

## Öffentliches Recht

**Standort: § 80a VwGO**

**Problem: Interessenabwägung bei drittbelastendem VA**

BVERFG, BESCHLUSS VOM 01.10.2008  
1 BvR 2466/08 (NVWZ 2009, 240)

### **Problemdarstellung:**

Im vorliegenden Beschluss des BVerfG ging es um die Reichweite des vorläufigen Rechtsschutzes nach § 80a VwGO, also in den Fällen, in denen ein begünstigender Verwaltungsakt (Beispiel: Baugenehmigung) einen Dritten (Beispiel: Nachbarn) belastet und von diesem angefochten wird. Der Beschwerdeführer (Bf.) brachte hier drei Argumente vor, nach denen der von §§ 80 V, 80a VwGO gewährleistete Rechtsschutz den Vorgaben des Art. 19 IV GG nicht genüge bzw. jedenfalls von den Fachgerichten nicht genügend umgesetzt worden sei. Das BVerfG entkräftete diese Einwände allesamt:

A. Der Bf. war zunächst der Meinung, dass die aufschiebende Wirkung eines (Dritt-)Rechtsbehelfs gegen einen belastenden Verwaltungsakt nach § 80 I VwGO schlechthin bestehen müsse, also schon von Verfassungen wegen nicht durch die Gründe des § 80 II Nr. 1-4 VwGO aufgeweicht werden dürfe. Es überrascht kaum, dass das BVerfG dies anders sah. Solange die sofortige Vollziehbarkeit im öffentlichen Interesse die Ausnahme bleibe, was bei § 80 I, II VwGO unzweifelhaft der Fall sei, sei auch im Lichte des Art. 19 IV GG nichts dagegen einzuwenden.

B. Ferner meinte der Bf., allein die Rechtmäßigkeit des angegriffenen Verwaltungsakts genüge nicht, um seine sofortige Vollziehung nach § 80 II Nr. 4 VwGO anordnen zu können. Dies entspricht im Zwei-Personen-Verhältnis tatsächlich der ganz h.M., insbesondere auch der Rspr. des BVerfG (siehe Vertiefungshinweise). Denn § 80 II Nr. 4 VwGO fordert für die Anordnung der sofortigen Vollziehung ein *besonderes* öffentliches Interesse. Die Rechtmäßigkeit des erlassenen VA kann dafür nicht genügen, sonst könnte jeder VA für sofort vollziehbar erklärt werden (nur ein rechtswidriger nicht, aber ein solcher dürfte ja erst gar nicht erlassen werden). Im Drei-Personen-Verhältnis sei dies jedoch anders, so das BVerfG im vorliegenden Beschluss. Denn in dieser Situation stünden sich nicht öffentliche und private, sondern allein Rechtspositionen Privater gegenüber, die grundsätzlich gleichrangig seien. Die Frage, wer hier bis zur Hauptsacheentscheidung das Risiko der Herbeiführung voll-

endeter Tatsachen tragen müsse, bestimme sich nach dem materiellen Recht, also der Erfolgsaussicht des Hauptsacherechtsbehelfs. Weder dem einfachen Recht (§§ 80 V, 80a VwGO) noch Art. 19 IV GG ließe sich entnehmen, dass hier eine der beiden Rechtspositionen bevorzugt wäre oder dass für ihre sofortige Ausnutzung zusätzlich ein besonderes öffentliches Interesse vorliegen müsse.

C. Schließlich meinte der Bf., im Verfahren nach § 80a VwGO müsse es für die Begründetheit des Antrags genügen, wenn der angefochtene VA rechtswidrig sei; auf eine Verletzung eigener subjektiv-öffentlicher Rechte (also zu seinen Gunsten drittschützender Normen) könne es nicht ankommen. Das BVerfG sieht dies jedoch im Einklang mit der st.Rspr. der Fachgerichte anders: Der Erfolg im vorläufigen Rechtsschutz richtet sich zunächst nach dem Erfolg in der Hauptsache. Eine Anfechtungsklage hat aber nach § 113 I 1 VwGO aber nur Erfolg, soweit der VA rechtswidrig *und* der Kläger dadurch in *seinen* Rechten verletzt ist. Es verstößt daher nicht nur nicht gegen Art. 19 IV GG, sondern ist im Gegenteil angezeigt, die Prüfung der Rechtmäßigkeit bzw. Rechtswidrigkeit des VA in der Begründetheit eines Antrags nach § 80a VwGO von vornherein auf eine Verletzung drittschützender Normen zu beschränken.

### **Prüfungsrelevanz:**

Gerade dieser letzte Punkt wird in Examensklausuren vielfach übersehen. Im Rahmen der Begründetheit eines Antrags nach § 80a VwGO spielt es keine Rolle, ob der VA bspw. formell rechtswidrig ist oder materiell gegen objektives Recht verstößt. Nur eine Verletzung zugunsten des Antragstellers drittschützender Normen kann dem Antrag zum Erfolg verhelfen - also sind auch nur solche Normen zu prüfen.

Neben der Relevanz für §§ 80 V, 80a VwGO ist die Entscheidung auch für die Zulässigkeit einer Verfassungsbeschwerde gegen Gerichtsentscheidungen des vorläufigen Rechtsschutzes interessant. Das BVerfG vertritt in st.Rspr. den sog. "Grundsatz der Subsidiarität" der Verfassungsbeschwerde analog § 90 II 1 BVerfGG. Danach muss der Bf. über die Rechtswegerschöpfung hinaus alle ihm zur Verfügung stehenden Möglichkeiten ergreifen, um vor den Fachgerichten seine Beschwerde zu beseitigen. Für Eilentscheidun-

gen bedeutet dies, dass auch die Erschöpfung des Rechtswegs *in der Hauptsache* geboten sein kann, wenn sich dort die Chance bietet, der Beschwer abzuhelfen. Dies ist regelmäßig der Fall, wenn mit der Verfassungsbeschwerde ausschließlich Grundrechtsverletzungen gerügt werden, die sich auf die Hauptsache beziehen. Ausnahme: Die Durchführung des Klageverfahrens wäre für den Bf. unzumutbar, etwa bei seiner Sache entgegenstehender st.Rspr. der Fachgerichte oder bei wesentlichen Nachteilen (Tod, Ruin, Rechtsverletzung). Vgl. zu alledem die Vertiefungshinweise.

#### **Vertiefungshinweise:**

- Zum vorläufigen Rechtsschutz bei VA mit Drittwirkung: *Budroweit/Wuttke*, JuS 2006, 876
- Erfordernis weiterer Interessenabwägung bei § 80 V 1 VwGO: *BVerfG*, RA 2004, 87 = *NVwZ* 2004, 93; *NJW* 2002, 2225; *BVerfGE* 35, 382 [401]; 69, 220 [227]
- Grundsatz der Subsidiarität der Vb. gegen Eilentscheidungen: *BVerfGE* 69, 315 [340]; 79, 275 [278]; 104, 65 [70]

#### **Kursprogramm:**

- Examenskurs*: "Ernie der Flitzer"
- Examenskurs*: "Windkraft contra Nachbarschaft"
- Assessorkurs*: "Plutonium"

#### **Leitsätze (der Redaktion):**

- 1. Die Garantie effektiven Rechtsschutzes aus Art. 19 IV GG gebietet nicht, dass jede Anfechtungsklage gegen drittbelastende Verwaltungsakte auf-schiebende Wirkung entfalten muss.**
- 2. Wird von einem Dritten eine einem anderen erteilte Genehmigung mittels Eilantrags angegriffen, bedarf es schon nach dem einfachen Recht (vgl. §§ 80a, 80 II 1 Nr. 4, 2. Fall VwGO) und erst recht nicht wegen Art. 19 IV GG der Prüfung eines besonderen öffentlichen Interesses an der sofortigen Vollziehung.**
- 3. Auch im Lichte des Art. 19 IV GG genügt es, wenn im Rahmen eines Eilantrags bei Drittbeteiligung bei der Prüfung der Erfolgsaussichten des Hauptsacherechtsbehelfs nur die drittschützenden Vorschriften (und nicht die objektive Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts insgesamt) geprüft werden.**

#### **Sachverhalt:**

Die Verfassungsbeschwerde betrifft die Versagung vorläufigen Rechtsschutzes gegen eine immissions-schutzrechtliche Genehmigung. Die Bf. ist Eigentümerin eines Wohngrundstücks, in

dessen Nachbarschaft die Ast. des Ausgangsverfahrens einen Steinbruch und ein Schotterwerk errichten und betreiben will. Hierfür erteilte das Landratsamt der Ast. des Ausgangsverfahrens mit Bescheid vom 19. 12. 2005, geändert durch Bescheid vom 16. 1. 2007, eine immissionschutzrechtliche Genehmigung, die von der Bf. mit einer Klage angefochten wurde.

Ein Antrag der Ast. des Ausgangsverfahrens auf Anordnung der sofortigen Vollziehung wurde, nachdem das VG dem Antrag mit Beschluss vom 24. 7. 2007 noch gefolgt war, vom VGH mit Beschluss vom 12. 3. 2008 abgelehnt (22 CS 7/2027, BeckRS 2008, 33580). Der VGH war der Auffassung, ein Erfolg der Bf. im Hauptsacheverfahren könne nicht ausgeschlossen werden. Denn das Landratsamt hätte wohl eine Umweltverträglichkeitsprüfung durchführen müssen. Bei dem Vorhaben, das eine Fläche von weniger als 10 ha betreffe, sei die Verwendung von Sprengstoff geplant. Dies habe zur Folge, dass nach § 3c S. 2 UVPG i.V. mit Anlage 1 Nr. 2.1.3 zum UVPG eine standortspezifische Vorprüfung über die Durchführung einer Umweltverträglichkeitsprüfung notwendig sei.

Daraufhin verzichtete die Ast. des Ausgangsverfahrens insoweit auf die ihr erteilte Genehmigung, als sie die Verwendung von Sprengstoff umfasste. Das Landratsamt bestätigte dies mit Bescheid vom 1. 4. 2008. Auf einen daraufhin erneut gestellten Antrag ordnete das VG mit Beschluss vom 5. 5. 2008 die sofortige Vollziehung der geänderten Genehmigung des Steinbruchs an.

Die hiergegen von der Bf. eingelegte Beschwerde wurde vom VGH mit Beschluss vom 8. 8. 2008 zurückgewiesen. Zur Begründung führte er aus, das VG habe zu Recht darauf abgestellt, ob der von der Bf. in der Hauptsache eingelegte Rechtsbehelf mit erheblicher Wahrscheinlichkeit erfolglos bleiben werde. Dabei komme dem einen Genehmigungsbescheid anfechtenden Dritten im Hinblick auf die Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes keine bevorzugte verfahrensrechtliche Position zu, wenn es um die Frage der sofortigen Verwirklichung des Genehmigungsstatbestandes gehe.

Die Verfassungsbeschwerde wurde nicht zur Entscheidung angenommen.

#### **Aus den Gründen:**

Die Verfassungsbeschwerde ist nicht zur Entscheidung anzunehmen, weil die Voraussetzungen hierfür nach § 93a II BVerfGG nicht vorliegen (vgl. *BVerfGE* 90, 22 [24ff.] = *NJW* 1994, 993). Die Verfassungsbeschwerde hat keine grundsätzliche verfassungsrechtliche Bedeutung i.S. von § 93a II lit. a BVerfGG. Die hier maßgeblichen verfassungsrechtlichen Vorgaben sind geklärt (vgl. *BVerfGE* 51, 268 [284f.] = *NJW* 1980, 35; *BVerfG*, *GewArch* 1985, 16). Darüber hinaus ist sie auch nicht zur Durchset-

zung der in § 90 I BVerfGG genannten Rechte angezeigt (vgl. § 93a II lit. b BVerfGG). Denn die Verfassungsbeschwerde ist, soweit die Verletzung von Art. 14 I, 2 II und Art. 2 I GG geltend gemacht wird, unzulässig. Im Übrigen ist sie ohne Aussicht auf Erfolg in der Sache.

#### A. Zulässigkeit

Mit Blick auf die Rügen von Art. 14 I, 2 II und Art. 2 I GG steht der Verfassungsbeschwerde der Grundsatz der Subsidiarität entgegen. Dieser in § 90 II 1 BVerfGG zum Ausdruck kommende Grundsatz fordert, dass der Bf. über das Gebot der Rechtswegerschöpfung im engeren Sinne hinaus die ihm zur Verfügung stehenden Möglichkeiten ergreift, um eine Korrektur der geltend gemachten Verfassungsverletzung zu erreichen oder sie gar zu verhindern. Ist - wie hier - eine Eilentscheidung Gegenstand der Verfassungsbeschwerde, bedeutet das, dass auch die Erschöpfung des Rechtswegs in der Hauptsache geboten sein kann, wenn sich dort nach der Art des gerügten Grundrechtsverstoßes die Chance bietet, der verfassungsrechtlichen Beschwer abzuwehren. Dies ist regelmäßig der Fall, wenn mit der Verfassungsbeschwerde ausschließlich Grundrechtsverletzungen gerügt werden, die sich auf die Hauptsache beziehen. Die Notwendigkeit, vorab das Klageverfahren zu betreiben, fehlt allerdings, wenn dies für den Bf. nicht zumutbar ist (vgl. BVerfGE 69, 315 [340] = NJW 1985, 2395; BVerfGE 79, 275 [278f.] = NVwZ 1989, 451 = NJW 1989, 1665 L; BVerfGE 104, 65 [70f.] = NJW 2002, 741).

Die Rügen der Verletzung von Art. 14 I, 2 II und Art. 2 I GG beziehen sich auf die in der Hauptsache angegriffene Genehmigung. Eine möglicherweise insoweit bestehende Beschwer kann noch im Rahmen der von der Bf. erhobenen Anfechtungsklage beseitigt werden. Die Bf. hat nicht dargetan, dass ihr ein Abwarten des rechtskräftigen Abschlusses des Hauptsacheverfahrens nicht zumutbar ist. Sie hat nichts dazu vorgetragen, dass und inwieweit ihr Wohngrundstück durch den genehmigten Steinbruch - etwa durch Lärm oder Staub - tatsächlich beeinträchtigt wird. Abgesehen davon begehrt sie mit ihrer Verfassungsbeschwerde ausdrücklich nur die Aufhebung der angegriffenen Entscheidung des VGH wegen Verletzung von Art. 19 IV GG. Die übrigen Grundrechtsverletzungen werden von ihr nur „am Rande angemerkt“.

#### B. Begründetheit

Eine Verletzung von Art. 19 IV GG durch die Entscheidung des VGH ist nicht feststellbar.

#### I. Schutzbereich des Art. 19 IV GG

##### 1. Garantie der aufschiebenden Wirkung

Art. 19 IV GG gewährleistet nach der Rechtsprechung

des BVerfG nicht nur einen Rechtsweg überhaupt, sondern darüber hinaus, dass der Rechtsschutz effektiv ist. Der Bürger hat einen Anspruch auf eine tatsächlich wirksame gerichtliche Kontrolle. Damit hat Art. 19 IV GG gerade im Bereich des vorläufigen Rechtsschutzes eine erhebliche Bedeutung. Sie liegt auch darin, die „Selbstherrlichkeit“ der vollziehenden Gewalt gegenüber dem Bürger zu beseitigen. Daher soll nicht nur jeder Akt der Exekutive, der in Rechte des Bürgers eingreift, in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht vollständig der richterlichen Prüfung unterstellt werden, sondern es sollen durch Art. 19 IV GG auch irreparable Entscheidungen, wie sie durch die sofortige Vollziehung einer hoheitlichen Maßnahme eintreten können, soweit wie möglich ausgeschlossen werden. Hierin liegt die verfassungsrechtliche Bedeutung des Suspensiveffekts verwaltungsprozessualer Rechtsbehelfe (vgl. BVerfGE 35, 263 [274] = NJW 1973, 1491; BVerfGE 51, 268 [284] = NJW 1980, 35).

##### a. BVerfG: Aufschiebende Wirkung als Regelfall, aber nicht schlechthin gewährleistet

Andererseits gewährleistet Art. 19 IV GG die aufschiebende Wirkung von Rechtsbehelfen im Verwaltungsprozess nicht schlechthin. Überwiegende öffentliche Belange können es rechtfertigen, den Rechtsschutzanspruch des Einzelnen einstweilen zurückzustellen, um unaufschiebbare Maßnahmen im Interesse des allgemeinen Wohls rechtzeitig in die Wege zu leiten. Dies muss jedoch die Ausnahme bleiben. Eine Verwaltungspraxis, die dieses Regel-Ausnahme-Verhältnis umkehrte, indem zum Beispiel Verwaltungsakte generell für sofort vollziehbar erklärt würden, wäre mit der Verfassung nicht vereinbar (vgl. BVerfGE 35, 382 [402] = NJW 1974, 1043; BVerfGE 51, 268 [284] = NJW 1980, 35).

Da die aufschiebende Wirkung der Rechtsbehelfe gegen Verwaltungsakte unter dem Gesichtspunkt des Art. 19 IV GG nicht schlechthin und ausnahmslos verfassungsrechtlich garantiert ist, erscheint es auch nicht von Verfassung wegen geboten, jeden Verwaltungsakt, unabhängig von den besonderen Umständen, dem auf dem Suspensiveffekt aufbauenden Rechtssystem des § 80 VwGO zu unterstellen. Entscheidend ist vielmehr, ob dem Bürger im dargelegten Sinne ein verfassungsrechtlich ausreichender effektiver Rechtsschutz gewährt wird, mag dies auch auf andere Weise als durch (automatisch eintretende oder gerichtlich wiederhergestellte) aufschiebende Wirkung seines Rechtsbehelfs geschehen (vgl. BVerfGE 51, 268 [284f.] = NJW 1980, 35; BVerfGE 65, 1 [70f.] = NJW 1984, 419).

##### b. Subsumtion

Bei Anwendung dieser Vorgaben ist eine Verletzung

von Art. 19 IV GG nicht erkennbar. Dies gilt insbesondere, soweit die Bf. meint, aus Art. 19 IV GG ergebe sich unmittelbar, dass eine Anfechtungsklage (auch) in einem mehrpoligen Verwaltungsrechtsverhältnis im Regelfall automatisch aufschiebende Wirkung haben müsse. Diese Rechtsauffassung lässt sich den vorhergehend dargestellten verfassungsgerichtlichen Entscheidungen nicht entnehmen.

*aa. Im Zwei-Personen-Verhältnis*

Schon für das zweipolige Verwaltungsrechtsverhältnis ergibt sich aus der Rechtsprechung des BVerfG nicht, dass Art. 19 IV GG den automatischen Eintritt der aufschiebenden Wirkung eines Rechtsbehelfs als gesetzlichen Regelfall verlangt (vgl. Schmidt-Aßmann, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 19 IV Rdnr. 274 [Bearbeitungsstand: Februar 2003]; Schoch, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, § 80 Rdnrn. 15ff. [Bearbeitungsstand: Februar 1996]). Zwar ist das in § 80 I 1 VwGO normierte Regel-Ausnahme-Verhältnis eine adäquate Ausprägung der verfassungsrechtlichen Rechtsschutzgarantie (vgl. BVerfG [3. Kammer des Zweiten Senats], NVwZ 1996, 58 [59]; BVerfG [2. Kammer des Zweiten Senats], NVwZ 2007, 946). Eine Auslegung und Anwendung der einfachrechtlichen Norm des § 80 I VwGO, die diese Vorgaben umkehrte, würde daher gegen Art. 19 IV GG verstoßen. Daraus ergibt sich jedoch nicht, dass auch der Gesetzgeber nur mit einer Regelung wie der in § 80 I 1 VwGO der Rechtsschutzgarantie genügen würde. Das BVerfG hat nämlich auch stets betont, dass die aufschiebende Wirkung eines Rechtsbehelfs nicht „schlechthin garantiert“ ist und dass verfassungsrechtlich nicht entscheidend ist, wie vorläufiger Rechtsschutz gewährleistet wird, sondern dass ein wirksamer Eilrechtsschutz vorhanden ist (vgl. BVerfGE 51, 268 [284f.] = NJW 1980, 35; BVerfGE 65, 1 [70f.] = NJW 1984, 419). Maßgeblich ist somit nicht die Sicherungstechnik, sondern der Sicherungserfolg (vgl. Schmidt-Aßmann, Rdnr. 274). Dabei sei rechtsvergleichend darauf hingewiesen, dass ein automatischer Eintritt der aufschiebenden Wirkung auch weder im EG-Prozessrecht (vgl. Art. 242 EG) noch im Recht der meisten anderen Mitgliedstaaten bekannt ist (vgl. Schmidt-Aßmann, Rdnr. 277; Wegener, in: Rengeling/Middeke/Gellermann, Hdb. d. Rechtsschutzes in der EU, 2. Aufl. [2003], § 19 Rdnr. 2).

*bb. Im Drei-Personen-Verhältnis*

Handelt es sich - wie hier - um ein mehrpoliges Rechtsverhältnis, bei dem ein Verwaltungsakt mit Drittwirkung Gegenstand einer Anfechtungsklage ist (vgl. § 80 I 2 VwGO), kann jedenfalls nicht davon ausgegangen werden, dass Art. 19 IV GG den regelmäßigen Eintritt des Suspensiveffekts verlangt. Denn das Postulat vom Suspensiveffekt als Regelfall stößt

bei der Anfechtung von Genehmigungsbescheiden durch Drittbetroffene schon wegen der dabei zu berücksichtigenden Rechtsposition des Genehmigungsempfängers an Grenzen. Dessen Rechtsposition ist grundsätzlich nicht weniger schützenswert als diejenige des Drittbetroffenen. Ein Rechtssatz des Inhalts, dass sich der einen Genehmigungsbescheid anfechtende Dritte gegenüber dem Genehmigungsempfänger von vornherein in einer bevorzugten verfahrensrechtlichen Position befinden müsse, wenn es um die Frage der sofortigen Verwirklichung des Genehmigungstatbestandes geht, ist weder aus dem geltenden Verwaltungsprozessrecht noch aus Art. 19 IV GG abzuleiten (vgl. BVerfG, GewArch 1985, 16). Die einseitige Bevorzugung des Dritten durch die einstweilige Festbeschreibung des status quo liefe vielmehr auf eine ungerechtfertigte, mit den Freiheitsgrundrechten des Begünstigten und dem Gleichheitssatz unvereinbare Privilegierung des Dritten hinaus (vgl. Schoch, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, § 80 Rdnr. 18 [Bearbeitungsstand: Februar 1996]).

*2. Erfordernis eines besonderen öffentlichen Interesses an der Vollziehung*

Art. 19 IV GG ist auch nicht dadurch verletzt, dass der VGH in der hier gegenständlichen Entscheidung das Vorliegen eines besonderen öffentlichen Interesses an der sofortigen Vollziehung nicht geprüft hat.

*a. Im Zwei-Personen-Verhältnis*

Zwar hat das BVerfG für das zweipolige Verwaltungsrechtsverhältnis bereits mehrfach entschieden, dass für die Anordnung der sofortigen Vollziehung eines Verwaltungsaktes nach § 80 II 1 Nr. 4 Alt. 1 VwGO ein besonderes öffentliches Interesse erforderlich ist, das über jenes Interesse hinausgeht, das den Verwaltungsakt selbst rechtfertigt. Dabei lässt es sich nicht allgemein, sondern nur im Einzelfall bestimmen, wann der Rechtsschutzanspruch des Einzelnen ausnahmsweise hinter die öffentlichen Belange zurücktreten muss und wann es der Exekutive durch Art. 19 IV GG verwehrt ist, der gerichtlichen Prüfung ihrer Maßnahmen vorzugreifen. Aus dem Zweck der Rechtsschutzgarantie und dem Verfassungsgrundsatz der Verhältnismäßigkeit ergibt sich aber wenigstens soviel: Der Rechtsschutzanspruch des Bürgers ist umso stärker und darf umso weniger zurückstehen, je schwerwiegender die ihm auferlegte Belastung ist und je mehr die Maßnahmen der Verwaltung Unabänderliches bewirken (vgl. BVerfGE 35, 382 [401] = NJW 1974, 1043; BVerfGE 69, 220 [227f.] = NVwZ 1985, 409).

*b. Im Drei-Personen-Verhältnis*

Wird dagegen - wie hier - von einem Dritten die einem anderen erteilte und diesen begünstigende Genehmigung angegriffen, bedarf es schon nach dem einfachen

Recht (vgl. §§ 80a, 80 II 1 Nr. 4 Alt. 2 VwGO) und erst recht nicht wegen Art. 19 IV GG der Prüfung eines besonderen öffentlichen Interesses an der sofortigen Vollziehung (vgl. Schoch, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, § 80a Rdnr. 66 [Bearbeitungsstand: Februar 1996]). Denn in dieser Situation stehen sich konkrete Rechtspositionen Privater gegenüber, die grundsätzlich gleichrangig sind. Die Frage, wer hier bis zur Hauptsacheentscheidung das Risiko der Herbeiführung vollendeter Tatsachen tragen muss, bestimmt sich nach dem materiellen Recht, also der Erfolgsaussicht des Hauptsacherechtsbehelfs (vgl. Schoch, Vorläufiger Rechtsschutz und Risikoverteilung im VerwR, 1988, S. 1003ff.). Art. 19 IV GG lässt sich nicht entnehmen, dass hier eine der beiden Rechtspositionen bevorzugt wäre oder dass für ihre sofortige Ausnutzung zusätzlich ein besonderes öffentliches Interesse vorliegen müsse.

### 3. Objektive Rechtswidrigkeit oder Verletzung dritt-schützender Normen

Schließlich gebietet es Art. 19 IV GG nicht, dass bei der Prüfung der Erfolgsaussicht des Hauptsacherechtsbehelfs im Eilrechtsschutzverfahren allein schon die objektive Rechtswidrigkeit entscheidend sein muss und dass das Hinzukommen einer Verletzung subjektiver Rechte des betreffenden Antragstellers nicht auch maßgeblich sein darf. Dass dieser Rechtsauffassung nicht zu folgen ist, ergibt sich schon daraus, dass Art. 19 IV GG dem Einzelnen (nur) Rechtsschutz für die Verletzung seiner Rechte durch die öffentliche Gewalt sichert. Er garantiert dem Bürger damit keine allgemeine Rechtmäßigkeitskontrolle der Verwaltung, son-

dern trifft eine Systementscheidung für den Individualrechtsschutz. So ergibt sich insbesondere auch aus der allgemeinen Handlungsfreiheit nach Art. 2 I GG kein allgemeiner Gesetzesvollziehungsanspruch, dessen Einhaltung der Einzelne auf der Grundlage von Art. 19 IV GG von den Gerichten kontrollieren lassen könnte (vgl. BVerfGE 58, 1 [40] = NJW 1982, 507; Schmidt-Aßmann, Rdnrn. 8, 122).

Dementsprechend kann es mit Blick auf Art. 19 IV GG nicht beanstandet werden, wenn der VGH die Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes für die Bf. mit der Begründung abgelehnt hat, die Bf. werde durch die angegriffene Genehmigung nicht in ihren Rechten verletzt. Dabei ist der VGH sogar auf der Grundlage einer summarischen Prüfung davon ausgegangen, dass der Bf. grundsätzlich ein Recht zustehen kann, die Durchführung einer gemeinschaftsrechtlich gebotenen Umweltverträglichkeitsprüfung verlangen und bei deren Fehlen auch die Aufhebung der betreffenden Genehmigung durchsetzen zu können (vgl. VGH München, Beschl. v. 12. 3. 2008 - 22 CS 7/2027, BeckRS 2008, 33580, insb. mit Verweis auf EuGH, Slg. 2004, I-723 = NVwZ 2004, 593 - Wells). Ob jedoch im konkreten Fall entgegen der Auffassung des VGH in der hier gegenständlichen Entscheidung eine Umweltverträglichkeitsprüfung durchgeführt werden musste und ob der Bf. deshalb vorliegend ein subjektives Recht hierauf zusteht, ist keine Frage, die am Maßstab von Art. 19 IV GG zu beantworten ist. Art. 19 IV GG setzt das Bestehen von Rechten, für die Rechtsschutz zu gewähren ist, voraus und begründet sie nicht (vgl. BVerfGE 83, 182 [194f.] = NJW 1991, 1878).

## Standort: Staatshaftungsrecht

## Problem: Drittschadensliquidation

VG SCHLESWIG, URTEIL VOM 18.06.2008  
9 A 38/07 (NVWZ-RR 2009, 188)

### Problemdarstellung:

A. Im Zivilrecht ist das Rechtsinstitut der Drittschadensliquidation allgemein anerkannt. Es beschreibt das Phänomen, dass der Geschädigte gegen den Schädiger keinen Anspruch hat, wohl aber ein anderer Anspruchsinhaber ist, dem es allerdings an einem eigenen Schaden fehlt. In diesen Fällen wird der Schaden zum Anspruch gezogen, sodass der Anspruchsinhaber gegen den Schädiger vorgehen kann. Aus § 285 I BGB hat dann der Geschädigte Dritte gegen den Anspruchsinhaber einen Anspruch auf Abtretung oder Herausgabe des vom Schädiger Erlangten.

Für diese Konstruktion sprechen letztlich Billigkeitserwägungen (§ 242 BGB), denn es ist nicht einzusehen, warum der Schädiger davon profitieren soll, dass zufällig Schaden und Anspruch auseinander fallen.

Klassische Fallgruppen im Zivilrecht sind die mittelbare Stellvertretung, die obligatorische Gefahrentlastung und die Verletzung von Obhutspflichten für fremde Sachen (Palandt-Heinrichs, BGB, Vor § 249 Rz 115 ff.).

B. Das Rechtsinstitut der Drittschadensliquidation ist nach allgemeiner Ansicht auf das öffentliche Recht zu übertragen, wenn es dort zu einer ähnlichen, zufälligen Schadensverlagerung kommt. Dafür bietet der vorliegende Fall ein gutes Beispiel: Ein Lehrer (Schädiger) hatte einen Schulschlüssel verloren, woraus dem Schulträger (Geschädigter) ein Schaden infolge des Auswechselns der Schlösser entstanden war. Einen Anspruch auf Regress gegen den Lehrer hatte aber nicht der geschädigte Schulträger, sondern (nur) der Dienstherr des Lehrers, das Land Schleswig-Holstein (Anspruchsinhaber).

C. Allerdings trat in diesem Fall eine interessante Besonderheit hinzu: Die "klassische" Konstellation ist

jene, in welcher der Anspruchsinhaber (hier: Land S-H) den Schädiger (hier: Lehrer) im Wege der Drittschadensliquidation in Anspruch nimmt. Dies geschah hier jedoch gerade nicht. Vielmehr weigerte sich das Land S-H, einen solchen Anspruch geltend zu machen. Klage erhob nun der Geschädigte Schulträger gegen das Land S-H als Anspruchsinhaber auf Geltendmachung des Anspruchs aus Drittschadensliquidation gegenüber dem Lehrer als Schädiger. Das VG Schleswig bejaht einen solchen Anspruch des Geschädigten gegen den Anspruchsinhaber auf Durchführung der Drittschadensliquidation, wies dessen Klage allerdings trotzdem ab, weil die tatbestandlichen Voraussetzungen der Drittschadensliquidation im konkreten Fall nicht vorlagen.

#### **Prüfungsrelevanz:**

Der vorliegende Fall zeigt, dass es auch im öffentlichen Recht gelten kann, Fälle zufälliger Schadensverlagerung zu erkennen. Sie können unter entsprechender Anwendung des im Zivilrecht erlernten Rechtsinstituts der Drittschadensliquidation gelöst werden.

Zudem sollte man sich einprägen, dass nicht nur der Anspruchsinhaber im Wege der Drittschadensliquidation gegen den Schädiger vorgehen *kann*, sondern dass er dazu auch *verpflichtet* ist und ggf. vom Geschädigten darauf in Anspruch genommen werden kann.

Fallfrage ist dann, ob die Voraussetzungen der Drittschadensliquidation (Vorliegen aller Anspruchsvoraussetzungen außer des Schadens in der Person des Anspruchsinhabers gegenüber dem Schädiger, Schaden eines Dritten und zufällige Schadensverlagerung) vorliegen.

#### **Vertiefungshinweise:**

- Pflicht zur Drittschadensliquidation: *BVerwGE* 120, 370
- Schadenersatz bei Verlust eines Schulschlüssels: *VG Hannover*, BeckRS 2008, 33798
- Zur Übertragbarkeit der zivilrechtlichen Drittschadensliquidation in das öffentliche Recht: *BVerwGE* 120, 370; *NJW* 1995, 978; *OVG Koblenz*, NVwZ-RR 2005, 477; *VG Hannover*, BeckRS 2008, 33798; *VG Minden*, BeckRS 2006, 23222; *VG Lüneburg*, BeckRS 2007, 26082; BeckRS 2004, 25432
- Schadenersatz des Dienstherrn wegen Dienstpflichtverletzung des Beamten: *BVerwG*, *NJW* 2006, 3225

#### **Leitsatz:**

**Der Anspruch des Schulträgers gegen den Dienstherrn einer Lehrkraft, die einen Schulschlüssel verloren hat, besteht nur nach Maßgabe beamtenrechtlicher Haftungsnormen; die Verwahrung ei-**

**nes Schlüssels in der Hosentasche ohne Sicherungskette ist nicht grob fahrlässig.**

#### **Sachverhalt:**

Der Kl. ist Träger der X-Schule, einer Realschule mit Grund- und Hauptschulteil. Er begehrt vom bekl. Ministerium die Inanspruchnahme eines beim Land verbeamteten Lehrers auf Ersatz des Schadens, der dem Schulträger auf Grund des Verlustes des Generalschlüssels der Schule und des dadurch veranlassten Austausches der Schließanlage entstanden ist. Am 8. 6. 2005 bemerkte der dem Verfahren beigelegte Realschullehrer B bei Schulschluss, dass er den ihm überlassenen Generalschlüssel der Schule, mit dem er noch im Laufe des Vormittages Fachräume geöffnet hatte und den er an einem lose in seiner Hosentasche befindlichen Schlüsselbund mit insgesamt drei Schlüsseln getragen hatte, zusammen mit dem gesamten Schlüsselbund verloren haben musste. Nachdem eine Suche sowie eine Nachfrage in der Schülerschaft am nächsten Tage erfolglos geblieben waren, wurde die gesamte Schließanlage der Schule durch einen Sicherheitsdienst zu Kosten von insgesamt 6488,49 Euro ausgetauscht. Die Haftpflichtversicherung des Beigel. lehnte die Regulierung des Schadens ab. Mit Schreiben vom 7. 2. 2006 teilte der Beigel. dem Amt Z. mit, er könne ausschließen, dass er den Schlüssel zu Hause oder auf dem Schulweg verloren habe. Mit anwaltlichem Schreiben vom 20. 9. 2006 wandte sich das Amt an das Ministerium und bat um Bestätigung, dass dieses den dem Amt entstandenen Schaden gegenüber dem Beigel. im Wege der Drittschadensliquidation geltend machen werde. Das Amt Z. habe keinen eigenen Schadenersatzanspruch gegen den Beigel., weil es weder dessen Dienstherr noch Dritter im Sinne des Amtshaftungsrechtes sei. Mit Schreiben vom 9. 10. 2006 teilte das Ministerium für Bildung und Frauen des Landes S.-H. dem Amt Z. mit, es beabsichtige nicht, in diesem Fall Schadenersatzansprüche im Wege der Drittschadensliquidation gegenüber dem Beigel. geltend zu machen. Zwar habe das Land die rechtliche Möglichkeit, einen solchen Anspruch im Rahmen des § 94 I SchlHBG geltend zu machen. Mit seiner Klage hat zunächst das Amt Z. als damaliger Schulträger sein Begehren weiter verfolgt. Mit dem Einverständnis der Bet. ist die Klage zwischenzeitlich auf den Schulverband als neuen Schulträger umgestellt worden.

#### **Aus den Gründen:**

##### **A. Zulässigkeit**

##### **I. Verwaltungsrechtsweg**

Für die vorliegende Streitigkeit ist gem. § 40 I 1 der Verwaltungsrechtsweg gegeben, da der Kl. einen An-

spruch aus einem öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnis zwischen Schulträger und Land geltend macht.

## II. Statthafte Klageart

Die Klage ist als Leistungsklage, gerichtet auf ein tatsächliches Verhalten des Bekl., gegen den Beigel. haftungsrechtlich vorzugehen, zulässig.

## III. Beteiligtenfähigkeit

Der Kl. ist als Zweckverband gem. § 56 I SchlHSchulG i.d.F. des Gesetzes zur Weiterentwicklung des Schulwesens in Schleswig-Holstein vom 24. 1. 2007 (GVObI 2007, 39) i.V. mit § 4 des Gesetzes über kommunale Zusammenarbeit i.d.F. der Bekanntmachung vom 28. 2. 2003 (SchlHGVOB I S. 122) als Körperschaft des öffentlichen Rechts beteiligtenfähig i.S. von § 61 Nr. 1 VwGO.

## IV. Klagebefugnis

Der kl. Schulverband ist nach dem Übergang der Schulträgerschaft für die X-Schule auf ihn klagebefugt im Hinblick auf den Ausgleich des zunächst dem Amt Z. als Schulträger entstandenen Schadens, da ihm nach § 2 I des Vertrages über die Errichtung des Schulverbandes in Übereinstimmung mit § 49 IV SchlHSchulG die jener Schule zuzuordnenden Vermögenspositionen - mithin auch eine mögliche Forderung gegen das Land aus dem schulrechtlichen Gemeinschaftsverhältnis - übertragen worden sind.

## B. Begründetheit

Die Klage ist jedoch unbegründet, da der Kl. im Ergebnis keinen Anspruch gegen das bekl. Ministerium als Dienstherr des Beigel. auf Inanspruchnahme im Wege der Drittschadensliquidation hat.

### I. Anspruch des Geschädigten auf Geltendmachung seines Schadens durch den Anspruchsinhaber gegenüber dem Schädiger (Drittschadensliquidation)

Grundsätzlich besteht aus dem besonderen schulrechtlichen Gemeinschaftsverhältnis im Verhältnis zwischen Schulträger und Dienstherr der Lehrkräfte ein Anspruch des Schulträgers gegen das Land als Dienstherrn, einen beim Schulträger entstandenen Schaden im Rahmen beamtenrechtlicher Haftungsvorschriften gegenüber den schadensverursachenden Lehrkräften geltend zu machen. Der Schulträger hat nach § 48 SchlHSchulG u.a. den sächlichen Bedarf für den Schulbetrieb zur Verfügung zu stellen, während das Land nach §§ 35, 36 SchlHSchulG Dienstherr der Lehrkräfte an öffentlichen Schulen ist und deren persönliche Kosten zu tragen hat. Nach § 57 SchlHSchulG sind das Land und die Schulträger verpflichtet, bei der Errichtung, Änderung und Auflösung der Schulen zusammenzuwirken. Hieraus lässt sich ableiten, dass Schulträger und Dienstherr der Lehr-

kräfte bei der Wahrnehmung des staatlichen Schulauftrages in einem besonderen schulrechtlichen Gemeinschaftsverhältnis zueinander stehen und wechselseitig zur Zusammenarbeit in einer Weise verpflichtet sind, die sowohl dem Schulträger als auch dem Land als Dienstherrn die Wahrnehmung des jeweiligen Aufgabenbereiches ermöglicht (vgl. für das Schulrecht anderer Bundesländer: OVG Koblenz, NVwZ-RR 2005, 477; VG Hannover, BeckRS 2008, 33798; VG Minden, BeckRS 2006, 23222; VG Lüneburg, BeckRS 2007, 26082; BeckRS 2004, 25432; VG Köln, Urt. v. 29. 7. 2003 - 7 K 4528/00; wegen der Ableitung aus nicht reversiblen Landesrecht nicht entschieden in: BVerwG, NVwZ 1985, 904).

## II. Tatbestand

Aus diesem Gemeinschaftsverhältnis folgt für den Dienstherrn der Lehrkräfte an einer Schule grundsätzlich die Verpflichtung, gegen diese im Wege der Drittschadensliquidation haftungsrechtlich vorzugehen, sofern der Schulträger keinen eigenen Anspruch auf Ersatz eines durch die betreffende Lehrkraft verursachten Schadens hat.

### 1. Kein eigener Anspruch des Geschädigten gegen den Schädiger

#### a. Aus Amtshaftung

Ein Anspruch aus § 839 BGB i.V. mit Art. 34 GG wegen Amtspflichtverletzung steht dem Kl. als Schulträger nicht zu, weil der Beigel. keine Amtspflicht verletzt hat, die ihm gegenüber dem Schulträger oblag. Die Erfüllung des Schulauftrages ist dem Land als Dienstherrn der Lehrkräfte und dem Kl. als Schulträger gemeinsam auferlegt, so dass der Schulträger dem Beigel. nicht als „Außenstehender“ und somit als „Dritter“ i.S. von Art. 34 S. 1 GG, § 839 I BGB gegenüber steht (vgl. etwa auch: OVG Koblenz, NVwZ-RR 2005, 477; OLG Köln, DVBl 1990, 311). Davon geht auch der BGH in der vom Bekl. angeführten Entscheidung aus (vgl. BGHZ 60, 371 = NJW 1973, 1461) Vielmehr wirken der Schulträger und der Dienstherr der Lehrkräfte im Hinblick auf den gemeinsam erteilten Bildungsauftrag gleichsinnig und nicht etwa in Vertretung widerstreitender Interessen zusammen, so dass die den Lehrkräften obliegende Verpflichtung zur pfleglichen und sachgerechten Behandlung des ihnen zur Erfüllung des Lehrauftrages zur Verfügung gestellten Materials als „Internum“ eines Verhältnisses der gemeinschaftlichen Aufgabewahrnehmung, nicht aber als drittgerichtete Amtspflicht im Außenverhältnis zu einem anderen Rechtsträger besteht.

#### b. Aus dem Beamtenrecht

Auch aus Beamtenrecht steht dem Schulträger kein

unmittelbarer Anspruch gegen den Beigel. zu, da es sich bei der dienstrechtlichen Verpflichtung der Lehrkräfte zur sorgsamem Behandlung des zur Erfüllung des Bildungsauftrages erforderlichen Sachbestandes im Eigentum des Schulträgers lediglich um eine Verpflichtung im Dienstverhältnis zum Land als Dienstherrn, nicht jedoch um eine gegenüber dem Schulträger bestehende Verpflichtung handelt. Der Schulträger ist auch nicht in einem funktionalen Sinne Dienstherr der Lehrkräfte, so dass die Ableitung eines Haftungsanspruchs des Schulträgers unmittelbar gegen eine Lehrkraft analog der jeweiligen beamtenrechtlichen Haftungsnorm nicht in Betracht kommt (vgl. VGH Mannheim, ZBR 1985, 115f.; BVerwG, NVwZ 1985, 904ff.; OVG Koblenz NVwZ-RR 2005, 477; OLG Köln, DVBl 1990, 311). Die vom BGH in seiner singulären Entscheidung vom 7.5.73 (BGHZ 60, 371) vertretene gegenteilige Auffassung ist von den Verwaltungsgerichten einschließlich des BVerwG einhellig abgelehnt worden und hat auch in der nachfolgenden zivilrechtlichen Judikatur, soweit ersichtlich, keinen Widerhall gefunden.

## 2. Schadensverschiebung

Um der ungerechtfertigten Besserstellung eines Schadensverursachers auf Grund der Verlagerung des entstehenden Schadens vom Inhaber der ihm gegenüber bestehenden Rechtsposition, vorliegend: dem Dienstherrn als Adressat der beamtenrechtlichen Verpflichtungen zur sorgsamem Behandlung sächlicher Mittel zur Erfüllung des Bildungsauftrages - zum Schulträger entgegenzuwirken, ist der Kreis der Ersatzberechtigten im Wege der Drittschadensliquidation auf den Inhaber der Rechtsposition gegenüber dem Schädiger zu erweitern (vgl. allgemein zur Figur der Drittschadensliquidation Oetker in: MünchKomm. BGB, 5. Aufl. [2007], § 249 BGB, Rdnrn. 277f.; Heinrichs, in: Palandt, BGB, 67. Aufl. [2008], Vorb. vor § 249 Rdnrn. 112f.).

Diese auch im Zivilrecht nur ausnahmsweise angewandte Rechtsfigur ist auch auf entsprechende Fallkonstellationen im öffentlichen Recht übertragbar, in denen wegen des Auseinanderfallens des Trägers der verletzten Rechtsposition einerseits und des Geschädigten andererseits ein Bedürfnis zur Drittschadensliquidation besteht und es ungerechtfertigt erschiene, den Schädiger allein auf Grund dieser Schadensverlagerung nicht in Anspruch zu nehmen (vgl. Palandt, Vorb. vor § 249, Rdnr. 113; MünchKomm-BGB, § 249 BGB, Rdnr. 294 - speziell mit Bezug auf die Beschädigung von Eigentum des Schulträgers). Davon geht auch die verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung gerade in den bislang entschiedenen Fällen, in denen Lehrkräfte bei Beschädigung oder Verlust von Schuleigentum in Anspruch genommen wurden, ausnahmslos aus (vgl. OVG Koblenz, NVwZ-RR 2005, 477;

VG Hannover, BeckRS 2008, 33798; VG Minden, BeckRS 2006, 23222; VG Lüneburg, BeckRS 2007, 26082; BeckRS 2004, 25432; VG Köln, Urt. v. 29. 7. 2003 - 7K 4528/00). Auch das BVerwG wendet die Rechtsfigur der Drittschadensliquidation auf entsprechende öffentlich-rechtliche Rechtsverhältnisse an (vgl. BVerwGE 120, 370 = NVwZ-RR 2004, 1372 - Drittschadensliquidation im Verhältnis Zivildienststelle - Zivildienstleistenden - und dem Bund als Dienstherr der Zivildienstleistenden; BVerwG, NJW 1995, 978f. - Verhältnis Gemeindebeamter - kommunaler Dienstherr - Land als das Wohngeld finanzierender Körperschaft). Auch die Kammer geht von der Übertragbarkeit der Rechtskonstruktion der Drittschadensliquidation auf das Verhältnis zwischen Schulträger, Dienstherrn der Lehrkräfte und den Lehrkräften aus. Es wäre weder nachvollziehbar noch unter Gleichbehandlungsaspekten rechtlich begründbar, Lehrkräfte nur aufgrund der Tatsache, dass sie an der Aufgabenerledigung innerhalb eines öffentlich-rechtlichen Gemeinschaftsverhältnisses mitwirken, bei dem Dienstherrn und Träger der Sachaufwendungen auseinanderfallen, haftungsrechtlich gegenüber sonstigen Beamten besserzustellen.

## 3. Pflicht des Anspruchsinhabers zur Geltendmachung des Drittschadens

Das Land Schleswig-Holstein als Dienstherr des Beigel. trifft darüber hinaus eine Pflicht, etwaige beamtenrechtliche Haftungsansprüche gegen den Beigel. im Wege der Drittschadensliquidation zu Gunsten des Klägers geltend zu machen. Dienstherr der Lehrkräfte und Schulträger sind im schulrechtlichen Gemeinschaftsverhältnis miteinander verbunden, um in gleichsinnigem Zusammenwirken den staatlichen Bildungsauftrag zu erfüllen. Auf die Rechtsfigur der Drittschadensliquidation ist nur dann zurückzugreifen, wenn für sie ein Bedürfnis besteht, weil anderenfalls der geschädigte Schulträger keinen Schadensausgleich erlangen könnte. Warum bei dieser Sachlage noch ein Ermessen des Dienstherrn gegeben sein soll, gegen einen schadensverursachenden Beamten nach Maßgabe beamtenrechtlichen Haftungsrechtes vorzugehen, leuchtet nicht ein. Auch die verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung geht einhellig von einer Verpflichtung des Dienstherrn zur Drittschadensliquidation aus, sofern die haftungsrechtlichen Voraussetzungen im Verhältnis zwischen Dienstherrn und Schadensverursacher vorliegen (nicht entschieden: BVerwG, NVwZ 1985, 904; BVerwG, NJW 1995, 978; eine Pflicht zur Drittschadensliquidation bejahend: BVerwGE 120, 370 = NVwZ 2004, 1372).

## 4. Vorliegen der (übrigen) Anspruchsvoraussetzungen in der Person des Anspruchsinhabers gegenüber dem Schädiger



*a. Hier: Grob fahrlässiges oder vorsätzliches Handeln des Schädigers gem. § 94 I SchlHGB*

Ein Anspruch des Schulträgers gegen den Dienstherrn auf ein Vorgehen gegen den schadensverursachenden Beamten im Wege der Drittschadensliquidation besteht allerdings nur, soweit ein beamtenrechtlicher Haftungsanspruch des Dienstherrn gegen die Lehrkraft in Betracht kommt. Die beamtenrechtlichen Normen, die - wie vorliegend § 94 I 1 (SchlHGB) - eine Inanspruchnahme des Beamten auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit beschränken, bewirken eine Anspruchs-konzentration auf den Dienstherrn, dessen Aufgaben der Beamte wahrgenommen hat, und damit auch eine Übertragung des eingeschränkten Haftungsmaßstabes auf das Verhältnis der am öffentlich-rechtlichen Gemeinschaftsverhältnis Beteiligten (vgl. BVerwG, NJW 1995, 978).

*b. Subsumtion*

Ein Anspruch des Kl. auf Vorgehen gegen den Beigel. im Wege der Drittschadensliquidation käme daher nur in Betracht, wenn dieser im Zusammenhang mit der Verwahrung und dem Verlust des Generalschlüssels der X-Schule zumindest grob fahrlässig i.S. von § 94 I 1 SchlHGB gehandelt hätte.

*aa. Allgemeiner Maßstab für grobe Fahrlässigkeit*

Grobe Fahrlässigkeit setzt nach der haftungsrechtlichen Judikatur voraus, dass der betreffende Schadensverursacher schon einfachste, ganz naheliegende Überlegungen nicht angestellt und das nicht beachtet hat, was im gegebenen Falle jedem einleuchten musste; er muss es unterlassen haben, naheliegende, unschwer zu ergreifende Sicherheitsvorkehrungen zu ergreifen, und sich über Bedenken hinweggesetzt haben, die sich jedem aufdrängen mussten (vgl. etwa Heinrichs, in: Palandt, BGB, 67. Aufl. [2008], § 277 Rdnr. 5; Grundmann, in: MünchKomm-BGB, 5. Aufl. [2007], § 276 Rdnrn. 94, 98). Voraussetzung einer Haftung für grobe Fahrlässigkeit ist zudem die subjektive Vorwerfbarkeit des Verhaltens, die das gewöhnliche Maß weit übersteigt (vgl. Grundmann, MünchKomm-BGB, § 276 Rdnr. 95).

Nach dem Vortrag der Bet. und den Schilderungen des Beigel. in der mündlichen Verhandlung ist davon auszugehen, dass der Beigel. den Schulgeneralschlüssel zusammen mit zwei weiteren Schlüsseln an einem Schlüsselring in seiner Hosentasche trug. Ob er in derselben Hosentasche noch ein Taschentuch verwahrte und auf welche Weise ihm der Schlüssel abhanden gekommen ist, steht nach den glaubhaften Ausführungen des Beigel. in der mündlichen Verhandlung nicht fest. Der Beigel. hat hierzu lediglich eine Vermutung geäußert, die sich aus der zeitlichen Eingrenzung des Schlüsselverlustes auf den Schulvormittag des 8. 6. 2005 sowie aus der Tatsache ergibt, dass er ein Herun-

terfallen des Schlüsselbundes akustisch nicht bemerkte. Bei der schriftlich getätigten Äußerung des Beigel., dass der Schlüssel beim Überqueren des Schulrasens und beim Herausnehmen eines Taschentuches herausgefallen sein könnte, handelte es sich, wie dieser in der mündlichen Verhandlung glaubhaft dargelegt hat - lediglich um einen Erklärungsversuch.

Unter diesen Umständen ist nach Auffassung der Kammer nicht erkennbar, dass der Umgang des Beigel. mit dem ihm überlassenen Generalschlüssel grob fahrlässig war. Die Verwahrung des Generalschlüssels an einem dreigliedrigen Schlüsselbund ohne weitere Sicherung in der Hosentasche kann nicht als grob fahrlässig angesehen werden. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass weder der Schulrektor noch der Hausmeister bei der erst kurz vor dem streitgegenständlichen Vorfall erfolgten Übergabe des Generalschlüssels an die Lehrkräfte Empfehlungen oder gar Anweisungen abgegeben haben, dass der Schlüssel besonders - etwa durch eine Kette - zu sichern sei. Die Schule hat die Lehrkräfte nach Aussagen des Beigel. lediglich auf die Möglichkeit des Abschlusses einer Schlüsselversicherung hingewiesen. Die Sicherung eines Schlüssels mittels einer besonderen Kette an einem Kleidungsstück kann auch nicht als Vorkehrung angesehen werden, die nach allgemeinem Standard und nach den Vorstellungen der überwiegenden Mehrheit der Bevölkerung als naheliegend angesehen würde. Vielmehr ist es allgemein üblich, private wie auch dienstlich anvertraute Schlüssel ohne eine solche Sicherungskette so in einer Tasche in der Kleidung zu verwahren, dass sich der Schlüsselträger jederzeit des Vorhandenseins der Schlüssel vergewissern kann, wobei davon ausgegangen wird, dass ein Herausrutschen eines scharfkantigen metallenen Gegenstandes - zumal eines mehrgliedrigen Schlüsselbundes - nicht nur physisch, sondern beim Auftreffen des Schlüssels auf einen harten Untergrund auch akustisch bemerkt wird.

In der Rechtsprechung wird eine körpernahe Aufbewahrung von Wertgegenständen etwa in der Hosentasche auch ohne weitere Sicherung gerade als Beispiel für ein sorgfaltsgerechtes Verhalten aufgeführt, während die Verwahrung etwa in einer an der Garderobe einer Gaststätte aufgehängten oder über einer Stuhllehne in einer Wirtschaft abgelegten Jacke als grob fahrlässig angesehen worden ist (vgl. etwa AG Düsseldorf, Urt. v. 24. 1. 2008 - 29 C 10453/89; AG Schwabmünchen, Urt. v. 9. 7. 2003 - 172 C 16403/03). Grobe Fahrlässigkeit wurde demgegenüber in Fallkonstellationen angenommen, in denen der Schadensverursacher den später verloren gegangenen Schlüssel von seiner Körpersphäre entfernt abgelegt oder ins Schloss gesteckt hatte und die Kontrolle über den Schlüssel nicht durchgehend behalten hatte (vgl. VG Hannover, BeckRS 2008, 33798; VG Minden, BeckRS 2006, 23222; vgl. dagegen grobe Fahrlässigkeit verneinend:

beim Zurücklassen von Schlüsseln in der am Strand abgelegten Kleidung: OLG Naumburg, r+s 2003, 11; beim nicht näher einzugrenzenden Verlust von Dienststellenschlüsseln eines Polizeibeamten, einschließlich des Schlüssels zum Waffenschrank: VG Stuttgart, BeckRS 2005, 27923).

*bb. Gesteigerte Sorgfaltspflicht im Beamtenrecht*

Unbestreitbar traf den Beigel. aus seinem Dienstverhältnis zum Land eine angesichts des hohen Wertes der Schulschließanlage gesteigerte Sorgfaltspflicht, für eine sichere Verwahrung des Generalschlüssels zu sorgen. Ob die Verwahrungsweise des Beigel. die Voraussetzungen einer einfachen Fahrlässigkeit erfüllt, kann hier dahinstehen, da der Haftungsmaßstab des § 94 I 1 SchlHGB auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit beschränkt ist. Schon in objektiver Hinsicht erfüllte jedoch die besonders körpernahe Aufbewahrungsweise in der Hosentasche die Voraussetzungen jedenfalls einer groben Fahrlässigkeit nach Auffassung der Kammer nicht. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass er den Schlüssel nicht einzeln, sondern mit anderen zusammengefügt aufbewahrt und damit die Wahrscheinlichkeit erhöht hat, ein Herausrutschen zu bemerken. Besondere Sicherungsmaßnahmen waren auch nicht dadurch naheliegend im Sinne der Anforderungen an grobe Fahrlässigkeit, dass der Beigel. im

Rahmen der Pausenaufsicht möglicherweise den Schulrasen betreten und dort mit einem Aufprallgeräusch herausfallender Schlüssel nicht gerechnet werden musste. Zum einen hielt er sich allenfalls über eine geringe Zeitspanne auf dem Rasen auf, und zum anderen musste er auch dort nicht damit rechnen, dass ihm Gegenstände aus seiner Hosentasche verloren gehen konnten. Eine etwa grob sorgfaltswidrige Verhaltensweise des Beigel., die zum Herausrutschen des Schlüssels aus der Hosentasche führte, hat die Kammer nach dem Vortrag des Beigel. in der mündlichen Verhandlung ebenfalls nicht festgestellt, da dieser sich weder positiv daran erinnern konnte, ein Taschentuch in derselben Hosentasche bei sich geführt zu haben, noch daran, im fraglichen Zeitraum ein Taschentuch benutzt zu haben. Auf die Frage, ob die gemeinsame Aufbewahrung von Taschentuch und Schlüsselbund in derselben Hosentasche als grob fahrlässig anzusehen wäre - was aus Sicht der Kammer jedenfalls zweifelhaft ist -, kommt es daher nicht an.

Da nach alledem die Haftungsvoraussetzungen des § 94 I SchlHGB im Verhältnis zwischen dem Land als Dienstherrn und dem Beigel. nicht vorliegen, scheidet auch ein Anspruch des Kl. gegen den Bekl. aus dem schulrechtlichen Gemeinschaftsverhältnis auf Inanspruchnahme des Beigel. aus.

## Standort: Gemeindeordnung

## Problem: Gemeindliche Unternehmen

OVG LÜNEBURG, BESCHLUSS VOM 14.08.2008  
10 ME 280/08 (NVwZ 2009, 258)

**Problemdarstellung:**

Im vorliegenden Fall ging es um die Frage, ob private Konkurrenten in Niedersachsen von der Gemeinde ein Unterlassen erwerbswirtschaftlicher Betätigung verlangen können. Konkret wehrte sich der Betreiber ein Saunaanlage gegen die Errichtung einer Erlebnissauna im Freizeitbad der Gemeinde.

Geregelt ist die wirtschaftliche Betätigung von Gemeinden in Niedersachsen in §§ 108 ff. NGO. In § 108 I 2 Nr. 3 NGO findet sich eine sog. "Subsidiaritätsklausel", wonach Gemeinden privatwirtschaftliche Unternehmen nur errichten, übernehmen oder wesentlich erweitern dürfen, wenn und soweit der öffentliche Zweck nicht ebenso gut und wirtschaftlich durch einen privaten Dritten erfüllt wird oder erfüllt werden kann. Streitig ist, ob diese Subsidiaritätsklausel einen Abwehranspruch der "privaten Dritten" gegen die Gemeinde gewährt, ob die Norm also zu ihren Gunsten drittschützend ist. Das OVG Lüneburg lässt diese Frage im vorliegenden Beschluss i.E. offen, tendiert aber eindeutig dazu, sie zu verneinen. Es solle vielmehr nur die Gemeinde vor übereilten wirtschaftlichen Ent-

scheidungen geschützt werden (denn wenn bereits im Markt etablierte Privatunternehmen "ebenso gut und wirtschaftlich" agieren, wird der wirtschaftlichen Betätigung der Gemeinde kaum Erfolg beschieden sein). Allenfalls solle die private Wirtschaft insgesamt vor der Konkurrenz der öffentlichen Hand geschützt werden, nicht aber jeder einzelne Unternehmer.

Auch aus Grundrechten folge ein solcher Anspruch nicht. Damit verneint das OVG (unausgesprochen) einen öffentlich-rechtlichen Unterlassungsanspruch, der gewohnheitsrechtlich bei unmittelbaren, fortdauernden und rechtswidrigen Grundrechtseingriffen einen Anspruch auf Abwehr der nachteiligen Folgen gewährt.

**Prüfungsrelevanz:**

Die Entscheidung ist auf andere Bundesländer nur mit Vorsicht übertragbar. Die Gemeindeordnungen der anderen Bundesländer enthalten zwar allesamt ähnliche Vorschriften wie die NGO. Allerdings gibt es nicht überall "echte" Subsidiaritätsklauseln wie in Niedersachsen. In Abwesenheit einer solchen dürfte eine drittschützende Wirkung kaum zu bejahen sein. Existiert hingegen eine Subsidiaritätsklausel, sollte deren drittschützende Wirkung streitig dargestellt wer-

den. Die Literatur bejaht ganz überwiegend deren drittschützende Wirkung, die Rspr. der Oberverwaltungsgerichte ist uneinheitlich (vgl. zu allem Vertiefungshinweise).

Eine Sonderstellung nimmt insoweit Nordrhein-Westfalen ein. Das dortige OVG Münster bejaht eine drittschützende Wirkung nicht aus der Subsidiaritätsklausel, wohl aber aus § 107 I Nr. 1 GO NRW, wonach ein "dringender öffentlicher Zweck" das Unternehmen rechtfertigen müsse ( OVG Münster, RA 2003, 651 = NWVB1 2003, 462). Diese Rechtsprechung taugt kaum zur Verallgemeinerung, denn das Erfordernis eines "öffentlichen Zwecks" intendiert wörtlich gerade nicht den Schutz des Einzelnen, sondern der Allgemeinheit. Etwas anderes mag sich für NRW aus den gesetzgeberischen Motiven ergeben (so das OVG Münster a.a.O.), auf andere Bundesländer lässt sich diese Rspr. hingegen kaum übertragen. Dem OVG Lüneburg war sie vorliegend nicht einmal eine Erwähnung wert, obwohl § 108 I 2 Nr. 1 NGO eine ganz ähnliche Formulierung enthält.

Hinzuweisen ist schließlich darauf, dass nicht eindeutig ist, ob die landesrechtliche Subsidiaritätsklausel - sofern sie vorhanden ist und man ihr drittschützende Wirkung beimisst - selbst als Anspruchsgrundlage dient (so hier das OVG Lüneburg), oder ob nicht allein die gewohnheitsrechtlich anerkannten Rechtsinstitute des öffentlich-rechtlichen Unterlassungs- bzw. Folgenbeseitigungsanspruchs Anwendung findet, in deren Rahmen sie dann als subjektiv-öffentliches Recht, in das eingegriffen worden ist, geprüft wird (so das OVG Münster, RA 2003, 651 = NWVB1 2003, 462). Für letzteres spricht jedenfalls, dass die Subsidiaritätsklauseln nicht als Anspruchsgrundlagen formuliert worden sind.

#### **Vertiefungshinweise:**

- Ablehnende Anmerkungen zur vorliegenden Entscheidung: *Roling*, NVwZ 2009, 226
- Aus der Literatur: *Piinder/Dittmar*, Jura 2005, 760; *Faber*, DVBl. 2003, 761; *Schink*, NVwZ 2002, 129
- Aus der Rechtsprechung: *OVG Münster*, NVwZ 2005, 1211; RA 2003, 651 = NWVB1 2003, 462; *OLG Karlsruhe*, RA 2001, 386 = VB1BW 2001, 234; *OLG Düsseldorf*, NJW-RR 1997, 1470; RA 2002, 145 = NVwZ 2002, 248 (wohl überholt durch *BGH*, RA 2002, 381 = JuS 2003, 958 m. Anm. *Warneke*); *BGH*, DVBl. 2003, 267;
- Jedenfalls kein Drittschutz, wenn Subsidiaritätsklausel fehlt: *BVerwGE* 39, 329 [336]; *VGH Mannheim*, NJW 1984, 251

#### **Kursprogramm:**

- Examenskurs*: "Brot für M"

#### **Leitsätze:**

- 1. Zum Unterlassungsanspruch eines privaten Unternehmers gegen die Errichtung oder die wesentliche Erweiterung eines Unternehmens durch eine Gemeinde (hier Errichtung einer Erlebnissauna durch kommunale Eigengesellschaft).**
- 2. Bei einer Sauna handelt es sich um eine Einrichtung der Erholung gem. § 108 III Nr. 2 NdsGO, so dass die Beschränkungen des § 108 I NdsGO nicht gelten.**
- 3. Der Senat lässt offen, ob der Subsidiaritätsklausel in § 108 I 2 Nr. 3 NdsGO nach ihrer Neufassung durch das Gesetz zur Neuordnung des Gemeindehaushaltsrechts und zur Änderung gemeindefirtschaftsrechtlicher Vorschriften vom 15. 11. 2005 (NdsGVBl 2005, 342) nunmehr drittschützende Wirkung zukommt.**

#### **Sachverhalt:**

Der Ast. zu 1 ist Eigentümer und Verpächter eines Unternehmens, das den Betrieb eines Hotels, eines Bistros sowie einer öffentlich zugänglichen Saunanlage zum Gegenstand hat. Der Ast. zu 2 ist Pächter dieses Unternehmens. Die Beigel. ist eine Eigengesellschaft der Ag. Gegenstand des Unternehmens der Beigel. ist der Betrieb von Freibädern, Hallenbädern und sonstigen Badeeinrichtungen wie Sauna, Massagen, ferner Imbiss- und Erfrischungsstuben sowie ähnliche Einrichtungen. In der Vergangenheit betrieb die Beigel. im Freizeitbad in C. eine Sauna zur Größe von ca. 9 qm. Die Beigel. beabsichtigt den Bau einer so genannten Erlebnissauna im Freizeitbad, die u.a. vier Saunakabinen zur Größe von insgesamt rd. 90 qm, ein Dampfbad (rd. 8 qm) und diverse Nebenanlagen umfasst.

Die Ast. haben beantragt, der Ag. im Wege einer einstweiligen Anordnung aufzugeben, die Arbeiten zur Errichtung einer Erlebnissauna im Freizeitbad C. bis zum Abschluss des Klageverfahrens einzustellen. Das VG hat den Antrag abgelehnt. Das OVG wies die Beschwerde der Ast. zurück.

#### **Aus den Gründen:**

##### *A. Anordnungsgrund*

Es besteht ein Grund für die begehrte einstweilige Anordnung, die Arbeiten an dem Vorhaben zur Errichtung einer so genannten Erlebnissauna einzustellen und zu unterlassen, nicht. Es gibt keinen Anhalt dafür, dass durch den Bau der von der Beigel. geplanten Sauna die Wahrnehmung der Rechte der Ast. vereitelt oder wesentlich erschwert wird. Allenfalls durch den Betrieb einer Sauna seitens der Beigel. kommt die geltend gemachte Verletzung der Rechte der Ast. in Betracht. Erst mit Aufnahme des Saunabetriebes entsteht eine für die Ast. erschwerte Konkurrenzsituation, die

gegebenenfalls zu den erwarteten Umsatzeinbußen führen könnte. Deshalb ist nicht zu befürchten, dass nach der Errichtung der Sauna die Ast. ihr Rechtsschutzziel nur wesentlich erschwert werden erreichen können. Für die in einem Hauptsacheverfahren zu beantwortende Frage, ob die Ag. mit der Errichtung oder wesentlichen Erweiterung eines gemeindlichen Unternehmens gegen § 108 I 2 Nr. 3 NdsGO verstößt, ist der Umstand, dass für dieses Unternehmen die baulichen Anlagen bereits hergestellt worden sind, nicht entscheidungserheblich. Deshalb hilft die von den Ast. in Bezug genommene Rechtsprechung des OVG Schleswig (NVwZ 1994, 590 [592]) nicht weiter, weil sie einen anderen Fall betrifft, nämlich die Verwirklichung eines Vorhabens vor Abschluss der Planfeststellung mit Eingriffen in die Natur.

### *B. Anordnungsanspruch*

Daneben haben die Ast. einen Anordnungsanspruch für die begehrte einstweilige Anordnung nicht glaubhaft gemacht.

#### *I. Aus § 108 I 2 Nr. 3 NGO*

Der von ihnen geltend gemachte Unterlassungsanspruch ergibt sich nicht aus § 108 I 2 Nr. 3 NdsGO. Nach dieser Bestimmung dürfen Gemeinden Unternehmen nur errichten, übernehmen oder wesentlich erweitern, wenn und soweit der öffentliche Zweck nicht ebenso gut und wirtschaftlich durch einen privaten Dritten erfüllt wird oder erfüllt werden kann. Der letztlich von den Ast. geltend gemachte Unterlassungsanspruch besteht jedoch nur, soweit diese Bestimmung anwendbar ist und sich die Ast. auf eine Verletzung dieser Vorschrift berufen können, d.h. soweit die Regelung Drittschutz vermittelt. Die Ast. haben mit ihrer Beschwerde nicht dargetan, dass diese Anspruchsvoraussetzungen vorliegen.

#### *1. Anwendbarkeit*

Das VG ist zu Recht davon ausgegangen, dass die Einschränkungen der wirtschaftlichen Betätigung der Gemeinde nach § 108 NdsGO hier nicht zur Anwendung kommen. Denn nach § 108 III Nr. 2 NdsGO gelten u.a. Einrichtungen des Sports und der Erholung sowie Einrichtungen ähnlicher Art der Gemeinden nicht als Unternehmen im Sinne des Dritten Abschnitts der Niedersächsischen Gemeindeordnung (Unternehmen und Einrichtungen), so dass sie den in diesem Abschnitt normierten Beschränkungen nicht unterliegen. Das Unternehmen der Beigel., nämlich der Betrieb von Freibädern, Hallenbädern und sonstigen Badeeinrichtungen wie Sauna und Massagen (§ 2 I der Satzung über die Errichtung der Beigel.), zählt erkennbar hierzu. Dabei ist davon auszugehen, dass Frei- und Hallenbädern häufig Saunen als unselbstständige Nebeneinrichtungen angegliedert sind. Der Senat sieht des-

halb in dem Angebot einer Sauna eine weit verbreitete Ergänzung und Abrundung des Angebotes kommunaler Bäder und damit die zulässige Übernahme einer untergeordneten Annexaufgabe durch die Ag. Handelt es sich aber bei der Sauna nur um eine untergeordnete Nebeneinrichtung des Hallenbades, so richtet sich ihre rechtliche Einordnung nach der der Haupteinrichtung. Dabei ist es nicht von entscheidungserheblicher Bedeutung, dass die Öffnungszeiten der Sauna nicht mit denen des Hallenbades übereinstimmen.

Aber selbst wenn man dem Vorhaben der Beigel. mit der Errichtung einer Erlebnissauna nicht eine gegenüber dem Hallenbad untergeordnete Bedeutung beimessen, sondern hierin eine selbstständige Einrichtung sehen wollte, so handelt es sich um eine Einrichtung der Erholung i.S. des § 108 III Nr. 2 NdsGO, jedenfalls um eine solche ähnlicher Art. Bei einer Sauna handelt es sich nach allgemeinem Verständnis um ein Heißlufttraumbad, das der Steigerung des Wohlbefindens - durch Anregung von Kreislauf und Stoffwechsel - sowie der Widerstandskraft gegen Infekte dient (vgl. Brockhaus, Enzyklopädie, 19. Aufl. [1992]; Pschyrembel, Klinisches Wörterbuch, 257. Aufl. [1997], und Wikipedia, Enzyklopädie, jeweils zum Begriff Sauna). Selbst bei der von den Ast. geforderten engen Auslegung des § 108 III Nr. 2 NdsGO unterliegt es keinen Zweifeln, dass zu den Einrichtungen der Erholung im Sinne dieser Bestimmung der Betrieb einer Sauna zählt. Dass die Beigel. bemüht ist, ihr Saunaangebot attraktiv zu gestalten, indem sie etwa verschiedene Saunatypen, ein Dampfbad, eine Kneippstreppe, ein Kaminzimmer und einen Loungebereich vorsieht, nimmt der Einrichtung nicht die rechtliche Einordnung als eine Einrichtung zur Erholung i.S. des § 108 III Nr. 2 NdsGO.

#### *2. Drittschützende Wirkung*

Zudem lässt sich selbst im Falle der Anwendbarkeit des § 108 I 2 Nr. 3 NdsGO aus dieser Vorschrift der von den Ast. geltend gemachte Anspruch nicht ableiten. Wie bereits dargelegt, sind die Ast. durch die bauliche Herstellung der Sauna nicht in ihren Rechten betroffen, sondern allenfalls durch deren spätere Inbetriebnahme. Nach den vorstehenden Ausführungen kann der Senat offenlassen, ob sich die Ast. überhaupt auf eine Verletzung des § 108 I 2 Nr. 3 NdsGO berufen können.

#### *a. Früher: Ohne Subsidiaritätsklausel kein Drittschutz*

Es ist davon auszugehen, dass die vor Inkrafttreten des Gesetzes zur Neuordnung des Gemeindehaushaltsrechts und zur Änderung gemeindewirtschaftsrechtlicher Vorschriften vom 15. 11. 2005 (NdsGVBl 2005, 342) am 1. 1. 2006 geltende Regelung in § 108 I 2 Nr. 3 NdsGO allein im öffentlichen Interesse erlassen worden ist, um mit Blick auf eine sparsame und wirt-

schaftliche Haushaltswirtschaft der Gemeinden öffentliche Fehlinvestitionen zu vermeiden (vgl. OVG Lüneburg, NVwZ-RR 1990, 506 [507] m.w. Nachw.; Thiele, NdsGO, 8. Aufl. [2008], § 108 Anm. 1 [S. 397] und Anm. 6; Beckhof, in: KVR-NdsGO, § 108 Rdnr. 4).

*b. Heute: Auch mit Subsidiaritätsklausel Drittschutz zumindest sehr zweifelhaft*

Auch nach der Neufassung des § 108 I 2 Nr. 3 NdsGO erscheint es zweifelhaft, ob dieser Bestimmung drittschützende Wirkung zukommt.

*aa. Weiterhin nur Schutz der Gemeinde selbst*

Das VG hat dies unter Bezugnahme auf die überwiegende Ansicht im Schrifttum zu § 108 NdsGO n.F. mit beachtlichen Gründen, auf die der Senat verweist, verneint. Zwar sind die inhaltlichen Voraussetzungen für die Errichtung, Übernahme oder wesentliche Erweiterung gemeindlicher Unternehmen verschärft worden. Allein daraus, dass die gesetzlichen Anforderungen angehoben worden sind, kann aber nicht ohne Weiteres geschlossen werden, dass sich die Zielrichtung der genannten Bestimmung maßgeblich geändert hat und ihr nunmehr auch eine drittschützende Wirkung zukommen soll.

*bb. Gesetzgebungsmaterialien*

Wäre beabsichtigt gewesen, mit der Gesetzesänderung nicht nur die inhaltlichen Anforderungen an die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden anzuheben, sondern zudem den privaten Konkurrenten zu ermöglichen, die Einhaltung dieser Bestimmung gerichtlich durchsetzen zu können, wäre zu erwarten gewesen, dass dies in den Gesetzgebungsmaterialien zum Ausdruck kommt. Dies ist aber zu verneinen.

Die Änderungen der gemeindefortschaftsrechtlichen Vorschriften werden im Wesentlichen damit begründet, die Steuerung von ausgegliederten Unternehmen und Einrichtungen durch die Gemeinde zu verbessern, die Beteiligungsverwaltung zu stärken und die Möglichkeiten zur Zusammenarbeit zwischen Kommunen und privaten Dritten in den Bereichen kommunale Krankenhäuser sowie Informations- und Kommunikationstechnik zu verbessern (Dr 15/1680, S. 22). Zur Änderung des § 108 I 2 Nr. 3 NdsGO wird ausgeführt, diese Vorschrift werde zu einer echten Subsidiaritätsklausel umgestaltet, d.h. Gemeinden sollten sich nur dann wirtschaftlich betätigen dürfen, wenn keine Leistungsparität im Vergleich zu Dritten besteht. Die Kommunen würden „lediglich gezwungen, sich stärker als bisher mit der Wirtschaftlichkeit ihres Handelns auseinanderzusetzen“ (Dr 15/1680, S. 38, 51). Die letztgenannte Begründung spricht dafür, dass die Regelung in § 108 I 2 Nr. 3 NdsGO weiterhin allein dem öffentlichen Interesse mit Blick auf das Gebot einer sparsamen und wirtschaftlichen Haushaltswirt-

schaft der Gemeinden (§ 82 II NdsGO) dient. Soweit die Ast. für ihre Auffassung auf den Bericht zu der Beschlussempfehlung des Ausschusses für Inneres und Sport des Niedersächsischen Landtages (StenBer, Prot. der 73. Sitzung der 15. Wahlperiode, S. 8328ff.) und die darin getroffene Aussage, „die Regelung soll die Position der mittelständischen Wirtschaft im Verhältnis zu der kommunalen Konkurrenz verbessern“, verweisen, ist dem entgegenzuhalten, dass von dem Normverständnis der Mehrheit des vorbereitenden Ausschusses nicht ohne Weiteres auf einen identischen Willen des Gesetzgebers geschlossen werden kann.

*cc. Mittelständische Wirtschaft als solche, nicht einzelne Unternehmen gemeint*

Auch inhaltlich ist den Ast. entgegenzuhalten, dass die Aussage lediglich beinhaltet, dass sich die Position der „mittelständischen Wirtschaft“, mithin die Gesamtheit der mittelständischen Unternehmen gegenüber der kommunalen Konkurrenz verbessern soll; dass sich - gerade in rechtlicher Hinsicht - die Situation des einzelnen privaten Unternehmers gegenüber der Gemeinde durch Einräumung einer subjektiven Rechtsposition verbessern soll, lässt sich dieser Erklärung nicht entnehmen. Dies deutet darauf hin, dass in der o.a. Aussage allein die mit der Änderung des § 108 I 2 Nr. 3 NdsGO erwarteten Folgen im Tatsächlichen für die Gesamtheit der Unternehmen (Reflexwirkungen) umschrieben worden sind. So hat der zuständige Minister für Inneres und Sport in seinem Redebeitrag im Landtag wiederholt hervorgehoben, dass mit der Änderung des § 108 NdsGO ein Paradigmenwechsel gerade nicht eingeleitet werde (StenBer, S. 8337). Auch diese Aussage spricht eher gegen die Annahme, dass der Bestimmung des § 108 I 2 Nr. 3 NdsGO eine drittschützende Wirkung zu Gunsten privater Konkurrenten zukommt. Letztlich kann der Senat diese Frage hier aber offenlassen.

*II. Aus dem öffentlich-rechtlichen Unterlassungsanspruch*

Schließlich ergibt sich ein Anordnungsanspruch auch nicht aus der von den Ast. geltend gemachten Grundrechtsverletzung.

*1. Kein Eingriff in Art. 12 GG*

In dem Hinzutreten des Staates oder wie hier einer Eigengesellschaft der Gemeinde als Konkurrent kann lediglich eine weitgehend systemimmanente Verschärfung des marktwirtschaftlichen Konkurrenzdrucks gesehen werden, vor der das Grundrecht der Berufsfreiheit (Art. 12 I GG) nicht bewahrt, solange dadurch nicht die private Konkurrenz unmöglich gemacht wird.

## 2. Kein Eingriff in Art. 14 I GG

Art. 14 GG schützt ebenfalls nicht vor dem Auftreten eines neuen, auch in öffentlicher Trägerschaft stehenden Konkurrenten, es sei denn, dass dieser durch eine behördliche Maßnahme eine unerlaubte Monopolstellung erlangt. Die Wettbewerbsfreiheit darf durch die Konkurrenz eines durch eine Gemeinde gegründeten Betriebs nicht in unerträglichem Maße eingeschränkt werden; der Privatunternehmer darf in seinen Wettbewerbsmöglichkeiten nicht unzumutbar geschädigt werden, was übrigens weitgehend bereits aus den einfachgesetzlichen Regeln des Wettbewerbsrechts folgt (vgl. BVerwG, Buchholz 11 Art. 2 GG Nr. 73 = NJW 1995, 2938 = NVwZ 1996, 61 L m.w. Nachw.). Vor Aufnahme des Betriebs der Sauna tritt die Beigel. aber ohnehin nicht in Konkurrenz zu den Ast.

Unabhängig davon erhöht sich nach Aufnahme des Saunabetriebs durch die Beigel. zwar der Konkurrenzdruck zwischen den Anbietern, jedoch fehlen Anhaltspunkte dafür, dass dadurch jegliche private Konkurrenz unmöglich oder die Beigel. mit ihrem künftigen Angebot eine Monopolstellung anstrebt oder erreichen wird. Es kann auch nicht ohne Weiteres davon ausgegangen werden, dass im entsprechenden Umfang die Zahl der Nutzer der Sauna der Ast. sinkt wie die Sauna der Beigel. neue Kunden gewinnt. Diese Annahme wäre nur dann zutreffend, wenn die bisherige Nachfrage unverändert bliebe und das neue Angebot sich nicht vorwiegend zu Lasten weiterer privater Anbieter auswirkte. Dabei ist auch zu berücksichtigen,

dass die Angebote der verschiedenen Anbieter nicht identisch sind. So betreibt der Ast. zu 2 die Sauna im Zusammenhang mit dem von ihm geführten Hotel; zwei private Konkurrenten ermöglichen den Kunden ihrer Sportcenter ein Saunieren. Auf Grund der jeweiligen Besonderheiten der Anbieter variieren die jeweiligen Zielgruppen und es besteht die Möglichkeit, Kunden trotz eines neuen Angebotes weiterhin zu binden. Demgegenüber steht das Saunaangebot der Beigel. im Zusammenhang mit den von ihr betriebenen Bädern. Hierdurch eröffnet sich die naheliegende Möglichkeit, eine zusätzliche Nachfrage zu schaffen, die sich als solche nicht zu Lasten der privaten Konkurrenten auswirkt. Weiter haben die Ast. darauf hingewiesen, dass in den Jahren 2006 und 2007 zwei private Anbieter ihr Saunaangebot in C. eingestellt haben. Dass sich die künftige Marktsituation nach Hinzutreten der Beigel. - insbesondere im Hinblick auf das Gesamtangebot der örtlichen Anbieter - im Vergleich zu der des Jahres 2006 derart verschärft, dass eine private Konkurrenz unmöglich wird, ist nicht dargetan. Ferner geht der Senat nicht davon aus, dass die Wettbewerbsfreiheit der Ast. in unerträglichem Maße eingeschränkt wird. Allein das Hinzutreten eines Wettbewerbers schränkt die Wettbewerbsfreiheit der anderen Anbieter nicht ein. Insbesondere ist nach dem Vorbringen der Bet. nicht zu befürchten, dass auf Grund der von der Beigel. beabsichtigten Preisgestaltung ein Verdrängungswettbewerb droht.

### Standort: §§ 28, 45 VwVfG

### Problem: Heilung fehlender Anhörung

OVG MÜNSTER, BESCHLUSS VOM 26.09.2008  
13 B 1331/08 (NVwZ-RR 2009, 159)

#### Problemdarstellung:

In vielen Bundesländern, darunter auch NRW, ist das Vorverfahren mittlerweile weitgehend abgeschafft worden. Begründet wird diese Maßnahme u.a. damit, dass das eigentlich in § 28 VwVfG vorgeschriebene Anhörungsverfahren in praxi kaum mehr betrieben wurde, weil eine fehlende Anhörung gem. § 45 I Nr. 3 VwVfG mit Durchführung des Vorverfahrens automatisch geheilt wurde, weil der Bürger dort in jedem Fall Gelegenheit zur Stellungnahme erhalte (so jedenfalls die st.Rspr. des BVerwG und anderer Fachgerichte, vgl. Vertiefungshinweise). Damit blieben für den nicht angehörten Bürger nur zwei Möglichkeiten: Entweder er legte Widerspruch ein mit der Folge, dass der Anhörungsmangel geheilt wurde, oder er ließ den Verwaltungsakt bestandskräftig werden mit der Folge, dass er den Anhörungsmangel nicht mehr rügen konnte. Die Anhörung wurde dadurch faktisch auf das Widerspruchsverfahren verschoben. Gibt es selbiges aber

nicht mehr, gibt es auch keine Heilung eines Anhörungsmangels durch selbiges mehr. Somit würden sich die Behörden wieder gezwungen sehen, die Anhörung wie vom Gesetzgeber intendiert nach § 28 I VwVfG vor Erlass des Verwaltungsakts durchzuführen.

Bisher entsprach es auch der ganz h.M., dass nicht etwa das Gerichtsverfahren an Stelle des Widerspruchsverfahrens einen Anhörungsmangel heilen kann (vgl. Vertiefungshinweise, u.a. auf das BVerwG). Im vorliegenden Beschluss meint nun aber das OVG Münster, ein Anhörungsmangel sei jedenfalls geheilt, weil "die Ast. im gerichtlichen Verfahren ausreichend Gelegenheit zur Stellungnahme gehabt" habe. Dabei handelte es sich noch nicht einmal um das Hauptsacheverfahren, sondern einen Antrag im vorläufigen Rechtsschutz. Eine Begründung seiner Ansicht bleibt das Gericht schuldig. Es geht sogar noch weiter: Schon das Unterlassen eines Gesuchs auf Akteneinsicht soll zur Heilung einer fehlenden Anhörung führen, weil die Ast. sich dadurch quasi selbst um die Gelegenheit zur Stellungnahme gebracht habe.

**Prüfungsrelevanz:**

Gegen eine Heilung der fehlenden Anhörung durch das Gerichtsverfahren sprechen gewichtige Argumente. Zum einen schon die Gewaltenteilung: Die Behörde (Exekutive), nicht das Gericht (Judikative) hat dem Bürger die Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben. Ferner ist das für den Bürger erhebliche Prozessrisiko zu berücksichtigen. Dass die Intention des Gesetzgebers, mit der Abschaffung des Vorverfahrens die Anhörung wieder vor dem Verwaltungsakt stattfinden zu lassen nicht nur verfehlt, sondern geradezu pervertiert wird, wenn man sie jetzt in das gerichtliche Verfahren verlagert, kommt hinzu.

Etwas anderes mag gelten, wenn die *Behörde* während des laufenden Gerichtsverfahrens noch Gelegenheit zur Anhörung gibt, etwa durch Übersendung eines Anhörungsbogens. Dann ist zum einen das Problem der Gewaltenteilung vermieden, und zum anderen sieht § 45 II VwVfG eine solche Möglichkeit mittelbar vor.

Trotz der o.g. Bedenken und der mangelnden Begründung seiner Gegenansicht seitens des OVG Münster muss nunmehr als streitig gelten, ob allein die Durchführung des gerichtlichen Verfahrens eine Heilung nach § 45 I Nr. 3 VwVfG herbeiführt.

Gleiches gilt im Falle des Unterlassens eines Gesuchs um Akteneinsicht. Dass dieses - wie das OVG Münster meint - über § 45 I Nr. 3 VwVfG zu einer Heilung führen soll, steht nicht nur in §§ 28, 45 VwVfG nicht, im Gegenteil, dem Betroffenen ist nach § 28 I VwVfG Gelegenheit zur Stellungnahme zu *geben*, er muss sich diese nicht etwa durch Stellung von Anträgen selbst *nehmen*. Dennoch sollte auch diese Rspr. zur Kenntnis genommen und ggf. in Prüfungsaufgaben verwertet werden.

**Vertiefungshinweise:**

- Fehlende Anhörung und vorläufiger Rechtsschutz: *OVG Hamburg*, RA 2007, 360 = *NVwZ-RR* 2007, 364
- Keine Heilung fehlender Anhörung durch Klage und Replikmöglichkeit: *BVerwG*, NJW 1981, 1683, 1684; *VG Berlin*, RA 2001, 483 = *NJW* 2002, 1063

**Kursprogramm:**

- Examenskurs*: "Stipendium"

**Leitsatz (der Redaktion):**

**Zu den Anforderungen des § 28 I VwVfG an die Durchführung einer Anhörung und zur möglichen Heilung einer fehlenden Anhörung nach § 45 I Nr. 3 VwVfG auch noch im gerichtlichen Verfahren.**

**Sachverhalt:**

Die Ast. ist Zuteilungsnehmerin und Inhalteanbieterin

von Mehrwertdienstenummern. Ihr sind die streitgegenständlichen (0)900er-Rufnummern von der Bundesnetzagentur zugeteilt worden. Mit Telefoncomputern rief die Ast. bei Telefonanschlussinhabern - zum Teil mehrfach - an und teilte ihnen über eine automatische Ansage mit, sie hätten einen Preis gewonnen. Um den Gewinn zu erhalten, sei eine kostenpflichtige Mehrwertdienstenummer anzurufen. Falls Anrufe nicht (mehr) erwünscht seien, könne dieses Anliegen - so hieß es weiter - kostenlos telefonisch mitgeteilt werden. Zahlreiche Verbraucher beschwerten sich hierüber bei der Bundesnetzagentur, weil sie solchen Telefonanrufen nicht zugestimmt hätten.

Die Bundesnetzagentur ordnete mit an die Verbindungsnetzbetreiberin E. gerichteten Bescheid vom 12.3.2008 die Abschaltung von 29 Mehrwertdienstenummern an und verfügte eine Geltungsdauer bis zum 19.3.2009. Ferner forderte die Bundesnetzagentur die Verbindungsnetzbetreiberin auf, bis zum 28.3.2008 die Abschaltung mitzuteilen und für Verbindungen über die streitgegenständlichen Rufnummern für bestimmte Zeiträume keine Rechnungslegung vorzunehmen oder durch einen Anderen vornehmen zu lassen, soweit dies noch nicht erfolgt sei. Diesem Verbot stellte die Bundesnetzagentur das Verbot der Inkassierung gleich. Ferner drohte sie ein Zwangsgeld in Höhe von 1000 Euro für den Fall des Verstoßes gegen die Anordnungen an. Gegen die Ordnungsverfügung erhob die Ast. Widerspruch. Ihr Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung ihres Widerspruchs hatte vor dem VG keinen Erfolg. Die Beschwerde gegen diese Entscheidung wies das OVG zurück.

**Aus den Gründen:**

[...] Entgegen der Auffassung der Ast. leidet der Bescheid nicht deshalb an einem Anhörungsmangel i.S. von § 28 I VwVfG, weil sie bis auf wenige Ausnahmen keine Kenntnis von den angerufenen Verbrauchern habe und somit keine Einverständniserklärungen vorlegen könne.

**A. Möglichkeit der Akteneinsicht**

Ein etwaiger Anhörungsmangel ist i.S. von § 45 I Nr. 3, II VwVfG wirksam geheilt worden. Die Ag. hat der Adressantin des Bescheids mit Schreiben vom 25. 3. 2008 die Daten von Verbrauchern mitgeteilt und insoweit die Möglichkeit begründet, den Nachweis einer Einwilligung der Beschwerdeführer zu erbringen. Dass weder die Adressantin der Ordnungsverfügung noch die Ast. zuordenbare individuelle Einwilligungserklärungen dieser Verbraucher vorgelegt, sondern allgemein auf „Teilnahmebedingungen und Datenschutzbestimmungen“ sowie auf von anderen Unternehmen eingeholte Einwilligungserklärungen im Wege des so genannten Listbrokings verwiesen hat, ist im Zusammenhang mit der formellen Rechtmäßigkeit

ohne Bedeutung. Im Zuge der Prüfung der materiellen Rechtmäßigkeit des Bescheids wird dieser Punkt näher erörtert. Jedenfalls verweist die Ast. selbst auf die Verwendung allgemeiner formularmäßiger Erklärungen und stellt nicht auf individuelle Erklärungen von Verbrauchern ab. Abgesehen hiervon bestand für die Ast. ausreichend Gelegenheit, im Wege der Akteneinsicht die persönlichen Daten der Bf. zu erfahren. Mit Schriftsatz vom 24. 4. 2008 teilte sie dem VG Köln mit, dass derzeit um Akteneinsicht nachgesucht werde, um „sich effektiv zu den in der Abschaltungsordnung vom 12. 3. 2008 erwähnten Rufnummern zu äußern“. Daraufhin hat das VG unter dem 30. 4. 2008 der Ast. mitgeteilt, dass sich die Verwaltungsvorgänge

bei Gericht befänden. Von einem Gesuch auf Akteneinsicht hat die Ast. indes abgesehen und sich damit selbst der Möglichkeit begeben, sich näher zu den für die Entscheidung erheblichen Tatsachen zu äußern.

#### *B. Durchführung des gerichtlichen Verfahrens*

Im Übrigen hat die Ast. im gerichtlichen Verfahren ausreichend Gelegenheit zur Stellungnahme gehabt. Ob die Ag. sogar gem. § 28 II VwVfG von einer Anhörung abgesehen durfte, weil eine sofortige Entscheidung wegen Gefahr im Verzug oder im öffentlichen Interesse notwendig erscheint, muss der Senat daher nicht entscheiden. [...]

### 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: Leasing****Problem: Rückabwicklung von Leasingverträgen**

OLG FRANKFURT A. M., URTEIL VOM 14.01.2009  
17 U 223/08 (BECKRS 2009 05390)

**Problemdarstellung:**

Die Parteien streiten über Ansprüche aus einem rückabzuwickelnden Leasingvertrag.

Der Kl. schloss mit der Bekl. einen Leasingvertrag über ein Fahrzeug, welches überwiegend gewerblich genutzt wurde. Nach der Übergabe des Fahrzeugs wurden Mängel erkennbar. Der Kl. erklärte in der Folgezeit den Rücktritt vom Kaufvertrag gegenüber der Lieferantin und forderte diese zur Rücknahme des Fahrzeugs Zug um Zug gegen Rückzahlung des Kaufpreises auf. Die Lieferantin wurde zwischenzeitlich insolvent. Durch inzwischen rechtskräftiges Urteil des OLG Düsseldorf wurde entschieden, dass der Kl. die Rückabwicklung des Kaufvertrages und Rückzahlung des Kaufpreises abzüglich der gezogenen Nutzungen verlangen kann.

Unter dem 07.06.2006 erteilte die Bekl. dem Kl. eine Abrechnung des Leasingvertrages. Demnach erstattete die Bekl. dem Kl. einen Betrag i.H.v. 16.017,41 €. Der Kl. monierte die Abrechnung und begehrte über die erstatteten Beträge hinausgehende Zahlungen, z.B. bzgl. der Rückerstattung von Steuern und Versicherungsbeiträgen.

Das Landgericht hat der Klage in Höhe von 3.766,34 € hinsichtlich der Hauptforderung stattgegeben. Es hat einen Anspruch des Kl. auf Ersatz für die Haftpflichtanteile der Kraftfahrzeugversicherung und für die gezahlten Steuern aus § 347 II BGB hergeleitet. Von der Rechnung der Firma A., bei der der Pkw ab 01.12.2003 untergestellt war, hat das Landgericht unter Abzug von Benzinkosten und Kosten für die Verbringung des Pkw zu verschiedenen Gutachtern 1.508,- € zuerkannt. Einen Anspruch auf Erstattung von Zinsen hat das Landgericht abgelehnt, weil die Bekl. wegen der Zahlung des Kaufpreises an die Lieferantin keine Zinsen habe erwirtschaften können.

Mit seiner zulässigen Berufung verfolgt der Kl. seine erstinstanzlich geltend gemachten Ansprüche in vollem Umfang weiter. Die Berufung hat teilweise Erfolg.

**Prüfungsrelevanz:**

In dieser Entscheidung befasst sich der erkennende

Senat im Kern mit der Frage, nach welchen Regelungen sich die Rückabwicklung eines Leasingvertrages vollzieht.

Ursprünglich wurden Leasingverträge bereicherungsrechtlich rückabgewickelt. Allerdings wurden bereits damals die Besonderheiten des im Übrigen mit Ausnahme der §§ 499 ff. BGB nicht spezialgesetzlich geregelten Leasingwesens mit berücksichtigt (vgl. z.B. BGHZ 109, 139, 145). Für die Anwendung des Bereicherungsrechts besteht jedoch nach richtiger Auffassung des erkennenden Senates nach der Modernisierung des Schuldrechts kein Raum mehr. Die Rückabwicklung zwischen Leasingnehmer und Leasinggeber vollzieht sich gem. § 313 III 1 i.V.m. § 346 I BGB (vgl. Palandt-Grüneberg, BGB, § 313 Rn 42; BGH, NJW 2002, 1876; Reinking-Eggert, Der Autokauf, 9. Aufl. 2005, Rn 943). Dieses Ergebnis mag zunächst überraschen, handelt es sich beim Leasing doch um ein Dauerschuldverhältnis, so dass im Grundsatz an eine Kündigung gem. § 313 III 2 BGB zu denken wäre. Die Folge einer wirksamen Kündigung ist, dass die Rückabwicklung ex nunc erfolgt. Bei wörtlicher Anwendung des § 313 III 2 BGB wäre daher eine Rückabwicklung ex tunc ausgeschlossen, selbst wenn das Leasinggut bereits anfänglich mangelhaft war. Dieses Ergebnis erscheint auf den ersten Blick nicht sachgerecht.

Die Rückabwicklung über die Kündigung bei Dauerschuldverhältnissen gem. § 313 III 2 BGB ist jedoch nicht zwingend. Ein Rücktrittsrecht kommt nach der Rechtsprechung vielmehr auch dann in Betracht, wenn ein berechtigtes Interesse der Partner besteht, bereits erbrachte Leistungen rückgängig zu machen oder wenn eine vollständige Rückabwicklung unschwer möglich und nach der Interessenlage sachgerecht ist (BGH NJW 2002, 1870; Palandt-Grüneberg, BGB, § 314 Rn 12). An der bisherigen Rechtsprechung sollte die Neufassung des § 313 III BGB ebenso wie die des § 314 BGB ausweislich der Materialien zum Schuldrechtsmodernisierungsgesetz insofern aber gerade nichts ändern (BT-Drucks. 14/6040, S. 176 f.). Ein Interesse zur Rückabwicklung über den Rücktritt besteht insbesondere dann, wenn wie hier das Leasinggut bereits anfänglich mangelhaft ist und der Leasingnehmer gegenüber dem Lieferanten aus abgetretenem Recht gem. §§ 437 Nr. 2 1.Fall, 323 I, 346 I BGB zurücktreten kann. In diesen Fällen fehlt dem Leasing-

vertrag die Geschäftsgrundlage i.S.v. § 313 II BGB bereits von Anfang an (vgl. BGHZ 109, 139, 142; Palandt-Grüneberg, BGB, § 535 Rn 58) und eine Rückabwicklung über die Rücktrittsregeln ist un schwer möglich.

#### **Vertiefungshinweise:**

Zum Leasing: *BGH*, RA 2009, 18; *Tiedtke/Möllmann*, DB 2004, 583; *Graf v. Westphalen*, ZGS 2002, 89; *Zahn*, DB 2002, 985; *Reinking*, ZGS 2002, 229; *Bethäuser*, DAR 1999, 481; *Emmrich*, JuS 1990, 1

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

#### **Kursprogramm:**

*Examenskurs*: "Das Hubschrauberleasing"

*Examenskurs*: "Gutes Rad ist teuer"

#### **Leitsatz:**

**Die Rückabwicklung von Leasingverträgen richtet sich seit Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes nicht mehr nach Bereicherungsrecht, sondern nach Rücktrittsrecht.**

#### **Sachverhalt:**

Die Parteien streiten über Ansprüche aus einem rückabzuwickelnden Leasingvertrag.

Unter dem 30.06.2002/02.10.2002 schlossen die Parteien einen Leasingvertrag über einen ... für eine überwiegend gewerbliche Nutzung. Grundlage des Vertrages waren die Allgemeinen Leasingbedingungen der Bekl.. Das Fahrzeug wurde dem Kl. am 25.09.2002 übergeben. In der Folgezeit erwies sich der Pkw als mangelhaft. Mit Schreiben vom 15.03.2003 erklärte der Kl. den Rücktritt vom Kaufvertrag und forderte die zwischenzeitlich in Insolvenz gefallene Lieferantin zur Rücknahme des Fahrzeugs Zug um Zug gegen Rückzahlung des Kaufpreises an die Leasinggeberin auf. Seit Dezember 2003 nutzte der Kl. das Fahrzeug nicht mehr und gab es nach Untersuchung durch einen gerichtlich bestellten Sachverständigen mit einem Kilometerstand von 26.782 vom 01.12.2003 bis 31.03.2006 in Verwahrung. Aufgrund Ermächtigung der Bekl. führte der Kl. einen Rechtsstreit gegen den Insolvenzverwalter der Lieferantin, welcher durch Urteil des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 10.02.2006 in der Weise rechtskräftig entschieden wurde, dass der Kl. Rückabwicklung des Kaufvertrages und Rückzahlung des Kaufpreises abzüglich 20.338,93 € für gezogene Nutzungen gemäß §

346 II BGB verlangen konnte.

Unter dem 07.06.2006 erteilte die Bekl. dem Kl. eine Abrechnung des Leasing-Vertrages (Bl. 36 d. A.). Danach erstattete sie dem Kl. die von ihm geleistete Leasing-Sonderzahlung in Höhe von 6.960,- €, ein von ihm entrichtetes Nutzungsentgelt für September 2002 sowie die Leasing-Raten für Oktober 2002 bis November 2003 und von den geltend gemachten Unterstellkosten 1.461,60 € abzüglich der von dem Oberlandesgericht Düsseldorf festgesetzten Nutzungsschädigung in Höhe von 20.338,93 € sowie 626,40 € wegen Mängel an dem zurückgegebenen Pkw. Der danach errechnete Betrag in Höhe von 16.017,41 € wurde dem Kl. wenige Tage nach dem 07.06.2006 überwiesen.

Der Kl. akzeptiert diese Abrechnung nicht. Er berührt sich weiterer Ansprüche, wobei die Bekl. zwischenzeitlich die 626,40 € wegen der bei Rückgabe des Pkw festgestellten Mängel nicht mehr zulasten des Kl. in die Abrechnung einstellen will.

Der Kl. hat mit der Klage Zinsen in Höhe von 5% auf die gemäß Abrechnung vom 07.06.2006 zurückerstatteten Beträge verlangt. Unter Zugrundelegung eines Zeitraums bis zum 23.02.2007 hat er einen Anspruch in Höhe von 7.070,76 € errechnet. Darüber hinaus hat er weitere Zinsansprüche in Höhe von 4,94 € täglich ab 24.02.2007 geltend gemacht. Gegenstand der Klage sind außerdem Ansprüche auf Ausgleich der von dem Kl. entrichteten Steuern und Versicherung in Höhe von je 2.354,38 € für die Jahre 2004 und 2005 sowie 784,79 € bis zur Abmeldung des Pkw im April 2006. Wegen der Unterstellkosten hat der Kl. den gesamten von ihm seitens der Firma A. mit Rechnung vom 23.03.2006 verlangten Betrag in Höhe von 1.792,20 € geltend gemacht abzüglich der von der Bekl. regulierten 1.461,60 €. Schließlich hat der Kl. Ausgleich der außergerichtlichen Rechtsanwaltskosten in Höhe von 461,60 € verlangt.

Der Kl. hat beantragt, 1. die Bekl. zu verurteilen, an den Kl. einen Betrag in Höhe von 14.147,71 € nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 23.04.2007 sowie 461,60 € zu zahlen, 2. die Bekl. zu verurteilen, an den Kl. einen Betrag in Höhe von 4,94 € täglich seit dem 24.02.2007 zu zahlen.

Die Bekl. hat beantragt, die Klage abzuweisen.

Die Bekl. hat die Auffassung vertreten, für die Rückerstattung von Steuern und Versicherungsbeiträgen gebe es keine Rechtsgrundlage, weil der Kl. berechtigter Besitzer des Pkws gewesen sei. Der Kl. hätte überdies das Fahrzeug im Zuge der Unterstellung abmelden können. Zinsansprüche seien nach Ziffer 5.1 der Leasingbedingungen ausgeschlossen. Im Übrigen habe sie keine Zinserträge erwirtschaften können, da sie an die Lieferantin des Pkws den Kaufpreis bezahlt habe und diesen in Anbetracht der zwischenzeitlichen Insolvenz der Lieferantin auch nicht zurückfordern kön-

ne.

Das Landgericht hat der Klage in Höhe von 3.766,34 € hinsichtlich der Hauptforderung stattgegeben. Es hat einen Anspruch des Kl. auf Ersatz für die Haftpflichtanteile der Kraftfahrzeugversicherung und für die gezahlten Steuern aus § 347 II BGB hergeleitet. Von der Rechnung der Firma A., bei der der Pkw ab 01.12.2003 untergestellt war, hat das Landgericht unter Abzug von Benzinkosten und Kosten für die Verbringung des Pkw zu verschiedenen Gutachtern 1.508,- € zuerkannt. Einen Anspruch auf Erstattung von Zinsen hat das Landgericht abgelehnt, weil die Bekl. wegen der Zahlung des Kaufpreises an die Lieferantin keine Zinsen habe erwirtschaften können.

Mit seiner zulässigen Berufung verfolgt der Kl. seine erstinstanzlich geltend gemachten Ansprüche in vollem Umfang weiter.

Der Kl. vertritt insbesondere die Auffassung, dass die Bekl. seinem Zinsanspruch aus § 346 II BGB auf die im Ergebnis ohne Rechtsgrund entrichteten Leasingzahlungen wegen des berechtigten Rücktritts vom Leasingvertrag nicht die Kaufpreisforderung der Lieferantin entgegenhalten könne.

Der Kl. beantragt, 1. unter teilweiser Abänderung des Urteils des Landgerichts Frankfurt am Main vom 15.07.2008 wird die Bekl. verpflichtet, an den Kl. einen weiteren Betrag in Höhe von 11.007,77 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 23.4.2007 sowie weitere 248,29 € an außergerichtlichen Kosten und einen Betrag in Höhe von 4,94 € täglich seit dem 24.2.2007 zu zahlen.

Die Bekl. beantragt, die Berufung zurückzuweisen, und im Wege der Anschlussberufung unter teilweiser Abänderung des Urteils des Landgerichts Frankfurt am Main vom 15.07.2008 die Klage in Höhe eines weiteren Teilbetrages von 3.139,94 € abzuweisen.

Sie wiederholt ihren erstinstanzlich bereits vorgetragenen Rechtsstandpunkt, der Kl. sei bis zur rechtskräftigen Entscheidung des Oberlandesgerichts berechtigter Besitzer des Leasingobjekts gewesen. Bis zum Besitzende habe er deshalb auch die notwendigen Verwendungen auf das Leasingobjekt wie Steuer- und Versicherungsleistungen zu erbringen. Aufwendungen für Steuern und Versicherung sowie Reinigungskosten wären im Übrigen als gewöhnliche Erhaltungskosten nicht erstattungsfähig. Die Bekl. verweist darauf, dass die Rückabwicklung des Leasingvertrages nach bereicherungsrechtlichen Grundsätzen zu erfolgen habe. Nutzungen in Form von Zinsen habe sie wegen der Zahlung des Kaufpreises an die Lieferantin nicht ziehen können.

Wegen weiterer Einzelheiten des Vortrags der Parteien wird auf die zwischen ihnen gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen, nach deren Maßgabe verhandelt wurde, Bezug genommen.

### **Aus den Gründen:**

Die zulässige Berufung des Kl. ist zum Teil begründet. Dem Kl. stehen über den ihm vom Landgericht zugesprochenen Anspruch in Höhe von 3.766,34 € hinaus weitere 5.610,54 € zu.

Der Kl. hat Anspruch auf Zinsen von 5% auf die Leasingsonderzahlung in Höhe von 6.960,- €, auf Zinsen von 5% auf das Nutzungsentgelt für September 2002 in Höhe von 336,02 € sowie auf Zinsen von 5% auf die Leasingraten von Oktober 2002 bis November 2003 in Höhe von monatlich 2.016,08 €. Diese Beträge sind dem Kl. dem Schreiben der Bekl. vom 07.06.2006 zufolge mit Anweisung vom 07.06.2006 zurückerstattet worden. Eine angemessene Verzinsung in Höhe von 5% der geleisteten Zahlungen vom Zeitpunkt der jeweiligen Zahlung bis zur Rückerstattung etwa am 10.06.2006 ergibt insgesamt den Betrag von 5.564,14 €.

Der Anspruch des Kl. beruht auf § 313 III BGB i. V. m. § 346 I BGB. Denn die Rückabwicklung des Vertrages erfolgt nach der seit 2002 maßgeblichen Rechtslage nicht mehr nach Bereicherungsrecht (so noch die Rechtsprechung bis zum Inkrafttreten des Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26.11.2001, vgl. BGHZ 109, 139 (144)), sondern nach der rücktrittsrechtlichen Lösung gemäß § 346 I BGB (vgl. Palandt/Grüneberg, 68. Aufl. 2009, Rdnr. 42 zu § 313; BGH NJW 2002, 1876; Reinking-Eggert, Der Autokauf, 9. Aufl. 2005, Rdnr. 943). Schon die Anwendung des Bereicherungsrechts auf die Rückabwicklung von Leasingverträgen geschah im Hinblick auf das den Leasingvertrag beherrschende Äquivalenzprinzip nicht ohne Modifikationen (BGHZ 109, 139 (145)). Inzwischen ergibt sich die Maßgeblichkeit des Rücktrittsrechts aus der eindeutigen Regelung des § 313 III 1 BGB, wonach der benachteiligte Teil vom Vertrag zurücktreten kann, wenn bei einem Fehlen der Geschäftsgrundlage eine Anpassung des Vertrages nicht möglich oder einem Teil nicht zumutbar ist. Danach haben die Parteien die von ihnen empfangenen Leistungen einander zurückzugewähren (§ 346 I BGB).

Dem steht nicht entgegen, dass nach § 313 III 2 BGB bei Dauerschuldverhältnissen an die Stelle des Rücktrittsrechts das Recht zur Kündigung tritt. Zwar ist es richtig, dass eine Kündigung grundsätzlich nur ex nunc wirkt, so dass bei wörtlicher Anwendung des § 313 III 2 BGB im Falle von Dauerschuldverhältnissen eine Rückabwicklung ex tunc auch dann ausgeschlossen wäre, wenn die Geschäftsgrundlage nicht erst während der Vertragslaufzeit weggefallen ist, sondern wie im Falle der Wandlung des Kaufvertrages wegen einer zur Zeit der Übergabe an den Leasingnehmer

mangelhaften Leasingsache von Anfang an gefehlt hat (so Wolf/Eckert/Ball, Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts, 9. Aufl. 2004, Rdnr. 1851). Doch zwingt § 313 III 2 BGB nicht zu der Annahme, dass bei Dauerschuldverhältnissen ausnahmslos ein Kündigungsrecht an die Stelle des Rücktrittsrechts tritt. Ein Rücktrittsrecht kommt nach der Rechtsprechung zur Kündigung von Dauerschuldverhältnissen vielmehr auch dann in Betracht, wenn ein berechtigtes Interesse der Partner besteht, bereits erbrachte Leistungen rückgängig zu machen oder wenn eine vollständige Rückabwicklung unschwer möglich und nach der Interessenlage sachgerecht ist (BGH NJW 2002, 1870; Palandt/Grüneberg, a. a. O., § 314 Rdnr. 12). An der bisherigen Rechtsprechung sollte die Neufassung des § 313 III BGB ebenso wie die des § 314 BGB ausweislich der Materialien zum Schuldrechtsmodernisierungsgesetz insofern aber gerade nichts ändern (BT-Drucks. 14/6040, S. 176 f. Vgl. auch Wolf/Eckert/Ball, a. a. O., Rdnr. 1851 m.w.N.).

Die Interessenlage, bei der hiernach ein Rücktritt durch das Kündigungsrecht gemäß § 313 II 2 BGB nicht ausgeschlossen wird, besteht gerade dann, wenn die überlassene Sache so wie im vorliegenden Fall von vornherein mangelhaft ist. Dadurch, dass der Leasingnehmer aufgrund der ihm abgetretenen Rechte des Leasinggebers dem Verkäufer gegenüber wirksam vom Vertrag gemäß § 437 Nr. 2 BGB zurücktrat, fehlte dem Leasingvertrag die Geschäftsgrundlage im Sinne von § 313 II BGB von Anfang an (vgl. BGHZ 109, 139 (142 f); Palandt/Weidenkaff, BGB, 68. Aufl. 2009, § 535 Rdnr. 58).

Da die Rückabwicklung des Vertragsverhältnisses zwischen den Parteien von Anfang an ohne weiteres möglich ist, erfolgt diese aufgrund des danach anwendbaren § 346 I BGB. Die Bekl. hat mithin die aus den an sie entrichteten Zahlungen gezogenen Nutzungen herauszugeben. Es ist davon auszugehen, dass die Bekl. ihr zur Verfügung stehende Gelder entsprechend den Regeln einer ordnungsgemäßen Wirtschaft mit einem Vorteil von mindestens 5% gewinnbringend verwendet hat. Hätte sie dies unterlassen, wäre sie zum Wertersatz gemäß § 347 I BGB verpflichtet.

Weitergehende Zinsansprüche stehen dem Kl. nach Rückzahlung seiner an die Bekl. erbrachten Zahlungen Anfang Juni 2006 nicht zu. Für den Antrag, dem Kl. weiterhin einen Zinsbetrag in Höhe von 4,94 € täglich seit dem 24.02.2007 zu zahlen, gibt es deshalb keine

Grundlage.

Der Kl. ist allerdings auch nicht verpflichtet, der Bekl. einen Ausgleich für deren Kapitaleinsatz zu zahlen (BGHZ 109, 139 (144 f.)). Darauf, ob die Bekl. einen Anspruch auf Kaufpreistrückzahlung gegenüber der Lieferantin realisieren kann, kommt es deshalb entgegen der Auffassung der Bekl. nicht an.

Der Kl. hat darüber hinaus gemäß der zutreffenden Berechnung des Landgerichts aus dem Gesichtspunkt von § 347 II BGB Anspruch auf Ersatz der von ihm gezahlten Steuern und Haftpflichtanteile der Versicherungen für die Jahre 2004 und 2005 in Höhe von 3.139,94 €. Der Einwand der Bekl., der Kl. hätte den Pkw während der Zeit der Unterstellung abmelden können, verfährt nicht. Gemäß Ziffer 5.1 der Allgemeinen Leasingbedingungen der Bekl. war der Kl. gehalten, den Pkw auch während der Zeit der Verwahrung zu versichern. Allerdings bedurfte es während der Zeit der Unterstellung des Pkw im Hinblick auf die Verpflichtung des Kl. zur Schadensminderung nicht einer Vollkaskoversicherung, so dass aus den von ihm zu beachtenden Gründen der Schadensminderung weitere Ansprüche nicht begründet sind.

Dem Kl. ist der in der Abrechnung der Bekl. vom 07.06.2006 erfolgte Abzug wegen eines Minderwerts in Höhe von 626,40 € wieder gutzuschreiben. Insofern besteht zwischen den Parteien zwischenzeitlich Einigkeit.

Aus den zutreffenden Gründen des angefochtenen Urteils hat der Kl. noch einen Aufwendungsersatzanspruch aus der Rechnung der Firma A. in Höhe von 46,40 €. Mit Recht ist das Landgericht allerdings davon ausgegangen, dass zu den Voraussetzungen eines Weitergehenden Rückzahlungsanspruchs aus der vorgenannten Rechnung die Gründe für den Benzinverbrauch und die Veranlassung der Fahrten zu zwei verschiedenen Sachverständigen nicht hinreichend vorgebracht worden sind.

Der Kl. kann Prozesszinsen nach §§ 291, 288 I BGB verlangen. Ferner hat er gemäß §§ 280, 286 BGB Anspruch auf Erstattung der außergerichtlichen Rechtsanwaltskosten in Höhe von 399,72 € unter Zugrundelegung einer 0,65 Geschäftsgebühr in Höhe von 315,90 € aus einem Gegenstandswert von 9.376,88 € zuzüglich einer Pauschale von 20,- € sowie 19% Mehrwertsteuer.

**Standort: Kaufrecht****Problem: Vorlage beim EuGH/Umfang der Nacherfüllung**

BGH, BESCHLUSS VOM 14.01.2009

VIII ZR 70/08 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

**Problemdarstellung:**

Die Parteien streiten über die Verhältnismäßigkeit der Nachlieferung.

Die Bekl. betreibt einen Baustoffhandel. Der Kl. erwarb bei der Bekl. italienische Bodenfliesen. Nach der Verlegung im Haus des Kl. zeigte sich, dass sich auf der Oberfläche der Fliesen herstellungsbedingte Schattierungen befinden, die nicht beseitigt werden können, so dass einzig ein Austausch der Fliesen für die Behebung des Mangels in Betracht kommt. Auf die Mängelrüge des Kl. hin nahm die Bekl. beim Hersteller Rücksprache und wies die Rüge sodann zurück. Eine durch den Kl. gesetzte Frist zur Vornahme der Handlung verstrich ergebnislos.

Das Landgericht hat die Bekl. aus dem Gesichtspunkt der Minderung zur Zahlung von 273,10 € nebst Zinsen verurteilt und die Klage im Übrigen abgewiesen. Auf die Berufung des Kl. hat das Oberlandesgericht die Bekl. unter teilweiser Abänderung des erstinstanzlichen Urteils zur Lieferung von 45,36 m<sup>2</sup> mangelfreier Fliesen und zur Zahlung von 2.122,37 € nebst Zinsen verurteilt. Mit ihrer vom Berufungsgericht zugelassenen Revision wendet sich die Bekl. gegen ihre Verurteilung zur Zahlung von 2.122,37 € nebst Zinsen.

Der BGH setzte das Verfahren aus und legte die entstandenen Rechtsfragen dem EuGH zur Entscheidung vor.

**Prüfungsrelevanz:**

Das Kaufrecht ist in jüngster Vergangenheit wiederholt Gegenstand von aufsehenerregenden Entscheidungen des BGH gewesen und ist daher in der Prüfungsvorbereitung ein Muß. An dieser Stelle sei auf den Nutzungsersatzanspruch des Verkäufers bei Nachlieferung in BGH, RA 2009, 26 und den sog. Parkettstäbchenfall zur Verpflichtung des Verkäufers zum Einbau der mangelfreien Stäbe in BGH, RA 2008, 532 verwiesen.

Im Rahmen des Umfangs der Nacherfüllung stellte sich hier die Frage, ob der Verkäufer den Ausbau des mangelhaften Gegenstands schuldet, wenn ursprünglich kein Kauf mit Montageverpflichtung (vgl. § 434 II 2 BGB) vorlag. Ob die Ausbaukosten für den mangelhaften Kaufgegenstand ersatzfähig sind, wurde bereits bis zu dieser Entscheidung kontrovers diskutiert. Nach der ganz h.M. in der Rechtsprechung und einer verbreiteten Auffassung im Schrifttum kann der Käufer im Fall der Nacherfüllung durch Lieferung einer mangelfreien Sache (§ 439 I Fall 2 BGB) vom Verkäufer

grds. den Ausbau der mangelhaften Kaufsache aus einer anderen Sache, in die sie bestimmungsgemäß eingebaut worden ist, und dementsprechend auch – im Wege des Schadensersatzes nach §§ 280 I, III, 281 I BGB – die Erstattung der Kosten hierfür verlangen (vgl. z.B. Witt, ZGS 2008, 369, 370).

Im Gegensatz dazu stellte der erkennende Senat in Übereinstimmung mit dem Berufungsgericht klar, dass anhand der deutschen Gesetzgebung im vorliegenden Fall kein Anspruch auf den Ausbau des mangelhaften Gegenstands besteht und verneinte daher einen Anspruch auf Ersatz der insoweit entstandenen Kosten. Gem. § 439 I BGB kann der Käufer allein die Lieferung der mangelfreien Sache entsprechend der Verpflichtung aus § 433 I BGB verlangen, nicht aber den Ausbau der mangelhaften Sache. Auch § 439 II BGB ergibt nichts Gegenteiliges. Demgemäß können lediglich die Aufwendungen für die Lieferung des mangelfreien Gutes ersetzt werden, denn genau dies war zwischen den Parteien geschuldet. Daraus folgt, dass sich das Bestehen der Ausbaupflichtung streng nach dem Inhalt der ursprünglichen Leistungspflicht gem. § 433 I BGB bestimmt, zumal die Nacherfüllungsanspruch der modifizierte Erfüllungsanspruch ist.

Anders hatte der BGH diese Frage in der sog. Dachziegelentscheidung beantwortet. Die Grundsätze dieser Entscheidung (BHGZ 87, 104), die noch zum alten Schuldrecht erging, können nach richtiger Rechtsauffassung des Senats hier nicht zur Anwendung kommen. Damals wurde dem Käufer ein entsprechender Anspruch auf Rücknahme und damit auf Ausbau zugestimmt und zwar als Korrelat zu einem dem Verkäufer gegenüber dem Käufer zustehenden Rückgabeanspruch gem. §§ 467, 346 BGB a.F.. Dies basierte im Wesentlichen darauf, dass die Dachziegel nur provisorisch verlegt worden waren. Im Unterschied dazu waren die Fliesen durch deren Verlegung bereits wesentliche Bestandteile des Gebäudes gem. §§ 946, 94 I, II BGB geworden. Das führt nach der neuen Rechtslage dazu, dass der Verkäufer gerade keinen Anspruch auf Rückgewähr oder Wertersatz gem. § 439 IV i.V.m. §§ 346 I, II Nr. 2, III Nr. 1 BGB hat. Hat also der Verkäufer keinen Rückgewähranspruch, kann spiegelbildlich auch kein Anspruch des Käufers auf Rücknahme der mangelhaften Fliesen und damit auf Ausbau bestehen.

Allerdings könnte sich nach der Rechtsauffassung des erkennenden Senats ein Anspruch auf Ausbau der mangelhaften Sache aus Art 3 II, III Unterabs. 3 der Richtlinie 1999/44/EG ergeben. Das Berufungsgericht hatte demgemäß zuvor erkannt. Insoweit könnte § 439 I BGB richtlinienkonform auszulegen sein. Nach Art. 3 II der Richtlinie hat der Verbraucher bei Vertragswidrigkeit des gelieferten Verbrauchsgutes einen An-

spruch auf die unentgeltliche Herstellung des vertragsgemäßen Zustands des Verbrauchsgutes durch Ersatzlieferung nach Maßgabe des Absatzes 3. Die Verwendung des Begriffs "Ersatzlieferung" könnte z.B. andeuten, dass nicht nur ein vertragsgemäßes Verbrauchsgut zu liefern, sondern darüber hinaus das gelieferte vertragswidrige Verbrauchsgut zu ersetzen und damit zu entfernen ist. Ob eine dem entsprechende Auslegung angezeigt ist, soll nun im Wege des Vorlageverfahrens durch den EuGH geklärt werden.

Ein zweiter wesentlicher Gegenstand der Entscheidung betrifft die Frage, inwieweit die Einrede der Unverhältnismäßigkeit gem. § 439 III BGB im Falle der sog. absoluten Unverhältnismäßigkeit europarechtskonform ist. Zu unterscheiden sind die relative und die absolute Unverhältnismäßigkeit. Die relative gem. § 439 III 2 Fall 3 BGB ist dann gegeben, wenn die vom Käufer gewählte Art der Nacherfüllung im Vergleich zur anderen Art der Nacherfüllung unverhältnismäßige Kosten verursachen würde. Dies setzt jedoch voraus, dass beide Arten der Nacherfüllung überhaupt möglich sind. Daran fehlte es hier. Im vorliegenden Fall war die Behebung des Mangels nur durch eine Nachlieferung der Fliesen möglich (§§ 437 Nr. 1, 439 I 2. Fall BGB). In Streit steht daher die Vereinbarkeit der Einrede der absoluten Unverhältnismäßigkeit gem. § 439 III 2 Fall 2 BGB. Demnach kann der Verkäufer die vom Käufer gewählte Art oder einzig mögliche Art der Nacherfüllung dann verweigern, wenn diese unverhältnismäßige Kosten verursacht. Wann Unverhältnismäßigkeit i.d.S. vorliegt richtet sich nach dem Wert der Sache in mangelfreiem Zustand (§ 439 III 2 Fall 1 BGB) und der Bedeutung des Mangels (§ 439 III 2 Fall 2 BGB). Ab welchem Prozentsatz nun die absolute Unverhältnismäßigkeit vorliegen soll, wird nicht einheitlich beantwortet. Nach der weitesten Auffassung liegt in den Fällen, in denen der Verkäufer - wie hier - die Mangelhaftigkeit der Sache nicht zu vertreten hat, die Einrede vor, wenn die Kosten der Nacherfüllung 115 % des Werts der Sache in mangelfreiem Zustand oder 200 % des mangelbedingten Minderwerts übersteigen (vgl. Bitter/Meidt, ZIP 2114, 2121). Ein solcher Fall lag hier vor (vgl. Rn [16] der Entscheidung). Somit stellte sich die Frage, ob die Einrede der absoluten Unverhältnismäßigkeit europarechtskonform ist. Nach Art. 3 III der Richtlinie kann der Verbraucher die unentgeltliche Nachbesserung des Verbrauchsgutes oder eine unentgeltliche Ersatzlieferung nur verlangen, sofern dies nicht unmöglich oder unverhältnismäßig ist (Unterabs. 1). Eine Abhilfe gilt als unverhältnismäßig, wenn sie "Kosten verursachen würde, die ... verglichen mit der alternativen Abhilfemöglichkeit unzumutbar wären" (Unterabs. 2). Art. 3 III der Richtlinie sieht damit seinem Wortlaut nach nur die relative Unverhältnismäßigkeit vor. Die absolute

wäre nur dann richtlinienkonform, wenn sie sich unter den Begriff der Unmöglichkeit in Art. 3 Abs. 3 Unterabs. 1 der Richtlinie subsumieren ließe. Ob dies der Fall ist und ob die Regelung des § 439 III BGB ggf. insoweit europarechtskonform auszulegen ist, ist dem EuGH in einer weiteren Vorlagefrage zur Beantwortung vorgelegt.

#### **Vertiefungshinweise:**

Zur Zulässigkeit des Vorlageverfahrens gem. Art. 234 EG: *BGH*, Beschluss vom 01.10.2008 - VIII ZR 268/07 (Kostenersatz für die Hinsendung bei Widerruf im Fernabsatz); *BGH*, RA 2006, 659 = *NJW* 2006, 3200 (Aussetzungsbeschluss zum Nutzungsersatz); *EuGH*, *NJW* 2006, 2465

Zum Nutzungsersatz gem. § 439 IV i.V.m. § 346 II 1 Nr. 1 BGB: *BGH*, RA 2009, 26; *Hummel*, *EuZW* 2007, 268; *Gebauer*, *AnwBl* 2007, 314, 319; *Theisen*, *GPR* 2007, 276, 281 f.; *BGH*, RA 2006, 659 = *NJW* 2006, 3200 (Aussetzungsbeschluss in dieser Entscheidung); *Witt*, *NJW* 2006, 3322; *OLG Nürnberg*, *ZGS* 2005, 438; *Kohler*, *ZGS* 2005, 368; *Gsell*, *NJW* 2003, 1936; *OLG Karlsruhe*, RA 2003, 506

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

#### **Kursprogramm:**

- Examenskurs*: "Augen auf beim Mustangkauf"
- Examenskurs*: "Gutes Rad ist teuer"
- Examenskurs*: "Der nostalgische Ofen"
- Assessorkurs*: "Der versicherte PKW"
- Assessorkurs*: "Das englische Teeservice"

#### **Vorlagefragen:**

- a) Sind die Bestimmungen des Art. 3 III Unterabs. 1 und 2 der Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25.05.1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter dahin auszulegen, dass sie einer nationalen gesetzlichen Regelung entgegenstehen, wonach der Verkäufer im Falle der Vertragswidrigkeit des gelieferten Verbrauchsgutes die vom Verbraucher verlangte Art der Abhilfe auch dann verweigern kann, wenn sie ihm Kosten verursachen würde, die verglichen mit dem Wert, den das Verbrauchsgut ohne die Vertragswidrigkeit hätte, und der Bedeutung der Vertragswidrigkeit unzumutbar (absolut unverhältnismäßig) wären?
- b) Falls die erste Frage zu bejahen ist: Sind die Be-

**stimmungen des Art. 3 II und III Unterabs. 3 der vorbezeichneten Richtlinie dahin auszulegen, dass der Verkäufer im Falle der Herstellung des vertragsgemäßen Zustands des Verbrauchsgutes durch Ersatzlieferung die Kosten des Ausbaus des vertragswidrigen Verbrauchsgutes aus einer Sache, in die der Verbraucher das Verbrauchsgut gemäß dessen Art und Verwendungszweck eingebaut hat, tragen muss?**

**Sachverhalt:**

[1] Der Kl. kaufte bei der Bekl., die einen Baustoffhandel betreibt, am 24.01.2005 45,36 m<sup>2</sup> polierte Bodenfliesen eines italienischen Herstellers zum Preis von 1.191,61 € ohne und 1.382,27 € mit 16% Mehrwertsteuer. Er ließ rund 33 m<sup>2</sup> der Fliesen im Flur, im Bad, in der Küche und auf dem Treppenpodest seines Hauses verlegen. Danach zeigten sich auf der Oberfläche Schattierungen, die mit bloßem Auge zu erkennen sind. Der Kl. erhob deswegen Mängelrüge, die die Bekl. nach Rücksprache mit dem Hersteller am 26.07.2005 zurückwies. In einem vom Kl. eingeleiteten selbständigen Beweisverfahren kam der Sachverständige zu dem Ergebnis, dass es sich bei den bemängelten Schattierungen um feine Mikroschleifspuren handele, die nicht beseitigt werden könnten, so dass Abhilfe nur durch einen kompletten Austausch der Fliesen möglich sei. Die Kosten dafür bezifferte der Sachverständige mit 5.026,35 € ohne und 5.830,57 € einschließlich 16% Mehrwertsteuer.

[2] Nach vergeblicher Leistungsaufforderung mit Fristsetzung hat der Kl. die Bekl. in dem vorliegenden Rechtsstreit auf Lieferung mangelfreier Fliesen und auf Zahlung von 5.830,57 € nebst Zinsen in Anspruch genommen. Das Landgericht hat die Bekl. aus dem – vom Kl. nicht geltend gemachten – Gesichtspunkt der Minderung zur Zahlung von 273,10 € nebst Zinsen verurteilt und die Klage im Übrigen abgewiesen. Auf die Berufung des Kl. hat das Oberlandesgericht die Bekl. unter teilweiser Abänderung des erstinstanzlichen Urteils zur Lieferung von 45,36 m<sup>2</sup> mangelfreier Fliesen und zur Zahlung von 2.122,37 € nebst Zinsen verurteilt. Mit ihrer vom Berufungsgericht zugelassenen Revision wendet sich die Bekl. gegen ihre Verurteilung zur Zahlung von 2.122,37 € nebst Zinsen.

**Aus den Gründen:**

*I. Entscheidung und Begründung des Berufungsgerichts*

[3] Das Berufungsgericht (OLG Frankfurt am Main, OLGR 2008, 325 = ZGS 2008, 315) hat im Wesentlichen ausgeführt:

[4] Der Kl. habe gegen die Bekl. einen Anspruch auf Lieferung mangelfreier Fliesen aus § 434, § 437 Nr. 1, § 439 I Fall 2 BGB. Die ihm von der Bekl. verkauften und gelieferten Fliesen seien mangelhaft (§ 434 I 2 Nr.

2 BGB). Gemäß dem Gutachten des gerichtlichen Sachverständigen wiesen sie einen herstellungsbedingten Polierfehler auf, der insbesondere bei Tageslichteinfall in der Fläche sichtbar sei, wie eine Inaugenscheinnahme des Gerichts bestätigt habe. Eine Beseitigung des Mangels (§ 439 I Fall 1 BGB) sei technisch nicht möglich. Die von der Bekl. erhobene Einrede nach § 439 III BGB, dass die vom Kl. verlangte Lieferung mangelfreier Fliesen unverhältnismäßige Kosten verursache, sei unbegründet. Es komme nur eine absolute Unverhältnismäßigkeit (§ 439 III 3 Halbs. 2 BGB) in Betracht. Dabei sei das Interesse des Kl. an der Durchführung der Nacherfüllung gegen das Interesse der Bekl., nicht mit den dafür anfallenden Kosten belastet zu werden, abzuwägen. Zu diesen Kosten gehörten nicht die des Einbaus der neuen Fliesen, sondern lediglich die für deren Lieferung (rund 1.200 € einschließlich Transport) sowie die für die Beseitigung, also Ausbau und Entsorgung, der mangelhaften Fliesen (rund 2.100 €).

[5] Der Wortlaut des § 439 I Fall 2 BGB, in dem von der "Lieferung einer mangelfreien Sache" die Rede sei, spreche zwar dagegen, die Aus- und Einbaukosten zu den Nacherfüllungskosten zu zählen. Da der Nacherfüllungsanspruch nur ein modifizierter Erfüllungsanspruch sei, sei auch die Annahme fernliegend, dass zu den ursprünglichen kaufvertraglichen Pflichten der Übergabe und Übereignung der Kaufsache zusätzlich bisher nicht geschuldete Handlungspflichten hinzukommen sollten. Andererseits ergebe sich aber aus der Pflicht des Verkäufers, dem Käufer Eigentum und Besitz – nur – an der mangelfreien Kaufsache zu verschaffen, im Umkehrschluss, dass der Käufer nicht verpflichtet sei, neben der mangelfreien Sache auch noch die mangelhafte zu behalten. Daraus folge eine vertragliche Rücknahmeverpflichtung des Verkäufers hinsichtlich der mangelhaften Sache. Damit falle neben der Pflicht zur Mitnahme auch das dieser notwendigerweise vorgelagerte Herausreißen der mangelhaften Fliesen in den Bereich der Nacherfüllungspflicht. Den Gesetzesmaterialien lasse sich zudem entnehmen, dass § 439 BGB der Umsetzung von Art. 3 der Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25.05.1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Gebrauchsgüter (ABl. EG Nr. L 171 S. 12) diene. Bei der gebotenen richtlinienkonformen Auslegung sei zu beachten, dass in Art. 3 II 1 der Richtlinie nicht wie in § 439 I BGB von "Nacherfüllung", sondern von "Herstellung des vertragsgemäßen Zustands des Verbrauchsgutes" die Rede sei und dass die Nacherfüllungsvariante "Lieferung einer mangelfreien Sache" noch mit den Worten "Ersatzlieferung nach Maßgabe des Absatzes 3" umschrieben sei. Danach treffe den Verkäufer mehr als nur die Pflicht zur Übergabe und Übereignung einer mangelfreien Kaufsache. Vielmehr

schulde er die "Herstellung" eines vertragsgemäßen "Zustands". Dieser sei dadurch gekennzeichnet, dass die Kaufsache inzwischen bestimmungsgemäß verarbeitet worden sei. Auch der Begriff "Ersatzlieferung" spreche dafür, dass der Verkäufer mehr schulde als nur "Lieferung". Wer eine Sache "ersetze", müsse nicht nur die neue Sache übergeben, sondern auch die alte wegnehmen, weil er sonst "hinzusetze". Das ergebe sich auch aus Art. 3 III Unterabs. 3 der Richtlinie, wonach die Ersatzlieferung "ohne erhebliche Unannehmlichkeiten für den Verbraucher" erfolgen müsse, wobei "die Art des Verbrauchsgutes sowie der Zweck, für den der Verbraucher das Verbrauchsgut benötigt", zu berücksichtigen seien.

[6] Im Rahmen der Abwägung des Interesses des Kl. an der Durchführung der Nacherfüllung einerseits mit dem Interesse der Bekl. daran, nicht mit unverhältnismäßig hohen Nacherfüllungskosten belastet zu werden, andererseits könne angesichts des Umstandes, dass die Beeinträchtigung durch die fehlerhaften Fliesen erheblich sei und die Nacherfüllung neben der Lieferung mangelfreier Fliesen nach der nicht angegriffenen Berechnung des gerichtlichen Sachverständigen Kosten von 2.122,37 € einschließlich 19% Mehrwertsteuer verursache, nicht festgestellt werden, dass die Nacherfüllung mit unverhältnismäßig hohen Kosten verbunden wäre.

[7] Aus dem Vorstehenden folge, dass der Kl. gegen die Bekl. einen Anspruch auf Zahlung von 2.122,37 € aus § 434, § 437 Nr. 1, § 439 I und II BGB in Verbindung mit § 280 III, § 281 I und II BGB habe. Zwar sehe § 439 I und II BGB selbst keinen Zahlungsanspruch vor, sondern verpflichte den Verkäufer nur zur Durchführung der Nacherfüllung auf eigene Kosten. Indem die Bekl. jedoch vorgerichtlich jegliche Ansprüche des Kl. zurückgewiesen habe, habe sie ihre Pflicht zur Nacherfüllung schuldhaft verletzt (§ 281 I BGB) und die Leistung ernsthaft und endgültig verweigert (§ 281 II BGB), so dass es einer Fristsetzung zur Nacherfüllung nicht bedurft habe.

[8] Weitergehende Schadensersatzansprüche wegen schuldhafter Lieferung mangelhafter Fliesen (§ 434, § 437 Nr. 3, § 440, § 280 I, § 281 I BGB) stünden dem Kl. mangels Verschuldens der Bekl. nicht zu.

## II. Entscheidung des BGH in der Revision

### 1. Unzulässigkeit der Revision mangels Beschwer i.H.v. 273, 10 €

[9] Die Revision ist unzulässig, soweit sie sich gegen die Verurteilung der Bekl. zur Zahlung von 273,10 € nebst Zinsen richtet. In dieser Höhe ist die Bekl. durch das Berufungsurteil nicht beschwert, da sie bereits in erster Instanz zur Zahlung von 273,10 € nebst Zinsen verurteilt worden ist und dagegen keine (Anschluss-)Berufung eingelegt hat.

### 2. Zulässigkeit und Begründetheit der Revision im Übrigen

[10] Soweit die Bekl. zur Zahlung von mehr als 273,10 €, nämlich von weiteren 1.849,27 € nebst Zinsen verurteilt worden ist, hängt die Entscheidung über die – insoweit zulässige – Revision davon ab, ob das Berufungsgericht zu Recht angenommen hat, dass der Kl. von der Bekl. die Kosten des Ausbaus der Fliesen ersetzt verlangen kann. Die Beantwortung dieser Frage ist wiederum von der Auslegung der oben (unter II) bezeichneten Richtlinie (im Folgenden nur: Richtlinie) abhängig, die hier Anwendung findet, da es sich bei dem Kaufvertrag der Parteien, wie das Berufungsgericht unwidersprochen unterstellt hat, um einen Verbrauchsgüterkauf im Sinne von Art. 1 der Richtlinie (und dementsprechend von § 474 I 1 BGB) handelt, bei dem der nicht zu beruflichen oder gewerblichen Zwecken handelnde Kl. als Verbraucher von der gewerblich tätigen Bekl. als Verkäuferin mit den Fliesen ein Verbrauchsgut gekauft hat.

#### a. Ersatz der Kosten für den Ausbau der mangelhaften Fliesen

[11] Nach dem nationalen deutschen Recht steht dem Kl. ein Anspruch auf Ersatz der Kosten für den Ausbau der mangelhaften Fliesen nicht zu. Zu Recht und unangegriffen hat das Berufungsgericht insoweit einen Schadensersatzanspruch des Kl. aus § 434 I 2 Nr. 2, § 437 Nr. 3, § 280 I und III, § 281 I BGB wegen schuldhafter Lieferung mangelhafter Fliesen verneint, weil die Bekl. weder die Lieferung der mangelhaften Fliesen selbst verschuldet noch nach § 278 BGB für ein Verschulden der Herstellerin der Fliesen einzutreten hat (vgl. Senatsurteil vom 15.07.2008 – VIII ZR 211/07, zur Veröffentlichung in BGHZ bestimmt, WM 2008, 1890 = NJW 2008, 2837, Tz. 29 m.w.N.). Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts hat der Kl. gegen die Bekl. aber auch keinen Schadensersatzanspruch aus § 434 I 2 Nr. 2, § 437 Nr. 1, 439 I Fall 2, § 280 I und III, § 281 I und II BGB wegen der unterbliebenen Nachlieferung mangelfreier Fliesen. Dabei ist nach dem unstreitigen Sachverhalt und den nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts davon auszugehen, dass die Fliesen wegen eines nicht zu beseitigenden Polierfehlers mangelhaft sind, Abhilfe nur durch einen kompletten Austausch der Fliesen möglich ist, den die Bekl. ernsthaft und endgültig verweigert hat, und für den Ausbau der mangelhaften Fliesen Kosten in Höhe von 2.122,37 € (einschließlich 19% Mehrwertsteuer) anfallen.

#### aa. Ersatzfähigkeit der Kosten ist streitig

[12] Nach der ganz herrschenden Meinung in der Rechtsprechung (außer dem Berufungsgericht OLG Karlsruhe, ZGS 2004, 432; OLG Köln, NJW-RR 2006, 677; OLG Stuttgart, Urteil vom 08.11.2007 – 19



U 52/07, n.v.; LG Itzehoe, Urteil vom 27.04.2007 – 9 S 85/06, n.v.) und einer verbreiteten Auffassung im Schrifttum (Bamberger/Roth/Faust, BGB, 2. Aufl., § 439 Rdnr. 32; Lorenz, ZGS 2004, 408, 410 f.; ders., NJW 2005, 1889, 1895; ders., NJW 2007, 1, 5 (zweifeln); Pammler in: jurisPK-BGB, 4. Aufl., § 439 Rdnr. 51 f.; Schneider/Katerndahl, NJW 2007, 2215, 2216; Schneider, ZGS 2008, 177 f.; Terrahe, VersR 2004, 680, 682; MünchKommBGB/Westermann, 5. Aufl., § 439 Rdnr. 13; Witt, ZGS 2008, 369, 370) kann der Käufer in dem hier in Rede stehenden Fall der Nacherfüllung durch Lieferung einer mangelfreien Sache (§ 439 I Fall 2 BGB) von dem Verkäufer allerdings grundsätzlich den Ausbau der mangelhaften Kaufsache aus einer anderen Sache, in die sie bestimmungsgemäß eingebaut worden ist, und dementsprechend auch – im Wege des Schadensersatzes nach §§ 280, 281 BGB – die Erstattung der Kosten hierfür verlangen.

Nach einer anderen Ansicht in der Literatur steht dem Käufer ein solcher Anspruch dagegen nicht zu (Ayad/Hesse, BB 2008, 1926; AnwK-BGB/Büdenbender, § 439 Rdnr. 27 Fn. 23; Erman/Grunewald, BGB, 12. Aufl., § 439 Rdnr. 5; Katzenstein, ZGS 2009, 29, 31 ff.; Staudinger/Matusche-Beckmann, BGB (2004), § 439 Rdnr. 21; Oetker/Maultzsch, Vertragliche Schuldverhältnisse, 3. Aufl., § 2 Rdnr. 189; Otte in: FS Schwerdtner, 2003, S. 599, 608; Skamel, NJW 2008, 2820, 2822; Thürmann, NJW 2006, 3457, 3460 f.). Diese Frage bedarf indessen im vorliegenden Zusammenhang keiner Entscheidung.

*bb. Zur Einrede der Unverhältnismäßigkeit gem. § 439 III BGB*

[13] Selbst wenn der erstgenannten Meinung zu folgen sein sollte, kann der Kl. von der Bekl. nach dem nationalen deutschen Recht nicht die Kosten für den Ausbau der mangelhaften Fliesen erstattet verlangen. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts hat die Bekl. die von dem Kl. begehrte Nacherfüllung durch Lieferung mangelfreier Fliesen und damit auch den Ausbau der mangelhaften Fliesen zu Recht gemäß § 439 III BGB verweigert.

[14] Nach dieser Vorschrift kann der Verkäufer die vom Käufer gewählte Art der Nacherfüllung verweigern, wenn sie nur mit unverhältnismäßigen Kosten möglich ist (S. 1). Das gilt nicht nur dann, wenn die vom Käufer gewählte Art der Nacherfüllung im Vergleich zu der anderen Art der Nacherfüllung unverhältnismäßige Kosten verursacht (S. 2 Fall 3; sog. relative Unverhältnismäßigkeit), sondern auch dann, wenn die vom Käufer gewählte oder die einzig mögliche Art der Nacherfüllung schon für sich allein unverhältnismäßige Kosten verursacht (sog. absolute Unverhältnismäßigkeit), wobei Bezugspunkte der Prüfung in diesem Fall der Wert der Sache in mangelfrei-

em Zustand (S. 2 Fall 1) und die Bedeutung des Mangels (S. 2 Fall 2) sind. Das folgt aus § 439 III 3 Halbs. 2 sowie § 440 S. 1 Fall 1 BGB, wonach der Käufer beide Arten der Nacherfüllung gemäß § 439 III BGB verweigern kann.

[15] Nach den nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts ist hier Nacherfüllung nur durch Lieferung mangelfreier Fliesen möglich, während eine Beseitigung des Mangels der eingebauten Fliesen (§ 439 I Fall 1 BGB) technisch ausgeschlossen ist. In dem somit gegebenen Fall, dass sich die Nacherfüllung auf eine der beiden Arten des § 439 I BGB beschränkt, kommt im Hinblick auf das Recht des Verkäufers aus § 439 III BGB, die verbleibende Art der Nacherfüllung zu verweigern, naturgemäß nur eine absolute Unverhältnismäßigkeit in Betracht, da der Vergleich mit den Kosten der ausgeschlossenen Art der Nacherfüllung keinen Sinn ergibt. Darüber, wann eine absolute Unverhältnismäßigkeit anzunehmen ist, besteht im Schrifttum keine Einigkeit. Es werden unterschiedliche Prozentsätze namentlich des Werts der mangelfreien Sache genannt, bei deren Überschreitung die Kosten der Nacherfüllung absolut unverhältnismäßig sein sollen (Nachweise etwa bei Bamberger/Roth/Faust, aaO, § 439 Rdnr. 52; Staudinger/Matusche-Beckmann, aaO, § 439 Rdnr. 43). Nach der weitestgehenden Ansicht ist in dem – hier gegebenen – Fall, dass der Verkäufer den Mangel nicht zu vertreten hat, absolute Unverhältnismäßigkeit anzunehmen, wenn die Kosten der Nacherfüllung 150% des Werts der Sache im mangelfreien Zustand oder 200% des mangelbedingten Minderwerts übersteigen (Bitter/Meidt, ZIP 2001, 2114, 2121). Derartige Grenzwerte vermögen zwar eine Bewertung aller Umstände des Einzelfalls nicht zu ersetzen, geben jedoch in Form einer Faustregel (Bitter/Meidt, aaO) einen ersten Anhaltspunkt und wirken damit mangels einer eindeutigen Regelung und einer gefestigten Rechtsprechung der Rechtsunsicherheit entgegen (vgl. Ball, NZV 2004, 217, 224 f.).

[16] Danach ist hier von der absoluten Unverhältnismäßigkeit der vom Kl. begehrten Nacherfüllung durch Lieferung mangelfreier Fliesen auszugehen. Gemäß den nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts entstehen der Bekl. neben den eigentlichen (Selbst-)Kosten für die Lieferung der mangelfreien Fliesen in Höhe von rund 1.200 € einschließlich Transport die in Rede stehenden Kosten für den Ausbau der mangelhaften Fliesen in Höhe von rund 2.100 € (einschließlich 19% Mehrwertsteuer), mithin insgesamt Kosten von rund 3.300 €. Das sind erheblich mehr als 150% des Werts der mangelfreien Fliesen, der zwar nicht festgestellt ist, jedoch nicht mehr als den für den Erwerb erforderlichen Kaufpreis von 1.418,02 € (einschließlich jetzt 19% Mehrwertsteuer) betragen dürfte, und ebenfalls deutlich mehr als 200%

des mangelbedingten Minderwerts der mangelhaften Fliesen, der keinesfalls mehr als den für sie gezahlten Kaufpreis von 1.382,27 € (einschließlich 16% Mehrwertsteuer) beträgt.

*b. Richtlinienkonformität der absoluten Unverhältnismäßigkeit*

[17] Der mithin hier entscheidungserhebliche Umstand, dass das nationale deutsche Recht in § 439 III BGB das Recht des Verkäufers, die Nacherfüllung zu verweigern, nicht nur wegen relativer, sondern auch wegen absoluter Unverhältnismäßigkeit der Kosten der Nacherfüllung vorsieht, könnte im Widerspruch zu der Richtlinie stehen. Nach deren Art. 3 III kann der Verbraucher vom Verkäufer im Falle der Vertragswidrigkeit des gelieferten Vertragsgutes die unentgeltliche Nachbesserung des Verbrauchsgutes oder eine unentgeltliche Ersatzlieferung zwar nur verlangen, sofern dies nicht unmöglich oder unverhältnismäßig ist (Unterabs. 1). Eine Abhilfe gilt aber nur dann als unverhältnismäßig, wenn sie "Kosten verursachen würde, die ... verglichen mit der alternativen Abhilfemöglichkeit unzumutbar wären" (Unterabs. 2). Art. 3 III der Richtlinie sieht damit seinem Wortlaut nach – im Gegensatz zu § 439 III BGB – nur die relative Unverhältnismäßigkeit vor. Die Vorschrift des § 439 III BGB wäre daher in Bezug auf die dort geregelte absolute Unverhältnismäßigkeit nur dann richtlinienkonform, wenn sich diese unter den Begriff der Unmöglichkeit in Art. 3 Abs. 3 Unterabs. 1 der Richtlinie subsumieren ließe. Das erscheint angesichts dessen, dass die Richtlinie den Begriff der Unmöglichkeit nicht definiert und damit möglicherweise der Ausfüllung durch das nationale Recht überlässt (vgl. Kirsten, ZGS 2005, 66, 67 f.; MünchKommBGB/Lorenz, aaO, Vor § 474 Rdnr. 18; Oetker/Maultzsch, aaO, § 2 Rdnr. 216; AnwK-BGB/Pfeiffer, Art. 3 Kauf-RL Rdnr. 12), nicht von vorneherein ausgeschlossen. Hinzu kommt, dass nicht davon ausgegangen werden kann, dass die Richtlinie ausschließlich Fälle physischer Unmöglichkeit gelten lassen und den Verkäufer auch zu einer wirtschaftlich unsinnigen Nacherfüllung verpflichten will (Bamberger/Roth/Faust, aaO, § 439 Rdnr. 53).

[18] Ansonsten bliebe wohl allenfalls die Möglichkeit, § 439 III BGB im Wege der gebotenen richtlinienkonformen Auslegung (EuGH, Urteil vom 10.04.1984 - Rs. 14/83, Slg. 1984, 1891, Rdnr. 26, 28 - von Colson und Kamann/Nordrhein-Westfalen; Urteil vom 05.10.2004 - Rs. C-397/01 bis C-403/01, Slg. 2004, I S. 8835, Rdnr. 113 - Pfeiffer u.a./Deutsches Rotes Kreuz, Kreisverband Waldshut e.V.) oder Rechtsfortbildung (vgl. dazu Senatsurteil vom 26.11.2008 – VIII ZR 200/05, zur Veröffentlichung in BGHZ bestimmt, Tz. 21) dahin einschränkend anzuwenden, dass mit der dort geregelten absoluten Unverhältnismäßigkeit lediglich die Fälle der Unmöglichkeit nach § 275 I bis

III BGB erfasst werden (Staudinger/Matusche-Beckmann, aaO, § 439 Rdnr. 41; vgl. auch Leible in: Gebauer/Wiedmann, Zivilrecht unter europäischem Einfluss, Kapitel 9 Rdnr. 78; dagegen Bamberger/Roth/Faust, aaO). Danach könnte die Bekl. allerdings die Nacherfüllung durch Lieferung mangelfreier Fliesen nicht verweigern. Ein – allein in Betracht zu ziehender – Fall der sogenannten faktischen Unmöglichkeit nach § 275 II BGB liegt angesichts der Beträge, die nach den nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts zugrunde zu legen sind (siehe vorstehend unter III 2 a bb), nicht vor. Bei § 275 II BGB handelt es sich nach allgemeiner Meinung um eine eng auszulegende, nur selten anwendbare Ausnahмовorschrift, die ein grobes Missverhältnis zwischen dem für die Leistung erforderlichen Aufwand des Schuldners und dem Leistungsinteresse des Gläubigers erfordert und damit deutlich strengere Anforderungen stellt als etwa § 439 III BGB für die absolute Unverhältnismäßigkeit (Palandt/Heinrichs, BGB, 68. Aufl., § 275 Rdnr. 27).

*c. Entscheidungserheblichkeit der Frage bzgl. des Ersatzes der Ausbaurkosten gegeben*

[19] Angesichts dessen käme es nunmehr auf die Entscheidung der oben (unter III 2 a aa) offen gebliebenen Frage an, ob der Käufer nach dem nationalen deutschen Recht in dem hier in Rede stehenden Fall der Nacherfüllung durch Lieferung einer mangelfreien Sache (§ 439 Abs. 1 Fall 2 BGB) von dem Verkäufer den Ausbau der mangelhaften Kaufsache aus einer anderen Sache, in die sie bestimmungsgemäß eingebaut worden ist, und dementsprechend auch im Wege des Schadensersatzes die Erstattung der Kosten hierfür verlangen kann.

*aa. Kein Anspruch nach dem Wortlaut des Gesetzes*

[20] Das ergibt sich, wie auch das Berufungsgericht erkannt hat, nicht schon aus dem Gesetzeswortlaut. Nach § 439 I BGB kann der Käufer bei der hier betroffenen Art der Nacherfüllung die Lieferung einer mangelfreien Sache verlangen. Dies ist – entsprechend der ursprünglichen Verpflichtung des Verkäufers zur Erfüllung des Kaufvertrages aus § 433 I BGB – allein die Übergabe der mangelfreien Sache und die Verschaffung des Eigentums hieran. Der Ausbau der zuerst gelieferten mangelhaften Sache gehört schon deswegen nicht dazu, weil er sich auf eine andere Sache bezieht als die Lieferung. Aus § 439 II BGB, wonach der Verkäufer die zum Zwecke der Nacherfüllung erforderlichen Aufwendungen, insbesondere Transport-, Wege-, Arbeits- und Materialkosten zu tragen hat, ergibt sich nichts anderes. Zum Zwecke der Nacherfüllung sind bei ihrer hier in Rede stehenden Art dem Wortlaut nach nur die Aufwendungen für die Lieferung einer mangelfreien Sache erforderlich. Zu dieser gehört, wie ausgeführt, nicht der Ausbau der zuerst

gelieferten mangelhaften Sache.

*bb. Grundsätze der sog. Dachziegelentscheidung sind nicht übertragbar*

[21] Die Verpflichtung des Verkäufers, dem Käufer die Kosten für den Ausbau der mangelhaften Sache zu erstatten, kann - jedenfalls unter den hier gegebenen Umständen - auch nicht mit den Erwägungen des Senatsurteils in dem sogenannten Dachziegel Fall (BGHZ 87, 104) begründet werden. In dieser Entscheidung aus der Zeit vor der - insbesondere auch der Umsetzung der Richtlinie in das nationale deutsche Recht dienenden - Neuregelung des Kaufrechts durch das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26.11.2001 (BGBl. I S. 3138) hat der Senat (aaO, 109 ff.) dem Käufer nach Wandelung des Kaufvertrages (§ 462 BGB aF) einen Verzugsschadensersatzanspruch aus § 284 I, § 286 I BGB aF (jetzt § 280 II, § 286 I BGB) gegen den Verkäufer auf Ersatz der Kosten für den Ausbau mangelhafter Dachziegel zuerkannt. Die versäumte Verpflichtung des Verkäufers, die - nur provisorisch auf dem Dach verlegten - Dachziegel abzudecken, hat der Senat dabei aus einem - mit dem Rückgabanspruch des Verkäufers aus §§ 467, 346 BGB aF korrespondierenden - auf dem Dach als "Leistungsstelle" zu erfüllenden Rücknahmeanspruch des Käufers aus besonderem Interesse hergeleitet. Das kommt hier schon deswegen nicht in Betracht, weil die mangelhaften Fliesen - anders als die nur provisorisch auf dem Dach verlegten Dachziegel im Dachziegel Fall - durch ihre Verlegung im Haus des Kl. gemäß §§ 946, 93, 94 II BGB wesentlicher Bestandteil des Gebäudes geworden sind, der Bekl. deswegen ein Anspruch auf Rückgewähr oder auch nur Wertersatz nach § 439 IV, § 346 I, II Nr. 2, III Nr. 1 BGB nicht zusteht und dementsprechend auch ein damit korrespondierender Rücknahmeanspruch des Kl. ausgeschlossen ist (vgl. Schneider/Katerndahl, aaO, 2216; Thürmann, aaO, 3461).

*d. Richtlinienkonforme Auslegung des § 439 BGB i.S.v. Art. 3 II, III Richtlinie*

[22] Der streitige Anspruch des Käufers, im Falle der Nacherfüllung durch Lieferung einer mangelfreien Sache (§ 439 I Fall 2 BGB) von dem Verkäufer den Ausbau der mangelhaften Kaufsache und dementsprechend auch die Erstattung der Kosten hierfür zu verlangen, könnte sich jedoch gemäß der Annahme des Berufungsgerichts (vgl. auch Maifeld, BGHRep. 2008, 940, 941; Pammler, aaO, Rdnr. 53; Witt, aaO, 373 f.; aA Katzenstein, aaO, 35 f.; Thürmann, aaO, 3460 f.) aus Art. 3 II, III Unterabs. 3 der Richtlinie ergeben,

was bei der gebotenen richtlinienkonformen Auslegung (EuGH, aaO) von § 439 BGB zu berücksichtigen wäre. Nach Art. 3 II der Richtlinie hat der Verbraucher bei Vertragswidrigkeit des gelieferten Verbrauchsgutes in der hier maßgeblichen Alternative Anspruch auf die unentgeltliche Herstellung des vertragsgemäßen Zustands des Verbrauchsgutes durch Ersatzlieferung nach Maßgabe des Absatzes 3. Bereits die Verwendung des Begriffs der Ersatzlieferung könnte darauf hindeuten, dass nicht nur ein vertragsgemäßes Verbrauchsgut zu liefern, sondern darüber hinaus das gelieferte vertragswidrige Verbrauchsgut zu ersetzen und damit zu entfernen ist. Hinzu kommt die Verweisung auf Art. 3 III der Richtlinie. Dort heißt es im Unterabsatz 3 unter anderem, dass die Ersatzlieferung ohne erhebliche Unannehmlichkeiten für den Verbraucher erfolgen muss, wobei die Art des Verbrauchsgutes sowie der Zweck, für den der Verbraucher das Verbrauchsgut benötigte, zu berücksichtigen sind. Die danach gebotene Berücksichtigung der Art und des Verwendungszwecks des Verbrauchsgutes könnte im Zusammenhang mit der nach Absatz 2 erforderlichen Herstellung des vertragsgemäßen Zustands dafür sprechen, dass der Verkäufer im Zuge der Ersatzlieferung mehr als nur die Lieferung des vertragsgemäßen Verbrauchsgutes, nämlich auch die Beseitigung des zunächst gelieferten vertragswidrigen Verbrauchsgutes schuldet, um den nötigen Platz für die art- und zweckentsprechende Verwendung des Ersatzes zu schaffen. Der Ausbau der mangelhaften Fliesen könnte deswegen von der Verpflichtung des Verkäufers zur Ersatzlieferung umfasst werden. Dadurch würde er sich von dem Einbau der als Ersatz zu liefernden neuen Fliesen unterscheiden, der schon deswegen nicht von der Verpflichtung des Verkäufers zur Ersatzlieferung umfasst wird, weil diese nicht weitergehen kann als die Lieferverpflichtung des Verkäufers aus dem zugrunde liegenden Kaufvertrag und dazu der Einbau der verkauften Fliesen - anders als bei einem Werkvertrag - nicht gehört (Senatsurteil vom 15.07.2008, aaO, Tz. 25).

*IV. Vorlage beim EuGH gem. Art. 234 EG*

[23] Die Entscheidung darüber, wie die Bestimmungen des Art. 3 II und III der Richtlinie in dem vorstehend (unter III 2 b und d) dargelegten Zusammenhang auszulegen sind, ist gemäß Art. 234 EG dem Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften vorbehalten. Daher ist der Rechtsstreit auszusetzen, und die im Beschlusstenor aufgeführten Fragen der Auslegung des Gemeinschaftsrechts sind dem Gerichtshof zur Vorabentscheidung vorzulegen.

**Standort: Gesellschaftsrecht****Problem: Grundbuchfähigkeit der GbR**

BGH, BESCHLUSS VOM 04.12.2008  
V ZB 74/08 (WM 2009, 171)

**Problemdarstellung:**

Die Beschwerdeführerin, eine GbR, erwirkte zwei Zahlungstitel und beantragte wegen beider Zahlungsansprüche unter Vorlage der Titelausfertigungen die Eintragung einer Zwangssicherungshypothek auf dem Miteigentumsanteil der Beteiligten zu 2..

Das Grundbuchamt hat den Eintragungsantrag zurückgewiesen. Die Beschwerde der Beschwerdeführerin hat das Landgericht zurückgewiesen. Ihrer weiteren Beschwerde möchte das vorliegende Kammergericht entsprechen und das Grundbuchamt anweisen, die beantragte Zwangssicherungshypothek einzutragen. Daran sieht es sich durch Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichts (NJW 2003, 70; NJW-RR 2005, 43) und des Oberlandesgerichts Schleswig (NJW 2008, 306) gehindert. Mit Beschluss vom 06.05.2008 (NJW 2008, 3444) hat es die Sache deshalb dem Bundesgerichtshof zur Entscheidung vorgelegt. Der erkennende Senat bejahte die Grundbuchfähigkeit der GbR.

**Prüfungsrelevanz:**

In dieser Grundsatzentscheidung klärte der BGH eines der letzten streitig diskutierten Probleme im Zusammenhang mit der GbR. Die GbR ist grundbuchfähig! Der BGH schloss sich damit der bereits in der untergerichtlichen Rechtsprechung und Literatur vertretenen Auffassung, z.B. OLG Dresden NL-BzAR 2008, 349, 352; LG Magdeburg NotBZ 2008, 39 f.; Krebs, NL-BzAR 2008, 327, 329; OLG Stuttgart FGPrax 2007, 66, 67, m. krit. Anm. Demharter; MünchKomm-BGB/Ulmer, 4. Aufl., § 705 Rdn. 314; Kazemi, ZfIR 2007, 101 f.; Leipold, Festschrift f. Canaris [2007], 221, 230 ff.; Schmeken, Festschrift f. Streitböcker [2008], S. 251, 258 ff.; Schodder, EWiR 2007, 167, 168; Tavakoli/Fehrenbacher, DB 2007, 382, 384, an. Die bisherige h.M., die die Grundbuchfähigkeit kategorisch ablehnte, hat sich mit dieser Entscheidung wohl erledigt (vgl. insoweit z.B. OLG Schleswig NJW 2008, 306 f.; LG Aachen Rpfleger 2003, 496, 497; RNotZ 2006, 348, 349; LG Berlin Rpfleger 2004, 283 f.; Demharter, GBO, 26. Aufl., § 19 Rdn. 108; Hügel/Holzer, GBO, § 1 Rdn. 54 f.).

Die Kernargumentation des Senats ist stringent. Ausgangspunkt ist die Bejahung der (Teil-) Rechtsfähigkeit der GbR (BGH, RA 2001, 135 = BGHZ 146, 341). Im Rahmen ihrer Teilrechtsfähigkeit ist die GbR natürlichen und juristischen Personen einerseits und den registerfähigen rechtsfähigen Personengesell-

schaften andererseits jedoch nicht in jeder Hinsicht gleichgestellt. Es gibt Aufgaben mit Anforderungen, denen zwar natürliche und juristische Personen und auch registerfähige rechtsfähige Personengesellschaften genügen können, wegen ihrer strukturellen Unterschiede zu diesen aber nicht die GbR. Dies hat der Senat z.B. für die Aufgabe des Verwalters einer Wohnungseigentümergeinschaft angenommen (vgl. BGH, NJW 2006, 2189, 2190). Das führt jedoch nicht dazu, dass die GbR nicht grundbuchfähig ist.

Entscheidend ist vielmehr, dass die Gesellschaft selbst Trägerin des Gesellschaftsvermögens ist. Das führt dazu, dass die Gesellschaft Eigentümerin und Inhaberin dinglicher Rechte ist (vgl. BGH, RA 2008, 230 = NZG 2008, 264; BGH, NJW 2006, 3716). Dies führt dazu, dass die GbR auch formell grundbuchfähig ist. Die formelle Grundbuchlage hat die Aufgabe, die materielle Rechtslage wiederzuspiegeln (vgl. Ulmer/Steffek, NJW 2002, 330, 332). Die fehlende Anpassung des Grundbuchrechts an die Anerkennung der Teilrechtsfähigkeit der GbR darf daher nicht zu einer Blockade des rechtsgeschäftlichen Verkehrs mit Grundstücken und beschränkten dinglichen Rechten von Gesellschaften bürgerlichen Rechts führen. Das Verfahrensrecht ist mithin an das geänderte Verständnis des Wesens der GbR anzupassen (Senat, NJW 2008, 1378, 1379). Daran hat sich die Auslegung des Grundbuchrechts auszurichten. Es kann damit nicht mehr darum gehen, ob Grundeigentum oder – wie hier – beschränkte dingliche Rechte an Grundstücken oder Miteigentumsanteilen an Grundstücken gebucht werden, sondern wie.

Das ist nach dem Plan des Gesetzes nur durch eine analoge Anwendung der §§ 124 I, 161 II HGB, § 7 II PartGG und § 15 I Buchstabe b GBV möglich. Dazu muss die GbR allerdings in einer Form eingetragen werden, die sie von anderen Gesellschaften bürgerlichen Rechts unterscheidet. Das ist in Anlehnung an die Vorschriften für die registerfähigen rechtsfähigen Personengesellschaften dadurch zu erreichen, dass die GbR grundsätzlich unter der Bezeichnung eingetragen wird, die von ihren Gesellschaftern für das Auftreten der Gesellschaft im Rechtsverkehr vereinbart ist (Leipold, FS Canaris [2007] S. 221, 231 f.). Diese Bezeichnung genügt, um die GbR von anderen zu unterscheiden. Dies kann zwar problematisch sein, wenn die Gesellschafter mehrerer Gesellschaften bürgerlichen Rechts für ihre Gesellschaft die gleiche Bezeichnung gewählt haben. Darin unterscheidet sich eine GbR aber nicht signifikant von anderen rechtsfähigen Personengesellschaften, von juristischen Personen und letztlich nicht einmal von natürlichen Personen. Gerade bei letzteren tritt der Fall einer Namensgleichheit

sehr häufig auf. Deshalb sieht § 15 I Buchstabe a GBV für natürliche Personen zusätzliche Merkmale vor, die zur Unterscheidung in das Grundbuch eingetragen werden können. An ihre Stelle können bei der GbR die Angabe des gesetzlichen Vertreters und des Sitzes treten.

#### **Vertiefungshinweise:**

- Zur Grundbuchberechtigung des materiell Berechtigten: *BGH*, NJW-RR 2006, 888
- Zur Steuerfreiheit der Einräumung einer Grunddienstbarkeit: *BFH*, NZG 2005, 944
- Zur Rechtsfähigkeit der GbR (grundlegend): *BGH*, RA 2001, 135 = BGHZ 146, 341
- Zur Grundbuchfähigkeit der GbR (verneinend): *OLG Celle*, NJW 2006, 2194; *BayOLG*, RA 2003, 92 = NJW 2003, 70
- Zur Haftung der Gesellschafter: *BGH*, RA 2008, 230 = NZG 2008, 264

#### **Kursprogramm:**

- Examenskurs*: "Der neue Geschäftswagen der Anwaltssozietät"
- Assessorkurs*: "Der Zwangsverwalter"

#### **Leitsätze:**

- a) Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) kann unter der Bezeichnung in das Grundbuch eingetragen werden, die ihre Gesellschafter im Gesellschaftsvertrag für sie vorgesehen haben.**
- b) Sieht der Gesellschaftsvertrag keine Bezeichnung der GbR vor, wird die GbR als „Gesellschaft bürgerlichen Rechts bestehend aus...“ und den Namen ihrer Gesellschafter eingetragen.**
- c) Leitet die GbR ihr Recht aus einer Gerichtsentscheidung ab, genügt deren Rubrum als Nachweis ihrer Identität und der Vertretungsbefugnis des handelnden Gesellschafters. Zusätzliche Nachweise können nur verlangt werden, wenn konkrete tatsächliche Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass sich nach Erlass der Gerichtsentscheidung Veränderungen bei Namen, Gesellschafterbestand oder Vertretungsbefugnissen ergeben haben; der bloße Zeitablauf genügt als Anhaltspunkt nicht.**

#### **Sachverhalt:**

[1] Die Beschwerdeführerin, eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts [GbR], erwirkte am 28.11.2005 unter ihrer Bezeichnung ein Versäumnisurteil gegen die Beteiligte zu 2, durch welches diese gesamtschuldnerisch mit dem mitverurteilten W. L. verurteilt wurde, an die Beschwerdeführerin 40.157,67 € nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz zu zahlen. Außerdem erwirkte sie gegen die Beteiligte zu 2

am 07.12.2005 einen Kostenfestsetzungsbeschluss, durch welchen dieser die Erstattung von Prozesskosten in Höhe von 3.070,88 € nebst Zinsen aufgegeben wurde. Wegen beider Zahlungsansprüche beantragte sie unter Vorlage der Titelausfertigungen die Eintragung einer Zwangssicherungshypothek auf dem Miteigentumsanteil der Beteiligten zu 2.

[2] Das Grundbuchamt hat den Eintragungsantrag zurückgewiesen. Die Beschwerde der Beschwerdeführerin hat das Landgericht zurückgewiesen. Ihrer weiteren Beschwerde möchte das vorlegende Kammergericht entsprechen und das Grundbuchamt anweisen, die beantragte Zwangssicherungshypothek einzutragen. Daran sieht es sich durch Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichts (NJW 2003, 70; NJW-RR 2005, 43) und des Oberlandesgerichts Schleswig (NJW 2008, 306) gehindert. Mit Beschluss vom 06.05.2008 (NJW 2008, 3444) hat es die Sache deshalb dem Bundesgerichtshof zur Entscheidung vorgelegt.

#### **Aus den Gründen:**

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

[3] Das Landgericht hat im Wesentlichen ausgeführt, die Voraussetzungen des § 29 GBO lägen bei einer GbR mangels Möglichkeit, die Identität und Verfügungsbefugnis des Einzutragenden sicher festzustellen, nicht vor. Einer Eintragung der Gesellschaft selbst stehe zudem die Vorschrift § 15 I lit. a und III GBV entgegen. Gegen die Grundbuchfähigkeit der GbR spreche auch, dass der Bundesgerichtshof der GbR die Fähigkeit abgesprochen habe, Verwalterin einer Wohnungseigentümergeinschaft zu sein (Senat, Beschl. v. 26.01.2006, V ZB 132/05, NJW 2006, 2189).

##### *II. Statthaftigkeit der Vorlage an den BGH*

[4] Die Vorlage ist statthaft (§ 79 II GBO).

[5] Das vorlegende Kammergericht und das Oberlandesgericht Stuttgart (NJW 2008, 304) einerseits und das Bayerische Oberste Landesgericht sowie das Oberlandesgericht Schleswig andererseits sind unterschiedlicher Ansicht darüber, ob eine GbR (unter ihrem Namen) in das Grundbuch eingetragen werden kann. Während die erstgenannten Oberlandesgerichte die Fragen bejahen (wollen), werden sie von den zweitgenannten Gerichten verneint. Diese Divergenz rechtfertigt die Vorlage.

##### *III. Erfolg der weiteren Beschwerde*

[6] Die weitere Beschwerde ist zulässig (§§ 78, 80 GBO) und hat auch in der Sache Erfolg. Die von dem Amtsgericht - Grundbuchamt - in seinem Beschluss vom 27.06.2006 genannten Gründe (mangelnde Grundbuchfähigkeit der Gesellschaft Bürgerlichen Rechts sowie fehlender Nachweis der Zustellung und der Wartefrist) rechtfertigen die Zurückweisung des

Eintragungsantrags nicht.

*1. Voraussetzungen der §§ 864 II, 866 I, 867 I 1 ZPO*  
[7] Nach §§ 864 II, 866 I, 867 I 1 ZPO hat das Grundbuchamt zur Zwangsvollstreckung in einen Miteigentumsanteil an einem Grundstück auf Antrag des Gläubigers eine Sicherungshypothek in das Grundbuch einzutragen, wenn eine vollstreckbare Ausfertigung des Vollstreckungstitels vorgelegt wird, dieser zugestellt ist und, bei der Vollstreckung aus einem Kostenfestsetzungsbeschluss, der nicht auf das zugrunde liegende Urteil gesetzt ist, die in § 798 ZPO bestimmte Wartefrist von zwei Wochen ab Zustellung verstrichen ist. Diese Voraussetzungen lagen entgegen der Annahme des Grundbuchamtes schon bei Antragstellung vor. Dem Antrag waren, wie das vorlegende Kammergericht in seinem Beschluss festgestellt hat, die vollstreckbaren Ausfertigungen des Versäumnisurteils und des Kostenfestsetzungsbeschlusses beigelegt. Diese waren der Schuldnerin am 16.02.2006 durch den Gerichtsvollzieher zugestellt worden. Damit war auch die hinsichtlich des Kostenfestsetzungsbeschlusses zu beachtende Wartefrist bei Eingang des Antrags am 26.06.2006 abgelaufen. Der Eintragung der Sicherungshypothek steht auch nicht entgegen, dass die Gläubigerin eine GbR ist. Eine GbR kann unter ihrem Namen in das Grundbuch eingetragen werden.

## *2. Streitdarstellung bzgl. der Grundbuchfähigkeit der GbR*

[8] Die Frage nach der so genannten Grundbuchfähigkeit einer GbR ist allerdings umstritten. Nach einer wohl überwiegenden Ansicht kann eine GbR nicht als solche als Eigentümerin oder Inhaberin von beschränkten dinglichen Rechten an einem Grundstück oder – wie hier – einem Miteigentumsanteil an einem Grundstück in das Grundbuch eingetragen werden (BayObLG NJW 2003, 70, 71; NJW-RR 2004, 810, 811; 2005, 43; OLG Celle NJW 2006, 2194 f.; OLG Schleswig NJW 2008, 306 f.; LG Aachen Rpfleger 2003, 496, 497; RNotZ 2006, 348, 349; LG Berlin Rpfleger 2004, 283 f.; LG Dresden NotBZ 2002, 384; LG Hagen, Rpfleger 2007, 26 [für nicht rechtsfähigen Verein]; wohl auch OLG München BB 2005, 1621, 1622; Demharter, GBO, 26. Aufl., § 19 Rdn. 108; Hügel/Holzer, GBO, § 1 Rdn. 54 f.; Meikel/Böhringer, Grundbuchrecht, 9. Aufl., § 47 GBO Rdn. 182 b; Meikel/Ebeling, aaO; § 15 GBV Rdn. 30 c Anm. dd; Abel/Eitzert, DZWIR 2001, 353, 361; Ann, MittBay-Not 2001, 197, 198; Armbrüster, Grundeigentum 2001, 821, 826; R. Böttcher, NJW 2008, 2088, 2094; Demharter, Rpfleger 2001, 329, 330 f.; 2002, 538; Derleder, BB 2001, 2485, 2490; Heil, NZG 2001, 300, 305; ders. NJW 2002, 2158, 2159; ders., DNotZ 2004, 379; 381 f.; Keil, EWIR 2003, 913, 914; ders. DZWIR 2003, 120, 121; Kremer, RNotZ 2004, 239, 245;

Münch, DNotZ 2001, 535, 548 f.; Prütting, Festschrift f. Wiedemann [2002], S. 1177, 1185; Schemmann, DNotZ 2001, 244, 250; K. Schmidt, NJW 2001, 993, 1002; Schöpflin, NZG 2003, 117 f., Stöber, MDR 2001, 544, 545; Vogt, Rpfleger 2003, 491, 492; Volmer, ZfIR 2006, 475 f.; Westermann, NZG 2001, 289, 293 f.; Wiedemann, JZ 2001, 661).

Nach anderer Auffassung ist eine solche Eintragung möglich (OLG Stuttgart FGPrax 2007, 66, 67, m. krit. Anm. Demharter; OLG Dresden NL-BzAR 2008, 349, 352; LG Magdeburg NotBZ 2008, 39 f.; Dümig in Kuntze/Ertl/Herrmann/Eickmann, Grundbuchrecht, 6. Aufl., Einl. B 61 f.; ders., Rpfleger 2003, 80, 82; Münch-Komm-BGB/Ulmer, 4. Aufl., § 705 Rdn. 314; Ulmer, ZIP 2001, 585, 595; Behrens, ZfIR 2008, 1, 2 ff.; L. Böttcher/Blasche, NZG 2007, 121, 122 ff.; Demuth, BB 2002, 1555, 1558 ff.; Eickmann, ZfIR 2001, 433, 436 f.; Elsing, BB 2003, 909, 914; Hadding, ZGR 2001, 712, 724; Heßeler/Kleinhenz, NZG 2007, 250, 251 f.; Hess, ZJP 117 [2004], 267, 299 f.; Kazemi, ZfIR 2007, 101 f.; Knöfel, AcP 205 [2005], 645, 663; ders. ZfIR 2006, 428, 429; Krebs, NL-BzAR 2008, 327, 329; Leipold, Festschrift f. Canaris [2007], 221, 230 ff.; Ott, NJW 2003, 1223; Pohlmann, WM 2002, 1421, 1430; Schmeken, Festschrift f. Streitböcher [2008], S. 251, 258 ff.; Schodder, EWIR 2007, 167, 168; Tavakoli/Fehrenbacher, DB 2007, 382, 384; G. Wagner, ZJP 117 [2004], 305, 348 f.; ders. ZIP 2005, 637, 645 f.; K.-R. Wagner, ZNotP 2006, 408, 410).

Nach einer dritten Meinung sind neben der Gesellschaft selbst auch ihre Gesellschafter einzutragen (Bauer/v. Oefele/Wilke, Grundbuchordnung, 2. Aufl., § 13 Rdn. 34 a.E.; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 14. Aufl., Rdn. 240, 240b; Böhringer, BwNotZ 2006, 118, 121; Hammer, NotBZ 2002, 385; Kessler, ZIP 2007, 421, 423; ders., ZNotP 2008, 231, 234; Lautner, MittBay-Not 2005, 93, 99; 2006, 37, 38; Nagel, NJW 2003, 1646, 1647; dagegen aber Demharter, FGPrax 2007, 68).

Nach einer vierten Meinung ist die GbR grundbuchfähig, aber – wie bisher – unter Eintragung ihrer Gesellschafter mit einem Hinweis auf das Gesellschaftsverhältnis einzutragen (Bielicke, Rpfleger 2007, 441, 442; Hertel, in: Krüger/Hertel, Der Grundstückskauf, 9. Aufl., Rdn. 1000 b ff.; Langenfeld, BwNotZ 2003, 1, 4; Pohlmann, EWIR 2003, 107, 108; Priester, BB 2007, 837, 838; Ruhwinkel, MittBayNot 2007, 92, 95 f.; Weidenmann, BwNotZ 2004, 130, 139).

## *3. Rechtsauffassung des erkennenden Senats*

[9] Der Senat folgt im Ansatz der zweiten Meinung.

### *a. (Teil-) Rechtsfähigkeit der GbR*

[10] Auszugehen ist davon, dass die GbR, ohne juristische Person zu sein (BGHZ 146, 341, 343; Leipold, FS Canaris [2007] S. 221, 227 f.), (teil-) rechtsfähig

ist, soweit sie durch Teilnahme am Rechtsverkehr eigene Rechte und Pflichten begründet (BGHZ 146, 341, 344; Senat, Urt. v. 25.01.2008, V ZR 63/07, NJW 2008, 1378, 1379). Im Rahmen ihrer Teilrechtsfähigkeit ist die GbR natürlichen und juristischen Personen einerseits und den registerfähigen rechtsfähigen Personengesellschaften andererseits allerdings nicht in jeder Hinsicht gleich gestellt. Es gibt Aufgaben mit Anforderungen, denen zwar natürliche und juristische Personen und auch registerfähige rechtsfähige Personengesellschaften genügen können, wegen ihrer strukturellen Unterschiede zu diesen aber nicht die GbR. Der Senat hat das für die Aufgabe des Verwalters einer Wohnungseigentümergeinschaft angenommen (Beschl. v. 26.01.2006, V ZB 132/05, NJW 2006, 2189, 2190).

*b. Erwerbsfähigkeit bzgl. grundbuchrelevanter dingl. Positionen*

[11] Daraus folgt aber nicht, dass die GbR Eigentum an Grundstücken und grundstücksgleichen Rechten oder beschränkte dingliche Rechte an Grundstücken und grundstücksgleichen Rechten nicht erwerben könnte, ihr also die materielle Grundbuchfähigkeit fehlt. Diese Folgerung ist zwar aus den „Besonderheiten des Grundbuchrechts und [der] Eigenart dinglicher Rechtspositionen“ (Bay-ObLG, NJW 2003, 70, 71) abgeleitet worden. Dem sind aber weder der für das Gesellschaftsrecht zuständige II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs (Urt. v. 25.09.2006, II ZR 218/05, NJW 2006, 3716) noch der für das Grundstücksachen- und das Grundbuchrecht zuständige erkennende Senat (Urt. v. 25.01.2008, V ZR 63/07, NJW 2008, 1378) gefolgt. Danach führt die Anerkennung der Teilrechtsfähigkeit der GbR dazu, dass eine GbR auch Eigentum an Grundstücken und grundstücksgleichen Rechten sowie beschränkte dingliche Rechte an Grundstücken und grundstücksgleichen Rechten erwerben kann; daran änderte es nichts, wenn ein solcher Rechtserwerb durch die GbR nicht unter der für diese von ihren Gesellschaftern vereinbarten Bezeichnung im Grundbuch gebucht werden könnte (Senat, Urt. v. 25.01.2008, V ZR 63/07, NJW 2008, 1378, 1379). Deshalb ist ein Grundstück, als dessen Eigentümer mehrere natürliche Personen mit dem Zusatz „als Gesellschafter bürgerlichen Rechts“ eingetragen sind, auch nicht (gesamthänderisch gebundenes) Eigentum dieser natürlichen Personen, sondern Eigentum der GbR (BGH, Urt. v. 25.09.2006, II ZR 218/05, NJW 2006, 3716, 3717).

*c. Materielle Grundbuchfähigkeit der GbR*

[12] Der materiellen Grundbuchfähigkeit der GbR steht auch nicht entgegen, dass der Erwerb von Eigentum oder beschränkten dinglichen Rechten von einer GbR auf Schwierigkeiten stößt, die sich in dieser

Form bei anderen rechtsfähigen Personengesellschaften nicht stellen. Eine GbR kann wie diese nur durch ihre Organe handeln. Wer zur Vertretung einer GbR befugt ist, lässt sich indessen anders als bei registerfähigen rechtsfähigen Personengesellschaften nicht einem öffentlichen Register entnehmen, weil ein solches Register für die GbR nicht vorgesehen ist (Senat, Beschl. v. 06.04.2006, V ZB 158/05, NJW 2006, 2191 f.). Das Vertrauen in die Vertretungsbefugnis eines oder mehrerer Gesellschafter wird auch durch den Grundbucheintrag nicht geschützt (Senat, BGHZ 107, 268, 272; Beschl. v. 26.01.2006, V ZB 132/05, NJW 2006, 2189, 2190). Ob diesen Schwierigkeiten bis zu ihrer erforderlichen (Senat, Urt. v. 25.01.2008, V ZR 63/07, NJW 2008, 1378, 1379) Behebung durch den Gesetzgeber dadurch begegnet werden kann, dass die GbR bei jeder Eintragung den Gesellschaftsvertrag in öffentlich beglaubigter Form vorzulegen hat (so Leibold, FS Canaris [2007] S. 221, 232), oder ob es etwa genügte, wenn die Gesellschafter Änderungen des Gesellschaftersbestands oder der Vertretungsbefugnis in notariell beglaubigter Form vornehmen und nachweisen oder in ihrem notariell beglaubigten Gesellschaftsvertrag vereinbaren, dass solche Veränderungen nur wirksam sind, wenn sie dem Urkunds- oder einem anderen Notar gegenüber erklärt werden, mit der Folge, dass dieser die Funktion des fehlenden Registers übernehme, bedarf hier keiner Entscheidung. Die aufgezeigten Schwierigkeiten ändern an der Eigentumslage nichts. Sie sind vielmehr die zwangsläufige und hinzunehmende Folge der Anerkennung der Teilrechtsfähigkeit der GbR und der damit geschaffenen Möglichkeit des Grunderwerbs durch die GbR.

*d. Formelle Grundbuchfähigkeit der GbR*

[13] Das materiellrechtlich bestehende Eigentum der GbR ist auch formell buchungsfähig. Die technischen Einzelheiten dieser Buchung sind zwar bislang weder in der Grundbuchordnung selbst noch in der diese ausführenden Grundbuchverordnung geregelt. Die Grundbuchverordnung geht (s. noch im Folgenden) von der früheren Rechtslage aus. Die damit fehlende Anpassung des Grundbuchrechts an die Veränderung der materiellen Rechtslage erschwert zwar, wie aufgezeigt, den zum Vollzug von Verfügungen der Gesellschaft im Grundbuch notwendigen Nachweis der Befugnis der Gesellschafter zur Vertretung der Gesellschaft (vgl. Ulmer/Steffek, NJW 2002, 330, 336 f.; Nagel, NJW 2003, 1646, 1647; Behrens ZfIR 2008, 1, 2 ff.), ändert aber an der Buchungsfähigkeit von Eigentum und beschränkten dinglichen Rechten einer GbR und damit an ihrer formellen Grundbuchfähigkeit im Grundsatz nichts (Senat, Urt. v. 25.01.2008, V ZR 63/07, NJW 2008, 1378, 1379). Welche Rechtsträger von Eigentum es gibt, bestimmt sich nämlich allein nach dem materiellen bürgerlichen Recht (vgl. Ul-

mer/Steffek, NJW 2002, 330, 332). Allein danach bestimmt sich auch, welche Rechtsträger eintragungsfähig sind. Das Grundbuchrecht beschränkt die Buchbarkeit von Eigentum nicht; dies widerspräche auch seiner dienenden Funktion (vgl. Senat, Urt. v. 25.01.2008, V ZR 63/07, NJW 2008, 1378, 1379; Leibold, FS Canaris [2007] S. 221, 230 f.; Krüger, AcP 208 [2008] S. 699, 711 f.). Das Grundbuchrecht soll den rechtsgeschäftlichen Verkehr mit dem nach bürgerlichem Recht möglichen Grundeigentum und beschränkten dinglichen Rechten an Grundstücken nämlich auf sichere und verlässliche Weise ermöglichen, aber nicht verhindern. Die fehlende Anpassung des Grundbuchrechts an die Anerkennung der Teilrechtsfähigkeit der GbR darf deshalb nicht zu einer Blockade des rechtsgeschäftlichen Verkehrs mit Grundstücken und beschränkten dinglichen Rechten von Gesellschaften bürgerlichen Rechts führen. Das Verfahrensrecht ist vielmehr an das geänderte Verständnis des Wesens der GbR anzupassen (Senat, Urt. v. 25.01.2008, V ZR 63/07, NJW 2008, 1378, 1379). Daran hat sich die Auslegung des Grundbuchrechts auszurichten. Es kann damit nicht mehr darum gehen, ob Grundeigentum oder – wie hier – beschränkte dingliche Rechte an Grundstücken oder Miteigentumsanteilen an Grundstücken gebucht werden. Zu entscheiden ist vielmehr, wie die GbR in der Eintragung bezeichnet werden muss und wie der Nachweis der Eintragungsvoraussetzungen zu erfolgen hat. Beide Fragen hat der Bundesgerichtshof bislang nicht entschieden.

#### *e. Bezeichnung der GbR im Grundbuch*

[14] Die erste der beiden Fragen ist hier zu entscheiden.

#### *aa. Grundbuchtechnische Ausgangslage gem. § 15 III 1 GBV*

[15] Für ihre Beantwortung ist bei der schon angesprochenen Vorschrift des § 15 III 1 GBV anzusetzen. Diese Vorschrift befasst sich zwar nicht unmittelbar mit der Bezeichnung einer GbR im Grundbuch, sondern mit dem Vollzug der Umwandlung einer GbR in eine oHG, KG oder Partnerschaft. Sie beschreibt dabei aber auch die grundbuchtechnische Ausgangslage. Aus dieser Beschreibung ergibt sich, wie sich der Verordnungsgeber die Buchung eines im Gesellschaftseigentum stehenden Grundstücks vorstellt, nämlich in der Weise, dass die Gesellschafter mit einem auf das Bestehen eines Gesellschaftsverhältnisses hinweisenden Zusatz eingetragen werden.

#### *bb. Vermögen einer GbR ist Vermögen einer rechtsfähigen Personengesellschaft i.S.v. § 14 II BGB*

[16] Gedankliche Grundlage dieser Form der Buchung ist, wie bereits erwähnt und aus § 15 I GBV zu erschließen, dass das Eigentum (und beschränkte ding-

liche Rechte) an Grundstücken nur entweder natürlichen oder juristischen Personen oder registerfähigen rechtsfähigen Personengesellschaften zustehen kann und dass Gesellschaftsvermögen einer GbR Vermögen natürlicher Personen ist, das einer gesamthänderischen Bindung unterliegt. Mit der Anerkennung ihrer Teilrechtsfähigkeit gehört die GbR aber auch zu den Gesellschaften, die im Sinne von § 14 II BGB mit der Fähigkeit ausgestattet sind, Rechte zu erwerben und Verbindlichkeiten einzugehen. Das Vermögen einer GbR ist damit nicht mehr, wie von § 15 III GBV vorausgesetzt, Vermögen ihrer Mitglieder, sondern Vermögen einer rechtsfähigen Personengesellschaft. Solches Vermögen wird grundbuchtechnisch bei allen anderen rechtsfähigen Personengesellschaften entsprechend der materiellen Rechtslage wie bei juristischen Personen als deren Vermögen und unter deren Bezeichnung, und nicht unter Nennung ihrer Gesellschafter gebucht.

#### *cc. Planwidrige Regelungslücke entsteht*

[17] Damit entsteht eine planwidrige Lücke. Die bisher vorgesehene Form der Buchung von Vermögen einer GbR durch Nennung ihrer Gesellschafter entspricht nicht mehr der materiellen Rechtslage. Sie ist im Gegenteil irreführend, weil sie den Blick darauf verstellt, dass das Grundstück oder Recht an einem Grundstück gerade kein Gesellschafter-, sondern Gesellschaftsvermögen ist. Aus diesem Grund ist die bisherige Form der Eintragung für die GbR auch prozessual nicht mehr erreichbar. Ihre Ansprüche können nur durch diese selbst, nicht durch ihre Gesellschafter klageweise durchgesetzt werden. Eine Klage der Gesellschafter wäre als Klage der Gesellschaft anzusehen. Ein auf die Gesellschafter lautendes Rubrum ist ohne Parteiwechsel auf die GbR zu berichtigen (BGH, Urteil vom 15.01.2003, XII ZR 300/99, NJW 2003, 1043, 1044; Beschl. v. 11.06.2008, XII ZR 136/05, juris). Anspruch auf Eintragung einer Sicherungshypothek im Wege der Zwangsvollstreckung hätte auch nur die GbR als Gläubigerin des erstrittenen Titels. Mangels einer Anpassung der Grundbuchverfügung an die neue rechtliche Ausgangslage steht aber keine passende Buchungsvorgabe zur Verfügung. Dieser Zustand entspricht nicht den Vorstellungen des Gesetz- und Verordnungsgebers; er kann auch in der Sache nicht hingenommen werden. Denn ohne Vorgaben zur Form der Buchung können eine einheitliche und für den Rechtsverkehr eindeutige Führung der Grundbücher nicht gewährleistet und die Anforderungen an die Eintragungsnachweise nicht sachgerecht bestimmt werden. Selbst die von den Gerichten entsprechend der materiellen Rechtslage erlassenen vollstreckbaren Entscheidungen zugunsten von Gesellschaften bürgerlichen Rechts könnten im Grundbuch nicht vollzogen werden. Derart widersprüchliche Ergebnisse gefähr-



deten die Einheit der Rechtsordnung und müssen verhindert werden, indem die durch die Anerkennung der Teilrechtsfähigkeit der GbR aufgetretene Regelungslücke geschlossen wird.

*dd. Lösung analog §§ 124 I, 161 II HGB, § 7 II PartGG und § 15 I b GBV*

[18] Das ist nach dem Plan des Gesetzes nur durch eine rechtsanaloge Anwendung der §§ 124 I, 161 II HGB, § 7 II PartGG und § 15 I Buchstabe b GBV möglich.

*(1) Zweck des Grundbuchs*

[19] Das Grundbuch hat den Zweck, die Rechtsverhältnisse an Grundstücken genau und verlässlich zu dokumentieren. Dieser Zweck tritt etwa in § 47 GBO zutage, wonach bei einer Mehrheit von Eigentümern auch ihr Rechtsverhältnis untereinander anzugeben ist. Das zwingt zu einer Buchungsform, die das Vermögen einer GbR als das ausweist, was es materiellrechtlich ist, nämlich als Gesellschaftsvermögen. Das ist im Ansatz nur zu erreichen, wenn als Eigentümer oder Inhaber beschränkter dinglicher Rechte die GbR eingetragen wird (Leipold, FS Canaris [2007] S. 221, 231 f.), nicht mehr ihre Gesellschafter.

*(2) Unterscheidbarkeit der gewählten Gesellschaftsform*

[20] Dazu muss die GbR allerdings in einer Form eingetragen werden, die sie von anderen Gesellschaften bürgerlichen Rechts unterscheidet. Das ist in Anlehnung an die Vorschriften für die registerfähigen Personengesellschaften dadurch zu erreichen, dass die GbR grundsätzlich unter der Bezeichnung eingetragen wird, die von ihren Gesellschaftern für das Auftreten der Gesellschaft im Rechtsverkehr vereinbart ist (Leipold, FS Canaris [2007] S. 221, 231 f.). Diese Bezeichnung genügt, um die GbR von anderen zu unterscheiden. Die Bezeichnung kann ihre Individualisierungsfunktion zwar im Einzelfall einbüßen, wenn die Gesellschafter mehrerer Gesellschaften bürgerlichen Rechts für ihre Gesellschaft die gleiche Bezeichnung gewählt haben. Darin unterscheidet sich eine GbR aber nicht signifikant von anderen rechtsfähigen Personengesellschaften, von juristischen Personen und letztlich nicht einmal von natürlichen Personen. Gerade bei ihnen tritt der Fall einer Namensgleichheit sehr häufig auf. Deshalb sieht § 15 I Buchstabe a GBV für natürliche Personen zusätzliche Merkmale vor, die zur Unterscheidung in das Grundbuch eingetragen werden können. An ihre Stelle können bei der GbR die Angabe des gesetzlichen Vertreters und des Sitzes treten.

*(3) Fehlende Registerfähigkeit der GbR ist unschädlich*

[21] Der entsprechenden Anwendung der Buchungsvorschriften für andere rechtsfähige Personengesellschaften steht nicht entgegen, dass diese im Gegensatz zur GbR registerfähig sind. Die Eintragung in das Handels- bzw. Partnerschaftsregister führt zwar dazu, dass Name und Bezeichnung sowie die Rechtsverhältnisse dieser Gesellschaften durch den Auszug aus dem mit den Wirkungen der Registerpublizität versehenen Register in der Form des § 29 GBO leicht und sicher nachgewiesen werden können. Ein inhaltlicher Einwand gegen die Sachgerechtigkeit der Bezeichnung der GbR lässt sich daraus aber nicht ableiten. Das zeigt sich daran, dass eine Gesellschaft nicht erst dann oHG ist, wenn sie in das Handelsregister eingetragen wird, sondern nach § 105 I i.V.m. § 1 II HGB kraft Gesetzes schon dann, wenn sie ein Handelsgewerbe betreibt oder wenn der Umfang ihres Gewerbes wächst und einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert. Auch für eine solche noch nicht registrierte oHG gilt § 124 I HGB. Seine Voraussetzungen werden ohne Eintragung in das Handelsregister schwieriger nachzuweisen sein. An der Form der Bezeichnung, unter welcher die Gesellschaft in das Grundbuch einzutragen ist, ändert das nichts. Noch deutlicher wird das bei der Partnerschaft, auf die nach § 1 IV PartGG die Vorschriften des bürgerlichen Rechts über die Gesellschaft anzuwenden sind. Auf sie ist mit dem Vollzug der Eintragung nach § 7 II PartGG die Vorschrift des § 124 HGB anzuwenden, ohne dass sich an ihrer Identität etwas ändert. Die Registerfähigkeit einer rechtsfähigen Personengesellschaft besagt damit nichts darüber, wie sie einzutragen ist; sie erleichtert vielmehr „nur“ den Vollzug der Eintragung im Grundbuch.

*(4) Bezeichnung der GbR im Grundbuch*

[22] Gegen die Möglichkeit, die GbR unter ihrer im Gesellschaftsvertrag bestimmten Bezeichnung einzutragen, spricht auch nicht, dass nicht jede GbR nach dem zugrunde liegenden Gesellschaftsvertrag eine Bezeichnung führt. In solchen Fällen kann die notwendige Individualisierung zwar nicht mit der Bezeichnung erfolgen. Sie bleibt aber möglich (Leipold, FS Canaris [2007], S. 221, 232; Krüger, AcP 208 [2008], 699, 712). Sie kann dann in Anlehnung an die bisherige, so nicht mehr mögliche Buchungsform nur, aber auch stets dadurch erfolgen, dass der Bezeichnung des Berechtigten mit „Gesellschaft bürgerlichen Rechts“ der Zusatz „bestehend aus“ und die Namen der Gesellschafter der Gesellschaft hinzugesetzt werden. Das können zwar im Einzelfall, etwa bei Publikumsgesellschaften, sehr viele Gesellschafter sein. Das unterscheidet diese Form der Buchung aber nicht von der in § 15 III 1 GBV unter alter Rechtslage vorgesehenen Form der Buchung.

*ee. Eintragungsfähigkeit liegt vor*

[23] Danach kann die Gläubigerin wie beantragt unter ihrer Bezeichnung in das Grundbuch eingetragen werden.

*d. Nachweis in der Form des § 29 GBO liegt vor*

[24] Die Gläubigerin hat die Voraussetzungen für die Eintragung der Sicherungshypothek auch in der Form des § 29 GBO nachgewiesen.

*aa. Nachweis des Bestands und Vertretung der Gesellschaft durch vollstreckbare Gerichtsentscheidung*

[25] Eine GbR kann ihre Bezeichnung, den etwa nachzuweisenden Bestand ihrer Gesellschafter und ihre Vertretungsverhältnisse zwar nicht, wie die anderen rechtsfähigen Personengesellschaften, durch einen mit öffentlichem Glauben versehenen Auszug aus einem öffentlichen Register nachweisen. Leitet sie ihr Recht aber, wie hier, aus einer vollstreckbaren Gerichtsentscheidung ab, kann sie den Nachweis mit der vollstreckbaren Ausfertigung dieser Entscheidung führen. Denn das Gericht muss diese Umstände vor Erlass seiner Entscheidung prüfen und darüber entscheiden. Das schließt zwar nicht aus, dass sich nach dem Erlass der Entscheidung, aber vor der Eintragung in das Grundbuch Veränderungen ergeben. Darin unterscheidet sich eine vollstreckbare Gerichtsentscheidung aber nicht von anderen öffentlichen Urkunden, ja nicht einmal von einem notariell beurkundeten Kaufvertrag,

der ohne Kenntnis des Grundbuchamts materiellrechtlich wirksam Veränderungen erfahren haben kann, oder der Bewilligung, der die nach § 873 BGB erforderliche Einigung im Einzelfall fehlen kann. Deshalb wird sich das Grundbuchamt grundsätzlich an die Gerichtsentscheidung zu halten haben. Etwas anderes gilt nur, wenn sich im Einzelfall konkrete Anhaltspunkte für Veränderungen ergeben, die einen ergänzenden Nachweis erforderlich machen. Dafür ist hier auch unter Berücksichtigung des infolge des Gerichtsverfahrens seit der Antragstellung verstrichenen Zeitraums von etwa zwei Jahren nichts ersichtlich.

*bb. Übrige Anforderungen aus dem Urteil und durch die Urkunden des Vollstreckungsorgans gegeben*

[26] Die Forderung selbst ergibt sich aus dem Urteil. Die Zustellung und die Einhaltung der Wartezeit sind durch die Zustellungsurkunden des Gerichtsvollziehers nachgewiesen. Der Eintragung stehen deshalb die von dem Grundbuchamt angeführten Gründe nicht entgegen.

*IV. Nebenentscheidung*

[27] Eine Kostenentscheidung ist nicht veranlasst. Gerichtskosten und die Erstattung von Auslagen fallen nach §§ 1, 131 I 2 und V KostO nicht an. Eine Erstattung von außergerichtlichen Kosten ist nach §§ 1, 13 FGG nicht vorgesehen.

**Standort: Arbeitsrecht****Problem: Wiedereinstellung nach Betriebsübergang**

BAG, URTEIL VOM 21.08.2008

8 AZR 201/07 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

**Problemdarstellung:**

Die Parteien streiten darüber, ob das Arbeitsverhältnis der Kl. auf die Bekl. im Wege eines Betriebsübergangs übergegangen ist.

Die Kl. war bei der HP als Hausdamenassistentin beschäftigt und war u.a. für die Überwachung der Reinigungstätigkeiten und den Zimmerservice zuständig. Dieses Arbeitsverhältnis wurde unter dem 06.09.1999 begründet. Unter dem 02.05.2002 wurde schriftlich ein Änderungsvertrag geschlossen. In § 2 dieses Vertrages heißt es: "§ 2. Kündigung. Während der Probezeit beträgt die Kündigungsfrist für beide Seiten 14 Tage. Danach wird ausdrücklich eine ordentliche Kündigungsfrist von vier Wochen zum Monatsende vereinbart. Das Arbeitsverhältnis endet, ohne dass es einer Kündigung bedarf, mit Erreichen des gesetzlichen Rentenalters." Die HP hatte den Hotelkomplex von der I-KG gepachtet. Dieser Pachtvertrag wurde wirksam gekündigt und der Kl. in diesem Zusammenhang mit Schreiben vom 28.01.2005 zum 17.10.2005 eine

ordentliche Kündigung ausgesprochen. Gegen diese Kündigung erhob die Kl. eine Kündigungsschutzklage, welche sie jedoch im Folgenden zurücknahm.

Die I-KG schloss mit der Bekl. einen neuen Pachtvertrag über das Objekt, in welchem die Bekl. seit dem 18.10.2005 ein Hotel betreibt. Die Bekl. hatte der Kl. bereits im September 2005 einen Arbeitsvertragsentwurf zugesandt, nachdem die Kl. ab dem 18.10.2005 bei der Bekl. weiterbeschäftigt werden sollte. Diesen unterschrieb die Kl. jedoch nicht. Als die Kl. am 19.10.2005 die Räumlichkeiten des Hotels aufsuchte, um eine Weiterbeschäftigung zu erzielen, konnte ihrem Wunsch nicht mehr nachgekommen werden.

Das ArbG hat der Klage im noch streitbefangenen Umfang stattgegeben. Die Berufung der Bekl. hat das LAG (BeckRS 2007, 45079) zurückgewiesen. Die Revision der Bekl. hatte Erfolg. Sie führte zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das BerGer..

**Prüfungsrelevanz:**

In dieser Entscheidung befasste sich der erkennende Senat mit verschiedenen Problemen aus dem Arbeits-

recht.

Zunächst einmal war zu klären, ob das Arbeitsverhältnis auf die Bekl. übergegangen ist. Es war dabei zu berücksichtigen, dass die durch die HP ausgebrachte Kündigung als sozial gerechtfertigt gilt, weil die Kl. die Unwirksamkeit der Kündigung i.R.e. Kündigungsschutzklage nicht rechtzeitig geltend gemacht hat, § 7 KSchG. Zwar hatte die Kl. innerhalb von drei Wochen nach Zugang der Kündigung eine Feststellungsklage i.S. des § 4 S. 1 KSchG gegen die Wirksamkeit der Kündigung erhoben, diese Klage wurde jedoch nach § 269 ZPO wirksam zurückgenommen. Deshalb ist nach § 269 III 1 ZPO der Rechtsstreit als nicht anhängig geworden anzusehen. Die Kl. ist somit zu behandeln, als habe sie keine Feststellungsklage i.S. des § 4 S. 1 KSchG gegen die Wirksamkeit der Kündigung erhoben.

Die Kündigung als solche war jedoch nicht fristgerecht ausgesprochen worden. Gem. § 622 II 1 Nr. 2 BGB hätte die gesetzliche Kündigungsfrist zwei Monate zum Ende des Kalendermonats betragen. Diese Frist kann nicht - wie in diesem Fall geschehen - individualvertraglich verkürzt werden; dies hätte durch Tarifvertrag geschehen müssen, so dass die Vertragsbestimmung nach Rechtsauffassung des BAG gem. § 134 BGB i.V.m. § 622 II BGB nichtig ist. Hier hatte die HP zwar die Kündigungsfrist sogar überschritten, jedoch den Kündigungstermin falsch bestimmt. Anstatt des Endes des Kalendermonats war hier der 17.10.2005 gewählt worden obschon zum 31.10.2005 hätte gekündigt werden müssen. Dieser Umstand konnte sich jedoch nicht mehr zugunsten der Kl. auswirken. Sie hatte das Recht auf die Rüge der Nichtbeachtung des Kündigungstermins verwirkt. Der Anspruch ist verwirkt, wenn der Arbeitnehmer diesen erst nach Ablauf eines längeren Zeitraums erhebt (Zeitmoment) und dadurch ein Vertrauenstatbestand beim Bekl. geschaffen worden ist, er werde nicht mehr gerichtlich belangt werden (Umstandsmoment). Beide Voraussetzungen lagen zum Zeitpunkt des Betriebsübergangs vor. Durch die Rücknahme der Kündigungsschutzklage hat die Kl. zu verstehen gegeben, sie akzeptiere die Kündigung und damit ist das Umstandsmoment gegeben. Zudem hat die Kl. über sechs Monate keine Maßnahmen ergriffen, um die Nichtbeachtung des Kündigungsschutztermins geltend zu machen. Damit liegt auch das Zeitmoment vor.

Die Kl. hatte zudem keinen Anspruch auf Zustimmung zum Abschluss des Arbeitsvertrages. Zwar lag ein Betriebsübergang auf die Bekl. gem. § 613 a BGB vor. Ein Betriebsübergang liegt vor, wenn ein neuer Rechtsträger die wirtschaftliche Einheit unter Wahrung ihrer Identität fortführt. Der Begriff „wirtschaftliche Einheit“ bezieht sich auf eine organisatorische Gesamtheit von Personen und Sachen zur auf Dauer an-

gelegten Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit mit eigener Zielsetzung. Das von der HP betriebene Hotel ging am 18.10.2005 auf die Bekl. über. Die Bekl. pachtete den Komplex so wie die HP zuvor, so dass die Übernahme einer wirtschaftlichen Einheit vorlag. Ob die Klage jedoch begründet ist, konnte der Senat nicht entscheiden. Ein Anspruch auf Wiedereinstellung ist dann gegeben, wenn sich die einer betriebsbedingten Kündigung zu Grunde liegende Vorstellung des Arbeitgebers über die Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten für den Arbeitnehmer nachträglich als unzutreffend herausstellt. Dazu muss sich zwischen dem Ausspruch der Kündigung und dem Ablauf der Kündigungsfrist unvorhergesehen eine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit ergeben. Entsteht die Weiterbeschäftigungsmöglichkeit erst nach Ablauf der Kündigungsfrist, kommt nur ausnahmsweise ein Wiedereinstellungsanspruch in Betracht (Senat, NZA 2008, 357 = AP BGB § 613a Wiedereinstellung Nr. 2 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 80). Der Senat hat einen Wiedereinstellungsanspruch in Form eines Fortsetzungsanspruchs des Arbeitnehmers gegenüber dem neuen Betriebsinhaber dann bejaht, wenn der Betriebsübergang zwar erst am Tage nach Ablauf der Kündigungsfrist stattgefunden hat, die Weiterbeschäftigungsmöglichkeit jedoch schon während des Laufs der Kündigungsfrist entstanden und die ursprünglich bei Ausspruch der Kündigung anzustellende Prognose dadurch während des Laufs der Kündigungsfrist unzutreffend geworden war (BAG, NZA 2008, 357 = AP BGB § 613a Wiedereinstellung Nr. 2 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 80). Weil das LAG nicht in Erwägung gezogen hatte, wann die Kl. Kenntnis vom Betriebsübergang auf die Bekl. erlangt hat, konnte der Rechtsstreit durch den Senat nicht entschieden werden, sondern die Sache musste an das LAG zur weiteren Tatsachenfeststellung zurückverwiesen werden, §§ 563 III, 563 I 1 ZPO.

#### **Vertiefungshinweise:**

- ❑ Zum Wiedereinstellungsanspruch nach Betriebsübergang: *BAG, NZA 2007, 866*
- ❑ Zu aktuellen Entscheidungen zur betriebsbedingten Kündigung: *Berkowsky, NZA-RR 2007, 169*
- ❑ Zur betriebsbedingten Kündigung und Betriebsübergang: *BAG, NJOZ 2008, 108 = NZA 2008, 72*
- ❑ Zur gesetzlichen Kündigungsfrist und der Europarechts- und Grundgesetzwidrigkeit von § 622 II BGB: *Schleusener, NZA 2007, 358*
- ❑ Zur Verhaltensbedingten Kündigung: *BAG, RA 2008, 639 = NJW 2008, 3019* (Diebstahl eines Lippenstifts); *BAG, RA 2008, 580 = NJW 2008, 2732* (Minderleistung des Arbeitnehmers); *LAG Schleswig Holstein, NZA-RR 2007, 634* (Verstoß gegen Sicher-

heitsvorschriften)

Zur Kündigungsschutzklage: BAG, RA 2008, 430 = NJW 2008, 1900 (Orientierungssätze der Richterinnen und Richter am BAG)

**Kursprogramm:**

Examenskurs: "Die Folgen der Rezession"

Examenskurs: "Die Weinkorken"

**Leitsätze:**

**1. Die gesetzlichen Kündigungstermine des § 622 II BGB sind einzelvertraglich nicht abdingbar. Sie sind auch dann einzuhalten, wenn der Arbeitgeber die Kündigung mit einer längeren als der gesetzlichen oder vertraglichen Kündigungsfrist ausgesprochen hat.**

**2. Das Recht des Arbeitnehmers, sich auf die Nichtbeachtung des Kündigungstermins durch den Arbeitgeber zu berufen, kann verwirken.**

**3. Ein Wiedereinstellungsanspruch eines wirksam gekündigten Arbeitnehmers kommt dann in Betracht, wenn nach dem Ablauf der Kündigungsfrist auf Grund eines Betriebsübergangs eine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit für den Arbeitnehmer besteht. Diesen Anspruch muss der gekündigte Arbeitnehmer innerhalb eines Monats ab dem Zeitpunkt, in dem er von den den Betriebsübergang ausmachenden tatsächlichen Umständen Kenntnis erlangt, gegenüber dem bisherigen Arbeitgeber bzw. nach erfolgtem Betriebsübergang gegenüber dem Betriebserwerber geltend machen. (Orientierungssätze der Richterinnen und Richter des BAG)**

**Sachverhalt (verkürzt):**

Die Parteien streiten darüber, ob das Arbeitsverhältnis der Kl. auf die Bekl. im Wege eines Betriebsübergangs übergegangen ist. Hilfsweise macht die Kl. gegen die Bekl. einen Wiedereinstellungsanspruch geltend.

Die Kl. war bei der HP-GmbH (im Folgenden: HP) als Hausdamenassistentin beschäftigt. Diesem Arbeitsverhältnis lag ein schriftlicher „Änderungsvertrag“ vom 02.05.2002 zu Grunde, der als Eintrittsdatum der Kl. den 06.09.1999 festlegte. § 2 dieses Vertrags lautet:

§ 2. Kündigung. Während der Probezeit beträgt die Kündigungsfrist für beide Seiten 14 Tage. Danach wird ausdrücklich eine ordentliche Kündigungsfrist von vier Wochen zum Monatsende vereinbart. Das Arbeitsverhältnis endet, ohne dass es einer Kündigung bedarf, mit Erreichen des gesetzlichen Rentenalters.

Die HP betrieb in L., das „R“. Den Hotelkomplex hatte die HP von der I-KG gepachtet. Zum Aufgabenbereich der Kl. gehörte vor allem die Überwachung der Reinigungsarbeiten und des Zimmerservices, welche

durch die Mitarbeiter der Reinigungsfirma W-GmbH erledigt wurden. Die HP kündigte den Pachtvertrag mit der I-KG ordentlich zum 17.10.2005 und sprach in diesem Zusammenhang mit Schreiben vom 28.01.2005 der Kl. eine ordentliche Kündigung zum 17.10.2005 „aus betriebsbedingten Gründen wegen der Aufgabe des Hotelbetriebs“ aus. Gegen diese Kündigung erhob die Kl. eine Kündigungsschutzklage, welche sie mit Schriftsatz vom 31.03.2005 (Eingang beim ArbG L am 04.04.2005) zurücknahm. Die Bekl. hatte mit der I-KG einen Pachtvertrag bezüglich des von HP als „R“ betriebenen Hotels geschlossen. Nachdem im Spätsommer 2005 Umbauarbeiten in dem Hotel stattgefunden hatten, betreibt die Bekl. seit dem 18.10.2005 das Hotel unter dem Namen „B“. Sie hat mit der B-GmbH eine Vereinbarung dahingehend getroffen, dass sie sowohl deren Reservierungssystem nutzen als auch den Namen „B“ für das von ihr betriebene Hotel führen darf. Von den ehemals bei der HP beschäftigten Arbeitnehmern arbeiten 17 bei der Bekl. Diese hatte mit jenen neue Arbeitsverträge geschlossen. Die Bekl. hatte der Kl. einen Arbeitsvertragsentwurf vom 28.09.2005 zugesandt. Dieser sah vor, dass die Kl. mit Wirkung vom 18.10.2005 als Hausdamenassistentin in die Dienste der Bekl. treten sollte. Dieser Arbeitsvertrag wurde in der Folgezeit von der Bekl. jedoch nicht unterschrieben. Noch vor der Übernahme der Betriebs-tätigkeit am 18.10.2005 entschloss sich die Bekl. entgegen ihren ursprünglichen Planungen, die Zimmerreinigung einschließlich der damit zusammenhängenden Überwachungs- und Nebenleistungen nicht mehr in eigener Regie durchzuführen, sondern an ein Drittunternehmen zu vergeben. Am 19.10.2005 begab sich die Kl. in das Hotel, wo ihr durch Herrn Dr. X, den Geschäftsführer der A-GmbH erklärt wurde, dass ihrem Wunsch nach Weiterbeschäftigung nicht entsprochen werden könne. Die A-GmbH war durch die Bekl. beauftragt, die Hoteleröffnung zu organisieren. Unstreitig war deren Geschäftsführer befugt, im Namen der Bekl. die Weiterbeschäftigung der Kl. abzulehnen. Die Kl. begehrt (1) festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis der Kl. zum 18.10.2005 auf die Bekl. übergegangen ist und bis zum 31.10.2005 zu unveränderten Arbeitsbedingungen fortbestanden hat und (2) die Bekl. wird verurteilt, dem Abschluss eines Arbeitsvertrags mit der Kl. zu den Bedingungen des Arbeitsvertrags vom 02.05.2002 mit der Firma HP und einem Bruttomonatsgehalt in Höhe von 1694,87 Euro ab dem 01.11.2005 zuzustimmen.

Das ArbG hat der Klage im noch streitbefangenen Umfang stattgegeben. Die Berufung der Bekl. hat das LAG (BeckRS 2007, 45079) zurückgewiesen. Die Revision der Bekl. hatte Erfolg. Sie führte zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das BerGer.

**Aus den Gründen:****A. Entscheidung und Begründung des LAG**

[18] Das LAG hat der Klage - soweit sie im Revisionsverfahren noch Streitgegenstand ist - mit folgender Begründung stattgegeben.

[19] Das mit der HP bestehende Arbeitsverhältnis sei im Wege eines Betriebsübergangs nach § 613a I BGB am 18.10.2005 auf die Bekl. übergegangen. Diese habe den von der HP betriebenen Hotelkomplex, der eine wirtschaftliche Einheit darstelle, durch ein Rechtsgeschäft übernommen. Als ein solches sei die Kündigung des Pachtvertrags mit der I-KG durch die Vorpächterin, die HP, und der Abschluss eines neuen Pachtvertrags zwischen der I-KG und der Bekl. zu betrachten.

[20] Das Arbeitsverhältnis der Kl. mit der HP sei durch die Kündigung vom 28.01.2005 nicht zum 17.10.2005, sondern erst zum 31.10.2005 aufgelöst worden. Da die in § 622 BGB vorgesehenen Kündigungsstermine nicht zur Disposition der Arbeitsvertragsparteien stünden, sei die zum 17.10.2005 ausgesprochene Kündigung in eine solche zum 31.10.2005 umzudeuten. Die Unwirksamkeit des Kündigungstermins habe die Kl. auch außerhalb der sich aus § 4 KSchG ergebenden Klagfrist geltend machen können. Dieses Recht habe sie auch nicht dadurch verwirkt, dass sie sich erst nach etwa zehn Monaten auf die Unwirksamkeit des Kündigungstermins berufen und ihre gegen die Kündigung erhobene Kündigungsschutzklage am 04.04.2005 zurückgenommen habe. Es fehle am Vorliegen des für eine Verwirkung erforderlichen Umstandsmoments. Für die ehemalige Arbeitgeberin der Kl., die HP, habe die Klagerücknahme bereits deswegen keine Rolle gespielt, weil sie die Kündigung allein deswegen zum 17.10.2005 ausgesprochen habe, weil zu diesem Termin das Pachtverhältnis zur Nebenintervenientin gekündigt worden sei. Dies habe sie völlig unabhängig davon getan, ob die Kl. gegen sie Kündigungsschutzklage erhoben oder ob sie diese später wieder zurückgenommen habe. Für die Betriebserwerberin habe dieser Umstand, soweit ersichtlich, ebenfalls bei ihren Planungen bezüglich einer Hoteleroöffnung am 18.10.2005 keine Rolle gespielt. Sie habe vorgetragen, dass es vertragliche Absprachen mit ihrer Rechtsvorgängerin und mit der Nebenintervenientin gebe, wonach diese schadensersatzpflichtig wären, sofern Arbeitnehmer ihrer Rechtsvorgängerin gem. § 613a BGB auf sie übergehen würden. Insofern sei es für die Bekl. wirtschaftlich gleichgültig, ob die Kl. sich nunmehr noch auf den unwirksamen Kündigungstermin berufe oder nicht. Ihre Planung, ihr neues Hotel am 18.10.2005 zu eröffnen, dürfte auch nicht durch die Klagerücknahme der Kl. bezüglich der ursprünglich ausgesprochenen Kündigung der Rechtsvorgängerin beeinflusst worden sein. Daher sei das Arbeitsver-

hältnis in zum 31. 10. 2005 wirksam gekündigtem Zustand am 18. 10. 2005 auf die Bekl. übergegangen.

[21] Die Kl. habe nicht substantiiert darlegen können, dass mit der Bekl. noch vor Ablauf des Arbeitsverhältnisses zum 31.10.2005 ein neues Arbeitsverhältnis bzw. eine Verlängerung des alten Arbeitsverhältnisses vereinbart worden sei. Bereits aus dem Umstand, dass die Bekl. einen schriftlichen Arbeitsvertrag mit der Kl. habe abschließen wollen, weswegen sie ihr einen Arbeitsvertragsentwurf zugesandt habe, ergebe sich, dass ein Vertragsschluss nicht zu Stande gekommen sei, weil dieser Entwurf durch die Bekl. nicht unterschrieben worden sei.

[22] Die Kl. habe jedoch gegen die Bekl. einen Anspruch auf Abschluss eines Arbeitsvertrags. Ein Wiedereinstellungsanspruch eines wirksam gekündigten Arbeitnehmers bestehe dann, wenn sich die für die Kündigung maßgebenden Umstände noch während des Laufs der Kündigungsfrist geändert hätten. Das Fortsetzungs- bzw. Wiedereinstellungsverlangen müsse unmittelbar gegenüber dem Betriebserwerber erhoben werden und zwar noch während des Bestehens des Arbeitsverhältnisses oder unverzüglich nach Kenntniserlangung von den den Betriebsübergang ausmachenden tatsächlichen Umständen. Die Kl. habe die Fortsetzung ihres Arbeitsverhältnisses noch während dessen Bestehens vom Geschäftsführer der A-GmbH, Dr. X, am 19.10.2005 verlangt. Die Bekl. müsse sich diese Geltendmachung zurechnen lassen. Ihren Fortsetzungsanspruch habe die Kl. nicht analog § 4 KSchG innerhalb einer Frist von drei Wochen klageweise geltend machen müssen. Auch sei ihr Anspruch nicht verwirkt. Der Bekl. sei die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses mit der Kl. nicht unzumutbar. Ihr Sachvortrag, dass für die Kl. keine Einsatzmöglichkeit mehr bestehe, sei zu unsubstantiiert.

**B. Entscheidung des BAG in der Revision**

[23] Die Entscheidung des LAG hält einer revisionsrechtlichen Überprüfung nicht stand.

**I. Feststellungsklage ist unbegründet**

[24] Die Klage auf Feststellung, dass das Arbeitsverhältnis der Kl. auf die Bekl. übergegangen ist und bis zum 31.10.2005 zu unveränderten Bedingungen fortbestanden hat, ist unbegründet.

**1. Ausgesprochene Kündigung gilt als sozial gerechtfertigt**

[25] Das Recht der Kl., sich darauf zu berufen, dass die von der HP am 28.01.2005 zum 17.10.2005 ausgesprochene Kündigung das Arbeitsverhältnis nicht zu diesem Kündigungstermin, sondern erst zum 31.10.2005 beendet hat, ist verwirkt.

[26] Die von der HP ausgesprochene ordentliche betriebsbedingte Kündigung gilt als sozial gerechtfertigt,

weil ihre Rechtsunwirksamkeit nicht rechtzeitig geltend gemacht worden ist, § 7 KSchG. Zwar hatte die Kl. innerhalb von drei Wochen nach Zugang der Kündigung eine Feststellungsklage i.S. des § 4 S. 1 KSchG gegen die Wirksamkeit der Kündigung erhoben, diese Klage jedoch nach § 269 ZPO wirksam zurückgenommen. Deshalb ist nach § 269 III 1 ZPO der Rechtsstreit als nicht anhängig geworden anzusehen. Die Kl. ist somit so zu behandeln, als habe sie keine Feststellungsklage i.S. des § 4 S. 1 KSchG gegen die Wirksamkeit der Kündigung erhoben.

## 2. Kündigung war nicht fristgemäß i.S.v. § 622 II 1 Nr. 2 BGB ausgesprochen

[27] Die Kündigung war allerdings nicht fristgerecht ausgesprochen worden.

[28] Nach § 622 II 1 Nr. 2 BGB hätte die gesetzliche Kündigungsfrist auf Grund des über fünfjährigen Bestehens des Arbeitsverhältnisses zwei Monate zum Ende eines Kalendermonats betragen. Zwar hatten die Kl. und die HP in § 2 S. 2 ihres Arbeitsvertrags vom 02.05.2002 eine Kündigungsfrist von vier Wochen zum Monatsende vereinbart, jedoch ist diese Vertragsbestimmung wegen Verstoßes gegen § 622 II BGB nichtig, § 134 BGB, weil eine kürzere als die in § 622 BGB genannte Kündigungsfrist lediglich durch einen Tarifvertrag hätte vereinbart werden dürfen.

[29] Zwar hat die HP die gesetzliche Kündigungsfrist eingehalten und sogar deutlich überschritten, sie hat jedoch den Kündigungstermin (Ende des Kalendermonats) nicht beachtet. Nach allgemeiner Meinung können durch die Einhaltung einer Kündigungsfrist, die länger als die gesetzliche oder vertraglich vereinbarte Kündigungsfrist ist, die gesetzlich vorgeschriebenen Kündigungstermine nicht verändert werden (vgl. KR-Spilger, 8. Aufl., § 622 BGB Rn 177; ErfK/Müller-Glöge, 8. Aufl., § 622 BGB Rn 41; APS/Linck, 3. Aufl., § 622 BGB Rn 168; HWK/Bittner, 3. Aufl., § 622 BGB Rn 5; Palandt/Weidenkaff, 67. Aufl., § 622 Rn 5; so auch zu § 622 BGB i.d.F. vom 14. 8. 1969: BAG, NZA 1986, 229 = AP BGB § 622 Nr. 20 = EzA BGB § 622 n.F.Nr. 21).

[30] Damit hätte die HP das Arbeitsverhältnis mit der Kl. auf Grund der gewählten Kündigungsfrist nur zum 31.10.2005 kündigen dürfen. Eine sachgerechte Auslegung der von der HP ausdrücklich als ordentliche Kündigung bezeichneten Kündigung ergibt, dass diese die Kündigung zum zulässigen Kündigungstermin, d.h. zum 31.10.2005 aussprechen wollte. Für die Kl. war erkennbar, dass die HP keine außerordentliche Kündigung aussprechen wollte, sondern die einzuhaltenen Kündigungsfristen und Kündigungstermine, an die sie gesetzlich gebunden war, einhalten wollte (so zur Einhaltung der Kündigungsfrist: BAGE 116, 336 = NJW 2006, 2284 = NZA 2006, 791 = AP KSchG

1969 § 4 Nr. 55 = EzA KSchG § 4 n.F.Nr. 72).

## 3. Verwirkung des Rechts der Kl., der Rüge der Nichtbeachtung des Kündigungstermins

[31] Ob der Rechtsprechung des 2. Senats des BAG (BAGE 116, 336 = NJW 2006, 2284 = NZA 2006, 791 = AP KSchG 1969 § 4 Nr. 55) zu folgen ist, dass der Arbeitnehmer die Nichteinhaltung der Kündigungsfrist auch außerhalb der fristgebundenen Klage nach § 4 S. 1 KSchG geltend machen darf, kann im Streitfall dahinstehen, weil die Kl. ihr Recht verwirkt hat, geltend zu machen, dass ihr Arbeitsverhältnis erst zum 31.10.2005 beendet worden ist.

### a. Verwirkung ist nach Rechtsprechung des Senats möglich

[32] Nach der Rechtsprechung des Senats und der herrschenden Meinung kann das Recht, außerhalb des Geltungsbereiches des § 4 KSchG Klage gegen eine Kündigung zu erheben, verwirken (vgl. BAG, NZA 2000, 540 = AP BGB § 242 Prozessverwirkung Nr. 6 = EzA BGB § 242 Prozessverwirkung Nr. 3 m.w. Nachw.). Der 7. Senat hat es offen gelassen, ob das Recht, sich auf den Bestand eines Arbeitsverhältnisses zu berufen, verwirken kann (vgl. BAG, AP AÜG § 10 Nr. 19; BAG, NJOZ 2007, 2854 = NZA 2007, 768 Os. = DB 2007, 1034 m.w. Nachw.).

[33] Kann das Recht verwirken, sich auf die Unwirksamkeit einer Kündigung zu berufen, so gilt dies erst Recht für die Berufung auf die Nichtbeachtung des Kündigungstermins, welche nicht zur Unwirksamkeit der Kündigung, sondern nur zu einem späteren Beendigungszeitpunkt des Arbeitsverhältnisses führt.

### b. Voraussetzungen der Verwirkung

[34] Der Anspruch ist verwirkt, wenn der Arbeitnehmer diesen erst nach Ablauf eines längeren Zeitraums erhebt (Zeitmoment) und dadurch ein Vertrauenstatbestand beim Bkl. geschaffen worden ist, er werde nicht mehr gerichtlich belangt werden (Umstandsmoment). Hierbei muss das Erfordernis des Vertrauensschutzes das Interesse des Berechtigten an einer sachlichen Prüfung des von ihm behaupteten Anspruchs derart überwiegen, dass dem Gegner die Erfüllung des Anspruchs nicht mehr zuzumuten ist (vgl. Senat, NZA 2000, 540 = AP BGB § 242 Prozessverwirkung Nr. 6 = EzA BGB § 242 Prozessverwirkung Nr. 3). Dabei muss der Berechtigte unter Umständen untätig geblieben sein, die den Eindruck erwecken konnten, dass er sein Recht nicht mehr geltend machen wolle, so dass der Verpflichtete sich darauf einstellen durfte, nicht mehr in Anspruch genommen zu werden. Durch die Verwirkung wird die illoyal verspätete Geltendmachung von Rechten (§ 242 BGB) ausgeschlossen (st. Rspr., vgl. Senat, BAGE 121, 289 = NZA 2007, 793 = AP BGB § 613a Nr. 320 = EzA BGB 2002 § 613a Nr.

64).

[35] Bei der Beurteilung, ob Verwirkung gegeben ist, muss die Länge des Zeitablaufs (Zeitmoment) in Wechselwirkung zu dem ebenfalls erforderlichen Umstandsmoment gesetzt werden. Je stärker das gesetzte Vertrauen oder die Umstände, die eine Geltendmachung des Anspruchs durch den Anspruchsgegner unzumutbar machen, sind, desto schneller kann der Anspruch verirken (Senat, NJW 2007, 250 = NZA 2006, 1406 = AP BGB § 613a Widerspruch Nr. 1 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 57).

*c. Verwirkung war zum Zeitpunkt des Betriebsübergangs eingetreten*

[36] Diese Voraussetzungen sind vorliegend gegeben. Entgegen der Annahme des LAG war zum Zeitpunkt des von der Kl. behaupteten Betriebsübergangs am 18.10.2005 von der HP auf die Bekl. das Recht der Kl., die Nichteinhaltung des Kündigungstermins gegenüber der HP geltend zu machen, verwirkt.

[37] Die Beurteilung der Frage, ob ein Recht verwirkt ist, obliegt nach der Rechtsprechung des BAG grundsätzlich den Tatsachengerichten, die den ihnen zur Begründung des Verwirkungseinwands vorgetragene Sachverhalt eigenverantwortlich zu würdigen haben. Allerdings unterliegt der revisionsrechtlichen Überprüfung, ob das Gericht der Tatsacheninstanz alle erheblichen Gesichtspunkte berücksichtigt hat und die Bewertung dieser Gesichtspunkte von den getroffenen tatsächlichen Feststellungen getragen wird (BAG, NJOZ 2007, 2854 = NZA 2007, 768 Os. = DB 2007, 1034). Dagegen ist der 2. Senat des BAG in seiner Entscheidung vom 20.05.1988 (BAG, NZA 1989, 16 = AP BGB § 242 Prozessverwirkung Nr. 5 = EzA BGB § 242 Prozessverwirkung Nr. 1) davon ausgegangen, dass die Rechtsfrage, ob die verspätete gerichtliche Geltendmachung der Unwirksamkeit einer Kündigung das für eine Verwirkung erforderliche Zeitmoment erfüllt, freier revisionsgerichtlicher Überprüfung unterliegt. In dieser Entscheidung hat der 2. Senat auch bei der Prüfung, ob das Umstandsmoment vorliegt, die Entscheidung des BerGer. einer uneingeschränkten revisionsrechtlichen Überprüfung unterzogen.

[38] Letztlich braucht der Umfang der revisionsrechtlichen Überprüfbarkeit der Tatsachenwürdigung des LAG vorliegend nicht entschieden zu werden, weil diesem ein Rechtsfehler unterlaufen ist. Es hat nämlich bei seiner Würdigung, ob Verwirkung vorliegt, unzulässigerweise auf die Interessenlage der Bekl. abgestellt. Wenn das Recht der Kl., die Nichtbeachtung des Kündigungstermins durch die HP dieser gegenüber geltend zu machen, zum Zeitpunkt des Betriebsübergangs bereits verwirkt war, kommt es für die Beurteilung, ob Verwirkung vorliegt, nicht mehr auf die Interessenlage der Bekl. an.

[39] Die Kl. hatte die von der HP mit Schreiben vom

28.01.2005 zum 17.10.2005 ausgesprochene Kündigung innerhalb der Drei-Wochen-Frist des § 4 KSchG mit einer Kündigungsschutzklage angegriffen. Streitgegenstand einer solchen Klage ist die Frage, ob ein Arbeitsverhältnis aus Anlass einer ganz bestimmten Kündigung zu dem beabsichtigten Termin aufgelöst worden ist oder nicht (so genannte punktuelle Streitgegenstandstheorie; st. Rspr., vgl. Senat, NZA 2006, 592 = AP BGB § 613a Nr. 301 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 47 m.w. Nachw.). Ihre Klage hat die Kl. mit Schriftsatz vom 31.03.2005 (beim ArbG am 04.04.2005 eingegangen) zurückgenommen. Dieses Verhalten durfte - mangels gegenteiliger Erklärungen der Kl. - die HP so verstehen, dass sich die Kl. entgegen ihrer ursprünglichen Absicht nicht mehr gegen die Kündigung zur Wehr setzen wolle. Da der Streitgegenstand der zurückgenommenen Kündigungsschutzklage nicht nur die Frage der Sozialwidrigkeit der ausgesprochenen Kündigung i.S. des § 1 KSchG erfasst hat, sondern allgemein die Frage, ob das Arbeitsverhältnis durch die von der HP am 28.01.2005 zum 17.10.2005 ausgesprochene Kündigung aufgelöst wird, durfte die HP davon ausgehen, die Kl. sei mit der Kündigung - auch zu diesem Kündigungstermin - einverstanden. So hat auch der 4. Senat des BAG entschieden, dass ein Arbeitnehmer, der in einem Kündigungsschutzprozess seine Klage zurücknimmt, damit zu erkennen gibt, dass er Ansprüche für die Zeit nach dem von ihm mit der Kündigungsschutzklage angegriffenen Kündigungstermin zur Zeit nicht mehr weiterverfolgen will (BAG, Urt. v. 01.04.1981 - 4 AZR 80/79).

[40] Damit hatte die Kl. durch ihr Verhalten aus Sicht der HP sehr starke Anhaltspunkte für die Annahme gesetzt, sie akzeptiere die ausgesprochene Kündigung (Umstandsmoment). Dieses Vertrauen der HP wurde noch dadurch verstärkt, dass die Kl. bis zum Zeitpunkt des behaupteten Betriebsübergangs, dem 18.10.2005, also über sechs Monate keine Maßnahmen ergriffen oder Erklärungen abgegeben hat, aus denen die HP hätte schließen müssen, dass die Kl. es sich nunmehr anders überlegt habe und nun doch - zumindest - die Nichtbeachtung des Kündigungstermins geltend machen wolle. Durch diese Zeitspanne ist auch das so genannte Zeitmoment als Voraussetzung für die Verwirkung erfüllt. So hat auch der 2. Senat des BAG (BAGE 107, 318 = NZA 2004, 375 = AP KSchG 1969 § 17 Nr. 14 = EzA KSchG § 17 Nr. 11) erwogen, ob nicht unter Verwirkungsgesichtspunkten ein Arbeitnehmer, der sich „mehr als ein halbes Jahr nach Erteilung des Zustimmungsbescheids des Arbeitsamts“ zu einer Massenentlassung auf eine nicht hinreichende Information und Konsultation des Betriebsrats beruft und daraus die Unwirksamkeit einer Kündigung herleiten will, gehalten gewesen wäre, sich zeitnah auf die Unwirksamkeit der Kündigung zu berufen.

[41] Im Streitfall kommt hinzu, dass die HP ein besonderes Interesse daran hatte, spätestens mit der Einstellung des Hotelbetriebs am 17.10.2005 und der Übernahme desselben durch die Bekl. zu wissen, ob das Arbeitsverhältnis mit der gekündigten Kl. zu diesem Zeitpunkt rechtlich beendet war. Ein Arbeitgeber hat grundsätzlich ein schutzwürdiges Interesse daran, zum Zeitpunkt der Einstellung seines Geschäftsbetriebs - unabhängig davon, ob ein Betriebsübergang oder eine Betriebsstilllegung vorliegt - zu wissen, ob ein zu diesem Zeitpunkt gekündigter Arbeitnehmer die Beendigung seines Arbeitsverhältnisses zu diesem Termin akzeptiert oder nicht. Anderenfalls würde diese Unsicherheit zu einer unzumutbaren betrieblichen und wirtschaftlichen Belastung für den Arbeitgeber führen. Dieses Interesse wird vorliegend noch dadurch verstärkt, dass, wie das LAG festgestellt hat, eine vertragliche Absprache zwischen der HP und der I-KG dahingehend bestand, dass die HP Schadensersatzpflichtig würde, sofern Arbeitnehmer gem. § 613a BGB auf die Bekl. übergehen sollten.

[42] Damit war das Recht der Kl., sich gegenüber der HP auf die Nichtbeachtung des Kündigungstermins zu berufen, bereits am 17.10.2005, dem Zeitpunkt der Beendigung des Hotelbetriebs durch die HP, verwirkt. Dieses Recht lebte durch den ab 18.10.2005 eingetretenen Betriebsübergang (s. u. B II 1) nicht mehr gegenüber der Bekl. auf. Diese ist nach § 613a I 1 BGB nur in die Rechte und Pflichten aus den im Zeitpunkt des Übergangs bestehenden Arbeitsverhältnissen eingetreten. Gemäß § 613a I BGB gehen die Rechte und Pflichten so über, wie sie zum Zeitpunkt des Betriebsübergangs bestehen. Dazu gehören nicht nur die aktuell realisierten, sondern alle, auf die sich eine der Vertragsparteien bei unveränderter Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses berufen könnte (Schiefer/Worzalla, DB 2008, 1566). Durfte sich die Kl. gegenüber der HP nicht mehr auf den falschen Kündigungstermin berufen, gilt dies demnach auch gegenüber der Bekl.

## *II. Klage auf Zustimmung zum Abschluss des Arbeitsvertrages*

[43] Der Klage auf Zustimmung der Bekl. zum Abschluss eines Arbeitsvertrags zu den Bedingungen des Arbeitsvertrags vom 02.05.2002 mit der HP durfte das LAG mit der gegebenen Begründung nicht stattgeben.

### *1. Ein Betriebsübergang i.S.v. § 613 a BGB liegt vor*

[44] Zunächst ist das LAG zutreffend davon ausgegangen, dass bezüglich des von der HP betriebenen Hotels ein Betriebsübergang i.S. des § 613a BGB auf die Bekl. stattgefunden hat.

#### *a. Betriebsübergang i.S.v. § 613 a BGB*

[45] Ein Betriebsübergang liegt vor, wenn ein neuer Rechtsträger die wirtschaftliche Einheit unter Wahr-

ung ihrer Identität fortführt. Der Begriff „wirtschaftliche Einheit“ bezieht sich auf eine organisatorische Gesamtheit von Personen und Sachen zur auf Dauer angelegten Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit mit eigener Zielsetzung. Bei der Prüfung, ob eine solche Einheit unter Wahrung ihrer Identität übergegangen ist, sind sämtliche, den betreffenden Vorgang kennzeichnenden Tatsachen zu berücksichtigen. Zu diesen Tatsachen zählen insbesondere die Art des betreffenden Betriebs, der Übergang materieller Betriebsmittel, wie Gebäude und bewegliche Güter sowie deren Wert und Bedeutung, die Übernahme der immateriellen Betriebsmittel und der vorhandenen Organisation, der Grad der Ähnlichkeit mit der Betriebstätigkeit des bisherigen Inhabers, die Weiterbeschäftigung der Hauptbelegschaft, der Übergang von Kundschaft und die Lieferantenbeziehungen sowie die Dauer einer eventuellen Unterbrechung der Betriebstätigkeit.

[46] Der Betriebsübergang tritt mit dem Wechsel in der Person des Betriebsinhabers ein, also mit dem Wechsel der Person, die für den Betrieb der übertragenen Einheit als Inhaber verantwortlich ist. Verantwortlich ist die Person, die den Betrieb im eigenen Namen führt und nach außen als Betriebsinhaber auftritt. Einer besonderen Übertragung einer irgendwie gearteten Leitungsmacht bedarf es wegen des Merkmals der Fortführung des Betriebs nicht. Der bisherige Inhaber muss seine wirtschaftliche Betätigung in dem Betrieb oder Betriebsteil einstellen (st. Rspr., Senat, NZA 2008, 825 = AP BGB § 613a Nr. 343 m.w. Nachw.).

[47] Nicht erforderlich ist nach dem Zweck des § 613a BGB, dass ein Rechtsgeschäft unmittelbar zwischen dem bisherigen Inhaber und dem Erwerber zu Stande kommt. Ein rechtsgeschäftlicher Betriebsübergang kann daher auch dann angenommen werden, wenn er durch eine Reihe von verschiedenen Rechtsgeschäften veranlasst wird. Das ist zum Beispiel dann der Fall, wenn ein mit Bezug auf den Betrieb oder Betriebsteil abgeschlossener Pachtvertrag endet und ein neuer Pächter die wirtschaftliche Einheit übernimmt. Der Wortlaut des § 613a I 1 BGB steht dieser Auslegung nicht entgegen. Für sie spricht der Schutzzweck der Norm, denn dieser besteht in erster Linie darin, die bestehenden Arbeitsplätze zu schützen. Haftungsrechtliche Probleme für den nachfolgenden Pächter können dem gegenüber keine durchgreifenden Bedenken gegen die Anwendbarkeit des § 613a I BGB begründen (BAGE 35, 104 = NJW 1981, 2212 = AP BGB § 613a Nr. 24 = EzA BGB § 613a Nr. 28). Auch die Richtlinie 2001/23/EG setzt nicht voraus, dass zwischen Veräußerer und Erwerber unmittelbare vertragliche Beziehungen bestehen. Das Fehlen einer solchen direkten vertraglichen Beziehung kann zwar ein Indiz dafür darstellen, dass ein Übergang im Sinne der Richtlinie nicht erfolgt ist; ihm kommt in diesem Zusammenhang jedoch keine ausschlaggebende Bedeu-



tung zu (st. Rspr., vgl. Senat, BAGE 92, 251 = NJW 2000, 1739 = NZA 2000, 371 = AP BGB § 613a Nr. 197 = EzA BGB § 613a Nr. 187; EuGH, Slg. 1998, I-8237 = NJW 1999, 1697 = NZA 1999, 189 = EzA BGB § 613a Nr. 172 - Sánchez Hidalgo).

*b. Übergang erfolgte am 18.10.2005*

[48] Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze ist davon auszugehen, dass das von der HP betriebene Hotel in L. am 18.10.2005 auf die Bekl. übergegangen ist.

[49] Wie das LAG festgestellt hat, hat die Bekl. den Hotelkomplex im Wesentlichen so wie er zuvor von der I-KG an die HP verpachtet worden war, von der I-KG gepachtet. Damit ist die für die Annahme eines Betriebsübergangs erforderliche Übernahme einer wirtschaftlichen Einheit durch Rechtsgeschäft gegeben. Die Bekl. hat diese auch unter Wahrung ihrer Identität fortgeführt. So nutzt sie den Hotelkomplex nach den Feststellungen des LAG weiterhin als Übernachtungs- und Tagungshotel in etwa der gleichen Kategorie und Ausstattung wie bisher. Auch spricht sie denselben Kundenstamm wie bisher an. Dass die Bekl. das Hotel nunmehr unter dem Namen „B“ und nicht mehr - wie die HP - unter „R“ führt, schließt einen Betriebsübergang nicht aus. Zwar kann die Übernahme des Firmennamens einen Anhaltspunkt dafür darstellen, dass die Marktstellung des bisherigen Betriebsinhabers genutzt werden soll (vgl. Senat, NZA 2006, 794 = AP BGB § 613a Nr. 300 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 46; BAG, NJW 1993, 2259 = NZA 1993, 643 = AP BetrAVG § 1 Betriebsveräußerung Nr. 15 = EzA BGB § 613a Nr. 106), jedoch beseitigt allein die Änderung des Namens, unter dem ein Hotel geführt wird, verbunden mit der Zusammenarbeit mit einer anderen Hotelkette, nicht die Identität der übernommenen wirtschaftlichen Einheit. Insbesondere beinhaltet die Namensänderung keine Änderung der Zielsetzung der wirtschaftlichen Einheit. Ziel der unternehmerischen Tätigkeit bleibt nach wie vor die Bereitstellung von Tagungsräumen, Unterkünften, Freizeiteinrichtungen sowie die Verpflegung für Hotelgäste.

[50] Entgegen der Meinung der Revision führt der Umstand, dass die HP sich vertraglich gegenüber der Verpächterin, der I-KG, verpflichtet hatte, den Hotelkomplex ohne Mitarbeiter an einen Nachpächter zu übergeben, nicht zum Ausschluss eines Betriebsübergangs i.S. des § 613a BGB. Gleiches gilt für die Zusage der I-KG gegenüber der Bekl., dass diese keine Arbeitnehmer der Vorpächterin HP „übernehmen“ müsse. Ungeachtet der Rechtsfrage, ob solche vertraglichen Vereinbarungen überhaupt Auswirkungen auf das Vorliegen eines Betriebsübergangs nach § 613a BGB haben können, ist es im Streitfall nicht von Belang, ob die Bekl. Arbeitnehmer und wenn ja, wie viele,

der HP übernommen hat. Bei betriebsmittelgeprägten Betrieben, wozu ein Hotelkomplex zählt, sind sächliche Betriebsmittel, wie Gebäude und Einrichtungsgegenstände, und nicht die Belegschaft prägend. Für die Wahrung der Identität des Betriebs kommt es daher besonders darauf an, ob derartige materielle Betriebsmittel übergehen. Die in nicht betriebsmittelgeprägten Betrieben für die Annahme eines Betriebsübergangs bedeutsame Übernahme von Personal spielt nur eine untergeordnete Rolle. Allerdings kann die Übernahme von Arbeitnehmern im Einzelfall für einen Betriebsübergang sprechen, wenn deren Fachkenntnisse für die Fortführung des alten Betriebs durch den Erwerber von Bedeutung sind (BAG, NJW 1995, 1510 = NZA 1995, 165 = AP BGB § 613a Nr. 117 = EzA BGB § 613a Nr. 121). Da es sich bei Mitarbeitern eines Hotels nicht um Spezialisten handelt, deren Fachkenntnisse für die Betriebsführung von Bedeutung sind, und die nur mit besonderem Aufwand auf dem Arbeitsmarkt zu gewinnen sind, kommt einer etwaigen Übernahme des Personals der HP durch die Bekl. für die Annahme eines Betriebsübergangs keine ausschlaggebende Bedeutung zu (vgl. zur Übernahme von Arbeitnehmern einer Gaststätte: Senat, BAGE 80, 74 = NJW 1995, 3404 = NZA 1995, 1155 = AP BGB § 613a Nr. 128 = EzA BGB § 613a Nr. 126).

[51] Ob der bisherige Arbeitsplatz der Kl. bei der Bekl. durch Fremdvergabe bestimmter Aufgaben weggefallen ist, ist für die Annahme eines Betriebsübergangs ebenfalls nicht von Bedeutung. Es handelt sich dabei nicht um eine grundlegende Organisationsänderung des Hotelbetriebs, die einen Betriebsübergang ausschließen würde (vgl. Senat, BAGE 118, 168 = NJW 2006, 3455 L = NZA 2006, 1096 = AP BGB § 613a Nr. 304 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 51). Vielmehr liegt eine Optimierung der Arbeitsabläufe und -verteilung vor, welche keine Auflösung der bestehenden wirtschaftlichen Einheit des Hotelbetriebs darstellt. Wenn auf Grund betrieblicher Umstrukturierungen durch den Betriebserwerber einzelne bislang bestehende Arbeitsplätze entfallen, führt dies allein nicht zum Ausschluss eines Betriebsübergangs i.S. des § 613a BGB, sondern im Einzelfall möglicherweise zum Recht des Betriebserwerbers, betriebsbedingte Kündigungen auszusprechen.

*2. Klage ist nicht entscheidungsreif*

[52] Die Klage auf Abschluss eines Arbeitsvertrags ist nicht entscheidungsreif.

*a. Klage ist zulässig*

[53] Die Klage ist zulässig.

[54] Insbesondere ist der Klageantrag hinreichend bestimmt i.S. des § 253 II Nr. 2 ZPO. Die Kl. begehrt die Verurteilung der Bekl. zu der Annahme ihres Angebots auf Abschluss eines Arbeitsvertrags und damit

auf Abgabe einer Willenserklärung der Bekl., die mit Rechtskraft eines dem Klageantrag stattgebenden Urteils gem. § 894 I 1 ZPO als abgegeben gilt (st. Rspr., Senat, NZA 2008, 357 = AP BGB § 613a Wiedereinstellung Nr. 2 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 80 m.w. Nachw.). Der Inhalt des abzuschließenden Arbeitsvertrags ist im Klageantrag hinreichend bezeichnet. Soweit der Rechtsstreit in der Revisionsinstanz noch anhängig ist, verlangt die Kl. von der Bekl., dem Abschluss eines Arbeitsvertrags ab dem 01.11.2005 zu den Bedingungen des Arbeitsvertrags vom 02.05.2002 mit der HP und einem Bruttomonatsverdienst von 1694,87 Euro zuzustimmen. Ihr ursprünglich weitergehender Antrag auf Zustimmung zum Abschluss eines Arbeitsvertrags ab dem 18.10.2005 ist wegen der Rücknahme der Anschlussberufung durch die Kl. nicht in die Revisionsinstanz gelangt.

#### *b. Begründetheit der Klage*

[55] Ob die Klage auch begründet ist, kann der Senat nicht entscheiden.

#### *aa. Beendigung des Arbeitsverhältnisses zum 17.10.2005*

[56] Das Arbeitsverhältnis der Kl. mit der HP war auf Grund der durch die HP ausgesprochenen betriebsbedingten Kündigung zum 17.10.2005 beendet worden. Damit bestand am 18.10.2005, dem Zeitpunkt des Betriebsübergangs auf die Bekl., weder ein Arbeitsverhältnis der Kl. mit der HP noch ein solches mit der Bekl., da es mangels Unterzeichnung des von der Bekl. der Kl. zugeleiteten Arbeitsvertragsentwurfs vom 28.09.2005 durch beide Parteien nicht zum Abschluss eines Arbeitsvertrags zwischen der Bekl. und der Kl. gekommen war. Dies hat das LAG dadurch rechtskräftig festgestellt, dass es die Klage auf Feststellung, zwischen der Kl. und der Bekl. bestehe ein Arbeitsvertrag mit Eintrittsdatum 06.09.1999, abgewiesen und die Kl. hiergegen keine Revision eingelegt hat.

#### *bb. Wiedereinstellungsanspruch nach betriebsbedingter Kündigung*

[57] Ein Wiedereinstellungsanspruch kommt in Fällen wie dem vorliegenden nur dann in Betracht, wenn sich die einer betriebsbedingten Kündigung zu Grunde liegende Vorstellung des Arbeitgebers über die Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten für den Arbeitnehmer nachträglich als unzutreffend herausstellt. Dazu muss sich zwischen dem Ausspruch der Kündigung und dem Ablauf der Kündigungsfrist unvorhergesehen eine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit ergeben. Entsteht die Weiterbeschäftigungsmöglichkeit erst nach Ablauf der Kündigungsfrist, kommt nur ausnahmsweise ein Wiedereinstellungsanspruch in Betracht (Senat, NZA 2008, 357 = AP BGB § 613a Wiedereinstellung Nr. 2

= EzA BGB 2002 § 613a Nr. 80).

#### *cc. Wiedereinstellungsanspruch im konkreten Fall*

[58] Entsprechend der Rechtsprechung des Senats zum Wiedereinstellungsanspruch hat das LAG einen solchen ohne Rechtsfehler grundsätzlich in Erwägung gezogen. Ein Wiedereinstellungsanspruch der Kl. könnte sich gegen die Bekl. richten, die ab 18.10.2005 den Hotelkomplex in L. übernommen hat.

[59] Der Senat hat einen Wiedereinstellungsanspruch in Form eines Fortsetzungsanspruchs des Arbeitnehmers gegenüber dem neuen Betriebsinhaber dann bejaht, wenn der Betriebsübergang zwar erst am Tage nach Ablauf der Kündigungsfrist stattgefunden hat, die Weiterbeschäftigungsmöglichkeit jedoch schon während des Laufs der Kündigungsfrist entstanden und die ursprünglich bei Ausspruch der Kündigung anzustellende Prognose dadurch während des Laufs der Kündigungsfrist unzutreffend geworden war (BAG, NZA 2008, 357 = AP BGB § 613a Wiedereinstellung Nr. 2 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 80).

[60] Dieser Fortsetzungsanspruch wäre als Anspruch auf Wiedereinstellung nach § 613a I 1 BGB durch die Bekl. als neue Betriebsinhaberin zu erfüllen. Weder der frühere noch der neue Betriebsinhaber können sich auf die Wirksamkeit der Kündigung berufen, wenn die an sich wirksame Kündigung noch während des Laufs der Kündigungsfrist durch einen Fortsetzungsanspruch korrigiert werden müsste, weil mittlerweile Tatsachen entstanden sind, die die Prognose bei Kündigungsausspruch nachträglich als unzutreffend erscheinen lassen. Nichts anderes ergibt sich aus dem Europäischen Recht (Senat, NZA 2008, 357 = AP BGB § 613a Wiedereinstellung Nr. 2 m.w. Nachw.).

#### *dd. Rückwirkung des Antragsbegehrens*

[61] Dem Klageantrag steht nicht entgegen, dass die Bekl. zu einem rückwirkenden Abschluss eines Arbeitsvertrags verurteilt werden soll. Nach § 306 BGB a.F. war die Verurteilung zur Eingehung eines rückwirkenden Vertragsverhältnisses ausgeschlossen. Daraus hat das BAG geschlossen, eine Verurteilung zum Abschluss eines in der Vergangenheit liegenden Arbeitsvertrags sei nicht möglich (BAGE 95, 171 = NJW 2001, 1297 = NZA 2000, 1097 = AP KSchG 1969 § 1 Wiedereinstellung Nr. 6 = EzA KSchG § 1 Wiedereinstellungsanspruch Nr. 5). Diese Rechtslage hat sich mit dem Inkrafttreten des § 311a I BGB in der Fassung des Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26.11.2001 ab 01.01.2002 geändert. Nach § 275 I BGB n.F. ist der Anspruch auf Leistung ausgeschlossen, soweit diese für den Schuldner oder jedermann unmöglich ist. Jedoch ist der rückwirkende Abschluss eines Vertrags nicht mehr nichtig. Damit ist auch eine dahingehende Verurteilung möglich. Nach § 894 ZPO gilt die Willenserklärung des Arbeitgebers

auf Abschluss des begehrten Arbeitsvertrags mit Rechtskraft des Urteils als abgegeben (Senat, NZA 2008, 357 = AP BGB § 613a Wiedereinstellung Nr. 2 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 80).

*ee. Rechtzeitigkeit des Wiedereinstellungs- bzw. Fortsetzungsverlangens*

[62] Rechtsfehlerhaft hat das LAG nicht in Erwägung gezogen, wann die Kl. Kenntnis vom Betriebsübergang auf die Bekl. erlangt hat. Davon hängt es jedoch ab, ob der von der Kl. geltend gemachte Fortsetzungsanspruch verwirkt ist.

[63] Sowohl der HP als auch der Kl. war noch während des Laufs der Kündigungsfrist, also vor dem 17.10.2005 bekannt geworden, dass es zu einem Betriebsübergang von der HP auf die Bekl. kommen werde. Dies war bei der Kl. der Fall, als ihr durch die Bekl. unter dem Datum 28.09.2005 der Abschluss eines Arbeitsvertrags mit einer Tätigkeit an ihrem bisherigen Arbeitsplatz angeboten wurde. Demgegenüber hatte die HP allein auf Grund der in ihrem Hotel vorgenommenen Umbaumaßnahmen Kenntnis von der Weiterführung des Hotelbetriebs durch die Bekl.

[64] Der Arbeitnehmer hat unverzüglich nach Kenntniserlangung von den den Betriebsübergang ausmachenden tatsächlichen Umständen sein Fortsetzungsverlangen gegenüber dem Arbeitgeber bzw. nach erfolgtem Betriebsübergang gegenüber dem Betriebserwerber zu stellen. Entsprechend der Frist zur Ausübung des Widerspruchsrechts muss auch das Wiedereinstellungs- oder Fortsetzungsverlangen binnen einer Frist von einem Monat geltend gemacht werden, da der Zweck des Bestandsschutzes Phasen vermeidbarer Ungewissheit über das Zustandekommen eines Arbeitsverhältnisses nicht rechtfertigt (Senat, NZA 2008,

357 = AP BGB § 613a Wiedereinstellung Nr. 2 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 80 m.w. Nachw.).

[65] Hätte die Kl. vor dem Zeitpunkt des Zugangs des schriftlichen Arbeitsvertragsentwurfs vom 28.09.2005 keine Kenntnis von der Hotelübernahme durch die Bekl. gehabt, so wäre ihr Fortsetzungsverlangen rechtzeitig geltend gemacht worden. Das LAG hat zutreffend angenommen, dass im Verlangen der Kl. gegenüber dem im Namen der Bekl. die Hoteleröffnung organisierenden Dr. X auf Weiterbeschäftigung eine Geltendmachung ihres Fortsetzungsanspruchs gesehen werden kann. Das am 19.10.2005 geltend gemachte Verlangen wäre innerhalb der vom Senat geforderten Monatsfrist erfolgt. Eine gerichtliche Geltendmachung war nicht nötig. Für ein solches Erfordernis fehlt es an einer gesetzlichen Grundlage.

[66] Anders stellt sich der Fall jedoch dar, wenn - wie die Bekl. vorgetragen hat - die Kl., ebenso wie die HP, bereits zu einem früheren Zeitpunkt wusste, dass die Bekl. den Hotelbetrieb ab dem 18.10.2005 im Wege eines Betriebsübergangs übernehmen werde.

[67] Ob dieser Einwand der insoweit darlegungs- und beweispflichtigen Bekl. zutreffend ist, wird das LAG aufzuklären haben. Daneben muss das LAG auch prüfen, ob die Kl. möglicherweise zur Geltendmachung eines Wiedereinstellungsanspruchs vor dem 19.10.2005 deshalb nicht verpflichtet war, weil sie auf Grund konkreter, von der HP oder der Bekl. abgegebener Erklärungen oder gesetzter Umstände davon ausgehen durfte, die Bekl. werde sie auch ohne Abschluss eines neuen Arbeitsvertrags weiter beschäftigen.

[68] Deshalb konnte der Senat den Rechtsstreit nach § 563 III ZPO nicht selbst entscheiden, sondern hatte die Sache gem. § 563 I 1 ZPO an das LAG zurückzuverweisen.

*Strafrecht***Standort: § 271 StGB****Problem: Öffentliche Urkunde**

BGH, BESCHLUSS VOM 30.10.2008  
3 STR 156/08 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

**Problemdarstellung:**

Der Angeklagte hatte für den Mitangeklagten bei einem ihm bekannten Fälscher drei gefälschte Personalausweise anfertigen lassen und diese dann dem Mitangeklagten übergeben, damit dieser für ein Fahrzeug, das vorher in Italien mit einer falschen Fahrzeug-Identifikationsnummer versehen worden war, in Deutschland eine Zulassung erwirken konnte. Bei der Kfz-Zulassungsstelle fiel jedoch der gefälschte Ausweis auf, sodass es nicht zur Erteilung der Zulassungsbescheinigung kam.

Das Landgericht Wuppertal hatte den Angeklagten insbesondere wegen mittäterschaftlicher Urkundenfälschung, §§ 267 I, 25 II StGB, und Beihilfe zur versuchten qualifizierten mittelbaren Falschbeurkundung, §§ 271 I, III, 22, 23 I, 27 StGB, verurteilt. Der BGH hob das Urteil teilweise auf, da bzgl. der Urkundenfälschung keine Mittäterschaft gegeben sei.

**Prüfungsrelevanz:**

Urkundensdelikte sind häufig Gegenstand von Examensaufgaben, und zwar nicht nur deshalb, weil sie sich hervorragend mit Vermögensdelikten (insb. § 263 StGB) kombinieren lassen, sondern auch, weil es hier einige interessante tatbestandsspezifische Probleme gibt. Die in der vorliegenden Entscheidung insofern relevanten Themen - die Zusammenfassung der Verwirklichung mehrerer Tatbestandsvarianten des § 267 I StGB zu einer einheitlichen Tat und die Voraussetzungen für eine öffentliche Urkunde i.S.v. § 271 I StGB - stellen hierbei absolute Examensklassiker dar, die jedem Examenskandidaten bekannt sein müssen.

§ 267 I StGB nennt drei verschiedene Begehungsvarianten: das Herstellen einer unechten Urkunde, § 267 I 1. Fall StGB, das Verfälschen einer echten Urkunde, § 267 I 2. Fall StGB, und das Gebrauchen einer unechten oder verfälschten Urkunde, § 267 I 3. Fall StGB. Fälscht der Täter zunächst eine Urkunde (stellt also eine unechte Urkunde her oder verfälscht eine echte) und gebraucht dann später die gefälschte Urkunde, so bilden die beiden verwirklichten Fälle des § 267 I StGB nur eine (einheitliche) Tat des § 267 I StGB, jedenfalls sofern der konkrete Gebrauch bereits

im Zeitpunkt des Herstellens bzw. Verfälschens geplant war (BGHSt 5, 291, 293; BGH, NStZ 2006, 100; Fischer, § 267 Rn 44; Schönke/Schröder-Cramer/Heine, § 267 Rn 79a ff.; Wessels/Hettinger, BT I, Rn 853). In der vorliegenden Entscheidung stellt der BGH erstmalig klar, dass eine entsprechende Wertung auch für die Teilnahme gilt: Die Teilnahme (Anstiftung oder Beihilfe) am Herstellen einer unechten oder Verfälschen einer echten Urkunde und die Teilnahme am späteren Gebrauch dieser Urkunde stellen nur eine einheitliche Teilnahme an einer Urkundenfälschung dar, und zwar selbst dann, wenn es sich um mehrere Handlungen des Teilnehmers und unterschiedliche Haupttäter und Teilnahmeformen handelt. Im Falle unterschiedlicher Teilnahmeformen (also Anstiftung neben Beihilfe) geht dann die Anstiftung als schwerere Teilnahmeform vor.

Im vorliegenden Fall hatte der Angeklagte einen Haupttäter (den Fälscher) durch Erteilung eines entsprechenden Auftrags zur Urkundenfälschung (in Form des Herstellens einer unechten Urkunde, § 267 I 1. Fall StGB) angestiftet und einem anderen Haupttäter (dem Mitangeklagten) durch Überlassung der gefälschten Urkunden zur Urkundenfälschung (in Form des Gebrauchs einer unechten Urkunde, § 267 I 3. Fall StGB) Beihilfe geleistet. Da aber der konkrete Gebrauch durch den Mitangeklagten bereits im Zeitpunkt der Anstiftung des Fälschers schon so geplant war, stellt sich das Verhalten des Angeklagten nur als eine einheitliche Teilnahme (und zwar Anstiftung) an einer Urkundenfälschung dar.

Des Weiteren befasst sich der BGH in dem vorliegenden Beschluss mit der Frage nach den Voraussetzungen für eine öffentliche Urkunde i.S.v. § 271 I StGB. Dieser Begriff entspricht demjenigen in § 415 I ZPO (BGHSt 19, 19; OLG Rostock, NStZ-RR 2004, 172; Schönke/Schröder-Cramer/Heine, § 271 Rn 4; Wessels/Hettinger, BT I, Rn 905), sodass eine Urkunde dann eine "öffentliche Urkunde" darstellt, wenn sie von einer Behörde oder einer mit öffentlichem Glauben versehenen Person innerhalb von deren Zuständigkeit in der vorgeschriebenen Form aufgenommen worden ist. Dadurch, dass bei öffentlichen Urkunden über § 271 StGB auch die inhaltliche Richtigkeit strafrechtlich geschützt wird (und nicht nur über § 267 I StGB deren Echtheit) will der Gesetzgeber das Vertrauen der Allgemeinheit in die besondere Beweiskraft (vgl.

§ 415 I ZPO) öffentlicher Urkunden schützen (Fischer, § 271 Rn 3; Schönke/Schröder-Cramer/Heine, § 271 Rn 1; Wessels/Hettinger, BT I, Rn 902). Wegen dieses Schutzzwecks unterliegt der Tatbestand des § 271 I StGB aber zwei Einschränkungen: Zum einen fallen solche öffentlichen Urkunden nicht unter § 271 StGB, die nur für den inneren Dienstbetrieb bestimmt sind und keine volle Beweiskraft für und gegen jedermann erbringen sollen (sog. schlicht amtliche Urkunden, Schönke/Schröder-Cramer/Heine, § 271 Rn 8 ff.; Wessels/Hettinger, BT I, Rn 907 ff.). Zum anderen muss die Tatsache, die i.S.v. § 271 I StGB unrichtig beurkundet wurde auch gerade eine solche Tatsache sein, auf die sich die erhöhte Beweiskraft der öffentlichen Urkunde erstreckt (BGHSt 22, 201, 203; Fischer, § 271 Rn 10 ff.; Lackner/Kühl, § 271 Rn 3; Wessels/Hettinger, BT I, Rn 910). So erstreckt sich z.B. die erhöhte Beweiskraft eines Handelsregistereintrags darauf, dass die entsprechende Person eine solche Erklärung abgegeben hat, nicht jedoch auf die inhaltliche Richtigkeit der Erklärung (RGSt 66, 356; Fischer, § 271 Rn 10a).

Die herrschende Meinung war in der Vergangenheit bei einem Fahrzeugschein davon ausgegangen war, dass dieser bzgl. der Identität des zugelassenen Fahrzeugs keine erhöhte Beweiskraft aufweist (BGHSt 20, 186, 188; Wessels/Hettinger, BT I, Rn 912). Seit dem 01.10.2005 ersetzt jedoch die Kfz-Zulassungsbescheinigung Teil I den Fahrzeugschein. Neu ist weiterhin die seit dem 01.03.2007 in Kraft befindliche Regelung des § 6 VIII FZV, die erstmalig eine Identifizierung des Fahrzeuges durch die Zulassungsbehörde im Rahmen der Zulassung vorschreibt. Da die Zulassungsbehörde somit - im Gegensatz zur früheren Regelung - vor der Zulassung eines Kraftfahrzeugs dessen Identität überprüfen muss, geht der BGH in der vorliegenden Entscheidung erstmals davon aus, dass sich die erhöhte Beweiskraft der Kfz-Zulassungsbescheinigung Teil I als öffentliche Urkunde auch auf die Identität des zugelassenen Fahrzeugs erstreckt. Da diese Rechtsprechungsänderung letztlich auf eine Änderung des Zulassungsrechts zurückzuführen ist, sieht sich der BGH auch nicht im Widerspruch zu seiner früheren (ein anderes Zulassungsrecht betreffenden) Rechtsprechung.

#### **Vertiefungshinweise:**

Zum Vorliegen eines einheitlichen Delikts der Urkundenfälschung bei Verwirklichung mehrerer Tatbestandsvarianten: *BGHSt* 5, 291; *BGH*, *NStZ* 2006, 100; *wistra* 1998, 106; 2006, 65; *Geppert*, *JURA* 1988, 162

Zu den Voraussetzungen für eine öffentliche Urkunde, insb. bei Zulassungsbescheinigungen/Fahrzeugscheinen: *BGHSt* 19, 21; 20, 186; 201; *OLG*

*Hamburg*, *NJW* 1966, 1828; *OLG Rostock*, *NStZ-RR* 2004, 172; *Puppe*, *JZ* 1997, 490; *Vogel*, *NJW* 1962, 998

#### **Kursprogramm:**

*Examenskurs*: "Juraexamen"

*Examenskurs*: "Unter Freunden"

#### **Leitsatz:**

**Die Zulassungsbescheinigung Teil I (früher: Fahrzeugschein) ist auch hinsichtlich der Identität des zum Straßenverkehr zugelassenen Fahrzeugs eine öffentliche Urkunde im Sinne des § 271 StGB.**

#### **Sachverhalt:**

Der Angeklagte förderte die grenzüberschreitende "Verschiebung" von zwei in Italien mit falschen italienischen Fahrzeugpapieren ausgestatteten Kraftfahrzeugen ("Fahrzeugdoublen") durch Unterstützungshandlungen bei deren Zulassung in Deutschland (II. 1. und 4. der Urteilsgründe).

a. Im Fall II. 1. der Urteilsgründe war ein PKW BMW 530 D, der - zumindest nach der Vorstellung des Angeklagten sowie des Mitangeklagten N - durch Dritte in Italien gestohlen worden war, nach Einschlagen einer falschen, einem anderen Kraftfahrzeug zugehörigen Fahrzeug-Identifizierungsnummer und Fälschung der italienischen Fahrzeugpapiere als sog. "Fahrzeugdoublen" in Italien zugelassen und sodann nach Deutschland verbracht worden. Bei dem sich anschließenden Versuch, dieses Fahrzeug zum Zwecke des Weiterverkaufs durch den hierzu von einer italienischen Tätergruppe beauftragten Mitangeklagten N in Deutschland zuzulassen, begleitete der Angeklagte diesen am 20. Februar 2007 zunächst bei einer Fahrt von Düsseldorf zum Kraftfahrtbundesamt nach Flensburg, um dort eine für die Zulassung erforderliche Bescheinigung abzuholen.

Darüber hinaus verschaffte er dem Mitangeklagten N - wie auf der gemeinsamen Fahrt nach Flensburg vereinbart - drei falsche italienische Personalausweise zur weiteren Verwendung sowohl bei der Zulassung des PKW BMW 530 D als auch bei künftigen Taten zum Zwecke der gewinnbringenden Weiterveräußerung von anderweit rechtswidrig erlangten Kraftfahrzeugen, um für N das Risiko einer Ergreifung zu verringern. Zur Beschaffung der Ausweispapiere gab der Angeklagte bei einem ihm bekannten Fälscher die Herstellung von drei - auf unterschiedliche Aliaspersonalien lautenden - Personalausweisen in Auftrag. Die von dem Fälscher zu einem Preis von 900 Euro auftragsgemäß hergestellten Ausweispapiere reichte er umgehend an den Mitangeklagten N weiter, wofür er von diesem insgesamt 1.500 Euro verlangte.

Nachdem N den PKW BMW 530 D am 21. Februar

2007 bei einer TÜV-Prüfstelle zur Erteilung der Betriebserlaubnis und zur Abgasuntersuchung vorgeführt hatte, scheiterte der Versuch, das Fahrzeug am 22. Februar 2007 unter Vorlage eines der gefälschten Personalausweise beim Straßenverkehrsamt in Düsseldorf zuzulassen; die Mitarbeiterin der Zulassungsstelle war misstrauisch geworden und hatte die Polizei informiert.

b. Ende März/Anfang April 2007 verwendete N eine Kopie eines der drei ihm vom Angeklagten überlassenen falschen Personalausweise, als er einen PKW Mercedes E-Klasse bei einer Düsseldorfer Autovermietung in betrügerischer Absicht anmietete. Anschließend wurde das Fahrzeug nach Italien verbracht und dort mit falscher - weil für ein anderes Fahrzeug ausgegebener - Fahrzeug-Identifizierungsnummer, falschen italienischen Fahrzeugpapieren und falschen italienischen KfZ-Kennzeichen versehen als sogenannte "Fahrzeugdoublette" zum Verkehr zugelassen. Nach Rückführung des Fahrzeuges nach Deutschland sowie nach dessen Vorführung bei einer TÜV-Prüfstelle zur Erteilung einer Betriebserlaubnis und zur Abgasuntersuchung versuchte der Mitangeklagte N am 5. April 2007 erfolglos, es beim Straßenverkehrsamt Solingen zuzulassen. Hierbei legte er wiederum einen der drei gefälschten italienischen Personalausweise vor, die er vom Angeklagten erhalten hatte. Zur Zulassung des Fahrzeuges kam es erneut nicht (Fall II. 4. der Urteilsgründe).

### **Aus den Gründen:**

[1] Das Landgericht hat den Angeklagten wegen Urkundenfälschung in Tateinheit mit Beihilfe zur versuchten Hehlerei und Beihilfe zur versuchten mittelbaren Falschbeurkundung gegen Entgelt sowie wegen Hehlerei in Tateinheit mit Urkundenfälschung und Beihilfe zur versuchten mittelbaren Falschbeurkundung zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren und drei Monaten verurteilt. Mit seiner Revision rügt der Angeklagte die Verletzung materiellen Rechts. Das Rechtsmittel hat in dem aus der Beschlussformel ersichtlichen Umfang Erfolg; im Übrigen ist es unbegründet im Sinne des § 349 Abs. 2 StPO.

#### *I. Rechtliche Würdigung des Landgerichts*

[2 - 7] [...] Das Landgericht hat die Beschaffung und Übergabe der unechten Personalausweise durch den Angeklagten an den Mitangeklagten N hinsichtlich des PKW BMW 530 D als mittäterschaftliche Urkundenfälschung in Tateinheit mit Beihilfe zur versuchten Hehlerei sowie zur versuchten mittelbaren Falschbeurkundung gegen Entgelt bewertet. Bezüglich des PKW Mercedes E-Klasse hat es den Tatbeitrag des Angeklagten rechtlich als - zu den Taten betreffend den PKW BMW in Tatmehrheit stehend - täterschaftliche Hehlerei in Tateinheit mit mittäterschaftlicher Urkun-

denfälschung und Beihilfe zur versuchten mittelbaren Falschbeurkundung eingestuft.

#### *II. Entscheidung des BGH*

[8] Die rechtliche Würdigung des Landgerichts hält revisionsrechtlicher Überprüfung nicht stand. Auf der Grundlage der rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen ist der Angeklagte - nach Ausscheidung des Tatvorwurfs der Beihilfe zur versuchten mittelbaren Falschbeurkundung gegen Entgelt im Fall II. 1. der Urteilsgründe (Komplex PKW BMW 530 D) gemäß § 154a Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, Abs. 2 StPO - der Anstiftung zur Urkundenfälschung (§ 267 Abs. 1 1. Alt., § 26 StGB) in Tateinheit mit Beihilfe zur versuchten Hehlerei (§ 259 Abs. 1, §§ 22, 27 Abs. 1 StGB) sowie zur versuchten mittelbaren Falschbeurkundung gegen Entgelt (§ 271 Abs. 1 und 3, §§ 22, 27 Abs. 1 StGB) schuldig. Im Einzelnen:

#### *1. Übergabe der Passfotos begründet keine Mittäterschaft des Angeklagten zur Urkundenfälschung*

[9] Dadurch, dass der Angeklagte unter Übergabe dreier Passfotos an den Fälscher die Herstellung von falschen Ausweispapieren für den Mitangeklagten N in Auftrag gab, hat er sich nicht der mittäterschaftlichen Urkundenfälschung, sondern der Anstiftung zur Urkundenfälschung schuldig gemacht. Durch die Verdingung des Fälschers, gegen Bezahlung drei falsche Ausweispapiere herzustellen, bestimmte der Angeklagte diesen zu dessen Tat nach § 267 Abs. 1 1. Alt. StGB, über die nicht er, sondern allein der Fälscher Tatherrschaft hatte (vgl. BGH StV 2008, 188, 189). Gegen die Annahme eigener Tatherrschaft des Angeklagten spricht insbesondere, dass er auf die exakte Tatzeit, den Tatort sowie die Art und Weise der Erstellung der Personalausweise, d. h. unter Verwendung von Blankovordrucken oder durch Verfälschung gestohlener Ausweise, keinen Einfluss hatte.

#### *2. Zum Verhältnis von Anstiftung und Beihilfe zu verschiedenen Fällen der Urkundenfälschung, wenn die Haupttaten eine tatbestandliche Handlungseinheit darstellen*

[10] Indem der Angeklagte die in Auftrag gegebenen, aus Blankovordrucken neu erstellten italienischen Personalausweise an sich nahm und an den Mitangeklagten N zur weiteren Verwendung übergab, leistete er diesem Beihilfe zu dem sich anschließenden zweifachen Gebrauch der unechten Urkunden zur Täuschung im Rechtsverkehr (§ 267 Abs. 1 3. Alt., § 27 Abs. 1 StGB). Denn durch Vorlage der falschen Personalausweise bei den Zulassungsstellen in Düsseldorf und Solingen wollte N - um sich dem Risiko einer Strafverfolgung zu entziehen - über seine Identität täuschen (vgl. BGHSt 33, 159, 160 f.). Dabei hat der Angeklagte ihn durch Beschaffung und Übergabe der falschen

Ausweise unterstützt.

[11] Diese Beihilfe zur zweifachen Urkundenfälschung (in der Alternative des Gebrauchs) geht indes in der Anstiftung zur Urkundenfälschung (in der Alternative des Herstellens) auf, da beide Teilnahmehandlungen eine deliktische Einheit darstellen, in der die schwerwiegendere Anstiftung der Beihilfe vorgeht (so auch Gribbohm in LK 11. Aufl. § 267 Rdn. 291 aE). Diese für die täterschaftlich begangenen Alternativen des Herstellens und Gebrauchs einer unechten Urkunde anerkannte tatbestandliche Handlungseinheit, in denen der Gebrauch der Urkunde dem schon bei der Fälschung bestehenden konkreten Gesamtvorsatz des Täters entspricht (vgl. BGHSt 5, 291, 293; BGH GA 1955, 245, 246; Erb in MünchKommStGB § 267 Rdn. 217; Gribbohm aaO Rdn. 288; Cramer/Heine in Schönke/Schröder, StGB 27. Aufl. § 267 Rdn. 79, 79 b; aA Hoyer in SK-StGB § 267 Rdn. 114), gilt auch für die Teilnahme an den verschiedenen Tatvarianten der Urkundenfälschung (vgl. Erb aaO Rdn. 219; Cramer/Heine aaO Rdn. 80; Gribbohm aaO Rdn. 291 aE), und zwar selbst dann, wenn sich Anstiftung und Beihilfe jeweils auf Taten unterschiedlicher Haupttäter beziehen. Auch hier verbindet der Gesamtvorsatz des doppelten Teilnehmers, zur Fälschung der Urkunde gerade deshalb anzustiften, um einem anderen deren (mehrfachen) Gebrauch zu ermöglichen, dessen Teilnahmehandlungen zu einer einheitlichen Tat.

[12] Die ebenfalls verwirklichten Tatbestände des Sich-Verschaffens (§ 276 Abs. 1 Nr. 2 1. Alt. StGB) und des Überlassens (§ 276 Abs. 1 Nr. 2 3. Alt. StGB) von falschen - auch ausländischen (BGH NJW 2000, 3148; BGHR StGB § 276 Konkurrenzen 1) - Ausweispapieren, die insgesamt nur einen einheitlichen Verstoß gegen § 276 Abs. 1 Nr. 2 StGB darstellen (Erb aaO § 276 Rdn. 5; Gribbohm aaO § 276 Rdn. 22), treten, da sie typische Vorbereitungshandlungen zu dem - in der Anstiftung als deliktische Einheit aufgegangenen - nachfolgenden Urkundengebrauch darstellen, als mitbestrafte Vortaten zurück (BGHR StGB § 276 Konkurrenzen 1; Gribbohm aaO Rdn. 27; Erb aaO; Cramer/Heine aaO § 276 Rdn. 11; Hoyer aaO § 276 Rdn. 6).

### 3. Zur Beihilfe zur Hehlerei durch Überlassung der gefälschten Personalausweise

[13] Rechtsfehlerfrei hat das Landgericht in Bezug auf den PKW BMW 530 D (Fall II. 1. der Urteilsgründe) die Überlassung der unechten Personalausweise an den Mitangeklagten N auch als Beihilfehandlung zu dessen versuchter Hehlerei in Form der Absatzhilfe an diesem Fahrzeug bewertet (§ 259 Abs. 1, §§ 22, 27 Abs. 1 StGB). Die Haupttat des N hat es zu Recht nur als Versuch einer Hehlerei angesehen. Zwar kommt es bei der Hehlerei in Form der Absatzhilfe (für die italienischen Hintermänner, die als Zwischenhehler - vgl.

BGH NStZ 1999, 351, 352 m. w. N. - ihrerseits über das Fahrzeug zu eigenen Zwecken verfügen konnten) auf einen Absatzerfolg des Hehlgutes nicht an (BGHSt 22, 206, 207; 26, 358; 27, 45). Das Landgericht konnte jedoch nicht ausschließen, dass die italienische Tätergruppe den PKW BMW 530 D im Einverständnis mit dessen Eigentümer erlangt hatte, weil dieser in betrügerischer Weise einen Versicherungsschaden geltend machen wollte. Damit hätte es an der rechtswidrigen Vortat im Sinne des § 259 Abs. 1 StGB gefehlt.

### 4. Keine täterschaftliche Hehlerei durch Überlassung der gefälschten Personalausweise

[14] Nicht zutreffend hat das Landgericht dagegen in Fall II. 4. der Urteilsgründe die Überlassung der unechten Ausweispapiere Ende Februar 2007 als täterschaftliche Hehlerei des Angeklagten in Form der Absatzhilfe bewertet. Der Mitangeklagte N hat den PKW Mercedes erst Ende März/Anfang April 2007 betrügerisch erlangt. Bei diesem zeitlichen Ablauf kommt eine Hehlerei des Angeklagten durch die vorhergehende Überlassung der Personalausweise nicht in Betracht, weil der Hehlereitbestand in sämtlichen Handlungsalternativen eine abgeschlossene Vortat voraussetzt. Tatbeiträge, die bereits erbracht werden, bevor das Hehlgut durch eine rechtswidrige Vortat erlangt ist, sich aber erst bei der Verwertung desselben auswirken, können allenfalls als Teilnahme an der Vortat oder als Beihilfe an einer etwaigen Hehlerei eines Dritten angesehen werden (vgl. BGHSt 13, 403, 405; BGH NStZ 1994, 486). Hier trifft keine der beiden Möglichkeiten zu. Insbesondere machte sich der Angeklagte bei der Überlassung der Ausweispapiere an den Mitangeklagten N keine Gedanken über deren Verwendung bereits bei der rechtswidrigen Erlangung von Kraftfahrzeugen. Billigend in Kauf nahm er nur, dass N die Ausweispapiere bei der gewinnbringenden Verwertung von zuvor gestohlenen Kraftfahrzeugen verwendete, so dass es für eine Teilnahme an der betrügerischen Erlangung des PKW Mercedes am Teilnahmevorsatz fehlt.

### 5. Zur Strafbarkeit des Angeklagten wegen Beihilfe zur versuchten mittelbaren Falschbeurkundung

[15] Näherer Erörterung bedarf die Verurteilung des Angeklagten wegen Beihilfe zur versuchten mittelbaren Falschbeurkundung. Da der Senat mit Zustimmung des Generalbundesanwalts die Ahndung dieses Delikts gemäß § 154a Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, Abs. 2 StPO von der Verfolgung ausgenommen hat, soweit dem Angeklagten die Unterstützung der versuchten Zulassung des PKW BMW 530 D am 22. Februar 2007 vorgeworfen worden ist, steht allein noch die vom Angeklagten durch Überlassung der falschen Ausweise geleistete Hilfe zu dem Versuch der Zulassung des PKW

Mercedes E-Klasse am 5. April 2007 (Fall II. 4. der Urteilsgründe) in Rede; zu diesem Zeitpunkt richtete sich das Zulassungsverfahren nach der zum 1. März 2007 in Kraft getretenen Verordnung über die Zulassung von Fahrzeugen zum Straßenverkehr vom 25. April 2006 (Fahrzeug-Zulassungsverordnung - FZV; BGBl I 988).

*a. Rechtliche Würdigung des Landgerichts*

[16] Das Landgericht hat die Bemühungen des Mitangeklagten N, den PKW Mercedes am 5. April 2007 beim Straßenverkehrsamt Solingen zum deutschen Straßenverkehr zuzulassen, als Versuch einer mittelbaren Falschbeurkundung bewertet. Bei der Subsumtion des erfolglosen Zulassungsversuchs unter den Tatbestand der § 271 Abs. 1 und Abs. 4, § 22 StGB hat es, da die Fahrzeug-Identifizierungsnummer in den Fahrzeugpapieren selbst nicht dem öffentlichen Glauben unterliege (vgl. BGHSt 20, 186), entscheidend darauf abgestellt, ob der Mitangeklagte N dazu angesetzt habe, falsch beglaubigen zu lassen, dass das in dem Kraftfahrzeugschein nach seinen der Verwaltungsbehörde erkennbaren Merkmalen beschriebene Fahrzeug das ist, das zum öffentlichen Verkehr zugelassen werden sollte. Insoweit sei die Fahrzeug-Identifizierungsnummer ein wesentliches, das jeweilige Fahrzeug kennzeichnendes Merkmal (vgl. BGHR StGB § 271 Abs. 1 Beweiskraft 1). Indem N dem Straßenverkehrsamt Solingen einen gefälschten italienischen "Kraftfahrzeugbrief" vorgelegt habe, dessen Fahrzeug-Identifizierungsnummer ein anderes Kraftfahrzeug betraf als das, das zugelassen werden sollte, habe er den Versuch einer mittelbaren Falschbeurkundung begangen. Hierzu habe der Angeklagte durch Überlassung der Ausweispapiere Beihilfe geleistet.

*b. Zur Richtigkeit dieser Würdigung*

[17] Diese rechtliche Würdigung ist im Ergebnis nicht zu beanstanden. Die Überlassung der auf Falschpersonalien lautenden Ausweispapiere zur Verwendung bei der Zulassung eines italienischen "Doublettenfahrzeugs" in Deutschland stellt eine Beihilfe des Angeklagten zur versuchten mittelbaren Falschbeurkundung (§ 271 Abs. 1, §§ 22, 27 StGB) des Mitangeklagten N dar. Bei der im Rahmen des Zulassungsverfahrens auszustellenden Zulassungsbescheinigung Teil I handelt es sich um eine Urkunde i. S. d. § 271 StGB, deren öffentlicher Glaube sich auch auf die Identität des zum Straßenverkehr zugelassenen Kraftfahrzeuges erstreckt.

[18] Wegen der zum 1. März 2007 eingetretenen Änderung der rechtlichen Grundlagen des Zulassungsverfahrens bedarf es dabei keiner Entscheidung, ob die vom Landgericht in Bezug genommenen, auf der früheren Rechtslage zum Zulassungsverfahren nach §§ 23, 24 StVZO aF basierenden Entscheidungen des

Bundesgerichtshofes zur Frage, ob der Fahrzeugschein auch hinsichtlich der Identität des zugelassenen Fahrzeugs eine öffentliche Urkunde im Sinne des § 271 StGB darstellt (BGHSt 20, 186, 188 einerseits sowie BGHR StGB § 271 Beweiskraft 1 andererseits), miteinander vereinbar sind (verneinend Puppe JZ 1997, 490, 496 f.). Vielmehr gilt:

*aa. Zulassungsbescheinigung Teil I als öffentliche Urkunde*

[19] Die Zulassungsbescheinigung Teil I, die nach der zum 1. Oktober 2005 in Kraft getretenen 38. Verordnung zur Änderung straßenverkehrsrechtlicher Vorschriften vom 24. September 2004 (BGBl I 2374) den Fahrzeugschein ersetzt hat, ist wie dieser eine öffentliche Urkunde im Sinne des § 271 StGB, soweit sie den Zulassungsvorgang dokumentiert und ein wesentliches Legitimationspapier bei Verkehrskontrollen darstellt (Dauer in Hentschel, Straßenverkehrsrecht 39. Aufl. § 11 FZV Rdn. 2 und 5). Allerdings kann nicht jede in einer öffentlichen Urkunde enthaltene Angabe, die ein Außenstehender durch Täuschung des gutgläubigen Amtsträgers bewirkt, Gegenstand einer Straftat nach § 271 StGB sein. Strafbewehrt beurkundet im Sinne des § 271 StGB sind vielmehr nur diejenigen Erklärungen, Verhandlungen oder Tatsachen, auf die sich der öffentliche Glaube, d. h. die "volle Beweiswirkung für und gegen jedermann", erstreckt. Welche Angaben dies im Einzelnen sind, ist, wenn es an einer ausdrücklichen Vorschrift fehlt, den gesetzlichen Bestimmungen zu entnehmen, die für die Errichtung und den Zweck der Urkunde maßgeblich sind. Wesentliche Kriterien zur Bestimmung der Reichweite des öffentlichen Glaubens sind dabei - neben dem Beurkundungsinhalt als solchem - das Verfahren und die Umstände des Beurkundungsvorgangs sowie die Möglichkeit des die Bescheinigung ausstellenden Amtsträgers, die Richtigkeit des zu Beurkundenden zu überprüfen (BGHSt - GS - 22, 201, 203 f.; BGHSt 42, 131 f.; BGH NJW 1996, 470). Die den öffentlichen Glauben legitimierende erhöhte Beweiswirkung kann auf den eigenen Wahrnehmungsmöglichkeiten des die Urkunde ausstellenden Amtsträgers beruhen (BGH NJW 1996, 470), sie kann sich für den Urkundenaussteller aber auch aus den im Verfahren vorzulegenden Bescheinigungen anderer öffentlicher Stellen mit erhöhter Richtigkeitsgewähr ergeben.

*bb. Erhöhte Beweiskraft der Zulassungsbescheinigung auch bzgl. der Identität des zugelassenen Fahrzeugs*

[20] Nach diesen Maßstäben umfasst der öffentliche Glaube der Zulassungsbescheinigung Teil I auch die Identität des zugelassenen Fahrzeugs. Der seit 1. März 2007 in Kraft befindliche § 6 Abs. 8 FZV schreibt in Umsetzung der EG-Richtlinie 1999/37/EG des Rates vom 29. April 1999 über Zulassungsdokumente für



Fahrzeuge (ABl. EG Nr. L 138 S. 57) - erstmals - die Identifizierung des Fahrzeuges durch die Zulassungsbehörde im Rahmen der Zulassung vor. Wie die Identifizierung durchzuführen ist, entscheidet die Zulassungsbehörde nach pflichtgemäßem Ermessen. Entsprechend der amtlichen Begründung (VkB1 2006, 604) kann sie von der Identität des Fahrzeuges mit dem in der Zulassungsbescheinigung Teil II bezeichneten grundsätzlich ausgehen, wenn es sich um ein Neufahrzeug handelt, für das die Zulassungsbescheinigung Teil II durch den Hersteller zugeordnet oder wenn - wie hier - das Fahrzeug bereits einer Haupt- oder Sonderuntersuchung unterzogen wurde (Dauer aaO § 6 FZV Rdn. 10). Denn sowohl bei der Hauptuntersuchung (Anlage VIII a Nr. 4.10 zur StVZO, Verordnung vom 20. Mai 1998, BGBl I 1064, 1069; neu gefasst durch Verordnung vom 3. März 2006, BGBl I 485, 492) als auch bei der Abgasuntersuchung (Nr. 2.1 der Richtlinie für die Untersuchung der Abgase von Kraftfahrzeugen nach Nummer 4.8.2 Anlage VIII a StVZO - "AU-Richtlinie", VkB1 2006, 304) muss eine Identifizierung des Fahrzeuges durchgeführt werden. Nach Nr. 4.10 der Anlage VIII a zur StVZO ist dabei der Zustand der Fahrzeug-Identifizierungsnummer und dessen Übereinstimmung mit den Fahrzeugdokumenten zu überprüfen, während nach der AU-Richtlinie bei der Fahrzeugidentifizierung als Identifizierungsangaben das amtliche Kennzeichen, die Emissionsschlüsselnummer/Emissionsklasse, der Fahrzeughersteller, Typ und Ausführung i. V. m. der Schlüsselnummer, die Kraftstoffart, der Stand des Wegstreckenzählers sowie die Fahrzeug-Identifizierungsnummer mit dem Fahrzeugdokument abzugleichen sind.

*cc. Zum Vorliegen einer versuchten mittelbaren Falschbeurkundung durch den Haupttäter N*

[21] Nach den Feststellungen hatte der Mitangeklagte N den PKW Mercedes unmittelbar vor dessen am 5. April 2007 beantragter Zulassung bei einer TÜV-Prüfstelle zur Erteilung einer Betriebserlaubnis und zur Abgasuntersuchung vorgeführt. Nachdem damit die Identität des PKW am Tag vor dessen Zulassung im Rahmen der Abgasuntersuchung überprüft worden war und das Ergebnis dieser Überprüfung in der AU-Bescheinigung dem zuständigen - gemäß § 6 Abs. 8 FZV zur Identifizierung des Fahrzeuges verpflichteten - Amtsträger vorlag, konnte und wollte (vgl. BGH NJW 1996, 470) dieser zu öffentlichem Glauben beurkunden, dass die von dem Antragsteller angegebenen, in die Zulassungsbescheinigung Teil I aufzunehmenden Identifizierungsmerkmale, insbesondere die Fahrzeug-Identifizierungsnummer, sich auf das Kraftfahrzeug bezogen, das am Vortag einer Abgasuntersuchung unterzogen worden war und das nunmehr zum

Straßenverkehr zugelassen werden sollte. Da die mitgeteilte Fahrzeug-Identifizierungsnummer jedoch ursprünglich einem anderen Fahrzeug zugeteilt worden war, zu dem das zugelassene Fahrzeug nur eine "Doublette" darstellte, wäre im Falle der erstrebten Zulassung in der Zulassungsbescheinigung Teil I mit öffentlicher Beweiswirkung ein dahingehend unrichtiger Sachverhalt dokumentiert worden, dass das zugelassene Fahrzeug mit dem in der Zulassungsbescheinigung unter anderem anhand der Fahrzeug-Identifizierungsnummer beschriebenen identisch sei.

*c. Zur Teilnahme an der Qualifikation gem. § 271 III StGB*

[22] Da der Angeklagte die strafschärfende Bereicherungsabsicht des Mitangeklagten N, dem die Zulassungen von Kraftfahrzeugen als Mittel zur Erlangung von Vermögensvorteilen dienen sollten (vgl. BGHSt 34, 299, 303), auch hinsichtlich der Zulassung etwaiger weiterer Fahrzeuge kannte, hat er als Gehilfe auch hinsichtlich des PKW Mercedes den Qualifikationstatbestand des § 271 Abs. 3 StGB erfüllt (Cramer/Heine aaO § 271 Rdn. 45; Gribbohm aaO § 271 Rdn. 109; Puppe in NK-StGB § 271 Rdn. 66; aA Hoyer in SK-StGB § 271 Rdn. 36: besonderes persönliches Merkmal im Sinne des § 28 Abs. 2 StGB).

Einer dahingehenden Verschärfung des Schuldspruchs steht, auch wenn das Landgericht in dem Fall des PKW Mercedes nicht vom Qualifikationstatbestand der Entgeltlichkeit ausgegangen ist, das Verschlechterungsverbot (§ 358 Abs. 2 StPO) nicht entgegen (st. Rspr.; BGHSt 14, 5, 7; BGH NStZ 2006, 34, 35; StV 2008, 233, 234 sowie die Nachweise bei Kuckein in KK 6. Aufl. § 358 Rdn. 18).

*III. Weitere Entscheidungen des BGH*

*1. Änderung des Schuldspruchs*

[23] Der Senat schließt aus, dass in einer neuen Hauptverhandlung noch Feststellungen getroffen werden können, die zu einer anderen rechtlichen Bewertung der Taten führen. Er ändert deshalb den Schuldspruch (§ 354 Abs. 1 StPO). § 265 Abs. 1 StPO steht dem nicht entgegen, weil sich der geständige Angeklagte gegen den geänderten Schuldvorwurf nicht anders als geschehen hätte verteidigen können.

*2. Keine Aufhebung der Feststellungen*

[24] Die Änderung des Schuldspruchs führt zur Aufhebung der Einzelstrafen sowie der Gesamtstrafe. Die Feststellungen zum Strafausspruch sind rechtsfehlerfrei getroffen und können deshalb bestehen bleiben (§ 353 Abs. 2 StPO). Ergänzende weitere Feststellungen, die hierzu nicht in Widerspruch stehen, sind zulässig.

**Standort: § 136 StPO****Problem: Verwertbarkeit bei fehlender Belehrung**

BGH, URTEIL VOM 18.12.2008

4 STR 455/08 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

**Problemdarstellung:**

Obwohl bereits aufgrund vorheriger Ermittlungsergebnisse konkrete Anhaltspunkte dafür bestanden, dass der spätere Mitangeklagte C an der Tat, deretwegen ermittelt wurde, beteiligt war, wurde C durch die Polizei nicht als Beschuldigter sondern nur als Zeuge vernommen. Dementsprechend wurde er auch nicht über sein Aussageverweigerungsrecht sondern nur gem. § 55 II StPO über sein Auskunftsverweigerungsrecht belehrt. Später wurde er dann doch als Beschuldigter vernommen und entsprechend belehrt. Eine Belehrung darüber, dass seine bisherigen Angaben nicht verwertet werden könnten (sog. "qualifizierte" Belehrung) erfolgte jedoch nicht.

Das Landgericht Arnsberg war bei seinem Urteil davon ausgegangen, dass sowohl die Angaben, die der C bei seiner ersten Vernehmung (als Zeuge) als auch die Angaben des C bei seiner späteren Vernehmung (als Beschuldigter) einem Verwertungsverbot unterlagen und hatte sie dementsprechend nicht verwertet. Auf die Revision der Staatsanwaltschaft hin hob der BGH das Urteil auf, da zumindest diejenigen Angaben, die C nach erfolgter Belehrung gemacht hatte, hätten verwertet werden können (und müssen).

**Prüfungsrelevanz:**

Die Prüfung der Voraussetzungen für ein Beweisverwertungsverbot, insbesondere wegen Verstoßes gegen eine Belehrungspflicht, stellt im zweiten Examen einen absoluten Standardstoff dar, der in sämtlichen denkbaren Klausurvarianten (Abschlussverfügung der StA, Urteil und Revision) sowie in Aktenvorträgen und im Prüfungsgespräch relevant werden kann. Auch im ersten Examen treten Fragen zu Beweisverwertungsverboten in mündlichen Prüfungen oder als Zusatzfragen in Klausuren häufiger auf.

Gem. § 136 I 2 StPO ist der Beschuldigte bei seiner ersten richterlichen Vernehmung insbesondere darüber zu belehren, dass es ihm freisteht, nicht zur Sache auszusagen. Gem. § 163a III 2, IV 2 StPO gilt dies entsprechend bei einer staatsanwaltschaftlichen oder polizeilichen Vernehmung. Diese Belehrungspflicht gilt allerdings nur bei Vernehmung des Beschuldigten. Ein Zeuge oder ein Verdächtiger, der (noch) nicht Beschuldigter ist, braucht nicht entsprechend belehrt zu werden. Entscheidende Bedeutung für das Bestehen einer Belehrungspflicht erlangt also die Frage, ab welchem Zeitpunkt eine Person Beschuldigter ist (vgl. hierzu die Darstellung bei Meyer-Goßner, Einl. Rn 76

ff.). Die Beschuldigteneigenschaft setzt - subjektiv - einen Verfolgungswillen der Staatsanwaltschaft voraus, der sich - objektiv - in einem Willensakt manifestieren muss (BGHSt 38, 214, 228; BGH, NJW 2007, 2706, 2707 = RA 2007, 614, 617). Ein solcher Willensakt liegt auf jeden Fall dann vor, wenn ein förmliches Ermittlungsverfahren eingeleitet oder eine Maßnahme gegen die Person veranlasst wird, die nur gegen den Beschuldigten zulässig ist, z.B. eine körperliche Untersuchung, § 81a StPO. Auch Maßnahmen, die an einen (dringenden) Tatverdacht anknüpfen wie eine Durchsuchung zur Auffindung von Beweismitteln, § 102 StPO, begründen grundsätzlich eine Beschuldigteneigenschaft. Aus einer bloßen Vernehmung einer Person kann allerdings nicht ohne weiteres darauf geschlossen werden, dass diese als Beschuldigter anzusehen ist, da auch ein Verdächtiger, der kein Beschuldigter ist, vernommen werden kann (vgl. §§ 55, 60 Nr. 2 StPO). Ein Verdächtiger muss aber - anders als ein Beschuldigter - nicht gem. §§ 136 I 2, 163a III 2, IV 2 StPO belehrt werden. Der BGH betont insofern stets, dass die Frage, ob sich ein Tatverdacht bereits so weit verdichtet hat, dass eine Person als Beschuldigter einer bestimmten Tat anzusehen ist, der pflichtgemäßen Beurteilung der Strafverfolgungsbehörde unterliege. Bei der insofern gebotenen Abwägung aller Umstände des Einzelfalles komme es insbesondere darauf an, ob der Tatverdacht auf hinreichend gesicherten Erkenntnissen des Einzelfalles oder lediglich auf kriminalistischer Erfahrung beruhe. Sei der Tatverdacht jedoch so stark, dass die Behörde anderenfalls willkürlich die Grenzen ihres Beurteilungsspielraums überschreiten würde, sei es jedoch verfahrensfehlerhaft, wenn sie dennoch den Betroffenen als Zeugen und nicht als Beschuldigten vernehme (BGHSt 38, 224, 228; BGH, NStZ 2004, 268; NJW 2007, 2706, 2708 = RA 2007, 614, 617). Im vorliegenden Fall hat der BGH es deshalb als verfahrensfehlerhaft angesehen, dass C als Zeuge und nicht als (Mit-) Beschuldigter vernommen wurde, weil die Strafverfolgungsbehörden aufgrund früher gewonnener Erkenntnisse bereits zweifelsfrei wussten, dass C am Tatort war und mit dem anderen Beschuldigten gemeinsam Beute machen wollte, sodass sich eine Beteiligung des C an der Tat, die Gegenstand des Ermittlungsverfahrens war, aufgedrängt hätte.

Ist ein Beschuldigter, der seine Rechte nicht kannte, zu Unrecht nicht belehrt worden, so können - bei entsprechendem Widerspruch des Beschuldigten in der Hauptverhandlung - seine in dieser Vernehmung gemachten Angaben nicht verwertet werden, selbst wenn die Belehrung nachgeholt wird (BGHSt 38, 214, 224 f.; 47, 172, 173; 51, 367, 376; Meyer-Goßner, § 136

Rn 20).

Wird der Beschuldigte nach der ersten Vernehmung noch einmal vernommen, so ist er nicht nur über seine Rechte gem. § 136 I 2 StPO zu belehren, sondern auch darüber, dass seine bisherigen Angaben nicht verwertet werden können (sog. "qualifizierte" Belehrung; BGH, StV 2007, 450, 452; Löwe/Rosenberg-Gleß, § 136 Rn 106). Fraglich ist insofern, ob eine neue Aussage des Beschuldigten trotz Unterbleibens der "qualifizierten" Belehrung verwertbar bleibt. In der Literatur wird dies teilweise abgelehnt (Roxin, JR 2008, 16, 18; Meyer-Goßner, § 136 Rn 9). Der BGH setzt im vorliegenden Urteil seine bisherige Rechtsprechung (vgl. BGH, StV 2007, 450, 452) fort, dass beim Unterlassen einer qualifizierten Belehrung anhand einer Abwägung im Einzelfall zu ermitteln ist, ob weitere Angaben des Beschuldigten verwertbar bleiben. Diese Wertung präzisiert der BGH vorliegend insoweit als er klarstellt, dass bei einer solchen Abwägung vor allem auf das Gewicht des Verfahrensverstößes abzustellen und dabei insbesondere zu berücksichtigen sei, ob die Vernehmung als Zeuge in bewusster Umgehung der Belehrungspflichten erfolgt sei. Darüber hinaus sei maßgeblich darauf abzustellen, ob sich aus den Umständen des Falles ergebe, dass der Vernommene davon ausgegangen sei, von seinen vor der Beschuldigtenbelehrung gemachten Angaben als Zeuge bei seiner weiteren Vernehmung als Beschuldigter nicht mehr abrücken zu können, was insbesondere dann anzunehmen sei, wenn sich die Beschuldigtenvernehmung inhaltlich als bloße Wiederholung oder Fortsetzung der in der Zeugenvernehmung gemachten Angaben darstelle. Dies hat der BGH im vorliegenden Fall jedoch verneint und ist deshalb von der Verwertbarkeit der späteren Angaben ausgegangen.

#### **Vertiefungshinweise:**

- Zu den Voraussetzungen für die Beschuldigteneigenschaft: *BGHSt* 10, 8; 17, 128; 37, 48; 38, 214; *BGH*, *NJW* 1994, 2904; 1996, 2663; 1997, 1591; 2007, 2706 = *RA* 2007, 614; *NStZ-RR* 2002, 67; 2004, 368; *Roxin*, *JR* 2008, 17; ; *Satzger*, *JZ* 2001, 643; *Störmer*, *ZStW* 108, 521; *Trüg*, *StraFo* 2005, 202
- Zum Erfordernis einer "qualifizierten" Belehrung und den Rechtsfolgen bei deren Fehlen: *BGH*, *StV* 2007, 450; *LG Bamberg*, *NStZ-RR* 2006, 311; *Neuhaus*, *NStZ* 1997, 315; *Roxin*, *JR* 2008, 16

#### **Kursprogramm:**

- Examenskurs*: "Wenn Richter träumen..."
- Assessorkurs*: "Der Maxi-Markt"

#### **Leitsätze:**

##### **1. Wird ein Tatverdächtiger zunächst zu Unrecht**

**als Zeuge vernommen, so ist er wegen des Belehrungsverstoßes (§ 136 Abs. 1 Satz 2 StPO) bei Beginn der nachfolgenden Vernehmung als Beschuldigter auf die Nichtverwertbarkeit der früheren Angaben hinzuweisen ("qualifizierte" Belehrung).**

**2. Unterbleibt die "qualifizierte" Belehrung, sind trotz rechtzeitigen Widerspruchs die nach der Belehrung als Beschuldigter gemachten Angaben nach Maßgabe einer Abwägung im Einzelfall verwertbar.**

**3. Neben dem in die Abwägung einzubeziehenden Gewicht des Verfahrensverstößes und des Sachaufklärungsinteresses ist maßgeblich darauf abzustellen, ob der Betreffende nach erfolgter Beschuldigtenbelehrung davon ausgegangen ist, von seinen früheren Angaben nicht mehr abrücken zu können [im Anschluss an BGH, Urteil vom 3. Juli 2007 – 1 StR 3/07 = StV 2007, 450, 452].**

#### **Sachverhalt:**

Die Angeklagten Sch, T und C fassten im Verlauf des 30. Mai 2007 den Entschluss, durch einen Überfall auf den Kiosk der Eheleute S zu Geld zu kommen, um sich anschließend Kokain zu besorgen. Sie vereinbarten, dass ein Messer eingesetzt werden sollte, um damit den Kioskinhaber S bedrohen zu können. In diesem Zusammenhang forderte der Angeklagte T den Angeklagten Sch auf, aus seiner Wohnung ein Messer zu holen, das lang und spitz sein müsse, weil das stark übergewichtige Opfer so dick sei. Dementsprechend holte der Angeklagte Sch aus seiner Wohnung ein Steakmesser mit 12,5 cm langer, spitz zulaufender und einseitig gezahnt geschliffener Klinge. Sodann rief absprachegemäß der Angeklagte C den mit ihm befreundeten Angeklagten A an und bat ihn, mit dem Pkw zu ihnen zu kommen, was A auch tat. Gemeinsam fuhren sie dann am Kiosk der Eheleute S vorbei, wobei A erst zu diesem Zeitpunkt in den Tatplan eingeweiht wurde. Ob dabei auch über das Messer und dessen geplante Verwendung gesprochen wurde, vermochte das Landgericht nicht festzustellen. Der Angeklagte A stellte den Pkw in der Nähe des vorgesehenen Tatortes ab und verblieb beim Fahrzeug, während die drei anderen Angeklagten auf dem Weg zum Kiosk die konkreten Einzelheiten der bis dahin nur grob geplanten Tat besprachen. Der Angeklagte T überredete den Angeklagten Sch, den Kioskbetreiber S mit dem Messer "in Schach zu halten" und ihm "auf die Ohren zu boxen", falls dieser anfangs zu schreien. Der Angeklagte Sch traf als erster auf den Kioskbetreiber S, als dieser sich gerade vor seinem Kiosk befand. Kurz bevor der Angeklagte Sch ihn erreichte, richtete sich S auf und drehte sich mit dem Oberkörper in Richtung des Angeklagten. Dieser "stach - enthemmt von dem fortdauernden Verlangen nach weiteren Drogen und überrascht und überfordert davon, dass der

Geschädigte sich plötzlich in seine Richtung drehte - ungezielt mit nicht erheblichem Kraftaufwand auf den Geschädigten ein. Er fühlte sich dabei 'wie im Film'. Der Stich drang knapp oberhalb der rechten Gesäßhälfte maximal 3 cm in dessen Rücken ein. "Aus Panik und Überforderung mit der Situation" stach der Angeklagte Sch mindestens drei weitere Male ungezielt auf sein Opfer ein, das blutüberströmt zu Boden sank. S erlitt eine mindestens 15 cm tiefe Stichwunde im Epigastrium mit Penetration des Bauchfells sowie Eröffnung der Bauchhöhle mit linksseitiger Verletzung der Leber, ferner einen ca. 6 cm tiefen Stich in den rechten Brustkorb sowie einen ca. 3 cm tiefen Stich in den linken Unterbauch; er verlor noch am Tatort 1,5 bis 2 Liter Blut. "Bei sämtlichen Stichen hatte der Angeklagte Sch nicht den Tod des Geschädigten gewollt und nicht billigend in Kauf genommen und auch diese Möglichkeiten nicht in sein Bewusstsein aufgenommen". Während dessen begab sich der Angeklagte T durch die seitliche Eingangstür in den Kiosk, gefolgt von dem Angeklagten C. Dabei trafen die Angeklagten auf die Ehefrau des Geschädigten, die auf die Hilferufe ihres Mannes aus ihrem Wohnhaus in den angrenzenden Kiosk geeilt war. Auf ihren Zuruf: "Was wollt ihr hier? Macht, dass ihr rauskommt!" flüchteten beide Angeklagte aus dem Kiosk und rannten mit dem Angeklagten Sch weg. Der Angeklagte A hatte das Geschehen aus der Nähe beobachtet. Ihm war bewusst, dass die Ausführung des Raubes gescheitert war. Deshalb rannte er zu seinem Pkw und fuhr davon; er erhielt aber kurz darauf einen Anruf des Angeklagten C, holte ihn ab und fuhr ihn nach Hause. Der blutüberströmt vor dem Kiosk liegende Geschädigte wurde von der Fahrerin eines vorbeifahrenden Linienbusses bemerkt, die den Notarzt und die Polizei verständigte. Die Stichverletzungen waren nicht unmittelbar lebensbedrohlich.

### **Aus den Gründen:**

#### *I. Entscheidung des Landgerichts; Rechtsmittel*

[1 -3] Das Landgericht hat die Angeklagten Sch, T und C jeweils des (gemeinschaftlich begangenen) versuchten schweren Raubes, den Angeklagten Sch darüber hinaus der tateinheitlich begangenen gefährlichen Körperverletzung, für schuldig befunden. Den Angeklagten Sch hat es zu einer Jugendstrafe von vier Jahren und sechs Monaten, den Angeklagten T zu einer Jugendstrafe von vier Jahren und den Angeklagten C zu einer Jugendstrafe von drei Jahren verurteilt. Gegen den Angeklagten A hat das Landgericht wegen Beihilfe zum (gemeinschaftlich begangenen) versuchten schweren Raub eine Jugendstrafe von einem Jahr verhängt, deren Vollstreckung es zur Bewährung ausgesetzt hat. Ferner hat das Landgericht ein Messer und einen Kabelschlagstock eingezogen. Gegen dieses Ur-

teil wendet sich die Staatsanwaltschaft mit ihren auf die Verletzung formellen und materiellen Rechts gestützten Revisionen, mit denen sie beanstandet, dass das Landgericht die Angeklagten nicht auch wegen eines versuchten Tötungsdelikts bzw. der Beteiligung daran für schuldig befunden hat. Die Angeklagten T und C rügen mit ihren Revisionen ebenfalls die Verletzung formellen und materiellen Rechts. Der Angeklagte C greift insoweit insbesondere die Beweiswürdigung und die Strafzumessung des angefochtenen Urteils an. Die Revisionen der Staatsanwaltschaft haben Erfolg. Dagegen erweisen sich die Revisionen der Angeklagten T und C als offensichtlich unbegründet im Sinne des § 349 Abs. 2 StPO. [...]

#### *II. Revision der Staatsanwaltschaft*

[4, 5] Die Beschwerdeführerin hat schon mit ihren Verfahrensbeschwerden Erfolg. Mit diesen beanstandet sie, dass das Landgericht entgegen den Anträgen der Staatsanwaltschaft die Kriminalbeamten Schu und B sowie den Richter am Amtsgericht J nicht als Zeugen zu den Angaben der Angeklagten C und A bei ihren Vernehmungen am 21. Juni 2007 vernommen und diese Angaben auch nicht verwertet hat. Daraus hätte sich ergeben, dass unter den Angeklagten Sch, T und C von vornherein abgesprochen worden war, das mitgeführte Tatmesser gegen den Geschädigten S einzusetzen, und der Angeklagte A hiervon auch wusste.

[6] Das Landgericht hat insoweit ein Beweiserhebungsverbot angenommen, weil die Polizeibeamten die Angeklagten C und A trotz gegen sie bereits bestehenden Tatverdachts als Zeugen vernommen und deshalb nicht ordnungsgemäß nach § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO belehrt hätten. Auch habe der Kriminalbeamte Schu den Angeklagten C im späteren Verlauf der Vernehmung ebenso wie der Ermittlungsrichter die beiden Angeklagten zwar als Beschuldigte belehrt; die Vernehmungspersonen hätten dabei aber den Hinweis auf die Unverwertbarkeit der bei den Vernehmungen als Zeugen gemachten Angaben unterlassen ("qualifizierte" Belehrung; vgl. Meyer-Goßner StPO 51. Aufl. § 136 Rdn. 9 m.N.).

[7] Die deshalb unterbliebene Beweiserhebung zu den Angaben der Angeklagten C und A im Ermittlungsverfahren rügt die Beschwerdeführerin im Ergebnis zu Recht.

#### *1. Zur Verwertbarkeit der Angaben des Angeklagten C*

[8] Allerdings ist die Strafkammer zutreffend davon ausgegangen, dass der Angeklagte C bereits auf Grund der Auswertung des von ihm noch in der Tatnacht mit dem Mitangeklagten T geführten SMS-Verkehrs der Tatbeteiligung verdächtig war und er deshalb bereits zu Beginn seiner polizeilichen Vernehmung als Beschuldigter hätte belehrt werden müssen, auch wenn gegen ihn noch kein Ermittlungsverfahren eingeleitet

war und er nicht die Stellung eines formell Beschuldigten hatte.

*a) Zur Beschuldigteneigenschaft des C im Zeitpunkt der polizeilichen Vernehmung*

[9] Zwar begründet nicht jeder Tatverdacht bereits die Beschuldigteneigenschaft mit der Folge einer entsprechenden Belehrungspflicht; vielmehr kommt es auf die Stärke des Tatverdachts an. Es obliegt der Strafverfolgungsbehörde, nach pflichtgemäßer Beurteilung darüber zu befinden, ob ein Tatverdacht sich bereits so verdichtet hat, dass die vernommene Person ernstlich als Täter oder Beteiligter der untersuchten Straftat in Betracht kommt (st. Rspr.; BGHSt 37, 48, 51 f.; 51, 367, 371; Senatsurteil vom 25. Februar 2004 - 4 StR 475/03). Falls der Tatverdacht aber so stark ist, dass die Strafverfolgungsbehörde anderenfalls willkürlich die Grenzen ihres Beurteilungsspielraums überschreiten würde, ist es verfahrensfehlerhaft, wenn der Betreffende dennoch als Zeuge und nicht als Beschuldigter vernommen wird (vgl. BGHSt aaO).

[10] So verhält es sich hier hinsichtlich des Angeklagten C. Denn aus der Auswertung der SMS-Nachrichten und der Erklärung des C anlässlich der Durchsuchung am frühen Morgen noch vor Beginn seiner Zeugenvernehmung, er habe die fraglichen SMS-Nachrichten an den Mitangeklagten T versandt, ergab sich bereits zweifelsfrei, dass außer T auch der Angeklagte C am Tatort gewesen war und sie dort gemeinsam hatten Beute machen wollen. Zu Recht hat deshalb das Landgericht - nach Widerspruch - ein Beweiserhebungs- und Verwertungsverbot jedenfalls hinsichtlich der Angaben des Angeklagten C angenommen, die dieser bei seiner Vernehmung durch den Kriminalbeamten Schu vor der Beschuldigtenbelehrung als Zeuge gemacht hat (st. Rspr.; BGHSt 38, 214, 224 f.; 47, 172, 173 a.E.). Denn der Verstoß gegen die Belehrungspflicht wurde nicht dadurch geheilt, dass der Angeklagte C anschließend nach § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO belehrt wurde und danach erneut aussagte (BGHSt 51, 367, 376 m. Anm. Roxin JR 2008, 16 ff.).

*b) Zur Verwertbarkeit der nach erfolgter Belehrung gemachten Angaben*

[11] Daraus folgt jedoch noch nicht ohne Weiteres, dass auch die Angaben, die der Angeklagte C im Ermittlungsverfahren nach erfolgter Beschuldigtenbelehrung gemacht hat, einem Beweiserhebungs- und Verwertungsverbot unterlagen.

*aa) Zum Erfordernis einer qualifizierten Belehrung*

[12] Allerdings hätte der Angeklagte C - was nicht erfolgt ist - bei Beginn der Beschuldigtenvernehmung zusammen mit der Belehrung nach § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO darauf hingewiesen werden müssen, dass wegen

der bisher unterbliebenen Belehrung als Beschuldigter die vorangehende Zeugenaussage unverwertbar sei (vgl. BGH, Urteil vom 3. Juli 2007 - 1 StR 3/07, StV 2007, 450, 452, insoweit in BGHSt 51, 367 nicht abgedruckt; ferner BGH, Urteil vom 19. September 2000 - 1 StR 205/00 [der 1. Strafsenat ersichtlich unter Abweichung von seiner Entscheidung BGHSt 22, 129]; Diemer in KK-StPO 6. Aufl. § 136 Rdn. 27 m.w.N.; Gleß in Löwe-Rosenberg StPO 26. Aufl. § 136 Rdn. 106; Lesch in KMR StPO § 136, Rdn. 28; Roxin aaO S. 17; wohl auch Meyer-Goßner aaO § 136 Rdn. 9 m.w.N.).

[13] Das Recht zu schweigen und das Recht, sich nicht selbst belasten zu müssen ("nemo tenetur"-Grundsatz), gehören zum "Kernstück des von Art. 6 Abs. 1 EMRK garantierten fairen Verfahrens" (EGMR NJW 2002, 499, 501; JR 2005, 423 m. Anm. Gaede; dazu weiter BGHSt - GS - 42, 139, 151 ff.). Gerade deshalb muss die rechtsstaatliche Ordnung Vorkehrungen in Form einer "qualifizierten" Belehrung treffen, die verhindert, dass ein Beschuldigter auf sein Aussageverweigerungsrecht nur deshalb verzichtet, weil er möglicherweise glaubt, eine frühere, unter Verstoß gegen die Belehrungspflicht zustande gekommene Selbstbelastung nicht mehr aus der Welt schaffen zu können (Roxin aaO). Zwar ergibt sich ein gewisser Widerspruch insofern, als die Rechtsprechung bislang bei den - schwerer wiegenden - Verstößen nach § 136 a StPO eine solche "qualifizierte" Belehrung nicht verlangt (vgl. Meyer-Goßner aaO § 136 a Rdn. 30 m.N.); ob daran festzuhalten ist, hat der Senat hier jedoch nicht zu entscheiden.

*bb) Zu den Rechtsfolgen beim Verstoß gegen die Pflicht zur "qualifizierten" Belehrung*

[14] Der Verstoß gegen die Pflicht zur "qualifizierten" Belehrung hat allerdings nicht dasselbe Gewicht wie der Verstoß gegen die Belehrung nach § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO. Deshalb ist in einem solchen Fall die Verwertbarkeit der weiteren Aussagen nach erfolgter Beschuldigtenbelehrung nach neuerer Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs durch Abwägung im Einzelfall zu ermitteln (BGH, Urteil vom 3. Juli 2007 - 1 StR 3/07, StV 2007, 450, 452; krit. dazu Roxin aaO S. 17; Meyer-Goßner aaO § 136 Rdn. 9 a.E.).

[15] Bei einer solchen Abwägung ist zum einen auf das Gewicht des Verfahrensverstößes abzustellen und dabei insbesondere zu berücksichtigen, ob die Vernehmung als Zeuge - wofür hier nichts spricht - in bewusster Umgehung der Belehrungspflichten erfolgt ist; weiter muss das Interesse an der Sachaufklärung Beachtung finden (vgl. BGH, Urteil vom 3. Juli 2007 aaO; BGHSt 42, 139, 157 [Hörfalle]; 47, 172, 179 f.; BGH NJW 2007, 3138, 3142). Darüber hinaus ist maßgeblich darauf abzustellen, ob sich aus den Umständen des Falles ergibt, dass der Vernommene da-

von ausgegangen ist, von seinen vor der Beschuldigtenbelehrung gemachten Angaben als Zeuge bei seiner weiteren Vernehmung als Beschuldigter nicht mehr abrücken zu können. Dies wird insbesondere dann anzunehmen sein, wenn sich die Beschuldigtenvernehmung inhaltlich als bloße Wiederholung oder Fortsetzung der in der Zeugenvernehmung gemachten Angaben darstellt. So verhält es sich hier jedoch nicht. Denn der Angeklagte C hat nach seiner Belehrung als Beschuldigter gerade nicht seine früheren Angaben lediglich im Wesentlichen wiederholt. Er hat auch nicht nur weiterhin - nunmehr allerdings detailliert - die Mitangeklagten Sch und T belastet. Vielmehr hat er erstmals auch sich selbst massiv belastende Angaben gemacht, denen zufolge Sch das Opfer "auf jeden Fall abstechen" sollte und ihm, C, "absolut klar (war), dass der Mann dabei sterben kann". Angesichts dessen liegt die Annahme eher fern, dass sich der Angeklagte C seiner Entscheidungsfreiheit nach ordnungsgemäßer Beschuldigtenbelehrung nicht bewusst war und dass deshalb der ursprüngliche Belehrungsverstoß fortwirkte. Jedenfalls spricht danach die - vom Landgericht unterlassene - Abwägung hier gegen das von der Jugendkammer angenommene Beweiserhebungs- und -verwertungsverbot hinsichtlich der nach erfolgter Beschuldigtenbelehrung gemachten Angaben des Angeklagten C; das Gericht hätte deshalb den entsprechenden Anträgen der Staatsanwaltschaft auf Vernehmung des Kriminalbeamten Schu und des Ermittlungsrichters stattgeben müssen.

*2. Zur Verwertbarkeit der Angaben des Angeklagten A* [16] Soweit die Beschwerdeführerin die unterbliebene Beweiserhebung und -verwertung hinsichtlich der Angaben des Angeklagten A beanstandet, die dieser bei seinen Vernehmungen als Zeuge durch den Kriminalbeamten B am 21. Juni 2006 und nachfolgend als Beschuldigter bei seiner richterlichen Vernehmung am selben Tage gemacht hat, dringt die Rüge schon deshalb durch, weil der vom Landgericht auch insoweit angenommene Belehrungsverstoß nicht vorliegt. Anders als bei dem Angeklagten C bestand gegen ihn bei seiner zeugenschaftlichen Vernehmung noch kein solcher Verdacht der Beteiligung an dem Überfall auf den Kiosk, dass nach den aufgezeigten Maßstäben der vernehmende Beamte die Grenzen seines Beurteilungsspielraums willkürlich überschritt, indem er den Angeklagten A nicht von vornherein als Beschuldigten vernahm (vgl. BGH NStZ 2008, 48). Denn bezüglich A stand selbst nach Auswertung der zwischen den Angeklagten C und T ausgewerteten SMS-Nachrichten vom Tattag nur fest, dass er Anschlussinhaber des von dem Angeklagten C benutzten Mobil-Telefons war. Das allein genügte jedoch nicht, um einen hinreichenden Tatverdacht der Beteiligung an dem Überfall gegen ihn zu begründen. Wie der Generalbundesan-

walt zutreffend dargelegt hat, musste der Vernehmungsbeamte auch nicht unter dem Gesichtspunkt einer Strafbarkeit nach § 138 StGB zu einer Beschuldigtenvernehmung übergehen, nachdem der Angeklagte seine Anwesenheit am Tatort eingeräumt hatte. Denn A hatte weiter angegeben, er habe mit der Sache nichts zu tun haben wollen und habe noch versucht, den Anderen die Tat auszureden. Insoweit war die erfolgte Belehrung nach § 55 StPO durch den Vernehmungsbeamten ausreichend, um den Angeklagten vor einer übereilten, sich selbst belastenden Aussage zu schützen (vgl. BGH aaO). Hinderungsgründe, die der Beweisaufnahme und der Verwertung seiner Angaben im Ermittlungsverfahren entgegengestanden hätten, lagen danach nicht vor.

*3. Zum Beruhen des Urteils auf dem Verfahrensfehler* [17] Auf der unterbliebenen Beweiserhebung zu den Angaben des Angeklagten C nach seiner Belehrung als Beschuldigter und denjenigen des Angeklagten A im Ermittlungsverfahren beruht das angefochtene Urteil (§ 337 StPO). Denn es liegt nahe, dass der Tatrichter, hätte er die Vernehmungspersonen gehört und die betreffenden Angaben der Angeklagten verwertet, sich entgegen der Beweismwürdigung im angefochtenen Urteil die Überzeugung verschafft hätte, dass es dem Plan der Angeklagten entsprach, dass der Angeklagte Sch auf den Geschädigten S auch um den Preis seines Todes einstecken sollte.

*4. Zur Erstreckung eines Beweisverwertungsverbotes auf Mitangeklagte*

[18] Dringen die Verfahrensbeschwerden der Staatsanwaltschaft somit schon deshalb durch, weil das Landgericht zu Unrecht Angaben der Angeklagten C und A im Ermittlungsverfahren für unverwertbar erachtet hat, braucht der Senat nicht zu entscheiden, ob der Auffassung zu folgen ist, dass ein Verwertungsverbot wegen eines Verstoßes gegen die Belehrungspflicht jeweils nur zu Gunsten desjenigen Angeklagten wirkt, demgegenüber der Verstoß begangen wurde, nicht aber auch zu Gunsten von Mitbeschuldigten und Mitangeklagten (so aber BGH NStZ 1994, 595, 596; ebenso BGH wistra 2000, 311, 313; NJW 2002, 1279; zustimmend Diemer aaO § 136 Rdn. 26; Meyer-Goßner aaO § 136 Rdn. 20).

*III. Revisionen der Angeklagten T und C*

[19, 20] Die Überprüfung des angefochtenen Urteils auf Grund der Revisionsrechtfertigungen der beiden Beschwerdeführer hat keinen Rechtsfehler zum Nachteil dieser Angeklagten ergeben. Insoweit verweist der Senat zur Vermeidung von Wiederholungen auf die zutreffenden Ausführungen des Generalbundesanwalts in seinen Antragsschriften vom 14. Oktober 2008 nach § 349 Abs. 2 StPO.

**Standort: § 477 II 2 StPO****Problem: Verwertbarkeit von Zufallsfunden**

BGH, URTEIL VOM 27.11.2008  
3 STR 342/08 (NJW 2009, 791)

**Problemdarstellung:**

Gegen einen Zeugen war wegen des Verdachts auf Geldwäsche, § 261 StGB, ermittelt worden. In diesem Zusammenhang war gem. § 100a StPO sein Telefonanschluss überwacht worden. Hierbei wurde zwar der Verdacht gegen den Zeugen wegen Geldwäsche nicht bestätigt (das Verfahren wurde schließlich eingestellt), jedoch ergab sich aus den abgehörten Gesprächen, deren Inhalt jeweils protokolliert wurde, dass der Zeuge selbst Opfer eines Betruges in einem besonders schweren Fall, §§ 263 I, III 2 StGB, des Angeklagten war. Gegen diesen wurde später eine entsprechende Anklage erhoben. Das Landgericht Oldenburg sprach den Angeklagten jedoch frei, da es sich von dessen Schuld nicht überzeugen konnte. Die Protokolle der bei dem Zeugen abgehörten Gespräche verwertete das Landgericht nicht. Hierin sah die Staatsanwaltschaft einen Verstoß gegen § 244 StPO und legte gegen den Freispruch Revision ein, § 333 StPO, der der BGH stattgab.

**Prüfungsrelevanz:**

Auch in der vorliegenden Entscheidung (ebenso wie in dem Urteil des BGH vom 18.12.2008, Az.: 4 Str 455/08 in diesem Heft) geht es um die Verwertbarkeit von Beweismitteln. Im vorliegenden Fall liegt das Problem allerdings nicht darin, dass bei der Erhebung des Beweismittels irgendwelche Fehler (z.B. das Unterbleiben einer Belehrung) unterlaufen wären. Problematisch ist insofern, dass sich die gefundenen Erkenntnisse nicht aus einem Ermittlungsverfahren gegen den späteren Angeklagten ergaben, sondern aus einem solchen gegen einen Dritten, der sich später als Opfer der vom Angeklagten begangenen Tat erwies. Die Verwertbarkeit solcher "Zufallsfunde" ist zumindest im zweiten Examen in allen Prüfungsteilen immer wieder Gegenstand von Prüfungsaufgaben.

Gem. § 477 II 2 StPO dürfen Erkenntnisse aus einer Maßnahme in einem Ermittlungsverfahren in einem anderen Verfahren nur zur Aufklärung solcher Straftaten verwendet werden, zu deren Aufklärung eine entsprechende Maßnahme auch hätte angeordnet werden können. Im vorliegenden Fall ging es darum, ob Erkenntnisse aus einer Überwachung der Telekommunikation, § 100a StPO, zur Aufklärung eines Betruges in einem besonders schweren Fall, §§ 263 I, III 2 StGB, in einem anderen Verfahren verwendet werden können. Nach der derzeitigen Fassung der StPO ist eine Überwachung der Telekommunikation auch zur Auf-

klärung eines Betrugs in einem besonders schweren Fall möglich, § 100a I Nr. 1, II Nr. 1n) StPO, sodass § 477 II StPO eine Verwertung der im vorliegenden Fall gewonnenen Erkenntnisse erlauben würde. In dem Zeitpunkt, in dem die Telekommunikation des Zeugen überwacht wurde, waren jedoch die entsprechenden StPO-Vorschriften noch anders und eine Überwachung der Telekommunikation zur Aufklärung eines Betrugs in einem besonders schweren Fall unzulässig, § 100a StPO a.F., sodass solche Zufallsfunde in einem anderen Verfahren zur Aufklärung einer Tat gem. §§ 263 I, III 2 StGB nicht hätten verwertet werden können (§ 100b V StPO a.F. entsprach § 477 II 2 StPO).

In der vorliegenden Entscheidung führt der BGH allerdings seine bisherige Rechtsprechung fort, nach der bei einer nachträglichen Änderung der StPO das später geltende Verfahrensrecht Anwendung findet (BGHSt 22, 321, 325; 26, 288, 289; 46, 310, 317 ff.; Löwe/Rosenberg-Kühne, Einl. Abschnitt F Rn 22; Knierim, StV 2008, 599, 600). Für den vorliegenden Fall begründet der BGH dies vor allem damit, dass eine Verletzung der Rechte des Angeklagten (insb. des Fernmeldegeheimnisses, Art. 10 GG) nicht bereits durch die Abhörmaßnahme gegeben sein könne, da diese sich ja gegen den Zeugen richtete, sondern allenfalls durch die Verwertung der Erkenntnisse in der gegen den Angeklagten gerichteten Hauptverhandlung. Dann müsse aber auch die Rechtslage in diesem Zeitpunkt maßgeblich sein.

**Vertiefungshinweise:**

Zur Verwertbarkeit von Zufallsfunden: BGHSt 26, 298; 28, 122; 32, 10; BGH, wistra 1991, 146; OLG Karlsruhe, NJW 2004, 2687; Allgayer, NStZ 2006, 607; Bittmann, DRiZ 2007, 120; Kretschmer, StV 1999, 227; Zöller, StraFo 2008, 24

Zum geltenden Recht bei Änderung der StPO während eines Verfahrens: BGHSt 22, 321; 26, 288; 46, 310; Knierim, StV 2008, 599

**Kursprogramm:**

Assessorkurs: "Dr. Detering"

**Leitsatz:**

**Zur Verwertbarkeit von Zufallsfunden aus der Überwachung der Telekommunikation, wenn sich zwischen der Durchführung der Maßnahme und der Verwendung der gewonnenen Erkenntnisse die Anordnungsvoraussetzungen geändert haben.**

**Sachverhalt:**

Die Überwachung der Festnetzanschlüsse von H M

und [seiner Ehefrau] A M war in dem Ermittlungsverfahren gegen H M wegen des Verdachts der Geldwäsche durch Beschluss des Amtsgerichts Oldenburg vom 25. Januar 2006 angeordnet worden. Grundlage der Anordnung war die Erkenntnis der Strafverfolgungsbehörden, dass H M im Juli und Oktober 2005 jeweils 25.000 € in bar auf das Konto des Angeklagten eingezahlt hatte, die angesichts der Vermögenslage der Eheleute M vermutlich nicht von diesen stammen konnten. Der Verdacht beruhte auch darauf, dass H M im Januar 2006 bestätigte Bankschecks im Wert von ca. 100.000 €, gezogen auf die Royal Bank of Canada, zur Einreichung auf sein Konto vorgelegt hatte, in seiner polizeilichen Vernehmung indes keinen plausiblen wirtschaftlichen Hintergrund für die Begebung der Schecks an ihn zu benennen vermochte. Die genannten Überweisungen sind Gegenstand der gegen den Angeklagten erhobenen Betrugsvorwürfe zum Nachteil des H M und des K (Nr. 4a und Nr. 8a der Anklage).

Die Überwachung des Mobilfunkanschlusses von A M war in demselben Ermittlungsverfahren gegen H M wegen des Verdachts der Geldwäsche durch Beschluss des Amtsgerichts Oldenburg vom 31. Januar 2006 angeordnet worden, nachdem festgestellt worden war, dass H M auch diesen Anschluss zum Kontakt mit dem Angeklagten nutzte.

In Ausführung der Beschlüsse sind die 17 Telefongespräche, die zwischen dem 26. Januar 2006 und dem 23. März 2006 geführt worden sind, aufgezeichnet und hiervon Leseabschriften (TÜ-Protokolle) bzw. zusammenfassende Berichte der Kriminalpolizei über die Gesprächsinhalte gefertigt worden. Das gegen H M geführte Ermittlungsverfahren wegen Geldwäsche ist am 12. Oktober 2006 gem. § 170 Abs. 2 StPO eingestellt worden, weil die Ermittlungen ergeben hätten, "dass er selbst als Geschädigter anzusehen" sei. Demgemäß hat die Staatsanwaltschaft auch wegen Betrugs-taten zu seinem Nachteil im vorliegenden Verfahren im August 2006 Anklage gegen den Angeklagten erhoben. Am 22. Februar 2008 hat die Staatsanwaltschaft in der Hauptverhandlung die TÜ-Protokolle sowie die zusammenfassenden Berichte dem Gericht übergeben und deren Inaugenscheinnahme bzw. Verlesung beantragt.

#### **Aus den Gründen:**

[1] Das Landgericht hat den Angeklagten vom Vorwurf des Betruges in neun Fällen freigesprochen. Hiergegen richtet sich die Revision der Staatsanwaltschaft mit Verfahrensrügen und sachlichrechtlichen Beanstandungen. Das Rechtsmittel hat mit einer Aufklärungsrüge Erfolg.

#### *1. Rechtliche Würdigung des Landgerichts*

[2] Dem Angeklagten, der wegen vielfachen Betruges

derzeit eine langjährige Freiheitsstrafe verbüßt, an deren Ende die Vollstreckung von Sicherungsverwahrung notiert ist, liegt zur Last, während des Strafvollzuges die Zeugen E, M und K in neun Fällen durch Vortäuschung falscher Tatsachen zu Zahlungen von insgesamt mehr als 116.000 € an ihn bzw. an Dritte veranlasst zu haben, um sich dadurch eine nicht nur vorübergehende Einnahmequelle von einigem Umfang zu verschaffen. Das Landgericht hat festgestellt, dass vom Zeugen E und dessen Ehefrau sowie vom Zeugen M Zahlungen in dieser Höhe geleistet wurden. Der Zeuge M leitete dabei möglicherweise auch Gelder des Zeugen K weiter. Das Landgericht hat sich aber nicht davon überzeugen können, dass diese Zahlungen durch betrügerische Einwirkungen des Angeklagten auf die genannten Personen bewirkt worden waren.

#### *2. Rechtsmittel; Entscheidung des BGH*

[3 - 9] Mit einer Aufklärungsrüge wendet sich die Staatsanwaltschaft dagegen, dass das Landgericht es unterlassen hat, den Inhalt von 17 Telefongesprächen zwischen dem Angeklagten und dem Zeugen M sowie zwischen diesem und dem Zeugen K und anderen Personen in die Hauptverhandlung einzuführen. Die Rüge greift durch. Das vom Landgericht angenommene Beweisverwertungsverbot besteht nicht. [...]

#### *b. Zum Vorliegen der Voraussetzungen für eine Anordnung der Telekommunikationsüberwachung*

[10] Die Erkenntnisse über den Inhalt der Telefongespräche (die Kommunikationsdaten) sind in dem Ermittlungsverfahren gegen H M zulässig gewonnen worden, da bestimmte Tatsachen den Verdacht begründet hatten, dass dieser als Täter oder Teilnehmer eine Geldwäsche begangen oder zu begehen versucht hatte, und die Erforschung des Sachverhalts auf andere Weise wesentlich erschwert gewesen wäre (§ 100a Nr. 2 StPO a.F.). Dies ergibt sich zwar nicht aus den ermittelungsrichterlichen Anordnungsbeschlüssen, die sich in formelhaften Wendungen ohne näheren Tatsachenbezug erschöpfen, folgt aber aus den mit der Revisionsbegründung vorgelegten polizeilichen Ermittlungsberichten, die den Anordnungen zugrunde lagen (vgl. BGHSt 47, 362, 367 ff.).

#### *c. Zur Verwertbarkeit der gewonnenen Erkenntnisse*

[11] Die Inhalte der Telefonate sind in dem gegen den Angeklagten wegen des Vorwurfs des Betruges gerichteten Strafverfahren jedenfalls als sog. Zufallsfunde nach § 477 Abs. 2 Satz 2 StPO verwertbar. Danach dürfen die auf Grund der Telefonüberwachung (rechtmäßig) erlangten personenbezogenen Daten ohne Einwilligung der von der Maßnahme betroffenen Personen zur Aufklärung solcher Straftaten verwendet werden, zu deren Aufklärung eine solche Maßnahme nach der Strafprozessordnung hätte angeordnet werden dür-



fen. Dies ist hier der Fall:

[12] § 100a Abs. 2 Nr. 1 Buchst. n StPO erlaubt die Überwachung und Aufzeichnung der Telekommunikation beim tatsächengestützten Verdacht des Betruges im schweren Fall (§ 263 Abs. 3 Satz 2 StGB). Diese Regelung ist zwar erst am 1. Januar 2008 in Kraft getreten (Art. 16 des Gesetzes zur Neuregelung der Telekommunikationsüberwachung und anderer verdeckter Ermittlungsmaßnahmen sowie zur Umsetzung der Richtlinie 2006/24/EG vom 21. Dezember 2007 - TKÜG - BGBl I 3198) und galt deshalb im Zeitpunkt der Anordnung der Überwachungsmaßnahmen und ihrer Durchführung noch nicht. Hierauf kommt es indes entgegen der Auffassung des Landgerichts nicht an.

[13] Ändern sich im Verlauf eines anhängigen Strafverfahrens strafprozessuale Vorschriften, so ist für das weitere Verfahren grundsätzlich die neue Rechtslage maßgeblich (vgl. BGHSt 22, 321, 325; 26, 288, 289; 46, 310, 317 ff.). Dieser Grundsatz wird für die hier zu beurteilende Fallkonstellation durch folgende Überlegung bestätigt: Der Angeklagte war durch die im Verfahren gegen H M (rechtmäßig) angeordneten Telefonüberwachungen allenfalls mittelbar in seinen Rechten betroffen. Denn diese in Grundrechte eingreifende strafprozessualen Ermittlungsmaßnahmen richteten sich unmittelbar allein gegen den damaligen Beschuldigten und dessen Ehefrau, während der Angeklagte lediglich reflexartig als einer der Kommunikationspartner H Ms in seinen Rechten berührt wurde; soweit es sich um Telefonate zwischen den Zeugen M und K handelt, sind durch die Überwachung und Aufzeichnung der Gespräche Rechte des Angeklagten nicht einmal mittelbar beeinträchtigt. Der eigentliche, unmittelbare Eingriff in die Rechtssphäre des Angeklagten lag vielmehr erst darin, dass die Staatsanwaltschaft die durch die Telefonüberwachung gewonnenen Daten in das Verfahren gegen den Angeklagten einführte mit dem Begehren, sie zur Aufklärung des gegen diesen gerichteten Tatvorwurfs zu verwenden. In einer derartigen Verwendung der gewonnenen Daten liegt eine erneute Durchbrechung des Fernmeldegeheimnisses (vgl. BVerfGE 100, 313, 391 f.), die gesonderter rechtlicher Grundlage insbesondere deswegen bedarf, weil die Datenverwendung nunmehr der Strafverfolgung eines Dritten dienen soll, gegen den sich die ursprüngliche Anordnung der heimlichen Datengewinnung nicht gerichtet hatte. Diese rechtliche Grundlage war im Zeitpunkt der von der Staatsanwaltschaft begehrten Datenverwendung durch § 477 Abs. 2 Satz 2 StPO in Verbindung mit § 100a Abs. 2 Nr. 1 Buchst. n

StPO indes gegeben. Der vor dem 1. Januar 2008 bestehende Rechtslage, die die Verwendung der durch die Telefonüberwachung rechtmäßig erlangten Zufallsfunde zur Aufklärung eines Betrugs im besonders schweren Fall (§ 263 Abs. 3 Satz 2 StGB) nicht zuließ (vgl. § 100b Abs. 5 in Verbindung mit § 100a Abs. 1 StPO aF), kommt demgegenüber keine Bedeutung mehr zu. Ein berechtigtes Vertrauen des Angeklagten in die Fortgeltung dieses früheren Rechtszustands ist nicht anzuerkennen.

[14] Letztlich steht der Verwertung auch nicht entgegen, dass die Staatsanwaltschaft die Eheleute M im November 2006 von den gegen sie durchgeführten Telefonüberwachungsmaßnahmen unterrichtet und ihnen mitgeteilt hat, die erlangten Unterlagen würden vernichtet, dies indes in der Folgezeit unterblieben ist. Die Staatsanwaltschaft war berechtigt, von der Löschung der Daten abzusehen, da zeitgleich mit der Einstellung des Ermittlungsverfahrens gegen H M und damit noch vor der Unterrichtung der Eheleute M wegen desselben Sachverhalts ein Ermittlungsverfahren wegen des Verdachts der Geldwäsche gegen Rechtsanwalt B eingeleitet worden war, in dem die Erkenntnisse aus der Telefonüberwachung als Beweismittel unmittelbar hätten verwertet werden können (vgl. § 100b Abs. 6 StGB aF; § 101 Abs. 8 StPO nF). Dieses Verfahren ist erst nach dem Erlass des hier angegriffenen Urteils eingestellt worden.

[15] Nach alledem kann dahinstehen, ob es sich bei dem Verfahren gegen den Angeklagten, soweit es die betrügerische Erlangung der vom Zeugen M gezahlten Beträge von zweimal 25.000 € betrifft, überhaupt um ein im Verhältnis zu dem vormaligen Ermittlungsverfahren gegen den Zeugen M "anderes Strafverfahren" im Sinne von § 477 Abs. 2 Satz 2 StPO () handelt oder ob nicht vielmehr eine einheitliche Tat im prozessualen Sinn vorliegt, so dass jedenfalls in diesem Umfang die durch die Überwachung gewonnenen Beweisergebnisse ohne Einschränkung auch gegen den Angeklagten verwertet werden durften.

#### *d. Zur Gebotenheit der Vornahme der unterlassenen Beweiserhebung*

[16] Die unterlassene Beweiserhebung hat sich aufgedrängt, denn die von der Revision mitgeteilten Inhalte der Telefonate enthalten Indizien für ein mögliches täuschendes Verhalten des Angeklagten sowie dafür, dass die Gesprächsteilnehmer M und K nicht auf Seiten des Angeklagten in Betrugstaten verstrickt, sondern selbst Opfer von Täuschungen des Angeklagten gewesen sein können.

## Urteile in Fallstruktur

### Standort: Öffentliches Recht Problem: Anwesenheitsrecht der Polizei bei Versammlung

VGH MÜNCHEN, URTEIL VOM 15.07.2008  
10 BV 07.2143 (BAYVBL 2009, 16)

#### **Problemdarstellung:**

Im vorliegenden Fall ging es um die Frage, ob Polizeibeamte einer Ermächtigungsgrundlage bedürfen, wenn sie bei einer öffentlichen Versammlung in geschlossenem Raum anwesend sein wollen, und bejahendenfalls, worin diese liegen könnte.

A. Nach Art. 20 III GG ist die Verwaltung an Recht und Gesetz gebunden. Nach dem daraus ableitbaren "Vorbehalt des Gesetzes" darf sie also nicht ohne gesetzliche Grundlage handeln. Allerdings lässt sich Art. 20 III GG kein Totalvorbehalt entnehmen. Der Gesetzgeber könnte gar nicht alle täglichen Verwaltungsvorgänge antizipieren und erfassen. Vielmehr kann und muss er nur die wesentlichen Maßnahmen regeln (sog. "Wesentlichkeitstheorie" des BVerfG), während die Verwaltung Unwesentliches auch ohne gesetzliche Ermächtigung erledigen kann, solange sie dabei nicht gegen ein Gesetz verstößt (sog. "Vorrang des Gesetzes"). Wesentlich sind zunächst und vor allem Grundrechtseingriffe. Fraglich war also, ob die Anwesenheit von Polizisten auf einer Versammlung einen Grundrechtseingriff in Art. 8 I GG darstellt.

Dies wird z.T. mit dem Argument verneint, dass zu öffentlichen Versammlungen ohnehin jedermann Zutritt habe. Der VGH München folgt dem jedoch nicht. Die Polizei sei nicht als Teilnehmer der Versammlung anwesend, sondern handle hoheitlich. Teilnehmer üben ihr Grundrecht aus, während sich Art. 8 I GG gerade gegen die Polizei staatliche Stelle richte. Die Anwesenheit der Polizeibeamten sei somit ein (schlichthoheitlicher) Grundrechtseingriff, der einer gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage bedürfe.

B. Eine solche könnte in § 12 S. 2 VersG liegen, wonach Polizeibeamten ein angemessener Platz in einer Versammlung eingeräumt werden muss. Zu beachten ist jedoch der verfassungsrechtliche Hintergrund: § 12 VersG bezieht sich auf (öffentliche) Versammlungen in geschlossenen Räumen. Diese unterliegen - anders als Versammlungen unter freiem Himmel - gem. Art. 8 II GG jedoch keinem Gesetzesvorbehalt, sondern nur verfassungsimmanenten Schranken. Deshalb darf einfaches Recht wie § 12 VersG nicht ohne Weiteres, sondern nur zum Schutze kollidierenden Verfassungs-

rechts angewendet werden, etwa um Grundrechte Dritter zu schützen. Ist eine Beeinträchtigung kollidierender Verfassungsgüter hingegen - wie im vorliegenden Fall - nicht ersichtlich, könne auch § 12 VersG keine Anwendung finden. Der Rückgriff auf allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, genauer gesagt die landesrechtliche Generalklausel, sei ohnehin durch das VersG als *lex specialis* verwehrt (sog. "Polizeifestigkeit der Versammlung").

#### **Prüfungsrelevanz:**

Die vorliegende Entscheidung berührt eine besonders aktuelle Problematik, nämlich Grundrechtseingriffe durch schlicht-hoheitliches Handeln, und die damit zusammenhängenden Fragen nach der Notwendigkeit einer Ermächtigungsgrundlage für diese und - bejahendenfalls - die Suche nach einer solchen (vgl. die Vertiefungshinweise zu ähnlich gelagerten Fällen).

Ferner spielen Grundrechte, allgemeines Versammlungsrecht und Verfassungsrecht (Vorbehalt des Gesetzes) für die Falllösung eine Rolle. Dieses Amalgam aus verschiedenen Rechtsmaterien macht den vorliegenden Fall zu einem idealen Prüfungsstoff. Hinzu kommt, dass gerade das Versammlungsrecht besonders aktuell ist, weil die Länder Initiativen entfalten, von ihrer durch die Föderalismusreform neu gewonnenen Gesetzgebungskompetenz für das Versammlungsrecht Gebrauch zu machen (zum bereits in Kraft getretenen bayerischen VersG vgl. Scheidler, BayVbl 2009, 33).

Prozessual werden schlicht-hoheitliche Maßnahmen nachträglich über eine Feststellungsklage nach § 43 I 2. Fall VwGO angegriffen, eine Fortsetzungsfeststellungsklage gem. § 113 I 4 VwGO scheidet hingegen schon mangels VA-Charakters der Maßnahme aus. Zu den Zulässigkeitsvoraussetzungen, insbesondere dem Erfordernis eines qualifizierten Rechtsschutzinteresses bei erledigten Rechtsverhältnissen, siehe die nachfolgende Falllösung. Im Vorfeld einer drohenden Maßnahme käme ggf. vorläufiger Rechtsschutz nach § 123 I 1 VwGO - Erlass einer Sicherungsanordnung - in Betracht.

#### **Vertiefungshinweise:**

☐ Weitere Fälle schlicht-hoheitlichen Einschreitens gegen eine Versammlung: *OVG Lüneburg*, RA 2006,

364 = DÖV 2006, 122 (Gefährderanschreiben); *VG München*, RA 2000, 287 = NVwZ 2000, 461 (Sichtbehinderung durch Vorziehen eines Busses); *OVG Münster*, RA 2001, 322 = DVBl 2001, 839 (Einkesselung); *VG Lüneburg*, RA 2007, 38 = NJW 2006, 3299 (Straßensperre)

Zum Verhältnis von Versammlungsrecht und allg. Polizeirecht: *BVerfG*, RA 2005, 75 = NVwZ 2005, 80; *BVerwG*, RA 2000, 6 = BayVBl 1999, 632; *OLG Celle*, RA 2006, 270 = NVwZ-RR 2006, 254; *VGH Mannheim*, RA 2007, 705

Feststellungsklage gegen erledigten Realakt: *OVG Bremen*, RA 2004, 74 = NordÖR 2003, 457

#### **Kursprogramm:**

Examenskurs: "XYZ"

Examenskurs: "Kapitulation"

#### **Leitsatz:**

**Ein allgemeines voraussetzungsloses Anwesenheitsrecht der Polizei bei Veranstaltungen in geschlossenen Räumen ist von § 12 S. 1 VersG nicht gedeckt.**

#### **Sachverhalt:**

Der Kläger veranstaltete in einem Versammlungssaal in der Stadt S in Bundesland X eine Veranstaltung zum Thema "Im Blickpunkt: Was tun gegen Rechts? - Opfer stärken - Tätern Grenzen setzen". Für diese Veranstaltung hatte der Kläger im Internet und mit Flugblättern geworben. Vor Beginn der Veranstaltung erschienen in dem Veranstaltungsort zwei Polizeibeamte in Zivil, ohne sich dem Versammlungsleiter gegenüber zu erkennen zu geben. Der Kläger verweigerte den dennoch erkannten Beamten den Zutritt zu der Veranstaltung. Die beiden Polizeibeamten verließen den Veranstaltungsraum und kehrten etwa eine Stunde später - während der laufenden Veranstaltung - mit weiteren Beamten in Uniform zurück. Sie forderten den Kläger auf, ihnen den Zugang zu gewähren und einen Platz zuzuweisen.

Der Kläger unterbrach daraufhin seine Rede und führte in einem Vorraum des Versammlungssaales, der von diesem mit einer Schiebetür getrennt war, mit den Polizisten eine Diskussion über deren Zutrittsrecht. Die Polizeibeamten nahmen den Wortwechsel auf Tonträger auf. Nach einigem Hin und Her nahmen die beiden Polizeibeamten in Zivil schließlich im Veranstaltungsraum Platz. Der Kläger erklärte daraufhin die Veranstaltung für beendet, die Teilnehmer entfernten sich.

Der Kläger beantragt nunmehr die gerichtliche Feststellung, dass die Anwesenheit der Polizeibeamten in der Veranstaltung und die Aufnahme des Wortwechsels auf Tonband rechtswidrig gewesen sei. Er befürchte, bei ähnlicher Gelegenheit - er führe derartige

Veranstaltungen regelmäßig durch - wieder von der Polizei belästigt zu werden. Außerdem seien seine Grundrechte verletzt.

Das beklagte Land X meint hingegen, das Versammlungsgesetz erlaube die jederzeitige Anwesenheit von Polizisten nach § 12 VersG. Die Tonbandaufnahme sei notwendig gewesen, weil die Erfahrung lehre, dass die Äußerungen von Beamten von Veranstaltern später oftmals verfälscht wiedergegeben würden. Außerdem sei beabsichtigt gewesen, gegen den Kläger ein Ordnungswidrigkeitenverfahren einzuleiten, in dem die Aufnahme als Beweismittel hätte verwendet werden sollen.

Wie wird das Verwaltungsgericht (VG) entscheiden?

#### **Lösung:**

Das VG wird der Klage stattgeben, soweit sie zulässig und begründet ist.

#### *A. Zulässigkeit*

##### *I. Verwaltungsrechtsweg*

Um vor dem VG zulässig zu sein, müsste zunächst der Verwaltungsrechtsweg eröffnet sein. Dies richtet sich hier nach der Generalklausel des § 40 I 1 VwGO. Eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit in deren Sinne liegt vor, wenn die streitentscheidenden Normen dem öffentlichen Recht zuzuordnen sind. Dies ist wiederum der Fall, wenn sie zwingend einen Hoheitsträger als solchen berechtigen oder verpflichten. Hier findet das Versammlungsgesetz Anwendung, dessen Normen mit den Versammlungsbehörden ausschließlich Hoheitsträger berechtigen, also öffentlich-rechtlicher Natur sind.

Die Streitigkeit ist auch nichtverfassungsrechtlicher Art, da keine Verfassungsorgane um Verfassungsrecht, sondern Bürger und Behörde streiten. Abdrängende Sonderzuweisungen sind auch nicht ersichtlich, sodass der Verwaltungsrechtsweg eröffnet ist.

##### *II. Statthafte Klageart*

Die statthafte Klageart richtet sich nach dem Klägerbegehren, § 88 VwGO.

##### *1. Fortsetzungsfeststellungsklage*

In Betracht kommt zunächst eine Fortsetzungsfeststellungsklage in analoger Anwendung des § 113 I 4 VwGO. Diese ist statthaft, wenn sich ein Verwaltungsakt nach Klageerhebung erledigt. Hier ist die Erledigung spätestens mit dem Ende der Veranstaltung durch Zeitablauf eingetreten, also vor Klageerhebung. In diesen Fällen ist streitig, ob § 113 I 4 VwGO analog angewendet werden kann. Fraglich ist hier allerdings bereits, ob es sich bei der Anwesenheit der Polizisten und der Tonbandaufnahme überhaupt um

Verwaltungsakte i.S.d. § 35 VwVfG handelt. Zweifelhafte ist insbesondere, ob diese Maßnahmen auf unmittelbare Herbeiführung einer Rechtsfolge gerichtet waren, also Regelungsgehalt besaßen. Wäre dies nicht der Fall, schied eine Fortsetzungsfeststellungsklage in jedem Fall aus.

Körperliche Anwesenheit und das Aufnehmen des gesprochenen Wortes sind zunächst faktisch-reale Vorgänge. Sie begründen tatsächliche Folgen, keine rechtlichen. Nur wenn man davon ausginge, dass ihnen konkludent eine Duldungsverfügung innewohnte, wäre diese möglicherweise als Verwaltungsakt anzusehen. Das BVerwG hat eine solche konkludente Duldungsverfügung bei polizeilichen Realakten früher angenommen (BVerwGE 26, 161). Allerdings übersieht diese Ansicht, dass es hier - anders als bei anderen Formen konkludent erlassener Verwaltungsakte wie etwa Handzeichen bei der Verkehrsregelung - regelmäßig an einem entsprechenden Erklärungsbewusstsein der Polizeibeamten fehlt. Zudem wirft diese Ansicht Fragen nach der Bestimmtheit und Erkennbarkeit der Regelung für den Bürger auf. Ferner provoziert sie Bekanntgabeprobleme, etwa wenn der Bürger - wie es auch hier angesichts der Zivil tragenden Polizisten nicht auszuschließen war - gar nicht erkennt, dass es sich bei den Handelnden um Amtswalter handelt, oder er - wie etwa beim Abschleppen eines Pkw - bei Vornahme der Handlung gar nicht anwesend ist, sodass ihm auch keine Duldungsverfügung bekannt gegeben werden kann. Diese Auffassung ist somit abzulehnen (VG Weimar, RA 2000, 530 = NVwZ-RR 2000, 478; Kopp/Schenke, VwGO, § 42 Rn 33 m.w.N.).

Vielmehr handelt es sich bei der Anwesenheit der Polizisten und den Tonbandaufnahmen um Realakte, gegen die eine Fortsetzungsfeststellungsklage nicht einschlägig ist.

## 2. Feststellungsklage

Es könnte sich um eine Feststellungsklage nach § 43 I 2. Fall VwGO handeln. Dann müsste der Kl. das Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses geltend machen. Unter einem Rechtsverhältnis ist die konkrete, auf öffentlich-rechtlichen Normen beruhende Beziehung zwischen Personen zu verstehen. Dass das Vorgehen der Polizei hier auf dem Versammlungsgesetz und damit auf öffentlich-rechtlichen Normen beruht, wurde bereits ausgeführt. Beteiligte Personen sind hier der Kl. einerseits und die Polizeibeamten des Landes X andererseits. Dem Kl. geht es auch nicht um die abstrakte Klärung irgendwelcher Rechtsfragen, sondern um das konkrete Verhalten der Polizisten vor Ort anlässlich seiner Veranstaltung. Indem er ihnen die Berechtigung abspricht, Zutritt zu verlangen und das dabei gesprochene Wort auf Tonband aufzunehmen, begehrt er also das Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses

i.S.d. § 43 I 2. Fall VwGO. Dass dieses erledigt ist, steht dem nicht entgegen, da § 43 I VwGO nicht zwischen gegenwärtigen, vergangenen oder zukünftigen Rechtsverhältnissen differenziert.

*[Anm.: Der VGH widmet der Bestimmung der Klageart nur einen Satz: "Die Klage ist als Feststellungsklage gemäß § 43 I VwGO statthaft, da die angegriffene Maßnahme ein Realakt ist". Auf die "konkludente Duldungsverfügung" geht das Gericht gar nicht ein.]*

## III. Feststellungsinteresse

Allerdings muss der Kläger ein berechtigtes Interesse an der Feststellung haben, § 43 I VwGO a.E. Jedenfalls bei erledigten Rechtsverhältnissen genügt ein allgemeines, weit auszulegendes Feststellungsinteresse jeglicher rechtlicher, tatsächlicher oder ideeller Art nicht. Vielmehr muss in Anlehnung an die zur Fortsetzungsfeststellungsklage gem. § 113 I 4 VwGO entwickelten Fallgruppen ein fortdauerndes Interesse an der Klärung des Falles auch nach Wegfall der rechtlichen Beschwer erkennbar sein. Zu diesen anerkannten Fallgruppen gehören u.a. das Rehabilitationsinteresse bei diskriminierenden oder intensiv in Grundrechte eingreifenden Maßnahmen und eine Wiederholungsgefahr. Der VGH sieht hier beide (bzgl. der Wiederholungsgefahr unausgesprochen im Hinblick auf mögliche weitere Veranstaltungen des Kl.) als gegeben an:

*"Der Kläger hat auch ein berechtigtes Interesse an der baldigen Feststellung der Rechtswidrigkeit, da er einen Eingriff in den Schutzbereich der von Art. 8 I GG geschützten Versammlungsfreiheit durch die Anwesenheit der beiden Polizeibeamten in der Veranstaltung im Juli 2006 geltend machen kann (BVerwGE 109, 203) und Wiederholungsgefahr besteht."*

*[Anm.: Hier stellt sich gutachtentechnisch das Problem, dass der an dieser Stelle lediglich behauptete Eingriff in Art. 8 I GG unten wieder in Frage gestellt und ausführlich geprüft wird. Dogmatisch zulässig wäre es daher, schon an dieser Stelle genau zu prüfen, ob Art. 8 I GG wirklich betroffen ist und somit ein Rehabilitationsinteresse vorliegt. Andererseits ist die Frage eines Eingriffs in Art. 8 I GG ein rein materielles Problem, das schwerpunktmäßig in die Begründetheit gehört. Der hier wiedergegebene, vom VGH gewählte Prüfungsweg ist daher auch vertretbar. Ein gelungener Mittelweg könnte sein, das Feststellungsinteresse zunächst über die Wiederholungsgefahr zu bejahen und dann offen zu lassen, ob angesichts eines möglichen Eingriffs in Art. 8 I GG auch noch ein Rehabilitationsinteresse besteht.]*

## IV. Klagebefugnis

Streitig ist, ob für eine zulässige Feststellungsklage

über das bestehende Feststellungsinteresse hinaus auch noch eine Klagebefugnis analog § 42 II VwGO erforderlich ist. Hier ist der Kläger zumindest möglicherweise in seiner Versammlungsfreiheit aus Art. 8 I GG verletzt worden, sodass er jedenfalls klagebefugt ist.

#### V. Keine Subsidiarität

Die Feststellungsklage ist gem. § 43 II VwGO subsidiär zu Gestaltungs- und Leistungsklagen. Dass der Kl. hier vorrangig eine solche hätte erheben können, ist nicht ersichtlich.

#### VI. Klagegegner

Die Feststellungsklage ist nach dem allgemeinen Rechtsträgerprinzip gegen den Rechtsträger der handelnden Behörde zu richten. Polizei ist Ländersache, richtiger Beklagter ist hier also das Land X als Rechtsträger der Polizeibehörde.

#### VII. Beteiligten- und Prozessfähigkeit

Die Beteiligtenfähigkeit des Kl. ergibt sich aus § 61 Nr. 1, 1. Fall VwGO, seine Prozessfähigkeit aus § 62 I VwGO. Das beklagte Land ist als Gebietskörperschaft nach § 61 Nr. 1, 2. Fall VwGO beteiligtenfähig und nach § 62 III VwGO durch seine gesetzlichen Vertreter prozessfähig.

Die Klage ist somit zulässig.

#### B. Objektive Klagehäufung

Bei der Klage auf Feststellung der Nichtberechtigung der Polizisten, bei der Veranstaltung anwesend zu sein und eine Tonbandaufnahme zu fertigen, handelt es sich um zwei Begehren. Diese können im Wege einer zulässigen objektiven Klagehäufung gem. § 44 VwGO miteinander verknüpft werden. Neben demselben Gericht (VG, s.o.) und dem selben Beklagten (Land X, s.o.) besteht hier insbesondere ein Zusammenhang i.S.d. § 44 VwGO. Dieses Merkmal ist weit auszulegen, es genügen neben rechtlichen auch tatsächliche Zusammenhänge. Hier verknüpft die Veranstaltung des Klägers, anlässlich derer sowohl die Anwesenheit der Polizisten als auch die Tonbandaufnahme geschahen, die beiden Begehren.

#### C. Begründetheit

Die Klage ist begründet, sofern die Polizisten nicht berechtigt waren, bei der Veranstaltung des Kl. anwesend zu sein bzw. eine Tonbandaufnahme anzufertigen. Zwischen diesen beiden Begehren ist zu differenzieren:

##### I. Anwesenheit der Polizisten

Fraglich ist, ob die Polizisten für ihre Anwesenheit auf der Veranstaltung des Klägers einer gesetzlichen Er-

mächtigungsgrundlage bedurften. Bejahendenfalls wäre ihre Anwesenheit bereits dann rechtswidrig, wenn sich eine solche nicht finden ließe. Ließe sich eine solche finden, müssten ferner deren formelle und materielle Voraussetzungen vorgelegen haben und die richtige Rechtsfolge müsste getroffen worden sein, um die Anwesenheit der Polizisten zu rechtfertigen.

##### 1. Erfordernis einer Ermächtigungsgrundlage

Nach Art. 20 III GG ist die Verwaltung an Recht und Gesetz gebunden. Nach dem daraus ableitbaren "Vorbehalt des Gesetzes" darf sie also nicht ohne gesetzliche Grundlage handeln. Allerdings lässt sich Art. 20 III GG kein Totalvorbehalt entnehmen. Der Gesetzgeber könnte gar nicht alle täglichen Verwaltungsvorgänge antizipieren und erfassen. Vielmehr kann und muss er nur die wesentlichen Maßnahmen regeln (sog. "Wesentlichkeitstheorie" des BVerfG), während die Verwaltung Unwesentliches auch ohne gesetzliche Ermächtigung erledigen kann, solange sie dabei nicht gegen ein Gesetz verstößt (sog. "Vorrang des Gesetzes").

Wesentlich sind zunächst und vor allem Grundrechtseingriffe. Fraglich ist also, ob die Anwesenheit der Polizisten in Grundrechte eingriff. Hier kommt allenfalls ein Eingriff in die Versammlungsfreiheit des Kl. aus Art. 8 I GG in Betracht.

##### a. Schutzbereich des Art. 8 I GG betroffen

In personaler Hinsicht können sich alle Deutschen i.S.d. Art. 116 GG auf Art. 8 I GG berufen. Der Sachverhalt gibt keinen Anlass zum Zweifel daran, dass der Kl. Deutscher in diesem Sinne ist.

Geschützt ist eine Versammlung, d.h. eine Zusammenkunft mehrerer Personen zu einem gemeinsamen Zweck. Welche Anforderungen an diesen gemeinsamen Zweck zu stellen sind, ist streitig. Nach der engsten Ansicht ist eine gemeinsame Teilhabe an der öffentlichen Meinungskundgabe erforderlich, während weitere Versammlungsbegriffe auch private Zwecke oder gar innere Vorgänge wie den Ausdruck eines gemeinsamen Lebensgefühls genügen lassen. Eine Veranstaltung zum Thema "Im Blickpunkt: Was tun gegen Rechts? - Opfer stärken - Tätern Grenzen setzen" nimmt offensichtlich an der öffentlich-politischen Meinungskundgabe teil und erfüllt daher selbst die Anforderungen des engsten Versammlungsbegriffes. Eine Entscheidung darüber, welcher Zweck genau zu fordern ist, kann hier also dahinstehen.

Die Versammlung verlief auch friedlich und fand ohne Waffen statt. Somit unterfällt sie dem Schutz des Art. 8 I GG.

[Anm.: Der VGH handelt die Schutzbereichsbetroffenheit in seinem Urteil sogar noch kürzer ab: Die Veranstaltung des Klägers am 19. Juli 2006 in München

war eine öffentliche Versammlung in geschlossenen Räumen - insoweit besteht zwischen den Beteiligten auch keine Meinungsverschiedenheit (mehr) - und stand damit unter dem Schutz des Art. 8 I GG, der das Recht aller Deutschen anerkennt, sich ohne Anmeldung oder Erlaubnis friedlich und ohne Waffen zu versammeln.]

#### b. Eingriff

Unter einem Eingriff ist jede Verkürzung des Schutzbereichs zu verstehen. Ein klassischer Eingriff in die Versammlungsfreiheit wie ein Versammlungsverbot oder eine Auflage liegt hier nicht vor. Vielmehr handelt es sich bei der Anwesenheit der Polizisten um einen faktisch-realen Vorgang. Fraglich ist, ob darin ein Eingriff gesehen werden kann.

##### aa. Ablehnende Auffassung (m.M. Lit.)

„Soweit die Auffassung vertreten wird, der Schutzbereich des Art. 8 GG sei [...] nicht berührt, weil zu öffentlichen Versammlungen jedermann Zutritt habe (Friedrichs, Einsatz von „V-Leuten“ durch die Ämter für Verfassungsschutz, 1981 S. 96), ist dem nicht zu folgen, da die Polizei nicht als Teilnehmer der Versammlung anwesend ist, sondern hoheitlich handelt, wenn sie Zutritt verlangt. Teilnehmer an einer Versammlung üben ein Grundrecht aus, während sich das Abwehrrecht des Art. 8 I GG gerade gegen die Polizei als Repräsentanten des Hoheitsträgers richtet.“

##### bb. Bejahende Auffassung (VGH München)

„Auch eine faktische Behinderung stellt einen Grundrechtseingriff dar, wenn sie nicht nur geringfügig ist und die Ausübung des Versammlungsrechts durch den geschützten Personenkreis beeinträchtigt. Ein Eingriff liegt z. B. vor, wenn die Maßnahme Personen von der Teilnahme an Versammlungen abschreckt (vgl. BVerfG vom 14.5.1983 BVerfGE 65, 1/43; Depenheuer in Maunz/Dürig, GG, Stand November 2006, RdNr. 125 zu Art. 8; Ja-rass in Jarass/Pieroth, GG, 8. Aufl., RdNr. 13 zu Art. 8). Von einer faktischen Beeinträchtigung ist auch dann auszugehen, wenn sich die Versammlungsteilnehmer durch die Polizeipräsenz veranlasst sehen, ihre Meinungsfreiheit in der Versammlung nicht oder nicht in vollem Umfang auszuüben. Dass eine polizeiliche Präsenz eine Observierung der Versammlung und damit neben dem Informationseingriff zugleich einen Eingriff in das Versammlungsrecht darstellt, wird von Dietel/Gintzel/Knieser (a.a.O. RdNr. 11 zu § 12) nicht erörtert, obwohl die einschüchternde Wirkung einer polizeilichen Observation nicht zweifelhaft ist (vgl. Hoffmann-Riem, AK-GG, Stand August 2002, RdNr. 52 zu Art. 8; Pawlita/Steinmeier in Rid-der/Breitbach/Rühl/Steinmeier, a.a.O., RdNr. 2 zu § 12). Die Beurteilung der Polizeipräsenz muss deshalb von deren Wirkung auf die Ver-

sammlungsteilnehmer ausgehen und nicht von dem von der Polizei beabsichtigten Zweck des Einsatzes, selbst wenn es der Polizei allein um den Schutz der Versammlung oder „lediglich“ um eine Beobachtung der Versammlung geht (a. A. Dietel/Gintzel/Knieser, a.a.O., RdNr. 11 zu § 12). Andernfalls wäre der Schutz des Grundrechts von einer nach außen nicht ohne weiteres erkennbaren Willensrichtung der Polizei abhängig.

Der Eingriffscharakter der Anwesenheit von Polizeibeamten wird im vorliegenden Fall besonders deutlich, weil der Kläger als Veranstalter und Leiter der Versammlung mit der Anwesenheit der Polizeibeamten nicht einverstanden war. Zudem hatten sich die Polizeibeamten entgegen § 12 Satz 1 VersG dem Versammlungsleiter nicht zu erkennen gegeben. Damit konnte bei dem Versammlungsleiter und den Versammlungsteilnehmern der Eindruck entstehen, die Polizeibeamten seien verdeckt erschienen, um die Versammlung zur Gewinnung von Informationen über sie zu beobachten und zu überwachen. Eine unbefangene Atmosphäre zum Ausdruck und zur freien Bekundung von Meinungen konnte so nicht entstehen.“

##### 2. Vorhandensein einer Ermächtigungsgrundlage

Ist in der Anwesenheit der Polizei somit ein Eingriff in den Schutzbereich des Grundrechts aus Art. 8 I GG, so bedarf dieser einer versammlungsrechtlichen Befugnisnorm (vgl. Depenheuer, in: Maunz/Dürig, GG, RdNr. 136 zu Art. 8). Hinzu kommt, dass eine Versammlung in geschlossenem Raum - wie die vorliegende - nach Art. 8 II GG keinem einfachen Gesetzesvorbehalt, sondern nur verfassungsimmanenten Schranken unterliegt. Sofern eine zu Eingriffen ermächtigende Norm im einfachen Recht existiert, darf diese also nur zum Schutz kollidierender Verfassungsgüter angewendet werden.

##### a. § 12 VersG

Nach § 12 S. 2 VersG ist Polizeibeamten, die in die Versammlung entsandt werden, ein angemessener Platz in der Versammlung einzuräumen. Fraglich ist, ob darin eine taugliche Ermächtigungsgrundlage zu sehen ist. Dazu der VGH:

##### aa. Historische Auslegung: Anwesenheitsrecht umfasst

„Die Vorschrift greift ihrem Wortlaut nach weitgehend auf die Formulierung des § 13 des Reichsvereinsetzungsgesetzes (RVG) aus dem Jahr 1908 zurück („Beauftragte, welche die Polizei in eine öffentliche Versammlung entsendet, haben sich unter Kundgebung ihrer Eigenschaft dem Leiter oder, solange dieser nicht bestellt ist, dem Veranstalter der Versammlung zu erkennen zu geben. Den Beauftragten muß ein angemessener Platz eingeräumt werden.“, vgl. Pawli-

ta/Steinmeier, in: Ridder./Breitbach/Rühl/Steinmeier, VersG, RdNr. 2 zu § 12), der stets so verstanden worden ist, dass er der Polizei ein eigenes Zutrittsrecht gewährte. Das Zutrittsrecht der Polizei war früher in länderstaatlichen Regelungen enthalten und nach damaligem Verständnis nicht nur Voraussetzung für den jederzeit möglichen Eintritt des Verbotsfalles; es schien auch unverzichtbar, „von der öffentlichen Meinung fortgesetzt unterrichtet zu bleiben“ (so die Begründung zu § 13 RVG 1908, RT-Drs. 482, 12, zitiert nach PROVGE 58, 288). Zur Rechtfertigung dieses Übergriffs in dem Bereich der vom Staat getrennten Gesellschaft verpflichtete sich der Staat seinerseits, seine Beobachtungstätigkeit offenzulegen, wenn auch das Auftreten uniformierter Polizeikräfte primär den Zweck der Repräsentation des allgegenwärtigen Staates und damit der Einschüchterung gehabt haben dürfte. Die im Entwurf zum RVG 1908 ursprünglich vorgesehene ausdrückliche Normierung einer Befugnis zur Entsendung wurde aus der später verabschiedeten Fassung (nur Regelung der Entsendungsmodalitäten) mit der Begründung gestrichen, dass eine sachliche Änderung gegenüber der bisherigen Praxis nicht erstrebt werde. Weil mit der Neuregelung die Entsendung von Polizeibeamten nicht zur Pflicht erhoben werden solle, sei es eindeutiger, die Befugnis der Polizei, Beauftragte zu entsenden, als selbstverständlich zu behandeln und nur Bestimmungen zu treffen für den Fall, dass die Polizei von ihrer Befugnis Gebrauch mache (RT-Drs. Nr. 819 S. 12, zitiert nach PrOVGE 58, 288). In diesem Sinne hat auch das Preußische Oberverwaltungsgericht die Vorschrift des § 13 RVG 1908 verstanden. In der Zeit der Weimarer Republik war die Weitergeltung des § 13 RVG 1908 - als Beschränkung - zunächst umstritten. Das Reichsgericht erkannte in der Entscheidung vom 28. April 1932 (RGSt 66, 228) ein Entsendungsrecht der Polizei nur nach den landesrechtlichen polizeilichen Generalklauseln und nur zur Verhütung unmittelbarer Gefahren für Leben und Gesundheit der Versammlungsteilnehmer an. Als Reaktion auf diese Rechtsprechung wurde durch die Verordnung des Reichspräsidenten vom 16. Juni 1932 eine ausdrückliche Befugnis der Polizeibehörde zur Entsendung Beauftragter in öffentliche Versammlungen – mit der Auflösungsmöglichkeit bei Verweigerung – eingeführt.”

#### *bb. Verfassungskonforme Auslegung im Lichte des Grundgesetzes*

Selbst wenn man historisch das Bestehen eines Entsendungs- und Aufenthaltsrechts bejaht und § 12 VersG daran anknüpft, ist jedoch die Frage noch nicht beantwortet, ob und unter welchen Voraussetzungen damit kollidierendes Verfassungsrecht im o.g. Sinne geschützt wird. Der VGH meint, dass dies hier überhaupt nicht der Fall sei, somit § 12 VersG auch über-

haupt nicht als Ermächtigungsgrundlage herangezogen werden könne:

“Auf das tradierte Verständnis des Zutrittsrechts der Polizei kann unter der Geltung des Grundgesetzes nicht mehr zurückgegriffen werden. Im Gegensatz zu Versammlungen unter freiem Himmel (s. Art. 8 II GG) steht das Recht aus Art. 8 I GG nicht unter einem allgemeinen Gesetzesvorbehalt. Das Recht, sich in geschlossenen Räumen zu versammeln, kann daher nur im Rahmen des staatlichen Schutzauftrags zur Entfaltung des Freiheitsrechts, zur Konkretisierung der in Art. 8 I GG enthaltenen Schranke („friedlich und ohne Waffen“) oder, sofern in das Freiheitsrecht eingegriffen wird, zum Schutz der Grundrechte Dritter oder anderer Werte mit Verfassungsrang durch einfaches Gesetz ausgestaltet werden.

Der staatliche Schutzauftrag und die Abwehr unfriedlicher Versammlungen vermögen im vorliegenden Fall die Anwesenheit der Polizei nicht zu rechtfertigen. Weder wollte sich der Versammlungsleiter, der mit der Anwesenheit der Polizeibeamten nicht einverstanden war, bei der Durchführung seiner Aufgaben (s. §§ 8, 10 und 11 VersG), insbesondere zur Entfernung ausgeschlossener Störer, der Unterstützung durch die Polizeibeamten bedienen, noch lagen Anhaltspunkte dafür vor, dass die Versammlung einen unfriedlichen Verlauf nehmen würde, was die Auflösung der Versammlung nach § 13 VersG durch die Polizei erforderlich gemacht hätte. Hätten konkrete Anhaltspunkte für eine Auflösungsverfügung nach § 13 VersG vorgelegen, so würde sich ohne weiteres aus dieser Bestimmung selbst das Zutrittsrecht der Polizei ergeben. [...] Im vorliegenden Fall greift die Anwesenheit der Polizeibeamten vielmehr in die grundrechtlich geschützte Versammlungsfreiheit des Klägers ein, ohne dass das Versammlungsgesetz dafür eine Befugnisnorm enthält.”

#### *b. Polizeirechtliche Generalklausel*

Fraglich ist, ob eine Anwendung des allgemeinen Polizeirechts neben dem Versammlungsgesetz möglich ist.

##### *aa. Polizeifestigkeit der Versammlung*

Nach h.M. sperrt das VersG als *lex specialis* für öffentliche Versammlungen den Rückgriff auf die liberaleren allgemeinen polizeirechtlichen Vorschriften. Man spricht insoweit von der “Polizeifestigkeit öffentlicher Versammlungen”. Dieser Ansicht neigt auch der VGH zu:

“Auch auf die allgemeine polizeiliche Generalklausel in Art. 11 I PAG kann die Anwesenheit der Polizei nicht gestützt werden. [...] Gegen den Rückgriff auf das allgemeine Polizeirecht spricht, dass in § 12 a und § 13 VersG die Voraussetzungen für ein polizeiliches Einschreiten zur Gefahrenabwehr versammlungsrechtlich speziell und abschließend geregelt sind (vgl. VGH

BW, DÖV 1998, 650; OVG Bremen, NVwZ 1987, 235; Dietel/Gintzel/Kniesel, VersG, RdNr. 3 zu § 13).“

#### *bb. Rückgriff auf allgemeines Polizeirecht*

Nach Ansicht namentlich des BVerwG (BVerwG, NVwZ 2007, 1439; BVerwGE 64, 55 [58]) bedeute die Polizeifestigkeit der Versammlung jedoch nicht, dass in die Versammlungsfreiheit nur auf der Grundlage des Versammlungsgesetzes eingegriffen werden könne. Das Versammlungsgesetz enthielte keine abschließende Regelung für die Abwehr aller Gefahren, die im Zusammenhang mit Versammlungen auftreten können. Vielmehr sei das Versammlungswesen im Versammlungsgesetz nicht umfassend und vollständig, sondern insoweit nicht geregelt, als es um polizeiliche Befugnisse während der Vorbereitung von Versammlungen und gegenüber anreisenden Versammlungsteilnehmern gehe (vgl. BVerwGE 45, 51 [55 ff.]; Pieth/Schlink/Kniesel, Polizeirecht, 4. Aufl. 2007, § 20 Rn. 14, § 21 Rn. 46 ff.). In Ermangelung einer speziellen Regelung könne insoweit also auf das der allgemeinen Gefahrenabwehr dienende Polizeirecht des Landes zurückgegriffen werden.

Hier handelt es sich allerdings nicht um eine solche Vorfeldmaßnahme. Vielmehr verschafften sich die Polizisten während der laufenden Versammlung Anwesenheit. Somit kann dahinstehen, ob im Vorfeld überhaupt ein Rückgriff auf Art. 11 I PAG möglich wäre.

### *3. Ergebnis*

Mangels gesetzlicher Ermächtigungsgrundlage war die Anwesenheit der Polizisten rechtswidrig. Die Feststellungsklage des Kl. ist insoweit begründet.

## *II. Tonbandaufnahme*

Fraglich ist, ob die Polizisten auch für die Tonbandaufnahme einer gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage bedurften. Bejahendenfalls wäre auch diese bereits dann rechtswidrig, wenn sich eine solche nicht finden ließe.

### *1. Erfordernis einer Ermächtigungsgrundlage*

Das Erfordernis einer Ermächtigungsgrundlage bejaht der VGH aus den gleichen Gründen wie oben: Bei der Tonbandaufnahme handle es sich um einen faktisch-realen Eingriff in Art. 8 I GG, und somit um eine wesentliche, den Vorbehalt des Gesetzes auslösende Maßnahme:

“Die Informationserhebung durch die Tonaufnahme ohne Einverständnis der Betroffenen bedarf auch als tatsächlicher Vorgang einer Rechtsgrundlage, da sie in das Versammlungsrecht (Art. 8 I GG) und das Recht auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 I GG) eingreift. [...] Der Vorraum, in dem die Ausein-

setzung zwischen dem Kläger und den Polizeibeamten stattfand, war [...] noch Teil des Versammlungsortes. Die beiden Räume sind durch eine Schiebetür getrennt, die bei Bedarf geöffnet wird, um den Besuchern der Veranstaltung die Möglichkeit der Teilnahme zu geben, die im Hauptraum selbst keinen Platz mehr finden. Die Versammlung selbst war wegen des Streitgesprächs zwar unterbrochen, aber vom Kläger noch nicht für beendet erklärt; sie stand daher auch zu diesem Zeitpunkt noch unter dem Schutz des Art. 8 I GG.

Der Eingriffscharakter von Tonaufnahmen während einer Versammlung ergibt sich tatbestandlich aus § 12 a I VersG, der die Voraussetzungen für Tonaufnahmen (“nur anfertigen“) eng fasst. Wegen des möglichen Einschüchterungseffekts ist eine verdachtsunabhängige Versammlungsüberwachung durch Tonaufnahmen nicht erlaubt (vgl. Depenheuer in Maunz/Dürig, a.a.O., RdNr. 126 zu Art. 8).“

*[Anm.: Schon der Eingriff in ein Grundrecht löst den Vorbehalt des Gesetzes aus. Es hätte daher grds. schon genügt, den hier schwerpunktmäßig betroffenen Art. 8 I GG zu prüfen. Wenn man neben Art. 8 I GG gleichwohl das Recht auf informationelle Selbstbestimmung anprüfen will, was aus Gründen der gutachterlichen Vollständigkeit durchaus nicht falsch ist, sollte dies jedoch ausführlicher geschehen als - wie hier - in einem Halbsatz, zumal sich selbiges nicht - wie der VGH München meint - aus Art. 2 I GG, sondern aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht des Art. 2 I i.V.m. 1 I GG ergibt. Dessen Schutzbereich und den Eingriffscharakter der Tonbandaufnahme hätten ggf. in einem Gutachten näher ausgeführt werden müssen.]*

### *2. Vorhandensein einer Ermächtigungsgrundlage*

Als Ermächtigungsgrundlage kommt hier nur § 12a I VersG in Betracht. Dessen Voraussetzungen lagen jedoch ersichtlich nicht vor:

“§ 12 a I VersG im vorliegenden Fall aus, da keine Anhaltspunkte einer drohenden erheblichen Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung ersichtlich waren und die Aufnahme als präventivpolizeiliche Maßnahme für den später angegebenen Zweck völlig ungeeignet war. [...] Die Erfahrung lehre, dass bei bestimmten Veranstaltungen Äußerungen von Polizeibeamten verdreht und dem eigenen politischen Verständnis anzugleichen versucht werden. Dem ist zu entnehmen, dass es [den Polizisten] mehr um Selbstschutz im Hinblick auf künftige Auseinandersetzungen [...] ging. Bei dieser Sachlage fehlte der Tonaufnahme eine versammlungsrechtliche Rechtsgrundlage.“

*[Anm.: Sind die Voraussetzungen einer denkbaren*



*Ermächtigungsgrundlage so offensichtlich nicht erfüllt wie hier, ist es vertretbar, bereits deren Anwendbarkeit auf den konkreten Fall zu verneinen. Ebenso wäre es vertretbar gewesen, die Norm a priori für anwendbar zu erklären, nach der formellen Rechtmäßigkeitsprüfung in die materielle Tatbestandsprüfung einzusteigen, dort eine erhebliche Gefahr für die öffentliche Sicherheit anzuprüfen und sie dann in der gebotenen Kürze zu verneinen.]*

### 3. Ergebnis

Mangels gesetzlicher Ermächtigungsgrundlage war

auch die Anfertigung der Tonbandaufnahme rechtswidrig. Die Feststellungsklage des Kl. ist auch insoweit begründet.

### D. Endergebnis

Die Klage ist zulässig und begründet. Das VG wird feststellen, dass die Polizei weder berechtigt war, sich Zutritt zur Veranstaltung des Klägers zu verschaffen, noch das Gespräch mit ihm auf ein Tonband aufzunehmen.

## Standort: Sachenrecht

## Problem: Einbauküche als Zubehör

BGH, URTEIL VOM 20.11.2008

IX ZR 180/07 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

### Problemdarstellung:

Die Parteien streiten um das Eigentum an einer Einbauküche und die Berechtigung der Bekl., bei ihrem Auszug aus der Wohnung die wesentlichen Teile davon mitzunehmen.

Die Kl. ersteigerten am 13.04.2006 das Grundstück M.straße in V. . Dieses stand zuvor im Eigentum der Tochter der Bekl. zu 1 und wurde zwangsversteigert. Zum Zeitpunkt des Zuschlags befand sich in der Wohnung im ersten Obergeschoss des Gebäudes die streitige Einbauküche. Mieter dieser Wohnung waren die Bekl.. Bei ihrem Auszug entfernten sie die Einbauküche mit Ausnahme eines Eckspülelements und bauten diese in die neue Wohnung ein.

Mit der Klage verlangen die Kl. von den Bekl., die Einbauküche auf ihre Kosten wieder einzubauen und den ursprünglichen Zustand wiederherzustellen.

Das Amtsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landgericht hat ihr stattgegeben. Mit der zugelassenen Revision verfolgen die Bekl. ihr Klageabweisungsbegehren weiter. Die Revision hat Erfolg.

### Prüfungsrelevanz:

Das hier vorliegende Urteil behandelt ein klassisches Problem, welches sowohl im ersten als auch im zweiten juristischen Staatsexamen behandelt wird. Es geht um die Frage, wie Einbauküchen rechtlich zu beurteilen sind. Es ist dabei zwischen einem wesentlichen Bestandteil, Zubehör und sonstigen Gegenständen einer Immobilie zu unterscheiden. Regelmäßig stellt sich die Frage, wer Eigentümer der Küche ist und zwar insbesondere im Zusammenhang mit der Herausgabe der Küche.

Einbauküchen sind i.d.R. keine wesentlichen Bestandteile eines Gebäudes und damit auch nicht des Grundstücks i.S.v. §§ 94 I, II BGB. Es mangelt bereits an der

Eigenschaft als Bestandteil gem § 93 BGB. Dies liegt daran, dass sich die Verbindung mit dem Gebäude relativ leicht wieder lösen läßt. Zudem hat die Küche nach dem Ausbau noch einen wirtschaftlichen Wert, da sie erneut eingebaut werden kann - wie in diesem Fall auch geschehen - oder ggf. auch veräußert werden kann. Eine davon abweichende Beurteilung kann sich allenfalls dann ergeben, wenn die Küche eine Maßanfertigung ist (Palandt-Ellenberger, BGB, § 93 Rn 5). Das Kernproblem stellt sich daher i.d.R. bei der Frage, ob die Einbauküche als Zubehör gem. § 97 I 1 BGB zu werten ist. Auch dies verneint der BGH in dieser Entscheidung. Die Küche kann nur dann Zubehör sein, wenn die Küche nicht bereits wesentlicher Bestandteil des Gebäudes ist. Auch an dieser Stelle muss unterschieden werden zwischen einer Serienküche und einer Maßanfertigung. Maßanfertigungen werden als Zubehör angesehen, soweit nicht bereits die Eigenschaft als wesentlicher Bestandteil bejaht wird. Gleiches gilt, wenn die Küche offensichtlich dem Gebäude auf Dauer dienen sollen. Letzteres ist z.B. dann der Fall, wenn der Eigentümer einer Mietwohnung die Küche dort selbst einbaut. In diesen beiden Fällen dient die Küche dem wirtschaftlichen Zweck des Gebäudes (MünchKomm-Holch, BGB, § 97 Rn 34). Die nach § 97 I 1 BGB erforderliche Zweckbestimmung erfolgt durch schlüssige Handlung, für die die tatsächliche Benutzung der Sache für den wirtschaftlichen Zweck einer anderen Sache ein Indiz sein kann. Dazu genügt nicht, dass die Verbindung nur für einen von vornherein begrenzten Zeitraum oder lediglich zur Befriedigung der Bedürfnisse des derzeitigen Nutzers erfolgt (BGHZ 62, 49, 52; BGH, Urt. v. 01.02.1990 - IX ZR 110/89, WM 1990, 603, 605).

Anderes gilt dann, wenn es sich bei der Küche um ein Serienmodell handelt. In diesem Fall werden Küchen i.d.R. nicht als Zubehör angesehen. Dies liegt daran, dass sie nach der Verkehrsanschauung (vgl. § 97 I 2 BGB) nicht als Zubehör angesehen werden. In diesem Sinne wird z.B. in OLG Karlsruhe NJW-RR 1986, 19,

20; NJW-RR 1988, 459, 460; OLG Frankfurt/Main ZMR 1988, 136; OLG Hamm NJW-RR 1989, 333; FamRZ 1998, 1028; OLG Zweibrücken Rpfleger 1993, 169, 170; OLG Koblenz ZMR 1993, 66, 68; OLG Düsseldorf VersR 1995, 559 entschieden.

Der erkennende Senat stellte auch heraus, dass sich eine statische Einordnung der Einbauküche unter den Zubehörsbegriff verbietet, insbesondere sind die Gepflogenheiten der Region im Rahmen der Verkehrsanschauung zu berücksichtigen. Für die Beantwortung der Frage, was im Einzelfall als Zubehör anzusehen ist, besteht zudem ein weiterer Spielraum innerhalb des richterlichen Ermessens (BGHZ 165, 261, 265). Da das Berufungsgericht ermessensfehlerhaft beschieden hatte weil die regionalen Besonderheiten nicht berücksichtigt wurden, hatte die Revision Erfolg, führte zur Aufhebung des Urteils und zur Zurückverweisung an das Berufungsgericht.

#### **Vertiefungshinweise:**

- Zum Haftungsverband der Hypothek: *Mand*, Jura 2004, 221
- Zur Abgrenzung von Bestandteil und Zubehör: *BGH*, RA 2007, 107 (Bowlingbahn im Mietobjekt ist kein Bestandteil des Gebäudes); *OLG Köln*, MDR 1993, 1177 (Ein in einen Geschäftswagen eingebautes Autotelefon ist weder Bestandteil noch Zubehör)
- Zur Räumungsvollstreckung bei Suizidgefahr: *BGH*, RA 2006, 147 = *NJW* 2006, 505; *BGH*, RA 2006, 77 = *NJW* 2006, 508 (Konkrete Suizidgefahr kann Aufhebung des Zuschlagsbeschlusses führen)

#### **Kursprogramm:**

- Examenskurs*: "Die Einbauküche"
- Assessorkurs*: "Grundstücksauseinandersetzung"
- Assessorkurs*: "Eine schwierige Offenbarung"

#### **Leitsätze (der Redaktion):**

- 1. Die nach § 97 I 1 BGB erforderliche Zweckbestimmung erfolgt durch schlüssige Handlung, für die die tatsächliche Benutzung der Sache für den wirtschaftlichen Zweck einer anderen Sache ein Indiz sein kann. Dazu genügt nicht, dass die Verbindung nur für einen von vornherein begrenzten Zeitraum oder lediglich zur Befriedigung der Bedürfnisse des derzeitigen Nutzers erfolgt (BGHZ 62, 49, 52; BGH, WM 1990, 603, 605).**
- 2. Für die Beantwortung der Frage, was im Einzelfall als Zubehör anzusehen ist, besteht ein weiterer Spielraum innerhalb des richterlichen Ermessens (BGHZ 165, 261, 265).**

#### **Sachverhalt:**

Die Parteien streiten um das Eigentum an einer Ein-

bauküche und die Berechtigung der Bekl., bei ihrem Auszug aus der Wohnung die wesentlichen Teile davon mitzunehmen.

Die Kl. ersteigerten am 13.04.2006 das Grundstück M.straße in V. . Dieses stand zuvor im Eigentum der Tochter der Bekl. zu 1. Zum Zeitpunkt des Zuschlags befand sich in der Wohnung im ersten Obergeschoss des Gebäudes die streitige Einbauküche. Mieter dieser Wohnung waren die Bekl.. Bei ihrem Auszug entfernten sie die Einbauküche mit Ausnahme eines Eckspülelements. Zu diesem Zweck durchsägten sie die Arbeitsplatte auf beiden Seiten der Spüle. Mit der Klage verlangen die Kl. von den Bekl., die Einbauküche auf ihre Kosten wieder einzubauen und den ursprünglichen Zustand wiederherzustellen.

Die Modalitäten der Räumung der Wohnung wurden in einem Vergleich zwischen den Parteien geregelt, welcher am 28.07.2006 geschlossen wurde. Demnach verpflichteten sich die Bekl., "es zu unterlassen, von dem Anwesen M.straße wesentliche Bestandteile und/oder Zubehör des Grundstücks und/oder des Gebäudes zu entfernen". Zudem wurde den Bekl. eine Räumungsfrist von sechs Monaten zugestanden. Die Wohnung wurde fristgemäß mitsamt dem Hausschlüssel an die Kl. übergeben.

Die Kl. sind der Meinung, die Einbauküche sei wesentlicher Bestandteil des Grundstücks, mindestens Zubehör, und deshalb mit dem Zuschlagsbeschluss ihr Eigentum geworden. Mit der Entfernung der Küche hätten die Bekl. zudem gegen ihre Verpflichtung aus dem Vergleich verstoßen. Sie bestreiten, dass die Bekl. zu 1 die Küche gekauft habe. Die Bekl. seien zu diesem Zeitpunkt auch nicht Mieter gewesen. Ein Mietvertrag sei erst später mit der Zwangsverwalterin abgeschlossen worden.

Die Bekl. behaupten, die Bekl. zu 1 habe die Küche erworben, wenn auch der Kauf über das Einkaufskonto ihrer Tochter, der Grundstückseigentümerin, abgewickelt worden sei. Sie habe die Küche als Mieterin in die Wohnung eingebracht. Was ein Mieter zu vorübergehendem Zweck in die Wohnung einbringe, könne weder Zubehör noch wesentlicher Bestandteil geworden sein.

Prüfen Sie, ob der geltend gemachte Herausgabeanspruch besteht.

#### **Lösung:**

##### *A. Anspruch auf Herausgabe aus § 779 BGB*

Die Kl. könnten einen Anspruch auf Herausgabe der Küche aus dem Vergleich gem. § 779 BGB vom 28.07.2006 haben.

##### *I. Wirksame Einigung i.S.v. § 779 BGB*

Die Parteien müssten sich gem. § 779 BGB wirksam

geeinigt haben. Hier beinhaltet der Vergleich unter anderem die Verpflichtung der Bekl. es zu unterlassen, wesentliche Bestandteile des Gebäudes und/oder Zubehör des Grundstücks/des Gebäudes zu entfernen. Also ist eine Einigung der Parteien ersichtlich. Auch ist das Element des gegenseitigen Nachgebens ersichtlich, da die Kl. von der prompten Räumung abgesehen hat und eine Räumungsfrist von sechs Monaten gewährt hat. Rechtshindernde Einwendungen sind nicht ersichtlich. Also ist ein wirksamer Vergleich gegeben.

## *II. Herausgabeanspruch aus dem Vergleich*

Es müsste sich aus dem Vergleich ein Herausgabeanspruch ergeben. Ausdrücklich begründet der Inhalt einen Unterlassungsanspruch der Kl.. Im Rahmen einer ergänzenden Vertragsauslegung gem. §§ 133, 157 BGB ist jedoch für den Fall, in dem die Bekl. vertragswidrig einen wesentlichen Bestandteil oder aber ein Zubehörstück von dem Grundstück entfernen, ein Herausgabeanspruch aus dem Vergleich anzunehmen. Hätten die Parteien bedacht, dass die Bekl. einen Gegenstand aus der Immobilie entfernen, hätten die Bekl. sich vernünftigerweise auf einen entsprechenden vertraglichen Herausgabeanspruch einlassen müssen. Also ist ein Herausgabeanspruch ersichtlich.

Der Anspruch liegt dann vor, wenn der Tatbestand der Unterlassung i.S.d. Vergleichs gegeben ist. Es müsste sich daher bei der Einbauküche um einen wesentlichen Bestandteil des Gebäudes oder aber um ein Zubehörstück handeln.

### *1. Küche als wesentlicher Bestandteil des Gebäudes gem. § 93, 94 II BGB*

Die Einbauküche könnte ein wesentlicher Bestandteil des Gebäudes sein. Gem. § 93 BGB sind Bestandteile wesentlich, die nicht voneinander getrennt werden können, ohne dass der eine oder der andere zerstört oder in seinem Wesen verändert wird. § 93 klärt jedoch nur den Begriff der Wesentlichkeit (Palandt-Ellenberger, BGB, § 93 Rn 3). Zunächst stellt sich die Frage, ob die Küche überhaupt Bestandteil des Hauses gem. § 94 II BGB und damit Bestandteil des Grundstücks gem. § 94 I BGB geworden ist. Dazu müsste auf Dauer (arg. ex § 95 BGB) eine Sache im Rechtsinne entstehen. Ob dies der Fall ist, richtet sich nach der Verkehrsanschauung. Kriterien bei der Beurteilung sind z.B. die Art der Verbindung, der Grad der Anpassung und die ökonomische und die rechtliche Interessenlage.

Für die Eigenschaft als Bestandteil des Grundstücks spricht zwar, dass eine Einbauküche mit dem Haus fest verbunden ist und einige Bauteile der Küche, z.B. die Arbeitsplatte, genau eingepaßt sind. Aber dem läßt sich entgegenhalten, dass sich die Verbindung der Küche mit dem Haus relativ leicht wieder lösen läßt, da die Unterbodenschränke der Küche nur auf den Boden

aufgestellt sind und die Hängeschränke lediglich durch Schrauben und Dübel an der Wand befestigt sind. Die jeweiligen Bauelemente der Küche sind gleichfalls nicht speziell für die Örtlichkeiten angefertigt, es handelt sich hier um eine Serieneinbauküche. Zudem ist zu bedenken, dass die Küche auch nach dem Ausbau noch einen ökonomischen Wert behält, da sich an einer anderen Stelle wieder aufgebaut werden kann und ggf. auch veräußert werden kann.

Also sprechen die gewichtigeren Argumente gegen die Einordnung der Küche als Bestandteil des Gebäudes. Mithin ist kein Fall von § 94 II BGB gegeben, auf die Frage der Wesentlichkeit gem. § 93 BGB kommt es daher nicht mehr an.

### *2. Einbauküche als Zubehörstück des Gebäudes gem. § 97 I 1 BGB*

Die Küche könnte Zubehörstück des Gebäudes sein.

#### *a. Definition des Zubehörs gem. § 97 I 1 BGB*

Gem. § 97 I 1 BGB versteht man unter Zubehör bewegliche Sachen, die, ohne Bestandteil der Hauptsache zu sein, dem wirtschaftlichen Zweck der Hauptsache zu dienen bestimmt sind und zu ihr in einem dieser Bestimmung entsprechenden räumlichen Verhältnis stehen (BGHZ 165, 261, 263).

Die danach erforderliche Zweckbestimmung erfolgt in der Regel durch schlüssige Handlung, für die die tatsächliche Benutzung der Sache für den wirtschaftlichen Zweck einer anderen Sache ein Indiz sein kann. Dazu genügt nicht, dass die Verbindung nur für einen von vornherein begrenzten Zeitraum oder lediglich zur Befriedigung der Bedürfnisse des derzeitigen Nutzers erfolgt (BGHZ 62, 49, 52; BGH, WM 1990, 603, 605).

*[Anm.: Für das richterliche Ermessen, was im Einzelfall als Zubehör anzusehen ist, besteht ein weiterer Spielraum (vgl. BGHZ 165, 261, 265). Die Ermessensausübung muss aber widerspruchs- und denkfehlerfrei erfolgen. Genau daran fehlte es hier im konkreten Fall. Das Berufungsgericht hatte angenommen, dass die Bekl. die Einbauküche auf Dauer in die Wohnung eingefügt hätten und sie dort hätten belassen wollen. Dem folgte der erkennende Senat im Ergebnis nicht.]*

Beurteilungsmaßstab ist bei dieser Frage die Verkehrsanschauung gem. § 97 I 2 BGB.

Dazu erkannte der Senat:

“[19] Das Amtsgericht hatte für den süddeutschen Raum festgestellt, dass es nicht der Verkehrsauffassung entspreche, Einbauküchen als Zubehör anzusehen. Insbesondere rechne man damit, dass ein Mieter die von ihm angeschaffte Einbauküche wieder mitnehme. Dies entspricht einer verbreiteten Auffassung in

der Rechtsprechung (vgl. etwa OLG Karlsruhe NJW-RR 1986, 19, 20; NJW-RR 1988, 459, 460; OLG Frankfurt/Main ZMR 1988, 136; OLG Hamm NJW-RR 1989, 333; FamRZ 1998, 1028; OLG Zweibrücken Rpfleger 1993, 169, 170; OLG Koblenz ZMR 1993, 66, 68; OLG Düsseldorf VersR 1995, 559).“

*[Anm.: Das Landgericht als Berufungsgericht war dieser Rechtsauffassung nicht gefolgt. Das Landgericht hat festgestellt, dass es seiner Erfahrung nach üblich sei, dass Einbauküchen beim Verkauf von Häusern und Eigentumswohnungen mitveräußert würden. Daraus wurde der Schluss gezogen, dass ein Mieter, der die Einbauküche einbringt, grundsätzlich damit rechnet, dass diese in der Immobilie verbleibt. Nachvollziehbar ist die Schlussfolgerung für den Fall, in dem der Eigentümer die Küche einbringt, nicht jedoch in dem hier vorliegenden Fall, in dem ein Mieter die Küche einbringt. Die Ausführungen des Landgerichts waren auch im folgenden nicht stringent, da an anderer Stelle ausgeführt wurde, dass ein Mieter die Küche nach Beendigung des Mietverhältnisses wieder mitnehmen wolle. Diese Fehler in der Ausübung des Ermessens führten im Ergebnis dazu, dass der Senat das Urteil aufhob und an das Berufungsgericht gem. § 538 II ZPO zurückverwies.]*

#### *b. Ausschluss der Zubehöreigenschaft gem. § 97 II 1 BGB*

Im vorliegenden Fall ist zu berücksichtigen, dass die Bekl. die Küche in ein Mietobjekt einbrachten.

Demnach könnte die Eigenschaft als Zubehör gem. § 97 II 1 BGB ausgeschlossen sein.

Das Merkmal der Dauerhaftigkeit könnte in Ansehung der Einbringung in ein Mietobjekt fraglich sein.

Der erkennende Senat führt dazu aus:

“[21] Zutreffend hat das Berufungsgericht gesehen, dass eine Zubehöreigenschaft auch dann nicht vorliegt, wenn die Benutzung der Sache für den wirtschaftlichen Zweck der Hauptsache nur vorübergehend sein soll, § 97 II 1 BGB. Die Widmung des Einfügenden, seine Zweckbestimmung, entscheidet darüber, ob die Einbauküche Zubehör wird (vgl. BGH, Urt. v. 01.02.1990 aaO S. 605).

[22] Richtig nimmt das Berufungsgericht an, dass ein Mieter die Küche in aller Regel beim Auszug wieder mitnehmen will, er also gerade keine Zweckbestimmung trifft, dass die Einbauküche Zubehör werden soll. Da es unterstellt, dass die Bekl. zu 1 die Küche aus eigenen Mitteln erworben hat und Mieterin war, lag der Schluss nahe, dass auch sie die Einbauküche nur zur vorübergehenden Nutzung eingebracht hatte, die Zubehöreigenschaft also nicht begründet wurde. [...]“

Daraus folgt, dass in Mietobjekte eingebrachte Sachen

regelmäßig nicht auf Dauer dort verbleiben sollen, sondern lediglich für die Dauer der Mietzeit (so auch bereits BGH, NJW 1962, 1498; Palandt-Ellenberger, BGB, § 97 Rn 7), soweit sich nicht ein andere aus dem konkreten Einzelfall ergibt.

Zu beachten ist hier, dass ein Teil der Küche in dem Haus belassen wurde. Aber der Umstand, dass die Bekl. die Spüle in der Wohnung beließ läßt auch keinen gegenteiligen Schluss zu. In dem Moment, in dem die Spüle dort belassen wird, kann dies nur so verstanden werden, dass die diese Spüle in der neuen Wohnung keine Verwendung mehr ist. Ein dauerhafter Wille, die Küche in der Mietwohnung belassen zu wollen, kann daraus nicht abgeleitet werden.

*[Anm. 1: Genau dies sah das Berufungsgericht gegenteilig. Der erkennende Senat beurteilte diesen Ansatz jedoch zu Recht als nicht nachvollziehbar.*

*“[25] Nicht nachvollziehbar ist die Annahme des Berufungsgerichts, das Zurücklassen des Eckspülements spreche für den Willen zur dauerhaften Einfügung der Küche. Auf der Hand liegt vielmehr, dass die Spüle in der neuen Wohnung, zum Beispiel wegen der dortigen räumlichen Gegebenheiten, keine Verwendung finden konnte oder sollte.”]*

*[Anm. 2: Dieses Ergebnis ist auch sachgerecht. Zum einen deshalb, weil Möbel nicht als Zubehör in diesem Sinne beurteilt werden. Dies liegt daran, dass Möbel nicht unmittelbar zum Haus gehören und sie daher “mobil” sind. Eine Einbauküche ist insoweit mit Möbeln vergleichbar, weil auch die Einbauküche bei Umzügen häufig mitgenommen wird. Durch diese Wertung wird auch der Ersteigerer nicht unangemessen benachteiligt. Dieser kann und muss sich ggf. über die objektive Rechtslage informieren z.B. bei der Besichtigung der Immobilie informieren. Falls der Ersteigerer eines Grundstücks insoweit einem Irrtum unterliegt, ist er nicht schutzwürdig.]*

Also ist die Einbauküche weder als wesentlicher Bestandteil noch als Zubehör einzuordnen, so dass ein Herausgabeanspruch der Kl. gegen die Bekl. gem. § 779 BGB ausscheidet.

#### *B. Anspruch auf Herausgabe gem. § 861 I BGB*

Die Kl. könnten einen Herausgabeanspruch gem. § 861 I BGB gegen die Bekl. haben. Dazu müsste der Besitz durch verbotene Eigenmacht gem. § 858 I BGB dem Besitzer entzogen worden sein.

#### *I. Kl. waren vormaliger Besitzer*

Die Kl. müssten vormalige Besitzer gewesen ein. Gläubiger des Anspruch ist der bisherige unmittelbare Eigen- oder Fremdbesitzer (Palandt-Bassenge, BGB, § 861 Rn 6). Die Kl. müssten daher zur Zeit der Entfer-

nung eine entsprechende besitzrechtliche Position inne gehabt haben. Zur Zeit des Zuschlags befand sich die Küche noch in dem Gebäude, welches die Kl. ersteigert hatten. Vor der Übergabe der Schlüssel an die Ersteigerer war die Küche jedoch entfernt worden. Fraglich ist, ob durch den Zuschlag eine besitzrechtliche Position der Kl. geschaffen wurde. Dazu müssten sie eine tatsächliche Zugriffsmöglichkeit erhalten haben. Dies ist hier allein anhand des Zuschlags nicht gegeben. Erst mit der Übergabe der Schlüssel war die Zugriffsmöglichkeit eröffnet.

Daher waren die Kl. zur Zeit der Entfernung in keiner besitzrechtlichen Position. Ein Anspruch scheidet daher aus.

### *C. Anspruch auf Herausgabe gem. § 985 BGB*

Es könnte ein Anspruch auf Herausgabe gem. § 985 BGB gegeben sein.

#### *I. Kl. ist Eigentümer*

Die Kl. müssten Eigentümer der Küche sein.

#### *1. Ursprüngliches Eigentum*

Ursprünglich war der Verkäufer der Küche Eigentümer. Dieser könnte das Eigentum an die Bekl. gem. § 929 S. 1 BGB durch Übergabe der Küchenelemente verloren haben. Problematisch erscheint, dass der Kauf der Küche über das Einkaufskonto der Tochter, mithin der Grundstückseigentümerin, finanziert wurde. Insoweit könnte eine Eigentumserlangung der Grundeigentümerin in Betracht kommen. Allerdings läßt allein der Umstand, dass die Tochter der Bekl. gestattet hatte, den Kauf über ihr Einkaufskonto bei einem Versandhaus abzuwickeln, insoweit unzureichend. Dies mag kann als familiäre Hilfe zu werten sein. Die dingliche Einigung gem. § 929 S. 1 BGB zwischen dem Verkäufer der Küche und den Bekl. bleibt insoweit jedoch unberührt. Die Küche wurde den Bekl. auch übergeben. Weil der Verkäufer zudem verfügungsbefugt war, erlangten die Bekl. das Eigentum an der Küche.

#### *2. Verlust des Eigentums gem. § 946 BGB i.V.m. §§ 94, 93 BGB.*

Die Bekl. könnten das Eigentum durch Verbindung mit dem Grundstück verloren haben. Gem. § 946 BGB wird der Grundeigentümer in dem Fall, in dem eine bewegliche Sache mit dem Grundstück dergestalt verbunden wird, dass sie wesentlicher Bestandteil des Grundstücks wird, Eigentümer der Sache.

Zwar handelt es sich bei der Einbauküche um eine bewegliche Sache i.S.v. § 90 BGB, aber die Einbauküche ist nicht Bestandteil des Gebäudes und damit des Grundstücks gem. § 94 I, II BGB geworden. Auf obige Ausführungen dazu wird verwiesen. Also kommt ein Eigentumsverlust gem. § 946 i.V.m. § 94 BGB

nicht in Betracht.

#### *3. Verlust des Eigentums gem. §§ 90 I, II, 55 II ZVG i.V.m. § 97 I 1 BGB*

Die Bekl. könnten das Eigentum durch die Versteigerung gem. §§ 90 I, II, 55 II ZVG i.V.m. § 97 I 1 BGB. Gem. § 90 II BGB erwirbt der Ersteigerer mit dem Grundstück zugleich die Gegenstände, auf welche sich die Versteigerung erstreckt hat. Nach § 55 I BGB erstreckt sich die Versteigerung auf alle Gegenstände, deren Beschlagnahme noch wirksam ist. Diese Regelung findet hier jedoch keine Anwendung, weil sich die Küche nicht im Eigentum der Vollstreckungsschuldnerin befand, sondern im Eigentum der Bekl.. Folglich ist § 55 II ZVG zu prüfen. Demnach erstreckt sich die Versteigerung auch auf Zubehörstücke, die sich im Besitz des Schuldners oder eines neu eingetretenen Eigentümers befinden obschon sie einem Dritten gehören, es sei denn der Dritte macht seine Recht gem. § 37 Nr. 5 ZVG geltend. Demnach hätten die Bekl. das Eigentum an der Küche durch Bewirkung der Aufhebung oder einstweiligen Einstellung der Zwangsvollstreckung insoweit geltend machen müssen.

Im vorliegenden Fall haben sich die Bekl. auf das Eigentum nicht berufen, ihre Rechte also nicht i.S.v. § 37 Nr. 5 ZVG geltend gemacht, so dass allein die Frage der Zubehöreigenschaft der Einbauküche zu prüfen ist. Wie bereits dargelegt ist im vorliegenden Fall die Einbauküche nicht als Zubehör gem. § 97 BGB zu beurteilen, da es an dem Merkmal der Dauerhaftigkeit des § 97 I 1 BGB fehlt.

Folglich ist kein Eigentumserwerb der Kl. durch die Zwangsversteigerung gem. §§ 90 I, II, 55 II ZVG i.V.m. § 97 I 1 BGB eingetreten.

Also ist ein Herausgabeanspruch gem. § 985 BGB zu versagen.

#### *D. Anspruch auf Herausgabe gem. § 1007 I bzw. II BGB*

In Betracht kommen Herausgabeansprüche gem. § 1007 I bzw. II BGB. In beiden Fällen müssten die Kl. vormalige Besitzer der Küche gewesen sein, wobei die Besitzart unerheblich ist (Vgl. Palandt-Bassenge, BGB, § 1007 Rn 2). Genau daran mangelt es hier. Die Kl. hatten vor der Entfernung der Schränke keinen Besitz an ihnen inne.

Folglich scheiden auch Ansprüche aus § 1007 I, II BGB aus.

#### *E. Anspruch auf Herausgabe gem. § 823 I i.V.m. § 249 I BGB*

Fraglich ist, ob ein Anspruch gem. § 823 I i.V.m. §

249 I BGB gegeben ist.

### *I. Rechtsgutsverletzung*

Es müsste ein geschütztes Rechtsgut der Kl. verletzt worden sein. In Betracht wären zum einen das Eigentum und zum anderen der Besitz gekommen. Allerdings scheidet hier eine Verletzung des Eigentums aus, weil die Kl. kein Eigentum an der Küche erlangt

haben. Gleiches gilt für den Besitz, weil die Kl. keine besitzrechtliche Position an der Küche inne hatten.

Also ist auch kein Anspruch aus § 823 I i.V.m. § 249 I BGB ersichtlich.

Daher haben die Kl. keinen Anspruch auf Herausgabe der Küche.

## **Standort: § 265a StGB**

## **Problem: Strafbarkeit des "Schwarzfahrens"**

BGH, BESCHLUSS VOM 08.01.2009

4 STR 117/08 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

### **Problemdarstellung:**

Die Angeklagten waren mehrfach beim "Schwarzfahren" ertappt worden, also als sie öffentliche Verkehrsmittel (insb. Straßenbahnen) nutzten, ohne jedoch im Besitz eines gültigen Fahrausweises zu sein. Sie wurden wegen Erschleichens von Leistungen, § 265a I StGB, angeklagt. Das Amtsgericht sprach sie jedoch frei, da nicht festgestellt werden konnte, dass die Angeklagten irgendwelche Sicherungsvorkehrungen hatten überwinden müssen, um die Beförderungsleistungen in Anspruch zu nehmen, und das bloße unauffällige unberechtigte Benutzen eines Verkehrsmittel kein "Erschleichen" i.S.v. § 265a I StGB darstelle. Hiergegen legte die Staatsanwaltschaft (Sprung-) Revision, § 335 I i.V.m. § 312 StPO, ein. Das OLG Naumburg, das zur Entscheidung über die Revision berufen ist, beabsichtigte, diese zu verwerfen (also die Entscheidung des AG zu bestätigen), sah sich hieran jedoch durch eine gegenteilige Rechtsprechung zahlreicher anderer Oberlandesgerichte gehindert und legte deshalb dem BGH die Sache gem. § 121 II GVG zur Entscheidung über die maßgebliche Rechtsfrage bzgl. der Voraussetzungen für ein "Erschleichen" einer Beförderungsleistung i.S.v. § 265a I StGB vor. Der BGH entscheidet sich in dem vorliegenden Beschluss jedoch gegen die Auffassung des OLG Naumburg und bestätigt die bisherige OLG-Rechtsprechung.

### **Prüfungsrelevanz:**

§ 265a StGB mag kein im Examen besonders häufig anzutreffender Tatbestand sein, gehört aber in allen Bundesländern zum Pflichtstoff. Wegen der Nähe des § 265a StGB zu dem im Examen besonders beliebten Tatbestand des Betruges, § 263 I StGB, weil der vorliegende Beschluss erstmals eine Entscheidung des BGH zu einer lange Zeit in Literatur und Rechtsprechung kontrovers diskutierten Frage enthält, und wegen der hohen praktischen Relevanz der Frage nach der Strafbarkeit eines "Schwarzfahrers" ist jedoch mir Sicherheit davon auszugehen, dass die vorliegende Entscheidung Gegenstand von Prüfungsaufgaben sein

wird, wobei diese sich wegen ihrer Kürze eher für Kurzvorträge und mündliche Prüfungen anbietet als für Klausuren.

In der vorliegenden Entscheidung befasst sich der BGH erstmals mit der Frage, ob das "normalen Schwarzfahren" - also wenn der Täter ein öffentliches Verkehrsmittel benutzt ohne eine gültige Fahrkarte zu besitzen, hierbei aber keine besonderen Sicherungsvorkehrungen überwindet, sondern einfach nur so tut als sei er ein redlicher Fahrgast - ein Erschleichen einer Beförderungsleistung i.S.v. § 265a I 3. Fall StGB darstellt. Die herrschende Auffassung in der Literatur verneint dies und hält insofern eine Überwindung von Kontrollmaßnahmen für zwingend erforderlich (Fischer, § 265a Rn 21; Lackner/Kühl, § 265a Rn 6a; Schönke/Schröder-Lenckner/Perron, § 265a Rn 11). Die Rechtsprechung (der Oberlandesgerichte) hingegen lässt es für das Erschleichen einer Beförderungsleistung ausreichen, dass der Täter einfach nur den Anschein ordnungsgemäßen Verhaltens erweckt (BayObLG, StV 2002, 428; OLG Frankfurt, NStZ-RR 2001, 269).

In der vorliegenden Entscheidung kommt der BGH nach gründlicher Auslegung insb. des Wortlauts und der Entstehungsgeschichte des Tatbestandes des § 265a I StGB zu dem Ergebnis, dass ein Erschleichen i.S.v. § 265a I 3. Fall StGB keine besondere Überwindung von Kontrollmaßnahmen voraussetzt und bestätigt deshalb die bisherige OLG-Rechtsprechung.

### **Vertiefungshinweise:**

☐ Zur Strafbarkeit des "Schwarzfahrens": *BayObLG*, StV 2002, 428; *OLG Düsseldorf*, NJW 2000, 2120; *OLG Frankfurt*, NStZ-RR 2001, 269; *Ellbogen*, JuS 2005, 20; *Hinrichs*, NJW 2001, 932; *Stiebig*, JURA 2003, 699

### **Leitsatz:**

**Eine Beförderungsleistung wird bereits dann im Sinne des § 265 a Abs. 1 StGB erschlichen, wenn der Täter ein Verkehrsmittel unberechtigt benutzt und sich dabei allgemein mit dem Anschein umgibt, er erfülle die nach den Geschäftsbedingungen des Betreibers erforderlichen Voraussetzungen.**

**Sachverhalt:**

B benutzte ein öffentliche Verkehrsmittel, nämlich eine Straßenbahn, der H. V. AG (H), ohne im Besitz eines gültigen Fahrscheins zu sein. B hatte sich bemüht, durch sein Verhalten keine Aufmerksamkeit zu erregen, um den Eindruck zu erwecken, als nutze er die Straßenbahn mit einem gültigen Fahrausweis. Als er von dem bei H angestellten Kontrolleur K jedoch darum gebeten wurde, seinen Fahrausweis vorzuzeigen, gab er sofort zu, keinen zu besitzen.

Strafbarkeit des B?

[Anm.: Gegebenenfalls erforderliche Strafanträge sind gestellt.]

**Lösung:****A. Strafbarkeit gem. § 263 I StGB gegenüber K und zum Nachteil der H**

Dadurch, dass B sich bemüht hatte, durch sein Verhalten den Eindruck zu erwecken, er nutze die Straßenbahn mit einem gültigen Fahrausweis, könnte er sich wegen Betrugs gem. § 263 I StGB gegenüber K und zum Nachteil der H strafbar gemacht haben.

**I. Tatbestand**

Der Tatbestand des Betrugs, § 263 I StGB, setzt voraus, dass der Täter einen anderen über Tatsachen täuscht und hierdurch bei diesem einen Irrtum erregt oder unterhält.

Ob das Verhalten des B, der sich unauffällig benahm, um den Eindruck zu erwecken, er besitze einen gültigen Fahrausweis, überhaupt eine - konkludente - Täuschung über die Tatsache darstellt, dass er tatsächlich keinen solchen Fahrausweis besaß, kann dahinstehen. Denn jedenfalls hat B bei K keinen entsprechenden Irrtum hervorgerufen, da dieser sofort erkannt hat, dass B tatsächlich keinen gültigen Fahrausweis besaß. Mangels Irrtum des K ist also der Tatbestand des § 263 I StGB nicht erfüllt.

**II. Ergebnis**

B ist nicht strafbar gem. § 263 I StGB.

**B. Strafbarkeit gem. §§ 263 I, 22, 23 I StGB gegenüber K und zum Nachteil der H**

Dadurch, dass B sich wie ein "ordentlicher" Fahrgast benahm und so den Eindruck erwecken wollte, er sei im Besitz eines gültigen Fahrausweises, könnte er sich wegen versuchten Betruges gem. §§ 263 I, 22, 23 I StGB strafbar gemacht haben.

**I. Vorprüfung**

Mangels Irrtum des K ist der Betrug nicht vollendet (s.o.). Die Strafbarkeit des versuchten Betrugs ergibt

sich aus § 263 II StGB.

**II. Tatentschluss**

A müsste Tatentschluss zur Begehung eines Betruges 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).

B müsste also insbesondere den Willen gehabt haben, durch eine Täuschung bei einem anderen einen Irrtum zu erregen oder zu unterhalten. Da B bei der Kontrolle durch K sofort zugegeben hatte, keinen gültigen Fahrausweis zu besitzen, ist nach dem Grundsatz "in dubio pro reo" davon auszugehen, dass er sich auch nicht vorgestellt hatte, einen entsprechenden Irrtum beim - Kontrolleur hierüber hervorzurufen. Vielmehr ist davon auszugehen, dass B darauf vertraut hatte, während der Fahrt gar nicht kontrolliert zu werden, sodass er gar nicht in die Bedrängnis kommen würde, einen Kontrolleur täuschen zu müssen. B hatte also nicht den Willen, durch eine Täuschung einen Irrtum bei einem anderen - insbesondere einem Kontrolleur - hervorzurufen. B hatte keinen Tatentschluss zur Begehung eines Betruges.

**III. Ergebnis**

B ist nicht strafbar gem. §§ 263 I, 22, 23 I StGB.

**C. Strafbarkeit gem. § 265a I 3. Fall StGB**

Dadurch, dass er mit der Straßenbahn fuhr, obwohl er keinen gültigen Fahrausweis besaß, könnte B sich jedoch wegen Erschleichens von Leistungen gem. § 265a I 3. Fall StGB strafbar gemacht haben.

**I. Tatbestand****1. Erschleichen der Beförderung durch ein Verkehrsmittel, § 265a I 3. Fall StGB**

B müsste sich die Beförderung durch ein Verkehrsmittel erschlichen haben.

Verkehrsmittel i.S.v. § 265a I 3. Fall StGB ist jedes technische Gerät, das dem Transport von Personen oder Sachen dient (Fischer, § 265a Rn 19). Beförderung ist jeder Transport von Personen oder Sachen an einen anderen Ort (Joecks, § 265a Rn 7; Schönke/Schröder-Lenckner/Perron, § 265a Rn 6). Die Straßenbahn der H stellt ein Verkehrsmittel in diesem Sinne dar und da B mit der Straßenbahn an einen anderen Ort gefahren ist, wurde er auch durch ein Verkehrsmittel befördert.

B müsste diese Beförderung jedoch i.S.v. § 265a I 3. Fall StGB "erschlichen" haben. Unter welchen Voraussetzungen eine Beförderung erschlichen wird, ist streitig.

*a. Herrschende Literatur*

Der BGH selbst räumt ein: “[5] [Die] im Schrifttum inzwischen herrschenden Meinung (vgl. Lenckner/Perron in Schönke/Schröder StGB 27. Aufl. § 265 a Rdn. 11; Tiedemann in LK 11. Aufl. § 265 a Rdn. 34 ff.; Wohlers in Münch-Komm § 265 a Rdn. 53 ff.; Fischer StGB 56. Aufl. § 265 a Rdn. 6, 21; Lackner/Kühl StGB 26. Aufl. § 265 a Rdn. 6 a, jeweils m.w.N.) - [ist] der Ansicht, dass ein Erschleichen einer Beförderung durch ein Verkehrsmittel im Sinne des § 265 a Abs. 1 StGB voraussetze, dass der Täter sich mit einem täuschungsähnlichen oder manipulativen Verhalten in den Genuss der Leistung bringe; allein die Entgegennahme einer Beförderungsleistung ohne gültigen Fahrausweis, die nicht mit der Umgehung von Kontroll- oder Zugangssperren oder sonstigen Sicherheitsvorkehrungen verbunden sei, reiche nicht aus. Dies folge zum einen aus dem Wortsinn des Begriffs ‘Erschleichen’, zum anderen aus der systematischen Stellung der Vorschrift im Rahmen der §§ 263 bis 265 b StGB.”

Nach dieser Auffassung läge somit ein Erschleichen der Beförderung durch B nicht vor, da sich dem Sachverhalt nicht entnehmen lässt, dass B für die Inanspruchnahme der Beförderungsleistung Kontrollen oder Sperren umgehen, z.B. über ein Drehkreuz springen oder einen Wachmann ablenken, musste.

*b. Rechtsprechung*

Der BGH folgt in der vorliegenden Entscheidung der gefestigten OLG-Rechtsprechung (BayObLG, StV 2002, 428; OLG Düsseldorf, NJW 2000, 2120; OLG Frankfurt, NStZ-RR 2001, 269; ebenso Rengier, BT I, § 16 Rn 6; Stiebig, JURA 2003, 699), derzufolge es auch ein Erschleichen darstellt, wenn der Täter nur ganz allgemein den Anschein ordnungsgemäßen Verhaltens erweckt: “Eine Beförderungsleistung wird bereits dann im Sinne des § 265 a Abs. 1 StGB erschlichen, wenn der Täter ein Verkehrsmittel unberechtigt benutzt und sich dabei allgemein mit dem Anschein umgibt, er erfülle die nach den Geschäftsbedingungen des Betreibers erforderlichen Voraussetzungen. [...]”

1. [12] Der Wortlaut der Norm setzt weder das Umgehen noch das Ausschalten vorhandener Sicherheitsvorkehrungen oder regelmäßiger Kontrollen voraus. Nach seinem allgemeinen Wortsinn beinhaltet der Begriff der ‘Erschleichung’ lediglich die Herbeiführung eines Erfolges auf unrechtmäßigem, unlauterem oder unmoralischem Wege (vgl. Grimm, Deutsches Wörterbuch, 8. Bd. [1999], Sp. 2136; Brockhaus, 10. Aufl. Bd. 2 S. 1217). Er enthält allenfalls ein ‘täuschungsähnliches’ Moment dergestalt, dass die erstrebte Leistung durch unauffälliges Vorgehen erlangt wird; nicht erforderlich ist, dass der Täter etwa eine konkrete Schutzvorrichtung überwinden oder eine Kontrolle umgehen muss.

2. [13] Diese Auslegung des Tatbestandsmerkmals ‘Erschleichen’ verstößt auch nicht gegen das Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG. Da das Tatbestandsmerkmal schon im Hinblick auf seine Funktion der Lückenausfüllung eine weitere Auslegung zulässt, ist es von Verfassungs wegen nicht zu beanstanden, unter dem Erschleichen einer Beförderung jedes der Ordnung widersprechende Verhalten zu verstehen, durch das sich der Täter in den Genuss der Leistung bringt und bei welchem er sich mit dem Anschein der Ordnungsmäßigkeit umgibt (BVerfG Beschluss vom 9. Februar 1998 - 2 BvR 1907/97 - NJW 1998, 1135, 1136; vgl. auch BVerfG Beschluss vom 7. April 1999 - 2 BvR 480/99).

3. [14] Auch die Entstehungsgeschichte der Norm spricht für die Auslegung des Begriffs des Erschleichens im Sinne der obergerichtlichen Rechtsprechung. [15] Die Vorschrift des § 265 a StGB geht, soweit sie das ‘Schwarzfahren’ unter Strafe stellt, auf Art. 8 der Strafgesetznovelle vom 28. Juni 1935 zurück (RGBl. I 839, 842). Sie sollte vor allem die Lücke schließen, die sich bei der Erschleichung von Massenleistungen bezüglich der Anwendung des § 263 StGB ergaben (vgl. Lenckner/Perron aaO § 265 a Rdn. 1; Tiedemann aaO § 265 a Rdn. 1-3; Falkenbach, Die Leistungsererschleichung, 1983, S. 70, 75-77).

[16] Das Reichsgericht hatte bereits im Jahre 1908 in einem ‘Schwarzfahrer-Fall’ entschieden, dass der Tatbestand des § 263 StGB keine Anwendung finden könne, da nicht festgestellt war, in welcher Weise sich der Täter die Möglichkeit zur Benutzung der Eisenbahn verschafft und ob er einen Bahnmitarbeiter getäuscht hatte (RGSt 42, 40, 41); es hatte angeregt, die bestehende Strafbarkeitslücke für sogenannte blinde Passagiere durch eine neue Strafvorschrift zu schließen.

[17] Die im Jahre 1935 eingeführte Vorschrift des § 265 a StGB entsprach fast wörtlich dem § 347 (Erschleichen freien Zutritts) des Entwurfs eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs von 1927, in dessen Begründung es unter anderem heißt: ‘Erschleichen ist nicht gleichbedeutend mit Einschleichen. Auch wer offen durch die Sperre geht, sich dabei aber so benimmt, als habe er das Eintrittsgeld entrichtet, erschleicht den Eintritt. Auch ein bloß passives Verhalten kann den Tatbestand des Erschleichens erfüllen; so fällt auch der Fahrgast einer Straßenbahn unter die Strafdrohung, der sich entgegen einer bestehenden Verpflichtung nicht um die Erlangung eines Fahrscheins kümmert’ (Materialien zur Strafrechtsreform, 4. Band, Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches 1927 mit Begründung und 2 Anlagen [Reichstagsvorlage], Bonn 1954 [Nachdruck], S. 178/179; Die Strafrechtsnovellen vom 28. Juni 1935 und die amtlichen Begründungen, Amtliche Sonderveröffentlichungen der Deutschen Justiz Nr. 10, S.



41).

[18] Die Vorschrift sollte also gerade diejenigen Fälle erfassen, in denen es unklar bleibt, ob der Täter durch täuschungsähnliches oder manipulatives Verhalten Kontrollen umgeht. Der gesetzgeberische Wille ist nicht etwa deswegen unbeachtlich, weil sich die bei Schaffung des Gesetzes bestehenden Verhältnisse insoweit geändert haben, als heute, auch zu Gunsten einer kostengünstigeren Tarifgestaltung, auf Fahr-scheinkontrollen weitgehend verzichtet wird (vgl. hierzu Rengier Strafrecht BT I 6. Aufl. § 16 Rdn. 6; Schmidt/Priebe Strafrecht BT II 4. Auflage Rdn. 512). Der Gesetzgeber hat die Bestimmung so weit gefasst, dass sie auch auf neue Fallgestaltungen angewendet werden kann (vgl. Senatsurteil vom 8. August 1974 - 4 StR 264/74).

4. [19] Der erkennbare Wille des heutigen Gesetzgebers spricht ebenfalls für die Auslegung des Tatbestandsmerkmals des Erschleichens im Sinne der obergerichtlichen Rechtsprechung. Er wird daraus deutlich, dass § 265 a Abs. 1 StGB trotz der Angriffe von Teilen des Schrifttums gegen diese Rechtsprechung und trotz verschiedener Reformvorhaben unverändert gelassen wurde.

[20] Zwei Gesetzesentwürfe scheiterten. Der Gesetzesentwurf des Bundesrates (BTDrucks. 12/6484; BTDrucks. 13/374), der für eine Beförderungserschleichung eine Beschränkung des § 265 a StGB auf wiederholtes Handeln oder solches unter Umgehung von Kontrollmechanismen und die Einführung eines Ordnungswidrigkeitstatbestandes für erstmaliges Schwarzfahren vorsah, ist nach einer ersten Beratung im Bundestag nicht weiter behandelt worden. Der Gesetzesentwurf der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen, der unter anderem die Streichung der Alternative 'Beförderung durch ein Verkehrsmittel' in § 265 a StGB und die Ersetzung durch einen Bußgeldtatbestand vorsah (BTDrucks. 13/2005), wurde während der Beratungen zum 6. StrRÄndG abgelehnt (BTDrucks. 13/9064 S. 2, 7). Auch die Vorschläge der niedersächsischen Kommission zur Reform des Strafrechts, die eine ersatzlose Streichung des § 265 a StGB gefordert hatte, und der hessischen Kommission 'Kriminalpolitik', die eine Ergänzung der dritten Alternative des § 265 a Abs. 1 StGB um das Merkmal der Täuschung einer Kontrollperson vorgeschlagen hatte, gaben dem Gesetzgeber keine Veranlassung zu einer Änderung bezüglich der Beförderungserschleichung.

5. [21] Schließlich führt auch der Vergleich mit den anderen Tatbestandsalternativen des § 265 a Abs. 1 StGB zu keiner anderen Auslegung des Tatbestandsmerkmals 'Erschleichen'. Zwar erfordert die unbeachtliche Inanspruchnahme von Automatenleistungen oder von Leistungen eines öffentlichen Zwecken dienenden Telekommunikationssystems in der Regel eine aktive Manipulation oder Umgehung von Sicherungs-

maßnahmen. Dies folgt aber daraus, dass diese Leistungen nur auf eine spezielle Anforderung hin erbracht werden. Im Unterschied dazu wird die Beförderungsleistung dadurch für eine bestimmte Person erbracht, dass diese in das ohnehin in Betrieb befindliche Verkehrsmittel einsteigt und sich befördern lässt; eine vergleichbare aktive Umgehung von Kontrolleinrichtungen beim Zugang zu einem Verkehrsmittel ist daher schon der Sache nach nicht erforderlich (vgl. auch OLG Frankfurt a.M. NStZ-RR 2001, 269, 270). Notwendig ist deshalb auch nicht, dass der Anschein ordnungsgemäßer Erfüllung der Geschäftsbedingungen gerade gegenüber dem Beförderungsbetreiber oder seinen Bediensteten erregt wird; es genügt vielmehr, dass sich der Täter lediglich allgemein mit einem entsprechenden Anschein umgibt.

6. [22] Soweit in der Literatur Gesichtspunkte der Entkriminalisierung des 'Schwarzfahrens' angeführt werden (vgl. nur Albrecht NStZ 1988, 222 f., 224; Alwart JZ 1986, 563 f.; Wohlers aaO § 265 a Rdn. 4 ff. m.w.N.), ist dies für die Auslegung des § 265 a StGB unbeachtlich. Es ist nicht Aufgabe der Rechtsprechung, dem Gesetzgeber vorbehaltene rechtspolitische Zielsetzungen zu verwirklichen."

Da B die Straßenbahn unberechtigt benutzte, sich dabei aber mit dem allgemeinen Anschein umgab, er erfülle die Bedingungen der Betreiberin (der H), ist nach dieser Auffassung ein "Erschleichen" i.S.v. § 265a I 3. Fall StGB gegeben.

### c. Stellungnahme

Der Literaturauffassung ist zwar zugute zu halten, dass alle anderen Fälle des § 265a I StGB stets ein Umgehen von Schutz- oder Sicherungsmaßnahmen voraussetzen (vgl. Lackner/Kühl, § 265a Rn 6a; Schönke/Schröder-Lenckner/Perron, § 265a Rn 10; Rengier, BT I, § 16 Rn 3, 5, 8). Jedoch zeigt die Argumentation der Rechtsprechung schlüssig auf, dass weder der Wortlaut des Gesetzes noch seine Systematik hinreichende Argumente für eine einengende Auslegung des § 265a I 3. Fall StGB darstellen. Insbesondere die zahlreichen Initiativen, das "Schwarzfahren" durch eine Gesetzesänderung aus dem Tatbestand des § 265a I StGB auszuklammern, zeigen, dass auch der Gesetzgeber davon ausgeht, dass nach der derzeitigen Gesetzeslage ein Verhalten wie dasjenige des B sehr wohl (noch) von § 265a I 3. Fall StGB erfasst wird. Der Rechtsprechung ist somit zu folgen. B hat die Beförderung durch ein Verkehrsmittel erschlichen.

### 2. Vorsatz

B handelte vorsätzlich.

### 3. Absicht, das Entgelt nicht zu entrichten

B müsste in der Absicht gehandelt haben, das Entgelt nicht zu entrichten.

B handelte gezielt, um den Fahrpreis, also das Beförderungsentgelt, nicht entrichten zu müssen. Die für § 265a I StGB erforderliche Absicht ist somit gegeben.

## *II. Rechtswidrigkeit und Schuld*

B handelte rechtswidrig und schuldhaft.

## *III. Antrag, § 265a III i.V.m. § 248a StGB*

Es ist davon auszugehen, dass das Beförderungsentgelt, dass B durch sein Verhalten einsparen wollte, bei einer Fahrt mit einer Straßenbahn - selbst wenn diese

sich über mehrere Tarifzonen erstrecken sollte - unter der Geringwertigkeitsgrenze des § 248a StGB von 50,- € (OLG Hamm, wistra 2004, 34; OLG Frankfurt, NStZ-RR 2008, 311; Schönke/Schröder-Eser, § 248a Rn 10; a.A. (30,- €): OLG Oldenburg, NStZ-RR 2005, 111) liegen würde, sodass gem. § 265a III i.V.m. § 248a StGB grundsätzlich ein Strafantrag erforderlich ist. Dieser ist jedoch gestellt.

## *IV. Ergebnis*

A ist strafbar gem. § 265a I 3. Fall StGB.

*Literaturauswertung**Öffentliches Recht*

<b>Autor/Titel:</b>	Lindner, Franz: "Das Europarecht in der Rechtsprechung des BayVerfGH"
<b>Fundstelle:</b>	BayVBl 2009, 65 (Heft 3)
<b>Inhalt:</b>	Ein nicht nur für Bayern lesenswerter Beitrag, denn der Autor beschäftigt sich mit den Auswirkungen des Europarechts für die nationale Rechtsprechung insgesamt. Nach den "Basics" (Stichworte: Solange-Rspr. des BVerfG; Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts; Grundrechtsschutz) geht er auf Fragen der gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung und der Rechtsschutzmöglichkeiten des Bürgers bei Gemeinschaftsrechtsverstößen ein.

<b>Autor/Titel:</b>	Roggan, Fredrik: "Das neue BKA-Gesetz"
<b>Fundstelle:</b>	NJW 2009, 257 (Heft 5)
<b>Inhalt:</b>	Das neue BKA-Gesetz wurde vom Deutschen Bundestag am 12.11.2008 verabschiedet. Ihm ging eine lange politische Debatte voraus. Der Autor nimmt sich der nun vorliegenden Lösung an und geht auf alle verfassungsrechtlichen Probleme ein, besonders auf die Gesetzgebungskompetenz des Bundes, die Grundrechtskonformität und das Verhältnis zur Strafverfolgung nach StPO und GVG. Besonders der Grundrechtsteil ist äußerst lesenswert, da er viele besonders examensrelevante Fälle (Lauschangriff, Online-Durchsuchung, Rasterfahndung) sehr anschaulich darstellt.

*Zivilrecht*

<b>Autor/Titel:</b>	Eichelberger, Jan; Zentner, Laura Maria: "Tiere im Kaufrecht"
<b>Fundstelle:</b>	JuS 2009, 201 (Heft 3)
<b>Inhalt:</b>	Die Autoren befassen sich in diesem Beitrag mit Problemen, die sich im Zusammenhang mit der Anwendung des Gewährleistungsrechts bei Tierkäufen stellen. Die aufgeworfenen Fragen werden unter Berücksichtigung der aktuellen Rechtsprechung zum Kaufrecht aufgearbeitet. Die Lektüre ist sehr empfehlenswert.

<b>Autor/Titel:</b>	Petersen, Jens: "Das Zustandekommen des Vertrages"
<b>Fundstelle:</b>	Jura 2009, 183 (Heft 3)
<b>Inhalt:</b>	Das BGB AT ist ein oftmals im Schwierigkeitsgrad unterschätzter Prüfungsstoff, der die Basis für das Examenswissen darstellt. Der Autor erläutert den Vertragsschluss eingehend unter Berücksichtigung eines klausuradäquaten Aufbaus innerhalb der Prüfung der einzelnen Voraussetzungen.

<b>Autor/Titel:</b>	Lingemann, Stefan; Winkel, Henrike: "Der Anstellungsvertrag des Rechtsanwalts (Teil 1)"
<b>Fundstelle:</b>	NJW 2009, 343 (Heft 6)
<b>Inhalt:</b>	Der Beitrag richtet sich insbesondere an die Referendare. Die Autoren stellen im ersten Teil die Grundlagen des anwaltlichen Anstellungsverhältnisses. Grundlegendes zum Vertragsinhalt wird anschaulich anhand von Formulierungsbeispielen dargestellt.

*Strafrecht*

<b>Autor/Titel:</b>	Reichenbach, Peter: "Rechtsfolgenlösung des BGH als Weg zur schuldangemessenen Strafe beim Mord"
<b>Fundstelle:</b>	JURA 2009, 176 (Heft 3)
<b>Inhalt:</b>	Nach ständiger Rechtsprechung des BGH kann beim Heimtückemord, § 211 StGB, entgegen dem ausdrücklichen Wortlaut des § 211 I StGB in Ausnahmefällen über eine Strafmilderung analog § 49 I Nr. 1 StGB von der Verhängung einer lebenslangen Freiheitsstrafe abgesehen werden (sog. rechtsfolgenlösung des BGH). Dies führt dazu, dass ein Mord tatsächlich milder bestraft werden kann als ein Totschlag. Der Verfasser stellt die Entstehungsgeschichte der entsprechenden BGH-Rechtsprechung dar und befasst sich insbesondere mit der Argumentation der Befürworter und Gegner der Rechtsfolgenlösung. Deshalb nur Vertiefung dieser Problematik, die in beiden Examen unbedingt bekannt sein sollte, empfehlenswert.

<b>Autor/Titel:</b>	Reichling, Tilman: "§ 241a BGB und die Strafbarkeit aus Eigentumsdelikten"
<b>Fundstelle:</b>	JuS 2009, 111 (Heft 2)
<b>Inhalt:</b>	Gem. § 214a BGB kann ein Verbraucher die von einem Unternehmer unverlangt zugesandten Waren behalten, verbrauchen oder vernichten, ohne dass zivilrechtliche Herausgabe- oder Schadensersatzansprüche gegen ihn geltend gemacht werden können. Diese Regelung wäre allerdings wenig sinnvoll, wenn sich der Verbraucher bei einem entsprechenden Verhalten (insb. gem. §§ 246 I, 303 I StGB) strafbar machen würde. Der Verfasser diskutiert eine Berücksichtigung von § 214a BGB im Strafrecht auf Tatbestandsebene (beim Tatbestandsmerkmal "fremd") und als Rechtfertigungsgrund. Da gerade themenübergreifende Probleme wie dieses in Prüfungen besonders beliebt sind, empfiehlt sich die Lektüre dieses übersichtlichen Aufsatzes.

<b>Autor/Titel:</b>	Rönnau, Thomas: "Grundwissen - Strafrecht: Der strafrechtliche Rechtsgutbegriff"
<b>Fundstelle:</b>	JuS 2009, 209 (Heft 3)
<b>Inhalt:</b>	Die Bestimmung des durch einen bestimmten Tatbestandes geschützten Rechtsguts kann z.B. zur Bestimmung des strafbetragsberechtigten Verletzten (vgl. § 77 I StGB) von Bedeutung sein, wird in Klausuren jedoch vor allem bei der Auslegung von Tatbestandsmerkmalen relevant werden. Der Verfasser beschäftigt sich in diesem Aufsatz mit der Geschichte des Begriffs des "Rechtsguts", seiner Funktion und seinem Inhalt vor allem vor dem Hintergrund der verschiedenen durch diesen Begriff zu lösenden Aufgaben. Interessant zu lesen, zur konkreten Auslegung einzelner Tatbestände aber vielleicht etwas zu abstrakt.