

## Öffentliches Recht

### Standort: Baurecht

### Problem: Aufschiebende Wirkung nach § 212a BauGB

OVG MÜNSTER, BESCHLUSS VOM 29.05.2008  
10 B 616/08 (NVwZ-RR 2008, 757)

#### Problemdarstellung:

Im Baurecht wird elementar zwischen Bauordnungs- und Bauplanungsrecht unterschieden.

A. Das Bauplanungsrecht ist Bundesrecht. Es hat eine geordnete städtebauliche Entwicklung im Auge. Zu diesem Zweck stellen bspw. die §§ 29 ff. BauGB bestimmte Anforderungen an die Zulässigkeit von Bauvorhaben in einem bestimmten Gebiet. Werden diese nicht erfüllt, ist das Vorhaben i.d.R. materiell illegal. Allerdings kennt das Bauplanungsrecht in § 31 II BauGB auch einen sog. Dispens, der besagt, dass unter den dort genannten strengen Anforderungen auch Ausnahmen (Befreiungen) von bestimmten Vorschriften gewährt werden können.

B. Das Bauordnungsrecht ist hingegen Landesrecht. Es dient der Sicherheit von Bauwerken, also vor allem der Gefahrenabwehr. Zu diesem Zweck enthalten alle Landesbauordnungen bspw. Vorschriften über den Brandschutz, die einzuhaltenden Abstandsflächen, die Verkehrssicherheit von Gebäuden u.v.m. Auch hier existiert allerdings vielfach eine Norm, die - insofern vergleichbar mit § 31 II BauGB - unter bestimmten Voraussetzungen Ausnahmen von bauordnungsrechtlichen Anforderungen zulässt. In NRW ist dies § 73 BauO.

C. Das OVG NRW hatte sich nun mit der Frage zu beschäftigen, ob ein Nachbar gegen eine solche bauordnungsrechtliche Abweichungsentscheidung zugunsten des Bauherrn mit aufschiebender Wirkung nach § 80 I VwGO Widerspruch und Klage erheben kann, oder ob der Suspensiveffekt des Nachbarrechtsbehelfs über §§ 80 II Nr. 3 VwGO i.V.m. 212a BauGB entfällt. Nach § 212a BauGB haben Rechtsbehelfe gegen die "bauaufsichtliche Zulassung von Vorhaben" keine aufschiebende Wirkung. Hierzu ist zu unterscheiden:

I. Handelt es sich um ein *genehmigungspflichtiges* Bauvorhaben, wird der Nachbar die Baugenehmigung angreifen. Diese fällt unproblematisch unter § 212a BauGB.

II. Wie jedoch, wenn es sich um ein *genehmigungsfreies* Bauvorhaben handelt, das gegen eine einzelne

Vorschrift des Bauordnungsrechts verstößt, wenn für diese einzelne Vorschrift eine Abweichung nach § 73 BauO NRW zugelassen wurde (sog. "selbstständige Abweichungsentscheidung")? Dann ist die Anwendbarkeit von § 212a BauGB umstritten. Das OVG NRW verneint sie, erstens weil § 212a BauGB als Ausnahmvorschrift eng auszulegen sei, und zweitens weil eine Abweichung von einer einzelnen Vorschrift keine "Zulassung" des Vorhabens insgesamt sei.

#### Prüfungsrelevanz:

Das hier behandelte Problem spielt in der Statthaftigkeit eines Antrages nach §§ 80 V, 80a VwGO. Es zieht weitreichende prozessuale Konsequenzen nach sich:

Kommt man mit den überzeugenden Argumenten des OVG NRW zur Unanwendbarkeit des § 212a BauGB auf selbstständige bauordnungsrechtliche Abweichungsentscheidungen, besteht die aufschiebende Wirkung des Nachbarrechtsbehelfs gegen sie. Es bedarf dann weder der Anordnung der aufschiebenden Wirkung nach §§ 80a III 2, 80 V 1 1. Fall VwGO noch der Aussetzung der Vollziehung nach §§ 80a III 1, 80a I Nr. 2 VwGO.

Macht der Bauherr - wie hier - dennoch Anstalten, sein Vorhaben zu realisieren, liegt ein Fall des sog. "faktischen Vollzugs" (im Dreipersonenverhältnis) vor, für den die Rspr. in analoger Anwendung des § 80 V 1 VwGO einen Antrag auf *Feststellung* der aufschiebenden Wirkung für statthaft hält. Eine m.M. verneint hingegen die Regelungslücke und hält eine Sicherungsanordnung nach § 123 I 1 VwGO für statthaft. Dagegen sprechen jedoch die Vermengung der separaten Rechtsschutzsysteme nach §§ 80 V, 80a VwGO einerseits und § 123 I VwGO andererseits (nur ersteres ist auf die Gewährung von Suspensiveffekt gegen belastende Verwaltungsakte zugeschnitten), sowie die Tatsache, dass § 123 VwGO schon wegen der mit ihm verbundenen Glaubhaftmachungslast der ungünstigere Rechtsbehelf ist. Dass einem Antragsteller, dessen Rechtsbehelf in der Hauptsache aufschiebende Wirkung zukommt, dieser ungünstigere Antrag zugemutet werden soll, wohingegen ein Antragsteller, dessen Rechtsbehelf in der Hauptsache keine aufschiebende Wirkung hat, der also prozessual schlechter steht, den günstigeren Antrag nach §§ 80 V, 80a

VwGO (direkt) stellen kann, leuchtet schwerlich ein. Für Kandidaten aus NRW sei ergänzend angemerkt, dass das OVG NRW § 73 BauO NRW neben den Ausnahmen zur Abstandsfläche nach § 6 BauO NRW für unanwendbar hält, weil § 6 BauO NRW bereits zahlreiche Ausnahmetatbestände enthalte (hier nur Leitsatz zu 2.). Das OVG NRW führt seine restriktive Auslegung des § 73 BauO NRW damit fort. Nur eine „atypische Grundstückssituation“ könne eine Abweichung rechtfertigen. Diese enge Auslegung dürfte auch für die Abweichungsnormen im Bauordnungsrecht der übrigen Bundesländer gelten (vgl. auch Vertiefungshinweise).

#### **Vertiefungshinweise:**

□ Anwendbarkeit des § 212a BauGB auf selbstständige bauaufsichtliche Befreiungen: *OVG Münster*, DVBl 1999, 788 und *OVG Hamburg*, NVwZ-RR 1993, 401 (verneinend) gegen *VGH Mannheim*, VBIBW 2006, 352 (bejahend)

□ Zur Parallelproblematik der Anwendbarkeit von § 212a BauGB auf Bauvorbescheide: *VG Gießen*, NVwZ-RR 2005, 232 (verneint)

□ Atypik des Grundstückszuschnitts als Voraussetzung für bauordnungsrechtliche Abweichung: *OVG Münster*, BauR 2007, 1027; NVwZ-RR 2007, 510

#### **Kursprogramm:**

□ *Examenskurs*: „Garagenterrasse“

#### **Leitsätze (der Redaktion):**

**1. Rechtsbehelfe gegen eine selbstständige bauordnungsrechtliche Abweichungsentscheidung nach § 73 I NWBauO haben aufschiebende Wirkung, da die Abweichung nicht von § 212a I BauGB erfasst wird.**

**2. § 6 XIV NWBauO enthält eine abschließende Bestimmung zur Abstandsfläche für die nachträgliche Verblendung von Außenwänden zur Verbesserung des Wärmeschutzes, neben der § 73 I NWBauO keine Anwendung finden kann.**

#### **Sachverhalt:**

Die Ast. wendet sich im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes gegen eine Abweichung von bauordnungsrechtlichen Anforderungen, die der Beigel. vom Ag. erteilt wurde. Das VG lehnte den Antrag ab. Die dagegen eingelegte Beschwerde der Ast. hatte Erfolg.

#### **Aus den Gründen:**

Ihr Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung der beim VG erhobenen Klage gegen den dem Beigel. erteilten Abweichungsbescheid des Ag. vom 21. 1. 2008 in der Gestalt des Änderungsbescheides

vom 22. 2. 2008 bedarf der Auslegung. Nach §§ 122 I, 88 VwGO ist das VG an die Fassung der Anträge nicht gebunden.

#### **A. Faktischer Vollzug**

Das der Entscheidung maßgeblich zu Grunde zu liegende Rechtsschutzziel der Ast. besteht darin, die Vollziehung der genannten Bescheide einstweilen zu verhindern. Das hierauf gerichtete Rechtsschutzbegehren ist im vorliegenden Verfahren als Antrag auf Feststellung der aufschiebenden Wirkung der eingelegten Klage auszulegen. Die Klage hat bereits nach dem Gesetz aufschiebende Wirkung, so dass eine gerichtliche Aussetzung der Vollziehung nicht in Betracht kommt. Wird ein belastender Verwaltungsakt unter Missachtung der aufschiebenden Wirkung eines dagegen eingelegten Rechtsbehelfs vollzogen (so genannte faktische Vollziehung), ist auf Antrag des Betroffenen in entsprechender Anwendung der §§ 80a III, 80 V 1 VwGO festzustellen, dass der Rechtsbehelf aufschiebende Wirkung hat (vgl. *OVG Münster*, NVwZ-RR 1993, 269; *DVBl* 1999, 788).

#### **I. Grundsatz: Suspensiveffekt gegeben**

Ein solcher Fall liegt hier vor. Der dem Beigel. erteilte Abweichungsbescheid des Ag. vom 21.1.2008 in der Gestalt des Änderungsbescheides vom 22. 2. 2008 ist ein Verwaltungsakt mit Doppelwirkung, der für die Ast. belastend ist. Nach § 80 I VwGO hat die Anfechtungsklage aufschiebende Wirkung, wenn nicht einer der Fälle des § 80 II VwGO vorliegt. Das gilt nach § 80 I 2 VwGO auch bei Verwaltungsakten mit Doppelwirkung.

#### **II. Ausnahme: § 80 II VwGO**

##### **1. Landesrecht: nichts ersichtlich**

Mangels Anordnung der sofortigen Vollziehung (§ 80 II 1 Nr. 4 VwGO) entfielen die aufschiebende Wirkung hier nur, wenn dies durch ein Bundes- oder Landesgesetz vorgeschrieben wäre (§ 80 II 1 Nr. 3 VwGO). Das ist aber nicht der Fall.

Eine landesrechtliche Regelung zum Ausschluss der aufschiebenden Wirkung der Klage gegen eine gem. § 73 NWBauO zugelassene - selbstständige - Abweichung von bauordnungsrechtlichen Anforderungen fehlt.

##### **2. Bundesrecht: § 212a BauGB**

Als bundesrechtliche Bestimmung kommt nur § 212a I BauGB in Betracht. Nach § 212a I BauGB haben Widerspruch und Anfechtungsklage eines Dritten gegen die „bauaufsichtliche Zulassung eines Vorhabens“ keine aufschiebende Wirkung. Die selbstständige Abweichungsentscheidung gem. § 73 NWBauO wird von dieser Regelung nicht erfasst.

### a. Enge Auslegung der "bauaufsichtlichen Zulassung"

Der Begriff der "bauaufsichtlichen Zulassung" bedarf der Auslegung. Dieser ist wie die Bestimmung des § 212a I BauGB insgesamt restriktiv zu verstehen. Denn bei der Regelung handelt es sich um eine Ausnahme vom Grundsatz der in § 80 I VwGO vorgeschriebenen aufschiebenden Wirkung eines eingelegten Rechtsbehelfs. Eine solche nach § 80 II 1 Nr. 3 VwGO zulässige Ausnahmenvorschrift ist tendenziell eng auszulegen (vgl. OVG Münster, DVBl 1999, 788; OVG Hamburg, NVwZ-RR 1993, 401; Fislake, in: BerlKomm. zum BauGB, Stand: April 2008, § 212a Rdnr. 9).

### b. Selbstständige Abweichung nach § 73 BauO NRW keine "Zulassung"

Nach dem Wortlaut des § 212a I BauGB ist der Begriff der "bauaufsichtlichen Zulassung" auf ein Vorhaben bezogen, mithin handelt es sich um eine präventive Kontrollentscheidung zur Freigabe des Bauvorhabens. § 73 I NWBauO spricht dagegen von der Zulassung einer "Abweichung von bauaufsichtlichen Anforderungen dieses Gesetzes". Insoweit bestimmt diese Vorschrift nicht die Zulässigkeit des Vorhabens als präventive Kontrollentscheidung vor der Baufreigabe, die § 75 NWBauO mit der Baugenehmigung regelt, sondern ermächtigt zur Nichtanwendung einer entgegenstehenden Norm (vgl. OVG Münster, DVBl 1999, 788 = BRS 60 Nr. 156).

#### aa. Gegenansicht

Eine selbstständige Abweichungsentscheidung zu einem genehmigungsfreien Vorhaben ist entgegen einer in der Rechtsprechung vertretenen Auffassung (vgl. VGH Mannheim, VBIBW 2006, 352 - zur grundsätzlich vergleichbaren Bestimmung des § 51 V i.V. mit § 56 der BadWürttBauO; so auch Gädtke/Temme/Heintz/Czepuck, NWBauO, 11. Aufl. [2008], § 73 Rdnr. 30) auch keine eingeschränkte Zulassung eines Vorhabens. Die Abweichungsentscheidung ändert nichts daran, dass es für das genehmigungsfreie Vorhaben kein Zulassungsverfahren gibt. Der Prüfungsumfang ist auf die Reichweite der Abweichung reduziert. Es ist unerheblich, ob das Vorhaben, für das die Zulassung der Abweichung beantragt wird, im Übrigen materielles Recht einhält. Wegen der Genehmigungsfreiheit des Vorhabens muss die Verantwortung für das Vorhaben allein vom Bauherrn getragen werden. Davon macht § 73 NWBauO lediglich insoweit eine Ausnahme, wie die Abweichung reicht, nicht jedoch darüber hinaus (vgl. Gädtke/Temme, § 73 Rdnr. 31).

#### bb. Ansicht des OVG NRW

Der partiellen Gleichsetzung der Abweichungsent-

scheidung mit der Baugenehmigung stehen auch grundlegende systematische Unterschiede entgegen. Die Baugenehmigung beseitigt die formelle Sperre des bestehenden präventiven Verbots mit Erlaubnisvorbehalt. Der Bauherr hat gem. § 75 I 1 NWBauO einen Anspruch auf diese, wenn dem Vorhaben öffentlich-rechtliche Vorschriften nicht entgegenstehen. Zum einen enthält sie die Feststellung, dass das Vorhaben den öffentlich-rechtlichen Vorschriften nicht widerspricht, zum anderen erlaubt sie die Ausführung des genehmigten Vorhabens. Für Abweichungen besteht demgegenüber ein repressives Verbot mit Befreiungsvorbehalt. Über deren Erteilung entscheidet die Behörde grundsätzlich nach Ermessen. Zudem steht bei der Abweichung fest, dass das Vorhaben nicht im Einklang mit den geltenden bauordnungsrechtlichen Bestimmungen steht (vgl. Boeddinghaus/Hahn/Schulte, NWBauO, Stand: Februar 2008, § 63 Rdnrn. 3, 7, § 75 Rdnr. 1).

Diese Unterschiede gebieten es, die selbstständige Abweichungsentscheidung gem. § 73 NWBauO anders als eine Baugenehmigung nicht als bauaufsichtliche Zulassung eines Vorhabens i. S. des § 212a I BauGB zu bewerten. Beim genehmigten Vorhaben ist grundsätzlich ein berechtigtes Interesse des Bauherrn an der sofortigen Realisierung des Vorhabens anzuerkennen, nachdem die Bauaufsichtsbehörde die Übereinstimmung mit den öffentlich-rechtlichen Vorschriften festgestellt hat. Demgegenüber ist die Rechtsposition des Bauherrn deutlich schwächer, dem für ein genehmigungsfreies Vorhaben eine selbstständige Abweichung zugelassen worden ist. Ihm ist grundsätzlich das Abwarten einer zulässigerweise erhobenen Klage eines Nachbarn zuzumuten, da bei der Abweichung der Verstoß gegen eine potenziell nachbarschützende bauordnungsrechtliche Bestimmung feststeht und nach Auffassung der Behörde lediglich ausnahmsweise hingenommen werden soll.

#### B. Allgemeines Rechtsschutzinteresse

Trotz der demnach gegebenen aufschiebenden Wirkung der erhobenen zulässigen Anfechtungsklage soll der Bescheid vollzogen werden. Der Beigel. hat in der Vergangenheit wiederholt - u.a. im Schreiben vom 27. 3. 2007 - zum Ausdruck gebracht, dass er die Wärmedämmung kurzfristig realisieren wolle. Er hat auch im anhängigen Eilverfahren nie in Abrede gestellt, dass mit einer umgehenden Verwirklichung zu rechnen sei. Es fehlt zudem jeglicher Anhaltspunkt dafür, dass der Ag. ihn hieran hindern will. Vielmehr hat er in seinen Hinweisen zu den angefochtenen Bescheiden ausgeführt, dass die Rechtsbehelfe von Nachbarn keine aufschiebende Wirkung haben. Deshalb ist die Feststellung der aufschiebenden Wirkung der Klage geboten. [...]

**Standort: Straßenrecht****Problem: Anliegergebrauch oder Sondernutzung?**

VG AACHEN, BESCHLUSS VOM 17.06.2008  
6 L 252/08 (NVwZ-RR 2008, 771)

**Problemdarstellung:**

Das VG Aachen hatte sich anlässlich des Aufstellens von Altpapier-tonnen auf dem Gehweg mit der Abgrenzung von Gemeingebrauch, Anliegergebrauch und Sondernutzung zu beschäftigen.

Zunächst führt das Gericht aus, dass Gemeingebrauch i.S.d. § 14 NWStrG vorliegt, wenn die Straße im Rahmen ihres Widmungszwecks und der verkehrsrechtlichen Vorschriften genutzt wird. Diese Nutzung ist erlaubnisfrei. Eigentümer und Besitzer von Grundstücken, die an einer öffentlichen Straße gelegen sind, dürfen in NRW innerhalb der geschlossenen Ortslage die an die Grundstücke angrenzenden Straßenteile ferner ohne Erlaubnis über den Gemeingebrauch hinaus benutzen, soweit diese Benutzung zur Nutzung des Grundstücks erforderlich ist, den Gemeingebrauch nicht dauernd ausschließt oder erheblich beeinträchtigt oder in den Straßenkörper eingreift (sog. Anliegergebrauch, § 14a NWStrG). Alles andere ist erlaubnispflichtige Sondernutzung i.S.d. § 18 NWStrG, wobei das Gericht als Indiz für eine solche die Verfolgung gewerblicher Zwecke anführt.

Deshalb sei das Aufstellen von Altpapier-tonnen durch die Bewohner Anliegergebrauch, nicht jedoch das Aufstellen solcher Tonnen zum Zwecke der Kundenwerbung. In letzterem liege vielmehr eine erlaubnispflichtige Sondernutzung, die nach § 22 NWStrWG unterbunden werden könne, und zwar allein aufgrund ihrer formellen Illegalität (= fehlender Sondernutzungserlaubnis). Auf die Frage, ob eine solche bei Antragstellung erteilt werden müsse oder nicht (sog. materielle Illegalität) komme es nicht an. Zudem erlaube § 22 NWStrWG aus Gründen effektiven Verwaltungshandelns auch das Verbot zukünftiger Sondernutzungen, nicht nur - wie der Wortlaut suggeriert - das Einschreiten gegen bereits eingetretene Verstöße.

Am Ende korrigiert das VG noch einen Anfängerfehler der Behörde, die zur Durchsetzung eines Unterlassens die Ersatzvornahme angedroht hatte, obwohl eine solche nur bei vertretbaren Handlungen denkbar ist.

**Prüfungsrelevanz:**

A. Diese Entscheidung lässt sich hervorragend in eine Examensklausur umwandeln, evtl. prozessual kombiniert mit Anfechtungs- oder Fortsetzungsfeststellungsklage gegen die Verfügungen und/oder (wie hier) mit vorläufigem Rechtsschutz.

B. Neben der Verfolgung gewerblicher Zwecke wird die Sondernutzung auch durch ein Verhalten indiziert,

das andere vom Gemeingebrauch ausschließt, z.B. das Bereiten von Hindernissen (Aufstellen von Tischen und Stühlen, Kleiderständern o.ä. in der Fußgängerzone). Umstritten ist, ob dafür auch ein psychisches Hindernis genügt (z.B. Pflastermalerei). Während die Gerichte in Zweifelsfällen eher zur Annahme einer Sondernutzung tendieren, neigt die Literatur vielfach eher zum Gemeingebrauch (für den Pflastermalerei im Lichte der Kunstfreiheit des Art. 5 III GG, vgl. Vertiefungshinweise).

C. Die Übertragbarkeit der Entscheidung auf das Straßenrecht anderer Bundesländer hängt von deren Vergleichbarkeit mit dem Landesrecht NRW ab. So weist das VG Aachen selbst darauf hin, dass bei einer anders formulierten Ermächtigungsgrundlage neben der formellen eine materielle Illegalität erforderlich sein könnte (z.B. in Baden-Württemberg). Ferner kennen nicht alle Straßen- und Wegegesetze der Länder einen Anliegergebrauch i.S.d. § 14a NWStrWG. Fehlt eine ausdrückliche Regelung (z.B. in Niedersachsen), wird der Anliegergebrauch häufig als "gesteigerter Gemeingebrauch" bezeichnet mit der Folge, dass das Ergebnis - die Genehmigungsfreiheit - identisch ist.

**Vertiefungshinweise:**

Zur gewerblichen Sammlung von Abfällen: *VGH Mannheim*, NVwZ 2008, 919

Gewerblicher Zweck als Indiz für Sondernutzung: *OVG Münster*, NWVB1 2000, 216; NWVB1 1997, 269; *VGH München*, UPR 2006, 317

Zur Erlaubnispflicht von Straßenkunst: *VGH Mannheim*, NJW 1987, 1839; *Würkner*, NJW 1987, 1793

**Leitsätze (der Redaktion):**

**1. Stellen Anlieger zuvor bestellte Altpapier-tonnen im öffentlichen Straßenraum vor ihrem Grundstück ab, ist dies erlaubnisfreier Anliegergebrauch. Das Aufstellen nicht bestellter Altpapier-tonnen zum Zwecke der Kundengewinnung ist hingegen erlaubnispflichtige Sondernutzung.**

**2. Eine erlaubnispflichtige Sondernutzung kann allein wegen ihrer formellen Illegalität unterbunden werden.**

**3. Die Ermächtigung des § 22 S. 1 NWStrWG umfasst auch das Recht der Straßenbaubehörde, die rechtswidrige Nutzung der Straße für die Zukunft zu untersagen.**

**Sachverhalt:**

Die Ast. ist ein Entsorgungsunternehmen. Sie beabsichtigt, im Gebiet der Stadt H. eine gewerbliche Sammlung von Papier, Pappe und Kartonagen durchzuführen. Mit Schreiben vom 14.5.2008 teilte sie dem

Ag. mit, dass die Erfassung und Sammlung durch sie am 19.5.2008 beginnen werde. Die Erfassung werde im Wege eines Holsystems durchgeführt. Dabei würden Behältergrößen von 240 l eingesetzt, die auf den betr. Grundstücken platziert würden. Dies werde in einem angemessenen Umfang im Stadtgebiet bekannt gemacht. Die eingesammelten Abfälle würden in eine der Papierverwertungsanlagen der Ast. gefahren und dort der Verwertung zugeführt. In der diesbezüglich von der Ast. verbreiteten Informationsbroschüre heißt es, die Ast. bringe die Papier-Tonne direkt vor das Haus. Die Papier-Tonne sei für die Haushalte komplett kostenlos. Alle vier Wochen werde sie geleert. Am 20.5.2008 verteilte die Ast. auch ohne ausdrückliche Bestellung Papier-Tonnen im Gebiet der Stadt H., indem sie vor jedem Haushalt eine solche aufstellte. Mit Ordnungsverfügung vom 20.5.2008 untersagte der Ag. der Ast. ab sofort und für die Zukunft, die öffentlichen Verkehrsflächen im Stadtgebiet der Stadt H. zum Abstellen der Altpapier-Tonne zu benutzen. Der Ag. ordnete die sofortige Vollziehung dieser Verfügung an. Für den Fall der Nichtbefolgung der Verfügung drohte er der Ast. das Zwangsmittel der Ersatzvornahme an. Ebenfalls am 20. 5. 2008 sammelte die Ast. die von ihr im Gebiet der Stadt H. aufgestellten Papier-Tonnen mit Blick auf die Ordnungsverfügung wieder ein. Am 2.6.2008 hat die Ast. um die Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes nachgesucht und Klage erhoben. Das VG gab den Antrag teilweise statt.

### **Aus den Gründen:**

Der Antrag ist zulässig und in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang begründet. Im Übrigen ist der Antrag unbegründet.

#### **A. Formelle Rechtmäßigkeit der Vollziehungsanordnung**

Die Anordnung der sofortigen Vollziehung der im Streit befindlichen Untersagungsverfügung ist zunächst in formaler Hinsicht nicht zu beanstanden. Insbesondere entspricht sie den Anforderungen des § 80 III 1 VwGO, dem zu Folge das besondere Interesse an der sofortigen Vollziehung des Verwaltungsaktes in den Fällen des § 80 II 1 Nr. 4 VwGO schriftlich zu begründen ist.

Erforderlich ist dabei eine auf den konkreten Einzelfall abstellende Darlegung des besonderen öffentlichen Interesses dafür, dass ausnahmsweise die sofortige Vollziehbarkeit notwendig ist und dass hinter dieses erhebliche öffentliche Interesse das Interesse des Betroffenen zurücktreten muss, zunächst von dem von ihm bekämpften Verwaltungsakt nicht betroffen zu werden (vgl. Kopp/Schenke, VwGO, 15. Aufl. [2007], § 80 Rdnr. 85).

Diesen Anforderungen hat der Ag. genügt. Er hat mit

Blick auf den vorliegenden Einzelfall ausgeführt, dass die aufschiebende Wirkung eines Rechtsmittels zu dem unerträglichen Ergebnis führen würde, dass die Altpapier-Tonnen der Ast. in den öffentlichen Verkehrsraum gestellt würden und eine ungenehmigte Sondernutzung stattfände.

#### **B. Interessenabwägung**

Die in materieller Hinsicht vorzunehmende Interessenabwägung fällt sodann teilweise zu Gunsten der Ast. aus, soweit der Ag. ihr auch das Abstellen von Altpapier-Tonnen im öffentlichen Straßenraum der Stadt H. vor Grundstücken, deren Eigentümer diese Tonnen bei der Ast. zuvor bestellt haben, zum Zweck der Anlieferung untersagt. Soweit die Untersagung das Aufstellen von nicht bestellten Altpapier-Tonnen im öffentlichen Straßenraum vor Grundstücken betrifft, um deren Eigentümer als Kunden der Ast. zu gewinnen, fällt die Interessenabwägung hingegen zuungunsten der Ast. aus. Ebenfalls überwiegt das Aussetzungsinteresse der Ast. schließlich hinsichtlich der in der Ordnungsverfügung vom 20. 5. 2008 enthaltenen Androhung des Zwangsmittels der Ersatzvornahme.

#### **I. Maßstab: Erfolg in der Hauptsache**

Maßgebliches Kriterium innerhalb der Interessenabwägung sind die Erfolgsaussichten des Rechtsbehelfs in der Hauptsache. Erweist sich der angefochtene Verwaltungsakt bei der im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes allein möglichen und gebotenen summarischen Prüfung als offensichtlich rechtswidrig, überwiegt das Aussetzungsinteresse das Vollzugsinteresse. Stellt der Verwaltungsakt sich als offensichtlich rechtmäßig dar, überwiegt in der Regel das Vollzugsinteresse. Lässt sich hingegen bei summarischer Überprüfung eine Offensichtlichkeitsbeurteilung nicht treffen, kommt es entscheidend auf eine Abwägung zwischen den für eine sofortige Vollziehung sprechenden Interessen einerseits und dem Interesse des Betroffenen an einer Aussetzung der Vollziehung bis zur rechtskräftigen Entscheidung im Hauptsacheverfahren andererseits an. Die Erfolgsaussichten sind dabei auch unabhängig von einer fehlenden Offensichtlichkeit einzubeziehen. Je höher diese sind, umso größer ist das Interesse an der aufschiebenden Wirkung. Sind die Erfolgsaussichten demgegenüber gering, fällt das Interesse an der sofortigen Vollziehung des Verwaltungsakts stärker ins Gewicht.

Gemessen an diesem Maßstab überwiegt das Aussetzungsinteresse der Ast. das öffentliche Vollzugsinteresse in dem oben genannten Umfang. Im Übrigen überwiegt das öffentliche Vollzugsinteresse das Aussetzungsinteresse der Ast.

#### **II. Auslegung der Regelung**

Klargestellt sei, dass die streitgegenständliche Unter-

sagungsverfügung entgegen der in seiner Antragsrweiterung vom 4. 6. 2008 geäußerten Auffassung des Ag. nach ihrem unter entsprechender Heranziehung der Auslegungsgrundsätze der §§ 133, 157 BGB zu ermittelnden objektiven Erklärungswert das Aufstellen von Altpapiertonnen durch die Ast. im Stadtgebiet der Stadt H. auch für die Zukunft untersagt. Dies ergibt sich aus dem klaren Wortlaut des Tenors ("ab sofort und für die Zukunft") der Verfügung. Dieser lässt sich nicht als eine bloße Darstellung der rechtlichen Situation bzw. als rechtlicher Hinweis ansehen.

Darüber hinaus betrifft die Untersagung nach dem Entscheidungsausspruch der Verfügung und der Antragsrweiterung jegliches Aufstellen von Altpapiertonnen durch die Ast. auf öffentlichen Verkehrsflächen im Gebiet der Stadt H. Untersagt ist damit sowohl das Aufstellen von nicht bestellten Altpapiertonnen im öffentlichen Straßenraum vor Grundstücken, um deren Eigentümer als Kunden der Ast. zu gewinnen, als auch das Abstellen von Altpapiertonnen vor Grundstücken, deren Eigentümer diese bei der Ast. zuvor bestellt haben, zum Zweck der Anlieferung.

### III. Summarische Prüfung

#### 1. Grundverfügung

Mit diesem Inhalt ist die Untersagungsverfügung mit überwiegender Wahrscheinlichkeit insoweit rechtswidrig, als der Ast. auch das Abstellen von Altpapiertonnen im öffentlichen Straßenraum vor Grundstücken, deren Eigentümer diese bei der Ast. zuvor bestellt haben - also zum Zweck der Anlieferung -, untersagt wird.

#### a. Ermächtigungsgrundlage

Als Ermächtigungsgrundlage für die Untersagungsverfügung kommt allein § 22 S. 1 NWStrWG in Betracht. Nach dieser Vorschrift kann die für die Erteilung der Sondernutzungserlaubnis zuständige Behörde die erforderlichen Maßnahmen zur Beendigung der Benutzung oder zur Erfüllung der Auflagen anordnen, wenn eine Straße ohne die erforderliche Erlaubnis benutzt wird oder der Erlaubnisnehmer seinen Verpflichtungen nicht nachkommt.

#### b. Tatbestand

Gemäß § 18 I 1 NWStrWG ist Sondernutzung die Benutzung der Straßen über den Gemeingebrauch hinaus unbeschadet des § 14a I NWStrWG. Was Gemeingebrauch ist, definiert § 14 I 1 NWStrWG, was Straßenanliegergebrauch ist, § 14a I NWStrWG: Gemeingebrauch ist der jedermann im Rahmen der Widmung und der verkehrsrechtlichen Vorschriften gestattete Gebrauch der öffentlichen Straße. Im Rahmen des Straßenanliegergebrauchs dürfen Eigentümer und Besitzer von Grundstücken, die an einer öffentlichen

Straße gelegen sind, innerhalb der geschlossenen Ortslage die an die Grundstücke angrenzenden Straßenteile über den Gemeingebrauch hinaus benutzen, soweit diese Benutzung zur Nutzung des Grundstücks erforderlich ist, den Gemeingebrauch nicht dauernd ausschließt oder erheblich beeinträchtigt oder in den Straßenkörper eingreift.

#### aa. Gewerblicher Zweck indiziert Sondernutzung

Daran anschließend liegt eine Sondernutzung vor, wenn die Straße nicht vorwiegend zum Verkehr, sondern zu anderen - etwa gewerblichen - Zwecken benutzt wird (vgl. Kodal/Krämer, StraßenR, 6. Aufl. [1999], Kap. 24 Rdnrn. 21.4 und 95ff.; Sauthoff, Straße und Anlieger, 2003, Rdnr. 585). Das gilt auch dann, wenn die Beanspruchung des Straßenraums zur gewerblichen Betätigung möglicherweise nur wenig Platz und nur wenige Minuten in Anspruch genommen hat. Auch die kurzfristige gewerbliche Tätigkeit im Straßenraum nur auf einer kleinen Fläche stellt eine den Gemeingebrauch überschreitende Sondernutzung dar (vgl. OVG Münster, Urt. v. 11. 6. 1997 - 23 A 3171/95, juris; Beschl. v. 21. 10. 1996 - 23 B 2966/95, juris). So ist z.B. das Aufstellen von Altkleidersammelcontainern auf und an öffentlichen Straßen eine straßenrechtliche Sondernutzung (vgl. OVG Münster, NVwZ-RR 2000, 429; NVwZ-RR 1997, 384; VGH München, UPR 2006, 317).

#### bb. Abgrenzung zum Anliegergebrauch

Nicht dem Bereich der Sondernutzung, sondern demjenigen des Anliegergebrauchs i.S. des § 14a I NWStrWG zuzuordnen ist demgegenüber das Aufstellen von Abfallbehältern auf dem Gehweg vor dem Grundstück zum Zwecke des Einsammelns der Abfälle, wenn dazu eine abfallrechtliche Verpflichtung besteht. Die sich hieraus kurzfristig ergebenden Behinderungen für den Fußgänger- bzw. Radfahrverkehr sind hinzunehmen (vgl. VGH Münster, NVwZ 1993, 392; VG München, Urt. v. 16. 12. 2004 - M 10 K 04.3430, juris; Sauthoff, Straße und Anlieger, 2003, Rdnr. 620).

Gleichfalls als Anliegergebrauch zu betrachten ist die vorübergehende Inanspruchnahme des Straßengrundstücks zum Lagern von angelieferten Waren. Dieses ist keine Mitbenutzung der Straße, sondern ein Vorgang im Zusammenhang von Zufahrt und Zugang; denn zu diesen gehört nicht nur das Überqueren der Grenze zum Anliegergrundstück durch Personen oder Fahrzeuge, sondern auch das Verbringen von Gegenständen im Rahmen des Üblichen (vgl. BGH, NJW 1957, 457f.; Kodal/Krämer, Kap. 25, Rdnrn. 96 und 104).

Werden allerdings Waren im Straßenraum zum Verkauf oder zur Werbung ausgestellt, handelt es sich dabei wiederum um Sondernutzung (vgl. Fickert,

NWStraßenR, 3. Aufl. [1989], § 14a Rdnrn. 14f. und § 18 Rdnr. 40; Kodal/Krämer, StraßenR, 6. Aufl. [1999], Kap. 24 Rdnr. 96.2).

*cc. Subsumtion*

*(1). Von Anliegern bestellte Tonnen*

Innerhalb dieses Rahmens ist das Abstellen zuvor bestellter Altpapiertonnen im öffentlichen Straßenraum vor den Grundstücken der Besteller zum Zweck der Anlieferung als erlaubnisfreier Anliegergebrauch und noch nicht als gem. § 18 NWStrWG erlaubnispflichtige Sondernutzung zu qualifizieren, weshalb die Voraussetzungen des § 22 S. 1 NWStrWG diesbezüglich nicht erfüllt sind. Es handelt sich dabei um eine nur vorübergehende, kurzzeitige Inanspruchnahme der öffentlichen Straße, die sich von dem Bereitstellen von Abfallbehältern auf dem Gehweg zwecks deren Entleerung - zu dem auch in der Stadt H. gem. § 12 I 1 der Satzung über die Abfallentsorgung in der Stadt H. vom 13. 12. 2000 i.d.F. der Änderungssatzungen vom 12. 12. 2002, vom 7. 5. 2003 und vom 1. 8. 2006 eine Pflicht besteht und das ohne Weiteres als Anliegergebrauch einzuordnen ist - nicht unterscheidet. Dass zuvor bestellte und sodann angelieferte Abfallgefäße ohne ausdrückliche Terminabsprache auf der Straße vor dem Grundstück des Bestellers abgestellt werden, der diese dann auf sein Grundstück verbringt, dürfte im Übrigen auch losgelöst von dem zu entscheidenden Fall gängige Praxis sein.

*(2). Kundenwerbung*

Im Unterschied dazu ist die Untersagungsverfügung des Ag. vom 20. 5. 2008 allerdings voraussichtlich rechtmäßig, soweit der Ast. untersagt wird, nicht bestellte Altpapiertonnen im öffentlichen Straßenraum der Stadt H. vor Grundstücken aufzustellen, um deren Eigentümer als Kunden zu gewinnen.

Die Voraussetzungen des § 22 S. 1 NWStrWG sind in dieser Hinsicht gegeben, weil dieses - nicht von einer Erlaubnis gedeckte - Aufstellen die Begriffsmerkmale einer Sondernutzung i.S. des § 18 I 1 NWStrWG erfüllt. Die Ast. benutzt die Straße dabei in erheblichem Umfang zu Werbe- und nicht zu Verkehrszwecken, ohne dass insoweit ein Anliegergebrauch als gegeben angesehen werden könnte.

*c. Rechtsfolge*

Der gerade in Rede stehende Teil der Untersagung lässt sich auch auf der Rechtsfolgenseite auf § 22 S. 1 NWStrWG stützen. Der Ag. überdehnt den Anwendungsbereich dieser Anordnungsbefugnis nicht, indem er auf ihrer Grundlage eine drohende unerlaubte Sondernutzung - bei objektiver Betrachtung - auch für die Zukunft unterbinden will.

*aa. Untersagung für die Zukunft*

Die Ermächtigung des § 22 S. 1 NWStrWG umfasst auch das Recht der Straßenbaubehörde, die rechtswidrige Nutzung der Straße zu untersagen. Dieses Recht zur Untersagung illegaler Straßenbenutzung schließt nach dem Sinn und Zweck der Norm - mag auch ihr Wortlaut eine andere Lesart als möglich erscheinen lassen - die Befugnis zum - wie hier - Erlass von Unterlassungsverfügungen ein. Denn auch dann, wenn eine unerlaubte Sondernutzung nicht fortlaufend, sondern in unregelmäßigen Zeitabständen und jeweils nur kurzfristig, aber jedenfalls wiederholt ausgeübt wird und wenn eine Fortsetzung der unerlaubten Tätigkeit zu erwarten ist, besteht für die Straßenbaubehörde das Bedürfnis, zur Verhinderung einer weiteren illegalen Sondernutzung geeignete Maßnahmen zu ergreifen. Da die Behörde nicht ununterbrochen das gesamte öffentliche Straßennetz ihres Zuständigkeitsbereichs auf nur kurzfristige Ausübungen der Sondernutzung kontrollieren kann, um dagegen jeweils aktuell mit der Anordnung, die gerade ausgeübte Sondernutzung zu beenden, einschreiten zu können, ist sie berechtigt, mit einer zwangsmittelbewehrten Unterlassungsverfügung gegen eine mit Sicherheit zu erwartende weitere illegale Sondernutzung vorzugehen. Anders wäre in diesen Fällen keine effektive „Beendigung“ unerlaubter Sondernutzungen möglich (vgl. OVG Münster, Beschl. v. 21. 10. 1996 - 23 B 2966/95; VGH Mannheim, NVwZ-RR 2003, 238; Sauthoff, Straße und Anlieger, 2003, Rdnr. 747; anderer Ansicht wohl: VGH Mannheim, UPR 2006, 317 = BeckRS 2006, 23188 - zu der allerdings etwas anders als § 22 S. 1 NWStrWG formulierten Eingriffsgrundlage des § 18a I 1 BayStrWG, was zur Anwendung der ordnungsbehördlichen Generalklausel führte).

*bb. Formelle Illegalität genügt*

Die Untersagungsverfügung leidet, soweit sie das Abstellen nicht bestellter Altpapiertonnen im öffentlichen Straßenraum vor Grundstücken, um deren Eigentümer als Kunden der Ast. zu gewinnen, untersagt, nicht an einem Ermessensfehler i.S. des § 114 S. 1 VwGO.

Die Ermessensentscheidung ist allein schon mit dem Hinweis auf die formelle Illegalität der Tätigkeit ohne die dafür erforderliche Sondernutzungserlaubnis, rechtmäßig, wenn der Sondernutzer keinen offensichtlichen Anspruch auf Erteilung einer Sondernutzungserlaubnis hat, der die Berufung des Ag. auf das Fehlen dieser Erlaubnis ausschließen könnte. Die Straßenbaubehörde ist auf Grund der im Vordergrund stehenden formellen Illegalität des Verhaltens des Sondernutzers im Regelfall nicht zu weiteren Darlegungen verpflichtet (vgl. OVG Münster, NVwZ-RR 1997, 384 = NWVBl 1997, 269; Beschl. v. 21. 10. 1996 - 23 B 2966/95, juris).

Davon ausgehend ist ein Ermessensfehler nicht ersichtlich, weil das Abstellen nicht bestellter Altpapier-tonnen im öffentlichen Straßenraum vor Grundstücken, um deren Eigentümer als Kunden der Ast. zu gewinnen, - wie dargelegt - derzeit formell illegal ist und nicht erkennbar ist, dass die Ast. einen diesbezüglichen Anspruch auf Erteilung einer Sondernutzungs-erlaubnis aus § 18 I 2 NWStrWG haben könnte (vgl. dazu OVG Münster, NWVBl 2007, 64 = BeckRS 2006, 24874; VG Aachen, BeckRS 2008, 35042).

Der gerade in Rede stehende Teil der Untersagung ist überdies erforderlich, weil die Ast. es sich augenscheinlich vorbehält, gegebenenfalls erneut durch das Aufstellen von Altpapier-tonnen auf den öffentlichen Straßen der Stadt H. um Kunden zu werben.

Angemerkt sei, dass auch eine allgemeine Interessen-abwägung schon wegen der formellen Illegalität der Tätigkeit der Ast. ein Überwiegen des öffentlichen Interesses an der sofortigen Vollziehung der streitigen Ordnungsverfügung ergäbe, soweit sie das Aufstellen von Altpapier-tonnen auf der öffentlichen Straße zur Kundenwerbung anbetrifft. Denn von der Ast. wird insofern lediglich die Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen - keine Ausübung einer unerlaubten Sondernutzung - verlangt (vgl. OVG Münster, NVwZ-RR 1997, 384 = NWVBl 1997, 269; Beschl. v. 21. 10. 1996 - 23 B 2966/95, juris).

#### *cc. Bestimmtheitsgrundsatz*

Der teilweisen Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Klage gegen die Untersagungsverfügung des Ag. vom 20. 5. 2008 steht nicht entgegen, dass der von der Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung umfasste Verfügungsteil i.S. von § 37 I NWVwVfG zu unbestimmt wäre. Ein Verwaltungsakt muss hinreichend klar, verständlich und in sich widerspruchsfrei sein. Der Entscheidungsinhalt muss für den Adressaten nach Art und Umfang aus sich heraus

verständlich sein und den Adressaten in die Lage versetzen, zu erkennen, was genau von ihm gefordert wird (vgl. Kopp/Ramsauer, VwVfG, 10. Aufl. [2008], § 37 Rdnr. 12).

Dies ist hier der Fall. Denn die Ast. weiß, welche bestellten Altpapier-tonnen zum Zwecke der Anlieferung auf der Straße abgestellt werden und welche Altpapier-tonnen dort zum Zwecke der Kundenwerbung abgestellt werden. Dass es sich um eine angelieferte bestellte Tonne handelt, kann die Ast. etwa durch die Anbringung eines gut sichtbaren Aufklebers auf der Tonne, der zugleich der Vermeidung einer Verwechslung der einem bestimmten Grundstück zugeordneten Altpapier-tonnen dient, kenntlich machen.

#### *2. Androhung der Ersatzvornahme*

Schließlich ist die Androhung des Zwangsmittels der Ersatzvornahme in der Ordnungsverfügung des Ag. vom 20. 5. 2008 voraussichtlich rechtswidrig, weil es sich bei der Ersatzvornahme in der vorliegenden Fallgestaltung um ein untunliches Zwangsmittel handelt.

Die Androhung einer Ersatzvornahme i.S. des § 59 I NWVwVG kommt nur zur Durchsetzung der Verpflichtung in Betracht, eine Handlung - also ein positives Tun - vorzunehmen, deren Vornahme durch einen anderen möglich ist (vertretbare Handlung). Dulden und Unterlassen sind dagegen stets unvertretbare Handlungen (vgl. Engelhardt/App, VwVG/VwZG, 4. Aufl. [1996], § 10 VwVG, Anm. 2).

Vorliegend gibt der Ag. der Ast. jedoch nicht auf, eine Handlung vorzunehmen, sondern er fordert sie mit der Untersagung, die öffentlichen Verkehrsflächen im Stadtgebiet der Stadt H. zum Abstellen von Altpapier-tonnen zu benutzen, zu einem Unterlassen auf. Dass die Ast. im öffentlichen Straßenraum befindliche Altpapier-tonnen entfernen soll, hat der Antragsgegner nicht angeordnet.

### **Standort: §§ 40, 44 VwGO**

### **Problem: Rechtsweg bei Klagehäufung**

OVG LÜNEBURG, BESCHLUSS VOM 17.03.2008  
13 OB 31/03 (NVwZ-RR 2008, 850)

#### **Problemdarstellung:**

Der Gemeinderat hatte beschlossen, dass in einen Kaufvertrag zwischen der Gemeinde und dem Kläger eine bestimmte Vertragsmodalität aufgenommen werden sollte. Der Kläger beehrte mit seinem Hauptantrag die Feststellung der Rechtswidrigkeit dieses Ratsbeschlusses, woran er - für den Fall des Obsiegens - weitere Anträge knüpfte. Das OVG Lüneburg hatte sich mit der Frage zu beschäftigen, ob in diesem Fall der Verwaltungsrechtsweg eröffnet war. Hierzu stellt das Gericht Folgendes fest:

A. Im Fall einer objektiven Klagehäufung nach § 44 VwGO ist der Rechtsweg grundsätzlich für jedes Begehren gesondert zu prüfen.

B. Besteht die Klagehäufung allerdings aus Haupt- und Hilfsantrag, ist (zunächst) allein auf den Hauptantrag abzustellen, weil ja erst nach dessen Entscheidung klar ist, ob der Hilfsantrag überhaupt zum Tragen kommt. Dies gilt unabhängig davon, ob es sich um einen echten oder unechten Hilfsantrag handelt.

C. Liegt wie hier zunächst ein willensbildender Innenrechtsakt (Ratsbeschluss) vor, der in einen Außenrechtsakt (Vertragsschluss) mündet, ist allein auf den Außenrechtsakt abzustellen. Nach Ansicht des OVG könnte ansonsten immer eine öffentlich-rechtliche

Streitigkeit bejaht werden, weil jedem Außenrechtsakt eine interne Willensbildung des handelnden Rechtsträgers bzw. seiner Organe vorausgehe, und diese zwangsläufig immer öffentlich-rechtlicher Natur sei.

#### **Prüfungsrelevanz:**

A. Zu den Begriffen: Unterschieden werden "echter" und "unechter" Hilfsantrag einerseits und die Stufenklage andererseits. Maßgeblich für die Abgrenzung ist jeweils das Klägerbegehren (§ 88 VwGO):

- Den echten Hilfsantrag will der Kläger nur, wenn er mit seinem Hauptantrag nicht obsiegt.
- Den unechten Hilfsantrag will der Kläger hingegen nur, wenn er mit seinem Hauptantrag obsiegt.
- Hiervon wiederum ist die Stufenklage zu unterscheiden, in denen die Anträge unbedingt gestellt werden, d.h. der eine unabhängig vom Erfolg oder Misserfolg des anderen, bei denen aber der zweite ohne den ersten nicht sinnvoll gestellt werden kann (z.B. Auskunftsanspruch und nachfolgender, erst nach Auskunftserteilung bezifferbarer Leistungsanspruch).

Liegen Hilfsanträge vor, handelt es sich überhaupt nur dann um eine Klagehäufung i.S.d. § 44 VwGO, wenn die innerprozessuale Bedingung eintritt, d.h. der Hilfsantrag zum Tragen kommt. Die Stufenklage stellt hingegen immer eine objektive Klagehäufung dar.

B. Zum Gutachtenaufbau: Dass im Fall einer objektiven Klagehäufung nach § 44 VwGO der Rechtsweg grundsätzlich für jedes Begehren gesondert zu prüfen ist, bedeutet gutachtentechnisch grundsätzlich, dass schon im Verwaltungsrechtsweg aufgezeigt werden muss, ob mehrere Begehren vorliegen und ggf. in welchem der o.g. Verhältnisse diese zueinander stehen. Eine ausführliche Erörterung dieser eigentlich in die Statthaftigkeit gehörenden Frage empfiehlt sich dort aber nur, wenn sie wirklich Auswirkungen auf den Rechtsweg hat. Mit anderen Worten sollte nicht jedes Statthaftigkeitsproblem zu einem solchen des Rechtswegs gemacht werden.

#### **Vertiefungshinweise:**

- Verwaltungsrechtsweg gegen ehrverletzende Äußerungen: *OVG Koblenz*, RA 2008, 696 = NVwZ-RR 2008, 722
- Verwaltungsrechtsweg im Vergaberecht: *BVerwG*, RA 2007, 420 = NWVBI 2007, 300
- Verwaltungsrechtsweg gegen Glockengeläut: *VG Arnshausen*, RA 2007, 623
- Verwaltungsrechtsweg bei Maßnahmen eines Verwaltungshelfers: *OVG Münster*, RA 2006, 447 = NWVBI 2006, 295 gegen *VG Düsseldorf*; RA 2006, 449 = NWVBI 2006, 305

#### **Kursprogramm:**

- Examenskurs* : "Die Waffenbesitzkarte"

#### **Leitsatz:**

**Bei der Zuordnung zum öffentlichen Recht oder zum bürgerlichen Recht auf Grund der von einer Behörde gewählten Handlungsform ist die Rechtsform des staatlichen Handelns im Außenverhältnis zum Bürger in den Blick zu nehmen. Dass jeder Handlungsform im Außenverhältnis zunächst ein interner Willensbildungsakt vorausgeht, kann hingegen für die Frage des Rechtswegs nicht als maßgeblich angesehen werden.**

#### **Sachverhalt:**

Der Rat der Beklagten hatte beschlossen, dass in einen zivilrechtlichen Grundstückskaufvertrag mit dem Kläger die Verpflichtung zur Errichtung einer Zisterne aufgenommen werden sollte. Mit seinem Hauptantrag begehrt der Kläger die Feststellung der Rechtswidrigkeit dieses Beschlusses, woran er für den Fall des Ob-siegens einen (unechten) Hilfsantrag knüpfte.

Die Beschwerde der Bekl. gegen den Beschluss des VG, in dem dieses den zu ihm beschrittenen Rechtsweg nach § 17a III GVG für zulässig erklärt hat, hat Erfolg.

#### **Aus den Gründen:**

Eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit i.S. des § 40 I 1 VwGO liegt nicht vor.

#### **A. Modifizierte Subjektstheorie**

Ob eine Streitigkeit öffentlich-rechtlich oder bürgerlich-rechtlich ist, richtet sich nach der Natur des Rechtsverhältnisses, aus dem der geltend gemachte Anspruch hergeleitet wird (vgl. etwa BVerwGE 129, 9 = NVwZ 2007, 820 = NJW 2007, 2275). Maßgeblich ist daher, ob der dem Klagebegehren zu Grunde liegende Sachverhalt nach öffentlich-rechtlichen oder privatrechtlichen Vorschriften zu beurteilen ist. Ist die streitentscheidende Norm dem öffentlichen Recht zuzuordnen, liegt eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit vor (vgl. Bader/Funke-Kaiser/Kuntze/v. Albedyll, VwGO, 4. Aufl., § 40 Rdnr. 13).

#### **B. Handlungsformlehre**

Von Bedeutung kann auch sein, ob es bei der Streitigkeit um eine eindeutig öffentlich-rechtliche oder privatrechtliche Handlungsform geht. Maßgeblich für die Zuordnung eines Rechtsverhältnisses zum öffentlichen Recht oder zum Privatrecht ist nämlich nicht das Ziel, sondern die Rechtsform staatlichen Handelns; ist diese privatrechtlich, so ist es grundsätzlich auch die betreffende Streitigkeit (vgl. BVerwGE 129, 9 = NVwZ 2007, 820 = NJW 2007, 2275). Handelt eine Behörde

(unzutreffend) durch Verwaltungsakt, obwohl inhaltlich eine originär zivilrechtliche Rechtsbeziehung zu regeln ist, ist hingegen der Verwaltungsrechtsweg gegeben (vgl. Kopp/Schenke, VwGO, 15. Aufl., § 40 Rdnr. 6).

### C. Besonderheiten bei objektiver Klagehäufung

Zu beachten ist bei der Frage des zulässigen Rechtswegs, dass eine Verweisung des Rechtsstreits nach § 17a II 1 GVG nur dann geboten und zulässig ist, wenn der beschrittene Rechtsweg schlechthin, d.h. für den Klageanspruch mit allen in Betracht kommenden Klagegründen, unzulässig ist (BVerwG, NVwZ 1993, 358; Beschl. v. 19.11.1997 - 2 B 178/96, juris).

#### I. Getrennte Betrachtung

In Fallkonstellationen der objektiven Klagehäufung nach § 44 VwGO ist dabei jedes Klagebegehren gesondert zu betrachten, was sowohl bei einer einfachen (kumulativen) Klagehäufung als auch bei Haupt- und Hilfsanträgen gilt. Die Regelung des § 17 II 1 GVG, wonach das Gericht des zulässigen Rechtsweges den Rechtsstreit unter allen in Betracht kommenden Gesichtspunkten entscheidet, findet dem gegenüber nur Anwendung, wenn für denselben prozessualen Anspruch hilfsweise eine andere Begründung gegeben wird.

#### II. Ausschließlich Hauptantrag maßgeblich

Maßgeblich für die Frage des Rechtswegs ist in diesen Konstellationen der gestellte Hauptantrag; der Hilfsantrag kommt nämlich nur dann zum Tragen, wenn der Hauptantrag erfolglos bleibt (beim echten Hilfsantrag) oder Erfolg hat (beim unechten Hilfsantrag), was die vorherige inhaltliche Prüfung des Hauptantrags durch das Gericht des zulässigen Rechtswegs voraussetzt (vgl. dazu: Sodan/Ziekow, VwGO, 2. Aufl., § 17 GVG, Rdnrn. 37-39, 42-43).

#### III. Subsumtion

Hier liegt eine objektive Klagehäufung im vorgenannten Sinne vor, die für die Frage des Rechtswegs eine getrennte Betrachtung erfordert. Es geht hingegen bei den beiden gestellten Anträgen nicht um einen einheitlichen prozessualen Anspruch, der nur auf verschiedene Begründungen gestützt wird. Unerheblich ist in diesem Zusammenhang, dass zunächst lediglich ein einheitlicher und allein auf Zahlung gerichteter Antrag gestellt worden ist. In der nunmehr maßgeblichen Ausgestaltung der Anträge ist durch die Ausgestaltung als "Stufenklage" jedenfalls deutlich gemacht worden, dass wie bei der Kombination von Hauptantrag und unechtem Hilfsantrag das Gericht nach dem Willen des insoweit dispositionsbefugten Kl. die Prüfung in einer bestimmten Reihenfolge vornehmen soll.

#### 1. Allein das Außenrechtsverhältnis ist maßgeblich

Bei dem vorliegenden Hauptantrag, mit dem die Feststellung der Rechtswidrigkeit eines Beschlusses des Rates der Bekl. begehrt wird, ist indes entgegen der Auffassung des VG kein Fall einer öffentlich-rechtlichen Handlungsform der Bekl. gegeben, aus der unmittelbar der öffentlich-rechtliche Charakter der Streitigkeit folgen würde. Es ist vielmehr zu fragen, auf welche Inhalte im Außenverhältnis der angegriffene Ratsbeschluss abzielt. Bei der Zuordnung zum öffentlichen Recht oder zum bürgerlichen Recht auf Grund der von einer Behörde gewählten Handlungsform ist nämlich (allein) die Rechtsform des staatlichen Handelns im Außenverhältnis zum Bürger in den Blick zu nehmen. Dass jeder Handlungsform im Außenverhältnis zunächst ein interner Willensbildungsakt vorausgeht, kann hingegen nicht als maßgeblich angesehen werden. Wäre dies richtig, könnte eine Streitigkeit allein deshalb zu einer öffentlich-rechtlichen Streitigkeit werden, wenn anstelle des Rechtsakts im Außenverhältnis die vorangegangene interne Willensbildung - bei einer Gemeinde also der Beschluss des Rates oder des Verwaltungsausschusses bzw. die Entscheidung des Bürgermeisters - angegriffen würde. Ein solches Klagebegehren wäre auch zur Erreichung des Rechtsschutzziels nicht sachgerecht. Ebenso wenig, wie ein Bürger den Erlass oder die Aufhebung eines Ratsbeschlusses mit einer verwaltungsgerichtlichen Klage verfolgen kann, wenn dieser Ratsbeschluss keine Außenrechtsbeziehung begründet, sondern sich lediglich als Akt der internen Willensbildung der Kommune darstellt, kann in einer solchen Situation mit Erfolg die Feststellung der Rechtswidrigkeit eines Ratsbeschlusses verlangt werden. Für ein Feststellungsbegehren, wie es hier mit dem Hauptantrag geltend gemacht wird, fehlt es bereits an einem feststellungsfähigen (Außen-)rechtsverhältnis i.S. des § 43 I VwGO. Der Umstand, dass ein auf die interne Willensbildung abzielender Klageantrag vor diesem Hintergrund nicht sachgerecht ist, kann nach Auffassung des Senats bei der Frage des zulässigen Rechtswegs nicht ausgeblendet werden. Vielmehr ist maßgeblich, welche Rechtsnatur die Streitigkeit bei der Umsetzung des Ratsbeschlusses im Außenverhältnis hat.

#### 2. Hier: Zivilrechtlicher Kaufvertrag

Die Umsetzung des angegriffenen Ratsbeschlusses ist hier indessen nicht durch öffentlich-rechtliches Handeln erfolgt, sondern dadurch, dass in einen zivilrechtlichen Grundstückskaufvertrag eine bestimmte Vertragsmodalität aufgenommen wurde. Bei dem Vertrag mit der Kirchengemeinde kann insoweit ohnehin nicht einmal mehr von einer Umsetzung des Beschlusses des Rates der Bekl. im eigentlichen Sinne gesprochen werden. Der Kaufvertrag enthält davon abgesehen mit

der Forderung der Errichtung einer Zisterne eine Modalität, die den Vertrag nach seinem Vertragsgegenstand nicht zu einem öffentlich-rechtlichen Vertrag macht. Diese Forderung könnte nämlich mit Mitteln des öffentlichen Rechts ersichtlich nicht verlangt werden. Unzutreffend ist daher die Sichtweise des Kl., dass in den Verträgen eine öffentlich-rechtliche Beschlusslage zwangsweise durchgesetzt wurde. Daran ändert auch nichts, dass es möglicherweise nicht zu einem Vertragsschluss mit der Kirchengemeinde gekommen wäre, wenn sich der Kl. nicht auf die vertragliche Festlegung zum Bau einer Regenwassersammelanlage eingelassen hätte. Auch ansonsten gibt es nach Auffassung des Senats keine Gesichtspunkte, die ei-

nen öffentlich-rechtlichen Charakter dieser Vereinbarung zur Folge haben könnten. Ein öffentlich-rechtlicher Charakter folgt insbesondere nicht aus dem Umstand, dass die Bekl. mit dem Ratsbeschluss (den die Kirchengemeinde übernommen hat) offensichtlich umweltpolitische Belange verfolgt. Auch dies macht den Grundstückskaufvertrag bzw. die Vereinbarung über den Zisternenbau noch nicht zu einem öffentlich-rechtlichen Vertrag.

#### *D. Ergebnis*

Der Rechtsstreit ist daher unter Abänderung des Beschlusses des VG an das AG B. zu verweisen.

### Standort: Polizeirecht

### Problem: Verwirkung von Eingriffsbefugnissen

VGH MANNHEIM, URTEIL VOM 01.04.2008  
10 S 1388/06 (NVwZ-RR 2008, 696)

#### **Problemdarstellung:**

Das Polizei- und Ordnungsrecht der Länder enthält keine Vorschriften über die Verjährung von Eingriffsbefugnissen. Der VGH Mannheim hatte nun die Frage zu beantworten, ob solche verwirkt werden können, wenn die Behörde über einen langen Zeitraum hinweg untätig bleibt und dadurch ein Vertrauen beim potenziellen Adressaten einer Ordnungsverfügung (Störer) dahingehend geschaffen wird, dass er auch künftig von Ordnungsmaßnahmen verschont bleiben wird. Im Ergebnis verneint der 10. Senat des VGH eine solche Verwirkungsmöglichkeit, vor allem wegen des "überragenden Gewichts" des öffentlichen Interesses an effektiver Gefahrenabwehr.

#### **Prüfungsrelevanz:**

Die Verwirkungsfrage müsste bei längerem Untätigbleiben einer Behörde jedenfalls dann angesprochen werden, wenn sich ein Beteiligter darauf beruft oder der Sachverhalt sonstwie Anlass dazu bietet.

#### **Vertiefungshinweise:**

☐ Verwirkung staatlicher Eingriffsrechte: *BVerwG*, NJW 1997, 3455; *Ossenbühl*, NVwZ 1995, 547

#### **Leitsatz:**

**Polizeiliche bzw. ordnungsrechtliche Eingriffsbefugnisse zur Abwehr von Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung bzw. zur Beseitigung von Störungen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung unterliegen keiner Verwirkung.**

#### **Sachverhalt:**

Die Kl. wendet sich gegen eine vom Bekl. angeordne-

te Erstellung eines Sanierungsplans zur Verhinderung weiterer Salzeintragen in den Boden und das Grundwasser durch Versickerung von Niederschlagswasser im Bereich einer Kaliabraumhalde. Mehrere Rechtsvorgängerinnen der Kl. bauten von 1922/23 bis zur Einstellung des Betriebs im Jahre 1973 in dem aus drei Schächten bestehenden Bergwerk B2. im Rheintal Kalisalze ab. In der Folgezeit wurde das ehemalige Bergwerksgelände an verschiedene private Eigentümer veräußert; die heutigen Eigentümer des Haldengeländes erwarben es im Jahre 1985. Das Problem des Salzeintrags in den Boden war den zuständigen Behörden und der Betreiberin des Bergwerks im Grundsatz bereits seit Ende der 60er Jahre des vergangenen Jahrhunderts bekannt. Der Umfang der Belastung des Grundwassers wurden jedoch erst gegen Ende der achtziger Jahre im Zuge einer historischen Erkundung bekannt.

Mit Bescheid vom 19.2.1999 verpflichtete der Bekl. die Rechtsvorgängerin der Kl. zur Durchführung von halbjährlichen Grundwasseruntersuchungsmaßnahmen und der Erstellung eines Sanierungsplans. Die Rechtsvorgängerin der Kl. habe durch die Haldenablagerung die Grundwassergefahr verursacht.

Den dagegen erhobenen Widerspruch wies das Regierungspräsidium F. mit Widerspruchsbescheid vom 29.2.2000 zurück. Gegen diese Bescheide hat die Kl. am 3. 4. 2000 Klage zum VG erhoben. Das VG Freiburg hat die Klage mit Urteil vom 16.10.2002 abgewiesen. Der Senat hat auf die zugelassene Berufung der Kl. durch Urteil vom 22.2.2005 das Urteil des VG abgeändert und den Bescheid des Landratsamtes und den Widerspruchsbescheid des Regierungspräsidiums aufgehoben. Auf die vom Senat zugelassene Revision hat das BVerwG durch Urteil vom 16.3.2006 das Urteil des Senats aufgehoben und die Sache zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung zurückverwiesen.

**Aus den Gründen:****A. Keine Verjährung**

[...] Auch eine Verjährung steht der Inanspruchnahme der Kl. nicht entgegen. Eine ausdrückliche gesetzliche Regelung, welche eine Verjährungsfrist für die Befugnis bestimmt, von einer polizeirechtlichen Ermächtigung Gebrauch zu machen, existiert nicht. Entsprechendes gilt für die Befugnis aus einer bodenschutzrechtlichen Ermächtigung. Die Verpflichtungen des Verursachers einer Bodenverunreinigung unterliegen daher nach der st. Rspr. des Senats keiner Verjährung, insbesondere scheidet eine entsprechende Anwendung zivilrechtlicher Regelungen aus (vgl. im Einzelnen: VGH Mannheim, NVwZ-RR 2008, 605; NVwZ-RR 2003, 103; NVwZ-RR 1996, 387).

**B. Keine Verwirkung**

Der Bekl. hat die Befugnis, gegenüber der Kl. einzuschreiten, auch nicht verwirkt.

Zunächst geht der Senat davon aus, dass polizeiliche bzw. ordnungsrechtliche Eingriffsbefugnisse auf dem Gebiet der Gefahrenabwehr nicht verwirkt werden können. Diesen Befugnissen kommt im öffentlichen Interesse ein überragendes Gewicht zu, das deren Verwirkung nicht zulässt. Polizeiliche bzw. ordnungsrechtliche Eingriffsbefugnisse, die die zuständigen Behörden unter den verschiedensten sachlichen Aspekten ermächtigen, gegen bestehende Störungen vorzugehen, stellen kein subjektives Recht dar, dessen Bestand oder Ausübung durch Nicht- oder Fehlgebrauch in Frage gestellt und daher in letzter Konsequenz verwirkt werden könnten. Sie knüpfen vielmehr an das Vorhandensein einer Störung der öffentlichen

Sicherheit und Ordnung bzw. einer Gefahr an und sind den zuständigen Behörden im öffentlichen Interesse an der Gewährleistung rechtmäßiger Zustände zur pflichtgemäßen Erledigung auferlegt. Dieses öffentliche Interesse und diese zur pflichtgemäßen Erledigung übertragene Aufgabe werden nicht dadurch geschmälert oder gar obsolet, dass zu deren Durchsetzung von der Behörde über längere Zeit hinweg nichts bzw. wenig unternommen worden ist (vgl. etwa Kopp/Ramsauer, VwVfG, 10. Aufl., § 53 Rdnr. 44; Wolff/Bachof/Stober/Kluth, VerwR I, 12. Aufl., § 37 Rdnrn. 17ff.; vgl. insbes. auch BVerwGE 76, 176; 113, 105; BVerwG, NJW 1997, 3455; BVerwG, Buchholz 235.1. § 15 BDGBDG Nr. 2; OVG Münster, Uretil vom 25. 9. 1997 - 20 A 974/96, juris; a.A. allerdings: Ossenbühl, NVwZ 1995, 547).

Unabhängig davon steht einer Verwirkung, so man sie denn auch in Bezug auf polizeiliche Eingriffsbefugnisse für möglich halten sollte, entgegen, dass der Bekl. keinen entsprechend eindeutigen Vertrauenstatbestand geschaffen hatte, der bei der Kl. ein schützenswertes Vertrauen entstehen lassen konnte und durfte. Ganz abgesehen davon hat die Kl. dem Senat keinen Anhaltspunkt dafür deutlich machen können, dass in Folge und auf Grund des in den Bekl. und sein Verhalten gesetzten Vertrauens Maßnahmen ins Werk gesetzt oder unterlassen worden sein könnten, auf Grund derer die (verspätete) Geltendmachung bei ihr - allein in Bezug auf die streitgegenständliche Verfügung - nicht nur allgemein zu Nachteilen und Belastungen führen würde, sondern dass diese darüber hinaus auch die zusätzlich festzustellende Schwelle der Unzumutbarkeit übersteigen würden.

**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> ) Die Redakteure sind postalisch erreichbar unter der Adresse der Herausgeberin.
<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. Nachbestellung von Sonderbeilagen auf Anfrage. Alle Preise zzgl. 3,50 Euro Versandkosten. Bitte Verrechnungsscheck oder Einzugsermächtigung beifügen. Der Bezug von Einzelheften des <i>laufenden</i> Jahrgangs ist nur i.V.m. einem Abonnement möglich.

*Zivilrecht***Standort: BGB AT****Problem: Vertragsschluss im Internet / Anfechtung**

LG STUTTGART, URTEIL VOM 21.12.2007  
24 O 317/07 (NJW-RR 2008, 1593)

**Problemdarstellung:**

Am 14.12.2006 wurde der Kl. auf das Angebot eines PKW auf der Internetplattform X aufmerksam. Dort hatte die Bekl. zu 1 das im Eigentum der Bekl. zu 2 stehende Fahrzeug zu einem Startpreis von 1,00 € und einem Sofortkaufpreis i.H.v. 43.000,00 € eingestellt. Der Kl. beiteiligte sich mit einem Gebot i.H.v. 100,00 €. Der PKW wurde bis zum Ende der Auktion nicht erfolgreich veräußert, so dass die Bekl. zu 2 dem Kl. und zwölf weiteren Mitbieterinnen wiederum über die Internetplattform X unter dem 27.12.2006 per E-Mail ein sog. Angebot an unterlegene Bieter zukommen ließ. In diesem Angebot fügte die Bekl. zu 2 in dem durch sie eröffneten, ursprünglichen Textfenster folgenden Zusatz hinzu: „Der Mindestpreis beträgt 43.000,00 Euro - bei Interesse bitte alle weiteren Fragen unter Tel [...] klären. ...“ Zudem enthielt die E-Mail einen Link zu X mit einer Sofortkauf - Option. Diese Option bestätigte der Kl. noch am gleichen Tag, wobei er den Mindestkaufpreis i.H.v. 43.000,00 € zur Kenntnis genommen hatte. Allerdings war unter dem Link das bisherige Gebot i.H.v. 100,00 € hinterlegt. Der Kl. erhielt eine Kaufbestätigung von X, die einen Kaufpreis i.H.v. 100,00 € aufwies. In einer weiteren E-Mail vom gleichen Tag berief sich der Bekl. zu 2 auf einen Fehler im System und stellte klar, dass das Fahrzeug nicht zu einem Kaufpreis i.H.v. 100,00 € veräußert werden sollte.

Als der Kl. Lieferung begehrte, verweigerten die Bekl. die Übergabe des Fahrzeugs. Dieses wurde zwischenzeitlich anderweitig veräußert. Mit Anwaltsschreiben vom 04.01.2007 erklärten die Bekl. die Anfechtung des Kaufvertrages.

Der Kl. begehrt Schadensersatz wegen Nichterfüllung eines Kaufvertrages über ein Gebrauchtfahrzeug, jedoch ohne Erfolg.

**Prüfungsrelevanz:**

Das Landgericht Stuttgart hatte sich mit einer klausurrelevanten Problematik auseinander zusetzen. Es stellt sich das Problem des Vertragsschlusses im Internet sowie die Frage nach der Anfechtbarkeit eines etwaig geschlossenen Vertrages.

Problematisch war hier, dass im sog. Angebot an unterlegene Bieter ausdrücklich ein anderer Kaufpreis verlangt wird als unter der Sofortkauf-Option hinterlegt war. Zu prüfen war, ob ein wirksamer Kaufvertrag gem. § 433 BGB entweder mit dem Bekl. zu 1 oder mit dem Bekl. zu 2 zustande gekommen war. Dazu müsste eine Einigung gem. §§ 145 ff. BGB erzielt worden sein. Zunächst einmal musste klargestellt werden, dass es sich bei der Erklärung der Bekl. zu 2 um eine Willenserklärung handelt. Es musste zur invitatio ad offerendum abgegrenzt werden. Ob eine Willenserklärung vorliegt, ist analog §§ 133, 157 BGB zu ermitteln. Eine solche liegt vor, wenn eine Äußerung oder ein schlüssiges Verhalten unmittelbar auf die Herbeiführung eines rechtsgeschäftlichen Erfolges gerichtet ist (BGH, NJW 1993, 2100). Dies ist beim „Angebot an unterlegene Bieter“ jedenfalls auf Grund der darin eröffneten Sofortkauf-Option aus der Sicht eines objektiven Erklärungsempfängers der Fall. Ein objektiver Erklärungsempfänger konnte davon ausgehen, dass die Bekl. zu 2 jedenfalls zu einem Mindestkaufpreis von 43.000 Euro unbedingt verkaufsbereit war. Diesen Rückschluss ließ auch der Angebotstext zu, durch welchen nur für den Fall weiterer Fragen, nicht aber zwecks Aufnahme von Verhandlungen über den Kaufpreis zur telefonischen Rücksprache aufgefordert wurde. Ob die Bekl. zu 2 Erklärungsbewusstsein inne hatte, kann offen bleiben. Ausreichend ist das potentielle Erklärungsbewusstsein. Dies ist hier der Fall. Denn bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt hätte die Bekl. zu 2 erkennen und vermeiden können, dass ihre Äußerung nach Treu und Glauben und der Verkehrssitte als Willenserklärung aufgefasst werden durfte (BGHZ 91, 324 = NJW 1984, 2274) und vom Kl. auch tatsächlich so aufgefasst wurde.

Die Willenserklärung hatte auch den Inhalt, dass der Kaufpreis mindestens 43.000,00 € betragen muss. Der Inhalt der Willenserklärung richtet sich nach §§ 133, 157 BGB, nach dem objektiven Empfängerhorizont. Der Kl. meint, die Bekl. zu 2 habe ihre Verkaufsbereitschaft verbindlich zum Preis von 100 Euro erklärt. Dem stimmt das erkennende Gericht jedoch zu Recht nicht zu. Nur wenn die 100 € die einzige Preisangabe der Bekl. zu 2 gewesen wäre, müsste sie sich möglicherweise trotz des unstrittig um ein Vielfaches höheren Fahrzeugwertes hieran festhalten lassen (z.B.

AG Syke, MMR 2004, 825). Der Kl. hat eingeräumt, dass er den Mindestkaufpreis von 43.000 Euro in der E-Mail wahrgenommen hat. Demzufolge konnte er ungeachtet der eröffneten Sofortkauf-Option nicht davon ausgehen, dass die Bekl. zu 2 tatsächlich zu dem dort hinterlegten, ursprünglichen Gebotspreis des Kl. von 100 Euro verkaufen wollte. Damit hatte die Willenserklärung den Inhalt 43.000,00 i .

Die Annahmeerklärung hatte demgegenüber den Inhalt von 100,00 i . Also haben sich die Parteien über die Kaufpreishöhe nicht geeinigt. Es liegt also ein Einigungsmangel, ein sog. Dissens vor. Die Ausführungen des erkennenden Gerichts sind etwas missverständlich. Hier handelt es sich um einen sog. offenen Dissens. Beim offenen Dissens wissen die Parteien, dass sie sich nicht geeinigt haben. Auf diese Fälle ist die Zweifelsregelung des § 154 I BGB gerichtet. I.R.d. § 154 I BGB ist jedoch zu unterscheiden, ob der Einigungsmangel eine essentialia negotii oder eine Nebenabrede betrifft. Falls eine essentialia negotii betroffen ist, dann ist der Vertrag nicht geschlossen, § 150 II BGB. Ist lediglich eine vertragliche Nebenabrede betroffen, kommt es auf den Willen der Parteien an, ob der Vertrag erst dann geschlossen worden sein soll, wenn auch über den letzten der noch offen gebliebenen Nebenpunkte eine Einigung erreicht worden ist, oder ob der Vertrag trotz der noch ausstehenden Einigung über die Nebenpunkte bereits als geschlossen anzusehen ist. Zunächst ist also zu versuchen, die Lücke durch Auslegung gem. §§ 133, 157 BGB zu schließen, und nur wenn insoweit kein Ergebnis erzielt werden kann, ist die Zweifelsregelung des § 154 I BGB heranzuziehen. (Vgl. Brox, BGB AT, § 11 Rn 207) Hier war mangels Einigung über den Kaufpreis eine Einigung gem. § 150 II BGB abzulehnen. Ein Kaufvertrag wurde nicht geschlossen.

Weiterhin befasst sich das Gericht mit der Frage, welche Möglichkeiten die Bekl. gehabt hätten, wäre im Hinblick auf die Sofortkauf - Option ein Vertrag mit dem Kaufpreis in Höhe von 100,00 i zustande gekommen. In diesem Falle hätten die Bekl. zu 2 wirksam gem. §§ 142 I, 119 I BGB anfechten können.

Die Bekl. zu 2 beruft sich erfolgreich auf einen als Inhaltsirrtum i.S. des § 119 I 1. Fall BGB beachtlichen Irrtum über die Rechtsfolgen ihrer Erklärung, weil ihr nicht klar war, dass bei dem von der Nebeninterventantin voreingestellten Angebot an unterlegene Bieter unter der Sofortkauf-Option der ursprünglich gebotene Preis hinterlegt blieb und somit das System durch Anklicken dieses Links technisch veranlasst werden konnte, einen Kaufvertrag zu einem völlig anderen als dem von ihr, d.h. der Bekl. zu 2, gewollten und in dem zusätzlichen Textfeld auch angegebenen Kaufpreis zu bestätigen. Die Angaben in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen waren unklar.

Unabhängig davon, welche Rechtswirkungen die allgemein zugänglichen Geschäftsbedingungen und Kundeninformationen der Auktionsplattform X inter partes entfalten (dazu OLG Köln, BeckRS 2007, 11696 = MMR 2007, 446; BGHZ 149, 129 = NJW 2002, 363), hat die Rechtsprechung die Anfechtbarkeit von Willenserklärungen gem. § 119 I BGB bejaht, die im Rahmen einer Internetauktion abgegeben wurden, etwa wenn der Erklärende sich verschrieben (OLG Oldenburg, NJW-RR 2007, 268; NJW 2004, 168), falsch eingegebene Daten weitergeleitet (OLG Hamm, NJW 1993, 2321; LG Kiel, SchlHA 2004, 308) oder die Sofortkauf-Option versehentlich anstelle einer anderen, eigentlich beabsichtigten Funktion aktiviert hatte (AG Bremen, Urt. v. 25.05.2007 - 9 C 142/07, BeckRS 2007, 12453). Hinsichtlich der Anfechtungserklärung gem. § 143 I, II BGB ist zu beachten, dass es dazu keiner wörtlichen Erklärung der Anfechtung bedarf. Vielmehr ist für die Erklärung ausreichend, dass sie ernsthaft und unmissverständlich zum Ausdruck bringt, sie wolle den Kaufvertrag nicht gelten lassen (BGHZ 88, 240 [245] = NJW 1984, 230; BGHZ 91, 324 [331] = NJW 1984, 2279; NJW-RR 1988, 566; NJW-RR 1995, 859).

#### **Vertiefungshinweise:**

- Zum Erklärungsirrtum bei einer Internet-Auktion: *OLG Oldenburg*, NJW 2004, 168
- Zur Entwicklung des Internet-Rechts: *Hoffmann*, NJW 2008, 2624
- Zum Vertragsschluss im Internet: *LG Aachen*, RA 2007, 311 = NJW-RR 2007, 565
- Zum Risiko des Mißbrauchs des Passworts bei eBay: *LG Magdeburg*, K&R 2005, 191
- Zur Widerrufsfrist bei eBay-Auktionen: *Bonke / Gellmann*, NJW 2006, 3169

#### **Kursprogramm:**

- Examenskurs*: "Pizzakauf"
- Examenskurs*: "Das Versehen"
- Examenskurs*: "Die Internetauktion"

#### **Leitsätze:**

- 1. Kein Vertragsschluss zwischen Teilnehmern einer Internetauktion, wenn im Angebot an unterlegene Bieter ausdrücklich ein anderer Kaufpreis verlangt wird als unter der Sofortkauf-Option hinterlegt.**
- 2. Zur Anfechtung eines Verkaufsangebots über eine Auktionsplattform wegen Erklärungsirrtums.**

#### **Sachverhalt:**

Der Kl. begehrt Schadensersatz wegen Nichterfüllung eines Kaufvertrags über ein gebrauchtes Kraftfahr-

zeug. Der Kl. war am 14.12.2006 bei der Auktionsplattform X auf das Angebot eines Pkw M1 ... gestoßen. Dort hatte die Bekl. zu 1 das im Eigentum des Bekl. zu 2 stehende Fahrzeug zur Durchführung einer Verkaufsauktion mit einem Startpreis von 1 Euro und einem Sofortkaufpreis von 43000 Euro eingestellt. Der Kl. hatte sich an dieser Auktion mit einem Gebot von 100 Euro beteiligt. Weil das Fahrzeug bis zum Ende der Auktion nicht erfolgreich versteigert worden war, unterbreitete die Bekl. zu 2 dem Kl. und zwölf anderen Interessenten, die bei der Auktion Gebote abgegeben hatten, wiederum über X am 27. 12. 2006 per E-Mail ein so genanntes Angebot an unterlegene Bieter, welchem sie in dem ihr eröffneten Textfenster folgenden Angebotstext hinzufügte: „Der Mindestpreis beträgt 43000 Euro - bei Interesse bitte alle weiteren Fragen unter Tel [...] klären. Optional können wir passende Winterreifen aus Alufelgen anbieten.“

Ferner enthielt ihr E-Mail-Schreiben einen Link zu X mit einer Sofortkauf-Option. Diese betätigte der Kl. ebenfalls am 27.12.2006, nachdem er den Mindestpreis von 43000 Euro zur Kenntnis genommen, aber auch gesehen hatte, dass unter dem Link der von ihm ursprünglich gebotene Kaufpreis von 100 Euro hinterlegt war. Daraufhin erhielt der Kl. eine Kaufbestätigung des Internetauktionshauses X, die einen Kaufpreis von 100 Euro auswies. Noch am 27.12.2006 erhielt der Kl. eine weitere E-Mail der Bekl. zu 2, worin sie den Kl. einzusehen bat, dass das Auto nicht für 100 Euro habe verkauft werden sollen, und einen Fehler im System geltend machte. In der Folgezeit verweigerten die Bekl. die Übergabe des Fahrzeugs. Dieses wurde mittlerweile anderweitig veräußert. Mit Anwaltschreiben vom 04.01.2007 ließen die Bekl. den Kaufvertrag vorsorglich anfechten. Der Kl. hat Schadensersatz in Höhe von 42900 Euro begehrt.

Das LG hat die Klage abgewiesen.

### **Aus den Gründen:**

Die zulässige Klage ist unbegründet.

#### **1. Kein Schadensersatz gem. §§ 280 I, III, 281 I 1 BGB**

Dem Kl. steht kein Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung gem. §§ 280 I, III, 281 I 1, II BGB gegen die Bekl. zu.

##### **a. Wirksames Schuldverhältnis**

Der Kl. hat weder mit dem Bekl. zu 1 noch mit der Bekl. Nr. 2 einen wirksamen Kaufvertrag geschlossen. Dabei kann dahinstehen, ob die Bekl. zu 2 als rechtsgeschäftliche Vertreterin des Bekl. zu 1 oder in eigenem Namen für fremde Rechnung handelte. Denn jedenfalls hat sie sich mit dem Kl. nicht über den Kaufpreis für den streitgegenständlichen Pkw geeinigt. Allerdings hat die Bekl. zu 2 nicht lediglich den Kl.

zur Abgabe eines Angebots aufgefordert, sondern selbst eine Willenserklärung abgegeben. Eine solche liegt vor, wenn eine Äußerung oder ein schlüssiges Verhalten unmittelbar auf die Herbeiführung eines rechtsgeschäftlichen Erfolges gerichtet ist (BGH, NJW 1993, 2100). Nicht anders ist die Übermittlung des „Angebots an unterlegene Bieter“ jedenfalls auf Grund der darin eröffneten Sofortkauf-Option aus der Sicht eines objektiven Erklärungsempfängers auszulegen. Ein solcher konnte davon ausgehen, dass die Bekl. zu 2 jedenfalls zu einem Mindestkaufpreis von 43000 Euro unbedingt verkaufsbereit war. Diesen Rückschluss ließ auch der Angebotstext zu, durch welchen nur für den Fall weiterer Fragen, nicht aber zwecks Aufnahme von Verhandlungen über den Kaufpreis zur telefonischen Rücksprache aufgefordert wurde. Hinsichtlich der von ihr aktivierten Sofortkauf-Option beruft sich die Bekl. zu 2 auch ohne Erfolg auf ein fehlendes Erklärungsbewusstsein. Denn bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt hätte sie erkennen und vermeiden können, dass ihre Äußerung nach Treu und Glauben und der Verkehrssitte als Willenserklärung aufgefasst werden durfte (BGHZ 91, 324 = NJW 1984, 2274) und vom Kl. auch tatsächlich so aufgefasst wurde.

Der Kl. stellt zu Unrecht allein darauf ab, die Bekl. zu 2 habe unter der Sofortkauf-Option ihre Verkaufsbereitschaft verbindlich zum Preis von 100 Euro erklärt. Nur wenn dies die einzige Preisangabe der Bekl. zu 2 gewesen wäre, müsste sie sich möglicherweise trotz des unstrittig um ein Vielfaches höheren Fahrzeugwertes hieran festhalten lassen (so AG Syke, MMR 2004, 825). Der Kl. räumt jedoch ein, dass er den Mindestkaufpreis von 43000 Euro aus der E-Mail der Bekl. zu 2 ersehen hat. Demzufolge konnte er aber ungeachtet der eröffneten Sofortkauf-Option nicht davon ausgehen, dass die Bekl. zu 2 tatsächlich zu dem dort hinterlegten, ursprünglichen Gebotspreis des Kl. von 100 Euro verkaufen wollte. Dies hieße, deren vom Kl. erkannte Mindestpreisvorstellung völlig zu ignorieren.

Die Willenserklärung der Bekl. zu 2 war zumindest objektiv mehrdeutig und in sich widersprüchlich. Insofern unterscheidet sich die Erklärung der Bekl. zu 2 maßgeblich von der Fallkonstellation, die der vom Kl. herangezogenen Entscheidung des OLG Köln vom 8. 12. 2006 (BeckRS 2007, 598 = MMR 2007, 446) zu Grunde lag. Während dort eine Internetauktion gestartet worden war, bei der wahlweise ausgehend von einem Startpreis von 1 Euro bis zum Angebotsschluss gesteigert oder bereits vor Angebotsschluss zu einem Sofortkaufpreis von 60000 Euro ein Vertragsabschluss herbeigeführt werden konnte, hat die Bekl. zu 2 im Nachgang zu dem vergleichbar angelegten, ursprünglichen Versteigerungsverfahren durch ihr Angebot an unterlegene Bieter nochmals versucht, den von ihr

vorgestellten Mindestpreis für das Fahrzeug des Bekl. zu 1 zu realisieren, und dabei verkannt, dass unter der Sofortkauf-Option die ursprünglichen Gebote der unterlegenen Bieter hinterlegt blieben. Dem Kl. wurden aber für ihn erkennbar nicht mehr zwei Verfahrensvarianten - steigern oder sofort kaufen - zur Auswahl gestellt, sondern ihm wurde ein bindendes Kaufangebot unterbreitet, das lediglich keine eindeutige Preisangabe enthielt.

Die Annahmeerklärung des Kl. bezog sich demgegenüber ausschließlich auf einen Kaufpreis von 100 Euro. Nach seiner Einlassung wollte er nichts anderes, als die Erwerbchance nutzen, die ihm durch die Sofortkauf-Option eröffnet war.

Da die Parteien den Kaufvertrag also nicht eindeutig mit demselben Kaufpreis abschließen wollten, haben sie über einen wesentlichen Punkt keine Einigung erzielt. Damit besteht zwischen den Parteien ein offener Einigungsmangel i.S. des § 154 I 1 BGB (so für den Fall objektiv mehrdeutiger Preisangaben im Ausschreibungsverfahren nach VOB/A auch OLG Koblenz, BauR 1995, 252).

*b. Jedenfalls wirksame Anfechtung eines etwaigen Kaufvertrages gem. §§ 142 I, 119 I BGB*

Selbst wenn sich die Parteien auf Grund der Sofortkauf-Option über einen Verkauf zum Preis von 100 Euro geeinigt hätten, wäre der Kaufvertrag gem. § 142 I BGB rückwirkend als nichtig anzusehen, weil die Bekl. zu 2 ihre Willenserklärung gem. § 119 I BGB anfechten konnte und die Anfechtung auch wirksam erklärt hat (aa). Eine dann in Betracht kommende Schadensersatzpflicht aus § 122 I BGB wäre allerdings gem. § 122 II BGB ausgeschlossen (bb).

*aa. Anfechtungsvoraussetzungen*

Der Kl. hält der Anfechtbarkeit erfolglos entgegen, dass die Bekl. zu 2 die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Nebenintervenientin gekannt habe und durch die - vorgelegte und vom Kl. als „X-Grundsätze“ bezeichnete - Kundeninformation über die Funktionsweise des so genannten Angebots an unterlegene Bieter aufgeklärt gewesen sei. Denn diese Kundeninformation weist nicht mit der gebotenen Klarheit darauf hin, dass in diesem Angebot zwingend - und, wie die Nebenintervenientin vorgetragen hat, ohne Änderungsmöglichkeit für den Verkäufer oder den Käufer - das ursprüngliche Gebot des Interessenten als zu bestätigender Kaufpreis erscheint. Auf Grund dieser Information musste die jedenfalls mit Angeboten an unterlegene Bieter unerfahrene Bekl. zu 2 daher nicht erkennen, dass außer ihrer Mindestpreisvorstellung, die sie in das eröffnete Zusatzfeld eingab, bei dem Empfänger ihres Angebots noch eine weitere, hiervon abweichende Kaufpreisangabe auftauchen würde.

Unabhängig von der Frage, welche Rechtswirkungen die allgemein zugänglichen Geschäftsbedingungen und Kundeninformationen der Auktionsplattform X inter partes entfalten (dazu BGHZ 149, 129 = NJW 2002, 363; OLG Köln, BeckRS 2007, 11696 = MMR 2007, 446), hat die Rechtsprechung die Anfechtbarkeit von Willenserklärungen gem. § 119 I BGB bejaht, die im Rahmen einer Internetauktion abgegeben wurden, etwa wenn der Erklärende sich verschrieben (OLG Oldenburg, NJW-RR 2007, 268; NJW 2004, 168), falsch eingegebene Daten weitergeleitet (OLG Hamm, NJW 1993, 2321; LG Kiel, SchlHA 2004, 308) oder die Sofortkauf-Option versehentlich anstelle einer anderen, eigentlich beabsichtigten Funktion aktiviert hatte (AG Bremen, Urt. v. 25.05.2007 - 9 C 142/07, BeckRS 2007, 12453). Dem schließt sich die Kammer an.

Dementsprechend beruft sich die Bekl. zu 2 erfolgreich auf einen als Inhaltsirrtum i.S. des § 119 I BGB beachtlichen Irrtum über die Rechtsfolgen ihrer Erklärung, weil ihr nicht klar war, dass bei dem von der Nebenintervenientin vorfigurierten Angebot an unterlegene Bieter unter der Sofortkauf-Option der ursprünglich gebotene Preis hinterlegt blieb und somit das System durch Anklicken dieses Links technisch veranlasst werden konnte, einen Kaufvertrag zu einem völlig anderen als dem von ihr gewollten und in dem zusätzlichen Textfeld auch angegebenen Kaufpreis zu bestätigen. Die eine Anfechtung ablehnende Entscheidung des OLG Köln (BeckRS 2007, 11696 = MMR 2007, 446) steht dem nicht entgegen; in dem dort zu entscheidenden Fall konnte - anders als hier - in tatsächlicher Hinsicht kein Irrtum festgestellt werden, weil der Anfechtende gar keine genaue Vorstellung vom Inhalt seiner Erklärung hatte (OLG Köln, BeckRS 2007, 11696 = MMR 2007, 446 unter II 1 c).

Der Kl. macht erfolglos geltend, die Anfechtungserklärung des Prozessbevollmächtigten der Bekl. vom 04.01.2007 sei mangels beiliegender Originalvollmacht unwirksam. Dabei kann letztlich dahinstehen, ob die Zurückweisung der Anfechtungserklärung aus diesem Grunde ihrerseits unter Vorlage einer Originalvollmacht vorzunehmen war und ob sie überhaupt noch unverzüglich i.S. des § 174 S. 1 BGB erfolgt ist. Denn jedenfalls hat die Bekl. zu 2 selbst bereits am 27. 12. 2006 die Anfechtung des Kaufvertrages erklärt. Dazu bedurfte es keiner wörtlichen Erklärung, dass sie ihr Kaufangebot anfechte. Vielmehr war ausreichend, dass sie ernsthaft und unmissverständlich zum Ausdruck brachte, sie wolle den Kaufvertrag nicht gelten lassen (BGHZ 88, 240 [245] = NJW 1984, 230; BGHZ 91, 324 [331] = NJW 1984, 2279; NJW-RR 1988, 566; NJW-RR 1995, 859). Nicht anders hat der Kl. nach seinem eigenen Bekunden in der mündlichen Verhandlung ihre Erklärung auch verstanden.

*bb. Ausschluss der Schadensersatzpflicht gem. § 122 BGB*

Der Kl. räumt ein, die Mindestpreisangabe der Bekl. zu 2 gesehen und auch erkannt zu haben, dass diese eklatant von seinem unter der Sofortkauf-Option hinterlegten Gebot abwich. Damit kannte er den Grund der Anfechtbarkeit des Verkaufsangebots bei verständiger Würdigung seines in sich widersprüchlichen In-

halts oder musste diesen mindestens erkennen. Dies schließt eine etwaige Schadensersatzpflicht der Bekl. zu 2 aus § 122 I BGB gem. § 122 II BGB aus.

*2. Kein Anspruch gem. §§ 280 I, 311 II, 241 II BGB*

Einen gem. §§ 311 II, 280 I BGB unter dem Gesichtspunkt des Verschuldens bei Vertragsschluss ersatzfähigen Vertrauensschaden hat der Kl. nicht dargelegt.

**Standort: Mietrecht****Problem: Instandhaltungspflicht des Vermieters**

BGH, URTEIL VOM 15.10.2008

VIII ZR 321/07 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

**Problemdarstellung:**

Der Bekl. vermietet Ein-Zimmer-Appartements in einem mehrstöckigen Wohnhaus, unter anderem an den Kl.. In dem Appartement neben dem Kl. kam es in der Kochnische zu einem Brand wegen eines technischen Defekts. Dadurch wurden auch Gegenstände in der klägerischen Wohnung in Mitleidenschaft gezogen. Der Bekl. hatte die technischen Einrichtungen nicht regelmäßig warten lassen. Der Kl. begehrte Schadensersatz sowie Ersatz der vorgerichtlichen Anwaltskosten.

Das Amtsgericht hat den Bekl. unter Abweisung der Klage im Übrigen zur Zahlung von 2.165 i. nebst Zinsen verurteilt. Auf die Berufung des Bekl. hat das Landgericht das Urteil des Amtsgerichts abgeändert und die Klage insgesamt abgewiesen. Hiergegen richtet sich die vom Berufungsgericht zugelassene Revision des Kl., mit der er die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils erstrebt - jedoch erfolglos.

**Prüfungsrelevanz:**

In der hier vorliegenden Entscheidung wurde der Umfang der dem Vermieter gem. § 535 I 2 BGB obliegenden Pflichten präzisiert. Demnach hat der Vermieter für die Instandhaltung des Mietobjektes Sorge zu tragen. Die Instandhaltungspflicht des Vermieters ist eine Hauptleistungspflicht des Vermieters (Palandt-Weidenkaff, § 535 Rn 30). § 535 I 2 BGB gibt dem Mieter einen einklagbaren Anspruch gegen den Vermieter auf Herstellung des vertragsgemäßen Zustands. Der vertragsgemäße Zustand des Mietobjektes muss so ausgestaltet sein, dass es zum vertragsgemäßen Gebrauch geeignet ist. Dies gilt nicht nur für den Zeitpunkt der Überlassung, sondern auch während der Mietzeit. Hier war die Erhaltung im vertragsgemäßen Zustand problematisch. Diese umfasst alle Maßnahmen, die erforderlich sind, um den Mieter während der gesamten Mietzeit den vertragsgemäßen Gebrauch zu ermöglichen (Palandt-Weidenkaff, § 535 Rn 36).

Es stellte sich die Frage, ob dem Vermieter die Pflicht obliegt, die Elektroleitungen und elektrischen Anlagen in den von ihm vermieteten Appartements ohne kon-

kreten Anlass oder Hinweis auf Mängel einer regelmäßigen Überprüfung durch einen Elektrofachmann zu unterziehen. Bisher hatte der erkennende Senat diese Frage immer offen gelassen. Nunmehr wurde Stellung bezogen. Das Berufungsgericht hatte eine entsprechende Pflicht verneint. Dem stimmt der erkennende Senat vollumfänglich zu. Dem Bekl. als Vermieter trifft die Verkehrssicherungspflicht für das von ihm vermietete Objekt, so dass der Vermieter grds. verpflichtet ist, alle Teile des Hauses, also nicht nur die der gemeinsamen Nutzung unterliegenden Einrichtungen wie z.B. Treppen oder Dachböden gebrauchsfähig zu erhalten. Eine Vernachlässigung dieser Pflicht sei jedenfalls dann gegeben, wenn eine Gefährdung des Mieters vorliege. Demnach muss der Vermieter ihm bekannt gewordene Mängel des Objektes unverzüglich beheben (so bereits Senatsurteil vom 12.05.1969, VIII ZR 164/67 m WM 1969, 1011).

Vorliegend war dem Vermieter kein konkreter Mangel an dem Mietobjekt bekannt geworden. Inwieweit der Vermieter die Elektroinstallationen in diesen Fällen einer Überprüfung unterziehen muss, ist streitig.

In der Rechtsprechung der Instanzgerichte wird eine solche Verpflichtung unter Berufung auf die Unfallverhütungsvorschriften der Berufsgenossenschaften bzw. auf die Bestimmungen des Verbandes der Elektrotechniker (DIN VDE 0105) teilweise uneingeschränkt bejaht (vgl. z.B. OLG Saarbrücken, NJW 1993, 3077, 3078; AG Potsdam, WuM 1994, 524).

Einer weiteren Auffassung nach, der sich auch das Berufungsgericht angeschlossen hat, müsse genauer differenziert werden. Es ist danach zu unterscheiden, ob es sich um Geräte oder Installationen in der Wohnung des Mieters oder in den Räumen handelt, die für den Vermieter ohne weiteres zugänglich sind (LG Hamburg, ZMR 1991, 440, 441; Staudinger/Emmerich, BGB (2006), § 535 Rdnr. 32; vgl. auch Bub/Treier/Kraemer, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete, 3. Aufl., III B Rdnr. 1290). Seien die Räumlichkeiten für den Vermieter nicht frei zugänglich, dann könne ihm auch keine regelmäßige Kontrollpflicht obliegen.

Der erkennende Senat führte aus, dass die Verkehrssicherungspflicht diejenigen Maßnahmen umfasst, die ein umsichtiger und verständiger, in vernünftigen

Grenzen vorsichtiger Mensch für notwendig und ausreichend erachtet, um andere vor Schäden zu bewahren. Erforderlich ist daher, dass sich vorausschauend für ein sachkundiges Urteil die nahe liegende Gefahr ergibt, dass Rechtsgüter anderer verletzt werden können (BGH, Urteil vom 03.02.2004 - VI ZR 95/03, NJW 2004, 1449, unter II 1, st. Rspr.). Eine solche nahe liegende Gefahr ist bei ordnungsgemäß installierten Leitungen und Anlagen im privaten Wohnbereich nicht ohne weiteres zu bejahen. Dies hatte das Berufungsgericht auch gesehen. Im Allgemeinen reicht es aus, an der Elektroinstallation auftretende Unregelmäßigkeiten oder vom Mieter angezeigte Mängel unverzüglich durch einen Fachmann abstellen zu lassen. Im Einzelfall können allerdings besondere Umstände wie z.B. ungewöhnliche oder wiederholte Störungen, insbesondere bei älteren Anlagen, Anlass bieten, nicht nur einen unmittelbar zu Tage getretenen Defekt zu beheben, sondern eine umfassende Inspektion der gesamten Elektroinstallation durchzuführen. Solche Umstände lagen hier nicht vor, insbesondere reicht allein die Vielzahl der hier vorliegenden elf Wohneinheiten nicht aus. Eine andere Beurteilung ist auch nicht deshalb geboten, weil die DIN VDE 0105 eine Überprüfung elektrischer Anlagen im vierjährigen Turnus vorsehen. Unabhängig von der Frage von deren Anwendbarkeit im vorliegenden Fall handelt es sich bei den DIN-Normen nicht um Rechtsvorschriften, sondern um private technische Regelungen mit Empfehlungscharakter (BGH, Urteil vom 14.05.1998 - VII ZR 184/97, NJW 1998, 2814, unter II 3 a). Des weiteren steht dem auch nicht der Umstand entgegen, dass der Senat die Kosten der Elektroüberprüfung als Betriebskosten als umlagefähig ansieht (Senatsurteil vom 14.02.2007 - VIII ZR 123/06, NJW 2007, 1356, Tz. 11 ff.). Daraus ergibt sich keine generelle rechtliche Verpflichtung des Vermieters von Wohnraum, entsprechende Prüfungen turnusmäßig durchzuführen. Gegenstand der Entscheidung war nur die Klärung der Frage der Umlagefähigkeit der Kosten.

#### **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

□ Zur Wirksamkeit der Quotenklauseln: *BGH*, RA 2008, 459

#### **Kursprogramm:**

□ *Examenskurs*: "Keine Lust zu Schönheitsreparatu-

ren"

□ *Assessorkurs*: "Das Geschäftshaus"

#### **Leitsatz**

**Der Vermieter ist nicht verpflichtet, ohne besonderen Anlass eine regelmäßige Generalinspektion der Elektroleitungen und Elektrogeräte in den Wohnungen seiner Mieter vorzunehmen.**

#### **Sachverhalt:**

[1] Dem Bekl. gehört ein mehrstöckiges Wohnhaus mit Ein-Zimmer-Appartements, die jeweils mit einer kleinen Kochnische (Einbauküche nebst Dunstabzugshaube) ausgestattet sind. Der Kl. hat das Appartement Nr. 11 gemietet. In der daneben liegenden Mietwohnung kam es am 20.06.2006 im Bereich der Kochnische zu einem Brand, der nach der Behauptung des Kl. durch einen technischen Defekt mit Kurzschluss im Bereich der Dunstabzugshaube verursacht wurde. Der Kl. hat wegen der Beschädigung ihm gehörender Sachen durch den Brand Zahlung von 2.630 € nebst Zinsen sowie Erstattung vorgerichtlicher Anwaltskosten in Höhe von 165,71 € begehrt.

Das Amtsgericht hat den Bekl. unter Abweisung der weitergehenden Klage zur Zahlung von 2.165 € nebst Zinsen verurteilt. Auf die Berufung des Bekl. hat das Landgericht das Urteil des Amtsgerichts abgeändert und die Klage insgesamt abgewiesen. Hiergegen richtet sich die vom Berufungsgericht zugelassene Revision des Kl., mit der er die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils erstrebt.

#### **Aus den Gründen:**

[2] Die Revision hat keinen Erfolg.

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

[3] Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung ausgeführt:

[4] Dem Kl. stünden aufgrund des Brandes vom 20.06.2006 keine Schadensersatzansprüche gegen den Bekl. zu. Fraglich sei bereits, ob die Brandursache in einer fehlerhaften Elektroinstallation im Bereich der Einbauküche der Nachbarwohnung liege. Dies könne aber letztlich dahinstehen, weil der Bekl. einen eventuellen Fehler der Elektroinstallation nicht zu vertreten habe; eine Pflichtverletzung des Bekl. könne nicht festgestellt werden.

[5] Zwar treffe den Bekl. die Verkehrssicherungspflicht für das von ihm vermietete Objekt. Der Vermieter sei grundsätzlich verpflichtet, alle Teile des Hauses, also nicht nur die der gemeinsamen Benutzung unterliegenden Einrichtungen wie Treppe, Speicher usw., sondern auch die in der Obhut der Mieter befindlichen Räume gebrauchsfähig zu erhalten und nicht in einer Weise zu vernachlässigen, dass daraus

eine Gefahr für die Mitmieter entstehe.

[6] Der Umfang der Verkehrssicherungspflicht des Vermieters richte sich dabei nach den konkreten Umständen des Einzelfalls. Der Auffassung, dass ein Vermieter grundsätzlich zu einer regelmäßigen Überprüfung der elektrischen Anlagen einer Wohnung verpflichtet sei, könne nicht gefolgt werden. Gesetzliche Vorgaben zum so genannten "E-Check" seien nicht vorhanden. Eine uneingeschränkte Prüfungspflicht des Vermieters nach einem vierjährigen Turnus entsprechend den Bestimmungen der Unfallverhütungsvorschriften der Berufsgenossenschaften sei wegen des damit verbundenen Aufwands für den Vermieter nicht zumutbar und würde ihm im Ergebnis unzulässigerweise eine Art Garantiehaftung auferlegen. Jedenfalls bei den im Besitz des Mieters befindlichen Räumen, die für den Vermieter nicht jederzeit zugänglich seien, könne nur eine eingeschränkte Prüfpflicht angenommen werden, beispielsweise, wenn dem Vermieter Unregelmäßigkeiten angezeigt worden seien oder aus sonstigen Umständen Bedenken hinsichtlich der Funktionsfähigkeit der Elektroanlage bestünden, etwa wegen ihres Alters. Der Mieter habe selbst ein großes Interesse, in seiner Wohnung an der Installation auftretende Fehler oder Unregelmäßigkeiten dem Vermieter unverzüglich mitzuteilen. Der Vermieter müsse sich auch grundsätzlich darauf verlassen können, dass der Mieter seiner in § 536c I BGB festgelegten Pflicht zur Mängelanzeige nachkomme. Mangels einer Anzeige des Mieters oder sonstiger Anhaltspunkte für eine Kontrollbedürftigkeit der Anlage sei der Bekl. nicht zur Überprüfung der elektrischen Installation in der Wohnung des Mitmieters des Kl. verpflichtet gewesen.

[7] Im Übrigen liege die Darlegungs- und Beweislast für den Ursachenzusammenhang zwischen dem Pflichtverstoß des Vermieters und dem Schaden des Mieters beim Mieter. Eine Ausnahme hiervon sei lediglich für den Fall anzunehmen, dass die Schadensursache im Herrschafts- und Einflussbereich des Vermieters gesetzt worden sei. Hieran fehle es, weil der Brand in der Wohnung des Mitmieters entstanden sei.

## II. Entscheidung des BGH in der Revision

[8] Diese Beurteilung hält der revisionsrechtlichen Nachprüfung stand.

[9] Dem Kl. steht gegen den Bekl. wegen der Schäden, die ihm infolge des in der Nachbarwohnung ausgebrochenen Brandes an seinem Eigentum entstanden sind, auch dann kein Schadensersatzanspruch zu, wenn die Ursache des Brandes, wie der Kl. behauptet, ein technischer Defekt der Elektroinstallation in der ebenfalls vom Bekl. vermieteten Nachbarwohnung gewesen ist.

### 1. Kein Schadensersatz gem. § 536a I Alt. 1 BGB

[10] Ein Schadensersatzanspruch des Kl. gemäß §

536a I Alt. 1 BGB wegen eines bereits bei Vertragsschluss vorhandenen Mangels der Mietwohnung kommt nicht in Betracht. Zwar liegt ein Mangel auch dann vor, wenn sich außerhalb der Mieträume, aber im selben Gebäude des Vermieters eine Gefahrenquelle wie eine fehlerhafte oder defekte Elektroinstallation befindet (Senatsurteil vom 27.03.1972 - VIII ZR 177/70, NJW 1972, 944, unter 2). Der Kl. macht aber selbst nicht geltend, dass der von ihm behauptete Leitungsdefekt in der Nachbarwohnung schon im Zeitpunkt des Abschlusses seines eigenen Mietvertrags vorhanden gewesen sei.

### 2. Kein Schadensersatz gem. § 536a I Alt. 2 BGB

[11] Zu Recht hat das Berufungsgericht auch einen Schadensersatzanspruch des Kl. gemäß § 536a I Alt. 2 BGB wegen eines später - in Unkenntnis des Bekl. - aufgetretenen Defekts der Elektroinstallation in der Nachbarwohnung verneint. Die Auffassung des Berufungsgerichts, dass der Bekl. einen derartigen nach der Überlassung der Mietsache an den Kl. aufgetretenen Mangel jedenfalls nicht zu vertreten habe, ist frei von Rechtsfehlern. Entgegen der Auffassung der Revision war der Bekl. nicht verpflichtet, die Elektroleitungen und elektrischen Anlagen in den von ihm vermieteten Apartments ohne konkreten Anlass oder Hinweis auf Mängel einer regelmäßigen Überprüfung durch einen Elektrofachmann zu unterziehen.

#### a. Keine Verpflichtung zur regelmäßigen Überprüfung kraft Gesetzes

[12] Spezielle gesetzliche Vorschriften, die die Überprüfungspflichten bei elektrischen Leitungen und Anlagen in Wohnräumen regeln oder dem Eigentümer regelmäßige Wartungspflichten auferlegen, bestehen nicht.

#### b. Bestehen einer Verkehrssicherungspflicht

[13] Allerdings trifft den Vermieter die vertragliche Nebenpflicht, die Mietsache in einem verkehrssicheren Zustand zu erhalten. Diese Pflicht erstreckt sich, wie das Berufungsgericht richtig gesehen hat, grundsätzlich auf alle Teile des Hauses, also nicht nur auf die der gemeinsamen Nutzung unterliegenden Einrichtungen, sondern auch auf die in der Obhut der Mitmieter befindlichen Wohn- und Geschäftsräume (Senatsurteil vom 12.05.1969 - VIII ZR 164/67, WM 1969, 1011 = ZMR 1969, 271, unter I). Ihm bekannt gewordene Mängel in einem dieser Räume, von denen eine Gefahr für die Mietwohnungen ausgehen kann, muss der Vermieter deshalb unverzüglich beheben.

#### c. Regelmäßige Überprüfungspflichten des Vermieters

[14] Inwieweit der Vermieter darüber hinaus - unabhängig von einem konkreten Mangel - die Elektroinstallation in den Wohnräumen und im gesamten Haus

regelmäßig überprüfen muss, ist umstritten.

*aa. Auffassungen der Rechtsprechung*

[15] In der Rechtsprechung der Instanzgerichte wird eine solche Verpflichtung unter Berufung auf die Unfallverhütungsvorschriften der Berufsgenossenschaften bzw. auf die Bestimmungen des Verbandes der Elektrotechniker (DIN VDE 0105) teilweise uneingeschränkt bejaht (OLG Saarbrücken, NJW 1993, 3077, 3078; AG Potsdam, WuM 1994, 524; wohl auch OLG Düsseldorf, ZMR 2000, 377, 378; vgl. ferner - für gewerblich genutzte Räume ("Schnellimbiss") - OLG Celle, NJW-RR 1996, 521, 522; ebenso Schmidt-Futterer/ Eisenschmid, Mietrecht, 9. Aufl., § 535 BGB Rdnr. 132). Eine solche Überprüfungspflicht ist hingegen für Feuerstätten durch § 1 I des Gesetzes über das Schornsteinfegerwesen (BGBl I Nr. 51) vorgesehen. Nach einer weiteren Ansicht, der sich auch das Berufungsgericht angeschlossen hat, ist danach zu unterscheiden, ob es sich um Geräte oder Installationen in der Wohnung des Mieters oder in den Räumen handelt, die für den Vermieter ohne weiteres zugänglich sind (LG Hamburg, ZMR 1991, 440, 441; Staudinger/Emmerich, BGB (2006), § 535 Rdnr. 32; vgl. auch Bub/Treier/Kraemer, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete, 3. Aufl., III B Rdnr. 1290). Ähnlich hat der Senat für Wasserleitungen und ein vom Vermieter in der Wohnung des Mieters angebrachtes Warmwassergerät eine Pflicht des Vermieters zu regelmäßigen Kontrollen mit der Erwägung verneint, dass sich diese Installationen in der ausschließlichen Obhut des Mieters befänden, der selbst das größte Interesse daran habe, auftretende Fehler oder Unregelmäßigkeiten dem Vermieter anzuzeigen (Senatsurteil vom 12.05.1969, aaO, unter II 2 a). Der Senat hat ausgeführt, es hieße die Sorgfaltspflicht des Vermieters überspannen, wollte man ihm zumuten, die in Wohn- und Geschäftsräumen der Mieter angebrachten Installationen regelmäßigen Kontrollen zu unterziehen, nachdem sich in der Zeit der ersten Ingebrauchnahme keine Unregelmäßigkeiten gezeigt hätten, die auf schlechte Isolation oder schlechtes Material schließen ließen (Senatsurteil, aaO).

*bb. Auffassung des erkennenden Senats*

[16] In seinem Urteil vom 20.10.1965 - VIII ZR 154/63, VersR 1966, 81, das einen im Jahr 1957 installierten, nicht mit einer Abgasanlage versehenen Durchlauferhitzer in einer Mietwohnung betraf, hat der Senat offen gelassen, ob der Vermieter insoweit regelmäßige Kontrollen des Gerätes in der Mietwohnung veranlassen müsse; er hat jedoch betont, dass die Anforderungen an den Vermieter, den Zustand der Mietsache auch hinsichtlich mitvermieteter technischer Einrichtungen laufend zu überprüfen, nicht überspannt werden dürfen (aaO, unter I 3).

*cc. Entscheidung des Senats: Keine Pflicht zur regelmäßigen Generalinspektion*

[17] Der Senat entscheidet die bislang offen gelassene Frage dahin, dass dem Eigentümer bzw. Vermieter von Wohnraum im Rahmen seiner Verkehrssicherungspflicht keine regelmäßige Generalinspektion der Elektroleitungen und Elektrogeräte in den Wohnungen der Mieter obliegt.

*(1) Umfang der Verkehrssicherungspflicht*

[18] Die Verkehrssicherungspflicht umfasst diejenigen Maßnahmen, die ein umsichtiger und verständiger, in vernünftigen Grenzen vorsichtiger Mensch für notwendig und ausreichend erachtet, um andere vor Schäden zu bewahren. Erforderlich ist daher, dass sich vorausschauend für ein sachkundiges Urteil die nahe liegende Gefahr ergibt, dass Rechtsgüter anderer verletzt werden können (BGH, Urteil vom 03.02.2004 - VI ZR 95/03, NJW 2004, 1449, unter II 1, st. Rspr.). Eine solche nahe liegende Gefahr ist bei ordnungsgemäß installierten Leitungen und Anlagen im privaten Wohnbereich nicht ohne weiteres zu bejahen. Das Berufungsgericht ist deshalb zutreffend davon ausgegangen, dass es im Allgemeinen ausreicht, an der Elektroinstallation auftretende Unregelmäßigkeiten oder vom Mieter angezeigte Mängel unverzüglich durch einen Fachmann abstellen zu lassen. Entgegen der Auffassung der Revision verstößt diese Würdigung nicht deshalb gegen Erfahrungssätze, weil elektrische Installationen in der Regel in der Wand verlegt werden und aus diesem Grund für den Mieter nicht zugänglich sind. Dies schließt es nicht aus, dass Mängel durch den Ausfall eines elektrischen Geräts, durch wiederholtes Auslösen der Sicherung oder ähnliche Umstände zu Tage treten und alsbald behoben werden können. Darauf, dass der Mieter der ihm gemäß § 536c I BGB obliegenden Verpflichtung nachkommt, einen sich im Laufe der Mietzeit zeigenden Mangel dem Vermieter unverzüglich anzuzeigen, darf der Vermieter, wie das Berufungsgericht zutreffend ausgeführt hat, regelmäßig vertrauen.

*(2) Berücksichtigung von Besonderheiten im Einzelfall*

[19] Im Einzelfall mögen allerdings besondere Umstände wie z.B. ungewöhnliche oder wiederholte Störungen, insbesondere bei älteren Anlagen, Anlass bieten, nicht nur einen unmittelbar zu Tage getretenen Defekt zu beheben, sondern eine umfassende Inspektion der gesamten Elektroinstallation durchzuführen; derartige Umstände hat das Berufungsgericht aber nicht festgestellt. Sie ergeben sich auch nicht aus der von der Revision angeführten Besonderheit, dass im Wohngebäude des Bkl. elf Einzimmer-Appartements und dementsprechend viele Mieter bzw. Bewohner vorhanden sind.

**(3) Bedeutung der DIN VDE 0105 für die Verkehrssicherungspflicht**

[20] Eine andere Beurteilung ist - entgegen der Auffassung der Revision - auch nicht deshalb geboten, weil die DIN VDE 0105 eine Überprüfung elektrischer Anlagen im vierjährigen Turnus vorsehen. Bei den DIN-Normen handelt es nicht um Rechtsvorschriften, sondern um private technische Regelungen mit Empfehlungscharakter (BGH, Urteil vom 14.05.1998 - VII ZR 184/97, NJW 1998, 2814, unter II 3 a). Es kann dahinstehen, ob die DIN VDE 0105 - wie die Revisionserwiderung meint - überhaupt nur auf Starkstromanlagen außerhalb von Wohnungen anwendbar sind. Für die hier zu beurteilende Frage, welche Maßnahmen der Vermieter einer Wohnung im Hinblick auf die Erhaltung der gefahrlosen Funktionsfähigkeit der Elektroinstallation ergreifen muss, sind sie nicht maßgeblich.

**(4) Keine Verpflichtung wegen Umlagefähigkeit der Kosten für Elektrizität**

[21] Auch aus der von der Revision herangezogenen Rechtsprechung des Senats zur Umlagefähigkeit von Kosten der Elektorrevisoren als Betriebskosten (Senatsurteil vom 14.02.2007 - VIII ZR 123/06, NJW 2007, 1356, Tz. 11 ff.) ergibt sich keine generelle rechtliche Verpflichtung des Vermieters von Wohnraum, entsprechende Prüfungen turnusmäßig durchzuführen. Der Senat hat damit lediglich entschieden, dass ein Vermieter, der sich im Interesse der Verkehrssicherheit an den Unfallverhütungsvorschriften der Berufsgenossenschaften orientiert und die dort vorgesehenen Maßnahmen zur Schadensverhütung ergreift, nicht gegen das Wirtschaftlichkeitsgebot verstößt und die ihm dadurch entstandenen Kosten für die Elektorrevisoren bei entsprechender Umlagevereinbarung auf den Mieter abwälzen kann.

**Standort: Deliktsrecht****Problem: In Verrichtung gem. § 831 I BGB**

OLG NAUMBURG, URTEIL VOM 19.06.2008

2 U 158/07 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

**Problemdarstellung:**

Die Kl. überließ der Bekl. aufgrund einer Vereinbarung aus dem Jahr 2005 unentgeltlich eine hydraulisch gesteuerte 4-Walzen-Biegemaschine zur Nutzung. Als die Kl. die Maschine für einen ihrer Kunden benötigte, begab sich der Mitarbeiter der Kl. W. J. am 29.05.2006 mit einem Lkw und in Begleitung des Fahrers D. S. zu dem Außenstandort der Bekl.. Einen Rückgabezeitpunkt war zwischen den Parteien nicht vereinbart worden. Bei dem Versuch, die in der dortigen Werkstatt befindliche Maschine mittels eines Hallenportalkrans auf den Lkw zu verladen, stürzte diese aus ca. 1,20 m Höhe auf den Betonfußboden und wurde im Bereich des Maschinenrahmens sowie der hydraulischen und elektrischen Ausrüstung beschädigt. Der Kran wurde - wie auch sonst üblich - durch den Mitarbeiter der Bekl. L. bedient.

Die Kl. begehrt Ersatz der entstandenen materiellen Schäden nebst Zinsen.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Die Berufung hatte teilweise Erfolg.

**Prüfungsrelevanz:**

Der erkennende Senat hatte sich mit der Haftung des Geschäftsherrn für das Verhalten eines Mitarbeiters zu befassen. Ein Mitarbeiter der Bekl. hatte bei der Verladung einer Maschine mit Hilfe eines Krans diesen fehlbedient, so dass die Maschine hinabstürzte und beschädigt wurde.

Zunächst waren vertragliche Ansprüche aus Schadensersatz zu prüfen. In Betracht kam ein Anspruch gem. § 280 I BGB. Die Parteien haben unstreitig einen Leihvertrag gem. § 598 BGB geschlossen. Auch ist eine Pflicht aus dem Leihvertrag verletzt, da der Gegenstand nicht unbeschädigt heraus gegeben werden konnte, so dass jedenfalls eine Schutzpflicht gem. § 241 II BGB verletzt wurde. Problematisch war das Vertretenmüssen der Bekl.. Der Maßstab des Vertretenmüssens richtet sich nach § 276 BGB. Demnach haftete die Bekl. für Vorsatz und Fahrlässigkeit. Das Vorliegen wird gem. § 280 I 2 BGB vermutet. Die Bekl. könnte sich dahingehend entlasten, dass ein eigener Verursachungsbeitrag der Bekl. nicht ersichtlich ist. Zu prüfen war nun, ob das Verhalten des L. der Bekl. gem. § 278 BGB zugerechnet werden kann. Dazu müsste L. Erfüllungsgehilfe der Bekl. sein. Erfüllungsgehilfe ist, wer mit dem Willen des Geschäftsherrn bei der Erfüllung einer diesem obliegenden Schuldnerverbindlichkeit für diesen tätig wird (MünchKomm-Grundmann, BGB, § 278 Rn 20). Die Rückgabepflicht bei der Leihe (§ 601 I BGB) stellt grundsätzlich eine Bringschuld dar (vgl. MünchKomm-Kollhosser, BGB, § 604 Rn 6). Vorliegend haben sich die Parteien davon abweichend auf eine Holschuld geeinigt. Holschulden verpflichten den Schuldner lediglich zur Bereitstellung des Leistungsgegenstandes und zur Bereitschaft zur Entäußerung an einem Ort, an dem sich der Gläubiger annahmebereit einfinden muss (MünchKomm-Krüger, BGB, § 269 Rn 5). Die Bekl. bzw. L. waren also nicht verpflichtet, die Maschine aufzuladen oder der Kl. hierbei zu helfen. Damit handelte der L. nicht als Hilfsperson zur

Erfüllung einer Verbindlichkeit der Bekl.. Also ist L. kein Erfüllungsgehilfe, so dass eine Zurechnung gem. § 278 BGB scheitert und die Exkulpation der Bekl. gelingt.

Eine Haftung wurde jedoch entgegen der Auffassung der ersten Instanz aus Delikt gem. § 831 I BGB. Der L. hat als Verrichtungsgehilfe der Bekl. eine widerrechtliche Eigentumsverletzung begangen i.S.v. § 823 I BGB. Problematisch war allein das Merkmal "in Verrichtung" i.S.v. § 831 I BGB. Entgegen der Auffassung des Ausgangsgerichts ist das Merkmal gegeben. „In Ausführung“ ist eine Verrichtung dann erfolgt, wenn ein Handeln innerhalb des übernommenen Pflichtenkreises vorliegt. Es müsste ein Sachzusammenhang mit der Aufgabe bestehen, die dem Gehilfen zugewiesen ist (BGH, WM 1977, 1169, 1171). Auch eine Überschreitung des Pflichtenkreises, sogar eine vorsätzliche unerlaubte Handlung, kann noch in einem objektiven Zusammenhang mit den zugewiesenen Verrichtungen stehen (BGH, NJW 1968, 391). Die Einstandspflicht des Geschäftsherrn ist aber dann zu verneinen, wenn das Verhalten des Verrichtungsgehilfen sich von dem ihm übertragenen Aufgabenbereich so weit entfernt, dass aus der Sicht eines Außenstehenden ein innerer Zusammenhang zwischen dem Handeln der Hilfsperson und dem allgemeinen Rahmen der ihr übertragenen Aufgaben nicht mehr zu erkennen ist. Hier war der L. im Rahmen der ihm übertragenen Tätigkeiten für die Bedienung des Portalkrans zuständig. Dass sich der L. außerhalb der der Bekl. obliegenden Vertragspflichten bewegte, steht dem Merkmal nicht entgegen (so aber OLG Hamburg, VersR 1974, 52, 53). Die deliktische Haftung wegen Verletzung eines absoluten Rechtsgutes, hier des Eigentums der Kl. an der Biegemaschine, wird nicht durch den Inhalt einer vertraglichen Vereinbarung bestimmt (Palandt-Sprau, BGB, § 831 Rn 9: OLG Hamburg „bedenklich eng“). Vielmehr kommt es entscheidend darauf an, dass es grundsätzlich zu den Aufgaben des Zeugen L. gehörte, den Portalkran in der Halle der Bekl. in B. zu bedienen. Insofern stand das Tätigwerden des Zeugen L. zumindest in einem engen Zusammenhang mit seinem Aufgabenbereich bei der Bekl..

Der Umfang der Haftung beträgt gem. § 249 II BGB nur den Zeitwert der beschädigten Biegemaschine, nicht jedoch der Anschaffungswert einer neuen vergleichbaren Maschine. Die Kl. muss einen Abzug "neu für alt" hinnehmen. Dieser Abzug soll den Vorteil ausgleichen, der dem Geschädigten daraus erwächst, dass er im Zuge der Schadensbehebung für eine schadhafte alte eine neue Sache erlangt (BGH, NJW 1996, 584, 585).

#### **Vertiefungshinweise:**

□ Zur Haftung für Verrichtungsgehilfen: *Leßmann*,

JA 1988, 585; *Schreiber*, Jura 1987, 647; *Kupisch*, JuS 1984, 250; *Leßmann*, JA 1980, 193;

□ Zur Zurechnung analog § 31 BGB: *BGH*, DAR 2006, 264; *BGH*, RA 2003, 354 = *NJW* 2003, 1445; *Altmeyden*, *NJW* 2003, 1553; *Starke*, Jura 2001, 600

#### **Kursprogramm:**

□ *Examenskurs*: "Der betrunkene Kranführer"

□ *Examenskurs*: "Der geschädigte Kollege"

#### **Leitsatz**

**1. Zur Erfüllung des Haftungstatbestandes des § 831 BGB ist erforderlich, dass ein Verrichtungsgehilfe in Ausführung der ihm übertragenen Verrichtung gehandelt hat. "In Ausführung" ist eine Verrichtung erfolgt, wenn ein Handeln innerhalb des übernommenen Pflichtenkreises vorliegt, das heißt, dass ein Sachzusammenhang mit der Aufgabe besteht, die dem Gehilfen zugewiesen ist (Anschluss an BGH, Urteil vom 13.07.1977 - VIII ZR 243/75, WM 1977, 1169, 1171).**

**2. Für die Erfüllung dieses Tatbestandsmerkmals kommt es nicht entscheidend darauf an, ob der Gehilfe eine vertragliche Pflicht des Geschäftsherrn erfüllt hat. Hat er als Helfer eines Dritten, aber im Rahmen seiner ihm vom Geschäftsherrn übertragenen Aufgaben, einen Kran bedient und hierbei ein absolutes Rechtsgut des Dritten verletzt, so haftet der Geschäftsherr dem Dritten aus Delikt auf Schadensersatz.**

#### **Sachverhalt:**

Auf der Grundlage einer zwischen den Parteien im Februar 2005 getroffenen Vereinbarung überließ die Kl. der Bekl. eine in ihrem Eigentum stehende hydraulisch gesteuerte 4-Walzen-Biegemaschine zur unentgeltlichen Nutzung. Ein Termin für die Rückgabe der Maschine wurde nicht vereinbart. Als die Kl. die Maschine für einen ihrer Kunden benötigte, begab sich der Mitarbeiter der Kl. W. J. am 29.05.2006 mit einem Lkw und in Begleitung des Fahrers D. S. zu dem Außenstandort der Bekl. in B. Bei dem Versuch, die in der dortigen Werkstatt befindliche Maschine mittels eines Hallenportalkrans auf den Lkw zu verladen, stürzte diese aus ca. 1,20 m Höhe auf den Betonfußboden und wurde im Bereich des Maschinenrahmens sowie der hydraulischen und elektrischen Ausrüstung beschädigt.

Mit ihrer Klage macht die Kl. wegen der Beschädigung der Maschine auf der Grundlage des Gutachtens des Sachverständigen Dipl.-Ing. (FH) E. Jb. (Bl. 7-29 d. A.) Schadensersatz in Höhe von 39.369,00 EUR (Wiederbeschaffungswert von 40.215,00 EUR abzüglich Restwert von 846,00 EUR) sowie Gutachterkosten in Höhe von 1.158,98 EUR und vorgerichtliche

Rechtsanwaltsgebühren in Höhe von 1.286,20 EUR geltend. Sie hat vorgetragen, Ursache für die Beschädigung der Maschine sei allein die Bedienung des Krans durch den Mitarbeiter der Bekl. K. L. gewesen, der die Verladung ausdrücklich selbst habe durchführen wollen und von W. J. hierbei lediglich unterstützt worden sei. Mit K. L. sei zwar für die Abholung der Maschine - insofern unstreitig - kein bestimmter Tag vereinbart worden, jedoch sei dieser der Kl. vom Geschäftsführer der Bekl. als Ansprechpartner für die Mitarbeiter der Kl. benannt worden. Gerade weil die Bekl. über hinreichende Erfahrungen in der Verladung großer Maschinen verfüge, hätten die Mitarbeiter der Bekl. die Verladung vornehmen sollen. Ferner sei die Maschine eine Einzelanfertigung, die aufgrund der eingetretenen Schäden nicht mehr zu reparieren sei.

Die Kl. hat beantragt,

die Bekl. zu verurteilen, an die Kl. 40.527,98 EUR nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 29.05.2006 sowie Rechtsanwaltskosten in Höhe von 1.286,20 EUR nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz zu zahlen.

Die Bekl. hat beantragt, die Klage abzuweisen.

Die Bekl. hat vorgetragen, allein die von dem leitenden Mitarbeiter W. J. eigenverantwortlich fehlerhaft gewählte Anschlagtechnologie sei für das Herabstürzen der Maschine ursächlich geworden. K. L. und der weitere Mitarbeiter der Bekl. R. Sch. hätten den W. J. darauf hingewiesen, dass sie keine Kenntnisse über die anzuwendende Anschlagtechnologie hätten. K. L. habe die Bedienung des Krans lediglich auf Anweisung des W. J. und zu einem Zeitpunkt übernommen, als die Maschine bereits mit dem Kran angehoben gewesen sei. Für die Maschine bestehe ein Gebrauchtmärkte, so dass die Klägerin allenfalls den Zeitwert der Maschine in Höhe von 19.000,00 EUR beanspruchen könne.

Mit am 16.10.2007 verkündeten Urteil hat das Landgericht Magdeburg die Klage abgewiesen. Wegen der Gründe wird auf die angefochtene Entscheidung verwiesen (Bl. 95-98 d. A.).

Gegen dieses Urteil richtet sich die Berufung der Kl., mit der sie ihr erstinstanzliches Klagebegehren weiterverfolgt. Beide Parteien wiederholen im Wesentlichen ihr bisheriges Vorbringen.

Die Kl. beantragt, das am 16.10.2007 verkündete Urteil des Landgerichts Magdeburg abzuändern und die Bekl. zu verurteilen, an sie 40.527,98 Euro nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 29.05.2006 sowie Rechtsanwaltskosten in Höhe von 1.286,20 Euro nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

Die Bekl. beantragt, die Berufung zurückzuweisen.

Zur Ergänzung des Sach- und Streitstandes wird auf

den Inhalt der zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

Der Senat hat entsprechend dem Beweisbeschluss vom 03.04.2008 (Bl. 158 f. d. A.) Beweis erhoben durch Vernehmung der Zeugen W. J., D. S., K. L. und R. Sch. Hinsichtlich des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf das Sitzungsprotokoll vom 07.05.2008 (Bl. 178 ff. d. A.) verwiesen.

#### **Aus den Gründen:**

Die Berufung ist zulässig, hat in der Sache jedoch nur zum Teil Erfolg.

#### *1. Anspruch auf Schadensersatz gem. § 280 I BGB*

Ein vertraglicher Schadensersatzanspruch i. S. d. § 280 I BGB ist allerdings bereits nach dem eigenen Vortrag der Kl. nicht gegeben. Weder die Voraussetzungen des § 31 BGB noch diejenigen des § 278 BGB sind erfüllt.

#### *a. L. ist nicht Erfüllungsgehilfe gem. § 278 BGB der Bekl.*

Selbst wenn der kl. Sachvortrag als wahr unterstellt würde, wonach der Mitarbeiter der Bekl., K. L., die Verladung ausdrücklich selbst hat durchführen wollen und von W. J. hierbei lediglich unterstützt worden ist, bestünde ein vertraglicher Schadensersatzanspruch schon deshalb nicht, weil L. nicht als Erfüllungsgehilfe der Bekl. gehandelt hat. Erfüllungsgehilfe ist, wer mit dem Willen des Schuldners bei der Erfüllung einer Schuldnerverbindlichkeit für diesen tätig wird (vgl. Grundmann in MünchKomm, BGB, 5. Aufl., § 278, Rn. 20). Die Rückgabepflicht bei der Leihe (§ 601 I BGB) stellt grundsätzlich eine Bringschuld dar (vgl. Kollhosser in MünchKomm, BGB, 4. Aufl., § 604, Rn. 6). Vorliegend haben sich die Parteien nach dem eigenen Vorbringen der Kl. jedoch auf eine Holschuld geeinigt. Holschulden verpflichten den Schuldner lediglich zur Bereitstellung des Leistungsgegenstandes und zur Bereitschaft zur Entäußerung an einem Ort, an dem sich der Gläubiger annahmehbereit einfinden muss (vgl. Krüger in MünchKomm, BGB, 5. Aufl., § 269, Rn. 5). Die Bekl. bzw. K. L. waren daher nicht verpflichtet, die Maschine aufzuladen oder der Kl. hierbei zu helfen. Werden Angestellte des Schuldners aber auf Veranlassung des Gläubigers oder aus freien Stücken für Letzteren tätig, sind sie keine Erfüllungsgehilfen des Ersteren (vgl. Grundmann in MünchKomm, BGB, a. a. O., Rn. 42 mit Fn. 182).

#### *b. Neuer Tatsachenvortrag ist präkludiert gem. § 531 II 1 Nr. 3 ZPO*

Soweit die Kl. in erster Instanz behauptet hat, dass K. L. der Kl. vom Geschäftsführer der Bekl. als Ansprechpartner für die Mitarbeiter der Kl. benannt worden sei, führt dies zu keiner anderen Bewertung. Zu-

treffend hat das Landgericht insoweit ausgeführt (LGU 7), dass dieser Vortrag nicht die Behauptung enthält, dass K. L. bei der Abwicklung des Vertrags und insbesondere bei der Verladung der Maschine tätig werden sollte. Soweit die Kl. nunmehr erstmals im Berufungsverfahren behauptet, der Geschäftsführer der Bekl. J. E. habe um den 20.05.2006 herum gegenüber dem Geschäftsführer der Kl. erklärt, dieser solle sich wegen der Abholung der Maschine an K. L. wenden, der die Beladung des Lkw vornehmen werde, ist sie mit diesem Vorbringen gemäß § 531 II 1 Nr. 3 ZPO ausgeschlossen. Es ist weder vorgetragen noch ersichtlich, aus welchem Grunde die Kl. nicht in der Lage war, diese Tatsachenbehauptung bereits im erstinstanzlichen Verfahren vorzutragen. Dieses Vorbringen stellt auch nicht lediglich eine Vertiefung einer bereits erstinstanzlich vorgetragenen Behauptung dar, da die Behauptung der vereinbarten Vornahme der Verladung der Maschine durch K. L. im Vergleich zu dessen bloßer Ansprecheigenschaft einen eigenständigen und qualitativ anderen Inhalt hat.

## 2. Anspruch gem. § 831 I BGB

Der Kl. steht gegen die Bekl. jedoch gemäß §§ 823 I, 831 BGB ein deliktischer Schadensersatzanspruch auf Ersatz des Zeitwertes der beschädigten Biegemaschine (19.000,- EUR), abzüglich des Schrottwertes der zerstörten Maschine (846,- EUR), sowie der Kosten des Sachverständigengutachtens (1.158,98 EUR) zu.

### a. Anwendbarkeit neben vertraglichen Ansprüchen

Grundsätzlich stehen deliktische Ansprüche selbstständig neben vertraglichen Ansprüchen. Erfüllt ein Vorgang sowohl den Tatbestand des Vertragsrechts als auch den des Deliktsrechts, so haftet der Schädiger regelmäßig sowohl aus Vertrag als auch aus unerlaubter Handlung (BGH, Urteil vom 17.03.1987, Az. VI ZR 282/85, NJW 1987, 2008 ff.).

### b. Tatbestand der unerlaubten Handlung liegt vor

Nach dem Ergebnis der in zweiter Instanz durchgeführten Beweisaufnahme hat der Zeuge L. die Walzenbiegemaschine beim Aufladen auf den Lkw beschädigt, das Eigentum der Kl. an der Anlage damit widerrechtlich verletzt und den Tatbestand einer unerlaubten Handlung im Sinne des § 823 I BGB objektiv verwirklicht. Das gilt unabhängig davon, welcher der - in Teilen unterschiedlichen - Zeugenaussagen man letztlich folgt.

### aa. Bekundungen des Zeugen J.

Nach der Aussage des Zeugen J. hat L. mit dem von ihm gesteuerten Kran die Biegemaschine etwa 10 cm vom Betonfußboden hochgehoben, ist zunächst eine Strecke gefahren und hat dann gedreht. Anschließend habe L. die Maschine bis in Verladehöhe angehoben.

Bis zu diesem Zeitpunkt habe es keine Probleme gegeben. Als L. daraufhin den Kran wieder auf Vorwärtsfahrt geschaltet habe, sei der Kran so schnell nach vorne gefahren, dass man habe annehmen müssen, er - L. - habe den zweiten Gang eingelegt. Kurz danach habe L. den Kran abgebremst, was dazu geführt habe, dass die Traverse in Schwingungen geraten sei. Dieser Vorgang des Anfahrens und Abbremsens habe sich schätzungsweise noch zwei- bis dreimal wiederholt. Die Schwingungen der Traverse hätten immer mehr zugenommen, die Maschine habe daraufhin auf der Ladefläche des Lkw aufgeschlagen. Soweit er - der Zeuge J. - sich heute noch entsinnen könne, seien die Schekel an den Seiten der Maschine abgestreift worden; die in Schwingung befindliche Maschine habe schräg auf die Seite der Ladefläche aufgeschlagen und sei anschließend auf den Betonfußboden hinuntergerutscht. In beinahe gleicher Weise hat auch der Zeuge S., der Lkw-Fahrer, den Unfallhergang geschildert.

### bb. Bekundungen des Zeugen L.

Auch der Zeuge L. hat bei seiner Vernehmung bekundet, dass er die Biegemaschine mit dem Kran zunächst an den Lkw heran gefahren und dann weiter hochgehoben habe. Nachdem die Maschine hochgehoben gewesen sei, habe er auf der Fernbedienung wieder auf Vorwärtsfahrt in Richtung des Lkw getippt. Infolge der Vorwärtsfahrt habe die Biegemaschine zu pendeln begonnen. Er - L. - habe daraufhin sofort den Knopf für die Vorwärtsfahrt losgelassen, so dass der Kran gestoppt habe. Das Pendeln der Maschine habe dazu geführt, dass sie an der hinteren Ladekante des Lkw angestoßen sei, was wiederum ihr Herabstürzen bewirkt habe.

cc. *Widerrechtliches Verhalten des Zeugen L. liegt vor*  
Nach beiden Darstellungen ist, auch wenn sich die Schilderungen der Zeugen hinsichtlich der Einzelheiten unterscheiden, das Herabstürzen der Biegemaschine auf ein pflichtwidriges und deshalb widerrechtliches Handeln des Zeugen L. zurückzuführen.

Legt man die Aussagen der Zeugen J. und S. zugrunde, so hat L. den Kran mehrfach kurz hintereinander angefahren und wieder abgebremst, so dass die Traverse in immer stärkere Schwingungen geraten ist. Diesem Aufschaukeln, das letztlich zwangsläufig zum Verlust des Transportgutes führen musste, hätte der Kranführer aber auf jeden Fall entgegenwirken müssen. So hätte es nahegelegen, die Traverse und damit die an ihr hängende Biegemaschine zunächst wieder zur Ruhe kommen zu lassen, bevor die Fahrt fortgesetzt wurde. Ob L. darüber hinaus versehentlich im zweiten Gang angefahren ist, wie der Zeuge J. vermutet hat, kann dahinstehen. Das (einmalige) Anfahren als solches wäre, wie die vorangegangenen Zwischenhalte zeigten, ohne Schwierigkeiten möglich gewesen.

Aus den Bekundungen des Zeugen L. ergibt sich dagegen zwar kein mehrfaches Anfahren und Abbremsen beim Aufladen der Maschine auf den Lkw. Doch soll die Biegemaschine, als sie angehoben worden war, infolge des erneuten Anfahrens ins Pendeln geraten und dann an die hintere Ladekante angestoßen sein. Auch hierin läge ein sorgfaltswidriges Vorgehen des Kranführers L. Denn nach seinen eigenen, ohne weiteres nachvollziehbaren Angaben gerät jedes Gewicht beim Anfahren des Krans zunächst einmal in ein Pendeln. Diese unvermeidlichen Pendelbewegungen hätten bei der Fahrt unmittelbar vor bzw. über der Ladefläche des Lkw in Rechnung gestellt und für eine ausreichende Bewegungsfreiheit um die Maschine herum gesorgt werden müssen. Dann wäre ein Anstoß an der Ladekante ebenfalls unterblieben.

*dd. Entlastungsbeweis hins. der Kausalität i.S.v. § 831 I 2 HS. BGB*

Die Beweisaufnahme hat schließlich keine Anhaltspunkte dafür erbracht, dass das Herabstürzen der Maschine auch durch andere Umstände hervorgerufen worden sein könnte und der Schaden daher auch ohne die fehlerhafte Steuerung des Krans eingetreten wäre (vgl. § 831 I 2 BGB).

Auszuschließen ist zunächst die Ursächlichkeit einer falschen Anschlagtechnologie, wie sie von der Bekl. zu ihrer Entlastung angeführt worden ist. Der Zeuge L. hat bei seiner Vernehmung ausdrücklich bestätigt, dass er den Kran - um ihn näher an den Lkw zu bringen - bereits ein- oder zweimal angefahren hatte und die Biegemaschine dabei kurzzeitig ins Schwingen geraten war, ohne dass jedoch etwas passiert ist. Im Übrigen hätte der Zeuge spätestens zu dem Zeitpunkt, als er die Maschine hinter dem Lkw hochhob, die Anschlagart erkennen und seine Steuerung des Kranes hierauf einrichten können. Aus diesem Grund kommt es nicht darauf an, ob die Befestigung der Seile bzw. Ketten der Traverse an der Biegemaschine von den Zeugen J. und L. gemeinsam vorgenommen worden ist - so die Aussagen der Zeugen J. und S. - oder aber ob der Zeuge L., seinen Angaben entsprechend, erst hinzugekommen ist, als die Maschine bereits angeschlagen war.

Für die Beurteilung der Schadensersatzhaftung ohne Bedeutung ist auch die - von den Zeugen unterschiedlich beantwortete - Frage, welcher der Anwesenden den Vorschlag, den Lkw unter die Biegemaschine zu fahren, abgelehnt hat. Denn weder wird behauptet, dass die Verladung der Biegemaschine nur auf diese Weise sicher habe bewerkstelligt werden können, noch hat der Zeuge L. zum damaligen Zeitpunkt zu erkennen gegeben, dass die Fahrt des Kranes über den Lkw für ihn möglicherweise mit Schwierigkeiten oder Risiken verbunden sei.

*c. In Ausführung der Verrichtung*

Um den Haftungstatbestand des § 831 BGB zu erfüllen, ist es ferner erforderlich, dass ein Verrichtungsgehilfe in Ausführung der ihm übertragenen Verrichtung gehandelt hat. Als Angestellter der Bekl. war der Zeuge L. Verrichtungsgehilfe dieses Unternehmens (vgl. OLG München, Urteil vom 12.04.2001, Az. 8 U 6333/99, VersR 2003, 216 ff.). Er hat die Beschädigung der Biegemaschine auch „in Ausführung“ des Anstellungsverhältnisses und nicht lediglich „bei Gelegenheit“ herbeigeführt.

*aa. Handeln innerhalb des übernommenen Pflichtenkreises*

„In Ausführung“ ist eine Verrichtung dann erfolgt, wenn ein Handeln innerhalb des übernommenen Pflichtenkreises vorliegt, d. h. dass ein Sachzusammenhang mit der Aufgabe besteht, die dem Gehilfen zugewiesen ist (BGH, Urteil vom 13.07.1977, Az. VIII ZR 243/75, WM 1977, 1169, 1171). Auch eine Überschreitung des Pflichtenkreises und sogar eine vorsätzliche unerlaubte Handlung kann noch in einem objektiven Zusammenhang mit den zugewiesenen Verrichtungen stehen (BGH, Urteil vom 30.10.1967, Az. VII ZR 82/65, NJW 1968, 391). Die Einstandspflicht des Geschäftsherrn für eigenmächtiges Verhalten seines Gehilfen ist aber dann zu verneinen, wenn dessen Verfehlung sich von dem ihm übertragenen Aufgabenbereich so weit entfernt, dass aus der Sicht eines Außenstehenden ein innerer Zusammenhang zwischen dem Handeln der Hilfsperson und dem allgemeinen Rahmen der ihr übertragenen Aufgaben nicht mehr zu erkennen ist. Dies ist etwa dann der Fall, wenn der Gehilfe rein zufällig mit den Rechtsgütern des Geschädigten in einer Weise in Berührung gekommen ist, die ihm lediglich die Gelegenheit bot, wie ein deliktisch handelnder Dritter eine von den ihm übertragenen Aufgaben völlig losgelöste unerlaubte Handlung zu begehen (BGH, Urteil vom 14.02.1989, Az. VI ZR 121/88, NJW-RR 1989, 723 f.).

*bb. Tätigkeiten des Zeugen L.*

Im vorliegenden Fall lässt sich ein Tätigwerden des Zeugen L. außerhalb der ihm übertragenen Verrichtungen nicht allein damit begründen, dass die Verladung der Biegemaschine - entsprechend den Ausführungen des Senats unter Ziff. 1. - nicht mehr zu den vertraglichen Verpflichtungen der Bekl. gehörte (so aber OLG Hamburg, Urteil vom 20.07.1973, Az. 8 U 58/73, VersR 1974, 52, 53). Denn die deliktische Haftung wegen Verletzung eines absoluten Rechtsgutes, hier des Eigentums der Kl. an der Biegemaschine, wird nicht durch den Inhalt einer - unabhängig hiervon begründeten - vertraglichen Vereinbarung bestimmt (vgl. Sprau in Palandt, BGB, 67. Aufl., § 831 Rdn. 9: OLG Hamburg „bedenklich eng“). Vielmehr kommt

es hier entscheidend darauf an, dass es auch ansonsten zu den Aufgaben des Zeugen L. gehörte, den Portal-kran in der Halle der Bekl. in B. zu bedienen. Hierfür bedurfte es besonderer Fachkenntnisse, die er - wie er als Zeuge erläutert hat - durch den Erwerb eines Zertifikats für Kräne bis zu 5 t nachgewiesen hat. Aus diesem Grund hätten die Mitarbeiter der Kl., selbst wenn sie die Verladung der Biegemaschine grundsätzlich alleine durchgeführt hätten, bei dem erforderlichen Einsatz des Krans im Zweifel dennoch auf den Rat und das Erfahrungswissen des Zeugen zurückgreifen müssen. Insofern stand das Tätigwerden des Zeugen L. zumindest in einem engen Zusammenhang mit seinem Aufgabenbereich bei der Bekl..

#### *d. Umfang der Ersatzpflicht*

Zu ersetzen hat die Bekl. jedoch nur den Zeitwert der beschädigten Biegemaschine, der sich unstreitig auf 19.000,- EUR belief, und nicht etwa die Kosten für die Anschaffung einer neuen, technisch wesentlich höherwertigen Maschine. Die weitergehende Schadensersatzforderung der Kl. in Höhe des Anschaffungs-Neuwertes in Höhe von 40.215,- EUR ist deshalb unbegründet.

#### *aa. Vorteilsausgleichung durch Abzug neu für alt*

Selbst wenn man zugunsten der Kl. annähme, dass die beschädigte Biegemaschine in dieser Bauform nicht mehr hergestellt wird und dass - entgegen dem Vortrag der Bekl. - auch keine gleichartige gebrauchte Maschine auf dem Markt erworben werden könnte, ist im vorliegenden Fall dennoch ein sog. Abzug „neu für alt“ vorzunehmen. Dieser Abzug soll den Vorteil ausgleichen, der dem Geschädigten daraus erwächst, dass er im Zuge der Schadensbehebung für eine schadhafte alte eine neue Sache erlangt (s. BGH, Urteil vom 06.12.1995, VIII ZR 270/94, NJW 1996, 584, 585). Unter Außerachtlassung der Wertsteigerung, die das Vermögen der Kl. durch den Erwerb einer der in dem Privatgutachten Dipl.-Ing. Jb. aufgeführten neuen Maschinentypen erfährt bzw. erfahren würde, verbleibt jedoch nur eine unfallbedingte Vermögenseinbuße in Höhe von 19.000,- EUR.

#### *bb. Zumutbarkeit der Vorteilsausgleichung*

Die vorbeschriebene Vorteilsausgleichung (Abzug „neu für alt“) ist der Kl. als Geschädigter auch zumutbar. Soweit die Kl. demgegenüber in ihrem Schriftsatz vom 28.08.2007 einwendet, dass nach Ablauf von zehn Jahren - der restlichen „Lebenserwartung“ der beschädigten Biegemaschine - möglicherweise veränderte Anforderungen an die zu produzierende Maschine zu stellen seien und die verlängerte „Lebenserwartung“ einer Neuanschaffung daher von ihr gar nicht genutzt werden könnte, handelt es sich um Überlegungen im Bereich der bloßen Spekulation, für die die Kl. jedoch keine konkreten Anhaltspunkte aufgezeigt hat. Auch ihr Hinweis, dass die beschädigte Maschine wegen ihres geringen Einsatzes und der regelmäßigen Pflege eine deutlich längere „Lebenserwartung“ als die üblicherweise zugrunde gelegten 15 Jahre gehabt hätte, entbehrt der nachprüfbaren Tatsachen. Er rechtfertigt deshalb ebenfalls nicht die Annahme eines über den Zeitwert von 19.000,- EUR hinausgehenden Schadens.

#### *3. Ersatz der außergerichtlichen Kosten*

Daneben hat die Bekl. der Kl. die vorprozessual entstandenen Rechtsanwaltskosten anteilig zu ersetzen; bei diesen Anwaltskosten handelt es sich gleichfalls um einen nach § 831 BGB erstattungsfähigen Schaden.

#### *4. Zinsanspruch*

Der zuerkannte Zinsanspruch rechtfertigt sich aus § 849 sowie §§ 288 I, 286 I BGB. Eine Verzinsung in Höhe von 8% über dem Basiszinssatz kann die Kl. nicht beanspruchen, weil die Geldschuld - anders als es § 288 II BGB voraussetzt - nicht auf einem Rechtsgeschäft beruht.

#### *5. Nebenentscheidung*

Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 I ZPO; die vorläufige Vollstreckbarkeit richtet sich nach §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. Die Revision ist nicht zuzulassen, weil die Voraussetzungen des § 543 II ZPO nicht vorliegen.

**Standort: Deliktsrecht****Problem: Sorgfaltspflichten eines Reitlehrers**

OLG KARLSRUHE, URTEIL VOM 22.10.2008  
9 U 75/07 (BISLANG UNVERÖFFENTLICHT)

**Problemdarstellung:**

Die Kl. begehrt den Ersatz immaterieller Schäden wegen eines Reitunfalls.

Die minderjährige Kl. ist mit einem Pferd der Bekl. auf deren Vorschlag allein ausgeritten, obwohl sie eine unerfahrene Reiterin ist. Das von ihr gerittene Pony ging bei einem Ausritt im Wald grundlos durch. Es gelang der Kl. mit Mühe, das Pony zum Halten zu bringen. Die Kl. stieg links ab und hielt das Pferd mit der linken Hand am Zügel fest, ohne den Zügel um die Hand zu wickeln. Das Pferd war dennoch verstört und wollte sich losreißen und wegrennen. Weil die Kl. befürchtete, dass das Pferd auf die Straße rennt, hielt sie das Pferd zusätzlich mit der rechten Hand am Steigbügel fest. Als das Pferd gleichwohl weggrannte, wurde die Kl. vom Pferd über eine gewisse Strecke weggeschleift. Dabei habe ihr das Pferd mit einem der Hinterfüße ins Gesicht getreten.

Die Berufung der Kl. hat Erfolg. Das vom Landgericht ausgeworfene Schmerzensgeld erscheint im Hinblick auf die weiteren eingetretenen Schadensfolgen als zu niedrig bemessen. Demgegenüber hat die Berufung der Bekl. keinen Erfolg, weil sie für den streitgegenständlichen Unfall nach § 833 S. 1 BGB einzustehen hat und der Mitverursachungsbeitrag der Kl. hinter dem gravierenden Verschulden der Bekl. zurücktritt.

**Prüfungsrelevanz:**

Die Kl. begehrt Schmerzensgeld wegen eines Reitunfalls. Die Tierhalterhaftung gem. § 833 S. 1 BGB ist die einzige Gefährdungshaftung im Rahmen der §§ 823 ff BGB. Die Norm hat eine Ausnahmestellung insbesondere deshalb, weil übrige Gefährdungshaftungstatbestände Haftungshöchstsummen vorschreiben (vgl. z.B. §§ 12, 12 a StVG; § 10 ProdHaftG), welche für § 833 S. 1 BGB nicht vorgesehen sind.

Problematisch ist zunächst der Tierbegriff selbst. § 833 BGB enthält keine Definition des Tieres. Daher fiel grundsätzlich jedes Lebewesen darunter, das weder Mensch noch Pflanze ist. Der Anwendungsbereich ist also sehr weit und daher nicht ganz unproblematisch für ganz kleine Tiere (etwa Ungeziefer) und für Mikroorganismen (etwa Bakterien). Die wohl h.M. bejaht die Tiereigenschaft für Ungeziefer und verneint dies für Mikroorganismen. (Medicus, Schuldrecht BT, § 145 Rn 871) Ein Pferd ist ohne Zweifel ein Tier in diesem Sinne.

Für die Tierhaltereigenschaft ist entscheidend, wer die tatsächliche Herrschaft über das Tier und wer den

Nutzen aus dessen Verwendung hat. Das bedeutet, dass als Halter auch derjenige in Betracht kommt, der ein Tier gestohlen, gefunden und dann behalten oder für längere Zeit gemietet oder entliehen hat (BGH, VersR 1988, 609). Halter können auch juristische Personen sein, wie z.B. ein Reiteverein oder ein Zoo; zudem können mehrere Personen nebeneinander Halter sein, z.B. ein Ehepaar kann Halter eines Hundes sein. Voraussetzung ist jedoch in allen Fällen, dass der Halter das Tier willentlich annimmt. Daher sind die Erkrankten nicht Halter der Bakterien oder Viren, die sie befallen haben (Medicus, Schuldrecht BT, § 145 Rn 873). In dem hier zu beurteilenden Sachverhalt war die Bekl. unzweideutig Halter des Pferdes.

Es müsste sich zudem eine Tiergefahr verwirklicht haben. Im Wortlaut der Norm lässt sich zwar keine dementsprechende Einschränkung feststellen, jedoch ist eine teleologische Reduktion auf genau diese Fälle vorzunehmen. Vorliegend ist das Pferd durchgegangen und hat dabei die Kl. ins Gesicht getreten. Also hat sich auch eine Tiergefahr verwirklicht.

Zu prüfen war, ob der Privilegierungstatbestand des § 833 S. 2 BGB im vorliegenden Fall einschlägig ist. Bei Nutztieren ist ein eingeschränkter Haftungsmaßstab für vermutetes Verschulden gegeben, so dass sich der Tierhalter im Gegensatz zu § 833 S. 1 BGB entlasten kann. Haustieren in diesem Sinne sind zahme Tiere, die von Menschen in seiner Wirtschaft zu seinem Nutzen gezogen und gehalten werden. Ein Pferd ist ein Haustier in diesem Sinne. Allerdings müsste das Tier dem Beruf, der Erwerbstätigkeit oder dem Unterhalt zu dienen bestimmt sein (BGH, NJW-RR 2005, 1183). In dem hier zu beurteilendem Sachverhalt hielt der Bekl. die Pferde ausschließlich zu privaten Zwecken. Also war eine Exkulpation gem. § 833 S. 2 BGB nicht möglich.

Die Kl. begehrte Schmerzensgeld i.S.v. § 253 II BGB. Für das Vorliegen eines Nichtvermögensschadens sind sämtliche Umstände des Schadensfalles einzubeziehen, d.h. alle nachteiligen Folgen für die körperliche und die seelische Verfassung des Verletzten, wie Schmerzen, Unbehagen, Bedrückung, Wesensänderung und Schmälerung der Lebensfreude (Palandt-Heinrichs, § 253 Rn 16). Als Bemessungsgrundlagen sind je nach den Umständen des Einzelfalles auf der Seite des Verletzten zu berücksichtigen, z.B. das Ausmaß und die Schwere der psychischen und physischen Störungen, Alter, persönliche Verhältnisse. Auch das Mitverschulden des Geschädigten gem. § 254 I BGB ist ein Bemessungsfaktor für die Höhe des Schmerzensgeldes. Auf Seiten des Schädigers ist insb. der Grad des Verschuldens zu berücksichtigen. Vorliegend war die Kl. von dem Pferd mitgeschliffen wor-

den und hatte dabei Verletzungen im Gesicht erlitten. Diese machen es der Kl. dauerhaft unmöglich, das Hobby des Querflötespielens fortzusetzen, weil die Atmung wegen einer unfallbedingten Lippenverletzung nicht mehr sachgerecht durchgeführt werden kann. Demgegenüber steht der Beitrag der Bekl., dass er die Kl. allein im Gelände hat ausreiten lassen, obwohl die Kl. über keinerlei Reiterfahrung im Gelände verfügte. Die Bekl. hätte sie daher begleiten oder das Ausreiten untersagen müssen, um die Kl. vor Gefahren zu bewahren. Die Bekl. hätte auch das Fähigkeiten der Kl. abschätzen können, da sie als deren Reitlehrer tätig ist. Im Vorliegenden Fall war an einen Mitverursachungsbeitrag der Kl. gem. § 254 BGB zu denken. In Betracht kam eine Haftung der Kl. gem. § 834 BGB. Wer ein gemietetes Pferd selbstständig ausreitet, ist in der Regel Tierhüter im Sinne von § 834 BGB (BGH NJW 1987, 949). Da die Bekl. während des Ausrittes keinerlei Einflussmöglichkeiten auf das Pferd haben konnte, ist das Verhalten der Parteien in dem Sinne zu werten, dass die Kl. in dieser Zeit mit Billigung ihrer Eltern rechtsgeschäftlich die Obhut des Pferdes übernommen hat. Damit war sie Tieraufseherin im Sinne der genannten Bestimmung. Die Kl. hat sich auch fehlerhaft verhalten. Ein Reiter muß in einer solchen Situation versuchen, das Pferd zu beruhigen. Er soll mit ruhiger Stimme auf das Pferd eindringen und versuchen, es mit einer Hand am Hals-Schulterbereich abzuklopfen, damit das Pferd zunächst die Aufmerksamkeit des Reiters wieder erlangt. Der Reiter soll sich dabei immer im Kopf-Hals-Schulterbereich des Pferdes aufhalten. Zwecklos sind Versuche, das in Angst befindliche Pferd mit Körperkraft zurückzuhalten und damit das Weglaufen zu verhindern, wie es sich Kl. getan hat. In der konkreten Schadenssituation verliert das fehlerhafte Verhalten der Kl. gegenüber der schuldhaften Verhaltensweise der Bekl. an Gewicht. Die Aufgabe der Bekl. wäre es gewesen, die Kl. nicht in eine für eine unerfahrene Reiterin schwer beherrschbare Situation zu bringen. Die Kl. hat sich aus Angst in der festgestellten Weise verhalten. Sie hat demnach aus Angst in einer Situation einen Fehler begangen, in die sie die Bekl. schuldhaft gebracht hat. Dies lässt ihren Verursachungsbeitrag gegenüber dem rechtswidrigen und erheblich schuldhaften Verhalten der Bekl. gänzlich zurücktreten.

#### **Vertiefungshinweise:**

- Zur Tierhalterhaftung: *Staudinger/Rüdiger Schmidt*, Jura 2000, 347; *Eberl-Borges*, VersR 1996, 1070; *Terbille*, VersR 1994, 1151; *Dunz*, JZ 1987, 63; *Deutsch*, JuS 1987, 674; *Bornhövd*, VersR 1979, 398; *Knüttel*, NJW 1978, 297; *Deutsch*, NJW 1978, 1998
- Zur Gefährdungshaftung allgemein: *Coester-Walt-*

*jen*, Jura 1996, 608; *Medicus*, Jura 1996, 561; *Deutsch*, Jura 1983, 617

#### **Kursprogramm:**

- *Examenskurs*: "Der defekte Gaszug"
- *Examenskurs*: "Das verhängnisvolle Skate-Board"

#### **Leitsätze**

**1. Der Reitlehrer ist einem minderjährigen und unerfahrenen Reiter gegenüber verpflichtet, dessen Können abzuschätzen und ihn vor den für einen unerfahrenen Reiter mit einem Ausritt verbundenen erheblichen Gefahren zu bewahren.**

**2. Aufgabe des Reitlehrers ist es dabei, den Reiter nicht in eine für einen unerfahrenen Reiter schwer beherrschbare Situation zu bringen.**

#### **Sachverhalt:**

[1] Streitgegenständlich sind Ansprüche aus einem Unfall, den die damals dreizehnjährige Kl. beim Ausreiten mit einem Pferd der Bekl. erlitten hat. Auf die tatsächlichen Feststellungen in der angefochtenen Entscheidung wird Bezug genommen. Das Landgericht hat der Klage im Wesentlichen statt gegeben.

[2] Hiergegen richten sich die rechtzeitig eingelegten Berufungen der Kl. und der Bekl..

[3] Die Kl. trägt zur Begründung ihrer Berufung vor, dass das vom Landgericht ausgeworfene Schmerzensgeld in Anbetracht der im Einzelnen in der Berufungsbegründung dargestellten erlittenen Schäden unzureichend sei.

[4] Die Bekl. rügt, dass das Landgericht entgegen höchstrichterlicher Rechtsprechung die Beweislastumkehr des § 834 BGB im Rahmen der Schadensmitverursachung nicht berücksichtigt habe. Die Beweiswürdigung sei mangelhaft. Die gesundheitlichen Folgen des von der Bekl. bestrittenen Vorgangs seien entgegen den Feststellungen des Landgerichts streitig gewesen.

[5] Die Kl. stellt den Antrag,

[6] 1. die Bekl. zu verurteilen, an die Kl. ein angemessenes, im Ermessen des Gerichts stehendes Schmerzensgeld zu bezahlen,

[7] 2. die Berufung der Bekl. zurückzuweisen.

[8] Die Kl. hält ein Schmerzensgeld in Höhe von mindestens EUR 10 000 für angemessen.

[9] Die Bekl. stellt den Antrag,

[10] 1. unter teilweiser Abänderung des am 17.04.2007 verkündeten Urteils des LG Konstanz - 6 O 164/06 - die Klage insgesamt abzuweisen.

[11] 2. die Berufung der Kl. zurückzuweisen.

[12] Die Bekl. hält die Berufung der Kl. für unzulässig, da sie nicht beschwert sei. Die Kl. verteidigt die erstinstanzliche Entscheidung gegen die Angriffe der Bekl. und wiederholt und vertieft hierbei ihr erstins-

tanzliches Vorbringen.

[13] Das Gericht hat Beweis erhoben durch Vernehmung der (minderjährigen) Kl., die als Zeugin im Termin vom 14.03.2008 gehört worden ist. Außerdem hat es ein schriftliches Sachverständigengutachten des Sachverständigen C. R. eingeholt, welches dieser im Termin vom 08.10.2008 erläutert hat.

[14] Wegen des Beweisergebnisses wird auf die Niederschriften der Vernehmungen sowie das schriftliche Gutachten verwiesen. Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die Schriftsätze der Parteien nebst Anlagen Bezug genommen. Entscheidungsgründe

#### **Aus den Gründen:**

[15] Nur die Berufung der Kl. hat Erfolg, weil das vom Landgericht ausgeworfene Schmerzensgeld im Hinblick auf die weiteren eingetretenen Schadensfolgen nunmehr zu niedrig bemessen erscheint. Demgegenüber hat die Berufung der Bekl. keinen Erfolg, weil sie für den streitgegenständlichen Unfall nach § 833 S. 1 BGB einzustehen hat und der Mitverursachungsbeitrag der Kl. hinter dem gravierenden Verschulden der Bekl. zurücktritt.

#### **A. Die Berufung der Bekl.**

[16] Zur Berufung der Bekl.:

##### **1. Der Unfallhergang in tatsächlicher Hinsicht**

[17] Die Kl. hat den Unfallhergang, soweit es um die Vorgänge nach dem Anhalten des Pferdes geht, in ihrer zweitinstanzlichen Vernehmung präzisiert. Der erkennende Einzelrichter ist wie auch das Landgericht der Überzeugung, dass die Kl. trotz des erkennbaren Eigeninteresses am Ausgang des Verfahrens umfassend und - auch zu ihren Lasten gehend schonungslos - wahrheitsgemäß ausgesagt hat. Hiernach ist das von ihr gerittene Pony grundlos bei einem Ausritt im Wald durchgegangen. Es gelang der Kl. mit Mühe, das Pony zum Halten zu bringen. Die Kl. stieg links ab und hielt das Pferd mit der linken Hand am Zügel fest, ohne den Zügel um die Hand zu wickeln. Das Pferd war dennoch verstört und wollte sich losreißen und wegrennen. Die Kl. hat überzeugend berichtet, sie habe Angst gehabt, dass das Pferd auf die Straße renne. Sie habe deshalb das Pferd zusätzlich mit der rechten Hand am Steigbügel gehalten, um es vom Weglaufen abzuhalten. Sie sei dann vom Pferd über eine gewisse Strecke weggeschleift worden. Dabei habe ihr das Pferd mit einem der Hinterfüße ins Gesicht getreten.

[18] Damit hat sich die typische, von einem Pferd ausgehende Tiergefahr zulasten der Kl. realisiert.

##### **2. Privilegierung gem. § 833 S. 2 BGB greift nicht**

[19] Das Landgericht hat festgestellt, dass der Privilegierungstatbestand nach § 833 S. 2 BGB von vornhe-

rein ausscheide, weil die Pferdehaltung überwiegend privaten Zwecken gedient habe. Hiergegen wendet sich die Bekl. nicht. Anhaltspunkte, die Zweifel an dieser Feststellung rechtfertigen könnten, sind nicht gegeben.

##### **3. Haftung der Kl. gem. § 834 BGB als Mitverursachungsbeitrag gem. § 254 I BGB**

[20] Allerdings kommt vorliegend grundsätzlich ein Mitverursachungsbeitrag der Kl. als Tieraufseherin für den streitgegenständlichen Vorfall in Betracht. Dies hat der Senat in dem Beschluss vom 10.09.2007 im Einzelnen ausgeführt.

[21] (Anm: eingefügt aus dem Beschluss) Allerdings ist der Bekl. einzuräumen, dass vorliegend zu Lasten der Kl. grundsätzlich eine Mithaftung des Tieraufsehers nach § 834 BGB in Betracht kommt. Der Vater der Kl. hat nämlich erstinstanzlich bei der Partei Anhörung glaubwürdig berichtet, dass die Eltern keinen konkreten Vertrag mit der Bekl. gehabt hätten. Sie hätten J. in die Obhut der Bekl. gegeben in dem Vertrauen darauf, dass diese wisse, was man J. zumuten könne. Die Zeugin hat berichtet, dass sie bereits früher einmal ohne Begleitung der Bekl. und nur in Begleitung eines noch jüngeren Kindes im Gelände ausgeritten sei. Dies hätten die Eltern gewusst und auch erlaubt. Nachdem die Eltern der Kl. der Bekl. für jede Reitstunde 15,- Euro gezahlt haben und mit einem Ausritt einverstanden waren, bei denen die Kl. nicht von der Bekl., sondern nur von einem noch jüngeren Mädchen begleitet wurde, durfte die Bekl. annehmen, dass die Kl. mit Einverständnis ihrer gesetzlichen Vertreter auch ohne Beaufsichtigung durch die Bekl. im Gelände reiten dürfe und als Nebenpflicht die selbstständige Überwachung des Tieres übernehme. Wer ein gemietetes Pferd selbstständig ausreitet, ist in der Regel Tierhüter im Sinne von § 834 BGB (BGH NJW 1987, 949). Da die Bekl. während des Ausrittes keinerlei Einflussmöglichkeiten auf das Pferd haben konnte, ist das Verhalten der Parteien in dem Sinne zu werten, dass die Kl. in dieser Zeit mit Billigung ihrer Eltern rechtsgeschäftlich die Obhut des Pferdes übernommen hat. Damit war sie Tieraufseherin im Sinne der genannten Bestimmung.

[22] Nach feststehender Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs hat der verletzte Tieraufseher gegenüber dem Vorwurf des Mitverschuldens nach § 254 BGB den Entlastungsbeweis entsprechend § 834 BGB zu erbringen (vgl. BGH NJW 1992, 2474; VersR 1972, 1047). Diesen Entlastungsbeweis hat die Kl. vorliegend entgegen der Auffassung der Bekl. erfolgreich geführt. Das Landgericht hat, wie bereits dargestellt, festgestellt, dass das Pferd ohne sichtbaren Anlass durchgegangen sei. Ein fehlerhaftes Verhalten der Kl. während des Reitvorgangs ist somit ausgeschlossen. Anhaltspunkte dafür, dass die Kl. nach Anhalten des

Pferdes fehlerhaft gehandelt hätte, sind nicht ersichtlich. Aus der Schilderung der Zeugin über diese Vorgänge ergeben sich keine diesbezüglichen Hinweise. Das Landgericht hat der Zeugin, wie dargelegt, geglaubt und bindende Feststellungen getroffen. Die Bekl. trägt hierzu nichts vor. Auch derjenige, der sich in Folge vermuteten Verschuldens zu entlasten hat, ist nicht gehalten, sämtliche auch nur theoretisch denkbaren fehlerhaften Verhaltensweisen auszuräumen. Sonst würde aus der Haftung wegen vermuteten Verschuldens eine objektive (Gefährdungs-)Haftung.

[23] Der Kl. kann auch nicht ein Übernahmeverschulden vorgehalten werden. Nach den bindenden Feststellungen des Landgerichtes ist die Kl. nämlich auf Vorschlag der Bekl. alleine ausgeritten. Unter diesen Voraussetzungen überzeugt die Überlegung des Landgerichtes, wonach die zum Unfallzeitpunkt 13-jährige Kl. in Bezug auf die Einschätzung ihres reiterischen Vermögens nicht „schlauer“ sein musste als die Bekl., die sich bei Pferden nach ihrer eigenen glaubhaften Darstellung auskennt. Das Landgericht hat überzeugend festgehalten, dass der Bekl. nicht einmal ein fahrlässiges Verhalten vorgehalten werden könne. Dasselbe gilt für die Kl..

[24] Nach Einholung des Sachverständigengutachtens steht fest, dass die Kl. sich in der konkreten Situation fehlerhaft verhalten hat. Der Sachverständige hat überzeugend dargelegt, dass ein Reiter in einer solchen Situation versuchen müsse, das Pferd zu beruhigen. Er solle mit ruhiger Stimme auf das Pferd einreden und versuchen, es mit einer Hand am Hals-Schulterbereich abzuklopfen, damit das Pferd zunächst die Aufmerksamkeit des Reiters wieder erlange. Gemeint ist: Damit der Reiter die Aufmerksamkeit des Pferdes erlangt. Der Reiter solle sich dabei immer im Kopf-Hals-Schulterbereich des Pferdes aufhalten. Der Reiter solle das Pferd beschäftigen und aktiv von der vorherigen Situation des Durchgehens ablenken und beruhigen. Dabei könne er das Pferd um sich herumkreisen lassen und versuchen, es rückwärts zu richten oder ganz aktiv zu führen. Zwecklos seien Versuche, das in Angst befindliche Pferd mit Körperkraft zurückzuhalten und damit das Weglaufen zu verhindern.

#### *4. Deliktsfähigkeit der Kl. gem. § 828 III BGB liegt vor*

[25] Dass die Kl. nach § 828 III BGB für ihr Verhalten nicht einzustehen hätte, macht sie nicht geltend. Anhaltspunkte hierfür sind auch nicht ersichtlich.

#### *5. Anspruchskürzung gem. § 254 I BGB im vorliegenden Fall*

[26] Hat bei der Entstehung des Schadens ein Verschulden des Beschädigten mitgewirkt, so hängt die Verpflichtung zum Ersatz sowie der Umfang des zu leistenden Ersatzes von den Umständen, insbesondere

davon ab, inwieweit der Schaden vorwiegend von dem einen oder dem anderen Teil verursacht worden ist (§ 254 I BGB).

[27] Der Mitverursachungsbeitrag, den die Kl. für den streitgegenständlichen Unfall zu verantworten hat, tritt hinter das schuldhafte Verhalten der Bekl. zurück.

[28] Unstreitig hat die Bekl. der Kl. Reitstunden erteilt. Die Kl. durfte gegen ein Entgelt in Höhe von 15 EUR pro Ritt ein Pferd der Bekl. reiten. Die Bekl. hat bei ihrer zweitinstanzlichen Anhörung wahrheitsgemäß berichtet, dass auf dem Reitplatz das Pferd schon mal schneller gegangen sei. Dagegen sei das Pferd im Gelände nie durchgegangen. Sie habe mit der Kl. also das Durchgehen im Gelände nicht geübt. Sie sei mit der Kl. auch durchgegangen, wie man vom Pferd absteigt. Wie man sich verhalten solle, wenn ein Pferd „durchgeht“, habe sie mit der Kl. jedoch nicht speziell besprochen. Sie habe ihr jedoch gesagt, dass man den Zügel nicht um die Hände wickele, damit man nicht weggezogen werde im Falle eines Falles.

[29] Der Sachverständige hat überzeugend ausgeführt, dass die Ausbildung des Reiters im Gelände umso erfolgreicher sein werde, je sicherer und erfahrener das dazu zur Verfügung gestellte Pferd sei. Ein noch wenig routinierter Reiter solle auch mit dem besten Pferd nie alleine im Gelände üben, sondern nur in Begleitung und unter der Aufsicht erfahrener Kameraden oder eines Ausbilders sein. Der Sachverständige hat bei seiner Anhörung erläutert, dass er der Akte entnommen habe, dass die Kl. innerhalb von 2 Jahren insgesamt 6 Mal im Gelände gewesen sei. Dieser Anknüpfungspunkt ist zutreffend. Die Kl. hat dies bereits erstinstanzlich mit dem Vorbehalt, es seien "ca" 6 Ausritte gewesen, berichtet, sie wisse es aber nicht mehr genau. Das Landgericht hat ihr umfassend geglaubt. Auch das nunmehr erkennende Gericht folgt den Angaben der Kl. aus den bereits dargelegten Gründen. Das Landgericht ist im Tatbestand der angefochtenen Entscheidung von mindestens 10 Ausritten ausgegangen. Darauf, welche der Angaben exakt zutrifft, kommt es vorliegend nicht an, weil sich die Anzahl von Ausritten, die sich über einen langen Zeitraum erstreckt haben, regelmäßig nicht mehr exakt rekonstruieren lässt und die Differenzen für die Bewertung ohne Bedeutung sind. Der Sachverständige hat hieraus gefolgert, dass die Kl. überhaupt keine Erfahrung im Gelände gehabt habe. Ein erfahrener Reiter reite pro Tag 1 Stunde und nehme zusätzlich praktischen wie theoretischen Unterricht. Diese Bewertung hat der Sachverständige auch auf Vorhalt durch die Bekl. aufrecht erhalten, dass es der Kl. gelungen sei, das Pferd anzuhalten, nachdem es durchgegangen sei. Das Gericht hält den Sachverständigen für sachkundig. Seine Darlegungen sind überzeugend. Selbst wenn es einem Reiter, der infolge der geringen Anzahl von Ausritten ins Gelände als unerfahren zu bezeich-

nen ist, gelingt, das Pferd nach dessen Durchgehen zum Stillstand zu bringen, rechtfertigt dies nicht die Bewertung, es handle sich hierbei um einen erfahrenen Reiter. Der Sachverständige hat überzeugend ausgeführt, dass ein erfahrener Reiter in dieser Situation überhaupt nicht vom Pferd absteige, vielmehr mit dem Pferd im Schritt weiter reite. Unter diesen Umständen hätte die Bekl. der Kl. das Pferd nicht zum Ausritt ins Gelände ohne erfahrene Begleitung überlassen dürfen. Als Reitlehrerin war sie der minderjährigen und unerfahrenen Kl. gegenüber verpflichtet, deren Können abzuschätzen und sie vor den für einen unerfahrenen Reiter mit einem Ausritt verbundenen erheblichen Gefahren zu bewahren. Es liegt ein gravierender, schuldhaft begangener Fehler vor.

[30] In der konkreten Schadenssituation verliert das fehlerhafte Verhalten der Kl. demgegenüber an Gewicht. Die Aufgabe der Bekl. wäre es gewesen, die Kl. nicht für eine unerfahrene Reiterin schwer beherrschbare Situation zu bringen. Die Kl. hat sich aus Angst, wie sie glaubwürdig berichtet hat, in der festgestellten Weise verhalten. Sie hat demnach aus Angst in einer Situation einen Fehler begangen, in die sie die Bekl. schuldhaft gebracht hat. Dies lässt ihren Verursachungsbeitrag gegenüber dem rechtswidrigen und erheblich schuldhaften Verhalten der Bekl. gänzlich zurücktreten.

#### 6. Schäden der Kl. liegen vor

[31] Das Landgericht hat im Tatbestand nach § 314 ZPO bindend festgehalten, dass die Verletzungen der Kl. unstreitig seien. Die Berichtigung des Tatbestandes wurde abgelehnt. Im übrigen sind die Schäden zur Überzeugung des Gerichts durch die erstinstanzlich vorgelegten ärztlichen Atteste und auch die Angaben der Eltern der Kl. belegt.

#### 7. Erstattungsfähigkeit der außergerichtlichen Kosten

[32] Die vorgerichtlichen Anwaltskosten sind erstattungsfähig. Die Kl. ist durch die Rückabtretung, die urkundlich nachgewiesen ist, aktiv legitimiert. Die Rechtsschutzversicherung der Kl. hat diese Kosten dem Prozessbevollmächtigten der Kl. bereits erstattet. Die Kl. durfte in Anbetracht der komplexen Haftungssituation sofort nach dem Unfall einen Anwalt mit der Schadensregulierung beauftragen. Dass dieser Anwalt versucht hat, den Sachverhalt vorgerichtlich aufzuar-

beiten und ggf. zu bereinigen, verstieß entgegen der Auffassung der Bekl. nicht gegen die Schadensminderungsobliegenheit des § 254 II BGB.

#### B. Die Berufung der Kl.

[33] Zur Berufung der Kl.:

##### 1. Berufung ist gem. § 511 ZPO zulässig

[34] Entgegen der Auffassung der Bekl. ist die Kl. durch die erstinstanzliche Entscheidung beschwert, weil ihr nicht das von ihr angegebene Schmerzensgeld von mindestens 10.000 EUR zuerkannt worden ist, sondern lediglich 8.000 EUR.

##### 2. Bemessung eines angemessenen Schmerzensgeldes

[35] Für die Bemessung des angemessenen Schmerzensgeldes sind sämtliche Umstände des Schadensfalles einzubeziehen. Hierbei kommt es insbesondere auf die Unfallfolgen an, die das Landgericht in dem Tatbestand der angefochtenen Entscheidung festgestellt hat. Hierauf wird Bezug genommen. Zweitinstanzlich hat sich infolge des weiteren Zeitablaufs und damit in beachtlicher Weise herausgestellt, dass die Kl. endgültig ihr langjähriges Hobby des Querflötenspiels infolge der dauerhaften Verletzung ihrer Oberlippe aufgeben muss. Das Gericht glaubt auch insoweit der Zeugin, die berichtet hat, dass sie für das Flöten keine ausreichende Oberlippenspannung hervorbringen könne. Bei der Vernehmung der Kl. wurde die optische Beeinträchtigung der Lippe in Augenschein genommen. Dass die Kl. hieran besonders leidet, wurde dadurch deutlich, dass die im übrigen insgesamt gefasste Kl. bei Protokollierung dieses Sachverhalts trotz des erkennbaren Bemühens, sich zu "beherrschen", ins Weinen geriet und sich nur schwer beruhigt hat. Ersichtlich handelt es sich für die noch junge Kl. um eine ernsthafte seelische Beeinträchtigung, die nicht etwa nur zu Zwecken eines höheren Schmerzensgeldes vorgespiegelt wurde. Diese weitergehenden Schadensfolgen rechtfertigen nunmehr ein Schmerzensgeld in Höhe von insgesamt 12.000 EUR.

##### 3. Nebenentscheidungen

[36] Die Entscheidung beruht im übrigen auf den §§ 91, 708 Nr. 10, 711 ZPO. Gründe für die Zulassung der Revision sind nicht gegeben.

*Strafrecht***Standort: § 211 StGB****Problem: Heimtücke nach vorangegangenem Streit**

BGH, URTEIL VOM 17.09.2008

5 STR 189/08 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

**Problemdarstellung:**

Der Angeklagte hatte sich - wie schon häufig zuvor - mit seiner Freundin heftig gestritten. Im Rahmen des Streites hatte sie nach ihm getreten und ihm eine Ohrfeige gegeben. Daraufhin hatte der Angeklagte seine Freundin so lange gewürgt, bis diese gestorben war.

Das Landgericht Chemnitz hatte den Angeklagten wegen Totschlags, § 212 I StGB, verurteilt. Hiergegen legten die Eltern der Freundin, die sich dem Verfahren gem. § 395 II Nr. 1 StPO als Nebenkläger angeschlossen hatten, gem. §§ 401 I 1, 333 StPO Revision ein, mit der sie insbesondere eine Verurteilung des Angeklagten wegen Mordes, § 211 StGB, aufgrund einer heimtückischen Tötung des Opfers begehrt. Diese Revision wies der BGH als unbegründet zurück.

**Prüfungsrelevanz:**

Die Tötungsdelikte, §§ 211 ff. StGB, sind immer wieder Gegenstand von Examensaufgaben in beiden Examen. Gerade die Voraussetzungen der verschiedenen Mordmerkmale, insb. der Heimtücke, werden hier besonders gerne problematisiert. Die vorliegende Entscheidung enthält insofern zwar keine neuen Erkenntnisse, beinhaltet aber eine klassische Fallkonstellation. Eine heimtückische Tötung des Opfers i.S.v. § 211 II StGB ist nach ständiger Rechtsprechung dann gegeben, wenn der Täter die Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers bewusst in feindlicher Willensrichtung zur Tötung ausnutzt (BGH, NJW 2005, 1287, 1290; 2006, 1008, 1010; LK-Jähnke, § 211 Rn 412 mwN). In der Literatur wird teilweise zusätzlich zu diesen Voraussetzungen noch ein besonders verwerflicher Vertrauensbruch verlangt, was logischerweise voraussetzt, dass (bis zur Tat) ein Vertrauensverhältnis zwischen Täter und Opfer bestand (Schönke/Schröder-Eser, § 211 Rn 26 mwN).

Arglos ist das Opfer, wenn es sich keines Angriffs auf Leib und Leben von Seiten des Täters versieht (BGH, NStZ 2002, 368; NStZ-RR 2007, 175; Fischer, § 211 Rn 35). Wehrlos ist das Opfer, wenn es infolge der Arglosigkeit keine oder nur eingeschränkte Verteidigungsmöglichkeiten besitzt (BGHSt 20, 302; 32, 382; Schönke/Schröder-Eser, § 211 Rn 24a; Küper, JuS

2000, 741).

Eine Arglosigkeit des Opfers ist jedenfalls dann nicht mehr gegeben, wenn dieses mit einem Angriff des Täters auf Leib und Leben rechnet; maßgeblicher Zeitpunkt hierfür ist der Beginn des ersten mit Tötungsvorsatz geführten Angriffs (BGH, NStZ 2006, 503; StV 2007, 229; Fischer, § 211 Rn 35). Rechnet das Opfer also, z.B. aufgrund einer vorangegangenen Auseinandersetzung, mit einem Angriff des Täters, so ist es nicht mehr arglos und eine heimtückische Tötung scheidet dementsprechend aus (BGH, NStZ-RR 2004, 234; 2005, 202, 203; Fischer, § 211 Rn 37a). Es ist jedoch nicht selbstverständlich, dass das Opfer bei einem vorangegangenen Streit mit einem Angriff auf Leib und Leben rechnet und deshalb nicht mehr arglos ist (BGH, NStZ 2002, 368; NStZ-RR 2004, 234, 235; Schönke/Schröder-Eser, § 211 Rn 24). Im vorliegenden Fall vermochte der BGH - ebenso wie das LG - den Feststellungen nicht mit hinreichender Sicherheit eine Arglosigkeit des Opfers im Zeitpunkt des mit Tötungsvorsatz geführten Angriffs (also des Würgens) zu entnehmen. So könne insbesondere aus dem Fehlen von Abwehrverletzungen an der Leiche des Opfers nicht auf eine Arglosigkeit geschlossen werden, da es auch an der körperlichen Unterlegenheit des Opfers gelegen haben könnte, dass dieses sich nicht effektiv wehren konnte.

Auch mit dem für eine Heimtücke erforderlichen Bewusstsein des Täters, die Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers zur Tötung auszunutzen, befasst sich der BGH in der vorliegenden Entscheidung. Hierfür ist es erforderlich, aber in der Regel auch ausreichend, dass der Täter die Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers erkennt und sich deshalb bewusst ist, einen durch seine Ahnungslosigkeit schutzlosen Menschen zu überraschen (BGH, NStZ 2006, 502, 503; 2007, 330; Fischer, § 211 Rn 44). Diese Erkenntnis kann dann fehlen, wenn der Täter sich in einem Zustand starker Erregung befindet, wofür eine Spontaneität des Tatentschlusses ein Indiz sein kann (BGH, NStZ-RR 2000, 166; StraFo 2005, 212; NStZ 2006, 167, 168; 2007, 330, 331). Da der Angeklagte sich nicht nur spontan zur Tat entschlossen hatte, sondern im Tatzeitpunkt außerdem auch noch erheblich alkoholisiert gewesen war, vermochten sich auch weder das LG noch der BGH vom Vorliegen des erforderlichen Ausnutzungsbewusstseins zu überzeugen.

**Vertiefungshinweise:**

□ Zur heimtückischen Tötung, insb. bei vorausgegangenem Streit: *BGH*, NStZ 2003, 146; 2003, 425; 2005, 688; 2006, 502 = RA 2006, 612; NStZ-RR 2004, 234; 2005, 202; *Bosch/Schindler*, JURA 2000, 77; *Kargl*, JURA 2004, 189; *Quentin*, NStZ 2005, 128; *Rotsch*, JuS 2005, 12; *Schneider*, NStZ 2003, 428; *Widmaier*, NJW 2003, 2789; *Zaczyk*, JuS 2004, 750

□ Zum Ausnutzungsbewusstsein bei heimtückischer Tötung: *BGH*, NStZ-RR 2000, 166; *StraFo* 2005, 212; NStZ 2006, 167; 2006, 503; 2007, 330

**Kursprogramm:**

□ *Examenskurs*: "Argentin"

**Leitsätze (der Redaktion):**

**1. Heimtückisch handelt, wer in feindlicher Willensrichtung die Arg- und Wehrlosigkeit des Tatopfers bewusst zur Tötung ausnutzt. Wesentlich ist, dass der Mörder sein Opfer, das keinen Angriff erwartet, also arglos ist, in einer hilflosen Lage überrascht und dadurch daran hindert, dem Anschlag auf sein Leben zu begegnen oder ihn wenigstens zu erschweren. Maßgebend für die Beurteilung ist die Lage bei Beginn des ersten mit Tötungsvorsatz geführten Angriffs.**

**2. Für das bewusste Ausnutzen von Arg- und Wehrlosigkeit ist es erforderlich, dass der Täter sich bewusst ist, einen durch seine Arglosigkeit gegenüber einem Angriff schutzlosen Menschen zu überraschen.**

**3. Das Ausnutzungsbewusstsein bedarf zwar in objektiv klaren Fällen bei einem psychisch normal disponierten Täter auch bei Taten aus rascher Einbeziehung keiner näheren Darlegung. Anders kann es jedoch gerade bei "Augenblickstaten", insbesondere bei affektiven Durchbrüchen oder sonstigen heftigen Gemütsbewegungen sein. Dann kann je nach den Umständen eine nähere Darlegung geboten sein, warum der spontan agierende Täter trotz seiner Erregung die für die Heimtücke maßgebenden Aspekte in sein Bewusstsein aufgenommen hat:**

**4. Grundsätzlich können Arg- und Wehrlosigkeit auch gegeben sein, wenn der Tat eine feindselige Auseinandersetzung vorausgeht, das Tatopfer aber gleichwohl nicht mit einem erheblichen Angriff gegen seine körperliche Unversehrtheit rechnet.**

**Sachverhalt:**

Die Geschädigte war seit ihrem 16. Lebensjahr im Jahre 2002 die Freundin des Angeklagten. Nachdem sie ein Studium der Betriebswirtschaftslehre an der Technischen Hochschule in Chemnitz begonnen hatte, zog der Angeklagte im Frühjahr 2006 zu ihr. Seit Ende 2006 kam es zwischen beiden zunehmend zu Ausein-

andersetzungen wegen der Arbeitslosigkeit des Angeklagten und seines Bierkonsums, in seltenen Fällen auch zu Handgreiflichkeiten. Der Angeklagte hatte der Geschädigten in den fünf Jahren ihrer Beziehung zweimal eine Ohrfeige gegeben, sie ihm vier- bis fünfmal.

Im Verlauf des Tattages, 4. Juli 2007, hatte der Angeklagte in der gemeinsamen Wohnung in erheblichen Mengen Bier konsumiert. Die Geschädigte, die den Tag zunächst an der Hochschule verbracht hatte und daran anschließend bis gegen 20 Uhr in einem Bekleidungsgeschäft gearbeitet hatte, kam gegen 21 Uhr in die Wohnung. Nach kurzer Zeit kam es zwischen ihr und dem Angeklagten zu dem "üblichen Streit", der über zwei Stunden geführt wurde. In seinem Verlauf wurden Beleidigungen ausgetauscht und die Geschädigte trat nach dem Angeklagten, worauf dieser ihre Beine festhielt. Nachdem die Geschädigte, die zwischenzeitlich ihre Jeans ausgezogen hatte und im Schneidersitz auf dem Bett saß, dem Angeklagten eine Ohrfeige gegeben hatte, fasste der neben ihr kniende Angeklagte sie am Hals, drückte sie nieder und würgte sie; dabei stützte er sich mit seinem gesamten Körpergewicht auf die Geschädigte. Erst als er sah, dass die Geschädigte blau anlief und ihr die Zunge aus dem Mund ragte, ließ er von ihr ab. Die Geschädigte verstarb unmittelbar danach durch Ersticken, was der Angeklagte bei Vornahme seiner Handlung zumindest billigend in Kauf genommen hatte.

**Aus den Gründen:****1. Entscheidung des Landgerichts**

[1 - 3] Das Landgericht hat den Angeklagten wegen Totschlags zu einer Freiheitsstrafe von 13 Jahren und 6 Monaten verurteilt. Dagegen wenden sich die Revisionen der als Nebenkläger zugelassenen Eltern der Getöteten mit der Sachrüge. Die Rechtsmittel haben - entgegen dem Antrag des Generalbundesanwalts - keinen Erfolg. [...]

**2. Entscheidung des BGH**

[4] Erfolglos beanstanden die Revisionen die Verneinung des Mordmerkmals Heimtücke. Das Landgericht hat den im Wesentlichen aufgrund der geständigen Einlassung des Angeklagten zum Tatverlauf festgestellten Sachverhalt erschöpfend gewürdigt und das Mordmerkmal der Heimtücke rechtsfehlerfrei verneint.

[5] Heimtückisch handelt, wer in feindlicher Willensrichtung die Arg- und Wehrlosigkeit des Tatopfers bewusst zur Tötung ausnutzt. Wesentlich ist, dass der Mörder sein Opfer, das keinen Angriff erwartet, also arglos ist, in einer hilflosen Lage überrascht und dadurch daran hindert, dem Anschlag auf sein Leben zu

begegnen oder ihn wenigstens zu erschweren. Maßgebend für die Beurteilung ist die Lage bei Beginn des ersten mit Tötungsvorsatz geführten Angriffs (st. Rspr., vgl. u. a. BGH NStZ 2006, 503, 504 m.w.N.). Für das bewusste Ausnutzen von Arg- und Wehrlosigkeit ist es erforderlich, dass der Täter die Arg- und Wehrlosigkeit in ihrer Bedeutung für die hilflose Lage des Angegriffenen und die Ausführung der Tat in dem Sinne erfasst, dass er sich bewusst ist, einen durch seine Arglosigkeit gegenüber einem Angriff schutzlosen Menschen zu überraschen (vgl. BGH, Urteil vom 20. Juli 2004 - 1 StR 145/04; BGH NStZ 2003, 535).

*a. Zum Fehlen eines Ausnutzungsbewusstseins*[6] Es ist insbesondere angesichts der festgestellten Tatumstände nicht zu beanstanden, dass das Landgericht ein bewusstes Ausnutzen einer "möglicherweise gegebenen" Arglosigkeit der Geschädigten durch den Angeklagten dem festgestellten Sachverhalt nicht zu entnehmen vermochte. Das Ausnutzungsbewusstsein bedarf zwar in objektiv klaren Fällen bei einem psychisch normal disponierten Täter auch bei Taten aus rascher Eingebung keiner näheren Darlegung. Anders kann es jedoch gerade bei "Augenblickstaten", insbesondere bei affektiven Durchbrüchen oder sonstigen heftigen Gemütsbewegungen sein. Dann kann je nach den Umständen eine nähere Darlegung geboten sein, warum der spontan agierende Täter trotz seiner Erregung die für die Heimtücke maßgebenden Aspekte in sein Bewusstsein aufgenommen hat (BGH NStZ-RR 2005, 264 - 266).

[7] Es war indes hier nicht zwingend sicher festzustellen, dass der Angeklagte in diesem Bewusstsein handelte. Es liegt gerade kein "objektiv klarer Fall" der Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers vor. Da der Tat ein heftiger Streit mit Tätlichkeiten und unmittelbar eine Ohrfeige der Geschädigten gegenüber dem Angeklagten vorausgingen, hat das Landgericht in lebensnaher Wertung angenommen, dass sich der erheblich alkoholisierte Angeklagte (etwa 2 Promille BAK) in seinem vom Landgericht festgestellten Zustand affektiver Erregung spontan zu der Tat hinreißen ließ. In dieser Situation lag es sogar nahe, dass der Angeklagte die für die Heimtücke maßgeblichen Umstände aufgrund seiner Erregung nicht in sein Bewusstsein aufgenommen hat. Einer Darlegung und Würdigung weiterer Beweisanzeichen (vgl. BGH, Urteil vom 27. Februar 2008 - 2 StR 603/07) bedurfte es dann nicht mehr.

*b. Zum Fehlen der Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers*

[8] Das Landgericht verneint im Übrigen mit vertretbaren Erwägungen bereits die objektiven Voraussetzungen des Mordmerkmals der Heimtücke. Es erwägt zwar zum einen die vom Angeklagten geschilderte Situation vor der Tat - das Ausziehen der Hose durch

die Geschädigte und das Sitzen auf dem Bett -, zum anderen das Fehlen von Spuren der Abwehr der Geschädigten, was dafür spricht, dass sie im Zeitpunkt des Angriffs durch den Angeklagten weder mit einem lebensbedrohlichen noch mit einem gegen ihre körperliche Unversehrtheit gerichteten schweren Angriff rechnete. Gleichwohl vermochte es dem Geständnis des Angeklagten zulässigerweise nicht hinreichend sicher zu entnehmen, dass die Geschädigte zum Zeitpunkt der Tat keinen Angriff des Angeklagten erwartet hatte.

[9] Die genannten Umstände der Tat lassen keinen sicheren Schluss auf die Arg- und Wehrlosigkeit der Geschädigten bei Beginn des mit Tötungsvorsatz geführten Angriffs zu. Die Tatsache, dass sie sich während des über zwei Stunden geführten Streits mit dem Angeklagten die Hose auszog und sich auf das Bett setzte, spricht lediglich dafür, dass sie zu dem Zeitpunkt dieser Handlungen nicht mit einem erheblichen Angriff des Angeklagten rechnete. Demgegenüber lässt sich nicht hinreichend sicher feststellen, dass ihre Arglosigkeit auch im Zeitpunkt der Tat noch andauerte, zumal sie den Angeklagten unmittelbar zuvor geohrfeigt hatte.

[10] Grundsätzlich können Arg- und Wehrlosigkeit zwar auch gegeben sein, wenn der Tat eine feindselige Auseinandersetzung vorausgeht, das Tatopfer aber gleichwohl nicht mit einem erheblichen Angriff gegen seine körperliche Unversehrtheit rechnet (vgl. BGH NStZ-RR 2004, 234, 235; BGHR StGB § 211 Abs. 2 Heimtücke 13, 21; Schneider in MünchKomm-StGB § 211 Rdn. 126 f.). Indes musste solches hier dem festgestellten Sachverhalt nicht sicher entnommen werden. Auch der Umstand, dass die Geschädigte den Angeklagten bereits in der Vergangenheit vier- bis fünfmal geohrfeigt hatte, ohne dass dies Anlass für schwerwiegende Tätlichkeiten des Angeklagten war, lässt nicht den sicheren Schluss darauf zu, dass die Geschädigte in der konkreten Tatsituation nicht mit einem erheblichen Angriff des erkennbar alkoholisierten und erregten Angeklagten rechnete.

[11] Schließlich ist auch die Tatsache, dass im Rahmen der Obduktion keine Abwehrverletzungen festgestellt wurden, kein zwingender Anhaltspunkt dafür, dass der Angriff für das Opfer völlig überraschend kam. Einen entsprechenden Erfahrungssatz gibt es nicht. Es erscheint vielmehr möglich, dass die Geschädigte in der konkreten Angriffssituation nicht etwa aufgrund von Arglosigkeit, sondern aufgrund körperlicher Unterlegenheit zur Leistung einer effektiven Gegenwehr nicht mehr in der Lage war. Dies gilt zumal angesichts des - urteilsfremden - Hinweises der Nebenkläger auf erhebliche Unterschiede in Körpergröße und Gewicht zwischen Geschädigter und Angeklagtem.

**Standort: §§ 252, 250 II Nr. 1 StGB****Problem: Verwendung**

BGH, BESCHLUSS VOM 01.10.2008  
5 STR 445/08 (NICHT VERÖFFENTLICHT)

**Problemdarstellung:**

Der Angeklagte hatte Geld aus einer Kinokasse genommen und versucht, damit zu fliehen, war jedoch unmittelbar darauf von mehreren Zeugen überwältigt und festgehalten worden. Nachdem er zunächst versuchte, die Zeugen wegzudrücken, zog er ein Pfefferspray, das er gegen die Zeugen einsetzte. In diesem Zeitpunkt ließ er jedoch das Geld zurück.

Das Landgericht Berlin hatte den Angeklagten wegen des Einsatzes des Pfeffersprays insbesondere wegen besonders schweren räuberischen Diebstahls, §§ 252, 250 II Nr. 1 StGB, verurteilt. Der BGH hob die Verurteilung auf, da die Voraussetzungen für den Qualifikationstatbestand nicht belegt seien.

**Prüfungsrelevanz:**

Die Straftaten des 20. Abschnitts, §§ 249 ff. StGB, gehören in sämtlichen Teilen beider Examen zum absoluten Standardwissen, sei es nun bei Klausuren, in Kurz- bzw. Aktenvorträgen und im Prüfungsgespräch. Nicht nur der klassische Streit um das Verhältnis von Raub, § 249 StGB, und räuberischer Erpressung, §§ 253 I, 255 StGB, sondern insbesondere auch Fragen bzgl. der Verwirklichung der Qualifikationstatbestände, §§ 250 f. StGB, sind hier besonders häufig zu erörtern.

Ein Problem, das mittelbar auch die Anwendbarkeit der Qualifikationstatbestände betrifft, ist die Abgrenzung von Raub, § 249 I StGB und räuberischem Diebstahl, § 252 StGB. Beide Tatbestände setzen eine Wegnahme in Zueignungsabsicht (also einen "Diebstahl") und die Anwendung eines qualifizierten Nötigungsmittels voraus. Der wesentliche Unterschied zwischen den beiden Tatbeständen besteht in der Beziehung zwischen diesen beiden Handlungen. Der Raub setzt nach ganz herrschender Meinung einen Finalzusammenhang voraus, d.h. der Täter muss das Raubmittel einsetzen, um die Wegnahme zu ermöglichen oder zu erleichtern (BGH, StV 2004, 206; NStZ 2003, 431; Schönke/Schröder-Eser, § 249 Rn 7; Krey/Hellmann, BT II, Rn 192). Für einen räuberischen Diebstahl muss der Täter hingegen handeln, "um sich im Besitz des gestohlenen Gutes zu erhalten". Maßgeblich ist also letztlich, ob die Wegnahme im Zeitpunkt der Anwendung des qualifizierten Nötigungsmittels bereits vollendet war oder nicht. Die Anwendung von Personengewalt oder qualifizierten Drohungen vor Vollendung der Wegnahme wird im Zweifel den Zweck haben, die Wegnahme zu ermöglichen

und somit zu einer Strafbarkeit wegen Raubes führen. Eine Anwendung qualifizierter Nötigungsmittel nach Vollendung der Wegnahme hingegen kann nicht mehr den Zweck haben, diese zu ermöglichen (denn sie hat ja bereits stattgefunden), sondern nur, dem Täter den erlangten Besitz zu erhalten, sodass ein räuberischer Diebstahl gegeben sein wird.

Bezüglich der Qualifikationen der §§ 250 f. StGB ist zu beachten, dass diese - entgegen der entsprechenden Überschriften - nicht nur für den Raub gelten, sondern auch für den räuberischen Diebstahl und die räuberische Erpressung, was sich aus dem Wortlaut der jeweiligen Tatbestände ergibt ("gleich einem Räuber zu bestrafen").

Die im vorliegenden Fall diskutierte Qualifikation gem. § 250 II Nr. 1 StGB setzt voraus, dass der Täter "bei der Tat eine Waffe oder ein anderes gefährliches Werkzeug verwendet". Zwar stellt eine Dose mit Pfefferspray (wie sie der Angeklagte benutzte) ein gefährliches Werkzeug im Sinne dieser Vorschrift dar. "Die Tat", bei der der Täter das Werkzeug benutzen muss, muss jedoch ein taugliches Grunddelikt des § 250 StGB, also ein Raub, ein räuberischer Diebstahl oder eine räuberische Erpressung sein. Einen Raub hatte der Angeklagte nicht begangen, da in dem Zeitpunkt, in dem er Gewalt gegen eine Person anwendete (durch das Wegdrücken der Zeugen), die Wegnahme des Geldes aus der Kasse bereits vollendet war, so dass es an der für § 249 I StGB erforderlichen Finalität fehlte. Allerdings hatte der Angeklagte bei einem Diebstahl somit Personengewalt zur Beutesicherung eingesetzt und somit den Tatbestand des § 252 StGB erfüllt, sodass dieser durch das Verwenden des gefährlichen Werkzeuges qualifiziert sein könnte. Da der Angeklagte jedoch beim Verwenden des gefährlichen Werkzeuges das gestohlene Geld fallen ließ, konnte ihm nicht nachgewiesen werden, dass er das Pfefferspray (so wie die Gewalt durch das Wegdrücken) auch eingesetzt hatte, um sich im Besitz des gestohlenen Gutes zu erhalten. Da das Verwenden des gefährlichen Werkzeuges somit nicht den durch § 252 StGB erfassten Zweck (nämlich die Beutesicherung) fördern sollte, hat der BGH eine Qualifikation gem. § 250 II Nr. 1 StGB verneint.

Dieses Ergebnis ist insofern interessant als der BGH dies beim schweren Raub gem. §§ 249 I, 250 II Nr. 1 StGB nicht so eng sieht: Zwar ist es hier der Normalfall, dass der Einsatz der Waffe oder des gefährlichen Werkzeuges dem tatbestandlichen Zweck (also der Ermöglichung der Wegnahme) dient, jedoch liegt ein Verwenden "bei der Tat" auch dann vor, wenn der Gegenstand zwischen Vollendung und Beendigung des Raubes verwendet wird, also nachdem die Weg-

nahme bereits erfolgt ist und die Verwendung somit nicht mehr den Zweck haben kann, die Wegnahme zu ermöglichen (BGH, NStZ 2004, 263; Fischer, § 250 Rn 18; Mitsch, BT II/1, 3/81). Beim räuberischen Diebstahl ist dies - wie die vorliegende Entscheidung zeigt - nach Auffassung des BGH aber offensichtlich anders.

#### **Vertiefungshinweise:**

- Zur Abgrenzung von § 249 StGB und § 252 StGB: BGHSt 9, 162; 22, 230; 28, 224; Seier, JuS 1979, 336
- Zum Verwenden i.S.v. § 250 II Nr. 1 StGB: BGH, NStZ 2004, 263; NJW 2004, 3437; 2007, 1699; Hanich/Kudlich, NJW 2000, 3475; Otto, JZ 2004, 364

#### **Kursprogramm:**

- Examenskurs: "Der Besuch"
- Examenskurs: "Tod in der Fußgängerzone"

#### **Leitsatz:**

**Die Verwendung einer Waffe oder eines anderen gefährlichen Werkzeugs nach Vollendung einer Raubtat setzt zur Verwirklichung der Qualifikation nach § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB Beutesicherungsabsicht voraus.**

#### **Sachverhalt:**

Der Angeklagte hatte in Ausnutzung einer kurzzeitigen Abwesenheit der Kassiererin Geld aus einer Kinokasse entnommen, war dann aber noch in unmittelbarer Nähe der Kassen von mehreren Unbeteiligten überwältigt, zu Boden gebracht und dort festgehalten worden. Der Angeklagte wehrte sich gegen diese Übermacht "massiv, indem er mit großem Kraftaufwand durch Winden und Zappeln versuchte, sich den Griffen der Zeugen zu entziehen", was ihm jedoch nicht gelang. Vergeblich versuchte er, den Ellenbogen eines der ihn festhaltenden Zeugen nach oben zu drücken. Dabei hielt er das erbeutete Geldbündel zunächst fest. Nachdem er im weiteren Verlauf des Geschehens die Hände frei bekommen hatte, nutzte der Angeklagte dies, um Pfefferspray aus seiner Kleidung zu holen und es in Richtung der Zeugen zu sprühen, die dadurch verletzt wurden. Als bald nach Beginn des Sprühens ließ der Angeklagte seine gesamte Beute fallen. Durch den Einsatz des Pfeffersprays wollte er seine Flucht erreichen. Das Landgericht hat es nicht auszuschließen vermocht, dass es ihm nun nicht mehr darum ging, das Geld zu behalten.

#### **Aus den Gründen:**

##### *1. Entscheidung des Landgerichts*

[1, 2] Das Landgericht hat den Angeklagten wegen

besonders schweren räuberischen Diebstahls in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung zu einer Freiheitsstrafe von drei Jahren und neun Monaten verurteilt.

Gegen dieses Urteil wendet sich der Angeklagte mit seiner Revision, mit der er die Verletzung materiellen Rechts rügt. Das Rechtsmittel hat den aus der Beschlussformel ersichtlichen Teilerfolg; im Übrigen ist es unbegründet im Sinne des § 349 Abs. 2 StPO. [...]

##### *2. Entscheidung des BGH*

[3] Nach Auffassung des Landgerichts verwirklicht der Einsatz des Pfeffersprays den Qualifikationstatbestand des § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB. Es hat als unschädlich angesehen, dass dieser "erst nach Aufgabe der Beutesicherungsabsicht" erfolgte. Für die Verwirklichung der Qualifikation reiche es aus, dass sich - wie hier - die tatspezifische Gefährlichkeit im Einsatz des Sprays verwirklicht habe (unter Berufung auf BGHSt 38, 295).

[4] Diese Begründung des Landgerichts geht fehl. Der Strafschärfungsgrund der gegenüber § 250 Abs. 1 Nr. 1a StGB erhöhten Qualifizierung des Absatzes 2 Nr. 1 liegt darin, dass es tatsächlich zum Einsatz eines mitgeführten Werkzeugs als Nötigungsmittel kommt (vgl. BT-Drucks 13/8587, S. 45). Dabei ist zu fordern, dass das gefährliche Tatmittel zur Verwirklichung der raubspezifischen Nötigung verwendet wird (Fischer, StGB 55. Aufl. § 250 Rdn. 17). So wie in den Fällen des § 250 Abs. 1 Nr. 1a StGB die Waffe in einem Handlungsausschnitt mitgeführt werden muss, der wenigstens zu einer Intensivierung der tatbestandstypischen Rechtsgutsverletzung bzw. zur Sicherung des Erlangten dient (Eser in Schönke/Schröder, StGB 27. Aufl. § 250 Rdn. 12), ist es im Fall des § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB erforderlich, dass diese gerade als Mittel zur Sicherung des Besitzes an dem gestohlenen Gut eingesetzt wird (vgl. BGHSt 48, 365, 366 f. hinsichtlich der erforderlichen finalen Verknüpfung zwischen - qualifiziertem - Nötigungsmittel und Wegnahme beim Raub; vgl. auch Sander in MünchKomm-StGB § 250 Rdn. 58, § 252 Rdn. 13, 21). Nur der Einsatz des qualifizierten Nötigungsmittels zur Sicherung des durch den Diebstahl Erlangten begründet den besonderen Unrechtsgehalt des nach § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB qualifizierten räuberischen Diebstahls und stellt ihn dem nach derselben Vorschrift qualifizierten Raub gleich (im Anschluss an BGHSt 9, 162, 163).

[5] Vom vorliegenden Fall unterscheidet sich der der Entscheidung BGHSt 38, 295 zugrunde liegende Sachverhalt insoweit, als dort der Einsatz des qualifizierten Nötigungsmittels nach Vollendung der Raubtat immer noch von Beutesicherungsabsicht getragen war.

[6] Wegen des Einsatzes des Pfeffersprays im vorliegenden Fall hat der Senat ferner die Tateinheitliche versuchte Nötigung in den Schuldspruch mit aufge-

nommen (Meyer-Goßner, StPO 51. Aufl. § 354 Rdn. 17).

### 3. Aufhebung des Strafausspruchs

[7] Die Änderung des Schuldspruchs führt zur Aufhebung des Strafausspruchs, da Auswirkungen auf diesen nicht auszuschließen sind. Zwar hat das Landgericht die Strafe dem Rahmen des § 250 Abs. 3 StGB entnommen, der auch auf den Schuldspruch nach § 250 Abs. 1 StGB anzuwenden ist. Jedoch wird nunmehr dem Umstand, dass die - verbleibenden - raubspezifischen Nötigungshandlungen des Angeklagten (Winden, Zappeln, Wegdrücken des Ellenbogens eines

Zeugen) im unteren Schwerebereich der Gewalt liegen, neben dem ohnehin gravierend mildernden Moment der Versuchsnähe stärkeres Gewicht zukommen. Es ist deshalb nicht auszuschließen, dass das neue Tatgericht einen minder schweren Fall nach § 250 Abs. 3 StGB bereits ohne Berücksichtigung der erheblich verminderten Steuerungsfähigkeit des Angeklagten annehmen wird.

[8] Da es sich um einen reinen Subsumtionsfehler handelt, können die Feststellungen bestehen bleiben. Das neue Tatgericht kann weitergehende Feststellungen treffen, soweit sie den bisherigen nicht widersprechen.

## Standort: § 253 StGB

## Problem: Drohung mit Unterlassen

OLG OLDENBURG, BESCHLUSS VOM 17.07.2008  
1 Ws 371/08 (NSTZ 2008, 691)

### Problemdarstellung:

Gegen den Zeugen Z wurde ein staatsanwaltschaftliches Ermittlungsverfahren wegen Betrugs und Urkundenfälschung durchgeführt. Der Angeschuldigte, ein Richter, hatte von seiner Ehefrau, der zuständigen Staatsanwältin, Einsicht in die Akte erhalten. Er hatte sich daraufhin bei Z gemeldet und diesem angeboten, gegen Zahlung einer erheblichen Geldsumme für eine Einstellung des Verfahrens zu sorgen. Ansonsten werde das Ermittlungsverfahren zum Schaden des Unternehmens des Z - z.B. durch zusätzliche Einschaltung der Steuerfahndung und Beschlagnahme von Unterlagen - weitergeführt.

Die Staatsanwaltschaft Osnabrück erhob daraufhin Anklage insb. wegen veruschter Erpressung, §§ 253 I, 22, 23 I StGB. Das Landgericht Oldenburg lehnte die Eröffnung des Hauptverfahrens gem. § 204 StPO wegen Fehlens eines hinreichenden Tatverdachts ab. Der hiergegen gerichteten sofortigen Beschwerde der Staatsanwaltschaft, § 210 II StPO, gab das Oberlandesgericht Oldenburg statt.

### Prüfungsrelevanz:

Zwar dürfte die verfahrensrechtliche Einleitung des vorliegenden Falles in der Form einer sofortigen Beschwerde der Staatsanwaltschaft gegen einen die Eröffnung des Hauptverfahrens ablehnenden Beschluss des Gerichts der Hauptsache eher im zweiten Examen von Bedeutung sein. Die vom OLG Oldenburg angesprochene materiell-rechtliche Frage, ob eine Drohung mit einem Unterlassen zu einer Strafbarkeit wegen Erpressung, § 253 I StGB, oder Nötigung, § 240 I StGB, führen kann, stellt allerdings in beiden Examen ein klassisches Problem dar.

Insgesamt besteht Einigkeit in Rechtsprechung und

Lehre darüber, dass auch eine Drohung mit einem Unterlassen im Rahmen der §§ 240, 253 StGB strafbar sein kann. Streitig ist allerdings, ob in einem solchen Falle für eine Strafbarkeit besondere Voraussetzungen erfüllt sein müssen (vgl. die Darstellung bei Wessels/Hettinger, BT I, Rn 407 ff.). Ein Großteil der Literatur geht - in Übereinstimmung mit der früheren Rechtsprechung - davon aus, dass eine Drohung mit einem Unterlassen nur dann zu einer Strafbarkeit führen kann, wenn den Täter eine Rechtspflicht zur Vornahme der Handlung trifft, deren Unterlassen er androht (BGH, NSTz 1982, 287; Joecks, § 240 Rn 25; SK-Horn/Wolters, § 240 Rn 16, 43; Wessels/Hettinger, BT I, Rn 407; Schubarth, JuS 1981, 726). Denn wenn der Täter lediglich mit dem Unterlassen einer Handlung drohe, zu deren Vornahme er gar nicht verpflichtet sei, dann schränke er den Handlungsspielraum des Opfers nicht ein - was aber der Strafgrund der genannten Tatbestände sei -, sondern erweitere diesen, wobei er lediglich die Erweiterung von der Erfüllung einer Bedingung abhängig mache. Der BGH hat jedoch mittlerweile seine Rechtsprechung geändert und hält eine Verwirklichung der Tatbestände der §§ 240 I, 253 I StGB auch dann für möglich, wenn der Täter mit dem Unterlassen einer Handlung droht, zu deren Vornahme er nicht verpflichtet ist (BGHSt 31, 195, 200; Fischer, § 240 Rn 34; Schönke/Schröder-Eser, § 240 Rn 10; Stoffers, JR 1988, 492, 496). Da es bei einer Drohung mit einer Handlung nicht darauf ankomme, ob die angedrohte Handlung rechtmäßig oder rechtswidrig sei, könne auch bei einer Drohung mit einem Unterlassen nicht maßgeblich sein, ob der Drohende eine Handlungspflicht habe (was das Unterlassen rechtswidrig machen würde) oder nicht. Maßgeblich sei insofern lediglich, dass der Inhalt der Drohung ein empfindliches Übel sei, also ein so gewichtiger Nachteil, dass seine Ankündigung dazu geeignet erscheint, das Opfer zu dem vom Täter beehrten Verhalten zu veranlassen,

dass der Täter zumindest behauptete, Herr des Geschehens zu sein und dessen weiteren Ablauf kontrollieren zu können und die Verbindung von Mittel und Zweck verwerflich sei. Insbesondere letzteres sei aber im Rahmen der erforderlichen Verwerflichkeitsprüfung, §§ 240 II, 253 II StGB, festzustellen und nicht durch eine pauschale Verneinung des Tatbestandes vorwegzunehmen. Dieser Rechtsprechung folgt auch das OLG Oldenburg in der vorliegenden Entscheidung.

#### **Vertiefungshinweise:**

□ Zur Strafbarkeit einer Drohung mit einem Unterlassen: *BGHSt* 31, 195; 44, 251; *BGH*, StV 1996, 482; *NJW* 1998, 2612; *NStZ-RR* 2007, 16; *OLG Karlsruhe*, *NJW* 2004, 3724; *Puppe*, *JZ* 1989, 597; *Schubarth*, *JuS* 1981, 726; *Sinn*, *NStZ* 2000, 195; *Stoffers*, *JR* 1988, 492

#### **Kursprogramm:**

- *Examenskurs*: "Die Ladendiebin"
- *Examenskurs*: "Feindschaftsdienst"

#### **Leitsatz:**

**Verlangt ein mit der zuständigen Staatsanwältin verheirateter Richter von einem Beschuldigten, der durch das Ermittlungsverfahren zunehmend in erhebliche wirtschaftliche Schwierigkeiten gerät, die Zahlung eines Geldbetrags mit der - für den Beschuldigten glaubhaften - Ankündigung, im Falle der Zahlung werde er eine Verfahrenseinstellung bewirken, anderenfalls nicht, so liegt darin die Drohung mit einem empfindlichen Übel im Sinne des Erpressungstatbestands.**

#### **Sachverhalt:**

Die Staatsanwaltschaft Osnabrück hat die Angeschuldigte zur Großen Strafkammer des LG Oldenburg wegen in O., A. und anderenorts begangener Straftaten angeklagt. Die Angeschuldigte S, eine Staatsanwältin, ist einer Verletzung des Dienstgeheimnisses (§ 353b I StGB) in Tateinheit mit ordnungswidriger Offenbarung personenbezogener Daten (§ 29 NdsDatenschutzG - NdsDSG) angeklagt, begangen durch Gewähren von Einsicht in die Akte des gegen D bei der Staatsanwaltschaft A. geführten Ermittlungsverfahrens und durch Überlassen von Informationen und Aktenbestandteilen daraus an ihren Ehemann, den Angeschuldigten H. Diesem - einem Richter - und dem Angeschuldigten Y wird in der Anklage zur Last gelegt, mittels der so erlangten Kenntnisse gemeinschaftlich versucht zu haben, Z zu erpressen (§§ 253 I-III, 22, 23 StGB) und tateinheitlich damit in Bereicherungsabsicht nicht allgemein zugängliche personenbezogene Daten unbefugt übermittelt und genutzt zu ha-

ben (§ 28 I NdsDSG), indem sie von Z eine Zahlung von 5000 Euro und den Abschluss eines Beratervertrags mit einer regelmäßigen monatlichen Zahlung von 500 Euro zzgl. Mehrwertsteuer unter Hinweis darauf forderten, im Falle der Zahlung eine umgehende Einstellung des Ermittlungsverfahrens nach § 153a StPO zu bewirken, das anderenfalls zum Schaden des Unternehmens von Z - auch durch Einschaltung der Steuerfahndung und Beschlagnahme betriebswichtiger Unterlagen - fortgeführt werde. Dem gegen Z wegen Betrugs und Urkundenfälschung geführten Ermittlungsverfahren lag der Verdacht zu Grunde, er habe Kunden der von ihm geführten Z-GmbH - auch durch Vorlage einer gefälschten Bescheinigung - wahrheitswidrig vorgetäuscht, dass die für die in Auftrag gegebenen Stahlbauarbeiten zwingend erforderliche fachliche Herstellerqualifikation für Schweißarbeiten vorläge; ferner bestand der Verdacht, Z habe vertragswidrig eine minderwertige Stahlart einbauen lassen. Z ließ die Vorwürfe durch seinen Verteidiger abstreiten. Der Z-GmbH war nach dessen Angabe durch das Ermittlungsverfahren und die - mit Namensnennung - darüber erfolgte Presseberichterstattung ein sehr großer wirtschaftlicher Schaden entstanden. Neben der versuchten Erpressung legt die Staatsanwaltschaft den Angeschuldigten H und Y ferner zur Last, gemeinsam einen Betrug (§ 263 I, III Nr. 2 StGB) zum Schaden von J begangen zu haben.

#### **Aus den Gründen:**

Die 3. Große Strafkammer des LG Oldenburg hat die Eröffnung des Hauptverfahrens abgelehnt, soweit dem Angeschuldigten H der Versuch einer Erpressung zur Last gelegt wird. Zugleich hat sich das LG für im Übrigen örtlich unzuständig erklärt. Gegen den Nichteröffnungsbeschluss hat die Staatsanwaltschaft sofortige Beschwerde und gegen die örtliche Unzuständigkeitserklärung Beschwerde eingelegt. Beide Rechtsmittel waren erfolgreich. Das LG Oldenburg wurde für örtlich zuständig erklärt. Die Anklage wurde, soweit durch sie dem Angeschuldigten H der Versuch einer Erpressung zur Last gelegt wird, zur Hauptverhandlung zugelassen; das Hauptverfahren wurde vor einer anderen Großen Strafkammer des LG Oldenburg eröffnet.

Der Angeschuldigte H ist nach dem Ergebnis der Ermittlungen der ihm in der Anklageschrift zur Last gelegten versuchten Erpressung in einem die Eröffnung des Hauptverfahrens rechtfertigenden Maße hinreichend verdächtig, § 203 StPO.

Dabei kommt es nicht entscheidend darauf an, ob - wofür allerdings einiges spricht - die von der Anklage angenommene Drohung mit einer zum Nachteil von Herrn Z besonders verschärften Art und Weise der

Fortführung des Ermittlungsverfahrens wahrscheinlich bewiesen werden kann. Dies kann für die hier zu treffende Entscheidung offenbleiben. Denn entgegen der Ansicht des LG war auch bereits die - nach dem Ermittlungsergebnis mit sehr hoher Wahrscheinlichkeit in einer Hauptverhandlung beweisbare - beiden Angeschuldigten als Mittäter zuzurechnende Ankündigung, bei Zahlung des Verlangten durch Z werde man eine Einstellung des Ermittlungsverfahrens bewirken, anderenfalls nicht, eine Drohung mit einem empfindlichen Übel im Sinne des Erpressungstatbestands.

Bei einem derartigen Drohen mit einem Unterlassen ist nach der von der Literatur weithin geteilten (vgl. Eser, in: Schönke/Schröder, StGB, 77. Aufl., § 240 Rdnr. 20 u. die dortigen Nachw.) Rechtsprechung des BGH darauf abzustellen, ob tatsächlich oder nach den Befürchtungen des Bedrohten die Herbeiführung oder Verhinderung des angedrohten Nachteils in der Macht des Täters steht, ob das in Aussicht gestellte Übel so erheblich ist, dass nicht erwartet werden kann, der Adressat werde der Drohung unter den konkret gegebenen Umständen in besonnener Selbstbehauptung standhalten, und ob die Verquickung von Mittel und Zweck als verwerflich zu bewerten ist (vgl. BGHSt 31, 195 [201] = NJW 1983, 765 = NSStZ 1983, 312).

Diese Voraussetzungen sind hier nach dem Ergebnis der Ermittlungen erfüllt. Die Verwerflichkeit der Verquickung einer eigennützigen Geldforderung mit der Ankündigung, nur im Falle der Zahlung die Einstellung eines staatsanwaltlichen Ermittlungsverfahrens zu bewirken, ist offenkundig. Auch die Möglichkeit des Angeschuldigten H, eine Einstellung des Ermittlungsverfahrens und damit eine Beendigung des darin liegenden zunehmenden Übels zu bewirken, war jedenfalls aus der Sicht von Z, nach dem aus dem Akteninhalt erkennbaren Maß der Beeinflussung der Diensttätigkeit der angeschuldigten Staatsanwältin S durch ihren Ehemann mit hoher Wahrscheinlichkeit aber auch tatsächlich gegeben. Schließlich konnte von Z auch nicht erwartet werden, dem in Aussicht gestellten Übel standzuhalten. Denn schon die Einleitung des Ermittlungsverfahrens hatte schwerwiegende wirtschaftliche Nachteile für sein Unternehmen gebracht. Diese verschlimmerten sich nach den Presseveröffentlichungen schon durch den bloßen Zeitablauf immer mehr, weil vor Klärung des strafrechtlichen Vorwurfs, der die Qualität der Leistungen des von ihm geführten Unternehmens betraf, von seinen Kunden bedeutende Aufträge zurückgehalten wurden und das Unternehmen zunehmend in Existenznot geriet.

Insbesondere diesen zuletzt genannten Umstand hat das LG nicht ausreichend gewürdigt. Z war gerade nicht nur vor die Wahl zwischen dem Beibehalten des

status quo oder dem Ergreifen einer zusätzlichen Handlungsalternative gestellt worden. Ihm drohte vielmehr durch das - von dem Verhalten der Angeschuldigten abhängige - Fortführen des Ermittlungsverfahrens ein sich kontinuierlich vergrößernder schwerer wirtschaftlicher Schaden, worin ein empfindliches Übel im Sinne des Erpressungstatbestands liegt (vgl. Träger/Alt Vater, in: LK-StGB, 77. Aufl., § 240 Rdnr. 64). Den Angeschuldigte war nach dem Ermittlungsergebnis die sich zuspitzende wirtschaftliche Bedrohung von Z bewusst; sie war sozusagen das Fundament ihres Tatplans.

Soweit das LG für seine abweichende Ansicht unter Berufung auf die in BGHSt 44, 68 (75) (= NJW 1998, 2612 = NSStZ 2000, 195 L) und BGHSt 44, 251 (255) (= NJW 1999, 800) veröffentlichten Entscheidungen des BGH darauf abstellt, dass es kein strafrechtlich relevantes Androhen eines Übels sei, wenn der Adressat vor die Wahl gestellt werde, sich eine erwünschte, erhoffte oder angestrebte Verbesserung der Umstände zu erkaufen, oder es bei dem bestehenden Zustand zu belassen, erfasst das LG nicht vollständig den Sachverhalt (s. o.), aber auch nicht den Inhalt der angeführten Entscheidungen des BGH. Dieser hat in dem zuerst zitierten Beschluss das vom LG Angeführte lediglich als eine in der Literatur vertretene Ansicht referiert und sich dieser ausdrücklich nicht angeschlossen, und zwar gerade in Hinblick auf Fallgestaltungen, bei denen die Fortdauer eines Übels für den Adressaten ein besonderes, dem Eintritt eines neuen Übels gleichwertiges Gewicht erlangt. Eben dies ist aber hier der Fall in Gestalt des staatsanwaltlichen Ermittlungsverfahrens und seiner zunehmend schwerwiegenden wirtschaftlichen Folgen (s. o.). Die zweite vom LG angeführte Entscheidung des BGH betrifft eine mit der vorliegenden nicht vergleichbare Sachlage, nämlich das bloße Drohen mit dem Abbruch von Geschäftsbeziehungen bei Nichtzahlen von "Schmiergeldern". Im Übrigen hat der BGH selbst für diese Fallkonstellation einer Einschränkung des Erpressungstatbestands die Anerkennung versagt, wenn der Adressat der Drohung bei Nichteingehen auf den Täterwunsch in existenzielle wirtschaftliche Not gerät, wovon im vorliegenden Fall nach dem Ermittlungsergebnis indessen auszugehen ist.

Da hiernach auch die sonstigen Voraussetzungen einer Strafbarkeit wegen einer versuchten Erpressung im Sinne der Anklage vorliegen, ist der Angeschuldigte H entgegen der Annahme des LG insoweit in einem die Eröffnung des Hauptverfahrens nach § 203 StPO rechtfertigenden Maß hinreichend verdächtig.

Der angefochtene Beschluss kann auch insoweit keinen Bestand haben, als sich das LG Oldenburg darin

für örtlich unzuständig erklärt hat. [...]

Nach alledem war auf die Rechtsmittel der StA der angefochtene Beschluss aufzuheben, das LG Oldenburg für örtlich zuständig zu erklären, die Anklage im Anklagepunkt I 1a zuzulassen und das Hauptverfahren insoweit zu eröffnen. Über die Eröffnung des Hauptverfahrens in den übrigen Anklagepunkten kann der

Senat nicht entscheiden, weil er als Beschwerdegericht nur mit der Ablehnung der Eröffnung in dem einen Anklagepunkt befasst ist. Insoweit wird das LG nunmehr eine Entscheidung zu treffen haben.

Der Senat hat von § 210 III 1 StPO Gebrauch gemacht und das Hauptverfahren vor einer anderen Großen Strafkammer des LG Oldenburg eröffnet. [...]

## Urteile in Fallstruktur

**Standort: Öffentliches Recht**

**Problem: Rückwirkungsverbot, Gleichbehandlung**

BVERFG, BESCHLUSS VOM 18.09.2008  
2 BvR 1817/08 (DVBL 2008, 1440)

### Problemdarstellung:

Das BVerfG hatte sich im vorliegenden Beschluss mit der Reichweite des strafrechtlichen Rückwirkungsverbots in Art. 103 II GG zu beschäftigen. Im Fall war die Strafbarkeit (genauer: Ordnungswidrigkeit) der Tat im Zeitpunkt ihrer Begehung zwar gesetzlich bestimmt, jedoch entstand danach durch eine Änderung von Vorschriften (vorübergehend) eine Verfolgungslücke.

Das BVerfG stellt zunächst klar, dass sich Art. 103 II GG auch auf Ordnungswidrigkeiten erstreckt (st.Rspr.). Sodann führt das Gericht aus, dass eine Strafverfolgungslücke verwechselt werden dürfe. Art. 103 II GG lege nur fest, ab wann eine Strafverfolgung möglich sei (nämlich ab gesetzlicher Bestimmung der Strafbarkeit der Tat), nicht wie lange. Daraus folgt auch, dass das sog. "Meistbegünstigungsgebot" des § 4 III OWiG nicht in Art. 103 II GG verankert sei, weil dieses nichts an der Bestimmung der Strafbarkeit im Zeitpunkt der Tatbegehung ändere. Art. 103 II GG verbietet m.a.W. eine Bestrafung ohne Gesetz, er gebietet aber nicht eine Begünstigung des Täters im Falle nachträglicher Gesetzesänderungen.

### Prüfungsrelevanz:

Die Verurteilung wegen einer Ordnungswidrigkeit ist auf einfachgesetzlicher Ebene zunächst ein strafrechtliches Problem, lässt sich auf verfassungsrechtlicher Ebene aber leicht in eine öffentlich-rechtliche Examensklausur übernehmen, weil es sich gut mit der Verletzung anderer Grundrechte kombinieren lässt. Man denke nur an das Versammlungsgesetz des Bundes, dessen §§ 21 ff. zahlreiche Straf- und Bußgeldvorschriften enthalten. Eine (zu Prüfungszwecken fiktive) Änderung der Rechtslage und Abkehr vom Meistbegünstigungsprinzip unterstellt, stellten sich dort die selben Probleme wie hier: Eine Verfassungsbeschwerde könnte sich etwa gegen die Auflösung einer Versammlung nach § 15 II VersG und die Verhängung einer Geldbuße wegen deren Nichtbefolgung nach § 26 VersG richten. Beide wären zunächst an Art. 8 I GG, letztere sodann ferner an Art. 103 II GG zu messen.

Die Entscheidung des BVerfG liegt i.Ü. ganz auf der Linie der Fachgerichte, die einen Verstoß gegen Art. 103 II GG durch den hier einschlägigen § 8 III FPersG - soweit ersichtlich - übereinstimmend verneinen (vgl. Vertiefungshinweise).

### Vertiefungshinweise:

□ Kein Verstoß des § 8 III FPersG gegen Art. 103 II GG: *OLG Düsseldorf*, NJW 2008, 930 [931]; *OLG Bamberg*, DAR 2008, 99 [100]; *OLG Dresden*, DAR 2008, 153; *OLG Koblenz*, NZV 2008, S. 311 [312]

### Kursprogramm:

□ Examenskurs: "X Y Z"

### Leitsätze (der Redaktion):

**1. Art. 103 II GG äußert sich nur über das "von wann an", nicht jedoch über das "wie lange" der Strafverfolgung.**

**2. Das in §§ 2 III StGB und 4 III OWiG geregelte sog. "Meistbegünstigungsprinzip" ist nicht in Art. 103 II GG verfassungsrechtlich verankert.**

### Sachverhalt:

Bis zum 10. April 2007 waren die zulässigen Tageslenkzeiten im Güterverkehr in Art. 6 der Verordnung 3820/85/EWG geregelt. Ein Verstoß des Fahrers gegen die dort bestimmten Lenkzeiten wurde in Deutschland durch § 8 I Nr. 2 b Fahrpersonalgesetz (FPersG) i.V.m. § 22 II Nr. 3 der Fahrpersonalverordnung (FPersV) als Ordnungswidrigkeit geahndet. Mit Wirkung vom 11.04.2007 ersetzte die Verordnung 561/2006/EG die Verordnung 3820/85/EWG, so dass die Verweisung des § 22 FPersV auf die frühere EWG-Verordnung ins Leere ging. Mit Wirkung vom 14. Juli 2007 wurde § 8 FPersG um folgenden Absatz 3 ergänzt:

„(3) Ordnungswidrigkeiten gemäß § 8 FPersG, die bis zum 10. April 2007 unter Geltung der Verordnung 3820/85/EWG begangen wurden, werden abweichend von § 4 III OWiG nach den zum Zeitpunkt der Tat geltenden Bestimmungen geahndet.“

§ 4 III OWiG bestimmt ansonsten, dass das mildeste Gesetz anzuwenden ist, wenn das Gesetz, das bei Beendigung der Handlung gilt, vor der Entscheidung geändert wird. Die Einfügung des § 8 III FPersG erst zum 14.7.2007 hatte somit zur Folge, dass zwischen

dem 11.4.2007 und dem 14.7.2007 das sog. "Meistbegünstigungsprinzip" des § 4 III OWiG galt.

Das Regierungspräsidium Gießen erließ gegen den Beschwerdeführer (Bf.) am 29.10.2007 einen Bußgeldbescheid wegen Überschreitens der Lenkzeiten in drei Fällen zwischen dem 6. und 12. Dezember 2006. Nach Einspruch verurteilte das Amtsgericht Limburg ihn am 9.1.2008 zu Geldbußen in Höhen von insgesamt 210 €. Rechtsbehelfe hiergegen blieben erfolglos.

Der Bf. erhebt nun Verfassungsbeschwerde. Er meint, die Abschaffung des Meistbegünstigungsprinzips des § 4 III OWiG durch § 8 III FPersG sei verfassungswidrig. Außerdem sei er durch seine Verurteilung ohne sachlichen Grund schlechter gestellt als andere Betroffene, denn viele Verfahren von Betroffenen, die zum selben Zeitpunkt wie er die Lenkzeiten überschritten hätten, seien - was zutrifft - in dem Zwischenzeitraum entschieden worden mit der Folge, dass diese Betroffenen freigesprochen wurden.

Ist die zulässige Verfassungsbeschwerde begründet?

### **Lösung:**

Die Verfassungsbeschwerde ist begründet, soweit der Bf. in einem Grundrecht oder grundrechtsgleichen Recht i.S.d. Art. 93 I Nr. 4a GG verletzt ist.

#### *A. Verletzung von Art. 103 II GG*

Zu den grundrechtsgleichen Rechten des Art. 93 I Nr. 4a GG gehört auch Art. 103 II GG. Nach Art. 103 II GG darf eine Tat nur bestraft werden, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen worden ist. Fraglich ist, ob dieser Grundsatz hier verletzt wurde.

#### *I. Straftat*

Seinem Wortlaut nach verbietet Art. 103 II GG eine Bestrafung ohne Gesetz nur, wenn die "Strafbarkeit" gesetzlich bestimmt war. Der Bf. hat sich jedoch keiner Straftat, sondern lediglich einer Ordnungswidrigkeit schuldig gemacht.

Das strafrechtliche Rückwirkungsverbot gilt nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts aber für jede Art von Repression und Strafe, somit auch für Bußgeldtatbestände (vgl. BVerfGE 38, 348 [371 f.]; 41, 314 [319]; 81, 132 [135]; 87, 363 [391]). Sonst könnte der Schutzbereich leicht umgangen werden, indem die strafende Repression in eine Ordnungswidrigkeit gekleidet würde.

#### *II. Strafbarkeitslücke*

Fraglich ist, ob hier tatsächlich ohne Gesetz gestraft wurde. Art. 103 II GG schützt nämlich nur vor der rückwirkenden Anwendung (neuen) materiellen Rechts zu Lasten des Täters, besagt aber nichts über

die Dauer des Zeitraums, während dessen eine in verfassungsgemäßer Weise für strafbar erklärte Tat verfolgt werden darf. In den Worten des BVerfG:

"[13] [Art. 103 II GG] äußert sich also nur über das 'von wann an', nicht jedoch über das 'wie lange' der Strafverfolgung (vgl. BVerfGE 81, 132 [135]). Dies entspricht auch seinem Zweck, nämlich zu verhindern, dass jemand aufgrund eines Gesetzes bestraft wird, das zur Zeit der Tat noch nicht in Kraft war, so dass dem Täter die Strafandrohung nicht bekannt sein konnte (vgl. BVerfGE 25, 269 [284 f.]; 81, 132 [135]). Der Einzelne soll von vornherein wissen, was strafrechtlich verboten ist und welche Strafe droht. Dass eine Tat nach ihrer Begehung vorübergehend nicht mit Strafe bedroht war, betrifft daher das verfassungsrechtliche Rückwirkungsverbot nicht (vgl. BVerfGE 81, 132 [135])."

*[Anm.: Danach wäre auch im Strafrecht eine Abweichung von § 2 III StGB nicht an Art. 103 II GG zu messen (vgl. dazu Schönke/Schröder-Eser, StGB, § 2 Rn. 16.)]*

#### *III. Subsumtion*

Im vorliegenden Fall setzt § 8 III FPersG das sog. "Meistbegünstigungsprinzip" des § 4 III OWiG außer Kraft, indem bestimmt wird, dass statt der günstigsten Regelung das zum Tatzeitpunkt geltende Recht maßgeblich sein soll. Nach dem zuvor Gesagten gebietet Art. 103 II GG aber nicht die Meistbegünstigung, sondern nur eine strafbegründende Norm im Zeitpunkt der Tat. Deshalb sieht das BVerfG hier keine verbotene Rückwirkung:

"[14] Eine gegen Art. 103 II GG verstoßende rückwirkende Anwendung von Bußgeldvorschriften zuungunsten des Bf. wird durch § 8 III FPersG danach nicht bestimmt. [...] Das Prinzip der Meistbegünstigung in § 4 III OWiG ist [...] nicht wegen Art. 103 II GG geboten (vgl. BVerfGE 81, 132 [136 f.]; König, in: Göhler, OWiG, 14. Aufl. 2006, § 4 Rn. 4), so dass sein Ausschluss durch § 8 III FPersG keinen Verfassungsverstoß begründen kann. [...] Im Übrigen lässt § 8 III FPersG sowohl den Unrechtsgehalt wie auch die Folgen eines Verstoßes gegenüber der zum Tatzeitpunkt geltenden Rechtslage unverändert. Die Regelung bewirkt weder eine Strafschärfung noch eine neue Strafbegründung, sondern lediglich, dass durch die im Zeitraum zwischen dem 11.04.2007 und dem 13.07.2007 bestehende Ahnungslücke die Verfolgung von vor diesem Zwischenzeitraum begangenen Taten nicht ausgeschlossen wird. Das steht nach dem oben Ausgeführten ebenfalls nicht in Widerspruch zu Art. 103 II GG."

*[Anm.: Käme man zu einer Strafe ohne Gesetz, wäre diese automatisch verfassungswidrig. Art. 103 II GG*

kennt keine Schranken, die ein solches staatliches Verhalten rechtfertigen könnten. Kollidierendes Verfassungsrecht käme zwar als "verfassungsimmanente Schranke" theoretisch in Betracht; tatsächlich findet sich im GG jedoch keine Norm, die gegen Art. 103 II GG ins Feld geführt werden könnte.]

### B. Verstoß gegen Art. 3 I GG

Fraglich ist, ob der Bf. sich darauf berufen kann, dass die angegriffenen Entscheidungen gegen den Gleichheitsgrundsatz des Art. 3 I GG verstoßen, weil er gegenüber anderen Betroffenen, über deren Verfahren während des Zwischenzeitraums durch Freispruch entschieden wurde, schlechter gestellt wird.

"[16] Der Gleichheitssatz gebietet dem Gesetzgeber, wesentlich Gleiches nicht willkürlich ungleich und wesentlich Ungleiches nicht willkürlich gleich zu behandeln."

#### I. Wesentlich Gleiches

"Wesentlich Gleiches" in diesem Sinne liegt vor, wenn die zu vergleichenden Fallgruppen so weitgehende Gemeinsamkeiten aufweisen, dass sie sich mit hinreichender Schärfe von anderen Fällen unterscheiden lassen. Dies ist jedenfalls dann der Fall, wenn sich ein gemeinsamer Oberbegriff finden lässt, der sie - und nur sie - kennzeichnet. Zunächst sind also die Vergleichsgruppen zu bestimmen. Sodann ist nach ihrer Vergleichbarkeit im o.g. Sinne zu fragen.

#### 1. Verfahrensdauer

Der Bf. vergleicht zunächst seine Verfahrensdauer mit der anderer Verfahren, die noch während der Verfolgungslücke, also vor dem 14.07.2007, entschieden wurden. Das BVerfG sieht unterschiedliche Verfahren wegen der jeweils unterschiedlichen Ausgangslagen jedoch nicht als "wesentlich gleich" an:

"[17] Der Beschwerdeführer kann auch nicht deshalb einen Verstoß gegen Art. 3 I GG geltend machen, weil sein Verfahren nicht in dem Zwischenzeitraum der Straflosigkeit entschieden wurde. Die Dauer eines Gerichtsverfahrens hängt von einer Vielzahl von Faktoren ab, die von sämtlichen Beteiligten und den objektiven Umständen bestimmt werden. Mangels einer vergleichbaren Ausgangssituation kann sich der Beschwerdeführer daher nicht darauf berufen, dass die Bußgeldverfahren von anderen Betroffenen in kürzerer Zeit mit dem Ergebnis eines Freispruchs abgehandelt worden seien. Der Beschwerdeführer hat auch nicht geltend gemacht, dass das Amtsgericht Limburg die Verhandlung bis zum Inkrafttreten der Neuregelung des § 8 Abs. 3 FPersG bewusst hinausgezögert hätte."

#### b. Tatzeitpunkt

"Wesentlich gleich" könnten jedoch die Taten sein.

Stellt man auf das Überschreiten der Lenkzeiten ab, liegen möglicherweise identische, jedenfalls aber vergleichbare Verhaltensweisen vor. "Betroffene, die zur gleichen Tatzeit die zulässigen Tageslenkzeiten im Güterverkehr überschritten haben" eignet sich daher als gemeinsamer Oberbegriff.

#### 2. Ungleichbehandlung

Eine Ungleichbehandlung liegt vor, wenn tatsächlich oder rechtlich unterschiedliche Folgen bewirkt werden. Wird ein Betroffener verurteilt und ein anderer Betroffener wegen einer identischen, zum selben Zeitpunkt verübten Tat nicht, liegt eine Ungleichbehandlung vor.

#### 3. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

##### a. Willkürverbot

Das BVerfF entnimmt Art. 3 I GG zunächst (nur) ein Willkürverbot:

"[16] [Dem Gesetzgeber] kommt eine weitgehende Gestaltungsfreiheit zu, die erst dort endet, wo die ungleiche Behandlung der Lebenssachverhalte nicht mehr mit einer am Gerechtigkeitsgedanken orientierten Betrachtungsweise vereinbar ist, weil ein einleuchtender Grund für die gesetzliche Differenzierung offensichtlich fehlt, es sich demnach um Regelungen handelt, die unter keinem sachlichen Gesichtspunkt gerechtfertigt sind und damit als willkürlich erscheinen (vgl. BVerfGE 75, 108 [157]; 78, 249 [287]; BVerfGK 2, 149 [163])."

Einen Verstoß gegen das Willkürverbot sieht das Gericht hier allerdings nicht:

"[16] Ausweislich der Beschlussempfehlung des Ausschusses für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung zum Gesetzentwurf soll mit § 8 III FPersG eine ungerechtfertigte Straflosigkeit vermieden werden (vgl. BT-Drucks. 16/5238, S. 8), mithin ein gesetzgeberisch nicht gewollter Zustand beseitigt werden. Dies stellt eine ausreichende sachliche Erwägung dar, so dass das Willkürverbot durch den Gesetzgeber nicht verletzt worden ist (vgl. OLG Düsseldorf, NJW 2008, S. 930 [931])."

##### b. Neue Formel

Bei besonders belastenden Ungleichbehandlungen ist es mit dieser Willkürformel jedoch nicht getan. Vielmehr ist dann eine Abwägung der für die Ungleichbehandlung sprechenden Umstände mit den gegenläufigen Interessen des Betroffenen erforderlich, die sich an den Grundsätzen der Verhältnismäßigkeit zu orientieren hat (sog. "neue Formel").

Ob hier eine besonders gravierende Ungleichbehandlung in diesem Sinne vorliegt oder nicht, könnte dahinstehen, wenn die Verurteilung des Bf. jedenfalls

verhältnismäßig wäre.

Dass sie mit schuldangemessener Strafe und spezialpräventiven Absichten legitime Zwecke verfolgt, steht außer Frage, ebenso ihre grundsätzliche Geeignetheit und Erforderlichkeit zur Erreichung derselben. Hinsichtlich der Angemessenheit ist zu sagen, dass die Ordnungswidrigkeit des Handelns des Bf. die ganze Zeit über bestimmt war, er mithin den Unrechtsgehalt seiner Tat hätte erkennen können. Daran ändert die vorübergehende Verfolgungslücke schon deshalb nichts, weil diese im Zeitpunkt der Taten des Bf. im Dezember 2006 noch nicht bestand, er sich also auch nicht auf eine Sanktionslosigkeit verlassen durfte. Die Straf- und Ordnungswidrigkeitengesetze verbieten das sanktionierte Verhalten (und gebieten normkonformes Verhalten) im Übrigen auch unabhängig von der Frage, ob ein Verstoß geahndet werden kann oder nicht.

Dass allein die Höhe der Geldbuße von 210 i unverhältnismäßig wäre, lässt sich dem Sachverhalt nicht entnehmen. Es ist zudem nicht Aufgabe des BVerfG, diese ähnlich einer "Superrevisionsinstanz" zu überprüfen. Vielmehr könnten nur spezifische Verfassungsverstöße korrigiert werden, wie etwa eine willkürliche Strafzumessung, für die hier nichts ersichtlich ist. Somit ließe sich selbst unter Anwendung der "neuen Formel" kein Verstoß gegen Art. 3 I GG fest-

stellen.

*[Anm.: Ob eine besonders gravierende Ungleichbehandlung im Sinne der "neuen Formel" vorliegt, hängt vom Einzelfall ab, kann jedoch anhand objektiver Kriterien näher bestimmt werden. Drei Kriterien haben sich herausgebildet: Für eine hohe Belastung kann erstens sprechen, dass neben Gleichheits- noch Freiheitsgrundrechte betroffen sind. Ein zweites Indiz ist die Ähnlichkeit des Differenzierungskriteriums mit den in Art. 3 III GG genannten, personenbezogenen Kriterien. Denn wenn dort eine Ungleichbehandlung gänzlich verboten ist, soll eine ähnliche, nur an Art. 3 I GG zu messende Ungleichbehandlung zumindest in eine Abwägung münden. Drittens schließlich mag eine Ungleichbehandlung besonders belasten, auf die der Betroffene keinen Einfluss hat.*

*Das BVerfG hat in seiner hier besprochenen Originalentscheidung zur "neuen Formel" jedoch kein Wort verloren, sodass die Ausführungen hierzu bewusst knapp gehalten wurden.]*

#### C. Ergebnis

Eine Verletzung anderer Grundrechte oder grundrechtsgleicher Rechte ist nicht ersichtlich, sodass die Verfassungsbeschwerde des Bf. unbegründet ist.

## Standort: Bereicherungsrecht

## Problem: Schenkkreis

OLG MÜNCHEN, 29.10.2008

7 U 3747/08 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

### Problemdarstellung:

Der Kl. verlangt von der Bekl. aus eigenem und aus abgetretenem Recht die Rückzahlung von Geldern, die im Rahmen der Durchführung einer so genannten „Schenkkreis-Veranstaltung“ an die Bekl. übergeben worden sind.

Dieser Schenkkreis war pyramidenartig organisiert. Er bestand aus 15 Plätzen, die in vier Stufen angeordnet waren, wobei auf der ersten und untersten Stufe acht Plätze, der zweiten Stufe vier Plätze, der dritten Stufe zwei Plätze vorgesehen waren und auf der vierten Stufe ein Platz an der Spitze dieser Pyramide angeordnet war. Jeder Platz konnte mit mehreren Personen besetzt werden. Der Schenkkreis sollte in der Form durchgeführt werden, dass diejenigen, die die auf der untersten Stufe angeordneten acht Plätze besetzen, pro Platz 5.000,00 i an den oder die Inhaber des auf der vierten Stufe aufgeführten Spitzenplatzes schenken. Nach Durchführung dieser Schenkung fällt der Platz auf der obersten, vierten Stufe weg. Dieser Schenkkreis wird für die nächste Schenkrunde hälftig in der Mitte geteilt. Die auf der zweiten Stufe angesiedelten

Plätze nehmen in den so gebildeten zwei neuen Schenkkreisen die Spitzenposition ein, die Plätze auf den Stufen drei und vier rücken jeweils eine Stufe höher und die auf der vierten Stufe angesiedelten acht Plätze sind mit in dieses Spiel auf der untersten Stufe neu eintretenden weiteren Mitspielern zu besetzen, die in der nächsten Schenkrunde Schenkungen von 5.000,00 i pro Spielplatz an die Inhaber des auf der obersten vierten Stufe stehenden Platzes erbringen.

Die Klage hatte Erfolg.

### Prüfungsrelevanz:

Die Entscheidung des OLG München bestätigt die bisherigen Rechtsprechung des BGH zu den sog. Schenkkreisen (vgl. BGH, NJW 2006, 45; BGH, RA 2008, 427 = NJW 2008, 1942).

In dieser Entscheidung stellte sich die Frage, ob die bereicherungsrechtliche Rückforderung der zugewendeten Beiträge innerhalb des Schenkkreises in Übereinstimmung mit der vormaligen Rechtsprechung auch gegenüber dem Spitzenplatzinhaber des Charts bzw. gegenüber den 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 gem. § 138 I BGB (vgl. BGH, 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 Vorliegen 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 des Kl. als auch die der Bekl. als verwerflich i.S.v. § 138 I BGB einzuordnen, so dass der Ausschluss gruds. greift. Allerdings führt die Anwendbarkeit des § 817 S. 2 BGB in einigen Fällen, so auch hier, zu zweifelhaften Ergebnissen. Unter Berücksichtigung der Wertungen des § 138 I BGB ist in den Fällen die Anwendbarkeit des § 817 S. 2 BGB gesperrt, in denen der Schutzzweck der jeweiligen nichtigkeitsbegründenden Norm durch den Konditionsausschluss konterkariert würde. Es entstünde hier ein Wertungswiderspruch, wenn allein bei den Initiatoren oder den Spielern auf der ursprünglichen Empfängerposition die Konditionssperre des § 817 S. 2 BGB aufgehoben wäre - genau darauf bezieht sich die bisherige Rechtsprechung zu diesem Thema. Dadurch wäre 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 fol-

genden Stufen gezahlten Beträge dauerhaft verbleiben würden. Vielmehr muss auch hier eine Korrektur des § 817 S. 2 BGB vorgenommen werden, so dass ein Ausschluss zu verneinen ist.

Interessant an dieser Entscheidung ist, dass die Bekl. analog § 179 I 2. Fall BGB als Botin ohne Ermächtigung haftete. Auf den Boten ist die Norm aus dem Stellvertretungsrecht analog anzuwenden (vgl. Palandt-Heinrichs, BGB, § 179 Rn 2 a). Die Bekl., der im Rahmen der Haftung nach § 179 BGB die Darlegungslast für ihre Ermächtigung, als Botin bzw. Vertreterin des W. W. zu handeln, obliegt, hat eine Ermächtigung durch W. W., für diesen die Geldbeträge in Empfang nehmen zu dürfen, nicht dargetan. Damit handelte sie bei der Entgegennahme des Entgeltes ohne entsprechende Ermächtigung. Dass es dem Kl. entscheidend darauf ankam, dass das für W. W. bestimmte Geld an diesen auch weitergeleitet wird, ergibt sich schon daraus, dass nach dem Spielsystem nur bei korrekter Bezahlung an den auf der obersten Stufe stehenden zu Beschenkenden die Spielregeln erfüllt werden und die Spieler der ersten, untersten Stufe das Anrecht erwerben, bei der nächsten Runde dieses Schenkkreises in die nächst höhere Stufe aufzurücken.

Konsequenter Weise hat der erkennende Senat die Revision nicht zugelassen, weil die Voraussetzungen des § 543 II ZPO nicht vorliegen. Die Rechtssache hat keine grundsätzliche Bedeutung. Weder die Fortbildung des Rechts noch die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erfordern eine Entscheidung des Revisionsgerichts. Die Nichtanwendung der Konditionssperre nach § 817 S. 2 BGB auf allen Stufen des Schenkkreises ist durch die Entscheidung des BGH vom 13.03.2008 (NJW 2008, 1942) höchstrichterlich geklärt.

#### **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 2008, 427 = NJW 2008, 1942 (Rückforderung unter Mitspielern eines Schenkkreises); *BGH*, RA 2005, 735 = NJW 2006, 45 (Rückforderung eines Gebers vom Initiator eines Schenkkreises); *BGH*, RA 2005, 339 = NJW 2005,

1490 (bei Rückabwicklung des Kaufs eines Radarwarngerätes)

**Kursprogramm:**

- Examenskurs: "Schwarzarbeit"
- Examenskurs: "Von Titelhändlern und anderen selbstlosen Menschen"

**Leitsatz: (der Redaktion)**

**1. Die Sittenwidrigkeit der Schenkkreissysteme beruht darauf, dass der mit dem Schenkkreis beabsichtigte Zweck, selbst beschenkt zu werden, unter Inkaufnahme des Umstands verfolgt wird, dass die neu erworbenen Mitspieler, die sich zunächst auf der ersten und untersten Ebene der Pyramide beteiligen und ihren Spieleinsatz an den auf der obersten Stufe stehenden Mitspieler verschenken, nach wenigen Spielrunden leer ausgehen müssen, weil nicht genügend neue Mitspieler gefunden werden.**

**2. Der Anwendung von § 817 S. 2 BGB steht § 138 I BGB entgegen, weil Grund und Schutzzweck der Nichtigkeitssanktion des § 138 BGB gegen die Konditionssperre gemäß § 817 S. 2 BGB stehen (vgl. BGH, NJW 2008, 1942). § 138 I BGB geht vor, weil die Rechtsordnung, die die Sittenwidrigkeit eines wichtigen Rechtsgeschäftes festlegt, nicht dadurch unterlaufen werden soll, dass die Beteiligten dieses sittenwidrigen Geschäftes von dessen Sittenwidrigkeit Kenntnis haben und dieses gleichwohl tätigen in der Hoffnung, dass die bei diesem System zwingend auftretenden Verluste der am Schenkkreis Beteiligten, die nicht mehr in die Spitzenposition aufrücken, nicht von Ihnen, sondern von anderen getragen werden. Für dieses Ergebnis spricht auch der Schutz weiterer potentieller Teilnehmer des Schenkkreises, deren Anwerbung spielimmanent ist und die mit zunehmend schlechteren Gewinnchancen trotz erheblicher Einsätze das Spiel beginnen.**

**3. Diese Beurteilung gilt nicht nur für die Initiatoren des Schenkkreises, sondern für die Mitspieler auf allen Stufen des Schenkkreises (vgl. BGH, NJW 2008, 1942).**

**Sachverhalt:**

Der Kl. verlangt von der Bekl. aus eigenem und aus abgetretenem Recht die Rückzahlung von Geldern, die nach seinem Vortrag im Rahmen der Durchführung einer so genannten „Schenkkreis-Veranstaltung“ an die Bekl. übergeben worden sind.

Der Kl. und seine Lebensgefährtin I. G. nahmen am

14.05.2006 an einer Veranstaltung eines sog. „Schenkkreises“ im Hotel am Flughafen in X. teil. Dieser Schenkkreis war pyramidenartig organisiert. Er bestand aus 15 Plätzen, die in vier Stufen angeordnet waren, wobei auf der ersten und untersten Stufe acht Plätze, der zweiten Stufe vier Plätze, der dritten Stufe zwei Plätze vorgesehen waren und auf der vierten Stufe ein Platz an der Spitze dieser Pyramide angeordnet war. Jeder Platz konnte mit mehreren Personen besetzt werden. Der Schenkkreis sollte in der Form durchgeführt werden, dass diejenigen, die die auf der untersten Stufe angeordneten acht Plätze besetzen, pro Platz 5.000,00 € an den oder die Inhaber des auf der vierten Stufe aufgeführten Spitzenplatzes schenken. Nach Durchführung dieser Schenkung fällt der Platz auf der obersten, vierten Stufe weg. Dieser Schenkkreis wird für die nächste Schenkrunde hälftig in der Mitte geteilt. Die auf der zweiten Stufe angesiedelten Plätze nehmen in den so gebildeten zwei neuen Schenkkreisen die Spitzenposition ein, die Plätze auf den Stufen drei und vier rücken jeweils eine Stufe höher und die auf der vierten Stufe angesiedelten acht Plätze sind mit in dieses Spiel auf der untersten Stufe neu eintretenden weiteren Mitspielern zu besetzen, die in der nächsten Schenkrunde Schenkungen von 5.000,00 € pro Spielplatz an die Inhaber des auf der obersten vierten Stufe stehenden Platzes erbringen.

Sowohl der Kl. als auch die Zeugin G. haben der Bekl., die zusammen mit W. W. und H. E. den Spitzenplatz auf der vierten Stufe hat, jeweils 2.500,00 € geschenkt, wobei sie die Beträge an die Bekl. persönlich in bar übergeben haben. Zusätzlich haben der Kl. und die Zeugin G. an die Bekl. für den im Spitzenplatz der Pyramide eingetragenen W. W. jeweils 1.250 € übergeben. Dies erfolgte deshalb, weil die Bekl. erklärte, dass der Berechtigte W. W. verhindert sei und deshalb die Bekl. die Gelder in Empfang nehme. Über die jeweiligen Schenkungen waren Schenkungsurkunden ausgestellt worden, die sämtlich mit einem Anhang versehen worden waren. In diesem Anhang wurden die Schenker belehrt und erlangten genaue Kenntnis über die Abwicklung des Spieles und über den Umstand, dass spätere Schenker viel geringere Chancen auf Gewinn haben als die vorherigen.

Der Kl. macht Ansprüche aus eigenem Recht und aus abgetretenem Recht geltend. Die Zeugin G. hat ihre Ansprüche gegen die Bekl. wegen Übergabe der von ihr geleisteten insgesamt 3.750,00 € an den Kl. abgetreten.

Hat der Kl. Ansprüche gegen die Bekl.

- bezüglich der von ihm an die Bekl. entrichteten 2.500 € ?

- bezüglich der an den Mitspieler W.W. verschenkten Beträge?
- bezüglich der von der Zeugin G an den Kl. abgetretenen Ansprüche?

### **Lösung:**

*I. Teil: Ansprüche des Kl. wegen Rückzahlung der für die Bekl. bestimmten 2.500,00 i*

Der Kl. könnte einen Anspruch gegen die Bekl. wegen Rückzahlung der für die Bekl. bestimmten 2.500,00i haben.

#### *A. Anspruch gem. § 812 I 1 1. Fall BGB*

Der Kl. könnte einen Anspruch auf Rückzahlung gem. § 812 I 1 1. Fall BGB haben.

#### *I. Etwas erlangt*

Die Bekl. müsste etwas erlangt haben. Beachtlich ist jeder vermögenswerte Vorteil. Hierher gehören alle Rechte und Rechtspositionen, die dem Begünstigten zugefallen sind, einschließlich ihrer Verbesserungen oder Erweiterungen und selbständiger Vorstufen wie das Anwartschaftsrecht (Palandt-Sprau, § 812 Rn 17). Die Bekl. hat Besitz und Eigentum an den Geldscheinen, also einen vermögenswerten Vorteil, erlangt.

#### *II. Durch Leistung*

Der Vorteil müsste durch Leistung des Kl. verschafft worden sein. Leistung ist die bewusste und zweckgerichtete Mehrung fremden Vermögens (Palandt-Sprau, § 812 Rn 41, 71). Der Kl. hat im Hotel am Flughafen der Bekl. in Erfüllung der - wengleich vermeintlich bestehenden Pflicht aus Schenkungsvertrag 2.500,00 i in bar übergeben.

#### *III. Ohne Rechtsgrund*

Die Zuwendung müsste ohne Rechtsgrund erfolgt sein. Dazu müsste ein die Vermögensverschiebung objektiv rechtfertigender Grund fehlen (Palandt-Sprau, § 812 Rn 68).

#### *I. Schenkungsvertrag gem. § 516 I BGB*

Rechtsgrund für die Zuwendung könnte ein zwischen den Parteien geschlossener Schenkungsvertrag gem. § 516 I BGB sein.

#### *a. Einigung*

Die Parteien müssten sich über die unentgeltliche Zuwendung ohne Erhalt einer Gegenleistung geeinigt haben, §§ 145 ff. BGB. Vorliegend ist eine Schenkungsurkunde vom 14.05.2006 gegeben. Daher ist eine Einigung der Parteien unproblematisch gegeben.

#### *b. Wirksamkeit der Einigung*

Die Einigung müsste wirksam sein. Es dürften keine rechtshindernden Einwendungen ersichtlich sein. Mängel in der Person der Erklärenden sind nicht ersichtlich.

#### *aa. Nichtigkeit gem. § 125 S. 1 BGB wegen Formverstößes gegen § 518 I BGB*

Es könnte ein Mangel in der Form bestehen. Grundsätzlich ist das Schenkungsversprechen formbedürftig. Es bedarf der notariellen Beurkundung gem. § 128 BGB i.V.m. BeurkG. Eine notarielle Beurkundung ist hier nicht erfolgt, vielmehr wurden die Schenkungsurkunden für die jeweiligen Zuwendungen ad hoc angefertigt. Daher ist fraglich, ob die Formanforderungen gem. § 518 I BGB auf eben diese Schenkungen nach Sinn und Zweck überhaupt Anwendung finden. Es könnte sich um einen Fall der Hand- oder Real-schenkung handeln. Diese liegen dann vor, wenn ohne ein vorangegangenes Schenkungsversprechen der Gegenstand dem Beschenkten sofort verschafft wird, insbesondere durch Übereignung oder Abtretung und dabei die Einigung über die Unentgeltlichkeit i.S.v. § 516 I BGB besteht. Hier ist das Eigentum an den Geldscheinen der Bekl. sofort verschafft worden, wobei die Parteien sich über die Unentgeltlichkeit einig waren. Also ist die Formvorschrift nicht anzuwenden. Daher ist ein Formverstoß zu vereinen.

#### *bb. Sittenwidrigkeit des Schenkungsvertrages gem. § 138 I BGB*

Es könnten jedoch Mängel in der Form bestehen. In Betracht kommt die Sittenwidrigkeit gem. § 138 I BGB. Demnach müsste ein Verstoß gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht denkender Menschen vorliegen. Der Schenkungsvertrag könnte nichtig sein. Dazu führt der erkennende Senat aus: "Die Schenkungsverträge sind jedoch nach § 138 I BGB nichtig (vgl. BGH NJW 2006, 45; NJW 2008, 1942). Die Sittenwidrigkeit des streitgegenständlichen Schenkkreissystems beruht darauf, dass der mit dem Schenkkreis beabsichtigte Zweck, selbst beschenkt zu werden, unter Inkaufnahme des Umstands verfolgt wird, dass die neu erworbenen Mitspieler, die sich zunächst auf der ersten und untersten Ebene der Pyramide beteiligen und ihren Spieleinsatz an den auf der obersten Stufe stehenden Mitspieler verschenken, nach wenigen Spielrunden leer ausgehen müssen, weil nicht genügend neue Mitspieler gefunden werden. Durch das Spielsystem entsteht für die Mitspieler auch der Druck, weitere Mitspieler zu gewinnen und zur Weggabe erheblicher Beträge zu veranlassen, um selbst in die Position des zu Beschenkenden zu kom-

men, obwohl deren Chancen, in die Spitzenposition aufzurücken, zunehmend geringer werden.“

Also ist der Schenkungsvertrag nichtig gem. § 138 I BGB.

### 2. Verzicht auf die Rückforderungsansprüche

Der Rechtsgrund könnte darin bestehen, dass der Kl. auf die Rückforderung des entrichteten Entgelts in der Schenkungsurkunde verzichtet hat. Fraglich ist, wie sich die Nichtigkeit des Schenkungsvertrages auf die Wirksamkeit der in ihm enthaltenen Abrede des Verzichts auswirkt. Grundsätzlich ist eine Teilnichtigkeit lediglich des Schenkungsvertrages wegen § 139 BGB denkbar. Demnach ist dann, wenn ein Teil des Rechtsgeschäfts nichtig ist, das Ganze Rechtsgeschäft nichtig, wenn nicht anzunehmen ist, dass das Rechtsgeschäft ohne den nichtigen Teil geschlossen worden wäre. Hier handelt es sich zwar um ein teilbares Rechtsgeschäft, jedoch kann die Verzichtsabrede nicht aufrecht erhalten werden. § 139 BGB ist dann unabwendbar, wenn sich aus einer ausdrücklichen gesetzlichen Bestimmung oder dem Gesetzeszweck eine abweichende Regelung ergibt (BGH, NJW 2000, 1333). Dies ist hier der Fall, weil die Wertungen des § 138 I BGB dadurch unterlaufen würden.

Daher ist auch die Verzichtsabrede nichtig gem. § 138 I BGB.

### IV. Ausschluss

Die Rückgewähr gem. § 812 I 1. Fall BGB könnte ausgeschlossen sein.

#### 1. § 814 BGB

Ein Ausschluss gem. § 814 BGB könnte gegeben sein. Demnach 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 im Zeitpunkt der Leistung. Der Leistende muss also - jedenfalls aufgrund der Parallelwertung in der Laiensphäre - gewußt haben, dass er nach der Rechtslage nichts schuldet (BGH, NJW 1997, 2381). Auch ein Kennenmüssen der Nichtschuld reicht nicht aus, da der Leistende die zutreffende rechtliche Folgerung ziehen muss (BGH, NJW 2005, 3082). Im vorliegenden Fall sind keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass der Kl. die Rechtsfolgen der Hingabe des Geldes mit dem Ausschluss der Rückforderung positiv erkannt hat. Daher greift § 814 BGB nicht ein.

#### 2. § 817 S. 2 BGB

Es könnte ein Ausschluss gem. § 817 S. 2 BGB greifen. Da auch der Leistende selbst durch die Hingabe des Geldes gegen die guten Sitten verstieß, wäre unter wörtlicher Anwendung der Norm der Ausschlussbestand gegeben. Also würde eine Rückforderung ausscheiden. Dieses Ergebnis müsste sachgerecht sein. In Betracht kommt eine teleologische Reduktion der Norm. Der erkennende Senat führte dazu aus:

“Die Konditionssperre des § 817 S. 2 BGB ist nicht anzuwenden. Zwar sind nach dem Wortlaut des § 817 S. 2 BGB dessen Voraussetzungen erfüllt, weil der Kl. die Funktion des Schenkkreises kannte und er aufgrund der Hinweise in der Schenkungsurkunde auch über die Einstufung als sittenwidrig durch Gerichte informiert worden ist. Der Anwendung von § 817 Satz 2 BGB steht jedoch § 138 I BGB entgegen, weil Grund und Schutzzweck der Nichtigkeitssanktion des § 138 BGB gegen die Konditionssperre gemäß § 817 S. 2 BGB stehen (vgl. BGH, NJW 2008, 1942). § 138 I BGB geht vor, weil die Rechtsordnung, die die Sittenwidrigkeit eines nichtigen Rechtsgeschäftes statuiert, nicht dadurch unterlaufen werden soll, dass die Beteiligten dieses sittenwidrigen Geschäftes von dessen Sittenwidrigkeit Kenntnis haben und dieses gleichwohl tätigen in der Hoffnung, dass die bei diesem System zwingend auftretenden Verluste der am Schenkkreis Beteiligten, die nicht mehr in die Spitzenposition aufrücken, nicht von Ihnen, sondern von anderen getragen werden. Für dieses Ergebnis spricht auch der Schutz weiterer potentieller Teilnehmer des Schenkkreises, deren Anwerbung spielimmanent ist und die mit zunehmend schlechteren Gewinnchancen trotz erheblicher Einsätze das Spiel beginnen. Diese Beurteilung gilt nicht nur für die Initiatoren des Schenkkreises, sondern für die Mitspieler auf allen Stufen des Schenkkreises (vgl. BGH, NJW 2008, 1942). Denn die Kenntnis des Schenkkreissystems hat jeder Mitspieler, der in Kauf nimmt, dass gerade diejenigen, von denen er selbst die Schenkungsbeträge erhält, leer ausgehen. Der Schutzzweck des § 138 BGB würde konterkariert, wenn Mitspieler etwaige eigene Zahlungen an den Initiator zurückverlangen könnten, die selbst schenkweise erlangten Beträge jedoch nicht zurückgewähren müssten. Dies führt zu dem Ergebnis, dass in den einzelnen Leistungsverhältnissen rück abzuwickeln ist.“

Also ist die Rückforderung nicht ausgeschlossen.

#### 3. § 762 I 2 BGB

Fraglich ist, ob die Rückforderung gem. § 762 I 2 BGB ausgeschlossen ist. § 762 I 2 BGB steht einer Rückforderung nicht entgegen, weil bereits die zu-

grunde liegende Spielvereinbarung gemäß § 138 I BGB nichtig ist.

Also ist der Rückforderungsanspruch nicht ausgeschlossen. Demnach kann der Kl. Wertersatz gem. § 818 II BGB i.H.v. 2.500,00 i von der Bekl. verlangen.

#### *B. Anspruch gem. § 817 S. 1 BGB*

Der Kl. könnte einen Anspruch gegen die Bekl. Gem. § 817 S. 1 BGB auf Rückzahlung eines Betrages i.H.v. 2.500,00 i haben.

##### *I. Etwas erlangt*

Die Bekl. hat Besitz und Eigentum an den Geldscheinen erlangt.

##### *II. Durch Leistung des Kl.*

Die Zuwendung erfolgte auch durch Leistung des Kl..

##### *III. Gesetzes- oder Sittenverstoß des Empfängers*

Der Empfänger müsste nach dem unmittelbaren Zweck der Leistung gerade durch die Annahme einen Gesetzes- oder Sittenverstoß begangen haben (Palandt-Sprau, § 817 Rn 6). Der Hauptzweck der Leistung muss verboten oder sittenwidrig sein. Die Hinnahme des Geldes verstößt gegen die guten Sitten gem. § 138 I BGB. Die Sittenwidrigkeit des Schenkkreissystems beruht darauf, dass der mit dem Schenkkreis beabsichtigte Zweck, selbst beschenkt zu werden, unter Inkaufnahme des Umstands verfolgt wird, dass die neu erworbenen Mitspieler, die sich zunächst auf der ersten und untersten Ebene der Pyramide beteiligen und ihren Spieleinsatz an den auf der obersten Stufe stehenden Mitspieler verschenken, nach wenigen Spielrunden leer ausgehen müssen, weil nicht genügend neue Mitspieler gefunden werden. Damit ist ein Sittenverstoß des Empfängers gegeben.

##### *IV. Ausschluss gem. § 817 S. 2 BGB*

Die Rückforderung ist auch nicht gem. § 817 S. 2 BGB ausgeschlossen. Die Anwendung des § 817 S. 2 BGB ist wegen einer teleologischen Reduktion ausgeschlossen. Auf obige Ausführungen wird verwiesen.

Also ist der Anspruch gem. § 817 S. 1 BGB gegeben.

#### *C. § 823 II BGB i.V.m. § 263 I StGB*

Der Kl. könnte einen Anspruch auf Schadensersatz gem. § 823 II BGB i.V.m. § 263 I StGB haben.

##### *I. Verletzung eines Schutzgesetzes*

Es müsste ein Schutzgesetz verletzt sein.

##### *1. Vorliegen eines Schutzgesetzes*

§ 263 I StGB müsste ein Schutzgesetz sein. Ein Schutzgesetz liegt dann vor, wenn eine Rechtsnorm im Sinne des § 2 EGBGB gegeben ist, die jedenfalls auch dem Individualschutz zu dienen bestimmt ist (Palandt-Sprau, § 823 Rn 57). Der § 263 I StGB intendiert den Vermögensschutz und ist daher individualschützender Natur. Also ist ein Schutzgesetz gegeben.

##### *2. Verletzung des Schutzgesetzes*

Das Schutzgesetz müsste verletzt sein. Dazu müsste der Tatbestand des § 263 I StGB rechtswidrig und schuldhaft verwirklicht worden sein. Der objektive Tatbestand müsste gegeben sein. Die Kl. müsste über Tatsachen getäuscht worden sein. Eine Täuschung ist jedes Hervorrufen oder Unterhalten eines Fehlvorstellung. Vorliegend wurde der Kl. durch die umfangreichen Hinweise auf der Schenkungsurkunde hinreichend aufgeklärt, so dass eine Täuschung nicht ersichtlich ist.

Damit ist der objektive Tatbestand bereits nicht gegeben. Also ist das Schutzgesetz nicht verletzt. Daher ist ein Anspruch nicht gegeben.

#### *D. § 826 BGB*

Es könnte zudem ein Anspruch gem. § 826 BGB gegeben sein. Dazu müsste eine vorsätzliche sittenwidrige Schädigung gegeben sein. Jedoch ist auch hier zu berücksichtigen, dass wegen der entsprechenden Hinweise auf der Schenkungsurkunde die Verwerflichkeit des Verhaltens der Bekl. nicht gegeben sein dürfte. Daher ist auch kein Fall des § 826 BGB gegeben.

##### *2. Teil: Anspruch auf Rückzahlung des an den Mitspieler W verschenkten Betrag*

Der Kl. könnte einen Anspruch auf Rückzahlung des an den Mitspieler W verschenkten Betrages haben. Die Bekl. könnte analog § 179 I 2. Fall BGB haften, wenn die Bekl. als Botin ohne Botenmacht handelte. Der Kl. hat der Bekl. den Geldbetrag übergeben, der für den W.W. bestimmt war. Die Bekl. müsste die Botenstellung für den W.W. darlegen.

##### *A. Anwendbarkeit des § 179 I 2. Fall BGB*

Die für den Vertreter geltende Vorschrift des § 179 BGB ist auf den Boten entsprechend anzuwenden (vgl. Palandt, BGB, 66. Auflage, § 179 Rdnr. 2 a). Die Bekl., der im Rahmen der Haftung nach § 179 BGB die Darlegungslast für ihre Ermächtigung, als Botin bzw. Vertreterin des W. W. zu handeln, obliegt, hat eine Ermächtigung durch W. W., für diesen die Geldbeträge in Empfang nehmen zu dürfen, nicht dargetan.

Damit handelte sie bei der Entgegennahme des Entgeltes ohne entsprechende Ermächtigung. Dass es dem Kl. entscheidend darauf ankam, dass das für W. W. bestimmte Geld an diesen auch weitergeleitet wird, ergibt sich schon daraus, dass nach dem Spielsystem nur bei korrekter Bezahlung an den auf der obersten Stufe stehenden zu Beschenkenden die Spielregeln erfüllt werden und die Spieler der ersten, untersten Stufe das Anrecht erwerben, bei der nächsten Runde dieses Schenkkreises in die nächst höhere Stufe aufzurücken. Eine Genehmigung des W.W. i.S.v. § 177 I BGB ist nicht ersichtlich. Also liegt der Tatbestand des § 179 I BGB vor.

### *B. Rechtsfolge*

Sie haftet somit in analoger Anwendung des § 179 I BGB auf Schadensersatz.

Der Schaden besteht in den 1.250,00 €, die die Bekl. bestimmungsgemäß an W. W. hätte weiterleiten müssen und bezüglich derer dem Kl. ein Bereicherungsanspruch gegenüber W. W. zugestanden hätte.

### *3. Teil: Ansprüche i.H.v. 3.750,000 € aus abgetretenem Recht*

Der Kl. könnte auch Zahlungsansprüche i.H.v. 3.750,00 € aus abgetretenem Recht gegenüber der Bekl. inne haben.

### *A. Zahlungsansprüche der Zeugin G gegen die Bekl.*

#### *I. Anspruch gem. § 812 I 1 1. Fall BGB*

Es könnte ein Zahlungsanspruch der Zeugin G gegenüber dem Bekl. gegeben sein.

#### *1. Etwas erlangt*

Die Bekl. hat Besitz und Eigentum am Geld, also einen vermögenswerten Vorteil erlangt.

#### *2. Durch Leistung*

Der vermögenswerte Vorteil wurde auch durch Leistung der Zeugin G zugewendet. Diese hat bewusst und zweckgerichtet in Erfüllung der wengleich vermeintlich bestehenden Vertragspflicht aus Schenkung gem. § 516 I BGB das Vermögen der Bekl. gemehrt.

#### *3. Ohne Rechtsgrund*

Ein Rechtsgrund für das Behaltendürfen der Zuwendung ist nicht ersichtlich. Sowohl der Schenkungsvertrag als auch die Verzichtabrede sind wegen § 138 I BGB nichtig. Auf obige Ausführungen wird verwie-

sen.

#### *4. Ausschluss*

Der Anspruch ist auch nicht ausgeschlossen. Zwar ist § 817 S. 2 BGB dem Wortlaut nach gegeben, aber nach Sinn und Zweck kann die Vorschrift keine Anwendung finden. Auf obige Ausführungen wird Bezug genommen.

Also ist ein Anspruch auf Wertersatz gem. §§ 812 I 1 1. Fall, 818 II BGB gegeben.

#### *II. Anspruch analog § 179 I 2. Fall BGB*

Es könnte zudem ein Anspruch analog § 179 I 2. Fall BGB bestehen. Wie bereits dargelegt ist die Norm analog auch auf Boten ohne eine entsprechende Ermächtigung anzuwenden. Auch in diesem Fall hat die Bekl. nicht nachgewiesen, dass sie als Botin des W.W. fungierte und gleichwohl das Entgelt entgegengenommen. Der W.W. hat auch keine Genehmigung gem. § 177 I BGB ausgesprochen. Also ist auch hier ein Anspruch auf Schadensersatz gegeben.

Daher hat die Zeugin G Ansprüche gem. § 812 I 1 1. Fall und gem. § 179 I 2. Fall BGB gegen die Bekl. gegeben.

#### *B. Abtretung der Ansprüche an den Kl. gem. § 398 BGB*

Die Zeugin G müsste diese Ansprüche an den Kl. abgetreten haben.

#### *I. Einigung*

Es müsste eine Einigung i.S.v. § 398 BGB vorliegen. Dies ist dann der Fall, wenn die Parteien sich über den Forderungsübergang geeinigt haben. Dies war hier unproblematisch der Fall.

#### *II. Wirksamkeit der Einigung*

Zweifel an der Wirksamkeit der Einigung bestehen nicht.

#### *III. Verfügungsbefugnis*

Die Zeugin G müsste zur Verfügung befugt sein. Die Zeugin G war Forderungsinhaberin, wie obig dargelegt. Also ist die Verfügungsbefugnis gegeben.

Daher kann der Kl. gem. §§ 398, 812 I 1 1. Fall BGB und gem. §§ 398, 179 I 2. Fall BGB analog Zahlung von der Bekl. verlangen.

**Standort: §§ 212, 15, 16 StGB****Problem: aberratio ictus und dolus alternativus**

BGH, URTEIL VOM 16.10.2008

4 STR 369/08 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

**Problemdarstellung:**

Der Angeklagte hatte seine Ehefrau im Bett mit seinem besten Freund erwischt. Ohne dass die beiden ihn bemerkten, ergriff er ein Beil und wollte dies seinem Freund auf den Kopf schlagen. Dabei nahm er es jedoch billigend in Kauf, seine Frau zu treffen, die ja gerade unter dem Freund lag, und dieser tödliche Verletzungen zuzufügen. Er verfehlte auch tatsächlich den Freund und traf die Ehefrau, die an den ihr zugefügten Verletzungen starb.

Das Landgericht Essen hatte den Angeklagten wegen Totschlags, § 212 I StGB, zum Nachteil seiner Ehefrau verurteilt. Eine hiergegen gerichtete Revision des Angeklagten wies der BGH als unbegründet zurück.

**Prüfungsrelevanz:**

Irrtumsprobleme erfreuen sich stets einer erheblichen Beliebtheit in beiden Examen - zumindest bei den Aufgabenstellern. Gerade die Konstellationen des error in persona vel objecto und der aberratio ictus - wobei der BGH in der vorliegenden Entscheidung die letztere diskutiert - gehören hierbei zu den Fallgruppen, die nicht nur für Klausuren im Rahmen des universitären Studiums beherrscht werden müssen, sondern auch in Examensaufgaben immer wieder auftauchen. Auch die Konstellationen des dolus cumulativus und dolus alternativus werden hier als bekannt vorausgesetzt, wobei letztere im vorliegenden Fall relevant wird.

Eine Identitätstäuschung (error in persona vel objecto) ist gegeben, wenn der Erfolg bei dem vom Täter anvisierten Tatobjekt eintritt, es sich hierbei aber nicht um das Tatobjekt handelt, das der Täter eigentlich treffen wollte (z.B.: A schießt auf B, den er für C hält, und trifft und tötet B). Der error in persona vel objecto ist bei Gleichwertigkeit der Rechtsgüter straflos, d.h. der Täter wird wegen vollendeter Vorsatztat am getroffenen Tatobjekt bestraft (BGHSt 11, 268, 270; Wessels/Beulke, AT, Rn 249; Geppert, JURA 1997, 362). Um ein Fehlgehen der Tat (aberratio ictus) hingegen handelt es sich, wenn der Erfolg nicht bei dem vom Täter anvisierten Tatobjekt eintritt, sondern ein Tatobjekt trifft, das der Täter nicht anvisiert hatte und auch gar nicht treffen wollte (z.B.: A schießt auf B, schießt allerdings vorbei und tötet C, den er zuvor gar nicht bemerkt hatte). Die Auswirkungen einer aberratio

ictus sind bei Gleichwertigkeit des anvisierten und des getroffenen Rechtsguts streitig: Während eine Auffassung die aberratio ictus hier stets für unbeachtlich hält und wegen vollendeter Vorsatztat am getroffenen Tatobjekt bestrafen will (sog. formelle Gleichwertigkeitstheorie, vgl. Heuchemer, JA 2005, 275; Noll, ZStW 1977, 5), verlangen andere Auffassungen für die Unbeachtlichkeit der aberratio ictus zusätzlich noch, dass sich die Tat gegen individualitätsunabhängige Rechtsgüter richtet (sog. materielle Gleichwertigkeitstheorie, vgl. Hillenkamp, AT, S. 59, Streng, JuS 1991, 910) oder dass das Fehlgehen vorhersehbar war (sog. Adäquanztheorie, vgl. Welzel, AT, § 13 I 3 b; Puppe, NStZ 1991, 124; Roxin, JZ 1991, 680). Die herrschende Meinung - insbesondere die Rechtsprechung - geht davon aus, dass sich der Vorsatz des Täters stets auf das anvisierte Tatobjekt konkretisiert und eine aberratio ictus deshalb stets beachtlich ist und allenfalls zu einer Strafbarkeit wegen Versuchs (am anvisierten Tatobjekt) und Fahrlässigkeit (am getroffenen Tatobjekt) führen kann (sog. Konkretisierungstheorie, vgl. BGH, NStZ 1998, 295; Fischer, § 16 Rn 6; Schönke/Schröder-Cramer/Sternberg-Lieben, § 15 Rn 57; Wessels/Beulke, AT, Rn 250).

Anders ist es jedoch, wenn der Täter es von vorneherein für möglich gehalten hat, dass seine Handlung das Zielobjekt verfehlen, ein "Zweitobjekt" treffen und der Erfolg bei diesem eintreten könne. Hier ist ein unstrittig ein Vorsatz des Täters bzgl. des getroffenen Tatobjekts gegeben (BGHSt 34, 53, 55; Fischer, § 16 Rn 6; Wessels/Beulke, AT, Rn 251). In diesem Fall handelt es sich streng genommen gar nicht um ein "Fehlgehen" (also eine aberratio), da der eingetretene Erfolg zwar nicht das Primärziel des Täters darstellte, von seinem Vorsatz aber durchaus umfasst war (vgl. Schönke/Schröder-Cramer/Sternberg-Lieben, § 15 Rn 57a). In der vorliegenden Entscheidung spricht der BGH in einem so gelagerten Fall zwar doch vom Vorliegen einer aberratio ictus, hält diese aber - in Übereinstimmung mit seiner bisherigen Rechtsprechung und der herrschenden Literatur - für unbeachtlich.

Die Vorstellung des Täters in einem solchen Fall, dass der Erfolg entweder bei dem einen oder bei dem anderen Tatobjekt eintreten wird, wird üblicherweise als dolus alternativus bezeichnet (vgl. hierzu die Darstellung bei Wessels/Beulke, AT, Rn 231 ff.). Der Unterschied zwischen dolus alternativus und dolus cumulativus liegt darin, dass der Täter bei letzterem davon ausgeht, dass der Erfolg bei dem einen und zusätzlich noch bei einem weiteren Tatobjekt eintreten wird. In

beiden Fällen ist eine vollendet Vorsatztat gegeben, wenn der Erfolg bei einem Tatobjekt eintritt. Während beim *dolus cumulativus* unstreitig zusätzlich hierzu noch ein Versuch an dem nicht getroffenen Tatobjekt angenommen wird, ist dies beim *dolus alternativus* streitig. Der BGH war in der vorliegenden Entscheidung allerdings gar nicht auf die Möglichkeit eines weiteren versuchten Totschlags des Angeklagten am Liebhaber seiner Ehefrau eingegangen.

#### Vertiefungshinweise:

☐ Zur *aberratio ictus*: BGHSt 3, 384; 34, 53; BGH, NStZ 1998, 295; *Hettinger*, GA 1990, 538; *Heuchemer*, JA 2005, 275; *Rath*, JA 2005, 709; *Schreiber*, JuS 1983, 873;

☐ Zum *dolus alternativus*: *Joerden*, JZ 1990, 298; *Kühl*, JuS 1980, 273; *Schmitz*, ZStW 112, 301; *Wessels*, JA 1984, 221

#### Kursprogramm:

☐ *Examenskurs*: "Enttäuschte Liebe"

#### Leitsatz (der Redaktion):

**Wirkt sich die Tat ohne Verwechslung des Angriffsobjekts an einem anderen Menschen aus (*aberratio ictus*, Fehlgehen des Angriffs), kann dem Täter, soweit die Wirkung des Angriffs auf das nicht in Aussicht genommene Opfer in Frage steht, der Vorwurf der vorsätzlichen Tatbestandserfüllung allerdings nur dann gemacht werden, wenn er weiß, dass ein solcher Erfolg eintreten kann, und er diese Möglichkeit billigend in Kauf nimmt.**

#### Sachverhalt:

Am Samstag, dem 3. November 2007 verbrachten A, seine Ehefrau E und P den Abend und die Nacht trinkend im Wohnzimmer. Am Sonntag, dem 4. November 2007, erwachte A in den Vormittagsstunden aus einem mehrstündigen Schlaf und sah, dass E, nur mit einem vorne geöffneten Morgenmantel bekleidet, auf dem Schlafsofa lag. Auf ihr lag P mit teilweise heruntergelassener Hose. A nahm an, dass E mit P den Geschlechtsverkehr ausübte. Obwohl ihm intime Kontakte der E mit P bereits bekannt waren, war er durch den "unverschämten Vertrauensbruch seines besten Freundes und seiner Ehefrau gekränkt und aufgebracht" und beschloss, P zu bestrafen. Er suchte einen Gegenstand, mit dem er P schlagen konnte. Aus dem Einbauschränk in der Diele entnahm er ein Beil mit Holzgriff und einer Metallschneide. Damit ging er ins Wohn-

zimmer, und stellte sich neben die Schlafcouch, was E und P, die dort immer noch aufeinander lagen, nicht bemerkten. A holte aus, um P mit voller Wucht mit dem Beil auf den Kopf zu schlagen. Dabei nahm er "auch zumindest billigend in Kauf", seine unter P liegende Ehefrau am Kopf zu treffen. "Er war auch auf sie wütend, weil sie vor seinen Augen mit seinem besten Freund Geschlechtsverkehr gehabt hatte. Ihm war bewusst, dass ein wuchtiger Schlag mit einem Beil gegen den Kopf geführt, lebensgefährliche Verletzungen verursachen konnte". A nahm in Kauf, bei dem Angriff auch die E tödlich zu verletzen.

Der mit großer Wucht geführte Schlag verfehlte den Kopf des P knapp und traf den Kopf der E. Die Beilschneide zertrümmerte die Schädelkalotte im Bereich des linken Stirn- und Scheitelbeins und durchtrennte die harte und die weiche Hirnhaut. Die Schneide des Beils brach dabei ab und flog in einem hohen Bogen in Richtung des Wohnzimmerschranks. P sprang von der Schlafcouch und floh aus der Wohnung. A, der glaubte, P am Hinterkopf getroffen zu haben, nicht aber die E, schlug in seiner Wut mit dem Beilstiel auf die E ein. Die Schwere der von dem Beilhieb herrührenden Kopfwunde wurde sowohl von A als auch von E verkannt, obwohl die Wunde heftig zu bluten begann. A glaubte, seine Frau nur leicht mit dem Stiel des Beils verletzt zu haben. Sie erlag der schweren Kopfverletzung in den frühen Morgenstunden des 5. November 2007.

Hat A sich durch den ersten Schlag strafbar gemacht?

#### Bearbeitervermerk:

§§ 211, 213, 227 StGB sind nicht zu prüfen.

#### Lösung:

*A. Strafbarkeit gem. § 212 I StGB zum Nachteil der E*  
Durch den Schlag mit dem Beil könnte sich A wegen Totschlags, § 212 I StGB, zum Nachteil der E strafbar gemacht haben.

#### I. Tatbestand

##### 1. Eintritt des tatbestandlichen Erfolgs

E ist tot, der tatbestandliche Erfolg des § 212 I StGB ist somit eingetreten.

##### 2. Kausale Handlung

A müsste diesen Erfolg durch eine eigene Handlung herbeigeführt haben.

Der Schlag mit dem Beil stellt eine Handlung im Sinne des Strafrechts dar. Eine Handlung ist kausal für

einen Erfolg, wenn sie nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass der Erfolg in seiner konkreten Erscheinungsform entfiel (BGHSt 1, 332; Ebert/Kühl, JURA 1979, 561). Hätte A nicht mit dem Beil nach dem P geschlagen, hätte er E nicht getroffen und diese wäre nicht an den erlittenen Verletzungen gestorben. Eine kausale Handlung des A liegt vor.

### 3. Vorsatz

A müsste auch mit Vorsatz zur Tötung der E gehandelt haben.

Ein Tötungsvorsatz des A in Bezug auf die E erscheint im vorliegenden Fall deshalb fraglich, weil A mit dem Axthieb ja eigentlich den P und nicht die E treffen wollte. Der BGH führt hierzu aus: “[7] Der Verurteilung des Angeklagten [wegen Totschlags zum Nachteil seiner Ehefrau] steht nicht entgegen, dass er mit dem Beilhieb Peter F., nicht aber seine Ehefrau töten wollte. Wirkt sich die Tat, wie hier, ohne Verwechslung des Angriffsobjekts an einem anderen Menschen aus (aberratio ictus, Fehlgehen des Angriffs), kann dem Täter, soweit die Wirkung des Angriffs auf das nicht in Aussicht genommene Opfer in Frage steht, der Vorwurf der vorsätzlichen Tatbestandserfüllung allerdings nur dann gemacht werden, wenn er weiß, dass ein solcher Erfolg eintreten kann, und er diese Möglichkeit billigend in Kauf nimmt (h.M.; BGHSt 34, 53, 55). Das ist hier nach den Feststellungen der Fall. Die ihnen zugrunde liegende Beweiswürdigung weist, auch soweit sie die innere Tatseite und die Schuldfähigkeit des Angeklagten betrifft, keinen Rechtsfehler zum Nachteil des Angeklagten auf.

a. [8] Die Annahme des Landgerichts, dass der Angeklagte mit der Möglichkeit gerechnet hat, mit dem gegen den Kopf Peter F. s geführten wuchtigen Hieb mit dem Beil auch seine Ehefrau tödlich zu verletzen, ist durch die festgestellten Tatumstände hinreichend belegt. Danach war der wuchtige Hieb mit der Schneide des Beils eine äußerst gefährliche Gewalthandlung, die zu tödlichen Verletzungen führen und sich nicht nur, wie vom Angeklagten gewollt, auf Peter F., sondern auch auf die unter diesem liegende Ehefrau des Angeklagten auswirken konnte. Der Angeklagte wusste, dass der Kopf seiner Ehefrau sich ‘direkt’ neben dem Peter F. s bzw. darunter befand, und hatte zudem bemerkt, dass sich seine Ehefrau und Peter F. bewegten. Dass ein Angriff mit dem Beil unter diesen Umständen fehlgehen und sich auf die Person auswirken kann, die nicht (primäres) Ziel des Angriffs ist, liegt auf der Hand, zumal ein wuchtiger Schlag mit einem schweren Gegenstand im Einzelnen nicht mehr kontrollierbar ist (vgl. BGHR StGB § 212 Abs. 1 Vorsatz, bedingter 51).

[9] Zwar kann es je nach den Umständen des Einzelfalles auch bei äußerst gefährlichen Gewalthandlungen fraglich sein, ob der Täter das erforderliche Wissen um die mögliche Todesgefahr hat (vgl. BGHR StGB § 212 Abs. 1 Vorsatz, bedingter 26, 37). Das Landgericht hat sich aber mit nachvollziehbarer Begründung die Überzeugung verschafft, dass der Angeklagte trotz seines Zustands die Gefährlichkeit seines Tuns auch in Bezug auf seine Ehefrau erkannt hat.

b. [10] Schließlich ist die Annahme des Landgerichts, dass der Angeklagte die Möglichkeit, seine Ehefrau tödlich zu verletzen, billigend in Kauf genommen hat, rechtsfehlerfrei belegt.

[11] Auch für das Willenselement stellt die Lebensbedrohlichkeit gefährlicher Gewalthandlungen ein gewichtiges Beweisanzeichen dar, jedoch ist angesichts der hohen Hemmschwelle gegenüber einer Tötung unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles sorgfältig zu prüfen, ob der Täter, der sein gefährliches Handeln durchführt, obwohl er mit der Möglichkeit tödlicher Verletzungen rechnet, den Tod des Opfers billigend in Kauf nimmt (vgl. BGHR StGB § 212 Abs. 1 Vorsatz, bedingter 3, 5, 33, 35 und 38 jeweils m.w.N.). In diese Prüfung sind vor allem die konkrete Angriffsweise, die psychische Verfassung des Täters bei der Tatbegehung sowie seine Motivation mit einzubeziehen (vgl. BGHR StGB § 212 Abs. 1 Vorsatz, bedingter 39). Dies hat das Landgericht aber auch bei seinen Erwägungen, mit denen es das Willenselement des bedingten Vorsatzes bejaht hat, beachtet. Insbesondere hat es dabei entgegen der Auffassung des Generalbundesanwalts das Nachtatverhalten des Angeklagten nicht außer acht gelassen. Daraus, dass der Angeklagte nach dem Abspringen der Beilklinge sein aggressives Verhalten nunmehr durch Schläge mit dem Beilstiel gegen seine Ehefrau richtete, durfte das Landgericht den Schluss ziehen, dass der Angeklagte schon beim ersten Beilhieb (zumindest) mit bedingtem Tötungsvorsatz auch in Bezug auf seine Ehefrau handelte.

[12] Rechtlich tragfähige Anhaltspunkte, dass der Angeklagte trotz der erkannten Lebensgefährlichkeit des Schlages mit dem Beil auch für seine Ehefrau ernsthaft und nicht nur vage (vgl. BGHR StGB § 212 Abs. 1 Vorsatz, bedingter 51) darauf vertraut haben könne, es würde seine Ehefrau nicht zu Tode kommen, sind nicht festgestellt und liegen bei dem Tatgeschehen auch fern.”

A hatte also Vorsatz zur Tötung der E,

### II. Rechtswidrigkeit

Die Tat des A könnte durch Notwehr gerechtfertigt sein.

Dann müsste zunächst eine Notwehrlage, also ein gegenwärtiger rechtswidriger Angriff der E, vorgelegen haben.

Angriff i.S.v. § 32 II StGB ist jede Bedrohung rechtlich geschützter Interessen durch menschliches Verhalten (Joecks, § 32 Rn 6; Schönke/Schröder-Lenkner/Perron, § 32 Rn 3; Wessels/Beulke, AT, Rn 325). Nach dem Grundsatz "in dubio pro reo" ist zugunsten des A davon auszugehen, dass seine Ehefrau E im Zeitpunkt des Schlages tatsächlich gerade den Geschlechtsverkehr mit dem P vollzog. Fraglich ist jedoch, ob dies einen Angriff auf ein geschütztes Interesse des A darstellt.

### 1. Mindermeinung

Eine - früher in der Rechtsprechung vertretene - Auffassung geht davon aus, dass in einem Ehebruch stets eine Beleidigung, § 185 StGB, des betrogenen Ehegatten und somit ein Angriff auf dessen Ehre zu sehen ist (RGSt 70, 94; BGH, NJW 1952, 476).

Nach dieser Meinung stellt das Verhalten von E und P also einen Angriff auf die Ehre des A, also ein geschütztes Interesse, dar, sodass eine Rechtfertigung des A durch Notwehr in Betracht kommt.

### 2. Herrschende Meinung

Nach heute herrschender Meinung stellt der Ehebruch eines Ehegatten keine Beleidigung des betrogenen Ehegatten dar (OLG Zweibrücken, NJW 1971, 1225; Schönke/Schröder-Lenkner, § 185 Rn 4a).

Nach dieser Auffassung kann also in dem Ehebruch der E mit P kein Angriff auf die Ehre (oder ein anderes geschütztes Rechtsgut) des A gesehen werden, sodass eine Rechtfertigung des A über § 32 StGB ausscheidet.

### 3. Stellungnahme

Sinn und Zweck des § 185 kann es nicht sein, die Ehe, insb. den Anspruch auf eheliche Treue, vor Eingriffen Dritter zu schützen. Auch ist im Rahmen der Ehrschutzdelikte stets einer Veränderung der Moralverstellungen in der Gesellschaft Rechnung zu tragen. Im Gegensatz zu früher wird heute ein Ehebruch nicht mehr als außergewöhnliches, die Ehre des betrogenen Ehegatten beeinträchtigendes, Verhalten angesehen. Dies hat insbesondere auch zur Streichung des Tatbestandes des Ehebruchs (§ 172 a.F.) durch den Gesetzgeber geführt. Es ist also richtig, mit der herrschenden Meinung davon auszugehen, dass der von E mit P begangene Ehebruch keine Bedrohung geschützter Interessen des A darstellt. Eine Notwehrlage ist somit nicht gegeben

A ist nicht gerechtfertigt und handelte somit rechtswidrig.

### III. Schuld

A handelte auch schuldhaft.

### IV. Ergebnis

A ist strafbar gem. § 212 I StGB.

### B. Strafbarkeit gem. §§ 223 I, 224 I Nr. 2, 5 StGB zum Nachteil der E

Die durch den Schlag mitverwirklichte gefährliche Körperverletzung, §§ 223 I, 224 I Nr. 2, 5 StGB, tritt als notwendiges Durchgangsstadium hinter den Totschlag zurück (BGH, NStZ 2004, 684; Fischer, § 212 Rn 22, § 211 Rn 107; Schönke/Schröder-Eser, § 212 Rn 18).

### C. Strafbarkeit gem. §§ 212 I, 22, 23 I StGB zum Nachteil des P

Durch den Schlag mit dem Beil könnte sich A auch noch wegen versuchten Totschlages, §§ 212 I, 22, 23 I StGB, zum Nachteil des P strafbar gemacht haben.

### I. Vorprüfung

Da P nicht gestorben ist, ist ein Totschlag zu seinem Nachteil nicht vollendet.

Die Strafbarkeit des versuchten Totschlages ergibt sich aus dem Verbrechenscharakter des Totschlages, vgl. §§ 212 I, 12 I StGB, in Verbindung mit § 23 I StGB.

### II. Tatentschluss

A müsste Tatentschluss zur Begehung eines Totschlages zum Nachteil des P gehabt haben.

Tatentschluss ist der Wille zur Verwirklichung aller objektiven Tatbestandsmerkmale sowie das Vorliegen der sonstigen subjektiven Tatbestandsmerkmale (Joecks, § 22 Rn 3; Wessels/Beulke, AT, Rn. 598). A müsste also Tatentschluss zur Tötung des P gehabt haben.

A hatte zugeschlagen, um den P zu bestrafen. Es ist davon auszugehen, dass A hierbei die tödliche Wirkung des Schlages bei P ebenso billigend in Kauf nahm wie bei der E (s.o.), sodass ein Tatentschluss des A zur Tötung des P grundsätzlich gegeben wäre. Hierbei ist jedoch zu berücksichtigen, dass der Tatentschluss beim Versuch dem subjektiven Tatbestand - also insbesondere dem Vorsatz - beim vollendeten Delikt entspricht. Da jedoch bereits ein Vorsatz des A zur Tötung der E angenommen wurde (s.o.), stellt sich die Frage, ob daneben noch ein Vorsatz (bzw. Tatentschluss) zur Tötung des P gegeben sein kann. Dies insbesondere deshalb, da A sich wohl nicht vorgestellt

hatte, E und P durch den Schlag tödlich zu verletzen (dolus cumulativus), sondern davon ausging, dass sein Schlag entweder E oder P treffen und töten würde (dolus alternativus). Fraglich ist jedoch, ob bei einem dolus alternativus neben der vollendeten Vorsatztat am tatsächlich getroffenen Tatobjekt noch ein Versuch am anderen, ebenfalls vom Vorsatz des Täters erfassten, Tatobjekt gegeben sein kann.

### 1. Mindermeinung

Eine Mindermeinung lehnt im Falle eines dolus alternativus für den Fall des Eintritts eines der alternativ vorhergesehenen Erfolge eine Strafbarkeit wegen eines weiteren Versuchs zumindest dann ab, wenn es sich um ähnlich schwer wiegende Delikte handelt (Lackner/Kühl, § 15 Rn 29; NK-Zaczyk, § 22 Rn 20). Nach dieser Auffassung wäre also neben dem Vorsatz des A zur Tötung der E ein weiterer Vorsatz bzw. Tatentschluss zur Tötung des P nicht gegeben.

### 2. Herrschende Meinung

Nach herrschender Meinung liegt beim dolus alternativus neben dem Vorsatz bzgl. des tatsächlich eingetretenen Erfolges noch ein Tatentschluss des Täters bzgl. des nicht eingetretenen Erfolges vor (Fischer, § 15 Rn 11; LK-Hillenkamp, § 22 Rn 37; NK-Puppe, § 15 Rn 155; Jescheck/Weigend, AT, § 29 III 4; Roxin, AT I, § 12 Rn 84 f.). Nach dieser Auffassung wäre also ein Tatentschluss des A zur Tötung des P anzunehmen.

### 3. Stellungnahme

Gegen die herrschende Meinung spricht, dass ihr Ergebnis bei einer Konstellation des dolus alternativus demjenigen beim dolus cumulativus entspricht und somit der Unterschied beider Konstellationen nicht deutlich wird. Allerdings übersieht die Mindermeinung, dass beim dolus alternativus ebenso wie beim dolus cumulativus die Tat sich letztlich gegen zwei verschiedene Rechtsgüter richtet. Um dem deutlich genug Ausdruck zu verleihen, müssen auch beim dolus alternativus zwei Vorsatztaten (je eine als Versuch und vollendete Tat) vorliegen, denn der Vorsatz des Täters bezog sich ja auch auf zwei verschiedene Erfolge. Dem Umstand, dass der Täter - anders als beim dolus cumulativus - nicht davon ausging, dass beide Erfolge nebeneinander eintreten würden, wird auf Rechtsfolgenseite sowieso dadurch Rechnung getragen, dass ja beide Delikte durch dieselbe Handlung verwirklicht wurden und somit jedenfalls in Tateinheit, § 52 StGB, stehen, sodass keine Gesamtstrafe gebildet, sondern nur auf eine einheitliche Strafe er-

kannt wird. Der herrschenden Meinung ist zu folgen. A hatte Tatentschluss zur Tötung des P.

### III. Unmittelbares Ansetzen, § 22 StGB

A müsste auch unmittelbar zur Verwirklichung des Tatbestandes angesetzt haben, § 22 StGB.

Nach der herrschenden gemischt subjektiv-objektiven Theorie ist ein unmittelbares Ansetzen gegeben, wenn der Täter die Schwelle zum "jetzt geht es los" überschreitet, was der Fall ist, wenn er Handlungen vornimmt, die nach seinem Tatplan ohne wesentliche Zwischenschritte unmittelbar in die Tatbestandsverwirklichung einmünden sollen mit der Folge, dass aus Tätersicht das geschützte Rechtsgut bereits konkret gefährdet erscheint (BGH, NStZ 1997, 83; wistra 2002, 263; Roxin, JuS 1979, 1, 3).

Spätestens mit der Ausführung des Schlages waren aus Sicht des A keine weiteren wesentlichen Zwischenschritte zur Tatbestandsverwirklichung mehr erforderlich und das durch § 212 I StGB geschützte Rechtsgut - das Leben des P - auch bereits konkret gefährdet, sodass er auch die Schwelle zum "jetzt geht es los" überschritten hatte. A hat also unmittelbar zur Begehung eines Totschlages zum Nachteil des P angesetzt.

### IV. Rechtswidrigkeit und Schuld

A handelte rechtswidrig (s.o.) und schuldhaft.

### V. Kein Rücktritt, § 24 I StGB

Anhaltspunkte für einen strafbefreienden Rücktritt des A gem. § 24 I StGB sind nicht gegeben. A ist strafbar gem. §§ 212 I, 22, 23 I StGB

### D. Strafbarkeit gem. §§ 223 I, 224 I Nr. 2, 5, 22, 23 I StGB zum Nachteil des P

Die im versuchten Totschlag mitverwirklichte versuchte gefährliche Körperverletzung zum Nachteil des P, §§ 223 I, 224 I Nr. 2, 5, 22, 23 I StGB, tritt hinter das Tötungsdelikt zurück.

### E. Gesamtergebnis und Konkurrenzen

A hat den Totschlag zum Nachteil der E und den versuchten Totschlag zum Nachteil des P durch dieselbe Handlung - den Schlag mit dem Beil - verwirklicht. Da sich beide Delikte gegen unterschiedliche Opfer richten, bleiben sie in Tateinheit, § 52 StGB, nebeneinander bestehen (Fischer, § 15 Rn 11; a.A. (Subsidiarität des versuchten Delikts) Wessels/Beulke, AT, Rn 234). A ist also strafbar gem. §§ 212 I; 212 I, 22, 23 I; 52 StGB.

*Literaturauswertung**Öffentliches Recht*

<b>Autor/Titel:</b>	Möllers, Christoph: "Das freie Mandat in der demokratischen Repräsentation"
<b>Fundstelle:</b>	Jura 2008, 937 (Heft 12)
<b>Inhalt:</b>	Anlässlich einer aktuellen Entscheidung des BVerfG (BVerfGE 118, 277) geht der Autor auf den Status von Bundestagsabgeordneten umfassend ein. Zur Sprache kommen neben dem freien Mandat aus Art. 38 I 2 GG auch weniger prominente Vorschriften wie Art. 48 GG und Normen des Abgeordnetengesetzes.

*Zivilrecht*

<b>Autor/Titel:</b>	Lux, Jochen: "Unheilvolles Wochenende"
<b>Fundstelle:</b>	Jura 2008, 943 (Heft 12)
<b>Inhalt:</b>	Original-Examensklausur zum Thema "typengemischte Verträge". Neben dem Recht der Leistungsstörungen werden vor allem AGB-Kontrolle und verschuldensunabhängige Garantiehaftung behandelt.

*Strafrecht*

<b>Autor/Titel:</b>	Kretschmer, Joachim: "Die gefährliche Körperverletzung (§ 224 StGB) anhand neuer Rechtsprechung"
<b>Fundstelle:</b>	JURA 2008, 916 (Heft 12)
<b>Inhalt:</b>	Ausgehend von den einzelnen Qualifikationstatbeständen des § 224 I Nr. 1-5 StGB stellt der Verfasser klassische und examenstypische Problemkonstellationen dar und schildert deren Behandlung durch die Rechtsprechung und - entgegen der Überschrift - auch die Literatur. Eine trotz des teilweise etwas jovialen Tones sehr schöne Darstellung, die sich sowohl zum Einstieg als auch zur Wiederholung gut eignet.

<b>Autor/Titel:</b>	Hardtung, Bernhard: "Die Körperverletzungsdelikte"
<b>Fundstelle:</b>	JuS 2008, 960 (Heft 11)
<b>Inhalt:</b>	Noch ein Aufsatz zu den Körperverletzungsdelikten: Während sich der Verfasser im ersten Teil des Aufsatzes (JuS 2008, 864) mit Problemen im Rahmen des § 223 StGB befasste, behandelt er diesmal die §§ 228-230 StGB und § 224 StGB. Hierbei fallen zwar die Ausführungen zur gefährlichen Körperverletzung kürzer aus als bei Kretschmer, dafür wird aber auch noch auf andere Problemkreise eingegangen.