

Öffentliches Recht

Standort: Grundrechte Problem: Verwaltungsvorschrift keine Eingriffsermächtigung

BVERFG, BESCHLUSS VOM 11.08.2009
2 BvR 941/08 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Im vorliegenden Fall hatte die Polizei auf der Autobahn eine Videoüberwachung des fließenden Verkehrs vorgenommen, dabei den Beschwerdeführer gefilmt, wie er die zulässige Höchstgeschwindigkeit überschritt und anschließend ein Bußgeld gegen ihn verhängt. Gegen dieses Bußgeld klagte der Bf. mit dem Argument, die Videoaufzeichnung sei unverwertbar, da sie rechtswidrig erfolgt sei. Es existiere nämlich keine gesetzliche Grundlage für das Anfertigen von Videoaufzeichnungen durch die Polizei ohne konkreten Anlass. Aus dem Beweiserhebungs- folge ein Beweisverwertungsverbot.

Eine Ermächtigungsgrundlage für solche Filmaufnahmen ließ sich tatsächlich weder im Gefahrenabwehrrecht (Prävention) noch im Ordnungswidrigkeitenrecht (Repression) finden. Dem Amtsgericht und anschließend dem Oberlandesgericht genügte aber eine Verwaltungsvorschrift, um den Bf. zu verurteilen: Aus dem Erlass zur Überwachung des Sicherheitsabstandes nach § 4 StVO des Wirtschaftsministeriums Mecklenburg-Vorpommern vom 1. Juli 1999 (Az.: V 652.621.5-2-4) ergebe sich das Recht der Polizei, solche Videoaufnahmen durchzuführen.

Dass ein deutsches Gericht allen Ernstes eine Verwaltungsvorschrift, also reines Innenrecht der Verwaltung, als genügende Ermächtigungsgrundlage für einen Grundrechtseingriff gegenüber dem Bürger ansieht (noch dazu eine Verwaltungsvorschrift den einzuhaltenden *Sicherheitsabstand* betreffend als ausreichend für das Filmen einer *Geschwindigkeitsüberschreitung*), ist kaum nachzuvollziehen. Offensichtlich konnten sich die Richter einfach nicht vorstellen, dass die Videoüberwachung des laufenden Verkehrs - faktisch ein alltägliches Phänomen - rechtlich unzulässig sein könnte. Das BVerfG spart jedenfalls nicht mit Kritik: Über die Feststellung eines nicht zu rechtfertigenden Eingriffs in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung aus Art. 2 I i.V.m. 1 I GG hinaus bezeichnet es die Entscheidungen des AG und OLG als "objektiv willkürlich", "tatsächlich und eindeutig unangemessen" sowie "unter keinem rechtlichen Aspekt vertretbar". Neben dem Recht auf informatio-

nelle Selbstbestimmung verstießen die Entscheidungen daher auch gegen das Willkürverbot des Art. 3 I GG.

Prüfungsrelevanz:

Dieser Beschluss des BVerfG wird weitreichende Folgen für die alltägliche Praxis der Verkehrsüberwachung haben. Für Examensaufgaben eignet er sich auch besonders gut, da die Prüfung von Freiheits- und Gleichheitsgrundrechten kombiniert werden kann.

Das BVerfG bedient sich übrigens eines ungewöhnlichen Aufbaus, der sich für ein Gutachten kaum empfiehlt, indem das Gericht von Art. 3 I GG ausgeht und inzidenter das allgemeine Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 I i.V.m. 1 I GG prüft (siehe nachstehende Gründe). In einem Gutachten bietet es sich demgegenüber an, mit der Prüfung von Art. 2 I i.V.m. 1 I GG zu beginnen und einen Verstoß gegen dieses Freiheitsgrundrecht festzustellen, weil keine taugliche Schranke zur Rechtfertigung des im Filmen liegenden Eingriffs ersichtlich ist. Zwar findet das allgemeine Persönlichkeitsrecht grds. seine Schranken in der "verfassungsmäßigen Ordnung" aus Art. 2 I GG, worunter jeder Außenrechtsakt zu verstehen ist, also neben Gesetzen auch Rechtsverordnungen, Satzungen und sogar Gewohnheitsrecht. Schon diesem weiten Verständnis würde eine Verwaltungsvorschrift als reines Innenrecht der Verwaltung aber nicht genügen. Hinzu kommt, dass das BVerfG die "verfassungsmäßige Ordnung" gerade beim hier einschlägigen Recht auf informationelle Selbstbestimmung wegen der besonderen Bedeutung desselben enger, nämlich im Sinne eines echten Gesetzesvorbehalts interpretiert, den zu erfüllen noch nicht einmal Satzungen, Rechtsverordnungen usw. genügen. Vielmehr bedarf es eines ermächtigenden Parlamentsgesetzes.

Nach Feststellung der Verletzung von Art. 2 I i.V.m. 1 I GG sollte in einer eigenen Prüfung auf Art. 3 I GG eingegangen und die objektive Willkür der Entscheidungen der Fachgerichte bejaht werden, die in unvertretbarer Weise eine Verwaltungsvorschrift als taugliche Schranke für einen Grundrechtseingriff ansahen.

Vertiefungshinweise:

☐ Verletzung des allg. Persönlichkeitsrechts durch öffentliche Videoüberwachung: *BVerfG*, RA 2007,

392 = NVwZ 2007, 688; *VGH Mannheim*, NVwZ 2004, 498

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

□ Grundlegend zum Recht auf informationelle Selbstbestimmung: *BVerfGE* 65, 1

□ Zur Bindungswirkung von Verwaltungsvorschriften: *VG Arnsberg*, RA 2007, 623 (TA Lärm); *VG Oldenburg*, RA 2006, 175 = NVwZ-RR 2006, 127 (Vergabe von Standplätzen)

□ Zur Abgrenzung von Verwaltungsvorschrift und Rechtsnorm: *BayVGH*, RA 2001, 128 = DVBl 2001, 311

Kursprogramm:

□ *Examenskurs*: "Big Brother is watching you"

Sachverhalt:

[1] Der Landrat des Landkreises Güstrow setzte nach Anhörung mit Bescheid vom 4. Mai 2006 gegen den Beschwerdeführer wegen fahrlässiger Überschreitung der zulässigen Höchstgeschwindigkeit (§ 41 Abs. 2, § 49 StVO) ein Bußgeld in Höhe von 50 Euro fest, wobei es sich um eine im Verkehrszentralregister einzutragende und mit drei Punkten bewertete Ordnungswidrigkeit handelte. Zur Begründung wurde ausgeführt, der Beschwerdeführer habe mit seinem Pkw am 16. Januar 2006 die BAB 19 Richtung Rostock befahren und dabei bei km 98,6 die zulässige Höchstgeschwindigkeit (100 km/h) außerhalb geschlossener Ortschaften um 29 km/h überschritten. Die von der Ordnungsbehörde vorgenommene Geschwindigkeitsmessung erfolgte mit dem Verkehrskontrollsystem Typ VKS der Firma V.

[2] Der Beschwerdeführer legte fristgerecht Einspruch ein und rügte unter anderem, die Video-Aufzeichnung des Verkehrsverstoßes sei ohne ausreichende Rechtsgrundlage angefertigt worden. Es habe an einem konkreten Tatverdacht gefehlt. Weder im Gefahrenabwehrrecht noch im Ordnungswidrigkeitenrecht finde sich eine Befugnis für eine allgemeine oder automatisierte Videoüberwachung, deren Voraussetzungen erfüllt seien. Aus der Schwere des Rechtsverstoßes ergebe sich ein Verwertungsverbot. In der Hauptverhandlung wiederholte er - erfolglos - die Einwendungen. [...]

[6] Mit seiner fristgerecht erhobenen Verfassungsbeschwerde rügt der Beschwerdeführer eine Verletzung seiner Grundrechte aus Art. 2 Abs. 1, Art. 3 Abs. 1, Art. 19 Abs. 4 und Art. 103 Abs. 1 GG sowie aus Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 20 Abs. 3 GG.

Aus den Gründen:

[12] Die angegriffenen Gerichtsentscheidungen verstoßen gegen den allgemeinen Gleichheitssatz in seiner Bedeutung als Willkürverbot (Art. 3 Abs. 1 GG).

A. Verstoß gegen Art. 3 I GG

I. Willkürmaßstab bei Judikativakten

[13] Das dem allgemeinen Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) folgende Willkürverbot zieht der Rechtsprechung bei der Auslegung und Anwendung des einfachen Rechts nur gewisse äußerste Grenzen (vgl. *BVerfGE* 42, 64 [73]). Nicht jede fehlerhafte Anwendung des einfachen Rechts stellt daher auch einen Gleichheitsverstoß dar. Von Willkür kann nicht gesprochen werden, wenn das Gericht sich mit der Rechtslage eingehend auseinandersetzt und seine Auffassung nicht jedes sachlichen Grundes entbehrt (vgl. *BVerfGE* 87, 273 [278 f.]; 96, 189 [203]). Ein Richterspruch ist jedoch willkürlich und verstößt damit gegen Art. 3 Abs. 1 GG, wenn er unter keinem rechtlichen Aspekt vertretbar ist und sich daher der Schluss aufdrängt, dass er auf sachfremden Erwägungen beruht (vgl. *BVerfGE* 62, 189 [192]; 70, 93 [97]; 96, 189 [203]). In einem derartigen Fall kommt ein verfassungsgerichtliches Eingreifen in Betracht (vgl. *BVerfGE* 62, 189 [192]). Dabei ist Willkür nicht im Sinne eines subjektiven Vorwurfs, sondern objektiv zu verstehen, als eine Maßnahme, die im Verhältnis zu der Situation, der sie Herr werden will, tatsächlich und eindeutig unangemessen ist (vgl. *BVerfGE* 62, 189 [192]; 70, 93 [97]; *BVerfG*, Beschluss der 1. Kammer des Zweiten Senats vom 16. Oktober 1998 - 2 BvR 1328/96 -, NVwZ-Beilage 1999, S. 10 f.).

II. Subsumtion

[14] Die angegriffenen Entscheidungen halten einer an diesen Maßstäben ausgerichteten verfassungsrechtlichen Überprüfung nicht stand. Die Rechtsauffassung, die mittels einer Videoaufzeichnung vorgenommene Geschwindigkeitsmessung könnte auf einen Erlass eines Ministeriums gestützt werden, ist unter keinem rechtlichen Aspekt vertretbar und daher willkürlich.

1. Eingriff in den Schutzbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts

In der vom Beschwerdeführer angefertigten Videoaufzeichnung liegt ein Eingriff in sein allgemeines Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG in seiner Ausprägung als Recht auf informationelle Selbstbestimmung.

a. Schutzbereich betroffen

Dieses Recht umfasst die Befugnis des Einzelnen, grundsätzlich selbst zu entscheiden, wann und inner-

halb welcher Grenzen persönliche Lebenssachverhalte offenbart werden, und daher grundsätzlich selbst über die Preisgabe und Verwendung persönlicher Daten zu bestimmen (vgl. BVerfGE 65, 1 [42 f.]).

Durch die Aufzeichnung des gewonnenen Bildmaterials wurden die beobachteten Lebensvorgänge technisch fixiert. Sie konnten später zu Beweis Zwecken abgerufen, aufbereitet und ausgewertet werden. Eine Identifizierung des Fahrzeuges sowie des Fahrers war beabsichtigt und technisch auch möglich. Auf den gefertigten Bildern sind das Kennzeichen des Fahrzeuges sowie der Fahrzeugführer deutlich zu erkennen. Das Amtsgericht hat im angegriffenen Urteil ebenfalls festgestellt, dass ausreichende Konturen auf den Bildern vorhanden sind, und den Beschwerdeführer als die abgebildete Person identifiziert. Dass die Erhebung derartiger Daten einen Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung darstellt, entspricht der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (vgl. BVerfG, Beschluss vom 17. Februar 2009 - 1 BvR 2492/08 -, Umdruck, S. 26; BVerfGE 120, 378 [397 ff.]; BVerfGK 10, 330 [336 f.]).

b. Eingriff

[16] Der Eingriff in das Grundrecht entfällt nicht dadurch, dass lediglich Verhaltensweisen im öffentlichen Raum erhoben wurden. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht gewährleistet nicht allein den Schutz der Privat- und Intimsphäre, sondern trägt in Gestalt des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung auch den informationellen Schutzinteressen des Einzelnen, der sich in die Öffentlichkeit begibt, Rechnung (vgl. BVerfGE 65, 1 [45]; 120, 378 [398 f.]; BVerfGK 10, 330 [336]). Es liegt auch kein Fall vor, in dem Daten ungezielt und allein technikbedingt zunächst miterfasst, dann aber ohne weiteren Erkenntnisgewinn, anonym und spurlos wieder gelöscht werden, so dass aus diesem Grund die Eingriffsqualität verneint werden könnte (vgl. dazu BVerfGE 115, 320 [343]; 120, 378 [399]). Die vom Beschwerdeführer angefertigten Videoaufnahmen wurden gerade in einem Bußgeldverfahren als Beweismittel genutzt. Inwiefern zwischen Übersichtsaufnahmen des auflaufenden Verkehrs und Aufnahmen der Fahrzeugführer sowie der Kennzeichen zu differenzieren ist, kann offen gelassen werden.

2. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

a. Schranke: Gesetzesvorbehalt

[17] Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung ist der Einschränkung im überwiegenden Allgemeininteresse zugänglich. Diese bedarf jedoch einer gesetzlichen Grundlage, die dem rechtsstaatlichen Gebot der Normenklarheit entspricht und verhältnismäßig ist (vgl. BVerfGE 65, 1 [43 f.]; 120, 378 [401 ff.];

BVerfGK 10, 330 [337]). Anlass, Zweck und Grenzen des Eingriffs müssen in der Ermächtigung bereichsspezifisch, präzise und normenklar festgelegt werden (vgl. BVerfGE 65, 1 [44 ff.]; 100, 313 [359 f.]; BVerfGK 10, 330 [337 f.]).

b. Verwaltungsvorschrift keine taugliche Schranke

[18] Das Amtsgericht hat im angefochtenen Urteil die mittels einer Videoaufzeichnung vorgenommene Geschwindigkeitsmessung auf den Erlass zur Überwachung des Sicherheitsabstandes nach § 4 StVO des Wirtschaftsministeriums Mecklenburg-Vorpommern vom 1. Juli 1999 (Az.: V 652.621.5-2-4) gestützt und damit diesen als Rechtsgrundlage für Eingriffe in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung herangezogen.

[19] Eine solche Rechtsauffassung ist verfehlt und unter keinem rechtlichen Aspekt vertretbar. Es handelt sich bei dem Erlass - ausweislich der einleitenden Bemerkung - um eine Verwaltungsvorschrift und damit um eine verwaltungsinterne Anweisung. Derartige Regelungen, durch die eine vorgesetzte Behörde etwa auf ein einheitliches Verfahren oder eine einheitliche Gesetzesanwendung hinwirkt, stellen kein Gesetz im Sinn des Art. 20 Abs. 3 sowie des Art. 97 Abs. 1 GG dar und sind grundsätzlich Gegenstand, nicht Maßstab der richterlichen Kontrolle (vgl. BVerfGE 78, 214 [227]). Eine Verwaltungsvorschrift kann für sich auch keinen Eingriff in das Grundrecht der informationellen Selbstbestimmung rechtfertigen, da es einer formell-gesetzlichen Grundlage bedarf. Der parlamentarische Gesetzgeber hat über einen derartigen Eingriff zu bestimmen und Voraussetzungen sowie Umfang der Beschränkungen klar und für den Bürger erkennbar festzulegen (vgl. BVerfGE 65, 1 [44]). Das Amtsgericht, das im Erlass des Wirtschaftsministeriums Mecklenburg - Vorpommern eine hinreichende Grundlage für die konkret durchgeführte Verkehrsüberwachung und damit auch für die vom Beschwerdeführer geltend gemachten Grundrechtseingriffe gesehen hat, setzt sich mit dieser verfassungsrechtlichen Problematik nicht ansatzweise auseinander. [...]

[22] Das Oberlandesgericht hat diesen Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 bekräftigt, weil es den Antrag auf Zulassung der Rechtsbeschwerde als unbegründet verworfen hat. Indem es dabei auf die Rechtsauffassung des Amtsgerichts verwiesen hat, hat es sich dessen unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt vertretbare Begründung zu Eigen gemacht.

B. Folgen für die fachgerichtliche Entscheidung

[23] Die angegriffenen Gerichtsentscheidungen beruhen auch auf dem festgestellten Verfassungsverstoß, da nicht mit Sicherheit ausgeschlossen werden kann, dass die Gerichte im Fall ordnungsgemäßer Prüfung zu einem für den Beschwerdeführer günstigeren Er-

gebnis gelangt wären (vgl. BVerfGE 7, 95 [99]; 55, 95 [99]; 89, 381 [392 f.]; BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Zweiten Senats vom 31. August 1993 - 2 BvR 843/93 -, NJW 1994, S. 847). Anhand der insofern unvollständigen Urteilsfeststellungen ist nicht ersichtlich, dass die Voraussetzungen einer Rechtsgrundlage für den Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung erfüllt wären und dass der Vortrag des Beschwerdeführers daher insofern unzutreffend wäre.

[24] Nach den allgemeinen strafprozessualen Grundsätzen (vgl. dazu Meyer-Goßner, StPO, 51. Aufl. 2008, Einl. Rn. 55 ff., m.w.N.), die über § 46 Abs. 1 OWiG auch im Bußgeldverfahren sinngemäß anwendbar sind, kann aus einem Beweiserhebungsverbot auch

ein Beweisverwertungsverbot folgen (vgl. Lampe, in: Karlsruher Kommentar zum OWiG, 3. Aufl. 2006, § 46 Rn. 18; Seitz, in: Göhler, OWiG, 14. Aufl. 2006, § 46 Rn. 10c m.w.N.). Dies ist in Fällen, in denen keine gesetzliche Regelung getroffen ist, anhand einer Betrachtung der jeweiligen Umstände des Einzelfalles zu ermitteln (vgl. König, in: Hentschel/König/Dauer, Straßenverkehrsrecht, 40. Aufl. 2009, § 26 StVG, Rn. 2; Lampe, in: Karlsruher Kommentar zum OWiG, 3. Aufl. 2006, § 46 Rn. 18; Seitz, in: Göhler, OWiG, 14. Aufl. 2006, § 46 Rn. 10c). Es erscheint danach zumindest möglich, dass die Fachgerichte einen Rechtsverstoß annehmen, der ein Beweisverwertungsverbot nach sich zieht. Ein günstigeres Ergebnis kann daher nicht ausgeschlossen werden. [...]

Standort: Grundrechte

Problem: Schutzpflicht des Staates

VG BERLIN, BESCHLUSS VOM 07.07.2009
34 L 229/09 (NVWZ 2009, 1120)

Problemdarstellung:

Grundrechte sind zunächst und vor allem Abwehrrechte des Bürgers gegen den Staat. Im vorliegenden Fall ging es um die Frage, ob aus Grundrechten auch ein Leistungsrecht (konkret: Maßnahmen zur Befreiung eines vor Somalia entführten Schiffes bzw. seiner Besatzung) abgeleitet werden kann.

A. Nur wenige Grundrechte sind explizit als Leistungsrechte ausgestaltet, z.B. Art. 6 IV GG. Bei den hier einschlägigen Grundrechten aus Art. 2 II 1 und 2 i.V. mit Art. 1 I 2 GG (Leben, Gesundheit und Persönlichkeit) ist dies nicht der Fall.

B. Es gibt Gleichheits- und Teilhaberechte, die ebenfalls Ansprüche vermitteln können, z.B. Art. 38 I 1 GG auf Teilhabe an der Bundestagswahl. Hier ging es aber um klassische Freiheitsgrundrechte.

C. Auch aus Freiheitsgrundrechten kann ausnahmsweise ein Anspruch folgen. Das BVerfG spricht in diesem Zusammenhang von "Schutzpflichten des Staates". Grundlegend hierzu ist die BVerfG-Entscheidung zur Frsitenlösung bei § 218 StGB (BVerfG, NJW 1993, 1751), in der es im Leitsatz heißt: "Das Grundgesetz verpflichtet den Staat, menschliches Leben, auch das ungeborene, zu schützen. Diese Schutzpflicht hat ihren Grund in Art. 1 I GG."

Allerdings hat der Staat einen weitgehenden Gestaltungsspielraum bei der Frage, wie er seinem grundrechtlichen Schutzauftrag nachkommt. Aus diesem Grund besteht i.d.R. kein Anspruch des Bürgers auf ein *bestimmtes* Tätigwerden aus den Grundrechten. Nur wenn die öffentliche Gewalt Schutzvorkehrungen *überhaupt nicht* oder in offensichtlich gänzlich ungeeignetem Maße getroffen hat, kann der Bürger einen

Anspruch auf Tätigwerden haben. Vereinfacht gesagt wird i.d.R. ein Anspruch auf das "Ob" des Tätigwerdens gegeben sein, nicht jedoch auf das "Wie".

D. So lag es auch im vorliegenden Fall: Da sich die Bundesregierung durchaus tauglich um die Freilassung der Geiseln bemühte (dem "Ob" ihrer Schutzpflicht also nachkam), bestand kein Anspruch auf ein bestimmtes Tätigwerden (das "Wie", also etwa einen GSG-9-Einsatz, Lösegeldzahlung o.ä.).

Prüfungsrelevanz:

Die Piraterie vor der somalischen Küste beschäftigt nahezu täglich die Öffentlichkeit. Bereits der Bundeswehreinsatz zu ihrer Eindämmung hat auch die Juristen interessiert. Die nun vorliegende Entscheidung des VG Berlin eignet sich hervorragend etwa für eine mündliche Prüfung.

Prozessual wäre ein Anspruch auf Einschreiten der Bundesregierung gegen die Piraten übrigens mit einem Eilantrag nach § 123 I 2 VwGO geltend zu machen. Es wird eine Erweiterung des eigenen Rechtskreises, nämlich die Vornahme einer bisher nicht vorgenommenen Handlung begehrt. Hierzu ist die Regelungsanordnung des § 123 I 2 VwGO statthaft. In der Hauptsache dürfte es sich um eine allgemeine Leistungsklage handeln, da die begehrten Maßnahmen als Realakte zu qualifizieren sein dürften, denen kein Verwaltungsakt in Form einer konkretisierenden Bewilligungsentscheidung mit Außenwirkung vorausgeht.

Vertiefungshinweise:

Kein Anspruch auf konkretes Handeln aus objektiver Schutzpflicht der Grundrechte: *BVerfGE* 46, 160, 164 f.

Rechtsrahmen für Einschreiten gegen Seepiraten: *Fischer-Lescano/Tohidipur*, NJW 2009, 1243

Leitsätze (der Redaktion):

1. Die den Staat treffende objektive Schutzpflicht der Grundrechte gibt keinen Anspruch auf das Ergreifen bestimmter Maßnahmen, solange der Staat seiner Schutzpflicht überhaupt in tauglicher Weise nachkommt.

2. Dem Staat steht ein weiter Gestaltungsspielraum bei der Frage zu, wie er seiner Schutzpflicht genügt. Dies gilt auch und in besonderem Maße im Bereich der Außenpolitik.

Sachverhalt:

Der Ast. ist Besatzungsmitglied des vor der Küste Somalias von Piraten entführten Schiffes „Hansa Stavanger“. Mit seinem Eilantrag begehrt er, die Ag. im Wege der einstweiligen Anordnung zu verpflichten, alles in ihrer Macht Stehende zu tun, um das Leben und die körperliche Unversehrtheit des Ast. zu schützen und zu retten, sowie sich für die Freilassung des Ast. einzusetzen. Das VG lehnte den Antrag ab.

Aus den Gründen:**A. Zulässigkeit**

Der Antrag ist bereits unzulässig.

I. Allgemeines Rechtsschutzinteresse

Zum einen fehlt dem Antrag das Rechtsschutzbedürfnis. Die Ag. hat glaubhaft bekundet, dass das von dem Ast. Begehrte bereits erreicht ist. Denn der Bundesregierung ist bekannt, dass sie durch Art. 2 II 1 und 2 i.V. mit Art. 1 I 2 GG verpflichtet ist, das Leben und die körperliche Unversehrtheit der von Piraten vor der somalischen Küste entführten Besatzung der „Hansa Stavanger“, soweit sie aus deutschen Staatsangehörigen besteht - und damit auch des dort als nautischer Offizier tätigen Ast. -, zu schützen und auf ihre Freilassung hinzuwirken. Wie die Ag. betont, kommt die Bundesregierung dieser Verpflichtung vorliegend im Rahmen des ihr Möglichen nach, insbesondere durch Aktivitäten des Krisenstabs der Bundesregierung, so dass es insoweit gerichtlichen Rechtsschutzes nicht bedarf (zu diesen Aktivitäten vgl. Der Spiegel 28/2009, S. 34ff.). Ein Anspruch des Ast. auf Vornahme konkreter Handlungen durch die Ag. besteht jedoch nicht (vgl. die folgenden Erwägungen).

II. Konkreter Antrag

Zum anderen entspricht der Antrag bereits nicht dem Bestimmtheitsgebot des - in Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes entsprechend anwendbaren (vgl. Beschl. der Kammer v. 5. 5. 2009 - 34 L 152/09 - m.w. Nachw.) - § 82 I 2 VwGO und ist auch deswegen unzulässig.

Der Antrag ist darauf gerichtet, dass die Ag. alles in ihrer Macht Stehende tut, um das Leben und die kör-

perliche Unversehrtheit des Ast. zu schützen und zu retten, sowie sich für dessen Freilassung einzusetzen. Der Antrag lässt entgegen § 82 I 2 VwGO nicht erkennen, was die Ag. aus Sicht des Ast. über das bereits bisher von ihr Unternommene hinaus noch konkret tun oder unterlassen soll, um die Ziele des Ast. zu erreichen. Auch die dem Antrag beigegebene Begründung verdeutlicht nicht, was im Einzelnen veranlasst werden soll. Damit wird der vorliegende Antrag den Erfordernissen nach § 82 I 2 VwGO nicht gerecht, weil der jeweils gestellte Antrag so bestimmt sein muss, dass der ihm entsprechende Entscheidungstenor vollstreckungsfähig ist (vgl. Beschl. der Kammer v. 5. 5. 2009 - 34 L 152/09 - m.w. Nachw.).

B. Begründetheit

Der Rechtsschutzantrag ist im Übrigen auch unbegründet, denn der Ast. hat das Vorliegen eines Anordnungsanspruchs nicht glaubhaft gemacht (vgl. § 123 I bis III VwGO i.V. mit §§ 920 II, 294 I ZPO).

I. Kein Anspruch bei Unzulässigkeit

Es besteht schon deshalb kein Anordnungsanspruch, weil eine Klage in der Hauptsache wegen fehlenden Rechtsschutzbedürfnisses und mangelnder Bestimmtheit des Klageantrags unzulässig wäre, insoweit wird auf die obigen Erwägungen Bezug genommen.

II. Kein Anspruch auf konkretes Handeln aus objektiver Schutzpflicht der Grundrechte

Es besteht auch deshalb kein Anordnungsanspruch, weil die Klage in der Hauptsache unbegründet wäre. Zwar ist die Bundesregierung, wie oben bereits dargelegt wurde, durch Art. 2 II 1 und 2 i.V. mit Art. 1 I 2 GG verpflichtet, das Leben und die körperliche Unversehrtheit des von Piraten entführten Ast. zu schützen sowie auf seine Freilassung hinzuwirken. Dem Ast. steht aber ein Anspruch auf Vornahme konkreter Handlungen durch die Ag. zum Schutz seines Lebens, seiner körperlichen Unversehrtheit und seiner Freiheit nicht zu. Denn der Bundesregierung kommt bei der Frage, in welcher Weise im Einzelfall - hier dem Ast. - diplomatischer Schutz gewährt wird, ein sehr weites außenpolitisches Ermessen zu, das gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbar ist (vgl. BVerfGE 55, 349 [364f.]). Die Weite des Ermessens im auswärtigen Bereich hat ihren Grund darin, dass die Gestaltung auswärtiger Verhältnisse und Geschehensabläufe nicht allein vom Willen der Bundesrepublik Deutschland bestimmt werden kann, sondern vielfach von Umständen abhängig ist, die sich ihrer Bestimmung entziehen. Vorliegend ist den zuständigen Stellen die Befreiung der „Hansa Stavanger“ und ihrer Besatzung aus dem Gewahrsam von Piraten vor der somalischen Küste zur Aufgabe gestellt.

Es liegt auf der Hand, dass die Umstände, die zur Frei-

lassung von Besatzung und Schiff führen können, von der Bundesregierung allenfalls mitgestaltet, aber nicht ohne Weiteres einseitig festgelegt werden können. Die gebotenen Schritte, insbesondere im Rahmen von Verhandlungen mit den Piraten, müssen der aktuellen Lage angepasst werden. Eine wirksame Wahrnehmung der Schutzpflicht insbesondere gegenüber dem Ast. setzt voraus, dass die zuständigen staatlichen Organe in der Lage sind, auf die jeweiligen Umstände des Einzelfalls angemessen zu reagieren. Zudem muss die

Bundesregierung bei der Wahl ihrer Mittel auch die Gefahr künftiger Entführungen durch Piraten in den Blick nehmen; ihre Reaktion darf für die Piraten nicht vorhersehbar sein. All dies schließt die Festlegung auf ein bestimmtes Mittel aus (vgl. BVerfGE 46, 160 [164f.] = NJW 1977, 2255). Danach kann der Ast. von der Ag. nicht die Vornahme bestimmter konkreter Handlungen zum Schutz von Leib, Leben und Freiheit verlangen.

Standort: Öffentlich-rechtliche GoA

Problem: Fremdes Geschäft

OVG LÜNEBURG, URTEIL VOM 09.10.2008
12 LC 386/06 (NVwZ 2009, 1050)

Problemdarstellung:

Im vorliegenden Fall ging es um die Frage, ob und wann die zivilrechtlichen Regelungen über die Geschäftsführung ohne Auftrag (GoA) im öffentlichen Recht Anwendung finden können.

A. Früher war die Übertragung der GoA-Regeln auf das öffentliche Recht streitig. Heute entspricht ihre grundsätzliche Anwendbarkeit auch im öffentlichen Recht allerdings einer gesicherten Rechtsprechung (vgl. BVerwGE 48, 279 und BVerwG, NVwZ-RR 2004, 84). Folgende Merkposten sind allerdings zu beachten:

I. Die GoA-Regeln dürfen nach *h.L.* nicht missbraucht werden, um eine gesetzliche Regelung im öffentlichen Recht zu umgehen. Regelt beispielsweise das Ordnungsrecht abschließend die Kostenerstattungsansprüche des Staates gegen den Störer, lehnt die *h.L.* zu Recht einen darüber hinausgehenden Anspruch aus GoA ab (vgl. nur Seiler, in: MüKo-BGB, Vor § 677 Rn 31 m.w.N.). Die GoA kommt m.a.W. nur dort zur analogen Anwendung, wo öffentlich-rechtliche Regelungen fehlen oder eine Lücke lassen.

Die *Rechtsprechung*, insbesondere die des BGH, ist hier allerdings deutlich großzügiger. Dort wird die GoA auch in Fällen abschließender öffentlich-rechtlicher Regelungen angewendet, z.T. sogar dann, wenn die öffentlich-rechtlichen Kostenerstattungsansprüche gerade daran scheitern, dass die Behörde sich nicht an das Gesetz gehalten (z.B. eine Ersatzvornahme nicht zuvor angedroht) hat, vgl. nur BGHZ 40, 28; 65, 354. Diese Entscheidungen setzen sich allerdings kaum oder gar nicht mit dem Problem der Gesetzesbindung der Verwaltung aus Art. 20 III GG auseinander, der durch die Anwendung der GoA bei Umgehung oder Nichtbeachtung öffentlich-rechtlicher Vorschriften verletzt wird. Sie sind daher dogmatisch kaum haltbar.

II. Macht der Staat Ansprüche aus öffentlich-rechtlicher GoA gegen den Bürger geltend, muss er diese ggf. einklagen. Keinesfalls verleihen die GoA-Regeln

die Befugnis, einen Anspruch durch Verwaltungsakt festzusetzen. Sie verlieren ihren von Gleichordnung geprägten, zivilrechtlichen Charakter nicht dadurch, dass sie entsprechend im öffentlichen Recht angewendet werden.

III. Eine zur Anwendung der GoA führende Lücke im Gesetz kann auch zwischen zwei Hoheitsträgern bestehen. Dann wird sich allerdings häufig das Problem stellen, ob der geschäftsführende, Ersatz begehrende Hoheitsträger wirklich ein "fremdes Geschäft" geführt hat, denn normalerweise sind die Zuständigkeiten unter Hoheitsträgern exklusiv verteilt. Hiervon mag es aber Ausnahmen geben. Eine solche ist bspw. anerkannt, wenn eine Polizei- oder Ordnungsbehörde zur Gefahrenabwehr im Pflichtenkreis eines anderen Hoheitsträgers tätig wird, der nicht selbst zur Bekämpfung der Gefahr Willens oder in der Lage ist.

IV. Ob ein solcher Fall vorlag, hatte das OVG Lüneburg hier zu entscheiden. Konkret ging es um die Kostenerstattung für Sondierungsmaßnahmen zur Aufsuchung von Bombenblindgängern beim Autobahnbau. Das Gericht entschied Folgendes:

1. Grundsätzlich treffe die Verantwortung für die Beschaffenheit des Straßenkörpers den Träger der Straßenbaulast (hier: das Land Niedersachsen). In dessen Pflichtenkreis falle m.a.W. auch die Suche nach Bomben. Übernehme die Gefahrenabwehrbehörde (hier: der Gemeinde) diese Aufgabe, liege für letztere ein "fremdes Geschäft" vor.

2. Etwas anderes möge gelten, wenn Gefahr im Verzug vorliege. Diese zu bekämpfen könne eine eigene, originäre Aufgabe der Gefahrenabwehrbehörde sein. An einer solchen fehle es hier jedoch, da das Suchen nach Bomben lediglich aus Anlass des beabsichtigten Straßenbaus vorgenommen wurde, und nicht etwa, weil konkrete Anhaltspunkte für das Vorhandensein und mögliche Explodieren einer bestimmten Bombe vorlagen. Allein die Tatsache, dass alliierte Luftbilder ausgewertet worden seien, die eine Bombardierung des fraglichen Gebiets im 2. Weltkrieg zeigten, begründe noch keine Gefahr im Verzug.

3. Somit blieb es nach Ansicht des OVG bei der allei-

nigen Verantwortung des Trägers der Straßenbaulast, die Gefahrenabwehrbehörde hatte für diesen ein "fremdes Geschäft" geführt und konnte aus GoA (§ 683 BGB) Aufwendungsersatz verlangen.

Prüfungsrelevanz:

Ob und wann die Regeln über die GoA auch im öffentlichen Recht Anwendung finden, sollte jedem Examenkandidaten geläufig sein. Ferner sollte man sich merken, dass gerade bei Erstattungsansprüchen unter Hoheitsträgern oftmals beim "fremden Geschäft" ein Kernproblem liegt. Dass in diesem Verhältnis keine Verwaltungsakte erlassen werden dürfen, Ansprüche also ggf. mit einer allgemeinen Leistungsklage einzuklagen sind, ergibt sich allein schon aus der mangelnden Außenwirkung in diesem Verhältnis (vgl. im Übrigen die Ausführungen oben II. zur fehlenden VA-Befugnis).

Wird der oben unter I. angesprochene Streit zwischen Rspr. und h.L. über die Anwendung der öffentlich-rechtlichen GoA neben bestehenden, im konkreten Fall aber nicht erfüllten Kostenerstattungsregelungen des öffentlichen Rechts relevant, sollte man klausur-taktisch entscheiden: Liegt ein Schwerpunkt auf der GoA-Prüfung, sollte man sich diesen nicht abschneiden. Eventuell kann die Anwendbarkeit der GoA auch offen gelassen werden, wenn jedenfalls i.E. ihre tatbestandlichen Voraussetzungen nicht vorliegen. Ist eine Streitentscheidung hingegen unbedingt erforderlich, dürfte die Gesetzesbindung aus Art. 20 III GG das entscheidende Argument für die h.L. sein.

Vertiefungshinweise:

□ Zur GoA im öffentlichen Recht: *VGH Mannheim*, NVwZ-RR 2004, 473; *VG Düsseldorf*, RA 1999, 700 = *NWVB1* 1999, 470

Leitsatz:

Kosten der Sondierungsmaßnahmen, die aus Anlass der Bauvorbereitung eines Bundesautobahnabschnitts erforderlich werden und der (ergebnislosen) Aufsuchung von Kampfmitteln (Bombenblindgängern) aus dem Zweiten Weltkrieg dienen, sind von dem Träger der Straßenbaulast und nicht von der allgemeinen Gefahrenabwehrbehörde zu tragen.

Sachverhalt:

Die Bet. streiten über die Pflicht zur Tragung von Kosten für Sondierungsmaßnahmen, die im Zusammenhang mit dem Bau eines Bundesautobahnabschnitts erforderlich wurden und der Aufsuchung von Kampfmitteln dienen. Das Straßenneubauamt F. führte mit Schreiben vom 6.3.2000 an die Bezirksre-

gierung G. (Dezernat 505 - Kampfmittelbeseitigung) aus, im Rahmen der Bauvorbereitung für den Neubau der A 39 sei der Planungsraum auf das Vorhandensein von Kampfmitteln zu überprüfen, und bat um entsprechende Untersuchung. Der fragliche Abschnitt war bereits im Oktober 1997 planfestgestellt worden. Mit Antwortschreiben vom 20.3.2000 teilte die Bezirksregierung G. mit, die vorhandenen alliierten Luftbilder seien ausgewertet worden. Die Aufnahmen zeigten eine Bombardierung im Planungsbereich. Mithin sei davon auszugehen, dass noch Bombenblindgänger vorhanden seien, von denen eine Gefahr ausgehe. Aus Sicherheitsgründen werde eine Teilbereichssondierung empfohlen. Für eine solche Gefahrenerforschungsmaßnahme sei gemäß Runderlass des Niedersächsischen Umweltministeriums vom 8.12.1995 (NdsMBl Nr. 4/96, 111) die Gefahrenabwehrbehörde zuständig. Das Straßenneubauamt werde daher gebeten, mit diesen Arbeiten eine geeignete Räumfirma zu beauftragen. Mit gleichlautenden Schreiben vom 22.12.2000 wandte sich das Straßenneubauamt F. unter Beschreibung des Sachverhalts an beide Kl. und bat diese als zuständige Gefahrenabwehrbehörden, die erforderlichen Sondierungsmaßnahmen zu veranlassen, um den für Frühjahr 2001 geplanten Baubeginn für die A 39 sicherstellen zu können.

Mit dem beim Straßenneubauamt F. am 5.3.2001 eingegangenen (undatierten) Schreiben vertrat die Kl. zu 1 die Auffassung, die erforderlichen Sondierungsmaßnahmen seien im Rahmen der Aufgabenfüllung durch das Land und auf dessen Kosten zu erfüllen. Sie sei aber nach Absprache mit der Kl. zu 2 ausnahmsweise bereit, auf Grund der bereits übernommenen Vorarbeiten einen Auftrag über die notwendigen Sondierungsmaßnahmen an ihre Vertragsfirma zu erteilen, der Verpflichtung zur Kostenübernahme werde jedoch widersprochen. Die Sondierungsmaßnahmen wurden von der Firma I nach vorheriger Abgabe von Angeboten durchgeführt. Die Firma I stellte mit Schreiben vom 10.10.2001 der Kl. zu 1 für die Oberflächensondierung einen Betrag in Höhe von 22.070,16 DM und für das Öffnen von Verdachtspunkten einen weiteren Betrag in Höhe von 7.052,80 DM (also zusammen 29.122,95 DM = 14.890,33 Euro) in Rechnung. Mit Schreiben vom 31.10.2001 übersandte die Kl. zu 1 diese Rechnungen dem Straßenneubauamt F. "zuständigkeitshalber zur weiteren Veranlassung". Sie forderte das Straßenneubauamt ferner unter Fristsetzung auf, den für die Sondierungsmaßnahmen entstandenen Betrag in Höhe von 14.890,33 Euro an sie zu überweisen. Nach Ablehnung der Kostenübernahme erhoben die Kl. Klage.

Das VG hat die als Bekl. angesehene Niedersächsische Landesbehörde für Straßenbau und Verkehr antragsgemäß zur Zahlung der begehrten Teilbeträge nebst Prozesszinsen verurteilt. Die vom VG zugelasse-

ne Berufung des Bekl. blieb ohne Erfolg.

Aus den Gründen:

Die Berufung hat in der Sache keinen Erfolg, denn die Klage ist zulässig und begründet. [...] Das VG hat im Ergebnis zu Recht entschieden, dass die Voraussetzungen, unter denen ein Erstattungsanspruch wegen einer Geschäftsführung ohne Auftrag im öffentlichen Recht gegeben ist, hier vorliegen.

A. Anwendbarkeit der GoA im öffentlichen Recht

In der Rechtsprechung des BVerwG ist geklärt (vgl. BVerwGE 48, 279, und BVerwG, NVwZ-RR 2004, 84), dass die Grundsätze über die Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 677ff. BGB) auch im öffentlichen Recht anzuwenden sind, ein Aufwendungsersatzanspruch auf § 683 BGB gestützt werden kann und der Anspruch aus Geschäftsführung ohne Auftrag unter anderem davon abhängt, dass der Geschäftsführer ein zumindest auch fremdes Geschäft wahrgenommen hat.

B. Fremdes Geschäft unter Hoheitsträgern

Die Bet. streiten allein darüber, ob die Kl. ein Geschäft des Bekl. geführt haben. Das ist der Fall.

I. Keine Kostenerstattungspflicht des Bürgers für Gefahrerforschungsmaßnahmen

Im Ausgangspunkt besteht - wie vom VG ausgeführt - jedenfalls im Ergebnis Einigkeit darüber, dass die Polizei- und Ordnungsbehörden auf einen Gefahrverdacht hin durch Gefahrerforschung und Anordnung der notwendigen Aufklärungs- und Sicherungsmaßnahmen reagieren können und erforderlichenfalls müssen. Diese Maßnahmen verlieren nicht nachträglich ihre Rechtmäßigkeit, wenn sich herausstellt, dass eine Gefahr nicht erweislich vorlag. In diesem Falle steht aber fest, dass ein Verantwortlicher nicht herangezogen werden kann und es bei der Kostentragungspflicht der zuständigen Gefahrenabwehrbehörde verbleibt. Diesen rechtlichen Zusammenhang berücksichtigt auch der Runderlass des Niedersächsischen Umweltministeriums vom 8. 12. 1995 (NdsMBI Nr. 4/1996, 111) zur Kampfmittelbeseitigung, in dem bestimmt wird, dass die Kampfmittelbeseitigung eine Aufgabe der Gefahrenabwehr ist, für die grundsätzlich die Gemeinden zuständig sind. Ferner heißt es dort:

„Sind Sondierungsmaßnahmen auf Grund von Hinweisen auf das Vorhandensein von Kampfmitteln geboten, führt die Gefahrenabwehrbehörde die notwendigen Gefahrerforschungsmaßnahmen durch. Wird dabei das Vorhandensein eines Kampfmittels bestätigt, bestimmt sich die Verantwortlichkeit für alle durchgeführten und noch erforderlichen Maßnahmen für den Zustand von Sachen allein nach § 7 NdsGefAG“.

II. Keine Übertragbarkeit dieser Wertung auf das Verhältnis unter Hoheitsträgern

Diese allgemein im Verhältnis zu Privaten geltenden Rechtsgrundsätze finden aber bei der Wahrnehmung besonderer hoheitlicher Zuständigkeiten anderer Träger öffentlicher Verwaltung nicht ohne Weiteres Anwendung.

1. Grundsätzliche Verantwortung des Trägers der Straßenbaulast für Beschaffenheit des Straßenkörpers

Die jeweils tätig werdende Hoheitsverwaltung ist selbst zuständig und verantwortlich für die Beachtung der von ihrem Tätigkeitsbereich berührten gesetzlichen Bestimmungen und unterliegt damit auch dem rechtsstaatlichen Gebot, Gefährdungen und Störungen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung zu vermeiden sowie in gefahrverdächtigen Lagen die notwendigen Aufklärungs- und Sicherungsmaßnahmen zu veranlassen und eingetretene Störungen selbst zu beheben (vgl. dazu bereits BVerwGE 29, 52 = BeckRS 1968, 30428356; Wolff/Bachof, VerwR III, 4. Aufl., § 127 Rdnr. 30). Das bedeutet für den Bereich des Straßenbaus, dass der jeweilige Träger der Straßenbaulast Verantwortung für den Zustand der baulichen Anlage als solche, ihre Herstellung und Unterhaltung sowie den bestimmungsgemäßen Gebrauch trägt. Das schließt insbesondere die sichere Gestaltung und Unterhaltung der Straße in verkehrstechnischer Hinsicht ein.

2. Grundsätzlich keine Verlagerung dieser Kompetenz auf andere Hoheitsträger

Damit steht im Zusammenhang der - allerdings mit Einschränkungen versehene - Rechtsgrundsatz, dass eine Hoheitsverwaltung nicht mit Anordnungen oder gar mit Zwang in die hoheitliche Tätigkeit einer anderen Hoheitsverwaltung eingreifen darf.

3. Ausnahme: Gefahrenabwehr im Eilfall

Davon unberührt ist das Recht der allgemeinen Polizei- und Ordnungsbehörden, bei Gefahr in Verzug an Stelle der zuständigen Behörde tätig zu werden. Eine derartige Situation liegt etwa vor, wenn bei Erdarbeiten Kampfmittel aufgefunden werden (vgl. dazu Grote, in: Kodal/Krämer, StraßenR, 6. Aufl. [1999], Kap. 39 Rdnrn. 1.1 bis 1.4).

4. Subsumtion

Um eine solche Sachlage handelt es sich im vorliegenden Fall jedoch nicht. Die hier durchgeführten Sondierungsmaßnahmen dienen der Sachverhaltsklärung im Hinblick auf das potenzielle Vorhandensein von Kampfmitteln (Bombenblindgängern) im geplanten Trassenbereich des Autobahnabschnitts und damit der Feststellung, dass die Ausführung der Straßenbauarbeiten gefahrlos möglich war. Diese Feststellung ist

von dem Träger der Straßenbaulast und der für ihn handelnden Straßenbaubehörde in eigener Verantwortung und Zuständigkeit zu treffen.

Als spezielle Ausprägung und Bestätigung dieses allgemeinen Grundsatzes kann § 4 FStrG verstanden werden. Danach haben die Träger der Straßenbaulast dafür einzustehen, dass ihre Bauten allen Anforderungen der Sicherheit und Ordnung genügen (§ 4 S. 1 FStrG). Damit wird dem Träger der Straßenbaulast überlassen, die Anforderungen von Sicherheit und Ordnung selbst zu konkretisieren und eigenverantwortlich zu beachten. Insofern ist § 4 FStrG Ausdruck des anerkannten Rechtsgrundsatzes, dass die jeweils tätig werdende Hoheitsverwaltung selbst zuständig und verantwortlich für die Beachtung der von ihrem Tätigkeitsbereich berührten gesetzlichen Bestimmungen ist und dass eine Hoheitsverwaltung nicht mit Anordnungen in die hoheitliche Tätigkeit einer anderen Hoheitsverwaltung eingreifen darf (vgl. Marschall/Schroeter/Kastner, FStrG, 5. Aufl., § 4 Rdnr. 1). Bei Bundesfernstraßen in der Baulast des Bundes trifft die Verpflichtung des § 4 auch die zuständigen Straßenbaubehörden der Länder, welche die Bundesfernstraßen gem. Art. 90 II GG im Auftrag des Bundes verwalten (vgl. Marschall/Schroeter/Kastner, § 4 Rdnrn. 1ff., 8, 11).

a. Straßenbau als unmittelbarer Anlass der Maßnahme

Allerdings kann sich die Eigenverantwortlichkeit des Trägers der Straßenbaulast und der Straßenbaubehörden nur auf solche Anforderungen der Sicherheit und Ordnung beziehen, die einen unmittelbaren Bezug zu den ihnen obliegenden, mit dem Bau und der Unterhaltung der öffentlichen Straßen zusammenhängenden Aufgaben haben. An einem solchen unmittelbaren Bezug zu einer baulichen Maßnahme an einer Bundesfernstraße fehlt es hier - entgegen der Auffassung des Bekl. - nicht. Der erforderliche enge Zusammenhang zwischen den den Kostenerstattungsanspruch auslösenden Sondierungsmaßnahmen und dem Bau des Autobahnabschnitts besteht darin, dass die Baumaßnahme nur auf einem geeigneten und sicheren Untergrund ausgeführt werden darf und auch der Verkehr, den die Bundesfernstraße aufzunehmen hat, auf einen solchen der Sicherheit und Ordnung in jeder Hinsicht genügenden Untergrund angewiesen ist.

b. Keine Gefahr im Verzug allein wegen (möglichen) Vorhandenseins von Bomben im Erdreich

Entgegen der Auffassung des Bekl. trifft es nicht zu, dass eine Gefahr (allein) von dem Grundstück selbst ausgeht und unabhängig davon anzunehmen ist, ob Erd- oder Bauarbeiten geplant sind, wenn auf Grund der Auswertung von Luftbildern konkrete Anhaltspunkte für das Vorhandensein von Bombenblindgän-

gern bestehen. Es ist bereits zweifelhaft, ob allein das Vorliegen von Erkenntnissen über eine Bombardierung bestimmter Flächen die Feststellung erlaubt, es bestehe zumindest ein Gefahrverdacht. Kennzeichen des Gefahrverdachts ist, dass die Behörde bei Anlegung des Maßstabs verständiger Würdigung und hinreichender - soweit schon möglicher - Sachverhaltsaufklärung Anhaltspunkte für das Vorhandensein eines Sachverhalts hat, der, wenn er gegeben wäre, eine Gefahr darstellt. Allein das Vorhandensein von Kampfmitteln auf einem unbebauten und zur Bebauung nicht vorgesehenen Grundstück erfüllt für sich genommen nicht schlechthin den Gefahrenbegriff, denn dabei handelt es sich nicht um „eine Sachlage, bei der im einzelnen Fall die hinreichende Wahrscheinlichkeit besteht, dass in absehbarer Zeit ein Schaden für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung eintreten wird (§ 2 Nr. 1 lit. a NdsSOG). Läge es anders, wäre es regelmäßig geboten, schon das Wissen um bestimmte Bombardierungsbereiche zum Anlass für vorsorgliche Maßnahmen in Gestalt von Nachforschungen und Erkundungen zu nehmen. In dieser Weise sind die zuständigen Behörden in den vergangenen Jahrzehnten jedoch erkennbar nicht vorgegangen. Von einer landesweiten, systematischen Suche etwa nach Bombenblindgängern anhand vorhandenen Luftbildmaterials auf allen dafür in Betracht kommenden Grundstücken ist nichts bekannt. Vielmehr belegt auch das Vorgehen der Behörden im vorliegenden Fall, dass eine konkrete Überprüfung bestimmter Grundstücksflächen erst im Rahmen der Bauvorbereitung - hier für den Neubau des Autobahnabschnitts - eingeleitet wird. Aus dem Vorbringen des Bekl. und dem beigefügten Pressebericht über die Entschärfung von Blindgängern im Bereich von Grünflächen und dem Garten eines Privathauses ergibt sich nichts anderes. Dass Blindgänger in Wohngebieten nach ihrer Entdeckung aus Gründen der Gefahrenabwehr so schnell wie möglich beseitigt werden müssen, ist selbstverständlich, besagt aber nichts über die Beurteilung der hier bestehenden Sachlage. Nach ganz herrschender Auffassung ist grundsätzlich nur die unmittelbare Verursachung der Gefahr oder Störung polizei- und ordnungsrechtlich relevant. Nur derjenige, dessen Verhalten oder dessen Sache die Gefahr unmittelbar verursacht, ist der dafür Verantwortliche. In diesem Sinne wäre hier die unmittelbare Ursache für das Bestehen einer (potenziellen) Gefahrenlage erst mit Beginn der Erdbewegungen im Zuge der Straßenbauarbeiten, also durch den Bau und geplanten Betrieb des Autobahnabschnitts, gesetzt worden. Erst damit aktualisierte sich die gewissermaßen latent vorhandene Gefahr in einem die Notwendigkeit von Maßnahmen begründenden Ausmaß (vgl. auch VG Düsseldorf, NVwZ-RR 1999, 743; VG Oldenburg, Urt. v. 20. 9. 2007 - 2 A 16/05, BeckRS 2007, 28363).

c. *Anders nur bei konkreten Anhaltspunkten für das Vorhandensein von Bomben*

Zwar hat das OVG Münster (NVwZ-RR 1998, 102 = NWVBl 1998, 64) entschieden, dass eine Gefahr, zumindest aber ein Gefahrverdacht, vorliege, wenn hinreichend konkrete Anhaltspunkte bestünden, dass sich auf einem Grundstück bislang verborgene Kampfmittel befänden, und diese Gefahr von dem Grundstück selbst ausgehe, für die der Eigentümer ordnungsrechtlich als Zustandsstörer verantwortlich sei. Auch in diesem Fall handelte es sich indes darum, dass ein Bauvorhaben (von dem Eigentümer) beabsichtigt war. Demzufolge sieht das Gericht die konkrete Gefahr

darin, dass die (auf dem Grundstück tatsächlich vorhandenen) Kampfmittel bei den Bauarbeiten hätten explodieren können. Selbst wenn man im Übrigen zu einer anderen Beurteilung kommen und bereits zuvor und unabhängig von den Straßenbauarbeiten das Vorhandensein einer Gefahr oder wohl richtigerweise eines Gefahrverdachts annehmen wollte, bliebe davon neben der Verantwortlichkeit des Zustandsstörers - die Verantwortlichkeit des Trägers der Straßenbaulast und der für ihn handelnden Straßenbauverwaltung für die Wahrung der Sicherheit und Ordnung im Rahmen ihrer Zuständigkeit und der konkreten Aufgabenerfüllung unberührt. [...]

Standort: Prüfungsrecht Problem: Freiversuch nach Alleinerziehung eines Kleinkindes

OVG MÜNSTER, URTEIL VOM 22.01.2009
14 A 2340/08 (NVwZ-RR 2009, 520)

Problemdarstellung:

Die Klägerin, eine Jurastudentin, hatte von einem Sohn entbunden und sich für das anschließende Semester beurlauben lassen. Anschließend beantragte sie bei dem bekl. Justizprüfungsamt, dieses Urlaubssemester bei der Berechnung der Fachsemesterzahl für einen Freiversuch nicht zu berücksichtigen. Sie sei alleinerziehend gewesen, habe ihren Sohn gestillt und nicht am Studienort gewohnt. Deshalb sei sie am Studium gehindert gewesen. Antrag, Widerspruch und Klage blieben ohne Erfolg.

Nach dem hier einschlägigen Prüfungsrecht des Landes NRW sind maximal acht Fachsemester für einen Freiversuch zulässig. Bei der Berechnung der Fachsemesterzahl bleiben nach § 25 II Nr. 1 JAG NRW zunächst Fachsemester außer Betracht, in denen der Studierende aufgrund längerer schwerer Krankheit am Studium gehindert war. Daneben kommen "andere zwingende Gründe" in Betracht.

Nach § 25 III 1 JAG NRW liegt ein solcher jedenfalls vor, wenn mindestens vier Wochen der Mutterschutzfrist in die Vorlesungszeit fallen. Die anschließende Alleinerziehung eines Kleinkindes stellt demgegenüber nach der in der vorliegenden Entscheidung vertretenen Ansicht des OVG Münster keinen "anderen zwingenden Grund" dar. Der Begriff sei eng auszulegen, um keine gleichheitswidrigen Chancenvorteile zu eröffnen.

Prüfungsrelevanz:

Mit § 25 JAG NRW vergleichbare Vorschriften existieren in allen Bundesländern. Ähnlich wie das OVG NRW sehen auch die dortigen Gerichte die Befreiungsgründe tendenziell eng bis sehr eng. Die vorliegende Entscheidung sollte zur Kenntnis genommen

werden, um ggf. böse Überraschungen zu vermeiden.

Vertiefungshinweise:

- Prüfung im falschen Schwerpunktbereich: *OVG Münster*, RA 2008, 141 = NWVBl 2008, 112
- Sonnenbrille tragender Prüfer: *VG Köln*, RA 2006, 655 = NWVBl 2006, 435
- Fehler im Sachverhalt einer Examensklausur: *Berl-VerfGH*, RA 2004, 765 = NVwZ 2004, 1351
- Täuschungsversuch in der Prüfung: *VG Mainz*, RA 2003, 288 = NJW 2003, 1545
- Klausurbewertung nach Mittelwert der beiden Prüfergutachten: *BVerwG*, NVwZ 2004, 1375
- Anspruch auf Wiederholung der Prüfung: *VGH Mannheim*, DÖV 1984, 814
- Berufsfreiheit im Prüfungsrecht: *BVerfGE* 52, 380 [388]; 79, 212 [218]; 84, 34 [45]
- Zur Rechtmäßigkeit von Referendarzeugnissen: *VGH Mannheim*, NVwZ-RR 2007, 393
- Zulassung zur Ersten Juristischen Staatsprüfung: *OVG Hamburg*, NVwZ-RR 2007, 532

Kursprogramm:

- Assessorkurs*: "Das Prüfungsgespräch"

Leitsatz:

Bei einem Normalverlauf von Schwangerschaft, Geburt und nachfolgender Zeit und ohne besondere Umstände sind bei der Berechnung der Fachsemester für die Meldung zu einem Freiversuch der staatlichen Pflichtfachprüfung nur die Mutterschutzfristen nach der in § 25 III 1 NWJAG geregelten Maßgabe zu berücksichtigen.

Sachverhalt:

Die Kl. ist seit dem Wintersemester 2002/2003 ununterbrochen als Studentin der Rechtswissenschaften

an einer deutschen Hochschule immatrikuliert. Zum Wintersemester 2004/2005 kehrte sie aus ihrem Studienort in ihren Heimatort zurück und wohnte bei ihren Eltern. Im Februar 2005 entband sie von einem Sohn. Auf ihren Antrag teilte ihr das bekl. Justizprüfungsamt mit, dass das Wintersemester 2004/2005 bei der Berechnung der Fachsemesterzahl für einen Freiversuch unberücksichtigt bleibe, weil mehr als vier Wochen der Mutterschutzfrist in die Vorlesungszeit gefallen seien. Für das Sommersemester 2005 ließ sich die Kl. beurlauben und beantragte danach bei dem bekl. Amt, auch dieses Semester bei der Berechnung der Fachsemesterzahl für einen Freiversuch nicht zu berücksichtigen. Sie sei alleinerziehend gewesen, habe ihren Sohn gestillt und nicht am Studienort gewohnt. An ihrem Studienort habe es keine Kindertagesstätte des Studentenwerks gegeben, die Säuglinge im Alter ihres Sohnes aufgenommen hätte. Deshalb sei sie am Studium gehindert gewesen. Das bekl. Amt lehnte den Antrag ab und wies den Widerspruch der Kl. zurück.

Ihre Verpflichtungsklage und die vom VG zugelassene Berufung blieben ohne Erfolg.

Aus den Gründen:

Die angefochtenen Bescheide sind rechtmäßig. Die Kl. hat keinen Anspruch darauf, dass das Sommersemester 2005 bei der Berechnung der Fachsemesterzahl für die Entscheidung unberücksichtigt bleibt, ob eine staatliche Pflichtfachprüfung als Freiversuch gilt.

A. Rechtsgrundlage

Rechtsgrundlage für die beanspruchte Entscheidung ist § 25 I, II 1 Nr. 1 Alt. 2, III 1 NWJAG 2003, NWGV S. 135, zuletzt geändert durch Art. 1 des Gesetzes vom 17. 10. 2006 (NWGV S. 461). Diese Vorschrift setzt die Regelung in § 5d V 2 und 3 DRiG i.d.F. der Bekanntmachung vom 6. 2. 1995 (BGBl I, 165), in der seit dem 1. 7. 2003 geltenden Fassung der Änderung durch Art. 1 des Gesetzes vom 11. 7. 2002 (BGBl I, 2592) um. Danach gilt eine staatliche Pflichtfachprüfung als nicht unternommen (Freiversuch), wenn sich der Prüfling zu ihrer Ablegung spätestens bis zum Abschluss des achten Fachsemesters eines ununterbrochenen Studiums gemeldet hat. Bei der Berechnung der Semesterzahl bleiben u.a. unberücksichtigt und gelten nicht als Unterbrechung solche Fachsemester, in denen der Prüfling aus einem anderen zwingenden Grund als längerer schwerer Krankheit am Studium gehindert war. Ein solcher Hinderungsgrund ist insbesondere anzunehmen, wenn mindestens vier Wochen der Mutterschutzfrist in die Vorlesungszeit fallen.

B. Enge Auslegung der Norm

Der Senat teilt die Auffassung des VG, dass die maß-

gebliche Rechtsgrundlage nach Regelungssystematik, Wortlaut, Sinn und Zweck, Entstehungsgeschichte und auf Grund rechtssystematischen Vergleichs mit den hochschulrechtlichen Regelungen für die Beurlaubung und mit den studiengebührenrechtlichen Regelungen über so genannte Bonusguthaben auf dem Studienkonto bei Pflege und Erziehung von minderjährigen Kindern eng auszulegen ist und deshalb bei einem Normalverlauf von Schwangerschaft, Geburt und nachfolgender Zeit nur die Mutterschutzfristen nach der in § 25 III 1 NWJAG geregelten Maßgabe zu berücksichtigen sind, dass die von der Kl. als atypisch genannten drei Momente, nämlich alleinerziehend zu sein, zu stillen und nicht am Studienort zu wohnen, keine zwingenden Gründe im Sinne des Gesetzes sind, wenn nicht besondere Umstände vorliegen, und dass weder Art. 6 IV 4 GG noch Art. 3 II 2 oder 3 III 1 GG eine andere Auslegung gebieten. Auf die Gründe des angefochtenen Urteils wird deshalb gem. § 130b S. 2 VwGO Bezug genommen. Ergänzend weist der Senat auf Folgendes hin:

I. Sinn und Zweck des Freiversuchs

Die Freiversuchsregelung dient dem Zweck, die gemessen an den Herausforderungen des europäischen Binnenmarktes und den Wettbewerbschancen der Berufsanfänger als zu lang empfundene deutsche Juristenausbildung entscheidend zu verkürzen. Sie soll als Anreiz zu einer frühzeitigen Meldung zum Examen dienen (vgl. die Entwurfsbegr. zur entsprechenden Änderung des NWJAG 1985, in: LT-Dr 11/3875 S. 9). Die Schaffung von Privilegierungstatbeständen läuft diesem Gesetzeszweck naturgemäß zuwider. Ausweislich der Begründung des Entwurfs des NWJAG 2003 zu § 25 II, der in unveränderter Form Gesetz geworden ist, sollten deshalb die Ausnahmefälle strikt begrenzt bleiben (LT-Dr 13/3197 S. 90). Der mit dem Anreiz verfolgte Zweck wird verfehlt, wenn durch individuelle Lebensplanung und -gestaltung die Studiendauer über die für einen Freiversuch vorgesehene Höchstzahl der Fachsemester hinausgeht. Schwangerschaft und Elternschaft sind, wenn nicht besondere Umstände vorliegen, Ausdruck einer solchen individuellen Lebensgestaltung. Sie sind deshalb einer „längeren schweren Krankheit, (durch die der Prüfling) am Studium gehindert war,“ nicht gleichzustellen.

II. Subsumtion

Besondere Umstände, die Grundlage für eine andere Beurteilung sein könnten, hat die Kl. nicht vorgetragen. Bei der Beurteilung der individuellen Möglichkeiten einer Betreuung und Versorgung Neugeborener ist entgegen ihrem Vortrag der Blick nicht allein auf staatliche, kommunale oder universitäre Betreuungsangebote zu richten. Dazu besteht zumal dann kein Anlass, wenn der Prüfling wie hier aus ersichtlich so-

zial gefestigten und ökonomisch gesicherten Familienverhältnissen stammt, in diese auf Grund eigener Entscheidung aus Anlass der Schwangerschaft zurückgekehrt und dort während der nachfolgenden Zeit der Mutterschaft während des Sommersemesters 2005 geblieben ist. Wie es für Mütter in einem Arbeitsverhältnis nach den Regelungen des Mutterschutzgesetzes vorausgesetzt wird, ist es Studierenden grundsätzlich, zumal in einer solchen Situation, möglich und zumutbar, den Betreuungs- und Stillbedürfnissen eines Neugeborenen durch geeignete organisatorische Maßnahmen zu genügen. Davon abzusehen und sich statt dessen hochschulrechtlich beurlauben zu lassen, ist eine individuelle Entscheidung, die weder der Gesetzgeber noch der Senat bewerten muss.

Der Umstand, dass im Falle der Beurlaubung weder Leistungsnachweise erworben noch Prüfungen abge-

legt werden konnten, vgl. § 65 V 3 NWHochschG a.F.) und nach geltendem Recht keine Studien- und Prüfungsleistungen erbracht, Teilnahmevoraussetzungen oder Leistungspunkte erworben oder Prüfungen abgelegt werden können (vgl. § 48 V 3 NWHochschG), rechtfertigt keine andere Beurteilung. Das rechtswissenschaftliche Studium kann in einer der staatlichen Pflichtfachprüfung förderlichen Weise ohne derartige „zählbaren“ Ergebnisse durch die Teilnahme an Lehrveranstaltungen und durch Eigenstudium - etwa im Rahmen von Repetitorien - nennenswert gefördert werden. Es entspricht der Lebenserfahrung, dass das auch geschieht. Derjenige Prüfling, der dafür Beurlaubungssemester nutzen kann, weil er nicht durch einen zwingenden Grund am Studium gehindert ist, erlangt einen gleichheitswidrigen Chancenvorteil.

IMPRESSUM

HERAUSGEBERIN:	JURA INTENSIV VERLAGS-GMBH & CO. KG, Salzstraße 18, 48143 Münster Tel.: 0251/4824-60; Fax: 0251/4824-545 http://www.jura-intensiv.de - ra@jura-intensiv.de
CHEFREDAKTION:	Rechtsanwalt Frank Schildheuer (<i>zugleich Öffentliches Recht</i>)
REDAKTEURE:	Rechtsanwältin Kathrin Lühl (<i>Zivilrecht</i>); Rechtsanwalt Uwe Schumacher (<i>Strafrecht</i>) Die Redakteure sind postalisch erreichbar unter der Adresse der Herausgeberin.
ABONNEMENT:	Abonnement-Vertrag befindet sich im Heft und/oder wird auf Wunsch zugeschickt. Einmalige Anforderung eines Probeheftes jederzeit formlos und ohne weitere Verpflichtung möglich. Bestellungen bitte an die o.g. Anschrift der Herausgeberin oder via Internet unter der o.g. Adresse.
BEZUGSPREISE:	Jahresabonnement (12 Hefte) zum Vorzugspreis von 65 Euro (Einzelpreis: 6 Euro/Heft) inkl. USt. und Versandkosten. Jahresregister gratis enthalten. Lieferung nur gegen Einzugsermächtigung. Der Lieferbeginn erfolgt zum nächstmöglichen Termin nach Gutschrift der Lastschrift.
VERSAND:	Ohne Zusicherung eines festen Veröffentlichungstermins monatlich per Post.
NACHBESTELLUNG:	Einzelne Hefte <i>früherer</i> Jahrgänge können zum Preis von 6 Euro/Heft nachbestellt werden, solange Vorrat reicht. Jahrgangsregister ab 1999: 5 Euro/Jahrgang. Einbanddecken (dunkelblau, jahresneutral): 9 Euro/Stück. Nachbestellung von Sonderbeilagen auf Anfrage. Alle Preise zzgl. 3,50 Euro Versandkosten. Bitte Verrechnungsscheck oder Einzugsermächtigung beifügen. Der Bezug von Einzelheften des <i>laufenden</i> Jahrgangs ist nur i.V.m. einem Abonnement möglich.

*Zivilrecht***Standort: Mietrecht****Problem: Minderung wegen Minderfläche**

BGH, URTEIL VOM 22.01.2009
VIII ZR 86/08 (NJW 2009, 2295)

Problemdarstellung:

Die Parteien streiten darüber, inwieweit die Größe einer Dachterrasse in die Wohnfläche der Mietwohnung einzurechnen ist. Der Bekl. minderte den Mietzins, da die Wohnung eine kleinere Fläche aufweise, als im Vertrag angegeben sei. Im Mietvertrag ist die Größe der Wohnung mit "ca. 120 m²" angegeben. Unstreitig beträgt die Größe der Innenräume der Immobilie 90,11 m². Die Dachterrassen haben eine Grundfläche von 25,20 m² und 20 m².

Der Kl. begehrt klageweise vom Mieter die rückständigen Mietzinsen. Das Amtsgericht hat die Klage abgewiesen; das Landgericht hat die Berufung des Kl. zurückgewiesen. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Kl. sein Klagebegehren weiter. Die Revision hat Erfolg.

Prüfungsrelevanz:

Diese Entscheidung befasst sich mit dem mietvertraglichen Mängelrecht. Der erkennende Senat hatte die Frage zu beantworten, ob eine Minderfläche einen Mangel darstellt und deshalb eine Minderung der Mietzinsen gem. § 536 I BGB bedingt. Zum anderen war die Frage zu klären, in welchem Umfang bei nicht preisgebundenen Mietobjekten Freiflächen in die Wohnfläche mit einzuberechnen sind.

Der Mangelbegriff ist im Mietrecht abweichend vom Kauf- und Werkvertragsrecht (vgl. §§ 434, 435, 633 II, III BGB) nicht näher definiert. Daher ist ein Mangel im Mietrecht dann gegeben, wenn die Ist-Beschaffenheit des Mietobjektes von der Soll-Beschaffenheit zum Nachteil des Mieters abweicht. Diese Abweichung muss zur Aufhebung der Tauglichkeit zum vertragsgemäßen Gebrauch (§ 536 I 1 BGB) bzw. zu deren Beeinträchtigung führen (§ 536 I 2 BGB). Eine Mindergröße der Immobilie im Vergleich zur vertraglichen Angabe kann dann einen Sachmangel gem. § 536 I 1 BGB ergeben (Palandt-Weidenkaff, BGB, § 536 Rn 22), wenn es sich um eine erhebliche Minderung der Tauglichkeit handelt, § 536 I 3 BGB. Also müsste der Mieter grundsätzlich die Erheblichkeit seiner Beeinträchtigung darlegen und ggf. beweisen. Ausnahmsweise gilt bei einer vereinbarten Wohnflä-

che abweichendes (Grundsatzentscheidung des BGH, NJW 2004, 1947). Weist eine Wohnung eine Wohnfläche auf, die mehr als 10 % geringer ist als die vertraglich angegebene Fläche, löst dieser Umstand allein einen Sachmangel gem. § 536 I 1 BGB aus, der zur Minderung der Mietzinsen führt. Einer zusätzlichen Darlegung des Schweregrades der Beeinträchtigung bedarf es entgegen § 536 I 3 BGB nicht. Dieser Rechtsprechung liegt der Gedanke zu Grunde, dass eine tatsächliche Vermutung für eine erhebliche Gebrauchsbeeinträchtigung in diesen Fällen vorliegt (Anm.: im Falle der Gewerbemiete gilt Gleiches, vgl. BGH, NJW 2005, 2152). Beachten Sie dabei, dass § 536 II BGB nicht auf § 536 I 3 BGB verweist. Demnach ist im Falle des Fehlens einer zugesicherten Eigenschaft auch eine unerhebliche Beeinträchtigung ausreichend. Vorliegend war die Wohnungsgröße mit "ca. 120 m²" angegeben. Auch die "ca - Angabe" ist eine beachtliche Größenangabe, auf welche die obige Rechtsprechung des BGH Anwendung findet (vgl. BGH, NZM 2004, 456).

Es war nunmehr darüber zu befinden, in welcher Höhe die Fläche der beiden Dachterrassen in die Berechnung einfließt. Grundsätzlich richtet sich dies nach der individuellen Vereinbarung, welche im vorliegenden Fall fehlte. Also mussten andere Berechnungsparameter gefunden werden. Der Senat betonte, dass auf die Fälle der nicht preisgebundenen Mietverhältnisse - wie hier - die Wertungen aus den preisgebundenen Mietverhältnissen Anwendung finden. Dementsprechend sind die Regelungen der bis zum 31.12.2003 anwendbaren §§ 42 bis 44 der Zweiten Berechnungsverordnung (§ 44 II II. BV) beziehungsweise die der ab dem 01.01.2004 geltenden Wohnflächenverordnung zu ermitteln. Vorliegend ist § 44 II II. BV maßgeblich. Nach § 44 II II. BV können die Grundflächen von ausschließlich zur Wohnung gehörenden Balkonen, Loggien, Dachgärten und gedeckten Freisitzen zur Ermittlung der Wohnfläche bis zur Hälfte angerechnet werden. Einen Mittel- oder Regelwert der Anrechnung nennt die Norm nicht. Sie überlässt es vielmehr dem Bauherrn, die Höhe der Anrechnung bis max. zur Hälfte zu bestimmen. Diese Wertungen überträgt der Senat auf die Wohnflächenabweichungen. Dies ist auch nicht systemwidrig. Eine feste Anrechnungsquote oder eine Staffelung nach Lage, Ausrichtung und Nutzbarkeit von Balkonen, Loggien liegt nur

auf den ersten Blick näher. Eine dementsprechende Berücksichtigung der Außenflächen hätte zur Folge, dass Vermieter unter Umständen erhebliche Mietminderungen wegen Wohnflächenabweichung hinnehmen müssten, obwohl die im Mietvertrag angegebene Wohnfläche nach Maßgabe des § 44 II II. BV zulässigerweise unter Anrechnung von Balkon- und Terrassenflächen bis zur Hälfte errechnet worden ist. Ein solches Ergebnis erscheint dem Senat zu Recht nicht hinnehmbar, sodass eine Gleichbehandlung geboten erscheint. Eine abweichende Beurteilung ist durch eine anders lautende Verkehrssitte zwar möglich, wurde hier jedoch durch das Berufungsgericht nicht hinreichend berücksichtigt, so dass es zur Aufhebung des Urteils und Zurückverweisung in der Sache an das Berufungsgericht kam.

Vertiefungshinweise:

□ Zu aktuellen Entscheidungen aus dem Mietrecht: *BGH*, RA 2009, 399 = *NJW* 2009, 1947 (Fortsetzung von Versorgungsleistungen nach Kündigung); *OLG Düsseldorf*, RA 2009, 234 = *NJW* 2009, 1087 (Schilderpräger, Verstoß gegen § 134 BGB); *BGH*, RA 2009, 60 = *ZGS* 2008, 474 (Verhältnis zw. Anfechtung/Gewährleistung); *BGH*, RA 2009, 37 = *NJW* 2009, 142 (Beweislastumkehr im Mietrecht); *BGH*, RA 2008, 436 = *NJW* 2008, 1959 (Räumungsvollstreckung bei Mitbesitz Dritter)

Kursprogramm:

- *Examenskurs*: "Das Geschäftshaus"
- *Assessorkurs*: "Das Geschäftslokal"

Leitsätze:

a) Die Ermittlung einer im Mietvertrag vereinbarten Wohnfläche richtet sich - soweit die Parteien nichts anderes vereinbart haben oder eine andere Berechnungsweise ortsüblich ist - nach den für den preisgebundenen Wohnraum im Zeitpunkt des Abschlusses des Mietvertrags maßgeblichen Bestimmungen (Bestätigung von *BGH*, *NJW* 2007, 2624, Tz. 13).

b) Sind hiernach für die Flächenermittlungen die Bestimmungen der II. Berechnungsverordnung maßgeblich, können Grundflächen von Balkonen, Loggien, Dachgärten und gedeckten Freisitzen unabhängig von ihrer Lage, Ausrichtung und Nutzbarkeit bis zur Hälfte angerechnet werden.

Sachverhalt:

[1] Die Parteien streiten darüber, ob zwei zu einer Wohnung gehörende Dachterrassen in die Wohnfläche jeweils mit einem Viertel oder mit der Hälfte ihrer Fläche einzurechnen sind.

[2] Die Bkl. ist seit November 2003 Mieterin einer Maisonettewohnung des Kl. in Köln. Die Bruttomiete beträgt (einschließlich 180 € Betriebskostenpauschale) 1.180 € monatlich. Im Mietvertrag ist die Größe der Wohnung mit "ca. 120 m²" angegeben. Die Parteien sind sich darüber einig, dass die Wohnfläche der Innenräume der Wohnung 90,11 m² beträgt. Die Dachterrasse in der unteren Etage hat eine Grundfläche von 25,2 m², die in der oberen Etage der Wohnung von 20 m².

[3] Die Bkl. meint, die Terrassen seien jeweils nur zu einem Viertel ihrer Grundfläche, nämlich mit 11,3 m², in die Gesamtfläche einzurechnen; danach ergebe sich eine Gesamtfläche der Wohnung von (90,11 m² + 11,3 m²) 101,41 m². Die Wohnung sei daher um 15,49 % kleiner als im Mietvertrag vereinbart, so dass ein Mangel vorliege, aufgrund dessen die Miete um monatlich 182,78 € gemindert sei. Den sich daraus errechnenden Minderungsbetrag für die Zeit von November 2003 bis August 2005 in Höhe von 3.488,34 € behielt die Bkl. von den Mieten für die Monate März bis August 2005 ein.

[4] Der Kl. ist der Auffassung, die Dachterrassen seien jeweils mit der Hälfte ihrer Grundflächen anzurechnen, so dass sich nur eine unbeachtliche Wohnflächenabweichung von unter 10 % ergebe. [4] Mit der Klage verlangt der Kl. Zahlung der Mietrückstände für die Monate März bis August 2005 in Höhe von insgesamt 3.488,34 € nebst Zinsen.

[5] Das Amtsgericht hat die Klage abgewiesen; das Landgericht hat die Berufung des Kl. zurückgewiesen. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Kl. sein Klagebegehren weiter.

Aus den Gründen:

[6] Die Revision hat Erfolg.

1. Entscheidung und Begründung des Berufungsgerichts

[7] Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung im Wesentlichen ausgeführt:

[8] Die eingeklagten Mietrückstände bestünden nicht. Die zwischen den Parteien vereinbarte Miete sei, wie die Bkl. - auch rechnerisch - zutreffend geltend gemacht habe, seit Mietbeginn gemäß § 536 I 2 BGB gemindert, mit der Folge, dass - auch - die von der Bkl. erklärte Aufrechnung durchgreife. Die Wohnung weise einen Mangel insoweit auf, als ihre tatsächliche Fläche um mehr als 10 % geringer sei als die im Mietvertrag genannte Fläche. Diese Flächendifferenz als solche stelle einen Mangel dar, ohne dass es noch besonderer Darlegungen dazu bedürfe, dass infolge der Flächendifferenz die Tauglichkeit der Wohnung zum vertragsgemäßen Gebrauch gemindert sei. Dies gelte auch dann, wenn - wie hier - die Angabe der Wohnungsgröße im Mietvertrag mit dem Zusatz "ca." ver-

sehen sei. Die Minderung errechne sich entsprechend der Quote, um die die tatsächliche Wohnfläche hinter der im Mietvertrag zugrunde gelegten Wohnfläche zurückbleibe, wobei Berechnungsgrundlage die Bruttomiete sei.

[9] Die beiden Dachterrassen gingen nur mit einem Viertel ihrer Grundflächen in die Gesamtfläche der Wohnung ein. Damit betrage die Gesamtfläche der Wohnung lediglich 101,41 m², somit 15,49 % weniger als die im Mietvertrag genannte Gesamtfläche von "ca. 120 m²".

[10] Die Anrechnungsquote von einem Viertel ergebe sich aufgrund allgemeiner Regeln, wobei dahinstehen könne, ob insoweit die für die Wohnflächenermittlung bei öffentlich gefördertem Wohnraum bei Vertragsschluss gültige Regelung des § 44 II der II. Berechnungsverordnung, deren Nachfolgeregelung § 4 Nr. 4 der Wohnflächenverordnung oder Ziff. 2.23 der DIN 283 Anwendung finde.

[11] Zwischen den Parteien sei hinsichtlich der Terrassenflächen keine Vereinbarung getroffen worden, die gegenüber der Anwendung der allgemeinen Regeln vorrangig wäre. Somit sei auf die allgemeinen Regelungen zurückzugreifen. Bei Anwendbarkeit der DIN 283 sei die Anrechnungsquote von einem Viertel ausdrücklich und zwingend bestimmt. Auch wenn von der Regelung des bei Vertragsschluss gültigen § 44 II der II. Berechnungsverordnung auszugehen sei, ergebe sich im Ergebnis keine andere - höhere - Anrechnungsquote.

[12] Zwar eröffne § 44 II der II. Berechnungsverordnung einen Bewertungsspielraum von "bis zur Hälfte" und damit seinem Wortlaut nach eine Spanne der Anrechnungsquote zwischen 0 % und 50 %. Hier sei jedoch abzustellen auf den Durchschnittswert der Spanne von 25 %. Es gehe nicht an, dass ein Vermieter seiner Flächenangabe im Mietvertrag einen höheren als den durchschnittlichen Prozentsatz von 25 % zugrunde lege, ohne dies dem Mieter gegenüber offen zu legen. Ein solches Verhalten des Vermieters verstoße unter Würdigung aller Umstände gegen den Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB). Dabei sei die Treuwidrigkeit unabhängig davon anzunehmen, ob die Annahme einer überdurchschnittlich hohen Wertigkeit (der Terrasse) objektiv gerechtfertigt sei oder sich immerhin als nachvollziehbar vertretbare Vermieterschätzung darstelle oder ob dies nicht der Fall sei. Treu und Glauben geböten es, dass der Vermieter seine überdurchschnittliche prozentuale Anrechnungsquote dem Mieter offen lege, um diesem die Entscheidung zu ermöglichen, ob ihm der Mietzins und der sich errechnende Quadratmeterpreis unter Berücksichtigung der offen gelegten Berechnungsweise angemessen erscheine oder nicht.

Auch der Zweck der Vorschrift des § 44 II der II. Berechnungsverordnung spreche nicht gegen das gewon-

nene Ergebnis. Die in der Vorschrift bestimmte, ungewöhnlich weite Spanne habe ihren Grund in Besonderheiten der öffentlichen Förderung. Der Bauherr habe die Anrechnungsquote weitgehend frei wählen können. In Fällen der hier vorliegenden Art sei von der durchschnittlichen Anrechnungsquote von 25 % auszugehen.

II. Entscheidung des BGH in der Revision

[13] Diese Beurteilung hält der revisionsrechtlichen Nachprüfung nicht stand. Mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung kann die Anrechnung der Dachterrassenflächen nicht auf ein Viertel begrenzt werden, soweit die Wohnfläche nach Maßgabe des § 44 II der bei Abschluss des Mietvertrages geltenden Zweiten Berechnungsverordnung (II. BV) zu berechnen ist.

1. Sachmangel gem. § 536 I 1 BGB bei Mindergröße um mehr als 10 %

[14] Zutreffend geht das Berufungsgericht davon aus, dass nach der Rechtsprechung des Senats eine Mietwohnung einen zur Minderung der Miete führenden Mangel im Sinne des § 536 I 1 BGB aufweist, wenn ihre tatsächliche Wohnfläche um mehr als 10 % unter der im Mietvertrag angegebenen Wohnfläche liegt (Senatsurteile vom 24.03.2004 - VIII ZR 295/03, NJW 2004, 1947, unter II 2 b, und vom 22.02.2006 - VIII ZR 219/04, NJW-RR 2006, 801, Tz. 9 m.w.N.). Dies gilt, wie das Berufungsgericht richtig gesehen hat, auch dann, wenn der Mietvertrag wie hier zur Größe der Wohnfläche nur eine "ca."-Angabe enthält (Senatsurteil vom 24.03.2004 - VIII ZR 133/03, NZM 2004, 456, unter II).

2. Keine Vereinbarung über die Berücksichtigung der Dachterrassen im Mietvertrag

[15] Eine ausdrückliche Vereinbarung darüber, mit welchem Anteil beziehungsweise welcher Quadratmeterzahl die beiden Dachterrassen der vermieteten Wohnung in die Gesamtwohnfläche einzurechnen sind, haben die Parteien nach den Feststellungen des Berufungsgerichts nicht getroffen. Dies zieht auch die Revision nicht in Zweifel.

[16] Entgegen der Auffassung der Revision begegnet es auch keinen Bedenken, dass das Berufungsgericht auch eine indirekte Vereinbarung zur Anrechnung der Dachterrassenflächen verneint hat. Sie würde voraussetzen, dass der Bekl. bei Abschluss des Mietvertrags die Wohnfläche der Innenräume bekannt war und sie infolge dessen erkennen konnte, welcher Differenzbetrag zu der im Vertrag angegebenen Gesamtwohnfläche auf die Dachterrassen entfiel. Das Berufungsgericht hat angenommen, dass der Bekl. die Wohnfläche der Innenräume, die wegen der zahlreich vorhandenen Dachschrägen nicht der Grundfläche entspreche,

sondern nur mit Hilfe zusätzlicher Messungen und Berechnungen ermittelt werden könne, bei der dem Vertragsschluss vorausgegangen Besichtigung der Wohnung nicht erkennbar gewesen sei. Dass dies für die exakte Wohnflächenermittlung der Innenräume zutrifft, zieht auch die Revision nicht in Zweifel. Für ihre gleichwohl vertretene Auffassung, der Bekl. habe auch bei einer deutlichen Fehleinschätzung der Wohnfläche der Innenräume jedenfalls bewusst sein müssen, dass die beiden Dachterrassen "zu einem beachtlichen Teil" in die im Mietvertrag angegebene Gesamtwohnfläche eingeflossen sein mussten, bieten die Feststellungen des Berufungsgerichts keine Grundlage; übergebenen Sachvortrag hierzu zeigt die Revision nicht auf. Damit fehlt es entgegen der Auffassung der Revision an der Vergleichbarkeit des hier zu beurteilenden Falles mit der Fallgestaltung, die dem Senatsurteil vom 22.02.2006 (aaO) zugrunde lag. Denn anders als dem Mieter in dem dort entschiedenen Fall stand der Bekl. vor Vertragsabschluss kein Wohnungsgrundriss zur Verfügung, aus dem die Wohnfläche der Innenräume ersichtlich war, so dass für die Bekl. nicht sofort erkennbar war, welcher Flächenanteil auf die beiden Dachterrassen entfiel.

[17] Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts haben die Parteien auch keine Vereinbarung darüber getroffen, welcher Berechnungsmodus für die Wohnflächenberechnung und die Einbeziehung der Dachterrassenflächen maßgeblich sein soll. Dies greift die Revision nicht an.

3. Berücksichtigung der Terrassen erfolgt nach der Zweiten Berechnungsverordnung bzw. der Wohnflächenverordnung

[18] Zu Recht beanstandet die Revision hingegen, dass das Berufungsgericht in Anwendung der "allgemeinen Regeln" - des § 44 II II. BV, des § 4 Nr. 4 der Wohnflächenverordnung (WoFIV) und der DIN 283 - zu dem Ergebnis gelangt ist, die Anrechnungsquote der Terrassenflächen betrage einheitlich ein Viertel.

a. Regelungen für preisgebundenen Wohnraum gelten auch für frei finanzierten Wohnraum

[19] Nach der Rechtsprechung des Senats ist der Begriff der "Wohnfläche" im Wohnraummietrecht auch bei frei finanziertem Wohnraum grundsätzlich anhand der für preisgebundenen Wohnraum geltenden Bestimmungen auszulegen und dementsprechend aufgrund der bis zum 31.12.2003 anwendbaren §§ 42 bis 44 der Zweiten Berechnungsverordnung beziehungsweise der ab dem 01.01.2004 geltenden Wohnflächenverordnung zu ermitteln, es sei denn, die Parteien haben dem Begriff der Wohnfläche im Einzelfall eine abweichende Bedeutung beigemessen oder ein anderer Berechnungsmodus ist ortsüblich oder nach der Art der Wohnung naheliegender (Senatsurteil vom

23.05.2007 - VIII ZR 231/06, NJW 2007, 2624, Tz. 13). Da der Mietvertrag der Parteien im Oktober 2003 und damit noch im zeitlichen Geltungsbereich der II. BV geschlossen wurde, ist vorbehaltlich einer abweichenden örtlichen Verkehrssitte (dazu sogleich unter c) § 44 II II. BV maßgebend (vgl. Senatsurteil vom 23.05.2007, aaO, Tz. 15 ff.). Davon geht auch das Berufungsgericht aus, das § 44 II II. BV neben der DIN 283 und dem hier aus zeitlichen Gründen nicht einschlägigen § 4 IV der WoFIV zu den "allgemeinen Regelungen" zählt, die es beim Fehlen vorrangiger vertraglicher Vereinbarungen für einschlägig hält.

b. Anrechnung erfolgt zur Hälfte

[20] Nicht gefolgt werden kann dem Berufungsgericht indessen, soweit es die Auffassung vertritt, die Fläche der Dachterrassen der an die Bekl. vermieteten Wohnung sei auch nach § 44 II II. BV - ebenso wie zwingend nach der DIN 283 - mit (nur) einem Viertel in die Gesamtwohnfläche einzurechnen.

aa. Gem. § 44 II II. BV erfolgt Anrechnung nach Einschätzung des Bauherrn bis max. zur Hälfte

[21] Nach § 44 II II. BV können die Grundflächen von ausschließlich zur Wohnung gehörenden Balkonen, Loggien, Dachgärten und gedeckten Freisitzen zur Ermittlung der Wohnfläche bis zur Hälfte angerechnet werden. Einen Mittel- oder Regelwert der Anrechnung nennt die Bestimmung - anders als § 4 IV WoFIV - nicht. Sie überlässt es vielmehr, wie auch das Berufungsgericht nicht verkennt, dem Bauherrn, die für ihn günstigste Anrechnungsquote bis zur Hälfte zu wählen. Denn während nach den seinerzeit geltenden Förderbestimmungen der Bauherr öffentlich geförderten Wohnraums an einer möglichst großen und damit geförderten Wohnfläche interessiert war, war dem Bauherrn im steuerbegünstigten Wohnungsbau daran gelegen, Balkon- und Terrassenflächen möglichst überhaupt nicht anzurechnen, um der Gefahr zu begegnen, durch eine Überschreitung gesetzlicher Wohnflächen Grenzen die steuerliche Vergünstigung zu verlieren (Langenberg, NZM 2003, 177, 178). Eine Staffelung der Anrechnung nach Lage, Ausrichtung oder Nutzbarkeit anrechenbarer Außenflächen sieht § 44 II II. BV nicht vor (Langenberg, aaO). Vielmehr konnte der Bauherr ohne Rücksicht auf diese Gesichtspunkte eine Anrechnung bis zur Hälfte der Flächen wählen, wenn ihm dies zur Erreichung einer möglichst hohen Förderung zweckmäßig erschien.

bb. Wertung des § 44 II II. BV findet auch im mietrechtlichen Mängelrecht Anwendung

[22] Dieser dem Bauherrn vom Gesetz bewusst eingeräumte Spielraum kann bei der Ermittlung der Wohnfläche nach dem Maßstab des § 44 II II. BV auch dann nicht unberücksichtigt bleiben, wenn es wie im vorlie-

genden Fall um die Frage einer möglichen Wohnflächenabweichung als Mangel der Mietsache geht. Zwar mag das freie Wahlrecht des Vermieters unter diesem Blickwinkel systemwidrig erscheinen (Langenberg, aaO) und eine feste Anrechnungsquote oder eine Staffelung nach Lage, Ausrichtung und Nutzbarkeit von Balkonen, Loggien u. ä. näher liegen. Dies hätte jedoch zur Folge, dass Vermieter unter Umständen erhebliche Mietminderungen wegen Wohnflächenabweichung hinnehmen müssten, obwohl die im Mietvertrag angegebene Wohnfläche nach Maßgabe des § 44 II II. BV zulässigerweise unter Anrechnung von Balkon- und Terrassenflächen bis zur Hälfte errechnet worden ist. Ein solches Ergebnis erscheint dem Senat nicht hinnehmbar. Es hat deshalb - vorbehaltlich abweichender Parteivereinbarung oder örtlicher Verkehrssitte - dabei zu bewenden, dass bei Wohnflächenberechnungen nach Maßgabe des § 44 II II. BV die Grundflächen von Balkonen, Loggien, Dachgärten und gedeckten Freisitzen bis zur Hälfte anzurechnen sind.

cc. Keine Beschränkung der Anrechenbarkeit gem. § 242 BGB

[23] Eine Beschränkung der Anrechenbarkeit auf ein Viertel lässt sich entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts auch nicht mit der Erwägung begründen, den Vermieter treffe gegenüber dem Mieter nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) eine Hinweispflicht, wenn er Außenflächen mit einem "überdurchschnittlich hohen" Prozentsatz von mehr als 25 % angesetzt habe. Einen durchschnittlichen Prozentsatz - gemeint ist offenbar: ein Mittelwert - der Anrechnung von rechtlicher Relevanz kennt § 44 II BGB II. BV nicht. Schon deshalb lässt sich eine Offenlegungspflicht für Überschreitungen des Mittelwerts nicht begründen. Eine Aufklärungspflicht kann zudem aus § 242 BGB nur dann hergeleitet werden, wenn der andere Teil nach Treu und Glauben und den im Verkehr herrschenden Anschauungen redlicherweise Aufklärung erwarten darf (Senatsurteil vom 13.07.1988 - VIII ZR 224/87, WM 1988, 1566 = NJW 1989, 763, unter II 2 b m.w.N.; Palandt/Heinrichs, BGB, 68. Aufl., § 242 Rdnr. 37). Dass dies im Hinblick auf die Überschreitung eines Mittelwerts der Einrechnung von Außenflä-

chen in die Wohnfläche nach Maßgabe des § 44 II II. BV der Fall wäre, ist weder vom Berufungsgericht festgestellt noch sonst erkennbar. Schließlich würde die vom Berufungsgericht für richtig gehaltene Anrechnungsbeschränkung in all den Fällen, in denen der Vermieter nicht vor Vertragsschluss auf eine Anrechnung zu mehr als ein Viertel hingewiesen hatte, dazu führen, dass Vermieter unter Umständen erhebliche Mietminderungen wegen Wohnflächenabweichung hinnehmen müssten, obwohl die im Mietvertrag angegebene Wohnfläche nach Maßgabe des § 44 II II. BV zulässigerweise unter Anrechnung von Balkon- und Terrassenflächen bis zur Hälfte errechnet worden ist (dazu vorstehend bb).

c. Abweichendes im Falle der Ortsüblichkeit möglich

[24] Die Anrechnung der Dachterrassenflächen auf die Gesamtwohnfläche der Mietwohnung der Bekl. ist allerdings dann auf ein Viertel begrenzt, wenn es zutrifft, dass die Anrechnung zu ein Viertel der in Köln ortsüblichen Verkehrssitte entspricht, wie die Bekl. in der Revisionsverhandlung im Wege einer zulässigen Gegenrüge unter Bezugnahme auf zweitinstanzlichen Tatsachenvortrag geltend gemacht hat. Nach der Rechtsprechung des Senats haben ortsübliche Berechnungsweisen mangels abweichender Parteivereinbarung Vorrang (Senatsurteil vom 23.05.2007, aaO, Tz. 13). Hierzu hat das Berufungsgericht, das eine Begrenzung der Anrechnung auf ein Viertel schon aus anderen Gründen für geboten erachtet hat, keine Feststellungen getroffen.

III. Aufhebung des Berufungsurteils und Zurückverweisung an das Berufungsgericht

[25] Mit der gegebenen Begründung kann das Berufungsurteil somit keinen Bestand haben; es ist daher aufzuheben (§ 562 I ZPO). Der Senat kann nicht abschließend in der Sache entscheiden, weil es weiterer tatrichterlicher Feststellungen zu dem von der Bekl. behaupteten ortsüblichen Berechnungsmodus bedarf. Damit diese nachgeholt werden können, ist die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Standort: Deliktsrecht**Problem: Ausschluss der Tierhalterhaftung**

BGH, URTEIL VOM 17.03.2009
VI ZR 166/08 (BECKRS 2009 10839)

Problemdarstellung:

Der Kl. ist Tierarzt und beehrt von der Bekl., der Halterin eines privat gerittenen Pferdes, Schadensersatz materieller und immaterieller Art. Der Kl. erlitt einen Trümmerbruch im rechten Daumen, als er beim Pferd der Bekl. rektal Fieber messen wollte und das Tier daraufhin gegen den rechten Daumen trat.

Die Berufung des Kl. hatte keinen Erfolg. Mit seiner vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Kl. seinen Klagantrag weiter. Die Revision hat Erfolg und führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung an das Berufungsgericht.

Prüfungsrelevanz:

Der erkennende Senat befasste sich mit der Gefährdungshaftung des Tierhalters gem. § 833 S. 1 BGB. Es stellte sich die Frage, ob die Haftung des Tierhalters gem. § 242 BGB dann ausgeschlossen sei, wenn die Tierhalterhaftung als Gefährdungshaftung und berufsspezifische Risiken eines Tierarztes aufeinanderträfen. Dies verneint der BGH aus nachvollziehbaren Gründen. Entgegen der Rechtsauffassung des Berufungsgerichts liegt kein die Haftung ausschließendes Handeln auf eigene Gefahr des Tierarzt vor. Das Berufungsgericht hatte die Haftung vor diesem Hintergrund ausnahmsweise verneint. Ein solcher Ausnahmefall liege demgemäß dann vor, wenn der Geschädigte sich mit der Übernahme des Pferdes bewusst einer solchen Gefahr aussetze, insbesondere wenn sich - wie hier - die mit der Nähe zu einem Pferd verbundene übliche Gefahr durch die Tätigkeit des Geschädigten gesteigert oder gar erst provoziert würde.

Dem trat der Senat in Übereinstimmung mit der bisherigen Rechtsprechung (vgl. z.B. RG, JW 1904, 57; JW 1912, 797; JW 1911, 89) und der Literatur (vgl. z.B. MünchKomm-Wagner, BGB, § 833, Rn 18, 29; Erman-Schiemann, BGB, § 833 Rn 6) entgegen. Demgemäß kommt ein Ausschluss der Tierhalterhaftung unter Berufung auf das Handeln auf eigene Gefahr regelmäßig nicht in Betracht, wenn sich der Geschädigte der Tiergefahr ausgesetzt hat, um aufgrund einer vertraglichen Verpflichtung mit dem Tierhalter Verrichtungen an dem Tier vorzunehmen. Von einem Handeln auf eigene Gefahr in diesem Sinne kann nur dann die Rede sein, wenn sich jemand in eine Situation drohender Eigengefährdung begibt, obwohl er die besonderen Umstände kennt, die für ihn eine konkrete Gefahrenlage begründen, ohne dass dafür ein triftiger - rechtlicher, beruflicher oder sittlicher - Grund vor-

liegt (Senatsurteil BGHZ 34, 355, 358; BGB-RGRK/Steffen, § 833 Rn. 64). Die Grundlage eines Haftungsausschlusses wegen Handelns auf eigene Gefahr ist der Grundsatz von Treu und Glauben und das sich hieraus ergebende Verbot widersprüchlichen Handelns (Senatsurteile BGHZ 34, 355, 363; VersR 2006, 416, 418 m.w.N.) welche im vorliegenden Fall nicht berührt seien. Etwaiges fehlerhaftes Verhalten des Geschädigten oder besonders risikoreiche Handlungen des Geschädigten können angemessen bei der Bemessung des Mitverschuldens des Geschädigten gem. § 254 BGB und einer daraus resultierenden Anspruchskürzung Berücksichtigung finden, sodass in besonders evidenten Fällen sogar eine Haftungsreduzierung auf Null in Betracht komme (vgl. Senat, VersR 1968, 797).

Vertiefungshinweise:

- Zur Gefährdungshaftung allgemein: *Jaeger*, ZGS 2004, 217; *Mattis*, JA 1997, 45; *ders.* JA 1997, 141; *Coester-Waltjen*, Jura 1996, 608; *Groß*, VersR 1996, 657; *Medicus*, Jura 1996, 561; *Deutsch*, NJW 1992, 73
- Zur Haftung des Tierhalters: *Eberl-Borges*, VersR 1996, 1070; *Terbille*, VersR 1994, 1151; *Deutsch*, JuS 1987, 673; *Baumgärtel*, VersR 1983, Beiheft Karlsruher Forum, 85

Kursprogramm:

- *Examenskurs*: "Die wilde Hilde"

Leitsatz:

Ein Ausschluss der Tierhalterhaftung wegen Handelns auf eigene Gefahr kommt regelmäßig nicht in Betracht, wenn sich der Geschädigte der Tiergefahr ausgesetzt hat, um aufgrund vertraglicher Absprache mit dem Tierhalter Verrichtungen an dem Tier vorzunehmen.

Deshalb haftet der Tierhalter, soweit die tatbestandlichen Haftungsvoraussetzungen des § 833 S. 1 BGB vorliegen, einem Tierarzt, der bei der Behandlung eines Tieres durch dessen Verhalten verletzt wird (hier: Pferdetritt beim rektalen Fiebermessen).

Ein für die Verletzung mitursächliches Fehlverhalten des Tierarztes kann anspruchsmindernd nach § 254 BGB berücksichtigt werden.

Sachverhalt:

[1] Der Kl., ein Tierarzt, verlangt von der Bekl. als Halterin eines Pferdes Ersatz materiellen und immateriellen Schadens, weil er bei der Behandlung des Pferdes verletzt wurde.

[2] Die Bekl. hatte ihr Pferd, einen 700 kg wiegenden zehnjährigen Araber, auf dem Hof des Zeugen B. abgestellt. Am 23.10.2006 versuchte der Kl. mit der linken Hand eine rektale Fiebermessung. Dabei wurde er von dem Pferd gegen den rechten Daumen getreten und erlitt dadurch einen Trümmerbruch. Die Klage richtet sich vor allem auf den Ersatz des behaupteten Verdienstausfallschadens.

[3] Das Landgericht hat die Klage abgewiesen, da das Schadensereignis bereits nicht vom Schutzbereich des § 833 BGB umfasst sei. Die Berufung des Kl. hatte keinen Erfolg. Mit seiner vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Kl. seinen Klagantrag weiter.

Aus den Gründen:

I. Entscheidung und Begründung des Berufungsgerichts

[4] Das Berufungsgericht führt aus: Der Kl. habe gegen die Bekl. keinen Anspruch aus § 833 BGB. Zwar habe sich in dem plötzlichen Tritt des Pferdes gegen den Daumen des Kl. eine typische Tiergefahr verwirklicht. Daraus folge aber nicht automatisch eine Bejahung des geltend gemachten Anspruchs. Im vorliegenden Fall träfen die Tierhalterhaftung (Gefährdungshaftung) und die berufsspezifischen Risiken eines Tierarztes aufeinander, so dass sich die Frage nach einem Interessenausgleich stelle. Dabei gehe es letztlich um eine "gerechte Zuweisung des Zufallsschadens". Von den unterschiedlichen Ansätzen, die gegebenenfalls zu einer Einschränkung der Haftung des Tierhalters führen könnten, sei die vom Landgericht für den Streitfall vertretene Einschränkung der Tierhalterhaftung aufgrund von Normzwecküberlegungen abzulehnen. Den Schutzbereich der Norm des § 833 BGB schon dann zu verneinen, wenn ein Anspruchsteller an einer im Zusammenhang mit dem Tier übernommenen Verpflichtung Geld verdiene, würde zu einer nicht vertretbaren Aufweichung der Gefährdungshaftung aus § 833 BGB führen, zumal der Tritt eines Pferdes - wie hier - geradezu die typische Verwirklichung der spezifischen Tiergefahr sei. Auch der Ansicht, im Rahmen der vom Verletzten übernommenen "eigenen Herrschaft" über das Tier komme es darauf an, ob der Tierhalter noch die Möglichkeit eigener Einflussnahme hatte, sei nicht zu folgen. Das Abgrenzungskriterium der Möglichkeit eigener Einflussnahme als Maßstab für eine Haftungsbeschränkung im Rahmen des § 833 BGB sei insgesamt untauglich, weil es in Fällen der vorliegenden Art regelmäßig gänzlich irrelevant sei, ob der Tierhalter bzw. wer auch immer an seiner Stelle zugegen war. Abzulehnen sei auch die Ansicht, wonach eine in Fällen der vorliegenden Art als notwendig angesehene Haftungsbeschränkung im Rahmen der Beweislast derart zu

erfolgen habe, dass der Tierarzt darlegen und beweisen müsse, was sich in seinem Herrschaftsbereich zugegetragen habe. Bei der Frage eines eventuellen Sorgfaltsverstößes des Tierarztes im Rahmen der von ihm durchgeführten Behandlung handele es sich der Sache nach um einen Mitverschuldenseinwand (§ 254 BGB), für den derjenige darlegungs- und beweisbelastet sei, der sich auf ein Mitverschulden berufe, also gerade nicht der Tierarzt, sondern sein Anspruchsgegner. Schließlich könne auch die Berücksichtigung des Behandlungsvertrages im Rahmen der Tierhalterhaftung im vorliegenden Fall nicht zu einer Haftungsbeschränkung führen. Zwar sei es rechtlich grundsätzlich möglich, dass eine vertragliche Haftungsbeschränkung auch auf außervertragliche Ansprüche durchschlagen könne. Jedoch werde man nicht davon ausgehen können, dass jedem entgeltlichen Vertrag über eine Tätigkeit an einem Tier von vornherein ein vertraglicher Haftungsausschluss zugunsten des Tierhalters innewohne. Die Annahme eines solchen generellen, gleichsam vertragsimmanenten Haftungsausschlusses sei auch nicht nach Treu und Glauben gemäß § 242 BGB wegen eines wirtschaftlichen Gefälles zwischen Tierarzt und Tierhalter geboten. Für eine ausdrücklich vereinbarte oder zumindest im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung begründbare vertragliche Haftungsbeschränkung sei im konkreten Fall nichts ersichtlich.

[5] Indes sei eine Haftung der Bekl. aus § 833 BGB hier ausgeschlossen, weil der Kl. auf eigene Gefahr gehandelt habe. Bei der Tierhalterhaftung komme eine vollständige Haftungsfreistellung des Tierhalters unter dem Gesichtspunkt des Handelns auf eigene Gefahr in eng begrenzten Ausnahmefällen in Betracht, wenn beispielsweise der Geschädigte sich mit der Übernahme des Pferdes oder der Annäherung an ein solches bewusst einer besonderen Gefahr aussetze. So liege es, wenn - wie hier - die mit der Nähe zu einem Pferd verbundene übliche Gefahr durch die Tätigkeit des Geschädigten gesteigert oder gar erst provoziert werde. Der Kl. habe als dem Pferd zumindest relativ fremde Person ein Fieberthermometer in dessen After einführen wollen. Dazu habe er von der Kruppe her, also im kritischen Bereich der Hinterläufe zunächst den Schweif erreichen müssen, um den After für die Einführung des Thermometers zugänglich zu machen. Es sei nicht ungewöhnlich, dass Pferde darauf abwehrend und dabei auch noch schreckhaft reagieren könnten, weil die natürliche Scheu ein derartiges auch instinktives Verhalten begünstige. Deshalb sei das Prozedere des Kl. besonders geeignet gewesen, die mit dem Umgang mit Pferden verbundene gewöhnliche Gefahr herauszufordern. Dass diese sich dann in einem spontanen Tritt nach hinten äußern mochte, habe auf der Hand gelegen und dem Kl. als ambulant auf dem Lande tätigen, also vielfach mit der Tierhaltung konfron-

tierten Tierarzt nicht verborgen geblieben sein können. Wenn er sich unter solchen Umständen zur Behandlung des Pferdes entschlossen habe, habe er damit auch das mit der Ausübung seines Berufes typische Risiko übernommen. Dann aber müsse er für die daraus resultierenden Folgen selbst eintreten, zumal er der von ihm selbst aktualisierten Tiergefahr durch entsprechende tatsächliche wie finanzielle Vorsorge, etwa durch Abschluss einer entsprechenden Versicherung, hätte begegnen können.

II. Entscheidung des BGH in der Revision

[6] Die dagegen gerichtete Revision hat Erfolg.

1. Anspruch auf Schadensersatz gem. § 833 S. 1 BGB besteht

[7] Zu Unrecht verneint das Berufungsgericht den aufgrund der tatsächlichen Gegebenheiten an sich zu bejahenden Anspruch des Kl. aus § 833 BGB unter dem Gesichtspunkt des Handelns auf eigene Gefahr. Bei der Tierhalterhaftung hat der erkennende Senat eine vollständige Haftungsfreistellung des Tierhalters unter dem Gesichtspunkt des Handelns auf eigene Gefahr nur in eng begrenzten Ausnahmefällen erwogen, wobei ohnehin der Umstand, dass sich der Geschädigte der Gefahr selbst ausgesetzt hat, regelmäßig erst bei der Abwägung der Verursachungs- und Verschuldensanteile nach § 254 BGB Berücksichtigung finden kann und lediglich Ausnahmefälle denkbar sind, bei denen die Tierhalterhaftung bereits im Anwendungsbereich ausgeschlossen ist, weil deren Geltendmachung gegen Treu und Glauben verstieße (Senatsurteil vom 20.12.2005 - VI ZR 225/04 - VersR 2006, 416, 418 m.w.N.).

[8] Ein solcher Ausnahmefall liegt hier nicht vor. Ein Ausschluss der Tierhalterhaftung unter Berufung auf die Rechtsfigur des Handelns auf eigene Gefahr kommt regelmäßig nicht in Betracht, wenn sich der Geschädigte der Tiergefahr ausgesetzt hat, um aufgrund vertraglicher Absprache mit dem Tierhalter Verrichtungen an dem Tier vorzunehmen, wie es beim Tierarzt der Fall ist.

a. Anforderungen an den Ausschluss des Tatbestands wegen Handelns auf eigene Gefahr

[9] Von einem Handeln auf eigene Gefahr im Rechtsinne kann nur dann die Rede sein, wenn sich jemand in eine Situation drohender Eigengefährdung begibt, obwohl er die besonderen Umstände kennt, die für ihn eine konkrete Gefahrenlage begründen, ohne dass dafür ein triftiger - rechtlicher, beruflicher oder sittlicher - Grund vorliegt (Senatsurteil BGHZ 34, 355, 358; BGB-RGRK/ Steffen, 12. Aufl., § 833 Rn. 64). Denn die Grundlage eines Haftungsausschlusses wegen Handelns auf eigene Gefahr ist der Grundsatz von Treu und Glauben und das sich hieraus ergebende

Verbot widersprüchlichen Handelns (Senatsurteile BGHZ 34, 355, 363; vom 20.12.2005 - VI ZR 225/04 - aaO, S. 417). Von einem widersprüchlichen Verhalten kann indes erkennbar nicht die Rede sein, wenn die vom Tierhalter veranlasste ärztliche Behandlung eines Tieres in Frage steht. Hier liegt ein triftiger Grund dafür vor, dass der Tierarzt sich der Tiergefahr aussetzt.

b. Sinn und Zweck des Ausschlussgrundes greift im vorliegenden Fall nicht

[10] Letztlich dient die Rechtsfigur des Handelns auf eigene Gefahr bei der Gefährdungshaftung dazu, diese Haftung in solchen Fällen auszuschließen, in denen sie nach dem Normzweck als unangemessen erscheint, weil der Schaden nicht der Gefahr des Tieres (oder Kraftfahrzeugs u. dergl.), sondern dem Handeln des Geschädigten selbst zuzurechnen ist (vgl. BGB-RGRK/Steffen, aaO; Terbille, VersR 1994, 1151, 1154).

[11] Dem entsprechend ist in der höchstrichterlichen Rechtsprechung ein grundsätzlicher Ausschluss der Tierhalterhaftung gegenüber Personen, die sich der Tiergefahr aus beruflichen Gründen vorübergehend aussetzen, ohne die vollständige Herrschaft über das Tier zu übernehmen, zu Recht abgelehnt worden (vgl. RG, JW 1904, 57 - Tierarzt beim Kupieren eines Pferdeschweifs; JW 1912, 797 - Tierarzt beim Aufstechen einer Eiterbeule bei einem Pferd; JW 1911, 89 f. - Hufschmied; Senatsurteil vom 28.05.1968 - VI ZR 35/67 - VersR 1968, 797 ff. - Hufschmied) und wird auch in der Literatur verneint (BGB-RGRK/Steffen, 12. Aufl., § 833 Rn. 68; Erman/Schiemann, BGB, 12. Aufl., § 833 Rn. 6; Lange/Schiemann, Schadensersatz, 3. Aufl., S. 122; MünchKomm-BGB/Stein, 3. Aufl., § 833 Rn. 25 ff.; MünchKomm-BGB/Wagner, 5. Aufl., § 833 Rn. 18, 29; Stoll, Das Handeln auf eigene Gefahr, 1961, S. 358 f.; Terbille, aaO, S. 1152; vgl. auch Staudinger/Eberl-Borges, Neubearbeitung 2008, § 833 Rn. 189 ff.). Unsachgemäßes Verhalten solcher Personen bei der Berufsausübung, welches für einen Schaden mitursächlich geworden ist, kann - sofern kein vertraglicher Haftungsausschluss vorliegt - nur unter dem Gesichtspunkt des Mitverschuldens (§ 254 BGB) berücksichtigt werden.

c. Kein dem Ausschluss Rechnung tragender Umstand im vorliegenden Fall gegeben

[12] Das Berufungsgericht erkennt selbst, dass ein Ausschluss der Haftung nach § 833 BGB unter dem Gesichtspunkt des Handelns auf eigene Gefahr nur ausnahmsweise in Betracht kommt, meint aber wohl, dass derjenige, der sich einem Tier aus beruflichen Gründen nähert, insoweit keinen Schadensersatzanspruch hat, als er im Rahmen seiner beruflich geschuldeten Verrichtungen besonders risikoreiche Handlungen

gen vornimmt, wobei im Streitfall nicht einmal festgestellt ist, dass das Fiebermessen auf andere Weise hätte bewerkstelligt werden können, als es der Kl. getan hat.

[13] Dem kann schlechterdings nicht gefolgt werden. Das Handeln desjenigen, der sich einem Tier aus beruflichen Gründen im Interesse des Tierhalters und mit dessen erklärter oder anzunehmender Billigung helfend nähert, kann nicht rechtlich in ungefährliche Handlungen auf Gefahr des Tierhalters und in gefährliche Handlungen auf Gefahr des Handelnden aufgeteilt werden. Der Tierarzt, der ein Pferd im Auftrag des Tierhalters medizinisch versorgt, handelt in der Regel in keiner Phase der Behandlung auf eigene Gefahr. Vielmehr setzt er sich der Tiergefahr mit triftigem Grund aus, ja muss sich ihr aussetzen, wenn er seinen ärztlichen Auftrag und den Vertrag mit dem Tierhalter erfüllen will. Von einem widersprüchlichen Handeln bei der Inanspruchnahme des Tierhalters aus § 833 BGB kann bei dieser Sachlage nicht einmal ansatzweise die Rede sein. Dies gilt insbesondere, wenn - wovon hier revisionsrechtlich auszugehen ist - die gefährlichen Handlungen erforderlich sind, um die Behandlung fachgerecht durchzuführen, gilt aber in der Regel auch, wenn der Tierarzt bei dem Behandlungsgeschehen unvorsichtig oder gar fehlerhaft vorgeht.

[14] Die Ausführungen des Landgerichts, wer bei Handlungen zu Schaden komme, mit denen er Geld verdiene, könne nicht Schadensersatz aus § 833 BGB verlangen, sind ebenso unrichtig wie die Ausführungen des Berufungsgerichts, wonach ein Anspruch aus der Gefährdungshaftung des § 833 BGB ausscheide, wenn jemand das typische Risiko seines Berufs übernehme. Beide Standpunkte sind letztlich von Normzwecküberlegungen geprägt, denen nicht zugestimmt werden kann. Der erkennende Senat ist einer solchen Sichtweise bereits früher entgegen getreten. Er hat entschieden (Senatsurteil vom 28.05.1968 - VI ZR 35/67 - aaO, S. 798), es sei grundsätzlich davon auszugehen, dass ein Hufschmied durch Abschluss des Werkvertrages allein noch nicht die Gefahr einer Verletzung durch das Tier übernehme. Denn es entspreche weder der Interessenlage noch den Erfordernissen von Treu und Glauben, dass der Hufschmied, der sich der mit dem Hufbeslag notwendig verbundenen Tiergefahr aussetzen müsse, um seinen Lebensunterhalt zu erwerben, auch die durch die Tiergefahr hervorgerufenen Schadensfolgen auf sich nehme, die das Gesetz dem Tierhalter als dem Urheber der Gefahr anlaste. Zum Wesen des Beschlagvertrages gehöre es, dass der Hufschmied sich einer erhöhten Tiergefahr aussetze, nicht dagegen, dass er den Tierhalter, von dessen Tier die Gefahr ausgehe, von seiner gesetzlichen Haftung für die Schadensfolgen entbinde, die aus der Tiergefahr erwachsen könnten.

[15] Diese Überlegungen, an denen festzuhalten ist, treffen in vollem Umfang auch auf den Behandlungsvertrag zwischen Tierhalter und Tierarzt zu. Die von den Vorinstanzen vertretene einschränkende Anwendung des § 833 BGB entspricht in Fällen der vorliegenden Art nicht der Intention des Gesetzes und ist auch nicht interessengerecht. Sie ist im Übrigen keinesfalls notwendig, um in Fällen, in denen derjenige, der vertragsgemäß Verrichtungen an dem Tier vorzunehmen hat, besonders risikoreiche bzw. fehlerhafte Handlungen vornimmt, zu gerechten Ergebnissen zu kommen. Abzulehnen ist hier nur ein grundsätzlicher Ausschluss der Tierhalterhaftung. Das fehlerhafte Handeln des Geschädigten kann hingegen ohne weiteres im Rahmen einer Abwägung der verschiedenen Verursachungsbeiträge nach § 254 BGB berücksichtigt werden. Bei einem groben Eigenverschulden des Geschädigten kann danach die Haftung des Tierhalters auch ganz ausgeschlossen sein (so in dem dem Senatsurteil vom 28.05.1968 - VI ZR 35/67 -, aaO, zugrunde liegenden Fall).

d. Berufungsurteil beruht auf dem Rechtsfehler

[16] Das Berufungsurteil beruht auf der rechtsfehlerhaften Sichtweise. Das Berufungsgericht bejaht einen völligen Haftungsausschluss aus grundsätzlichen Erwägungen. Es prüft deshalb - aus seiner rechtlichen Sicht konsequent - nicht, ob dem Kl. ein Mitverursachungsbeitrag anspruchsmindernd zuzurechnen ist oder ob er bei der Durchführung einer für die Behandlung des Pferdes notwendigen und aus fachlicher Sicht nicht zu beanstandenden Maßnahme verletzt wurde. Diese Prüfung wird nachzuholen sein.

2. Entscheidung des Berufungsgerichts ist nicht aus anderen Gründen richtig

[17] Die vom Berufungsgericht im Ergebnis gebilligte Klageabweisung stellt sich nicht aus anderen Gründen als richtig dar. Ohne Rechtsfehler verneint das Berufungsgericht einen Haftungsausschluss aus anderen Gründen. Dagegen bringt die Revisionserwiderung auch nichts vor.

a. Kein individualvertraglicher Haftungsausschluss ersichtlich

[18] Dass der Vertrag zwischen Tierhalter und Tierarzt nicht von vornherein einen vertraglichen Haftungsausschluss beinhaltet, ergibt sich schon aus den vorstehenden Ausführungen. Für einen konkret im vorliegenden Einzelfall vereinbarten Haftungsverzicht (vgl. dazu Senatsurteil vom 14.07.1977 - VI ZR 234/75 - VersR 1977, 864, 866) ist nach den Ausführungen des Berufungsgerichts nichts ersichtlich.

b. Keine Einschränkung der Tierhalterhaftung bei beruflichem Umgang mit Tieren

[19] Nicht zu beanstanden ist auch die Auffassung des Berufungsgerichts, den Schutzzweckerwägungen des Landgerichts zu einer Einschränkung der Tierhalterhaftung bei dem beruflichen Umgang mit Tieren sei nicht zu folgen.

Auch dies ergibt sich bereits aus den vorstehenden Ausführungen. Damit ist nicht gesagt, dass bei ganz besonders gelagerten Fallgestaltungen die Tierhalterhaftung nicht aus grundsätzlichen Erwägungen ausgeschlossen sein kann (vgl. Senatsurteil vom 14.07.1977 - VI ZR 234/75 - aaO, S. 865). Unter welchen Umständen dies der Fall ist (vgl. etwa OLG Nürnberg, VersR 1999, 240, 241 - Aufnahme eines Tieres in eine Tierklinik), muss hier nicht entschieden werden.

c. Verwirklichung der Tiergefahr hängt nicht davon ab, wer sich außer dem Tierarzt beim Tier befindet

[20] Mit Recht stellt das Berufungsgericht für einen möglichen Haftungsausschluss nicht darauf ab, wer in dem Zeitpunkt, als der Kl. das Pferd behandelte, am Behandlungsort anwesend war. Ob Fälle denkbar sind, bei denen sich ein Haftungsausschluss daraus ergibt, dass eine andere Person als der Tierhalter temporär die Herrschaft über das Tier ausübt, kann dahinstehen (vgl. dazu Senatsurteil vom 14.07.1977 - VI ZR 234/75 - aaO, S. 865 - Reiter; ferner: RGZ 58, 410, 412 ff. und OLG Celle, VersR 1990, 794 f. - eigenverantwortliche Ausbildung eines Pferdes durch einen Trainer; OLG Nürnberg, aaO). Keinesfalls ist die Haftung aus diesem Grund ausgeschlossen, wenn ein Tierarzt das Tier auf dem Hof des Tierhalters oder auf dem Hof eines Dritten, bei dem der Tierhalter das Tier untergestellt hat, vorübergehend tierärztlich behandelt. Zutreffend führt das Berufungsgericht aus, dass die Verwirklichung der Tiergefahr, für die der Tierhalter haftet, in derartigen Situationen im Regelfall nicht davon abhängt, wer sich außer dem Tierarzt noch in der Nähe des Tieres befindet.

d. Kein Ausschluss der Haftung nach Gesichtspunkten der Umkehr der Beweislast

[21] Schließlich ist auch die Ansicht des Berufungsgerichts zutreffend, dass im Streitfall ein Ausschluss der Tierhalterhaftung nicht unter dem Gesichtspunkt einer Umkehr der Beweislast bejaht werden kann. Der Ansicht, dass der Tierhalter nicht hafte, wenn der Tierarzt nicht beweist, dass er alle zumutbare Sorgfalt hat walten lassen (so OLG Zweibrücken, VersR 1997, 457; ähnlich OLG Nürnberg, aaO, S. 241 f.; dahin gehend auch die Rspr. des Reichsgerichts, etwa RGZ 61, 54, 56; weitere Nachweise bei BGB-RGRK/Steffen,

aaO, Rn. 69), ist nicht zu folgen (Münch-Komm-BGB/Stein, aaO, Rn. 25; BGB-RGRK/Steffen, aaO, Rn. 69). Die vertragliche Beziehung zwischen Tierhalter und Tierarzt bietet für eine solche Beweislastverteilung, etwa nach dem Gedanken der im Bereich der vertraglichen Haftung geltenden gesetzlichen Beweislastregel des § 282 BGB a.F. und des § 280 I 2 BGB n.F., keine Grundlage. Sofern der Tierhalter grundsätzlich nach § 833 BGB haftet, geht es nicht um die vertraglichen Pflichten des Tierarztes, sondern darum, ob und inwieweit dessen tatsächliches Verhalten Anlass gibt, die Haftung des Tierhalters zu mindern.

[22] Ob das Verhalten desjenigen, der sich der Tiergefahr vertragsgemäß aussetzt, ohne Tierhüter zu sein (§ 834 BGB), bei der Schadensverursachung mitgewirkt hat, ist ausschließlich nach § 254 BGB zu beurteilen. Für ein die Haftung minderndes Mitverschulden des Geschädigten ist aber regelmäßig der Schädiger darlegungs- und beweispflichtig (Senatsurteil BGHZ 175, 153, 158), im Anwendungsbereich des § 833 BGB also der Tierhalter (vgl. Senatsurteil vom 03.05.2005 - VI ZR 238/04 - VersR 2005, 1254, 1256). Dass dieser zu den Handlungen des Geschädigten beim Umgang mit dem Tier möglicherweise mangels Kenntnis nicht ausreichend vortragen kann, rechtfertigt keine Umkehr der Beweislast. Der Geschädigte hat insoweit im Rahmen seiner sekundären Darlegungslast konkret zu seinem Handeln vorzutragen, der Schädiger hat sodann zu beweisen, inwieweit der Vortrag des Geschädigten unrichtig ist (vgl. dazu Senatsurteile BGHZ 100, 190, 195 f.; 163, 209, 214, jeweils m.w.N.).

[23] Da dem Berufungsurteil nicht zu entnehmen ist, inwiefern die Parteien zu einem etwaigen Mitverschulden des Kl. vorgetragen haben, ist für das vorliegende Revisionsverfahren ohnehin zu unterstellen, dass der Kl. ordnungsgemäß gehandelt hat. Für das weitere Verfahren wird das Berufungsgericht aber davon ausgehen können, dass die Bekl. einen haftungsmindernden Mitverursachungsbeitrag des Kl. zu beweisen hat.

III. Aufhebung und Zurückweisung an das Berufungsgericht, §§ 562 I, 563 I 1 ZPO

[24] Mithin ist das Berufungsurteil aufzuheben und die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Das Berufungsgericht wird nunmehr etwaigem Vortrag der Parteien zu einem Mitverursachungsbeitrag des Kl. und, soweit danach eine Haftung der Bekl. verbleibt, dem Vortrag zur Schadenshöhe nachzugehen haben.

Standort: Bereicherungsrecht**Problem: Kondiktion bei Falschüberweisung**

OLG DÜSSELDORF, URTEIL VOM 26.02.2008
24 U 126/07 (NJW-RR 2009, 205)

Problemdarstellung:

Die Parteien streiten über die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung bei einer Falschüberweisung. Die Kl. war aus einem Rechtsschutzversicherungsvertrag einstandspflichtig bzgl. der der Versicherungsnehmerin entstandenen außergerichtlichen Kosten. Die Kl. überwies einen Betrag in Höhe der Honorarnote statt auf das in der Honorarnote angegebene Konto bei der D-Bank auf das von der Bekl. früher bei der Streithelferin unterhaltene Girokonto, auf welchem der Betrag auch verbucht wurde. Nachdem die Bekl. auf die weisungswidrige Ausführung der Erstüberweisung und darauf hingewiesen hatte, dass die Streithelferin den Betrag der Erstüberweisung zurückgebe, überwies die Kl. denselben Betrag erneut auf das in der Honorarnote angegebene Konto der Bekl.. Nachdem die Streithelferin eine „Rückgabe“ der Erstüberweisung abgelehnt und die Bekl. auf die Rückzahlungserinnerung reagiert hatte, hat die Kl. sie aus eigenem und abgetretenem Recht ihrer Versicherungsnehmerin gerichtlich in Anspruch genommen.

Das LG hat die Klage abgewiesen. Die Berufung der Kl. hatte bis auf einen Teil des Zinsanspruchs Erfolg.

Prüfungsrelevanz:

In der vorliegenden Entscheidung hatte sich der erkennende Senat insbesondere mit einem klassischen Problem aus dem Bereicherungsrecht zu befassen, der Rückabwicklung bei einer Falschüberweisung.

Die klagende Versicherung hatte versehentlich einen Geldbetrag auf ein anderes Konto der Bekl. überwiesen als dasjenige, das auf der Kostennote angegeben war. Entgegen der Rechtsauffassung des Landgerichts ist die Bekl. zur Rückzahlung der Erstüberweisung gem. § 812 I 1 Alt. 2 BGB verpflichtet.

Eine Leistungskondiktion gem. § 812 I 1 Alt. 1 BGB der Kl. gegenüber der Bekl. scheidet am Leistungsbegriff. Eine Leistung ist jede bewusste und zweckgerichtete Mehrung fremden Vermögens (BGHZ 40, 272 [277]; 58, 184 [188]). Maßgeblich für die Frage, ob eine Leistung vorliegt, ist nach der sog. Empfängerhorizontslehre der objektive Empfängerhorizont gem. §§ 133, 157 BGB (BGHZ 40, 272 ff.; BGH, NJW 1961, 2251; BGH, NJW 1974, 1132 f.). Aus der verobjektivierten Sicht der Bekl. war die Kl. lediglich Hilfsperson der Versicherungsnehmerin, zu der die Bekl. keinerlei Vertragsbeziehungen unterhält.

Daher kam allenfalls eine Nichtleistungskondiktion in Form der Eingriffskondiktion gem. § 812 I 1 Alt. 2

BGB in Betracht. Problematisch war insbesondere, ob die Subsidiarität der Nichtleistungskondiktion gewahrt ist. Dazu müsste es nicht nur an einer Leistung der Kl. an die Bekl. fehlen, niemand dürfte an den Konditionsschuldner geleistet haben. Grundsätzlich vollzieht sich in den Fällen der Leistung kraft Anweisung der Bereicherungsausgleich innerhalb des jeweiligen fehlerhaften Leistungsverhältnisses, also zum einen zwischen dem Anweisenden und dem Angewiesenen im so genannten Deckungsverhältnis und zum anderen zwischen dem Anweisenden und dem Empfänger der Zuwendung, dem so genannten Valutaverhältnis. Nach dem Leistungsbegriff bewirkt der Angewiesene mit seiner Zuwendung an den Empfänger zunächst eine eigene Leistung an den Anweisenden und zugleich eine Leistung des Anweisenden an den Empfänger (st. Rspr., z.B. BGHZ 111, 382 [385] = NJW 1990, 3194; BGHZ 147, 269 [273] = NJW 2001, 2880 m.w.N.). Dieser Grundsatz gilt jedoch nicht ohne Ausnahme. So hat der Angewiesene einen Direktanspruch gegen den Empfänger, wenn keine Anweisung vorliegt (z.B. LG Stuttgart, NJW 1994, 2626 [2627] oder dem Anweisenden die Anweisung nicht zurechenbar ist (z.B. wenn eine gefälschte Anweisung vorliegt nach BGH, NJW 1994, 2357 [2358]). Entscheidend in diesen Ausnahmefällen ist, dass dem Anweisenden die Vermögenszuwendung nicht zugerechnet werden kann, weil er sie entweder nicht veranlaßt hat oder aber keinen dementsprechenden Rechtsschein gesetzt hat. Eine dem vergleichbare Ausnahmekonstellation lag hier vor, so dass eine vorrangige Leistungsbeziehung zwischen der Anweisenden und der Bekl. ausschied und die Subsidiarität der Eingriffskondiktion gewahrt war.. Der Streitfall gehört in die Kategorie der für den Anweisungsempfänger erkennbar falschen Ausführung einer zutreffend erteilten Anweisung (vgl. auch BGH, NJW 1987, 1825 [1826] zu dem nicht der Direktkondiktion unterliegenden umgekehrten Fall des Rechtscheins einer wirksamen Anweisung). Die W-GmbH hatte die Kl. angewiesen, die Versicherungsleistung auf das Konto der Bekl. bei der D-Bank zu überweisen. Stattdessen hat sie den Betrag auf das Konto der Bekl. bei der Streithelferin überwiesen. Das war für die Bekl. auch erkennbar falsch, denn sie selbst hatte namens der W-GmbH die anderslautende Kontoanweisung erteilt. Die Falschüberweisung führte dazu, dass weder im Deckungsverhältnis die Rechtsschutzverbindlichkeit der Kl. gegenüber der Versicherungsnehmerin erfüllt wurde (weshalb schon aus diesem Grund erst mit der Zweitüberweisung deren Deckungsanspruch gem. § 362 I BGB getilgt wurde) noch (was auch das LG so sieht) im Valutaverhältnis die Honorarverbindlichkeit der Versicherungsnehmerin gegen-

über der Bekl. (vgl. BGH, NJW-RR 2004, 1281 unter II 2). Es liegt dann aber auf der Hand, dass der hier umstrittene Zahlbetrag aus dem Vermögen der Kl. stammt und mangels Tilgungswirkung der Falschüberweisung (nur) sie als entreichert zu betrachten ist. Denn die beiden Leistungsverhältnisse blieben von dem falschen Zahlungsvollzug unberührt, sodass der Bereicherungsausgleich im Vollzugsverhältnis stattfinden muss.

Vertiefungshinweise:

- Zu den Nachwirkungen eines rechtlich erloschenen Girovertrages: *BGHZ* 170, 121 = *NJW* 2007, 914
- Bereicherungsausgleich zwischen Schuldnerbank und Gläubiger: *BGHZ* 167, 171 = *NJW* 2006, 1965; *Neef*, *JA* 2006, 458; *BGH*, *NJW* 2005, 3213; *Lorenz*, *LMK* 2005, 155031; *Werner*, *BKR* 2005, 375; *BGHZ* 152, 307 = *NJW* 2003, 582; *Preuß*, *JuS* 2003, 25
- Zum Leistungsbegriff: *BGH*, *RA* 2008, 500 = *NJW* 2008, 2331 (Zuvielüberweisung einer Bank); *BGH*, *RA* 2001, 633; *NJW* 2001, 2880 (Anweisung); *BGH*, *NJW* 2000, 1718 (Ausgleich durch die Versicherung ist eine Leistung)
- Zum Verjährungsbeginn von Bereicherungsansprüchen: *BGH*, *RA* 2009, 106; *NJW-RR* 2008, 1237
- Zum Bereicherungsanspruch bei Vereinbarung eines Erfolgshonorars: *BGH*, *NJW* 2004, 1169

Kursprogramm:

- Examenskurs*: "Heimatsfilm"
- Assessorkurs*: "Der undankbare Neffe"

Leitsätze:

- 1. Überweist der Rechtsschutzversicherer weisungswidrig auf ein Konto des Rechtsanwalts bei einer anderen als der ihm benannten Bank, so ist nicht die empfangende Bank, sondern der Rechtsanwalt zum Ausgleich verpflichtet.**
- 2. Das Abtretungsverbot in einem Rechtsschutzversicherungsvertrag unter Kaufleuten ist unwirksam.**
- 3. Ein Gebührengutachten ist im Deckungsprozess zwischen Rechtsschutzversicherer und Mandanten (Versicherungsnehmer), in dem die Höhe der Rahmengebühren des Rechtsanwalts nur Vorfrage ist, nicht einzuholen.**

Sachverhalt:

Die Kl. war gegenüber ihrer Versicherungsnehmerin, der W-Gesellschaft mbH (künftig: W-GmbH, Versicherungsnehmerin oder Mandantin), auf der Grundlage des seit dem 01.06.2001 unter Einbeziehung der Allgemeinen Bedingungen für die Rechtsschutzversicherung (ARB 2000) bestehenden Rechtsschutzversi-

cherungsvertrags verpflichtet, außergerichtliche Auslagen zu decken, die der W-GmbH aus der Beauftragung der bekl. Rechtsanwalts-gesellschaft (Rechtsbe-sorgung in der Grundstücksangelegenheit A S, künf-tig: „Grundstücksangelegenheit“) entstanden waren. Zum Ausgleich der am 21.10.2005 erteilten Honorar-note (14622,96 Euro) überwies die Kl., worüber die Parteien im zweiten Rechtszug (nach dem Beitritt der Streithelferin) nicht mehr streiten, am 18.11.2005 ei-nen um die vertraglich vereinbarte Selbstbeteiligung (153 Euro) und eine einseitig vorgenommene Kürzung des Deckungsanspruchs (2085,68 Euro) verminderten Betrag (12384,28 Euro) weisungswidrig statt auf das in der Honorarnote angegebene Konto bei der D-Bank auf das von der Bekl. früher bei der Streithelferin der Kl. (künftig: Streithelferin) unterhaltene Girokonto (künftig: Erstüberweisung). Die Streithelferin ver-buchte den Betrag auf diesem von ihr bereits am 09.06.2004 gekündigten, intern für Abwicklungszwe-cke aber weitergeführten Konto und verrechnete ihn in voller Höhe mit dem übersteigenden, am 31.05.2005 titulierten Schuldsaldo. Nachdem die Bekl. auf die weisungswidrige Ausführung der Erstüberweisung und darauf hingewiesen hatte, die Streithelferin werde den Betrag „zurückgeben“, überwies die Kl. am 18.12.2005 zum Ausgleich derselben Honorarnote einen Betrag in gleicher Höhe (12384,28 Euro) nun-mehr weisungsgemäß auf das von der Bekl. bei der D-Bank unterhaltene Konto (künftig: Zweitüberwei-sung). Nachdem die Streithelferin eine „Rückgabe“ der Erstüberweisung - auch nach Intervention der Bekl. - abgelehnt und die Bekl. auf die Rückzahlungs-erinnerung vom 27.03.2006 nicht reagiert hatte, hat die Kl. sie aus eigenem und abgetretenem Recht ihrer Versicherungsnehmerin gerichtlich in Anspruch ge-nommen.

Das LG hat die Klage abgewiesen. Die Berufung der Kl. hatte bis auf einen Teil des Zinsanspruchs Erfolg.

Aus den Gründen:

I. Rückzahlungsverpflichtung der Bekl. bzgl. der Haupt- und Nebenforderung besteht

Die zulässige Berufung hat mit ihrem Hauptsachean-trag (12384,28 Euro) aus eigenem Recht der Kl. vol-len Erfolg. Das LG hat zu Unrecht einen Bereiche-rungsausgleich zwischen den Parteien dieses Rechts-streits abgelehnt. Zinsen in Höhe des geltend gemach-ten gesetzlichen Zinssatzes schuldet die Bekl. gem. §§ 286 I, 288 I BGB allerdings erst ab Verzugseintritt (29.03.2006), so dass es wegen des darüber hinausge-henden Zinsanspruchs bei der Klageabweisung ver-bleiben muss.

1. Rückzahlungsanspruch gem. § 812 I 1 Alt. 2 BGB

Die Bekl. ist der Kl. aus § 812 I 1 Alt. 2 BGB zur Zah-

lung von 12384,28 Euro verpflichtet. Das LG hat die Grundsätze nicht hinreichend beachtet, die im gestörten bereicherungsrechtlichen Dreiecksverhältnis gelten.

a. Leistungsbeziehungen bei den sog. Anweisungsfällen

In den Fällen der Leistung kraft Anweisung unterhält der Anweisende stets zwei Rechtsbeziehungen. Im Verhältnis zum Angewiesenen (Deckungsverhältnis) ist er Forderungsinhaber, im Verhältnis zum Empfänger der angewiesenen Leistung (Valutaverhältnis) ist er Schuldner. Dem Anweisenden geht es in diesen Fällen stets nur darum, den Leistungsweg zu verkürzen. Denn mit dem weisungsgemäßen Leistungsvollzug (Zahlung des Angewiesenen an den Empfänger der angewiesenen Leistung, künftig: Anweisungsempfänger) tilgt der Angewiesene seine Verbindlichkeit im Rechtsverhältnis zum Anweisenden (Deckungsverhältnis) und gleichzeitig dieser seine Verbindlichkeit im Rechtsverhältnis zum Anweisungsempfänger (Valutaverhältnis). Daraus folgt, dass sich ein Bereicherungsausgleich (Leistungskondiktion, § 812 I 1 Alt. 1 BGB) in der Regel nur innerhalb des jeweiligen Leistungsverhältnisses vollziehen kann, also bei einem Mangel im Deckungsverhältnis zwischen dem Anweisenden (Bereicherungsgläubiger) und dem Angewiesenen (Bereicherungsschuldner) oder bei einem Mangel im Valutaverhältnis zwischen dem Anweisenden (Bereicherungsgläubiger) und dem Anweisungsempfänger (Bereicherungsschuldner). Im Vollzugsverhältnis findet dagegen ein Bereicherungsausgleich jedenfalls als Leistungskondiktion nicht statt, weil es zwischen dem Angewiesenen und dem Leistungsempfänger an einer Rechtsbeziehung fehlt (st. höchstrichterl. Rspr. z.B. BGHZ 147, 269 [273] = NJW 2001, 2880 m.w. Nachw.; vgl. auch Senat, Beschl. v. 25. 9. 2007 - 24 U 24/07 m.w. Nachw.).

b. Wirksame Anweisung der Versicherungsnehmerin liegt vor

Auch im Streitfall liegt im Grundsatz eine solche Leistung kraft Anweisung vor. Die (durch die bekl. Rechtsanwalts-gesellschaft gem. § 164 I 1 BGB vertretene) W-GmbH (Anweisende) hatte der Kl. (Angewiesene) die Weisung erteilt, die fällige Versicherungsleistung an die Bekl. (Anweisungsempfängerin) auf ein Konto bei der D-Bank zu zahlen. Mit dem Vollzug dieser Anweisung wollte die Kl. ihre im Deckungsverhältnis fällige Verbindlichkeit aus dem Rechtsschutzversicherungsvertrag gegenüber der W-GmbH erfüllen. Diese wollte durch den Vollzug der der Kl. erteilten Weisung ihre im Valutaverhältnis fällige Verbindlichkeit aus dem Rechtsbesorgungsvertrag gegenüber der Bekl. tilgen. Die Parteien des Rechtsstreits stehen zueinander nur im Vollzugsver-

hältnis und haben miteinander keine bereicherungsrechtlich relevante Leistungsbeziehung.

c. Ausnahmen vom Bereicherungsausgleich in Anweisungsfällen

Dennoch hat das LG im Streitfall zu Unrecht den von der Kl. begehrten Bereicherungsausgleich abgelehnt. Es hat nämlich nicht hinreichend beachtet, dass der beschriebene Grundsatz zum Bereicherungsausgleich in Anweisungsfällen gewichtige Ausnahmen kennt.

aa. Durchgriff bei Störung des Leistungsvollzugs selbst

Der Bereicherungsausgleich findet ausnahmsweise außerhalb der genannten Leistungsbeziehungen (mangels Leistungsbeziehung als Nichtleistungskondiktion) im Vollzugsverhältnis statt, wenn keine Mängel im Deckungs- oder Valutaverhältnis bestehen, sondern der Leistungsvollzug selbst gestört ist. Das ist vor allem dann der Fall, wenn von vornherein keine oder keine wirksame Anweisung des Valuta-Schuldners vorliegt (vgl. z.B. BGHZ 111, 382 = NJW 1990, 3194 [3195]; NJW 2003, 582), wenn die (wirksam) erteilte Anweisung vor ihrem Vollzug entfällt und der Anweisungsempfänger deren Fehlen entweder kennt oder sich dieser Erkenntnis willkürlich verschließt (vgl. z.B. BGHZ 66, 362 = NJW 1976, 1448 [1449]) oder wenn der Angewiesene die (zutreffende) Anweisung des Anweisenden für den Anweisungsempfänger erkennbar falsch ausführt (vgl. BGHZ 66, 372 = NJW 1976, 1449 [1450]; NJW 1987, 185 [186f.]; vgl. auch BGH, NJW 1987, 1825 [1826] unter 2 und NJW 2006, 503 [504] unter II 1). In allen diesen Fällen kann die Leistungsverchiebung dem „Anweisenden“ aus der maßgeblichen Sicht des Anweisungsempfängers rechtlich nicht zugerechnet werden (vgl. BGHZ 88, 232 [236] = NJW 1984, 483), so dass der „Angewiesene“ den Ausgleich im Wege der Direktkondiktion (auch Bereicherungsdurchgriff genannt) beim Anweisungsempfänger suchen muss (vgl. dazu die Überblicke bei Palandt/Sprau, BGB, 67. Aufl., § 812 Rdnr. 52; Staudinger/Lorenz, BGB, 2007, § 812 Rdnr. 51; Lieb, in: MünchKomm, 4. Aufl., § 812 Rdnr. 61f. jeweils m.w. Nachw.). Der so genannte Sichthorizont des Zahlungsempfängers vermag die fehlende Tilgungs- und Zweckbestimmung des - vermeintlich - Anweisenden auch dann nicht zu ersetzen, wenn dieser den gezahlten Betrag dem Zuwendungsempfänger tatsächlich in vollem Umfang schuldete. Außerdem wird der auf eine wirksame Anweisung und Tilgungsbestimmung vertrauende Zahlungsempfänger durch die in § 818 III BGB normierten Regeln über den Wegfall der Bereicherung vor den rechtlichen Folgen einer Direktkondiktion des Angewiesenen im Allgemeinen hinreichend geschützt (BGHZ 147, 145 [151] m.w. Nachw.; vgl. auch Senat, Beschl. v. 25. 9. 2007 - 24 U 24/07).

bb. Keine vorrangige Leistung wegen erkennbar falscher Ausführung der Leistung

Der Streitfall gehört in die Kategorie der für den Anweisungsempfänger erkennbar falschen Ausführung einer zutreffend erteilten Anweisung (vgl. auch BGH, NJW 1987, 1825 [1826] zu dem nicht der Direktkonktion unterliegenden umgekehrten Fall richtiger Ausführung einer irrtümlich falschen Anweisung, die nicht zu einem Fehler im Vollzugs-, sondern im Valutaverhältnis führt). Die W-GmbH hatte die Kl. angewiesen, die Versicherungsleistung auf das Konto der Bekl. bei der D-Bank zu überweisen. Stattdessen hat sie den Betrag auf das Konto der Bekl. bei der Streithelferin überwiesen. Das war für die Bekl. auch erkennbar falsch, denn sie selbst hatte namens der W-GmbH die anderslautende Kontoanweisung erteilt. Die Falschüberweisung führte dazu, dass weder im Deckungsverhältnis die Rechtsschutzverbindlichkeit der Kl. gegenüber der Versicherungsnehmerin erfüllt wurde (weshalb schon aus diesem Grund erst mit der Zweitüberweisung deren Deckungsanspruch gem. § 362 I BGB getilgt wurde) noch (was auch das LG so sieht) im Valutaverhältnis die Honorarverbindlichkeit der Versicherungsnehmerin gegenüber der Bekl. (vgl. BGHZ 98, 24 [29] = NJW 1986, 2428 [2429]; BGH, NJW-RR 2004, 1281 unter II 2). Es liegt dann aber auf der Hand, dass der hier umstrittene Zahlungsbetrag aus dem Vermögen der Kl. stammt und mangels Tilgungswirkung der Falschüberweisung (nur) sie als entreichert zu betrachten ist. Denn die beiden Leistungsverhältnisse blieben von dem falschen Zahlungsvollzug unberührt, so dass der Bereicherungsausgleich im Vollzugsverhältnis stattfinden muss.

2. Bereicherung auf Kosten der Bekl. liegt vor

Die Bekl. ist auch um 12384,28 Euro auf Kosten der Kl. bereichert. Insbesondere ist die Ansicht der Bekl. von Rechtsirrtum beeinflusst, nicht sie, sondern das Vermögen der Streithelferin sei um diesen Betrag unmittelbar vermehrt worden.

a. Befugnis zur Verbuchung

Die Bekl. verkennt, dass die bloße Buchung des Überweisungsbetrags auf ihrem gekündigten Girokonto das Vermögen der Streithelferin unberührt lässt. Die Ansicht der Bekl., die Streithelferin sei zu einer solchen Buchung nicht (mehr) berechtigt gewesen, ist unzutreffend.

aa. Befugnis zur Verbuchung des Überweisungsauftrags trotz gekündigtem Girovertrag liegt vor

Die Befugnis zur Verbuchung des Überweisungsbetrags folgt aus einer nachwirkenden Berechtigung der Streithelferin aus dem gekündigten Girovertrag (vgl. BGH, NJW 2007, 914 [915]). Denn die Streithelferin ist infolge dieser rechtlichen Nachwirkung gem. §§

675, 667, 676f. BGB gegenüber dem Kunden zwar nicht mehr verpflichtet, bargeldlose Transaktionen zu Lasten des gekündigten Kontos durchzuführen (vgl. Palandt/Sprau, §§ 676f. Rdnr. 5 a.E. m.w. Nachw.), sie ist aber unverändert berechtigt, eingehende Zahlungen für den Kunden entgegenzunehmen, und zwar auch gegen dessen Widerspruch (vgl. BGHZ 128, 135 = NJW 1995, 520). Das ergibt sich aus § 667 BGB, wonach der Auftragnehmer auch nach der Beendigung des Auftrags verpflichtet ist, alles was er aus dem Auftrag erlangt hat und noch erlangt, herauszugeben. Daraus folgt, dass Zahlungseingänge, die auf das gekündigte Girokonto bezogen sind, nicht in das Vermögen des Kreditinstituts, sondern in das des Kontoinhabers fließen, der gegen die Bank einen Anspruch auf Herausgabe hat. Diese bleibt wie beim ungekündigten Girokonto bloße Zahlstelle des Kunden (BGHZ 128, 135 = NJW 1995, 520). Der Senat muss nicht entscheiden, wie lange nach Kündigung des Girokontos die Nachwirkungsdauer zu bestimmen ist. Der hier vergangene Zeitraum zwischen Kündigung (9. 6. 2004) und Zahlungseingang (18. 11. 2005) ist jedenfalls so kurz, dass an der Fortdauer der Nachwirkung kein vernünftiger Zweifel herrschen kann (vgl. BGH, NJW 2007, 915 [917]), zumal die von der Streithelferin vorgelegte Kontenentwicklung per 29. 11. 2005 ausweist, dass (neben der fehlgeleiteten Überweisung der Kl.) seit der Kündigung zahllose weitere Zahlungseingänge zu verzeichnen gewesen sind.

bb. Streithelferin fungiert nach außen als Zahlstelle für die Bekl.

Allerdings setzt die unveränderte Stellung der Streithelferin als bloße Zahlstelle der Bekl. voraus, dass sie durch einen nach außen in Erscheinung tretenden Organisationsakt deutlich macht, dass sie in dieser Funktion handelt. Der diesbezügliche Wille der Streithelferin ist spätestens durch ihr Schreiben vom 23.12.2005 zum Ausdruck gekommen, in welchem sie der Kl. mitgeteilt hatte, dass sie den Überweisungsbetrag zu Gunsten der Bekl. gebucht und mit dem bei ihr bestehenden Schuldsaldo verrechnet habe. Dem steht nicht entgegen, dass die Bekl. mit der Buchung nicht einverstanden gewesen ist. Auf ihren entgegenstehenden Willen kommt es im Rahmen des § 667 BGB nicht an, weil die Entgegennahme von für die Bekl. bestimmten Zahlungen ein Realakt ist, der sich unabhängig vom Willen des Zahlungsempfängers vollzieht, nämlich jedes Mal, wenn trotz der Kündigung noch auf das Girokonto bezogene Zahlungseingänge stattfinden.

cc. Kein anderes Ergebnis wegen der Erklärung der Streithelferin vom 17.08.2004

Ohne Erfolg macht die Bekl. geltend, einer berechtigten Buchung der Überweisung stehe die Erklärung der

Streithelferin im Schreiben vom 17.08.2004 entgegen. Die Bekl. legt die umstrittene Erklärung falsch aus.

(1) Kein Erlassvertrag gem. §§ 397, 151 BGB wegen des falschen Erklärungsempfängers

Der Senat folgt schon nicht der Auffassung der Bekl., es handele sich hier um eine die Streithelferin bindende rechtsgeschäftliche Willenserklärung etwa in Gestalt eines Erlassvertrags gem. §§ 397, 151 BGB (Buchungs- und dann auch Aufrechnungsverzicht). Das scheidet, worauf die Kl. und ihre Streithelferin zu Recht hinweisen, bereits daran, dass die in Rede stehende Erklärung nicht an die Bekl. als Kontoinhaberin, sondern (ausdrücklich) nur an deren Geschäftsführer (zu Händen dessen Prozessbevollmächtigten) als Bürge der Kreditverbindlichkeit gerichtet ist. Das und die Tatsache, dass an die Annahme eines Rechtsverzichts hohe Anforderungen zu stellen sind (vgl. BGH, NJW 2006, 1511 [1512] m.w. Nachw.), spricht bei dem hier verbleibenden Zweifel dafür, dass die Streithelferin nicht auf Rechte verzichtet, sondern nur Absichten kundtun wollte.

(2) Keine Bindungswirkung der Erklärung mangels Bedingungseintritt gem. § 158 I BGB

Doch selbst dann, wenn man in der Mitteilung vom 17.08.2004 das Angebot eines Erlassvertrags an die (nicht angesprochene) Bekl. erblicken wollte, wäre die Streithelferin an sie nicht (mehr) gebunden. Die Mitteilung stand nämlich im Zusammenhang mit den damals geführten Vergleichsverhandlungen mit den Gesellschafterbürgen. Ziel der Verhandlungen war es, den Schuldsaldo durch zu vereinbarende feste Ratenzahlungen aller damaligen Gesellschafterbürgen zurückzuführen. Im Gegenzug wollte die Streithelferin dann eingehende Zahlungen Dritter (Schuldner der Bekl.) nicht zusätzlich auf den Schuldsaldo verrechnen, sondern „zurückgeben“. Da insgesamt drei Gesellschafterbürgen dem Vergleich nicht zugestimmt bzw. die darin übernommenen Verpflichtungen nicht eingehalten hatten, war mangels Bedingungseintritts (§ 158 I BGB) eine Bindung der Streithelferin an die in Rede stehende Erklärung nicht mehr gegeben.

dd. Etwaige Wirksamkeit der Aufrechnung der Streithelferin ist ohne Belang

Ohne Bedeutung für die Entscheidung des vorliegenden Rechtsstreits ist der Streit um die Frage nach der Wirksamkeit der von der Streithelferin erklärten Aufrechnung. War die Aufrechnung gegen den Herausgabeanspruch der Bekl. aus § 667 BGB mit der titulierten Forderung rechtens (vgl. dazu die Erwägungen oben im vorstehenden Absatz), stellt sich hier nur die Frage nach dem Wegfall der Bereicherung (vgl. dazu die nachstehenden Erwägungen sub Nr. 4). War sie nicht wirksam, muss die Streithelferin die Belastungs-

buchung auf dem Schuldkonto zurücknehmen und der Bekl. steht unverändert der Herausgabeanspruch aus § 667 BGB zu, so dass die Bereicherung in ihrer ursprünglichen Gestalt noch vorhanden wäre.

3. Kein Rechtsgrund für die Bereicherung ersichtlich
Die Bereicherung der Bekl. erfolgte auch ohne Rechtsgrund. Die Kl. schuldete der Bekl. kein Honorar, sondern (nur) der W-GmbH eine Versicherungsleistung. Spätestens seit der weisungsgemäßen Zweitüberweisung ist ein denkbarer Rechtsgrund für die weisungswidrige Erstüberweisung weggefallen.

4. Einwand der Entreicherung gem. § 818 III BGB greift nicht

Die einmal eingetretene Bereicherung der Bekl., der im Fall der Nichtleistungskondition der Einwand der Entreicherung gem. § 818 III BGB erhalten bleibt (BGHZ 152, 307 [312] = NJW 2003, 582; NJW 2004, 1315), ist in feststellbarer Weise auch dann nicht wieder entfallen, wenn die von der Streithelferin erklärte Aufrechnung mit der titulierten Forderung zum Erlöschen des Herausgabeanspruchs der Bekl. aus § 667 BGB geführt haben sollte.

a. Anforderungen an den Einwand der Entreicherung

Ein Wegfall der Bereicherung tritt nach ganz herrschender Meinung unter anderem dann ein, wenn sich der Bereicherungsschuldner gegenüber dem Herausgabeverlangen des Bereicherungsgläubigers bzw. gegenüber dessen Wertersatzanspruch gem. § 818 II BGB darauf berufen kann, im Zusammenhang mit der rechtsgrundlosen Bereicherung seien seinem Vermögen Nachteile entstanden, die im Ergebnis zu Lasten des Gläubigers gehen müssten (vgl. nur Lieb, in: MünchKomm, 4. Aufl., § 818 Rdnr. 69 m.w. Nachw.). Zu berücksichtigen ist zudem, dass der Begriff des „Wegfalls der Bereicherung“ rein wirtschaftlich zu verstehen ist (Palandt/Sprau, § 818 Rdnrn. 28 u. 29).

b. Keine Entreicherung der Bekl. wegen Befreiung von einer Darlehensverbindlichkeit

Nach Maßgabe dieser Grundsätze kann von einer Entreicherung der Bekl. nicht die Rede sein. Die Bekl. ist nämlich im Verhältnis zur Streithelferin von einer sie treffenden Darlehensverbindlichkeit befreit worden mit der Folge, dass sich der Schuldsaldo um den Überweisungsbetrag (12384,28 Euro) dauerhaft vermindert hatte. Dieser Vorteil befindet sich auch gegenwärtig noch in ihrem Vermögen. Ferner ist auch keine abweichende Beurteilung zum Wegfall der Bereicherung aus Gründen der gesetzlichen Risikoverteilung (vgl. hierzu Palandt/Sprau, § 818 Rdnr. 30 a.E.) angezeigt, denn der von der Kl. versehentlich zugewandte Betrag erreichte der Bekl. (wenn auch gegen ihren Willen) durch die Saldoerringerung dauerhaft zum eigenen

Vorteil.

II. Hilfsaufrechnung geht mangels Aufrechnungslage gem. § 387 BGB fehl

Die nach Grund und Höhe berechnete Klageforderung ist auch nicht teilweise durch die von der Bekl. erklärte Hilfsaufrechnung erloschen. Die zur Aufrechnung gestellte Gegenforderung besteht nicht, weshalb die Aufrechnungserklärung ins Leere geht.

1. Abtretungsverbot gem. § 399 2. Fall BGB greift nicht wegen § 354 a S. 1 HGB

Ohne Erfolg beruft sich die Kl. allerdings auf das vertraglich vereinbarte Abtretungsverbot (§ 399 BGB, § 17 VII ARB 2000). Zu Recht weist die Bekl. darauf hin, dass dieses Verbot gem. § 354a S. 1 HGB unwirksam ist. Mit dieser Bestimmung, die nicht zur Disposition der Vertragsparteien steht (§ 354a S. 3 HGB), will der Gesetzgeber den Handelsverkehr mit Geldforderungen erleichtern, weshalb er auf Geldforderungen bezogene, so genannte handelsgeschäftliche Abtretungsverbote für unwirksam erklärt.

Der Versicherungsvertrag, aus dem die der Versicherungsnehmerin erwachsene Geldforderung (Deckungsanspruch) erwachsen ist, ist für beide Seiten, die kraft Eintragung Kaufleute sind (§ 5 HGB), Handelsgeschäft. Das setzt nicht voraus, wie die Kl. zu meinen scheint, dass der Abschluss von Versicherungsverträgen (auch) Gegenstand des von der Versicherungsnehmerin betriebenen Handelsgeschäfts sein müsste. Gemeint ist damit vielmehr nur, dass der Abschluss des Versicherungsvertrags (auch) dem Betrieb des Handelsgeschäfts dient. Das ist der Fall, wenn es um die versicherungsrechtliche Absicherung betrieblicher Risiken geht (vgl. nur Ebenroth/Boujong/Joost, HGB, 2001, § 354a Rdnr. 9; OLG Hamm, NJW-RR 1998, 1248). So liegt der Fall hier, so dass es eines Rückgriffs auf § 344 HGB, wonach die von einem Kaufmann getätigten Rechtsgeschäfte im Zweifel als zum Betriebe seines Handelsgewerbes gehörig gelten, nicht mehr bedarf. Dass private Risiken des Geschäftsführers der Versicherungsnehmerin (künftig: Geschäftsführer oder Mitversicherter) mitversichert worden sind, ändert an der Beurteilung nichts. Dadurch verliert der in Rede stehende Vertrag nicht seinen handelsgeschäftlichen Charakter, zumal der vereinbarte Versicherungsschutz mit einer einheitlichen Prämie erkaufte ist.

2. Gegenforderung liegt nicht vor

Die zur Aufrechnung gestellte Restforderung (2085,68 Euro) aus dem dem Grunde nach nicht umstrittenen Deckungsanspruch „Grundstückangelegenheit“ besteht nicht. Die Kl. hat den Deckungsanspruch zu Recht in Höhe des hier umstrittenen Restbetrags nicht erfüllt. Der Versicherungsnehmerin ist im Valutaver-

hältnis nur jeweils eine 7,5/10 Geschäfts- und Besprechungsgebühr (§§ 118 I Nr. 1, 2, 12 I S. 1 BRAGO) erwachsen. Die ihr von der Bekl. in der Honorarnote vom 21.10.2005 berechneten Höchstgebühren (je 10/10) sind unangemessen.

a. Angemessenheit der Geschäfts- und Besprechungsgebühr

Der Senat hat die Frage nach der Angemessenheit der beanspruchten Geschäfts- und Besprechungsgebühr (§ 118 I Nrn. 1 und 2 BRAGO) allein zu beurteilen, ohne dass zuvor ein Gutachten des Vorstands der zuständigen Rechtsanwaltskammer einzuholen wäre. § 12 II 1 BRAGO (jetzt § 14 II 1 RVG), der die Einholung eines Gutachtens im „Rechtsstreit“ gebietet, ist hier nicht anwendbar.

aa. Anforderungen an die Geschäfts- oder Besprechungsgebühr gem. § 12 II 1 BRAGO

Unter „Rechtsstreit“ i.S. des § 12 II 1 BRAGO ist nicht jede beliebige gerichtliche Auseinandersetzung gemeint, in der Gebührenansprüche des Rechtsanwalts eine Rolle spielen, sondern, wie schon der Stellung der Vorschrift in der Gebührenordnung zu entnehmen ist, ausschließlich der Rechtsstreit, in dem der Gebührenanspruch des Rechtsanwalts prozessualer Streitgegenstand ist. Das ist regelmäßig nur der Rechtsstreit zwischen dem Anwalt und seinem Gebührenschuldner, also dem Auftraggeber der anwaltlichen Rechtsbesorgung. Erfasst sind neben dem Honorarprozess des Rechtsanwalts (oder seines Rechtsnachfolgers) gegen den Auftraggeber (oder seinen Rechtsnachfolger) auch der vom Auftraggeber gegen den Rechtsanwalt geführte Prozess wegen einer Honorarrückforderung, aber auch die Prozessaufrechnung mit anwaltlichen Honorarforderungen im Regressprozess des Mandanten gegen seinen Rechtsanwalt.

Keine Anwendung findet dagegen § 12 II 1 BRAGO, wenn ein Dritter kraft Gesetzes oder Vertrags zur Übernahme der dem Auftraggeber erwachsenen Anwaltskosten verpflichtet ist, insbesondere also nicht im Deckungsprozess des Auftraggebers gegen den Rechtsschutzversicherer (vgl. AG Dieburg, ZfS 1999, 32 = KostRspr BRAGO, § 12 Nr. 49; AG Düsseldorf, AGS 2004, 191 m. zust. Anm. N. Schneider; AG Saarbrücken, DAR 2006, 176 m. zust. Anm. Fabian; BVerwG, NJW 2006, 247 [248] sub lit. b; Hansens, BRAGO, 8. Aufl., § 12 Rdnr. 19; ders., ZAP Fach 24, 499; Hartmann, KostG, 37. Aufl., § 14 RVG Rdnr. 28; Gebauer/N. Schneider, RVG, 2. Aufl., § 14 Rdnr. 98; Gerold/Schmidt/v. Eicken/Madert/Müller-Rabe, RVG, 16. Aufl., § 14 Rdnr. 120; Hartung/Römermann/Schons, RVG, 2. Aufl., § 14 Rdnr. 96; N. Schneider, MDR 2002, 1295; ders., NJW 2004, 193 [194]; ders., ZfS 2004, 395 [397]). Prozessualer Streitgegenstand ist hier nicht die Honorarforderung

des Rechtsanwalts, sondern die schadensersatzrechtliche oder vertragliche Verpflichtung des Dritten im Rechtsverhältnis zum Auftraggeber; der Honoraranspruch des Rechtsanwalts gegen den Auftraggeber ist nur eine rechtliche Vorfrage für die Höhe des streitigen Deckungs- oder Schadensersatzanspruchs.

bb. Kein Gebührengutachten einzuholen

Im vorliegenden Verfahren ist der Honoraranspruch des Bekl. nur rechtliche Vorfrage; er ist weder Streitgegenstand der Klageforderung noch der Hilfsaufrechnung, so dass ein Gebührengutachten nicht einzuholen ist.

(1) Rückforderungsanspruch aus dem Versicherungsvertrag

Streitgegenstand hier ist, wie sich aus den Erwägungen oben (sub II 1) zwanglos ergibt, die Leistung der Kl., die der Erfüllung des Deckungsanspruchs der Versicherungsnehmerin dienen sollte, die aber wegen eines bloßen Versehens der Kl. der bekl. Rechtsanwaltsgesellschaft ohne Rechtsgrund zugeflossen ist. Der Bekl. hatte gegenüber der Kl. mangels eines bestehenden Rechtsverhältnisses keinen Honoraranspruch. Die Rückforderung der Fehlleistung aus

dem eigenem Recht der Kl. teilt das rechtliche Schicksal der (beabsichtigten) Leistung, ist also ein Rückforderungsanspruch aus dem Versicherungsvertrag.

(2) Gegenstand der Abtretung ist der vermeintlich nicht erfüllte Anspruch aus dem Versicherungsvertrag
An dieser Beurteilung ändert auch nichts die von der Bekl. erklärte Hilfsaufrechnung, die sie auf ihre abgetretenen Rechte ihrer Mandantin stützt. Die W-GmbH hat der Bekl. nicht etwa einen anwaltlichen Honorar(rückzahlungs)anspruch, sondern nur den (angeblich) nicht voll erfüllten Deckungsanspruch aus dem Versicherungsvertrag mit der Kl. abgetreten. Nur dieser ist Gegenstand der Hilfsaufrechnung und gebietet nicht die Einholung des Gebührengutachtens.

b. Ansatz der Höchstgebühren ist unangemessen

Die Unangemessenheit der der Versicherungsnehmerin berechneten Höchstgebühren folgt daraus, dass die von der Bekl. bearbeitete „Grundstücksangelegenheit“ nach den maßgeblichen Kriterien insgesamt gesehen allenfalls durchschnittlichen Charakter hatte, so dass die Bekl. im Rechtsbesorgungsverhältnis zu W-GmbH auch nur die Mittelgebühren (7.5/10) verdient hat (wird ausgeführt).

Standort: Familienrecht

Problem: Ausgleich nach Beendigung der Ehe

OLG BRANDENBURG, URTEIL VOM 05.08.2009
3 U 110/08 (BECKRS 2009 23346)

Problemdarstellung:

Der Kl. begehrt von den Bekl., seinen ehemaligen Schwiegereltern, Ersatz für an deren Grundeigentum ausgeführte werterhöhende Tätigkeiten. Der Kl. und die Tochter der Bekl. waren verheiratet und bewohnten zunächst Teile des ehemaligen Elternhauses der Tochter. Zwischen 1998 und 2004 ließen der Kl. und seine damalige Ehefrau verschiedene Ausbaumaßnahmen durchführen, so dass im Ergebnis eine ca. 220 qm große Wohnung entstand. Diese Wohnung bewohnt die Tochter der Bekl. mitsamt der im Jahr 2002 geborenen Enkelin nach wie vor. Der Kl. ist im Jahr 2006 ausgezogen.

Das Landgericht gab der Klage statt. Dem tritt das Oberlandesgericht in der Berufung entgegen. Die Berufung hat Erfolg.

Prüfungsrelevanz:

In dieser Entscheidung hatte sich der erkennende Senat mit einem klassischen Problem zu beschäftigen. Nach Beendigung der Ehe stellte sich die Frage, inwieweit der Kl. als ehemaliger Schwiegersohn der Bekl. Ausgleichsansprüche wegen werterhöhender

Verrichtungen an deren Immobilie hat.

Das Landgericht hatte dementsprechende Ersatzansprüche auf das Bereicherungsrecht gem. § 812 I 2 Alt. 2 BGB gegründet. Es sei zwischen den Parteien eine konkludente Zweckvereinbarung dahingehend geschlossen worden, dass eine Familienwohnung für den Kl., seine damalige Ehefrau und deren gemeinsamer Tochter geschaffen werden solle. Damit habe den Tätigkeiten die gemeinsame Vorstellung vom Fortbestand der Ehe zugrunde gelegen. Unabhängig von den genauen Gründen der Trennung sei dieser Zweck bei Scheitern der Ehe entfallen, so dass die Bekl. an den Kl. Wertersatz in Höhe der eingetretenen Bereicherung zu leisten hätten.

Dem stimmte der Senat aus nachvollziehbaren Erwägungen nicht zu. Ein Anspruch auf Ausgleich der durch den Umbau aus dem Jahr 2004 Wertsteigerungen der Immobilie war nicht gegeben. Ein vertraglicher Anspruch scheiterte deshalb, weil sich das Vertragsverhältnis der Beteiligten, welches mit dem Einzug des Kl. im Jahr 1998 begründet worden war, darauf beschränkte, dass der Kl. und seine Ehefrau die Immobilie i.R.d. vorhandenen Räume nutzen konnte; es handelte sich um eine familiär motivierte Gebrauchsüberlassung, die wohl als Leihe gem. § 598 BGB ausgestaltet war (vgl. z.B. BGH, NJW 1985, 313 ff.). Weitergehende Regelungen, insbesondere künfti-

ge Ausbaurbeiten betreffend, waren nicht getroffen worden. Ein Anspruch aus Geschäftsführung ohne Auftrag gem. §§ 677 ff. BGB schied gleichfalls aus, da es bereits am Vorliegen des Fremdgeschäftsführungswillens mangelte. Umfangreiche Bauarbeiten in ein fremdes Haus können nach der Rechtsauffassung des erkennenden Gerichts zwar im Einzelfall als auch fremdes Geschäft eingeordnet werden, bei dem das Vorliegen eines Fremdgeschäftsführungswillens vermutet wird, jedoch beurteilte der erkennende Senat in diesem Fall die Geschäftsbesorgung als Eigengeschäft. Im Ergebnis stellte der Senat klar, dass auch bei Bejahung des Fremdgeschäftsführungswillens kein anderes Ergebnis vorgelegen hätte, weil § 685 I BGB dem entgegen gestanden hätte. Der Kl. hatte zur Zeit der Vornahme der Geschäftsbesorgung noch keine Absicht, Ersatz zu verlangen. Schließlich schieden jedenfalls derzeit Ersatzansprüche aus Bereicherungsrecht aus. § 812 I 1 Alt. 1, § 812 I 2 Alt. 1 BGB und § 951 I 1 BGB i.V.m. § 812 I 1 Alt. 2 BGB scheiterten am Vorliegen eines Rechtsgrundes in Form des Leihvertrages. Dieser bestand auch nach Auszug des Kl. noch fort und war nicht nachträglich entfallen. Der Leihvertrag ist ein einheitliches Rechtsverhältnis, welches vom einseitigen Auszug des Kl. nicht berührt wird, da es nicht teilbar ist. Das nachträgliche Entfallen des Rechtsgrundes hätte dann angenommen werden können, wenn kein Familienmitglied die Räumlichkeiten mehr bewohnt. Dies war hier nicht der Fall, da die ehemalige Ehefrau des Kl. nebst deren Tochter die Räumlichkeiten bewohnt. Sollten diese die Räume ebenfalls verlassen, dann erst kann ein Anspruch auf Wertersatz einschlägig sein. Auch eine Lösung über die Zweckverfehlung gem. § 812 I 2 Alt. 2 BGB schied aus. Eine dazu erforderliche Zweckabrede lag nicht vor. Das Landgericht hatte angenommen, die Zweckabrede sei darin begründet, dass ausgehend von dem Umstand, dass die Parteien eine zur dauerhaften Nutzung durch die Familie des Kl. geeignete Wohnung schaffen wollten, und daher die gemeinsame Vorstellung vom Fortbestand der Ehe geherrscht habe. Dies erachtete der Senat zu Recht als nicht ausreichend. Für die Zurückforderung einer Leistung wegen Zweckverfehlung reicht es nicht, dass gemeinsame Vorstellungen sich nicht erfüllt haben. Vielmehr müssen beide beteiligten Seiten zum Ausdruck gebracht haben, den Bestand der Vermögensverschiebung von der Erreichung eines übereinstimmend in Aussicht genommenen Zwecks abhängig machen zu wollen. Daran fehlte es hier. Der Fortbestand der Ehe ist hier kein tauglicher Zweck, weil deren Entwicklung nicht in einem Abhängigkeitsverhältnis zur Wohnsituation steht. Dazu hätte die entsprechende Zweckabrede zwischen dem Kl. und den Bekl. getroffen werden müssen, was nicht geschehen ist. Schließlich

scheiterte auch ein Anspruch auf Störung der Geschäftsgrundlage gem. § 313 BGB, weil bereits fraglich war, inwieweit die Parteien Spannungen in der Ehe gem. § 313 II BGB überhaupt bedacht hatten und diese daher die Grundlage hätten bilden können.

Hinsichtlich der bereits im Jahr 1998 durchgeführten Tätigkeiten gilt das obig Gesagte. Insbesondere scheidet ein Anspruch gem. § 812 I 2 Alt. 1 BGB aus, weil der Kl. die fraglichen Räumlichkeiten bis zum Jahr 2006 selbst genutzt hat, weshalb der Zweck des Ausbaus erreicht wurde.

Vertiefungshinweise:

❑ Zur nichtehelichen Lebensgemeinschaft: *BGH*, RA 2008, 574 (Aufgabe der Rechtsprechung); *BGH*, RA 2008, 120 = *NJW* 2008, 443; *Wever*, *FamRZ* 2003, 565; *Lipp*, *JuS* 1999, 847; *Wiebe*, *JuS* 1995, 227

❑ Zur Rückforderung von Zuwendungen: *BGH*, RA 2008, 574 (Aufgabe der Rechtsprechung bei nichtehelichen Lebenspartnern); *Schmidt*, *JuS* 2004, 249; *OLG Koblenz*, RA 2001, 537 = *NJW* 2001, 2480 (Rückforderung durch Schwiegereltern); *Diederichsen*, *NJW* 1983, 1017

❑ Zum Ausgleich bei Tod: *OLG Hamm*, RA 2002, 243 = *FamRZ* 2002, 159 (Tod eines Lebensgefährten); *BGH*, RA 1999, 612 = *NJW* 1999, 2962 (Tod eines Ehegatten)

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs*: "Das junge Glück"

Sachverhalt:

Der Kl. war mit der Tochter der Bekl. zu 1) und 2) verheiratet. Er nimmt die Bekl. nach dem Scheitern der Ehe auf Ausgleichszahlungen von insgesamt 123.800,00 € für werterhöhende Ausbaurbeiten am Wohnhaus der Bekl. in Anspruch.

Das Wohnhaus der Bekl. war in dem streitgegenständlichen Zeitraum seit 1998 an dem zur Straße gelegenen Ende im Erdgeschoss und Dachgeschoss teilweise ausgebaut und wurde zunächst von den Bekl. mit ihrer Tochter bewohnt. Nach der Entstehung persönlicher Beziehungen zwischen der Tochter und dem Kl. zogen beide 1998 in die bisher von den Bekl. genutzten Räume im Dachgeschoss des Hauses. In der Folgezeit kam es dort zu ersten Erweiterungs- und Umbauarbeiten, bei denen in dem bisher nicht ausgebauten Teil des Dachraums zwei weitere Zimmer entstanden, die seit 1999 ebenfalls der Kl. und die Tochter der Bekl. bewohnten. Nachdem beide 2001 geheiratet hatten und 2002 eine gemeinsame Tochter geboren worden war, begann 2004 ein zweiter Ausbau, bei dem der restliche noch unbewohnte Dachraum ausgebaut und mit den zuvor bereits bewohnten Teilen zu einer ca. 220 qm

großen Wohnung für die Familie des Kl. erweitert wurde.

Im August 2006 trennten sich die Eheleute und der Kl. zog am 15.08.2006 aus der Familienwohnung aus, die seither von der Tochter der Bekl. und der 2002 geborenen Tochter des Kl. bewohnt wird.

Der Kl. hat behauptet, über die 1998 zur Nutzung übernommenen Gebäudeteile sei ein Mietvertrag geschlossen worden. Die beiden 1998 durch seine Ausbauleistungen neu geschaffenen Räume hätten eine Wertsteigerung des Grundstücks von 11.100,00 € bewirkt. Um weitere 112.700,00 € hätten seine Ausbauarbeiten ab 2004 den Wert des Hauses der Bekl. erhöht.

Die Bekl. haben das anspruchsbegründende Vorbringen des Kl. bestritten, namentlich die Ausführung und den Umfang der behaupteten Leistungen und die Aktivlegitimation des Kl.. Sie haben ferner geltend gemacht, unter Berücksichtigung einer auf ihrem Grundstück lastenden Grundschuld zur Absicherung der Finanzierung für die Ausbauarbeiten sei eine Wertsteigerung des Grundstücks nicht eingetreten. Schließlich haben sie verschiedene Gegenforderungen hilfsweise zur Aufrechnung gestellt.

Mit dem angefochtenen Grund- und Vorbehaltsurteil, auf das der Senat wegen der weiteren Einzelheiten des erstinstanzlichen Sach- und Streitstandes verweist, hat das Landgericht die Klage dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt; zugleich hat es den Bekl. die Rechte aus den erklärten Aufrechnungen vorbehalten.

Das Landgericht hält den Anspruch des Kl. dem Grunde nach gemäß § 812 I 2 2. Alt. BGB (bereicherungsrechtliche Rückforderung wegen Zweckverfehlung) für begründet. Die dafür erforderliche Zweckvereinbarung sei stillschweigend zustande gekommen und darauf gerichtet gewesen, eine Familienwohnung für den Kl., seine Frau und deren beider Tochter zu schaffen. Den Arbeiten habe damit die gemeinsame Vorstellung vom Fortbestand der Ehe zugrunde gelegen. Unabhängig von den Gründen der Trennung des Ehepaars sei dieser Zweck mit dem Scheitern der Ehe entfallen, so dass die durch die Ausbauleistungen des Kl. eingetretene Bereicherung - zu deren Höhe es noch weiterer tatsächlicher Feststellungen bedürfe - an den Kl. herauszugeben sei.

Die Bekl. zu 1) und 2) machen mit ihren jeweils selbstständig gegen das Urteil eingelegten Berufungen in der Sache übereinstimmend geltend, über die Räume im Dachgeschoss sei mangels vereinbarter Mietzinsen kein Mietvertrag zustande gekommen. Eine von der Familie des Kl. monatlich geleistete Zahlung von 250,00 € sei vereinbarungsgemäß kein Nutzungsentgelt gewesen, sondern eine Pauschale für alle Verbrauchs- und sonstigen Betriebskosten. Die ab 2004 eingeleiteten Arbeiten seien vom Kl. und seiner Ehefrau gemeinsam durchgeführt und finanziert worden.

Der mit diesen Arbeiten verbundene Zweck, nämlich die mit der Geburt des gemeinsamen Kindes als erforderlich betrachtete Schaffung einer Familienwohnung, sei erreicht worden und bestehe angesichts der Wohnnutzung durch die Kindesmutter und die gemeinsame Tochter fort. Das fortgesetzte Nutzungsverhältnis sei als Leihe zu qualifizieren; insbesondere werde unverändert eine Pauschale für Heizung und Betriebskosten entrichtet, nicht aber ein Nutzungsentgelt.

Die Bekl. zu 1) und 2) beantragen jeweils gleichlaufend, die Klage unter Abänderung des Urteils des Landgerichts Potsdam vom 10.06.2008 abzuweisen. Der Kl. beantragt, die Berufungen zurückzuweisen.

Der Kl. verteidigt das angefochtene Urteil. Er ist der Ansicht, das Landgericht habe mit Recht die von letzterem zitierte Entscheidung des OLG Frankfurt am Main auf die vorliegende Konstellation übertragen. Zudem seien auch die Rechtsgedanken der neuesten Rechtsprechung des BGH zu unbenannten Zuwendungen unter Lebenspartnern entsprechend anzuwenden; der Kl. habe bei dem Ausbau erkennbar auch den Zweck verfolgt, an den entstehenden Räumlichkeiten dauerhaft zu partizipieren, was die Beklagten durch Entgegennahme der Leistungen gebilligt hätten. Dieser Zweck sei verfehlt worden.

Aus den Gründen:

Beide Bekl. haben jeweils selbständig die statthafte Berufung form- und fristgerecht eingelegt und begründet.

Die zulässigen Rechtsmittel haben auch in der Sache Erfolg, weil der in der angefochtenen Entscheidung dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärte Zahlungsanspruch des Kl. gegen die Bekl. zumindest derzeit nicht besteht.

1. Kein Anspruch des Kl. auf Ausgleichszahlungen wegen der Umbauten in 2004 ersichtlich

Dem Kl. steht zurzeit bereits dem Grunde nach kein Zahlungsanspruch gegen die Bekl. im Hinblick auf die 2004 begonnenen Umbauarbeiten zu. Unabhängig von dem Ausmaß der vom Kl. erbrachten Ausbauleistungen und von einer etwa durch diese Leistungen eingetretenen Wertsteigerung des Hausgrundstücks der Bekl. fehlt es für den mit der Klage verfolgten Ausgleichsanspruch des Kl. an einer Rechtsgrundlage. Zwischen den Parteien besteht weder ein vertragliches noch ein gesetzliches Schuldverhältnis, das die Bekl. zur Zahlung an den Kl. verpflichtet. Auch die Voraussetzungen einer gegenüber dem Kl. auszugleichenden ungerechtfertigten Bereicherung der Bekl. liegen derzeit nicht vor.

a. Keine vertraglichen Ansprüche ersichtlich

Ein vertraglicher Anspruch auf Zahlung steht dem Kl.

nicht zu.

Allerdings nutzte der Kl. mit seiner Familie im Jahr 2004 bei Beginn der Ausbauarbeiten des Dachraums zur künftigen Wohnung die ihnen bis dahin zur Verfügung stehenden Räume bereits auf der Grundlage eines Vertrages. Das vertragliche Nutzungsverhältnis war mit den Bekl. bereits 1998 begründet worden, als deren Tochter zusammen mit dem Kl. in das Dachgeschoss des Hauses einzog. Hatte auch die Tochter bis dahin im Haus der Bekl. gewohnt, ohne dass dafür ein eigenes Vertragsverhältnis erkennbar geworden wäre, so stellte bei Würdigung aller Umstände die Überlassung von Wohnräumen an beide Partner - Tochter und den Kl. - kein reines Gefälligkeitsverhältnis mehr dar. Den Bekl. und der entstehenden Familie des Kl. ging es einvernehmlich um die Schaffung stabiler und rechtssicherer Wohnverhältnisse. Die Tochter der Bekl. und der Kl. als ihr künftiger Ehemann sollten auf der Grundlage eines rechtlich bindenden Verhältnisses die Nutzung der Räume dauerhaft beanspruchen können.

Das dadurch mit den Bekl. begründete Vertragsverhältnis beschränkte sich aber auf Regelungen zur Nutzung der vorhandenen Räume. Es bestehen keine Anhaltspunkte für weitergehende Vereinbarungen zwischen dem Kl. und den Bekl., insbesondere nicht für solche Regelungen, die künftig bevorstehende Ausbauarbeiten betroffen hätten und mit denen etwa Fragen der Bezahlung oder des Wertausgleichs für solche Maßnahmen geklärt worden wären.

Unabhängig von der genauen Rechtsnatur des 1998 geschlossenen Vertrages beschränkte sich sein Inhalt auf die familiär motivierten Zwecke einer Gebrauchsüberlassung. Die Bekl. haben dann im Anschluss an diese Vereinbarung über die Überlassung des Dachbodens zu Wohnzwecken später auch die Ausbauarbeiten im Hinblick auf die familiäre Verbundenheit geduldet; Vergütungs- oder Ersatzansprüche waren in das so ausgestaltete vertragliche Nutzungsverhältnis aber nicht einbezogen.

b. Kein Anspruch aus Geschäftsführung ohne Auftrag

Dem Kl. steht wegen des vorgenommenen Ausbaus auch kein Zahlungsanspruch aus dem gesetzlichen Schuldverhältnis einer Geschäftsführung ohne Auftrag gemäß den §§ 677 ff. BGB zu. Nach diesen Regelungen kommt zwar grundsätzlich ein Ausgleich über entsprechende gesetzliche Verweisungen sowohl für Aufwendungsersatzansprüche in einem Mietverhältnis nach § 539 BGB als auch für Verwendungsersatzansprüche in einem (unentgeltlichen) Leihverhältnis gemäß § 601 BGB in Betracht; die Voraussetzungen eines Ersatzanspruchs nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag liegen aber nicht vor.

aa. Eigengeschäft des Kl.

Nicht anzunehmen ist insoweit bereits, dass der Kl. bei seinen Leistungen ein im Rechtssinne „fremdes Geschäft“ führen wollte, nämlich ein solches der Bekl.. Der erforderliche Fremdgeschäftsführungswille wäre zu vermuten, wenn es sich um ein Geschäft gehandelt hätte, dass zumindest als „auch fremd“ anzusehen war. Umfangreiche Bauarbeiten in einem fremden Haus können zwar im Einzelfall als ein - mindestens „auch“- fremdes Geschäft angesehen werden, nämlich als ein solches des Hauseigentümers; in der hier vorliegenden Konstellation erscheint dies aber zweifelhaft. Der Kl. gestaltete vorrangig eine ihm eingeräumte Nutzungsbefugnis zu seinem eigenen Vorteil aus, indem er Räumlichkeiten herstellte, die bei wirtschaftlicher Betrachtung „seine Wohnung“ waren bzw. werden sollten. Er unternahm einen Ausbau, den die Bekl. nicht verlangten, sondern (nur) duldeten, und auf dessen Ergebnis sie selbst angesichts des bereits begründeten Nutzungsverhältnisses in absehbarer Zeit keinen eigenen Zugriff erhalten sollten.

bb. Im Übrigen keine Geschäftsführung ohne Auftrag wegen § 685 I BGB

Selbst wenn aber gleichwohl von einem Fremdgeschäftsführungswillen des Kl. auszugehen wäre, steht seinem Ersatzanspruch jedenfalls die Regelung des § 685 BGB entgegen. Maßgeblicher Zeitpunkt für die danach erforderliche Absicht des Geschäftsführers, vom Geschäftsherrn Ersatz zu verlangen, ist der jeweilige Zeitpunkt der Vornahme des Geschäfts. Ein solcher Wille des Kl., die Bekl. auf Ersatz in Anspruch zu nehmen, ist aber im Zusammenhang mit den 2004 begonnenen Arbeiten nicht erkennbar geworden. Der Kl. und seine Ehefrau haben alle für den Ausbau benötigten Kreditmittel ohne die Bekl. aufgenommen. Sie wollten als Eheleute den Ausbau der künftigen Familienwohnung selbst finanzieren. Die Bekl. sollten sich unmittelbar im Innenverhältnis zum Kl. an den Kosten der Maßnahme nicht beteiligen; sie traten stattdessen nur gegenüber der Bank mit einer Grundschuld als Sicherungsgeber auf. Nachdem aber der Kl. und seine Ehefrau alleinige Nutznießer des Ausbaus werden sollten, haben alle Beteiligten außerhalb der Stellung einer dinglichen Sicherheit keinen Anlass gesehen, die Bekl. an dem wirtschaftlichen Aufwand der Arbeiten zu beteiligen. Für eine Absicht des Kl., die Bekl. auf Ersatz des wirtschaftlichen Wertes in Anspruch zu nehmen, fehlt damit im maßgeblichen Zeitpunkt bis 2006 jeder Anhaltspunkt.

Nach § 685 I BGB sind damit alle Ansprüche aus einer möglichen Geschäftsführung ohne Auftrag gesperrt. Außer den Verwendungsersatzansprüchen (§ 683 BGB) erfasst dies auch mögliche Bereicherungsansprüche über § 684 BGB (vgl. Palandt/Sprau, BGB,

68. Aufl., Rz. 1 zu § 685 BGB).

c. Keine Ansprüche aus Bereicherungsrecht

Entgegen der Annahme des Landgerichts sind im Verhältnis zwischen dem Kl. und den Bekl. derzeit auch nicht die Voraussetzungen einer ungerechtfertigten Bereicherung im Sinne der §§ 812 ff. BGB erfüllt.

aa. Rechtsgrund i.S.v. § 812 I 1 Alt. 1 BGB ist ein Leihvertrag gem. § 598 BGB

Den Ausbauarbeiten des Kl. lag die mit den Bekl. getroffene Abrede zugrunde, ihm und seiner Familie den Dachraum zunächst zum Ausbau und nach Schaffung einer Familienwohnung zur dauerhaften Wohnnutzung zu überlassen. Eine derartige Abrede zwischen den Eigentümern eines Hauses und deren Schwiegersohn kann als Leihe qualifiziert werden (BGH NJW 1985, 313 ff.; BGHZ 111, 125 ff.). Im Hinblick auf den nach dem Vertragsschluss erfolgenden Ausbau des zunächst noch ungenutzten Dachraums erfolgt dabei keine Festlegung eines Nutzungsentgelts. Die Einigung auf den Leihvertrag berücksichtigt stattdessen die erforderlich werdenden Investitionen des Entleiher; sie ist darauf gerichtet, dass eine Wohnnutzung erst nach der Vornahme von Arbeiten möglich wird, die der Entleiher selbst finanzieren soll, weshalb er dann nach der entsprechenden Veranlassung aber auch kein (weiteres) Entgelt für die - insoweit selbst geschaffene - Nutzungsmöglichkeit zahlen muss.

Das so gestaltete Leihverhältnis stellt damit die vertragliche Grundlage für die nachfolgenden Ausbauarbeiten dar. Die damit einhergehende Wertsteigerung des ausgebauten Hauses beruht dann auf einer Leistung, die in dem Leihvertrag ihren rechtlichen Grund hat; der entsprechende Vermögenszuwachs erfolgt also nicht ohne Rechtsgrund im Sinne des § 812 I 1 BGB. Dies gilt unabhängig davon, ob aus der Abrede zwischen Hauseigentümer und Leistendem eine Rechtspflicht zur Vornahme des Ausbaus resultiert oder ob nur eine allgemeine Gestattung und Duldung des Ausbaus vereinbart ist, bei der Zeitpunkt, Umfang und nähere Gestaltung der Arbeiten dem Entleiher überlassen bleiben. Entscheidend ist allein der Umstand, dass die Arbeiten - wenn sie denn erfolgen - gerade im Hinblick auf das vertragliche Leihverhältnis und die daraus abgeleitete Erwartung unternommen werden, mit der eigenen Familie die entstehenden Räume auf Dauer nutzen zu wollen und zu dürfen (BGH a. a. O.).

bb. Rechtsgrund ist nicht später entfallen i.S.v. § 812 I 2 Alt. 1 BGB durch Auszug des Kl.

Der danach im Zeitpunkt der Leistung bestehende rechtliche Grund ist auch nicht im Sinne des § 812 I 2, 1. Alt. BGB weggefallen. Der BGH (a. a. O.) hat zwar im Rechtsinne den Wegfall des ursprünglich bestehen-

den rechtlichen Grundes in einem Fall für möglich gehalten, in dem die ausgebauten Räume von keinem Mitglied der ursprünglich nutzenden Familie mehr bewohnt werden, und anschließend der Hauseigentümer in anderer Weise Nutzen aus dem nun vorhandenen Ausbau zieht. Ein solcher Ausgleich richtet sich allerdings nicht - wie hier vom Kl. geltend gemacht - nach einer Wertsteigerung des Grundstücks, sondern nach den Grundsätzen, die für den Ausgleich von Investitionsleistungen des Mieters bei vorzeitiger Beendigung eines langfristig geplanten Mietverhältnisses gelten. Unter diesen Gesichtspunkten kann aber dem Kl. bereits deshalb kein Anspruch gegen die Bekl. zustehen, weil es an einer vorzeitigen Beendigung des Nutzungsverhältnisses fehlt. Der von den Bekl. mit dem Kl. und seiner damaligen Frau geschlossene Vertrag ist ein einheitliches Rechtsverhältnis, das in seinem Fortbestand nicht teilbar ist. Der Kl. trägt auch selbst keinen rechtserheblichen Beendigungsgrund für das vertragliche Nutzungsverhältnis vor, sondern verweist allein auf seinen Auszug und die daraus sich ergebende tatsächliche Folge, dass ihm selbst derzeit weitere Nutzungen aus der ausgebauten Wohnung nicht (mehr) zugute kommen. Dies genügt aber für den Wegfall des rechtlichen Grundes nicht.

cc. Rechtsgrund ist nicht später entfallen i.S.v. § 812 I 2 Alt. 1 BGB da kein Fall der §§ 604 ff. BGB

Der Umstand, dass einer der Entleiher die Nutzung aufgibt und die Räume verlässt, ändert nichts am rechtlichen Fortbestand des Leihverhältnisses, dessen Beendigung sich ausschließlich nach den §§ 604 f. BGB richtet. Selbst wenn man ausnahmsweise ein Ausscheiden des Ehemanns aus dem fortgesetzten Nutzungsverhältnis zulassen wollte, um den Inhalt des Vertrages den dauerhaft zu erwartenden tatsächlichen Verhältnissen der getrennten Ehepartner anpassen zu können, würde dies keinen Wegfall des Rechtsgrundes bedeuten, solange das - als rechtlicher Grund insoweit unteilbare - Rechtsverhältnis mit der Ehefrau fortgesetzt wird (BGH a. a. O.). Diesen Grundsätzen folgen auch die obergerichtlichen Entscheidungen, in denen Bereicherungsansprüche eines Schwiegersohns gegen die Schwiegereltern im Einzelfall zuerkannt worden sind. Den Entscheidungen lagen stets Konstellationen zugrunde, in denen die Nutzung der ausgebauten Räume durch den Leistenden und seine Familie vollständig aufgegeben war und in denen der Hauseigentümer anderweitigen Nutzen aus dem Ausbau ziehen konnte (etwa durch einen ertragsreicheren Verkauf des Objektes; vgl. OLG Oldenburg NJW-RR 2008, 503 f.).

dd. Rechtsgrund ist derzeit (noch) nicht entfallen

Ein solcher Bereicherungsanspruch kommt also zwar grundsätzlich zugunsten des Kl. in Betracht; derzeit liegen die erforderlichen Voraussetzungen aber bereits

dem Grunde nach nicht vor, weil das Nutzungsverhältnis über die ausgebauten Räume mindestens insoweit fortbesteht, als die geschiedene Ehefrau des Kl. mit dem gemeinsamen Kind dort wohnt.

ee. Kein Fall des § 812 I 2 Alt. 2 BGB mangels Zweckabrede

Entgegen der Annahme des Landgerichts liegen schließlich auch die Voraussetzungen eines Bereicherungsanspruchs wegen „Zweckverfehlung“ (§ 812 I 2 2. Alt. BGB) nicht vor. Im Ausgangspunkt zutreffend geht dabei auch das Landgericht davon aus, dass als Grundlage eines solchen Anspruchs wegen Zweckverfehlung eine entsprechende Zweckvereinbarung der Beteiligten des Leistungsverhältnisses getroffen worden sein muss. Eine solche Zweckvereinbarung ist vorliegend aber nicht feststellbar. Das Landgericht nimmt an, ein derart vereinbarter Zweck der Leistung liege ausgehend von dem Umstand, dass die Beteiligten eine dauerhaft zur Nutzung durch die Familie des Kl. geeignete Wohnung schaffen wollten, deshalb vor, weil eine gemeinsame Vorstellung von dem Fortbestand der Ehe des Kl. geherrscht habe (LG U5). Dies genügt für das Vorliegen einer Zweckvereinbarung nicht.

(1) Anforderungen an die Zweckvereinbarung

Für die Zurückforderung einer Leistung wegen Zweckverfehlung ist es nicht ausreichend, dass gemeinsame Vorstellungen sich letztlich nicht erfüllt haben; stattdessen müssen beide an dem Leistungsverhältnis beteiligten Seiten zum Ausdruck gebracht haben, den Bestand der Vermögensverschiebung von der Erreichung eines übereinstimmend in Aussicht genommenen Zwecks abhängig machen zu wollen.

(2) Zweck der Schaffung gemeinsamen Wohnraums ist erreicht

Bei Anlegung dieses Maßstabes ist für die vom Landgericht herangezogenen Erwägungen zu unterscheiden: Der Zweck, eine für die Familie des Kl. geeignete Wohnung zu schaffen, ist offensichtlich vom Kl. und von den Bekl. erkannt, akzeptiert und verfolgt worden. Dieser Zweck wurde allerdings auch erreicht. Der Auszug des Leistenden aus der ausgebauten Wohnung ändert an dieser Zweckerreichung nichts. Selbst der Auszug aller Familienmitglieder würde keine Zweckverfehlung bedeuten, sondern - entsprechend den obigen Ausführungen - mit dem Ende des auf Dauer geplanten Nutzungsverhältnisses allenfalls einen Wegfall des Rechtsgrundes darstellen.

(3) Fortbestand der Ehe ist kein tauglicher Zweck im Rechtssinne

Demgegenüber erscheint der Fortbestand der Ehe des Kl. schon nicht als ein im Rechtssinne tauglicher

Zweck, auf den sich die Schaffung der Räumlichkeiten im Dachgeschoss richten und auswirken konnte. Eine Ehe kann sich aus unterschiedlichen Gründen mehr oder weniger harmonisch entwickeln und dementsprechend länger oder kürzer Bestand haben. Derartige Entwicklungen stehen insbesondere nicht in einem unmittelbaren Abhängigkeitsverhältnis zu einer bestimmten Wohnsituation. Dass die Eheleute bei Beginn der Ausbauarbeiten 2004 Zukunftsplanung für ihre Familie von dem weiteren Bestand ihrer Verbindung ausgegangen sind, lässt nicht darauf schließen, ein solcher Zusammenhang habe auch im Verhältnis zu den Schwiegereltern des Kl. als ein mit diesen vereinbarter Zweck im Raume gestanden. Eine Zweckvereinbarung der Parteien, die nicht erreicht worden wäre, liegt damit nicht vor.

d. Kein anderes Ergebnis aus der bisherigen Rechtsprechung ersichtlich

Ein anderes Ergebnis lässt sich auch nicht unter Hinweis auf die im angefochtenen Urteil und in der Berufungsbegründung angeführte Rechtsprechung begründen. Die in Bezug genommenen Entscheidungen betreffen jeweils in entscheidungserheblichen Punkten andere Konstellationen und sind auf den vorliegenden Fall nicht übertragbar.

Im Fall des OLG Frankfurt am Main (FamRZ 2005, 1833 f.) lag, verglichen mit dem Begehren des Kl., genau die umgekehrte Ausgangslage zugrunde, weil dort nämlich der Schwiegervater den Wert des im Alleineigentum seines Schwiegersohnes befindlichen Grundstücks durch entsprechende Arbeiten erhöht hatte. Das OLG Frankfurt am Main nahm an, der Zweck der Arbeiten des Schwiegervaters habe in der Begünstigung der eigenen Tochter gelegen. Dieser habe zwar nach der Vorstellung des Vaters kein im Wert erhöhtes Eigentum zuwachsen sollen, wohl aber die Möglichkeit zur dauerhaften Eigennutzung des vom Vater investierten Arbeitsergebnisses. Wenn vor einem solchen Hintergrund die Ehe scheitert, die Tochter des Leistenden auszieht und das im Wert erhöhte Alleineigentum dem Schwiegersohn verbleibt, zu dem der Leistende kein eigenes Näheverhältnis hat, mag eine Zweckverfehlung gegeben sein. Für die hier vorliegende umgekehrte Konstellation besagt dies aber nichts.

In seiner Entscheidung vom 04.04.1990 (BGHZ 111, 125 ff.) gelangt der BGH zwar im Ergebnis zum Bestehen eines Ausgleichsanspruchs des Schwiegersohnes, der aus der zuvor ausgebauten Wohnung ausgezogen ist; Grundlage dafür ist aber der dort nach Maßgabe des § 812 I 2 1. Alt. BGB festgestellte Wegfall des rechtlichen Grundes. Das nach dem Auszug des Bereicherungsgläubigers zunächst mit der Ehefrau fortgesetzte Leihverhältnis war später aufgehoben und durch ein neu vereinbartes Mietverhältnis ersetzt worden. Einen

vergleichbaren Umstand, als dessen Folge die ursprüngliche Grundlage der Nutzung entfallen ist und die Bekl. sich zwischenzeitlich den im Ausbau verkörperten wirtschaftlichen Wert tatsächlich zunutze machen, trägt der Kl. hier aber nicht vor.

Auch aus dem unter anderem in NJW 1989, 2745 ff. veröffentlichten Fall des BGH lässt sich entgegen der Meinung des Kl. für sein Begehren nichts herleiten. Die dort streitgegenständlichen Arbeiten waren nach den Feststellungen des Gerichts nicht allein im Hinblick auf eine Nutzung des Ausbaus als Familienwohnung erfolgt, sondern in der konkret begründeten Erwartung des Eigentumserwerbs im Wege der Erbschaft. Zerschlägt sich eine solche konkret begründete Aussicht, mag tatsächlich ein Zweck im Sinne des § 812 I 2, 2. Alt. BGB nicht erreicht worden sein. Ein derartiger Umstand fehlt aber vorliegend.

Die weitere Entscheidung des BGH - unter anderem veröffentlicht in NJW 2008, 3277 - betrifft schließlich nicht das Verhältnis von Schwiegereltern zu der Follegeneration, sondern unmittelbar das Verhältnis der Partner einer Lebensgemeinschaft. Hier gelten vollkommen andere Kriterien bereits deshalb, weil die Erwartungen der unmittelbar Beteiligten einer Partnerschaft zu deren Bestand und Fortdauer nicht mit den Motiven vergleichbar sind, die auf Seiten der Eltern eines Ehepartners für dessen Unterstützung maßgebend sind. Die Schwiegereltern wird bei ihren Dispositionen regelmäßig der Wunsch leiten, dem eigenen Kind in dessen Partnerschaft oder den Enkelkindern Gutes zu tun. Entgegen der nicht näher begründeten Auffassung des Kl. sind solche Entscheidungen mit „unbenannten Zuwendungen“, die Ehegatten oder Partner einer anderen Lebensgemeinschaft untereinander austauschen, in keiner Weise vergleichbar.

e. Kein Wertersatz gem. § 951 I i.V.m. § 812 I 1 Alt. 2 BGB

Von einem Anspruch gegen die Bekl. aus § 951 BGB geht der Kl. offenbar selbst nicht aus; sein Sachvortrag ist nicht auf den Einbau von in seinem Eigentum befindlichem Material und den dadurch etwa entstandenen Rechtsverlust nach den §§ 946 ff. BGB ausgelegt.

In jedem Fall scheidet ein entsprechender Ersatzanspruch für einen etwaigen Rechtsverlust gemäß § 951 BGB aus, weil diese Vorschrift einen Fall der Eingriffskondiktion regelt, der von dem hier vorliegenden Leistungsverhältnis zwischen den Parteien verdrängt wird (vgl. Palandt/Bassenge, BGB, 68. Aufl., Rz. 3 zu § 951 BGB).

f. Kein Anspruch aus Wegfall bzw. Störung der Geschäftsgrundlage gem. § 313 II BGB

Auch der Hinweis des Kl. auf die Grundsätze zu Wegfall bzw. Störung der Geschäftsgrundlage (§ 313

BGB) verhilft der Klage nicht zum Erfolg. Eine gemeinsame Geschäftsgrundlage, deren Störung bzw. Wegfall beide Parteien bei voraussehender Berücksichtigung zu einer anderen Abrede geführt hätte, ist nicht erkennbar.

Zweifelhaft ist bereits, ob die hiesigen Parteien bei den maßgeblichen Abreden überhaupt den jetzt eingetretenen Fall bedacht haben oder bedenken wollten, es könne zu so starken Spannungen in der Ehe des Kl. kommen, dass die Ehe scheitert und der Kläger aus der Wohnung auszieht.

Selbst wenn aber die dem Rechtsgeschäft zugrunde liegende Vorstellung beider Seiten auf den Fortbestand der Ehe gerichtet gewesen sein sollte, könnte der Kl. unter dem Gesichtspunkt der Störung der Geschäftsgrundlage nur eine solche Anpassung verlangen, auf die sich die Bekl. redlicherweise im Falle der Berücksichtigung dieser Störung von Anfang an hätten einlassen müssen. Die vom Kl. verlangten Ausgleichszahlungen würden jedoch nicht zu einer solchen Anpassung führen. Die Vorstellung des Kl. läuft in diesem Punkt darauf hinaus, dass sich die Bekl. mit einem erheblichen eigenen wirtschaftlichen Risiko an dem „Erfolg“ seiner Ehe hätten beteiligen wollen, der für sie nicht vorhersehbar und nicht beeinflussbar war. Die Bekl. hatten für eine derartige Risikoübernahme auch deshalb keinerlei Anlass, weil sie mit dem speziell für die Belange und Bedürfnisse der Familie des Kl. ausgebauten Dachraum außerhalb der familiären Nutzung nichts weiter anfangen konnten und wollten. Der eigene Wohnbedarf der Bekl. war seit langer Zeit im eigenen Haus anderweitig gedeckt. Die Bekl. hatten keinen Grund, für einen von ihnen selbst nicht benötigten Ausbau ein für sie nicht kalkulierbares wirtschaftliches Risiko zu übernehmen.

2. Kein Ausgleichsanspruch wegen der Umbauten in 1998

Auch für die bereits 1998 anlässlich des Einzuges des Kl. in das Haus der Bekl. veranlassten Maßnahmen stehen dem Kl. keine Zahlungsansprüche zu. Die Ausführungen unter Ziffer 1. gelten erst recht für etwaige frühere Ausbauarbeiten des Kl..

Die Renovierung der dem Kl. und der Tochter der Bekl. 1998 überlassenen Räume und die Erweiterung der Wohnung um zwei zusätzliche Räume hatten ihre rechtliche Grundlage ebenfalls in der Vereinbarung zur entsprechenden Nutzungsüberlassung. Auch insoweit führen die gesetzlichen Verweisungen aus dem Vertragsverhältnis gemäß § 539 BGB bzw. § 601 BGB in das Recht der Geschäftsführung ohne Auftrag, wo den Ansprüchen des Kl. die Regelung des § 685 I BGB entgegensteht.

Betreffend bereicherungsrechtliche Ansprüche ist für die Arbeiten aus dem Jahre 1998 noch deutlicher zu erkennen, dass keine Zweckverfehlung vorliegt; denn

die Beklagten verweisen insoweit mit Recht darauf, dass der Kläger die 1998 ausgebauten Räume bis zu seinem Auszug im August 2006 (mit der Familie) genutzt hat, weshalb der Zweck des Ausbaus erreicht worden ist.

3. Nebenentscheidungen

Die Kostenentscheidung folgt § 91 I ZPO.

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit ergibt sich aus §§ 708 Nr. 10, 711, 709 S. 2 ZPO.

4. Nichtzulassung der Revision

Die Revision wird nicht zugelassen, weil die gesetzlichen Voraussetzungen des § 543 II ZPO nicht vorliegen. Die Rechtssache hat weder grundsätzliche Bedeutung noch erfordert die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine

Entscheidung des Revisionsgerichts. Das Berufungsurteil beruht im Kern auf einer Würdigung der tatsächlichen Umstände des Einzelfalls. Eine Abweichung in der Rechtsanwendung gegenüber vergleichbar gelagerten Entscheidungen des Bundesgerichtshofes oder gegenüber anderen Oberlandesgerichten ist nicht ersichtlich.

5. Festsetzung des Gebührenstreitwerts

Der Gebührenstreitwert wird auf 123.800,00 € festgesetzt. Maßgeblich ist der Wert des mit der Klage verfolgten Zahlungsanspruchs. Der Umstand, dass das Landgericht zunächst ein Grundurteil erlassen hat, bei dem die Fragen der Anspruchshöhe dem nachfolgenden Verfahren vorbehalten bleiben, lässt den durch das Zahlungsbegehren bestimmten Streitwert unberührt.

*Strafrecht***Standort: §§ 263 I, 27 I, 13 I StGB****Problem: Garantenstellung**

BGH, URTEIL VOM 17.07.2009

5 STR 394/08 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Der Angeklagte W war als Volljurist bei der BSR tätig, einer Anstalt des öffentlichen Rechts, die in Berlin die Straßenreinigung durchführt. Obwohl das Berliner Straßenreinigungsgesetz ausdrücklich vorsieht, dass die Kosten für die Reinigung anliegerfreier Straßen nicht von den Anliegern der anderen gereinigten Straßen zu tragen sind, ließ der Mitangeklagte G als Leiter der Tarifkommission einen Tarif erstellen, der auch die Kosten für die Reinigung der anliegerfreien Straßen auf die Anlieger anderer Straßen umlegte, natürlich ohne dass dies im Tarif ausdrücklich erwähnt wurde. Diesen Tarif stellte G dem Vorstand und Aufsichtsrat vor, ohne auf die fehlerhafte Berechnungsgrundlage hinzuweisen, sodass dieser Tarif letztlich genehmigt wurde. Aufgrund des Tarifes wurden von den Anliegern überhöhte Kosten verlangt und mehrheitlich auch gezahlt. G war aufgrund seines Verhaltens wegen Betruges in mittelbarer Täterschaft, §§ 263 I, 25 I 2. Fall StGB, verurteilt worden (BGH, NStZ 2009, 506 = RA 2009, 473). Der Angeklagte W war vor dem G Leiter der Tarifkommission gewesen, die damals aufgrund eines Berechnungsfehlers versehentlich einen Tarif erstellt hatte, der denselben Berechnungsfehler hinsichtlich der Abrechnung der Reinigungskosten für die anliegerfreien Straßen enthielt, den G später bewusst im Tarif beließ. Während der Zeit, in der G bewusst unrichtige Tarife verabschiedet lief, war der Angeklagte W Leiter der Innenrevision der BSR. Obwohl er wusste, dass der von G erstellte Tarif gegen das Straßenreinigungsgesetz verstieß, hatte der Angeklagte W keine Maßnahmen ergriffen, um zu verhindern, dass der betrügerische Tarif verabschiedet wurde.

Das LG Berlin hatte den Angeklagten W wegen Beihilfe durch Unterlassen, §§ 27 I, 13 I StGB, zu dem von G begangenen Betrug verurteilt. Die hiergegen gerichtete Revision des Angeklagten W wies der BGH als unbegründet zurück.

Prüfungsrelevanz:

Die Haupttat des G stellt eine so examensrelevante Konstellation dar, dass sie bereits als Urteil in Fall-

struktur in einem früheren Heft (RA 2009, 473) besprochen worden ist. Auch die Prüfung der Beihilfe des W durch Unterlassen ist von erheblicher Examensrelevanz, da Unterlassungsdelikte immer wieder Gegenstand von Prüfungsaufgaben in beiden Examen sind. Der vorliegende Fall bietet insofern Anlass dazu, sich mit verschiedenen Arten von Garantenstellungen auseinanderzusetzen, insbesondere denen aus Ingerenz und besonderer Pflichtenstellung des Täters.

Eine Strafbarkeit wegen eines unechten Unterlassungsdelikts setzt gem. § 13 I StGB insbesondere voraus, dass der Beteiligte "rechtlich dafür einzustehen hat, dass der Erfolg nicht eintritt". Diese Einstrandspflicht, die sog. Garantenstellung, ist also stets Voraussetzung für eine Strafbarkeit wegen eines unechten Unterlassungsdelikts. Dies gilt nach h.M. auch für die Beihilfe durch Unterlassen (BGH, wistra 1993, 59; OLG Zweibrücken, NStZ-RR 2000, 119; Lackner/Kühl, § 27 Rn 5; Schönke/Schröder-Cramer/Heine, § 27 Rn 15).

Eine allgemein anerkannte Fallgruppe für eine Garantenstellung ist das gefahrschaffende Vorverhalten (sog. Ingerenz). Eine solche Garantenstellung trifft zumindest denjenigen, der durch ein vorwerfbares pflichtwidriges Tun die nahe Gefahr eines Schadens für Rechtsgüter Dritter geschaffen hat (BGHSt 38, 358; BGH, NStZ 1992, 31; Joecks, § 13 Rn 40; Wessels/Beulke, AT, Rn 725). Auch im vorliegenden Fall diskutiert der BGH, ob sich eine Garantenstellung des Angeklagten W vielleicht aus Ingerenz ergibt, weil dieser während seiner Zeit als Leiter der Tarifkommission fahrlässig einen Tarif erstellen ließ, der die anliegerfreien Grundstücke zu Unrecht in den Tarif einbezog. Der BGH lehnt eine solche Garantenstellung jedoch ab, da dieser Fehler sich nicht automatisch in die nächste Tarifperiode hin fortsetzt, sodass durch den Fehler des Angeklagten W nicht das Risiko dafür erhöht wurde, dass die nächste Tarifkommission denselben Fehler machen würde. Eine solche Risikoerhöhung wäre aber für eine Garantenstellung aus Ingerenz erforderlich gewesen.

Der BGH nimmt beim Angeklagten W hingegen eine Garantenstellung aus besonderer Pflichtenstellung an. Er betont hierbei, dass eine solche Garantenstellung sowohl durch die Verantwortlichkeit für den Schutz von Rechtsgütern infolge der Übernahme einer hoheitlichen Stellung ("Amtsstellung") erfolgen kann (vgl. BGHSt 38, 388; 48, 77, 91; Böse, NStZ 2003, 636) als

auch als Folge der tatsächlichen Gewährübernahme nach Abschluss eines entsprechenden Dienstvertrags. Im letzteren Fall entstehe eine Garantenstellung aber nur, wenn der Vertrag ein besonderes Vertrauensverhältnis beinhalte, das den Übertragenden gerade dazu veranlasst, dem Verpflichteten besondere Schutzpflichten zu überantworten (BGHSt 46, 196, 202 f.; 39, 392, 399). Von einem solchen Vertrauensverhältnis ist der BGH im vorliegenden Fall aber ausgegangen. Zwar sei es auch beim Leiter der Innenrevision nicht selbstverständlich, dass dieser als Garant zur Verhinderung der Begehung von Straftaten durch Angehörige des Unternehmens verpflichtet sei. Jedoch sei im vorliegenden Fall zum einen zu berücksichtigen, dass es sich bei der BSR um eine Anstalt des öffentlichen Rechts handelt, die deshalb den Anliegern gegenüber zu gesetzmäßigen Gebührenberechnungen verpflichtet sei und zum anderen, dass der Angeklagte bewusst auf diesen Posten gesetzt worden war, um als "juristisches Gewissen" der BSR dafür zu sorgen, dass keine gesetzeswidrigen Tarife verabschiedet würden. Dies zeige das besondere Vertrauensverhältnis, das gerade zu einer Garantenstellung führe.

Mit einem klassischen Examensproblem, nämlich der Frage, wann ein nichthindernder Garant neben einem Begehungstäter (wie der Angeklagte W im vorliegenden Fall) selbst Täter und wann nur eine Beihilfe durch Unterlassen gegeben ist (vgl. hierzu die Darstellung bei Joecks, § 13 Rn 58 und das Urteil in Fallstruktur in RA 2009, 344) befasst sich der BGH nicht näher und folgt ohne weitere Ausführungen der von ihm insofern auch früher vertretenen Animus-Theorie.

Vertiefungshinweise:

□ Zur Beihilfe durch Unterlassen: *BGH*, wistra 1992, 339; 1993, 59; *OLG Zweibrücken*, NStZ-RR 2000, 119; *Bloy*, JA 1987, 490; *Geppert*, JURA 1999, 266; *Mitsch*, JURA 1989, 193; *Sowada*, JURA 1986, 399

□ Zur Garantenstellung aus besonderer Pflichtenstellung: *BGHSt* 38, 388; 39, 392; 46, 196; 48, 77, 91; *BGH*, NJW 1983, 462; 1987, 199; *OLG Frankfurt*, NJW 1987, 2753, 2757; *Böse*, NStZ 2003, 636; *Kraft/Winkler*, CCZ 2009, 29

Kursprogramm:

□ *Examenskurs*: "Familienglück"

Leitsatz:

Den Leiter der Innenrevision einer Anstalt des öffentlichen Rechts kann eine Garantenpflicht treffen, betrügerische Abrechnungen zu unterbinden.

Sachverhalt:

Der Angeklagte war seit 1989 als Volljurist bei den

Berliner Stadtreinigungsbetrieben (im Folgenden: BSR) tätig und seit Anfang 1998 Leiter des Stabsbereichs Gremienbetreuung sowie Leiter der Rechtsabteilung. Zwischen 2000 und Ende 2002 war ihm zudem die Innenrevision unterstellt. Der BSR, einer Anstalt des öffentlichen Rechts, oblag in ihrem hoheitlichen Bereich die Straßenreinigung mit Anschluss- und Benutzungszwang für die Eigentümer der Anliegergrundstücke. Die Rechtsverhältnisse waren zwar privatrechtlich ausgestaltet; für die Bestimmung der Entgelte galten jedoch das Äquivalenz- und das Kostendeckungsprinzip als öffentlich-rechtliche Grundsätze der Gebührenbemessung.

Nach den Regelungen des Berliner Straßenreinigungsgesetzes hatten die Anlieger 75 % der angefallenen Kosten für die Straßenreinigung zu tragen; 25 % der Kosten verblieben beim Land Berlin (§ 7 Abs. 1). Die Aufwendungen der Reinigung für Straßen ohne Anlieger musste das Land Berlin im vollen Umfang tragen (§ 7 Abs. 6). Die Entgelte, die sich nach der Häufigkeit der Reinigung in vier Tarifklassen unterteilen, wurden für den Tarifzeitraum auf der Grundlage einer Prognose der voraussichtlichen Aufwendungen festgesetzt. Die von Vorstand und Aufsichtsrat zu verabschiedende Tarifbestimmung wurde durch eine Projektgruppe "Tarifkalkulation" vorbereitet, die der Angeklagte W leitete. Infolge eines Versehens wurden bei der Berechnung der Entgelte der Tarifperiode 1999/2000 auch die Kosten für die Straßen zu 75 % einbezogen, für die es keine Anlieger gab; diese hätte das Land Berlin vollständig tragen müssen. Der Berechnungsfehler wurde in der Folgezeit bemerkt, aber nicht korrigiert.

Für die Tarifperiode 2001/2002, den Tatzeitraum, wurde vom Gesamtvorstand der BSR eine neue Projektgruppe eingesetzt. Dieser gehörte der Angeklagte W nicht mehr an. Sie wurde von dem früheren Mitangeklagten H geleitet, der im Stabsbereich tätig und dem Angeklagten W unmittelbar unterstellt war. Der Angeklagte W nahm selbst unregelmäßig an den Sitzungen der neuen Projektgruppe teil, die zunächst den Rechnungsfehler aus der vergangenen Tarifperiode beheben wollte. Auf Weisung des früheren Mitangeklagten G wurde dies jedoch unterlassen. Der Tarif, in dessen Berechnungsgrundlage auch die anliegerfreien Straßen einbezogen worden waren, wurde vom Vorstand und Aufsichtsrat der BSR gebilligt, wobei jeweils die Tarife erläutert wurden, ohne jedoch die Entscheidungsträger auf die Einbeziehung der anliegerfreien Straßen hinzuweisen. Der Angeklagte W, der um den Berechnungsfehler wusste, war bei der Sitzung des Gesamtvorstands nicht anwesend. Bei der Sitzung des Aufsichtsrats führte er zwar Protokoll; eine weitere Beteiligung seinerseits konnte das Landgericht jedoch nicht feststellen. Der Angeklagte W unterrichtete auch in der Folgezeit weder seinen un-

mittelbaren Vorgesetzten, den Vorstandsvorsitzenden D, noch ein Mitglied des Aufsichtsrats. Die Senatsverwaltung genehmigte den Tarif. Dabei verpflichtete sie die BSR allerdings im Wege einer Auflage zu einer Nachkalkulation. Auf der Grundlage des genehmigten Tarifs wurden von den Eigentümern der Anliegergrundstücke um insgesamt 23 Mio. Euro überhöhte Entgelte verlangt, die auch überwiegend bezahlt wurden.

Aus den Gründen:

[1] Das Landgericht hat den Angeklagten W wegen Beihilfe (durch Unterlassen) zum Betrug zu einer Geldstrafe von 120 Tagessätzen verurteilt und angeordnet, dass als Entschädigung für die überlange Verfahrensdauer 20 Tagessätze als vollstreckt gelten. Die umfassend eingelegte und mit formellen und materiellen Beanstandungen geführte Revision dieses Angeklagten bleibt erfolglos.

I. Entscheidung des Landgerichts

[2 - 6] [...] Das Landgericht hat das Verhalten des vormaligen Mitangeklagten G im Blick auf die gesamte Tarifperiode 2001/2002 als (einheitlichen) Betrug in mittelbarer Täterschaft gewertet. Der Angeklagte W habe hierzu Beihilfe geleistet. Ein aktives Handeln des Angeklagten W, dem die falsche Tarifberechnung bekannt gewesen sei, lasse sich nicht zweifelsfrei feststellen. Er habe sich jedoch der Beihilfe durch Unterlassen schuldig gemacht. Eine Garantenstellung im Sinne des § 13 StGB ergebe sich daraus, dass er als Leiter der Tarifkommission den Bewertungsfehler in der vorigen Periode zu vertreten habe und dessen Behebung in der folgenden Tarifperiode hätte veranlassen müssen. Zudem komme ihm als Leiter der Innenrevision eine Garantenstellung zu. In dieser Eigenschaft, zumal als Bediensteter einer Anstalt des öffentlichen Rechts, sei er nämlich verpflichtet, die Einhaltung der gesetzlichen Regeln auch zum Schutz der Entgeltschuldner sicherzustellen. Da sich der Angeklagte W dem Handeln des früheren Mitangeklagten G untergeordnet habe, liege bei ihm lediglich ein Gehilfenvorsatz vor.

II. Entscheidung des BGH

[7] Die Revision des Angeklagten W ist unbegründet.

1. Zur Verfahrensrüge

[8] Die Verfahrensrügen bleiben ohne Erfolg.

a) Keine fehlerhafte Besetzung des Spruchkörpers i.S.v. § 338 Nr. 2 StPO

[9] Die Besetzungsrüge zeigt keinen Rechtsfehler auf. Wie der Senat im Beschluss vom 24. März 2009 (NSStZ 2009, 342; hierzu Volkmer NSStZ 2009, 371) seine eigene Besetzung betreffend ausgeführt hat, ist

Verletzter im Sinne des § 22 Nr. 1 i.V.m. § 338 Nr. 2 StPO nicht bereits ein Mieter, auf den - abhängig von den vertraglichen Vereinbarungen - die Reinigungsentgelte umgelegt werden können. Entgegen der Auffassung der Revision begründet auch der Umstand, dass der Vater des Richters We an einem in einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts organisierten Fonds beteiligt ist, keinen Ausschlussgrund. Dieser Fonds ist selbst nicht Eigentümer. Vielmehr wird das Eigentum treuhänderisch von einer GmbH gehalten. Eine über den Fonds und die Treuhand doppelt vermittelte und nur indirekte Berührung der wirtschaftlichen Interessen des Vaters des Richters We ist - wie das Landgericht zutreffend ausgeführt hat - für einen Ausschluss nach § 22 Nr. 3 StPO nicht ausreichend.

b) Kein Verfahrensfehler durch Zurückweisung des Antrags auf Vernehmung des Zeugen R

[10] Das Landgericht hat den Antrag auf Vernehmung des Zeugen R rechtsfehlerfrei zurückgewiesen. Die Verteidigung hat die Vernehmung dieses Zeugen, der Nachfolger des Angeklagten als Leiter der Innenrevision war, zum Beweis für die Verhältnisse bei der Innenrevision und deren Anbindung an den Vorstand beantragt. Das Landgericht hat die beantragte Beweiserhebung abgelehnt, weil die Frage, wie die Innenrevision personell strukturiert war und welche Prüfaufträge dort abgearbeitet werden, für die Garantenstellung ohne Bedeutung ist.

[11] Dies ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Für die Frage einer aus dieser Stellung folgenden Garantenpflicht ist es unerheblich, ob die Innenrevision die Tarifbildung geprüft hat oder diese überhaupt aufgrund ihrer geringen personellen Ausstattung hätte prüfen können. Das Landgericht hat nämlich die Garantenstellung nicht aus einer konkret erfolgten Prüfung der Tarife hergeleitet, sondern sie vielmehr darauf gestützt, dass der Angeklagte als Leiter der Innenrevision eine besondere Pflichtenstellung innehatte, eine betrügerische Tarifbildung zu verhindern.

c) Kein Verfahrensfehler durch Nichtbefolgung des Antrags auf Vernehmung sämtlicher 170.000 beschiedener Grundstückseigentümer als Zeugen

[12] Ohne Erfolg rügt die Verteidigung, dass das Landgericht nicht sämtliche (ca. 170.000) Grundstückseigentümer als Zeugen über ihre jeweiligen Vorstellungen bei dem Erhalt der (rechtswidrig überhöhten) Abrechnungen der BSR gehört hat. Die Strafkammer hat diesen Antrag als bloßen Beweisermittlungsantrag angesehen.

[13] Diese Auffassung ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Entgegen der Auffassung der Verteidigung hat das Landgericht diesen Antrag schon deshalb zu Recht nicht als einen nach § 244 Abs. 3 StPO zu bescheidenden Beweisantrag angesehen, weil die Zeu-

gen nicht mit Namen und vollständiger Anschrift genannt wurden. Dies ist aber erforderlich (BGHSt 40, 3, 7; Beschluss vom 28. Mai 2009 - 5 StR 191/09 - zur Veröffentlichung bestimmt in BGHR StPO § 244 Abs. 6 Beweisantrag). Eine Ausnahme gilt allenfalls insoweit, als der Antragsteller außerstande ist, die vollständige Anschrift zu benennen. Dies ist nicht ersichtlich. Abgesehen davon, dass der Angeklagte selbst in der Lage gewesen wäre, eine Reihe von Grundstückseigentümern mit vollständiger Adresse allein aus seinem Wissen zu bezeichnen und schon dies nicht getan hat, ist nicht erkennbar, dass er diese Daten nicht über seine Arbeitgeberin hätte besorgen und dem Landgericht vorlegen können.

[14] Auch in der Sache hätte das Landgericht der beantragten Beweiserhebung nicht nachkommen müssen. Bei einer im Wesentlichen auf eine Zahlungsanforderung beschränkten Erklärung reichte es - wie der Senat in seinem Beschluss vom 9. Juni 2009 bezüglich des Mitangeklagten G in derselben Sache bereits ausgeführt hat - für einen Irrtum im Sinne des § 263 StGB aus, wenn sich die Empfänger in einer wenngleich allgemein gehaltenen Vorstellung befanden, dass die Tarifberechnung in Ordnung sei. Ein differenziertes Vorstellungsbild bei den einzelnen Empfängern der Rechnungen liegt hier fern. Insoweit weicht die Fallkonstellation im vorliegenden Fall von den von der Revision in Bezug genommenen Entscheidungen des Bundesgerichtshofs (BGHR StGB § 263 Abs. 1 Irrtum 9, 11) ab, die von den Geschädigten individuell zu bearbeitende Rechnungen oder Überweisungen zum Gegenstand hatten. Diese Fälle unterscheiden sich von dem hier vorliegenden schon dadurch, dass die Entgeltforderung hier für den jeweiligen Grundstückseigentümer eine wirtschaftlich nicht sehr gewichtige und auch völlig unauffällige Erklärung darstellte. Bei dem einzelnen Empfänger konnte deshalb nur das von dem sachgedanklichen Mitbewusstsein umfasste Vorstellungsbild entstanden sein, dass die Abrechnung jedenfalls nicht betrügerisch sei.

[15] Dieses von ihm angenommene und im Wesentlichen normativ geprägte Vorstellungsbild der Empfänger hat das Landgericht zudem erhärtet, indem es mehrere Zeugen einvernommen hat und in deren Aussagen dieses Ergebnis bestätigt fand. Angesichts dieses Befunds - zumal mit Blick auf die abgeurteilte einheitliche Tat - bedurfte es keiner weiteren Aufklärung durch die zusätzliche Vernehmung weiterer Zeugen. Dass das Landgericht in den Urteilsgründen nur die Aussage von drei dieser Zeugen wiedergegeben hat, verstößt nicht gegen §§ 261, 267 Abs. 1 Satz 2 StPO. Das Tatgericht ist nicht gehalten, sämtliche Zeugenaussagen zu dokumentieren.

2. Zur Sachrüge

[16] Die Revision des Angeklagten zeigt auch mit der

Sachrüge keinen durchgreifenden Rechtsfehler auf.

a) Zum Vorliegen einer teilnahmefähigen Haupttat des Mitangeklagten G

[17] Soweit die Revision die strafrechtliche Würdigung der Haupttat als Betrug in mittelbarer Täterschaft angreift, verweist der Senat auf seine Entscheidung, die er am 9. Juni 2009 im Beschlusswege gegen den Mitangeklagten G getroffen hat. Die Ausführungen der Verteidigung geben dem Senat keinen Anlass zu weiteren Ausführungen im Hinblick auf die Tatbestandsvoraussetzungen des Betrugs oder zum Nichtvorliegen der speziellen Strafvorschriften der §§ 352, 353 StGB.

[18] Entgegen der Auffassung der Verteidigung ist bei dem Angeklagten auch die Kenntnis von der Haupttat belegt. Nach den Feststellungen des Landgerichts wurde der Angeklagte nämlich durch den ihm direkt unterstellten H darüber in Kenntnis gesetzt, dass G den Fehler so "laufen lassen wolle". Im Übrigen führte der Angeklagte bei der entscheidenden Sitzung des Aufsichtsrats Protokoll, in der die unrichtig berechneten Tarife von G vorgestellt und vom Aufsichtsrat schließlich gebilligt wurden.

b) Zum Bestehen einer Garantenstellung beim Angeklagten

[19] Die Verurteilung des Angeklagten wegen Beihilfe zum Betrug hält im Ergebnis rechtlicher Überprüfung stand. Das Landgericht hat bei dem Angeklagten zu Recht eine Garantenstellung bejaht.

aa) Keine Garantenstellung aus Ingerenz

[20] Allerdings ergibt sich diese nicht schon daraus, dass der Angeklagte die Tarifkommission für die vorherige (nicht verfahrensgegenständliche) Abrechnungsperiode geleitet hatte. Zwar unterlief dieser von ihm geführten Kommission bereits der Fehler, dass die anliegerfreien Grundstücke in den Tarif einbezogen wurden. Eine Garantenstellung folgt hieraus jedoch nicht.

[21] In Betracht käme insoweit eine Garantenstellung aus der tatsächlichen Herbeiführung einer Gefahrenlage (Ingerenz). Ein (pflichtwidriges) Vorverhalten begründet aber nur dann eine Garantenstellung, wenn es die nahe liegende Gefahr des Eintritts des konkret untersuchten, tatbestandsmäßigen Erfolgs verursacht (BGHR StGB § 13 Abs. 1 Garantenstellung 14; BGH NJW 1999, 69, 71, insoweit in BGHSt 44, 196 nicht abgedruckt; BGH NStZ 2000, 583). Eine solche nahe Gefahr bestand hier nicht. Der Umstand, dass die vorherige Tariffestsetzung fehlerbehaftet war, bedeutet nämlich nicht, dass sich dieser Fehler auch in die nächste Tarifperiode hinein fortsetzt. Dies gilt jedenfalls, sofern nicht - wofür hier nichts festgestellt ist - eine gesteigerte Gefahr bestand, dass die zunächst un-

erkannt fehlerhafte Berechnungsgrundlage ohne erneute sachliche Prüfung der neuen Festsetzung ohne weiteres zugrunde gelegt würde. Vielmehr wird in der nächsten Tarifperiode der Tarif uneingeschränkt neu bestimmt. Schon die ausschließliche Verantwortlichkeit der neuen Tarifkommission steht deshalb der Annahme einer Garantenstellung aus Ingerenz entgegen (vgl. Roxin, Strafrecht AT II 2003 S. 773). Zwar mag eine gewisse, eher psychologisch vermittelte Gefahr bestehen, zur Vertuschung des einmal gemachten Fehlers diesen zu wiederholen. Ein solcher motivatorischer Zusammenhang reicht jedoch nicht für die Begründung einer Garantenstellung aus. Der neue Tarif wird auf der Grundlage der hierfür maßgeblichen Rahmendaten selbständig festgesetzt. Seine Festsetzung erfolgt ohne Bindung an den Berechnungsmaßstab der Vorperioden, dessen Fehlerhaftigkeit nicht einmal zwangsläufig hätte aufgedeckt werden müssen. Auch ohne Eingreifen des Angeklagten wäre der Fehler nicht automatisch in die folgende Tarifperiode eingeflossen. Dies zeigt sich im Übrigen auch darin, dass die neue Tarifkommission bereits von sich aus diesen Fehler nicht wiederholen wollte, sondern hierzu erst durch die Einflussnahme des vormaligen Mitangeklagten G. veranlasst wurde.

bb) Garantenstellung aus besonderer Pflichtenstellung des Angeklagten

[22] Dagegen hat das Landgericht zu Recht aus der Stellung des Angeklagten W als Leiter der Rechtsabteilung und der Innenrevision eine Garantenstellung hergeleitet.

(1) Zu den Voraussetzungen für eine Garantenstellung aus besonderer Pflichtenstellung

[23] Durch die Übernahme eines Pflichtenkreises kann eine rechtliche Einstandspflicht im Sinne des § 13 Abs. 1 StGB begründet werden. Die Entstehung einer Garantenstellung hieraus folgt aus der Überlegung, dass denjenigen, dem Obhutspflichten für eine bestimmte Gefahrenquelle übertragen sind (vgl. Roxin aaO S. 712 ff.), dann auch eine "Sonderverantwortlichkeit" für die Integrität des von ihm übernommenen Verantwortungsbereichs trifft (vgl. Freund in MünchKomm StGB § 13 Rdn. 161). Es kann dahinstehen, ob der verbreiteten Unterscheidung von Schutz- und Überwachungspflichten in diesem Zusammenhang wesentliches Gewicht zukommen kann, weil die Überwachungspflicht gerade dem Schutz bestimmter Rechtsgüter dient und umgekehrt ein Schutz ohne entsprechende Überwachung des zu schützenden Objekts kaum denkbar erscheint (vgl. BGHSt 48, 77, 92). Maßgeblich ist die Bestimmung des Verantwortungsbereichs, den der Verpflichtete übernommen hat. Dabei kommt es nicht auf die Rechtsform der Übertragung an, sondern darauf, was unter Berücksichtigung

des normativen Hintergrunds Inhalt der Pflichtenbindung ist (vgl. BGHSt 43, 82).

[24] Die Rechtsprechung hat bislang in einer Reihe von Fällen Garantenstellungen anerkannt, die aus der Übernahme von bestimmten Funktionen abgeleitet wurden. Dies betraf nicht nur hohe staatliche oder kommunale Repräsentanten, denen der Schutz von Leib und Leben der ihnen anvertrauten Bürger obliegt (BGHSt 38, 325; 48, 77, 91), sondern auch Polizeibeamte (BGHSt 38, 388), Beamte der Ordnungsbehörde (BGH NJW 1987, 199) oder auch Bedienstete im Maßregelvollzug (BGH NJW 1983, 462). Eine Garantenpflicht wird weiterhin dadurch begründet, dass der Betreffende eine gesetzlich vorgesehene Funktion als Beauftragter übernimmt (vgl. OLG Frankfurt NJW 1987, 2753, 2757; Böse NSTZ 2003, 636), etwa als Beauftragter für Gewässerschutz (§§ 21a ff. WHG), Immissionsschutz (§§ 53 ff. BImSchG) oder Strahlenschutz (§§ 31 ff. StrahlenschutzVO).

[25] Die Übernahme entsprechender Überwachungs- und Schutzpflichten kann aber auch durch einen Dienstvertrag erfolgen. Dabei reicht freilich der bloße Vertragsschluss nicht aus. Maßgebend für die Begründung einer Garantenstellung ist vielmehr die tatsächliche Übernahme des Pflichtenkreises. Allerdings begründet nicht jede Übertragung von Pflichten auch eine Garantenstellung im strafrechtlichen Sinne. Hinzutreten muss regelmäßig ein besonderes Vertrauensverhältnis, das den Übertragenden gerade dazu veranlasst, dem Verpflichteten besondere Schutzpflichten zu übertragen (vgl. BGHSt 46, 196, 202 f.; 39, 392, 399). Ein bloßer Austauschvertrag genügt hier ebenso wenig wie ein Arbeitsverhältnis (Weigend in LK 12. Aufl. § 13 Rdn. 41). Im vorliegenden Fall kann nicht zweifelhaft sein, dass der Angeklagte aufgrund des übernommenen Aufgabenbereichs eine Garantenstellung innehatte. Entgegen der Auffassung der Verteidigung und des Generalbundesanwalts beschränkte sich seine Einstandspflicht jedoch nicht nur darauf, Vermögensbeeinträchtigungen des eigenen Unternehmens zu unterbinden, sondern sie kann auch die Verhinderung aus dem eigenen Unternehmen kommender Straftaten gegen dessen Vertragspartner umfassen.

(2) Zum Bestehen einer solchen Garantenstellung im vorliegenden Fall

[26] Der Inhalt und der Umfang der Garantenpflicht bestimmen sich aus dem konkreten Pflichtenkreis, den der Verantwortliche übernommen hat. Dabei ist auf die besonderen Verhältnisse des Unternehmens und den Zweck seiner Beauftragung abzustellen. Entscheidend kommt es auf die Zielrichtung der Beauftragung an, ob sich die Pflichtenstellung des Beauftragten allein darin erschöpft, die unternehmensinternen Prozesse zu optimieren und gegen das Unternehmen gerichtete Pflichtverstöße aufzudecken und zukünftig zu

verhindern, oder ob der Beauftragte weitergehende Pflichten dergestalt hat, dass er auch vom Unternehmen ausgehende Rechtsverstöße zu beanstanden und zu unterbinden hat. Unter diesen Gesichtspunkten ist gegebenenfalls die Beschreibung des Dienstpostens zu bewerten.

[27] Eine solche, neuerdings in Großunternehmen als "Compliance" bezeichnete Ausrichtung, wird im Wirtschaftsleben mittlerweile dadurch umgesetzt, dass so genannte "Compliance Officers" geschaffen werden (vgl. BGHSt 52, 323, 335; Hauschka, Corporate Compliance 2007 S. 2 ff.). Deren Aufgabengebiet ist die Verhinderung von Rechtsverstößen, insbesondere auch von Straftaten, die aus dem Unternehmen heraus begangen werden und diesem erhebliche Nachteile durch Haftungsrisiken oder Ansehensverlust bringen können (vgl. Bürkle in Hauschka aaO S. 128 ff.). Derartige Beauftragte wird regelmäßig strafrechtlich eine Garantenpflicht im Sinne des § 13 Abs. 1 StGB treffen, solche im Zusammenhang mit der Tätigkeit des Unternehmens stehende Straftaten von Unternehmensangehörigen zu verhindern. Dies ist die notwendige Kehrseite ihrer gegenüber der Unternehmensleitung übernommenen Pflicht, Rechtsverstöße und insbesondere Straftaten zu unterbinden (vgl. Kraft/Winkler CCZ 2009, 29, 32).

[28] Eine derart weitgehende Beauftragung ist bei dem Angeklagten nicht ersichtlich. Nach den Feststellungen war der Angeklagte als Jurist Leiter der Rechtsabteilung und zugleich Leiter der Innenrevision. Er war unmittelbar dem Vorstandsvorsitzenden unterstellt. Zwar gibt es zwischen dem Leiter der Innenrevision und dem so genannten „Compliance Officer“ regelmäßig erhebliche Überschneidungen im Aufgabengebiet (vgl. Bürkle aaO S. 139). Dennoch erscheint es zweifelhaft, dem Leiter der Innenrevision eines Unternehmens eine Garantenstellung auch insoweit zuzuweisen, als er im Sinne des § 13 Abs. 1 StGB verpflichtet ist, Straftaten aus dem Unternehmen zu Lasten Dritter zu unterbinden.

[29] Im vorliegenden Fall bestehen indes zwei Besonderheiten: Das hier tätige Unternehmen ist eine Anstalt des öffentlichen Rechts und die vom Angeklagten nicht unterbundene Tätigkeit bezog sich auf den hoheitlichen Bereich des Unternehmens, nämlich die durch den Anschluss- und Benutzungszwang geprägte Straßenreinigung, die gegenüber den Anliegern nach öffentlich-rechtlichen Gebührensätzen abzurechnen ist. Dies hat für die Eingrenzung der dem Angeklagten obliegenden Überwachungspflichten Bedeutung. Als Anstalt des öffentlichen Rechts war die BSR den Anliegern gegenüber zu gesetzmäßigen Gebührenberechnungen verpflichtet. Anders als ein privates Unternehmen, das lediglich innerhalb eines rechtlichen Rahmens, den es zu beachten hat, maßgeblich zur Gewinnerzielung tätig wird, ist bei einer Anstalt

des öffentlichen Rechts der Gesetzesvollzug das eigentliche Kernstück ihrer Tätigkeit. Dies bedeutet auch, dass die Erfüllung dieser Aufgaben in gesetzmäßiger Form zentraler Bestandteil ihres "unternehmerischen" Handelns ist. Damit entfällt im hoheitlichen Bereich die Trennung zwischen einerseits den Interessen des eigenen Unternehmens und andererseits den Interessen außenstehender Dritter. Dies wirkt sich auf die Auslegung der Überwachungspflicht aus, weil das, was zu überwachen ist, im privaten und im hoheitlichen Bereich unterschiedlich ausgestaltet ist.

[30] Die Überwachungspflicht konzentriert sich auf die Einhaltung dessen, was Gegenstand der Tätigkeit des Dienstherrn ist, nämlich den gesetzmäßigen Vollzug der Straßenreinigung, der auch eine gesetzmäßige Abrechnung der angefallenen Kosten einschließt. Der konkrete Dienstposten des Angeklagten umfasste die Aufgabe, die Straßenanlieger vor betrügerisch überhöhten Gebühren zu schützen, und begründete so auch eine entsprechende Garantenpflicht. Der Zuschnitt der vom Angeklagten zu übernehmenden Aufgabe ist dabei - was das Landgericht zutreffend ausgeführt hat - vor dem Hintergrund seiner bisherigen Funktionen für die BSR zu sehen. Dort galt er insbesondere als Tarifrechtsexperte und als das "juristische Gewissen" der BSR. Die zusätzliche Übertragung der Leitung der Innenrevision war ersichtlich mit dieser Fähigkeit verbunden. Der dem Vorstandsvorsitzenden unmittelbar unterstellte Angeklagte sollte gerade als Leiter der Innenrevision verpflichtet sein, von ihm erkannte Rechtsverstöße bei der Tarifikalkulation zu beanstanden, wobei die Beachtung der gesetzlichen Regelungen auch dem Schutz der Entgeltschuldner dienen sollte. Auf dieser letztlich so ausreichenden Tatsachengrundlage durfte das Landgericht den Schluss ziehen, dass es zum wesentlichen Inhalt des Pflichtenkreises des Angeklagten gehören sollte (vgl. Fischer, StGB 56. Aufl. § 13 Rdn. 17), die Erhebung betrügerischer Reinigungsentgelte zu verhindern.

(3) Zur Möglichkeit und Zumutbarkeit der Vornahme der gebotenen Handlungen

[31] Der Angeklagte war deshalb im Sinne des § 13 Abs. 1 StGB verpflichtet, von ihm erkannte Fehler der Tarifberechnung zu beanstanden. Dies gilt unabhängig davon, ob sich diese zu Lasten seines Dienstherrn oder zu Lasten Dritter ausgewirkt haben. Sein pflichtwidriges Unterlassen führt dazu, dass ihm der Erfolg, den er hätte verhindern sollen, strafrechtlich zugerechnet wird (vgl. BGH NJW 1987, 199). Insofern liegt - wie das Landgericht rechtsfehlerfrei ausgeführt hat - Beihilfe gemäß § 27 Abs. 1 StGB vor, weil der Angeklagte lediglich mit Gehilfenvorsatz gehandelt und sich dem Haupttäter G ersichtlich untergeordnet hat. Da der Angeklagte die betrügerische Handlung des Vorstands G ohne weiteres durch die Unterrichtung des Vorstands-

vorsitzenden oder des Aufsichtsratsvorsitzenden hätte unterbinden können und ihm dies auch zumutbar war, hat sich der Angeklagte einer Beihilfe zum Betrug durch Unterlassen strafbar gemacht. Da er alle Umstände kannte, ist hier auch die subjektive Tatseite zweifelsfrei gegeben (vgl. BGHSt 19, 295, 299). Dies hat das Landgericht in den Urteilsgründen zutreffend dargelegt.

c) Zum Fehlen einer Strafbarkeit gem. § 266 I StGB

[32] Entgegen der Auffassung des Generalbundesanwalts kommt bei dem Angeklagten keine Untreue gemäß § 266 StGB zu Lasten der BSR in Betracht. Zwar trifft den Angeklagten eine Vermögensbetreuungspflicht gegenüber seinem Dienstherrn. Es fehlt jedoch an einem Nachteil im Sinne des § 266 StGB. Der BSR ist durch die betrügerische Tarifbildung ein Vorteil entstanden, weil so höhere Reinigungsentgelte verein-

nahmt wurden, als ihr nach der gesetzlichen Regelung zustanden.

[33] Der Generalbundesanwalt erwägt die Möglichkeit eines solchen Nachteils in den Ersatzansprüchen und Prozesskosten nach Aufdeckung des Betrugs. Ein solcher Schaden ist aber nicht unmittelbar (BGHSt 51, 29, 33; BGH NSTZ 1986, 455, 456; Fischer aaO § 266 Rdn. 55). Er setzt nämlich mit der Aufdeckung der Tat einen Zwischenschritt voraus. Der für die Nachteilsfeststellung notwendige Gesamtvermögensvergleich hat aber auf der Grundlage des vom Täter verwirklichten Tatplans zu erfolgen.

d) Zur Strafzumessung

[34] Die Strafzumessung hält gleichfalls im Ergebnis revisionsrechtlicher Überprüfung stand [wird ausgeführt].

Standort: §§ 211, 13 StGB

Problem: Gemeingefährliche Mittel und Unterlassen

BGH, BESCHLUSS VOM 07.07.2009

3 STR 204/09 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Weil der Angeklagte sich aus Liebeskummer töten wollte, öffnete er in seiner Wohnung, die sich in einem Mehrfamilienhaus befand, den Gashahn. Er beruhigte sich jedoch durch ein Telefongespräch mit einer Freundin wieder und schloss den Gashahn. Als später seine Lebensgefährtin (die Ursache für den Liebeskummer) vorbeikam, hinderte er sie nicht daran, sich eine Zigarette anzuzünden, was aufgrund des immer noch vorhandenen Gases zu einer Explosion führte, an deren Folgen ein anderer Hausbewohner starb.

Das Landgericht Mönchengladbach hatte den Angeklagten wegen Mordes durch Unterlassen, §§ 211, 13 I StGB, verurteilt. Als Mordmerkmal hatte es die Verwendung gemeingefährlicher Mittel angenommen. Der BGH hob diese Verurteilung auf die Revision des Angeklagten hin auf, da eine Tötung mit gemeingefährlichen Mitteln durch Unterlassen grundsätzlich gar nicht möglich sei.

Prüfungsrelevanz:

Tötungsdelikte, vor allem der Tatbestand des Mordes, § 211 II StGB, sind immer wieder Gegenstand von Examensaufgaben. Nicht nur der klassische Streit um das Verhältnis von Mord und Totschlag wird hier immer wieder thematisiert, sondern auch die Voraussetzungen der einzelnen Mordmerkmale. Im vorliegenden Fall geht es um das Spezialproblem des Mordes durch Unterlassen, das allein schon deshalb besondere Examensrelevanz aufweist, da es - was für Examensauf-

gaben typisch ist - ein BT-Problem (die Voraussetzungen des Tatbestandes des § 211 II StGB) mit einem AT-Problem (der Entsprechungsklausel des § 13 I StGB a.E.) verbindet. Auch deshalb, weil der BGH in der vorliegenden Entscheidung zugibt, dass die Einwände gegen die bisherige und hier fortgeführte Rechtsprechung beachtlich seien, ist davon auszugehen, dass der insofern bestehende Streit erneut zum Gegenstand von Examensaufgaben gemacht werden wird.

Über § 13 StGB kann grundsätzlich jeder Straftatbestand, der eigentlich eine Handlung voraussetzt, auch durch ein Unterlassen verwirklicht werden (sog. unechtes Unterlassungsdelikt). Gem. § 13 I StGB a.E. ist dies jedoch nur möglich, "wenn das Unterlassen der Verwirklichung des gesetzlichen Tatbestandes durch ein Tun entspricht" (sog. Entsprechungsklausel). Bei reinen Erfolgsdelikten wie §§ 212 I, 223 I, 303 I StGB stellt diese Entsprechungsklausel kein Problem dar, da es dort selbstverständlich ist, dass das garantenpflichtwidrige Unterlassen der Tatbestandsverwirklichung durch ein Tun entspricht (OLG Karlsruhe, JR 1989, 212; Fischer, § 13 Rn 47; Joecks, § 13 Rn 46; Schönke/Schröder-Stree, § 13 Rn 4; Roxin, JuS 1973, 199). An Bedeutung gewinnt diese Voraussetzung jedoch bei verhaltensgebundenen Delikten, also solchen Straftatbeständen, die eine besondere Handlungsweise voraussetzen.

Streitig ist, ob bei ein Mord mit gemeingefährlichen auch durch ein Unterlassen begangen werden kann oder ob hier die fehlende Entsprechung von Handlung und Unterlassung der Annahme eines unechten Unterlassungsdelikts entgegensteht. Die herrschende Meinung, insb. die Rechtsprechung, lehnt die Möglichkeit

eines Mordes mit gemeingefährlichen Mitteln durch Unterlassen grundsätzlich ab (BGHSt 34, 13; Lackner/Kühl, § 211 Rn 11; Schönke/Schröder-Eser, § 211 Rn 29; Wessels/Hettinger, BT 1, Rn 103, Krey, BT I, Rn 61a). Es fehle bereits an der - nach dem Gesetzeswortlaut erforderlichen - Tötung "mit" gemeingefährlichen Mitteln, da der Unterlassungstäter diese Mittel ja nicht selbst einsetze, sondern nur deren Verwendung durch Dritte nicht verhindere. Vergleichbar sei die Situation, wenn der Täter zwar selber gemeingefährliche Mittel verwende, im Verwendungszeitpunkt aber noch ohne Tötungsvorsatz handle. Auch könne der Strafgrund dieser Mordvariante, der gerade darin bestehe, dass der Täter sein Ziel (die Tötung des Opfers) gerade durch die Schaffung unberechenbarer Gefahren für Dritte durchzusetzen suche, beim Unterlassen nicht verwirklicht sein. Eine Mindermeinung hält jedoch den Mord mit gemeingefährlichen Mitteln durch Unterlassen für möglich (Fischer, § 211 Rn 61; LK-Jähnke, § 211 Rn 58). Es gehe beim Mord mit gemeingefährlichen Mitteln - anders als bei der Heimtücke - nicht um ein "Ausnutzen" einer gemeingefährlichen Lage zur Tatbegehung, sondern um eine Tötung *durch* als unkontrollierbar erkannte Gefahren. Die von der h.M. als notwendig unterstellte Finalität, die beim Unterlassen tatsächlich fraglich sei, sei also gerade nicht erforderlich. Der BGH folgt in der vorliegenden Entscheidung der bisherigen Rspr., nennt die Einwände der Gegenansicht aber immerhin "bedenkenswert".

Vertiefungshinweise:

Zum Mord mit gemeingefährlichen Mitteln durch Unterlassen: BGHSt 34, 13 f.; 48, 147; Rengier, StV 1986, 408

Kursprogramm:

Examenskurs: "Ein Herz und eine Seele"

Leitsätze (der Readktion):

1. Eine Tötung mit gemeingefährlichen Mitteln i.S.v. § 211 II StGB durch Unterlassen ist grundsätzlich nicht möglich. Denn der Täter muss das gemeingefährliche Mittel selbst einsetzen. Es reicht nicht, wenn er eine bereits vorhandene gemeingefährliche Situation nutzt, unabhängig davon, ob die Gefahr zufällig entstanden, von einer dritten Person verursacht oder von ihm selbst ohne Tötungsvorsatz herbeigeführt worden ist.

2. Eine Tötung mit gemeingefährlichen Mitteln durch Unterlassung kommt dann in Betracht, wenn der Täter bereits bei der Gefahrsetzung mit Tötungsvorsatz handelt.

Sachverhalt:

Der Angeklagte ging davon aus, dass seine Lebens-

gefährtin die Beziehung mit ihm beendet hatte. Hierüber war er verzweifelt. Er beschloss deshalb, aus dem Leben zu scheiden, und öffnete die Gasleitung in seiner in einem Mehrfamilienhaus befindlichen Wohnung, um sich zu vergiften. Nachdem das Erdgas 10 bis 15 Minuten ausgeströmt war, verschloss er den Gashahn wieder und führte ein Telefongespräch mit einer Freundin, in dessen Verlauf er sich beruhigte. Dieses beendete er, als seine Lebensgefährtin klingelte, um ihre Sachen abzuholen. Er öffnete ihr die Tür. Sodann ließ er es geschehen, dass seine Lebensgefährtin sich eine Zigarette anzündete. Die Flamme des Feuerzeuges entzündete das in dem Raum befindliche Luft-Gas-Gemisch; die hierdurch verursachte Explosion brachte das gesamte Haus zum Einsturz. Von den Trümmern wurde ein Mitbewohner des Hauses erschlagen. Der Angeklagte und seine Lebensgefährtin erlitten schwere Verletzungen.

Aus den Gründen:

[1, 2] Das Landgericht hat den Angeklagten wegen Mordes in Tateinheit mit Herbeiführen einer Sprengstoffexplosion, versuchten Mordes und gefährlicher Körperverletzung durch Unterlassen zu einer lebenslangen Freiheitsstrafe verurteilt. Die hiergegen gerichtete Revision des Angeklagten hat mit der Sachrüge Erfolg. [...]

[3] Durch diese Feststellungen wird die allein auf die Verwirklichung des Mordmerkmals "mit gemeingefährlichen Mitteln" gestützte Verurteilung des Angeklagten wegen Mordes zum Nachteil des getöteten Nachbarn I nicht belegt. Der Generalbundesanwalt hat hierzu in seiner Antragschrift u. a. ausgeführt:

"Die Kammer hat übersehen, dass nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs sowie der herrschenden Meinung in der Literatur eine mit gemeingefährlichen Mitteln begangene Tötung durch Unterlassen grundsätzlich nicht möglich ist (BGHSt 34, 13 f.; Schneider in MK StGB § 211 Rdnr. 13; Eser in Schönke/Schröder 27. Aufl. § 211 Rdnr. 29; Lackner/Kühl StGB 25. Aufl. § 211 Rdnr. 11; Arzt in FS Roxin S. 855, 858; a. A. Fischer StGB 56. Aufl. § 211 Rdn. 61; Jähnke in LK 11. Aufl. § 211 Rdnr. 58; offen gelassen von BGHSt 48, 147, 149). Danach muss der Täter das gemeingefährliche Mittel einsetzen, es reicht nicht, wenn er eine bereits vorhandene gemeingefährliche Situation nutzt, unabhängig davon, ob die Gefahr zufällig entstanden, von einer dritten Person verursacht oder von ihm selbst ohne Tötungsvorsatz herbeigeführt worden ist (vgl. BGHSt 34, 13, 14). Es kommt somit eine Tötung mit gemeingefährlichen Mitteln durch Unterlassung dann in Betracht, wenn der Täter bei der Gefahrsetzung mit Tötungsvorsatz handelt, die Feststellungen vermögen hier einen solchen Vorsatz zur Zeit der Öffnung des Gashahns jedoch nicht zu belegen. Die Strafkammer hat es vielmehr ausdrück-

klich als möglich angesehen, dass der Angeklagte zu diesem Zeitpunkt das Risiko nur raumbezogen gesehen und gedacht habe, nur er sei gefährdet. Diese Schlussfolgerung im Rahmen der Erörterung des Tötungsvorsatzes zu Lasten des getöteten Nachbarn steht im Einklang mit den Ausführungen im Rahmen der Tatdarstellung, die das Bewusstsein der Explosionsgefahr nur im Zusammenhang mit der Zündflamme des Feuerzeugs der Nebenklägerin feststellt und der darauf bezogenen Beweiswürdigung. Zwar könnte den Formulierungen zur Gefährlichkeit des Tatmittels und zur Tatbegehung durch Unterlassen entnommen werden, dass die Kammer auch von einer Kenntnis des Angeklagten von der nicht beherrschbaren Gefahrenlage zur Zeit der Öffnung des Gashahns ausgegangen sein könnte. Dies gilt jedoch nur, wenn diese Urteilsparagen für sich gelesen werden, im Zusammenhang mit der darauf folgenden, direkt den Vorsatz zur Zeit der Gasöffnung behandelnden Abschnitt ergibt sich, dass die Passagen UA S. 19 und 20 lediglich zum Ausdruck bringen sollen, dass der Angeklagte sich zur Zeit der Anwesenheit der zu Zigaretten und Feuerzeug greifenden Nebenklägerin bewusst war, dass er vorher die Gefahr einer Explosion herbeigeführt hatte. Dies folgt insbesondere daraus, dass sich nur die Ausführungen auf UA S. 21 mit dem für den Vorsatz des Angeklagten bedeutsamen Indiz der Chinchilla-Bewahrung auseinandersetzen. Der Angeklagte hatte nämlich vor Öffnen des Gashahns den Käfig mit seinem Chinchilla aus dem - mit Gas zu flutenden - Wohnzimmer in den Flur verbracht und die Tür dorthin mit einem Tuch abgedichtet. Die Kammer hält es nicht für ausgeschlossen, dass der Angeklagte in diesem Moment davon ausging, der Chinchilla sei im Flur sicher, Todesgefahr bestehe mithin nur im Wohnzimmer. Die damit vorgenommene Differenzierung zwischen der

Bewusstseinslage des Angeklagten zur Zeit des Suizidversuchs und zur Zeit des Besuchs der Nebenklägerin wird wiederum durch konkrete Beweismstände gestützt. Ausweislich der von der Kammer als glaubhaft bewerteten Angaben der Zeugin J befand der Angeklagte sich nämlich noch unmittelbar nach dem Fehlschlag des Versuchs, sich mit Gas zu vergiften, in völlig aufgelöstem Zustand. Er habe verzweifelt gewirkt als habe er keinen Ausweg mehr gesehen, erst im Verlauf des Telefonats habe er sich beruhigt und sich bis zum Ende des Gesprächs, als die Nebenklägerin bei ihm eintraf, wieder gefasst.

Damit scheidet nach der Entscheidung des 5. Strafsenats (BGHSt 34, 13, 14) sowie der herrschenden Meinung in der Literatur die Anwendbarkeit des Mordmerkmals Heimtücke (richtig: mit gemeingefährlichen Mitteln) aus."

[4] Dem schließt sich der Senat an. Er ist sich zwar der durchaus bedenkenswerten Einwände gegen die zitierte Rechtsprechung bewusst, sieht aber dennoch keinen Anlass, hier von ihr abzuweichen.

[5] Der Senat hebt die Feststellungen zum objektiven und subjektiven Tatgeschehen auf, um dem neuen Tatgericht die Gelegenheit zu geben, insgesamt einheitliche Feststellungen zu treffen. Sollte der neue Tatrichter wiederum feststellen, dass der Angeklagte unmittelbar vor dem Eintreffen der Nebenklägerin ein Telefongespräch mit der Zeugin J führte und sich in dessen Verlauf beruhigte, wird er zu erwägen haben, inwieweit dieser Umstand im Rahmen der Beweiswürdigung zum Tötungsvorsatz des Angeklagten zu berücksichtigen ist. Sollte der Tötungsvorsatz des Angeklagten erneut festgestellt werden, wird die neu berufene Strafkammer das Mordmerkmal der Heimtücke auch bezüglich der Tötung des Nachbarn I in den Blick zu nehmen haben.

Standort: § 81a II StPO

Problem: Verkenntung des Richtervorbehalts

OLG HAMM, BESCHLUSS VOM 12.03.2009
3 Ss 31/09 (NSTZ-RR 2009, 243)

Problemdarstellung:

Der Angeklagte war im betrunkenen Zustand mit einem von ihm geführten Pkw auf den Bordstein gekommen, hatte ein Hinweisschild umgefahren und war trotz zweier geplatzter Vorderreifen noch mit dem Auto nach Hause gefahren. Die von einem Zeugen alarmierte Polizei traf den offensichtlich angetrunkenen Angeklagten dort an. Da dieser einen Atemluftalkoholtest ablehnte, ordnete der zuständige Polizeibeamte die Durchführung eines Blutalkoholtests durch einen Arzt im nahe gelegenen Krankenhaus an. Hierbei versuchte der Polizist - in Übereinstimmung mit der gängigen Polizeipraxis - gar nicht erst, eine staatsanwalt-

schaftliche oder richterliche Anordnung für diese Untersuchung des Angeklagten zu erhalten.

Der Angeklagte wurde vom Amtsgericht Lemgo wegen Vollrauschs, § 323a StGB, verurteilt, wobei dieses insb. das erstellte Blutalkoholgutachten zur Beweisführung heranzog. Auf die Sprungrevision, §§ 335 I, 312 I StGB, des Angeklagten hin hob das OLG Hamm die Verurteilung jedoch auf. Die Blutprobe des Angeklagten sei unter Verstoß gegen den Richtervorbehalt des § 81a II StPO erlangt worden und unterliege deshalb einem Beweisverwertungsverbot. Deshalb könne das Urteil nicht auf dieses Beweismittel gestützt werden.

Prüfungsrelevanz:

Die Prüfung des Bestehens eines Beweisverwertungs-

verbots wie das OLG Hamm sie in der vorliegenden Entscheidung durchführt, ist in beiden Examen immer wieder Gegenstand von Examensaufgaben. Im zweiten Examen gehört dies zu den Standardproblemen in allen denkbaren Klausurvarianten (staatsanwaltschaftliche Abschlussverfügung, Urteil, Revision und Anwaltsklausur) sowie in Aktenvorträgen und im Prüfungsgespräch, im ersten Examen ist die Erörterung von Beweisverwertungsverböten häufig Gegenstand von Zusatzfragen in Klausuren oder des Prüfungsgesprächs.

Interessant ist die vorliegende Entscheidung insbesondere deshalb, weil das OLG Hamm hier die Frage nach dem Bestehen eines Beweisverwertungsverbotes wegen Verstoßes gegen den Richtervorbehalt aus § 81a II StPO genau anders löst als das OLG Bamberg (NJW 2009, 2146 = RA 2009, 529). Will ein OLG von der Rechtsprechung eines anderen OLG abweichen, so muss es eigentlich die Sache dem BGH vorlegen, damit dieser eine einheitliche Lösung der streitigen Rechtsfrage sicherstellt, § 121 II GVG. Allerdings ist der fragliche Beschluss des OLG Bamberg nur eine Woche nach dem Beschluss des OLG Hamm ergangen, sodass das OLG Bamberg von der entgegenstehenden Rechtsprechung wohl noch keine Kenntnis hatte und deshalb eine Vorlage an den BGH unterblieben ist. Das nächste OLG, das über diese Frage zu entscheiden hat, wird die Sache jedoch dem BGH vorlegen müssen, da es aufgrund der Gegensätzlichkeit der Entscheidungen der Oberlandesgerichte Hamm und Bamberg auf jeden Fall von einem der Urteile wird abweichen müssen.

Gemäß § 81a I StPO können körperliche Untersuchungen des Beschuldigten, etwa die Entnahme einer Blutprobe, zur Feststellung verfahrensrelevanter Tatsachen angeordnet werden. Die entsprechende Anordnung ist gem. § 81a II StPO durch einen Richter zu treffen, bei Gefährdung des Untersuchungserfolges durch Verzögerung ("Gefahr im Verzug") auch die Staatsanwaltschaft und deren Ermittlungspersonen, also insbesondere die Polizei (vgl. § 152 GVG).

Im vorliegenden Fall hatte der zuständige Polizeibeamte nicht einmal versucht, eine richterliche Anordnung der körperlichen Untersuchung einzuholen und sich insofern auf die "langjährige Praxis" der Polizei berufen, nach der dies auch nicht üblich sei. Das OLG Hamm betont jedoch, dass es stets einer Einzelfallentscheidung bedarf, um festzustellen, ob Gefahr im Verzug i.S.v. § 81a II StPO vorliege (ebenso BVerfG, NJW 2007, 1345; OLG Bamberg, NJW 2009, 2146, 2147 = RA 2009, 529, 532). Im vorliegenden Fall sei dem Polizisten zwar zuzugestehen, dass der Angeklagte einen Atemalkoholtest verweigert hatte und deshalb die Möglichkeit bestand, dass sich seine Blutalkoholkonzentration im Bereich strafrechtlich relevanter

Grenzwerte befand. In diesem Fall wäre es denkbar gewesen, dass der Alkoholabbau im Blut, der durch eine Verzögerung der Untersuchung wegen der vorherigen Einholung einer richterlichen Anordnung eingetreten wäre, einen Nachweis der begangenen Straftaten erschweren oder unmöglich machen würde. Allerdings betont der BGH, dass ein solcher Zeitverlust jedenfalls dann nicht eingetreten wäre, wenn der Polizist während der Fahrt mit dem Angeklagten zum Krankenhaus telefonisch eine richterliche Genehmigung eingeholt hätte, was völlig ausreichend gewesen wäre. Deshalb habe der Polizist zu Unrecht seine Eilkompetenz wegen Gefahr im Verzug angenommen und somit den Richtervorbehalt des § 81a II StPO verletzt.

Das OLG Hamm musste sich dann damit auseinandersetzen, ob dieser Verfahrensfehler auch ein Verbot der Verwertung des so erlangten Beweismittels zur Folge hat. In § 81a StPO selbst ist die Rechtsfolge bei einem Verstoß gegen die dort genannten Voraussetzungen nicht geregelt. Rechtsprechung und herrschende Literatur gehen davon aus, dass auch ohne entsprechende gesetzliche Regelung die Verletzung einer Verfahrensvorschrift ein Verwertungsverbot hinsichtlich des so erlangten Beweismittels nach sich ziehen kann (sog. unselbstständiges Beweisverwertungsverbot, vgl. die Darstellung bei Meyer-Goßner, StPO, Einl. Rn 55 f.). Allerdings führt nicht jeder Verfahrensverstoß automatisch zu einem Beweisverwertungsverbot (BVerfG, NStZ 2006, 46; Meyer-Goßner, StPO, Einl. Rn 55), sondern es ist nach den Umständen des Einzelfalls, insbesondere der Art der verletzten Vorschrift und dem Gewicht des Verfahrensverstößes sowie der Bedeutung der im Einzelfall betroffenen Rechtsgüter zu beurteilen, ob die verfahrenswidrig erlangten Beweismittel verwertbar sind (BVerfG, NJW 2008, 3053, 3054; BGHSt 51, 285, 290; OLG Hamburg, NJW 2008, 2597, 2598; OLG Stuttgart, NStZ 2008, 238, 239). Während das OLG Bamberg im Rahmen der erforderlichen Abwägung zu dem Ergebnis gekommen war, dass ein Verstoß gegen § 81a II StPO nicht zur Unverwertbarkeit des so erlangten Beweismittels führt (NJW 2009, 2146, 2148 f. = RA 2009, 529, 533 ff.), sieht das OLG Hamm dies in der vorliegenden Entscheidung anders und betont insbesondere, dass die Berufung des Polizisten auf die "langjährige Praxis" zeige, dass er sich tatsächlich gar keine Gedanken gemacht habe, was einer willkürlichen Annahme einer eigenen Kompetenz gleichkomme. In solchen Fällen müsse aber das erlangte Beweismittel unverwertbar sein. Das OLG Bamberg hatte in einem vergleichbaren Sachverhalt gerade keine Willkür der Polizistin - und deshalb auch kein Beweisverwertungsverbot - angenommen (NJW 2009, 2146, 2149 = RA 2009, 529, 535).

Vertiefungshinweise:

□ Zu § 81a II StPO: *BVerfG*, NJW 2008, 3053; *OLG Bamberg*, NJW 2009, 2146 = RA 2009, 529; *OLG Dresden*, NJW 2009, 2149; *OLG Hamburg*, NJW 2008, 2597; *OLG Hamm*, NJW 2009, 242; *Fickentscher/Dingelstadt*, NSTZ 2009, 124; *Heß-Burmann*, NJW-Spezial 2008, 555; *Laschewski*, NZV 2008, 636; *Leipold/Beukelmann*, NJW 2008, 377; *Zopfs*, NJW 2009, 244

Leitsatz:

Ordnet ein Polizeibeamter auch heute noch, ohne dass "Gefahr im Verzug" vorliegt, die Entnahme einer Blutprobe "entsprechend der langjährigen Praxis" an, ohne einen Richter kontaktiert zu haben, ist das eine so grobe Verkennung der Eilzuständigkeit, dass das zur Annahme eines Beweisverwertungsverbotes führt.

Sachverhalt:

Der Angeklagte hatte am 01.05.2008 (Maifeiertag) erheblich dem Alkohol zugesprochen und sich aus Unachtsamkeit in einen erheblichen Rauschzustand versetzt. In diesem Zustand fuhr er um 19.05 Uhr mit einem PKW durch die Ortschaft Kalletal und kam infolge alkoholbedingter Fahruntüchtigkeit von der Fahrbahn ab, geriet frontal mit beiden Vorderrädern über die Bordsteinkante, wobei die Vorderreifen platzten, befuhr eine kleine Rasenfläche, überfuhr ein Hinweisschild und einen Zaun auf einer Länge von etwa 5 Metern. Auch das vom Angeklagten geführte Fahrzeug wurde beschädigt. Ohne wegen der Schäden die Feststellung seiner Personalien zu ermöglichen und nunmehr im Bewusstsein der alkoholbedingten Fahruntüchtigkeit setzte der Angeklagte die Fahrt fort und fuhr mit quietschenden Reifen, mit den Vorderrädern auf den Felgen fahrend, davon. Beinahe kollidierte er dabei mit einem anderen fahrenden PKW.

Schließlich parkte er das Fahrzeug vor seinem Wohnhaus und legte sich ins Bett.[...]

Nachdem die von Zeugen des Vorfalls herbeigerufenen Polizeibeamten nach 19:35 Uhr vor dem Haus, in dem der Angeklagte bei seinen Eltern wohnt, eingetroffen und dort den Vater des Angeklagten beim Reifenwechsel an dem Tatfahrzeug angetroffen hatten, geriet der Tatverdacht schnell auf den Angeklagten. Dieser wurde geweckt und fiel durch schwankenden Gang und Stand sowie Atemalkoholgeruch auf. Einen Alkoholtest lehnte er ab. Darauf hin ordnete der Polizeibeamte, POK H, auf der Grundlage des § 81 a StPO eine Blutentnahme an, ohne zuvor Kontakt mit der Staatsanwaltschaft oder dem Ermittlungsrichter aufgenommen oder dies versucht zu haben. Im angefochtenen Urteil heißt es insoweit: "Im vorliegenden Fall hatte die Polizei entsprechend der langjährigen Praxis

die Anordnung einer Blutprobe ohne vorherige Einschaltung der Staatsanwaltschaft und des Amtsgerichts getroffen."

Der Angeklagte leistete der Anordnung widerspruchlos Folge. Die um 20.08 Uhr im Klinikum Lippe-Lemgo entnommene Blutprobe ergab einen BAK-Wert von 2,6 Promille. Ein sog. "Nachtrunk" hat nicht stattgefunden.

Aus den Gründen:*I. Entscheidung des Amtsgerichts; Rechtsmittel*

Der Jugendrichter beim Amtsgericht Lemgo hat den Angeklagten wegen Vollrausches mit einer Geldbuße von 900,- Euro, zahlbar zu Gunsten einer gemeinnützigen Einrichtung belegt und ihm ferner die Fahrerlaubnis entzogen, den Führerschein eingezogen und die Verwaltungsbehörde angewiesen, ihm vor Ablauf von 15 Monaten keine neue Fahrerlaubnis zu erteilen. [...]

Gegen das Urteil wendet sich der Angeklagte mit der Revision. Er rügt die Verletzung formellen und materiellen Rechts.

*II. Entscheidung des OLG**1. Kein Rügeverlust durch fehlenden Widerspruch*

Die Revision des Angeklagten hat mit der Rüge der Verletzung des § 81 a StPO in vollem Umfang Erfolg. [...]

Bereits zu Beginn der Hauptverhandlung meldete der Verteidiger des Angeklagten Bedenken im Hinblick auf die Verwertung des auf der entnommenen Blutprobe basierenden BAK-Gutachtens wegen Verletzung des Richtervorbehalts an und widersprach der Verlesung und Verwertung noch vor Verlesung des Gutachtens in der Hauptverhandlung. Darauf verkündete das Gericht den Beschluss, dass das Gutachten verlesen und verwertet werden solle. Es wurde sodann durch Verlesung in die Hauptverhandlung eingeführt.

2. Zulässigkeit der Revision, insbesondere ordnungsgemäße Begründung gem. § 344 II 2 StPO

Die Rüge genügt den Begründungsanforderungen des § 344 Abs. 2 S. 2 StPO. Danach müssen bei einer Verfahrensrüge die den geltend gemachten Verstoß enthaltenden Tatsachen so genau dargelegt werden, dass das Revisionsgericht auf Grund dieser Darlegung das Vorhandensein - oder Fehlen - eines Verfahrensmangels feststellen kann, wenn die behaupteten Tatsachen bewiesen sind oder bewiesen werden (BGH NJW 1995, 2047; OLG Hamm NJW 2009, 242; OLG Hamm Urt. v. 12.02.2008 - 3 Ss 541/07 = Beck RS 2008, 07744). Dem wird der Vortrag der Revision gerecht.

Zwar enthält die Revisionsbegründung keine Ausführungen dazu, ob überhaupt beim für Kalletal örtlich zuständigen Amtsgericht Lemgo am 1. Mai 2008 zum Zeitpunkt der Anordnung der Blutprobenentnahme (der im übrigen ebenfalls nicht näher mitgeteilt wird) ein richterlicher Eildienst bestand. Dies ist jedoch unschädlich. Denn entweder hat der die Blutprobenentnahme anordnende Polizeibeamte gegen den Richtervorbehalt verstoßen, in dem er - trotz bestehenden richterlichen Eildienstes - nicht versucht hat, dessen Anordnung einzuholen, oder es liegt ein justizseitiger Verstoß (des Präsidiums oder des Eildienststrichters) vor, weil ein richterlicher Eildienst nicht eingerichtet war, obwohl er hätte eingerichtet sein müssen.

Aufgrund der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Bedeutung des Richtervorbehalts ist die Erreichbarkeit des zuständigen Richters zur Tagzeit (wobei insoweit u.a. auf § 104 Abs. 3 StPO verwiesen wird, der die Nachtzeit als den Zeitraum von neun Uhr abends bis vier Uhr bzw. sechs Uhr morgens definiert) stets zu gewährleisten (BVerfG NJW 2001, 1121, 1122; BVerfG Beschl. v. 13.12.2005 - 2 BvR 447/05 -juris). Zwar bezog sich diese Rechtsprechung zunächst auf Verstöße gegen verfassungsrechtliche Richtervorbehalte (Art. 13 Abs. 2, 104 Abs. 2 GG), während es bei der Frage der Blutentnahme nach § 81a StPO zunächst einmal um die körperliche Unversehrtheit des Beschuldigten geht, für die in Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG kein verfassungsrechtlicher Richtervorbehalt vorgesehen ist und nur ein einfachrechtlicher (§ 81a Abs. 2 GG) besteht (vgl. BVerfG Beschl. 21.01.2008 - 2 BvR 2307/07). Es gibt aber keinen sachlichen Grund, bei Auslegung des einfachen Rechts, den einfachgesetzlichen Richtervorbehalt grundlegend anders zu behandeln, als (auch) verfassungsrechtlich gewährleistete Richtervorbehalte (vgl. insoweit BVerfG NJW 2007, 1345, 1346; BVerfG NJW 2008, 3053, 3054; OLG Hamm Beschl. v. 02.12.2008 - 4 Ss 466/08 = BeckRS 2009, 06454; Rabe von Kühlewein JR 2007, 517, 520). Dafür spricht auch, dass zum einen auch eine Anordnung nach § 81a StPO ggf. mit einer Freiheitsentziehung verbunden sein kann, zum anderen, dass aufgrund der verfassungsgerichtlichen Anforderungen jedenfalls ein Haftrichter zu den genannten Zeiten erreichbar sein muss, der dann auch über andere, grundsätzlich der richterlichen Anordnung vorbehaltene Ermittlungsmaßnahmen entscheiden kann. Entsprechend ist auch in den (für die Rechtsprechung allerdings mangels Gesetzescharakters nicht bindenden) landesinternen Verwaltungsvorschriften geregelt, dass bei allen Amtsgerichten sicherzustellen ist, dass an allen Tagen in der Zeit von 6 Uhr bis 21 Uhr zur Erledigung unaufschiebbarer Amtshandlungen die Erreichbarkeit eines zuständigen Richters zu gewährleisten ist (AV d. JM vom 15.05.2007 - 2043 - 1.3. -

JMBI. NRW 2007 S. 165). Angesichts dessen kann hier davon ausgegangen werden, dass in dem Zeitraum der vorliegend für die Anordnung der Blutprobe in Frage kam (zwischen 19.35 Uhr - Eintreffen am Haus des Angeklagten - und 20.08 Uhr - Entnahme der Blutprobe) ein Eildienst eingerichtet war. Dass die Revision sich etwa gegen einen rechtswidrig nicht bestehenden Eildienst wendet, wird von ihr auch nicht geltend gemacht.

Selbst wenn - wie dies vereinzelt in der Literatur (vgl. Fickentscher/Dingelstadt NStZ 2009, 124, 128) und auch in der Rechtsprechung (vgl. OLG Jena Beschl. v. 25.11.2008 - 1 Ss 230/09 = BeckRS 2009, 04235) anklingt - in (wie hier) ländlich geprägten Amtsgerichtsbezirken noch kein den verfassungsgerichtlichen Anforderungen genügender Bereitschaftsdienst eingerichtet gewesen sein sollte (im Rahmen der Prüfung des § 344 Abs. 2 S. 2 StPO kann das Revisionsgericht weitergehende Erkenntnisse aus der Begründetheitsprüfung noch nicht verwenden), wäre der fehlende Vortrag der Revision hierzu unschädlich. Denn dann hätte zwar der einzelne Polizeibeamte subjektiv nicht vorwerfbar die Anordnung wegen Gefahr im Verzuge treffen können, denn eine richterliche Anordnung wäre dann frühestens am nächsten Werktag in den Dienststunden des Gerichts zu erlangen gewesen. Der Verstoß gegen den Richtervorbehalt läge dann allerdings im Bereich der Justizorganisation. Hieraus kann dem Beschuldigten kein Nachteil erwachsen, so dass das Fehlen des gesetzlich gebotenen Eildienstes bzw. der Erreichbarkeit des Eildienststrichters objektiv Gefahr im Verzuge nicht zu begründen vermag (OLG Jena Beschl. v. 25.11.2008 - 1 Ss 230/09 = BeckRS 2009, 04235; Fickentscher/Dingelstadt NStZ 2009, 124, 128).

Gleich wie die Sachlage im vorliegenden Fall also war, ergibt sich aus dem Revisionsvortrag auch ohne Darlegung des Bestehens und Umfangs eines richterlichen Eildienstes ein Verstoß gegen den Richtervorbehalt.

3. Begründetheit der Revision

Die Rüge der Verletzung des § 81 a StPO ist begründet.

a) Zum Vorliegen eines Verstoßes gegen den Richtervorbehalt gem. § 81a II StPO

Dadurch dass der Polizeibeamte POK H die Blutentnahme ohne Einschaltung eines Richters angeordnet hat, hat er gegen den in § 81 a Abs. 2 StPO geregelten Richtervorbehalt verstoßen. Die Voraussetzungen für eine Blutentnahme nach § 81a Abs. 1 StPO lagen hier zwar vor. Es lag auch eine Anordnung nach § 81 a StPO vor. Der Angeklagte hat sich nicht etwa freiwillig

lig der Blutprobenentnahme unterzogen. Die Anordnung zur Blutentnahme wurde jedoch ohne Einschaltung eines Richters trotz eines - ausweislich der vom Berichterstatter eingeholten Auskunft vom Amtsgericht Detmold - im Jahre 2008 an allen Tagen in der Zeit von 6 Uhr bis 21 Uhr beim nach § 162 StPO für den gesamten Landgerichtsbezirk Detmold, und damit auch für Kalletal, zuständigen Amtsgericht Detmold eingerichteten richterlichen Eildienstes von einem Polizeibeamten getroffen. Dies hat er nicht etwa wegen Gefahr im Verzuge getan, sondern - so die Urteilsfeststellungen - "entsprechend der langjährigen Praxis". Der Polizeibeamte hat sich mithin darüber, ob Gefahr im Verzuge vorliegt und ihm deswegen die Anordnungskompetenz (ausnahmsweise) zusteht, überhaupt keine Gedanken gemacht. Auch die entsprechenden Teile der Ermittlungsakte, die der Senat aufgrund der zulässig erhobenen Verfahrensrüge verwerten kann, ergeben für eine Prüfung der Frage (oder gar eine entsprechende Dokumentation), ob Gefahr im Verzuge vorliegt, keinerlei Anhaltspunkte.

Auch objektiv ergeben sich keine Anhaltspunkte für das Vorliegen von Gefahr im Verzuge. Diese Frage beurteilt sich danach, ob durch die vorherige Anrufung des Gerichts die Gefährdung des Untersuchungserfolges aufgrund einzelfallbezogener Tatsachen zu gewärtigen ist (BVerfG NJW 2007, 1345, 1346; BVerfG NJW 2008, 3053, 3054; OLG Hamm NJW 2009, 242, 243). Das ist hier eher fernliegend. Der Sachverhalt war sehr einfach gelagert, so dass eine richterliche Anordnung auf telefonischem Wege einholbar gewesen wäre. Nicht jede richterliche Anordnung kann zwingend erst nach Aktenvorlage erfolgen (vgl. BGHSt 51, 285; OLG Hamm NJW 2009, 242, 243 m.w.N.). Der richtige Beschuldigte stand fest, ebenso wie seine Alkoholisierung und der Verdacht bestimmter Verkehrsdelikte.

Es ging um die Feststellung des Blutalkoholwertes, nicht um den Nachweis von Betäubungsmitteln, bei denen der Nachweis mit zunehmendem Abbau auch bei Rückrechnung schwieriger ist (Rabe v. Kühlewein JR 2007, 517, 518). Der Generalstaatsanwaltschaft ist zuzugeben, dass hier aufgrund der Weigerung des Angeklagten, einen Atemalkoholtest durchzuführen, die Gefahr bestand, dass sich die Alkoholisierung des Angeklagten in der Nähe der strafrechtlich relevanten Grenzwerte bewegte, was grundsätzlich für die Vermeidung weiterer Verzögerungen durch die Einholung einer richterlichen Anordnung und für die Bejahung von Gefahr im Verzuge spricht (vgl. OLG Hamm NJW 2009, 242, 244 m.w.N.). Warum aber bei dem vorliegenden, einfach gelagerten Sachverhalt eine nennenswerte Verzögerung durch Einholung einer (telefonischen) richterlichen Anordnung, die zu einem Be-

weismittelverlust hätte führen können, zu erwarten gewesen wäre ist nicht erkennbar. Auch der Tatrichter, der von "besonderen Schwierigkeiten und Verzögerungen" durch die Anrufung des Eildienstes ausgeht, legt diese nicht näher dar. Eine Verzögerung wäre darüber hinaus noch weniger wahrscheinlich gewesen, wenn man zweistufig vorgegangen wäre: Zunächst hätte man, wenn man z. B. wegen der bereits verstrichenen Zeit seit der Tat einen Beweismittelverlust wegen Unsicherheiten bei einer Rückrechnung im Strafverfahren von einem BAK-Wert aufgrund einer wegen Verzögerungen bei der Einschaltung des Richters noch später entnommenen Blutprobe befürchtet hätte, den Angeklagten zunächst auf der Grundlage des § 81a StPO, dies dann aufgrund eigener Anordnung der Ermittlungsperson, festhalten und sich mit ihm auf den Weg zur Blutentnahme machen können. Während dessen - und noch vor der Blutentnahme selbst - hätte man dann noch versuchen können, fernmündlich die richterliche Anordnung für das weitere Vorgehen auf der Grundlage des § 81a StPO einzuholen (zu diesem zweistufigen Vorgehen vgl. OLG Hamm NJW 2009, 242, 244; Fickentscher/Dingelstadt NStZ 2009, 124, 127).

Eine Dringlichkeit der Blutentnahme, die noch nicht einmal die fernmündliche Beteiligung des Richters erlaubte, ist hier also nicht evident. Der Senat schließt nicht aus, dass sich auch in Fällen wie dem vorliegenden eine solche Dringlichkeit ergeben kann, Dann müssen aber Umstände, wie z. B. die nicht sofortige Erreichbarkeit des Ermittlungsrichters, dessen gleichzeitige Befassung mit anderen dringlichen Rechtssachen oder seine Weigerung, ohne Vorlage schriftlicher Unterlagen zu entscheiden, vorliegen. Dem ist hier nicht so, jedenfalls sind weitere Umstände nicht dokumentiert.

b) Bestehen eines Beweisverwertungsverbotes wegen des Verstoßes

Der Verstoß gegen den Richtervorbehalt des § 81 a Abs. 2 StPO führt hier zu einem Beweisverwertungsverbot.

In der Strafprozessordnung ist allerdings kein ausdrückliches Verbot der Verwertbarkeit von unter Verstoß gegen § 81a Abs. 2 StPO erlangten Beweisen geregelt. Nicht jeder Verstoß gegen ein Beweiserhebungsverbot zieht damit ein Beweisverwertungsverbot nach sich. Die Frage nach einem Beweisverwertungsverbot ist nach gefestigter, vom Bundesverfassungsgericht gebilligter obergerichtlicher und höchstrichterlicher Rechtsprechung jeweils nach den Umständen des Einzelfalles, insbesondere nach der Art des Verbots und dem Gewicht des Verstoßes, unter Abwägung der widerstreitenden Interessen zu entscheiden. Dabei muss be-

achtet werden, dass die Annahme eines Verwertungsverbots, auch wenn die Strafprozessordnung nicht auf Wahrheitserforschung "um jeden Preis" gerichtet ist, eines der wesentlichen Prinzipien des Strafverfahrensrechts einschränkt, nämlich den Grundsatz, dass das Gericht die Wahrheit zu erforschen und dazu die Beweisaufnahme von Amts wegen auf alle Tatsachen und Beweismittel zu erstrecken hat, die von Bedeutung sind. Daran gemessen bedeutet ein Beweisverwertungsverbot eine Ausnahme, die nur nach ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift oder aus übergeordneten wichtigen Gründen im Einzelfall anzuerkennen ist. Maßgeblich mit beeinflusst wird das Ergebnis der demnach vorzunehmenden Abwägung vom Gewicht des in Frage stehenden Verfahrensverstößes. Dieses wird seinerseits wesentlich von der Bedeutung der im Einzelfall betroffenen Rechtsgüter einerseits und andererseits davon bestimmt, ob die Annahme von Gefahr im Vollzuge willkürlich erfolgte oder auf einer besonders groben Fehlbeurteilung beruhte (vgl. BVerfG NJW 2008, 3053; BGH NJW 2007, 2269, 2271; OLG Hamm Beschl. v. 02.12.2008 -4 Ss 466/08 = BeckRS 2009, 06454; OLG Hamburg NJW 2008, 2597, 2599; OLG Jena Beschl. v. 25.11.2008 - 1 Ss 230/08 = BeckRS 2009, 04235; OLG Köln Beschl. v. 26.09.2008 - 83 Ss 69/08 = BeckRS 2008, 23570; OLG Stuttgart NStZ 2008, 238 f.).

Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass - entgegen der Ausführungen im angefochtenen Urteil - der Umstand, dass der Angeklagte gegen die angeordnete Blutprobentnahme keinen Widerspruch (vor dem Polizeibeamten) erhoben hat, nicht relevant ist. Dass der Angeklagte sich widerstandslos einer polizeilichen Anordnung gebeugt hat, ist nur das, was grundsätzlich vom jedem Bürger erwartet wird und hat darüber hinaus keine Aussagekraft.

Zwar ist hier zu berücksichtigen, dass die Straftatbestände, derer der Angeklagte verdächtig war, dem Schutz der Sicherheit des Straßenverkehrs und damit (wegen des dahinter stehenden Schutzes insbesondere von Leben und Gesundheit anderer Verkehrsteilnehmer) dem Schutz hoher Rechtsgüter dienen, während der Eingriff, dem sich der Angeklagte unterziehen musste, lediglich eine geringfügige Beeinträchtigung der körperlichen Unversehrtheit darstellt. Weiter ist zu berücksichtigen, dass in der Sache eine entsprechende richterliche Anordnung bei Einschaltung des Eildienststrichters rechtmäßigerweise erteilt worden wäre. Ferner ist zu berücksichtigen, dass die Anordnungs-kompetenz wenn auch nachrangig grundsätzlich auch dem Polizeibeamten zustand und damit der Verstoß weniger schwer wiegt, als wenn selbst dies gesetzlich nicht zugelassen wäre. Zudem handelt es sich nicht um einen verfassungsrechtlichen Richtervorbehalt,

sondern nur um einen einfachgesetzlichen, bei dem Annahme eines Verwertungsverbots aus verfassungsrechtlichen Gründen unter dem Gesichtspunkt des rechtsstaatlichen. Mindeststandards nicht geboten ist (BVerfG NJW 2008, 3053, 3054 m. zust. Anm. Lashewski NZV 2008, 637 f.). Auch der bei dem gegebenen Sachverhalt zwangsläufig fehlenden, aber - mit Ausnahme von Evidenzfällen - verfassungsgerichtlich geforderten Dokumentation zu den Voraussetzungen der Gefahr im Verzuge, kommt hier hinsichtlich der Frage eines Verwertungsverbotes kein eigenständiges Gewicht zu. Im übrigen würde sie allein genommen auch kein Verwertungsverbot begründen können (BGH NStZ-RR 2007, 242; vgl. auch BVerfG NJW 2008, 3053, 2054).

Dies alles vermag aber nicht darüber hinweg zu helfen, dass hier ein objektiv willkürliches Vorgehen bzw. ein grober Verstoß des handelnden Polizeibeamten bzw. der Ermittlungspersonen der Staatsanwaltschaft generell (weil nicht hinreichend dafür Sorge getragen wurde, dass der Bedeutung des Richtervorbehalts auch auf der Ebene des Polizeibeamten vor Ort Rechnung getragen wird) vorlag, was ein (einfachgesetzliches) Verwertungsverbot begründet (vgl. dazu BVerfG NJW 2007, 1345, 1346; BGH NJW 2007, 2269, 2272; OLG Jena Beschl. v. 25.11.2008 - 1 Ss 230/08 = BeckRS 2009, 04235; OLG Stuttgart NStZ 2008, 238; vgl. auch OLG Karlsruhe NStZ 2005, 399, 400; Fickentscher/Dingelstadt NStZ 2009, 124, 128; Müller/Trurnit StraFo 2008, 144, 147 ff.). In diesem Zusammenhang ist zu berücksichtigen, dass er sich - sowohl nach den Urteilsfeststellungen als auch nach dem relevanten Akteninhalt - keinerlei Gedanken über die Fragen von Gefahr im Verzuge und richterlicher Anordnungs-kompetenz gemacht hat oder eine entsprechende Prüfung vorgenommen hätte, sondern allein aufgrund „langjähriger Praxis“ eine eigene Anordnung getroffen hat. Das ist schon unabhängig von der Betrachtung jeglicher verfassungsgerichtlicher Rechtsprechung rechtlich bedenklich, da dies bereits nach dem Gesetzeswortlaut seit je her unabdingbare Voraussetzung für einen Verzicht auf die Einschaltung eines Richters war. Eine „langjährige Praxis“ ist nicht geeignet, die gesetzlichen Anforderungen außer Kraft zu setzen.

Zu berücksichtigen ist auch, dass es sich bei der Entwicklung der Rechtsprechung zum Richtervorbehalt um keine ganz junge Entwicklung mehr handelt. Die Bedeutung, die das Bundesverfassungsgericht dem Richtervorbehalt grundsätzlich zumisst, ist mindestens mit der Entscheidung vom 20.02.2001 (NJW 2001, 1121) deutlich geworden. In der Folgezeit ist die Bedeutung auch des einfachgesetzlichen Richtervorbehalts, u. a. auch bei § 81 a StPO, in der verfassungs-

gerichtlichen Rechtsprechung aufgezeigt und veröffentlicht worden (insbesondere mit den Beschlüssen vom 12.02.2007 = NJW 2007, 1345 und vom 31.10.2007 - 2 BvR 1346/07 - juris). Auch zum Zeitpunkt der hier in Frage stehenden Anordnung war daher die Relevanz des Richtervorbehalts nach § 81 a Abs. 2 StPO in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts damit schon mehr als ein Jahr bekannt. Von einem Ausschluss der objektiven Willkür, weil zum Anordnungszeitpunkt die entsprechenden Rechtsfragen noch im Streit waren (so OLG Köln Beschl. v. 26.09.2008 - 83 Ss 69/08 = BeckRS 2008, 23570, für einen allerdings zeitlich noch näher an der ersten der beiden oben genannten Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts gelegenen Fall) kann daher nicht mehr die Rede sein. Vielmehr handelte es sich - so letztlich auch die entsprechende, bereits zitierte, Feststellung im angefochtenen Urteil - um die langfristige Fortführung einer bestehenden Praxis, welche mit der Rechtslage nicht in Einklang stand und letztlich die Besorgnis einer dauerhaften und ständigen Umgehung des Richtervorbehalts des § 81a Abs. 2 StPO begründet. Die Schwere des Verstoßes ergibt sich hier also nicht daraus, dass ein Polizeibeamter im Einzelfall die Voraussetzungen des Richtervorbehalts verkannt oder nicht geprüft hat, sondern daraus, dass dessen Voraussetzungen - so das angefochtene Urteil - aufgrund langjähriger Praxis, also gleichsam einem „Fehler im System“, ungeprüft geblieben sind.

Der Fall liegt hier anders als der, der der Entscheidung des Bundesgerichtshofes in NStZ-RR 2007, 242, zu Grunde lag, in der ein Verwertungsverbot verneint

wurde. Dort war zumindest versucht worden, den grundsätzlich vorgesehenen Eildienstrichter zu erreichen, was aber nicht gelang, so dass dann die Anordnung durch den zuständigen Bereitschaftsstaatsanwalt wegen Gefahr im Verzuge erfolgt ist. Ebenfalls ist er anders gelagert, als der Fall, der der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts in NJW 2008, 3053, zu Grunde lag. Dort war die Verabsäumung der Einholung einer richterlichen Anordnung augenscheinlich nicht Ausfluss einer langjährigen Praxis, die eine Prüfung der Voraussetzungen der Gefahr im Verzuge ersetzte.

Die mithin fehlerhafte Verwertung des BAK-Gutachtens beschwert den Angeklagten auch. Es ist auch unter Anwendung des Jugendstrafrechts nicht auszuschließen, dass es ohne die Verwertung des Gutachtens nicht zur Verurteilung nach § 323a StGB gekommen wäre, weil sich dann die Alkoholisierung auch nicht anderweitig hätte aufklären lassen (z. B. durch Befragung von Zeugen zu Trinkmengen und Trinkzeiten) und dann ggf. auch eine Verurteilung nach §§ 316, 315c Abs. 1 Nr. 1 StGB ausgeschieden wäre. Weitere Feststellungen sind grundsätzlich möglich, so dass hier die Sache nach § 354 Abs. 2 StPO an eine andere Abteilung des Amtsgerichts Lemgo zurückzuverweisen war.

Da die Revision bereits mit der Rüge der Verletzung des § 81 a StPO vollumfänglich Erfolg hat, bedurfte es eines Eingehens auf die Rüge der Verletzung materiellen Rechts und auf die Rüge der Verletzung des § 52 StPO nicht mehr.

*Urteile in Fallstruktur***Standort: Öffentliches Recht****Problem: Sperrbezirksverordnung**

BVERFG, BESCHLUSS VOM 28.04.2009
1 BvR 224/07 (NVwZ 2009, 905)

Problemdarstellung:

Art. 297 I EGStGB ermächtigt die zuständigen Behörden zum Erlass sog. "Sperrbezirksverordnungen", nach denen für ganze Gemeinden oder Teile derselben verboten werden kann, der Prostitution nachzugehen. Der Beschwerdeführer (Bf.) der Verfassungsbeschwerde, über die das BVerfG zu befinden hatte, beantragte einen Bauvorbescheid, mit dem er die Zulässigkeit der Prostitutionsausübung in seiner Wohnung beschieden haben wollte. Diese Ausgangslage gab dem BVerfG Gelegenheit zu folgenden Feststellungen:

A. Weder Art. 297 I EGStGB noch die auf seiner Grundlage ergangenen Sperrbezirksverordnungen sind an den verschärften Bestimmtheitsanforderungen des Art. 103 II GG zu messen, soweit sie keinen repressiv-straftenden, sondern ausschließlich präventiven Charakter haben.

B. Für Verordnungsermächtigungen gilt dennoch nicht (nur) der allgemeine Bestimmtheitsgrundsatz aus Art. 20 III GG, sondern Art. 80 I 2 GG, wonach Inhalt, Zweck und Ausmaß der späteren Verordnung bereits im zu ihrem Erlass ermächtigenden Gesetz erkennbar sein müssen. Diesen Vorgaben genüge Art. 297 I EGStGB gerade noch.

C. Grundrechte des Bf. seien durch die "Sperrbezirksverordnung" nicht verletzt. Zwar falle die Ausübung eigenverantwortlich betriebener Prostitution in den Schutzbereich des Art. 12 I GG, jedoch sei deren Einschränkung durch die Verordnung als reine Berufsausübungsregelung bereits durch vernünftige Allgemeinwohlgründe gerechtfertigt, nämlich im Hinblick auf den Schutz der Jugend und des öffentlichen Anstandes (Anwendung der sog. "Drei-Stufen-Theorie" des BVerfG). Art. 14 I GG vermittele das Recht, die eigene Wohnung nach Belieben - und damit auch zur Prostitutionsausübung - zu nutzen. Jedoch sieht das BVerfG in Art. 297 I EGStGB eine verhältnismäßige Schrankenbestimmung des Eigentumsrechts i.S.d. Art. 14 I 2 GG, sodass auch der Eigentumseingriff gerechtfertigt war. Der Bf. hatte nach alledem keinen Anspruch auf

einen positiven Bauvorbescheid, seine Verfassungsbeschwerde war ebenso wie seine Klage unbegründet.

Prüfungsrelevanz:

Die Entscheidung ist die zweite des BVerfG in kurzer Zeit zu den Sperrbezirksverordnungen und Art. 297 I EGStGB. Die RA hatte bereits darüber berichtet, dass das BVerfG es für mit dem strafrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz aus Art. 103 II GG für vereinbar hält, dass der Bürger sich selbst erkundigen muss, ob eine Sperrbezirksverordnung existiert und wann diese ggf. eingreift (BVerfG, RA 2009, 225 = NVwZ 2009, 239). Die Aktualität des Themas begründet seine besondere Examensrelevanz. Hinzu kommt, dass sich auf der Grundlage des vorliegenden Urteils eine Fülle von Examensaufgaben bilden lassen:

- Naheliegend ist zunächst der in der nachstehenden Falllösung verfolgte Ansatz einer verfassungsrechtlich geprägten Aufgabenstellung.

- Jedenfalls in den Bundesländern, in denen § 47 I Nr. 2 VwGO umgesetzt worden ist, könnte auch eine verwaltungsgerichtliche Normenkontrolle gegen eine Sperrbezirksverordnung abgeprüft werden. Die Verfassungsmäßigkeit des Art. 297 I EGStGB als Ermächtigungsgrundlage für die Verordnung wäre darin inzidenter zu prüfen.

- Es lassen sich ferner polizei- und ordnungsrechtliche Klausuren bilden, etwa dergestalt, dass die weitere Prostitutionsausübung durch Verwaltungsakt unter Berufung auf die Sperrbezirksverordnung untersagt wird. Hiergegen könnte Anfechtungsklage erhoben und/oder ein Antrag nach § 80 V 1 VwGO gestellt werden, wenn etwa die sofortige Vollziehung des Verbots nach § 80 II Nr. 4 VwGO angeordnet wurde. Innerhalb dieser Rechtsbehelfe wären wiederum die Verfassungsmäßigkeit der Verordnung und ihrer Ermächtigungsgrundlage inzidenter zu prüfen.

- Schließlich lassen sich sogar baurechtliche Aufgaben denken, wie der Originalfall zeigt, in dem der Bf. einen Bauvorbescheid über die Zulässigkeit der Prostitutionsausübung in seiner Wohnung begehrte.

Vertiefungshinweise:

☐ Sperrbezirksverordnung nach Art. 297 I 1 Nr. 3

EGStGB: *BVerwG*, NVwZ 2005, 597; *VGH Kassel*, NVwZ-RR 2004, 470; NVwZ-RR 1990, 472; *OVG Koblenz*, NVwZ-RR 2006, 611

Bestimmtheit und Auslegung des Begriffs "öffentlicher Anstand": *VGH Kassel*, NVwZ-RR 1990, 472; NVwZ-RR 2004, 470 [471]; *VGH Mannheim*, DÖV 1978, 848 [850]

Kursprogramm:

Examenskurs: "Betteln verboten"

Leitsätze (der Redaktion):

1. Art. 297 I 1 Nr. 2 EGStGB ist verfassungsgemäß, insbesondere mit den qualifizierten Bestimmtheitsanforderungen des Art. 80 I 2 GG vereinbar.

2. Art. 297 I 1 Nr. 2 EGStGB selbst, sowie Sperrbezirksverordnungen, die sich an dessen Vorgaben halten, stellen eine zulässige Berufsausübungsregelung dar und verletzen somit nicht das Grundrecht der Prostituierten aus Art. 12 I 1 GG. Ferner sind sie als Inhalts- und Schrankenbestimmungen i.S.d. Art. 14 I 2 GG mit der Eigentumsgarantie des Art. 14 I 1 GG vereinbar, weil sie diese in verhältnismäßiger Weise beschränken.

Sachverhalt:

Art. 297 I EGStGB lautet:

"Die Landesregierung kann zum Schutz der Jugend oder des öffentlichen Anstandes

1. für das ganze Gebiet einer Gemeinde bis zu fünfzigtausend Einwohnern,
2. für Teile des Gebiets einer Gemeinde über zwanzigtausend Einwohner oder eines gemeindefreien Gebiets,
3. unabhängig von der Zahl der Einwohner für öffentliche Straßen, Wege, Plätze, Anlagen und für sonstige Orte, die von dort aus eingesehen werden können, im ganzen Gebiet oder in Teilen des Gebiets einer Gemeinde oder eines gemeindefreien Gebiets durch Rechtsverordnung verbieten, der Prostitution nachzugehen. Sie kann das Verbot nach Satz 1 Nr. 3 auch auf bestimmte Tageszeiten beschränken.

Die Prostituierte P meint, diese Norm sei verfassungswidrig. Sie greife in nicht zu rechtfertigender Weise in die Grundrechte der Prostituierten aus Art. 12 I und 2 I GG sowie die Rechte der Eigentümer von zu Prostitutionszwecken genutzten Wohnungen aus Art. 14 I 1 GG ein. Ferner sei sie mit den qualifizierten Bestimmtheitsanforderungen der Art. 80 I 2 GG und 103 II GG nicht vereinbar, weil man sich unter "öffentlichem Anstand" nichts vorstellen könne, ferner die ge-

neralklauselartige Erfassung jeglicher Prostitution zu undifferenziert sei, sie insbesondere außer Acht lasse, dass das Gesetz zur Regelung der Rechtsverhältnisse der Prostituierten vom 20.12.2001 (Prostitutionsgesetz - ProstG, BGBl I, 3983) jedenfalls die eigenverantwortlich betriebene, von kriminellen Begleiterscheinungen freie Prostitution vom Makel der Sittenwidrigkeit befreit habe. Spätestens nach Inkrafttreten des Prostitutionsgesetzes hätte der Gesetzgeber Art. 297 I EGStGB ersatzlos streichen müssen.

Ist Art. 297 I EGStGB verfassungsgemäß?

Lösung:

Art. 297 I EGStGB ist verfassungsgemäß, sofern die Norm den formellen und materiellen Anforderungen genügt, die das Grundgesetz an eine Verordnungsermächtigung stellt.

A. Formelle Verfassungsmäßigkeit

Art. 297 I 1 Nr. 2 EGStGB verstößt als vorkonstitutionelle Norm nicht gegen die Anforderungen des Grundgesetzes an Gesetzgebungskompetenz, Verfahren und Form. Die formelle Verfassungsmäßigkeit der Norm unterliegt daher keinem Zweifel.

B. Materielle Verfassungsmäßigkeit

In materieller Hinsicht kommen insbesondere die von P behaupteten Verstöße gegen Grundrechte aus Art. 12 I 1, 14 I 1 und 2 I GG in Betracht.

I. Verstoß gegen Art. 12 I 1 GG

1. Schutzbereich betroffen

Art. 12 I 1 GG schützt die Berufsfreiheit. Unter einem Beruf ist jede auf Erwerb der Lebensgrundlage gerichtete, auf Dauer angelegte und erlaubte Tätigkeit zu verstehen. Hier könnte die Berufsfreiheit der Prostituierten und sonstiger Personen, die im Umfeld der Prostitution eine Tätigkeit entfalten (etwa Vermieter entsprechender Unterkünfte) betroffen sein. Dann müssten die Prostitutionsausübung und die mit ihr in Zusammenhang stehenden Tätigkeiten "Berufe" in diesem Sinne sein. Dass sie auf Erwerb der Lebensgrundlage und auf Dauer angelegt sind, steht außer Frage. Allerdings müssten sie erlaubt sein. Erlaubt in diesem Sinne ist eine Tätigkeit, wenn sie nicht von vornherein auf Gemeenschädlichkeit angelegt ist. Früher wurde Prostitution pauschal als sittenwidrig und damit als gemeinschädlich angesehen. Im Zuge des Wandels gesellschaftlicher Werte kann dies heute jedoch pauschal nicht mehr so gesehen werden. Jedenfalls bestimmte Erscheinungsformen der Prostitution, vor al-

lem jene, die eigenverantwortlich und ohne kriminelle Begleiterscheinungen betrieben werden, sind nicht von vornherein auf Gemeenschädlichkeit angelegt. Zu Recht weist P darauf hin, dass auch der Gesetzgeber diesen Wertewandel im Gesetz zur Regelung der Rechtsverhältnisse der Prostituierten vom 20.12.2001 (Prostitutionsgesetz - ProstG, BGBl I, 3983) nachvollzogen hat. Somit ist der Schutzbereich des Art. 12 I 1 GG jedenfalls für diese Fälle der Prostitutionsausübung und sie begleitender Tätigkeiten eröffnet.

[Anm.: Das Merkmal "erlaubt" darf nicht so verstanden werden, dass der Beruf im einfachen Recht legitimiert worden sein muss. Denn dann würde Art. 12 I 1 GG gänzlich zur Disposition des einfachen Gesetzgebers gestellt. Mit anderen Worten machte der gesellschaftliche Wertewandel die eigenverantwortlich und ohne kriminelle Begleiterscheinungen betriebene Prostitution heute selbst dann zu einer "erlaubten" Tätigkeit und damit zu einem "Beruf", wenn es das Prostitutionsgesetz nicht gäbe.]

[Anm.: Auf den personalen Schutzbereich - nur Deutsche können sich auf Art. 12 I 1 GG berufen - kommt es hier nicht an, da es nicht um die Frage geht, ob eine bestimmte Person in ihrem Grundrecht verletzt ist, sondern ob - abstrakt - eine Norm gegen Art. 12 I 1 GG verstößt. Solange nicht alle Prostituierten Ausländer sind - eine offensichtlich abwegige Annahme - ist daher auf den personalen Schutzbereich nicht einzugehen.]

2. Eingriff

Unter einem Eingriff in die Berufsfreiheit ist jede Maßnahme mit berufsregelnder Tendenz zu verstehen. Eine solche ist gegeben, wenn die Berufsfreiheit entweder final verkürzt werden soll (subjektiv berufsregelnde Tendenz) oder zwar nur mittelbar-faktische Folgen eintreten, diese aber vorhersehbar und von besonderer Schwere sind (objektiv berufsregelnde Tendenz). Art. 297 I 1 Nr. 2 EGStGB ermächtigt zum Erlass von Sperrbezirksverordnungen. Diese dienen zielgerichtet der Eindämmung der Prostitution. Somit liegt eine subjektiv berufsregelnde Tendenz und damit auch ein Eingriff vor.

3. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

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

a. Schranke

Art. 12 I 2 GG stellt die Berufsausübung unter einen

einfachen Gesetzesvorbehalt. Art. 297 I 1 Nr. 2 EGStGB ist ein Gesetz und kommt somit als taugliche Schranke in Betracht.

b. Schranken-Schranken

Allerdings müsste die Norm auch den übrigen vom Grundgesetz aufgestellten Anforderungen an die Wirksamkeit von Gesetzen genügen. Fraglich sind hier insbesondere Bestimmtheit und Verhältnismäßigkeit der Norm.

[Anm.: Innerhalb einer Verfassungsbeschwerde wäre unter den Schranken-Schranken zunächst die formelle Verfassungsmäßigkeit der Schranke zu prüfen, die hier bereits unter A. erfolgte. In der Verfassungsbeschwerde ist dieses "Vorziehen" der formellen vor die materielle Prüfung jedoch nicht angezeigt, da mit der Verfassungsbeschwerde Grundrechtsverletzungen gerügt werden. Der Prüfungsaufbau sollte dies auch reflektieren und mit der Prüfung eines Grundrechts beginnen.]

aa. Bestimmtheitsgrundsatz

(1). Aus Art. 103 II GG

Qualifizierte Anforderungen an die Bestimmtheit einer Norm stellt zunächst Art. 103 II GG auf. Jedermann soll vorhersehen können, welches Verhalten mit welcher Strafe bedroht ist, und sein Verhalten entsprechend einrichten können. Dies ist aber nur möglich, wenn das Gesetz den Straftatbestand hinreichend bestimmt fasst. Deshalb enthält Art. 103 II GG eine spezielle Ausprägung des Bestimmtheitsgrundsatzes, die dem allgemeinen Bestimmtheitsgebot aus Art. 20 III GG vorgeht. Wegen der gravierenden Auswirkungen von Strafen für den Betroffenen ist Art. 103 II GG zudem strenger als Art. 20 III GG. Jedoch hält das BVerfG Art. 103 II GG nicht für einschlägig, weil Art. 297 I EGStGB keinen repressiv-straftenden Charakter habe, sondern als Gefahrenabwehrnorm präventiven Zwecken diene:

"[12] Art. 103 II GG ist schon nicht einschlägig. Deswegen Anwendungsbereich ist auf staatliche Maßnahmen beschränkt, die eine missbilligende hoheitliche Reaktion auf ein rechtswidriges, schuldhaftes Verhalten darstellen und wegen dieses Verhaltens ein Übel verhängen, das dem Schuldausgleich dient. Das Kriminalstrafrecht und das Ordnungswidrigkeitenrecht werden daher erfasst. Andere staatliche Eingriffsmaßnahmen unterfallen hingegen nicht Art. 103 II GG. Es genügt insbesondere nicht, dass eine Maßnahme an ein rechtswidriges Verhalten anknüpft (vgl. BVerfGE 109, 133 [167] = NJW 2004, 739 = NVwZ 2004, 851

L; BVerfGE 117, 71 [110] = NJW 2007, 1933). Die gesteigerten Bestimmtheitsanforderungen des Art. 103 II GG gelten daher für Verbotsnormen wie etwa eine Sperrbezirksverordnung nur insoweit, als die Zulässigkeit der Verhängung straf- oder ordnungswidrigkeitenrechtlicher Sanktionen in Rede steht. Geht es ohne Anknüpfung von Sanktionen allein um die Zulässigkeit des in einer Verbotsnorm enthaltenen Verhaltensbefehls, ist Art. 103 II GG nicht einschlägig (vgl. BVerfG, NVwZ 2007, 1172 [1173]). Hier steht allein die ordnungsbehördliche Reglementierung der Prostitutionsausübung in bestimmten Gemeindegebieten in Frage. Art. 103 II GG ist daher nicht Maßstab für die an Art. 297 I 1 Nr. 2 EGStGB zu stellenden Bestimmtheitsanforderungen. Zu ordnungswidrigkeitsrechtlichen oder strafrechtlichen Regelungen ermächtigt Art. 297 EGStGB nicht.”

[Anm.: Im Übrigen geht das BVerfG davon aus, dass Art. 297 EGStGB, soweit er Voraussetzung der Strafbarkeit ist, den Anforderungen des Art. 103 II GG genügt (vgl. BVerfG, RA 2009, 225 = NVwZ 2009, 239).]

(2). Aus Art. 80 I 2 GG

Gegenüber Art. 20 III GG qualifizierte Bestimmtheitsanforderungen ergeben sich für Verordnungsermächtigungen wie Art. 297 EGStGB aber aus Art. 80 I 2 GG:

(a). Qualifizierte Bestimmtheitsanforderungen

“[14] Nach Art. 80 I 2 GG müssen Inhalt, Zweck und Ausmaß der erteilten Ermächtigung im Gesetz bestimmt werden. Welche Bestimmtheitsanforderungen im Einzelnen erfüllt sein müssen, ist von den Besonderheiten des jeweiligen Regelungsgegenstandes sowie der Intensität der Maßnahme abhängig (st. Rspr.; vgl. BVerfGE 58, 257 [277f.] = NJW 1982, 921 = NVwZ 2006, 559; BVerfGE 113, 167 [269] = NVwZ 2006, 229; BVerfGE 120, 274 [315f.] = NJW 2008, 822; je m.w. Nachw.). Jedenfalls fehlt es dann an der nötigen Beschränkung, wenn die Ermächtigung so unbestimmt ist, dass nicht mehr vorausgesehen werden kann, in welchen Fällen und mit welcher Tendenz von ihr Gebrauch gemacht werden wird und welchen Inhalt die auf Grund der Ermächtigung erlassenen Verordnungen haben können (vgl. BVerfGE 1, 14 [60] = NJW 1951, 877; BVerfGE 2, 307 [334] = NJW 1953, 1177; BVerfGE 55, 207 [226] = NJW 1981, 971). Das Erfordernis der Bestimmtheit gesetzlicher Ermächtigungen verwehrt es dem Gesetzgeber jedoch nicht, in der Ermächtigungsnorm Generalklauseln und unbestimmte Rechtsbegriffe zu verwenden. Vielmehr genügt es im Hinblick auf Art. 80 I 2 GG, dass sich die

gesetzlichen Vorgaben mit Hilfe allgemeiner Auslegungsregeln erschließen lassen, insbesondere aus dem Zweck, dem Sinnzusammenhang und der Entstehungsgeschichte des Gesetzes (st. Rspr.; vgl. BVerfGE 58, 257 [277] = NJW 1981, 921; BVerfGE 80, 1 [20f.] = NVwZ 1989, 850; BVerfGE 106, 1 [19] = NVwZ 2003, 595).”

(b). Subsumtion

“[15] Nach diesen Grundsätzen bestehen keine durchgreifenden verfassungsrechtlichen Bedenken gegen die hinreichende Bestimmtheit der Ermächtigung des Art. 297 I 1 Nr. 2 EGStGB.”

(aa). “Schutz der Jugend”

“Gegen das Tatbestandsmerkmal des Schutzes der Jugend erhebt der Bf. insoweit keine Einwände. Solche sind auch nicht ersichtlich.”

(bb). “Öffentlicher Anstand”

“Auch der unbestimmte Rechtsbegriff des öffentlichen Anstandes ist durch die Verwaltungsgerichte unter Heranziehung der allgemein anerkannten Auslegungsgrundsätze auch unter Berücksichtigung der Entstehungsgeschichte der Norm so weit präzisiert, dass Inhalt, Zweck und Ausmaß des Art. 297 I 1 Nr. 2 EGStGB gesetzlich hinreichend bestimmt sind.

[16] Ein Normverständnis von Art. 297 EGStGB, wonach jede Ausübung der Prostitution zugleich den öffentlichen Anstand verletzte, würde der Vorschrift offensichtlich nicht gerecht. Ansonsten würde diese Tatbestandsvoraussetzung für den Erlass einer Sperrbezirksverordnung jegliche den Ordnungsgeber lenkende und seine Entscheidungsbefugnis eingrenzende Wirkung verlieren. Mit dem Schutz des öffentlichen Anstandes wird nach der Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte nicht die Wahrung der allgemeinen Sittlichkeit bezweckt. Verstanden als Norm, die allein der Durchsetzung von herrschenden Moralvorstellungen dient, wäre die Vorschrift in der Tat verfassungsrechtlichen Bedenken ausgesetzt. Die Fachgerichte verstehen demgegenüber Art. 297 EGStGB in verfassungsrechtlich nicht zu beanstandender Weise als eine Norm auf dem Gebiet der Gefahrenabwehr mit der Zielsetzung, das Zusammenleben der Menschen zu ordnen, soweit ihr Verhalten sozialrelevant sei, nach außen in Erscheinung trete und das Allgemeinwohl beeinträchtigen könne. Handlungen und Zustände, die eine enge Beziehung zum Geschlechtsleben haben, könnten Belange des Allgemeinwohls insbesondere dann beeinträchtigen, wenn durch einen Öffentlichkeitsbezug andere Personen, die hiervon unbehelligt bleiben wollten, erheblich belästigt wür-

den; dies gelte insbesondere für die Begleitumstände der Prostitution, die Dritte in schutzwürdigen Interessen berührten (vgl. VGH Mannheim, Urteil vom 15.12.2008 - 1 S 2256/07). Insoweit findet die Auffassung des Bf., der Schutz des öffentlichen Anstandes gründe auf Moralvorstellungen, keinen Beleg in der Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte. Vielmehr haben diese - auch schon vor Erlass des Prostitutionsgesetzes - den unbestimmten Rechtsbegriff des öffentlichen Anstandes dahingehend konkretisiert, dass der Erlass einer Sperrbezirksverordnung zum Schutze des öffentlichen Anstandes gerechtfertigt sein kann, wenn die Eigenart des betroffenen Gebietes durch eine besondere Schutzbedürftigkeit und Sensibilität, z.B. als Gebiet mit hohem Wohnanteil sowie Schulen, Kindergärten, Kirchen und sozialen Einrichtungen gekennzeichnet ist (vgl. VGH Kassel, NVwZ-RR 1990, 472; VGH Kassel, NVwZ-RR 2004, 470 [471]; OVG Lüneburg, Urt. v. 24. 10. 2002 - 11 KN 4073/01) und wenn eine nach außen in Erscheinung tretende Ausübung der Prostitution typischerweise damit verbundene Belästigungen Unbeteiligter und „milieubedingte Unruhe“, wie zum Beispiel das Werben von Freiern und anstößiges Verhalten gegenüber Passantinnen und Anwohnerinnen, befürchten lässt (vgl. VGH Mannheim, DÖV 1978, 848 [850]; VGH Mannheim, Urt. v. 15. 12. 2008 - 1 S 2256/07, BeckRS 2009, 31076 Rdnr. 72 m.w. Nachw.; VGH Kassel, NVwZ-RR 1990, 472).

[17] Den Gesetzesmaterialien kann entnommen werden, dass auch der Gesetzgeber von einem vergleichbaren Begriff des öffentlichen Anstandes ausging, als er mit dem Zehnten Strafrechtsänderungsgesetz vom 7. 4. 1970 (BGBl I, 313) der Ermächtigungsrundlage für den Erlass von Sperrbezirksverordnungen - von nachfolgenden, im Wesentlichen redaktionellen Änderungen abgesehen - ihren heutigen Wortlaut gab. Er ermöglichte eine stärkere räumliche Differenzierung von Sperrbezirksverordnungen und ihre Beschränkung auf bestimmte Tageszeiten und erörterte als Gesichtspunkte für Sperrbezirksverordnungen in der Gesetzesbegründung unter anderem die Mischung von Wohngebiet und Gebieten, in denen die Prostitution ausgeübt wird, sowie Belästigungen und Gefährdungen von Bewohnern durch die unliebsamen Begleiterscheinungen insbesondere der Straßenprostitution (vgl. BT-Dr VI/293, S. 3f., 5 sowie BT-Dr VI/410, S. 1).“

(3). Aus Art. 20 III GG

Selbst wenn Inhalt, Zweck und Ausmaß der Verordnung in der Ermächtigung im Sinne des Art. 80 I 2 GG hinreichend bestimmt sind, muss eine Verordnungsermächtigung darüber hinaus den allgemeinen Be-

stimmtheitsanforderungen des Art. 20 III GG genügen. Das BVerfG entnimmt diesem die Grundsätze der “Normenklarheit” und “Normenwahrheit”. Fraglich ist, ob sich Art. 297 I EGStGB nicht, wie P behauptet, zum Prostitutionsgesetz in Widerspruch setzt, das die eigenverantwortliche, von unliebsamen Begleiterscheinungen freie Prostitution zulässt. Aus einem solchen Normenwiderspruch könnten Unklarheiten für den Rechtsanwender entstehen. Das BVerfG sieht einen derartigen Widerspruch jedoch nicht:

“[18] Auch ein Verstoß gegen das Gebot der Normenklarheit und Widerspruchsfreiheit gesetzlicher Regelungen liegt nicht vor. Durch den Erlass des Prostitutionsgesetzes war der Gesetzgeber nicht gehindert, die Verordnungsermächtigung in Art. 297 EGStGB aufrechtzuerhalten. Das Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 III GG) verpflichtet den Gesetzgeber zur Normenklarheit und Widerspruchsfreiheit der von ihm getroffenen Regelungen (vgl. BVerfGE 17, 306 [313f.] = NJW 1964, 1219; BVerfGE 25, 216 [227]; BVerfGE 108, 169 [181] = NVwZ 2003, 1497). Diese Pflicht hat der Gesetzgeber hier nicht verletzt.

[19] Wie bereits das VG in der angefochtenen Entscheidung zutreffend ausgeführt hat, ist der im Rahmen der Beratungen zum Prostitutionsgesetz gemachte Vorschlag, Art. 297 EGStGB ersatzlos zu streichen (vgl. Gesetzentwurf der PDS-Fraktion, BT-Dr 14/4456, S. 3), nicht Gesetz geworden. Die Bundesregierung - und ihr folgend auch der Bundestag und der Bundesrat - haben auch im Folgenden bewusst davon abgesehen, eine Vorlage zur Aufhebung von Art. 297 EGStGB einzubringen (vgl. BT-Dr 16/4146, S. 41f.). Der Gesetzgeber hat sich mit dem Prostitutionsgesetz darauf beschränkt, zum einen die Rechtswirksamkeit des Anspruchs der Prostituierten auf das vereinbarte Entgelt (§ 1 ProstG), die fehlende Abtretbarkeit des Anspruchs und den weitgehenden Ausschluss von Einwendungen gegen diesen (§ 2 ProstG) und den Zugang zur Sozialversicherung trotz des nur eingeschränkten Weisungsrechts gegenüber abhängig beschäftigten Prostituierten (§ 3 ProstG) zu regeln sowie zum anderen die Strafbarkeit der Förderung der Prostitution und der Zuhälterei einzuschränken (§ 2 ProstG). Dabei hat er zwar keine ausdrückliche gesetzliche Regelung dahingehend getroffen, dass das Ausüben der Prostitution nicht sittenwidrig sei. Er ging ausweislich der Gesetzesbegründung jedoch davon aus, dass die Vereinbarung über ein Entgelt für sexuelle Leistungen und auch die Tätigkeit selbst nicht gegen die guten Sitten verstoßen (vgl. BT-Dr 14/5958, S. 4, 6). Auch die Rechtsprechung nimmt mittlerweile an, dass die Prostitution nicht mehr als sittenwidrig angesehen werden kann (vgl. BVerwG, NVwZ 2003,

603 [604]; VGH Mannheim, Urt. v. 15. 12. 2008 - 1 S 2256/07, BeckRS 2009, 31076 Rdnr. 59 m.w. Nachw.).

[20] Aus dem Umstand, dass der Gesetzgeber bewusst von einer Änderung des Art. 297 EGStGB Abstand genommen hat, ergibt sich kein rechtsstaatswidriger Widerspruch zum Prostitutionsgesetz. Die Legalisierung der Prostitutionsausübung im zivil- und sozialversicherungsrechtlichen Bereich und die Einschränkung der Strafbarkeit durch das Prostitutionsgesetz schließen es ebenso wenig wie der Wegfall des Vorwurfs der Sittenwidrigkeit der Prostitution aus, dass die Prostitutionsausübung in bestimmten Erscheinungsformen und damit einhergehenden sozialtypischen Begleiterscheinungen namentlich mit Blick auf sensible Gemeindegebiete gegen den öffentlichen Anstand - im aufgezeigten veräußerlichten Verständnis der Sozialverträglichkeit - verstoßen kann. Denn die Festsetzung von Sperrbezirken auf der Grundlage des Art. 297 EGStGB stellt weder die zivilrechtliche Wirksamkeit des Entgeltanspruchs der Prostituierten noch den Zugang zur Sozialversicherung in Frage; sie ist auch nicht mit dem generellen Vorwurf der Sittenwidrigkeit der Ausübung der Prostitution im Sperrbezirk verbunden, sondern dient der lokalen Steuerung der Prostitutionsausübung aus ordnungsrechtlichen Gründen. Darüber hinaus geht die Behauptung der Widersprüchlichkeit der Rechtsordnung auch deswegen fehl, weil der im Erlass des Prostitutionsgesetzes zum Ausdruck kommende Anschauungswandel in diesem Bereich ein beachtlicher Gesichtspunkt bei der dem Normgeber und den Verwaltungsgerichten in Anwendung und Auslegung einfachen Rechts obliegenden Prüfung sein kann, ob und in welchem Umfang Sperrbezirke auf der Grundlage von Art. 297 EGStGB ausgewiesen werden dürfen (vgl. OVG Koblenz, Urt. v. 10. 10. 2005 - 12 C 11236/05, BeckRS 2005, 30139), und so auch eine veräußerlichte Beurteilung je nach Umständen zu einem verschiedenen restriktiven Verständnis des öffentlichen Anstandes führen mag (vgl. VGH Mannheim, Urt. v. 15. 12. 2008 - 1 S 2256/07, BeckRS 2009, 31076 Rdnr. 61 m.w. Nachw.)."

bb. Verhältnismäßigkeit

Aus dem Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 III GG leitet sich das - auch für den Gesetzgeber geltende - Übermaßverbot ab. Normen müssen daher stets geeignet, erforderlich und angemessen sein, um einen legitimen Zweck zu erreichen.

Zur Verhältnismäßigkeit von Eingriffen in die Berufsfreiheit hat das BVerfG die sog. "Drei-Stufen-Theorie" entwickelt. Diese besagt, dass die Recht-

fertigungsanforderungen mit der Eingriffsintensität steigen. Während auf der untersten Stufe der bloßen Berufsausübung, die nur das "Wie" der Berufstätigkeit betrifft, schon vernünftige Gemeinwohlerwägungen zur Rechtfertigung genügen, muss auf der Stufe subjektiver Berufswahlstrafen, also solcher, die die Berufswahl aufgrund an die Person des Betroffenen anknüpfender Kriterien betreffen, schon eine besonders wichtige Gemeinwohlerwägung erhalten. Bei objektiven Berufswahlstrafen, die das "Ob" der Berufswahl unabhängig von der Person des Berufsausübenden einschränken und damit die höchste Eingriffsintensität aufweisen, ist gar ein überragend wichtiger Gemeinwohlbelang als zu schützendes Gut erforderlich.

Das BVerfG hält Art. 297 I 1 Nr. 2 EGStGB für eine bloße Berufsausübungsregelung, die durch vernünftige Gemeinwohlbelange gerechtfertigt sei:

"[22] Die Ermächtigung zum Erlass einer Sperrbezirksverordnung nach Art. 297 I 1 Nr. 2 EGStGB für Teile des Gemeindegebiets stellt sowohl für Prostituierte als auch für sonstige Personen, die im Umfeld der Prostitution eine berufliche Tätigkeit entfalten, eine Berufsausübungsregelung dar. Berufsausübungsregelungen dürfen vom Gesetzgeber getroffen werden, wenn sie durch vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls gerechtfertigt sind, die gewählten Mittel zur Erreichung des verfolgten Zwecks geeignet und erforderlich sind und die durch sie bewirkte Beschränkung den Betroffenen zumutbar ist (vgl. BVerfGE 70, 1 [28] = NJW 1986, 772; BVerfGE 78, 155 [162] = NJW 1988, 2292; BVerfGE 85, 248 [259] = NJW 1992, 2341; BVerfGE 103, 1 [10] = NJW 2001, 353; BVerfGE 111, 10 [32] = NJW 2004, 2363 = NVwZ 2004, 1346 L; BVerfGE 117, 163 [182]). Diese Voraussetzungen sind im Hinblick auf beide Schutzzwecke des Art. 297 EGStGB erfüllt."

(1). Legitimer Zweck

[23] Der „Schutz der Jugend“ ist ein vernünftiger Grund des Gemeinwohls. Der Jugendschutz genießt auf Grund des in Art. 6 II 1 GG verbrieften elterlichen Erziehungsrechtes und der Gewährleistungen von Art. 1 I und Art. 2 I GG Verfassungsrang. Kinder und Jugendliche haben ein Recht auf Entfaltung ihrer Persönlichkeit im Sinne dieser Grundrechtsnormen. Sie bedürfen des Schutzes, um sich zu eigenverantwortlichen Persönlichkeiten innerhalb der sozialen Gemeinschaft zu entwickeln. Der Staat ist daher berechtigt, von Kindern und Jugendlichen Einflüsse fernzuhalten, welche sich, zum Beispiel wegen der Kommerzialisierung sexueller Handlungen, auf ihre Einstellung zur Sexualität und damit auf die Entwicklung ihrer Per-

sönlichkeit nachteilig auswirken können (vgl. BVerfGE 83, 130 [139f.] = NJW 1991, 1471 = NVwZ 1991, 663 L; BVerfGE 90, 1 [16] = NJW 1994, 1781 = NVwZ 1994, 892 L; BVerfGE 115, 276 [305] = NJW 2006, 1261 = NVwZ 2006, 679 L). Auch mit dem Zweck des „Schutzes des öffentlichen Anstandes“ wird ein legitimes Ziel verfolgt, welches einen Eingriff in die durch Art. 12 I GG geschützte Berufsausübungsfreiheit zu rechtfertigen vermag. Der Begriff erfasst nach der fachgerichtlichen Rechtsprechung, wie dargelegt, nicht die Wahrung der allgemeinen Sittlichkeit, sondern den Schutz der Allgemeinheit und Einzelner vor den mit der Ausübung einer nach außen in Erscheinung tretenden Prostitution typischerweise verbundenen Belästigungen oder Gefährdungen. Bei dem Begriff des „öffentlichen Anstandes“ geht es daher nicht um die Durchsetzung herrschender Moralvorstellungen. Es handelt sich bei dieser zulässigen Verweisung des Gesetzgebers auf ungeschriebene Regeln (vgl. BVerfGE 111, 147 [155ff.] = NJW 2004, 2814 = NVwZ 2004, 1483 L) vielmehr um legitime Schutzziele.“

(2). *Geeignetheit*

“[24] Art. 297 I 1 Nr. 2 EGStGB ist auch geeignet und erforderlich, um den vom Gesetzgeber erstrebten Schutz der Jugend und des öffentlichen Anstandes zu erreichen. Ein Mittel ist bereits dann im verfassungsrechtlichen Sinne geeignet, wenn mit seiner Hilfe der gewünschte Erfolg gefördert werden kann, wobei die Möglichkeit der Zweckerreichung genügt. Eine Maßnahme ist dann nicht erforderlich, wenn ihr Ziel auch durch ein milderes, gleich wirksames Mittel erreicht werden kann (vgl. BVerfGE 80, 1 [29f.] = NVwZ 1989, 850; BVerfGE 117, 163 [188f.] = NJW 2007, 979 = NVwZ 2007, 568 L; st. Rspr.). Sowohl im Hinblick auf die Geeignetheit als auch in Bezug auf die Erforderlichkeit einer Maßnahme kommt dem Gesetzgeber ein Einschätzungs- und Prognosespielraum zu (vgl. BVerfGE 81, 156 [189]; 109, 64 [85]; 111, 10 [38f.]; 115, 276 [308f.]).“

“[25] Nach diesem Maßstab lässt sich die Annahme des Gesetzgebers, dass räumliche Ausübungsverbote der Prostitution ein geeignetes und erforderliches Mittel zum Schutz der Jugend und des öffentlichen Anstandes sind, nicht beanstanden. Entgegen der Auffassung des Bf. fehlt es der gesetzlichen Regelung auch im Hinblick auf die Wohnungsprostitution weder an der Geeignetheit noch an der Erforderlichkeit, die Schutzzwecke zu erreichen. Die Wohnungsprostitution wird zwar häufig deutlich weniger wahrnehmbar sein als die Straßen- und die Bordellprostitution. Jedoch können Belästigungen der Anwohner, milieube-

dingte Unruhe, das Ansprechen Unbeteiligter sowie das Anfahren und Abfahren der Freier als sichtbare Begleiterscheinungen der Prostitution nicht von vornherein für den Bereich der Wohnungsprostitution als ausgeschlossen betrachtet werden (vgl. auch BT-Dr 16/4146, S. 40). Auch die vom Bf. behaupteten Veränderungen des Sexualverhaltens Jugendlicher und des Grades der sexuellen Aufklärung berühren die Geeignetheit und Erforderlichkeit der Ermächtigungsgrundlage in Art. 297 I 1 Nr. 2 EGStGB nicht. Insofern obliegt es dem Gesetzgeber zu entscheiden, ob, wo und wann Jugendliche mit dem gesellschaftlichen Phänomen der Prostitution konfrontiert werden sollen.

(3). *Erforderlichkeit*

“[26] Schließlich stehen dem Normgeber mit dem Polizei-, Bau- und Gaststättenrecht insoweit nicht gleich wirksame Mittel zur Verfügung. Das Ordnungsrecht ist von vornherein nicht geeignet, diese Ziele zu erreichen. Es verlangt für den Erlass von Polizeiverfügungen und -verordnungen das Vorliegen einer Gefahr im polizeirechtlichen Sinne, die bei der Konfrontation mit der Prostitution regelmäßig nicht gegeben sein dürfte. Hingegen geht es auch nach dem ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers bei einer Verordnung auf Grund von Art. 297 EGStGB darum, erhebliche Belästigungen bereits unterhalb der Gefahrenschwelle zu verhindern (vgl. BT-Dr VI/293, S. 3 und BT-Dr VI/410, S. 1). Mittels des öffentlichen Baurechts lässt sich allenfalls die Wohnungs- und Bordellprostitution regeln, nicht aber die Straßenprostitution räumlich steuern. Das Gaststättenrecht kann nur Anbahnungsvorgänge in Gaststätten erfassen, sonstige Formen der Prostitution jedoch nicht.“

(4). *Angemessenheit (= Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne)*

“[27] Die in der Ermächtigung des Art. 297 I 1 Nr. 2 EGStGB zum Erlass einer Sperrbezirksverordnung angelegte Einschränkung der Berufsfreiheit der Prostituierten und ihres Umfeldes ist mit Blick auf den dadurch bezweckten Schutz der Jugend und des öffentlichen Anstandes auch verhältnismäßig. Die Einrichtung von Sperrbezirken gem. Art. 297 I 1 Nr. 2 EGStGB, die nur Teile des Gemeindegebiets erfassen, beeinträchtigt die Ausübung der Prostitution und sonstiger Berufe in deren Umfeld nicht gravierend, da ein Ausweichen in andere Teile des Gemeindegebiets jeweils möglich bleibt. Zudem untersagt Art. 297 III EGStGB Beschränkungen der Ausübung der Prostitution auf bestimmte Straßen oder Häuserblocks (Kasernierungen). Angesichts des vom Gesetzgeber verfolgten und als solchen verfassungsrechtlich nicht zu be-

anstandenden Ziels, den Landesregierungen - oder den von diesen ermächtigten Behörden - mit der Möglichkeit der Einrichtung von Sperrbezirken ein Instrument an die Hand zu geben, etwaigen mit der Prostitutionsausübung einhergehenden Missständen im konkreten Fall begegnen zu können, und insbesondere angesichts der hohen Bedeutung des Jugendschutzes (vgl. BVerfGE 83, 130 [139f.] = NJW 1991, 1471 = NVwZ 1991, 663 L) ist es den Prostituierten und anderen Personen, die im Zusammenhang mit der Prostitution ihren Beruf ausüben, grundsätzlich zumutbar, mit einer Sperrbezirksverordnung konfrontiert zu werden. Ihre Belange, insbesondere wenn ein Sperrbezirk festgelegt werden soll, in dem bisher mangels Sperrbezirksverordnung der Prostitution nachgegangen worden ist, sind beim Erlass von Sperrbezirksverordnungen sowie bei der gerichtlichen Kontrolle dieser zu berücksichtigen (vgl. OVG Koblenz, Urt. v. 10. 10. 2005 - 12 C 11236/05, BeckRS 2005, 30139 Rdnr. 21). In welchem Umfang und mit welchen Maßgaben sich der Erlass einer Sperrbezirksverordnung im Einzelfall unter Berücksichtigung der davon beeinträchtigten Grundrechte als verhältnismäßig erweist, ist daher vor allem bei Erlass der jeweiligen Sperrbezirksverordnung unter Abwägung aller betroffenen Rechtspositionen und öffentlichen Belange zu entscheiden. Auf dieser Ebene kann auch einer geringeren öffentlichen Sichtbarkeit der Wohnungsprostitution beim Ausgleich aller Interessen angemessen Rechnung getragen werden. Die Verhältnismäßigkeit des Eingriffs in Art. 12 I GG durch eine Sperrbezirksverordnung entscheidet sich danach nicht in erster Linie bei der Beurteilung der Ermächtigungsgrundlage, sondern beim konkreten Erlass der Verordnung, der vom Bf. hier jedoch nicht substantiiert angegriffen wird."

Somit ist der Eingriff in Art. 12 I 1 GG gerechtfertigt.

II. Verstoß gegen Art 14 I 1 GG

Es könnte aber ein Verstoß gegen Art. 14 I 1 GG vorliegen.

1. Schutzbereich betroffen

Zum Eigentumsschutz aus Art. 14 I 1 GG gehört es auch, das Wohneigentum nach Belieben zu nutzen.

2. Eingriff

Diese Möglichkeit wird durch Art. 297 I 1 Nr. 2 EGStGB verkürzt, denn wenn auf seiner Grundlage eine Sperrbezirksverordnung ergeht, dürfte ein Wohnungseigentümer seine innerhalb des Sperrbezirks gelegene Wohnung nicht mehr zu Prostitutionszwecken nutzen bzw. zur Verfügung stellen.

3. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Fraglich ist, ob auch dieser Eingriff durch die Schranken des Grundrechts gedeckt ist.

a. Schranken

Handelte es sich bei Art. 297 I 1 Nr. 2 EGStGB um eine Vorschrift mit enteignender Wirkung i.S.d. Art. 14 III 1 GG, wäre dies nicht der Fall, denn die Wohnungsnutzer erhalten keine Entschädigung. Es fehlte m.a.W. an einer sog. Junktimklausel i.S.d. Art. 14 III 2 GG.

Das BVerfG sieht Art. 297 I 1 Nr. 2 EGStGB jedoch als sog. "Inhalts- und Schrankenbestimmung i.S.d. Art. 14 I 2 GG an, die grundsätzlich entschädigungslos hinzunehmen ist:

"[28] Art. 297 I 1 Nr. 2 EGStGB verletzt auch nicht das Eigentumsgrundrecht aus Art. 14 I GG. Die Vorschrift stellt eine rechtmäßige Inhalts- und Schrankenbestimmung i.S. von Art. 14 I 2 GG dar."

b. Schranken-Schranken

Allerdings müssen auch Inhalts- und Schrankenbestimmungen i.S.d. Art. 14 I 2 GG im Übrigen verfassungsgemäß sein. Dass Art. 297 I 1 Nr. 2 EGStGB bestimmt genug ist, wurde bereits oben ausgeführt. Fraglich bleibt allein seine Verhältnismäßigkeit im Lichte des Art. 14 I 1 GG, die das BVerfG aber auch bejaht:

"[28] Der Gesetzgeber muss bei der Bestimmung von Inhalt und Schranken des Eigentums die schutzwürdigen Interessen des Eigentümers und die Belange des Gemeinwohls in einen gerechten Ausgleich und ein ausgewogenes Verhältnis bringen. Er muss sich dabei im Einklang mit allen anderen Verfassungsnormen halten. Der Kernbereich der Eigentumsgarantie darf dabei nicht ausgehöhlt werden. Zu diesem gehört sowohl die Privatnützigkeit als auch die grundsätzliche Verfügungsbefugnis über den Eigentumsgegenstand (vgl. BVerfGE 70, 191 [200]; 79, 174 [198]; 87, 114 [138f.]; 91, 294 [308]; 100, 226 [240f.]).

[29] Der Kernbereich der Eigentumsfreiheit wird durch Art. 297 I 1 Nr. 2 EGStGB nicht berührt. Dem Grundstückseigentümer im Gebiet einer Sperrbezirksverordnung bleibt die Möglichkeit, sein Eigentum selbst oder durch Überlassung an Dritte zu anderen Zwecken als der Ausübung der Prostitution zu nutzen. Die Privatnützigkeit seines Eigentums wird mithin nicht aufgehoben. Er mag gehindert sein, sein Eigentum auf die finanziell einträglichste Weise zu nutzen; das gewährleistet Art. 14 I GG jedoch nicht (vgl. BVerfGE 58, 300 [345] = NVwZ 1982, 242 = NJW 1982, 745; BVerfGE 71, 230 [253] = NJW 1986, 1669; BVerfGE 84, 382 [385] = NJW 1992, 361)."

Im Übrigen ist er ohne jede Einschränkung zu einer Nutzung seines Grundeigentums zu eigenen Zwecken oder zur Vermietung zu marktüblichen Bedingungen befugt. Die Beschränkungen seines Eigentums sind damit nicht unverhältnismäßig. Die Belange des Grundstückseigentümers müssen hinter die legitimen Belange des Anwohner- und Jugendschutzes zurücktreten. Soweit der Eigentümer - durch Selbstnutzung oder durch Vermietung - sein Eigentum bisher für Zwecke der Prostitution genutzt hat und erstmals eine Sperrbezirksverordnung erlassen werden soll, sind diese Belange beim Erlass der Verordnung zu berücksichtigen.“

Somit ist auch Art. 14 I 1 GG nicht verletzt.

III. Art. 2 I GG

Die allgemeine Handlungsfreiheit aus Art. 2 I GG tritt hinter den spezielleren Grundrechten aus Art. 12 I 1 und 14 I 1 GG zurück.

C. Ergebnis

Art. 297 I EGStGB ist verfassungsgemäß.

Standort: Mietrecht

Problem: Auskehr von Mehrerlös durch Untervermietung

BGH, URTEIL VOM 12.08.2009

XII ZR 76/08 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

V hatte gewerbliche Räume an den Bekl. für 1000 €/mtl. vermietet. Der Bekl. hatte erlaubterweise die Räume für 7000 €/mtl. untervermietet. Am 10.09.2002 verkaufte V dem Kl. das betreffende Grundstück durch notariellen Vertrag und trat ihm alle Rechte und Pflichten aus dem Mietverhältnis zum Bekl. ab. Am 16.12.2002 kündigte der Kl. dem Bekl. zum 30.06.2003. Ein Kündigungsgrund lag vor. Der Bekl. betrachtete die Kündigung als unwirksam und räumte die Immobilie nicht. Nach formgemäßer Auflassung wurde der Kl. Am 01.02.2004 als Eigentümer in das Grundbuch eingetragen. Am 03.01.2004 erhob der Kl. Räumungsklage. Erst zum 31.07.2007 hoben der Bekl. und der Untermieter den Untermietvertrag auf und setzten den Kl. in den Besitz der Räume. U zahlte dem Bekl. hierfür eine Entschädigungssumme in Höhe von 14.000 €.

Der Kl. begehrt von dem Bekl. die Auszahlung des vom Untermieter erlangten Untermietzinses ab dem 01.07.2003 abzüglich des vom Bekl. während dieser Zeit erhaltenen Mietzinses. Zudem verlangt der Kl. die Auszahlung der Entschädigungssumme.

Prüfungsrelevanz:

Die hier besprochene Entscheidung des BGH ist in ihrer Examensrelevanz nicht zu verkennen. Es stellte sich die Frage, inwieweit Herausgabeansprüche bezüglich der durch den Mieter erzielten Untermietzinsenerlöse sowie einer Ausgleichszahlung bestehen.

Hier galt es zu erkennen, dass die Anspruchgrundlage auf §§ 546 I, 292 II, 987 I, 99 III BGB basierte i.V.m § 566 BGB bzw. § 398 BGB. Die Anwendbarkeit des § 292 II BGB war hier vorrangig vor dem EBV zu be-

rücksichtigen, weil es sich bei dieser Anspruchgrundlage um einen Spezialtatbestand zum EBV handelt. Dies liegt daran, dass es sich um eine Ausprägung der nachvertraglichen Haftung des Mieters handelt, also einen Sekundäranspruch des Vertragswesens darstellt. Da bei Vorliegen der Vindikationslage die dinglichen Ansprüche der §§ 987 ff. BGB direkt gelten, betrifft der Anwendungsbereich des § 292 BGB schuldrechtliche Herausgabeansprüche (MünchKomm-Ernst, BGB, § 292 Rn 1).

Genau diese Frage, d.h. das Vorliegen eines vertraglichen Herausgabeanspruchs, betraf die zweite interessante Überlegung des erkennenden Senats. Dieser war hier auf § 546 I BGB begründet. Entgegen der Rechtsauffassung des Bekl. hatte der Kl. das Mietverhältnis wirksam gem. § 542 I BGB gekündigt, so dass ein Anspruch gem. § 546 I BGB bestand. Eine Kündigungserklärung des Vermieters V war hier nicht gegeben. Jedoch konnte der Kl. wirksam die Kündigung aussprechen, obwohl er nicht Vermieter des Bekl. war. Dies folgte aus der Vereinbarung zwischen dem Kl. und dem V. anlässlich des Kaufvertrages über die betroffene Immobilie. Demnach sollte der Kl. in alle "alle Rechte und Pflichten" aus dem Mietvertragsverhältnis zwischen V und dem Bekl. eintreten. Bei dieser Abrede handelt es sich um einen Fall der gesetzlichen, nicht geregelten Vertragsübernahme gem. §§ 311 I, 241 I BGB. Dieser Vertrag ist als dreiseitiger Vertrag zwar grundsätzlich zulässig, allerdings unterliegt er, genau wie die Schuldübernahme gem. § 415 I 1 BGB, der Zustimmung des Gläubigers, hier der des Bekl.. Diese war hier nicht ersichtlich. Also stellte sich die Frage, wie sich dies auf die Abrede insgesamt auswirkt. Gem. § 139 BGB ist in dem Fall, in dem ein Teil des Rechtsgeschäfts nichtig ist, das ganze Rechtsgeschäft nichtig, wenn nicht anzunehmen ist, dass es auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen sein würde. Dies würde jedoch nicht dem Willen der Parteien

Kl. und V entsprechen, sodass der Kl. insoweit in die Rechtsstellung des V eintritt, als dies der Zustimmung des Bekl. nicht bedarf. Nunmehr stellte sich die Frage, ob das Kündigungsrecht gem. §§ 412, 389 BGB auf den Kl. übergegangen war. Ob es sich dabei um eine Rechtshandlung handelt, die ohne Zustimmung übergeht, ist streitig.

In der Literatur wird überwiegend die Abtretung eines unselbständigen, d.h. mit einem Hauptrecht wesensmäßig verbundenen Gestaltungsrecht, als unzulässig erachtet (vgl. Münch/Komm-Roth, § 398 Rn 18 m.w.N.). Demgemäß wäre die Kündigung des Kl. unzulässig. Der BGH hält demgegenüber die Abtretung unselbständiger Gestaltungsrecht für zulässig, da bei einem gewerblichen Mietvertrag kein Vertrauensverhältnis begründet werde (vgl. z.B. BGH, NJW 1999, 896 [897]). Demgemäß wäre die Kündigung des Kl. zulässig. Dieser Streit konnte jedoch offen bleiben, weil die Abtretung gem. § 398 BGB in eine Kündigungsermächtigung gem. § 185 I BGB gem. § 140 BGB umgedeutet werden konnte, nach der auch unter Zugrundelegung der Literaturauffassung eine Ausübung durch den Kl. möglich gewesen wäre. Entspricht ein nichtiges Rechtsgeschäft den Erfordernissen eines anderen Rechtsgeschäfts, so gilt das letztere, wenn anzunehmen ist, dass dessen Geltung bei Kenntnis der Nichtigkeit gewollt sein würde, § 140 BGB. Nach der Rechtsauffassung der Literatur kann ein unselbständiges Gestaltungsrecht nicht gem. §§ 413, 398 BGB abgetreten werden. Hätten die Parteien diesen Umstand bedacht, dann hätte V dem Kl. jedenfalls eine Kündigungsermächtigung gem. § 185 I BGB ausgesprochen. Diese ist gem. § 185 I BGB unproblematisch zulässig.

Der dritte interessante Aspekt betrifft die Höhe der heraus zu gewährenden Nutzungen. Die Nutzungsherausgabe betrifft gem. §§ 100, 99 III BGB auch diejenigen Erträge, die die Sache vermöge eines Rechtsverhältnisses gewährt, also auch den Untermietzins. Gleiches galt im Ergebnis für den Anspruch auf Auszahlung der Entschädigungssumme, da auch diese nur auf der Grundlage des Untermietvertrages erzielt wurde. Die Höhe der Nutzungen werden aus nachvollziehbaren Gründen nicht auf den objektiven Mietwert begrenzt. Der objektive Mietwert ist i.d.R. Bemessungsgrundlage, wenn die Nutzungen durch Eigengebrauch gezogen worden sind (BGH Urteil vom 21.09.2001 - V ZR 228/00 - NJW 2002, 60, 61). Demgegenüber bemisst sich der Anspruch auf Herausgabe der Nutzungen nicht nach dem objektiven Ertragswert der Gebrauchsvorteile, wenn tatsächliche Nutzungen in Form von Früchten, wie hier der Untermietzinsen und der Entschädigung, gezogen worden sind. Dann sind

diese als Ertrag der Nutzung der Mieträume nach §§ 987 I, 100, 99 III BGB vollständig abzuführen (BGH, NJW-RR 2005, 1542, 1543, BGH, NJW 2002, 60, 61; MünchKomm-Schwab, BGB, § 818 Rn 11 ff., 80).

Vertiefungshinweise:

- Zum Nutzungersatz: *BGH*, RA 2007, 106; *Ebenroth/Zepfner*, JuS 1999, 209; *Kindl*, JA 1996, 115
- Zum EBV: *Roth*, JuS 2003, 937
- Zum Verhältnis EBV zum Bereicherungsrecht: *Waltjen*, AcP 175, 109

Kursprogramm:

- Examenskurs*: "Das Geschäftshaus"
- Examenskurs*: "Der gestohlene PKW"
- Assessorkurs*: "Das Geschäftslokal"

Leitsätze:

Nach Rechtshängigkeit des Rückgabeanpruchs schuldet der Mieter im Rahmen der Herausgabe von Nutzungen nach §§ 546 I, 292 II, 987 I, 99 III BGB auch die Auskehr eines durch Untervermietung erzielten Mehrerlöses. Dazu gehört auch eine "Entschädigung", die der Mieter von dem Untermieter als Abfindung für eine vorzeitige Beendigung des Untermietverhältnisses erhalten hat.

Sachverhalt:

Der Kl. verlangt von dem Bekl. Auskehr des Untermietzinses, den dieser nach Beendigung des Hauptmietvertrages eingenommen hat und Auskehr einer Entschädigung, die der Bekl. für die vorzeitige Auflösung des Untermietvertrages von seinem Untermieter erhalten hat.

Der Bekl. mietete mit Vertrag vom 03.06.2001 vom V Gewerberäume zu einem Mietzins von 1.000 €. Er vermietete diese Räume mit Untermietvertrag vom 31.01.2002 weiter an den Untermieter, wozu der Bekl. gemäß § 4 Ziffer 4 des Mietvertrages mit V berechtigt war. Der monatliche Untermietzins wurde mit 7.000 € vereinbart.

Das Grundstück wurde am 10.09.2002 an den Kl. durch notariell beurkundeten Vertrag verkauft. In dem Vertrag war eine Zusatzvereinbarung, wonach V der Kl. "sämtliche Rechte und Pflichten aus dem Mietvertrag mit dem Bekl." abtrat. Der Kl. kündigte unter dem 16.12.2002 den Mietvertrag zum 30.06.2003 wirksam. Am 01.02.2004 wurde der Kl. als Eigentümer im Grundbuch eingetragen. Der Bekl. nahm die Räumung nicht vor, da er durch den Kl. ausgebrachte Kündigung des Mietvertrages für unwirksam hielt. Erst am 31.01.2007 hoben der Bekl. und dessen Untermieter

einvernehmlich den Untermietvertrag auf, sodass der Kl. erst zu diesem Zeitpunkt in den Besitz der Immobilie gelangte. Für die Aufhebung des Untermietvertrages entrichtet der Untermieter an den Bekl. eine Zahlung in Höhe von 14.000 € als Entschädigung.

Hat der Kl. gegen den Bekl. einen Anspruch auf Auszahlung des vom Untermieter erlangten Untermietzinses ab dem 01.07.2003 abzüglich des vom Bekl. während dieser Zeit erhaltenen Mietzinses? Kann der Kl. darüber hinausgehend die Auszahlung der Entschädigungssumme verlangen?

Zusatzfrage: Unterstellen Sie, der Bekl. hat erstmals in der Revision die Verjährung etwaiger Zahlungsansprüche gem. § 214 I BGB gerügt. Ist dieser Einwand zu berücksichtigen?

[Anm.: Der Kl. hat gegen den Bekl. eine Räumungsklage erhoben, die dem Bekl. am 03.01.2004 zugestellt wurde.]

Lösung:

1. Teil: Anspruch auf Auszahlung des Untermietzinses gem. § 398 BGB i.V.m. §§ 546 I, 292 II, 987 I, 99 III BGB

Der Anspruch könnte gem. § 398 BGB i.V.m. §§ 546 I, 292 II, 987 I, 99 III BGB für den Zeitraum vom 01.07.2003 bis zum 31.01.2004 bestehen.

Dazu müsste ein wirksamer Abtretungsvertrag gem. § 398 BGB vorliegen. Der Kl. und V haben sich darüber geeinigt, dass "alle Rechte und Pflichten aus dem Mietvertrag" zwischen V und dem Bekl. auf den Kl. übergehen sollen. Fraglich ist, wie diese Abrede rechtlich einzuordnen ist. Es dürfte sich um einen Fall der gesetzlich nicht geregelten Vertragsübernahme handeln. Dieser Vertrag ist als dreiseitiger Vertrag zwar grundsätzlich zulässig. Allerdings unterliegt er, genau wie die Schuldübernahme gem. § 415 I 1 BGB, der Zustimmung des Gläubigers, hier des Bekl. bedarf. Diese liegt hier weder im Rahmen einer Einwilligung gem. § 183 S. 1 BGB noch im Rahmen einer Genehmigung gem. § 184 I BGB vor. Also stellt sich die Frage, wie sich dies auf die Abrede insgesamt auswirkt. Gem. § 139 BGB ist in dem Fall, in dem ein Teil des Rechtsgeschäfts nichtig ist, das ganze Rechtsgeschäft nichtig, wenn nicht anzunehmen ist, dass es auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen sein würde.

Der erkennende Senat führte dazu aus:

"[19] Aufgrund der Abtretungsvereinbarung vom 10.09.1997, mit der der Voreigentümer und Vermieter

"alle Rechte und Pflichten aus dem Mietvertrag" auf die Schuldnerin übertragen hat, stand ihr dieser Anspruch bereits vor ihrer Eintragung als Eigentümerin des Mietgrundstücks im Grundbuch am 01.02.1999 zu. Zwar ist die Übertragung sämtlicher Rechte und Pflichten des Vermieters aus dem Mietvertrag in Form eines Vermieterwechsels mangels Zustimmung des Bekl. als Mieter nicht wirksam geworden (Senatsurteil vom 11.09.2002 - XII ZR 187/00 - NJW 2002, 3389 m.w.N.). Daraus folgt aber nicht gemäß § 139 BGB die Unwirksamkeit der gesamten Vereinbarung. Der Vereinbarung ist vielmehr der Wille der Vertragsparteien zu entnehmen, die Schuldnerin solle als Erwerberin des Mietgrundstücks jedenfalls insoweit in die Rechtsstellung des Vermieters eintreten, als dies ohne Zustimmung des Bekl. möglich ist. Das trifft für den Rückgabeanspruch nach § 546 I BGB zu."

Eine Einigung gem. § 398 BGB liegt daher vor. Diese Einigung müsste wirksam sein. Dazu dürften keine rechtshindernden Einwendungen bestehen. Dies ist hier nicht der Fall. Zwar handelt es sich hier um einen Fall der Vorausabtretung, so dass Zweifel an der Wahrung des Bestimmtheitsgrundsatzes bestehen könnten. Allerdings reicht in den Fällen der Vorausabtretungen die Bestimmbarkeit der künftigen Forderungen aus. Zur Zeit der Forderungsentstehung muss für einen Dritten erkennbar sein, welche Forderungen Gegenstand der Zession sind. Vorliegend sind alle aus dem fraglichen Mietvertrag herrührenden Forderungen betroffen. Die Forderungen sind daher für einen Dritten identifizierbar. Die Bestimmbarkeit ist gegeben. Des weiteren bestehen keine Zweifel an der Einhaltung der Form. Der Abtretungsvertrag kann formfrei geschlossen werden.

Fraglich ist, ob V verfügungsbefugt ist. Dies ist dann der Fall, wenn V zur Zeit der Einigung gem. § 398 BGB Forderungsinhaber war und kein Abtretungsverbot besteht. Es könnte ein Anspruch auf Nutzungersatz gem. §§ 546 I, 292 II, 987 I, 99 III BGB einschlägig sein.

A. Anwendbarkeit

Fraglich ist, ob die Vorschriften der §§ 546 I, 929 II BGB neben den §§ 987 ff. BGB Anwendung finden. Es müsste überhaupt eine Vindikationslage zur Zeit der Nutzziehung gem. §§ 987 ff. BGB vorliegen. V war zu diesem Zeitpunkt Eigentümer der Immobilie, der Bekl. war Besitzer gem. § 854 I BGB. Ob der Bekl. ein Recht zum Besitz gem. § 986 I BGB inne hatte, hängt davon ab, ob die durch den Kl. ausgebrachte Kündigung des Mietvertrages gegenüber dem Bekl. wirksam ist. Bis zu diesem Zeitpunkt hat der

Bekl. ein Recht zum Besitz aus dem Mietvertrag. Es könnte sich also später durch die Kündigung ein EBV ergeben haben. Die Frage der Wirksamkeit der Kündigung kann an dieser Stelle offen bleiben. Selbst wenn grundsätzlich bei Vorliegen der Vindikationslage gem. § 993 I BGB a.E. eine Sperrwirkung vorliegt, gilt dies im vorliegende Fall nicht. Es ist nicht einzusehen, warum in Fällen des "nicht mehr berechtigten Besitzers" vertragliche Ansprüche nicht zulässig sein sollen. Die mietvertraglichen Pflichten wirken nach (vgl. insoweit § 546 a BGB). Ein sachlicher Grund, warum dem Vermieter diese Ansprüche durch ein später eintretendes EBV entzogen werden sollen, ist nicht ersichtlich. Also ist die Anwendbarkeit zu bejahen.

B. Herausgabeanspruch gem. § 546 I BGB

Fraglich ist, ob der Kl. gegenüber dem Bekl. einen Herausgabeanspruch gem. § 546 I BGB inne hat. Es müsste ursprünglich ein wirksamer Mietvertrag vorgelegen haben, welcher wirksam beendet ist.

I. Vorliegen eines Mietvertrages

Es müsste ein wirksamer Mietvertrag gem. § 535 BGB gegeben sein. Zwischen dem Kl. und dem Bekl. ist keine dementsprechende Einigung gem. § 535 BGB erzielt worden. Insbesondere tritt der Kl. erst mit wirksamer Auflassung und Eintragung gem. §§ 873 I, 925 I BGB nach § 566 BGB in die Rechtsstellung des V ein, nicht bereits mit Abschluss des formwirksamen Kaufvertrages gem. §§ 433, 311 b I 1 BGB. Allerdings ist ein wirksamer Mietvertrag zwischen V und dem Bekl. gegeben. Daher liegt ein wirksamer Mietvertrag vor.

II. Beendigung des Mietvertrages durch Kündigung gem. § 542 I BGB

Fraglich ist, ob das Mietvertragsverhältnis durch die Kündigung mit Wirkung ex nunc erloschen ist, § 542 I BGB. Eine Kündigungserklärung des V ist hier nicht ersichtlich. Fraglich ist, ob der Kl. das Mietverhältnis wirksam kündigen konnte. Möglich erscheint dies hinsichtlich der Abtretung "aller Rechte und Pflichten" aus dem Mietvertragsverhältnis zwischen V und dem Bekl.. Diese Abtretung könnte gem. §§ 413, 398 BGB das Kündigungsrecht erfassen. Es müsste sich nach obigen Ausführungen um eine Rechtshandlung handeln, die ohne Zustimmungserfordernis vom Bekl. auf den Kl. übergegangen sein könnte.

In der Literatur wird überwiegend die Abtretung eines unselbständigen, d.h. mit einem Hauptrecht wesensmäßig verbundenen Gestaltungsrecht, als unzulässig erachtet (vgl. MünchKomm-Roth, § 398 Rn 18 m.w.N.). Demgemäß wäre die Kündigung des Kl. unzulässig.

[Anm.: Ein Beispiel für ein selbständiges Gestaltungsrecht ist das Wiederkaufsrecht.]

Der BGH hält demgegenüber die Abtretung unselbständiger Gestaltungsrecht für zulässig, da bei einem gewerblichen Mietvertrag kein Vertrauensverhältnis begründet werde (vgl. z.B. BGH, NJW 1998, 896 [897]). Demgemäß wäre die Kündigung des Kl. zulässig.

Dieser Streit kann jedoch offen bleiben, wenn die Abtretung gem. § 398 BGB in eine Kündigungsermächtigung gem. § 185 I BGB gem. § 140 BGB umzudeuten wäre. Entspricht nichtiges Rechtsgeschäft den Erfordernissen eines anderen Rechtsgeschäfts, so gilt das letztere, wenn anzunehmen ist, dass dessen Geltung bei Kenntnis der Nichtigkeit gewollt sein würde. Nach der Rechtsauffassung der Literatur kann ein unselbständiges Gestaltungsrecht nicht gem. §§ 413, 398 BGB abgetreten werden. Hätten die Parteien diesen Umstand bedacht, dann hätte V dem Kl. jedenfalls eine Kündigungsermächtigung gem. § 185 I BGB ausgesprochen. Diese ist gem. § 185 I BGB unproblematisch zulässig. Daher liegen die Voraussetzungen des § 140 BGB vor. Ein Streitentscheid ist damit entbehrlich.

III. Auswirkungen des berechtigten Untermietvertrages

Fraglich ist, welche Auswirkungen der berechnete Untermietvertrag zwischen dem Bekl. und dem Untermieter hat. Der erkennende Senat führte dazu aus:

"[20] Dem Rückgabeanspruch steht nicht entgegen, dass der Bekl. die Räume zunächst berechnete untervermietet hatte und die Untermieterin möglicherweise aufgrund des Untermietvertrages ein Recht zum Besitz hatte (BGHZ 56, 308; BGH Beschluss vom 22.11.1995 - VIII ARZ 4/95 - NJW 1996, 515, 516). Denn der Bekl. musste nach § 546 I BGB selbst dafür Sorge tragen, dass der unmittelbare Besitzer die Sache an die Schuldnerin herausgibt (Scheuer in Bub/Treier Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete 3. Aufl. Kap. V Rdn. 68; Schmidt-Futterer/Gather Mietrecht 9. Aufl. § 546 Rdn. 35)."

Folglich muss der Untervermieter durch eine entsprechende Vertragsgestaltung Sorge dafür tragen, dass im Falle der Kündigung des Hauptmietvertrages der Untermieter den Besitz an der Sache herausgibt.

IV. Folge

Da der Kl. nunmehr die Kündigung wirksam aussprechen konnte und nach dem Sachverhalt die weiteren Kündigungsvoraussetzungen vorliegen, ist das Miet-

vertragsverhältnis mit Wirkung ex nunc erloschen, § 542 I BGB. Mithin besteht ein Herausgabeanspruch gem. § 546 I BGB.

C. Voraussetzungen der §§ 292 II, 987 I, 99 III BGB

Es müssten die Voraussetzungen der §§ 292 II, 987 I, 99 III BGB vorliegen. Nach § 292 BGB bestimmt sich, wenn der Schuldner einen bestimmten Gegenstand herauszugeben hat, von dem Eintritt der Rechtshängigkeit an der Anspruch des Gläubigers auf Herausgabe von Nutzungen nach den Vorschriften, die für das Verhältnis zwischen dem Eigentümer und dem Besitzer von dem Eintritt der Rechtshängigkeit des Eigentumsanspruchs an gelten. Herausgabeansprüche im Sinne des § 292 BGB sind auch vertragliche Ansprüche auf Rückgabe der Mietsache (Palandt/Grüneberg, BGB, 68. Aufl. § 292 Rdn. 3).

I. Anspruch auf Herausgabe

Ein Herausgabeanspruch des Kl. gegenüber dem Bekl. gem. § 546 I BGB ist gegeben.

III. Rechtshängigkeit des Herausgabeanspruchs

Der Herausgabeanspruch müsste rechtshängig sein. Rechtshängig ist der Herausgabeanspruch dann, wenn die Klage erhoben wurde. Dies ist dann der Fall, wenn die Klage an den Bekl. zugestellt wurde, §§ 261 I, 253 I ZPO. Der Kl. hat den ab Beendigung des Mietvertrages am 01.07.2002 gegen den Bekl. bestehenden Anspruch auf Rückgabe der Mieträume (§ 546 I BGB) bereits mit der diesem am 03.01.2004 zugestellten Klage geltend gemacht.

IV. Rechtsfolge:

Dem Kl. steht somit der geltend gemachte Anspruch auf Herausgabe der von dem Bekl. nach Rechtshängigkeit gezogenen Nutzungen gem. § 100 BGB nach §§ 546 I, 292 II, 987 I BGB zu. Im vorliegenden Fall hat der Bekl. Untermietzinsen erzielt. Es handelt sich dabei um Früchte gem. § 99 III BGB mithin um Nutzungen i.S.v. § 100 BGB, welche der Mieter herauszugeben hat (vgl. BGH Urteile vom 21.09.2001 - V ZR 228/00 - NJW 2002, 60, 61 und vom 11.11.1994 - V ZR 116/93 - NJW 1995, 454, 455; zur Herausgabe erzielter Zinsen als Nutzungen des Kapitals: BGHZ 102, 41, 47; 138, 160, 163).

Fraglich ist, ob die Höhe der Nutzungen auf den objektiven Mietwert begrenzt ist. Der erkennende Senat führte dazu aus:

“[23](...) Entgegen der Ansicht der Revision sind die herauszugebenden Nutzungen der Höhe nach nicht auf den objektiven Mietwert beschränkt. Dieser ist regelmäßig dann Bemessungsgrundlage, wenn die Nutzun-

gen durch Eigengebrauch gezogen worden sind (BGH Urteil vom 21.09.2001 - V ZR 228/00 - NJW 2002, 60, 61). Demgegenüber bemisst sich der Anspruch auf Herausgabe der Nutzungen nicht nach dem objektiven Ertragswert der Gebrauchsvorteile, wenn tatsächliche Nutzungen in Form von Früchten, wie hier der Untermietzinsen und der Entschädigung, gezogen worden sind. Dann sind diese als Ertrag der Nutzung der Mieträume nach §§ 987 I, 100, 99 III BGB vollständig abzuführen (BGH, NJW-RR 2005, 1542, 1543; NJW 2002, 60, 61; Soergel/Stadler BGB 13. Aufl. § 987 Rdn. 17; vgl. zur Herausgabe des erzielten Mietzinses nach § 818 BGB: MünchKomm/ Schwab BGB 5. Aufl. § 818 Rdn. 11 ff., 80; Reuter/Martinek Unge-rechtfertigte Bereicherung § 15 II 3 b; a.A. OLG Düsseldorf NJW-RR 1994, 596, 597).”

Der Herausgabeanspruch umfasst also auch den über den objektiven Mietwert hinaus von dem Bekl. erzielten höheren Untermietzins.

Dieser Anspruch ist zudem von der Abtretung gem. § 398 BGB umfasst, Abtretungsverbote sind nicht ersichtlich.

Es besteht also ein Zahlungsanspruch in Höhe derjenigen Nutzungen, die der Bekl. in der Zeit vom 01.07.2003 bis zum 31.01.2004 erlangt hat.

[Anm.: Ausnahmsweise fällt der Gewinn dann nicht unter die Nutzungen, wenn er nicht aus der herauszugebenden Sache erzielt worden ist, sondern ausschließlich auf der besonderen Leistung und Fähigkeit des Schuldners beruht (für den Gewinn: aus einem von dem Besitzer erst eingerichteten Betrieb BGHZ 63, 365, 368; auf Grund werterhöhender Investitionen des Schuldners BGHZ 109, 179, 191 und BGH, NJW 1995, 2627, 2628; NJW 1992, 892; bei Rücktritt von einem Kaufvertrag über ein Grundstück mit Gewerbebetrieb BGHZ 168, 220, 241 ff.). Diese Voraussetzungen lagen hier aber nicht vor.

Entscheidend für die erzielte Untermiete sind die unverändert gebliebenen Mieträume. Daneben spielt eine persönliche Geschicklichkeit des Bekl. bei den Verhandlungen eine untergeordnete Rolle (Soergel/Stadler, BGB 13. Aufl. § 987 Rdn. 17).]

2. Teil: Anspruch auf Auszahlung des Untermietzinses nebst der Entschädigungssumme gem. § 566 BGB i.V.m. §§ 546 I, 292 II, 987 I, 99 III BGB

Es könnte zudem ein Anspruch auf Auszahlung der in der Zeit vom 01.02.2004 bis 31.01.2007 erzielten Untermietzinsen sowie der Entschädigungssumme gem. § 566 BGB i.V.m. §§ 546 I, 292 II, 987 I, 99 III BGB bestehen.

Gem. § 566 BGB ist der Kl. mittels wirksamen Eigentumserwerb an der Immobilie gem. § 873 I, 925 I BGB in die Rechtsstellung des V eingerückt. Daraus folgt, dass dem Kl. in Ansehung dieser Tatsache gleichfalls die Ansprüche aus §§ 546 I, 292 II, 987 I, 99 III BGB zustehen. Auf obige Ausführungen wird insoweit verwiesen. Der Tatbestand der §§ 546 I, 292 II, 987 I, 99 II BGB liegt damit vor.

Also sind diejenigen Nutzungen herauszugeben, die der Bekl. nach Eintritt der Rechtshängigkeit zieht. Rechtshängigkeit ist am 03.01.2004 eingetreten, allerdings erfolgte die Auflassung erst zum 01.02.2004. Also sind die ab diesem Zeitpunkt erzielten Untermietzinsen nebst der Abfindungssumme herauszugeben. Auf obige Ausführungen wird verwiesen.

3. Teil: Ansprüche auf Nutzungsersatz für den Zeitraum 01.02.2004 bis zum 31.01.2007 gem. §§ 812 I 2 Alt. 1, 818 I BGB

Der Kl. könnte gleichfalls Ansprüche auf Nutzungsersatz gem. §§ 812 I 2 Alt. 2, 818 I BGB gegen den Bekl. haben. Dazu müsste das Bereicherungsrecht im vorliegenden Fall Anwendung finden. Problematisch erscheint dies in Ansehung des Vorliegens der Vindikationslage zur Zeit der Nutzziehung. Der Kl. ist Eigentümer, der Bekl. Besitzer gem. § 854 I BGB und der Bekl. hatte wegen der wirksamen Kündigung auch kein Recht zum Besitz gem. § 986 I 1 Alt. 1 BGB. Allerdings ist § 818 I BGB in diesen Fällen gem. § 993 I BGB a.E. gesperrt (Palandt-Sprau, BGB, § 818 Rn 8). Daher ist kein Anspruch gegeben.

4. Teil: Ansprüche auf Nutzungsersatz vom 01.02.2004 bis zum 31.01.2007 gem. §§ 819 I, 818 IV, 292 II, 99 III BGB

Ein Anspruch auf Nutzungsersatz gem. §§ 819 I, 818 IV, 292 II, 99 III BGB könnte in Betracht kommen bereits zu dem Zeitpunkt, zu dem dem Bekl. die Kündigung zugegangen ist.

A. Anwendbarkeit der Norm und Tatbestandsvoraussetzungen

Fraglich ist, ob die Haftung wegen § 819 I BGB neben der Haftung aus § 292 BGB in Kraft schuldrechtlichen Herausgabeanspruch besteht. Zwar begründet § 292 BGB nur eine Mindesthaftung (vgl. MünchKommErnst, BGB, § 292 Rn 1; Palandt-Sprau, BGB, § 292 Rn 1). Denn gem. § 292 II, I, letzter Halbs. BGB kann sich aus dem Schuldverhältnis oder aus Verzug eine schärfere Haftung ergeben. Ist der Schuldner demnach zur Herausgabe des Gegenstands nach Bereicherungsvorschriften verpflichtet, tritt die weitergehende Haftung des § 292 BGB ab Kenntnis des fehlenden Grund-

des gem. § 819 I BGB ein und nicht erst wie bei § 292 I, II BGB nach Rechtshängigkeit ein (vgl. RGZ 137, 171 [179]). Hier war die Rechtshängigkeit erst ab dem 03.01.2004 eingetreten. Der Bekl. erhielt das Kündigungsschreiben jedoch bereits am 16.12.2002 mit Wirkung zum 01.07.2003. Fraglich ist, ob allein der Zugang der Kündigungserklärung bereits die positive Kenntnis beim Bekl. begründet. Dies ist nicht ersichtlich zumal selbst Unkenntnis, Kennenmüssen oder Bösgläubigkeit i.S.v. § 932 II BGB nicht schaden. Die Grenze ist allerdings dort zu ziehen, wo sich der Bekl. rechtsblind der Einsicht in die Rechtsgrundlosigkeit gemessen an dem normativen Maßstab redlich Denkender bewusst verschließt (BGHZ 133, 246; Palandt-Sprau, BGB, § 819 Rn 2). Dies ist hier nicht der Fall. Wie bereits dargelegt ist hoch streitig, inwieweit überhaupt das Recht zur Kündigung gem. §§ 413, 398 BGB auf den Kl. übergegangen ist. Das bedeutet, dass die positive Kenntnis jedenfalls nicht vor Eintritt der Rechtshängigkeit erfolgte.

B. Rechtsfolge

Der Kl. hat gegenüber dem Bekl. keinen Anspruch auf Nutzungsersatz ab Kenntnis gem. §§ 818 IV, 292 II, 987 I, 99 III BGB.

[Anm.1: Dadurch, dass die positive Kenntnis nach Eintritt der Rechtshängigkeit erfolgte, verbessert die Norm die Rechtsposition des Kl. nicht im Vergleich zu §§ 546 I, 292 II, 987 I, 99 III BGB. Das zeigt, warum der BGH sich mit dieser Anspruchgrundlage überhaupt nicht mehr beschäftigte.]

[Anm.2: Der erkennende Senat bejahte nunmehr nach dem obigen Ergebnis einen Ersatzanspruch gem. § 398 i.V.m. §§ 546 I, 292 II, 987 I, 99 III BGB. Daraus könnte auf den ersten Blick ein Widerspruch zur Rechtsprechung des BGH gefolgert werden, nach der der BGH grundsätzlich in den Fällen der unberechtigten Untervermietung Ansprüche auf Erlösherausgabe zugunsten des Hauptvermieters versagt (vgl. Senatsurteil BGHZ 131, 297, 304 ff.). In jenem Fall fehlte es aufgrund des bestehenden Hauptmietvertrages bereits an einem Herausgabeanspruch nach §§ 546 I, 985 BGB. Auch eine Bereicherung des Mieters auf Kosten des Vermieters schied aus, weil sich der Vermieter durch den Abschluss des Hauptmietvertrages für die Laufzeit des Vertrages der Gebrauchs- und Verwertungsmöglichkeit begeben und diese auf den Mieter übertragen hatte, der deshalb mit der Untervermietung, unabhängig davon, ob er sie berechtigt oder unberechtigt vorgenommen hatte, ein ihm zugewiesenes Geschäft wahrnahm. In diesem entscheidenden Punkt

weicht der Fall von dem vorliegenden ab. Während dort nicht der Vermieter, sondern der Mieter zur Nutzung der Mieträume berechtigt war, stand hier nach Beendigung des Mietvertrages der Schuldnerin als Eigentümerin und Vermieterin und nicht dem bekl. Mieter das ausschließliche Recht zur Nutzung der Mieträume zu.]

Zusatzfrage:

5. Teil: Beachtlichkeit der Einrede der Verjährung gem. § 214 I BGB in der Revision

Der Bekl. beruft sich im vorliegenden Fall erstmals in der Berufungsinstanz auf das Vorliegen der Einrede der Verjährung gem. § 214 I BGB. Diese Einrede müsste beachtlich sein.

Es kann offen bleiben, ob die Ansprüche auf Auskehr der vom 01.07.1998 bis 31.12.1999 gezogenen Nutzungen, die mit der am 15.12.2003 bei Gericht eingegangenen und dem Bekl. am 16.01.2004 zugestellten Klage geltend gemacht worden sind, am 15.12.2003, dem Zeitpunkt, auf den die Zustellung vom 16.01.2004 gemäß § 167 ZPO zurückwirkt, bereits verjährt waren. Denn aus dem Berufungsurteil ergibt sich nicht, dass der Bekl. in den Tatsacheninstanzen gegenüber diesen Ansprüchen die Einrede der Verjährung erhoben hat. Der Bekl. macht auch nicht geltend, sich in den Tatsacheninstanzen insoweit auf die Einrede der Verjährung berufen zu haben. Die Verjäh-

rungeinrede kann aber im Revisionsrechtszug nicht erstmals erhoben werden (BGHZ 1, 234, 239; BGH Urteile vom 23.10.2003 - IX ZR 324/01 - NJW-RR 2004, 275, 276 und vom 05.12.2008 - V ZR 144/07 - NJW 2009, 673, 674). 14.09.2009). Also ist der Bekl. mit dieser Einrede präkludiert. Der Prüfungsumfang der Revision beschränkt sich auf die Revisionsanträge gem. § 557 I ZPO und findet nur insoweit statt, als über den Streitgegenstand in der Berufung entschieden wurde. Folglich war die erstmals in der Revision durch den Bekl. eingebrachte Einrede der Verjährung unbeachtlich.

[Anm.: Beachten Sie den Unterschied zur Beachtlichkeit einer erstmals in der Berufungsinstanz erhobenen Einrede der Verjährung. Mit Aussetzungsbeschluss vom 04.12.2007 = RA 2008, 292 = NJW 2008, 1312 hatte der elfte Senat dem Großen Senat eben diese Rechtsfrage zur Bescheidung vorgelegt. Mit Beschluss des Großen Senats vom 23.06.2008 = NJW 2008, 3434 wurde entschieden, dass die erstmals im Berufungsrechtszug erhobene Einrede der Verjährung den Zulassungsvoraussetzungen des § 531 II 1 Nrn. 1 - 3 ZPO dann nicht unterliegt, wenn die Erhebung der Einrede und die die Einrede begründenden Umstände zwischen den Parteien unstreitig sind. (Vgl. dazu auch Kroppenberg, NJW 2009, 642)]

Standort: §§ 227 I, 25 II StGB

Problem: Sukzessive Mittäterschaft

BGH, BESCHLUSS VOM 09.06.2009
4 STR 164/09 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Als der Angeklagte J mitbekam, dass der Mitangeklagte R dem Opfer aus Ärger mehrere Schläge gegen den Kopf versetzte, beteiligte er sich an diesen Schlägen, da er sich auch über das Opfer geärgert hatte. J und R schlugen dann gemeinschaftlich auf das Opfer - insb. dessen Kopf - ein. Durch die Schläge erlitt das Opfer eine schwere Schädel-Hirn-Verletzung, die zu seinem Tode führte.

Obwohl sich nicht mehr genau feststellen ließ, wessen Schläge die tödliche Verletzung verursacht hatten, verurteilte das Landgericht Magdeburg beide Angeklagten wegen gemeinschaftlicher Körperverletzung mit Todesfolge, §§ 227 I, 25 II StGB. Der BGH hob dieses Urteil auf. Da sich nicht klären lasse, welcher Schlag die tödliche Verletzung verursacht habe, sei beim Angeklagten J nach dem Grundsatz "in dubio pro reo" davon auszugehen, dass die Ursache für den

Tod des Opfers durch einen Schlag des R gesetzt worden war, den dieser bereits vor Hinzutreten des J ausgeführt hatte. In diesem Fall könne dem J der Tod des Opfers jedoch nicht angelastet werden, sodass eine Strafbarkeit des J gem. § 227 I StGB ausscheide.

Prüfungsrelevanz:

Körperverletzungs- und Tötungsdelikte sind immer wieder Gegenstand von Examensaufgaben, gerade deshalb weil sie sich - wie der vorliegende Fall zeigt - sehr gut mit Problemen des Allgemeinen Teils kombinieren lassen. Gerade der im vorliegenden Fall zentrale Tatbestand des § 227 I StGB wird hier immer wieder gerne herangezogen, um Probleme gerade der Mittäterschaft (wie Exzess oder sukzessive Mittäterschaft) zu besprechen.

Nach ganz herrschender Meinung ist die Begründung einer Mittäterschaft i.S.v. § 25 II StGB auch dann noch möglich, wenn einer der Beteiligten mit der Tat ausführung bereits begonnen hat (sog. sukzessive Mittäterschaft). Streitig ist dies lediglich dann, wenn einer

der Beteiligten erst zwischen Vollendung und Beendigung des Deliktes hinzutritt und deshalb keine eigenen Beiträge mehr für die Erfolgsherbeiführung leisten kann, da der Erfolg ja bereits eingetreten ist (vgl. die Darstellung bei Joecks, § 25 Rn 68). Im vorliegenden Fall war J zwar erst hinzutreten nachdem R (durch die Schläge) mit der Körperverletzung begonnen und diese auch schon vollendet hatte. Jedoch hat J dann durch seine eigenen Schläge weitere Verletzungserfolge zugefügt, sodass er nicht nur die Beendigung, sondern auch noch die Vollendung der Körperverletzung gefördert hat. Somit war eine Mittäterschaft des J anzunehmen.

Bzgl. der Erfolgsqualifikation des § 227 I StGB war jedoch bei J nach dem Grundsatz "in dubio pro reo" davon auszugehen, dass der Tod des Opfers durch eine Verletzung herbeigeführt wurde, die das Opfer durch einen Schlag erlitten hatte, den R bereits vor Hinzutreten des J ausgeführt hatte. Eine (sukzessive) Mittäterschaft scheidet jedoch aus, wenn das Handeln eines später hinzutretenden Mittäters für die Tatbestandsverwirklichung ohne Einfluss bleibt, insb. weil im Zeitpunkt seines Hinzutretens für die Verwirklichung des Tatbestandes bereits alles getan ist (BGH, NStZ-RR 1997, 319; NStZ 1997, 272; 1998, 565; wistra 2003, 100, 101; Fischer, § 25 Rn 21; Meyer-Goßner, NStZ 1986, 51; Stein, StV 1997, 581). Deshalb ging der BGH (in dubio pro reo) davon aus, dass man J den Tod des P nicht anlasten könne, sodass eine Strafbarkeit gem. § 227 I StGB entfiel.

Interessant ist, dass sich weder das LG Magdeburg noch der BGH im Detail mit dem Tatbestand der Beteiligung an einer Schlägerei, § 231 I StGB, auseinandergesetzt haben, obwohl dieser im vorliegenden Fall durchaus nahe liegt. Der § 231 I StGB setzt nämlich auch voraus, dass eine der Folgen der Erfolgsqualifikationen gem. §§ 226 I, 227 I StGB eintritt. Diese Folge ist bei § 231 I StGB allerdings - anders als bei den erfolgsqualifizierten Tatbeständen - keine qualifizierende schwere Folge, sondern eine objektive Bedingung der Strafbarkeit. Insbesondere wegen der insofern unterschiedlichen Struktur der Tatbestände geht die herrschende Meinung i.R.v. § 231 I StGB - anders als z.B. bei § 227 I StGB - nicht davon aus, dass es einer Strafbarkeit entgegensteht, dass einer der Mittäter sich erst in einem Zeitpunkt an der Tathandlung beteiligt, in dem die Ursache für die Folge (z.B. den Tod des Opfers) bereits gesetzt worden ist (BGHSt 16, 130, 132; a.A.: Joecks, § 231 Rn 10).

Vertiefungshinweise:

□ Zur Erfolgszurechnung bei sukzessiver Mittäter-

schaft: BGH, NStZ 1984, 548; 1992, 333, 1994, 339; 1997, 272; NStZ-RR 1997, 319; wistra 2003, 100; Meyer-Goßner, NStZ 1986, 51

□ Zu § 231 StGB bei sukzessiver Beteiligung: BGHSt 14, 132; 16, 130; Birkhahn, MDR 1962, 625; Stree, JuS 1962, 94; Zopfs, JURA 1999, 172

Kursprogramm:

□ Examenskurs: "Nacht der offenen Tür"

Leitsatz (der Redaktion):

Kann der Hinzutretende die weitere Tatausführung nicht mehr fördern, weil für die Herbeiführung des tatbestandsmäßigen Erfolges schon alles getan ist und bleibt deshalb sein eigenes Handeln ohne Einfluss auf den späteren Tod des Geschädigten, kommt eine Zurechnung nach den Grundsätzen der (sukzessiven) Mittäterschaft und eine Mitwirkung an einem Verbrechen des § 227 StGB trotz Kenntnis, Billigung und Ausnutzung der durch einen Anderen geschaffenen Lage nicht in Betracht.

Sachverhalt:

J und R hielten sich in den Abendstunden des 13.05.2008 in der Wohnung der H auf und genossen nicht näher feststellbare Mengen Alkohol. In den frühen Morgenstunden des 14.05.2008 unternahm der erheblich unter Alkoholeinfluss stehende P, der ebenfalls in der Wohnung anwesend war, Annäherungsversuche gegenüber H und berührte sie an verschiedenen Körperteilen. Auf den Versuch des J, P von weiteren Übergriffen abzuhalten und ihn zu diesem Zweck von H zu trennen, reagierte P mit einer abwehrenden Armbewegung, wobei er J mit der Hand am Hals berührte. Über dieses Verhalten ärgerte sich R und beschloss, P dafür mit körperlicher Züchtigung zu bestrafen. Er versetzte diesem drei bis vier Faustschläge auf die linke Gesichtshälfte, woraufhin J, der ebenso verärgert war, nun seinerseits beschloss, sich der Bestrafung des P anzuschließen und bei den Körperverletzungshandlungen mitzuwirken. Er schlug mehrfach gegen den Körper des P. In der Zwischenzeit beteiligte sich auch R weiter an den mit heftigen Schlägen geführten körperlichen Misshandlungen des mittlerweile von der Couch gerutschten P. J und R hätten dabei auf Grund ihrer persönlichen Kenntnisse und Erfahrungen trotz erheblichen Alkoholgenusses erkennen können, dass der auf Grund erheblicher Alkoholisierung (BAK: 4,0 Promille) nahezu wehrlose P bei einer derartigen Behandlung ums Leben kommen könne und dass dieser Erfolg durch ein Unterlassen der Gewalt-

handlungen hätte vermieden werden können. P erlitt unter anderem eine Schädel-Hirn-Verletzung mit Brückenvenenabriss. Die dadurch verursachten Blutungen führten noch am selben Tag zum Tode.

Strafbarkeit von J und R?

[Anm.: Gehen Sie davon aus, dass sich nicht feststellen lässt, welcher Schlag die tödliche Schädel-Hirn-Verletzung des P verursachte.]

Lösung:

A. Strafbarkeit von J und R gem. §§ 212 I, 25 II StGB durch die Schläge

J und R könnten sich dadurch, dass sie auf P einschlugen und dadurch dessen Tod verursachten, wegen mittäterschaftlichen Totschlags gem. §§ 212 I, 25 II StGB zum Nachteil des P strafbar gemacht haben.

Eine Strafbarkeit wegen Totschlags würde jedoch voraussetzen, dass J und R bzgl. der Tötung des P vorsätzlich gehandelt hätten (vgl. § 15 StGB).

Ob J und R den P töten wollten, ist nicht genau zu erkennen. Die Tatsache, dass sie den P letztlich vor allem züchtigen und bestrafen wollten, spricht jedoch gegen einen Tötungsvorsatz, da eine Züchtigung ja ansonsten nicht den erhofften "pädagogischen" Effekt erzielen würde. Auch sind die Verletzungshandlungen von J und R (Faustschläge ohne Hilfsmittel) nicht so gefährlich, dass sich der Tod des Opfers als Tatfolge aufdrängen würde. Schließlich kann auch aus der Tatsache, dass J und R die Möglichkeit des Todes des P hätten erkennen können, nicht geschlossen werden, dass sie diese auch erkannt haben, was aber Voraussetzung für einen Tötungsvorsatz wäre. Deshalb ist zumindest nach dem Grundsatz "in dubio pro reo" zugunsten von J und R davon auszugehen, dass diese nicht mit Tötungsvorsatz gehandelt haben.

J und R haben sich nicht gem. §§ 212 I, 25 II StGB strafbar gemacht.

B. Strafbarkeit von J und R gem. §§ 223 I, 224 I Nr. 4, 5, 25 II StGB durch die Schläge

Durch die Schläge könnten sich J und R jedoch wegen mittäterschaftlicher gefährlicher Körperverletzung zum Nachteil des P gem. §§ 223 I, 224 I Nr. 4, 5, 25 II StGB strafbar gemacht haben.

I. Tatbestand

1. Grunddelikt: §§ 223 I, 25 II StGB

J und R müssten zunächst den Tatbestand des Grunddelikts, §§ 223 I, 25 II StGB, erfüllt haben.

a. Körperliche Misshandlung und Gesundheitsschädigung

J und R müssten P körperlich misshandelt und/oder an der Gesundheit geschädigt haben.

Körperliche Misshandlung ist jede üble unangemessene Behandlung, die das körperliche Wohlbefinden oder die körperliche Unversehrtheit mehr als nur unerheblich beeinträchtigt (BGH, NStZ 2007, 218; Fischer, § 223 Rn 3a). Gesundheitsschädigung ist das Hervorrufen oder Steigern eines pathologischen, also krankhaften, Zustands (BGH, NJW 1960, 2253; Joecks, § 223 Rn 9; Schönke/Schröder-Eser, § 223 Rn 6).

Die heftigen Schläge gegen Körper und Kopf des P stellen üble und unangemessene Behandlungen dar, die dessen Wohlbefinden erheblich beeinträchtigen. Auch ist davon auszugehen, dass neben dem ausdrücklich erwähnten pathologischen Zustand - dem Brückenvenenabriss - auch noch andere pathologische Zustände wie insb. Prellungen und Platzwunden durch die Schläge hervorgerufen worden sein dürften.

J und R haben P also körperlich misshandelt und an der Gesundheit geschädigt.

b. Mittäterschaft, § 25 II StGB

J und R müssten auch als Mittäter i.S.v. § 25 II StGB gehandelt haben.

Mittäterschaft i.S.v. § 25 II StGB setzt ein arbeitsteiliges Zusammenwirken aufgrund eines gemeinsamen Tatentschlusses voraus (Joecks, § 25 Rn 61; Wessels/Beulke, AT, Rn 524).

Ein arbeitsteiliges Zusammenwirken ist im vorliegenden Fall insofern gegeben als J und R zusammen auf P eingeschlagen haben. Sie haben zwar nicht vorher einen detaillierten Tatplan gefasst, sich allerdings während der Ausführung der Tat dazu entschlossen, die Verletzungshandlungen an P gemeinsam vorzunehmen. Für den im Rahmen der Mittäterschaft erforderlichen gemeinsamen Tatentschluss reicht es jedoch aus, wenn dieser während der Tatausführung gefasst wird (BGH, NStZ 2003, 383; Wessels/Beulke, AT, Rn 527).

J und R müssten die Tat auch als (Mit-) Täter und nicht nur als Teilnehmer begangen haben. Im vorliegenden Fall kann jedoch dahinstehen, ob insofern für die Täterschaft eine Tatherrschaft nebst einem entsprechenden Bewusstsein erforderlich ist (so die herrschende Literatur, vgl. LK-Roxin, § 25 Rn 181 ff.; SK-Samson, § 25 Rn 122; Jescheck/Weigend, AT § 16 V 3 b) oder ob hierfür grundsätzlich jeder Beitrag ausreicht, sofern er mit Täterwillen geleistet wird, wobei dessen Vorliegen anhand bestimmter Kriterien zu prüfen ist, insb. Grad des eigenen Interesses am Taterfolg,

Umfang der Tatbeteiligung, Tatherrschaft und Tatherrschaftswille (so die Rechtsprechung, vgl. BGH, NStZ-RR 2005, 71; NStZ 2006, 94). Im vorliegenden Fall hatten J und R nämlich beide Tatherrschaft, da sie beide eigenhändig Verletzungshandlungen an P vorgenommen haben. Auch hatten sie beide ein eigenes Interesse an der Tat, da sie beide P züchtigen bzw. bestrafen wollten. Nach beiden Auffassungen wären J und R also Täter und nicht nur Teilnehmer.

In Rechtsprechung und Literatur ist allerdings streitig, ob jemand, der erst zwischen Vollendung und Beendigung einer Tat beiträgt, noch zum Mittäter werden kann (vgl. die Darstellung bei Joecks, § 25 Rn 68). Dies wird jedoch nur für solche Fälle kontrovers diskutiert, in denen ein Beteiligter nach Eintritt des tatbestandlichen Erfolges (also Vollendung der Tat) hinzutritt und dann Beiträge leistet, die ausschließlich die Beendigung und nicht mehr die Vollendung der Tat fördern. Im vorliegenden Fall ergibt sich jedoch die Besonderheit, dass J sich zwar erst zu einem Zeitpunkt beteiligt hat, in dem R den P bereits geschlagen und somit die Körperverletzung (zumindest in der Form der körperlichen Misshandlung) bereits vollendet hatte. Allerdings hat J den P auch noch selbst geschlagen und so weitere Verletzungserfolge bei P herbeigeführt. J ist somit zwar erst nach Vollendung der Körperverletzung durch R hinzugetreten, hat aber noch selbst zum Erfolg beigetragen und nicht ausschließlich die Beendigung des Deliktes gefördert. Dass in einem solchen Falle aber eine Mittäterschaft gegeben ist, dürfte unproblematisch sein.

J und R haben die Körperverletzung also als Mittäter verwirklicht.

2. Qualifikation: § 224 I StGB

J und R könnten auch Qualifikationsmerkmale des § 224 I StGB verwirklicht haben.

a. § 224 I Nr. 4 StGB: Gemeinschaftliche Begehung

J und R könnten die Körperverletzung jeweils mit einem anderen Beteiligten gemeinschaftlich begangen haben, § 224 I Nr. 4 StGB.

Eine gemeinschaftliche Begehung i.S.v. § 224 I Nr. 4 StGB setzt es zwar nicht zwingend voraus, dass mehrere Beteiligte eigenhändig Verletzungshandlungen ausführen (BGH, NStZ 2006, 572; Fischer, § 224 Rn 11; Schönke/Schröder-Stree, § 224 Rn 11), ist in Fällen, in denen mehrere Beteiligte - insbesondere Mittäter - selbst Verletzungshandlungen ausführen, aber auf jeden Fall einschlägig.

Da J und R als Mittäter beide eigenhändig Verletzungshandlungen an P vorgenommen haben, haben sie die Körperverletzung jeweils mit einem anderen Be-

teiligten gemeinschaftlich i.S.v. § 224 I Nr. 4 StGB begangen.

b. § 224 I Nr. 5 StGB: Lebensgefährdende Behandlung

Es könnte auch eine das Leben gefährdende Behandlung i.S.v. § 224 I Nr. 5 StGB vorliegen.

Zwar ist i.R.v. § 224 I Nr. 5 StGB streitig, ob dieser Qualifikationstatbestand eine konkrete Lebensgefahr voraussetzt (so NK-Paeffgen, § 224 Rn 27; Schönke/Schröder-Stree, § 224 Rn 12) oder ob auch eine abstrakte Lebensgefahr ausreicht (so die h.M., vgl. BGH, NStZ 2005, 156, 157; Fischer, § 224 Rn 12; LK-Lilie, § 224 Rn 36; Wessels/Hettinger, BT 1, Rn 282). Im vorliegenden Fall ist P jedoch an den zugefügten Verletzungen gestorben, sodass auf jeden Fall auch eine konkrete Lebensgefahr und somit nach beiden Meinungen eine das Leben gefährdende Behandlung i.S.v. § 224 I Nr. 5 StGB vorlag.

3. Vorsatz

J und R handelten sowohl bzgl. der Begehung des Grunddelikts als auch bzgl. der qualifizierenden Umstände vorsätzlich.

II. Rechtswidrigkeit und Schuld

J und R handelten auch rechtswidrig und schuldhaft.

III. Ergebnis

J und R sind strafbar gem. §§ 223 I, 224 I Nr. 4, 5, 25 II StGB.

C. Strafbarkeit des R gem. § 227 I StGB durch die Schläge

R könnte sich darüber hinaus durch die Schläge auch wegen Körperverletzung mit Todesfolge gem. § 227 I StGB zum Nachteil des P strafbar gemacht haben.

I. Tatbestand

1. Grunddelikt: § 223 I StGB

Den Tatbestand des Grunddeliktes der Körperverletzung gem. § 223 I StGB hat R (in Mittäterschaft) verwirklicht (s.o.).

2. Qualifikation: § 227 I StGB

R müsste auch die Voraussetzungen des Qualifikationstatbestandes des § 227 I StGB verwirklicht haben.

a. Eintritt der schweren Folge

Die schwere Folge des § 227 I StGB (Tod eines Menschen) ist mit dem Tod des P eingetreten.

b. Kausalität des Grunddelikts für die schwere Folge

Die von R begangene Körperverletzung müsste auch kausal sein für den Tod des P.

Als problematisch könnte sich insofern erweisen, dass ungewiss ist, ob die von R vorgenommenen Misshandlungen oder diejenigen, die J dem P zugefügt hat, die tödliche Verletzung des P ausgelöst haben.

Hierzu führt der BGH aus: “[5] Der Schuld spruch wegen Körperverletzung mit Todesfolge ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Nach den Feststellungen beschloss der Angeklagte J, sich der von dem Angeklagten R begonnenen ‘Bestrafung’ des Geschädigten anzuschließen und setzte diesen Entschluss sodann in die Tat um. Die Gewaltanwendung in diesem zweiten Tatabschnitt erfolgte somit im gegenseitigen Einverständnis und Zusammenwirken beider Angeklagter. Daher muss sich der Angeklagte R auch die Schläge und den Fußtritt des in diesem Handlungsabschnitt hinzugetretenen Angeklagten J gegen das Tatopfer zurechnen lassen. Dass R die todesursächliche Verletzungshandlung - möglicherweise - nicht selbst vorgenommen hat, steht einer Strafbarkeit gemäß § 227 StGB nicht entgegen. Wegen gemeinschaftlicher Körperverletzung kann für deren Todesfolge, die ein anderer unmittelbar herbeigeführt hat, auch derjenige bestraft werden, der die Verletzung nicht mit eigener Hand ausführt, jedoch aufgrund eines gemeinschaftlichen Tatentschlusses mit dem Willen zur Tatherrschaft zum Verletzungserfolg beiträgt, sofern die Handlung des anderen im Rahmen des beiderseitigen ausdrücklichen oder stillschweigenden Einverständnisses lag und dem Täter hinsichtlich des Erfolges Fahrlässigkeit zur Last fällt (Senatsurteil NStZ 1994, 339 m.w.N.). So liegt es hier.”

Die Kausalität der von R begangenen Körperverletzung für die schwere Folge des § 227 I StGB (den Tod des P) ist somit gegeben.

c. Unmittelbarkeitszusammenhang

Um den ggü. §§ 223 I, 222 StGB deutlich höheren Strafrahmen des § 227 I StGB zu rechtfertigen, darf der Tod des Opfers nicht nur zufällig durch die Begehung des Grunddelikts verursacht worden sein. Erforderlich ist insofern, dass sich im tödlichen Ausgang eine spezifische Gefahr des Grunddelikts niedergeschlagen hat (sog. Unmittelbarkeitszusammenhang oder deliktsspezifischer Gefahrezusammenhang, vgl. BGH, NStZ-RR 2007, 76; Fischer, § 227 Rn 3; Joecks, § 227 Rn 6, Schönke/Schröder-Stree, § 227 Rn 3; Hardtung, NStZ 2003, 261).

Zwar ist i.R.v. § 227 I StGB streitig, ob dieser Unmittelbarkeitszusammenhang zwingend voraussetzt, dass der Tod durch den vorsätzlich zugefügten Körperver-

letzungserfolg hervorgerufen werden muss (so die Erfolgs- bzw. Letalitätstheorie, vgl. Joecks, § 227 Rn 8; Schönke/Schröder-Cramer/Sternberg-Lieben, § 18 Rn 4; Hardtung, NStZ 2003, 261) oder ob es auch ausreicht, dass der Tod durch die Körperverletzungshandlung herbeigeführt wird (BGHSt 14, 110; LG Kleve, NStZ-RR 2003, 235, 237; Schönke/Schröder-Stree, § 227 Rn 5; Wessels/Hettinger, BT 1, Rn 299; Sowada, JURA 2003, 549). Im vorliegenden Fall ist jedoch der Tod des P aufgrund der vorsätzlich herbeigeführten Misshandlungen durch die Schläge eingetreten, sodass nach beiden Meinungen der erforderliche Unmittelbarkeitszusammenhang gegeben ist.

d. Fahrlässigkeit, § 18 StGB

Gem. § 18 StGB müsste R hinsichtlich der schweren Folge wenigstens fahrlässig gehandelt haben.

Eine solche Fahrlässigkeit setzt zunächst voraus, dass der Täter objektiv sorgfaltspflichtwidrig gehandelt hat und der Eintritt des konkreten Erfolgs und der wesentliche Kausalverlauf auch objektiv vorhersehbar waren (BGHSt 49, 1, 5; Fischer, § 15 Rn 12a; Roxin, StV 2004, 485). Die Sorgfaltspflichtverletzung des R besteht bereits in der Vornahme der Verletzungshandlungen, durch die R den Tatbestand des Grunddelikts verwirklicht hat. Bei heftigen Schlägen, wie R und J sie insbesondere auch gegen den Kopf des P versetzten, ist es auch vorhersehbar, dass das Opfer hierdurch so schwer wiegende innere Verletzungen erleidet, dass es daran verstirbt.

R hat also hinsichtlich des Todes des P fahrlässig gehandelt.

II. Rechtswidrigkeit

R handelte rechtswidrig.

III. Schuld

R müsste auch schuldhaft gehandelt haben.

Bei einem Fahrlässigkeitsdelikt setzt ein schuldhaftes Handeln stets auch voraus, dass der sog. Fahrlässigkeitschuldvorwurf gegeben ist. Der Täter muss hierfür subjektiv sorgfaltspflichtwidrig handeln und der konkrete Erfolg und der wesentliche Kausalverlauf müssen auch subjektiv, d.h. an den individuellen Fähigkeiten des Täters gemessen, vorhersehbar gewesen sein. R hätte vorliegend die Sorgfaltspflichtwidrigkeit seines Tuns und dessen mögliche Konsequenzen erkennen können, sodass auch der Fahrlässigkeitschuldvorwurf gegeben ist.

III. Ergebnis

R ist strafbar gem. § 227 I StGB.

D. Strafbarkeit des R gem. § 231 I StGB

R könnte sich durch die Schläge gegen P auch noch wegen Beteiligung an einer Schlägerei gem. § 231 I StGB strafbar gemacht haben.

*I. Tatbestand**1. Schlägerei oder von mehreren verübter Angriff*

Der Tatbestand des § 231 I StGB setzt zunächst eine Schlägerei oder einen von mehreren verübten Angriff voraus.

Schlägerei i.S.v. § 231 I StGB ist ein Streit von mindestens drei Personen mit gegenseitigen Körperverletzungen (BGHSt 33, 102; Fischer, § 231 Rn 3; Joecks, § 231 Rn 4). Im vorliegenden Fall haben jedoch nur J und R geschlagen, wogegen sich die "Beteiligung" des P an der Schlägerei auf eine reine Opferrolle beschränkte. Da jedoch solche Personen bei der Schlägerei nicht "mitgezählt" werden, die keine eigenen Tätlichkeiten verüben (BGHSt 15, 371; Joecks, § 231 Rn 4; SK-Horn/Wolters, § 231 Rn 3), ist vorliegend letztlich nur ein Streit von zwei Personen (J und R) gegeben, der für eine Schlägerei i.S.v. § 231 I StGB nicht ausreicht.

Das Verhalten von J und R könnte jedoch einen von mehreren verübten Angriff darstellen.

Ein von mehreren verübter Angriff ist die in feindlicher Absicht gegen den Körper des Opfers gerichtete Einwirkung von mindestens zwei Personen, wobei Einheitlichkeit des Angriffs, des Angriffsgegenstandes und des Angriffswillens bestehen muss (BGHSt 33, 102; Fischer, § 231 Rn 4; Schönke/Schröder-Stree, § 231 Rn 4).

J und R, also zwei Personen, haben in feindlicher Absicht auf den Körper des Opfers P eingeschlagen. Beide führten Faustschläge gegen dasselbe Opfer aus und beide schlugen den P, um ihn für sein vorheriges Verhalten zu bestrafen und weil sie sich über ihn geärgert hatten, sodass auch ein einheitlicher Angriff, Angriffsgegenstand und -wille vorlagen. Dass J und R erst spontan übereinkamen, den P anzugreifen, steht der Annahme eines Angriffs i.S.v. § 231 I StGB ebenso wenig entgegen wie in der Tatbestandsvariante der Schlägerei, die auch in den seltensten Fällen vorher geplant ist.

Ein von mehreren verübter Angriff liegt somit vor.

2. Beteiligung des R

R müsste sich an diesem Angriff beteiligt haben.

An einem Angriff ist jeder beteiligt, der bei diesem anwesend ist und physisch oder psychisch dazu beiträgt, dass geschlagen wird (RGSt 5, 170; Fischer, § 231 Rn 8; Schönke/Schröder-Stree, § 231 Rn 6). R

war beim Angriff anwesend und hat nicht nur dazu beigetragen, dass geschlagen wurde, sondern auch selber zugeschlagen.

R hat sich an dem Angriff beteiligt.

3. Vorwerfbarkeit der Beteiligung

Gem. § 231 II StGB wäre R nicht strafbar, wenn ihm die Beteiligung an dem Angriff nicht vorzuwerfen wäre.

Die Beteiligung an einer Schlägerei oder einem von mehreren verübten Angriff ist dann nicht vorwerfbar, wenn der sich Beteiligende hinsichtlich seiner Beteiligung gerechtfertigt oder entschuldigt ist (Lackner/Kühl, § 231 Rn 4; Schönke/Schröder-Stree, § 231 Rn 7; Eisele, JR 2001, 270). Da jedoch R hinsichtlich seiner Beteiligung an dem Angriff auf P weder gerechtfertigt noch entschuldigt ist, ist ihm diese Beteiligung auch vorzuwerfen.

4. Vorsatz

R handelte auch vorsätzlich hinsichtlich der objektiven Tatumstände.

5. Objektive Bedingung der Strafbarkeit

Durch den Angriff müsste der Tod eines Menschen oder eine schwere Körperverletzung i.S.v. § 226 StGB verursacht worden sein.

P ist gestorben, sodass eine der genannten objektiven Strafbarkeitsbedingungen eingetreten ist.

Diese Bedingung müsste jedoch auch "durch den Angriff" verursacht worden sein.

Insofern ist es jedoch ausreichend, dass die schwere Körperverletzung bzw. der Tod kausal durch die Schlägerei bzw. den Angriff verursacht wurde, jedenfalls sofern auch die für die objektive Zurechnung maßgeblichen Kriterien vorliegen, sich die schwere Folge also als Verwirklichung einer typischen Gefahr dieses Vorgangs darstellt (Joecks, § 231 Rn 7; Lackner/Kühl, § 231 Rn 5; Schönke/Schröder-Stree, § 231 Rn 14; Zopfs, JURA 1999, 172). Einer bestimmten Person braucht die Bedingung nicht zugerechnet werden zu können (BGHSt 33, 104, Fischer, § 231 Rn 6).

Im vorliegenden Fall ist P an den Verletzungen gestorben, die ihm durch die Schläge von J und R zugefügt worden waren, sodass die objektive Bedingung der Strafbarkeit kausal durch den Angriff verursacht worden ist. Dass sich nicht klären lässt, wessen Schläge den Tod verursacht haben, ist insofern nicht relevant, da sich die Bedingung auch nicht einer bestimmten Person zurechnen lassen muss.

II. Rechtswidrigkeit und Schuld

R handelte auch rechtswidrig und schuldhaft.

III. Ergebnis

R ist strafbar gem. § 231 I StGB.

E. Strafbarkeit des J gem. §§ 227 I, 25 II StGB

J könnte sich dadurch, dass er P schlug, wegen mittäterschaftlicher Körperverletzung mit Todesfolge gem. §§ 227 I, 25 II StGB zum Nachteil des P strafbar gemacht haben.

*I. Tatbestand**1. Grunddelikt: §§ 223 I, 25 II StGB*

Den Tatbestand des Grunddeliktes der mittäterschaftlichen Körperverletzung gem. §§ 223 I, 25 II StGB hat J verwirklicht (s.o.).

2. Qualifikation: § 227 I StGB

J müsste auch den Qualifikationstatbestand des § 227 I StGB verwirklicht haben.

a. Eintritt der schweren Folge

P ist tot. Die schwere Folge des § 227 I StGB ist also eingetreten.

b. Kausalität des Grunddelikts für die schwere Folge

Die von J begangene Körperverletzung müsste auch kausal sein für den Tod des P.

Insofern könnte es eine Rolle spielen, dass sich nicht mehr klären lässt, ob der tödliche Brückenvenenabriss bei P durch die Schläge des R oder diejenigen des J verursacht wurde.

Hierzu führt der BGH aus: “[7] [...] Entgegen der Auffassung des Landgerichts führt der Umstand, dass J die von ihm beobachtete vorangegangene Gewaltanwendung durch den Angeklagten R billigte und sich zur Teilnahme an dessen weiterer Gewaltanwendung entschloss, nicht dazu, dass die ihm bereits vor seinem Tatentschluss durch R allein verwirklichten Tatumstände zuzurechnen wären. Kann der Hinzutretende die weitere Tatausführung nicht mehr fördern, weil für die Herbeiführung des tatbestandsmäßigen Erfolges schon alles getan ist und bleibt deshalb sein eigenes Handeln ohne Einfluss auf den späteren Tod des Geschädigten, kommt eine Zurechnung nach den Grundsätzen der (sukzessiven) Mittäterschaft und eine Mitwirkung an einem Verbrechen des § 227 StGB trotz Kenntnis, Billigung und Ausnutzung der durch einen Anderen geschaffenen Lage nicht in Betracht (BGH NStZ 1984, 548, 549; Senatsurteil NStZ 1994, 339).

[8] Da das Landgericht rechtsfehlerfrei nicht feststellen konnte, welche der von beiden Angeklagten ausgeübten Gewalteinwirkungen für den todesursächlichen Brückenvenenabriss in der Hirnkammer des Geschä-

digten ursächlich war, war in Anwendung des Zweifelsatzes davon auszugehen, dass dem Geschädigten die zum Tode führende Verletzung schon im ersten Teil des Geschehens und damit vor dem Zeitpunkt zugefügt worden war, als der Angeklagte J beschloss, sich der durch den Mitangeklagten R begonnenen Bestrafung des Tatopfers anzuschließen und bei den Körperverletzungshandlungen mitzuwirken. Sollte die zur neuen Verhandlung und Entscheidung berufene Strafkammer insoweit zu keinen weiteren Feststellungen gelangen können, kommt hinsichtlich des Angeklagten J lediglich eine Verurteilung wegen gefährlicher Körperverletzung in Betracht.

Nach dem Grundsatz “in dubio pro reo” ist also bei J die Kausalität seiner Beteiligung am Grunddelikt für den Eintritt der schweren Folge (den Tod des P) zu verneinen.

II. Ergebnis

J ist nicht strafbar gem. § 227 I StGB.

F. Strafbarkeit des J gem. §§ 231 I, 25 II StGB

Dadurch, dass er den P zusammen mit R verprügelte, könnte sich J aber wegen Beteiligung an einer Schlägerei in Mittäterschaft gem. §§ 231 I, 25 II StGB strafbar gemacht haben.

*I. Tatbestand**1. Von mehreren verübter Angriff*

Die Schläge, die J und R dem P versetzten, stellen einen von mehreren verübten Angriff i.S.v. § 231 I StGB dar (s.o.).

2. Beteiligung

An diesem Angriff müsste sich J beteiligt haben. J war bei dem Angriff anwesend und hat diesen auch physisch durch seine eigenen Schläge gefördert, sodass eine Beteiligung an dem Angriff gegeben ist.

3. Mittäterschaft, § 25 II StGB

J hat als Mittäter des R im Rahmen der (gefährlichen) Körperverletzung gehandelt (s.o.), sodass auch der Angriff auf den P durch J und R in Mittäterschaft begangen wurde.

4. Vorwerfbarkeit der Beteiligung

Da J hinsichtlich seiner Beteiligung weder gerechtfertigt noch entschuldigt war, ist ihm diese auch i.S.v. § 231 II StGB vorzuwerfen.

5. Vorsatz

J handelte vorsätzlich

6. Objektive Bedingung der Strafbarkeit

Der Tod des P - also einer der genannten objektiven Strafbarkeitsbedingungen - ist eingetreten.

Allerdings lässt sich nicht feststellen, durch welche Schläge der Tod des P - also die objektive Strafbarkeitsbedingung des § 231 I StGB - verursacht wurde, sodass nach dem Grundsatz "in dubio pro reo" zu Gunsten des J davon auszugehen ist, dass dieser sich erst zu einem Zeitpunkt an dem Angriff beteiligt hat, in dem die Ursache für den Tod des P bereits gesetzt worden war. Fraglich ist, ob dies eine Strafbarkeit des J gem. § 231 I StGB ausscheiden lässt.

a. Mindermeinung

Eine Auffassung verneint die Anwendbarkeit von § 231 I StGB, wenn ein Beteiligter sich erst an der Schlägerei oder dem Angriff beteiligt, nachdem die Ursache für den Eintritt der objektiven Strafbarkeitsbedingung gesetzt worden ist (Joecks, § 231 Rn 10; Schönke/Schröder-Stree, § 231 Rn 15; LK-Hirsch, § 231 Rn 8; SK-Horn/Wolters, § 231 Rn 8).

Da im vorliegenden Fall nach dem Grundsatz "in dubio pro reo" davon auszugehen ist, dass J sich an dem Angriff auf P erst beteiligt hat, nachdem R die Ursache für den Tod des P gesetzt hatte (s.o.), wäre somit eine Strafbarkeit des J gem. § 231 I StGB nicht gegeben.

b. Herrschende Meinung

Nach herrschender Meinung ist § 231 I StGB auch auf Personen anwendbar, die sich an einer Schlägerei oder einem von mehreren verübten Angriff erst zu einem Zeitpunkt beteiligen, in dem die Ursache für die objektive Bedingung der Strafbarkeit des § 231 I StGB bereits gesetzt wurde oder sogar diese Bedingung bereits eingetreten ist (BGHSt 16, 130, 132; Fischer, § 231 Rn 8; Lackner/Kühl, § 231 Rn 5; MüKo StGB-Hardtung, § 231 Rn 26; Wessels/Hettinger, BT 1, Rn 360).

Nach dieser Auffassung wäre also der Tatbestand des § 231 I StGB durch J auch dann verwirklicht, wenn sich dieser erst an dem Angriff beteiligt hätte, nachdem durch eine Handlung des R die Ursache für den Tod des P gesetzt worden wäre. Dass sich nicht feststellen lässt, durch wessen Handlung die objektive Strafbarkeitsbedingung des § 231 I StGB herbeigeführt wurde, vermag J nach dieser Meinung somit nicht zu entlasten.

c. Stellungnahme

Zwar ist der Mindermeinung zuzugestehen, dass derjenige, der sich an einer Schlägerei oder einem Angriff erst zu einem Zeitpunkt beteiligt, zu dem die Ursache

für die objektive Strafbarkeitsbedingung des § 231 I StGB (Tod oder schwere Körperverletzung) bereits gesetzt worden ist, selbst nichts mehr zu der entsprechenden Gefährlichkeit des Verhaltens beitragen kann. Außerdem ist bei Erfolgsqualifikationen wie §§ 226, 227 StGB eine Haftung für eine schwere Folge auch ausgeschlossen, wenn sich jemand an der Begehung des Grunddelikts beteiligt, nachdem die Ursache für die schwere Folge bereits gesetzt worden ist (s.o.). Die Mindermeinung übersieht hierbei jedoch, dass gerade die relativ strengen Voraussetzungen der Erfolgsqualifikationen der §§ 226, 227 StGB einen Grund dafür bilden, dass der Gesetzgeber den Tatbestand des § 231 I StGB weiter fassen wollte. Da nämlich die objektiven Strafbarkeitsbedingungen des § 231 I StGB den schweren Folgen der §§ 226 I, 227 I StGB entsprechen, würde der Tatbestand der Beteiligung an einer Schlägerei leerlaufen, wenn er - ebenso wie die §§ 226 f. StGB - nur einschlägig wäre, sofern einem Beteiligten die verursachte schwere Folge objektiv zuzurechnen wäre. In diesem Fall wäre nämlich neben § 231 StGB immer auch § 226 StGB oder § 227 StGB verwirklicht, hinter die aber der milder bestrafte § 231 StGB zurücktreten würde. Der Gesetzgeber wollte also mit § 231 I StGB aber gerade einen Tatbestand schaffen, der solche Fälle erfasst, in denen sich nicht mehr genau klären lässt, auf wessen Beitrag der Eintritt einer schweren Folge genau zurückzuführen ist. Deshalb hat er auch den Wortlaut des § 231 I StGB hinsichtlich der erforderlichen Kausalität ("durch die Schlägerei") bewusst weiter gefasst als den der §§ 226 f. StGB (z.B. § 227 I StGB: "Verursacht der Täter durch die Körperverletzung"). Unsicherheiten hinsichtlich der genauen Ursache des Todes oder der schweren Körperverletzung sollten einen Beteiligten bei § 231 I StGB - im Gegensatz zu den §§ 226, 227 StGB - gerade nicht entlasten. Damit soll auch dem Charakter des § 231 I StGB als abstraktes Gefährdungsdelikt Rechnung getragen werden.

Der herrschenden Meinung ist somit zu folgen. Der Tod des P kann J also im Rahmen von § 231 I StGB angelastet werden.

II. Rechtswidrigkeit und Schuld

J handelte auch rechtswidrig und schuldhaft.

III. Ergebnis

J ist strafbar gem. § 231 I StGB.

G. Gesamtergebnis und Konkurrenzen

J und R haben sich wegen mittäterschaftlicher gefährlicher Körperverletzung, §§ 223 I, 224 I Nr. 4, 5 StGB und mittäterschaftlicher Beteiligung an einer Schlägerei

rei, §§ 231 I, 25 II StGB strafbar gemacht. Bei R kommt noch eine Strafbarkeit wegen Körperverletzung mit Todesfolge, § 227 I StGB hinzu. Sämtliche Delikte wurden durch dieselben Handlungen - die Schläge gegen P - begangen.

Für den R treten die §§ 223 I, 224 I StGB und § 231 I StGB hinter § 227 I StGB zurück (vgl. BGH, NStZ-RR 2007, 76; Fischer, § 224 Rn 16; Schönke/Schrö-

der-Stree, § 231 Rn 17). Bei J bleiben die §§ 223 I, 224 I StGB und § 231 I StGB nebeneinander bestehen (vgl. Fischer, § 224 Rn 16; Schönke/Schröder-Stree, § 224 Rn 16).

Somit hat sich R gem. § 227 I StGB strafbar gemacht und J gem. §§ 223 I, 224 I Nr. 4, 5; 231 I; 52 StGB.

*Literaturauswertung**Öffentliches Recht*

Autor/Titel:	Viebelkorn, Vera / Janz, Norbert: "Götterdämmerung I: Verfassungsrechtliche Grenzen der Übertragung deutscher Hoheitsrechte auf die EU"
Fundstelle:	NWVB1 2009, 338 (Heft 9)
Inhalt:	Hervorragender Beitrag zur "Lissabon"-Entscheidung des BVerfG, der die RA bereits breiten Raum gewidmet hat (RA 2009, S. 481 ff.). Die Autoren verstehen es zunächst auf hervorragende Weise, die wesentlichen Aussagen des Vertrages von Lissabon und der hierzu ergangenen BVerfG-Entscheidung komprimiert zusammenzufassen. Sodann erfolgt eine rechtliche Würdigung unter Einbeziehung der bisherigen "Solange"-Rechtsprechung des BVerfG. Für Studierende wirklich der beste Aufsatz bisher zum Thema "Lissabon".

Zivilrecht

Autor/Titel:	Fischer, Robert: "Aus der Praxis: Parteiwechsel auf Klägerseite"
Fundstelle:	JuS 2009, 38 (Heft 1)
Inhalt:	In der gerichtlichen Praxis ist ein Parteiwechsel auf der Klägerseite nicht selten. Aus einem solchen Wechsel resultieren häufig erhebliche prozessuale Probleme. Diese werden anhand eines Beispielsfalles gut nachvollziehbar erläutert.

Autor/Titel:	Conrad, Christian: "Das zivilprozessuale Mahnverfahren"
Fundstelle:	JuS 2009, 12 (Heft 1)
Inhalt:	Der Autor befasst sich mit den Grundzügen des Mahnverfahrens gem. §§ 688 ZPO. Kenntnisse diesbezüglich gehören zum Grundwissen der juristischen Ausbildung. Der Ablauf des Mahnverfahrens wird gut nachvollziehbar aufgezeigt. Klausurrelevante Probleme werden erörtert.

Autor/Titel:	Görmer, Gerald: "Der Befreiungsanspruch"
Fundstelle:	JuS 2009, 7 (Heft 1)
Inhalt:	Der Befreiungsanspruch bereitet vielen Studenten und Referendaren Schwierigkeiten in der Handhabung. Das mit ihm verbundene Dreiecksverhältnis und die vielfältigen Anspruchgrundlagen lassen Lösungen im Zusammenhang mit Befreiungsansprüchen oft unübersichtlich erscheinen. Der Autor stellt die klausurrelevanten Probleme anschaulich dar.

Strafrecht

Autor/Titel:	Himmelreich, Klaus & Lessing, Karen: "Überblick über neue Entscheidungen in Verkehrsstraf- und Bußgeldsachen"
Fundstelle:	NStZ 2003, 301 (Heft 6)
Inhalt:	Aktuelle Folge der regelmäßig erscheinenden Übersicht über aktuelle Rechtsprechung zu den relevanten Fragen des Verkehrsstraf- und -ordnungswidrigkeitenrechts (zuletzt in NStZ 2002, 301) mit interessanten (kommentierten) Entscheidungen, insb. auch für den Praktiker

Autor/Titel:	Kudlich, Hans: "Computerberug und Scheckkartenmissbrauch durch den berechtigten Karteninhaber - BGH, NJW 2002, 905"
Fundstelle:	JuS 2003, 537 (Heft 6)
Inhalt:	Interessante, gut verständliche Ausführungen zu der im Titel genannten, bedeutsamen BGH-Entscheidung (s. auch RA 2002, 246), die der Verfasser zum Anlass nimmt, auch an Parallelfällen Probleme der Strafbarkeit des Missbrauchs von Scheckkarten zu erörtern, was insb. angesichts der hohen Examensrelevanz von Straftatbeständen wie §§ 263, 263 a und 266 b StGB besondere Beachtung verdient.

Autor/Titel:	Radtke, Henning & Schwer, Dominic: "Der praktische Fall -Strafrecht: Anwendbarkeit der Regeln über den ärztlichen Heileingriff auf medizinisches Hilfspersonal"
Fundstelle:	JuS 2003, 580 (Heft 6)
Inhalt:	Interessante Variation des klassischen Problems, ob ärztliche Heileingriffe Körperverletzungen darstellen können, inklusive ausführlicher Darstellung der in diesen Problemkreisen denkbaren Rechtfertigungsgründen; auch das klassische Problem der Abgrenzung von § 315 b und § 315 c StGB wird behandelt.