den Rücktritt nicht ausgeschlossen (§ 325 BGB). Dies gilt auch für den Ersatz eines Nutzungsausfallschadens. Dem steht nicht, wie das Berufungsgericht gemeint hat, entgegen, dass der Käufer im Falle einer Rückabwicklung des Kaufvertrags verpflichtet ist, Wertersatz für die Nutzung der Kaufsache zu zahlen (§ 346 I, II Nr. 1 BGB).

[7] Aufgrund der Neuregelung des § 325 BGB wird es dem Gläubiger ermöglicht, vom Vertrag zurückzutreten und eine erbrachte Gegenleistung zurückzufordern, ohne den Anspruch auf Ersatz des Erfüllungsinteresses zu verlieren (Staudinger/Otto, BGB (2004), § 325 Rdnr. 1). Im Rahmen dieses Schadensersatzanspruchs ist der Gläubiger nach der Differenztheorie so zu stellen, wie er stünde, wenn der Vertrag ordnungsgemäß erfüllt worden wäre (BGHZ 87, 156, 158), der Schuldner also seine Vertragspflichten nicht verletzt hätte.

[8] Im Falle der Lieferung einer mangelhaften Sache

umfasst der auf das positive Interesse gerichtete Schadensersatzanspruch des Käufers typischerweise auch den Ersatz eines Nutzungsausfallschadens, der dadurch entsteht, dass dem Käufer infolge eines Mangels die Nutzung der Kaufsache entgeht (vgl. Senatsurteil vom 05.07.1978 - VIII ZR 172/77, NJW 1978, 2241, unter I 2 a, zu § 463 BGB aF; BGHZ 77, 215, 218; BGHZ 88, 11, 13 ff. zu § 286 BGB aF; Reincking/Eggert, Der Autokauf, 9. Aufl., Rdnr. 352, 492, 1501, 1507, 1518; Staudinger/Otto, aaO, § 280 E 34; MünchKommBGB/Ernst, 5. Aufl., § 280 Rdnr. 55 ff.; Palandt/Weidenkaff, BGB, 66. Aufl., § 437 Rdnr. 35). Dies gilt unabhängig von der Beantwortung der im Schrifttum umstrittenen Frage, welche der in § 437 Nr. 3 BGB aufgeführten Anspruchsgrundlagen (§§ 280, 281, 283, 311a BGB) für den Ersatz eines durch einen Sachmangel verursachten Nutzungsausfallschadens einschlägig ist (dazu Staudinger/Otto, aaO, § 280 E 26 ff. m.w.N.; MünchKommBGB/Ernst, aaO m.w.N.).

[9] Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts lässt der Rücktritt vom Vertrag einen Anspruch des Käufers, Ersatz eines mangelbedingten Nutzungsausfallschadens zu verlangen, nicht entfallen. § 325 BGB beschränkt die Möglichkeit, neben dem Rücktritt Schadensersatz zu verlangen, nicht auf die Kompensation bestimmter Schäden, sondern umfasst auch einen Schadensersatzanspruch wegen entgangener Nutzungen. Die Bestimmungen der §§ 346, 347 BGB über eine vom Käufer infolge seines Rücktritts herauszugebende Nutzungsentschädigung stehen dem nicht, wie das Berufungsgericht meint, entgegen (Soergel/Gsell, BGB (2005), § 325 Rdnr. 3; MünchKommBGB/Gaier, aaO, Vor § 346 Rdnr. 39).

[10] Der Rücktritt beseitigt den Vertrag nicht, sondern gestaltet ihn lediglich in ein Rückgewährschuldverhältnis um, wodurch die primären Leistungspflichten erlöschen (Staudinger/Otto, aaO, § 325 Rdnr. 3; Soergel/Gsell, aaO). Die gesetzlichen Bestimmungen der §§ 346 ff. BGB über die im Falle bereits erbrachter Leistungen durchzuführende Rückabwicklung des Vertrages zielen auf die Herstellung eines Zustands ab, der im Wesentlichen am negativen Interesse der Vertragsparteien ausgerichtet ist (vgl. Soergel/Gsell, aaO). Darin liegt der Grund dafür, dass die vor dem Rücktritt tatsächlich gezogenen oder möglich gewesenenen Nutzungen der Kaufsache nach Erlöschen der gegenseitigen Erfüllungsansprüche nicht mehr dem Käufer, sondern dem Verkäufer gebühren und deshalb der Käufer zur Herausgabe oder zum Wertersatz verpflichtet ist (§§ 346, 347 BGB). Dadurch soll aber nach der mit der Regelung des § 325 BGB getroffenen Entscheidung des Gesetzgebers gerade nicht ausgeschlossen werden, dass der schadensersatzberechtigte Käufer - auch nach dem Erlöschen seiner Erfüllungsansprüche - verlangen kann, vermögensmäßig so gestellt zu werden, wie er bei ordnungsgemäßer Erfüllung durch den Verkäufer stünde (Soergel/Gsell, aaO; Staudinger/Ot-

to, aaO, § 325 Rdnr. 1; vgl. auch MünchKomm-Gaier, aaO, Rn 37). Ersatz eines durch den Sachmangel der Kaufsache verursachten Nutzungsausfallschadens kann der Käufer daher auch dann verlangen, wenn er - wie im vorliegenden Fall die Kl. - vom Vertrag zurückgetreten ist und gemäß § 346 I BGB den Kaufpreis gegen Rückgabe der mangelhaften Kaufsache zurückerhalten und für die bis zur Rückgabe gezogenen Nutzungen Wertersatz geleistet hat."

G. Rechtsfolge:

Der haftungsbegründende Tatbestand des Schadenersatzanspruchs gem. §§ 437 Nr. 3, 311 a II BGB liegt vor.

I. Vorliegen eines Schadens

Es müsste ein Schaden vorliegen. Ein Schaden ist dann gegeben, wenn eine unfreiwillige Vermögenseinbuße gegeben ist. Dies ist durch die Differenzmethode zu ermitteln. Der Schaden besteht in der Differenz zwischen zwei Güterlagen, d.h. im Vergleich der tatsächlich durch das Schadensereignis geschaffenen und der unter Ausschaltung dieses Ereignis gedachten Vermögenslage. Ein Vermögensschaden ist dann gegeben, wenn der jetzige tatsächliche Wert des Vermögens geringer ist als der Wert, den das Vermögen ohne das die Ersatzpflicht auslösende Moment aufgewiesen hätte (Palandt-Heinrichs, Vor v § 249 Rn 8). Hier hat die Kl. Mietwagenkosten i.H.v. 1000 € aufgewendet. Dabei handelt es sich um eine Vermögenseinbuße. Diese ist auch unfreiwillig. Dies deshalb, weil sich die Kl. zur Aufwendung hins. des Schadensereignisses herausgefordert fühlen durfte. Damit liegt ein Schaden vor.

[Anm.: Fraglich ist jedoch, ob der Schaden adäquat kausal auf der Pflichtverletzung beruht. Das Fahrzeug hätte auch bei mangelfreier Leistung nach dem Verkehrsunfall nicht benutzt werden können. Es könnte sich um ein Problem der sog. überholenden Kausalität handeln. Die überholende Kausalität ist dann gegeben, wenn der vom Schädiger verursachte Schaden aufgrund eines anderen Ereignisses ohnehin eingetreten wäre (Palandt-Heinrichs, Vor v § 249 Rn 96). Dieses Aspekt hat der erkennende Senat in der Entscheidung nicht berücksichtigt. Dies wohl mit der Überlegung, dass der beschädigte Wagen innerhalb der Zeit bis zur Anmietung des Ersatzfahrzeugs hätte repariert werden können (5 Tage).]

II. Erstattungsfähigkeit des Schadens

Fraglich ist, ob der Schadensposten unter der Anspruchgrundlage erstattungsfähig ist. Erstattungsfähig ist das volle positive Interesse, inklusive sämtlicher Folge- und Begleitschäden (Palandt-Heinrichs, § 280 Rn 14; Dauner-Lieb, Anwaltskommentar, § 283 Rn 3). Also ist auch die Anmietung eines Ersatzfahrzeugs

umfasst.

III. Anspruchskürzung gem. § 254 I BGB

Fraglich ist, ob der Schadenersatzanspruch zu kürzen ist. Vorliegend ist problematisch, dass die Kl. das Fahrzeug nicht hat reparieren lassen. Unfallbedingt war das Fahrzeug fahruntauglich, so dass die Kl. das KFZ in der Zeit, in der sie den Ersatz begehrt, gar nicht hätte nutzen können. Andererseits wäre die Fahruntauglichkeit auch in dem Fall eingetreten, in dem die Mangelfreiheit des Kaufgegenstandes vorgelegen hätte.

Dazu führte der erkennende Senat aus:

[14] "Ein Nutzungsausfallschaden kann der Kl. durch den Fahrzeugmangel und den darauf gestützten Rücktritt vom Kaufvertrag nur unter der Voraussetzung entstanden sein, dass die Kl. im Falle ordnungsgemäßer Vertragserfüllung die Möglichkeit gehabt hätte, das gekaufte Fahrzeug in der Zeit, für welche sie Ersatz der Mietwagenkosten beansprucht, zu nutzen (Reinking/Eggert, aaO, Rdnr. 1507, 1518). Die Kl. hätte das durch den Unfall vom 17.01.2006 beschädigte Fahrzeug ab dem 23.01.2006 aber nur dann wieder nutzen können, wenn sie zuvor den von ihrem Ehemann verursachten Unfallschaden hätte beseitigen lassen. Die Reparaturkosten hätten sich nach dem eigenen Vorbringen der Kl. auf 4.000 bis 5.000 € belaufen. Da die Kl. davon abgesehen hat, das bei dem Unfall vom 17.01.2006 beschädigte Fahrzeug reparieren zu lassen, hätte sie es folglich von diesem Zeitpunkt an auch dann nicht nutzen können, wenn es mangelfrei gewesen wäre. Hätte die Kl. demnach aber 4.000 bis 5.000 € investieren müssen, um das Fahrzeug nach dem 17.01.2006 weiter nutzen zu können, so muss sie sich nach der für die Schadensermittlung heranzuziehenden Differenztheorie auf den geltend gemachten Nutzungsausfallschaden die Ersparnis dieser Reparaturkosten anrechnen lassen. Andernfalls stünde sie wegen des für die Schadenersatzpflicht der Bekl. ursächlichen Mangels besser, als sie stünde, wenn das verkaufte Fahrzeug mangelfrei wäre.

[15] Der Umstand, dass die Kl. nur aus dem Grund von einer Reparatur abgesehen hat, weil sie sich wegen des Fahrzeugmangels (fehlende Unfallfreiheit) zum Rücktritt vom Kaufvertrag entschlossen hatte und das Fahrzeug gemäß § 346 III 1 Nr. 3 BGB in beschädigtem Zustand zurückgeben konnte, ohne deswegen eine Schmälerung ihres Anspruchs auf Rückerstattung des gezahlten Kaufpreises hinnehmen zu müssen, rechtfertigt keine andere Beurteilung. Denn in die schadenersatzrechtliche Betrachtung sind auch die vermögensmäßigen Folgen des Rücktritts einzubeziehen, wenn der Käufer - wie hier die Kl. - aufgrund desselben Umstands vom Vertrag zurücktritt, dessentwegen er Schadenersatz statt der Leistung verlangt (MünchKommBGB/Ernst, aaO, § 325 Rdnr. 6; Staudinger/Otto, aaO, § 325 Rdnr. 25).

[16] Ersatz des Nutzungsausfallschadens könnte die Kl. aber auch dann nicht beanspruchen, wenn die durch den Unfall vom 17.01.2006 verursachten Reparaturkosten nicht ihr selbst zur Last gefallen wären, sondern hierfür der Unfallverursacher - ihr Ehemann - ersatzpflichtig gewesen sein sollte. In diesem Fall wäre die Kl. verpflichtet, die Ersatzleistung, die sie aufgrund der Beschädigung des Fahrzeugs erlangt hätte, an die Bekl., der sie das Fahrzeug in beschädigtem Zustand zurückgegeben hat, nach § 346 III 2 BGB herauszugeben. Diese Vorschrift enthält eine Rechtsfolgenverweisung auf das in den §§ 812 ff. BGB geregelte Bereicherungsrecht (BT-Drs. 14/6040, S. 196; Staudinger/Kaiser, BGB (2004), § 346 Rdnr. 192). Nach § 818 I BGB erstreckt sich die Verpflichtung zur He-

rausgabe auf dasjenige, was der Empfänger als Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung des erlangten Gegenstandes erwirbt. Da die von der Kl. an die Bekl. herauszugebende Ersatzleistung für den Unfallschaden vom 17.01.2006 höher wäre als die Mietwagenkosten, welche die Bekl. der Kl. möglicherweise zu erstatten hätte, stünde der Kl. auch bei dieser Sachverhaltsgestaltung ein Anspruch gegen die Bekl. auf Ersatz des Nutzungsausfallschadens nicht zu."

Hier übersteigen die Reparaturkosten die Kosten der Anmietung des Ersatzfahrzeugs deutlich.

Daher reduziert sich der Anspruch auf Null. Also besteht kein Anspruch auf Ersatz der Nutzungsausfallkosten.

Standort: Strafrecht

Problem: Ausnutzen eines Programmfehlers

OLG BRAUNSCHWEIG, URTEIL VOM 12.10.2007
Ss 64/07 (NJW 2008, 1464)

Problemdarstellung:

Die Angeklagte tankte an einem Tankautomaten, der durch das Einschoben einer Bankkarte betätigt werden musste und nach dem Tankvorgang den geschuldeten Kaufpreis direkt von dem entsprechenden Konto abbuchte. Die Angeklagte hatte jedoch von einem Defekt erfahren, der dazu führte, dass der Tankautomat bei einer Betankung von mehr als 70,- € einen "Nullbon" ausstellte und keinen Kaufpreis abrechnete. Dies nutzte sie mehrfach aus, um dort kostenlos zu tanken.

Das Amtsgericht hatte die Angeklagte freigesprochen, insbesondere eine Strafbarkeit wegen Diebstahls, § 242 I StGB, Unterschlagung, § 246 I StGB, und Computerbetrug, § 263a I StGB, sei nicht gegeben. Auf die Revision der Staatsanwaltschaft hin hob das OLG Braunschweig den Freispruch auf, da das Amtsgericht eine Strafbarkeit wegen Computerbetrugs rechtsfehlerhaft verneint habe.

Prüfungsrelevanz:

Die vorliegende Entscheidung betrifft die examensrelevanten Tatbestände der §§ 242 I, 246 I, 263 I und 263a I StGB. Dazu erweitert sie den klassischen Examensfall des "Tankstellenbetruges" bzw. der "Tankstellenunterschlagung", der darin besteht, dass der Täter an einer Tankstelle sein Fahrzeug betankt und dann wegfährt ohne zu bezahlen, um eine neue Variante. In der vorliegenden Entscheidung hatte die Angeklagte nämlich nicht einen unaufmerksamen Moment eines Tankwerts ausgenutzt, um sich um die Bezahlung des von ihr getankten Kraftstoffs zu drücken, sondern einen Defekt des bereit gestellten Tankautomaten. Da die vorliegende Entscheidung einem klassischen Problem eine neue Facette verleiht, kann es als sicher angesehen werden, dass sie in absehbarer Zeit sowohl

Gegenstand von Klausuren als auch von Prüfungsgesprächen und Kurzvorträgen sein wird.

Der vorliegende Fall ebenso wie die klassische Konstellation des Tankstellenbetruges zwingt dazu, sich Gedanken darüber zu machen, ob es sich bei dem vom Täter getankten Benzin nach dem Tanken überhaupt noch um eine "fremde" bewegliche Sache i.S.v. §§ 242 I, 246 I StGB handelt. Während eine Mindermeinung hier einen Eigentumserwerb kraft Rechtsgeschäft annimmt, lehnt die herrschende Meinung (mit unterschiedlicher Argumentation) sowohl einen solchen als auch einen Erwerb von Alleineigentum durch den Täter kraft Gesetzes (insb. durch Vermischung, §§ 947 f. BGB) ab, sodass der Kraftstoff im Eigentum des Tankstellenbetreibers und somit für den Täter fremd bleibt. Allerdings fehlt es nach h.M. auch an einer Wegnahme, sodass jedenfalls eine Strafbarkeit wegen Diebstahls, § 242 I StGB, ausscheidet. Eine m.M. will hier danach differenzieren, ob das Tankstellenpersonal den Tankvorgang des Täters bemerkt hat oder nicht, was jedoch als Differenzierungskriterium bei der Benutzung eines Tankautomaten - wie in der vorliegenden Entscheidung - ausscheiden dürfte.

Da im vorliegenden Fall bei der Vornahme der Tathandlung außer der Täterin keine andere Person anwesend war, die hätte getäuscht werden können, schied eine Strafbarkeit wegen Betrugs, § 263 I StGB, von vornherein aus. Statt dessen kommt der Tatbestand des Computerbetrugs, § 263a I StGB, in Betracht. Anders als bei den klassischen Examensfällen des Computerbetruges (wie der Verwendung einer fremden ec-Karte, vgl. RA 2007, 559, 564) ist in der vorliegenden Konstellation jedoch nicht die Tathandlung des unbefugten Gebrauchs von Daten, § 263a I 3. Fall StGB, sondern diejenige der unbefugten Einwirkung auf den Ablauf, § 263a I 4. Fall StGB, zu diskutieren.

Interessant an der vorliegenden Entscheidung ist, dass das OLG Braunschweig ein Verhalten der Angeklag-

ten, das vom äußeren Erscheinungsbild her völlig einer befugten Nutzung entsprach, allein deshalb als unbefugte Einwirkung gewertet hat, weil die Angeklagte Kenntnisse von einem Defekt des Automaten hatte und deshalb wusste, dass sie beim Tanken im Werte von mehr als 70,- € nicht würde bezahlen müssen. Dies entspricht allerdings der herrschenden Rechtsprechung zu Fällen, in denen der Täter Kenntnisse über den Programmablauf eines Geldspielautomaten erlangt hatte und diesen unter Verwendung dieser Kenntnisse leer gespielt hatte. Auch dort hatte die Rechtsprechung in Übereinstimmung mit der herrschenden Literatur einen Computerbetrug gem. § 263a I 4. Fall StGB angenommen (BGHSt 40, 331, 335; LK-Tiedemann, § 263a Rn 61; Wessels/Hillenkamp, Rn 613; a.A.: Zielinski, NStZ 1995, 345).

Vertiefungshinweise:

Zum Eigentum an getanktem Kraftstoff: *OLG Düsseldorf*, NStZ 1982, 249; 1985, 270; *OLG Hamm*, NStZ 1983, 266; *OLG Koblenz*, RA 1999, 111 = NStZ-RR 1998, 364; *Baier*, JA 1999, 364; *Borchert/Hellmann*, NJW 1983, 2799; *Charalambakis*, MDR 1985, 976; *Deutscher*, JA 1983, 128; *Herzberg*, NJW 1984, 896; *Ranft*, JA 1984, 4

Zur unbefugten Einwirkung auf den Ablauf i.S.v. § 263a I 4. Fall StGB: *Achenbach*, JR 1994, 293; *Haft*, NStZ 1987, 8; *Möhrenschläger*, wistra 1982, 202; *Ranft*, NJW 1994, 2574

Kursprogramm:

Examenskurs: "Die Segnungen des bargeldlosen Zahlungsverkehrs"

Examenskurs: "Benzin im Blut"

Leitsatz:

Das Ausnutzen eines Defektes einer vollautomatischen Selbstbedienungstankstelle zum kostenlosen Tanken mittels einer Bankkarte kann ein unbefugtes Einwirken auf den Ablauf des Datenverarbeitungsvorgangs in der 4. Tatbestandsvariante des § 263 a Abs. 1 StGB darstellen.

Sachverhalt:

Am 26.6.06 betankte A ihr Fahrzeug an einer vollautomatischen Selbstbedienungstankstelle, die von T aufgestellt und betrieben wurde, für einen Betrag i.H.v. 80,- €, wobei ihr bewusst war, dass Betankungen für mehr als 70,- € wegen eines Defektes der Anlage vom System nicht als Treibstoffentnahme erfasst und dementsprechend auch nicht dem Konto belastet wurden, für das die vor Beginn des Tankvorgangs in den Automaten einzuführenden Bankkarte ausgegeben war.

Strafbarkeit der A?

Lösung:

I. Strafbarkeit gem. § 242 I StGB durch das Benutzen des Tankautomaten

A könnte sich dadurch, dass sie an dem Tankautomaten tankte und anschließend wegfuhr ohne zu bezahlen, wegen Diebstahls gem. § 242 I StGB strafbar gemacht haben.

1. Tatbestand

a. Fremde bewegliche Sache

Bei dem Benzin, das die A durch den Tankvorgang erlangte, müsste es sich um taugliches Tatobjekt für einen Diebstahl, also um eine fremde bewegliche Sache, handeln.

Sache i.S.v. § 242 I StGB ist - entsprechend § 90 BGB - jeder körperliche Gegenstand unabhängig von seinem Aggregatzustand (Schönke/Schröder-Eser, § 242 Rn 9; Wessels/Hillenkamp, Rn 63). Beweglich ist eine Sache, wenn sie tatsächlich fortgeschafft werden kann (Schönke/Schröder-Eser, § 242 Rn 11; Krey/Hellmann, Rn 2).

Bei dem getankten Benzin handelt es sich um eine Flüssigkeit, also einen körperlichen Gegenstand. Wie der Sachverhalt zeigt, konnte A das Benzin auch tatsächlich fortschaffen. Es handelte sich also auch um eine bewegliche Sache.

Das Benzin müsste auch eine für A fremde Sache sein. Fremd ist eine Sache, wenn sie zumindest auch im Eigentum einer anderen Person steht (BGH, NStZ-RR 200, 234; Fischer, § 242 Rn 5; Otto, JURA 1989, 139). Ursprünglich war T Eigentümer des Kraftstoffs, sodass dieser für A fremd war. Allerdings könnte A durch das Betanken ihres Fahrzeugs Alleineigentum an dem Benzin erworben haben, was dazu führen würde, dass das Benzin für A keine fremde Sache mehr wäre.

aa. Eigentumserwerb durch Rechtsgeschäft

A könnte durch Übereignung gem. § 929 S. 1 BGB Eigentum an dem Benzin erworben haben. Dazu wäre allerdings eine entsprechende Einigung zwischen A als Erwerberin und T als Veräußerer über den Eigentumsübergang erforderlich. Fraglich ist, ob beim Tankvorgang eine solche dingliche Einigung bzgl. der Übereignung des getankten Benzins zustande kommt.

(1) Mindermeinung

Nach einer Auffassung erfolgt die Übereignung des Kraftstoffs grundsätzlich bereits mit dem Tankvorgang (*OLG Düsseldorf*, JR 1982, 243; *Herzberg*, JR 1985, 209; *Baier*, JA 1999, 364, 367). Insoweit seien zwei rechtliche Konstruktionen denkbar: Entweder stelle das Aufstellen der Tanksäule bereits ein Angebot zur Übereignung dar, das der Kunde durch das Tanken annehme, oder aber das Aufstellen der Säule sei nur eine unverbindliche invitatio ad offerendum, das An-

gebot zur Übereignung gebe der Kunde durch den Tankvorgang ab und dieses werde vom Tankstellenbetreiber dadurch angenommen, dass er den Kunden gewähren lasse. Bei einem Tankautomaten wie im vorliegenden Fall wäre die zweite Argumentation dann so zu verstehen, dass der Kunde mit dem Einstecken seiner Bankkarte das Angebot zur Übereignung abgibt, das der Betreiber des Tankautomaten dadurch annimmt, dass er in den Tankautomaten ein Programm eingespeist hat, das nach dem Einstecken einer Bankkarte durch den Kunden den Kraftstoff zum Betanken freigibt. Nach dieser Meinung hätte A somit durch das Tanken Eigentum an dem Benzin erworben. Dieses wäre somit keine fremde Sache mehr.

(2) *Herrschende Meinung*

Nach der herrschenden Meinung erfolgt der Eigentumsübergang nicht bereits durch das Tanken (OLG Koblenz, RA 1999, 111 = NStZ-RR 1998; Schönke/Schröder-Eser, § 246 Rn. 7). Auch insofern sind beim Betrieb eines Tankautomaten verschiedene rechtliche Gestaltungsmöglichkeiten denkbar: So könnte stillschweigend ein Eigentumsvorbehalt bis zur vollständigen Bezahlung - beim Betrieb eines Tankautomaten wie im vorliegenden Fall also bis zur Abbuchung des geschuldeten Betrages von dem Konto, für das die Bankkarte eingesteckt wurde - vereinbart worden sein (so OLG Hamm, NStZ 1983, 266, 267) oder der Tankstellenbetreiber könnte seine Willenserklärung unter der aufschiebenden Bedingung der Kaufpreiszahlung bzw. der Abbuchung des Kaufpreises vom fraglichen Konto erklärt haben (so Palandt-Heinrichs, § 145 Rn. 8). Nach dieser Meinung hätte A durch das Tanken selbst somit jedenfalls nicht gem. § 929 S. 1 BGB Eigentum erworben.

(3) *Stellungnahme*

Die erste Meinung führt dazu, dass die sowieso schon schlechte tatsächliche Position des Verkäufers, der ein Wegfahren des Kunden ohne Bezahlung meist gar nicht verhindern kann, zusätzlich noch durch eine rechtliche Benachteiligung, nämlich einen Eigentumsverlust noch vor Begleichung des Kaufpreises, weiter verschlechtert würde. Dies gilt besonders für Fälle, in denen ein Tankautomat betrieben wird, da hier der Eigentümer bei der Durchführung des Tankvorganges durch den Täter gar nicht anwesend ist und diesen nicht selbst daran hindern kann zu tanken. Nach der ersten Auffassung würde eine Strafbarkeit gem. §§ 242 I, 246 I StGB mangels Fremdheit des Tatobjekts von vornherein ausscheiden, was jedoch zu unerträglichen Strafbarkeitslücken führen würde. Der zweiten Meinung ist somit zu folgen. Ein Eigentumserwerb der A durch Rechtsgeschäft ist somit nicht gegeben.

bb. Eigentumserwerb kraft Gesetzes

A könnte jedoch durch Vermischung gem. §§ 947, 948

StGB Eigentum an dem Benzin erworben haben. Zwar war A Eigentümerin der Sache, mit der das Benzin aus dem Tankautomaten vermischt wurde, also des Benzins, das sich noch im Tank befand. Allerdings wird sie durch die Vermischung gem. §§ 948 I, 947 I 1. Hs. BGB lediglich Miteigentümerin des getankten Benzins, so dass auch der T immer noch (Mit-) Eigentümer des Benzins bleibt und dieses für die A immer noch eine fremde Sache darstellt.

A hat kein Eigentum an dem getankten Benzin erworben. Es stellt für sie eine fremde bewegliche Sache dar und ist deshalb ein taugliches Tatobjekt für eine Tat i.S.v. § 242 I StGB.

Zu diesem Ergebnis kommt auch das OLG Braunschweig: "[Es ist] im Auge zu behalten, dass das Benzin für die Angeklagte auch beim Wegfahren noch eine 'fremde Sache' geblieben wäre, weil der Tankstellenbetreiber den Treibstoff regelmäßig ersichtlich nur übereignen will, wenn er hinsichtlich der Zahlung des Entgelts eine gesicherte Position erlangt hat. Davon kann aber bei einem erkennbar defekten Tankautomaten, der ab einer bestimmten Entgelthöhe einen sog. Nullbon ausdrückt, nicht ausgegangen werden."

b. Wegnahme

A müsste das Benzin weggenommen haben.

Wegnahme ist der Bruch fremden und die Begründung neuen, nicht notwendig tätereigenen, Gewahrsams (Fischer, § 242 Rn 10; Schönke/Schröder-Eser, § 242 Rn 22).

Solange sich das Benzin im Tankautomaten befand, hatte T Gewahrsam daran, es bestand also aus Sicht der A fremder Gewahrsam. Spätestens in dem Zeitpunkt, in dem A mit dem Benzin im Tank wegfuhr, hat sie neuen Gewahrsam hieran begründet. Fraglich ist jedoch, ob diese Gewahrsamsverschiebung auch einen Gewahrsamsbruch darstellt.

Fremder Gewahrsam wird gebrochen, wenn die Gewahrsamsverschiebung gegen oder ohne Willen des bisherigen Gewahrsamsinhabers erfolgt (Joecks, § 242 Rn 10; Lackner/Kühl, § 242 Rn 14). Da A den Tankautomaten allerdings ordnungsgemäß benutzte - immerhin hat sie vor Beginn des Tankvorgangs wie verlangt auch eine echte Bankkarte eingegeben, deren berechnete Inhaberin sie sogar war - stellt sich die Frage, ob ihr Verhalten wirklich gegen oder ohne den Willen des T erfolgte oder ob nicht ein tatbestandsausschließendes Einverständnis des T vorlag.

aa. Mindermeinung

Nach einer Auffassung stellt das Einfüllen von Benzin immer dann eine Wegnahme dar, wenn es dem Personal unbemerkt geblieben ist und somit kein Einverständnis vorliegt (Wessels/Hillenkamp, Rn. 184). Diese Meinung geht jedoch von einer SB-Tankstelle aus, bei der Personal anwesend ist, das dem Einfüllen zu-

stimmen oder widersprechen könnte. Im vorliegenden Fall handelt es sich jedoch um einen Tankautomaten, der selbstständig nicht nur das Benzin abgibt, sondern auch (durch die Abbuchung vom entsprechenden Konto) die Bezahlung der Ware sicherstellt. Hier - ähnlich wie beim Betrieb eines Geldspielautomaten unter Ausnutzung rechtswidrig erlangter Kenntnisse über den Programmablauf - liegt jedoch ein Verhalten des Täters vor, das vom äußeren Erscheinungsbild her einer ordnungsgemäßen Betätigung des Automaten entspricht, sodass hier kein Gewahrsamsbruch vorliegt, da ein entsprechendes tatbestandsausschließendes Einverständnis des Berechtigten gegeben ist (Wessels/Hillenkamp, Rn 186). Nach dieser Meinung wäre ein Gewahrsamsbruch somit im vorliegenden Fall zu verneinen.

bb. Herrschende Meinung

Nach der herrschenden Meinung stellt der Gewahrsamswechsel beim Tanken niemals einen Gewahrsamsbruch und damit auch keine Wegnahme dar (BGH, NJW 1983, 2827; Schönke/Schröder-Eser, § 242 Rn. 36; NK-Kindhäuser, § 242 Rn. 54; Herzberg, JA 1980, 391). Eine Wegnahme des Benzins durch A wäre somit nicht gegeben.

cc. Zwischenergebnis

Nach beiden Auffassungen ist somit ein Gewahrsamsbruch und damit eine Wegnahme i.S.v. § 242 I StGB nicht gegeben.

2. Ergebnis

A ist nicht strafbar gem. § 242 I StGB.

II. Strafbarkeit gem. § 263 I StGB durch das Benutzen des Tankautomaten

A könnte sich dadurch, dass sie an dem Tankautomaten tankte, obwohl sie von vornherein nicht vorhatte, das Benzin zu bezahlen, wegen Betrugs zum Nachteil des T gem. § 263 I StGB strafbar gemacht haben.

1. Tatbestand

A müsste zunächst über Tatsachen getäuscht haben. Täuschung i.S.v. § 263 I StGB ist jede intellektuelle Einwirkung auf das Vorstellungsbild eines anderen, die geeignet ist, eine Fehlvorstellung über Tatsachen hervorzurufen (Fischer, § 263 Rn 10; Joecks, § 263 Rn 22; Schönke/Schröder-Cramer/Perron, § 263 Rn 11). Eine intellektuelle Einwirkung auf das Vorstellungsbild eines anderen kann jedoch begrifflich nur gegeben sein, wenn der Täter auf eine Menschen einwirkt, nicht jedoch bei der Einwirkung auf einen Computer (also einen Datenverarbeitungsvorgang), da dieser keinen Intellekt und auch kein Vorstellungsbild besitzt, das beeinflusst werden könnte. Im vorliegenden Fall hat A lediglich einen Tankautomaten (also einen Computer) bedient, ohne dass es noch etwa einer Bestäti-

gung durch einen Tankwart bedurfte, um den Tankautomaten freizuschalten. Eine Täuschung liegt somit nicht vor.

2. Ergebnis

A ist nicht strafbar gem. § 263 I StGB.

III. Strafbarkeit gem. § 263a I StGB durch das Benutzen des Tankautomaten

A könnte sich jedoch dadurch, dass sie an dem Tankautomaten tankte, obwohl sie den ihr bekannte Defekt ausnutzen wollte und deshalb nicht vorhatte zu bezahlen, wegen Computerbetrugs gem. § 263a I StGB zum Nachteil des T strafbar gemacht haben.

1. Tatbestand

a. Tathandlung

A müsste eine der in § 263a I StGB genannten Tathandlungen vorgenommen haben.

aa. Unrichtige Gestaltung des Programms, § 263a I 1. Fall StGB

A könnte das Programm des Tankautomaten unrichtig gestaltet haben.

Programm i.S.v. § 263a I 1. Fall StGB ist eine durch Daten fixierte Arbeitsanweisung an den Computer (Fischer, § 263a Rn 6; Wessels/Hillenkamp, Rn 606; Haft, NSTZ 1987, 6, 7). Gestaltung eines Programms ist das Neuschreiben, Verändern oder Löschen des ganzen Programms oder von Programmteilen (Fischer, § 263a Rn 6; Joecks, § 263a Rn 9). Eine Gestaltung des Programms durch den Täter setzt also stets voraus, dass dieser auf den Quellcode des Computers einwirkt. A hat das in dem Tankautomaten enthaltene Programm nicht verändert. Eine unrichtige Gestaltung des Programms ist somit nicht gegeben.

bb. Verwendung unrichtiger oder unvollständiger Daten, § 263a I 2. Fall StGB

A könnte aber unrichtige oder unvollständige Daten verwendet haben.

Daten i.S.v. § 263a I StGB sind kodierte Informationen in einer im Wege automatisierter Verarbeitung nutzbaren Darstellungsform (Fischer, § 263a Rn 3; Rengier, BT I, § 14 Rn 2; Wessels/Hillenkamp, Rn 602). Verwendung von Daten i.S.v. § 263a I StGB ist das Einführen von Daten in einen Datenverarbeitungsvorgang (Fischer, § 263a Rn 8; Lackner/Kühl, § 263a Rn 9; Schönke/Schröder-Cramer/Perron, § 263a Rn 6). Auf der von A benutzten Bankkarte sind Daten i.S.v. § 263a I StGB gespeichert, die A durch das Einstecken der Karte in den Tankautomaten auch verwendet hat. Diese Daten müssten allerdings unrichtig oder unvollständig sein.

Unrichtig sind Daten, wenn sie den durch sie bezeichneten Lebenssachverhalt nicht richtig, unvollständig

wenn sie ihn nicht hinreichend wiedergeben (Fischer, § 263a Rn 7; Joecks, § 263a Rn 12).

A hat ihre eigene Original-Bankkarte in den Tankautomaten eingesteckt, sodass die von ihr verwendeten Daten weder unrichtig noch unvollständig waren.

§ 263a I 2. Fall StGB scheidet somit auch aus.

cc. Unbefugte Verwendung von Daten, § 263a I 3. Fall StGB

A hat durch das Einstecken der Bankkarte in den Tankautomaten Daten verwendet (s.o.). Da A jedoch ihre eigene Karte verwendete und auch die Befugnis hatte, die auf ihrer Bankkarte gespeicherten Daten zur Bedienung des Tankautomaten zu verwenden, ist eine unbefugte Datenverwendung i.S.v. § 263a I 3. Fall StGB nicht gegeben.

dd. Sonstige unbefugte Einwirkung auf den Ablauf, § 263a I 4. Fall StGB

Das Verhalten der A könnte jedoch eine sonstige unbefugte Einwirkung auf den Ablauf i.S.v. § 263a I 4. Fall StGB darstellen.

Hierzu führt das OLG Braunschweig aus: “[...] nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes (NStZ 1995, 135) liegt ein unbefugtes Einwirken auf den Ablauf der automatischen Datenverarbeitung jedenfalls dann vor, wenn jemand mit rechtswidrig erlangtem Wissen den Programmablauf zu Lasten des Automatenbetreibers (Rechtsinhabers), dessen Willen eine maßgebliche Bedeutung zukommt, beeinflusst.

Wie in dem dem Bundesgerichtshof vorgelegten Fall, in dem der Angeklagte mittels seines Wissen eine bestimmte Stelle im Programm angesteuert und sie für sich ausgenutzt hatte, so hat auch die Angeklagte ihr spezielles Wissen, über das die Allgemeinheit nicht verfügte, gezielt eingesetzt, um den Tankvorgang bis zum Erreichen eines 70 € übersteigenden Betrages zur Vermeidung einer Belastung ihres Kontos in Gang zu halten.

Beiden Fällen ist gemein, dass die jeweiligen Angeklagten das vorhandene Computerprogramm nicht verändert, sondern für ihre Zwecke unbefugt, das heißt gegen den Willen des jeweiligen Automatenbetreibers ausgenutzt haben. Denn auch in dem vorliegenden Fall muss zunächst davon ausgegangen werden, dass der Tankstellenbetreiber eine derartige Nutzung der Tankstelle offensichtlich nicht wollte.

Auf die von den amtsgerichtlichen Feststellungen nicht beantwortete Frage, wie die Angeklagte zu dem das kostenlose Tanken ermöglichenden Wissen gekommen ist, kommt es vorliegend nicht entscheidend an. Der Bundesgerichtshof (aaO) hat in dem von ihm zu beurteilenden Fall zwar auf die Rechtswidrigkeit der Kenntniserlangung abgestellt, zugleich aber ausdrücklich nicht ausgeschlossen, dass der Tatbestand des Computerbetruges auch ohne diesen Umstand gegeben sein kann. Der Art der Wissensbeschaffung

kann eine besondere Bedeutung zukommen, wenn, wie in dem dem Bundesgerichtshof vorgelegten Fall, von einem fehlerfrei funktionierenden Automaten auszugehen ist, bei dem die unter Einsatz besonderer Kenntnisse herbeigeführte Spielsituation nach dem Zufallsprinzip sogar programmgemäß vorgesehen und in diesem Umfang von dem Automatenbetreiber auch gewollt war. Davon unterscheidet sich der vom Amtsgericht vorliegend festgestellte Sachverhalt aber grundlegend. Denn die Angeklagte hat ihr besonderes Wissen eingesetzt und einen Defekt des Tankautomaten ausgenutzt.”

Eine sonstige unbefugte Einwirkung der A auf den Ablauf i.S.v. § 263a I 4. Fall StGB ist somit gegeben.

b. Dadurch Beeinflussung des Ergebnisses eines Datenverarbeitungsvorgangs

A müsste durch die Tathandlung das Ergebnis eines Datenverarbeitungsvorgangs beeinflusst haben.

Ein Datenverarbeitungsvorgang ist jeder technische Vorgang, bei dem durch Aufnahme von Daten und deren Verknüpfung nach Programmen bestimmte Ergebnisse erzielt werden (Fischer, § 263a Rn 3; Wessels/Hillenkamp, Rn 602; Möhrenschräger, wistra 1986, 128, 133). Beeinflusst wird das Ergebnis eines Datenverarbeitungsvorgangs dann, wenn die Handlung des Täters in den Verarbeitungsvorgang Eingang findet und seinen Ablauf mitbestimmt (Fischer, § 263a Rn 20; Wessels/Hillenkamp, Rn 602).

Der Tankautomat erfasst die vom Benutzer getankte Menge Benzin, errechnet den zu zahlenden Kaufpreis und bucht den entsprechenden Betrag von dem Konto ab, dessen Bankkarte der Benutzer vorher in den Automaten eingesteckt hat. Ein Datenverarbeitungsvorgang findet somit statt. Eine Beeinflussung könnte darin zu sehen sein, dass A ihre Bankkarte in den Tankautomaten einsteckt und so den Datenverarbeitungsvorgang in Gang setzt.

Fraglich ist jedoch, ob das Ingangsetzen eines Datenverarbeitungsvorgangs auch eine “Beeinflussung” i.S.v. § 263a I StGB darstellt.

aa. Mindermeinung

Nach einer Auffassung setzt die Beeinflussung des Ergebnisses eines Datenverarbeitungsvorgangs stets voraus, dass der Täter in einen bereits laufenden Datenverarbeitungsvorgang eingreift (Jungwirth, MDR 1987, 543; Kleb-Braun, JA 1986, 259; Ranft, wistra 1987, 83). Da A durch das Einführen der Bankkarte in den Tankautomaten den entsprechenden Datenverarbeitungsvorgang erst in Gang gesetzt hat, wäre nach dieser Meinung eine Beeinflussung des Ergebnisses eines Datenverarbeitungsvorgangs i.S.v. § 263a I StGB nicht gegeben.

bb. Herrschende Meinung

Die herrschende Meinung hingegen sieht auch das In-

gangsetzen eines Datenverarbeitungsvorgangs als Beeinflussung i.S.v. § 263a I StGB an (BGHSt 38, 121; BayObLG, JR 1994, 289; OLG Köln, NStZ 1991, 586; Fischer, § 263a Rn 20).

Nach dieser Auffassung wäre also ein Beeinflussen des Ergebnisses eines Datenverarbeitungsvorgangs durch A gegeben.

cc. Stellungnahme

Beim Ingangsetzen eines Datenverarbeitungsvorgangs handelt es sich um die stärkste Form der Beeinflussung, sodass nicht ersichtlich ist, warum gerade diese den Tatbestand des § 263a I StGB nicht erfüllen sollte. Auch ist nicht ersichtlich, warum bei der gebotenen betrugsnahen Auslegung des Tatbestandes des § 263a I StGB gerade die Fallgruppe nicht erfasst werden sollte, die der typischen Betrugshandlung - dem Hervorrufen des Irrtums - entspricht. Der herrschenden Meinung ist zu folgen. Eine Beeinflussung des Ergebnisses eines Datenverarbeitungsvorgangs ist somit gegeben.

Das OLG Braunschweig stellt hierzu nur kurz fest: "Das von ihr angesteuerte Ergebnis des Datenverarbeitungsvorgangs, das sich regulär aus dem Erfassen der getankten Kraftstoffmenge und der Berechnung des Kaufpreises ergibt, hat die Angeklagte jedenfalls durch unbefugtes Einwirken auf dessen Ablauf beeinflusst (4. Tatbestandsvariante)."

c. Dadurch Vermögensschaden

Durch sein Verhalten müsste A das Vermögen eines anderen geschädigt haben.

Ein Vermögensschaden i.S.v. § 263a StGB ist - ebenso wie bei § 263 StGB - dann gegeben, wenn der Gesamtwert des Vermögens des Opfers durch die Tathandlung verringert wurde, wenn dieses also durch die tatbestandsmäßige Handlung eine Vermögensminderung erfahren hat, die nicht durch den Zufluss eines Äquivalents ausgeglichen worden ist (Lackner/Kühl, § 263a Rn 23, § 263 Rn 36; Wessels/Hillenkamp, Rn 603, 538).

Durch das Betanken hat T Besitz und Gewahrsam an dem getankten Kraftstoff verloren. Außerdem ist T nicht mehr Alleineigentümer des Benzins, da A durch Vermischung immerhin Miteigentum begründet hat (s.o.). Das Vermögen des T ist also durch die Tathandlung der A gemindert worden. Da der Tankautomat den Kaufpreis für den Kraftstoff aufgrund des Defekts nicht vom Konto der A abgebucht hat, hat T für die erlittene Vermögensminderung auch kein Äquivalent erhalten, sodass durch die Handlung der A ein Vermögensschaden bei T eingetreten ist.

d. Vorsatz

Da A insb. auch der Defekt bekannt war, handelte sie bzgl. der objektiven Tatumstände vorsätzlich.

e. Absicht rechtswidriger und stoffgleicher Bereicherung

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

Vermögensvorteil - also Bereicherung - ist jede günstigere Gestaltung der Vermögenslage (Schönke/Schröder-Cramer/Perron, § 263a Rn 29, § 263 Rn 167; Rengier, BT I, § 14 Rn 2, § 13 Rn 103). Rechtswidrig ist die beabsichtigte Bereicherung, wenn der Täter keinen fälligen durchsetzbaren Anspruch auf die Bereicherung hat (Fischer, § 263a Rn 24, § 263 Rn 111; Rengier, BT I, § 14 Rn 2, § 13 Rn 110). Stoffgleichheit der beabsichtigten Bereicherung ist gegeben, wenn diese die Kehrseite des Schadens beim Opfer darstellt (Lackner/Kühl, § 263a Rn 25; Schönke/Schröder-Cramer/Perron, § 263a Rn 29, § 263 Rn 168). Schließlich ist Vorsatz des Täters bzgl. der Rechtswidrigkeit und Stoffgleichheit der beabsichtigten Bereicherung erforderlich (BGH, NStZ 2003, 663; Fischer, § 263a Rn 24, § 263 Rn 112 f.).

A hatte die Absicht, zumindest Besitz und Gewahrsam an dem Kraftstoff und damit die Möglichkeit, diesen zu verbrauchen, ohne Bezahlung zu erlangen, also ihre Vermögenslage günstiger zu gestalten. Sie hatte auch keinen Anspruch auf diese Bereicherung, sodass diese rechtswidrig ist. Außerdem ist die von A beabsichtigte Bereicherung - Erlangung des Kraftstoffs ohne Bezahlung - die Kehrseite des Schadens des T (s.o.). Da A auch Vorsatz bzgl. der Rechtswidrigkeit und Stoffgleichheit der von ihr beabsichtigten Bereicherung hatte, handelte sie in der Absicht rechtswidriger und stoffgleicher Bereicherung.

Das OLG Braunschweig kommt zum selben Ergebnis: "Die für einen tatbestandsmäßigen Computerbetrug (§ 263 a Abs.1 StGB) zunächst erforderliche Absicht des Täters, sich oder einem Dritten einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zum wirtschaftlichen Nachteil eines anderen zu verschaffen, hatte das Amtsgericht bereits festgestellt. Sie ergibt sich aus dem bewussten Ausnutzen des Defektes der Tankanlage durch die Angeklagte zulasten des Tankstellenbetreibers. Der von ihr erstrebte und zunächst auch erlangte Vermögensvorteil war auch rechtswidrig, weil sie keinen Anspruch auf ein unentgeltliches Tanken hatte."

2. Rechtswidrigkeit und Schuld

A handelte auch rechtswidrig und schuldhaft.

3. Ergebnis

A ist strafbar gem. § 263a I 4. Fall StGB.

IV. Strafbarkeit gem. § 266b I StGB durch das Benutzen des Tankautomaten

Dadurch, dass A ihre Bankkarte in den Tankautomaten einsteckte, um ohne zu bezahlen tanken zu können, könnte sie sich wegen Missbrauchs von Scheck- und

Kreditkarten gem. § 266b I StGB strafbar gemacht haben.

Eine Strafbarkeit gem. § 266b I StGB setzt jedoch stets voraus, dass die Täterin den Aussteller der benutzten Karte - im vorliegenden Fall die Bank, die die von A benutzte Karte an diese ausgegeben hatte - schädigt. Da im vorliegenden Fall aber durch den Tankautomaten gerade keine Abbuchung vom Konto der A vorgenommen wurde, kann auch ein Vermögensschaden bei der kontoführenden Bank nicht gegeben sein. Eine Strafbarkeit gem. § 266b I StGB liegt somit nicht vor.

V. Strafbarkeit gem. § 246 I StGB durch das Benutzen des Tankautomaten

Die durch das Tanken mitwirkliche Unterschlagung, § 246 I StGB, an dem Benzin tritt hinter den schwerer bestraften Computerbetrug (s.o.) zurück, § 246 I StGB a.E.

VI. Strafbarkeit gem. § 265a I 1. Fall StGB durch das Benutzen des Tankautomaten

A könnte sich dadurch, dass sie an dem Tankautomaten tankte, obwohl sie nicht vorhatte, zu bezahlen we-

gen Erschleichens von Leistungen gem. § 265a I 1. Fall StGB strafbar gemacht haben.

Dann müsste A die Leistung eines Automaten in der Absicht erschlichen haben, das Entgelt nicht zu entrichten.

Nach h.M. fallen allerdings Warenautomaten, d.h. Automaten, deren Leistung in der Herausgabe von Sachen besteht, nicht in den Anwendungsbereich von § 265a I StGB (OLG Düsseldorf, NJW 2000, 158; Schönke/Schröder-Lenckner/Perron, § 265a Rn 4; Krey/Hellmann, Rn 512b; Rengier, BT I, § 16 Rn 3; a.A.: Biletzki, NSTZ 2000, 424), da diese Fälle von den §§ 242, 246, 263a StGB abschließen geregelt werden sollten.

Die "Leistung" des Tankautomaten im vorliegenden Fall bestand in der Abgabe von Benzin, also in der Herausgabe einer Sache. Der Tankautomat ist also ein Warenautomat, sodass § 265a I 1. Fall StGB keine Anwendung findet.

A ist nicht strafbar gem. § 265a I StGB.

VII. Gesamtergebnis

A ist strafbar gem. § 263a I 4. Fall StGB.

*Literaturauswertung**Öffentliches Recht*

Autor/Titel:	Sachs, Michael /Krings, Thomas: "Das neue Grundrecht auf Gewährung und Vertraulichkeit informationstechnischer Systeme"
Fundstelle:	JuS 2008, 328 (Heft 4)
Inhalt:	Erster Beitrag zu Dogmatik und Systematik dieses neuen, vom BVerfG (RA 2008, 172 = NJW 2008, 822) aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht nach Art. 2 I i.V.m. 1 I GG abgeleiteten Grundrechts. Die Autoren widmen sich insbesondere der Schutzbereichsbestimmung, namentlich der Abgrenzung zur Telekommunikationsfreiheit des Art. 10 GG und zum Recht auf informationelle Selbstbestimmung, sowie zu den Schranken des Grundrechts.

Autor/Titel:	Erbguth, Wilfried: "Einstweiliger Rechtsschutz gegen Verwaltungsakte"
Fundstelle:	JA 2008, 357 (Heft 5)
Inhalt:	Der Beitrag deckt das gesamte System der §§ 80 V, 80a VwGO ab. Neben den Grundlagen mit Formulierungsbeispielen und Aufbauschemata stellt der Autor auch Randprobleme wie die Berücksichtigung des europäischen Gemeinschaftsrechts und die Anträge auf Sicherungsmaßnahmen und Vollzugsfolgenbeseitigung dar.

Zivilrecht

Autor/Titel:	Mock, Sebastian: "Grundfälle zum Stellvertretungsrecht"
Fundstelle:	JuS 2008, 486 (Heft 6)
Inhalt:	Der Autor beschäftigt sich im Rahmen eines Fortsetzungsbeitrags mit der Stellvertretung (vgl. JuS 2008, 391, Heft 5). In dem hier behandelten Teil werden die Grenzen der Vertretungsmacht, d.h. die Missbrauchstatbestände und das Insichgeschäft, besprochen sowie die Haftung des Vertreters ohne Vertretungsmacht dargestellt. Bei der Stellvertretung handelt es sich um ein klassisches Problem des BGB AT, welches unbedingt beherrscht werden sollte.

Strafrecht

Autor/Titel:	Kohn, Kristian: "Grundwissen - Strafrecht: Handlungs- und Erfolgsunrecht"
Fundstelle:	JuS 2008, 494 (Heft 6)
Inhalt:	Kurz präsentiert der Verfasser die historische Entwicklung und die verschiedenen Ansätze zur Erklärung des im Strafrecht relevanten Handlungs- und Erfolgsunrechts. Auch die Konstellationen, in denen diese Ansätze in einer Fallbearbeitung relevant werden können, werden genannt. Als Einstieg in die Problematik sehr hilfreich, ob allerdings eine der grundlegenden Fragen des Strafrechts auf nur zwei Seiten hinlänglich abgehandelt werden kann, darf bezweifelt werden.