

## Öffentliches Recht

**Standort: Art. 33 V GG**

**Problem: Lebenszeitprinzip im Berufsbeamtentum**

BVERFG, BESCHLUSS VOM 28.05.2008  
2 BvL 11/07 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

### **Problemdarstellung:**

Nach § 25b des Landesbeamtengesetzes NRW (LBG NRW) sind Ämter mit leitender Funktion zunächst nur auf Zeit zu vergeben. Das BVerfG sieht in dieser Beschränkung den Kernbereich des nach Art. 33 V GG zu beachtenden Lebenszeitprinzips verletzt. Das Gericht führt aus:

A. Das Lebenszeitprinzip gehörte zu den hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums i.S.d. Art. 33 V GG. Ausnahmen vom Lebenszeitprinzip seien nur in Bereichen zulässig, in denen die besondere Natur der wahrgenommenen Aufgaben eine Begründung von Beamtenverhältnissen auf Zeit erfordere (z. B. für kommunale Wahlbeamte auf Zeit oder politische Beamte).

B. Zwar könne der Gesetzgeber nach Art. 33 V GG das Recht des öffentlichen Dienstes auch Fortentwickeln. Dabei dürfe er aber den Kernbereich der hergebrachten Strukturprinzipien des Berufsbeamtentums nicht antasten. Das Lebenszeitprinzip gehöre zu diesem Kernbereich. Der Beamte habe sonst keine gesicherte Rechtsstellung, die ihm die für seine Amtsausübung erforderliche Unabhängigkeit geben solle. Der in ein Führungsamt berufene Beamte müsse wegen § 25b LBG NRW ständig befürchten, in sein vorheriges Amt zurückgesetzt zu werden, mit allen damit verbundenen Nachteilen wie einer Gehaltseinbuße, versorgungsrechtlichen Nachteilen und einem Ansehensverlust bei Kollegen, Untergebenen und in der Öffentlichkeit. Eine solche Maßnahme erlaube ansonsten nur das Disziplinarrecht, in dessen Rahmen die Zurückstufung in ein Amt mit geringerem Endgrundgehalt die zweitschärfste Sanktion nach der Entfernung aus dem Dienst darstelle.

C. Eine Rechtfertigung für diese Durchbrechung des Lebenszeitprinzips liege nicht vor. Sie sei zwar grds. möglich, etwa durch andere beamtenrechtliche Grundsätze wie das Leistungsprinzip, eine notwendige Flexibilität des Personaleinsatzes oder Besonderheiten der betroffenen Führungsfunktionen. Solche Gründe seien aber nicht ersichtlich. § 25b LBG NRW koppele die spätere Ernennung auf Lebenszeit oder ein Zurücktreten in das Grundamt gerade nicht an von dem Beamten erbrachte Leistungen, sondern schweige sich zu den

Gründen aus. Es sei daher zu befürchten, dass die Entscheidung durch leistungsfremde (politische) Gesichtspunkte bestimmt werden könnte. Soweit der Landesgesetzgeber mit der Übertragung von Führungsämtern auf Zeit die Mobilität oder Flexibilität der Beamten zu steigern beabsichtige, sei eine positive Auswirkung des § 25b LBG NRW hierauf schon im Ansatz nicht erkennbar. Und die von § 25b LBG NRW erfassten Ämter wiesen auch keine sachlichen Besonderheiten auf, die eine Abweichung vom Lebenszeitprinzip begründen könnten.

### **Prüfungsrelevanz:**

§ 25b LBG NRW wurde dem BVerfG im Rahmen einer konkreten Normenkontrolle nach Art. 100 GG i.V.m. §§ 13 Nr. 11, 80 ff. BVerfGG zur Überprüfung vorgelegt. Die konkrete Normenkontrolle gehört zu den examensrelevanten Rechtsbehelfen. In Examensaufgaben ließe sich auch eine Verfassungsbeschwerde der betroffenen Beamten nach Art. 93 I Nr. 4a GG i.V.m. §§ 13 Nr. 8a, 90 ff. BVerfGG denken, denn der verletzte Art. 33 V GG gehört zu den grundrechtsgleichen Rechten, die mittels Verfassungsbeschwerde gerügt werden können.

Seit der Föderalismusreform von 2006 (BGBl I S. 2034) stellt Art. 33 V GG nunmehr klar, dass das Recht des öffentlichen Dienstes nicht nur "geregelt" - so die a.F. - sondern auch "fortentwickelt" werden kann. Der Verfassungsgeber wollte damit klarstellen, dass das öffentliche Dienstrecht kein statisches Gebiet ist, sondern modernen Erfordernissen angepasst werden kann. Diesem Entwicklungsstreben des Gesetzgebers hat das BVerfG nun eine klare Grenze gesetzt: Die hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums selbst dürfen gerade nicht geändert werden. Vielmehr bilden sie als Kernbereich des Beamtenrechts eine "Schranke" für den Gesetzgeber, die er bei der Fortentwicklung des öffentlichen Dienstrechts zu beachten hat.

Ein ähnliches Schicksal wie § 25b LBG NRW dürfte nun § 12b BRRG beschieden sein, der den Rahmen für die landesgesetzliche Regelung in NRW bildete. Nichts anderes gilt für die Umsetzungsnormen in den anderen Bundesländern (insgesamt zehn hatten hiervon Gebrauch gemacht, in einigen - u.a. Niedersachsen und Hamburg - sind die entsprechenden Vorschriften bereits wieder aufgehoben worden, wengleich

nicht wegen erkannter Verfassungswidrigkeit, sondern aus anderen, politischen Gründen).

**Vertiefungshinweise:**

Kein Verstoß gegen Art. 33 V GG durch beamtenrechtliche Pflicht zur Ablieferung von Nebeneinkünften: *BVerfG*, RA 2007, 236 = *NVwZ* 2007, 571; *OVG Lüneburg*, NordÖR 2003, 522; *VG Koblenz*, *NVwZ-RR* 2007, 188

Kein Verstoß gegen Art. 33 V GG durch fehlende Gleichstellung von Ehe und eingetragener Lebenspartnerschaft im Beamtenrecht: *BVerfG*, RA 2007, 741 = *DVB* 2007, 1431; *OVG Münster*, RA 2005, 196 = *DVB* 2005, 458

**Kursprogramm:**

*Examenskurs* : "Oben ohne"

*Examenskurs* : "Die wilde Ehe"

**Leitsatz:**

**Die in § 25b Landesbeamtengesetz Nordrhein-Westfalen angeordnete Übertragung von Ämtern mit leitender Funktion im Beamtenverhältnis auf Zeit verstößt gegen Artikel 33 Absatz 5 des Grundgesetzes.**

**Sachverhalt:**

Nach § 25b LBG NRW werden bestimmte Führungsämter zunächst im Beamtenverhältnis auf Zeit vergeben. Dabei wird das fortbestehende, jedoch ruhende Beamtenverhältnis auf Lebenszeit durch das zusätzlich begründete Beamtenverhältnis auf Zeit überlagert. Eine Verleihung des Führungsamts auf Lebenszeit ist erst möglich, nachdem zwei Amtszeiten von insgesamt zehn Jahren im Beamtenverhältnis auf Zeit absolviert worden sind. Eine Verleihung auf Lebenszeit bereits nach der ersten Amtszeit ist ausgeschlossen. Nach der ersten Amtszeit "kann" das Amt für eine zweite Amtszeit verliehen werden. Nach Ablauf der zweiten Amtszeit "soll" das Amt auf Lebenszeit verliehen werden.

Die Kläger des Ausgangsverfahrens sind im Schuldienst und in der Forstverwaltung des Landes Nordrhein-Westfalen tätige Beamte, denen ein Führungsamt im Beamtenverhältnis auf Zeit übertragen ist. Sie hatten vergeblich beantragt, ihnen das jeweilige Amt auf Lebenszeit zu übertragen. Auf ihre Revision hin legte das Bundesverwaltungsgericht die Frage der Verfassungsmäßigkeit der Vergabe von Führungsämtern im Beamtenverhältnis auf Zeit dem Bundesverfassungsgericht zur Prüfung vor.

**Aus den Gründen:**

[66] Das Lebenszeitprinzip in Form der lebenszeitigen Übertragung aller einer Laufbahn zugeordneten Ämter gehört zu den hergebrachten Strukturprinzipien des

Berufsbeamtentums, die angesichts ihrer wesensprägenden Bedeutung vom Gesetzgeber nicht nur zu berücksichtigen, sondern zu beachten sind. Die in § 25b LBG NRW geregelte Übertragung von Ämtern mit leitender Funktion im Beamtenverhältnis auf Zeit verletzt den Kernbereich des Lebenszeitprinzips und ist daher mit Art. 33 Abs. 5 GG unvereinbar. Die Vorschrift ist nichtig

*A. Schutzbereich des Art. 33 V GG betroffen*

[67] Mit den hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums im Sinne des Art. 33 Abs. 5 GG ist der Kernbestand von Strukturprinzipien gemeint, die allgemein oder doch ganz überwiegend während eines längeren, traditionsbildenden Zeitraums, mindestens unter der Reichsverfassung von Weimar, als verbindlich anerkannt und gewahrt worden sind (vgl. *BVerfGE* 8, 332 [342 f.]; 117, 330 [344 f.]; 117, 372 [379]). Art. 33 Abs. 5 GG ist unmittelbar geltendes Recht und enthält einen Regelungsauftrag an den Gesetzgeber sowie eine institutionelle Garantie des Berufsbeamtentums (vgl. *BVerfGE* 9, 268 [286]; 107, 218 [236 f.]; 117, 330 [344]; *BVerfG*, Beschluss des Zweiten Senats vom 19. September 2007 - 2 BvF 3/02 -, Umdr. S. 19). [...]

*I. Unantastbarer Kernbereich gewährleistet*

[69] Auch bei einem hergebrachten Grundsatz verbleibt allerdings grundsätzlich ein Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers, um die Beamtengesetzgebung den Erfordernissen des freiheitlichen demokratischen Staates sowie seiner fortschreitenden Entwicklung anpassen zu können (vgl. *BVerfGE* 7, 155 [162]; 114, 258 [288]; 117, 330 [348]; *BVerfG*, Beschluss des Zweiten Senats vom 19. September 2007 - 2 BvF 3/02 -, Umdr. S. 22). Solange keine strukturelle Veränderung an den für die Institution des Berufsbeamtentums wesentlichen Regelungen vorgenommen wird, steht Art. 33 Abs. 5 GG deshalb auch einer Fortentwicklung des Beamtenrechts nicht entgegen (vgl. *BVerfG*, Beschluss des Zweiten Senats vom 19. September 2007 - 2 BvF 3/02 -, Umdr. S. 22). Die für den Kerngehalt der beamtenrechtlichen Grundsätze geltende Beachtungspflicht versperrt jedoch den Weg zu tiefgreifenden strukturellen Veränderungen durch den einfachen Gesetzgeber (vgl. *BVerfGE* 117, 372 [380]; *BVerfG*, Beschluss des Zweiten Senats vom 19. September 2007 - 2 BvF 3/02 -, Umdr. S. 22). Die verfassungsrechtliche Garantie ist kein Selbstzweck, sondern dient dazu, eine im politischen Kräftespiel stabile und gesetzestreue Verwaltung zu sichern (vgl. *BVerfGE* 117, 372 [380]). Die Bindung des Gesetzgebers an die hergebrachten Grundsätze ist die Konsequenz der Einrichtungsgarantie, deren Sinn gerade darin besteht, dem gestaltenden Gesetzgeber einen Kernbestand an Strukturprinzipien verbindlich vorzugeben (vgl. *BVerfGE* 117, 372 [380]).

## II. Lebenszeitprinzip gehört zu diesem Kernbereich

[70] Zu den Strukturprinzipien des Berufsbeamtentums, die während eines längeren, traditionsbildenden Zeitraums als verbindlich anerkannt und gewahrt worden sind, gehört das Lebenszeitprinzip (vgl. BVerfGE 9, 268 [286]; 44, 249 [265]; 70, 251 [266]; 71, 255 [268]). Es zählt zu den das Beamtenverhältnis bestimmenden hergebrachten Grundsätzen (vgl. BVerfGE 71, 255 [268]). Schon unter der Weimarer Reichsverfassung galt die lebenslängliche Anstellung als hergebrachter Grundsatz des Berufsbeamtentums (vgl. BVerfGE 9, 268 [286]). Seither waren das Berufsbeamtentum und seine Regelungen ausgerichtet auf den Beamten, dem ein Amt auf Lebenszeit übertragen worden ist (vgl. BVerfGE 44, 249 [262]; 71, 255 [268]).

[71] Das Lebenszeitprinzip hat - im Zusammenspiel mit dem die amtsangemessene Besoldung sichernden Alimentationsprinzip - die Funktion, die Unabhängigkeit der Beamten im Interesse einer rechtsstaatlichen Verwaltung zu gewährleisten. Erst rechtliche und wirtschaftliche Sicherheit bietet die Gewähr dafür, dass das Berufsbeamtentum zur Erfüllung der ihm vom Grundgesetz zugewiesenen Aufgabe, im politischen Kräftespiel eine stabile, gesetzestreue Verwaltung zu sichern, beitragen kann (vgl. BVerfGE 7, 155 [162]; 44, 249 [265]; 64, 367 [379]; 99, 300 [315]; BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 19. September 2007 - 2 BvF 3/02 -, Umdr. S. 21). Dazu gehört auch und vor allem, dass der Beamte nicht willkürlich oder nach freiem Ermessen politischer Gremien aus seinem Amt entfernt werden kann, denn damit entfielen die Grundlage für seine Unabhängigkeit (vgl. BVerfGE 7, 155 [163]). Die lebenslange Anstellung sichert dem Beamten persönliche Unabhängigkeit. Das Bewusstsein seiner gesicherten Rechtsstellung soll die Bereitschaft des Beamten zu einer an Gesetz und Recht orientierten Amtsführung fördern und ihn zu unparteiischem Dienst für die Gesamtheit befähigen (vgl. BVerfGE 70, 251 [267]). Die mit dem Lebenszeitprinzip angestrebte Unabhängigkeit der Amtsführung ist dabei nicht etwa ein persönliches Privileg des Beamten, das seiner Disposition unterliegen könnte, sondern soll dem Gemeinwohl dienen. Nur wenn die innere und äußere Unabhängigkeit gewährleistet ist, kann realistischerweise erwartet werden, dass ein Beamter auch dann auf rechtsstaatlicher Amtsführung beharrt, wenn sie (partei-)politisch unerwünscht sein sollte (vgl. BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 19. September 2007 - 2 BvF 3/02 -, Umdr. S. 21). Das Berufsbeamtentum wird so zu einem Element des Rechtsstaates. [...]

### B. Eingriff

[80] Die Übertragung der Ämter mit leitender Funktion im Beamtenverhältnis auf Zeit für die Dauer von zehn Jahren entspricht nicht dem Lebenszeitprinzip. Das fortbestehende, jedoch ruhende Beamtenverhältnis

auf Lebenszeit wird durch das zusätzlich begründete Beamtenverhältnis auf Zeit überlagert. Eine Verleihung des Amtes auf Lebenszeit ist erst möglich, nachdem zwei Amtszeiten von insgesamt zehn Jahren im Beamtenverhältnis auf Zeit absolviert worden sind. Eine Verleihung auf Lebenszeit bereits nach der ersten Amtszeit ist ausgeschlossen. Nach der ersten Amtszeit „kann“ das Amt für eine zweite Amtszeit verliehen werden. Der Beamte hat somit keinen Rechtsanspruch darauf, dass ihm das Amt für eine zweite Amtszeit verliehen wird, auch wenn er sich in der Position bewährt hat. Nach Ablauf der zweiten Amtszeit „soll“ das Amt auf Lebenszeit verliehen werden. Erst zu diesem Zeitpunkt ist das Ermessen des Dienstherrn gebunden. Die verwaltungsgerichtliche Kontrolldichte ist erheblich herabgesetzt. Während der Beamte auf Probe, der die gesetzlich festgelegten Voraussetzungen erfüllt, seinen Ernennungsanspruch mit einer Verpflichtungsklage durchsetzen kann, ist die Ablehnung der Lebenszeiternennung eines Beamten, der die Führungsposition auf Zeit ausgeübt hat, nur auf Ermessensfehler zu überprüfen.

[81] Der Beamte auf Zeit hat in seinem Führungsamt keine gesicherte Rechtsstellung. Über einen Zeitraum von zehn Jahren, der beim höheren Dienst in der Regel etwa ein Viertel bis ein Drittel der Lebensdienstzeit ausmacht, fehlt ihm die rechtliche Sicherheit, die ihm die für seine Amtsausübung erforderliche Unabhängigkeit geben soll. In der ersten Amtsperiode ist völlig ungewiss, ob er seine Position in Zukunft wird behalten können, auch wenn er den Anforderungen des Amtes in vollem Umfang gerecht geworden ist. Der Beamte muss ständig befürchten, in sein vorheriges Amt, das ihm seine Lebenszeitstellung vermittelt, zurückgesetzt zu werden, mit allen damit verbundenen Nachteilen wie einer Gehaltseinbuße, versorgungsrechtlichen Nachteilen (vgl. § 15a BeamtVG) und einem Ansehensverlust bei Kollegen, Untergebenen und in der Öffentlichkeit. Eine solche Maßnahme erlaubt ansonsten nur das Disziplinarrecht, in dessen Rahmen die Zurückstufung in ein Amt mit geringerem Endgrundgehalt die zweitschärfste Sanktion nach der Entfernung aus dem Dienst darstellt. Gerade in der Zusammenschau mit der Funktion des Disziplinarrechts bestätigt sich, dass das jeweils ausgeübte Amt vom Schutz des Lebenszeitprinzips erfasst wird (vgl. BVerfGE 70, 251 [266]).

### C. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

[82] Eine ausreichend gewichtige Rechtfertigung für diese Durchbrechung des Lebenszeitprinzips liegt nicht vor. Die Übertragung von Führungsämtern im Beamtenverhältnis auf Zeit gemäß § 25b LBG NRW kann nicht als Abweichung vom Lebenszeitprinzip für einen eng begrenzten Ausnahmebereich durch Besonderheiten des betroffenen Sachbereichs und der damit verbundenen Aufgabenwahrnehmung begründet wer-

den. Eine Rechtfertigung findet sich weder im Leistungsprinzip oder in der Förderung der Mobilität und Flexibilität des Personaleinsatzes noch in Besonderheiten der betroffenen Führungsfunktionen.

### *I. Keine Rechtfertigung durch das Leistungsprinzip*

[83] Die Übertragung von Ämtern mit leitender Funktion im Beamtenverhältnis auf Zeit wird maßgeblich mit Leistungserwägungen begründet (vgl. LTDrucks 12/3186, S. 37, 44). Die Übertragung der Ämter auf Zeit soll die Leistungsfähigkeit und Leistungsbereitschaft der Führungskräfte erhöhen. Der Wettbewerb zwischen den Beamten bei der Besetzung von Ämtern soll gesteigert werden. Weiterhin soll die Korrektur von Fehlbesetzungen ermöglicht werden, wenn sich herausstellt, dass entgegen der Prognose bei der Auswahlentscheidung der Beamte den Anforderungen des Führungsamts nicht gewachsen ist. Außerdem soll auf diese Weise auf eine nachlassende Leistungsfähigkeit des Beamten unterhalb der Schwelle der Dienstunfähigkeit oder des Disziplinarrechts reagiert werden können.

### *1. Leistungsprinzip als hergebrachter Grundsatz des Berufsbeamtentums grds. taugliche Schranke*

[84] Das Leistungsprinzip als hergebrachter Grundsatz im Sinne von Art. 33 Abs. 5 GG bezeichnet in seinem Kern vor allem das Prinzip der Bestenauslese, wie es ausdrücklich in Art. 33 Abs. 2 GG verankert ist (vgl. BVerfGE 56, 146 [163]; 62, 374 [383]; 64, 323 [351]; 117, 372 [382]). Art. 33 Abs. 5 GG ergänzt dabei die für die Auswahlentscheidungen geltende Regelung des Art. 33 Abs. 2 GG vor allem durch eine bewahrende, auf den Schutz der „erdienten Statusrechte“ ausgerichtete Komponente, die wesentlich zur Garantie der Unabhängigkeit des Beamtentums beitragen und damit die Funktionsfähigkeit der Institution sichern soll (vgl. BVerfGE 64, 367 [385]). Ein wesentlicher Inhalt des Leistungsprinzips ist also die Anerkennung und rechtliche Absicherung des Beförderungserfolges, den der Beamte bei der Bestenauslese aufgrund von Eignung, Befähigung und Leistung erlangt hat (vgl. BVerfGE 117, 372 [382]). Die Modernisierung der öffentlichen Verwaltung darf nicht auf Kosten der Unabhängigkeit der Beamten erfolgen, sondern muss mit ihr in Einklang stehen. Der beamtenrechtliche Leistungsbegriff setzt neben Effizienz, fachlicher Leistung und Sachwissen des Beamten stets auch seine Bereitschaft zu rechtsstaatlich gebundener, neutraler und unabhängiger Amtsführung und damit seine persönliche Integrität voraus.

### *2. Jedoch fehlende Geeignetheit und Erforderlichkeit der Regelung*

[85] Das Ziel, das Leistungsprinzip zu fördern, kann den mit § 25b LBG NRW verbundenen Eingriff in den Kernbereich des Lebenszeitprinzips nicht rechtferti-

gen. Die Regelung des § 25b LBG NRW ist weder geeignet noch erforderlich, um diesen Zweck zu verwirklichen.

### *a. Geeignetheit*

[86] Es erscheint zwar grundsätzlich möglich, dass die Vergabe von Ämtern auf Zeit einen faktischen Anreiz für eine erhöhte Leistungsbereitschaft der Führungskräfte darstellt, wie ihn auch die Gesetzesbegründung erwartet. Die gesetzliche Regelung des § 25b LBG NRW ist jedoch nicht auf eine Stärkung der Leistungsfähigkeit in dem Sinne zugeschnitten, sondern entbehrt leistungsbezogener Gestaltungselemente. Der Beamte wird nach Ablauf seiner ersten Amtszeit nicht erneut auf seine Eignung für das Führungsamt geprüft, und er hat auch keinen Anspruch auf eine zweite Amtszeit, selbst wenn er sich in der Position bewährt hat. Eine zweite Amtszeit, eine spätere Ernennung auf Lebenszeit oder ein Zurücktreten in das Grundamt sind in der Vorschrift entgegen der geäußerten Zielsetzung nicht an von dem Beamten erbrachte Leistung gekoppelt. Es ist vielmehr zu befürchten, dass die Entscheidung über die Verlängerung der Amtszeit oder die spätere Übertragung des Amts auf Lebenszeit auch durch leistungsfremde politische Gesichtspunkte bestimmt werden könnte. Die Möglichkeit des Dienstherrn, die Führungsposition neu zu besetzen, kann zudem für eine Ämterpatronage missbraucht werden. Eine gerichtliche Kontrolle der Entscheidung über die Verlängerung der Amtszeit kann dem kaum entgegenwirken, da die Entscheidung lediglich die Anforderungen an eine pflichtgemäße Ermessensausübung erfüllen muss und ein Einfluss leistungsfremder Gesichtspunkte nur schwer nachweisbar ist.

[87] Die Vorschrift ist auch nicht darauf ausgerichtet, die Sanktionierung nachlassender Leistungen zu ermöglichen. Die Nichtverlängerung der Amtszeit ist tatbestandlich nicht von einem durch Tatsachen belegten Leistungsabfall abhängig. Die gerichtliche Kontrolle einer ablehnenden Entscheidung über die Verlängerung der Amtszeit oder die Verleihung des Amts auf Lebenszeit ist damit auf die Voraussetzungen einer ermessensfehlerfreien Entscheidung beschränkt. Ein Anspruch auf lebenszeitige Übertragung des Amts besteht - selbst bei hervorragender Bewährung - gerade nicht.

[88] Auf eine Steigerung des Wettbewerbs, die in der Gesetzesbegründung als ein weiterer Zweck der Vorschrift genannt wird, ist die Regelung ebenfalls nicht ausgerichtet. Eine Steigerung des Wettbewerbs zwischen den Beamten könnte durch die befristete Vergabe von Führungsämtern vor allem erreicht werden, wenn über die Besetzung des Amts nicht nur einmal, sondern jeweils nach Ablauf einer Amtszeit erneut unter Beachtung des Grundsatzes der Bestenauslese entschieden würde. § 25b LBG NRW sieht dies jedoch nicht vor und wird jedoch nach den Feststellungen des

Bundesverwaltungsgerichts in ständiger Praxis so gehandhabt, dass bei der Vergabe des Führungsamts für eine zweite Amtszeit und bei der endgültigen Übertragung des Amts nach Ablauf beider Amtszeiten kein neues Besetzungsverfahren durchgeführt wird. Der bisherige Amtsinhaber muss sich daher nicht erneut in einem am Ziel der Bestenauslese ausgerichteten Verfahren dem Wettbewerb mit anderen Bewerbern stellen.

### *b. Erforderlichkeit*

[89] Die Vergabe von Führungspositionen auf Zeit ist nicht erforderlich, um die Eignung sowie die Leistungsfähigkeit und Leistungsbereitschaft eines Beamten für eine Führungsposition zu prüfen. Hierfür stehen andere geeignete Instrumente zur Verfügung, die mit dem Lebenszeitprinzip im Einklang stehen. In diesem Bereich wurde von Fortentwicklungsmöglichkeiten im Sinne des Art. 33 Abs. 5 GG bereits Gebrauch gemacht. Hierzu zählt namentlich die obligatorische Erprobungszeit auf dem höher bewerteten Dienstposten gemäß § 10 Abs. 4 Laufbahnverordnung (LVO) NRW, die vor einer Beförderung absolviert werden muss. Zusätzlich besteht die Möglichkeit der Vergaben von Führungsämtern auf Probe. Das Beamtenverhältnis auf Probe dient der Vorbereitung und Bewährung vor der Ernennung auf Lebenszeit. Im Beamtenverhältnis auf Probe wird der Beamte für regelmäßig zwei Jahre im Führungsamt erprobt und erwirbt - anders als beim Führungsamt auf Zeit - einen gerichtlich kontrollierbaren Anspruch auf Ernennung auf Lebenszeit in diesem Amt, wenn er sich durch seine Leistung bewährt hat. Der Fortentwicklung solcher Instrumente steht, sofern die Probezeit zeitlich begrenzt bleibt und dem Beamten bei Erfolg der Erprobung ein verwaltungsgerichtlich überprüfbarer Anspruch auf Lebenszeiternennung im angestrebten Amt eingeräumt ist, das Lebenszeitprinzip nicht von vornherein entgegen. Hinzu treten bekannte und gebräuchliche Maßnahmen der Personalentwicklung und -förderung, wie zum Beispiel die kommissarische Verwendung in Führungspositionen sowie die Abordnung und Versetzung, soweit sie Erprobungszwecken dient.

[90] Es ist nicht erkennbar, dass die Vergabe von Ämtern auf Zeit speziell im Bereich der Führungspositionen erforderlich wäre, um eine bessere Auswahl von Führungskräften zu ermöglichen und deren Leistungsfähigkeit und Leistungsbereitschaft zu erhöhen. Es besteht kein Grund für die Annahme, gerade bei den Beamten, die für Führungspositionen in Frage kommen, seien Fehlprognosen bezüglich der Eignung des Beamten für die Ausübung des Führungsamts oder erheblich nachlassende Leistungen im Führungsamt zu erwarten. Diese Beamten haben in der Regel bereits eine Reihe von Ämtern erfolgreich ausgeübt und sind in einer längeren Laufbahn durch häufige Regel- und Anlassbeurteilungen auf ihre künftige Verwendbarkeit

geprüft und positiv beurteilt worden. Um eine Führungsposition zu erhalten, müssen sie sich bereits als in besonderem Maße leistungsfähig und leistungsbereit erwiesen haben.

[91] Zwar ist nie auszuschließen, dass sich die auf Grundlage der bisherigen Amtstätigkeit und Beurteilung des Beamten angestellte Prognose im Hinblick auf besondere Anforderungen des neu zu übertragenden Führungsamts nachträglich als unzutreffend erweist. Es wird sich bei langjährig bewährten Beamten jedoch um Ausnahmen handeln. Derartigen Fehlentwicklungen muss und kann der Dienstherr in einer modernen Verwaltung auch auf verschiedene Art und Weise vorbeugen und entgegensteuern. Er ist zur Durchsetzung moderner Verwaltungsstrukturen nicht auf die Übertragung der Führungspositionen auf Zeit angewiesen, vielmehr verfügt er über andere Methoden, seine Führungskräfte zu motivieren, wie sie etwa im Rahmen Neuer Steuerungsmodelle entwickelt worden sind. Auch kann bei feststellbaren Leistungseinbußen mit Mitteln des Vorhalts erfahrungsgemäß eine Verhaltensänderung erreicht werden. Umsetzungen, Abordnungen und Versetzungen auf andere - amtsangemessene - Positionen, in denen andere Fähigkeiten im Vordergrund stehen, können in den jeweiligen rechtlichen Grenzen ebenfalls eingesetzt werden.

### *II. Keine Förderung der Mobilität oder Flexibilität der Beamten*

[92] Soweit der Landesgesetzgeber mit der Übertragung von Führungsämtern auf Zeit, wie sie in § 25b LBG NRW ausgestaltet ist, die Mobilität oder Flexibilität der Beamten zu steigern beabsichtigt, bedient er sich einer Erwägung, die ansonsten im Zusammenhang mit der Erleichterung des Wechsels von Beamten an andere Behörden im Wege der Versetzung oder Abordnung angeführt wird (vgl. BTDrucks 13/3994, S. 1 [27]). Es bleibt unklar, inwieweit auch die Vergabe der Führungspositionen auf Zeit geeignet ist, eine erhöhte Mobilität zu wechselnden Einsätzen der Beamten zu bewirken. § 25b LBG NRW ist vielmehr darauf angelegt, dem Beamten ein Führungsamt zunächst auf Zeit zu übertragen, um ihn nach zehn Jahren in demselben Amt auf Lebenszeit zu ernennen, wenn er nicht zuvor in sein Ausgangsamt zurückkehren muss. [...]

### *III. Keine rechtfertigenden Besonderheiten der erfassten Ämter*

[95] Ämter mit leitender Funktion haben auch inhaltlich keinen Ausnahmecharakter, der gerade hier eine Abweichung vom Lebenszeitprinzip begründen könnte. Die besonderen Gründe, die bei den hergebrachten Typen des Beamtenverhältnisses auf Zeit anerkanntermaßen Abweichungen vom Lebenszeitprinzip zulassen, sind bei den Führungsämtern, die durch eine bestimmte Besoldungsstufe oder die Stellung als Leiter einer Behörde oder Abteilung gekennzeichnet sind,

gerade nicht gegeben. Allein die Hierarchieebene ist kein ausreichender Grund, von der lebenszeitigen Statussicherung abzusehen. Gerade im politisch sensiblen Bereich der Führungsebene darf die Rechtsstellung des Beamten nicht in dem durch § 25b LBG NRW geschaffenen Ausmaß in der Schwebe belassen werden. Der Sicherung der Unabhängigkeit und Neutralität der Beamten kommt an der Schnittstelle zwischen Politik und Verwaltung besondere Bedeutung zu, da dort in erhöhtem Maße Verantwortung wahrgenommen wird und eine auch kritische Beratung der Vorgesetzten erforderlich ist.

[96] Eine andere Beurteilung ist auch nicht durch einen Vergleich mit den kommunalen Wahlbeamten auf Zeit und den politischen Beamten veranlasst. Die Führungsämter, die der nordrhein-westfälische Landesgesetzgeber für eine Vergabe auf Zeit in den Blick genommen hat, sind weder mit den Besonderheiten der Aufgaben, die von den kommunalen Wahlbeamten und den politischen Beamten wahrgenommen werden, noch mit deren Stellung im politischen Prozess vergleichbar. Zudem stützt sich § 25b LBG NRW auf die rahmenrechtliche Regelung in § 12b BRRG und nicht auf § 31 BRRG als Vorschrift über die politischen Beamten. Die traditionellen inhaltlichen Abweichungen von den hergebrachten Grundsätzen des allgemeinen Beamtenrechts bei den politischen Beamten wie auch den kommunalen Wahlbeamten beruhen auf der besonderen Stellung, die diese innehaben. So ist zum Beispiel der hauptamtliche Bürgermeister einer Gemeinde bei der Erfüllung der kommunalen Aufgaben weitgehend frei, kann dies jedoch nur umsetzen, wenn er in stetem Einvernehmen mit der gewählten Gemeindevertretung bleibt; auf die vertrauensvolle Zusam-

menarbeit mit ihr ist er angewiesen (vgl. BVerfGE 7, 155 [164 f.]). [...]

*IV. Keine Rechtfertigung durch Fortentwicklungsrecht*  
[98] Eine andere Bewertung ergibt sich auch nicht durch die Neufassung des Art. 33 Abs. 5 GG durch das 52. Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 28. August 2006 (BGBl I S. 2034). Durch dieses Gesetz wurde der bis dahin gültigen Fassung des Art. 33 Abs. 5 GG die so genannte "Fortentwicklungsklausel" angefügt. An dem hier maßgeblichen Regelungsgehalt der Vorschrift hat diese Neufassung nichts geändert. Schon aus dem insoweit unveränderten Wortlaut der Bestimmung ergibt sich, dass der Gesetzgeber bei der Regelung des öffentlichen Dienstrechts weiterhin die hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums zu berücksichtigen hat (vgl. BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 19. September 2007 - 2 BvF 3/02 -, Umdr. S. 37). Fortzuentwickeln ist nach der eindeutigen Gesetzesfassung allein das Recht des öffentlichen Dienstes, nicht aber der hierfür geltende Maßstab, die hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums. Änderungen, die mit den Grundstrukturen des von Art. 33 Abs. 5 GG geschützten Leitbilds des deutschen Berufsbeamtentums nicht in Einklang gebracht werden können, verstoßen auch weiterhin gegen die Vorgaben der Verfassung (vgl. BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 19. September 2007 - 2 BvF 3/02 -, Umdr. S. 37).

#### *D. Ergebnis*

[99] § 25b LBG NRW ist nach alledem mit Art. 33 Abs. 5 GG nicht vereinbar und daher nichtig.

## Standort: Grundrechte

## Problem: Ausländische juristische Person

BVERFG, BESCHUSS VOM 27.12.2007  
1 BvR 853/06 (NVwZ 2008, 670)

### **Problemdarstellung:**

Das BVerfG verneint im vorliegenden Beschluss die Grundrechtsfähigkeit einer ausländischen juristischen Person. Art. 19 III GG beschränke nach Wortlaut und Zweck die Grundrechtsfähigkeit auf inländische juristische Personen. Gleichzeitig betont das Gericht, dass es für die Beantwortung der Frage, ob es sich um eine inländische oder eine ausländische juristische Person handelt, allein auf deren Sitz ankommt (sog. Sitztheorie) und nicht etwa auf die Staatsangehörigkeit der hinter ihr stehenden natürlichen Personen.

### **Prüfungsrelevanz:**

Geht es um eine Verfassungsbeschwerde, ist die hier erörterte Problematik schon in der Zulässigkeit, genauer gesagt in der Beteiligtenfähigkeit (= Beschwerde-

fähigkeit) zu erörtern. Nach § 90 I BVerfGG kann "jedermann" Verfassungsbeschwerde erheben. "Jedermann" ist, wer grundrechtsfähig ist, was sich für juristische Personen nach Art. 19 III GG richtet, der wiederum u.a. fordert, dass diese inländisch sein muss.

Die sog. "Justizgrundrechte" der Art. 19 IV, 101 I und 103 I GG stehen hingegen auch ausländischen juristischen Personen zu, da es sich hierbei nicht um "Grundrechte" i.S.d. Art. 19 III GG handelt; dieser bezieht sich nur auf die formellen Grundrechte des I. Abschnitts des Grundgesetzes.

Leider lässt das BVerfG die spannende Frage offen, ob auch ausländischen juristischen Personen, die einen Sitz in einem anderen EU-Mitgliedsstaat haben, die Grundrechtsfähigkeit abzusprechen ist. Art. 12 EGV, der Anwendungsvorrang vor dem nationalen Recht (auch vor nationalem Verfassungsrecht wie Art. 19 III GG) genießt, könnte eine derartige Schlechterstellung gegenüber inländischen juristischen Personen nämlich

verbieten. In der Literatur wird eine Gleichstellung wegen dieses europarechtlichen Diskriminierungsverbots weithin bejaht (vgl. nur Sachs, GG, Art. 19 Rn 55 m.w.N.). Dadurch wird die im EU-Mitgliedsstaat ansässige ausländische juristische Person aber nicht generell grundrechtsfähig; nur soweit der EG-Vertrag Anwendung findet, d.h. vor allem bei grenzüberschreitenden Sachverhalten und unter Geltung der Grundfreiheiten, ist die Gleichstellung geboten.

#### **Vertiefungshinweise:**

□ Sitztheorie im Europarecht: *EuGH*, RA 1999, 472 = *EuZW* 1999, 216

□ Zur Grundrechtsfähigkeit jur. Personen des öffentlichen Rechts: *BVerfG*, RA 2003, 333 = *CR* 2003, 504; *BerlVerfGH*, RA 2000, 318 = *NVwZ* 2000, 549

#### **Leitsatz:**

**Ausländische juristische Personen sind bezüglich des Grundrechts der Religionsfreiheit (Art. 4 I, II GG) im Verfassungsbeschwerdeverfahren weder für sich noch für Mitglieder oder Mitarbeiter beschwerdebefugt. Es bleibt offen, ob dies auch für juristische Personen mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union gilt.**

#### **Sachverhalt:**

Die Verfassungsbeschwerde betrifft das gegen den Verein H. ausgesprochene Betätigungsverbot. Sie richtete sich gegen die Verbotsverfügung des Bundesministeriums des Innern sowie die Entscheidungen des BVerwG, mit denen die gegen diese Verfügung erhobene Klage abgewiesen wurde. Das Bundesministerium des Innern stellte mit Verfügung vom 10.1.2003 fest, dass sich die Tätigkeit des Vereins H., des Bf., gegen den Gedanken der Völkerverständigung richte, dass der Bf. Gewaltanwendung als Mittel zur Durchsetzung politischer Belange befürworte und dass seine Tätigkeit derartige Gewaltanwendung hervorrufen solle. Das Ministerium verbot die Betätigung des Bf. im räumlichen Geltungsbereich des Vereinsgesetzes, beschlagnahmte das Vermögen des Bf. und zog es zu Gunsten des Bundes ein. Zur Begründung für die Annahme der Voraussetzungen des Betätigungsverbots führte das Ministerium u.a. aus: Der Gründer des Bf., ein vormaliges Mitglied der "Muslimbruderschaft" in Jordanien, habe im Jahre 1953 ein Buch veröffentlicht, das bis heute als ideologische Grundlage der Organisation diene. Darin werde u.a. vertreten, dass ein "Kampf der Kulturen", insbesondere zwischen Islam und Christentum, unausweichlich sei. Ein Dialog, geprägt vom Prinzip der Gleichheit und der Toleranz, sei unmöglich, da mit dem Islam unvereinbar. Dieser unausweichliche Kampf sei sowohl auf ideologischer, wirtschaftlicher, politischer als auch auf militärischer Ebene zu führen. Das BVerwG wies die dagegen ge-

richtete Klage des Bf. ab. Mit seiner nicht zur Entscheidung angenommenen Verfassungsbeschwerde rügte der Bf. eine Verletzung der Art. 4 I und II i.V. mit Art. 140 GG.

#### **Aus den Gründen:**

Die Verfassungsbeschwerde ist unzulässig. Mangels eines Sitzes in der Bundesrepublik Deutschland ist die Beschwerdefähigkeit des Bf. nicht gegeben.

#### **A. Keine Beschwerdefähigkeit ausländischer juristischer Personen**

Eine Verfassungsbeschwerde kann gern. Art. 93 I Nr. 4a GG, § 90 I BVerfGG von jedermann mit der Behauptung erhoben werden, in einem seiner Grundrechte oder grundrechtsgleichen Rechte verletzt zu sein. Voraussetzung hierfür ist jedoch die Fähigkeit, überhaupt Träger zumindest eines der als verletzt gerügten Grundrechte zu sein. Der Bf. macht eine Verletzung von Art. 4 I, II i.V. mit Art. 140 GG geltend.

Bei dem Bf. handelt es sich um eine ausländische juristische Person im Sinne des Verfassungsrechts. Art. 19 III GG bestimmt, dass die Grundrechte auch für inländische juristische Personen gelten, soweit sie ihrem Wesen nach auf diese anwendbar sind. Das Grundrecht der Religionsfreiheit aus Art. 4 I und II GG kann zwar seinem Wesen nach auch von einer juristischen Person in Anspruch genommen werden; kraft ausdrücklicher verfassungsrechtlicher Regelung in Art. 19 III GG ist es aber nur den inländischen juristischen Personen verbürgt. Ausländischen juristischen Personen hat das BVerfG in seiner bisherigen Rechtsprechung lediglich die im Grundgesetz verankerten so genannten prozessualen Grundrechte zuerkannt, die hier nicht in Rede stehen (vgl. dazu: BVerfGE 12, 6 [8]; 21, 362 [373]; BVerfGE 61, 82 [104]). Wortlaut und Sinn des Art. 19 III GG verbieten eine ausdehnende Auslegung auf ausländische juristische Personen (vgl. BVerfGE 21, 207 [209]). Diese sind auch nicht befugt, zur Wahrung etwaiger Rechte Dritter, etwa ihrer Mitarbeiter oder Mitglieder, Verfassungsbeschwerde einzulegen (vgl. BVerfGE 21, 207 [209]).

#### **B. Sitztheorie**

Für die Beantwortung der Frage, ob es sich um eine inländische oder eine ausländische juristische Person handelt, kommt es auf deren Sitz und nicht auf die Staatsangehörigkeit der hinter ihr stehenden Personen an (vgl. BVerfGE 21, 207 [209]; BVerfG, NJW 2002, 1485).

Der Bf. verfügt nach den einhelligen Feststellungen in den angegriffenen Entscheidungen in der Bundesrepublik Deutschland über keine Organisation und keinen bekannten Verwaltungssitz. Diesen Feststellungen zufolge ist nicht nachweisbar, dass er überhaupt dem Recht irgendeines Staates gemäß verfasst wäre. Die Existenz eines Verwaltungssitzes in London wird le-

diglich vermutet. Der Bf. trägt selbst vor, dass er in Deutschland keine Organisation gehabt habe und dass es sich bei ihm um einen ausländischen Verein i.S. des § 15 VereinsG - mit einer "Anhängerschaft" von etwa 200 Personen in Deutschland - handele. Auch auf Grund dieser Angaben kann nicht von einem Sitz des Bf. im Bundesgebiet ausgegangen werden. Anderes ergibt sich auch nicht aus den in der angegriffenen Verbotsverfügung aufgeführten Aktivitäten im Bundesgebiet, die "Anhängern" des Bf. zugerechnet werden.

### C. Besonderheiten bei Sitz in EU-Mitgliedsstaaten?

Die Beschwerdefähigkeit des Bf. lässt sich schließlich nicht damit begründen, dass juristische Personen mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union auf Grund des gemeinschaftsrechtlichen Diskriminierungsverbots - zumindest unter bestimmten Voraussetzungen - bei einer gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung von Art. 19 III GG wie inländische juristische Personen zu behandeln sein könnten. Die im Schrifttum umstrittene Frage, ob und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen im Bereich von

Art. 19 III GG eine Gleichstellung im Inland ansässiger juristischer Personen und solcher, die nur einen Sitz in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union aufweisen, geboten ist, kann hier offenbleiben (vgl. zu dieser Problematik etwa Dreier, in: Dreier, GG, 2. Aufl. [2004], Art. 19 III Rdnrn. 20 f. und Rdnrn. 83 f.).

Der Bf. hat zu einem Sitz seiner Organisation in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union nichts vorgetragen. Den Anlagen zu seiner Beschwerdeschrift lässt sich lediglich entnehmen, dass in der Vergangenheit innerhalb der Organisation des Bf. in Großbritannien bestimmte Ausschüsse („committees") gewählt wurden, was auf gewisse verfestigte Strukturen hinweist. Gleichwohl geht der Bf. hinsichtlich seiner Organisation konspirativ vor und legt einen etwaigen Verwaltungssitz in Großbritannien nicht offen. Unter diesen Umständen kann nicht davon ausgegangen werden, dass der Mittelpunkt der Tätigkeit des Bf. in Großbritannien oder einem anderen Staat der Europäischen Union liegt, zumal sich der Bf. als global tätige Organisation versteht und arabischen Ursprungs ist.

## Standort: Verwaltungsvollstreckung

## Problem: Subsidiarität des Sofortvollzugs

OVG MÜNSTER, BESCHLUSS VOM 09.04.2008  
11 A 1386/05 (DVBL 2008, 804 L)

### Problemdarstellung:

Im vorliegenden Fall ging es um die Frage, unter welchen Voraussetzungen eine Behörde den ordnungspflichtigen Bürger per Kostenbescheid zur Erstattung der Kosten einer Ersatzvornahme verpflichten darf. Hierzu hält das Landesrecht aller Bundesländer entsprechende Ermächtigungsgrundlagen bereit (im Fall: §§ 59 I, 77 I 1 VwVG i.V.m. § 11 II 2 Nr. 7 KostO NRW). Diese haben gemeinsam, dass Kostenerstattung nur verlangt werden kann, wenn

- erstens die kostenauslösende Maßnahme ihrerseits rechtmäßig war,
- zweitens der Adressat richtiger Kostenschuldner ist und
- drittens die geltend gemachten Kosten erstattungsfähig (d.h. tatsächlich angefallen und nicht unverhältnismäßig hoch) sind.

Hier stellte sich die Besonderheit, dass die Ersatzvornahme im Wege des Sofortvollzugs (auch "gekürztes Verfahren" genannt) erfolgte, also ohne vorausgehende Ordnungsverfügung als Grundverwaltungsakt. Das OVG Münster vertritt hierzu die Ansicht, dass die Behörde nicht etwa zwischen dem gestreckten Verfahren (also mit Erlass einer Grundverfügung) und dem gekürzten Verfahren frei wählen dürfe; vielmehr komme ein gekürztes Verfahren nur in Betracht, wenn der Erlass einer Grundverfügung gänzlich unmöglich sei

oder jedenfalls eine effektive Gefahrenabwehr nicht mehr möglich wäre, wollte man erst noch einen Grundverwaltungsakt erlassen. Da im vorliegenden Fall der Erlass einer Grundverfügung aber möglich und hinreichend effektiv war, war der gleichwohl beschrittene Weg des Sofortvollzugs rechtswidrig mit der Folge, dass schon die erste der o.g. Voraussetzungen für die Kostenerstattung nicht vorlag, der Kostenbescheid also rechtswidrig war.

Abschließend lehnt es das OVG ab, neben dem geregelten Kostenrecht auf Rechtsinstitute wie die öffentlich-rechtliche Geschäftsführung ohne Auftrag oder den öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruch zurückzugreifen, weil diese subsidiär zu den gesetzlichen Regelungen seien, neben diesen also keine Anwendung finden könnten.

### Prüfungsrelevanz:

I. Aufhänger der Prüfung in einem Gutachten wäre das Merkmal "notwendig" in § 55 II VwVG NRW gewesen: Der Sofortvollzug ist nur "notwendig", wenn das gestreckte Verfahren nicht (oder jedenfalls nicht hinreichend effektiv) eingehalten werden kann. Identische oder zumindest ähnliche Formulierungen (vgl. z.B. § 64 II NSOG: "erforderlich") finden sich in den anderen Bundesländern.

II. Natürlich hat der Fall nicht nur bei kostenrechtlichem Einschlag Bedeutung. Wäre etwa nur nach der Rechtmäßigkeit der Ersatzvornahme gefragt gewesen, käme man zum selben Ergebnis: Ihre Rechtfertigung



im gestreckten Verfahren scheiterte schon am fehlenden Grundverwaltungsakt, ihre Rechtfertigung im gekürzten Verfahren an dessen fehlender Notwendigkeit.

III. Zur Anwendbarkeit öffentlich-rechtlicher Geschäftsführung ohne Auftrag oder des öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruchs neben den gesetzlichen Kostenregelungen ist zu sagen, dass diese den angefochtenen Kostenbescheid selbst dann nicht gerettet hätten, wenn man sie für anwendbar erklärt hätte und das Vorliegen ihrer Voraussetzungen unterstellte, denn beide sind zwar Anspruchs-, aber keine Ermächtigungsgrundlagen, d.h. sie verleihen der Behörde nicht die Rechtsmacht, die Kosten per Verwaltungsakt festzusetzen. Eine solche "VA-Befugnis" muss nämlich entweder gesetzlich geregelt sein (vgl. z.B. § 49a I 2 VwVfG) oder sich jedenfalls gewohnheitsrechtlich aus einem Über- Unterordnungsverhältnis ergeben, und weder das eine noch das andere ist bei der Übertragung dieser zivilrechtlichen Rechtsinstitute (§§ 670 ff. BGB; §§ 812 ff. BGB) auf das öffentliche Recht der Fall. Dies kann wichtig werden, denn dass im Landesrecht NRW ein Vorrang des geregelten Kostenrechts vor diesen Rechtsinstituten besteht, besagt nicht zwangsläufig, dass dies auch in anderen Bundesländern so sein muss (wenngleich jedenfalls außerhalb einer ausdrücklichen Regelung vieles dafür sprechen wird, denn diese Rechtsinstitute haben Lückenfüllungsfunktion, nicht aber die Aufgabe, bestehende Kostenerstattungsregelungen zu erweitern, wenn deren Voraussetzungen nicht vorliegen).

#### **Vertiefungshinweise:**

- Urteil der Vorinstanz: *VG Gelsenkirchen*, ZfB 2005, 234
- Rechtmäßigkeit des Grund-VA ist keine Vollstreckungsvoraussetzung: *BayVGH*, RA 2005, 509 = BayVBl 2005, 536

#### **Kursprogramm:**

- Examenskurs* : "Mobiles Halteverbot"
- Examenskurs* : "Die defekte Parkuhr"

#### **Leitsätze:**

- 1. Die Pflicht zur Erstattung der Kosten einer im sofortigen Vollzug durchgeführten Ersatzvornahme nach den §§ 59 Abs. 1, 77 Abs. 1 Satz 1 VwVG NRW i.V.m. § 11 Abs. 2 Satz 2 Nr. 7 KostO NRW setzt eine rechtmäßige Ersatzvornahme voraus.**
- 2. Die Ersatzvornahme im sofortigen Vollzug ohne vorausgehenden Verwaltungsakt gemäß den §§ 55 Abs. 2, 59 VwVG NRW (hier: Verfüllung eines einsturzfährdeten Wetterschachtes) ist nicht zulässig, wenn der Erlass einer Ordnungsverfügung gegen den der Bergbehörde bekannten Ordnungspflichtigen unter Anordnung der sofortigen Voll-**

**ziehung und gleichzeitiger Androhung der Ersatzvornahme möglich ist und eventuelle kurzfristige Verzögerungen die Wirksamkeit erforderlicher Maßnahmen zur Gefahrenabwehr nicht aufheben oder wesentlich beeinträchtigen.**

#### **Sachverhalt:**

Die Beteiligten streiten um die Kostentragungspflicht für Sicherungsarbeiten an einem Wetterschacht, die das seinerzeit zuständige Bergamt S. durch Ersatzvornahme im Wege des sofortigen Vollzuges hat durchführen lassen.

Die Klägerin ist als Rechtsnachfolgerin der W.-AG Eigentümerin des ehemaligen Steinkohle-Bergwerkfeldes G. X. in E., das 1884 aufgefahren und 1903 stillgelegt worden ist. Zur Schachanlage gehörte u.a. ein Wetterschacht, der zu einem unbekanntem Zeitpunkt teilweise verfüllt und in den Jahren 1927/28 mit zwei Stahlbetonplatten abgedeckt wurde.

Seit 1985 bemühte sich das zuständige Bergamt um eine Erkundung des Wetterschachtes auf ordnungsgemäße Verfüllung und damit auf Standsicherheit der Erdoberfläche im Schachtbereich. Diese Nachforschungen führten 1997 zunächst zu einer genauen örtlichen Lokalisierung des Schachtes. Dabei stellte sich heraus, dass der Schachtkopf mit einem Durchmesser von 2,25m unter der Fahrbahn der Bundesstraße 1 (B1) lag. Der Verkehr wurde daraufhin umgeleitet, um weitere Untersuchungsmaßnahmen durchführen zu können. Das in deren Rahmen von einem Privatunternehmen im Auftrag des Bergamtes erstellte Gutachten kam zu dem Ergebnis, dass die Standsicherheit der Tagesoberfläche im unmittelbaren Schachtbereich des Wetterschachtes nicht nachweisbar und somit nicht gewährleistet sei.

Daraufhin wurde ein Besprechungstermin anberaumt, zu dem auch ein Vertreter der W.-AG eingeladen wurde, der aber wegen eines anderen Termins hieran nicht teilnahm. Als Ergebnis der Besprechung gab das Bergamt die Durchführung einer Sicherungsmaßnahme durch Verfüllen der Resthohlräume mit Baustoff und Verpressen mit Zementinjektion in Auftrag.

Mit Schreiben vom 15. Juli 1998 wurde die W.-AG über die Durchführung der Sicherungsmaßnahmen sowie die geschätzte Höhe der hierfür anfallenden Kosten in Kenntnis gesetzt. Ferner wurde ihr mitgeteilt, dass nach Abschluss der Maßnahme eine Kostenanforderung erfolgen werde.

Mit Leistungsbescheid vom 20. November 2001 gab das Bergamt S. der Klägerin auf, die Kosten für die Durchführung der Sicherungsmaßnahmen an dem Wetterschacht in Höhe von 431.902,59 DM zu erstatten. Den Widerspruch der Klägerin wies die Beklagte mit Widerspruchsbescheid vom 14. Mai 2002 zurück. Die hiergegen erhobene Anfechtungsklage hat das Verwaltungsgericht abgewiesen.

**Aus den Gründen:**

Der angefochtene Leistungsbescheid vom 20. November 2001 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 14. Mai 2002 ist rechtswidrig und verletzt die Klägerin in ihren Rechten (§ 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO). Das angefochtene Urteil ist zu ändern und der Klage stattzugeben. Das ehemalige Bergamt S., an dessen Stelle im Laufe des Verfahrens die beklagte Bezirksregierung getreten ist, hat der Klägerin zu Unrecht die Erstattung der Kosten für die Sicherungsmaßnahmen an dem Wetterschacht aufgegeben, die von der Bergbehörde durch Ersatzvornahme im Wege des sofortigen Vollzuges vorgenommen worden sind.

**A. Inanspruchnahme nach Kostenordnung NRW**

Der Leistungsbescheid kann nicht auf die §§ 59 Abs. 1, 77 Abs. 1 Satz 1 VwVG NRW i.V.m. § 11 Abs. 2 Satz 2 Nr. 7 KostO NRW gestützt werden, wonach der Pflichtige der Vollzugsbehörde die Kosten einer Ersatzvornahme zu erstatten hat. Die Kostenerstattungspflicht nach diesen Vorschriften erfordert nach der ständigen Rechtsprechung des beschließenden Gerichts eine rechtmäßige Ersatzvornahme (vgl. etwa OVG NRW, OVGE 33, 155 [156 f.]).

**I. Ersatzvornahme im Sofortvollzug**

Eine - wie hier - ohne vorausgehenden Verwaltungsakt durchgeführte Ersatzvornahme (§§ 55 Abs. 2, 59 VwVG NRW) setzt voraus, dass die Anwendung des Verwaltungszwangs zur Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr notwendig ist und die Vollzugsbehörde hierbei innerhalb ihrer Befugnisse handelt. Mit einem derartigen sofortigen Vollzug soll einer Gefahr begegnet werden können, die aufgrund außergewöhnlicher Dringlichkeit des behördlichen Eingreifens ein gestrecktes Vorgehen im Sinne des § 55 Abs. 1 VwVG NRW, also auf der Grundlage eines unanfechtbaren oder sofort vollziehbaren Verwaltungsaktes sowie nach vorheriger Androhung und Festsetzung des Zwangsmittels, nicht zulässt. Ohne das sofortige Tätigwerden der Behörde im Wege des Verwaltungszwanges muss mit einem sehr hohen Grad an Wahrscheinlichkeit der Eintritt eines Schadens für ein geschütztes Rechtsgut unmittelbar bevorstehen. Eine solche Situation ist insbesondere dann gegeben, wenn die mit einem Einschreiten gemäß § 55 Abs. 1 VwVG NRW verbundenen Verzögerungen die Wirksamkeit erforderlicher Maßnahmen zur Gefahrenabwehr aufheben oder wesentlich beeinträchtigen würden, wenn also allein der sofortige Vollzug geeignet ist, die Gefahr wirkungsvoll abzuwenden.

**II. Subsidiarität des Sofortvollzugs**

Unter Zugrundelegung dieser Grundsätze waren die Voraussetzungen für einen sofortigen Vollzug hier nicht gegeben. Die Sicherung des Wetterschachtes war hier nicht in einem Maße außergewöhnlich dringlich,

dass dem Pflichtigen nicht durch Verwaltungsakt unter Anordnung der sofortigen Vollziehung und gleichzeitiger Androhung der Ersatzvornahme die Durchführung der erforderlichen Maßnahmen innerhalb einer kurz bemessenen Frist hätte aufgegeben werden können.

**1. Möglichkeit zum Erlass eines Grundverwaltungsakts**

Der mögliche Adressat einer bergbehördlichen Verfügung war der Behörde bekannt. Die W.-AG, d.h. die Rechtsvorgängerin der Klägerin, wurde jedenfalls seit Mitte der 80er Jahre des vergangenen Jahrhunderts von der Bergbehörde stets als Ansprechpartnerin angesehen und etwa zu den geplanten Erkundungsmaßnahmen bereits im Jahr 1994 angeschrieben. Das Bergamt S. hatte ferner in Abstimmung mit dem Landesoberbergamt die (ehemaligen) Eigentumsverhältnisse an dem Bergwerkfeld geklärt und spätestens seit dem Jahr 1997 die W.-AG als ordnungspflichtige Zustandsstörerin angesehen. [...] Es wäre angesichts der konkreten zeitlichen Abläufe und Erkenntnisse der Bergbehörde durchaus möglich gewesen, bereits vorsorglich eine Ordnungsverfügung mit Anordnung der sofortigen Vollziehung und Androhung der Ersatzvornahme vorzubereiten und diese, nachdem auf Grund der Erkundungsuntersuchungen in der Zeit vom 10. bis zum 13. Juli 1998 positiv feststand, dass das Mauerwerk des Schachtes nicht tragfähig und die Stabilität der Plattenabdeckung fraglich war sowie dass in der Schachtverfüllung Lockermassen vorhanden waren, unverzüglich zu erlassen. Das Bergamt hat den Erlass einer solchen Ordnungsverfügung aber nicht einmal ansatzweise erwogen, vielmehr von vornherein die Durchführung der Sicherungsmaßnahmen in eigener Regie geplant, wie die unverzügliche Beantragung von Haushaltsmitteln belegt.

**2. Effektivität**

Eventuelle kurzfristige Verzögerungen, die durch den Erlass einer Ordnungsverfügung unter Anordnung der sofortigen Vollziehung entstanden wären, hätten die Wirksamkeit erforderlicher Maßnahmen zur Gefahrenabwehr nicht aufgehoben oder wesentlich beeinträchtigt. Entgegen der Begründung des Leistungsbescheides vom 20. November 2001 war der "Sofortvollzug der erforderlichen Sicherungsmaßnahmen [...] aufgrund der Oberflächennutzung durch den Straßenverkehr auf der B 1" nicht im konkreten Zeitpunkt der behördlichen Entscheidung am 13. Juli 1998 zwingend geboten. Es mag mit der beklagten Bergbehörde und dem Verwaltungsgericht zwar davon ausgegangen werden, dass die Gefahr eines Absackens der Lockermassenfüllsäule im ehemaligen Wetterschacht bestand. Wie in dem angefochtenen Leistungsbescheid weiter ausgeführt ist, konnte auf Grund der zuvor gewonnenen "Untersuchungsergebnisse [...] die Standsicherheit

der Tagesoberfläche im unmittelbaren Schachtbereich nicht nachgewiesen werden". Ein mögliches Abgehen der Lockermassenfüllsäule im Wetterschacht erforderte indes keine sofortige Abhilfe derart, dass nicht mit der Anordnung und Durchführung von Gefahrenbeseitigungsmaßnahmen im gestreckten Vollzug einer sofort vollziehbaren Ordnungsverfügung hätte zugewartet werden können. Der Schachtkopf des nur 2,25 m Durchmesser aufweisenden Wetterschachtes lag nach dem Ergebnis der Lokalisierungsuntersuchung im Juli 1997 etwa mittig - mit einer leichten Verschiebung nach Süden hin - unter dem mittleren Fahrstreifen der nördlichen Fahrbahn der B 1. Sowohl dieser Fahrstreifen als auch der südlich anschließende Fahrstreifen waren indes bereits für die Durchführung der Erkundungsmaßnahmen für den Kfz-Verkehr gesperrt worden. Der gesamte Verkehr über die B 1 lief zudem auf Grund der Anordnung einer Höchstgeschwindigkeit von 30 km/h nur verlangsamt über den nördlichen Fahrstreifen und die zusätzlich eingerichtete Behelfspur auf dem (zuvor begrünten) Mittelstreifen. Selbst das [...] im schlimmsten Fall für möglich gehaltene Abgehen der Lockermassen-Füllsäule in der Größenordnung von erheblich mehr als einigen Metern, insbesondere im Fall von Wasserzutritten, hätte also allenfalls den Bereich betroffen, der ohnehin für den Kfz-Verkehr gesperrt war. Zudem ist noch zu berücksichtigen, dass die beiden - wenn auch möglicherweise nicht mehr völlig belastungsfähigen - Stahlbetonplatten der ursprünglichen Schachtabdeckung noch

vorhanden waren. [...] Hiernach kann also keine Rede davon sein, dass der Erlass einer für sofort vollziehbar erklärten Ordnungsverfügung unter Festlegung kürzester Ausführungsfristen und gleichzeitiger Androhung der Ersatzvornahme (§ 63 II VwVG NRW) zu einer wesentlichen Verzögerung und damit der Verhinderung einer effektiven Gefahrenabwehr geführt hätten.

### 3. Keine Leistungsverweigerung im Vorfeld

[...] Anhaltspunkte für die Annahme, dass die W.-AG die ihr im Wege einer für sofort vollziehbar erklärten Ordnungsverfügung aufzugebenden Maßnahmen nicht oder nicht rechtzeitig selbst ausgeführt hätte oder durch Dritte hätte durchführen lassen, sind nicht ersichtlich. Auch der Umstand, dass ein Vertreter der W.-AG an dem Besprechungstermin vom 13. Juli 1998 nicht teilgenommen hat, rechtfertigt diese Vermutung nicht, da der Vertreter der W.-AG sich wegen einer Terminkollision hatte entschuldigen lassen.

### B. Inanspruchnahme aus anderen Rechtsinstituten

Die Kosten der rechtswidrig durchgeführten Ersatzvornahme kann die Beklagte auch nicht unter dem Gesichtspunkt der Geschäftsführung ohne Auftrag oder des öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruchs ersetzt verlangen; denn ein Rückgriff auf diese Rechtsinstitute scheidet daran, die §§ 59, 77 Abs. 1 Satz 1 VwVG NRW i.V.m. § 11 Abs. 2 Satz 2 Nr. 7 KostO NRW hinsichtlich der Ersatzvornahmekosten eine abschließende Spezialregelung enthalten.

## Standort: Baurecht

## Problem: Ermessen bei § 36 II 3 BauGB?

OVG LÜNEBURG, URTEIL VOM 10.01.2008  
12 LB 22/07 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

### Problemdarstellung:

Im vorliegenden Fall hatte der Bauherr einer Windenergieanlage beim dafür zuständigen Landrat einen Bauvorbescheid beantragt, den der Landrat unter Ersetzung des Einvernehmens der Gemeinde (§ 36 I, II 3 BauGB) erteilt hatte. Die Gemeinde klagte nun sowohl gegen den Bauvorbescheid als auch gegen die Ersetzung ihres Einvernehmens. Folgende prozessuale und materielle Probleme stellten sich:

A. Ein Bauvorbescheid ist nach heute ganz h.M. ein Verwaltungsakt. Insbesondere kommt ihm wegen seiner Bindungswirkung (hier: nach § 74 II NBauO drei Jahre) Regelungswirkung i.S.d. § 35 S. 1 VwVfG zu. Er kann deshalb von Drittbelasteten mit der Anfechtungsklage nach § 42 I, 1. Fall VwGO angefochten werden. Dritter in diesem Sinne kann auch eine Gemeinde sein, wenn sie wie hier nicht selbst Baugenehmigungsbehörde ist.

B. Auch die Ersetzung des Einvernehmens nach § 36 II 3 BauGB ist gegenüber der Gemeinde ein belasten-

der, anfechtbarer Verwaltungsakt. Zwar wird die *Erteilung* des Einvernehmens nach § 36 I BauGB *gegenüber dem Antragsteller (Bürger)* mangels Außenwirkung nicht als Verwaltungsakt angesehen, da sie gegenüber der Baugenehmigungsbehörde (hier: Landrat) erfolgt; die *Ersetzung* des Einvernehmens nach § 36 II 3 BauGB erfolgt aber *gegenüber der Gemeinde* und greift in deren durch Art. 28 II GG geschützte Selbstverwaltungsautonomie ein, namentlich in ihre Planungshoheit. Im Bereich der Selbstverwaltungsautonomie steht die Gemeinde dem Staat wie ein Bürger gegenüber, ist also nicht selbst als staatliche Stelle betroffen. Somit haben eingreifende Maßnahmen ihr gegenüber in diesem Bereich Außenwirkung.

C. Das Einvernehmen darf nach § 36 II 3 BauGB nur ersetzt werden, wenn die Gemeinde es rechtswidrig verweigert hat, was wiederum der Fall ist, wenn dies aus anderen als den in § 36 II 1 BauGB genannten Gründen geschah. In der Begründetheit der Anfechtungsklage gegen die Ersetzung des Einvernehmens ist also zu prüfen, ob ein Grund i.S.d. § 36 II 1 BauGB vorlag. Im vorliegenden Fall hatte die Gemeinde zwei Gründe angeführt, zu denen das OVG feststellt, dass

der erste - Vorrang des immissionsschutzrechtlichen Verfahrens - schon kein Grund i.S.d. § 36 II 1 BauGB war, der zweite - entgegenstehende öffentliche Belange i.S.d. § 35 III BauGB zwar nach § 36 II 1 BauGB beachtlich war, rechtlich aber nicht vorlag.

D. Sodann stellte sich die Frage, welche Rechtsfolge sich an ein rechtswidrig verweigertes Einvernehmen knüpft. Der Wortlaut des § 36 II 3 BauGB ("kann") suggeriert ein Ermessen mit der Folge, dass die Ersetzung des Einvernehmens von den Gerichten auf Ermessensfehler überprüft werden kann und muss (§ 114 VwGO). Allerdings versteht eine wohl h.M. das Wort "kann" i.S.d. § 36 II 3 BauGB nicht im Sinne eines Ermessens, sondern im Sinne einer Befugnis. Wenn die Gemeinde ihr Einvernehmen rechtswidrig verweigere, dann müsse es im Lichte der Baufreiheit des Antragstellers ersetzt werden, ohne dass der Behörde eine Wahl bliebe. Dieser Ansicht tritt das OVG Lüneburg entgegen. Vielmehr lasse schon der eindeutige Wortlaut keine andere Interpretation zu als die, dass ein Ermessen bestehe; auch aus der Entstehungsgeschichte der Norm ergebe sich dies.

#### **Prüfungsrelevanz:**

§ 36 BauGB besitzt erhebliches Prüfungspotenzial, weil die Norm es erlaubt, prozessuale Probleme mit materiellem Baurecht zu verbinden. Dies zeigt der vorliegende Fall sehr anschaulich.

Das OVG Lüneburg prüft die VA-Qualität der Einvernehmensersetzung erst in der Klagebefugnis nach § 42 II VwGO. In einem Gutachten wäre dies aber schon in der Statthaftigkeit der Anfechtungsklage zu erörtern, denn eine solche kann nur gegen Verwaltungsakte erhoben werden.

Der Genehmigungsbehörde bei der Ersetzung des Einvernehmens mit § 36 BauGB ein Ermessen einzuräumen, ist mit dem Wortlautargument tatsächlich gut vertretbar. Allerdings sind auch die Gegenargumente beachtlich, denn die Baufreiheit genießt nach h.M. über Art. 2 I GG immerhin Verfassungsrang. Entschieden werden muss der Streit in einem Gutachten nur, wenn die Ansichten zu unterschiedlichen Ergebnissen kommen. Liegen - wie hier - also jedenfalls keine Ermessensfehler vor, kann offen bleiben, ob überhaupt ein Ermessen bestanden hat oder nicht. Dies wird oft der Fall sein, denn wenn die Gemeinde ihr Einvernehmen rechtswidrig verweigert hat, wird das Bauvorhaben zulässig sein. Gründe, die dann trotzdem gegen eine Ersetzung des Einvernehmens (und damit gegen die Realisierung des Bauvorhabens) sprechen könnten, dürften i.d.R. nicht zu finden sein.

#### **Vertiefungshinweise:**

Ermessen bei § 36 II 3 BauGB: *OVG Lüneburg*, BauR 2005, 679, 681; *VG Frankfurt*, NVwZ-RR 2001,

371 (beide bejahend); *OVG Koblenz*, BRS 60 Nr. 91; *Dippel*, NVwZ 1999, 921, 924; *Groß*, BauR 1999, 560, 570 (alle verneinend)

Zur VA-Qualität der Erteilung bzw. Ersetzung des gemeindlichen Einvernehmens: *BVerwGE* 28, 145; *BGHZ* 65, 182, 185

Rechtsschutz einer Gemeinde gegen ohne Einvernehmen erteilte Baugenehmigung: *BVerwG*, NVwZ 1986, 556; BauR 1988, 694; *BayVGH*, RA 2005, 137 = NVwZ-RR 2005, 56; RA 2001, 313 = NVwZ-RR 2001, 364

Amtshaftung der Gemeinde für rechtswidrig versagtes Einvernehmen: *BGH*, RA 2006, 133 = BayVBl 2006, 160

#### **Kursprogramm:**

*Examenskurs* : "Die Eissporthalle"

*Examenskurs* : "Das Einvernehmen nehmen"

#### **Leitsätze (der Redaktion):**

**1. Eine Gemeinde kann gegen die Ersetzung ihres Einvernehmens nach § 36 II 3 BauGB mit der Anfechtungsklage nach § 42 I, 1. Fall VwGO vorgehen.**

**2. Eine Gemeinde kann ihr Einvernehmen nach § 36 I, II 1 BauGB mit der Begründung verweigern, dass dem Bauvorhaben öffentliche Belange i.S.d. § 35 III BauGB entgegenstehen. Ob dies tatsächlich der Fall ist, ist im Rahmen der Anfechtungsklage gegen die Ersetzung des Einvernehmens gerichtlich in vollem Umfang nachzuprüfen.**

**3. Mit dem Einwand, anstelle eines baurechtlichen sei ein immissionsschutzrechtliches Vorbescheidsverfahren durchzuführen gewesen, wird die Gemeinde im Rahmen des § 36 I, II 1 BauGB hingegen nicht gehört.**

**4. Bei der Einvernehmensersetzung steht der ersetzenden Behörde ein Ermessen zu, das in den Grenzen des § 114 S. 1 VwGO gerichtlich überprüfbar ist.**

#### **Sachverhalt:**

Die Klägerin ist eine Gemeinde, die dem beklagten Landkreis angehört. Sie wendet sich dagegen, dass der Beklagte einem Rechtsvorgänger der Beigeladenen zu 1., Herrn A., einen Bauvorbescheid nach § 74 I NBauO über die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit einer Windenergieanlage im Außenbereich der Ortschaft H. der Klägerin erteilt und hierfür das gemeindliche Einvernehmen der Klägerin nach § 36 BauGB ersetzt hat. Sowohl gegen den Bauvorbescheid als auch gegen die Ersetzung ihres verweigerten Einvernehmens hat die Gemeinde Klage erhoben, die das Verwaltungsgericht abgewiesen hat. Hiergegen wendet sie sich mit ihrer zugelassenen Berufung.

**Aus den Gründen:**

Die nach Zulassung durch den vormals zuständigen 9. Senat des Gerichts statthafte und auch sonst zulässige Berufung der Klägerin ist unbegründet. Das Verwaltungsgericht hat die Klage gegen den dem Rechtsvorgänger der Beigeladenen zu 1., Herrn A., erteilten positiven Bauvorbescheid vom 12. Juni 2003 und die unter demselben Datum verfügte Ersetzung des gemeindlichen Einvernehmens der Klägerin [...] zu Recht abgewiesen. Die von der Klägerin erhobene Anfechtungsklage ist zwar zulässig, kann jedoch in der Sache keinen Erfolg haben, da die angefochtenen Bescheide rechtmäßig sind bzw. jedenfalls die Klägerin nicht in ihrer durch Art. 28 II GG geschützten Rechtsstellung - hier in der Ausprägung der gemeindlichen Planungshoheit - verletzen (§ 113 I 1 VwGO).

**A. Zulässigkeit der Klage****I. Klagebefugnis**

Die für die Zulässigkeit der Klage erforderliche Klagebefugnis der Klägerin im Sinne des § 42 II VwGO ist gegeben.

**1. Klage gegen Ersetzung des Einvernehmens**

Die Ersetzung des gemeindlichen Einvernehmens nach § 36 II 3 BauGB durch die hierfür nach Landesrecht zuständige Behörde - hier gemäß § 1a Nr. 1 DVO-BauGB der Beklagte - stellt zwar im Verhältnis zum Bauherrn ein nicht klagefähiges bloßes Verwaltungsinternum dar, im Verhältnis zu der betroffenen Gemeinde handelt es sich dagegen um einen Verwaltungsakt (OVG Lüneburg, BauR 2005, 679, 680; Söfker, in: Ernst/ Zinkahn/ Bielenberg, BauGB, Loseblattsammlung, Stand: 1.5.2007, § 36, Rn. 41, 42; Krautzberger, in: Battis/ Krautzberger/ Löhr, BauGB, 10. Aufl. 2007, § 36, Rn. 5, 17).

Aus dem Vortrag der Klägerin, mit dem sie geltend macht, sie habe ihr Einvernehmen nach § 36 II 1 BauGB u.a. deshalb zu Recht versagt, weil der nach § 35 I Nr. 6 (nunmehr Nr. 5) BauGB im Außenbereich privilegierten Windenergieanlage öffentliche Belange im Sinne des § 35 III BauGB entgegenstünden, ergibt sich die Möglichkeit einer Verletzung der Klägerin in ihrer kommunalen Planungshoheit, deren Schutz die Verfahrensvorschriften des § 36 BauGB dienen (vgl. zu diesem Zweck nur: BVerwG, NVwZ 1991, 1076; NVwZ 2000, 1048 f; BVerwGE 121, 339, 341 ff.; 122, 13, 17).

**2. Klage gegen Bauvorbescheid**

Da auch das Bauvorbescheidsverfahren dem Begriff des bauaufsichtlichen Verfahrens im Sinne des § 36 I 1 BauGB unterfällt (Söfker, a.a.O., § 36 Rn. 13; Krautzberger, a.a.O., § 36, Rn. 2) und mithin der positive Bauvorbescheid, den der Beklagte Herrn A. als Rechtsvorgänger der Beigeladenen zu 1. erteilt hat, das

wirksame bzw. rechtmäßig ersetzte Einvernehmen der Klägerin voraussetzt, kommt der Klägerin ebenfalls eine Klagebefugnis für eine Drittanfechtung dieses Bescheides zu (vgl. hierzu allgemein nur: OVG Rheinland-Pfalz, NVwZ-RR 2007, 309; Söfker, a.a.O., § 36, Rn. 43; Schmaltz, in: Große-Suchsdorf/ Lindorf/ Schmaltz/ Wiechert, NBauO, 8. Aufl. 2007, § 74, Rn. 32).

**II. Allg. Rechtsschutzinteresse**

Der Klage fehlt es ferner nicht an dem erforderlichen allgemeinen Rechtsschutzbedürfnis. Dieses ist zum einen - im Hinblick auf den zur Prüfung stehenden Bauvorbescheid - nicht deshalb entfallen, weil der Beklagte nach diesem Herrn A. am 2. Dezember 2003 auch eine Baugenehmigung für die umstrittene Windenergieanlage erteilt hat. Denn das - insoweit durch Bundesrecht nicht gebundene (BVerwG, NVwZ 1995, 894, 895) - niedersächsische Landesrecht enthält keine Anhaltspunkte für die Annahme, dass in einer solchen Konstellation der Bauvorbescheid durch die später erteilte Baugenehmigung konsumiert wird. Vielmehr bestehen die Rechtswirkungen des Bauvorbescheides fort, seine Regelungen werden nach Art des Baukastenprinzips in die Baugenehmigung übernommen (OVG Lüneburg, OVGE 47, 338; Schmaltz, a.a.O., § 74, Rn. 28). Dies gilt nicht nur im Verhältnis zwischen Bauaufsichtsbehörde und Bauherrn, vielmehr bindet der Bauvorbescheid auch die Gemeinde (Schmaltz, a.a.O., § 74, Rn. 22). [...]

**B. Begründetheit der Klage**

In der Sache kann die Klägerin mit ihrer Klage weder gegen die von dem Beklagten verfügte Ersetzung ihres Einvernehmens für den Herrn A. erteilten positiven Bauvorbescheid, noch gegen diesen Bescheid selbst durchdringen. Die Klägerin hat ihr Einvernehmen in rechtswidriger Weise verweigert, so dass der Beklagte die Einvernehmensersetzung zu Recht vorgenommen hat. Mithin kann die Klägerin auch nicht mit Erfolg geltend machen, die Erteilung des Bauvorbescheides verletze sie in eigenen Rechten.

**I. Rechtswidrige Verweigerung des Einvernehmens**

Gemäß § 36 I 1 BauGB wird über die Zulässigkeit von Vorhaben nach den §§ 31, 33 bis 35 BauGB im bauaufsichtlichen Verfahren von der Baugenehmigungsbehörde im Einvernehmen mit der Gemeinde entschieden. Diese Mitwirkung der Gemeinde dient - wie bereits dargelegt - der Sicherung der gemeindlichen Planungshoheit. Die Gemeinde soll als sachnahe und fachkundige Behörde dort, wo sie noch nicht geplant hat, oder dann, wenn ein Bauvorhaben von ihrer Planung abweicht, im Baugenehmigungs- bzw. Bauvorbescheidsverfahren an der Beurteilung der bauplanungsrechtlichen Zulässigkeit des Vorhabens mitentscheidend beteiligt werden. Darüber hinaus soll sie in

den Fällen, in denen ein nach den in § 36 I 1 BauGB genannten Vorschriften zulässiges Vorhaben ihren planerischen Vorstellungen nicht entspricht, von ihrer Möglichkeit Gebrauch machen können, durch Aufstellung eines Bebauungsplanes die planungsrechtlichen Grundlagen für die Zulässigkeit des Vorhabens zu ändern und plansichernde Instrumente einzusetzen. Allerdings darf die Gemeinde ihr Einvernehmen gemäß § 36 II 1 BauGB nur versagen, wenn das Vorhaben gemessen an den maßgeblichen bauplanungsrechtlichen Vorschriften - hier also an § 35 BauGB - unzulässig ist. Das bedeutet im Ergebnis, dass die Voraussetzungen des § 35 BauGB auf das Rechtsmittel der Gemeinde hin in vollem Umfang nachzuprüfen sind. Die Gemeinde kann also insbesondere geltend machen, dass ein Vorhaben nicht nach § 35 I BauGB privilegiert sei, sich auf öffentliche Belange im Sinne von § 35 III BauGB berufen oder das Fehlen einer ausreichenden Erschließung rügen. Verstöße gegen andere Rechtsnormen können dem Rechtsmittel der Gemeinde dagegen nur dann zum Erfolg verhelfen, wenn sie auch dem Schutz der Gemeinde - insbesondere ihrer Planungshoheit - zu dienen bestimmt sind (BVerwG, NVwZ-RR 2005, 90, 91 ff; restriktiver: VGH Kassel, ESVGH 2007, 112 ff). Denn § 36 BauGB erschöpft sich darin, das bauaufsichtliche Verfahren näher auszugestalten. Die Vorschrift begründet hinsichtlich der materiellen Planungshoheit keine Rechte, sondern setzt sie voraus. Wenn entsprechend dem soeben umgrenzten Prüfungsumfang eine Verletzung der Planungshoheit einer Gemeinde zu verneinen ist, kann diese sich daher auch nicht mit Erfolg gegen die Ersetzung ihres Einvernehmens wenden (BVerwG, BauR 2006, 815 f).

#### *1. Verweis auf Immissionsschutzrecht kein Grund i.S.d. § 36 II 1 BauGB*

Nach diesen Maßstäben kann die Klägerin mit ihrem Einwand, sie habe ihr Einvernehmen bereits deshalb versagen dürfen, weil der Beklagte entsprechend dem Antrag des Herrn A. fälschlicherweise ein Bauvorbescheidsverfahren anstelle eines immissionsschutzrechtlichen Vorbescheidsverfahrens durchgeführt habe, keinen Erfolg haben. Denn allein eine - unterstellt - falsche Verfahrenswahl zieht eine Verletzung von materiellen, an die gemeindliche Planungshoheit anknüpfenden Rechten nicht nach sich und kann deshalb die Versagung des gemeindlichen Einvernehmens nicht rechtfertigen. Dies ergibt sich im Hinblick auf das immissionsschutzrechtliche Verfahren deutlich aus der Vorschrift des § 36 I Satz 2 BauGB. Hiernach wird die Gemeinde nicht nur im bauaufsichtlichen, sondern auch in anderen Verfahren beteiligt, in denen - wie

dies im immissionsschutzrechtlichen Verfahren gemäß §§ 6 I Nr. 2, 9 BImSchG der Fall ist - über die Zulässigkeit eines Vorhabens nach den in § 36 I Satz 1 BauGB bezeichneten Vorschriften entschieden wird. Die Möglichkeit zur bauplanungsrechtlichen Überprüfung der Zulässigkeit eines Vorhabens, die § 36 BauGB im Interesse der Sicherung der gemeindlichen Planungshoheit einräumt, besteht demnach unabhängig davon, ob eine Entscheidung in einem bauaufsichtlichen oder in einem immissionsschutzrechtlichen Verfahren ergeht. Der Beklagte war auch im einen wie im anderen Fall die für die Einvernehmensersetzung und den Vorbescheiderlass zuständige Behörde [...], so dass auch insoweit ein Ansatzpunkt für die Annahme einer Rechtsbeeinträchtigung der Klägerin nicht besteht.

#### *2. Verweis auf § 35 III BauGB zu Unrecht erfolgt*

Der nach § 35 I Nr. 6 BauGB im baurechtlichen Außenbereich privilegierten Windenergieanlage, auf die sich die von der Klägerin angefochtenen Bescheide vom 12. Juni 2003 beziehen, stehen öffentliche Belange im Sinne des § 35 III BauGB nicht entgegen [wird ausgeführt].

#### *II. Rechtsfolge: Ermessen bei Ersetzung*

Die angefochtene Einvernehmensersatzungsverfügung des Beklagten ist schließlich nicht wegen einer Ermessensfehlerhaftigkeit im Sinne des § 114 VwGO zu beanstanden.

Dass es sich bei der Einvernehmensersetzung nach § 36 Abs. 2 Satz 3 BauGB nicht um eine gebundene, sondern um eine im behördlichen Ermessen stehende Entscheidung handelt, ist nicht zweifelsfrei, vom 1. Senat des erkennenden Gerichts (BauR 2005, 679, 681) aber mit beachtlichen Gründen und in Auseinandersetzung mit den hierzu in Rechtsprechung und Lehre vertretenen Ansichten unter Berücksichtigung von Wortlaut, Entstehungsgeschichte sowie Sinn und Zweck der Norm festgestellt worden. Folgt man diesen Erwägungen, so spricht indes wenig dafür, dass der für die Ersetzungsentscheidung zuständigen Behörde eingeräumte Ermessensspielraum vorrangig im Interesse der Gemeinde, die ihr Einvernehmen in rechtswidriger Weise versagt hat, auszufüllen ist und regelmäßig die Auseinandersetzung mit kommunalen Belangen erfordert (in diesem Sinne auch: Bay. VGH, Beschl. v. 13.2.2006 - 15 CS 05.3346 -, BRS 70 Nr. 94). Vor diesem Hintergrund erhebt die Klägerin den Vorwurf, Ermessen sei im vorliegenden Fall nicht oder fehlerhaft ausgeübt worden, zu Unrecht [wird ausgeführt].

*Zivilrecht***Standort: Bereicherungsrecht****Problem: Anfechtbares Rechtsgeschäft**

BGH, URTEIL VOM 13.02.2008  
VIII ZR 208/07 (NJW 2008, 1879)

**Problemdarstellung:**

Die Bekl. ist Pferdehändlerin und kaufte ein Pferd von der V. Dieser Vertrag kam dadurch zustande, dass V in der Zeitung inserierte, wobei sie auf eine Verletzung des Tieres hinwies und zudem deutlich machte, dass das Tier nicht an einen Händler veräußert werden sollte. Da die Bekl. die Händlereigenschaft verschwieg und diese den Eindruck erweckte, dass sie das Tier pflegen wolle, einigten sich V und die Bekl. auf einen Kaufpreis i.H.v. 750 € und das Tier wurde nebst den tierärztlichen Unterlagen übergeben. Kurz darauf bot die Bekl. ihrerseits das Tier zum Kauf an, wobei sie die Erkrankung des Tieres verschwieg. Es kam zum Vertragsschluss zwischen der Kl. und der Bekl. über dieses Pferd zum Kaufpreis i.H.v. 3400 €. Als V davon Kenntnis erlangte, focht sie den mit der Bekl. geschlossenen Kaufvertrag an. Zudem informierte sie die Kl. darüber und trat ihr sämtliche Ansprüche im Hinblick auf das Pferd ab. Kurz darauf focht die Kl. ihrerseits den Kaufvertrag an, den sie mit der Bekl. geschlossen hatte.

Mit der Klage hat die Kl. die Rückzahlung des von ihr geleisteten Kaufpreises nebst Zinsen sowie die Herausgabe der Röntgenbilder verlangt, die die Bekl. von der Erstverkäuferin erhalten hatte. Das Amtsgericht hat der Klage stattgegeben. Die Berufung der Bekl. ist erfolglos geblieben. Mit ihrer vom Berufungsgericht zugelassenen Revision begehrt die Bekl. die Einschränkung ihrer Verurteilung dahin, dass sie zur Zahlung von 3.400 € nebst Zinsen nur Zug um Zug gegen Herausgabe des Pferdes "K." verpflichtet ist, hilfsweise, dass sie lediglich 2.650 € nebst Zinsen zu zahlen hat. Die Revision hat teilweise Erfolg.

**Prüfungsrelevanz:**

Der erkennende Senat hatte sich mit der Frage auseinanderzusetzen, wie sich die Rückabwicklung eines anfechtbaren Rechtsgeschäfts vollzieht.

Unstreitig wurden sowohl der Kaufvertrag zwischen der V und der Bekl., als auch der Kaufvertrag der Kl. mit der Bekl. gem. §§ 142 I, 123 I BGB wirksam angefochten. Daraus folgt, dass die Kl. gegenüber der Bekl. einen Rückzahlungsanspruch gem. § 812 I 1 2. Fall BGB inne hat (wobei der erkennende Senat of-

fen ließ, ob die Kondiktion bei der Anfechtung nicht auch aus § 812 I 1 1. Fall BGB folgen könne).

Zu prüfen war, ob der Anspruch durchsetzbar ist. In Betracht kommt ein Zurückbehaltungsrecht gem. § 273 I BGB aus einem Anspruch der Bekl. gegenüber der Kl. gem. § 812 I 1 1. Fall BGB gerichtet auf die Rückübereignung des Pferdes. In der Berufung war dies verneint worden, da dieser Anspruch ausgeschlossen sei wegen § 814 BGB. Dem stimmte der erkennende Senat in der Revision nicht zu. Gem. § 814 BGB muss der Leistende in dem Zeitpunkt, in dem die Leistung erfolgt, zur Vornahme der Leistung nicht verpflichtet sein. Daran fehlt es dann, wenn das Rechtsgeschäft, zu dessen Erfüllung geleistet wird, lediglich von dem Empfänger der Leistung angefochten werden kann und dieser sein Anfechtungsrecht (noch) nicht ausgeübt hat. In diesem Fall kann sich der Leistende der Leistungspflicht nicht durch einen eigenen Entschluss durch die Anfechtung entziehen. Anders ist das Ergebnis dann, wenn dem Leistenden selbst das Anfechtungsrecht zusteht. Zwar ist er auch dann zur Leistung bis zur Anfechtung verpflichtet, aber es bleibt ihm unbenommen, die Pflicht durch Ausübung des Gestaltungsrecht zu beseitigen. Diesem Umstand trägt § 142 II BGB Rechnung. Der Leistende soll nicht kondizieren können, wenn er geleistet hat, obwohl er wusste, dass er sich von der Leistungspflicht wegen des Anfechtungsrechts hätte befreien können. Anderenfalls setzte sich der Leistende in Widerspruch zu seinem eigenen Verhalten (sog. venire contra factum proprium). Es handelt sich um eine besondere Ausprägung des Grundsatzes von Treu und Glauben.

Da im hier zu beurteilenden Sachverhalt allein die Kl. anfechtungsberechtigt ist, kann § 814 BGB dem Anspruch der Bekl. gegen die Kl. nicht entgegenstehen. Die Folge ist, dass die Bekl. trotz der von ihr begangenen Täuschung grundsätzlich berechtigt ist, die Zugum-Zug-Einrede zu erheben. Im Ergebnis war das Zurückbehaltungsrecht nicht tragfähig, weil die Kl. ihrerseits den dolo-agit-Einwand erhoben hat. Dieser Einwand ergibt sich daraus, dass V der Kl. die der V zustehenden Ansprüche gem. § 812 I 1 1. Fall BGB gerichtet auf die Rückübereignung des Pferdes gem. § 398 BGB abgetreten hat. In diesem Zusammenhang war jedoch zu berücksichtigen, dass der Anspruch auf Rückübereignung der V bzw. der Kl. gegenüber der Bekl. nicht uneingeschränkt ist. Dies liegt daran, dass die Bekl. ihrerseits einen Anspruch auf Rückzahlung

des Kaufpreises i.H.v. 750 € gem. § 812 I 1 1.Fall BGB inne hat. Diesen muss sich die Kl. entgegenhalten lassen, so dass lediglich eine Rückübereignung Zug-um-Zug begehrt werden kann.

Im Ergebnis kann die Kl. den Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises gem. § 812 I 1 1.Fall BGB i.H.v. 3400 € Zug-um-Zug gegen Rückzahlung des Kaufpreises i.H.v. 750 € verlangen. Durch die Zahlung der Kl. erfüllt sie zugleich als Dritte gem. § 267 BGB im Rechtsverhältnis V zur Bekl.. Das Pferd allerdings kann die Kl. - wie gewünscht - behalten.

#### **Vertiefungshinweise:**

- Zur Rückforderung bei anfechtbarem Rechtsgeschäft: *Wendehorst*, LMK 2008, 260222
- Zur Rechtsprechung bezüglich arglistig handelnder Verkäufer: *BGH*, NJW 2008, 1371 (keine Fristsetzung bei Arglist des Verkäufers); *Gutzeit*, NJW 2008, 1359
- Zur Sittenwidrigkeit und Anfechtbarkeit eines durch Lockvogelangebot zu Stande gekommenen Partnervermittlungsvertrag: *BGH*, NJW 2008, 982 (keine Sittenwidrigkeit, nur Anfechtbarkeit)

#### **Kursprogramm:**

- Examenskurs*: "Kurzfälle zur Saldotheorie"
- Assessorkurs*: "Die voreilige Auflassung"

#### **Leitsatz:**

**§ 814 BGB ist unanwendbar, wenn das Rechtsgeschäft, zu dessen Erfüllung geleistet worden ist, nur von dem Empfänger der Leistung angefochten werden kann und dieser sein Anfechtungsrecht im Zeitpunkt der Leistung (noch) nicht ausgeübt hat.**

#### **Sachverhalt:**

[1] Die Bekl., eine Pferdehändlerin, kaufte im Januar 2005 von der V. e.V. (im Folgenden: Erstverkäuferin) das Pferd "K." zum Preis von 750 €. Der Kauf kam aufgrund eines Inserates zustande, in dem die Erstverkäuferin darauf hinwies, dass sie das aus gesundheitlichen Gründen nicht mehr im Spring- und Voltigiersport einsetzbare und wegen einer akuten Verletzung günstig abzugebende Tier nicht an einen Händler verkaufen wolle. Die Bekl. verschwieg ihre Händlereigenschaft und erweckte gegenüber der Erstverkäuferin den Eindruck, sie werde das Tier gesund pflegen und ihm das Gnadentrotz gewähren. Mit dem Pferd erhielt sie von der Erstverkäuferin Röntgenbilder von dessen akuter Verletzung, einem Fesselträgeranriss.

[2] Kurze Zeit später bot die Bekl. das Tier in einem Inserat zum Weiterverkauf an. Darin hieß es: "super leichttrittiges Pferd, großes, sehr gut regulierbares Pferd, Dressur L-Niveau, Springen A mit viel Raumgriff, sicher und viel Mut am Sprung zu einem Kaufpreis von 3.900 €". Aufgrund dieses Inserates erwarb

die Kl. das Pferd am 07.03.2005 für 3.400 €.

[3] Nachdem die Erstverkäuferin davon Kenntnis erlangt hatte, focht sie am 31.03.2005 den von ihr mit der Bekl. geschlossenen Kaufvertrag wegen arglistiger Täuschung an. Sie informierte die Kl. darüber und trat alle Rechte an dem Pferd, insbesondere Herausgabeansprüche wegen der Anfechtung des Kaufvertrags, an diese ab.

[4] Am 01.04.2005 erklärte die Kl. ihrerseits die Anfechtung des Kaufvertrags mit der Bekl. wegen "Vorspiegelung falscher Tatsachen unter Verheimlichung einer schweren Vorerkrankung" und weil "das Tier wegen chronischer Lahmheit weiterhin reituntauglich" sei.

[5] Mit ihrer Klage hat die Kl. die Rückzahlung des von ihr geleisteten Kaufpreises von 3.400 € nebst Zinsen sowie die Herausgabe der Röntgenbilder verlangt, die die Bekl. von der Erstverkäuferin erhalten hatte. Das Amtsgericht hat der Klage stattgegeben. Die Berufung der Bekl. ist erfolglos geblieben. Mit ihrer vom Berufungsgericht zugelassenen Revision begehrt die Bekl. die Einschränkung ihrer Verurteilung dahin, dass sie zur Zahlung von 3.400 € nebst Zinsen nur Zug um Zug gegen Herausgabe des Pferdes "K." verpflichtet ist, hilfsweise, dass sie lediglich 2.650 € nebst Zinsen zu zahlen hat.

#### **Aus den Gründen:**

[6] Die Revision hat hinsichtlich des Hilfsantrags Erfolg. In diesem Umfang ist über das Rechtsmittel antragsgemäß durch Versäumnisurteil zu entscheiden, da die Kl. in der mündlichen Revisionsverhandlung trotz ordnungsgemäßer Ladung nicht anwaltlich vertreten war. Inhaltlich beruht das Urteil indessen nicht auf der Säumnis der Kl., sondern auf einer Sachprüfung (vgl. BGHZ 37, 79, 81 f.). Hinsichtlich des Hauptantrags ist die Revision der Bekl. ungeachtet der Säumnis der Kl. durch kontradiktorisches Schlussurteil zurückzuweisen (vgl. BGH, Urteil vom 14.07.1967 - V ZR 112/64, NJW 1967, 2162).

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

[7] Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung, soweit für das Revisionsverfahren noch von Bedeutung, ausgeführt: Der Kl. stehe gegenüber der Bekl. gemäß § 812 I 1, § 142 I BGB aus eigenem Recht ein Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises in Höhe von 3.400 € und aus abgetretenem Recht der Erstverkäuferin ein Anspruch auf Rückübereignung der Röntgenbilder zu.

[8] Die Kl. habe mit Schreiben vom 01.04.2005 wirksam die Anfechtung des Kaufvertrages vom 07.03.2005 erklärt. Denn die Bekl. habe bei Abschluss des Kaufvertrages die Verletzung des Pferdes "K.", die die Befürchtung begründet habe, dass das Tier nicht mehr zum Sportreiten genutzt werden könne,



arglistig verschwiegen. Der Kaufvertrag sei daher von Anfang an nichtig mit der Folge, dass die auf Grund des Vertrages erbrachten Leistungen ohne Rechtsgrund erfolgt seien.

[9] Dem Anspruch der Kl. auf Rückzahlung des Kaufpreises könne die Bekl. nicht entgegenhalten (§ 273 BGB), dass sie ihrerseits die Rückübereignung des Pferdes verlangen könne. Ein solcher Anspruch der Bekl. sei gemäß § 814 BGB ausgeschlossen. Der von dieser Vorschrift vorausgesetzten positiven Kenntnis vom Nichtbestehen der Verbindlichkeit stehe nach § 142 II BGB das Kennen der Anfechtbarkeit des Kausalgeschäfts gleich. Der Leistende müsse den Lebenssachverhalt kennen, aus dem sich der Anfechtungsgrund ergebe, und erkennen, dass sich der andere Teil deshalb vom Vertrag lösen könne und werde. Über dieses Wissen habe die Bekl. verfügt. Die Anwendbarkeit von § 814 BGB scheitere nicht daran, dass die Regelung nach ihrem Wortlaut nicht für die Fälle gelte, in denen der Rechtsgrund für die Leistung erst zu einem späteren Zeitpunkt weggefallen sei. Die Bekl. habe bereits im Zeitpunkt der Übereignung des Pferdes Kenntnis von der Anfechtbarkeit gehabt, was nach § 142 II BGB der Kenntnis der Nichtigkeit gleichgestellt sei, so dass der Fall nicht nach den Grundsätzen einer *condictio ob causam finitam*, sondern als ein solcher zu behandeln sei, der einer *condictio indebiti* entspreche.

[10] Eine teleologische Reduktion des Regelungsinhaltes von § 814 BGB mit der Begründung, der Leistende habe auf das Ausbleiben der Anfechtung vertrauen dürfen, sei entgegen einer teilweise im Schrifttum vertretenen Auffassung nicht veranlasst. Unabhängig davon, dass derjenige, der im Sinne von § 142 II BGB um die Anfechtbarkeit des in Rede stehenden Vertrages wisse, eines solchen Vertrauensschutzes nicht bedürfe, weil er den anderen Teil auf die ihn zur Anfechtung berechtigenden Umstände hinweisen und ihn so zur Bestätigung des Geschäfts veranlassen könne, sei für einen solchen Schutz des Anfechtungsgegners jedenfalls im Rahmen einer Anfechtbarkeit wegen arglistiger Täuschung kein Raum. Dass der arglistig Täuschende in derart schutzwürdigem Maße darauf vertrauen dürfe, sein unredliches Verhalten werde unentdeckt bleiben, dass dies eine teleologische Reduktion des Anwendungsbereichs von § 814 BGB zu seinen Gunsten erfordere, sei nicht ersichtlich. Die Bestimmung wolle gerade den Leistenden benachteiligen, während der Empfänger darauf vertrauen dürfe, dass er eine bewusst zur Erfüllung einer nicht bestehenden oder hinsichtlich ihres Rechtsgrundes anfechtbaren Pflicht bewirkte Leistung in jedem Fall behalten dürfe.

[11] Der Kl. stehe auch ein Anspruch auf Herausgabe der Röntgenbilder zu. Die Erstverkäuferin habe den Kaufvertrag vom 24.01.2005 durch Erklärung vom 31.03.2005 wegen arglistiger Täuschung gemäß §§ 123, 142 BGB wirksam angefochten und die ihr hier-

aus erwachsenen Bereicherungsansprüche an die Kl. abgetreten (§ 398 BGB). Die Erstverkäuferin habe eine bestimmte Käufereigenschaft gesucht und die Interessenten hiernach ausgewählt. Insbesondere sei es ihr darauf angekommen, dass dem Pferd ein lebenslanges Gnadenbrot gewährt, es keinesfalls im Vielseitigkeitssport und zum Springen eingesetzt und nicht an einen Händler verkauft werde. Die Erfüllung dieser Voraussetzungen habe die Bekl. der Erstverkäuferin arglistig vorgespiegelt.

## II. Entscheidung des BGH in der Revision

[12] Diese Ausführungen halten der rechtlichen Nachprüfung nicht in vollem Umfang stand.

### 1. Beide Verträge wurden wirksam gem. §§ 142 I, 123 I BGB angefochten

[13] Soweit das Berufungsgericht angenommen hat, dass sowohl der Kaufvertrag zwischen der Erstverkäuferin und der Bekl. vom 24.01.2005 als auch der Kaufvertrag zwischen der Bekl. und der Kl. vom 07.03.2005 wegen arglistiger Täuschung gemäß § 123 I, § 124 BGB wirksam angefochten worden und deshalb beide Verträge gemäß § 142 I BGB als von Anfang an nichtig anzusehen sind, greift die Revision das Urteil nicht an und ist ein Rechtsfehler auch nicht ersichtlich.

### 2. Anspruch auf Rückübereignung der Bekl. ist nicht gem. § 814 BGB ausgeschlossen

[14] Die Revision macht geltend, der Bekl. stehe infolge der Anfechtung des Kaufvertrags mit der Kl. ihrerseits gemäß § 812 I BGB ein Gegenanspruch auf Rückübereignung des Pferdes durch die Kl. zu. Der Rückübereignungsanspruch sei entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts nicht durch § 814 BGB ausgeschlossen. Das trifft zu.

#### a. Voraussetzungen des § 814 BGB

[15] Dabei kann offen bleiben, ob der Leistung zur Erfüllung eines Rechtsgeschäfts, das nach der Leistung angefochten wird, im Sinne von § 812 I 1 Alt. 1 BGB der Rechtsgrund wegen der in § 142 I BGB angeordneten Rückwirkung der Anfechtung von Anfang gefehlt hat oder ob der rechtliche Grund nachträglich weggefallen ist (§ 812 I 2 Alt. 1 BGB). § 814 BGB setzt in jedem Fall voraus, dass der Leistende in dem Zeitpunkt, in dem die Leistung erfolgt ist, dazu nicht verpflichtet war. Daran fehlt es auch bei Annahme einer *condictio indebiti*, wenn das Rechtsgeschäft, zu dessen Erfüllung geleistet wird, lediglich von dem Empfänger der Leistung angefochten werden kann und dieser sein Anfechtungsrecht (noch) nicht ausgeübt hat. Denn der Leistende kann sich in diesem Fall seiner Leistungspflicht nicht aus eigenem Entschluss entziehen.

[16] Das ist anders, wenn ihm selbst ein Anfechtungs-

recht zusteht. Auch dann ist er zwar bis zur Anfechtung zur Leistung verpflichtet. Er hat jedoch die Möglichkeit, seine Leistungspflicht durch Ausübung des ihm zustehenden Gestaltungsrechts zu beseitigen. Dem trägt die Regelung des § 142 II BGB Rechnung, die die Kenntnis von der Anfechtbarkeit der Kenntnis der Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts gleichstellt. Der Leistende soll nicht kondizieren dürfen, wenn er geleistet hat, obwohl er wusste, dass er sich von seiner Leistungspflicht wegen eines Anfechtungsrechts hätte befreien können. Er würde sich zu seinem eigenen Verhalten in Widerspruch setzen, wenn er später das Geleistete wieder zurückverlangen könnte (*venire contra factum proprium*). § 814 BGB ist insofern eine besondere Ausprägung des Grundsatzes von Treu und Glauben (BGHZ 73, 202, 205).

[17] Für den Fall einer Anfechtbarkeit des Rechtsgeschäfts nur durch den Empfänger der Leistung kommt es dagegen auf die subjektiven Voraussetzungen des § 814 BGB, die durch § 142 II BGB modifiziert werden, nicht an. Vielmehr ist bereits der von § 814 BGB objektiv vorausgesetzte Umstand, das Fehlen einer (für den Leistenden uneingeschränkten) Leistungspflicht, nicht gegeben. Deshalb hat schon das Reichsgericht (RGZ 151, 361, 376) angenommen, § 814 BGB greife in diesem Fall nicht ein. Das entspricht auch der einhelligen Auffassung im Schrifttum (Wendehorst in: Bamberger/Roth, BGB, 2. Aufl., § 814 Rdnr. 8; Erman/Westermann, BGB, 11. Aufl., § 813 Rdnr. 3; Münch-KommBGB/Lieb, 4. Aufl., § 814 Rdnr. 13; Palandt/Sprau, BGB, 67. Aufl., § 813 Rdnr. 4, § 814 Rdnr. 3; Leupertz in: Prütting/Wegen/Weinreich, BGB, 2. Aufl., § 812 Rdnr. 34, § 814 Rdnr. 4; RGRK/Heimann-Trosien, BGB, 12. Aufl., § 814 Rdnr. 6; Staudinger/Lorenz, BGB (2007), § 814 Rdnr. 3, § 812 Rdnr. 88).

### *b. Anfechtbarkeit des Kaufvertrags vom 07.03.2005 für die Kl.*

[18] Der Kaufvertrag zwischen den Parteien vom 07.03.2005 war nur für die Kl. anfechtbar, die hinsichtlich der Übereignung des Pferdes "K." Leistungsempfängerin war. § 814 BGB steht deshalb einem Bereicherungsanspruch der Bekl. auf Rückübereignung des Pferdes nach Ausübung des Anfechtungsrechts durch die Kl. nicht entgegen.

### *3. Berufungsurteil beruht auf der Fehleinschätzung*

[19] Das Berufungsurteil stellt sich auch nicht aus einem anderen Grund als uneingeschränkt richtig dar (§ 561 ZPO).

#### *a. Zug-um-Zug-Einrede ist ausgeschlossen*

[20] Die Bekl. ist trotz der von ihr begangenen arglistigen Täuschung grundsätzlich berechtigt, den Rückübereignungsanspruch im Wege der Zug-um-Zug-Einrede gegenüber dem von der Kl. verfolgten

Bereicherungsanspruch geltend zu machen (vgl. Senatsurteil vom 16.10.1963 - VIII ZR 97/62, WM 1963, 1252, unter III). Die Kl. hat allerdings, wie die Revision selbst einräumt, gegenüber dem Rückübereignungsanspruch der Bekl. die Arglisteinrede (*dolo agit, qui petit, quod statim redditurus est*) erhoben. Dieser Einwand der Kl. ist im Ansatz begründet. Denn sie kann aus abgetretenem Recht der Erstverkäuferin ihrerseits gemäß § 812 I BGB Rückübereignung des Pferdes von der Bekl. verlangen, weil auch der Kaufvertrag zwischen der Bekl. und der Erstverkäuferin infolge Anfechtung wegen arglistiger Täuschung als von Anfang an nichtig anzusehen ist. Das schließt die von der Revision mit ihrem Hauptantrag begehrte Beschränkung der Verurteilung der Bekl. zur Rückzahlung des Kaufpreises an die Kl. nur Zug um Zug gegen Rückübereignung des Pferdes an sie aus.

#### *b. Abgetretener Rückübereignungsanspruch besteht nicht uneingeschränkt*

[21] Indes besteht auch der Übereignungsanspruch, den die Kl. im Wege der Abtretung von der Erstverkäuferin gegenüber der Bekl. erworben hat, nicht uneingeschränkt. Denn infolge der Anfechtung des Kaufvertrags zwischen der Bekl. und der Erstverkäuferin kann die Bekl. von dieser wiederum die Rückzahlung des von ihr gezahlten Kaufpreises von 750 € verlangen. Sie ist deshalb zur Rückübereignung des Pferdes an die Erstverkäuferin bzw. an die Kl. als Zessionarin nur Zug um Zug gegen Zahlung von 750 € verpflichtet.

[22] Das bedeutet im Verhältnis der Parteien, dass die Kl. von der Bekl. Rückzahlung des von ihr gezahlten Kaufpreises in Höhe von 3.400 € - ohne gleichzeitige Rückgabe des Pferdes "K.", zu der sie weder verpflichtet noch bereit ist (oben unter a) - nur Zug um Zug gegen Rückzahlung des Kaufpreises von 750 € verlangen kann, den die Bekl. an die Erstverkäuferin entrichtet hat. Da die Kl. gegenüber dem Rückgabeananspruch der Bekl. den Arglisteinwand erhoben hat, ist folglich ihr Zahlungsanspruch gegen die Bekl. entsprechend dem Hilfsantrag der Revision um den letztgenannten Betrag zu kürzen. Denn ihr - dem Arglisteinwand zugrunde liegender, von der Erstverkäuferin erworbener - bereicherungsrechtlicher Anspruch auf Herausgabe des Pferdes ist inhaltlich beschränkt durch das Erfordernis eines Angebotes der Rückgewähr der von der Erstverkäuferin dafür empfangenen Gegenleistung (vgl. BGH, Urteil vom 16.10.1963, aaO; Urteil vom 10.02.1999 - VIII ZR 314/97, NJW 1999, 1181 unter II 2 a). Damit darf die Kl. das Pferd "K." trotz der Nichtigkeit beider Kaufverträge endgültig behalten, wie sie es mit dem Erwerb des Rückübereignungsanspruchs von der Erstverkäuferin und ihrem uneingeschränkten Klageantrag gegenüber der Bekl. angestrebt hat, muss dafür aber - wirtschaftlich betrachtet - den Preis zahlen, den die Bekl. mit der Erstverkäuferin

vereinbart hatte, und erfüllt zugleich als Dritte gemäß § 267 BGB den Rückzahlungsanspruch der Bekl. gegenüber der Erstverkäuferin.

### III. Partielle Aufhebung des Berufungsurteils, §§ 562 I, 563 III ZPO

[23] Das Berufungsurteil kann nach alledem nicht in vollem Umfang Bestand haben. Es ist aufzuheben, soweit die Berufung der Bekl. wegen deren Verurteilung

zur Zahlung von mehr als 2.650 € nebst Zinsen zurückgewiesen worden ist (§ 562 I ZPO). Der Senat hat in der Sache selbst zu entscheiden, weil diese zur Endentscheidung reif ist (§ 563 III ZPO). Auf die Berufung der Bekl. ist das erstinstanzliche Urteil teilweise abzuändern und die Klage abzuweisen, soweit die Kl. die Verurteilung der Bekl. zur Zahlung von mehr als 2.650 € nebst Zinsen verlangt hat.

## Standort: Bereicherungsrecht

## Problem: Rückforderung bei Schenkkreis

BGH, URTEIL VOM 13.03.2008  
III ZR 282/07 (NJW 2008, 1942)

### Problemdarstellung:

Die Parteien streiten um die Rückzahlung von Beiträgen, die innerhalb eines sog. Schenkkreises zugewandt wurden. Die Kl. leistete zwei "Schenkungen" in Höhe von jeweils 2.500 € an die Bekl., die zu diesem Zeitpunkt die Empfängerposition inne hatte. Diese Spieleinsätze begehrt die Kl. zurück.

Das Amtsgericht hat die Bekl. im Wesentlichen antragsgemäß verurteilt; das Landgericht hat die Verurteilung der Bekl. unter Berücksichtigung einer Hilfsaufrechnung auf 3.750 € nebst Zinsen herabgesetzt. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Bekl. ihren Antrag auf Abweisung der Klage weiter. Die Kl. hat sich der Revision angeschlossen und erstrebt weiterhin die volle Verurteilung der Bekl.. Beide blieben ohne Erfolg.

### Prüfungsrelevanz:

Die Entscheidung präzisiert die Grundentscheidung (BGH, NJW 2006, 45) zu den Schenkkreisfällen (oder sog. Schneeballsystemen). In der dortigen Entscheidung war zu beurteilen, ob die Kondition eines Gebers vom Initiator eines solchen Schenkkreises entgegen § 817 S. 2 BGB zulässig sein soll. Der Anspruch des Gebers basierte auf §§ 812 I 1 Fall, 818 II BGB. Der durch die Teilnahme am Schenkkreis geschlossene Spielvertrag gem. §§ 311 I, 241 I BGB ist gem. § 138 I BGB nichtig.

In dieser Entscheidung stellte sich die Frage, ob die bereicherungsrechtliche Rückforderung der zugewandten Beiträge innerhalb des Schenkkreises in Übereinstimmung mit vormaligen Rechtsprechung auch gegenüber anderen Mitspielern ausgeschlossen ist. Dieses System ist wie ein Schneeballsystem darauf angelegt, dass die ersten Mitglieder einen (meist) sicheren Gewinn erzielen, während die große Masse der späteren Teilnehmer ihren Einsatz verlieren muss, weil angesichts des Vervielfältigungsfaktors in absehbarer Zeit keine neuen Mitglieder mehr geworben werden können. Dies verstößt - wie in der Rechtsprechung

allgemein anerkannt ist - gegen die guten Sitten (vgl. Senatsurteil vom 10.11.2005 - III ZR 72/05 = NJW 2006, 45, 46 Rn. 9; OLG Köln NJW 2006, 3288, 3289). Der Rückforderung steht weder § 814 BGB noch § 817 S. 2 BGB entgegen.

Gem. § 814 BGB kann das zum Zwecke der Erfüllung einer Verbindlichkeit geleistete nicht zurückgefordert werden, wenn der Leistende gewusst hat, dass er zur Leistung nicht verpflichtet war oder wenn die Leistung einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprach. Erforderlich ist die positive Kenntnis der Rechtslage im Zeitpunkt der Leistung. Der Leistende muss also, ggf. aufgrund der "Parallelwertung in der Laiensphäre" wissen, dass er nach der Rechtslage nichts schuldet (BGH, NJW 1997, 2381; Palandt-Sprau, BGB, § 814 Rn 3). Genau davon ist im vorliegenden Fall nicht auszugehen. Die Kenntnis der Rechtslage ist nicht zweifelsfrei festzustellen, allenfalls das bei Bestehen von Zweifeln am Bestehen der Nichtschuld. Genau dies reicht für den Tatbestand nicht aus (Palandt-Sprau, BGB, § 814 Rn 3).

Der Ausschluss des § 817 S.2 BGB besagt, dass in dem Fall, in dem sowohl der Leistende als auch der Leistungsempfänger gegen die guten Sitten verstoßen haben, die Rückforderung ausgeschlossen ist. Dabei ist zu beachten, dass der Ausschlussgrund auf alle Leistungskonditionen anwendbar ist (Palandt-Sprau, BGB, § 817 Rn 12). Rein tatbestandlich ist sowohl die Handlung der Kl. als auch die der Bekl. als verwerflich einzuordnen. Allerdings führt die Anwendbarkeit des § 817 S.2 BGB in einigen Fällen zu zweifelhaften Ergebnissen. Unter Berücksichtigung des Grundsatzes von Treu und Glauben ist in den Fällen die Anwendbarkeit des § 817 S. 2 BGB gesperrt, in dem der Schutzzweck der jeweiligen nichtigkeitsbegründenden Norm durch den Konditionsausschluss konterkariert würde. Im Übrigen entstünde ein Wertungswiderspruch, wenn allein bei den Initiatoren oder den Spielern auf der ursprünglichen Empfängerposition die Konditionssperre des § 817 S. 2 BGB aufgehoben wäre. Dadurch wären nämlich die Teilnahme an Schenkkreisen der vorliegenden Art für die Mitspieler auf der zweiten und dritten Stufe höchst profitabel, weil sie die von ihnen zuvor verschenkten Beträge zu-

rückverlangen könnten, während ihnen die von Teilnehmern der folgenden Stufen gezahlten Beträge dauerhaft verbleiben würden.

#### **Vertiefungshinweise:**

- Zur Sittenwidrigkeit des Thailändischen Share-Spiels: *LG Karlsruhe*, NJW-RR 2007, 200
- Zum Rechtsschutz bei Rückforderung eines Schenkkreisbetrages: *OLG Hamm*, NJW-RR 2007, 1433
- Zur Strafbarkeit bei Kettenbrief-, Schneeball- und Pyramidensystem: *Finger*, ZRP 2006, 159
- Zur Beweislast für die Rechtsgrundlosigkeit einer Leistung: *BGH*, RA 2003, 297 = NJW 2003, 1039
- Zu § 817 S. 2 BGB: *BGH*, RA 2005, 735 = NJW 2006, 45; *BGH*, RA 2005, 339 = NJW 2005, 1490

#### **Kursprogramm:**

- Examenskurs*: "Schwarzarbeit"

#### **Leitsatz:**

**Die Konditionssperre des § 817 S. 2 BGB entfällt nicht nur bei Bereicherungsansprüchen, die sich gegen die Initiatoren eines "Schenkkreises" richten, sondern allgemein bei allen Zuwendungen im Rahmen derartiger Kreise, ohne dass es auf eine einzelfallbezogene Prüfung der Geschäftsgewandtheit und Erfahrung des betroffenen Gebers oder Empfängers ankommt.**

#### **Sachverhalt:**

[1] Die Parteien beteiligten sich im Frühjahr 2004 an einem sogenannten "Schenkkreis". Diese Schenkkreise sind nach Art einer Pyramide organisiert; sie bestehen aus "Charts" zu jeweils 15 Plätzen, wobei jeder Platz mit mindestens zwei Mitspielern besetzt ist. An der Spitze steht ein Platz auf der Empfängerposition. Auf der zweiten Stufe stehen zwei, auf der dritten vier und auf der vierten, letzten Stufe acht Plätze, jeweils in Geberposition. Die auf der vierten Stufe stehenden Mitspieler leisten ihre "Schenkungen" an die in der Spitzenposition stehenden Mitglieder. Sobald diese sämtliche Zuwendungen von den auf der vierten Stufe stehenden Spielern erhalten haben, scheiden sie aus dem Spielaus. Es werden sodann durch Aufteilung zwei neue Charts gebildet, an deren Spitze die beiden Plätze der bisherigen Stufe zwei treten. Die zweiten Stufen der neu gebildeten Charts werden von jeweils zwei der vier Positionen der dritten Stufe des Ursprungscharts besetzt. Die neu gebildeten dritten Stufen bestehen aus jeweils vier der acht Positionen der letzten Stufe des Ursprungscharts. Diesen Mitspielern obliegt es sodann, jeweils neue Mitspieler für acht Positionen der neu zu bildenden vierten Stufen der neuen Charts zu werben, so dass die volle Teilnehmerzahl

von jeweils 15 Plätzen für die neuen Charts erreicht wird.

[2] Die Kl. leistete zwei "Schenkungen" in Höhe von jeweils 2.500 € an die Bekl., die damals die Empfängerposition an der Spitze des betreffenden Charts innehatte. Sie verlangt diesen Einsatz nunmehr von der Bekl. zurück.

[3] Das Amtsgericht hat die Bekl. im Wesentlichen antragsgemäß verurteilt; das Landgericht hat die Verurteilung der Bekl. unter Berücksichtigung einer Hilfsaufrechnung auf 3.750 € nebst Zinsen herabgesetzt. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Bekl. ihren Antrag auf Abweisung der Klage weiter. Die Kl. hat sich der Revision angeschlossen und erstrebt weiterhin die volle Verurteilung der Bekl..

#### **Aus den Gründen:**

[4] Die Revision der Bekl. und die Anschlussrevision der Kl. sind zulässig, aber jeweils nicht begründet.

##### *I. Revision der Bekl.*

[5] Beide Vorinstanzen haben zu Recht angenommen, dass der Kl. gegen die Bekl. unter dem Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung (§ 812 I 1 1. Alt. BGB - Leistungskondiktion) ein Anspruch auf Rückgewähr der geleisteten "Schenkungen" zusteht.

##### *1. Spielvertrag der Teilnahme am Schenkkreis ist sittenwidrig gem. § 138 I BGB*

[6] Diese Zuwendungen waren wegen Sittenwidrigkeit (§ 138 BGB) nichtig. Bei den Schenkkreisen handelt es sich um ein Schneeballsystem, welches darauf angelegt ist, dass die ersten Mitglieder einen (meist) sicheren Gewinn erzielen, während die große Masse der späteren Teilnehmer ihren Einsatz verlieren muss, weil angesichts des Vervielfältigungsfaktors in absehbarer Zeit keine neuen Mitglieder mehr geworben werden können. Dies verstößt - wie in der Rechtsprechung allgemein anerkannt ist - gegen die guten Sitten (vgl. insbesondere Senatsurteil, NJW 2006, 45, 46 Rn. 9; OLG Köln NJW 2006, 3288, 3289). Das wird auch von der Revision nicht in Abrede gestellt.

##### *2. Kein Fall des § 817 S. 2 BGB gegeben*

[7] Die Leistungen der Kl. an die Bekl. sind somit ohne Rechtsgrund erbracht worden. Der hierauf gestützte Bereicherungsanspruch scheidet entgegen der Annahme der Revision nicht an § 817 S. 2 BGB.

##### *a. Schutzzweck des § 817 S. 2 BGB spricht gegen die Nichtigkeitssanktion*

[8] Zwar ist davon auszugehen, dass beide Parteien, also sowohl die Kl. als Leistende als auch die Bekl. als Leistungsempfängerin, durch die Teilnahme am "Schenkkreis" gegen die guten Sitten verstoßen haben. Indessen sprechen der Grund und der Schutzzweck der

Nichtigkeitssanktion (§ 138 I BGB) hier - ausnahmsweise - gegen eine Konditionssperre gemäß § 817 S. 2 BGB.

*b. Initiatoren des Spiels dürfen durch Anwendung des § 817 S. 2 BGB nicht geschützt werden*

[9] Der Schenkkreis zielte allein darauf ab, zugunsten einiger weniger "Mitspieler" leichtgläubige und unerfahrene Personen auszunutzen und sie zur Zahlung des "Einsatzes" zu bewegen. Einem solchen sittenwidrigen Verhalten steuert § 138 BGB entgegen, indem er für entsprechende Vereinbarungen Nichtigkeit anordnet. Dies würde aber im Ergebnis konterkariert, und die Initiatoren solcher "Spiele" würden zum Weitermachen geradezu eingeladen, wenn sie die mit sittenwidrigen Methoden erlangten Gelder - ungeachtet der das "Spiel" tragenden sozialschädlichen Abreden - behalten dürften.

*c. Schutzzweck der jeweiligen nichtigkeitsbegründenden Norm ist maßgeblich*

[10] Dementsprechend hat der Senat bereits im Urteil vom 10.11.2005 (NJW 2006, 45, Rn. 12) entschieden, dass jedenfalls die Initiatoren derartiger Kreise dem Anspruch auf Rückerstattung der sittenwidrig erlangten Zuwendungen die Konditionssperre des § 817 S. 2 BGB nicht entgegenhalten können. Die Entscheidung hat im wissenschaftlichen Schrifttum weitgehend Zustimmung gefunden (Möller, NJW 2006, 268; Armgardt, NJW 2006, 2070; Karsten Schmidt, JuS 2006, 265; differenzierend Schmidt-Recla, JZ 2008, 60), ist allerdings bei manchen Amtsgerichten auf Widerspruch gestoßen (z.B. AG Siegburg NJW-RR 2007, 1431). Der Senat sieht keine Veranlassung, von seiner Rechtsprechung abzugehen. Vielmehr sind entgegen der Auffassung der Revision und in Übereinstimmung mit dem Oberlandesgericht Köln (NJW 2006, 3288 f) die Grundsätze jener Senatsentscheidung auch zu Lasten solcher Bereicherungsschuldner anzuwenden, die nicht zu den Initiatoren des "Schenkkreises" zählen (so auch Staudinger/Lorenz, BGB [Neubearbeitung 2007] § 817 Rn. 10). Bei der gebotenen generalisierenden Betrachtungsweise kann es daher nicht auf eine einzelfallbezogene Prüfung der Geschäftsgewandtheit und Erfahrung des betroffenen Gebers oder Empfängers ankommen (gegen Schmidt-Recla aaO S. 67). Innerhalb der Leistungskondition ist vielmehr maßgebend der Schutzzweck der jeweiligen nichtigkeitsbegründenden Norm, welcher durch den Konditionsausschluss nicht dadurch konterkariert werden darf, dass der durch sie zu verhindernde sittenwidrige Zustand perpetuiert oder weiterem sitten- und verbotswidrigen Handeln Vorschub geleistet würde (Staudinger/Lorenz aaO m.w.N.). Im Übrigen entsteht, wie die Revisionserwiderung mit Recht geltend macht, ein Wertungswiderspruch, wenn allein bei den Initiatoren oder den Spielern auf der ursprünglichen Empfängerpositi-

on die Konditionssperre des § 817 S. 2 BGB aufgehoben wäre. Dadurch wären nämlich die Teilnahme an Schenkkreisen der vorliegenden Art für die Mitspieler auf der zweiten und dritten Stufe höchst profitabel, weil sie die von ihnen zuvor verschenkten Beträge zurückverlangen könnten, während ihnen die von Teilnehmern der folgenden Stufen gezahlten Beträge dauerhaft verbleiben würden (so auch OLG Köln aaO).

*3. Kein Wertungswiderspruch zu § 762 I 2 BGB*

[11] Der vorstehenden, § 817 S. 2 BGB einschränkenden Wertung steht nicht entgegen, dass das aufgrund eines Spiels Geleistete gemäß § 762 I 2 BGB nicht zurückgefordert werden kann. Diese Vorschrift greift nur dann Platz, wenn die Rückforderung auf den Spielcharakter gestützt wird. Ist die "Spielvereinbarung" - wie hier - gemäß § 138 I BGB nichtig, gelten die allgemeinen Regeln (§ 812 ff BGB).

*II. Anschlussrevision der Kl.*

[12] Das Berufungsgericht hat in Höhe eines Betrages von 1.250 € die Hilfsaufrechnung der Bekl. durchgreifen lassen. Die hiergegen gerichteten Angriffe der Anschlussrevision können keinen Erfolg haben.

*1. Gegenforderung gem. § 812 I 1 1. Fall BGB besteht*

[13] Die Aufrechnung beruhte darauf, dass die Kl. in ihrerseits von einer weiteren Teilnehmerin eines "Schenkkreises" eine Zuwendung in Höhe von 1.250 € erhalten hatte. Den Rückforderungsanspruch jener anderen Mitspielerin hatte sich die Bekl. abtreten lassen.

*a. Forderungsübergang gem. § 398 BGB liegt vor*

[14] Die Auslegung der schriftlichen Abtretungserklärung vom 30.03.2007 als Vollabtretung und nicht lediglich als Einziehungsermächtigung hält sich im Rahmen revisionsrechtlich nicht zu beanstandender tatrichterlicher Würdigung.

*b. Grundsätze zu § 817 S. 2 BGB gelten auch hier*

[15] Dementsprechend stand jener anderen Mitspielerin gegen die Kl. ihrerseits ein Bereicherungsanspruch auf Rückerstattung dieser Zuwendung zu. Es gelten insoweit die gleichen Grundsätze wie für den Bereicherungsanspruch der Kl. gegen die Bekl., nur mit umgekehrtem Vorzeichen.

*2. Kein Rechtsgrund für das Behaltendürfen der Kl. ersichtlich*

[16] Das Vorbringen der Anschlussrevision über einen angeblich sittenwidrigen Hintergrund des Rechtsverhältnisses zwischen jener anderen Mitspielerin und der Bekl. ist unerheblich. Es würde zumindest für die Kl. keinen Rechtsgrund dafür bieten können, die sittenwidrig erlangte "Schenkung" nunmehr doch behalten zu dürfen.

**Standort: Arbeitsrecht****Problem: Kündigungsschutzklage**

BAG, URTEIL VOM 13.12.2007  
2 AZR 818/06 (NJW 2008, 1900)

**Problemdarstellung:**

Die Parteien streiten um die Wirksamkeit einer ordentlichen verhaltensbedingten Kündigung. Der Kl. war etwa neun Jahre bei der Bekl. als Firmenberater beschäftigt. Die Bekl. mahnte den Kl. zwei Mal ab. Die erste Abmahnung stützte sich darauf, dass der Kl. nicht rechtzeitig Protokolle mit Absprachen von Großkunden vorgelegt hatte. Die zweite Abmahnung stützt sich unter anderem auf unzulängliche Terminplanungen des Kl..

Die Bekl. kündigte dem Kl. zum 30.06.2005 ordentlich mit der Begründung, der Kl. habe entgegen einer betrieblichen Anweisung Jahresdurchsprachen mit Kunden nicht persönlich durchgeführt.

Der Kl. hat mit Schriftsatz seines Prozessbevollmächtigten vom 23.02.2005 unter Beifügung des Arbeitsvertrags und des Kündigungsschreibens gegen diese Kündigung Klage „wegen Feststellung“ erhoben. Das ArbG hat der Klage stattgegeben. Das LAG hat die Berufung der Bekl. zurückgewiesen. Die Revision der Bekl. hatte keinen Erfolg.

**Prüfungsrelevanz:**

Das BAG hatte in dieser Entscheidung über die Wirksamkeit einer ordentlichen verhaltensbedingten Kündigung zu bescheiden.

Rein prozessual wurde zunächst bezweifelt, ob der seitens des Kl. ausgebrachte Feststellungsantrag hinreichend bestimmt ist. Die Mindestvoraussetzungen einer Kündigungsschutzklage gem. § 4 S.1 KSchG waren hier gewahrt. Demnach muss der Arbeitnehmer in dem Fall, in dem er die Kündigung als sozial ungerechtfertigt oder aus anderen Gründen als rechtsunwirksam erachtet, innerhalb von drei Wochen nach Zugang des Kündigungsschreibens Klage beim Arbeitsgericht auf Feststellung, dass das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung nicht beendet worden ist. Der Antrag dieser Feststellungsklage muss den Anforderungen gem. § 253 II Nr.2 ZPO genügen. Der Bestimmtheitsgrundsatz muss gewahrt werden (Zöller-Greger, ZPO, § 253 Rn 7). Bei einer Feststellungsklage muss der Kl. das streitgegenständliche Rechtsverhältnis so genau bezeichnen, dass über seine Identität keine Zweifel bestehen können. Dies ist deshalb notwendig, damit die materiellen Rechtskraft gem. § 322 I ZPO greifen kann. Bei einer Kündigungsschutzklage ist zudem zu beachten, dass der Inhalt des Antrags derjenige des § 4 S.1 KSchG ist. Vorliegend war ein ausdrücklicher Antrag unterblieben. Allerdings ist die Klageschrift als Prozesshandlung analog §§ 133,

157 BGB auslegungsfähig. Die Auslegung kann das erkennende Gericht auch selbst vornehmen (BAG, NJW 2007, 2877). Hier war der Parteiwille erkennbar. Es genügte, dass aus der Klage ersichtlich ist, gegen wen sie sich richtet, wo der Kl. tätig war und dass er die Kündigung nicht gelten lassen will (Bader/Bram/Dörner/Wenzel-Kriebel, KSchG, Stand: Okt. 2007, § 4 Rdnr. 56; ErfK/Kiel, 7. Aufl., § 4 KSchG Rdnr. 61; Gallner, in: HK-KSchR, 3. Aufl., § 4 KSchG Rdnr. 47; v. Hoyningen-Huene/Linck, KSchG, 14. Aufl., § 4 Rdnr. 25). Interessant war die Frage, ob höhere Anforderungen an die Klageschrift gestellt werden müssen, wenn der Kl. anwaltlich vertreten ist. Dem ist jedoch nicht so. Zwar kann grundsätzlich erwartet werden, dass insbesondere ein Fachanwalt für Arbeitsrecht einen entsprechenden Antrag formuliert. Allerdings sind auch in diesem Fall die Regelungen der Auslegung unzweideutig anzuwenden.

Lesenswert sind zudem die Ausführungen zur Begründetheit der Kündigungsschutzklage. Die ausgebrachte Kündigung war sozial ungerechtfertigt gem. § 1 II KSchG und damit unwirksam (§ 1 I KSchG). Die Frage der Sozialwidrigkeit einer Kündigung gem. § 1 II KSchG betrifft die Anwendung eines unbestimmten Rechtsbegriffs. Diese Umstände können vom RevGer. nur daraufhin überprüft werden kann, ob das LAG in dem angefochtenen Urteil den Rechtsbegriff selbst verkannt hat, ob es bei der Subsumtion des Sachverhalts unter die Rechtsnorm des § 1 KSchG Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze verletzt hat, ob es bei der gebotenen Interessenabwägung, bei der der Tatrichter einen Beurteilungsspielraum hat, alle wesentlichen Umstände berücksichtigt hat und ob das Urteil in sich widerspruchsfrei ist (st. Rspr. des Senats, zuletzt etwa Senat, NJW 2007, 2653 = NZA 2007, 922 Rn 12). Diesem eingeschränkten Überprüfungsmaßstab hielt die Entscheidung des LAG stand. Grundsätzlich ist eine Kündigung dann sozial gerechtfertigt i.S.v. § 1 II KSchG, wenn der Arbeitnehmer mit dem ihm vorgeworfenen Verhalten eine Vertragspflicht erheblich verletzt, das Arbeitsverhältnis konkret beeinträchtigt wird, eine zumutbare Möglichkeit einer anderen Beschäftigung nicht besteht und die Lösung des Arbeitsverhältnisses in Abwägung der Interessen beider Vertragsteile billigenwert und angemessen erscheint (Senat, NJW 2007, 2653 = NZA 2007, 922 Rn 14). Für eine verhaltensbedingte Kündigung gilt dabei das Prognoseprinzip. Die vergangene Pflichtverletzung muss sich noch in der Zukunft belastend auswirken (Senat, NJW 2007, 2653 = NZA 2007, 922 Rn 15). Eine negative Prognose liegt vor, wenn aus der konkreten Vertragspflichtverletzung und der daraus resultierenden Vertragsstörung geschlossen werden kann, der Arbeitnehmer werde auch zukünftig

den Arbeitsvertrag nach einer Kündigungsandrohung erneut in gleicher oder ähnlicher Weise verletzen (ErfK/Ascheid/Oetker, 7. Aufl., § 1 KSchG Rdnr. 297). Deshalb setzt eine Kündigung wegen einer Vertragspflichtverletzung regelmäßig eine Abmahnung voraus. Diese dient der Objektivierung der negativen Prognose. Vorliegend waren zwei Abmahnungen ausgesprochen worden. Allerdings rechtfertigten die dargelegten Pflichtverletzungen eine verhaltensbedingte Kündigung noch nicht. Das LAG hatte eine Interessenabwägung vorgenommen, welche keine in der Revision überprüfbare Rechtsfehler enthielt.

Die Entscheidung ist deshalb lesenswert, weil der erkennende Senat sich grundsätzlich zu der Zulässigkeit und zur Begründetheit einer Kündigungsschutzklage erklärt.

#### **Vertiefungshinweise:**

- Beweislast bei Klage auf Entfernung einer Abmahnung aus der Personalakte: *Kopke*, NZA 2007, 1211
- Kündigungsverzicht bei Abmahnung in der Wartezeit: *BAG*, NZA 2008, 403; *BAG* NZA 2007, 972
- Zur fristlosen Kündigung wegen Verstoßes gegen Sicherheitsvorschriften: *LAG Schleswi-Holstein*, NZA-RR 2007, 634
- Zur Verhaltensbedingten Kündigung: *BAG*, NZA 2007, 617

#### **Kursprogramm:**

- Examenskurs*: "Die Folgen der Rezession"
- Examenskurs*: "Champions"

#### **Leitsätze:**

- 1. Eine Kündigungsschutzklage muss als Feststellungsklage den Anforderungen des § 253 II Nr. 2 ZPO genügen und bedarf eines bestimmten Antrags.**
- 2. Der Antrag einer Kündigungsschutzklage muss nach § 4 S. 1 KSchG auf die Feststellung gerichtet sein, „dass das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung nicht aufgelöst ist“.**
- 3. Eine Klageschrift ist als Prozesshandlung auslegungsfähig. Entscheidend ist der geäußerte Parteiwille, wie er aus der Klageschrift und den sonstigen Umständen erkennbar wird.**
- 4. Im arbeitsgerichtlichen Verfahren ist ein großzügiger Maßstab anzulegen. Entscheidend ist, dass aus dem Antrag bzw. aus der Klageschrift der Wille des Klägers zur Erhebung einer Kündigungsschutzklage hinreichend deutlich hervorgeht. Dementsprechend kann es auch bei Fehlen eines ausdrücklich formulierten Antrags genügen, wenn aus der Klageschrift ersichtlich wird, gegen wen sie sich richtet, wo der Kläger tätig war und vor allem, dass er seine Kündigung nicht als berechtigt anerkennt.**

**5. Eine Kündigung wegen einer Vertragspflichtverletzung setzt regelmäßig eine Abmahnung voraus. Liegt eine ordnungsgemäße Abmahnung vor und verletzt der Arbeitnehmer erneut seine vertraglichen Pflichten, kann regelmäßig davon ausgegangen werden, es werde auch künftig zu weiteren Vertragsstörungen kommen.**

**6. Dabei ist es für eine negative Prognose ausreichend, wenn die jeweiligen Pflichtverletzungen aus demselben Bereich stammen und somit Abmahnung und Kündigungsgrund in einem inneren Zusammenhang stehen. (Orientierungssätze der Richterinnen und Richter des BAG)**

#### **Sachverhalt:**

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer ordentlichen verhaltensbedingten Kündigung. Der 1974 geborene ledige Kl. war bei der Bekl. seit dem 01.09.1995 beschäftigt und zuletzt als Firmenberater tätig. Die Bekl. mahnte den Kl. mit Schreiben vom 26.07.2004 wegen der nicht rechtzeitigen Vorlage von Ergebnisprotokollen über so genannte Jahresdurchsprachen bei Großkunden ab. Die vom Kl. hiergegen zunächst erhobene Klage nahm er vor einer gerichtlichen Entscheidung zurück. Mit Schreiben vom 16.11.2004 mahnte die Bekl. den Kl. erneut wegen verschiedener Pflichtverletzungen, unter anderem wegen einer verspäteten Anmeldung zu einer Tagung, einer nicht umgehenden Terminvereinbarung mit einem Kunden trotz entsprechender Weisung des Vorgesetzten, der verspäteten Vorlage einer Übersicht über die aktuellen Firmen-Jahresdurchsprachen der Agenturen sowie der Übersicht über die erledigten Durchsprachen bei Großkunden ab. Die Bekl. kündigte das Arbeitsverhältnis am 11.02.2005 ordentlich zum 30.06.2005 mit der Begründung, der Kl. habe entgegen einer entsprechenden dienstlichen Anweisung so genannte Jahresdurchsprachen mit Firmenkunden nicht persönlich durchgeführt. Der Kl. hat mit Schriftsatz seines Prozessbevollmächtigten vom 23.02.2005 unter Beifügung des Arbeitsvertrags und des Kündigungsschreibens gegen diese Kündigung Klage „wegen Feststellung“ erhoben. Der Schriftsatz enthält keinen konkreten Feststellungsantrag. In dem Schriftsatz führt der Kl. aus, die Bekl. habe mit Schreiben vom 11. 02.2005 die ordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses mit Wirkung zum 30.06.2005 erklärt. Gründe, die eine Kündigung rechtfertigen würden, seien nicht gegeben. Der Betriebsrat habe der Kündigung widersprochen. Die Bekl. beschäftige regelmäßig mehr als fünf Mitarbeiter. Der Kl. hat die Auffassung vertreten, seine Klage genüge den prozessualen Anforderungen einer Kündigungsschutzklage, obwohl ein ausdrücklicher Sachantrag fehle. Das ArbG hat der Klage stattgegeben. Das LAG hat die Berufung der Bekl. zurückgewiesen. Die Revision der Bekl. hatte keinen Erfolg.

**Aus den Gründen:**

[11] Der Kl. hat sich rechtzeitig innerhalb der Klagefrist des § 4 S. 1 KSchG gegen die Kündigung vom 11.2.2005 gewandt. Da kein verhaltensbedingter Grund für eine ordentliche Kündigung gegeben ist, ist diese Kündigung sozial ungerechtfertigt i.S. von § 1 II KSchG und damit unwirksam (§ 1 I KSchG).

**A. Entscheidung und Begründung des LAG**

[12] Das LAG Nürnberg (Urt. v. 26.07.2006 - 4 [9] Sa 927/05, BeckRS 2006, 44088) hat seine der Klage stattgebende Entscheidung im Wesentlichen wie folgt begründet: Die Kündigungsschutzklage sei trotz des zunächst fehlenden ausdrücklichen Sachantrags als ordnungsgemäß erhoben und damit als fristwährend anzusehen.

Aus dem Klageschriftsatz werde hinreichend deutlich, dass die Kündigung als unberechtigt angesehen und zu diesem Zweck eine Feststellungsklage erhoben werden sollte. Der gebotenen großzügigen Auslegung der Klageschrift stehe es nicht entgegen, dass die Klage nicht vom Kl. selbst, sondern durch einen Rechtsanwalt erhoben worden sei.

[13] Ein hinreichender Kündigungsgrund liege nicht vor. Selbst wenn in der unterlassenen Durchführung persönlicher Gespräche mit Großkunden eine Pflichtverletzung liegen würde, fehle es insoweit an einer erforderlichen Abmahnung. Die mit den vorangegangenen Abmahnungen gerügten Verhaltensweisen bezögen sich auf andere Pflichtverletzungen. Im Übrigen falle auch die Interessenabwägung zu Gunsten des Kl. aus.

**B. Entscheidung und Begründung des BAG**

[14] Diesen Ausführungen folgt der Senat im Ergebnis und in Teilen der Begründung.

**I. Zulässigkeit der Klage**

[15] Der Kl. hat sich mit dem Schriftsatz vom 23.02.2005 rechtzeitig i.S. der §§ 4 S. 1, 7 KSchG gegen die streitgegenständliche Kündigung vom 11.02.2005 gewandt. Entgegen der Auffassung der Revision erfüllt dieser Schriftsatz die notwendigen Mindestvoraussetzungen einer Kündigungsschutzklage i.S. des § 4 S. 1 KSchG. Deshalb gilt diese Kündigung nicht bereits nach § 7 Halbs. 1 KSchG als von Anfang an rechtswirksam.

**I. Folgen der Fristversäumung gem. § 4 S. 1 KSchG**

[16] Will ein Arbeitnehmer geltend machen, dass eine Kündigung sozial ungerechtfertigt oder aus anderen Gründen rechtsunwirksam ist, so muss er innerhalb von drei Wochen nach Zugang der schriftlichen Kündigung Klage beim Arbeitsgericht auf Feststellung erheben, dass das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung nicht aufgelöst ist (§ 4 S. 1 KSchG). Wird die Rechtsunwirksamkeit einer Kündigung nicht recht-

zeitig geltend gemacht (§§ 4 S. 1, 5 und 6 KSchG), so gilt die Kündigung als von Anfang an rechtswirksam, § 7 Halbs. 1 KSchG.

**2. Anforderungen an den Klageantrag gem. § 253 II Nr. 2 ZPO**

[17] Wie jede andere Klage muss die Kündigungsschutzklage als Feststellungsklage den Voraussetzungen des § 253 II Nr. 2 ZPO genügen. Deshalb bedarf es eines bestimmten Antrags (Zöller/Greger, ZPO, 26. Aufl., § 253 Rdnrn. 7ff.).

**a. Anforderungen an den Klageantrag bei Feststellungsklagen**

[18] Das Erfordernis eines bestimmten Antrags gilt als notwendige Prozessvoraussetzung auch für Feststellungsklagen (BGH, NJW 2001, 445 [zu II 3a]). Der Kl. muss bei einer Feststellungsklage in seinem Antrag das Rechtsverhältnis, dessen Bestehen oder Nichtbestehen festgestellt werden soll, so genau bezeichnen, dass über dessen Identität und damit den Umfang der Rechtskraft des begehrten Feststellungsanspruchs keinerlei Ungewissheit bestehen kann. Ein Feststellungsantrag, der diesem Erfordernis nicht genügt, ist unzulässig. Er unterliegt, wenn der Kl. den Mangel - gegebenenfalls auch nach richterlichem Hinweis (§ 139 ZPO) - nicht behebt, der Abweisung durch Prozessurteil (BGH, VersR 1982, 68 = BeckRS 1981, 30404069 [zu I 2a]; NJW 2001, 445).

[19] Bei einer Kündigungsschutzklage nach § 4 S. 1 KSchG ist - ebenso wie bei einer Befristungskontrollklage nach § 17 S. 1 TzBfG - zu beachten, dass der Feststellungsantrag einem vom Gesetz vorgegebenen Inhalt entsprechen muss. Nach § 4 S. 1 KSchG muss der Antrag einer Kündigungsschutzklage auf die Feststellung gerichtet sein, „dass das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung nicht aufgelöst ist“. Der dem Gesetzeswortlaut entsprechende Klageantrag ist dann auch bestimmt i.S. des § 253 II Nr. 2 ZPO. Das Arbeitsgericht hat nach § 139 I ZPO die Pflicht, auf die Stellung eines entsprechenden Antrags hinzuwirken.

**b. Auslegungsfähigkeit des Klageantrags als Prozesshandlung allgemein**

[20] Als Prozesshandlung ist eine Klageschrift aber ebenso wie eine private Willenserklärung auslegungsfähig (vgl. Senat, NJW 1982, 1174 m.w.N.). Die Auslegung kann das RevGer. selbst vornehmen (BAG, NJW 2007, 3739; Senat, NJW 2007, 2877). Der Wortlaut tritt hinter dem Sinn und Zweck der Erklärung zurück. Entscheidend ist der geäußerte Parteiwille, wie er aus der Klageschrift und den sonstigen Umständen erkennbar wird (BAGE 15, 174). Dabei ist gerade im arbeitsgerichtlichen Verfahren ein großzügiger Maßstab anzulegen. Insbesondere kann von einem rechtsunkundigen Kl., der seinen Prozess selbst führt, nicht erwartet werden, dass er hinreichende Kenntnisse



von den juristischen Fachbegriffen hat und die Bedeutung der entsprechenden Willensbetätigungen erkennt. Entscheidend ist, dass aus dem Antrag bzw. aus der Klageschrift der Wille des Kl. zur Erhebung einer Kündigungsschutzklage hinreichend deutlich hervorgeht. Es genügt, dass aus der Klage ersichtlich ist, gegen wen sie sich richtet, wo der Kl. tätig war und vor allem, dass er seine Kündigung nicht als berechtigt anerkennen will (Senat, NJW 1982, 1174; Bader/Bram/Dörner/Wenzel-Kriebel, KSchG, Stand: Okt. 2007, § 4 Rdnr. 56; Gallner, in: HK-KSchR, 3. Aufl., § 4 KSchG Rdnr. 47; v. Hoyningen-Huene/Linck, KSchG, 14. Aufl., § 4 Rdnr. 25; HWK-Pods/Quecke, 2. Aufl., § 4 KSchG Rdnr. 15; Löwisch/Spinner, KSchG, 9. Aufl., § 4 Rdnr. 15).

### 3. Antrag genügt den Bestimmtheitsanforderungen im vorliegenden Fall

[21] Gemessen an diesen Anforderungen genügt der Schriftsatz vom 23.02.2005 entgegen der Auffassung der Revision den Anforderungen des § 253 II Nr. 2 ZPO.

[22] Die Vorinstanzen haben zutreffend erkannt, dass der Kl. mit dem Schriftsatz vom 23. 2. 2005 eine ordnungsgemäße Kündigungsschutzklage erhoben hat. Dieser Auslegung der Klageschrift durch das LAG steht weder entgegen, dass die Klageschrift keinen ausdrücklichen, ausformulierten Klageantrag enthält noch dass sie von einem Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht erstellt worden ist.

#### a. Auslegung der Umstände spricht eindeutig für eine Kündigungsschutzklage

[23] Dem Schriftsatz vom 23.02.2005 und dem beigefügten Anstellungsvertrag vom 21.12. 2000 war klar zu entnehmen, dass der Kl. bei der Bekl. in einem Arbeitsverhältnis als Direktionsbeauftragter innerhalb der Filialdirektion F beschäftigt war. Weiter enthält das mit dem Schriftsatz beigefügte Schreiben vom 11.02.2005 den eindeutigen Hinweis, dass die Bekl. das Arbeitsverhältnis mit Wirkung zum 30.06.2005 gekündigt hatte. Ferner hatte der Kl. geltend gemacht, dass Gründe, die eine Kündigung rechtfertigen könnten, nicht vorlägen. Die Bekl. wurde weiter aufgefordert, die Kündigungsgründe substantiiert darzulegen und die schriftliche Information des Betriebsrats, der der Kündigung widersprochen hatte, vorzulegen. Schließlich enthält der Schriftsatz die Behauptung, die Bekl. beschäftige regelmäßig mehr als fünf Mitarbeiter. Damit wird aus dem Klageschriftsatz hinreichend deutlich, dass der Kl. die ihm gegenüber ausgesprochene Kündigung seines Arbeitsverhältnisses nicht hinnehmen und sich gegen diese Kündigung gerichtlich wenden wollte. Der klare Wille des Kl., sich im Wege der Feststellung - wie im Betreff genannt - gegen die zum 30.06.2005 ausgesprochene Kündigung vom 11.02.2005 klageweise zur Wehr setzen zu wol-

len, kommt damit, wie das LAG zu Recht angenommen hat, hinreichend - auch für die Bekl. erkennbar - zum Ausdruck. Da die Klage somit ersichtlich alle Angaben enthält, die für eine Kündigungsschutzklage inhaltlich erforderlich sind, sprechen sämtliche Umstände eindeutig für eine Auslegung des Schriftsatzes als Kündigungsschutzklage.

#### b. Fehlender Antrag ist unschädlich

[24] Dem steht der fehlende, nicht ausdrücklich ausformulierte Antrag nicht entgegen.

#### aa. Auffassung der Revision

[25] Die Revision meint unter Hinweis auf den Wortlaut des § 253 II Nr. 2 ZPO, eine Klageschrift müsse einen ausdrücklichen, von der Begründung der Klage abgegrenzt formulierten Antrag enthalten. Nach Ansicht der Revision gelte dies umso mehr, als die vom LAG angezogenen bisherigen Entscheidungen des BAG zur Auslegung einer Kündigungsschutzklage (BAGE 3, 107; Senat, BAGE 11, 46; BAG, NJW 1982, 1174) zumindest erkennbare rudimentäre Formulierungen enthalten hätten, die als auslegungsfähiger Antrag i.S. von § 253 II Nr. 2 ZPO aufgefasst werden konnten.

#### bb. Auffassung des BAG in der Revision

[26] Mit ihrem Ansatz überspannt die Revision die gesetzlichen Anforderungen an einen Antrag im Kündigungsschutzverfahren.

[27] Zwar enthält die Klageschrift vom 23.02.2005 keinen ausschließlich formulierten, vom sonstigen Begründungstext abgesetzten Klageantrag. Dies ist hier unschädlich. Aus der Klageschrift einschließlich der beigefügten Unterlagen lässt sich hinreichend ein Antrag ableiten mit dem gesetzlich vorgegebenen Inhalt, nämlich „festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis des Kl. mit der Bekl. durch die Kündigung vom 11.02.2005 nicht aufgelöst ist“. Einer ausdrücklichen Wiedergabe in der Klageschrift bedurfte es hierfür nicht. Ausreichend ist es, wenn durch Auslegung der Klageschrift, wie im Entscheidungsfall, das Rechtsschutzziel des Kl. klar und eindeutig erkennbar wird. Das Erfordernis eines bestimmten Antrags i.S. von § 253 II Nr. 2 ZPO dient nämlich in erster Linie dazu, die Grenzen der Rechtskraft eines im Verfahren ergehenden Urteils zu bestimmen, und ist deshalb im Zusammenhang mit § 308 I ZPO und § 322 ZPO zu sehen.

[28] Unter Berücksichtigung dieses und des sich aus § 4 S. 1 KSchG ergebenden Sinn und Zwecks begegnet deshalb die Klageschrift vom 23.02.2005 im Ergebnis keinen entscheidungserheblichen Bedenken. Nach § 4 S. 1 KSchG soll die Frage, ob eine Kündigung das Arbeitsverhältnis beendet hat oder nicht, einer raschen Klärung zugeführt werden (BT-Dr 15/1204, S. 9, 13). Dem widerspricht es gerade nicht, den Schriftsatz vom

23.02.2005 als Kündigungsschutzklage zu verstehen. Er ist nicht nur innerhalb der Drei-Wochen-Frist des § 4 S. 1 KSchG bei Gericht eingegangen, sondern macht auch für die Bekl. hinreichend deutlich, dass der Kl. die Kündigung vom 11.02.2005 nicht akzeptieren will.

*cc. Auslegung der Umstände entspricht dem Empfängerhorizont*

[29] Auch vom Empfängerhorizont der Bekl. ist keine andere Auslegung gerechtfertigt. Für sie war durch den Schriftsatz vom 23.02.2005 eindeutig erkennbar, dass der Kl. nicht bereit war, die ausgesprochene Kündigung vom 11.02.2005 hinzunehmen, sondern er vielmehr hiergegen den Rechtsweg beschreiten wollte. Die Bekl. hat nach Zustellung der Klageschrift einen Rechtsanwalt mit der Prozessvertretung beauftragt. Dieser hat unverzüglich zur Frage der örtlichen Zuständigkeit für den Rechtsstreit vorgetragen. Eine Unklarheit über das Begehren des Kl. kann für die Bekl. nicht entstanden sein.

*c. Unschädlich, dass Schriftsatz vom Rechtsanwalt verfasst*

[30] Der vorstehenden Auslegung steht schließlich nicht entgegen, dass der Schriftsatz von einem Rechtsanwalt verfasst worden ist.

[31] Der Revision ist zuzugeben, dass von einem Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht eigentlich erwartet werden kann, dass er einen den Vorgaben des § 4 S. 1 KSchG gerecht werdenden Antrag formuliert. Das bedeutet aber nicht, dass ein von ihm verfasster Klageschriftsatz nicht genauso ausgelegt werden kann und muss, wie der einer jeden anderen - nicht anwaltlich vertretenen - Partei. Dafür spricht schon, dass die gerichtliche Hinweispflicht auch dann besteht, wenn eine Partei anwaltlich vertreten ist (vgl. BGHZ 163, 351).

[32] Der weitere Hinweis der Revision auf eine ausreichende Verwirklichung des Rechtsschutzes des gekündigten Arbeitnehmers über § 5 KSchG steht dem nicht entgegen. Einer nachträglichen Zulassung der Kündigungsschutzklage bedarf es gerade nicht, wenn die Kündigungsschutzklage rechtzeitig innerhalb der Drei-Wochen-Frist bei Gericht eingegangen und demnächst zugestellt wurde. Auch kann unabhängig von der in der instanzgerichtlichen Rechtsprechung und Literatur nach wie vor umstrittenen Frage der Zurechnung des Verschuldens des Prozessbevollmächtigten (vgl. statt vieler nur Francken, Das Verschulden des Prozeßbevollmächtigten an der Versäumung der Klagefristen des § 4 KSchG, § 1 V BeschFG und des § 113 II InsO einerseits und KR-Friedrich, § 5 KSchG Rdnr. 69bff. andererseits) die Auslegbarkeit und Auslegung eines Klageschriftsatzes nicht davon abhängen, ob ein Arbeitnehmer selbst, ein Rechtsanwalt oder ein Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht den Schriftsatz gefertigt hat.

*d. Heilung gem. § 295 ZPO ist ohne Belang*

[33] Soweit die Revision schließlich bemängelt, die Vorinstanzen hätten zu Unrecht § 295 ZPO zur Begründung ihrer Entscheidung angezogen, kommt es hierauf nicht an. § 295 ZPO ist nur dann anzuwenden, wenn es um die Heilung einer mangelhaften Prozesshandlung geht. Daran fehlt es aber im Entscheidungsfall. Mit dem Schriftsatz vom 23.02.2005 lag bereits eine ordnungsgemäße Kündigungsschutzklage i.S. von § 253 ZPO, § 4 S. 1 KSchG vor.

*II. Begründetheit der Klage*

[34] Die Klage ist auch in der Sache begründet. Zu Recht hat das LAG angenommen, dass die Kündigung vom 11.02.2005 sozial ungerechtfertigt (§ 1 II KSchG) und damit unwirksam (§ 1 I KSchG) ist.

*1. Überprüfbarkeit des unbestimmten Rechtsbegriffs*

[35] Bei der Frage der Sozialwidrigkeit einer Kündigung gem. § 1 II KSchG handelt es sich um die Anwendung eines unbestimmten Rechtsbegriffs, die vom RevGer. nur daraufhin überprüft werden kann, ob das LAG in dem angefochtenen Urteil den Rechtsbegriff selbst verkannt hat, ob es bei der Unterordnung des Sachverhalts unter die Rechtsnorm des § 1 KSchG Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze verletzt hat, ob es bei der gebotenen Interessenabwägung, bei der der Tatrichter einen Beurteilungsspielraum hat, alle wesentlichen Umstände berücksichtigt hat und ob das Urteil in sich widerspruchsfrei ist (st. Rspr. des Senats, zuletzt etwa Senat, NJW 2007, 2653 = NZA 2007, 922 Rdnr. 12 [zu B I]).

*2. Eingeschränkter Prüfungsmaßstab*

[36] Diesem eingeschränkten Prüfungsmaßstab hält das Urteil des LAG stand.

*a. Anforderung an eine verhaltensbedingte Kündigung gem. § 1 II KSchG*

[37] Eine Kündigung aus Gründen im Verhalten des Arbeitnehmers i.S. von § 1 II KSchG ist sozial gerechtfertigt, wenn der Arbeitnehmer mit dem ihm vorgeworfenen Verhalten eine Vertragspflicht - in der Regel schuldhaft - erheblich verletzt, das Arbeitsverhältnis konkret beeinträchtigt wird, eine zumutbare Möglichkeit einer anderen Beschäftigung nicht besteht und die Lösung des Arbeitsverhältnisses in Abwägung der Interessen beider Vertragsteile billigenswert und angemessen erscheint (Senat, NJW 2007, 2653; BAG, NZA 2006, 917 Rdnr. 38; NJW 2005, 619).

*b. Tragendes Prinzip ist das Prognoseprinzip*

[38] Für eine verhaltensbedingte Kündigung gilt dabei das Prognoseprinzip. Der Zweck der Kündigung ist nicht eine Sanktion für eine begangene Vertragspflichtverletzung, sondern die Vermeidung des Risikos weiterer erheblicher Pflichtverletzungen. Die vergan-

gene Pflichtverletzung muss sich deshalb noch in der Zukunft belastend auswirken (Senat, NJW 2007, 2653; BAG, NZA 2006, 980 Rdnr. 55). Eine negative Prognose liegt vor, wenn aus der konkreten Vertragspflichtverletzung und der daraus resultierenden Vertragsstörung geschlossen werden kann, der Arbeitnehmer werde auch zukünftig den Arbeitsvertrag nach einer Kündigungsandrohung erneut in gleicher oder ähnlicher Weise verletzen (ErfK/Ascheid/Oetker, 7. Aufl., § 1 KSchG Rdnr. 297). Deshalb setzt eine Kündigung wegen einer Vertragspflichtverletzung regelmäßig eine Abmahnung voraus. Diese dient der Objektivierung der negativen Prognose. Liegt eine ordnungsgemäße Abmahnung vor und verletzt der Arbeitnehmer erneut seine vertraglichen Pflichten, kann regelmäßig davon ausgegangen werden, es werde auch zukünftig zu weiteren Vertragsstörungen kommen (ErfK/Ascheid/Oetker, § 1 KSchG Rdnr. 300).

*c. Pflichtverletzungen rechtfertigen keine verhaltensbedingte Kündigung*

[39] Gegen die Auffassung des LAG, es lägen keine hinreichend konkreten Abmahnungen vor, bestehen zwar Bedenken. Allerdings rechtfertigen die möglichen Pflichtverletzungen eine verhaltensbedingte Kündigung noch nicht. Das LAG hat zutreffend die Interessenabwägung ohne einen revisionsrechtlich beachtlichen Rechtsfehler durchgeführt und das Vorliegen eines verhaltensbedingten Kündigungsgrundes zu Recht auch aus diesem Grund verneint.

*aa. Gleichartigkeit der Pflichtverletzungen*

[40] Die Abmahnungen vom 26.07.2004 und 16.11.2004 rügen zwar nicht eine identische Pflichtverletzung, wie sie der Kündigung zu Grunde liegt. Aus beiden Abmahnungen ist aber für den Kl. deutlich geworden, dass die Bekl. einen Verstoß gegen ihre Anordnung, Durchsprachen mit den Firmenkunden ausschließlich persönlich durchzuführen, als vergleichbare, kündigungsrechtlich relevante Pflichtverletzung ansehen würde.

[41] Die Revision rügt deshalb zu Recht, das LAG habe den Begriff der Gleichartigkeit der Pflichtverletzungen verkannt. Nach der Rechtsprechung des BAG ist es für eine negative Prognose ausreichend, wenn die jeweiligen Pflichtwidrigkeiten aus demselben Bereich stammen und somit Abmahnung und Kündigungsgründe in einem inneren Zusammenhang stehen

(Senat, NZA 1992, 1023).

[42] Hiervon ist entgegen der Auffassung des LAG auszugehen. Der die Kündigung auslösende Vorwurf liegt darin, dass der Kl. nach seiner Auflistung lediglich in fünf von 26 Fällen Jahresdurchsprachen bei Großkunden persönlich durchgeführt hat. Damit ist der Vorwurf verbunden, es fehlten entsprechende persönliche Ergebnisberichte.

[43] Diese Verstöße gegen die Berichts- und die Besuchspflicht weisen somit erhebliche Ähnlichkeiten bis hin zu Überschneidungen mit den in den Abmahnungen gerügten Vertragspflichtverletzungen auf.

*bb. Pflichtverletzungen nicht hinreichend gravierend*

[44] Das LAG hat allerdings in seiner weiteren Begründung im Rahmen der Interessenabwägung vertretbar angenommen, die Pflichtenverstöße des Kl. seien nicht so gravierend, dass sie, angesichts der persönlichen Umstände des Kl., insbesondere der Dauer seiner Betriebszugehörigkeit, geeignet wären, die streitgegenständliche Kündigung zu rechtfertigen.

[45] Die Revision zeigt insoweit keinen Rechtsfehler des LAG auf. Soweit sie ausführt, das BerGer. habe nicht ausreichend berücksichtigt, der Kl. sei wegen insgesamt fünf gleichartiger Pflichtverstöße durch die Abmahnungen gewarnt gewesen, wird damit kein revisibler Fehler bei der Interessenabwägung geltend gemacht. Dies gilt auch für den weiteren Hinweis der Revision, das LAG habe nicht hinreichend gewürdigt, der Kl. habe in seinem vergleichsweise jungen Alter und seiner eher kurzen Betriebszugehörigkeit gute Chancen auf dem Arbeitsmarkt, was auch durch eine Anschlussbeschäftigung belegt werde. Entgegen der Auffassung der Revision hat das LAG die sozialen Daten des Kl. ausdrücklich behandelt, und zwar sowohl das Lebensalter als auch die Dauer der Betriebszugehörigkeit, und damit auch die Chancen des Kl. am Arbeitsmarkt berücksichtigt. Die Bekl. versucht nur, ihre Wertung an die Stelle des BerGer. zu setzen.

[46] Auch der Umstand, dass das Arbeitsverhältnis belastet und nunmehr gegebenenfalls gleichwohl fortzuführen ist, führt nicht zu einem Rechtsfehler des LAG bei der Interessenabwägung. Dies ist eine Konsequenz des Kündigungsschutzes. Nicht jede Belastung des Arbeitsverhältnisses soll eine Kündigung rechtfertigen.

**Standort: ZPO II****Problem: Räumungsvollstreckung bei Immobilien (Mitbesitz)**

BGH, BESCHLUSS VOM 19.03.2008  
I ZB 56/07 (NJW 2008, 1959)

**Problemdarstellung:**

Gegen die Schuldnerin ist ein Titel auf Räumung einer Immobilie ergangen. Von der Räumung betroffen sind neben der Schuldnerin deren nichtehelicher Lebenspartner, sowie die volljährige Tochter der Schuldnerin und deren Ehemann. Gegen diese liegt jedoch sämtlich kein Titel vor. Das Vollstreckungsorgan, d.h. der Gerichtsvollzieher lehnte die Räumung vor diesem Hintergrund ab.

Die Erinnerung der Gläubigerin wurde zurückgewiesen. Die dagegen gerichtete sofortige Beschwerde der Gläubigerin hatte keinen Erfolg. Die Rechtsbeschwerde hat Erfolg und führt zur Aufhebung des Beschlusses sowie zur Zurückverweisung der Sache an das Beschwerdegericht.

**Prüfungsrelevanz:**

Der erkennende Senat hatte sich mit dem klassischen Problem auseinanderzusetzen, inwieweit bei der Räumungsvollstreckung gem. § 885 ZPO ein Titel gegen betroffene Personen erforderlich ist.

Wenn der Vollstreckungstitel auf die Herausgabe einer Immobilie gerichtet ist, erfolgt die Vollstreckung in der Weise, dass der Gerichtsvollzieher als Vollstreckungsorgan den Schuldner aus dem Besitz setzt und den Gläubiger in den Besitz einweist, § 885 I 1 ZPO.

Ob ein Räumungstitel gegen den nichtehelichen Lebenspartner des Vollstreckungsschuldners erforderlich ist, wird in der Literatur und der Rechtsprechung nicht einheitlich beantwortet. Es wird vertreten, zur Räumung einer Wohnung, in die der nichteheliche Lebensgefährte nach Abschluss des Mietvertrages und Einräumung des Alleinbesitzes an den Schuldner aufgenommen worden sei, reiche ein Vollstreckungstitel gegen den Schuldner aus, wenn der Dritte sein Besitzrecht nicht vom Vermieter ableitet (Walker in Schuschke/Walker, Vollstreckung und vorläufiger Rechtsschutz, 3. Aufl., § 885 ZPO Rn 14; ebenso für den Ehegatten: Palandt-Weidenkaff, BGB, 67. Aufl., § 546 Rn 13). Zum Teil wird ein gegen den nichtehelichen Lebensgefährten gerichteter Vollstreckungstitel nicht für notwendig angesehen, wenn der nichteheliche Lebensgefährte den Mitbesitz ohne oder gegen den Willen des Vermieters begründet und entgegen Treu und Glauben gegenüber dem Vermieter verheimlicht hat (LG Hamburg DGVZ 2005, 164; Thomas/Putzo/Hüßtege, ZPO, 28. Aufl., § 885 Rn 4 d). Wieder andere meinen, ein Vollstreckungstitel gegen den vom Mieter in die Wohnung aufgenommenen

nichtehelichen Lebensgefährten sei generell erforderlich (Baumbach/Lauterbach/Hartmann, ZPO, 66. Aufl., § 885 Rn 15). Der erkennende Senat stellt in Übereinstimmung mit der bisherigen Rechtsprechung klar, dass es allein auf die besitzrechtlichen Verhältnisse ankommt (vgl. BGHZ 159, 383, 384 ff.), wobei der Senat die bestehenden Grundsätze bzgl der Vollstreckung gegen Ehepartner entsprechend anwendet.

Der Gläubiger kann aus einem Räumungsurteil gegen den Mieter nicht gegen den dort nicht aufgeführten Ehepartner vollstrecken. Regelmäßig sind selbst dann beide Ehegatten Mitbesitzer der ehelichen Wohnung, wenn nur einer von ihnen Partei des Mietvertrages ist. Ob der Ehepartner nach materiellem Recht zur Herausgabe der Mietsache an den Gläubiger verpflichtet ist, ist unerheblich. Es greift der Grundsatz der Formalisierung der Zwangsvollstreckung. Diese Grundsätze übertragen auf die nichteheliche Lebenspartnerschaft haben zur Folge, dass in dem Fall, in dem der nichteheliche Lebensgefährte - wie regelmäßig der Fall - Mitbesitzer der Wohnung ist, grundsätzlich auch gegen ihn ein Räumungstitel notwendig ist (OLG Köln DGVZ 1997, 119, 120; OLG Düsseldorf DGVZ 1998, 140; Artzt/Schmidt, ZMR 1994, 90, 92; Zöller/Stöber, ZPO, 26. Aufl., § 885 Rdn. 10).

Im Hinblick auf die volljährige Tochter der Schuldnerin hatte das Beschwerdegericht unzureichende Feststellungen getroffen. Minderjährige Kinder, die mit ihren Eltern zusammenleben, haben grundsätzlich keinen Mitbesitz an der gemeinsam benutzten Wohnung. Für eine Räumungsvollstreckung reicht in diesen Fällen ein Vollstreckungstitel gegen die Eltern aus (KG NJW-RR 1994, 713, 714). Einer anderen Auffassung nach sei bei Kindern ab dem 14. Lebensjahr von einem Mitbesitz an den ihnen zugewiesenen Räumen auszugehen (so Schuschke, NZM 2005, 10, 11). Dies steht nicht nur mit den tatsächlichen Besitzverhältnissen nicht in Einklang. Schützenswerte Belange minderjähriger Kinder bleiben hier unberücksichtigt. Die Nachteile, die sich aus einer Mithaftung für die Kosten des Räumungsprozesses und der Zwangsräumung ergeben, überwiegen deutlich dem Vorteil, als mitverklagte Partei im Prozess seine Rechte wahrnehmen zu können, weil den minderjährigen Kindern im Räumungsprozess im Verhältnis zum Vermieter grundsätzlich keine weitergehenden Rechte zustehen als ihren Eltern, die Mietvertragspartei sind. Die Besitzverhältnisse an der Wohnung, in der die Familie lebt, ändern sich im Regelfall nicht, wenn das Kind volljährig wird und mit seinen Eltern weiter zusammenwohnt (OLG Hamburg NJW-RR 1991, 909; KG NJW-RR 1994, 713, 714; Zöller/Stöber aaO § 885 Rdn. 7; a.A. LG Heilbronn DGVZ 2005, 167; Bunn, NJW 1988, 1362, 1364; Riecke, DGVZ 2006, 81, 83). In diesem Fall bleiben

die nach Erreichen der Volljährigkeit weiter in der elterlichen Wohnung lebenden Kinder im Regelfall Besitzdiener, ohne dass es darauf ankommt, ob die Kinder unter der Adresse gemeldet sind und der Vermieter die tatsächlichen Verhältnisse kennt. Etwas anderes kann nur gelten, wenn eine Änderung der Besitzverhältnisse volljähriger Kinder an der elterlichen Wohnung nach außen eindeutig erkennbar geworden ist.

Die Entscheidung enthält im Ergebnis nichts neues zur Vollstreckung gegenüber Dritten. Die Ausführungen sind jedoch zum besseren Verständnis der Materie sehr zu empfehlen.

#### **Vertiefungshinweise:**

Zur Räumungsvollstreckung: *BGH*, RA 206, 77 = *NJW* 2006, 508, 77 (Suizidgefahr); *Becker/Eberhardt*, *FamRZ* 1994, 1296; *Christmann*, *NJW* 1986, 177; *Brunn*, *NJW* 1988, 1362;

Zur Teilungsversteigerung: *BGH*, RA 2005, 24 = *NJW* 2005, 3635 (Ablehnung der Einstellung bei erheblicher Gesundheitsgefahr); *KG*, *NJW-RR* 1999, 434 (Anwendung des § 765 a ZPO)

#### **Kursprogramm:**

*Examenskurs*: "Die Einbauküche"

*Assessorkurs*: "Eine schwierige Offenbarung"

#### **Leitsätze:**

**a) Hat der Mieter in die Mietwohnung einen nichtehelichen Lebensgefährten aufgenommen, ist für die Räumungsvollstreckung ein Vollstreckungstitel auch gegen den nichtehelichen Lebensgefährten erforderlich, wenn dieser Mitbesitz an der Wohnung begründet hat. Ein Mitbesitz an der Wohnung muss sich aus den Umständen klar und eindeutig ergeben.**

**b) Minderjährige Kinder, die mit ihren Eltern zusammenleben, haben grundsätzlich keinen Mitbesitz an der gemeinsam genutzten Wohnung. Die Besitzverhältnisse an der Wohnung ändern sich im Regelfall nicht, wenn die Kinder nach Erreichen der Volljährigkeit mit ihren Eltern weiter zusammenleben. Haben Kinder keinen Mitbesitz an der Wohnung erlangt, reicht für eine Räumungsvollstreckung ein Vollstreckungstitel gegen die Eltern aus.**

#### **I. Sachverhalt**

[1] Die Schuldnerin ist vom Amtsgericht Tübingen zur Räumung und Herausgabe ihrer Wohnung K. straße in T. verurteilt worden.

[2] Die Gerichtsvollzieherin lehnte die Vollstreckung des Räumungstitels mit der Begründung ab, in der Wohnung lebten außer der Schuldnerin deren Lebensgefährtin sowie die volljährige Tochter der Schuldnerin

und der Ehemann der Tochter, gegen die kein Vollstreckungstitel vorliege.

[3] Dagegen hat die Gläubigerin Erinnerung eingelegt, mit der sie geltend gemacht hat, der Lebensgefährte der Schuldnerin sei nicht Partei des Mietvertrages geworden und habe sich ohne Wissen der Gläubigerin in der Wohnung aufgehalten. Er sei ebenso wie die volljährige Tochter der Schuldnerin und der Ehemann der Tochter nur Besitzdiener. Ein Vollstreckungstitel sei daher nur gegen die Schuldnerin und nicht gegen die weiteren in der Wohnung lebenden Personen erforderlich.

[4] Das Amtsgericht hat die Erinnerung zurückgewiesen. Das Landgericht hat die sofortige Beschwerde der Gläubigerin zurückgewiesen.

[5] Hiergegen richtet sich die zugelassene Rechtsbeschwerde der Gläubigerin.

#### **II. Aus den Gründen:**

[6] Die gemäß § 574 I 1 Nr. 2 ZPO statthafte Rechtsbeschwerde ist zulässig und begründet. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Beschlusses und zur Zurückverweisung der Sache an das Beschwerdegericht.

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

[7] Das Beschwerdegericht hat zur Begründung seiner Entscheidung ausgeführt:

[8] Die Gerichtsvollzieherin habe sich zu Recht geweigert, aufgrund des allein gegen die Schuldnerin vorliegenden Urteils die Wohnung zu räumen. Der Lebensgefährte der Schuldnerin, deren erwachsene verheiratete Tochter und der Ehemann der Tochter seien nicht bloße Besitzdiener, sondern Mitbesitzer der Wohnung. Gegen sie sei deshalb ebenfalls ein Räumungstitel erforderlich.

#### **2. Entscheidung des BGH in der Rechtsbeschwerde**

[9] Diese Ausführungen halten der rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Die Entscheidung darüber, ob die Gläubigerin aus dem ausschließlich gegen die Schuldnerin gerichteten Urteil des Amtsgerichts Tübingen die Räumungsvollstreckung betreiben kann, hängt von den Besitzverhältnissen an der zu räumenden Wohnung ab. Hierzu sind weitere tatsächliche Feststellungen des Beschwerdegerichts erforderlich.

#### **a. Streitig ist die Notwendigkeit eines Vollstreckungstitels gegen nichteheliche Lebenspartner**

[10] Die Frage, ob für eine Zwangsvollstreckung auf Räumung und Herausgabe einer Wohnung nach § 885 ZPO auch ein gegen den nichtehelichen Lebensgefährten des Schuldners gerichteter Vollstreckungstitel erforderlich ist, ist in Rechtsprechung und Literatur umstritten.

*aa. Vollstreckungstitel gegen den Schuldner ausreichend bei dessen Alleinbesitz*

[11] Teilweise wird angenommen, zur Räumung einer Wohnung, in die der nichteheliche Lebensgefährte nach Abschluss des Mietvertrages und Einräumung des Alleinbesitzes an den Schuldner aufgenommen worden sei, reiche ein Vollstreckungstitel gegen den Schuldner aus, wenn der Dritte sein Besitzrecht nicht vom Vermieter ableitet (LG Darmstadt DGVZ 1980, 110; LG Freiburg WuM 1989, 571; LG Lübeck JurBüro 1992, 196; LG Berlin DGVZ 1993, 173; Scherer, DGVZ 1993, 161, 163; H. Schneider, DGVZ 1986, 4, 9; Wieczorek/Schütze/Storz, ZPO, 3. Aufl., § 885 Rdn. 22; ebenso für den Ehegatten: Palandt/Weidenkaff, BGB, 67. Aufl., § 546 Rdn. 13). Zum Teil wird ein gegen den nichtehelichen Lebensgefährten gerichteter Vollstreckungstitel nicht für notwendig angesehen, wenn der nichteheliche Lebensgefährte den Mitbesitz ohne oder gegen den Willen des Vermieters begründet und entgegen Treu und Glauben gegenüber dem Vermieter verheimlicht hat (OLG Hamburg NJW 1992, 3308; KG NZM 2003, 105; LG Mönchengladbach DGVZ 1996, 74; LG Hamburg DGVZ 2005, 164). Nach anderer Ansicht soll ein Vollstreckungstitel gegen den vom Mieter in die Wohnung aufgenommenen nichtehelichen Lebensgefährten generell erforderlich sein (Baumbach/Lauterbach/Hartmann, ZPO, 66. Aufl., § 885 Rdn. 15).

[12] Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kann der Gläubiger aus einem Räumungsurteil gegen den Mieter nicht gegen den im Titel nicht aufgeführten Ehepartner vollstrecken, weil regelmäßig selbst dann beide Ehegatten Mitbesitzer der ehelichen Wohnung sind, wenn nur einer von ihnen Partei des Mietvertrages ist. Ob der Ehepartner nach materiellem Recht zur Herausgabe der Mietsache an den Gläubiger verpflichtet ist, ist nicht im formalisierten Zwangsvollstreckungsverfahren zu prüfen, sondern einer Beurteilung im Erkenntnisverfahren vorbehalten. Der Gerichtsvollzieher hat im Räumungsverfahren nur die tatsächlichen Besitzverhältnisse zu beurteilen (BGHZ 159, 383, 384 ff.).

[13] Diese Grundsätze sind auf die Räumungsvollstreckung gegen einen nichtehelichen Lebensgefährten sinngemäß anzuwenden. Ist der nichteheliche Lebensgefährte Mitbesitzer der Wohnung, ist grundsätzlich auch gegen ihn ein Räumungstitel notwendig (KG NJW-RR 1994, 713; OLG Köln DGVZ 1997, 119, 120; OLG Düsseldorf DGVZ 1998, 140; Bunn, NJW 1988, 1362, 1364; Becker-Eberhard, FamRZ 1994, 1296, 1303; Stichelbrock, ZZZ 118, 106, 108; Zöller/Stöber, ZPO, 26. Aufl., § 885 Rdn. 10). Den Mitbesitz an der Wohnung braucht der nichteheliche Lebensgefährte nicht vom Vermieter abzuleiten. Auch die Anzeige des Mieters an den Vermieter von der Aufnahme des nichtehelichen Lebensgefährten in die Wohnung ist nicht unabdingbare Voraussetzung für

die Begründung von Mitbesitz.

[14] Von diesen Maßstäben ist im Ansatz auch das Beschwerdegericht ausgegangen. Es hat zutreffend angenommen, dass es entscheidend darauf ankommt, ob der nichteheliche Lebenspartner Mitbesitzer oder Besitzdiener der Wohnung ist.

*bb. Vorliegen von Mitbesitz ist gegeben*

[15] Die Voraussetzungen eines Mitbesitzes des nichtehelichen Lebensgefährten der Schuldnerin hat das Beschwerdegericht im vorliegenden Verfahren bejaht. Es hat angenommen, der nichteheliche Lebenspartner sei grundsätzlich Mitbesitzer. Ob etwas anderes zu gelten habe, wenn ein Mieter häufig wechselnde Partner jeweils nur für kurze Zeit in die Wohnung aufnehme, brauche nicht entschieden zu werden, weil für eine solche Fallgestaltung keine Anhaltspunkte ersichtlich seien. Diese Beurteilung hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

*(1) Feststellungen zum Mitbesitz bei nichtehelichen Lebenspartnern*

[16] Zu Recht macht die Rechtsbeschwerde geltend, das Beschwerdegericht habe keine Feststellungen dazu getroffen, ob der Lebensgefährte der Schuldnerin Mitbesitz an der Wohnung begründet habe. Anders als bei einem Ehepaar, das gemeinsam aufgrund der auf Lebenszeit angelegten Ehe in der ehelichen Wohnung lebt, kann bei einem nichtehelichen Lebensgefährten allein aus der Aufnahme in die Wohnung nicht auf einen Mitbesitz geschlossen werden (Zöller/Stöber aaO § 885 Rdn. 10; MünchKomm.ZPO/Gruber aaO § 885 Rdn. 19; Musielak/Lackmann, ZPO, 5. Aufl., § 885 Rdn. 10; Becker-Eberhard, FamRZ 1994, 1296, 1303; Schuschke, NZM 2005, 10, 11; a.A. MünchKomm.BGB/Joost, 4. Aufl., § 866 Rdn. 5). Vielmehr muss anhand der tatsächlichen Umstände des jeweiligen Falles beurteilt werden, ob der nichteheliche Lebensgefährte Mitbesitzer oder nicht nur Besitzdiener ist. Die tatsächlichen Besitzverhältnisse hat der Gerichtsvollzieher als Vollstreckungsorgan zu prüfen. Die Einräumung des Mitbesitzes an den nichtehelichen Lebensgefährten muss durch eine von einem entsprechenden Willen getragene Handlung des zuvor alleinbesitzenden Mieters nach außen erkennbar sein (vgl. zur Übertragung des Alleinbesitzes: BGH, NJW 1979, 714, 715). Aus den Gesamtumständen muss sich klar und eindeutig ergeben, dass der Dritte Mitbesitzer ist, weil das Zwangsvollstreckungsverfahren formalisiert ist und der Gläubiger vor einer Verschleierung der Besitzverhältnisse durch den Schuldner zur Vereitelung der Zwangsvollstreckung geschützt werden muss. Anhaltspunkte, durch die sich nach außen die Einräumung des Mitbesitzes dokumentiert, sind die Anzeige des Mieters an den Vermieter von der beabsichtigten oder erfolgten Aufnahme des nichtehelichen Lebensgefährten oder seine Anmeldung in der Woh-

nung nach den jeweiligen landesrechtlichen Meldegesetzen.

*(2) Keine Entbehrlichkeit der Feststellungen mangels Anzeige beim Vermieter*

[17] Die danach notwendigen Feststellungen sind allerdings auch nicht in einem Fall entbehrlich, in dem der Schuldner die Aufnahme des nichtehelichen Lebensgefährten in die Wohnung dem Gläubiger nicht angezeigt hat, weil es grundsätzlich nur auf die vom Vollstreckungsorgan zu beurteilenden tatsächlichen Besitzverhältnisse ankommt (vgl. BGHZ 159, 383, 386). Ob sich aufgrund des auch im Zwangsvollstreckungsrecht geltenden Grundsatzes von Treu und Glauben nach § 242 BGB (hierzu BGHZ 57, 108, 111) etwas anderes ergibt, wenn der Vermieter vor Einleitung des Räumungsprozesses bei dem Mieter nach weiteren in der Wohnung lebenden Personen fragt, um diese in die Klage einbeziehen zu können, und der Mieter keine, eine falsche oder eine unvollständige Auskunft erteilt, kann im vorliegenden Verfahren offenbleiben. Die Gläubigerin hat zu einer entsprechenden Anfrage an die Schuldnerin vor Einleitung des Räumungsprozesses nichts vorgetragen.

*(3) Beweislast für das Vorliegen des Mitbesitzes trägt der Schuldner*

[18] Im vorliegenden Fall hat das Beschwerdegericht keine Feststellungen zu den tatsächlichen Besitzverhältnissen getroffen. Die Schuldnerin hat einen Mitbesitz ihres nichtehelichen Lebensgefährten an der Wohnung bislang im Verfahren auch nicht geltend gemacht. Im wiedereröffneten Beschwerdeverfahren wird das Beschwerdegericht den Beteiligten hierzu Gelegenheit zur Stellungnahme einräumen müssen und gegebenenfalls die erforderlichen Feststellungen zu den tatsächlichen Besitzverhältnissen nachzuholen haben. Die Beweislast für eine Begründung von Mitbesitz durch ihren Lebensgefährten trifft die Schuldnerin, wenn sie als Mieterin zunächst Alleinbesitz an der Wohnung begründet hat und ein Mitbesitz des Lebensgefährten geltend gemacht werden soll.

*b. Kein Räumungstitel gegen Kinder des Vollstreckungsschuldners*

[19] Das Beschwerdegericht hat angenommen, die Gläubigerin benötige zur Räumung der Wohnung auch einen Vollstreckungstitel gegen die Tochter der Schuldnerin und ihren Ehemann. Dem kann auf der Grundlage der bisherigen Feststellungen ebenfalls nicht zugestimmt werden.

*aa. Kein Mitbesitz von Minderjährigen*

[20] Minderjährige Kinder, die mit ihren Eltern zusammenleben, haben grundsätzlich keinen Mitbesitz an der gemeinsam benutzten Wohnung. Für eine Räumungsvollstreckung reicht deshalb ein Vollstreckungstitel

gegen die Eltern aus (KG NJW-RR 1994, 713, 714; Wieczorek/Schütze/Storz aaO § 885 Rdn. 21). Die gegenteilige Ansicht, die bei Kindern ab dem 14. Lebensjahr von einem Mitbesitz an den ihnen zugewiesenen Räumen ausgeht (Schuschke, NZM 2005, 10, 11), steht nicht nur mit den tatsächlichen Besitzverhältnissen nicht in Einklang. Sie lässt auch die schützenswerten Belange minderjähriger Kinder unberücksichtigt. Die Nachteile, die sich aus einer Mithaftung für die Kosten des Räumungsprozesses und der Zwangsräumung ergeben, überwiegen deutlich den Vorteil, als mitverklagte Partei im Prozess seine Rechte wahrnehmen zu können, weil den minderjährigen Kindern im Räumungsprozess im Verhältnis zum Vermieter grundsätzlich keine weitergehenden Rechte zustehen als ihren Eltern, die Mietvertragspartei sind.

[21] Die Besitzverhältnisse an der Wohnung, in der die Familie lebt, ändern sich im Regelfall nicht, wenn das Kind volljährig wird und mit seinen Eltern weiter zusammenwohnt (OLG Hamburg NJW-RR 1991, 909; KG NJW-RR 1994, 713, 714; Zöller/Stöber aaO § 885 Rdn. 7; MünchKomm.ZPO/Gruber aaO § 885 Rdn. 20; a.A. LG Heilbronn DGVZ 2005, 167; Bunn, NJW 1988, 1362, 1364; Riecke, DGVZ 2006, 81, 83). In diesem Fall bleiben die nach Erreichen der Volljährigkeit weiter in der elterlichen Wohnung lebenden Kinder im Regelfall Besitzdiener, ohne dass es darauf ankommt, ob die Kinder unter der Adresse gemeldet sind und der Vermieter die tatsächlichen Verhältnisse kennt. Etwas anderes kann nur gelten, wenn eine Änderung der Besitzverhältnisse volljähriger Kinder an der elterlichen Wohnung nach außen eindeutig erkennbar geworden ist.

*bb. Keine Feststellungen zum Mitbesitz der Tochter der Schuldnerin*

[22] Zu Recht macht die Rechtsbeschwerde geltend, dass das Beschwerdegericht zu den Besitzverhältnissen der volljährigen Tochter keine Feststellungen getroffen hat. Dass die volljährige Tochter der Schuldnerin verheiratet ist und mit ihrem Ehepartner in der Wohnung der Schuldnerin lebt, besagt nichts über die tatsächlichen Besitzverhältnisse. Der Umstand, dass die Tochter mit ihrem Ehemann keine eigene Wohnung bezogen hat, sondern in der Wohnung der Schuldnerin weiterlebt, kann umgekehrt auch für den Fortbestand eines Besitzverhältnisses zwischen der Schuldnerin und ihrer Tochter sprechen, wie es bei minderjährigen Kindern angenommen wird. In diesem Fall hat die Tochter keinen eigenen Mitbesitz neben der Schuldnerin begründet und ist Besitzdienerin geblieben (§ 855 BGB).

[23] Entsprechendes würde dann auch - wie das Amtsgericht zu Recht angenommen hat - für ihren Ehemann gelten.

*Strafrecht***Standort: §§ 27, 52, 53 StGB****Problem: Tateinheit oder -mehrheit bei Beihilfe**

BGH, BESCHLUSS VOM 04.03.2008  
5 STR 594/07 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

**Problemdarstellung:**

Der Angeklagte hatte den Haupttätern Scheinrechnungen überlassen, auf deren Grundlage diese für eine GmbH unrichtige Umsatzsteuererklärungen und Lohnsteueranmeldungen sowie unrichtige Sozialversicherungsbeitragsnachweise abgaben. Das LG Duisburg hatte hierin eine Beihilfe zur Steuerhinterziehung, § 370 AO, bzgl. der Umsatz- und der Lohnsteuer und eine solche zum Vorenthalten von Arbeitsentgelt bzgl. der Arbeitgeberanteile zur Sozialversicherung, § 266a StGB, gesehen und war davon ausgegangen, dass diese Delikte durch verschiedene Handlungen begangen worden seien und deshalb in Tatmehrheit, § 53 StGB, zueinander stünden. Der BGH hob dieses Urteil auf, da bzgl. der durch das Überlassen einer Scheinrechnung geförderten verschiedenen Haupttaten eine Tateinheit, § 52 StGB, gegeben sei.

**Prüfungsrelevanz:**

Während das Neben-, insb. das Steuerstrafrecht, keinen Prüfungsstoff darstellt, gehört § 266a StGB in vielen Bundesländern im ersten Examen zum Pflichtstoff. Die zentrale Frage der vorliegenden Entscheidung nach den Konkurrenzen, insb. dem Vorliegen von Tateinheit oder -mehrheit, bei der Beihilfe kann allerdings in beiden Examen relevant werden. Da sich dieses Problem auch auf andere Beteiligungsformen (insb. mittelbare und Mittäterschaft) übertragen lässt, besitzt die vorliegende Entscheidung eine hohe Examensrelevanz. Zwar ist die Prüfung von Konkurrenzen nur sehr selten Schwerpunkt einer Examensaufgabe, jedoch sind in fast jeder Klausur Ausführungen zu Konkurrenzen erforderlich, sodass auch hier Grundkenntnisse erforderlich sind, um insofern fehlerhafte Ausführungen zu vermeiden.

Ausgangspunkt der Prüfung von Konkurrenzen ist stets die Frage, ob die einzelnen Delikte durch dieselbe oder durch unterschiedliche Handlungen begangen wurden, wobei - vorbehaltlich einer Gesetzeskonkurrenz - im ersten Falle Tateinheit, § 52 StGB, und im letzteren Tatmehrheit, § 53 StGB, gegeben ist (vgl. hierzu die Darstellung bei Wessels/Beulke, Rn 753 ff.). Rechtsprechung und herrschende Lehre gehen insofern davon aus, dass die Frage, ob eine oder mehrere Handlungen gegeben sind, für jeden Beteiligten

gesondert zu prüfen ist (BGH, NStZ 1999, 451, NStZ-RR 2003, 265 = RA 2003, 578; wistra 1999, 23; Fischer, Vor § 52 Rn 11 f.; Schönke/Schröder-Stree/Sternberg-Lieben, § 52 Rn 20 f.). Das heißt, dass eine Handlungseinheit z.B. beim mittelbaren Täter oder beim Anstifter dann vorliegt, wenn dieser nur eine Handlung vorgenommen hat, ungeachtet dessen, wie viele Handlungen beim dem - die eigentliche Tat handlung ausführenden - Tatmittler bzw. Haupttäter vorliegen. Diese Rechtsprechung führt der BGH in der vorliegenden Entscheidung für die Beihilfe fort.

**Vertiefungshinweise:**

Zur Tateinheit und -mehrheit bei Beihilfe: BGH, NStZ-RR 1999, 297; 2003, 265 = RA 2003, 578; NStZ 2000, 83; 2007, 526; wistra 2007, 100; 2007, 262

**Kursprogramm:**

Examenskurs: "Wie die Eltern so die Kinder"

**Leitsatz (der Redaktion):**

**Ob bei Beihilfe Tateinheit oder -mehrheit anzunehmen ist, hängt von der Anzahl der Beihilfehandlungen und der vom Gehilfen geförderten Haupttaten ab. Tatmehrheit nach § 53 StGB ist anzunehmen, wenn durch mehrere Hilfeleistungen mehrere selbstständige Taten unterstützt werden, also den Haupttaten jeweils eigenständige Beihilfehandlungen zuzuordnen sind. Dagegen liegt eine Beihilfe im Sinne des § 52 StGB vor, wenn der Gehilfe mit einer einzigen Unterstützungshandlung zu mehreren Haupttaten eines anderen Hilfe leistet.**

**Sachverhalt:**

Der Angeklagte überließ den Haupttätern Scheinrechnungen, auf deren Grundlage diese für die A-GmbH unrichtige Umsatzsteuererklärungen, unrichtige Lohnsteueranmeldungen sowie unrichtige Sozialversicherungsbeitragsnachweise abgaben.

**Aus den Gründen:**

[1] Das Landgericht hat den Angeklagten - unter Einbeziehung der rechtskräftigen Einzelstrafen aus einer zäsurbildenden früheren Verurteilung und unter Aufrechterhaltung der dort angeordneten Maßregeln - wegen Beihilfe zur Steuerhinterziehung in 36 Fällen und wegen Beihilfe zum Vorenthalten von Arbeitnehmeranteilen in 24 Fällen, davon in drei Fällen in Tateinheit



mit Beihilfe zum Vorenthalten von Arbeitgeberanteilen, zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von zwei Jahren und zehn Monaten verurteilt. Daneben hat es den Angeklagten wegen Beihilfe zur Steuerhinterziehung in sechs Fällen sowie wegen Beihilfe zum Vorenthalten von Arbeitnehmeranteilen in Tateinheit mit Beihilfe zum Vorenthalten von Arbeitgeberanteilen in sechs Fällen zu einer weiteren Gesamtfreiheitsstrafe von einem Jahr verurteilt, deren Vollstreckung es zur Bewährung ausgesetzt hat. Die Revision des Angeklagten hat mit der Sachrüge den - über den mit der gleichen Zielrichtung gestellten Antrag des Generalbundesanwalts hinausgehenden - aus dem Tenor ersichtlichen Erfolg. Im Übrigen ist das Rechtsmittel unbegründet im Sinne des § 349 Abs. 2 StPO.

*1. Fehlerhafte Annahme von Tatmehrheit durch das LG; Änderung des Schuldspruchs durch den BGH*

[2] Die Urteilsfeststellungen sind rechtsfehlerfrei getroffen. Sie rechtfertigen allerdings das vom Landgericht angenommene Konkurrenzverhältnis der Taten nicht. Der Senat ändert daher den Schuldspruch in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang ab. Er schließt aus, dass sich der geständige Angeklagte gegen den geänderten Schuldspruch wirksamer als geschehen hätte verteidigen können.

*a) Zum Vorliegen von Tateinheit oder -mehrheit bei Beihilfe*

[3] Ob bei Beihilfe Tateinheit oder -mehrheit anzunehmen ist, hängt von der Anzahl der Beihilfehandlungen und der vom Gehilfen geförderten Haupttaten ab. Tatmehrheit nach § 53 StGB ist anzunehmen, wenn durch mehrere Hilfeleistungen mehrere selbständige Taten unterstützt werden, also den Haupttaten jeweils eigenständige Beihilfehandlungen zuzuordnen sind. Dagegen liegt eine Beihilfe im Sinne des § 52 StGB vor, wenn der Gehilfe mit einer einzigen Unterstützungshandlung zu mehreren Haupttaten eines anderen Hilfe leistet (vgl. BGH NStZ 2000, 83). Dasselbe gilt wegen der Akzessorietät der Teilnahme, wenn sich mehrere Unterstützungshandlungen auf dieselbe Haupttat beziehen (BGHSt 46, 107, 116; vgl. zum Ganzen auch Jäger wistra 2000, 344, 346).

*b) Zur Annahme von Tateinheit im vorliegenden Fall*

[4] Nach diesen Grundsätzen hält die Verurteilung des Angeklagten wegen jeweils selbständiger Fälle der Beihilfe (§ 53 StGB) rechtlicher Nachprüfung nicht stand, soweit der Angeklagte durch dieselben Unterstützungshandlungen sowohl zur Hinterziehung von Umsatzsteuer und von Lohnsteuer als auch zum Vorenthalten von Arbeitsentgelt Beihilfe geleistet hat. Vielmehr ist der Angeklagte - ohne dass sich der Schuldumfang verändert - lediglich der Beihilfe zur Steuerhinterziehung und zum Vorenthalten von Arbeitsentgelten in 13 Fällen schuldig. Danach gilt hier

grundsätzlich, dass der Angeklagte bezogen auf jeden Monat nur eine Tat begangen hat, indem er den Haupttätern Scheinrechnungen überließ, auf deren Grundlage diese für die A-GmbH unrichtige Umsatzsteuerklärungen, unrichtige Lohnsteueranmeldungen sowie unrichtige Sozialversicherungsbeitragsnachweise abgaben. Allerdings sind dabei die Auswirkungen etwaiger Quartalsanmeldungen und Jahreserklärungen zu beachten.

*aa) Beihilfe durch die Überlassung von Scheinrechnungen im Zeitraum Juli bis Dezember 2002*

[5] Die erste strafbare Beihilfe des Angeklagten umfasst dessen gesamte Unterstützungstätigkeit zu allen sich auf das Jahr 2002 beziehenden und im Rahmen der Geschäftstätigkeit der A-GmbH begangenen Haupttaten der Hinterziehung von Umsatzsteuer und Lohnsteuer sowie des Vorenthaltes von Arbeitsentgelt. Mit der Erstellung und Übergabe von Scheinrechnungen im Zeitraum von Juli bis Dezember 2002 unterstützte der Angeklagte monatlich jeweils sowohl die Einreichung unrichtiger Lohnsteueranmeldungen und Umsatzsteuervoranmeldungen als auch die Fertigung und Einreichung unrichtiger Beitragsnachweise für die Sozialversicherung. Somit leistete der Angeklagte mit sechs Tatbeiträgen zu insgesamt 18 Haupttaten Hilfe. Da mit diesen Tatbeiträgen aber jeweils zugleich die Hinterziehung von Umsatzsteuer durch Abgabe einer unrichtigen Umsatzsteuerjahreserklärung für das Jahr 2002 erleichtert werden sollte, mithin alle Unterstützungshandlungen auch der Förderung dieser Haupttaten dienen, liegt insoweit insgesamt nur eine einheitliche Beihilfe im Sinne von § 52 StGB zu allen 19 Haupttaten vor (vgl. Jäger aaO).

*bb) Beihilfe durch die Überlassung von Scheinrechnungen im Zeitraum Januar bis März 2003*

[6] Die vom Angeklagten im Zeitraum von Januar bis März 2003 mit der Überlassung von Scheinrechnungen für die A-GmbH geleisteten 6 Unterstützungshandlungen bilden eine weitere einheitliche Beihilfe zu den in diesem Zeitraum begangenen Haupttaten der Hinterziehung von Umsatzsteuer durch Einreichung unrichtiger Umsatzsteuervoranmeldungen, der Hinterziehung von Lohnsteuer durch Einreichung einer unrichtigen Quartalsanmeldung und des Vorenthaltes von Arbeitsentgelt durch Einreichung unrichtiger Beitragsnachweise. Denn sämtliche in diesem Zeitraum vom Angeklagten erstellten Scheinrechnungen dienen auch der Förderung der Lohnsteuerhinterziehung durch Einreichung einer unrichtigen Lohnsteueranmeldung für das erste Quartal 2003.

*cc) Beihilfe durch die Überlassung von Scheinrechnungen im Zeitraum April bis Juni 2003*

[7] Gleiches gilt für die Hinterziehung von Umsatz- und Lohnsteuer sowie das Vorenthalten von Sozial-

versicherungsbeiträgen im Zeitraum von April bis Juni 2003 mit Blick auf die Hilfeleistung zur Hinterziehung der Lohnsteuer durch Einreichung einer unrichtigen Lohnsteueranmeldung für das zweite Quartal 2003. Dass der Angeklagte mit den im Jahr 2003 geleisteten Unterstützungshandlungen auch zur Abgabe einer unrichtigen Umsatzsteuerjahreserklärung für das Jahr 2003 Hilfe geleistet habe, hat das Landgericht nicht festgestellt. Ein derartiger Tatvorwurf ist auch nicht aus dem Verfahren nach § 154a StPO ausgeschieden worden.

*dd) Beihilfe durch die Überlassung von Scheinrechnungen im Zeitraum August 2003 bis März 2004*

[8] Für den Zeitraum von August 2003 bis März 2004 hat das Landgericht als Beihilfehandlungen des Angeklagten die Gründung einer weiteren Scheinfirma (der K-GmbH) und die Einweisung des gesondert verfolgten St in das Ausstellen und die Weitergabe von Scheinrechnungen festgestellt. Wieviele Scheinrechnungen der Angeklagte selbst in diesem Tatzeitraum übergab und welchen Anmeldezeitraum diese Rechnungen betrafen, konnte das Landgericht nicht feststellen. Der Senat schließt insoweit weitergehende Feststellungen in einem neuen Rechtsgang aus. Damit kann für diesen Zeitraum nur von einer einheitlichen Beihilfehandlung des Angeklagten durch seinen Organisationsbeitrag bei Beginn der Deliktsserie ausgegangen werden.

[9] Dieser Organisationsbeitrag und die im Juli 2003 noch unter einer anderen Scheinfirma (der D-GmbH) vom Angeklagten übergebenen Scheinrechnungen förderten zugleich dieselbe Haupttat, nämlich die Abgabe der unrichtigen Lohnsteueranmeldung für das dritte Quartal 2003. Daher bilden diese beiden Handlungen eine Tat im Sinne des § 52 StGB. Die Beihilfe zur Lohnsteuerhinterziehung für das dritte Quartal 2003 steht ihrerseits mit der Beihilfe zur Hinterziehung der Umsatzsteuer und zum Vorenthalten von Arbeitsentgelt für den Monat Juli 2003 in Tateinheit. Damit ist für den Tatzeitraum von Juli 2003 bis März 2004 von einer Tat im Sinne des § 52 StGB auszugehen.

*ee) Beihilfe durch die Überlassung von Scheinrechnungen im Zeitraum Dezember 2004 bis August 2005*

[10] Im verbleibenden Tatzeitraum von Dezember 2004 bis August 2005 hat der Angeklagte in jedem Monat eine selbständige Beihilfe im Sinne des § 52 StGB zu den im Rahmen der A-GmbH verwirklichten Haupttaten der Hinterziehung von Lohnsteuer sowie des Vorenthaltes von Arbeitsentgelt begangen. Mit der Übergabe von Scheinrechnungen hat er jeweils zugleich zur Hinterziehung von Lohnsteuern als auch zu einer Tat nach § 266a StGB Hilfe geleistet.

*c) Zur Formulierung der Urteilsformel*

[11] Der Senat sieht gemäß § 260 Abs. 4 Satz 5 StPO

davon ab, in der Urteilsformel bei jedem Einzelfall die gleichartige Tateinheit zum Ausdruck zu bringen. Hierdurch würde der Tenor unübersichtlich; dies widerspräche dem Gebot der Klarheit und Verständlichkeit der Urteilsformel (vgl. BGH wistra 2007, 388, 391 m.w.N.).

*2. Aufhebung der Einzel- und Gesamtstrafen*

[12] Die Änderung des Konkurrenzverhältnisses bedingt hier die Aufhebung sämtlicher Einzel- und Gesamtstrafen. Den auf der Grundlage des neu gefassten Schuldspruchs festzusetzenden Einzelstrafen sind jeweils höhere Hinterziehungsbeträge zugrunde zu legen. Der Aufhebung von Feststellungen bedarf es bei den hier vorliegenden Rechtsfehlern nicht.

*3. Hinweise an den Tatrichter bzgl. der Strafzumessung*

[13] Für die Festsetzung der neuen 13 Einzelstrafen weist der Senat auf Folgendes hin:

[14] Die Höhe der bisherigen, nunmehr entfallenen Einzelstrafen darf überschritten werden. Das Verschlechterungsverbot (§ 358 Abs. 2 Satz 1 StPO) steht dem nicht entgegen. Es ist bei dieser Sachlage lediglich geboten, dass jeweils die Summe der bisherigen Einzelstrafen bei der Bemessung der neu festzusetzenden Einzelstrafe nicht überschritten wird (vgl. BGHR StPO § 358 Abs. 2 Nachteil 12). Überdies hat es bei Einzelgeldstrafen zu verbleiben, soweit im betreffenden Gesamtkomplex bisher nur Einzelgeldstrafen verhängt worden sind (vgl. etwa die für die im Tatzeitraum von Januar bis März 2003 oder im Dezember 2004 begangenen Beihilfehandlungen verhängten Einzelgeldstrafen). Schließlich dürfen die beiden neu zu bildenden Gesamtstrafen nicht höher sein als die bisherigen (st. Rspr.; BGHR StPO § 358 Abs. 2 Nachteil 3, 7, 12 m.w.N.).

[15] Der neue Tatrichter wird bei der Strafbemessung auch zu bedenken haben, dass sich allein durch die Änderung des Konkurrenzverhältnisses der Gesamtunrechtsgehalt der Taten nicht verringert hat. Insbesondere die rechtsfehlerfrei festgestellten Hinterziehungsbeträge bleiben hiervon unberührt. Allerdings wird das neue Tatgericht bei der Strafzumessung im Hinblick auf die Hinterziehung der Umsatzsteuer für das Jahr 2002 zu beachten haben, dass sich die Umsatzsteuervoranmeldungen für die Monate Juli bis Dezember 2002 und die Umsatzsteuerjahreserklärung 2002 auf dieselbe Steuerart und dasselbe Steueraufkommen eines Besteuerungszeitraumes beziehen und sich der Unrechtsgehalt teilweise überschneidet, wenn auch nicht vollständig deckungsgleich ist (vgl. BGHSt 49, 359, 362 ff.; BGH wistra 2005, 145, 146 f.). Der neue Tatrichter sollte - soweit sich das Verfahren auf die Hinterziehung von Umsatzsteuer für das Jahr 2002 bezieht - eine Verfahrensbeschränkung nach § 154a StPO auf den Tatvorwurf der Beihilfe zu der durch die

Abgabe einer unrichtigen Umsatzsteuerjahreserklärung für das Jahr 2002 begangenen Steuerhinterziehung in Betracht ziehen (vgl. auch dazu BGHSt aaO S. 365; BGH aaO).

[16] Etwa zu treffende neue Feststellungen dürfen zugrundegelegt werden, wenn sie den nunmehr rechtskräftigen nicht widersprechen.

### Standort: § 258 StGB

### Problem: Berufung auf Auskunftsverweigerungsrecht

LG RAVENSBURG, BESCHLUSS VOM 19. 11. 2007  
2 QS 194/07 (NSTZ-RR 2008, 177)

#### **Problemdarstellung:**

Der Angeschuldigte war wegen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge, § 29a I 1 Nr. 2 BtMG, rechtskräftig verurteilt worden. In einem späteren Ermittlungsverfahren gegen die Lieferanten des Angeschuldigten war dieser als Zeuge vernommen worden. Er hatte sich jedoch geweigert, die Namen seiner Lieferanten zu nennen und sich insofern auf ein Auskunftsverweigerungsrecht, § 55 StPO, berufen. Die Staatsanwaltschaft erhob deshalb gegen den Angeschuldigten Anklage wegen Strafvereitelung, § 258 I StGB, zugunsten der Lieferanten. Das Amtsgericht lehnte eine Eröffnung des Hauptverfahrens gem. § 204 StPO ab. Ein hinreichender Tatverdacht gegen den Angeschuldigten wegen Strafvereitelung scheidet aus, da dieser sich zu Recht auf ein Auskunftsverweigerungsrecht berufen habe, sodass sein Verhalten nicht strafbar sein könne. Gegen diesen ablehnenden Beschluss des AG legte die Staatsanwaltschaft gem. § 210 II StPO sofortige Beschwerde ein. Das LG Ravensburg gab der Beschwerde statt, da ein Auskunftsverweigerungsrecht des Angeschuldigten nicht mehr gegeben sei.

#### **Prüfungsrelevanz:**

Ebenso wie im Urteil in Fallstruktur in der vorliegenden Ausgabe sind auch in dieser Entscheidung die Ausführungen des Gerichts eingebettet in eine Entscheidung über eine sofortige Beschwerde der Staatsanwaltschaft gegen eine von der Anklageschrift abweichende Entscheidung des Hauptsachegerichts zur Eröffnung des Hauptverfahrens, im vorliegenden Fall die Ablehnung der Verfahrenseröffnung gem. § 204 StPO. Diese Konstellation dürfte eher im zweiten Staatsexamen relevant werden. Die materiell-rechtlichen Ausführungen des LG Ravensburg zum Fehlen eines Auskunftsverweigerungsrechts gem. § 55 StPO bei rechtskräftiger Vorverurteilung und zur Strafbarkeit der Strafvereitelung durch Unterlassen, §§ 258 I, 13 StGB, betreffen allerdings Themen, die auch im ersten Examen von hoher Relevanz sind.

Gegenstand der Prüfung bei einer sofortigen Beschwerde der Staatsanwaltschaft gegen einen die Eröffnung des Hauptverfahrens ablehnenden Beschluss des Gerichts ist letztlich die Frage, ob der Angeschul-

digte einer Straftat hinreichend verdächtig ist. Im Falle eines bestehenden hinreichenden Tatverdachts muss das Gericht nämlich grundsätzlich gem. § 203 StPO das Hauptverfahren eröffnen. Hinreichender Tatverdacht liegt vor, wenn eine spätere Verurteilung des Angeschuldigten wahrscheinlich ist (BGH, StV 2001, 579; Meyer-Goßner, § 203 Rn 2, § 170 Rn 1). Eine Verurteilung ist natürlich stets unwahrscheinlich, wenn eine Prüfung ergibt, dass der Angeschuldigte gar kein strafbares Verhalten vorgenommen hat.

Gem. § 55 I StPO darf ein Zeuge insb. die Auskunft auf solche Fragen verweigern, deren Beantwortung ihm selbst die Gefahr zuziehen würde, wegen einer Straftat verfolgt zu werden. Eine Weigerung des Zeugen zur Beantwortung von Fragen ist also unter den Voraussetzungen des § 55 StPO rechtmäßig und kann deshalb keine Strafbarkeit nach sich ziehen. Hierbei ist jedoch zu berücksichtigen, dass ein Straftäter nicht zweimal wegen derselben Tat verurteilt werden kann, Art. 103 II GG. Durch eine rechtskräftige Verurteilung des Angeklagten tritt also ein Strafklageverbrauch ein; dieses Verfahrenshindernis führt dazu, dass dieselbe Tat nicht noch einmal angeklagt oder gar abgeurteilt werden kann (BGHSt 20, 292; BGH, NJW 2007, 3010; Meyer-Goßner, Einl. Rn 171). Das bedeutet wiederum, dass ein Zeuge, der über eine Tat Auskunft geben soll, deretwegen er vorher rechtskräftig verurteilt worden ist, nicht befürchten muss, noch einmal wegen dieser Tat verfolgt zu werden, sofern er nicht Auskunft über weitere prozessuale Taten gibt, die vom Strafklageverbrauch des früheren Verfahrens nicht erfasst werden (vgl. zum Umfang des Strafklageverbrauchs Meyer-Goßner, Einl. Rn 173 ff.). Da der Angeschuldigte im vorliegenden Fall bereits wegen des Handeltreibens mit Betäubungsmitteln verurteilt worden war und das Handeltreiben auch den Ankauf der entsprechenden Betäubungsmittel mitumfasst, bestand für ihn somit nicht die Gefahr einer weiteren Strafverfolgung für den Fall, dass er mitteilte, wann und von wem er die Betäubungsmittel gekauft hatte. Deshalb sah das LG Ravensburg auch - im Gegensatz zum AG - kein Auskunftsverweigerungsrecht des Angeschuldigten als gegeben an.

Das LG Ravensburg hat es in der vorliegenden Entscheidung offen gelassen, ob ein hinreichender Tatverdacht gegen den Angeschuldigten wegen Strafvereitelung durch aktives Tun (also durch Berufung auf das Zeugnisverweigerungsrecht) oder durch Unterlassen (also wegen Nichtbeantwortung der Fragen) be-

steht. Eine Strafvereitelung durch Unterlassen ist als unechtes Unterlassungsdelikt gem. § 13 I StGB allerdings nur dann strafbar, wenn der Täter eine Rechtspflicht zur Abwendung des Erfolges (sog. Garantstellung) hat. Eine Literatuffassung lehnt eine solche Garantstellung des Zeugen zur aktiven Mitwirkung an der Überführung von Straftätern ab (MüKo (StGB)-Cramer, § 258 Rn 22; Stratenwerth, AT, Rn 375), da der Zeuge nicht in besonderer Weise zur Mitwirkung an der Strafverfolgung verpflichtet sei. In der Rechtsprechung und der wohl herrschenden Literatur wird allerdings eine entsprechende Garantstellung des Zeugen angenommen (OLG Frankfurt a.M., StraFo 1998, 237; OLG Zweibrücken, wistra 1993, 231; Schönke/Schröder-Stree, § 13 Rn 31; SK-Hoyer, § 258 Rn 32). Dass eine solche Garantstellung bestehe, zeige sich insbesondere darin, dass die Aussage des Zeugen mit Zwangsmitteln erzwungen werden könne (vgl. § 70 StPO) und den Zeugen eine - strafbewährte - Wahrheitspflicht bei der Aussage treffe (vgl. §§ 145d, 153 ff., 164 StGB). Das LG Ravensburg hat sich in der vorliegenden Entscheidung der letztgenannten Auffassung angeschlossen, sodass sowohl ein aktives Tun als auch ein Unterlassen des Angeschuldigten strafbar wären und deshalb eine Abgrenzung - zumindest für die Prüfung eines hinreichenden Tatverdachts - nicht erforderlich war.

#### Vertiefungshinweise:

Zum Zeugnisverweigerungsrecht gem. § 55 I StPO bei rechtskräftiger Vorverurteilung: *BVerfG*, NStZ 1985, 277; *BGH*, NJW 1999, 1413; 2005, 2166; *OLG Celle*, NJW 1962, 2315

Zur Strafvereitelung durch Unterlassen: *OLG Frankfurt a.M.*, StraFo 1998, 237; *OLG Zweibrücken*, wistra 1993, 231; *Rinio*, JuS 2008, 600

#### Kursprogramm:

*Examenskurs*: "Der falsche Kneipenbummel"

#### Leitsätze:

**1. Zum Auskunftsverweigerungsrecht rechtskräftig Verurteilter in späteren Vernehmungen.**

**2. Ein Zeuge, der sich zu Unrecht auf § 55 StPO beruft, kann sich wegen Strafvereitelung durch Unterlassen strafbar machen.**

#### Sachverhalt:

Der jetzige Angeschuldigte wurde wegen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in 12 Fällen verurteilt. Dieses Urteil, nach dem es sich jeweils um Verkäufe von Haschisch handelte, die der damalige Angeklagte uneingeschränkt eingeräumt hatte, ist seit 31.05.2007 rechtskräftig. Am 31.08.2007 wurde der nunmehr Angeschuldigte von der Staats-

anwaltschaft als Zeuge vernommen. Auf die Frage, wer seine Lieferanten gewesen seien bzw. von wem er das Rauschgift bezog, verweigerte er die Antwort und berief sich auf ein ihm angeblich zustehendes Auskunftsverweigerungsrecht sowie eine Rücksprache mit seinem Rechtsanwalt. Deshalb erhob die Staatsanwaltschaft gegen ihn Anklage wegen Strafvereitelung. Das AG lehnte im angefochtenen Beschluss die Eröffnung des Hauptverfahrens ab, weil eine Verurteilung wegen § 258 StGB ausscheide; der Angeschuldigte berufe sich zu Recht auf § 55 StPO.

#### Aus den Gründen:

Die gegen den Nichteröffnungsbeschluss gerichtete sofortige Beschwerde der StA ist zulässig und begründet. Ein Auskunftsverweigerungsrecht steht dem Angeschuldigte nicht zu. Ein - sonach unberechtigtes - Verweigern der Aussage mit dem Ziel, den Lieferanten zu decken, reicht aus, um den Tatbestand des § 258 StGB zu erfüllen.

#### 1. Zu den Voraussetzungen für das Bestehen eines Auskunftsverweigerungsrechts gem. § 55 I StPO

Gem. § 55 I StPO ist ein Zeuge grundsätzlich nur berechtigt, die Auskunft auf einzelne Fragen zu verweigern, deren Beantwortung ihn oder einen in § 52 I StPO genannten Angehörigen der Gefahr aussetzen würde, wegen einer Straftat oder Ordnungswidrigkeit verfolgt zu werden. Nur ausnahmsweise ist er zur umfassenden Verweigerung der Auskunft berechtigt, wenn seine gesamte in Betracht kommende Aussage mit einem möglicherweise strafbaren eigenen Verhalten in so engem Zusammenhang steht, dass im Umfang der vorgesehenen Vernehmungsgegenstände nichts übrig bleibt, wozu er ohne die Gefahr der Verfolgung wegen einer Straftat oder Ordnungswidrigkeit wahrheitsgemäß aussagen könnte.

Eine das Recht zur Auskunftsverweigerung begründende Verfolgungsgefahr besteht dann nicht mehr, wenn eine Strafverfolgung des Zeugen wegen des Sachverhalts, zu dem er befragt werden soll, zweifelsfrei ausgeschlossen ist, weil er insoweit bereits rechtskräftig abgeurteilt wurde und daher die Strafklage verbraucht ist; die Reichweite des Strafklageverbrauchs richtet sich nach dem prozessualen Tatbegriff (*BGH*, NJW 2005, 2166; 1999, 1413). Anders liegt es, wenn weitere Taten, die im Verhältnis zum abgeurteilten Geschehen andere Straftaten im verfahrensrechtlichen Sinn des § 264 I StPO darstellen würden, im Raum stehen oder die Verurteilung nur einen Teil der Straffälligkeit des Zeugen erfasst und möglicherweise durch eine wahrheitsgemäße Aussage die konkrete Gefahr besteht, er müsste durch die Preisgabe seines Lieferanten zumindest weitere Ermittlungsansätze gegen sich selbst liefern (*BVerfG*, NStZ 2002, 378 [379]).

Ausgehend von diesen Maßstäben ergibt sich hier: Die Befragung des Angeschuldigten bezieht sich aus-

schließlich auf einen rechtskräftig abgeurteilten Sachverhalt und birgt keine Verfolgungsgefahr in sich.

*a. Zum Strafklageverbrauch durch die Verurteilung des Angeschuldigten*

Ausweislich der Sachverhaltsfeststellungen des gegen den Angeschuldigten ergangenen Urteils wurden 12 Haschischverkäufe (zweimal je 200 g und zehnmal je 100 g) an nicht näher bestimmbar Tagen im Zeitraum von Juli 2005 bis September 2005 - jeweils als Handeltreiben - abgeurteilt. Der Tatort lag in B, Käufer war jeweils C. Diese sachlichrechtlich selbständigen Fälle bilden jeweils auch prozessuale Taten i. S. des § 264 StPO. Zum geschichtlichen Vorgang des Handeltreibens mit Betäubungsmitteln gehören alle Teilakte, die dem Umsatz derselben Rauschgiftmenge dienen (vgl. BGHSt 30, 28 [31] = NJW 1981, 1325; BGH, NStZ 1999, 192). Hierzu zählt auch der Einkauf der Drogen, sodass mit der rechtskräftigen Aburteilung der Taten die Strafklage auch insoweit verbraucht ist. Nur zu diesen Taten sollte der jetzige Angeschuldigte als Zeuge Angaben machen, sodass sich das Beweisthema der beabsichtigten Befragung vollständig mit dem durch das Urteil erfassten Sachverhalt deckt.

*b. Zum Fehlen eines Auskunftsverweigerungsrechts des Angeschuldigten*

Da sich weder im damaligen Ermittlungs- und Strafverfahren Hinweise dafür fanden noch aus heutigem Erkenntnisstand Anhaltspunkte vorliegen, der Angeschuldigte könnte über den abgeurteilten Sachverhalt hinaus straffällig geworden sein, kann er sich nach Eintritt der Urteilsrechtskraft nicht mehr auf ein Auskunftsverweigerungsrecht berufen. Denn für eine drohende Verfolgungsgefahr bedarf es zureichender tatsächlicher Anhaltspunkte für weitere, nicht vom Strafklageverbrauch erfasste Delikte. Nur dann bestünde eine Möglichkeit, dass der Angeschuldigte durch die von ihm verlangte Zeugenauskunft neue Ermittlungsansätze gegen sich selbst zutage fördern könnte. Dies lässt sich nicht pauschal, etwa für bestimmte Deliktgruppen klären, sondern bedarf einer Prüfung anhand der Konstellation des Einzelfalls. So kann die Annahme einer Verfolgungsgefahr etwa bei Rauschgifthändlern, die über einen beträchtlichen Zeitraum hinweg, an verschiedenen Orten, mit unterschiedlichen Drogen oder bandenmäßig tätig wurden oder ihre Geschäfte unter Ausnutzung umfangreicher Verbindungen abwickelten oder bei langjährigen Konsumenten nahe liegen; sie ist bei der hier vorliegenden Sachlage jedoch auszuschließen. Der - ebenfalls bereits rechtskräftig verurteilte - Aufkäufer C schilderte übereinstimmend mit dem Angeschuldigten, es habe sich um 12 Fälle gehandelt. Der Angeschuldigte gab wiederholt an, die Taten seien ein einmaliger Ausrutscher gewesen, den er mit der Aufnahme seines Studiums im Oktober 2005 beendet habe. Die gesamten Ermittlungen

lieferten keinerlei Hinweise darauf, dass der Angeschuldigte möglicherweise weitere Delikte begangen haben oder durch etwaige Racheakte verräterischer Dritter gefährdet sein könnte (vgl. zum Auskunftsverweigerungsrecht bei konkreter Gefährdung des Zeugen Klein, StV 2006, 440).

Nach allem stützt sich die Auskunftsverweigerung hier auf bloße, nicht durch konkrete Umstände belegte Vermutungen oder rein denktheoretische Möglichkeiten, die weder für einen prozessual ausreichenden Anfangsverdacht noch zur Annahme eines Auskunftsverweigerungsrechts ausreichen (BGH, NStZ 1994, 499 [500]).

*2. Zum Vorliegen eines hinreichenden Tatverdachts wegen Strafvereitelung, § 258 I StGB, bzw. Strafvereitelung durch Unterlassen, §§ 258 I, 13 StGB*

Damit liegt auch der für eine Eröffnung des Hauptverfahrens erforderliche hinreichende Tatverdacht einer Strafvereitelung vor. Die Kammer bezweifelt, ob - wie die Verteidigung meint - gegen den Angeschuldigten ein Unterlassungsvorwurf erhoben wird; näher liegt die Annahme aktiven Tuns. Denn derjenige, der geltend macht, die Aussage zu verweigern bzw. erklärt, nach Beratung durch einen Rechtsanwalt keine Angaben zu machen, tritt - anders als in den nach §§ 258, 13 StGB eingeordneten Fällen, in denen Straftaten nicht angezeigt werden - auch als Handelnder in Aktion. Letztlich kann die Einordnung der Aussageverweigerung als Tun oder Unterlassen offen bleiben.

Im Falle der Annahme aktiven Tuns liegt die Strafvereitelung auf der Hand; ohne Aussage des Angeschuldigten zur Frage, wer ihm die Betäubungsmittel geliefert hat, können der oder die Verkäufer des Rauschgifts nicht ermittelt und bestraft werden.

Ebenso liegt es, wenn man von einem Unterlassen ausgeht. Strafvereitelung kann auch durch Unterlassen begangen werden, wenn eine Rechtspflicht zum Handeln besteht (BGHSt 43, 82 [84] = NJW 1997, 2059; NStZ 1992, 540 [541]; RGSt 53, 108). Der Angeschuldigte hatte in seiner Vernehmung als Zeuge die erforderliche Garantienpflicht. Die Rspr. hat sich mit der Frage, ob Strafvereitelung durch Unterlassen vorliegt, wenn ein Zeuge die Aussage zu Unrecht verweigert, bislang kaum befasst. Das OLG Frankfurt a. M., (Strafo 1998, 237) und das OLG Zweibrücken (wistra 1993, 231) haben sie - nicht entscheidungstragend - bejaht; dem wird teils zugestimmt (Hoyer in SK-StGB [52. Lfg.], § 258 Rn 32; Stree, in: Schönke/Schröder, StGB, 27. Aufl., § 13 Rn 31), teils widersprochen (Cramer, in MüKo-StGB, § 258 Rn 22). Unstreitig muss die Handlungspflicht, die der Täter versäumt, die Abwendung des tatbestandsmäßigen Erfolgs zum Gegenstand haben; sie muss gerade zur Wahrung desjenigen Rechtsguts auferlegt sein, dem der Schutz des Straftatbestands gilt (zB BGHSt 43, 82 [84] = NJW 1997, 2059; Ruß, in: LK-StGB, 11. Aufl., § 258 Rn

13; Stree, aaO, § 258 Rn 2; Tröndle/Fischer, StGB, 54. Aufl., § 258 Rn 6). Im Fall des § 258 StGB trifft die Garantenpflicht solche Personen, denen das Recht die Aufgabe zuweist, Belange der Strafrechtspflege zu fördern bzw. in irgendeiner Weise dazu beizutragen, dass Straftäter einer Sanktion zugeführt werden (BGHSt 43, 82 [85] = NJW 1997, 2059; Tröndle/Fischer, § 258 Rn 6 mwN).

Davon ausgehend ist beim Zeugen eine Garantenpflicht im dargelegten Sinne zu bejahen. Der Zeuge nimmt in Strafverfahren die Rolle des bedeutendsten persönlichen Beweismittels ein. Die Rechtsordnung weist ihm differenziert ausgestaltete Rechte und Pflichten zu. So unterliegt ein Zeuge namentlich einer mit Zwangsmitteln durchsetzbaren Aussagepflicht (vgl. § 70 StPO) und einer - strafbewehrten - Wahrheitspflicht (vgl. §§ 153 ff, 145 d, 164 StGB); Auskunfts- und Zeugnisverweigerungsrechte sind abschließend geregelt. Das Gesetz geht ferner, wie § 138 StGB zeigt, in bestimmten Fällen sogar davon aus, dass eine Anzeige- und damit regelmäßig eine Aussagepflicht (vgl. Tröndle/Fischer, § 138 Rn 29) besteht, obwohl die Straftat weder begangen worden noch den Ermittlungsbehörden bekannt sein muss. All diese Regelungen gelten für Privat- und Amtspersonen gleichermaßen und ergeben, dass der Gesetzgeber da-

von ausgeht, Zeugen seien von Rechts wegen dazu berufen, zur Verfolgung und Bestrafung von Straftätern beizutragen. Daran ändert weder der Hinweis darauf, es handle sich lediglich um eine gegenüber den Gerichten bestehende staatsbürgerliche Pflicht etwas noch erscheint es notwendig, dass Zeugen "in besonderer Weise" in den Dienst der Strafverfolgung gestellt sein müssen (so aber Cramer, aaO, § 258 Rn 22). Im übrigen können die Regelungen in § 70 StPO schon deshalb nicht als abschließend angesehen werden, weil sie auf die Zukunft bzw. die Herbeiführung der ohne Grund verweigerten Aussage zielen, hingegen hier die Frage einer Strafbarkeit des die Aussage ohne Grund Verweigernden in Rede steht. Die Annahme einer Garantenpflicht erscheint schließlich sachgerecht. Es wäre befremdlich, wenn einerseits ein Zeuge, der wahrheitswidrig angibt, über das Vernehmungsthema nichts zu wissen und damit eine Bestrafung des Täters verhindert (vgl. BayObLG, NJW 1966, 2177), unter § 258 StGB fällt, er jedoch andererseits straffrei bliebe, wenn er nichts aussagt, weil er zu Unrecht von einem Auskunftsverweigerungsrecht Gebrauch macht. Denn in beiden - nach außen hin nahezu identischen - Alternativen wird das durch § 258 StGB geschützte Rechtsgut der Strafrechtspflege gleichermaßen beeinträchtigt.

### Standort: § 266 StGB

### Problem: Vermögensbetreuungspflicht

BGH, BESCHLUSS VOM 02.04.2008  
5 STR 354/07 (NJW 2008, 1827)

#### **Problemdarstellung:**

Der Angeklagte G war faktischer Geschäftsführer zweier Komplementär-GmbHs. An den Muttergesellschaften hielten die Ehefrau E des G sowie dessen Sohn M die Mehrheiten. Diese überließen allerdings G die tatsächliche Leitung der Gesellschaften. Zweck der Gesellschaften war die Vermietung von Immobilien. Die insofern von den Mietern zu zahlenden Kautionen zahlte G auf Girokonten ein, die in eine Kontokorrentvereinbarung für mehrere Konten einbezogen waren, sodass Fehlbestände auf anderen Konten durch positive Salden auf den Kautionskonten ausgeglichen wurden. Somit konnten sämtliche Verbindlichkeiten der Gesellschaften aus den Kautionsgeldern beglichen werden. Als eine der Muttergesellschaften insolvent wurde, reichte das Restvermögen deshalb nicht mehr aus, um sämtliche Kautionen zurückzuzahlen. Das LG Berlin hatte den Angeklagten G wegen Untreue, § 266 I StGB, durch Einzahlung der Kautionen auf die Gesellschaftskonten verurteilt, die Angeklagten E und M wegen Beihilfe hierzu, §§ 266 I, 27 I StGB. Der BGH hob diese Verurteilung auf, da das Bestehen einer Vermögensbetreuungspflicht des Angeklagten G nicht für jeden abgeurteilten Fall hinreichend belegt

und bei E und M ein Gehilfenvorsatz nicht hinreichend nachgewiesen sei.

#### **Prüfungsrelevanz:**

Der Tatbestand der Untreue, § 266 I StGB, ist wegen der zahlreichen hier relevanten Problemstellungen im Examen besonders beliebt. Auch die vom BGH diskutierte Frage der Anforderungen an den Gehilfenvorsatz ist ein klassisches Examenproblem.

§ 266 I StGB enthält zwei eigentlich selbstständige Tatbestände, den Missbrauchstatbestand, § 266 I 1. Fall StGB, und den Treuebruchstatbestand, § 266 I 2. Fall StGB. Voraussetzung für eine Verwirklichung des Treuebruchstatbestandes ist stets das Bestehen einer Vermögensbetreuungspflicht. Ob eine solche auch im Rahmen des Missbrauchstatbestandes vorausgesetzt wird, ist streitig, wird aber von der herrschenden Meinung, insb. der Rechtsprechung, bejaht (BGHSt 24, 386; 50, 331, 342; BGH, wistra 2000, 384; 2006, 306; Lackner/Kühl, § 266 Rn 21; Krey/Hellmann, Rn 542; Wessels/Hillenkamp, Rn 749; a.A.: LK-Schünemann, § 266 Rn 17 ff.; Labsch, JURA 1987, 345). Auch wenn der BGH dies nicht ausdrücklich erwähnt, so kommt im vorliegenden Fall sowieso nur eine Strafbarkeit des G wegen des Treuebruchstatbestandes in Betracht, da der Missbrauchstatbestand voraussetzen würde, dass G eine Befugnis zur Vertretung der Opfer

- also der Mieter- missbraucht. Da G aber bei der Einzahlung der Kationen nicht als Vertreter der Mieter aufgetreten ist, hat er eine solche Befugnis nicht ge- und deshalb auch nicht missbraucht.

Bei dem somit einzig in Betracht kommenden Treuebruchstatbestand ist jedoch unstreitig eine Vermögensbetreuungspflicht des Täters erforderlich. Eine solche ist gegeben, wenn dem Täter im Rahmen eines fremdnützigen Schuldverhältnisses Raum für eigenverantwortliche Entscheidungen, also ein Ermessensspielraum und eine gewisse Selbstständigkeit, eingeräumt wurden und die Betreuung fremder Vermögensinteressen eine Hauptpflicht des Täters darstellt (BGHSt 13, 315; Fischer, § 266 Rn 29 f.; Krey/Hellmann, Rn 556 f.).

Gem. § 551 III BGB (§ 550b II BGB a.F.) hat der Vermieter die ihm vom Mieter geleistete Sicherheit (die sog. Mietkaution) vorbehaltlich einer abweichenden Vereinbarung bei einem Kreditinstitut zu dem für eine Spareinlage mit dreimonatiger Kündigungsfrist üblichen Zinssatz anzulegen. § 551 III 3 BGB stellt mittlerweile ausdrücklich klar, dass die Anlage getrennt vom übrigen Vermögen des Vermieters erfolgen muss. Fraglich ist jedoch, ob diese Pflicht des Vermieters auch eine Vermögensbetreuungspflicht i.S.v. § 266 I StGB begründet. Eine Auffassung lehnt dies mit dem Hinweis darauf ab, dass es sich bei der Pflicht des Vermieters zur Anlage der Kautions nur um eine vertragliche Nebenpflicht handle und aus einer solchen keine strafrechtlich relevante Vermögensbetreuungspflicht resultieren könne (OLG Düsseldorf, NJW 1989, 1171; wistra 1994, 33; SK-Samson/Günther, § 266 Rn 29; Satzger, JURA 1998, 570). Die Gegenauffassung, die insb. vom BGH vertreten wird, hält eine Vermögensbetreuungspflicht des Vermieters i.S.v. § 266 I StGB bzgl. der Kautions für gegeben (BGHSt 41, 224, 228; LG Hamburg, MDR 1990, 269; LG München, NSTZ 1991, 134; Fischer, § 266 Rn 36; Pauly, ZMR 1996, 417). Die entsprechenden Pflichten des Vermieters entstünden nicht nur als vertragliche Nebenpflichten, sondern als gesetzliche Pflichten und seien außerdem wesentlicher Teil des Vermieter-Mieter-Verhältnisses, sodass eine entsprechende strafrechtlich relevante Vermögensbetreuungspflicht gegeben sei. Der BGH setzt in der vorliegenden Entscheidung seine bisherige Rechtsprechung fort, betont dabei aber, dass - entsprechend der gesetzlichen Regelung im Zivilrecht - eine Vermögensbetreuungspflicht des Vermieters nur bei Wohnraummietverhältnissen gegeben sei, nicht jedoch bei gewerblichen Mietverhältnissen.

In seinen Hinweisen an den Tatrichter bzgl. der erforderlichen neuen Verhandlung weist der BGH allerdings ausdrücklich darauf hin, dass eine Strafbarkeit gem. § 266 I StGB den Eintritt eines Vermögensnachteils voraussetzt. Ein solcher ist unter denselben Voraussetzungen gegeben wie ein Vermögensschaden

i.S.v. § 263 I StGB, also dann, wenn der Gesamtwert des Opfers durch die Tathandlung verringert wurde, was anhand einer Gesamtsaldierung aller Vermögenswerte des Opfers zu bestimmen ist (Lackner/Kühl, § 266 Rn 17, § 263 Rn 36; Schönke/Schröder-Cramer/Perron, § 266 Rn 40; Wessels/Hillenkamp, Rn 775, 538). Nach herrschender Meinung kann ein Vermögensnachteil bzw. -schaden auch bereits in einer konkreten Gefährdung des geschützten Vermögens bestehen (BGH, NSTZ 2004, 264; Fischer, § 263 Rn 905 f.; Rengier, BT I, § 13 Rn 83; a.A.: Otto, JURA 1991, 494). Der BGH betont insofern, dass ein solcher Vermögensnachteil nicht bereits aus der Pflichtverletzung, also der Einzahlung der Kationen ein allgemeines Konto des Vermieters und nicht auf ein gesondertes Kautionskonto, resultiere. Nur soweit aufgrund der Gesamtumstände die nahe liegende Gefahr bestehe, dass auf dieses allgemeine Konto zugegriffen werden könne, liege eine zu einer Minderbewertung führende konkrete Vermögensgefährdung (und damit ein Vermögensnachteil) vor. Dies setze jedoch - sofern man schon in der Einzahlung auf das allgemeine Konto eine Untreuehandlung sehen wolle - voraus, dass bereits zu diesem Zeitpunkt eine drohende Überschuldung der vermietenden Gesellschaft bestand, die einen Zugriff der Gläubiger erwarten ließ.

Bzgl. der Strafbarkeit der Gehilfen E und M diskutiert der BGH vor allem die Anforderungen an den für eine Strafbarkeit gem. § 27 I StGB erforderlichen Gehilfenvorsatz. Insofern geht der BGH in der vorliegenden Entscheidung - in Übereinstimmung mit der herrschenden Literatur - davon aus, dass der Gehilfe die Haupttat nur in ihren wesentlichen Merkmalen, nicht jedoch in allen Einzelheiten, kennen und in dem Bewusstsein handeln muss, durch sein Verhalten das Vorhaben des Haupttäters zu fördern (BGHSt 46, 107, 109; Fischer, § 27 Rn 22 f.; Schönke/Schröder-Cramer/Heine, § 27 Rn 19). Im vorliegenden Fall hatte das LG Berlin einen Gehilfenvorsatz der Angehörigen des Angeklagten G damit begründet, dass diese wussten, dass G einschlägig vorbestraft war, sodass sie die Begehung von Vermögensdelikten durch G zumindest billigend in Kauf nahmen, wenn sie ihm die Leitung der Vermietungsgesellschaften übertragen. Der BGH stellt jedoch klar, dass lediglich aus einer Kenntnis über eine einschlägige Vorverurteilung nicht auf einen Vorsatz dahingehend geschlossen werden könne, die vorbestrafte Person werde bei Gelegenheit ohne weiteres wieder vergleichbare Straftaten begehen.

#### **Vertiefungshinweise:**

□ Zur Vermögensbetreuungspflicht des Vermieters, insb. bzgl. Mietkautionen: *BGHSt* 41, 224; *OLG Düsseldorf*, wistra 1994, 33; *OLG Frankfurt*, ZMR 1990, 342; *Pauly*, ZMR 1996, 417; *Sowada*, JR 1997, 28; *Satzger*, JURA 1998, 570

□ Zu den Anforderungen an den Gehilfenvorsatz: BGHSt 11, 66; 46, 107; BGH, wistra 2007, 143; Kindhäuser, NStZ 1997, 273; Satzger, JURA 2008, 514; Wild, JuS 1992, 911; Wolf, JR 1992, 428

**Leitsatz:**

**Vermögensbetreuungspflicht des Vermieters für Kauttionen bei Wohnraum- und Gewerberaummiете (im Anschluss an BGHSt 41, 224).**

**Sachverhalt:**

Der Angeklagte G war faktischer Geschäftsführer der W-GmbH, der Komplementärin der K-KG, sowie der S-GmbH, die Komplementärin der S-KG war. An beiden Unternehmen hielten Familienmitglieder die Mehrzahl der Geschäftsanteile, nämlich unter anderem seine mitangeklagte Ehefrau E (bei der K-KG) und sein mitangeklagter Sohn M (bei der S-KG). Die Angeklagten E und M waren auch jeweils Geschäftsführer des Unternehmens, an dem sie eine Mehrheitsbeteiligung innehatten.

Sowohl die K-KG als auch die S-KG vermieteten ihnen gehörende Wohn- und Gewerbeimmobilien. Entsprechend der mietvertraglichen Regelungen waren die Mieter zur Stellung von Kauttionen verpflichtet. Die Kauttionen wurden meist in bar übergeben oder per Überweisung an die beiden Gesellschaften geleistet. Der Angeklagte G, der in beiden Unternehmen alle wesentlichen Entscheidungen traf, zahlte die Kauttionen jeweils auf ein Girokonto bei der Sparkasse zwischen August 1994 und März 1997 ein. Beide Konten waren - für jede der beiden Gesellschaften separat - seit August 1993 in eine Kontokorrentvereinbarung einbezogen, was dazu führte, dass zwischen sämtlichen Konten ein täglicher Ausgleich stattfand. Damit konnten auf einigen Konten entstandene Negativsaldo durch Guthaben auf anderen Konten der Gesellschaft, unter anderem auch durch das Kauttionskonto, ausgeglichen werden. Die eingezahlten Kauttionen wurden auf diese Weise in das allgemeine Umlaufvermögen der beiden Unternehmen überführt und standen für die Deckung sämtlicher Verbindlichkeiten zur Verfügung. Es kam ebenfalls zu Transaktionen zwischen der K-KG und der S-KG. Insgesamt hat der Angeklagte G Kauttionen in einer Höhe von mindestens 500.000 DM vereinnahmt. Über das Vermögen der K-KG wurde später das Insolvenzverfahren eröffnet. Die einzelnen Mieter konnten bis heute ihre Kauttionsansprüche nicht realisieren, weil der Insolvenzverwalter das noch vorhandene Guthaben in Höhe von 260.000 DM hinterlegt und bislang nicht an die Mieter als Gläubiger der Kauttionen ausbezahlt hatte.

**Aus den Gründen:**

[1] Das Landgericht hat - neben Teileinstellung und -freispruch - den Angeklagten G wegen Untreue in 201 Fällen - unter Einbeziehung einer Geldstrafe aus einer

rechtskräftigen Vorverurteilung - zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von zwei Jahren und vier Monaten verurteilt sowie gegen ihn ein Berufsverbot für vier Jahre ausgesprochen. Gegen seine Ehefrau E und seinen Sohn M hat das Landgericht wegen Beihilfe zur Untreue Geldstrafen in Höhe von 150 Tagessätzen bzw. 90 Tagessätzen verhängt. Gegen dieses Urteil wenden sich sämtliche Angeklagten mit ihren Revisionen, die jeweils mit der Sachrüge im vollen Umfang Erfolg haben. Der Generalbundesanwalt hat - ohne Begründung - Terminantrag gestellt und zur Sache keine Ausführungen gemacht (vgl. zur gleichwohl zulässigen Verfahrensweise nach § 349 Abs. 4 StPO Hanack in Löwe/Rosenberg, StPO 25. Aufl. § 349 Rdn. 37; Meyer-Goßner, StPO 50. Aufl. § 349 Rdn. 30).

*I. Rechtliche Würdigung des Landgerichts*

[2] Das landgerichtliche Urteil enthält folgende Feststellungen und Wertungen: [...]

[5] Das Landgericht hat bereits die Einzahlungen der Kauttionen auf die beiden Girokonten als jeweils selbständige Untreuehandlungen gewürdigt. Damit habe der Angeklagte G als faktischer Geschäftsführer seine treuhänderische Pflicht gegenüber den Mietern verletzt, die Kauttionen so anzulegen, dass sie vor einem Zugriff der Gläubiger der jeweils vermietenden Gesellschaft geschützt seien. Dies gelte nicht nur für die Wohnraummiете, für die eine solche Pflicht ausdrücklich geregelt sei (§ 550b Abs. 2 BGB a.F. - jetzt § 551 Abs. 3 BGB), sondern ebenso für die Vermietung von Gewerberaum. Die Einzahlung der Gelder auf das Girokonto habe in jedem Falle eine schadensgleiche Vermögensgefährdung begründet, zumal die eingezahlten Kauttionen die Liquiditätslage der Gesellschaften abgesichert hätten.

[6] Die Angeklagten E und M hätten Beihilfe zur Untreue geleistet, weil sie durch ihre Strohmann Tätigkeit dem Angeklagten G die einzelnen Taten erst ermöglichten.

*II. Entscheidung des BGH*

[7] Die Revisionen aller drei Angeklagten führen zur umfassenden Aufhebung der landgerichtlichen Verurteilungen.

*1. Zur Strafbarkeit des Angeklagten G wegen Untreue, § 266 I StGB*

[8] Die Auffassung des Landgerichts, der Angeklagte G habe mit der Einzahlung der von den Mietern geschuldeten Kauttionen auf das Girokonto bei der Sparkasse jeweils eine selbständige Untreuehandlung begangen, begegnet durchgreifenden Bedenken.

*a. Zu § 550b II BGB a.F. als Grundlage für eine Vermögensbetreuungspflicht*

[9] Allerdings hat das Landgericht ohne Rechtsverstoß angenommen, dass durch die gesetzliche Regelung des



§ 550b Abs. 2 BGB a.F. (nunmehr § 551 Abs. 3 BGB) zugleich eine auf Gesetz beruhende Vermögensbetreuungspflicht im Sinne des § 266 StGB begründet wurde. Wie der Bundesgerichtshof bereits in seinem Beschluss vom 23. August 1995 (BGHSt 41, 224) ausgeführt hat, stellt diese gesetzliche Regelung einen Ausgleich zwischen dem Sicherungsbedürfnis des Vermieters auf der einen und dem Schutzbedürfnis des Mieters auf der anderen Seite her; sie schützt dabei insbesondere den Rückzahlungsanspruch des Mieters im Falle einer Zahlungsunfähigkeit des Vermieters vor dem Zugriff von dessen Gläubigern. Deshalb habe der Gesetzgeber die Mietkaution in Anlehnung an die Vorschriften über die Anlage von Einnahmen des Wohnungsverwalters (§ 27 Abs. 4 WEG) oder über den Umgang mit Mündelgeldern (§§ 1806, 1807 BGB) im Rahmen der Wohnungsmiete als Treuhandverhältnis ausgestaltet (BGHSt 41, 224, 228 unter Bezugnahme auf BT-Drucks 9/2079, S. 10). Auch wenn der dem Vermieter insoweit verbleibende Ermessensspielraum relativ eng gezogen sei, entstehe mit der Entgegennahme der Kautionsleistung eine Vermögensbetreuungspflicht, die für den Vermieter durch die mietrechtlich vorgesehene Verwendung dieser Gelder begründet werde (BGHSt aaO S. 229; Schönemann in LK 11. Aufl. § 266 Rdn. 113; kritisch hierzu: Dierlamm in MK-StGB 2006 § 266 Rdn. 11; Samson/Günther in SK-StGB 39. Lfg. § 266 Rdn. 29).

[10] An dieser Rechtsprechung hält der Senat fest, wobei es keiner Vertiefung bedarf, ob die in der Literatur kritisierte Anknüpfung der Vermögensbetreuungspflicht im Sinne des § 266 StGB an eine vertragliche Nebenpflicht aufrechtzuerhalten ist (Sowada JR 1997, 28; Dierlamm aaO). Der Senat hat vielmehr deutlich gemacht, dass sich die Vermögensbetreuungspflicht aus den Sonderregeln für die Wohnungsmiete (§ 550b Abs. 2 BGB a.F.) ergibt (BGHSt 41, 224, 227 f.), also keine durch Rechtsgeschäft, sondern eine durch Gesetz begründete Vermögensbetreuungspflicht darstellt. Mit der Anlage der Gelder unter Verstoß gegen die gesetzliche Regelung des § 550b Abs. 2 BGB a.F. hat der Angeklagte G deshalb pflichtwidrig im Sinne des § 266 Abs. 1 StGB gehandelt.

#### *b. Zum Fehlen einer Vermögensbetreuungspflicht bei gewerblichen Mietverhältnissen*

[11] Entgegen der Auffassung des Landgerichts entsteht eine solche Vermögensbetreuungspflicht im Sinne des § 266 Abs. 1 StGB nur bei der Wohnungsmiete. Das Landgericht hat eine Erstreckung auf gewerbliche Mietverhältnisse damit begründet, dass aus der Sicht dieser Mieter ebenfalls eine Sicherung der eingebrachten Kautionsleistungen erforderlich sei, weil auch die gewerblichen Mieter nicht unerhebliche Risiken eingingen. Die gewerblichen Mieter müssten deshalb gleichermaßen am strafrechtlichen Schutz des § 266 Abs. 1 StGB teilnehmen. Dieser Ansatz des Landgerichts

begegnet in zweifacher Hinsicht durchgreifenden Bedenken.

#### *aa. Zum Fehlen einer gesetzlichen Grundlage*

[12] Eine durch Gesetz begründete Vermögensbetreuungspflicht in Bezug auf die Mietkaution scheidet bei der Gewerberaummietaus. Die gesetzlichen Regelungen über die Anlage von Mietkautionen beziehen sich allein auf Mietverhältnisse über Wohnraum. Dies ergibt sich aus der Überschrift des Untertitels 2: "Mietverhältnisse über Wohnraum" und aus § 549 Abs. 1 BGB, der insoweit den spezialgesetzlichen Charakter der Regelungen über Wohnraummietverhältnisse klarstellt. Dies bedeutet aber auch, dass selbst eine analoge Anwendung der Vorschrift des § 551 Abs. 3 BGB auf gewerbliche Mietverhältnisse ausscheidet. Da der Gesetzgeber die Regelung bewusst nicht als allgemeine mietvertragliche Regelung ausgestaltet, sondern auf Mietverträge über Wohnraum beschränkt hat, fehlt eine Lücke, die im Wege einer Analogie geschlossen werden könnte. Der Senat kann es daher dahinstehen lassen, ob im Blick auf das strafrechtliche Analogieverbot (§ 1 StGB) überhaupt eine derartige - über den Wortsinn hinausgehende - Auslegung mittelbar strafrechtsbegründender zivilrechtlicher Normen zulässig ist (vgl. Dannecker in LK 12. Aufl. § 1 Rdn. 262). Es liegt bei der Gewerberaummieta mithin keine gesetzlich begründete Vermögensbetreuungspflicht im Hinblick auf die Kautionsleistung vor. Schon deshalb geht die Erwägung des Landgerichts, auch der gewerbliche Mieter verdiene den Schutz des § 266 StGB, ins Leere.

#### *bb. Zum Fehlen einer anderweitigen Grundlage*

[13] Eine anderweitige Entstehung einer Vermögensbetreuungspflicht ist nicht ersichtlich. Zwar ist eine mietvertragliche Regelung denkbar, die eine entsprechende Anlagepflicht der eingezahlten Kautionsleistungen vorsieht. In diesem Fall läge eine rechtsgeschäftliche Begründung einer entsprechenden Vermögensbetreuungspflicht im Sinne des § 266 Abs. 1 StGB vor. Dass eine derartige Vereinbarung erfolgt ist, hat das Landgericht jedoch nicht festgestellt. Sie liegt auch nicht nahe, zumal die Verträge durch die Vermieterseite vorformuliert gewesen sein dürften.

[14] Hingegen begründet die bloße Vereinbarung einer Kautionsleistung als solche keine Vermögensbetreuungspflicht. Es ist schon zweifelhaft, ob für die Kautionsleistung bei der Gewerberaummieta vergleichbare Regelungen gelten, der Vermieter also überhaupt zu einer abgesonderten und verzinslichen Anlage der Kautionssumme verpflichtet ist. Solches ist schon deshalb fraglich, weil der Gesetzgeber dieses ausdrücklich nur für die Wohnungsmiete angeordnet hat. Zudem würde es der unterschiedlichen Interessenlage bei der Gewerberaummieta widersprechen, wenn dort ohne weiteres gleiche Pflichten bestünden. Für die Gewerberaummieta gilt

nämlich das Primat der freien Vereinbarung (Palandt/Weidenkaff, BGB 67. Aufl. Einf. v. § 535 Rdn. 122).

[15] Für die strafrechtliche Beurteilung unter dem Gesichtspunkt der Untreue kann die Frage der Behandlung einer Kautionsvereinbarung im Rahmen eines Gewerberaummietverhältnisses aber letztlich offen bleiben. Selbst wenn sich aus der Kautionsvereinbarung nämlich entsprechende Nebenpflichten ergeben sollten (so zur abgesonderten Anlage der Kautionsvereinbarung - OLG Nürnberg MDR 2006, 1100 -; zu deren Verzinsung - BGH NJW 1994, 3287), führt dies nicht zur Annahme einer durch Rechtsgeschäft begründeten Vermögensbetreuungspflicht. Allgemeine schuldrechtliche Pflichten aus einem Vertragsverhältnis genügen für sich genommen nicht (BGHSt 33, 244, 249; BGHR StGB § 266 Abs. 1 Vermögensbetreuungspflicht 11, 14, 16; vgl. auch Fischer, StGB 55. Aufl. § 266 Rdn. 29). Dies gilt grundsätzlich selbst dann, wenn es sich um Rücksichtnahme- oder Sorgfaltspflichten zugunsten des Vertragspartners handelt (Lenckner/Perron in Schönke/Schröder, StGB 27. Aufl. § 266 Rdn. 23; vgl. auch BGHR StGB § 266 Abs. 1 Vermögensbetreuungspflicht 9).

[16] Vertragliche Pflichten müssen, um eine Vermögensbetreuungspflicht begründen zu können, im besonderen Maße den Interessen des Vertragspartners dienen und gerade deshalb vereinbart worden sein. Die vereinbarte Regelung muss - als rechtsgeschäftlich eingegangene Vermögensbetreuungspflicht - mithin zugunsten des geschützten Vertragspartners Elemente einer Geschäftsbesorgung aufweisen (Lenckner/Perron aaO Rdn. 27; vgl. auch BGHSt 28, 20, 23 f.). Das bedeutet, dass sich die Vertragspartner nicht nur über die Zahlung einer Kautionsvereinbarung an sich, sondern auch über deren besondere Anlageform geeinigt haben müssen. Vereinbaren die Parteien eines gewerblichen Mietverhältnisses eine besondere Sicherung nicht ausdrücklich und bringen dadurch nicht zum Ausdruck, dass der Vermieter im Hinblick auf die Kautionsvereinbarung treuhänderische Pflichten zu übernehmen habe, kann deshalb nicht von der Annahme einer rechtsgeschäftlichen Vermögensbetreuungspflicht ausgegangen werden.

[17] Treffen den Empfänger der Kautionsvereinbarung keine besonderen, ihm vertraglich auferlegten Sicherungspflichten, ist die Einzahlung einer Kautionsvereinbarung nicht anders zu beurteilen, als wenn der Mieter für einen künftigen Sicherungsfall vorleistet. Insoweit besteht an sich immer ein Sicherungsbedürfnis, das der vorleistende Mieter aber durch eine entsprechende Fassung der Vereinbarung minimieren könnte. Einem gewerblichen Mieter ist die Durchsetzung einer entsprechenden vertraglichen Absicherung auch abzuverlangen. Ein gewisses Sicherungsbedürfnis wohnt im Übrigen letztlich jeder Vorleistung inne. Dieses dem Leistenden verbleibende Restrisiko reicht jedoch grundsätzlich nicht aus, den Empfänger der Vorleistung mit einer

Vermögensbetreuungspflicht im Sinne des § 266 Abs. 1 StGB zu belasten (BGHSt 28, 20, 23 f.). Gerade im Rahmen von Austauschverhältnissen bedarf es deshalb - sofern eine gesetzliche Bestimmung fehlt - einer ausdrücklichen Vereinbarung, die den Vertragsschließenden insoweit zu einer besonderen Vermögensfürsorge zugunsten des anderen Vertragspartners verpflichtet. Andernfalls erschöpft sich der Verstoß in einer Verletzung der Pflicht, sich vertragsgemäß zu verhalten. Dies begründet aber als solches noch keine Untreue (BGHSt 22, 190, 191; 33, 244, 250).

## 2. Zum Fehlen hinreichender Feststellungen

[18] Da in den Gewerberaummietfällen nach den Feststellungen keine besonderen Kautionsvereinbarungen in dem oben dargestellten Sinne abgeschlossen wurden, führt dies dazu, dass nur in den Fällen, in denen ein Mietverhältnis über Wohnraum begründet worden ist, hinsichtlich der eingezahlten Kautionsvereinbarung eine Vermögensbetreuungspflicht hat entstehen können. Da sich den Urteilsgründen nicht entnehmen lässt, in welchem der 201 Einzelfälle es sich jeweils um Wohn- oder Gewerberaummiete handelte, kann das Urteil gegen den Angeklagten G schon deshalb insgesamt keinen Bestand haben. Es lässt sich nämlich für keinen der ausgeurteilten 201 Fälle ausschließen, dass es sich insoweit nicht um ein Gewerberaummietverhältnis gehandelt haben könnte. Im Gegenteil spricht in mehreren Fällen für Gewerberaummietverhältnisse, dass eine juristische Person als Mieter auftritt oder die Höhe der Kautionsvereinbarung dies nahelegt. Im Fall 169 der Urteilsgründe hat dies das Landgericht ausdrücklich festgestellt. Die unterbliebene Zuordnung, ob es sich um Wohnraummietverhältnisse handelt, bedingt auch die umfassende Aufhebung der zugrunde liegenden Feststellungen.

## 3. Zur Strafbarkeit der Angeklagten E und M wegen Beihilfe zur Untreue, §§ 266 I, 27 I StGB

[19] Die Verurteilungen der Angeklagten E und M wegen Beihilfe zur Untreue haben auch deswegen keinen Bestand, weil durchgreifende Bedenken gegen die Annahme eines Gehilfenvorsatzes bestehen.

### a. Zur Begründung des Vorliegens eines Gehilfenvorsatzes durch das LG

[20] Das Landgericht leitet einen Gehilfenvorsatz daraus ab, dass beide Angeklagte jeweils dem Angeklagten G die von ihnen als formelle Geschäftsführer geführten Unternehmen in dem Bewusstsein überlassen hätten, dass es zu einer strafrechtlich erheblichen Schädigung der Mieter dieser Gesellschaften kommen könnte. Die Einzelheiten der Taten hätten sie als Gehilfen nicht wissen müssen. Die billigende Inkaufnahme einer Nachteilszufügung zu Lasten der Mieter begründet das Landgericht damit, dass beide Angeklagte von der Vorverurteilung des Angeklagten G durch das Landgericht Berlin vom 5. März 1992 Kenntnis gehabt

hätten. Der Angeklagte G wurde dort wegen Untreue, Meineides und versuchten Betrugs zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von einem Jahr und zehn Monaten verurteilt, deren Vollstreckung zur Bewährung ausgesetzt wurde.

*b. Zum Fehlen der Anforderungen für einen Gehilfenvorsatz im vorliegenden Fall*

[21] Im Ansatz zutreffend geht das Landgericht davon aus, dass der Gehilfe die Haupttat in ihren wesentlichen Merkmalen kennen und in dem Bewusstsein handeln muss, durch sein Verhalten das Vorhaben des Haupttäters zu fördern. Einzelheiten der Haupttat braucht er dabei jedoch nicht zu kennen (BGHSt 46, 107, 109; BGHR StGB § 27 Abs. 1 Vorsatz 7, 9). Die hierzu bislang getroffenen Feststellungen tragen jedoch bezüglich der Angeklagten E und M nicht ohne weiteres eine Verurteilung wegen vorsätzlicher Beihilfe zur Untreue.

[22] Zwar ist die Würdigung der Beweise grundsätzlich Sache des Tatrichters. Das Revisionsgericht hat seine Schlussfolgerungen, die nur möglich, aber nicht zwingend sein müssen, grundsätzlich hinzunehmen (BGHR StPO § 261 Überzeugungsbildung 21). Eine Grenze findet dies jedoch dort, wo sich die tatrichterliche Würdigung in Vermutungen erschöpft, die nicht durch entsprechende Tatsachen belegt sind. Entfernt sich der Tatrichter in seinen Schlussfolgerungen so sehr von einer festen Tatsachengrundlage, dass sie nur noch einen Verdacht, nicht dagegen die für eine Verurteilung erforderliche Überzeugung zu begründen vermögen, liegt hierin ein Verstoß gegen § 261 StPO (BGHR StPO § 261 Überzeugungsbildung 26; Vermutung 1, 7).

Allein das Vorhandensein einer - im Übrigen nicht einmal tatsächlich sehr ähnlich gelagerten - einschlägigen Vorverurteilung, deren Vollstreckung zudem wegen der positiven Sozialprognose des Angeklagten G zur Bewährung ausgesetzt wurde, rechtfertigt einen solchen Schluss nicht ohne weiteres. Ohne entsprechende nähere Anhaltspunkte ist die Feststellung des Landgerichts nicht tragfähig, die Angeklagten E und M hätten mit einer vorsätzlichen Nachteilszufügung der Mieter durch den Angeklagten G gerechnet. Es hätte zumindest der Kenntnis bestimmter Vorkommnisse bedurft, die für E und M einen entsprechenden konkreten Verdacht hätten begründen können. Ohne weitere Aufklärung zu dem Wissensstand dieser Angeklagten bleibt die Annahme des Landgerichts spekulativ, zumal es sich nicht ernsthaft mit der Möglichkeit auseinandersetzt, dass die beiden Angeklagten von entsprechenden strafbaren Handlungen des faktischen Geschäftsführers G keine Kenntnis hatten, sondern letztlich dem Ehemann bzw. Vater vertrauten. Insoweit hätte es einer weiter gehenden und tieferen Erörterung bedurft.

*c. Aufhebung der Schuldsprüche bzgl. E und M*

[23] Die Schuldsprüche gegen die Angeklagten E und M sind deshalb aufzuheben. Dies führt bezüglich dieser Angeklagten zu einer umfassenden Aufhebung der Feststellungen, weil sich insoweit der Rechtsfehler im Hinblick auf die Haupttat auch zu ihren Lasten auswirkt.

*III. Hinweise für die neue Hauptverhandlung*

[24] Für die neue Hauptverhandlung weist der Senat noch auf Folgendes hin:

*1. Zum Vorliegen eines Vermögensnachteils i.S.v. § 266 I StGB*

[25] Bei den Kautionen für Wohnraummiete bewirkt die Einzahlung der Kautions auf das Girokonto noch nicht ohne weiteres eine (vollendete) Untreue im Sinne des § 266 StGB. Die pflichtwidrige Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht indiziert hier nämlich - entgegen der Auffassung des Landgerichts - nicht die Feststellung eines Nachteils im Sinne des § 266 StGB.

*a. Zu den Voraussetzungen für das Vorliegen eines Vermögensnachteils*

[26] Die Strafbarkeit wegen Untreue setzt voraus, dass ein Vermögensnachteil entstanden ist. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kann der Nachteil im Sinne des § 266 Abs. 1 StGB bereits dann eingetreten sein, wenn eine schadensgleiche Vermögensgefährdung gegeben ist. Dies ist dann der Fall, wenn die Gefährdung nach wirtschaftlicher Betrachtung bereits eine Verschlechterung der gegenwärtigen Vermögenslage bedeutet (BGHSt 44, 376, 384; 48, 354, 357).

[27] Eine solche schadensgleiche Vermögensgefährdung entsteht allerdings nicht bereits, wenn die Kautions nicht vom sonstigen Betriebsvermögen abgesondert, sondern auf ein "allgemeines" Konto eingezahlt wird. Insoweit ist die Sachverhaltskonstellation nicht anders zu beurteilen als allgemein die unterlassene Einzahlung von Fremdgeldern auf einem Anderkonto, obwohl eine Rechtspflicht zu einer abgesonderten Anlage dieser Gelder besteht. Nach der ständigen Rechtsprechung führt ein solches Verhalten nicht zu einem Nachteil im Sinne des § 266 StGB, soweit der Betreffende jederzeit bereit und fähig ist, einen entsprechenden Betrag aus eigenen flüssigen Mitteln vollständig auszukehren (BGHSt 15, 342; BGHR StGB § 266 Abs. 1 Nachteil 56). Hierzu fehlen bislang Feststellungen. Zwar stünde die auf dem Girokonto eingezahlte Kautions grundsätzlich dem Zugriff von Privatgläubigern des Vermieters offen; damit waren diese Guthaben gefährdet. Eine schadensgleiche Vermögensgefährdung begründet diese bloße abstrakte Möglichkeit jedoch noch nicht. Die Gefahr eines endgültigen Verlusts eines Vermögensbestandteils muss vielmehr so groß sein, dass sie schon jetzt eine Minderung des Ge-

samtvermögens zur Folge hat (BGHSt 51, 165, 177; vgl. auch BGHSt 21, 112 ff.; BGHR StGB § 266 Abs. 1 Nachteil 32).

[28] Im Rahmen der Prüfung einer schadensgleichen Vermögensgefährdung kommt es deshalb insgesamt auf die Vermögensverhältnisse des Vermieters an. Nur soweit aufgrund der Gesamtumstände die naheliegende Gefahr besteht, dass auf dieses "allgemeine" Konto zugegriffen werden könnte, liegt eine zu einer Minderung führende Vermögensgefährdung vor (vgl. BGHSt 44, 376, 384). Dies setzt - sofern man schon in der Einzahlung auf das allgemeine Konto eine Untreuehandlung sehen wollte - voraus, dass bereits zu diesem Zeitpunkt eine drohende Überschuldung der vermietenden Gesellschaft bestand, die einen Zugriff der Gläubiger erwarten ließ.

[29] Eine solche Prüfung wird der neue Tatrichter vorzunehmen haben. Dabei wird auch dem Umstand Beachtung einzuräumen sein, dass der Angeklagte G mit dem Kontoausgleichssystem sämtliche Konten der Gesellschaft miteinander verbunden hat, um so Negativsalden weitgehend zu vermeiden. Dies hat indizielle Wirkung für die wirtschaftliche Gesamtsituation der Gesellschaft, weil ersichtlich ab diesem Zeitpunkt die Kauttionen für die Deckung anderweitiger Verbindlichkeiten verwandt wurden und damit ihre Rückzahlbarkeit unmittelbar gefährdet war. Gleiches gilt insbesondere auch im Hinblick auf den Ausgleich des Hauptkontos Ende 1995 und die Querüberweisungen zwischen K und S. Ergäbe sich eine entsprechende angespannte Vermögenslage beider Gesellschaften, dann wäre eine Einzahlung auf den Girokonten, obwohl zu diesem Zeitpunkt der Kontenausgleich bereits institutionalisiert war, regelmäßig mit einer schadensgleichen Vermögensgefährdung verbunden. Dies gilt jedenfalls, solange sich die wirtschaftlichen Verhältnisse der Gesellschaft nicht nachhaltig gebessert haben, wofür allerdings nach den bisherigen Feststellungen kein Anhalt besteht.

[30] Eine Untreue durch Unterlassen käme in Betracht, falls die einzelne Kauttion im Zeitpunkt ihrer Einzahlung noch nicht gefährdet und ihre Rückzahlbarkeit erst später aufgrund der Verschlechterung der finanziellen Verhältnisse beider Unternehmen nicht mehr gewährleistet gewesen sein sollte. Insoweit würde die Vermögensbetreuungspflicht des Angeklagten G zugleich eine Garantienpflicht begründen. Ihm obliegt es nämlich, die eingezahlten Kauttionen so zu sichern, dass sie nicht zur Deckung von Verbindlichkeiten der beiden Gesellschaften herangezogen werden können (vgl. BGHSt 49, 147, 164).

#### *b. Zum Nachteilszufügungsvorsatz*

[31] Das Vorliegen einer schadensgleichen Vermögensgefährdung begründet bei dem Angeklagten G einen Tatvorsatz, wenn er die zugrunde liegenden tatsächlichen Umstände erkannt hat. Zu dem kognitiven

Element, nämlich dass er aufgrund der wirtschaftlichen Situation der Gesellschaften eine nicht gegebene Rückzahlbarkeit der Mietkaution zumindest für möglich gehalten hatte (vgl. BGHSt 48, 331, 348), muss zusätzlich noch das voluntative Element hinzutreten. Dies bedeutet, dass der Angeklagte G die konkrete Gefahr erkannt und zudem deren Realisierung gebilligt haben muss, sei es auch nur in der Form, dass er sich mit dem Eintritt des ihm unerwünschten Erfolges abfindet (BGHSt 51, 100, 120 f.; vgl. auch BGHSt 48, 331, 347 ff.).

#### *2. Zur Strafbarkeit wegen Betrugs, § 263 StGB*

[32] Ließe sich feststellen, dass die wirtschaftlichen Verhältnisse der beiden Gesellschaften so angespannt waren, dass die eingezahlten Kauttionen schon aus diesem Grund erheblich gefährdet waren, käme auch eine Verurteilung wegen Betrugs nach § 263 StGB in Betracht, wenn dem Angeklagten G hinsichtlich einer sich aus der schlechten Vermögenssituation der Gesellschaften möglicherweise ergebenden schadensgleichen Vermögensgefährdung insoweit Vorsatz nachgewiesen werden könnte (vgl. BGHSt 48, 331, 346 f.). Da dies nicht völlig ausgeschlossen werden kann, scheidet ein Freispruch auch in den Fällen aus, in denen eine Gewerberaummieta unzweifelhaft vorliegt (wie im Fall 169 der Urteilsgründe).

#### *3. Zum Fehlen eines Verbotsirrtums i.S.v. § 17 StGB*

[33] Ein von der Verteidigung behaupteter Verbotsirrtum ist nicht ersichtlich. Die Verteidigung meint, dass jedenfalls erst nach der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 23. August 1995 (BGHSt 41, 224) und deren Veröffentlichung den Angeklagten die Kenntnis von der Strafbarkeit ihres Verhaltens vorgeworfen werden könne.

[34] Die Verteidigung belegt mit der von ihr dargestellten Fehlvorstellung der Angeklagten - wie das Landgericht zutreffend ausgeführt hat - noch keinen Verbotsirrtum im Sinne des § 17 StGB. Ein Verbotsirrtum nach dieser Vorschrift kommt nur in Betracht, wenn dem Täter die Einsicht fehlt, Unrecht zu tun. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs braucht der Täter die Strafbarkeit seines Vorgehens nicht zu kennen; es genügt, dass er wusste oder hätte erkennen können, Unrecht zu tun (BGHSt 15, 377, 383; BGH NStZ 1996, 236, 237; wistra 1986, 218). Der Unrechtsgehalt wird hier aber bereits durch den Verstoß gegen die gesetzlich normierten Pflichten zur Anlage einer Kauttion vermittelt (§ 550b BGB a.F. = § 551 Abs. 3 BGB). Hiergegen verstieß der Angeklagte G. Die Annahme, er habe diese Vorschrift des Mietrechts zumindest ihrem Inhalt nach nicht gekannt, liegt bei ihm ebenso fern wie bei den Mitangeklagten E und M. Es ist deshalb schon kein Irrtum im Sinne des § 17 StGB gegeben, sondern allenfalls eine unbeachtliche falsche rechtliche Einordnung (vgl. BGHR

StGB § 11 Abs. 1 Nr. 2 Amtsträger 14). Selbst wenn die Angeklagten die Kautionsregelung für den Bereich der Wohnraummiete nicht gekannt haben sollten, wäre ein solcher Irrtum, der die Normen ihres unmittelbaren beruflichen Bereichs betraf, ohne weiteres vermeidbar gewesen.

#### 4. Zur Schadenshöhe

[35] Zur Bestimmung des Schuldumfangs bedarf es der Feststellung des tatsächlich eingetretenen Schadens (vgl. BGHR StGB § 266 Abs. 1 Nachteil 27). Hierbei kommt einem bloßen Gefährdungsschaden nicht das gleiche Gewicht zu wie dem endgültig eingetretenen Nachteil (Fischer, StGB 55. Aufl. § 266 Rdn. 82). Dies erfordert grundsätzlich, dass der Tatrichter Feststellungen zu dem Ausfall trifft, der dem einzelnen Mieter entstanden ist. Dafür kann der Tatrichter gehalten sein, für die einzelne Kautionsmöglichkeit Gegenansprüche des Vermieters zu berechnen, die durch die Kautionsversicherung gesichert werden sollen. Ein Schaden scheidet bei der im Rahmen der Untreue gebotenen gesamtbilanzierenden Betrachtung (BGHR StGB § 266 Abs. 1 Nachteil 55) nämlich dann aus, wenn der durch den Kautionsverlust geschädigte Mieter seinerseits von Ersatzansprüchen gegenüber dem Vermieter frei wird.

[36] Lässt sich die Höhe des tatsächlich entstandenen Schadens nicht ermitteln, kann der Tatrichter auf den Gefährdungsschaden abstellen. Belässt er es dabei, muss er dann allerdings zugunsten des Angeklagten im Rahmen der Strafzumessung davon ausgehen, dass tatsächlich kein endgültiger Schaden eingetreten ist.

#### 5. Zur Berücksichtigung einer rechtsstaatswidrigen Verfahrensverzögerung

[37] Der neue Tatrichter wird die Frage einer rechtsstaatswidrigen Verfahrensverzögerung umfassend zu prüfen haben. Die Ausführungen des Landgerichts hierzu begegnen Bedenken. Es reicht nicht aus, in den

Urteilsgründen lediglich auf die bisher verstrichene Verfahrensdauer zu verweisen (hier: mehr als neun Jahre). Der Tatrichter ist vielmehr verpflichtet, das Maß der eingetretenen rechtsstaatswidrigen Verfahrensverzögerung zu bestimmen (BGHR MRK Art. 6 Abs. 1 Satz 1 Verfahrensverzögerung 17, 20, 21) und hierfür eine Kompensation festzulegen (BGH, Beschluss vom 13. Februar 2008 - 2 StR 356/07). Nach der Entscheidung des Großen Senats für Strafsachen des Bundesgerichtshofs vom 17. Januar 2008 (NJW 2008, 860 ff. zur Veröffentlichung in BGHSt vorgesehen) hat die Kompensation nunmehr grundsätzlich in der Form zu erfolgen, dass zur Entschädigung für die überlange Verfahrensdauer ein bezifferter Teil der verhängten Strafe als vollstreckt gilt. Dabei wird der neue Tatrichter den im angefochtenen Urteil vorgenommenen Strafabschlag berücksichtigen können. Gegen die vom 3. Strafsenat erwogene Möglichkeit einer Erhöhung der bisher verhängten Strafe (BGH, Beschluss vom 18. Januar 2008 - 3 StR 388/07) hätte der Senat indes dogmatische Bedenken. Für den Fall, dass nach dem Ergebnis der neuen Hauptverhandlung ein Schuldspruch gegen die Angeklagten E und M noch in Betracht kommen sollte, wird eine Einstellung des Verfahrens, jedenfalls aber eine Sanktion unterhalb einer Geldstrafe in Betracht zu ziehen sein. Die grundsätzlich übliche Kompensation schließt nämlich nicht aus, in besonders krassen Fällen der Verfahrensverzögerung das Verfahren wegen eines dann eingetretenen Verfahrenshindernisses abubrechen (BGHR MRK Art. 6 Abs. 1 Satz 1 Verfahrensverzögerung 2) oder nach §§ 153 ff. StPO einzustellen. Weiterhin kann auch das Absehen von Strafe oder eine Verwarnung mit Strafvorbehalt geboten sein (vgl. BGHR MRK Art. 6 Abs. 1 Satz 1 Verfahrensverzögerung 21), wenn allein eine vollstreckungsrechtliche Anrechnung nicht mehr ausreicht.

### IMPRESSUM

<b>HERAUSGEBERIN:</b>	JURA INTENSIV VERLAGS-GMBH & CO. KG, Salzstraße 18, 48143 Münster Tel.: 0251/4824-60; Fax: 0251/4824-545 <a href="http://www.jura-intensiv.de">http://www.jura-intensiv.de</a> / <a href="mailto:ra@jura-intensiv.de">ra@jura-intensiv.de</a>
<b>CHEFREDAKTION:</b>	Rechtsanwalt Frank Schildheuer ( <i>zugleich Öffentliches Recht</i> )
<b>REDAKTEURE:</b>	Rechtsanwältin Kathrin Lühl ( <i>Zivilrecht</i> ); Rechtsanwalt Uwe Schumacher ( <i>Strafrecht</i> )
<b>ABONNEMENT:</b>	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.
<b>BEZUGSPREISE:</b>	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.
<b>VERSAND:</b>	Ohne Zusicherung eines festen Veröffentlichungstermins monatlich per Post.
<b>NACHBESTELLUNG:</b>	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. Alle Preise zzgl. 3,50 Euro Versandkosten. Bitte Einzugsermächtigung beifügen. Der Bezug von Einzelheften des <i>laufenden</i> Jahrgangs ist nur i.V.m. einem Abonnement möglich.

*Urteile in Fallstruktur***Standort: Öffentliches Recht****Problem: Paintball und öffentliche Ordnung**

VG MINDEN, URTEIL VOM 27.11.2007  
1 K 2883/06 (NVwZ-RR 2008, 378)

**Problemdarstellung:**

Über die Zulässigkeit moderner Varianten des "Räuber-und-Gendarmen"-Spiels wie "Paintball", "Gotcha" oder sog. "Laserdrome" wird hierzulande viel diskutiert. Juristisch geht es üblicherweise um ein ordnungsbehördliches Einschreiten gegen den Veranstalter solcher Spiele. Im vorliegenden Fall präsentiert sich das Problem einmal in einer anderen Konstellation: Der Kl. beehrte die Erteilung eines Bauvorbescheids über die Errichtung einer Sporthalle, in der er ein Paintballspiel veranstalten wollte.

Das VG Minden bejahte i.E. einen solchen Anspruch. Nach kurzer Erörterung der bauplanungsrechtlichen Aspekte - das Gericht stuft die entgeltliche Veranstaltung von Paintballspielen als Gewerbe ein, das im hier durch qualifizierten Bebauungsplan festgesetzten Industriegebiet unproblematisch zulässig ist - kommt es auf das Bauordnungsrecht zu sprechen. Ähnlich wie im allgemeinen Polizei- und Ordnungsrecht verlangt nämlich auch hier die Generalklausel in den Bauordnungen der Länder die Vereinbarkeit des Vorhabens mit der öffentlichen Sicherheit und Ordnung (Ausnahme: Niedersachsen, dort nur öffentliche Sicherheit). Ob dies der Fall ist, insbesondere ob derartige Spiele mit dem Gewaltmonopol des Staates und der Menschenwürde vereinbar sind, ist streitig (vgl. Vertiefungshinweise). Letztlich wird es immer auf die konkrete Spielvariante ankommen, eine pauschale Aussage ist kaum möglich. Tendenziell hat sich die Rspr. solchen Spielen gegenüber aber eher zurückhaltend gezeigt und vielfach einen Verstoß gegen die öffentliche Ordnung bejaht, wengleich gerade jüngere Entscheidungen dies zunehmend anders sehen. Das vorliegende Urteil des VG Minden ist ein Beispiel für diese Tendenz.

**Prüfungsrelevanz:**

Das Urteil ist schon deshalb besonders Prüfungsrelevant, weil es einen Examensklassiker einmal in neuem Gewand präsentiert. Zudem lässt sich Polizei- und Ordnungsrecht gut mit Baurecht kombinieren.

Vom VG kurz angesprochen werden auch die gesetzgeberischen Aktivitäten auf diesem Gebiet. Im Jahr 2002 war geplant, in das OWiG einen neuen § 118a aufzunehmen, der das Veranstalten solcher Spiele ord-

nungswidrig gemacht hätte (vgl. BT-Drucksache 15/88 vom 14.11.2002). § 118a OWiG sollte folgenden Wortlaut erhalten:

*§ 118a: Menschenverachtende Spiele**(1) Ordnungswidrig handelt, wer*

*1. Spiele veranstaltet, die geeignet sind, die Mitspieler in ihrer Menschenwürde herabzusetzen, indem ihre Tötung oder Verletzung unter Einsatz von Schusswaffen oder diesen nachgebildeten Gegenständen simuliert wird;*

*2. hierfür Grundstücke, Anlagen oder Einrichtungen bereitstellt;*

*3. an solchen Spielen teilnimmt.*

*(2) Die Ordnungswidrigkeit kann in den Fällen des Absatzes 1 Nr. 1 und 2 mit einer Geldbuße bis zu 5 000 Euro, in den Fällen des Absatzes 1 Nr. 3 mit einer Geldbuße geahndet werden.*

Für die öffentlich-rechtliche Problemlösung wäre damit allerdings wenig gewonnen. Ein solcher § 118a OWiG gehörte zwar zu den Schutzgütern der öffentlichen Sicherheit, und würde hiergegen verstoßen, erübrigten sich Ausführungen zur öffentlichen Ordnung; die oft schwammigen und - wie erwähnt - i.E. von den konkreten Spielvarianten abhängigen Ausführungen zur Menschenwürde wären aber nicht entbehrlich, denn der Tatbestand des § 118a OWiG fordert ja ein Spiel, das geeignet ist, "die Mitspieler in ihrer Menschenwürde herabzusetzen". Die Prüfung einer Menschenwürdeverletzung würde also nur von der öffentlichen Ordnung in die öffentliche Sicherheit verlagert.

Dennoch hat die Gesetzgebungsinitiative aus dem Jahr 2002 noch Auswirkungen auf die Falllösung: Weil der Gesetzgeber sich damals wie heute eben nicht entschließen konnte, einen solchen § 118a OWiG tatsächlich zu schaffen, wird vielfach vertreten, dass Paintballspiele usw. allein deshalb nicht unter Bezugnahme auf Generalklauseln wie die des allgemeinen Polizei- und Ordnungsrechts oder hier des Bauordnungsrechts verboten werden dürfen (vgl. Scheidler, GewArch 2005, 312 [319]; Beaucamp, DVBl 2005, 1174 [1179]; Kramer, NVwZ 2004, 1083 [1085]). In diese Richtung tendiert auch das VG Minden, wenn es ausführt, dass ein Paintballverbot "nicht auf die bauordnungsrechtliche Generalklausel des § 3 NWBauO gestützt werden [kann]. Auch angesichts des gesellschaftlichen

Wandels bedarf es hierfür einer ausdrücklichen Entscheidung des Gesetzgebers, die dieser mit dem bloßen Entwurf eines § 118 a OWiG zu menschenverachtenden Spielen bisher nicht getroffen hat.”

**Vertiefungshinweise:**

□ Zulässigkeit von Paintball-Spielen: VGH Mannheim, RA 2005, 516 = NVwZ-RR 2005, 472; VG Dresden, RA 2003, 738 = NVwZ-RR 2003, 848

□ Paintball-Halle als Schießstätte: BayVGH, RA 2001, 680 = BayVBl 2001, 689 (verneint)

□ Rechtsprechung zu Laserdromen: EuGH, RA 2004, 685 = EuZW 2004, 753; OVG NRW, RA 2001, 163 = NWVBl 2001, 94; OVG NRW, NWVBl. 1995, 473; OVG Rh.-Pf., NVwZ-RR 1995, 30; BVerwG, RA 2002, 359 = NVwZ 2002, 598

□ Literatur zum Thema: Scheidler, GewArch 2005, 312; Beaucamp, DVBl 2005, 1174; Kramer, NVwZ 2004, 1083; Aubel, Jura 2004, 255; Szcckalla, JA 2002, 992; Störmer, NWVBl 1997, 313; Heckmann, JuS 1999, 986; Haurand, JA 1995, 196; Lippstreu, GewArch 1993, 311

**Kursprogramm:**

□ Examenskurs : “Laserdrome”

**Leitsatz (der Redaktion):**

**Zur Zulässigkeit der Nutzung einer Sporthalle für Paintballspiele im Hinblick auf die öffentliche Sicherheit und Ordnung.**

**Sachverhalt:**

Der Kläger (Kl.) ist Eigentümer eines Grundstücks in NRW, für das der geltende qualifizierte Bebauungsplan der kleinen Gemeinde (Beigel.), in der das Grundstück liegt, ein Industriegebiet festsetzt. Für dieses Grundstück beantragte der Kl. beim Landrat als zuständiger Baugenehmigungsbehörde (Bekl.) einen Bauvorbescheid für die Errichtung einer Sporthalle mit einer Grundfläche von 60x30 qm, in der sog. Paintballspiele betrieben werden sollen. Nach der vom Kl. beabsichtigten Spielvariante versuchen die in zwei Mannschaften aufgeteilten Spieler, auf einem abgegrenzten Spielfeld nach einem bestimmten Regelwerk, dessen Einhaltung durch Schiedsrichter (Marshalls) überwacht wird, innerhalb der begrenzten Spielzeit die Basis- oder Zentrumsmarkierung der anderen Mannschaft zum eigenen Startpunkt zu verbringen (“capture the flag”). Die Spieler nutzen dabei aufgeblasene Plastikbehälter als Deckung. Jeder Spieler wird mit einem druckgasbetriebenen “Markierer” ausgerüstet, der elastische Bälle, die sog. Paintballs, verschießt. Bei den Markierern handelt es sich um druckgasbetriebene Sportwaffen, deren Erwerb und Besitz nach dem Waffengesetz für Volljährige erlaubnisfrei ist. Wird ein

Spieler von einem Paintball getroffen, muss er aussteigen. Alle Spieler tragen eine Schutzmaske und Sporttrikots. Das Tragen einer militärischen Tarnkleidung ist verboten. Das Spielen soll ausschließlich volljährigen Personen gegen Entgelt gestattet werden. Die Einsichtnahme von außen ist nicht möglich, Zuschauer werden nicht zugelassen.

Der Bekl. meint, eine solche Anlage sei unzulässig, weil sie gegen öffentliches Baurecht verstoße. Insbesondere sei die Nutzung der Sporthalle mit Paintballspielen ein menschenverachtender Zeitvertreib, der die Gewaltbereitschaft fördere und damit letztlich die Gesellschaft insgesamt gefährde. Der Kl. hingegen meint, in Computerspielen würden noch wesentlich schlimmere Vorgänge dargestellt. Die angeblich verrohende Wirkung sei nur ein Vorurteil, sie existiere nur in der Vorstellung derer, die sich mit Paintball nicht auskennen.

Hat der Kl. einen Anspruch auf Erteilung des begehrten Bauvorbescheids?

**Lösung:**

Der Kl. könnte einen Anspruch auf Erteilung des Bauvorbescheids aus §§ 71 I, II i.V.m. 75 I 1 BauO NRW haben.

**A. Tatbestand**

Danach ist der Bauvorbescheid auf Antrag zu erteilen, wenn das Vorhaben - soweit es genehmigungsbedürftig ist - den öffentlich-rechtlichen Vorschriften entspricht.

**I. Formelle Voraussetzungen**

Zunächst müsste der Kl. einen Antrag (sog. Bauvoranfrage) an die zuständige Behörde gerichtet haben. Zuständige Behörde ist hier laut Sachverhalt der beklagte Landrat, an den der Kl. seine Bauvoranfrage auch gerichtet hat.

**II. Materielle Voraussetzungen**

In materieller Hinsicht müsste das Bauvorhaben des Kl. genehmigungsbedürftig und genehmigungsfähig sein.

**1. Genehmigungsbedürftigkeit**

Grundsätzlich herrscht in Deutschland Baufreiheit. Die Genehmigungsbedürftigkeit eines Vorhabens muss daher besonders geregelt sein. Als Regelung kommen hier die §§ 63 ff. BauO NRW in Betracht. Danach ist u.a. die Errichtung einer baulichen Anlage genehmigungsbedürftig, wenn sich nicht aus den §§ 65 ff. BauO NRW etwas anderes ergibt.

Eine bauliche Anlage ist nach § 2 I BauO NRW eine aus Bauprodukten i.S.d. § 2 IX BauO NRW hergestellte und mit dem Erdboden verbundene Anlage. Dass eine Sporthalle, um deren Errichtung es hier geht, eine bauliche Anlage in diesem Sinne darstellt, unterliegt

keinem Zweifel. Ausnahmen nach §§ 65 ff. BauO NRW sind auch nicht ersichtlich, sodass hier eine Genehmigungsbedürftigkeit besteht.

*[Anm.: Dieser Punkt ist in gebotener Kürze abzuhandeln, da der Sachverhalt keinerlei Anlass zu Zweifeln hieran bietet. In der Originalentscheidung des VG Minden wurde dies überhaupt nicht angeprüft.]*

## 2. Genehmigungsfähigkeit

Fraglich ist, ob die Paintballhalle genehmigungsfähig ist. Dann müsste sie mit öffentlich-rechtlichen Vorschriften vereinbar sein, wie sich aus dem Verweis in § 71 II BauO NRW auf § 75 I 1 BauO NRW ergibt. Im Baurecht wird insoweit elementar zwischen bauplanungs- und bauordnungsrechtlichen Vorschriften unterschieden.

### a. Bauplanungsrecht

Die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit von Vorhaben, die die Errichtung, Änderung oder Nutzungsänderung von baulichen Anlagen zum Inhalt haben, richtet sich gem. § 29 I BauGB nach den §§ 30 bis 37 BauGB. Gemäß § 30 I BauGB ist im Geltungsbereich eines Bebauungsplans, der allein oder gemeinsam mit sonstigen baurechtlichen Vorschriften mindestens Festsetzungen über die Art und das Maß der baulichen Nutzung, die überbaubaren Grundstücksflächen und die örtlichen Verkehrsflächen enthält, ein Vorhaben zulässig, wenn es diesen Festsetzungen nicht widerspricht und die Erschließung gesichert ist. Hier liegt ein solcher "qualifizierter Bebauungsplan" i.S.d. § 30 I BauGB vor, an dessen Wirksamkeit kein Zweifel besteht.

#### aa. Festsetzungen des B-Plans eingehalten

Fraglich ist, ob die Paintballhalle sich mit dessen Festsetzungen deckt. Nach dem Sachverhalt ist nur bekannt, dass ein Industriegebiet festgesetzt worden ist. Werden Gebiete i.S.d. BauNVO im Bebauungsplan festgesetzt, zu denen nach § 9 BauNVO auch ein Industriegebiet zählt, so werden über § 1 III 2 BauNVO die entsprechenden Vorschriften der BauNVO Bestandteil des Bebauungsplans. Vereinbarkeit mit den Festsetzungen des Bebauungsplans bedeutet dann also Vereinbarkeit mit der BauNVO.

Gem. § 9 II Nr. 1 BauNVO sind in einem Industriegebiet zunächst Gewerbebetriebe aller Art zulässig. Bei einer Paintballhalle, die zwecks Erzielung von Einnahmen an die Spieler vermietet wird, handelt es sich um einen solchen Gewerbebetrieb (vgl. VGH Mannheim, RA 2005, 516 = NVwZ-RR 2005, 472). Somit hält sich das Bauvorhaben des Kl. an die Festsetzungen des Bebauungsplans.

#### bb. Erschließung gesichert

Dass die Erschließung des Grundstücks im Rahmen

einer Bebauung mit einer Sporthalle gesichert ist, ist bei lebensnaher Betrachtung zu unterstellen. Gegenteiliges lässt sich dem Sachverhalt jedenfalls nicht entnehmen.

### b. Bauordnungsrecht

In bauordnungsrechtlicher Hinsicht könnte das Vorhaben allerdings gegen § 3 BauO NRW verstoßen. Danach sind bauliche Anlagen so zu errichten, dass die öffentliche Sicherheit oder Ordnung, insbesondere Leben, Gesundheit oder die natürlichen Lebensgrundlagen, nicht gefährdet wird.

*[Anm.: Entsprechende allgemeine Anforderungen an Bauvorhaben enthalten auch die Bauordnungen der anderen Bundesländer in deren jeweiligem § 3 (in Bayern: Art. 3). Nur in Niedersachsen beschränkt § 1 NdsBauO sich auf den Schutz der öffentlichen Sicherheit, nimmt die öffentliche Ordnung also aus. Vgl. zu den sich hieraus ergebenden Abweichungen in der Falllösung die weiteren Anmerkungen.]*

#### aa. Anwendbarkeit

Gem. § 68 I 1 BauO NRW findet grds. das sog. vereinfachte Genehmigungsverfahren statt, in dem nur die in § 68 I 4 Nr. 1-4 BauO NRW genannten Vorschriften geprüft werden. Zu diesen gehört § 3 BauO NRW nicht, sodass sich die Frage stellt, ob die Vorschrift hier überhaupt einschlägig ist.

Zwar verweist § 71 II BauO NRW für den Bauvorbescheid nicht auf § 68 BauO NRW. Deshalb wird teilweise vertreten, der beschränkte Prüfungsumfang des § 68 BauO NRW gelte nicht für Bauvorbescheide, sondern nur für die Baugenehmigung (Große-Suchsdorf u.a., Kommentar zur NdsBauO, § 81 Rn 6). Ein Bauvorbescheid ist aber ein vorweggenommener Teil der Baugenehmigung; es wäre aus Sicht des Bauherrn vollkommen sinnlos, eine verbindliche Entscheidung zu einer Frage zu beantragen, die sich im späteren Genehmigungsverfahren gar nicht stellt (und aus Sicht der Behörde ebenso sinnlos, eine solche Entscheidung zu treffen). Deshalb gelten die Beschränkungen des Prüfprogramms bei der späteren Baugenehmigung nach richtiger Ansicht auch für Bauvorbescheide (vgl. nur Gädtke/Temme/Heintz, BauO NRW, § 68 Rn 18). Allerdings lässt § 68 I 3 BauO NRW Ausnahmen vom vereinfachten Genehmigungsverfahren zu. Dieses findet nach § 68 I 3 Nr. 8 nicht statt bei Sportstätten von mehr als 1.600 qm Grundfläche. Die Sporthalle des Kl. soll eine Grundfläche von 60x30 qm, also 1.800 qm aufweisen. Deshalb gelten die Beschränkungen des vereinfachten Genehmigungsverfahrens hier nicht, § 3 BauO NRW bleibt anwendbar.

*[Anm.: Das Urteil des VG Minden schweigt sich zu diesem Punkt aus, obwohl es sich im Originalfall um eine Anlage mit nur max. 1.500 qm Grundfläche han-*



*deln sollte, die m.a.W. unter das vereinfachte Genehmigungsverfahren gefallen wäre.]*

*bb. Verstoß gegen die öffentliche Sicherheit*

Die öffentliche Sicherheit ist betroffen, wenn das Vorhaben gegen eines der Schutzgüter derselben verstößt. Hierzu zählen das geschriebene Recht, die Individualrechtsgüter und die staatlichen Einrichtungen und Veranstaltungen.

*(1). Nutzungsart als Anknüpfungspunkt*

Das VG Minden stellt zunächst klar, dass hier weniger das Bauwerk als vielmehr seine geplante Nutzung das Problem ist, die Erteilung eines Bauvorbescheids aber auch von deren Zulässigkeit abhängt:

“Ein solcher Verstoß kommt für die Spielstätte als solche - eine Halle - nicht in Betracht. Allerdings umfasst die Feststellungswirkung der Baugenehmigung bzw. des Bauvorbescheids auch immer die Nutzung eines bestimmten Vorhabens (vgl. BVerwGE 47, 185).”

*(2). § 118 OWiG*

Sodann stellt sich die Frage, ob der Spielbetrieb gegen eines der genannten Schutzgüter verstößt. In Betracht kommt hier ein Verstoß gegen geschriebenes Recht, namentlich gegen § 118 OWiG. Diesen verneint das VG jedoch i.E.:

“Insbesondere verstößt das Vorhaben nicht gegen § 118 OWiG. Danach handelt ordnungswidrig, wer eine grob ungehörige Handlung vornimmt, die geeignet ist, die Allgemeinheit zu belästigen oder zu gefährden und die öffentliche Ordnung zu beeinträchtigen. Eine grob ungehörige Handlung ist eine solche, die sich bewusst nicht in die für das gedeihliche Zusammenleben der jeweiligen Rechtsgemeinschaft erforderliche Ordnung einfügt und dadurch in einen deutlich (groben) Widerspruch zur Gemeinschaftsordnung tritt (vgl. Göhler, OWiG, 14. Aufl. [2006], § 118 Rdnr. 4).

Darüber hinaus muss die Handlung geeignet sein, die Allgemeinheit zu belästigen oder zu gefährden. Für die Betroffenheit der Allgemeinheit reicht die konkrete Möglichkeit der unmittelbaren Wahrnehmung durch andere unbeteiligte Personen in der Nähe des Tatortes aus. An dieser Möglichkeit der unmittelbaren Wahrnehmung durch die Allgemeinheit fehlt es hier. Zu der hier beantragten Paintballhalle erhalten weder Kinder und Jugendliche noch allgemein interessierte Zuschauer Zutritt, so dass das Paintballspiel nur die insoweit einwilligenden Spieler wahrnehmen können (vgl. hier zu Kramer, NVwZ 2004, 1083 [1085]).”

*cc. Verstoß gegen die öffentliche Ordnung*

Der Spielbetrieb könnte jedoch gegen die öffentliche Ordnung verstoßen.

*(1). Definition*

“Unter der öffentlichen Ordnung ist die Gesamtheit

jener ungeschriebenen Regeln für das Verhalten des Einzelnen in der Öffentlichkeit zu verstehen, deren Beobachtung nach den jeweils herrschenden Anschauungen als unerlässliche Voraussetzung eines geordneten Zusammenlebens betrachtet wird (vgl. OVG Münster, BauR 2001, 381; Kramer, NVwZ 2004, 1083 f.). Die insoweit herrschenden Anschauungen, die sich im Laufe der Zeit wandeln können, werden auch geprägt durch die Wertmaßstäbe des Grundgesetzes. Vorliegend sind das insbesondere die Menschenwürde (Art. 1 I GG), das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit (Art. 2 II 1 GG) und das staatliche Gewaltmonopol (Art. 20 GG). Mit der Menschenwürde ist der soziale Wert- und Achtungsanspruch des Menschen verbunden, der es verbietet, ihn zum bloßen Objekt des Staates zu machen oder ihn einer Behandlung auszusetzen, die seine Subjektsqualität prinzipiell in Frage stellt (BVerwGE 87, 209; OVG Münster, a.a.O.).”

*(2). Subsumtion*

*(a). Beeinträchtigung der Menschenwürde*

“Da das Grundgesetz nach der Rechtsprechung des BVerwG den Schutz der Menschenwürde unabhängig davon garantiert, ob der Eingriff vom Staat oder von privater Hand ausgeht, kann neben der realen Gewaltausübung auch die Darstellung fiktiver Gewaltakte zu Spiel- und Unterhaltungszwecken das Gebot zur Achtung der Würde des Menschen verletzen. Das ist dann der Fall, wenn beim Spielteilnehmer eine Einstellung erzeugt oder verstärkt wird, die den fundamentalen Wert- und Achtungsanspruch leugnet, der jedem Menschen zukommt. Das geschieht insbesondere dann, wenn Gewaltakte gegen Menschen in der Absicht dargestellt werden, den Bet. ein Vergnügen an dem Geschehen zu vermitteln. Denn eine solche Tendenz schließt die Vorstellung von der Verfügbarkeit des Menschen als bloßes Objekt ein, in dessen Leben und körperliche Integrität nach Belieben eingegriffen werden kann. Demnach ist ein gewerbliches Unterhaltungsspiel, das auf die Identifikation der Spielteilnehmer mit der Gewaltausübung gegen Menschen angelegt ist und ihnen die lustvolle Teilnahme an derartigen - wenn auch nur fiktiven - Handlungen ermöglichen soll, wegen der ihm innewohnenden Tendenz zur Bejahung oder zumindest Bagatellisierung der Gewalt und wegen der möglichen Auswirkungen einer solchen Tendenz auf die allgemeinen Wertvorstellungen und das Verhalten in der Gesellschaft mit der verfassungsrechtlichen Menschenwürdegarantie unvereinbar (vgl. BVerwGE 115, 189; BVerwG, GewArch 2007, 247; so auch OVG Münster, BauR 2001, 381).

Das vom Kl. beantragte Paintballspiel verletzt nicht den geschützten und unverzichtbaren Kernbereich der Menschenwürde. Unter besonderer Beachtung der zur Genehmigung gestellten Spielausgestaltung kommt es zu keinen erniedrigenden, den Wert- und Achtungs-

anspruch des Menschen missachtenden Verhaltensweisen. Es ist zur Überzeugung der Kammer durch die genannten Auflagen hinreichend sicher gestellt, dass kein Mitspieler durch simulierte Tötungshandlungen zum bloßen Objekt degradiert wird, das den Gegenspielern hilflos ausgeliefert wäre.

Ausgangspunkt ist dabei, dass auch und gerade die Menschenwürde jedenfalls teilweise durch ihren jeweiligen Träger definiert und ausgelebt wird, der hier freiwillig und unter Zahlung eines Eintrittsgeldes am Paintballspiel teilnimmt (vgl. Scheidler, GewArch 2005, 312 [316]; Kramer, NVwZ 2004, 1083 f.).

Unverzichtbar und damit nicht zur Disposition des Grundrechtsträgers stehend ist damit letztlich der unantastbare Kernbereich der Menschenwürde, der durch den beantragten Paintballspielbetrieb (noch) nicht verletzt ist. Es handelt sich nicht um eine "lustvolle Teilnahme an fiktiven Tötungshandlungen", die den Bei. ein "sadistisches Vergnügen" am Spielablauf vermittelt. Assoziationen zu Kampf- und Kriegshandlungen liegen bei einem Paintballspiel wie hier nicht nahe, in dem zwei Mannschaften nicht in Tarnuniformen, sondern in bunten Schutzanzügen gegeneinander antreten, um die gegnerische Flagge zu erobern. Dabei werden auf dem Spielfeld bunte, aufgeblasene Plastikkörper als Hindernis oder Deckung benutzt, die keine starke Ähnlichkeit mit realen Kampffeldern haben. Bei dem Spielgeschehen der Varianten "Central flag" und "Capture the flag" stellt dabei das "Ausschalten" des Gegenspielers mit dem Markierer nur ein Element in einem mehrschichtigen Spielgeschehen dar, wobei dieses "Ausschalten" ein weit verbreitetes Spielelement ist, das sowohl in vielen Sportarten als auch in zahlreichen Computerspielen vorkommt. Nach dem Regelwerk der Paintballliga ist Gegenstand der Unterhaltung gerade nicht das Ausleben von simulierten Tötungen durch das Markieren. Vornehmliches Ziel ist es, die besten Ergebnisse in einem Wettkampf zu erzielen, der durch Geschicklichkeit und Taktik geprägt ist und dessen besonderer Reiz darin besteht, sowohl Jäger als auch Gejagter zu sein (so auch VG Lüneburg, Urteil vom 14.6.2007 - 2 A 487/06; VG Dresden, Urteil vom 26.1.2007 - 14 K 2097/03; Landmann/Rohmer, GewO, Stand: August 2007, § 33i Rdnr. 12 b).

Dass hierfür Waffen, die echten Schusswaffen mehr oder weniger ähnlich sehen, und bunte, aber nicht rote Farbbälle verwendet werden, stellt möglicherweise eine Geschmacklosigkeit dar, kann allein die Verwerflichkeit des Paintballspiels aber nicht begründen. Denn es handelt sich letztlich nur um die moderne Ausgestaltung des "Räuber-und-Gendarmen-Spiels", eines spielerischen Kampfes oder Wettstreits untereinander (vgl. Scheidler, GewArch 2005, 312 [316])."

[Anm.: Bei § 1 NdsBauO, der die "öffentliche Ordnung" als Schutzgut nicht enthält, bietet es sich an,

diese Aspekte unter der "öffentlichen Sicherheit" zu prüfen, denn die Menschenwürde aus Art. 1 I 1 GG stellt - ausnahmsweise - nicht nur ein Abwehrrecht des Bürgers gegen den Staat dar, sondern entfaltet als Leitbild der gesamten Rechtsordnung objektive Wirkung auch unter Privaten. Deshalb könnte auch ein Privatmann wie der Kl. gegen Art. 1 I 1 GG verstoßen, und es ist vertretbar, diese Vorschrift als Teil des geschriebenen Rechts in der "öffentlichen Sicherheit" zu prüfen. Dies gilt grds. auch in den anderen Bundesländern; existiert aber ein Schutzgut der "öffentlichen Ordnung" neben der "öffentlichen Sicherheit", wird es in praxi - wie der vorliegende Fall zeigt - i.d.R. nicht so gemacht. Vielmehr dient dann die öffentliche Ordnung als "Aufhänger" der Menschenwürdeproblematik.]

(b). Verrohende Wirkung / Gewaltmonopol des Staates  
 "Auch angesichts der weitaus größeren Verbreitung von Computerspielen, die regelmäßig Kampfszenarios sehr viel detailgetreuer und realistischer darstellen, bleibt dieser Wettkampf für alle Bet. erkennbar ein bloßes Spiel. Hierzu trägt im Wesentlichen bei, dass im Gegensatz zu einem unkontrollierten Computerspielgebrauch hier nur Volljährige am Paintballspiel teilnehmen können, für die ersichtlich unter Einhaltung der genannten Auflagen nicht das Vergnügen Spielgegenstand ist, durch simulierte Tötungshandlungen Tabugrenzen zu überschreiten. Die Kammer übersieht dabei nicht, dass durch den langfristigen Konsum von Gewaltdarstellungen - sei es in Unterhaltungsspielen oder in Computerspielen - möglicherweise die Hemmschwelle herabgesetzt wird und dies Auswirkungen auf die Wertvorstellungen Einzelner haben kann. Solange allerdings - wie hier - ein Verstoß gegen die öffentliche Ordnung nicht feststellbar ist, kann ein Verbot des hier streitigen Paintballspiels nicht auf die bauordnungsrechtliche Generalklausel des § 3 NWBauO gestützt werden. Auch angesichts des gesellschaftlichen Wandels bedarf es hierfür einer ausdrücklichen Entscheidung des Gesetzgebers, die dieser mit dem bloßen Entwurf eines § 118 a OWiG zu menschenverachtenden Spielen bisher nicht getroffen hat (so auch Beaucamp, DVBl 2005, 1174 [1179]; Kramer, NVwZ 2004, 1083 [1085])."

#### c. Zwischenergebnis

Ein Verstoß gegen § 3 BauO NRW liegt demnach nicht vor. Andere bauordnungsrechtliche Verstöße sind auch nicht ersichtlich, sodass das genehmigungsbedürftige Vorhaben des Kl. auch genehmigungsfähig ist.

#### B. Rechtsfolge

Der Kl. hat aus §§ 71 I, II i.V.m. 75 I 1 BauO NRW einen gebundenen Anspruch auf Erteilung des begehrten Bauvorbescheids.

**Standort: Mietrecht****Problem: Schönheitsreparaturen**

BGH, URTEIL VOM 18.06.20008

VIII ZR 224/07 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

**Problemdarstellung:**

Die Kl. ist Mieterin einer Wohnung der Bekl.. In dem Formularmietvertrag ist vereinbart, dass der Mieter die Schönheitsreparaturen vorzunehmen habe. Diese seien auch während der Mietzeit entsprechend dem Bedarf durch die Abnutzung vorzunehmen. Die Bekl. gab in den Klauseln vor, dass die Schönheitsreparaturen in neutralen, deckenden hellen Farben und Tapeten durchzuführen seien. Wenn das Mietverhältnis vor der Verpflichtung zur Durchführung der Schönheitsreparaturen ende, dann sei der Mieter verpflichtet, sich quotenweise an den entstehenden Kosten zu beteiligen. Die Kl. begehrt die Feststellung, dass eine Verpflichtung zur Durchführung der Schönheitsreparaturen nicht bestehe.

Das Amtsgericht hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung der Kl. hat das Landgericht das Urteil des Amtsgerichts abgeändert und der Klage stattgegeben. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision erstreben die Bekl. die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils.

**Prüfungsrelevanz:**

Der erkennende Senat hatte sich mit der Wirksamkeit einer formularvertraglichen Klausel auseinanderzusetzen, die die Abwälzung der Pflicht zur Vornahme der Schönheitsreparaturen vorsah.

Der erkennende Senat stellte erneut heraus, dass die Abwälzungsklauseln für ihre Wirksamkeit eine bedarfsabhängige Formulierung aufweisen müssen. Mit hin sind etwaige vorgegebene Fristen "weich" zu formulieren.

Problematisch waren zwei weitere Bestandteile der Klausel. Zum einen war zu prüfen, ob die quotenweise Beteiligung des Mieters an den Kosten zulässig ist, wenn der Mieter vor der Fälligkeit der Schönheitsreparaturen aus der Wohnung auszieht. Diese Klausel sah als einzigen Anknüpfungspunkt die zeitliche Komponente für die Höhe der Ersatzpflicht vor. Damit war die Klausel "starr" formuliert und damit unwirksam gem. § 307 I BGB. Die Unwirksamkeit dieses Bestandteils der Klausel hatte nach Auffassung des erkennenden Senats nicht die Unwirksamkeit der Klausel in Gänze zur Folge. Der BGH argumentierte mit Sinn und Zweck der Klausel. Dieser besteht darin, dem Vermieter, der von dem ausziehenden Mieter mangels Fälligkeit der Schönheitsreparaturen keine Endrenovierung verlangen kann, wenigstens einen prozentualen Anteil an Renovierungskosten seit den letzten Schönheitsreparaturen während der Mietzeit zu

sichern. Sie ergänzt also die Verpflichtung des Mieters zur Durchführung von Schönheitsreparaturen für den Fall, dass die Renovierungspflicht noch nicht fällig ist. Das Zusammentreffen der unwirksamen Abgeltungsklausel mit der allgemeinen Schönheitsreparaturklausel führt nach Auffassung des Senats nicht zur Unwirksamkeit der letzteren Klausel. Dies erscheint nicht unproblematisch. Immerhin betrifft die Klausel den Regelungsbereich der Schönheitsreparaturen, dies zwar vor deren Fälligkeit, jedoch ist ein Sachzusammenhang nicht hinwegzureden. Gleichwohl wird die einheitliche Klausel durch den Senat bezüglich der Wirksamkeit geteilt und getrennt beurteilt.

Die Unwirksamkeit der Abwälzung gem. § 307 I, II Nr. 1 BGB ergab sich aus der vorgeschriebenen Farbwahl. Der Vermieter hat dem Mieter nicht nur für die Renovierung die Farben vorgeschrieben, sondern auch für die Mietzeit selbst. Dadurch beeinflusst der Vermieter erheblich die persönliche Gestaltungsfreiheit der Mieter. Zwar ist dem Vermieter vor dem Hintergrund einer beabsichtigten Weitervermietung ein Interesse daran nicht abzusprechen, die Wohnung am Ende des Mietverhältnisses mit einer Dekoration zurückzuerhalten, die von möglichst vielen Mietinteressenten akzeptiert wird. In der Rechtsprechung der Instanzgerichte und der Literatur wird deshalb überwiegend angenommen, dass der Mieter nach Treu und Glauben verpflichtet ist, die Wohnung am Ende des Mietverhältnisses nicht mit einer ungewöhnlichen Dekoration zurückzugeben. Die Klausel verpflichtet den Mieter jedoch darüberhinausgehend, die Wohnung auch während der Dauer des – sich möglicherweise über viele Jahre erstreckenden – Mietverhältnisses in einem der Farbwahlklausel entsprechenden Zustand "vorzuhalten", an dem der Vermieter aber erst im Zeitpunkt der Rückgabe im Hinblick auf eine baldige Weitervermietung ein berechtigtes Interesse hat. Eine formularvertragliche Beschränkung des Mieters, sich in der Wohnung nach seinem Geschmack einzurichten, für die kein anerkanntes Interesse des Vermieters zu erkennen ist, ist nach § 307 I 1 BGB unwirksam (Senatsurteil vom 28.03.2007 – VIII ZR 199/06, NZM 2007, 398, Tz. 10) .

**Vertiefungshinweise:**

☐ Zur Mieterhöhung nach unzulässiger Abwälzung der Schönheitsreparaturen: *OLG Karlsruhe*, RA 2007, 588 = *NJW* 2007, 3004; *Blank*, NZM 2007, 472; *Arzt*, NZM 2007, 265; *Kappus*, ZMR 2007, 31

☐ Zu den Rechten und Pflichten der Mietvertragsparteien: *Timme*, *NJW* 2005, 2962; *Blank*, ZGS 2004, 104; *Hau*, *JuS* 2003, 130; *Ahrens*, ZGS 2003, 134; *Börstinghaus*, MDR 2002, 501; *Wiesner*, MDR 2001, 977; *Derleder*, JZ 2000, 260

**Kursprogramm:**

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

**Leitsätze:**

**a. Eine formularvertragliche Klausel, die den Mieter dazu verpflichtet, die auf ihn abgewälzten Schönheitsreparaturen in "neutralen, hellen, deckenden Farben und Tapeten auszuführen", ist wegen unangemessener Benachteiligung des Mieters unwirksam, wenn sie nicht auf den Zustand der Wohnung im Zeitpunkt der Rückgabe der Mietsache beschränkt ist, sondern auch für Schönheitsreparaturen gilt, die der Mieter im Laufe des Mietverhältnisses vorzunehmen hat.**

**b. Die formalmäßige unangemessene Einengung des Mieters in der Art der Ausführung von Schönheitsreparaturen führt zur Unwirksamkeit der Abwälzung der Pflicht zur Vornahme der Schönheitsreparaturen schlechthin.**

**Sachverhalt:**

Die Kl. ist seit dem 01.02.2004 Mieterin einer Wohnung der Bekl. in B. . Im Mietvertrag ist vereinbart, dass die "Allgemeinen Vertragsbedingungen Wohnraum (Stand 01/2002)" [im Folgenden: Vertragsbedingungen] Vertragsinhalt sind. Diese waren dem Mietvertrag auch in Kopie beigelegt. In den Bedingungen heißt es in § 8 zu den Schönheitsreparaturen:

"Die Schönheitsreparaturen werden vom Mieter getragen. Sie sind auch während des Bestehens des Mietverhältnisses auszuführen. Spätestens sind diese Arbeiten im Allgemeinen und unter Berücksichtigung der individuellen Abnutzungserscheinungen entsprechend dem folgenden Fristenplan auszuführen bzw. ausführen zu lassen:

In Küchen, Bädern und Duschen alle 3 Jahre, in Wohn-, Schlaf-, Hobbyräumen, Toiletten, Dielen, Fluren alle 5 Jahre, in anderen Nebenräumen alle 7 Jahre. Die Schönheitsreparaturen sind fachgerecht und wie folgt auszuführen:

Tapezieren, Anstreichen der Wände und Decken, das Streichen der Fußböden, der Heizkörper einschließlich der Heizrohre, der Innentüren sowie der Fenster und Außentüren innen. Die Schönheitsreparaturen sind in neutralen, deckenden, hellen Farben und Tapeten auszuführen.

[...] Endet das Mietverhältnis vor Eintritt der Verpflichtung zur Durchführung von Schönheitsreparaturen, so ist der Mieter verpflichtet, die anteiligen Kosten für die Schönheitsreparaturen aufgrund eines Kostenvoranschlages eines vom Vermieter auszuwählenden Malerfachgeschäfts an den Vermieter nach folgender Maßgabe zu zahlen:

Liegen die letzten Schönheitsreparaturen während der

Mietzeit: in Küchen, Bädern, Duschen: länger als 1 Jahr zurück = 33 % der Kosten des Kostenvoranschlages, länger als 2 Jahre zurück = 66 % der Kosten des Kostenvoranschlages in Wohn-, Schlaf-, Hobbyräumen, Toiletten, Dielen und Fluren: länger als 1 Jahr zurück = 20 % der Kosten des Kostenvoranschlages, länger als 2 Jahre zurück = 40 % der Kosten des Kostenvoranschlages ..."

Mit anwaltlichem Schreiben vom 01.08.2006 vertrat die Kl. die Auffassung, dass die Übertragung der Schönheitsreparaturen nicht wirksam sei. Die Bekl. widersprachen der Auffassung der Kl. mit Schreiben ihrer Hausverwaltung vom 04.08.2006 und kündigten an, dass mit Ablauf einer Frist von 14 Tagen die Reparaturen von einem Fachmann durchgeführt würden und die Kosten der Kl. auferlegt würden. Die Kl. erhebt Feststellungsklage, dass eine Verpflichtung zur Kostentragung nicht besteht.

Ist die Feststellungsklage begründet?

**Lösung:**

Die Klage ist begründet, wenn die Kl. die Kosten bezüglich der Reparaturen durch den Fachbetrieb nicht zu tragen hat. Das ist dann der Fall, wenn die Bekl. keinen Erstattungsanspruch gegen die Kl. hat.

**A. Anspruch aus dem Formularvertrag**

Es könnte ein Anspruch aus dem Formularvertrag folgen. Der Vertrag enthält in § 8 lediglich die Pflicht des Mieters zur Übernahme der Schönheitsreparaturen. Mithin lässt sich unmittelbar daraus auch kein Anspruch herleiten.

[Anm.: Bei der Verwendung des Mustermietvertrages von 1976 ist eine Kostenerstattung des Mieters vorgesehen, vgl. Benöhr, JuS 1989, 913]

**B. Anspruch aus mietrechtlichen Vorschriften gem. §§ 535 ff. BGB**

Aus den mietrechtlichen Vorschriften ergibt sich keine Anspruchgrundlage für die Erstattung der Kosten für die Schönheitsreparaturen.

**C. Anspruch auf Schadensersatz gem. § 280 I, III, 281 I 1 BGB**

Die Bekl. könnte einen Anspruch auf Schadensersatz gem. §§ 280 I, III, 281 I 1 BGB haben.

**I. Wirksames Schuldverhältnis**

Die Bekl. vermietete an die Kl. am 01.02.2004 eine Wohnung. Zweifel an der Wirksamkeit bestehen nicht.

**II. Pflichtverletzung**

Es müsste eine Pflichtverletzung der Kl. i.S.v. § 281 I 1 BGB durch die Nichtvornahme der Schönheitsreparaturen vorliegen. Dazu müsste eine fällige und durch-

setzbare, noch mögliche leistungsbezogene Pflicht innerhalb der dazu gesetzten Frist nicht erbracht worden sein.

### *1. Bestehen einer leistungsbezogenen Pflicht zur Vornahme der Schönheitsreparaturen*

Es müsste zunächst eine leistungsbezogene Pflicht betroffen sein. Leistungsbezogen sind alle Haupt- und Nebenleistungspflichten. Hauptleistungspflichten sind diejenigen Pflichten, um deren Willen der Vertrag geschlossen wird, während die Nebenleistungspflichten diejenigen sind, die Hauptleistungspflichten sichern und durchführbar machen (Palandt-Heinrichs, BGB, § 280 Rn 22). Unstreitig handelt es sich beim Mietvertrag hinsichtlich der Gebrauchsüberlassungsverpflichtung des Vermieters gem. § 535 I 1 BGB, bei der Erhaltungspflicht des Vermieters gem. § 535 I 2 BGB sowie bei der Pflicht gem. § 535 I 3 BGB um die Hauptleistungspflichten des Vermieters. Des weiteren handelt es sich bei der Zahlungspflicht gem. § 535 II BGB um die Hauptleistungspflicht des Mieters. Nach ganz herrschender Auffassung ist die Verpflichtung zur Übernahme von Schönheitsreparaturen als Teil der Instandhaltungspflicht eine Hauptleistungspflicht (BGHZ 77, 301, 92, 363; MünchKomm-Emmerich, § 326 Rn 55; Sternel, Mietrecht II, 439; Benöhr, JuS 1989, 918). Durch die Abwälzung dieser Verpflichtung auf den Mieter verliert sie nicht ihren Charakter als Hauptleistungspflicht (sog. Spiegelbildargument). Darüber hinaus stellt sich die Verpflichtung nach der Abwälzung als Teil des vom Mieter geschuldeten Entgelts dar (Giesen, Jura 1997, 350). Daher handelt es sich bei der Pflicht zur Vornahme der Schönheitsreparaturen um eine leistungsbezogene Pflicht.

### *2. Verletzung der Pflicht durch die Kl.*

Die Kl. könnte durch die Nichtvornahme der Schönheitsreparaturen eine Pflicht verletzt haben. Gem. § 535 I 2 BGB hat der Vermieter die Pflicht, das Mietobjekt in dem vertraglich geschuldeten Zustand zu überlassen und zu erhalten. Die Erhaltungspflicht umfasst alle Maßnahmen, die nötig sind, um den vertragsgemäßen Gebrauch zu ermöglichen, mithin insbesondere auch die Schönheitsreparaturen (Palandt-Weidenkaff, BGB, § 535 Rn 41ff.). Die dem Vermieter grundsätzlich obliegende Pflicht könnte durch die Formular Klausel im Mietvertrag auf die Kl. abgewälzt worden sein. Dazu müsste die Abwälzung wirksam sein. Die Pflicht zur Instandhaltung ist generell abdingbar und kann einzelvertraglich vom Mieter übernommen werden (Palandt-Weidenkaff, BGB, § 535 Rn 32). Die Verpflichtung des Mieters könnte aber wegen eines Verstoßes gegen §§ 307 ff. BGB unwirksam sein.

#### *a. Vorliegen von Allgemeinen Geschäftsbedingungen gem. § 305 I BGB*

Es müsste sich um allgemeine Geschäftsbedingungen

handeln. Dazu müssten es sich um für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierte Bedingungen handeln, die einseitig vom Verwender gestellt werden, § 305 I 1 BGB. Die hier maßgebliche Klausel ist vorformuliert und für eine Vielzahl von Verträgen bestimmt; sie wurde zudem einseitig durch die Bekl. als Verwender gestellt. Ein Ausschluss der Anwendbarkeit gem. § 310 IV BGB ist nicht ersichtlich. Es liegen daher Allgemeine Geschäftsbedingungen vor.

#### *b. Einbeziehung der Klausel in den Vertrag, § 305 II BGB*

Die Klausel müsste in den Vertrag gem. § 305 II BGB einbezogen worden sein. Nach dem Sachverhalt ist ein Hinweis im Vertrag gegeben, dass die "Allgemeinen Vertragsbedingungen Wohnraum (Stand 01/2002)" [im Folgenden: Vertragsbedingungen] Vertragsinhalt sind. Diese waren dem Vertrag zudem auch beigelegt, so dass der Mieter sie in zumutbarer Weise einsehen konnte. Schließlich hat der Mieter deren Geltung auch zugestimmt. Die Voraussetzungen gem. § 305 II BGB liegen vor.

#### *c. Keine individuellen Vertragsabreden oder überraschende Klauseln nach §§ 305 b, c I BGB*

Es dürfte zum einen keine Individualabrede gem. § 305 b BGB bezüglich der Schönheitsreparaturen vorliegen. Diese ist hier nicht ersichtlich. Zudem dürfte keine überraschende Klausel gem. § 305 c I BGB vorliegen. Überraschend ist eine Klausel dann, wenn sie objektiv ungewöhnlich ist und ein Überraschungsmoment vorliegt. Die Abwälzung der Schönheitsreparaturen auf den Mieter ist im Mietwesen üblich, so dass es bereits an der objektiven Ungewöhnlichkeit fehlt. Mithin liegt auch keine überraschende Klausel gem. § 305 c I BGB vor.

#### *d. Eröffnung der Inhaltskontrolle gem. § 307 III BGB*

Die Inhaltskontrolle müsste gem. § 307 III BGB eröffnet sein. Die Klausel legt die Pflicht zur Vornahme der Schönheitsreparatur dem Mieter auf, so dass eine Abweichung von § 535 I 2 BGB gegeben ist. Daher ist die Inhaltskontrolle gem. § 307 III BGB eröffnet.

#### *e. Verstoß gegen § 307 I, II BGB*

Da die Pflicht zur Vornahme der Schönheitsreparaturen keinen Sachverhalt der vorrangigen §§ 309 und 308 BGB betrifft, ist der Wirksamkeitsmaßstab in § 307 I, II BGB enthalten. Fraglich ist, ob die Klausel den Vertragspartner des Verwenders unangemessen benachteiligt. Eine unangemessene Benachteiligung liegt gem. § 307 II Nr. 1 BGB im Zweifel vor, wenn die Klausel mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist. Ob die Abwälzung auf den Mieter zulässig ist, wird in Literatur und Rechtsprechung nicht einheitlich beantwortet. Zudem wird zu be-

rücksichtigen sein, dass der Vermieter die Schönheitsreparaturen der Art nach sowohl für die Zeit des Auszugs als auch für die Zeit während der Nutzung durch den Mieter vorschreibt.

#### *aa. Herrschende Auffassung*

Fraglich ist, ob die Abwälzung als solche zulässig ist.

##### *(1.) Zulässigkeit der Abwälzung als solche*

Die herrschende Auffassung (BGHZ 92, 363; NJW 1998, 3114; OLG Karlsruhe, NJW 1981, 2823) geht grundsätzlich von der Zulässigkeit der Abwälzung der Schönheitsreparaturen auf den Mieter durch Formularvertrag aus. Die Abwälzung der Pflicht benachteiligt den Mieter deshalb nicht unangemessen, weil sie in aller Regel bei der Kalkulation der Miete berücksichtigt werde. Da der Vermieter keine Rückstellungen für die Schönheitsreparaturen zu bilden habe, sinke der Mietzins (sog. Preisargument). Ferner sei die Abwälzung seit langer Zeit üblich und deshalb zu einer Verkehrssitte geworden. Dieser Umstand werde auch von der Rechtsprechung zur Wahrung des Rechtsfriedens gebilligt. Schließlich sehe auch der Mustermietvertrag des Bundesministeriums die Möglichkeit der Abwälzung auf den Mieter vor. Die Mustermietverträge seien von Interessenvertretern sowohl der Mieter als auch der Vermieterseite errichtet worden, so dass von einem Interessenausgleich auszugehen sei. Außerdem könne der Mieter durch schonenden Gebrauch die Abnutzung beeinflussen und die Renovierung daher gering halten. Unangemessen und nichtig sind demgegenüber die Klauseln, nach denen Schönheitsreparaturen unabhängig vom Zustand jedenfalls bei Beendigung des Mietvertrages (BGH, NJW 2003, 2234) oder nach starrem Fristenplan (BGH, NJW 2004, 2586; Keltsch, JA 2005, 1; BGH, NJW 2005, 425; BGH, NZM 2006, 620) vorgenommen werden müssen. Gleiches gilt, wenn der Eindruck einer Verpflichtung erweckt wird (BGH, NJW 2006, 2113).

Laut Sachverhalt ist die Vornahme der Schönheitsreparaturen bedarfsabhängig formuliert, so dass ein sog. weicher Fristenplan gegeben ist. Dem stimmte der erkennende Senat auch zu.

“[13] Zutreffend und in der Revisionsinstanz unangegriffen ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass § 8 der Vertragsbedingungen die Berücksichtigung der individuellen Abnutzungserscheinungen der Dekoration ermöglicht und deshalb die formularvertragliche Übertragung der Schönheitsreparaturen nicht wegen eines unzulässigen "starrten" Fristenplans unwirksam ist.“

##### *(2.) Berücksichtigung der Quotenabgeltung*

Fraglich ist, wie es sich auswirkt, dass der Vermieter den Mieter quotenweise an den Kosten der Schönheitsreparaturen beteiligen will. Die Quotenabgeltung ist mangels einer bedarfsabhängigen Regelung an starre

Fristen geknüpft und deshalb gemäß der obigen Argumentation unwirksam.

##### *(3.) Berücksichtigung der vorgeschriebenen Farbwahl*

Fraglich ist, wie es sich auswirkt, dass der Vermieter dem Mieter die Farbwahl auch während des Mieterverhältnisses auferlegt und dadurch die Gestaltung seines persönlichen Lebensbereichs einschränkt, ohne dass hierfür ein anerkanntes Interesse des Vermieters besteht.

“[18] Dem Vermieter ist zwar vor dem Hintergrund einer beabsichtigten Weitervermietung ein Interesse daran nicht abzusprechen, die Wohnung am Ende des Mietverhältnisses mit einer Dekoration zurückzuerhalten, die von möglichst vielen Mietinteressenten akzeptiert wird. In der Rechtsprechung der Instanzgerichte und der Literatur wird deshalb überwiegend angenommen, dass der Mieter nach Treu und Glauben verpflichtet ist, die Wohnung am Ende des Mietverhältnisses nicht mit einer ungewöhnlichen Dekoration zurückzugeben (LG Hamburg, NZM 1999, 838 – grellgrüne Küche; LG Berlin, GE 1995, 115 und 249 – blau lackierte Türrahmen bzw. farbig gestrichene Heizkörper; LG Aachen, WuM 1998, 596 – farbig lackierte Naturholzrahmen; LG Frankfurt am Main, NZM 2007, 922 – Anstrich mit "rotem Vollton"; Emmerich, NZM 2000, 1165, 1161; Kraemer, NZM 2003, 417, 421; Blank/Börstinghaus, *Miete*, 2. Aufl., § 535 Rdnr. 270; zum Gesichtspunkt der Vertragsverletzung vgl. Langenberg, *Schönheitsreparaturen, Instandsetzung und Rückbau*, 3. Aufl., S. 137 f.). In diese Richtung zielt auch die hier verwendete Farbwahlklausel. Sie setzt dem Mieter zwar mit der Beschränkung auf helle, neutrale und deckende Farben vielleicht einen etwas engeren Rahmen, legt ihn aber nicht auf eine spezielle Dekorationsweise fest. Sie stellt auf eine Bandbreite ab, die zu den unterschiedlichsten Einrichtungsstilen passt und deshalb für weite Mieterkreise annehmbar ist.

Bezöge sie sich nur auf den Zeitpunkt der Rückgabe der Wohnung, läge eine unangemessene Benachteiligung des Mieters nicht vor. Denn dieser könnte während der Mietzeit nach Belieben dekorieren und selbst entscheiden, ob er beispielsweise mit einem farbigen Anstrich in Kauf nehmen will, dass er am Ende des Mietverhältnisses einen Neuanstrich in neutralen Farben anbringen muss, obwohl die Dekoration noch nicht abgenutzt ist, oder ob er es vorzieht, die Schönheitsreparaturen schon während des Mietverhältnisses entsprechend der Farbwahlklausel in "hellen, neutralen, deckenden Farben" auszuführen, womit ihm auch in gewissem Rahmen unterschiedliche Dekorationsmöglichkeiten zur Verfügung stehen.“

Genau dies ist hier jedoch nicht der Fall. Denn der Kl. wird in § 8 der Vertragsbedingungen ausdrücklich die Pflicht zur Vornahme der Schönheitsreparaturen auch während des Bestehens des Mietverhältnisses aufer-

legt. Eine Einschränkung, dass die Farbwahlklausel für Schönheitsreparaturen, die der Mieter im Laufe des Mietverhältnisses durchführt, nicht gilt, sehen die Vertragsbedingungen nicht vor. Die Klausel verpflichtet den Mieter daher dazu, die Wohnung auch während der Dauer des – sich möglicherweise über viele Jahre erstreckenden – Mietverhältnisses in einem der Farbwahlklausel entsprechenden Zustand "vorzuhalten", an dem der Vermieter aber erst im Zeitpunkt der Rückgabe im Hinblick auf eine baldige Weitervermietung ein berechtigtes Interesse hat. Eine formularvertragliche Beschränkung des Mieters, sich in der Wohnung nach seinem Geschmack einzurichten, für die kein anerkanntes Interesse des Vermieters zu erkennen ist, ist nach § 307 I 1 BGB unwirksam (Senatsurteil vom 28.03.2007 – VIII ZR 199/06, NZM 2007, 398, Tz. 10)

*(4.) Folge gem. § 306 I, II BGB*

Fraglich ist, wie sich die gem. § 307 I, II Nr. 1 BGB unwirksamen Klauselbestandteile, d.h. die Quotenabgeltungsklausel und die Farbwahlklausel auf die Pflicht zur Übernahme der Schönheitsreparaturen auswirken. In dem Moment, in dem die Klausel unwirksam ist, bleibt der Vertrag im Übrigen wirksam, § 306 I BGB. Die Klausel als solche ist insgesamt unwirksam. Die entstehende Lücke im Vertragstext wird durch das dispositive Recht, mithin durch § 535 I 2 BGB ersetzt. Eine geltungserhaltende Reduktion der Klausel kommt grundsätzlich nicht in Betracht.

*(a.) Quotenklausel*

Zu prüfen ist, wie sich die unwirksame Quotenklausel auf die Pflicht zur Durchführung der Schönheitsreparaturen auswirkt. Der erkennende Senat führte dazu aus:

“[14] Zu Recht hat das Berufungsgericht ferner angenommen, dass die an starre Fristen geknüpfte und deshalb nach der Rechtsprechung des Senats unwirksame Quotenabgeltungsklausel (vgl. Senatsurteil vom 18.10.2006 – VIII ZR 52/06, NZM 2006, 924, Tz. 24) nicht zur Unwirksamkeit der Übertragung der Schönheitsreparaturen führt. Denn der Zweck der Abgeltungsklausel besteht darin, dem Vermieter, der von dem ausziehenden Mieter mangels Fälligkeit der Schönheitsreparaturen keine Endrenovierung verlangen kann, wenigstens einen prozentualen Anteil an Renovierungskosten seit den letzten Schönheitsreparaturen während der Mietzeit zu sichern. Sie ergänzt deshalb die Verpflichtung des Mieters zur Durchführung von Schönheitsreparaturen für den Fall, dass die Renovierungspflicht noch nicht fällig ist (Senatsurteil vom 18.10.2006, aaO, Tz. 22). Das Zusammentreffen der unwirksamen Abgeltungsklausel mit der allgemeinen Schönheitsreparaturklausel führt daher nicht zur Unwirksamkeit der letzteren Klausel.”

Mithin lässt die Quotenregelung die Pflicht zur Vor-

nahme der Schönheitsreparaturen unberührt.

*(b.) Farbwahl*

Zu prüfen ist weiter, wie sich die unangemessene Benachteiligung durch die vorgeschriebene Farbwahl auswirkt.

Dazu führte der erkennende Senat aus:

“[20] Folge der unangemessenen Einengung des Mieters in der Art der Ausführung von Schönheitsreparaturen ist die Unwirksamkeit der Abwälzung der Pflicht zur Vornahme der Schönheitsreparaturen schlechthin. Eine Aufrechterhaltung der Vertragsbestimmungen über die Schönheitsreparaturen ohne die Farbwahlklausel oder mit dem Inhalt, dass die Farbwahlklausel nur für das Ende des Mietverhältnisses gilt, wäre nur mittels einer inhaltlichen und gegebenenfalls sprachlichen Umgestaltung möglich und käme einer unzulässigen geltungserhaltenden Reduktion gleich. An die Stelle der unzulässigen Schönheitsreparaturklausel tritt gemäß § 306 II BGB die dispositive gesetzliche Bestimmung des § 535 I 2 BGB (Senatsurteile vom 18.10.2006, aaO, Tz. 27, sowie vom 05.03.2008 – VIII ZR 95/07, NZM 2008, 363, Tz. 20).”

Daher wäre die Klausel nach der herrschenden Auffassung unwirksam. Die Pflicht zur Vornahme der Schönheitsreparaturen obläge dem Mieter demnach also nicht.

*bb. Mindermeinung*

Nach einer Mindermeinung (Sonnenschein, NJW 1998, 2172; LG Koblenz, MDR 1976, 143; LG Köln, WM 1975, 245) verstößt die Abwälzung der Schönheitsreparatur gegen § 307 II Nr. 1 BGB und ist damit nichtig. Den Preisargument wird entgegengehalten, dass es für die Wirksamkeit der Schönheitsreparaturklausel nicht allein auf eine Mieterhöhung im Falle der Nichtabwälzung ankommen könne. Das Preisargument sei nicht empirisch belegt. Ferner könne auch nicht von einer Verkehrssitte hinsichtlich dieser Klausel gesprochen werden, weil gerade der Mieter aufgrund der stärkeren Marktstellung des Vermieters in Zeiten der Wohnungsnot derartige Klauseln aufgezwungen werden. Folglich sei die Abweichung vom gesetzlichen Leitbild des § 535 I 2 BGB so wesentlich, dass von einer Nichtigkeit der Klausel nach § 307 II Nr. 1 BGB ausgegangen werden müsse. Demnach wäre die Klausel unwirksam.

Mithin ist der Mieter nach beiden Auffassungen nicht der Träger der Pflicht. Also stellt die Nichtdurchführung der Schönheitsreparaturen keine Pflichtverletzung dar.

Daher ist ein Anspruch der Bekl. gegen die Kl. auf Schadensersatz nicht gegeben. Die Klage auf Feststellung ist demnach begründet.

**Standort: §§ 222, 306c StGB****Problem: Zurechnungszusammenhang**

OLG STUTTGART, BESCHLUSS VOM 20.02.2008  
4 Ws 37/2008; 4 Ws 37/08 (NJW SPEZIAL 2008, 346)

**Problemdarstellung:**

Der Angeklagte hatte in seinem Künstleratelier erkaltete Asche aus einem Holzofen in einer Papiertüte gesammelt und diese in einer Pappschachtel aufbewahrt. Die in der Asche noch vorhandene Glut hatte Tüte und Schachtel entzündet und es war zu einem Brand des Fachwerkhauses, in dem sich das Atelier des Angeklagten befand, gekommen. Zwei Feuerwehrleute, die das brennende Gebäude später als Atemschutztrupp betraten und bis zum Dachgeschoss vordrangen, starben dort an den Folgen des Brandes.

Die Staatsanwaltschaft Tübingen hatte vor dem Landgericht Tübingen Anklage erhoben wegen fahrlässiger Brandstiftung, § 306d I StGB, und fahrlässiger Tötung, § 222 StGB, der beiden Feuerwehrleute. Das LG hatte auf die Anklage hin das Hauptverfahren vor dem Strafrichter gem. § 209 I StPO eröffnet, allerdings nur wegen fahrlässiger Brandstiftung. Einen hinreichenden Tatverdacht gegen den Angeklagten wegen fahrlässiger Tötung verneinte das LG, da diesem der Tod der Feuerwehrleute nicht zugerechnet werden könne. Gegen diesen von den Forderungen der Anklageschrift abweichenden Eröffnungsbeschluss legte die Staatsanwaltschaft gem. § 210 II StPO sofortige Beschwerde ein. Das OLG Stuttgart wies diese Beschwerde als unbegründet zurück.

**Prüfungsrelevanz:**

Während die prozessuale Einkleidung des Falles in eine sofortige Beschwerde der Staatsanwaltschaft gegen einen von der Anklage abweichenden Eröffnungsbeschluss gem. § 210 II StPO eher für das zweite Staatsexamen von Bedeutung ist, stellt das vom OLG Stuttgart angesprochene materiell-rechtliche Problem der Zurechnung des Todes eines Brandretters in beiden Examen einen immer wieder auftretenden Prüfungsstoff dar.

Grundsätzlich geht die ganz herrschende Meinung davon aus, dass ein Täter, der durch ein sorgfaltswidriges Verhalten eine eigenverantwortliche Selbstgefährdung oder -schädigung des Opfers fördert, strafrechtlich nicht für eine Gefährdung oder Verletzung des Opfers haftet, die Resultat der eigenverantwortlichen Selbstgefährdung ist (BGHSt 24, 342; 32, 262, 264; Schönke/Schröder-Cramer/Sternberg-Lieben, § 15 Rn 164; Roxin, NSTz 1984, 410). Dies folge insb. daraus, dass die vorsätzliche Förderung einer vorsätzlichen Selbstgefährdung oder -schädigung des Opfers - wegen Fehlens einer teilnahmefähigen Haupttat - nicht strafbar sei. Dann müsse aber die fahrlässige Förde-

rung einer fahrlässigen Selbstgefährdung oder -schädigung erst Recht straflos sein.

Während eine Auffassung diese Grundsätze auch auf Fälle übertragen will, in denen ein eigenverantwortlich handelnder Brandretter sich selbst gefährdet und dementsprechend eine strafrechtliche Verantwortung des Brandstifters für die entsprechenden Folgen verneint (Roxin, AT I, § 11 Rn 94; Rengier, JuS 1998, 400), vertreten Rechtsprechung und ein Teil der Literatur einen differenzierenden Ansatz (BGHSt 39, 322, 326; Fischer, § 306c Rn 4): Sofern die Selbstgefährdung des Brandretters nicht unsinnig (also ein einsichtiges Rettungsmotiv gegeben) oder offensichtlich unvernünftig ist, sollen die Folgen des eigenverantwortlichen Handelns des Brandretters dem Brandstifter doch zugerechnet werden. Dieser Auffassung folgt auch das OLG Stuttgart in der vorliegenden Entscheidung, kommt jedoch dazu, dass die getöteten Feuerwehrleute insb. deshalb, weil sie die Dauer ihres Einsatzes nicht haben überwachen lassen, offensichtlich unvernünftig gehandelt haben, sodass ihr Tod dem Brandstifter nicht zugerechnet werden kann.

**Vertiefungshinweise:**

Zur Zurechnung der Gefährdung, Verletzung oder Tötung von Brandrettern: *Geppert*, JURA 1998, 602; *Müller/Hönig*, JA 2001, 517; *Radtko/Hoffmann*, GA 2007, 201; *Rengier*, JuS 1998, 400; *Wolters*, JR 1998, 274

**Kursprogramm:**

*Examenskurs*: "Heroin"  
 *Examenskurs*: "Kein Humor"

**Leitsätze:**

- 1. Dem Verursacher eines Brandes ist grundsätzlich der auf einer überobligatorischen und damit über die berufsbedingte Handlungspflicht hinausgehenden Rettungshandlung beruhende Tod von Feuerwehrmännern zuzurechnen.**
- 2. Die Grenze der Zurechnung ist erreicht, wenn sich der Rettungsversuch von vornherein als sinnlos oder mit offensichtlich unverhältnismäßigen Wagnissen verbunden und damit als offensichtlich unvernünftig darstellt. Dies ist der Fall, wenn die Risikofaktoren in einer objektivierten ex-ante-Betrachtung so gewichtig sind, dass auch unter angemessener Berücksichtigung der psychischen Drucksituation der Rettungskräfte deutlich ist, dass die (weitere) Durchführung der Rettungsaktion zu einem gänzlich unververtretbaren Risiko für Leib und Leben der Retter führt.**
- 3. Liegt ein offensichtlich unvernünftiger Rettungs-**



**versuch vor, kommt es auf eine Kausalität zwischen dem entsprechenden Entschluss und den schweren Folgen nicht an.**

**4. Bei der Beurteilung der Frage, ob ein offensichtlich unvernünftiges Rettungshandeln vorliegt, ist bei arbeitsteiligem Handeln berufsmäßiger Retter auf das gesamte Handeln der am Einsatz beteiligten Feuerwehrangehörigen abzustellen.**

**Sachverhalt (gekürzt und ergänzt):**

A ist Eigentümerin eines im Jahr 1910 in Fachwerkbauweise erbauten, ursprünglich als Lagerhalle genehmigten und genutzten Gebäudes in X.

Am 17. Dezember 2005 hatte A die im aktuellen Zustand aus einem Kellergeschoss, einem Erdgeschoss mit Laderampe, einem Obergeschoss und einem Dachgeschoss bestehenden Räumlichkeiten an verschiedene Vertragspartner vermietet. Das Kellergeschoss wurde von einem Fahrradhändler, das Erdgeschoss von einer Fahrradwerkstatt und mehreren Künstlern, das Obergeschoss als Foto- und Kunstatelier und das Dachgeschoss ebenfalls als Kunstatelier genutzt.

B war seit 01.04.2001 Mieter eines im ersten Obergeschoss des Gebäudes gelegenen Ateliers, wo er als bildender Künstler arbeitete. Am 15.12.2005 gegen 11.00 Uhr entfernte er dort aus einem Holzofen vermeintlich vollständig abgekühlte Asche und füllte diese in eine Papiertüte, welche er in einer auf dem Holzdielenboden neben dem Ofen befindlichen Kartonschachtel abstellte. In der Folgezeit entwickelte sich in diesem Bereich ein Schwelbrand, welcher dazu führte, dass sich in der Nacht zum 17.12.2005 die Fußbodendielen entzündeten und völlig durchbrannten. Anschließend breitete sich das Feuer in der darunter im Erdgeschoss befindlichen Fahrradwerkstatt aus und erfasste schließlich das ganze Gebäude, welches zu einem großen Teil ausbrannte.

Die herbeigerufene Freiwillige Feuerwehr versuchte, den Brand zu löschen. Hierbei betreten u.a. die beiden als Atemschutztrupp eingesetzten Feuerwehrleute F und G am 17.12.2005 zwischen 3.15 Uhr und 3.25 Uhr das brennende Gebäude und drangen - nachdem sie sich mit einem anderen, im Erdgeschoss tätigen, Atemschutztrupp über das weitere Vorgehen verständigt hatten - über die Holzterasse bis in das Dachgeschoss vor. Hierbei erfolgte die Atemschutzüberwachung des verunfallten Trupps entgegen der den Atemschutzeinsatz regelnden Dienstvorschrift ohne jegliche Zeiterfassung. Der nach den Ermittlungen um 3.38 Uhr in das nach äußerem Anschein weitgehend abgelöschte Gebäude geschickte Ablösetrupp drang über die Treppe bis auf Höhe des ersten Obergeschosses vor, erkannte von dort aus den auf der Treppe weiter ins Dachgeschoss führenden Löschschlauch des Trupps F, konnte jedoch nicht in das Dachgeschoss nachrücken, weil er sich aufgrund eines überraschenden Durchzündens des Feuers im ersten Obergeschoss

einer massiven Hitzeeinwirkung im Bereich der auf das Treppenhaus führenden - großteils durchgebrannten - Zugangstüre ausgesetzt sah. Wenig später platzte in diesem Bereich der ins Dachgeschoss führende Löschschlauch, der den Ablösetrupp durch umherspritzenden Löschschaum behinderte. In etwa zeitgleich - um 3.47 Uhr/3.48 Uhr - funkte der Atemschutztrupp F das Notsignal „Mayday“. Im weiteren Verlauf starben die beiden Feuerwehrmänner F und G infolge einer Kohlenmonoxidvergiftung. Sie konnten erst um 4.16 bzw. 4.30 im Dachgeschoss geborgen werden.

Strafbarkeit des B?

**Lösung:**

*A. Strafbarkeit gem. § 306 I Nr. 1 StGB durch das Lagern der Asche in einer Papiertüte*

Dadurch, dass B die Asche aus dem Holzofen in einer Papiertüte und diese in einer Kartonschachtel lagerte, könnte B sich wegen Brandstiftung gem. § 306 I Nr. 1 StGB an dem Fachwerkhaus strafbar gemacht haben.

*I. Tatbestand*

*1. Fremdes Gebäude*

Bei dem Fachwerkhaus, das gebrannt hat, müsste es sich um ein fremdes Gebäude handeln.

Gebäude i.S.v. § 306 I Nr. 1 StGB ist ein durch Wände und Dach begrenztes, mit dem Erdboden fest verbundenes Bauwerk, das den Eintritt von Menschen gestatten und Unbefugte abhalten soll (BGHSt 1, 163; Fischer, § 306 Rn 3, § 243 Rn 4; Schönke/Schröder-Heine/Eser, § 306 Rn 4, § 243 Rn 7).

Diese Voraussetzungen sind bei dem Fachwerkhaus, in dem sich das Atelier des B befindet, gegeben.

Das Gebäude müsste auch fremd sein.

Fremd ist eine Sache, wenn sie im Eigentum - zumindest im Miteigentum - eines anderen steht (Fischer, § 306 Rn 12; Schönke/Schröder-Heine, § 306 Rn 11).

Das Fachwerkhaus stand im Eigentum des A, war also für B fremd.

Das Fachwerkhaus stellt somit ein taugliches Tatobjekt dar.

*2. Inbrandsetzen*

B müsste dieses fremde Gebäude in Brand gesetzt haben.

Ein Gegenstand ist dann in Brand gesetzt, wenn er (oder zumindest funktionswesentliche Teile davon) so vom Feuer erfasst ist, dass er auch nach Wegnahme des Zündstoffs selbstständig weiterbrennt (BGHSt 18, 363; BGH, StV 1988, 66; Joecks, § 306 Rn 18; Schönke/Schröder-Heine, § 306 Rn 13).

Dadurch, dass B die Asche in einer Papiertüte in einer Pappschachtel lagerte, entwickelte sich ein Schwelbrand, der sich weiter ausbreitete und schließlich das

gesamte Gebäude erfasste, sodass es sogar ausbrannte. Ein Inbrandsetzen liegt somit vor.

Auch das OLG Stuttgart nimmt eine Kausalität des Verhaltens des B für den Brand an. Es geht davon aus, dass "die Lagerung der vermeintlich kalten Asche in einer brennbaren Papiertüte in Verbindung mit einer Kartonschachtel nach den Ausführungen des Brandsachverständigen mit großer Wahrscheinlichkeit die Brandentstehung verursacht hat. Dies wird nachvollziehbar anhand der Bestimmung der Brandausbruchsstelle belegt. So konnten neben dem Ofenblech im Atelier nicht nur die typischerweise kreisförmige Durchbrennung der Dielung, sondern zudem Reste eines Kartons - entsprechend den polizeilichen Angaben des Angeklagten - festgestellt werden. Auch die an die Dielung angrenzenden Deckenbalken weisen korrelierende kreisförmige Brandspuren auf."

### 3. Vorsatz

B müsste auch vorsätzlich gehandelt haben. Ein Vorsatz des B dahingehend, das Haus in Brand zu setzen, ist nicht erkennbar. B hat also nicht vorsätzlich gehandelt.

## II. Ergebnis

B ist nicht strafbar gem. § 306 I StGB.

### B. Strafbarkeit gem. § 306d I 1. Fall StGB durch das Lagern der Asche in einer Papiertüte

B könnte sich allerdings dadurch, dass er die Asche aus dem Holzofen in einer Papiertüte und diese in einer Kartonschachtel lagerte, wegen fahrlässiger Brandstiftung gem. § 306d I 1. Fall StGB strafbar gemacht haben.

### I. Tatbestand

#### 1. "Fall des § 306 I StGB"

Zunächst müsste ein Fall des § 306 I StGB vorgelegen haben, d.h. B müsste den objektiven Tatbestand des § 306 I StGB verwirklicht haben.

B hat das Fachwerkhaus der A, also ein fremdes Gebäude, in Brand gesetzt und so den objektiven Tatbestand des § 306 I Nr. 1 StGB verwirklicht (s.o.). Ein "Fall des § 306 I StGB" ist somit gegeben.

#### 2. Fahrlässigkeit

B müsste bzgl. des Inbrandsetzens fahrlässig gehandelt haben, d.h. er müsste eine objektive Sorgfaltspflicht verletzt haben bei objektiver Vorhersehbarkeit des konkreten Erfolgs und des wesentlichen Kausalverlaufs.

B hat Asche aus einem Holzofen in einer Papiertüte gelagert, also einem sehr leicht brennbaren Behältnis, und dieses wiederum in eine Pappschachtel gelegt, die auch leicht Feuer fangen kann. Asche muss aber in einem feuerfesten Behältnis wie einer Metalltonne ge-

lagert werden, um ein neues Entfachen des Feuers zu verhindern. B hat also die zur Brandverhütung erforderliche Sorgfalt außer Acht gelassen und somit eine Sorgfaltspflicht verletzt. Es war auch vorhersehbar, dass bei der unsachgemäßen Lagerung der Asche ein neues Feuer entstehen und dass dieses das gesamte Gebäude erfassen würde. B hat also fahrlässig gehandelt.

## II. Rechtswidrigkeit

B handelte auch rechtswidrig.

## III. Schuld

B müsste auch schuldhaft gehandelt haben, insb. müsste der Fahrlässigkeitsschuldvorwurf gegeben sein, d.h. B müsste subjektiv sorgfaltspflichtwidrig gehandelt haben bei subjektiver Vorhersehbarkeit des Erfolges und des wesentlichen Kausalverlaufs.

Das OLG Stuttgart nimmt die Fahrlässigkeitsschuld des B an: "Ferner besteht ein hinreichender Tatverdacht dahingehend, dass der Angeklagte nach seinen Kenntnissen und Fähigkeiten in der Lage war zu erkennen, dass sein Verhalten zur Inbrandsetzung des Gebäudes führen konnte."

B hat schuldhaft gehandelt.

## IV. Ergebnis

B ist strafbar gem. § 306d I 1. Fall StGB.

### C. Strafbarkeit gem. § 222 StGB zum Nachteil des F durch das Lagern der Asche in einer Papiertüte

B könnte sich durch die Lagerung der Asche in einer Papiertüte, die ihrerseits in einer Pappschachtel lag, auch wegen fahrlässiger Tötung, § 222 StGB, des F strafbar gemacht haben.

### I. Tatbestand

#### 1. Tod des F

F ist tot, der tatbestandliche Erfolg des § 222 StGB ist somit eingetreten.

#### 2. Kausale Handlung

Die Handlung des B, das Lagern der Asche in einer Papiertüte, müsste auch kausal für den Tod des F gewesen sein.

Eine Handlung ist dann kausal für einen Erfolg, wenn sie nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass der Erfolg in seiner konkreten Gestalt entfielen (sog. *conditio-sine-qua-non*-Formel, BGHSt 45, 270, 294; 49, 1, 3; Joecks, Vor § 13 Rn 23; Schönke/Schröder-Lenckner/Eisele, Vor § 13 Rn 75).

Hätte B die Asche nicht in einer Papiertüte gelagert, dann wäre es nicht zu dem Brand gekommen (s.o.), der Feuerwehrmann F hätte nicht das brennende Haus betreten und wäre dort auch nicht ums Leben gekommen. Die Handlung des B ist also kausal für den Tod des F.

### 3. Objektive Sorgfaltspflichtverletzung bei objektiver Vorhersehbarkeit des konkreten Erfolgs und des wesentlichen Kausalverlaufs

Das Verhalten des B müsste fahrlässig gewesen sein, d.h. er müsste objektiv eine Sorgfaltspflicht verletzt haben bei Vorhersehbarkeit des konkreten Erfolgs und des wesentlichen Kausalverlaufs.

Die Lagerung der Asche in einem Behälter aus Papier bzw. Pappe stellt eine Sorgfaltspflichtverletzung dar, die in vorhersehbarer Weise zu einem Feuer führte (s.o.). Weiter war es vorhersehbar, dass Feuerwehrleute das brennende Haus betreten und dort verletzt oder gar getötet werden könnten.

B hat also fahrlässig gehandelt.

### 4. Objektive Zurechnung

Der tatbestandliche Erfolg - der Tod des F - müsste dem B auch als "sein Werk" zuzurechnen sein.

Die könnte im vorliegenden Fall fraglich sein, da F das brennende Haus, in dem er starb, erst nach Entstehen des Brandes und in dem Wissen, dass er sich hierdurch in eine lebensgefährliche Situation begeben würde, betreten hatte.

#### a. 1. Meinung

Nach einer Auffassung kann die Gefährdung oder Verletzung eines Brandretters dem Brandstifter niemals zugerechnet werden, wenn diese aus einem eigenverantwortlichen Verhalten des Brandretters resultiert (Roxin, AT I, § 11 Rn 94; Rengier, JuS 1998, 400; Otto, NJW 1980, 422). Es würde dem Eigenverantwortungsprinzip im Strafrecht widersprechen, wenn das Opfer in einem Fall, in dem es eine Gefährdung oder Verletzung seiner eigenen Person eigenverantwortlich herbeiführe, die strafrechtliche Verantwortung für dieses Verhalten einem anderen aufbürden könnte.

Als Feuerwehrmann hat F zwar bis zu einem gewissen Grade die Pflicht, sich selbst zu gefährden, um z.B. einen Brand zu bekämpfen. Eine Selbstgefährdung, die sich im Rahmen der (Dienst-) Pflichten des F hält, wäre also nicht eigenverantwortlich und deshalb wären die Folgen einer solchen Gefährdung dem B auch zuzurechnen. Allerdings ist im vorliegenden Fall zu berücksichtigen, dass sich F und G insbesondere ohne Überwachung der Dauer ihres Aufenthaltes in dem brennenden Haus in dieses begeben haben. Dies stellt eine wesentliche Verletzung der Pflichten eines sorgfältigen Feuerwehrmannes dar (s.u.). Ein solches Verhalten wird auch (bzw. gerade) von einem pflichtgemäß handelnden Feuerwehrmann nicht verlangt, sodass die Selbstgefährdung von F eigenverantwortlich war und der hieraus resultierende Tod des F dem B somit nach dieser Meinung nicht zugerechnet werden kann.

#### b. 2. Meinung

Nach der Gegenauffassung, die insb. von der Recht-

sprechung vertreten wird, kann eine Gefährdung oder Verletzung eines eigenverantwortlich handelnden Brandretters dem Brandstifter jedenfalls dann zugerechnet werden, wenn der Brandstifter ein einsichtiges Rettungsmotiv geschaffen hat und die Selbstgefährdung des Brandretters nicht offensichtlich unvernünftig ist (BGHSt 39, 322, 326; OLG Celle NJW 2001, 2816; Fischer, § 306c Rn 4).

Dieser Auffassung folgt auch das OLG Stuttgart in der vorliegenden Entscheidung: "[14] b) Allerdings kann im vorliegenden Fall ein Zurechnungszusammenhang zwischen der Brandverursachung und dem Tod der verunfallten Feuerwehrmänner nicht festgestellt werden.

[15] (1) Mit dem Bundesgerichtshof (BGHSt 39, 322) knüpft der Senat bei der Beurteilung der Frage des Zurechnungszusammenhanges an die in der höchstrichterlichen Rechtsprechung entwickelten Grundsätze zur sogenannten bewussten Selbstgefährdung an. Danach ist im Bereich der Körperverletzungs- und Tötungsdelikte ein Verletzungserfolg dann nicht zuzurechnen, wenn dieser Erfolg die Folge einer bewussten, eigenverantwortlich gewollten und verwirklichten Selbstgefährdung ist und sich die Mitwirkung des Dritten in einer bloßen Veranlassung oder Förderung des Selbstgefährdungsaktes erschöpft (BGHSt 32, 262 ff.). Unter Berücksichtigung des Schutzzweckes der einschlägigen strafrechtlichen Normen erfährt dieser Grundsatz jedoch dann eine Einschränkung, wenn der Täter durch eine deliktische Handlung die naheliegende Möglichkeit einer bewussten Selbstgefährdung dadurch schafft, dass er ohne Mitwirkung und ohne Einverständnis des Opfers eine erhebliche Gefahr für ein Rechtsgut des Opfers oder ihm nahestehender Personen begründet und damit für dieses ein einsichtiges Motiv für gefährliche Rettungsmaßnahmen schafft (BGHSt 39, 322, [325]). Unter diesen Voraussetzungen ist es sachgerecht, die sich selbst gefährdenden Personen in den Schutzbereich der strafrechtlichen Vorschriften einzubeziehen. Dies folgt nicht nur aus der Erwägung, dass der Täter, dem bei Gelingen der Rettungshandlung die Erfolgsabwendung zugute kommt, im Fall des Misserfolges ebenso hierfür einzustehen hat. Vielmehr ist dem Täter bei Ausführung der Tat erkennbar, dass hierdurch anderen eine Pflicht zum Handeln auferlegt wird. Diese kann insbesondere aus einer Garantenstellung, § 323 c StGB oder beruflichen Pflichten erwachsen (Radtke/Hoffmann GA 2007, 201 [204]; SK-Wolters/Horn, § 306 c Rdnr. 4). Soweit die in diesem Sinne pflichtigen Rettungskräfte ihrer Handlungspflicht folgen, liegt ein vollständig freiwilliger Handlungsentschluss - vergleichbar dem in BGHSt 32, 262 ff. entschiedenen Fall - aber nicht vor. Damit fehlt es an einem die Zurechnung der Tatfolgen unterbrechenden Element.

[16] (2) Hieraus folgt, dass die Reichweite der Handlungspflicht des Rettungspflichtigen - als das für den

Täter grundsätzlich bei Tatausführung erkennbare Element - dann auch die Grenzen der Zurechnung definiert. Bei berufsmäßigen Helfern - wie vorliegend Feuerwehrmännern - ist insoweit von erweiterten Handlungspflichten auszugehen, da diese über eine bessere Schutzausstattung und eine fachliche Ausbildung verfügen. Da andererseits beim Handeln berufsmäßiger Retter die dem Täter zugute kommende Wahrscheinlichkeit eines Erfolges der Rettungshandlungen steigt, ist es sachgerecht, ihm auch die erhöhten Risiken von berufsmäßigen Helfern zuzurechnen. Deshalb sind auch bei hohem Risiko alle sachgerecht durchgeführten Rettungshandlungen von Berufsrettern, die zu Verletzungen führen, von der Zurechnung erfasst.

[17] (3) Der Senat verkennt nicht, dass berufsmäßige Retter nicht selten vor der Frage stehen werden, zur Erreichung des Rettungsziels ein überobligatorisches, d.h. über die berufsbedingte Handlungspflicht hinausgehendes Risiko eingehen zu müssen. Für die Einbeziehung derart überobligatorischer Rettungshandlungen in den Schutzbereich strafrechtlicher Normen spricht, dass in Stresssituationen der vorliegenden Art auch berufsmäßige Retter nur eingeschränkt zu einer nüchternen Abwägung der Risiken in der Lage sein können. Dies beruht zum einen auf objektiv häufig eingeschränkten Erkenntnismöglichkeiten hinsichtlich zufälliger Geschehenskomponenten (z.B. bei Brandfällen wie dem vorliegenden: Materialversagen, Wind etc.), zum anderen auf den psychischen Befindlichkeiten der Rettungspersonen in der jeweiligen Stresssituation. Der Gesetzgeber hat insoweit in § 35 Abs. 1 Satz 2 StGB Personen in einem besonderen Rechtsverhältnis - wie z.B. Feuerwehrmännern - besondere Handlungsspielräume zugebilligt. Daher sind grundsätzlich auch überobligatorische Rettungshandlungen, soweit diese dem Schutz der Rechtsgüter des § 35 Abs. 1 StGB dienen, für diese Rettungspflichtigen nicht als 'freiwillige' Selbstgefährdung zu werten. Hieraus folgt, dass auch als offensichtlich riskant erkannte Rettungshandlungen jenseits der Handlungspflichtigkeit in der Regel vom Schutzbereich strafrechtlicher Normen erfasst sind (vgl. Radtke/Hoffmann a.a.O. S. 218).

[18] (4) Indes kann hieraus nicht der Schluss gezogen werden, dass die Zurechnung von Tatfolgen grenzenlos erfolgen kann. Vielmehr ist die Grenze der Zurechnung dort zu ziehen, wo sich der Rettungsversuch von vornherein als sinnlos oder mit offensichtlich unverhältnismäßigen Wagnissen verbunden und damit als offensichtlich unvernünftig darstellt (so BGHSt 39, 322 [326]; OLG Celle NJW 2001, 2816). Dies ist der Fall, wenn die Risikofaktoren in einer objektivierten ex-ante-Betrachtung so gewichtig sind, dass auch unter angemessener Berücksichtigung der psychischen Drucksituation der Rettungskräfte deutlich ist, dass die (weitere) Durchführung der Rettungsaktion zu einem

gänzlich unvertretbaren Risiko für Leib und Leben der Retter führt.

[19] (5) Bei einem offensichtlich unvernünftigen Rettungsversuch erfolgt die Unterbrechung des Zurechnungszusammenhanges bereits mit der entsprechenden Entschlussfassung, ohne dass positiv eine Kausalität zwischen dem Rettungsentschluss und den schweren Folgen festgestellt werden muss.

Anknüpfungspunkt der vorliegenden Zurechnungsproblematik ist die Rechtsfigur der freiwilligen Selbstgefährdung. Hiernach ist - wie ausgeführt - entscheidend für die Frage der Zurechnung der Tatfolgen die Eigenverantwortlichkeit des Willensentschlusses des Retters. Daher ist es sachgerecht, auch hinsichtlich der Grenze der Zurechnung auf diesen Willensentschluss abzustellen. Deshalb unterbricht bereits der Entschluss, eine offensichtlich unvernünftige Rettungshandlung durchzuführen, den Zurechnungszusammenhang, ohne dass es auf die Kausalität hinsichtlich der Folgen des Rettungseinsatzes ankommt.

[20] (6) Ferner ruht die Risikoabwägung vorliegend nicht allein in der Hand der verunglückten Rettungspersonen. Vielmehr muss sich ein Feuerwehrmann in seinem Entschluss, eine riskante Rettungshandlung zu beginnen und durchzuführen, auch auf das pflicht- und fachgerechte Handeln und Entscheiden seiner Kollegen verlassen. So hängen die Einsatzbedingungen und das Risiko eines Atemschutztrupps wesentlich von den Entscheidungen der den Atemschutzeinsatz überwachenden Feuerwehrmänner ab. An letzteren liegt es maßgeblich, die lebenswichtigen Entscheidungen zu Einsatz, Ablösung und Rückzug unter Berücksichtigung der dem jeweiligen Atemschutztrupp u.U. gar nicht zugänglichen Erkenntnisse zum gesamten Brandgeschehen zu treffen. Ohne diese arbeitsteilige Vorgehensweise ist die Handhabung der modernen Brandschutztechnik nicht denkbar.

Wenn aber dem Täter das hierdurch ermöglichte höhere Risiko des einzelnen Retters zugerechnet wird, muss ihm andererseits bei der Frage der Begrenzung der objektiven Zurechnung - nämlich bei der Bewertung der Frage, ob offensichtlich unvernünftig gehandelt wurde - auch das durch die arbeitsteilige Vorgehensweise bedingte Fehlerrisiko zugute kommen. Daher müssen sich im Einsatz befindliche Feuerwehrleute, welche individuell in ihre hochgradige Gefährdung gar nicht eingewilligt hätten, offensichtlich unvernünftige Entscheidungen der den Einsatz überwachenden Feuerwehrmänner zurechnen lassen. Somit ist nicht auf die Wahrnehmung, Entscheidung oder Handlung einzelner gefährdeter Feuerwehrangehöriger, sondern auf das gesamte Handeln der am Einsatz beteiligten Feuerwehrangehörigen abzustellen.

[21] c) In Anwendung dieser Grundsätze wurde der Feuerwehreinsatz nach dem vorliegenden Ermittlungsergebnis [...] unter Inkaufnahme offensichtlich unvernünftiger Risiken für die verunglückten Feuerwehr-

männer durchgeführt.

[22] (1) So haben die Ermittlungen ergeben, dass die Atemschutzüberwachung des verunfallten Trupps entgegen der den Atemschutz Einsatz regelnden Dienstvorschrift ohne jegliche Zeiterfassung erfolgt ist. Die Einsatzdauer der zum Einsatz gekommenen Atemschutzgeräte mit einer Füllung von 300 bar liegt bei ca. 30 Minuten (vgl. Gutachten zum Atemschutz Blatt 976 d.A.). Für den Einsatz entsprechender Geräte schreibt die Feuerwehrdienstvorschrift 7 (im Folgenden FwDV 7), Ausgabe August 2004, in Nr. 7.2 u.a. vor, dass

[23] - für den Rückweg in der Regel die doppelte Atemluftmenge wie für den Hinweg einzuplanen ist,  
 - die Einsatzdauer eines Atemschutztrupps sich nach derjenigen Einsatzkraft innerhalb des Trupps richtet, deren Atemluftverbrauch am größten ist,  
 - jeder Atemschutztrupp grundsätzlich mit einem Handsprechfunkgerät ausgestattet sein muss,  
 - bei Erreichen des Einsatzzieles und bei Antritt des Rückweges über Funk entsprechende Meldungen erfolgen müssen und  
 - weitere Meldungen lagebedingt abgegeben werden sollen.

[24] Ferner sieht Nr. 7.4 FwDV 7 vor, dass

[25] - bei jedem Atemschutzeinsatz eine Atemschutzüberwachung zu erfolgen hat,  
 - nach einem und nach zwei Drittel der zu erwartenden Einsatzzeit durch die Atemschutzüberwachung der Atemschutztrupp auf die Beachtung der Behälterdrücke hinzuweisen ist,  
 - die Uhrzeit bei Anschließen des Luftversorgungssystems, nach einem und zwei Drittel der zu erwartenden Einsatzzeit, bei Erreichen des Einsatzzieles und bei Beginn des Rückzugs registriert werden muss und  
 - für die Atemschutzüberwachung geeignete Hilfsmittel zur Verfügung stehen sollen.

[26] Diese Feuerwehrdienstvorschrift ist in Baden-Württemberg durch Verwaltungsvorschrift des Innenministeriums über die Aus- und Fortbildung der Feuerwehrangehörigen in Baden-Württemberg vom 09. Januar 2004 (Az.: 5-1511.1/1) i.V.m. dem Runderlass vom 06. September 2004 (Az.: 5-1537.3/6) bekannt gemacht worden.

[27] Der für die Atemschutzüberwachung des ums Leben gekommenen Trupps eingeteilte Feuerwehrmann, der Zeuge [...], hat im Rahmen seiner Zeugenvernehmung vom 23. Dezember 2005 angegeben, er nehme grundsätzlich zu den Einsätzen aus verschiedenen Gründen keine Uhr mit. Aufgrund der ersten Hektik habe er auch keine Gelegenheit gehabt, sich beim Abmarsch des verunfallten Trupps eine Uhr zu besorgen. Die fehlende Uhr sei auch schon bei früheren Einsätzen beklagt worden. Demzufolge war der Zeuge nicht in der Lage, den möglicherweise bereits um 3.15 Uhr beginnenden Einsatz des verunglückten Trupps zeitlich zu kontrollieren. Auf der geführten Liste zur

Atemschutzüberwachung hat er infolgedessen neben den Namen der verunglückten Feuerwehrmänner bei Beginn des Einsatzes lediglich den Behälterdruck von 300 bar und die Ortsangabe 'hinter Haus' vermerkt, ferner hat er zu einem nicht näher bekannten Zeitpunkt den Behälterdruck von 200 bar bei beiden abgefragt und eingetragen, schließlich zu einem ebenfalls nicht bekannten Zeitpunkt beim Feuerwehrmann [...] einen Behälterdruck von 120 bar notiert. Im Anschluss hieran ist lediglich 'Mayday' vermerkt.

Erst um 3.40 Uhr erhielt der Zeuge von einem Kameraden dessen private Uhr; zu diesem Zeitpunkt hatte der Atemschutztrupp bereits 'Mayday' gefunkt.

[28] Ferner ist aufgrund der Aussage des Zeugen davon auszugehen, dass dieser zu keinem Zeitpunkt Kenntnis von dem Einsatzauftrag des verunglückten Atemschutztrupps und dessen Standort hatte. Funkmeldungen bzw. Funkabfragen hinsichtlich des Einsatzzieles, des jeweiligen Einsatzortes und der lagebedingten Einsatzbedingungen erfolgten nicht. Eine Kontaktaufnahme über Funk geschah selbst dann nicht, als zwischen 3.41 Uhr und 3.43 Uhr von außen massive Flammen aus dem Dach und im ersten Obergeschoss sichtbar wurden. Selbst bei Absetzen der ersten Mayday-Meldung gegen 3.47 Uhr wurde der Standort des verunglückten Trupps weder abgefragt noch mitgeteilt. Die Standortabfrage nach dem zweiten, leisen 'Mayday' blieb unbeantwortet.

[29] Die Ermittlungen haben schließlich ergeben, dass auch die Absprache zwischen der Einsatzleitung und dem Atemschutztrupp hinsichtlich des Einsatzzieles unklar war. Der Feuerwehrkommandant [...] hat insoweit angegeben, die Feuerwehrmänner [...] und [...] sollten über die Treppe 'nach oben' gehend, die Lage erkunden und gezielt löschen. Warum die Feuerwehrmänner ins Dachgeschoss - vorbei an der später durchgebrannten Türe des Obergeschosses - gelangt sind, ohne eine geschossweise Erkundung und Feuerbekämpfung durchzuführen, war dem Feuerwehrkommandanten ein Rätsel.

[30] (2) Bei dieser Sachlage ist festzustellen, dass die projektierte Einsatzzeit der Druckluftatmer bei einem - zugunsten des Angeklagten - anzunehmenden Einsatzbeginn um 3.15 Uhr bereits um 3.45 Uhr ausgeschöpft war. Nach der FwDV 7 hätte bei einem Drittel der zu erwartenden Einsatzzeit - und damit um 3.25 Uhr - der Behälterdruck abgefragt und die Uhrzeit registriert werden müssen. Da der Atemluftverbrauch von den Einsatzbedingungen abhängt und bei schwerer körperlicher Tätigkeit eine schnellere Entleerung des Pressluftatmers erfolgt, bietet die zeitliche Überwachung des Atemschutzeinsatzes - kombiniert mit den Druckabfragen - die einzige Möglichkeit für die Atemschutzüberwachungskraft, die voraussichtliche Einsatzdauer des Atemschutzgerätes abzuschätzen. Den Männern des Atemschutztrupps selbst kann dies nicht allein überlassen bleiben, da die Gefahr besteht, dass

diese im Einsatz jegliches Zeitgefühl verlieren. Daher bietet gerade die Regelmäßigkeit der Behälterdruckabfragen eine lebenswichtige Schutzvorkehrung für die als Atemschutztrupp eingesetzten Feuerwehrmänner. Warum der im Vorfeld des Einsatzes als Atemschutzüberwachungskraft eingeteilte Zeuge bei dieser Sachlage zu den Einsätzen keine Uhr mitnimmt, obwohl die fehlende Uhr bei früheren Einsätzen schon beklagt worden ist, ist dem Senat nicht nachvollziehbar.

Auch hat es sich aufgedrängt, durch die Freiwillige Feuerwehr für jede Atemschutzüberwachungskraft wenigstens eine einfache Armbanduhr zu beschaffen.

[31] Zudem hätte nach einem Drittel der voraussichtlichen Einsatzzeit die Einsatzplanung für den Rückweg beginnen müssen, um die für den Rückweg veranschlagte doppelte Atemluftmenge zur Verfügung zu haben. Jedoch wurde weder die 200 bar-Meldung beider zu Tode gekommener Feuerwehrmänner noch die 120 bar-Meldung von [...] zum Anlass genommen, die Männer aus dem brennenden Gebäude herauszuholen. Spätestens bei der 120 bar-Meldung hätte der Trupp sofort abgezogen werden müssen, ohne das Eintreffen des Ersatztrupps abzuwarten. Dies gilt umso mehr, als unbekannt war, wo sich der Trupp befand und wie lang bzw. wie schwierig der Rückweg werden könnte. Unerheblich ist, dass zu diesem Zeitpunkt möglicherweise der Eindruck entstehen konnte, der Brand sei weitgehend gelöscht, da eine unvorhergesehene Wendung des Brandgeschehens immer im Bereich des Möglichen liegt und gerade auch für diesen Fall - wenn etwa der Rückweg abgeschnitten ist - Vorsorge für eine genügende Restluftmenge zur Überbrückung der Zeit bis zur entsprechenden Brandbekämpfung oder zur Bereitstellung einer anderweitigen Rettungsalternative (z.B. über Drehleiter) getroffen werden muss.

[32] Weiter hat trotz intakter Funkverbindung zu keinem Zeitpunkt eine Standort- oder Lageabfrage bei dem verunglückten Atemschutztrupp stattgefunden. Wäre diese Kommunikationsmöglichkeit genutzt worden, hätte die Einsatzleitung Kenntnis vom Standort des Trupps im Dachgeschoss gehabt und abklären können, weshalb keine Sicherung des darunter liegenden Obergeschosses vorgenommen worden war. Dies gilt umso mehr, als das Einsatzziel allenfalls vage definiert war; hier wäre eine umso engmaschigere Absprache des Vorgehens vonnöten gewesen. Weshalb nicht einmal gegen 3.41 Uhr eine Kontaktaufnahme mit dem Atemschutztrupp erfolgte, als von außerhalb des Ge-

bäudes Flammen aus dem Dach und zwei Minuten später Flammen im ersten Obergeschoss sichtbar wurden, ist nicht nachzuvollziehen. Zu diesem Zeitpunkt war auch der Ablösetrupp bereits in Marsch gesetzt worden (3.38 Uhr), sodass den ums Leben gekommenen Feuerwehrmännern bekanntermaßen nur noch eine begrenzte Atemluftmenge zur Verfügung stand.

[33] Bei dieser Sachlage ist die vorhandene Schutztechnik, welche den eingesetzten Atemschutzträgern ihre erhöhte Risikotragung erst ermöglicht, ineffektiv gehandhabt worden. Die durch die FwDV 7 bezweckte regelmäßige und der Lage angemessene Absicherung und Leitung des eingesetzten Atemschutztrupps durch Überwachung von außen hat sich auf zwei zeitlich zufällige Behälterdruckabfragen reduziert. Der verunglückte Trupp war faktisch auf sich selbst und damit weitgehend schutzlos gestellt. Berücksichtigt man zudem, dass nach Aussage des Feuerwehrmandanten zur Zeit des Einsatzbeginns keine Befürchtungen vorlagen, dass sich noch Personen im Gebäude befanden, ist der Grad zu einem offensichtlich unvernünftigen Rettungshandeln erreicht. Bei dieser Sachlage ist der Zurechnungszusammenhang zur pflichtwidrigen Brandverursachung durch den Angeklagten unterbrochen, ohne dass es auf die Frage ankäme, ob die fehlende Uhr, die fehlende Lage- und Standortüberwachung, die unterlassenen Rückzugsaufforderungen sowie die unterlassene Warnung über das überraschende Durchzünden des Feuers kausal für den Tod der beiden Feuerwehrmänner geworden sind."

Nach dieser Auffassung ist der Tod des F dem B also nicht zuzurechnen.

#### *c. Zwischenergebnis*

Nach beiden Auffassungen kann der Tod des F dem B nicht als "sein Werk" zugerechnet werden.

## *II. Ergebnis*

B hat sich nicht gem. § 222 StGB zum Nachteil des F strafbar gemacht.

#### *D. Strafbarkeit gem. § 222 StGB zum Nachteil des G durch das Lagern der Asche in einer Papiertüte*

Aus demselben Grunde scheidet auch eine Strafbarkeit des B wegen fahrlässiger Tötung, § 222 StGB, zum Nachteil des G aus.

#### *E. Gesamtergebnis*

B ist strafbar gem. § 306d I 1. Fall StGB.

*Literaturauswertung**Öffentliches Recht*

<b>Autor/Titel:</b>	Zimmermann, Markus: "Landesrechtliche Rauchverbote in Gaststätten und die Grundrechte der Betreiber von (Klein-)Gaststätten"
<b>Fundstelle:</b>	NVwZ 2008, 705 (Heft 7)
<b>Inhalt:</b>	Die Diskussion um Rauchverbote in Gaststätten wird öffentlich geführt, und vor dem BVerfG sind mehrere Verfassungsbeschwerden gegen die entsprechenden landesrechtlichen Regelungen anhängig. Aktueller und examensrelevanter als dieses kann ein Thema also gar nicht sein. Inhaltlich prüft der Autor Art. 12 I, 14 I und 3 I GG. Er kommt zu dem Ergebnis, dass die Rauchverbote in Einraumgaststätten verfassungswidrig sind.

<b>Autor/Titel:</b>	Lindner, Josef Franz: "Der Vertrag von Lissabon zur Reform der Europäischen Union"
<b>Fundstelle:</b>	BayVBl 2008, 421
<b>Inhalt:</b>	Die wesentlichen Inhalte des Vertrages von Lissabon sind nicht nur für Wahlfach und Schwerpunktbereich Europarecht, sondern auch im Pflichtfach von Interesse. Der Beitrag eignet sich hervorragend als Kompendium.

*Zivilrecht*

<b>Autor/Titel:</b>	Gsell, Beate: "Ablösung des Restkredits durch den Verkäufer eines neuen PKW"
<b>Fundstelle:</b>	NJW 2008, 2002 (Heft 28)
<b>Inhalt:</b>	Die Autorin bespricht das Urteil des BGH vom 20.02.2008 - VIII ZR 334/06 (= RA 2008, 224 = NJW 2008, 2028). Die vorliegende Entscheidung beschäftigt sich mit einer Situation, die derjenigen einer Inzahlungnahme eines KFZ bei Erwerb eines Neuwagens ähnlich ist. Es wird insoweit die Rechtsprechung zur Inzahlungnahme eines PKW i.R.d. Beurteilung als einheitlicher Vertrag fortgesetzt. Entscheidend für die Beurteilung dieser Sachverhalte ist, dass sich die Mängel am Neuwagen auch auf die Abrede bzgl. des Altwagens auswirkt, da es sich um einen einheitlichen Vertrag handelt.

<b>Autor/Titel:</b>	Peifer, Markus: "Die persönliche Haftung der Gesellschafter einer GmbH"
<b>Fundstelle:</b>	JuS 2008, 490 (Heft 6)
<b>Inhalt:</b>	Das Gesellschaftsrecht hat nach der Reform der Juristenausbildung an Bedeutung gewonnen. Der Autor erörtert die Haftung der Gesellschafter einer GmbH. Zwar ist der zentrale Zweck der GmbH derjenige, dass eine Haftungsbeschränkung der Gesellschafter erreicht wird. Allerdings gilt dies nicht absolut. Der BGH hat die sog. Durchgriffshaftung entwickelt, die besagt, dass die Gesellschafter ausnahmsweise persönlich und unbeschränkt mit ihrem Privatvermögen haften können. Der Beitrag nimmt die aktuelle Rechtsprechung zum Anlass, das Haftungsverhältnis zwischen Gesellschaft, Gesellschaftern und Gesellschaftsgläubigern zu erörtern.

*Strafrecht*

<b>Autor/Titel:</b>	Satzger, Helmut: "Teilnehmerstrafbarkeit und 'Doppelvorsatz'"
<b>Fundstelle:</b>	JURA 2008, 514 (Heft 7)
<b>Inhalt:</b>	Gem. §§ 26, 27 StGB macht sich wegen Teilnahme nur strafbar, wer vorsätzlich den Haupttäter zu dessen vorsätzlich begangener rechtswidriger Haupttat bestimmt bzw. ihm hierbei vorsätzlich Hilfe leistet. Nach einer kurzen Darstellung des Strafgrundes der Teilnahme diskutiert der Verfasser die Anforderungen an den erforderlichen "Doppelvorsatz" des Teilnehmers, insb. an das notwendige Maß der Konkretisierung der Teilnehmervorstellung bzgl. der Haupttat. Hierbei geht er nicht nur auf die Darstellung der Problematik im Gutachten ein, sondern auch auf die verschiedenen Lösungsansätze. Er selbst schlägt vor, zumindest den Anstiftersvorsatz durch einen "Test der hypothetischen Anwesenheit" des Anstifters am Tatort zu ermitteln. Ob dies tatsächlich die entsprechende Prüfung vereinfacht, mag jeder Leser selbst entscheiden. Die Tatsache, dass der BGH in einer der in diesem Heft enthaltenen Entscheidungen auf dasselbe Problem eingeht, zeigt, dass dieses auch eine erhebliche Examensrelevanz aufweist, sodass die Lektüre dieses Aufsatzes empfehlenswert ist.

<b>Autor/Titel:</b>	Dehne-Niemann, Jan: "Tatbestandslosigkeit der Drittbewahrungsabsicht und Beteiligungsdogmatik"
<b>Fundstelle:</b>	JuS 2008, 589 (Heft 7)
<b>Inhalt:</b>	Während es seit dem 6. StrRG (1998) i.R.v. §§ 242 I, 249 I StGB nunmehr auch den Tatbestand erfüllt, wenn der Täter die Absicht hat, die weggenommene Sache "einem Dritten [...] zuzueignen", setzt § 252 StGB immer noch voraus, dass der Täter handelt, "um sich im Besitz des gestohlenen Gutes zu erhalten". Probleme tauchen also im Rahmen des § 252 StGB dann auf, wenn der Täter der Vortat handelt, um einem Dritten den Besitz an dem gestohlenen Gut zu sichern oder ein Teilnehmer an der Vortat nach deren Vollendung ein Raubmittel anwendet, um sich im Besitz des gestohlenen Gutes zu erhalten. Der Verfasser präsentiert die in Literatur und Rechtsprechung insofern vertretenen Lösungsansätze und kommt zu dem Ergebnis, dass aufgrund der gegenwärtigen Gesetzeslage eine befriedigende Lösung nicht möglich ist. Zur Vertiefung dieser durchaus examensrelevanten Problematik lesenswert.

<b>Autor/Titel:</b>	Rinio, Carsten: "Das Auskunftsverweigerungsrecht des tatbeteiligten Zeugen nach § 55 StPO"
<b>Fundstelle:</b>	JuS 2008, 600 (Heft 7)
<b>Inhalt:</b>	Der Verfasser gibt in diesem Aufsatz einen anschaulichen Überblick über die Voraussetzungen für das Entstehen eines Auskunftsverweigerungsrechts und die Folgen einer berechtigten und unberechtigten Berufung auf dieses Recht. Vor allem letztere Konstellation hat keine ganz geringe praktische (und damit auch Examens-) Relevanz, wie die Entscheidung des LG Ravensburg im vorliegenden Heft zeigt.