

Öffentliches Recht

Standort: Art. 4 GG

Problem: Teilnahme am Schwimmunterricht

OVG MÜNSTER, BESCHLUSS VOM 20.05.2009
19 B 1362/08 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Das OVG Münster hatte im nachstehenden Beschluss Gelegenheit zur Entscheidung der Frage, ob und wann eine Schülerin muslimischen Glaubens unter Hinweis auf die für sie verbindlichen Bekleidungs Vorschriften des Koran die Teilnahme am Schwimmunterricht verweigern kann. Ausgangsnorm war § 43 III SchulG NRW, der eine Unterrichtsbefreiung aus "wichtigem Grund" ermöglicht (entsprechende Vorschriften existieren auch in allen anderen Bundesländern).

A. Ein "wichtiger Grund" in diesem Sinne könnte die Glaubensfreiheit der Schülerin sein, die über Art. 4 I, II GG geschützt ist. An dieser Stelle wäre zunächst ausführlich zu prüfen, ob der Schutzbereich der Glaubensfreiheit betroffen ist. Vom OVG Münster wurde dies für den vorliegenden Fall unterstellt, das VG Düsseldorf hatte jedoch beispielsweise in einem früheren Fall klargestellt, dass allein das Berufen auf den Koran nicht genüge; vielmehr müsse substantiiert dargelegt werden, welche Vorschrift des Koran warum die Teilnahme am Schwimmunterricht unmöglich mache und in wieweit dies von der Schülerin als verbindlich erachtet werde (VG Düsseldorf, RA 2006, 128 = NWVBl 2006, 68).

B. Ist der Schutzbereich betroffen, stellen die Schulpflicht und die mit ihr verbundene Pflicht zur Teilnahme am Schwimmunterricht unproblematisch einen Eingriff in diesen dar.

C. Fraglich ist jedoch, ob sich dieser rechtfertigen lässt.

I. Die Glaubensfreiheit unterliegt - mit dem BVerfG - jedenfalls verfassungsimmanenten Schranken, wenn man nicht gar - mit der Literatur - aus Art. 140 GG i.V.m. 136 I WRV einen Gesetzesvorbehalt ableitet. Auf diesen Streit kommt es vorliegend nicht an, da dem staatlichen Bildungs- und Erziehungsauftrag aus Art. 7 I GG Verfassungsrang zukommt.

II. Kollidieren Verfassungsnormen, ist ein Ausgleich im Wege der "praktischen Konkordanz" vorzunehmen. Dieser besagt, dass nicht nach dem Vorrang des einen oder anderen Verfassungssatzes zu fragen ist, sondern beide so zu maximieren sind, dass die Schnittmenge, in der sie kollidieren, möglichst klein gehalten wird.

Die Suche nach einem solchen Ausgleich bildet den Schwerpunkt der Entscheidung des OVG Münster. Es findet ihn im Tragen einer zweckentsprechenden Bekleidung (z.B. eines sog. "Burkinis" - ein Kunstwort, das sich aus "Burka" und "Bikini" zusammensetzt und damit in etwa das Aussehen des Schwimmanzugs beschreibt). Für muslimische Mädchen bedeutet diese Entscheidung also, dass ihnen eine Teilnahme am Schwimmunterricht in entsprechender Kleidung zuzumuten ist.

Prüfungsrelevanz:

Die Aufsehen erregenden Entscheidungen zum Thema "Ausländer in deutschen Schulen" reißen nicht ab (vgl. nur das Urteil in Fallstruktur in diesem Heft zum Anspruch auf muttersprachlichen Unterricht). Die Examensrelevanz dieses Themas könnte daher gar nicht höher sein.

Wie bereits in der Problemdarstellung ausgeführt, dürfte man sich in einem Gutachten nicht mit der knappen Feststellung zufrieden geben, dass ein Eingriff in Art 4 I, II GG vorliege und dieser im Wege der "praktischen Konkordanz" zu rechtfertigen sei; vielmehr wären Schutzbereich, Eingriff und Schrankendogmatik ausführlich zu prüfen. Im Examen kann dies im Rahmen einer Verfassungsbeschwerde, aber auch im Rahmen einer einfachen verwaltungsgerichtlichen Klage geschehen, wenn nicht gar - was in praxi der Regelfall sein dürfte - der Weg des vorläufigen Rechtsschutzes beschritten wird. In diesem dürfte eine einstweilige Anordnung nach § 123 I VwGO statthaft sein: Die Befreiung vom Schwimmunterricht dürfte einen Verwaltungsakt darstellen (insbesondere dürfte ihr Außenwirkung zukommen, da nicht nur das inner-schulische Betriebsverhältnis betroffen ist, sondern sich die Entscheidung auf die Persönlichkeit der Schülerin auswirkt). Die in der Hauptsache somit zu erhebende Verpflichtungsklage auf Erlass einer positiven Befreiungsentscheidung führt im vorläufigen Rechtsschutz zu § 123 I VwGO.

Vertiefungshinweise:

Schwimmunterricht und Glaubensfreiheit: *BVerwG*, NJW 1994, 1889; *VG Düsseldorf*, RA 2006, 128 = NWVBl 2006, 68

Glaubensfreiheit und Schulpflicht: *BayVGH*, RA

2004, 1 = BayVBl 2004, 49 (Heimunterricht); VG Aachen, RA 2002, 621 = NJW 2002, 3191 (Befreiung von Klassenfahrt)

□ Glaubensfreiheit in der Schule: BVerfG, RA 2004, 749 = NJW 2004, 3581; RA 2003, 601 = NJW 2003, 3111; VG Stuttgart, ZfBR 2000, 66; VGH BW, NJW 2001, 2899; BVerwG, RA 2002, 509 = BVerwGE 116, 359 (alle Kopftuch); BayVGH, RA 2002, 14 = BayVBl 2002, 400 (Kruzifix)

Kursprogramm:

- Examenskurs : "Oben ohne"
- Examenskurs : "Das Opferlamm"

Leitsätze:

1. Eine strenge Auslegung der Glaubensquellen des Korans innerhalb einer muslimischen Familie rechtfertigt für sich genommen nicht die Befreiung ihrer Kinder vom Schwimmunterricht.

2. Ein wichtiger Grund hierfür im Sinne § 43 Abs. 3 SchulG NRW liegt vielmehr erst dann vor, wenn sowohl die Schule als auch die Eltern und ihr Kind den Konflikt zwischen dem staatlichen Bildungs- und Erziehungsauftrag aus Art. 7 Abs. 1 GG einerseits und dem Elternrecht auf religiöse Kindererziehung aus Art. 6 Abs. 2, Art. 4 Abs. 1 und 2 GG andererseits im konkreten Einzelfall auch durch zumutbare Maßnahmen nicht zu einem schonenden Ausgleich führen können (Grundsatz der praktischen Konkordanz).

3. Für muslimische Mädchen im Grundschulalter gehört zu den zumutbaren Maßnahmen in diesem Sinn grundsätzlich auch das Tragen einer den islamischen Bekleidungs Vorschriften entsprechenden Schwimmkleidung.

Sachverhalt:

Die 9-jährige Tochter der Antragsteller besucht die 4. Klasse der Grundschule. Sie beantragten bei deren Leiterin, der Antragsgegnerin, ihre Tochter aus Gründen ihres muslimischen Glaubens von der Teilnahme am Schwimmunterricht zu befreien. Sie beriefen sich auf die islamischen Bekleidungs Vorschriften (Koransure 24, Verse 30 und 31), die sie als streng gläubige Muslime strikt beachten müssten; es dürfe keinen Zutritt und Einblick der Schüler des jeweils anderen Geschlechts beim Schwimmunterricht geben. Die Antragsgegnerin lehnte den Antrag mit der Begründung ab, bis zum Alter von 12 Jahren sei für muslimische Mädchen die Teilnahme am koedukativen Schwimmunterricht zumutbar. Nach erfolglosem Widerspruchsverfahren erhoben die Antragsteller Klage und beantragten vorläufigen Rechtsschutz. Das VG lehnte diesen Antrag ab. Das OVG wies die Beschwerde zurück.

Aus den Gründen:

Die Beschwerde ist gemäß § 146 Abs. 1 und 4 VwGO zulässig, aber unbegründet. Insoweit ist die Prüfung des Senats auf diejenigen Gründe beschränkt, die die Antragsteller innerhalb der einmonatigen Begründungsfrist nach § 146 Abs. 4 Satz 1 VwGO dargelegt haben (§ 146 Abs. 4 Satz 6 VwGO). Diese Gründe rechtfertigen es nicht, den angefochtenen Beschluss zu ändern und der Antragsgegnerin aufzugeben, die 9-jährige Tochter R. der Antragsteller im Wege der einstweiligen Anordnung nach § 123 Abs. 1 Satz 2 VwGO vorläufig von der Teilnahme am koedukativen Schwimmunterricht in der 4. Klasse der Grundschule zu befreien.

A. Glaubensfreiheit als "wichtiger Grund" im Sinne einer Unterrichtsbefreiung

Ohne Erfolg erneuern die Antragsteller in der Beschwerde begründung zunächst ihre Rechtsauffassung, der wichtige Grund für die Befreiung liege unter anderem in der von ihnen befürworteten strengen Auslegung der islamischen Glaubensquellen, wonach ihnen geboten sei, ihre Tochter schon ab dem 7. Lebensjahr, also vor der Pubertät vorsorgend vor Versuchungen in sexueller Hinsicht zu bewahren. Sollten sie damit meinen, ein wichtiger Grund im Sinne des § 43 Abs. 3 SchulG NRW könne sich allein schon daraus ergeben, dass sie den islamischen Glauben in einer besonders strengen Form praktizieren, so wäre dies rechtlich unzutreffend. Ein wichtiger Grund im Sinne dieser Vorschrift liegt vielmehr erst dann vor, wenn sowohl die Schule als auch die Eltern und ihr Kind den Konflikt zwischen dem staatlichen Bildungs- und Erziehungsauftrag aus Art. 7 Abs. 1 GG einerseits und dem Elternrecht auf religiöse Kindererziehung aus Art. 6 Abs. 2, Art. 4 Abs. 1 und 2 GG andererseits im konkreten Einzelfall auch durch zumutbare Maßnahmen nicht zu einem schonenden Ausgleich führen können (Grundsatz der praktischen Konkordanz). Das hat im Ansatz bereits das VG zutreffend ausgeführt und hierfür auf die höchstrichterliche Rechtsprechung und diejenige des Senats Bezug genommen (außerdem: BVerwG, NWVBl. 2009, 12; Beschluss vom 7.10.2003 - 6 B 41.03, Rdn. 6).

B. Tragen passender Schwimmkleidung als zumutbares Ausgleichsmittel

Jedenfalls für muslimische Mädchen im Grundschulalter gehört zu den zumutbaren Maßnahmen in diesem Sinn entgegen der Auffassung der Antragsteller grundsätzlich auch das Tragen einer den islamischen Bekleidungs Vorschriften entsprechenden Schwimmkleidung. Auch dies hat das VG bereits zutreffend ausgeführt. Die Rügen, die die Antragsteller in ihrer Beschwerdebegründung hiergegen erheben, greifen nicht durch.

I. Faktische Möglichkeit

Nicht realitätsgerecht ist zunächst ihr Einwand, eine ihren religiösen Bekleidungs Vorschriften gemäßige Körperbedeckung sei im Schwimmunterricht nicht möglich, da entsprechende Schwimmbekleidung beim Schwimmen ein Hindernis und zudem, mit Wasser voll gesogen, eine zusätzliche Gefahr für Leib und Leben darstelle. Sowohl in islamisch geprägten Ländern als auch in Deutschland ist es inzwischen nichts Ungewöhnliches mehr, dass muslimische Frauen und Mädchen beim Schwimmen eine den islamischen Bekleidungs Vorschriften als konform angesehene Schwimmbekleidung tragen. Jedenfalls seit einigen Jahren gibt es als taugliche Bade- und Schwimmbekleidung für muslimische Mädchen und Frauen etwa einen zweiteiligen Badeanzug mit hoch geschlossenem Kragen und fest sitzender Kopfbedeckung (u. a. sog. Burkini); er bedeckt den ganzen Körper bis auf Hände, Füße und das Gesicht, ohne das Schwimmen zu behindern. Das Textilmaterial ist aus Kunstfaser (z. B. Lycra); es verhindert auch im nassen Zustand ein enges Anhaften an der Haut und ein Abzeichnen der Körperkonturen.

II. Zumutbarkeit

Auch für den Schwimmunterricht der Grundschule sieht der Senat das Tragen derartiger Schwimmbekleidung grundsätzlich als eine zumutbare und diskriminierungsfreie Ausweichmöglichkeit an, die geeignet ist, einen hier im Einzelfall auftretenden Glaubenskonflikt ohne Verzicht auf dessen koedukativen Charakter und ohne Befreiung von der Teilnahme daran zu bewältigen. Der Senat findet auch keinen Anhaltspunkt dafür, hiervon für die Tochter der Antragsteller eine einzelfallbezogene Ausnahme zu machen. Insbesondere muss sie nach den Umständen des Falles nicht etwa befürchten, wegen des Tragens solcher Schwimmbekleidung von Mitschülern in eine Außenseiterrolle gedrängt oder verständnislosen, beleidigenden oder sonst diskriminierenden Reaktionen ausgesetzt zu werden. Denn nach ihren eigenen Angaben trägt sie auch im Sportunterricht und im sonstigen Unterricht eine weite, ihre Körperkonturen verhüllende Bekleidung und befolgt damit die von ihrer Familie praktizierte strenge Auslegung der Glaubensinhalte des Korans. Dies lässt den Schluss zu, dass ihre Mitschüler sie schon jetzt als ein Mädchen kennen, das die islamischen Bekleidungs Vorschriften innerhalb und außerhalb der Schule konsequent befolgt. Sie hat nicht geltend gemacht, deswegen bisher unangemessen behandelt worden zu sein.

Sollte es gleichwohl aus Anlass der Teilnahme der Antragstellerin am Schwimmunterricht erstmals zu Reaktionen der genannten Art bei Mitschülern kommen, ist es selbstverständlich auch dort die Pflicht der Lehrkräfte, auf diese Mitschüler mit dem Ziel pädago-

gisch einzuwirken, der Tochter verständnisvoll, tolerant und respektvoll zu begegnen. Diese Pflicht ergibt sich aus dem Erziehungsauftrag der Schule zu gegenseitiger Achtung vor der Überzeugung anderer sowie zu Verständnis und Toleranz aus § 2 Abs. 2, Abs. 5 Nr. 4, Abs. 6 SchulG NRW. Je nach der religiösen Zusammensetzung der Schwimmklasse und der Stellung der Tochter im Klassengefüge kann es auch sinnvoll sein, ihre erste Teilnahme am Schwimmunterricht durch eine pädagogische Einwirkung auf Mitschüler vorzubereiten.

III. Notwendigkeit der Teilnahme am Schwimmunterricht

Die Antragsteller dringen schließlich auch nicht mit ihrem Einwand durch, der staatliche Erziehungsauftrag werde durch die begehrte Befreiung nicht gefährdet, weil diese nur den Schwimmunterricht, nicht aber auch den sonstigen Sportunterricht betreffe. Das VG hat die Ziele und den erzieherischen Stellenwert speziell des Schwimmunterrichts zutreffend aus dem Lehrplan Sport für die Grundschulen des Landes Nordrhein Westfalen vom 16.6.2008 abgeleitet (S. 8 des Beschlussabdrucks; hierzu auch VG Düsseldorf, Urteil vom 7. Mai 2008 - 18 K 301/08, Rdn. 41; Nieland, Schulverwaltung NRW 2008, 282 f.).

Hiergegen wenden die Antragsteller lediglich ein, diese Ziele könne die Schule auch im sonstigen Grundschulunterricht „im Rahmen des übrigen Lehrplans“ realisieren. Dieser Einwand ist zu pauschal, als dass er bei der Abwägung im Rahmen der praktischen Konkordanz Berücksichtigung finden kann. Er widerspricht zudem der Entscheidung des Schulministeriums im genannten Lehrplan, jene Ziele eben nicht nur durch den sonstigen Unterricht, sondern gerade auch durch den koedukativen Schwimmunterricht zu erreichen. Mit dieser Entscheidung ist das Schulministerium seiner gesetzlichen Verpflichtung aus § 29 Abs. 1 SchulG NRW gefolgt, als Unterrichtsvorgaben unter anderem in Lehrplänen die Ziele und Inhalte der einzelnen Unterrichtsfächer festzulegen und dadurch den staatlichen Bildungs- und Erziehungsauftrag zu konkretisieren. Eine Befreiung würde den so konkretisierten Bildungs- und Erziehungsauftrag in Bezug auf die Tochter der Antragsteller verkürzen. Die Nichtteilnahme am koedukativen Schwimmunterricht beeinträchtigte auch ihr Recht auf Bildung, Erziehung und auf individuelle Förderung, § 1 Abs. 1 SchulG NRW, insbesondere auch auf eine Erziehung, die den Grundsatz der Gleichberechtigung der Geschlechter achtet und auf die Beseitigung bestehender Nachteile hinwirkt, § 2 Abs. 6 Satz 2 SchulG NRW. Das Gewicht des staatlichen Erziehungsauftrags und der überfachlichen Erziehungsziele des koedukativen Schwimmunterrichts mindert sich entgegen der Auffassung der Antragsteller schließlich auch nicht dadurch, dass der

Schwimmunterricht keine „Mannschaftssportart“ sei. Das Einüben sozialen Verhaltens beschränkt sich nicht auf Mannschaftssport.

C. Kongruenz mit BVerwG-Rechtsprechung

Die Beschwerderügen geben dem Senat keine Veranlassung zu einer näheren Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung des BVerwG aus dem Jahr 1993 zur Teilnahme am Sportunterricht. Der Senat weist

insoweit lediglich darauf hin, dass auch das BVerwG einen Befreiungsanspruch im rechtlichen Ausgangspunkt für den Fall verneint hat, dass der Glaubenskonflikt mit weniger weit reichenden Maßnahmen oder Vorkehrungen vermieden oder gelöst werden könne. Als Vorkehrungen dieser Art hat es ausdrücklich auch eine besondere Sportbekleidung angesprochen (BVerwG, Urteil vom 25. 8. 1993 - 6 C 8.91, Rdn. 25).

Standort: Baurecht

Problem: Bauvorbescheid für Moschee

OVG KOBLENZ, URTEIL VOM 02.09.2009
8 A 10291/09 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Im vorliegenden Fall ging es um die Frage, ob und wie sich ein Nachbar gegen einen Bauvorbescheid wehren kann, der im Dispenswege die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit einer Moschee in einem Gewerbegebiet feststellt.

Bekanntlich sind Bauvorbescheide nach heute nahezu einhelliger Auffassung Verwaltungsakte, denen mit einer Anfechtungsklage gem. § 42 I, 1. Fall VwGO begegnet werden kann. Eine solche Anfechtungsklage ist allerdings nur begründet, soweit der angefochtene Verwaltungsakt rechtswidrig und - hierauf kommt es bei Drittanfechtungsklagen besonders an - der Kläger in seinen Rechten verletzt ist. Ficht also ein Dritter (hier: Nachbar) einen Verwaltungsakt (hier: Bauvorbescheid) an, ist das Prüfprogramm in der Begründetheit von vornherein auf die Verletzung drittschützender Normen beschränkt.

A. Das OVG Koblenz stellt zunächst kurz fest, dass § 31 I BauGB keinen Drittschutz zugunsten von Eigentümern außerhalb des Plangebiets gelegener Grundstücke entfaltet. Damit befindet sich das Gericht im Einklang mit der st.Rspr. des BVerwG und der h.M.

B. § 31 II BauGB entfaltet nach Ansicht des OVG Koblenz jedenfalls insoweit Drittschutz, als ein Dispens von einer ihrerseits drittschützenden Festsetzung des Bebauungsplans gewährt wurde. Das Gericht konnte die in der Vorinstanz kontrovers diskutierte Frage, ob dem Verbot, ein Grundstück über eine bestimmte Straße zu erschließen, eine solche Wirkung zukommt, jedoch offen lassen, da diese Festsetzung in der Vergangenheit von der Gemeinde faktisch nicht beachtet worden war. Hieraus resultierte ihre Funktionslosigkeit, die gleichzeitig zur Verneinung ihrer drittschützenden Wirkung führte.

C. Drittschutz ergibt sich nach st.Rspr. des BVerwG jedoch aus § 15 I BauNVO i.V.m. dem Gebot der Rücksichtnahme. Das Rücksichtnahmegebot verlangt eine Abwägung der Interessen des von dem Bauvorhaben

betroffenen Nachbarn einerseits mit den Interessen des Bauherrn andererseits. Das, was beiden Seiten billigerweise zumutbar oder unzumutbar ist, ist gegeneinander abzuwägen (vgl. nur BVerwG, BauR 1992, 491).

Unter dieser Prämisse kam das OVG zur Rechtmäßigkeit des Bauvorbescheids, weil zugunsten des Bauherrn die Glaubensfreiheit aus Art. 4 I, II GG stritt und die von der Moschee ausgehenden Belästigungen sich in einem der Nachbarschaft zumutbaren Rahmen hielten. Sie erschöpften sich letztlich in erhöhtem Verkehrsaufkommen, da ein Minarett zwar geplant war, von diesem aber kein Gebetsruf ausgehen sollte.

Prüfungsrelevanz:

Der Fall bietet eine interessante Kombination aus Baurecht und Glaubensfreiheit. Er zeigt, wie verfassungsrechtliche Vorgaben die im Rahmen des "Gebotes der Rücksichtnahme" gebotene Interessenabwägung beeinflussen können.

Noch ein Wort zum Prüfungsaufbau: Dass § 15 I BauNVO in Verbindung mit dem Gebot der Rücksichtnahme *überhaupt* Drittschutz entfaltet, sollte bereits in der Zulässigkeit - genauer gesagt unter der Klagebefugnis aus § 42 II VwGO - angeprüft und bejaht werden. Sodann genügt unter Anwendung der sog. Möglichkeitstheorie jedoch die Feststellung, dass eine Verletzung gegenläufiger, nachbarschützender Interessen im konkreten Fall jedenfalls nicht von vornherein ausgeschlossen erscheint. Die eigentliche *Abwägung* sollte dann erst im Rahmen der Begründetheit vorgenommen werden. So verfuhr vorliegend auch das OVG Koblenz.

Vertiefungshinweise:

☐ Ausstrahlungswirkung der Glaubensfreiheit auf einfaches Recht: *BVerwG*, RA 2001, 185 = DVBl 2001, 485 (Schächten); *OVG Münster*, RA 2003, 256 = NWVBl 2003, 102 (Wahlhelfer); *VG Düsseldorf*, RA 2003, 420 = NWVBl 2003, 279 (Namensänderung)

☐ Aktuelle Fälle zu Bauvorbescheiden: *OVG Münster*, RA 2006, 590 = NVwZ-RR 2006, 597 (Geltungsdauer); *OVG Lüneburg*, NVwZ-RR 1995, 246 (Verlängerung der Geltungsdauer); *BayVGH*, RA 1999, 603 =

BayVBl 1999, 467 (zur Anwendbarkeit des § 212a BauGB)

□ Errichtung einer Kapelle im Außenbereich nach Marienerscheinung: *OVG Koblenz*, RA 2007, 7 = DVBl 2007, 66

Kursprogramm:

- Examenskurs: "Das Opferlamm"
- Examenskurs: "Windkraft contra Nachbarschaft"
- Examenskurs: "Garagenterrasse"

Leitsatz:

Zur bauplanungsrechtlichen Zulässigkeit einer Moschee in einem Gewerbegebiet, für das der Bebauungsplan ein Zu- und Ausfahrtverbot zur angrenzenden Wohnstraße festgesetzt hat.

Sachverhalt:

Gegenstand des Verfahrens ist die Rechtmäßigkeit eines Widerspruchsbescheids, mit dem die Beklagte einen dem Kläger erteilten Bauvorbescheid zur Errichtung einer Moschee auf den Widerspruch der Beigeladenen hin aufgehoben hat.

Im Frühjahr 2007 stellte der Kläger eine Bauvoranfrage für den Neubau eines islamischen Gebetshauses an der M.-Straße. Das Flurstück liegt im Geltungsbereich des Bebauungsplans "Gewerbe- und Industriegebiet N." der Beklagten. Dieser setzt ein Gewerbegebiet mit geschlossener Bauweise fest, das östlich der zur Bebauung vorgesehenen Parzelle aus Bestandsschutzgründen auf einer Länge von ca. 65 m durch ein Mischgebiet unterbrochen wird. In den rückwärtigen, südlich gelegenen Flächen des Bebauungsplans schließt sich ein Industriegebiet an. Zur M.-Straße weist der Bebauungsplan im Bereich des Gewerbegebiets ein Zu- und Ausfahrtverbot aus, von dem lediglich der Bereich des Mischgebiets ausgenommen ist. Innerhalb des festgesetzten Gewerbegebiets befinden sich eine Kirche der Mennoniten, ein Gebetshaus der Zeugen Jehovas sowie ein Seniorenzentrum, die ebenso wie mehrere gewerbliche Bauten tatsächlich über die M.-Straße erschlossen sind. Der auf der gegenüberliegenden Seite der M.-Straße liegende Bereich ist unbeplant und durch eine Wohnbebauung gekennzeichnet. Auf dieser Straßenseite, ca. 110 m von dem geplanten Moscheegebäude entfernt, ist das Wohnhaus der Beigeladenen gelegen.

Die geplante Moschee soll als Platz für die täglichen Gebete von ca. 120 Gemeindemitgliedern sowie für gelegentliche sonstige Veranstaltungen dienen und zwei Gebetsräume mit einer Größe von ca. 63 qm Nutzfläche je Raum, zwei Büros für die Verwaltung, einen Multifunktionsraum sowie Technik- und Nassräume enthalten. Außerdem ist beabsichtigt, ein ca. 6,95 m hohes Minarett zu errichten, von dem allerdings

kein Gebetsruf erfolgen soll. Die Zufahrt ist zur M.-Straße geplant.

Mit Bescheid vom 28. Juni 2007 erteilte die Beklagte dem Kläger hierfür unter Inaussichtstellung einer Ausnahme hinsichtlich der Art der baulichen Nutzung und einer Befreiung von den Festsetzungen einer geschlossenen Bauweise sowie des Zu- und Ausfahrtverbots den begehrten positiven Bauvorbescheid.

Nach Überlassung einer Kopie des Bauvorbescheids, erhob die Beigeladene Widerspruch und machte im Wesentlichen geltend, dass bei der Inaussichtstellung einer Befreiung ihre nachbarlichen Interessen unberücksichtigt geblieben seien. Denn die sehr belastete M.-Straße könne kein weiteres Verkehrsaufkommen vertragen. Bereits gegenwärtig sei ein starker Kraftfahrzeugverkehr sowohl wegen des angrenzenden Gewerbegebiets als auch aufgrund der Vielzahl von kirchlichen und sozialen Einrichtungen entlang der Erschließungsstraße festzustellen. Angelegte Parkplätze seien nicht in der Lage, den Parksuchverkehr zu bewältigen mit der Folge, dass Grundstückseinfahrten zugeparkt und starke Lärmimmissionen innerhalb des Wohngebiets - auch wegen der morgendlichen kurzen Gebete vor Sonnenaufgang - auftreten würden. Durch den Bau einer weiteren kirchlichen Anlage werde schließlich die Eigenart des Gebiets soweit verändert, dass eine Einstufung als Gewerbegebiet nicht mehr gerechtfertigt sei, was zugleich dem Gebot der Rücksichtnahme widerspreche.

Mit Widerspruchsbescheid vom 19. Dezember 2007 hob der Stadtrechtsausschuss der Beklagten den erteilten Bauvorbescheid mit der Begründung auf, dass ein Verstoß gegen die nicht funktionslos gewordene Festsetzung eines Zu- und Ausfahrtverbots im Bebauungsplan gegeben sei. Diese Festsetzung solle dem Schutz der Wohnbebauung auf der dem Vorhaben gegenüberliegenden Straßenseite dienen. Der Wille des Satzungsgebers dürfe nicht durch eine Befreiung unterlaufen werden.

Der Kläger hat am 7. Januar 2008 Klage erhoben und unter anderem vorgetragen, das Vorhaben sei seiner Art nach ausnahmsweise im Gewerbegebiet zulässig. Die Festsetzung des Zu- und Ausfahrtverbots habe keinen drittschützenden Charakter, gelte nur für gewerblich genutzte Grundstücke und sei überdies funktionslos geworden. Denn durch die tatsächliche Genehmigungspraxis der Beklagten würden mittlerweile sämtliche Bauvorhaben entlang der südlichen Seite der M.-Straße über diese erschlossen; eine andere Möglichkeit bestehe in tatsächlicher Hinsicht auch nicht.

Das Verwaltungsgericht hat der Klage stattgegeben und den Widerspruchsbescheid aufgehoben. Dem Bauvorhaben stünden keine Nachbarrechte verletzenden Vorschriften entgegen. Die Berufung der Beigeladenen hatte keinen Erfolg.

Aus den Gründen:

Die zulässige Berufung ist unbegründet. Das Verwaltungsgericht hat im Ergebnis zu Recht auf die Anfechtungsklage des Klägers hin den Widerspruchsbescheid des Stadtrechtsausschusses bei der Beklagten aufgehoben. Der dem Kläger auf der Grundlage von § 72 Satz 1 der Landesbauordnung Rheinland-Pfalz (LBauO) erteilte, auf die Vereinbarkeit mit Bauplanungsrecht beschränkte Bauvorbescheid vom 28. Juni 2007 zur Errichtung einer Moschee ist rechtmäßig. Er verletzt keine die Beigeladene schützenden Vorschriften des Bauplanungsrechts (§§ 115, 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO). Seine Aufhebung durch den Widerspruchsbescheid ist daher rechtswidrig.

A. Kein Drittschutz aus § 31 I BauGB für Gebietsfremde

1. Eine Rechtsverletzung der Beigeladenen ergibt sich zunächst nicht daraus, dass der Bauvorscheid die Erteilung einer Ausnahme nach § 31 Abs. 1 des Baugesetzbuchs (BauGB) von der Festsetzung des Bebauungsplans Nr. 631 zur Art der baulichen Nutzung (Gewerbegebiet) in Aussicht stellt und eine Moschee als kirchliche bzw. kulturelle Anlage ausnahmsweise zulässt. Mit ihrem Wohnhaus außerhalb des Bebauungsplangebiets gelegen, hat die Beigeladene keinen Anspruch darauf, vor eventuellen gebietsfremden Nutzungen im angrenzenden Plangebiet - hier einer übermäßigen Genehmigung von im Gewerbegebiet nach § 8 Abs. 3 Nr. 2 i. V. m. § 1 Abs. 3 Satz 2 der Baunutzungsverordnung (BauNVO) nur ausnahmsweise zulässigen kirchlichen/kulturellen Anlagen - verschont zu bleiben (vgl. BVerwG, Beschluss vom 18.12.2007, BayVBl. 2008, 765, 765). Insoweit kann auf die Ausführungen des Urteils des Verwaltungsgerichts (S. 8 f.) verwiesen werden. Anhaltspunkte dafür, dass mit der Festsetzung des Gewerbegebiets planübergreifende Nachbarschutzrechte begründet werden sollten, lassen sich den Unterlagen zum Planungsverfahren nicht entnehmen.

B. Drittschutz aus § 31 II BauGB

Die mit dem Bauvorbescheid außerdem in Aussicht gestellte Befreiung nach § 31 Abs. 2 BauGB von den Festsetzungen des Bebauungsplans zu dem Zu- und Ausfahrtverbot entlang der M.-Straße und des S.-Wegs verletzt ebenfalls keine Rechte der Beigeladenen.

I. Grundsatz: Drittschutz zu bejahen, wenn Dispens von einer drittschützenden Festsetzung gewährt wird

Von einer Rechtsverletzung bei einer Befreiung im Sinne des § 31 Abs. 2 BauGB ist zwar regelmäßig dann auszugehen, wenn von einer nachbarschützenden Festsetzung des Bebauungsplans abgewichen werden soll (vgl. entscheidender Senat, Urteil vom 3.11.1999, BauR 2000, 551; BVerwG, NJW 1983, 1574). Das

Vorliegen einer mit diesem Schutzniveau versehenen Festsetzung bedarf indes vorliegend keiner abschließenden Entscheidung. Insbesondere kann dahinstehen, ob das Zu- und Ausfahrtverbot (auch) zum Schutz der nördlich des Plangebiets gelegenen Wohnbebauung Eingang in den Bebauungsplan Nr. 631 gefunden hat oder ob es dem Satzungsgeber in erster Linie um eine Neuordnung des Plangebiets nach dem Inkrafttreten des § 50 des Bundes-Immissionsschutzgesetzes (BImSchG) im Jahr 1974 gegangen ist, der eine Wohnbebauung im nördlichen Teil des Plangebiets unmittelbar neben einer Industrienutzung nicht mehr realisierbar hat erscheinen lassen (vgl. S. 2 der Niederschrift über die Bürgerversammlung zum Thema Bebauungsplan Nr. 631 am 2. November 1978; Begründung des Bebauungsplans unter B). Entsprechendes gilt ferner hinsichtlich der (nach den Unterlagen des Bebauungsplanverfahrens anzweifelbaren) Würdigung des Verwaltungsgerichts, die einen nachbarschützenden Charakter des Zu- und Ausfahrtverbots ausschließlich für eine der Wohnbebauung drohende gewerbliche/industrielle Nutzung im Plangebiet, nicht jedoch für nur ausnahmsweise in Gewerbe- und Industriegebieten zulässige Nutzungen annimmt; gegen eine geteilte Auslegung des Willens des Satzungsgebers spricht immerhin nicht nur die Regelungssystematik der §§ 2 bis 9 BauNVO hinsichtlich allgemein und ausnahmsweise zulässigen Nutzungen in Baugebieten, sondern auch die Festsetzung des in Rede stehenden Bebauungsplans selbst, der unter 2.2 ausdrücklich die Geltung von § 8 Abs. 3 BauNVO über die ausnahmsweise in einem Gewerbegebiet erlaubten Nutzungen normiert.

II. Ausnahme: Faktische Funktionslosigkeit der Festsetzung

Auf die nachbarschützende Wirkung der Festsetzung des Bebauungsplans zum Zu- und Ausfahrtverbot kommt es jedoch nicht an, weil diese wegen Funktionslosigkeit außer Kraft getreten ist. Die insoweit im Bauvorbescheid in Aussicht gestellte Befreiung geht mit hin ins Leere.

Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (vgl. Urteil vom 29.4.1977, BVerwGE 54, 5 und juris, Rn. 35 f.; Urteil vom 3.8.1990, BVerwGE 85, 273 und juris, Rn. 16 f.; Urteil vom 28.4.2004, BauR 2004, 1567 und juris, Rn. 15) kann eine bauplanerische Festsetzung funktionslos sein, wenn und soweit die tatsächlichen Verhältnisse, auf die sie sich bezieht, ihre Verwirklichung auf unabsehbare Zeit ausschließen und diese Tatsache so offensichtlich ist, dass ein in ihre Fortgeltung gesetztes Vertrauen keinen Schutz verdient. Dabei kommt es nicht auf die Verhältnisse auf einzelnen Grundstücken an. Entscheidend ist, ob die jeweilige Festsetzung geeignet ist, zur städtebaulichen Ordnung im Sinne des § 1 Abs. 3 BauGB im Bereich

des Bebauungsplans einen wirksamen Beitrag zu leisten. Die Planungskonzeption, die einer Festsetzung zugrunde liegt, wird nicht schon dann sinnlos, wenn sie nicht mehr überall im Plangebiet umgesetzt werden kann. Erst wenn die tatsächlichen Verhältnisse vom Planinhalt so massiv und offenkundig abweichen, dass der Bebauungsplan insoweit eine städtebauliche Gestaltungsfunktion unmöglich zu erfüllen vermag, kann eine Funktionslosigkeit angenommen werden. Das setzt voraus, dass die Festsetzung, unabhängig davon, ob sie punktuell noch durchgesetzt werden kann, bei einer Gesamtbetrachtung die Fähigkeit verloren hat, die städtebauliche Entwicklung noch in einer bestimmten Richtung zu steuern.

Die Voraussetzungen für die Annahme einer Funktionslosigkeit sind vorliegend hinsichtlich der Festsetzung des Zu- und Ausfahrtverbots zur M.-Straße und zum S.-Weg erfüllt [wird ausgeführt].

C. Drittschutz aus § 15 I BauNVO i.V.m. dem Gebot der Rücksichtnahme

Das geplante Vorhaben der Errichtung einer Moschee verletzt auch nicht das Rücksichtnahmegebot nach § 15 Abs. 1 BauNVO. Es gehen von der Nutzung der Moschee insbesondere keine Belästigungen oder Störungen aus, die der Beigeladenen unter Berücksichtigung der Umgebungsverhältnisse unzumutbar wären (vgl. § 15 Abs. 1 Satz 2 BauNVO).

I. Inhalt des Gebots der Rücksichtnahme

Das Rücksichtnahmegebot verlangt eine Abwägung der betroffenen Interessen im Einzelfall. Die Schutzwürdigkeit des von dem Bauvorhaben Betroffenen, die Intensität der Beeinträchtigung, die Interessen des Bauherrn und das, was beiden Seiten billigerweise zumutbar oder unzumutbar ist, sind gegeneinander abzuwägen (vgl. BVerfG, Urteil vom 27.2.1992, BauR 1992, 491 und juris, Rn. 15). Das Vorhaben des Klägers führt hiernach nicht zu unzumutbaren Belästigungen für die Beigeladene.

II. Subsumtion

Zwar muss sich die Beigeladene im Rahmen der Abwägung nicht auf den Grundsatz verweisen lassen, dass nach der gesetzlichen Wertung die in einem Baugebiet allgemein zulässigen kirchlichen und kulturellen Anlagen die mit deren Benutzung üblicherweise verbundenen Beeinträchtigungen, zu denen auch der An- und Abfahrtsverkehr der Besucher zählen, regelmäßig hinzunehmen sind. In einem reinen Wohngebiet (ein solches wird zugunsten des Grundstücks der Beigeladenen unterstellt) und in einem Gewerbegebiet (in dem die Moschee verwirklicht werden soll) sind kirchliche und kulturelle Anlagen nicht allgemein, sondern nur ausnahmsweise zulässig (vgl. §§ 3 Abs. 3 Nr. 2, 8 Abs. 3 Nr. 2 BauNVO). Das Vorhaben ist mit seinen Außen-

wirkungen daher im Einzelnen in den Blick zu nehmen. Die von der geplanten Moschee als kirchlicher bzw. kultureller Anlage ausgehenden Auswirkungen sind danach von der Beigeladenen hinzunehmen. Denn die mit der Nutzung der Moschee für den Kläger verbundenen Interessen wiegen nicht geringer als die Interessen der Beigeladenen, von einer Verschlechterung der bestehenden Umgebungsverhältnisse für ihr Wohngrundstück verschont zu werden.

1. Berücksichtigung der Glaubensfreiheit im Rahmen der Abwägung

Dies gilt insbesondere mit Blick auf die von der Beigeladenen in den Mittelpunkt ihres Vorbringens gerückten Belästigungen durch den zu erwartenden, dem Vorhaben zuzurechnenden Kraftfahrzeugverkehr, der über die M.-Straße das Moscheegrundstück anfahren wird. In die Abwägung zugunsten des Klägers mit einzustellen ist nämlich auch die Wertentscheidung des Grundgesetzes hinsichtlich der Gewährleistung der freien Religionsausübung (Art. 4 Abs. 1 und 2 GG), die bei der Anwendung einfachen Rechts - hier des § 15 Abs. 1 Satz 2 BauNVO - mit zu berücksichtigen ist (vgl. BVerfG, Urteil vom 27.2.1992, a. a. O. und juris, Rn. 22; Urteil vom 30.4.1992, a. a. O. und juris, Rn. 11; Beschluss vom 2.9.1996, a. a. O. und juris, Rn. 6; BVerfG, Kammerbeschluss vom 24.10.2006, juris, Rn. 26). Das führt - unter Berücksichtigung der Nutzung des Vorhabens und der Umgebungsverhältnisse, die bereits bisher auf das von der Beigeladenen bewohnte Anwesen einwirken - zu einer Versagung des von der Beigeladenen angestrebten Verbots.

Ausgehend von dem dem Bauvorbescheid zugrunde liegenden Nutzungsumfang der Moschee ist zugunsten der Beigeladenen zweifelsohne zu berücksichtigen, dass das vor Sonnenaufgang beginnende Morgengebet und damit auch ein dadurch verursachter Kraftfahrzeugverkehr in den fünf Sommermonaten (Mai bis September) in die stärkeren Schutz genießende Ruhezeit vor 6.00 Uhr fällt (vgl. § 4 Abs. 1 LImSchG, ähnlich auch in § 2 Abs. 4 der Sportanlagenlärmschutzverordnung - 18. BImSchV -); vgl. den von der Beigeladenen mit Schriftsatz vom 18.4.2009 vorgelegten Gebetsplan für Mainz: das Morgengebet in den angrenzenden Monaten liegt teilweise kurz vor 6.00 Uhr und kann daher hintangestellt werden). Bei realistischer Prognose sind für die Beigeladene jedoch keine unzumutbaren Lärmbeeinträchtigungen zu erwarten.

2. Ruhebedürfnis der Nachbarschaft muss im konkreten Fall zurücktreten

Das verständliche Ruhebedürfnis der Beigeladenen wird in seinem Gewicht bereits dadurch gemindert, dass die Moschee von einer mit rund 120 Mitgliedern relativ kleinen Gemeinde mit lediglich regionalem Einzug genutzt werden soll und zu erwarten ist, dass sich

in der Regel nur wenige Mitglieder zu dem Morgengebet in der Moschee einfinden werden. Insoweit lässt sich eine verlässliche realistische Prognose hinsichtlich Nutzungsmöglichkeit und -umfang der Moschee durchaus anstellen (vgl. zu diesem Maßstab BVerwG, Urteil vom 27.2.1992, a. a. O. und juris, Rn. 20). Die Moschee verfügt über zwei Gebetsräume mit einer Gesamtgrundfläche von ca. 126 m², ist also schon von der Baulichkeit her nur auf einen überschaubaren Personenkreis ausgelegt. Dieser Vortrag des Klägers erscheint auch plausibel, wenn man berücksichtigt, dass die nächste Moschee der Gemeinschaft im nahen Koblenz gelegen ist, die aufgrund ihrer Größe zudem auf einen überregionalen Mitglieder- und Besucherkreis ausgerichtet ist. Die Zahl der am Morgengebet teilnehmenden Gläubigen dürfte davon ausgehend auch eher gering sein. Es steht realistischerweise zu erwarten, dass am ehesten nur die männlichen Gemeindemitglieder ab 15 Jahren am Morgengebet teilnehmen. In der Gemeinde des Klägers handelt es sich hierbei nur um eine Gruppe von etwa 40 Personen (vgl. Darstellung des Klägers, Bl. 494 der Gerichtsakte), aus der jedoch wegen Berufstätigkeit und sonstigen Verpflichtungen – nach den Angaben des Klägers wie bisher schon – nur wenige Gläubige (derzeit bis zu maximal 10 Personen) zum täglichen Morgengebet in der Moschee erscheinen werden. Auch diese Darstellung des Klägers erweist sich als plausibel (vgl. OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 30.3.2007, BauR 2008, 647 und juris, Rn. 10). Insoweit ist nämlich ebenfalls von Belang, dass das Morgengebet wie auch die meisten anderen Gebete nach den islamischen Glaubensregeln nicht in der Moschee vollzogen werden müssen; allein das Freitagsgebet ist verpflichtend in der Moschee abzuleisten (vgl. Helmuth von Glasenapp, Die fünf Weltreligionen, 1996, S. 398 f.; Sekretariat der Deutschen Bischofskonferenz, Christen und Muslime in Deutschland, September 2003, S. 124). Von den männlichen Mitgliedern wird auch nicht jeder einzelne mit einem Kraftfahrzeug die Moschee anfahren. Im Übrigen hat der Kläger sich auch in der mündlichen Verhandlung (vgl. aber auch die Schriftsätze vom 13. und 20. Juli 2009) bereit erklärt, auf seine Gemeindemitglieder dahin gehend einzuwirken, dass sie zum Morgengebet ohne Kraftfahrzeug erscheinen werden. Insoweit kann der Vereinsvorsitzende den Gemeindemitgliedern gegenüber zwar keine verbindlichen Vorgaben aussprechen, es besteht indes noch in der Baugenehmigung die Möglichkeit, bei der Feststellung eines doch notwendigen Schutzes

vor unzumutbaren Lärmimmissionen durch den Kraftfahrzeugverkehr einzelne Auflagen insoweit vorzunehmen.

Zugunsten des Klägers ist bei der Interessenabwägung ferner zu berücksichtigen, dass das Morgengebet ebenso wie das Freitagsgebet, an dem die Mehrzahl der Gemeindemitglieder teilnimmt (vgl. von dem Kläger vorgelegte Jahresübersicht, Bl. 53 der Bauvorbescheidsakte), unverzichtbare Bestandteile der islamischen Religionsausübung sind (vgl. BVerwG, Urteil vom 27.2.1992, a. a. O. und juris, Rn. 22). Die insoweit verständlichen Interessen des Klägers müssen vorliegend nicht hinter den konkurrierenden Belangen der Beigeladenen zurücktreten. Denn deren Wohngrundstück ist von der Einfahrt zum Moschee-Grundstück ca. 60 m entfernt und daher von dem An- und Abfahrtverkehr nicht unmittelbar betroffen. Es fehlt auch an hinreichenden Anhaltspunkten für das Auftreten eines von der Beigeladenen ebenfalls befürchteten Such- und Parkverkehrs in der M.-Straße gerade in den Ruhestunden. Ob die bislang vorgesehenen 18 Stellplätze auch für den zu erwartenden Verkehr an Sonn- und Feiertagen zwischen 13.00 und 15.00 Uhr ausreichen, kann hier dahingestellt bleiben. Fragen der Stellplatzpflicht sind nämlich ausdrücklich nicht Gegenstand des in Rede stehenden Bauvorbescheids, sondern im Rahmen der späteren Baugenehmigung zu prüfen. Nicht zuletzt ist schließlich zu sehen, dass das Gebiet entlang der M.-Straße angesichts der umliegenden Gewerbenutzung, der auch mehrgeschossigen Wohnnutzung im Bereich des Grundstücks der Beigeladenen und der anderen kirchlichen Nutzungen in der Umgebung schon grundsätzlich mit umfangreicherem Verkehrsaufkommen (vor-)belastet ist. Dies lässt ein höheres Schutzniveau zugunsten der Beigeladenen ausscheiden (vgl. OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 30.3.2007, a. a. O. und juris, Rn. 11). Möglichem verkehrsordnungswidrigem Fehlverhalten von Besuchern ist außerhalb des Baugenehmigungsverfahrens Rechnung zu tragen.

Angesichts der Umgebungsverhältnisse ergibt sich keine andere Betrachtung mit Blick auf die beiden letzten Gebete des Tages, die der Kläger zusammenlegt und die deshalb vor 21.00 Uhr in der Moschee abgeschlossen sein werden (vgl. Schriftsatz vom 28.5.2009), und die sonstigen Feste und Veranstaltungen in der geplanten Moschee (vgl. Bl. 53 der Bauvorbescheidsakte), die mit einer größeren Personenzahl in der Regel nur in der Zeit zwischen 14.00 und 18.00 Uhr stattfinden.

Standort: Baurecht**Problem: Ersetzung gemeindlichen Einvernehmens**

VGH KASSEL, BESCHLUSS VOM 07.05.2009
3 A 1523/08 (NVwZ-RR 2009, 750)

Problemdarstellung:

Im vorliegenden Fall ging es um die Frage, inwieweit sich eine Gemeinde gegen die Ersetzung ihres verweigeren Einvernehmens nach § 36 I, II BauGB wehren kann. Dies ist streitig.

Der VGH Kassel meint in seinem nachstehenden Beschluss, eine Gemeinde könne sich nur gegen die Ersetzung ihres Einvernehmens wehren, wenn sie sich dabei auf Gründe berufe, die von ihrer Selbstverwaltungsautonomie aus Art. 28 II GG - im Baurecht also vor allem ihrer Planungshoheit - gedeckt seien. Demgegenüber ist das OVG Berlin-Brandenburg der Ansicht, die Gemeinde könne sich auf jeden in §§ 31, 33, 34 und 35 BauGB enthaltenen Grund berufen.

Für die Ansicht des OVG Berlin-Brandenburg spricht vor allem der Wortlaut des § 36 II BauGB. Danach kann die Gemeinde ihr Einvernehmen nur - aber immerhin - aus allen sich aus §§ 31, 33, 34 und 35 BauGB ergebenden Gründen verweigern. Somit liegt es nahe, dass die Gemeinde sich auch auf jeden in §§ 31, 33, 34 und 35 BauGB enthaltenen Grund berufen kann, wenn ihr verweigertes Einvernehmen ungeachtet eines solchen Verweigerungsgrundes ersetzt wird.

Der VGH Kassel argumentiert jedoch mit der Notwendigkeit, die der VwGO fremde Popularklage zu vermeiden. Sei die Gemeinde durch die Ersetzungsentcheidung nicht in ihrem Selbstverwaltungsrecht betroffen, sei nicht ersichtlich, welches andere subjektiv-öffentliche Recht sie noch geltend machen könne. § 36 BauGB begründe keine subjektiv-öffentlichen Rechte der Gemeinde, sondern setze diese voraus.

Prüfungsrelevanz:

Der Streit wird nicht selten sachentscheidend sein, weil insbesondere unter den "öffentlichen Belangen" des § 35 III BauGB eine ganze Reihe zu finden sind, die nicht Ausfluss der gemeindlichen Selbstverwaltungsautonomie sind (z.B. wasser-, abfall- und immissionschutzrechtliche Belange, schädliche Umwelteinwirkungen, Naturschutz, Landschaftspflege, Bodenschutz, Denkmalschutz usw.).

In einem Gutachten wäre der Streit schon in der Klagebefugnis nach § 42 II VwGO zu erörtern, die ja die Geltendmachung eines eigenen subjektiv-öffentlichen Rechts voraussetzt. Dabei darf nicht etwa der Fehler begangen werden, die Frage des Schutzzumfangs unter Hinweis auf die "Möglichkeitstheorie" offen zu lassen. Die Möglichkeitstheorie beschränkt sich auf die Verletzung des Rechts, erstreckt sich jedoch nicht auf

die Frage des Bestehens.

Ist nach der Zulässigkeit der Klage nicht gefragt, gehört der Streit unter die "Rechtsverletzung des Klägers" i.S.d. § 113 I 1 VwGO im Rahmen der Begründetheit der Anfechtungsklage der Gemeinde gegen die Ersetzung ihres Einvernehmens.

Vertiefungshinweise:

Schutzzumfang des § 36 BauGB zugunsten der Gemeinde: *OVG Berlin-Brandenburg*, LKV 2006, 513; *VGH Mannheim*, NuR 1998, 434; *BVerwGE* 121, 152; NVwZ 2008, 1347

Einvernehmen bei fiktiver Baugenehmigung: *VGH Kassel*, NVwZ-RR 2007, 453

Kursprogramm:

Examenskurs: "Das Einvernehmen nehmen"

Leitsätze:

1. Nach systematischer und teleologischer Auslegung von § 36 II 1 BauGB ist die Verweisung auf die §§ 31, 33, 34 und 35 BauGB - einschränkend - dahin zu konkretisieren, dass die Gebietskörperschaft ihr gemeindliches Einvernehmen nur dann versagen darf, wenn die dort genannten Belange - auch - dem Schutz ihrer subjektiven, die Einvernehmensregelung begründenden Planungsrechte dienen und diese tatsächlich verletzt sind.

2. Der Umstand, dass weder das BauGB noch die Fachgesetze „Konfliktregelungen“ dafür enthalten, wie im Fall einer Divergenz zwischen Fachbehörde und Gemeinde zu verfahren wäre, belegt, dass die Gemeinde im Rahmen der Einvernehmensregelung nicht berechtigt sein soll, fachbehördlich geregelte öffentliche Interessen aufzurufen.

Sachverhalt:

Die Kl. wendet sich gegen die Ersetzung ihres gemeindlichen Einvernehmens durch den Bescheid des Bekl. vom 21. 9. 2007 im Zuge eines Baugenehmigungsverfahrens zur Errichtung einer Putenzuchtfarm im Außenbereich, bestehend aus vier Putenställen mit Wirtschaftsgebäude, auf dem Grundstück Flur A., Flst. B. in der Gemarkung X. Das VG Gießen wies die Klage ab. Der VGH lehnte den Antrag der Kl. auf Zulassung der Berufung gegen das Urteil ab.

Aus den Gründen:

Der Antrag der Kl. auf Zulassung der Berufung gegen das im Tenor genannte verwaltungsgerichtliche Urteil hat keinen Erfolg. Der Zulassungsgrund der ernstlichen Zweifel an der Richtigkeit des angefochtenen

Urteils (§ 124 II Nr. 1 VwGO) ist nicht hinreichend dargelegt. [...] Das VG hat mit zutreffenden Gründen, auf die der Senat gem. § 122 II 3 VwGO Bezug nimmt, ausgeführt, dass die Ersetzung des gemeindlichen Einvernehmens hier rechtmäßig ist und die Kl. nicht in ihren Rechten verletzt (§ 113 I 1 VwGO). Die von der Kl. in ihrem Antrag auf Zulassung der Berufung dargelegten Gründe rechtfertigen keine andere Entscheidung in der Sache. [...]

Soweit die Kl. [...] ernstliche Zweifel an der erstinstanzlichen Entscheidung deshalb rügt, weil das VG § 36 II BauGB - rechtsfehlerhaft - dahingehend - einengend - ausgelegt habe, den Gemeinden würden durch § 36 II BauGB keine neuen Rechtskreise eröffnet, die sie jenseits der Verletzung eigener Rechte geltend machen könnten, und in diesem Zusammenhang meint, § 36 BauGB eröffne den Gemeinden gerade die Möglichkeit, sich auch auf entgegenstehende öffentliche Belange zu berufen, die nicht von der gem. Art. 28 II GG gewährleisteten Selbstverwaltungsgarantie umfasst seien, kann dem nicht gefolgt werden.

A. Schutzzumfang des § 36 BauGB auf Selbstverwaltungsautonomie beschränkt

Der Senat hat bereits in seinem Beschluss vom 15. 11. 2006 (VGH Kassel, BeckRS 2007, 21710) ausgeführt, dass die Gemeinde Rechtsschutz gegen die Ersetzung ihres gemeindlichen Einvernehmens gem. § 36 BauGB nur erreichen kann, wenn sie geltend machen kann, durch den Ersetzungsakt gem. § 113 I 1 VwGO in eigenen Rechten verletzt zu sein. Dies setzt voraus, dass sie in einer durch Art. 28 II GG geschützten Rechtsposition, vornehmlich der kommunalen Planungshoheit, verletzt ist, wobei die Anforderungen an die eigene Rechtsverletzung i.S. des § 113 I 1 VwGO bei der Ersetzung des gemeindlichen Einvernehmens nicht weiter zu fassen sind als bei der Anfechtung eines einen Dritten begünstigenden Verwaltungsaktes (VGH Kassel, BeckRS 2007, 21710). Auch nach nochmaliger Befassung mit den Entscheidungen des OVG Berlin-Brandenburg vom 29. 11. 2005 (LKV 2006, 513), des VGH Mannheim vom 19. 12. 1997 (VGH Mannheim, UPR 1998, 460 = NuR 1998, 434) sowie der Rechtsprechung des BVerwG zu der genannten Thematik (u.a. BVerwGE 121, 152 = NVwZ 2004, 1229; BVerwG, BeckRS 2006, 20893; NVwZ 2008, 1347) hält der Senat an seiner Auffassung fest, dass eine Aufhebung der Ersetzung des gemeindlichen Einvernehmens i.S. des § 36 BauGB nur dann in Betracht kommt, wenn die kl. Gemeinde eine subjektive Rechtsverletzung bezogen auf eines der gem. Art. 28 II GG besonders geschützten Selbstverwaltungsrechte geltend machen kann.

I. Wortlaut

Dabei ist der Kl. zwar zuzugestehen, dass der Wort-

laut von § 36 II 1 BauGB, wonach das Einvernehmen der Gemeinde und die Zustimmung der höheren Verwaltungsbehörde nur aus den sich aus den §§ 31, 33, 34 und 35 BauGB ergebenden Gründen versagt werden kann, scheinbar ihre Auffassung stützt, sie könne sich jenseits der ihr gem. Art. 28 II GG gewährleisteten Selbstverwaltungsgarantie auch auf weitere Beeinträchtigungen öffentlicher Belange berufen. So nennt § 35 III BauGB, auf den sich § 36 II 1 BauGB von seinem Wortlaut ohne Beschränkung bezieht, eine ganze Reihe von Belangen, die nicht dem Selbstverwaltungsrecht der Gebietskörperschaften zuzuordnen sind, wie wasser-, abfall-, immissionsschutzrechtliche Belange, schädliche Umwelteinwirkungen, Belange des Naturschutzes, der Landschaftspflege, des Bodenschutzes, des Denkmalschutzes etc. Gleichwohl folgt der Senat dem Ansatz des OVG Berlin-Brandenburg, soweit die Gemeinde unter Berufung auf einen der in § 35 III BauGB genannten Belange ihr Einvernehmen versagen dürfe, müsse es ihr auch möglich sein, sich unter Berufung auf diesen Grund gegen eine Baugenehmigung zu wehren, die unter Ersetzung ihres Einvernehmens erteilt worden ist (OVG Berlin-Brandenburg, LKV 2006, 513), nicht.

II. Systematik und Teleologie

Nach systematischer und nach teleologischer Auslegung von § 36 II 1 BauGB ist die Verweisung auf die §§ 31, 33, 34 und 35 BauGB - einschränkend - dahingehend zu konkretisieren, dass die Gebietskörperschaft ihr gemeindliches Einvernehmen nur aus den sich aus §§ 31, 33, 34 und 35 BauGB ergebenden Gründen und nur dann versagen darf, wenn die dort genannten Belange dem Schutz ihrer subjektiven, die Einvernehmensregelung begründenden (Planungs-)Rechte dienen und diese tatsächlich verletzt sind.

1. Schutzzweck der Norm

In Rechtsprechung und Literatur dürfte unstrittig sein, dass § 36 BauGB dem Schutz und der Sicherung der gemeindlichen Planungshoheit dient (vgl. BVerwG, BeckRS 2006, 20893 = BauR 2006, 818; BVerwG, NVwZ 2008, 1347; Ernst/Zinkahn/Bielenberg, BauGB, Stand: Dez. 2006, § 36 Rdnr. 9 m.w. Nachw.; Schrödter, BauGB, § 36 Rdnr. 1; Batis/Krautzberger/Löhr, BauGB, 10. Aufl. [2007], § 36 Rdnr. 1). Dabei entspricht es ständiger Rechtsprechung des BVerwG, der der Senat folgt, dass Gemeinden, die sich gegen sie belastende Maßnahmen zur Wehr setzen, nicht unter Hinw. auf ihre Planungshoheit oder ihre sonstigen Belange eine umfassende Rechtmäßigkeitsprüfung fordern können. Auch Art. 62 S. 1 HessVerf., wonach u.a. die Landschaft den Schutz und die Pflege des Staates und der Gemeinden genießt, vermittelt den Gemeinden keine so weitgehenden Befugnisse. Ihnen ist es verwehrt, etwa als

gesamtverantwortlicher Wächter des Natur- und des sonstigen Umweltschutzes aufzutreten und als solcher Belange der Allgemeinheit zu wahren, die nicht speziell ihrem Selbstverwaltungsrecht zugeordnet sind (BVerwGE 121, 152 = NVwZ 2004, 1229 m.w. Nachw.). Das BVerwG hat zwar in seiner Entscheidung vom 11. 8. 2008 (BVerwG, NVwZ 2008, 1347) darauf hingewiesen, dass sich seine Feststellung, § 36 I 1 BauGB begründe hinsichtlich der materiellen Planungshoheit keine Rechte, sondern setze sie vielmehr voraus, auf die dort entschiedene Verfahrenskonstellation eines planfeststellungsbedürftigen Vorhabens und die in diesem Zusammenhang relevanten Beteiligungsrechte der Gemeinde beziehe und daher keine Rückschlüsse auf die Rechtsposition der Gemeinde im Fall der Anwendbarkeit des § 36 I 1 BauGB erlaube. Sei der Anwendungsbereich des § 36 I 1 BauGB eröffnet, entfalte sich dessen planungsrechtliche Schutzfunktion: Die vorgesehene Mitwirkung der Gemeinde diene der Sicherung der gemeindlichen Planungshoheit, wobei die Frage, ob sich eine Gemeinde nur auf Belange berufen könne, die ihrem Selbstverwaltungsrecht zugeordnet seien, nicht entscheidungserheblich sei (BVerwG, NVwZ 2008, 1347). Auch unter Berücksichtigung dieser Aussagen ist gleichwohl davon auszugehen, dass ein subjektives Betroffensein der Gemeinde hinsichtlich der von ihr im Rahmen der Beteiligung nach § 36 BauGB aufgerufenen Belange zu fordern ist. Stellt man auf den Sinn und Zweck von § 36 BauGB, nämlich die Sicherung der Planungshoheit der Gemeinde ab, gebietet auch die teleologische Auslegung, der Gemeinde nur dann ein durchsetzbares Beteiligungsrecht zuzugestehen, soweit sie Belange aufrufen kann, die ihrer Planungshoheit zuzurechnen sind (vgl. Ernst/Zinkahn/Bielenberg, BauGB, § 36 Rdnr. 31; Schrödter, BauGB, § 36 Rdnr. 13).

2. Vermeidung von Popularklagen

Würde der Gemeinde auf Grund des Wortlauts des § 36 II 1 BauGB ein umfassendes Prüfungsrecht hinsichtlich sämtlicher der in § 35 III BauGB genannten öffentlichen Belange zugesprochen, würde dies zu nachfolgenden Kompetenzkonflikten bei der Durchsetzung dieser vorgeblichen Rechtspositionen führen und der Einheit der Rechtsordnung widersprechen. Dem deutschen Rechtssystem ist das Institut der Popularklage fremd, was sich insbesondere aus § 113 I 1 VwGO ergibt. Danach kann die Aufhebung eines rechtswidrigen Verwaltungsaktes nur dann begehrt werden, wenn der Kl. durch diesen in seinen Rechten verletzt ist. Insoweit gewährt § 36 II BauGB den Gebietskörperschaften tatsächlich keine - neuen - Rechte, sondern sichert deren Planungshoheit bei Verfahren gem. §§ 31, 34 und 35 BauGB. Die Gemeinden sollen in diesen Verfahren beteiligt und ihr Einvernehmen eingeholt werden, um sicherzustellen, dass sie ihren planungshoheitlichen Aufgaben ordnungsgemäß nachkommen können. Darüber hinausgehende Rechte, etwa Prüfungsrechte hinsichtlich fachbehördlich zugeordneter öffentlicher Belange, können damit schon deshalb nicht gemeint sein, weil weder das BauGB noch die Fachgesetze „Konfliktregelungen“ dafür enthalten, wie im Fall einer Divergenz zwischen Fachbehörde und Gemeinde zu verfahren wäre.

B. Ergebnis

Das VG ist daher zutreffend zu dem Ergebnis gelangt, die Kl. könne sich lediglich auf Belange berufen, die ihrer Planungshoheit zuzuordnen sind, so dass die von der Kl. beanstandete, angeblich materiell fehlerhafte Beurteilung des VG hinsichtlich der Belange Artenschutz, Naturschutz, Denkmalschutz nicht entscheidungserheblich ist.

Standort: VwGO

Problem: Rechtsmittelbelehrung

OVG Münster, Beschluss vom 04.03.2009
5 A 924/07 (NJW 2009, 1832)

Problemdarstellung:

Im vorliegenden Fall ging es um die Frage, wie korrekt über eine Widerspruchsfrist zu belehren ist, wenn die Bekanntgabe des Verwaltungsakts durch Zustellung per Einschreiben erfolgte. Hierzu ist Folgendes zu bedenken:

A. Laut § 70 I 1 VwGO beginnt die Widerspruchsfrist mit "Bekanntgabe" des VA. § 58 I VwGO erfordert u.a. eine korrekte Belehrung über den Fristbeginn. Nicht erforderlich ist hingegen nach allg.M., dass die Behörde dem Bürger die Frist vorrechnet, indem sie etwa konkrete Daten nennt. Man sollte also meinen, dass

eine Rechtsbehelfsbelehrung, die über den Beginn der Widerspruchsfrist ab "Bekanntgabe" des VA belehrt, korrekt ist.

B. Im vorliegenden Fall hatte die Behörde aber den VA zugestellt. Über § 41 V VwVfG finden in diesen Fällen die Vorschriften über die Zustellung Anwendung. Wurde - wie im konkreten Fall - die Zustellung mittels Einschreiben gewählt, richtet sich die Fristberechnung namentlich nach § 4 VwZG (bzw. nach den entsprechenden landesrechtlichen Vorschriften).

C. Das OVG NRW äußert im vorliegenden Beschluss nun die Ansicht, dass eine Behörde, die einen VA mittels Einschreibens zustellt, in der Rechtsbehelfsbelehrung abweichend vom Gesetzeswortlaut nicht über den Fristbeginn ab "Bekanntgabe", sondern ab "Zu-

stellung" belehren müsse. Der Bürger könnte sonst über den konkreten Fristbeginn im Unklaren gelassen werden. Dies gelte allerdings nicht für die Zustellung mittels Empfangsbekanntnis oder Postzustellungsurkunde (vgl. §§ 3, 5 VwZG).

D. Belehre die Behörde gleichwohl über die "Bekanntgabe", liege darin ein Fehler, der zur Fehlerhaftigkeit der Rechtsbehelfsbelehrung und damit zur Anwendung der Jahresfrist des § 58 II VwGO führe, denn es werde dem Rechtssuchenden erschwert, die richtige Frist zu errechnen und somit seine Rechte fristgerecht zu wahren.

Prüfungsrelevanz:

Die Entscheidung ist sehr examensrelevant, denn Fristberechnungen gehören zum immer wiederkehrenden Prüfungsstoff im ersten und zweiten juristischen Staatsexamen. Fehlerhafte Rechtsbehelfsbelehrungen sind geradezu ein "Klassiker" im Examen. Dass eine Belehrung, die exakt dem Gesetzeswortlaut entspricht, trotzdem falsch sein kann, ist natürlich sehr bemerkenswert.

Ganz unangreifbar ist der Beschluss des OVG NRW freilich nicht. Denn - wie das OVG auch selbst einräumt - das Gesetz selbst verweist ja in § 41 V VwVfG auch im Rahmen der Bekanntgabe auf die Vorschriften für die Zustellung. Es ist schon ein wenig blauäugig anzunehmen, dass ein rechtsunkundiger Bürger immerhin den § 41 V VwVfG findet, dann aber nicht auf die Idee kommt, über § 41 V VwVfG in das VwZG zu schauen. Außerdem dürfte das Ergebnis der Berechnung des Fristbeginns wegen der jeweils geltenden Drei-Tages-Fiktionen (des § 41 II VwVfG bei "Bekanntgabe" mittels einfachen Briefs und des § 4 VwZG bei "Zustellung" per Einschreiben) identisch sein, sodass eine Rechtsunsicherheit allenfalls über den Weg, nicht aber das Ergebnis der Berechnung des Fristbeginns bestehen kann. Das OVG NRW sieht diesen Umstand auch, lässt sich dadurch von seiner Ansicht jedoch nicht abbringen.

Vertiefungshinweise:

- Zur "Drei-Tages-Fiktion" bei der Bekanntgabe: *OVG Münster*, RA 2001, 619 = NVwZ 2001, 429
- Zur Rechtsmittelbelehrung bei VA mit Doppelwirkung: *BVerwG*, NVwZ 2009, 191
- Bestreiten des Zugangs eines schriftlichen Verwaltungsakts: *OVG Münster*, NVwZ 2004, 120

Kursprogramm:

- Examenskurs*: "Die Waffenbesitzkarte"

Leitsatz (der Redaktion):

Belehrt die Rechtsbehelfsbelehrung darüber, dass die Widerspruchsfrist mit der "Bekanntgabe" des

Verwaltungsakts beginnt, ist diese fehlerhaft, wenn der Verwaltungsakt tatsächlich förmlich zugestellt worden ist (hier: per Einschreiben mit Rückschein).

Sachverhalt:

Der Kl. ist Mitglied des Bekl. und entrichtet an diesen einkommensbezogene Beiträge. Mit Bescheid vom 16. 2. 2004 wurde sein Beitrag für das Geschäftsjahr 2004 vorbehaltlich des Einkommensnachweises für das Jahr 2002 durch Vorlage des entsprechenden Einkommenssteuerbescheids vorläufig festgesetzt. Da der Kl. den Einkommensbescheid für das Jahr 2002 in der Folgezeit trotz Aufforderung nicht vorlegte, setzte der Bekl. den Beitrag des Kl. mit Bescheid vom 25. 10. 2004 auf den Regelpflichtbeitrag in Höhe von monatlich 1004,25 Euro fest. Die dem Bescheid beigelegte Rechtsbehelfsbelehrung - soweit hier von Interesse - lautet: „Gegen diesen Bescheid können Sie innerhalb eines Monats nach Bekanntgabe Widerspruch erheben.“ Der Bescheid wurde entsprechend der Anordnung im Adressfeld mit Einschreiben gegen Rückschein an die Kanzleiadresse des Kl. übersandt. Der Kl. betreibt seine Einzelkanzlei in Räumen des elterlichen Wohnhauses. Frau C, die Mutter des Kl., bestätigte den Empfang des Bescheids unter dem 27. 10. 2004. Im Rückschein ist sie als Ehefrau des Empfängers vermerkt.

Am 4. 4. 2005 legte der Kl. gegen den Bescheid Widerspruch ein und beantragte die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. Zur Begründung führte er aus, er habe den Beitragsbescheid nicht auffinden können. Er müsse daher davon ausgehen, den Bescheid nicht erhalten zu haben. Er habe von dem Beitragsbescheid erst am 21. 3. 2005 durch ein entsprechendes Telefax des Bekl. Kenntnis erhalten. In der Sache trug er vor, der festgesetzte Höchstbeitrag entspreche nicht den Einnahmen. Den Einkommensnachweis werde er nachreichen. Der Bekl. wies den Widerspruch des Kl. mit am 5. 4. 2006 zugestelltem Bescheid vom 16. 2. 2006 als unzulässig zurück.

Das VG hat die Klage abgewiesen und zur Begründung im Wesentlichen ausgeführt, dass der mit einer ordnungsgemäßen Rechtsbehelfsbelehrung versehene Beitragsbescheid bestandskräftig sei. Die - vom OVG zugelassene - Berufung des Kl. hatte Erfolg.

Aus den Gründen:

Die Klage hat Erfolg.

A. Zulässigkeit

Sie ist zulässig. Das Vorverfahren ist ordnungsgemäß durchgeführt worden. Der Kl. hat gegen den Beitragsbescheid vom 25.10.2004 am 4. 4. 2005 fristgerecht Widerspruch erhoben. Der Widerspruch konnte gem. § 58 II 1 VwGO innerhalb eines Jahres seit Zustel-

lung, Eröffnung oder Verkündung eingelegt werden, weil die Rechtsbehelfsbelehrung unrichtig ist.

I. Notwendiger Teil einer Rechtsbehelfsbelehrung

Fehlerhaft ist eine Rechtsbehelfsbelehrung dann, wenn sie die in § 58 I VwGO zwingend geforderten Mindestangaben nicht enthält oder wenn diesen Angaben ein unzutreffender oder irreführender Zusatz beigefügt ist, der sich generell eignet, die Einlegung des Rechtsbehelfs zu erschweren (vgl. BVerwG, NJW 1991, 508).

II. Insbesondere: Fristbeginn

Die hier zu beurteilende Rechtsmittelbelehrung ist irreführend. Sie belehrt darüber, dass die Widerspruchsfrist mit der „Bekanntgabe“ des Bescheids beginne. Diese Formulierung war geeignet, die Einlegung des Rechtsbehelfs zu erschweren, weil der Bescheid auf behördliche Anordnung per Einschreiben mit Rückschein zugestellt wurde.

1. Wortlaut des § 70 I 1 VwGO: „Bekanntgabe“

Zwar ist der Widerspruch gem. § 70 I 1 VwGO innerhalb eines Monats nach Bekanntgabe des Verwaltungsakts zu erheben.

2. Tatsächlich: „Zustellung“ durch die Behörde

Mit der Anordnung der Bekanntgabe durch Zustellung unterliegt die Bekanntgabe jedoch in gleicher Weise den Regelungen des Zustellungsrechts wie in den Fällen, in denen die Zustellung gesetzlich vorgeschrieben ist (vgl. § 1 II NWLZG) (dazu auch Sadler, VwZG, 6. Aufl. [2006], § 1 Rdnrn. 14f.).

3. Rechtsmittelbelehrung über „Bekanntgabe“ fehlerhaft, wenn tatsächlich „zugestellt“ wurde

Die Rechtsbehelfsbelehrung weist hierauf nicht hin, sondern belässt es bei der allgemeinen Formulierung „Bekanntgabe“ anstatt „Zustellung“. Zwar erfolgte die Bekanntgabe im konkreten Fall gerade im Wege der Zustellung (§ 41 V NWVwVfG). Auch ist es nicht erforderlich, in einer Rechtsbehelfsbelehrung auf sämtliche Modalitäten einer Fristberechnung hinzuweisen (BVerwG, Buchholz 310 § 60 VwGO Nr. 132; VGH München, BayVBl 1977, 341).

Das Risiko einer Falschberechnung kann dem Empfänger aber nur insoweit zugemutet werden, als ihm die für die Fristberechnung notwendigen Fakten, insbesondere der Anfangszeitpunkt der Frist, entsprechend den gesetzlichen Vorschriften angegeben werden und er anhand dieser Angaben die Frist berechnen kann (vgl. OVG Münster, NJW 1973, 165 [166]).

Diesen Anforderungen wird die hier in Rede stehende Rechtsbehelfsbelehrung nicht gerecht. Indem sie nicht auf die tatsächlich eingeleitete Zustellung hinwies, die

wegen ihrer behördlichen Anordnung für den Lauf der Widerspruchsfrist maßgeblich war, konnte die Belehrung einen Irrtum des Adressaten über den Beginn der Rechtsbehelfsfrist hervorrufen und dadurch die rechtzeitige Widerspruchserhebung unzumutbar erschweren.

a. Erschwernis nur bei Einschreiben (nicht: PZU, EB)

Anders als bei der Zustellung mit Zustellungsurkunde oder gegen Empfangsbekanntnis ist die Zustellung durch Einschreiben zumindest nach der hier noch maßgeblichen Regelung in § 4 I VwZG in der bis zum 31. 1. 2006 geltenden Fassung (im Folgenden: VwZG a.F.) aus Sicht des Empfängers nicht zweifelsfrei stets zugleich die Bekanntgabe. Nach dieser Vorschrift wird die Zustellung am dritten Tag nach der Aufgabe zur Post fingiert. Demgegenüber ist für den Adressaten unklar, ob die Bekanntgabe, auf die die Rechtsbehelfsbelehrung hinweist, davon abweichend schon im Zeitpunkt des Zugangs im Sinne des entsprechend anwendbaren § 130 BGB erfolgt (vgl. BVerwG, Buchholz 316 § 41 Nr. 2; von diesem Bekanntgabezeitpunkt geht das BVerwG auch aus in seinem Ur. v. 27. 4. 1990, NJW 1991, 508, und seinem Beschl. v. 31. 5. 2006, NVwZ 2006, 943 = NJW 2007, 939 L; so auch OVG Münster, NJW 1973, 165).

b. Erschwernis trotz eindeutiger gesetzlicher Regelung

Die Unklarheit wird nicht dadurch bereinigt, dass ein Adressat durch den Hinweis in der Rechtsbehelfsbelehrung auf die Regelungen über die Bekanntgabe von Verwaltungsakten, insbesondere auf § 41 II NWVwVfG, stoßen und wegen der dort geregelten Fiktion, die § 4 I VwZG a.F. entspricht, zufällig den Fristablauf der Sache nach zutreffend ermitteln könnte. Denn § 41 II NWVwVfG gilt nur für die Bekanntgabe mit einfacher Post im allgemeinen Briefverkehr und ist gerade wegen der gewählten Bekanntgabeform der Zustellung nicht anwendbar (vgl. Hennecke, in: Knack, VwVfG, 8. Aufl. [2004], § 41 Rdnr. 18; zu weiteren möglichen Unklarheiten in diesem Zusammenhang BSGE 79, 293 = NVwZ 1998, 109; VG Oldenburg, NVwZ-RR 2009, 122).

Da der Begriff „Zustellung“ weder im Bescheid noch in der Rechtsbehelfsbelehrung erscheint, wird der Empfänger dagegen den Hinweis in § 41 V NWVwVfG auf die besonderen Vorschriften über die Bekanntgabe mittels Zustellung nicht ohne Weiteres für einschlägig halten.

c. Erschwernis trotz identischer Ergebnisse bei der Fristberechnung

Diese Unklarheiten für den Empfänger können sich auf die Einlegung des Rechtsbehelfs auswirken. Eine Frist, die möglicherweise ab Zugang des Bescheids

läuft, kann bei der gebotenen generellen Betrachtung früher ablaufen als diejenige Frist, die von dem fiktiven Zustellungszeitpunkt an rechnet. Dementsprechend kann die irreführende Formulierung dazu führen, dass zum Ende der Frist die Einlegung eines Widerspruchs in der durch die Rechtsbehelfsbelehrung ausgelösten fehlerhaften Vorstellung unterbleibt, die Frist sei bereits abgelaufen, obwohl sie in Wirklichkeit noch läuft (vgl. OVG Münster, NVwZ 2001, 212).

Unerheblich ist, ob über den Fristablauf im Einzelfall nur deshalb kein Zweifel entstehen kann, weil die Frist - etwa wegen der Berücksichtigung von Sonnabenden, Sonn- und Feiertagen - bei allen denkbaren Fristberechnungen an demselben Tag endet. Für die Fehlerhaftigkeit einer Rechtsbehelfsbelehrung kommt es allein auf die generelle Eignung an, durch einen möglichen Irrtum die Einlegung des Rechtsbehelfs zu erschweren. Ob eine Rechtsbehelfsbelehrung fehlerhaft ist, kann deshalb nicht davon abhängen, ob im konkreten Fall Zustellung und Bekanntgabe überhaupt

auseinanderfallen und inwieweit sich dies gegebenenfalls auf die Fristberechnung auswirkt (ähnlich OVG Münster, NJW 1973, 165 [166]).

B. Begründetheit

Die Klage ist auch begründet. Der angefochtene Beitragsbescheid ist rechtswidrig und verletzt den Kl. in seinen Rechten, soweit er für das Jahr 2004 einen monatlichen Beitrag von mehr als 401,96 Euro festsetzt. Er hat gem. § 30 II der Satzung des Bekl. einen Beitrag gemäß dem Beitragssatz der gesetzlichen Rentenversicherung für das Jahr 2004 von 19,5% zu zahlen, weil das für den Beitrag des Jahres 2004 maßgebliche Einkommen des Kl. im Jahr 2002 die Beitragsbemessungsgrenze nicht erreichte. Bei einem durch Vorlage des Einkommensteuerbescheids nachgewiesenen zu versteuernden Einkommen von 24736 Euro ergibt sich nach der zutreffenden Berechnung im Gerichtsbescheid vom 22. 8. 2006 ein monatlicher Beitrag von 401,96 Euro.

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: Kaufrecht****Problem: Nutzungsersatz nach Widerruf**

EU GH, URTEIL VOM 03.09.2009
C-489/07 (ZIP 2009, 1820)

Problemdarstellung:

In dem Vorlageverfahren beim EuGH war die Frage zu beurteilen, inwieweit eine Verbraucherin nach der Ausübung des Widerrufs im Fernabsatzwesen Nutzungsersatz zu leisten habe.

Die Verbraucherin hatte über das Internet bei einem Versandhandelsunternehmen ein gebrauchtes Notebook zum Kaufpreis in Höhe von 278 € erworben. In den Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Unternehmens war unter anderem ein Hinweis auf die Ersatzpflicht für die durch eine bestimmungsgemäße Ingebrauchnahme bedingte Verschlechterung des Computers enthalten. Nach etwa einem halben Jahr kam es zum Defekt des Displays. Das Unternehmen versagte die Nachbesserung woraufhin die Verbraucherin wirksam den Rücktritt vom Vertrag erklärte.

Die Verbraucherin erhob vor dem AG Lahr Klage auf Rückzahlung des Kaufpreises. Der Unternehmer trägt beim vorliegenden Gericht gegen die Klageforderung vor, dass die Verbraucherin ihm für ihre Nutzung des Notebooks für etwa acht Monate Wertersatz zu leisten habe. Bei einem vergleichbaren Notebook liege der Mietpreis im Marktdurchschnitt bei 118,80 Euro für drei Monate, so dass sich für die Nutzungszeit ein Wertersatz von 316,80 € ergebe.

Unter diesen Umständen hat das AG Lahr beschlossen, das Verfahren auszusetzen, und hat dem Gerichtshof seine Frage zur Auslegung der Richtlinie 97/7/EG zur Vorabentscheidung vorgelegt.

Prüfungsrelevanz:

Die erkennende Kammer des EuGH befasst sich aufgrund eines Vorlageverfahren (Vorlagebeschluss des AG Lahr vom 26.10.2007, BeckRS 2008 06470) mit der Frage, inwieweit ein Verbraucher nach ordnungsgemäßer Ausübung des Widerrufsrechts im Fernabsatzwesen Nutzungsersatz zu leisten habe.

Gemäß Art. 6 I 2 und II der Richtlinie 97/7/EG sind die einzigen Kosten, die dem Verbraucher infolge der Ausübung seines Widerrufsrechts auferlegt werden können, die unmittelbaren Kosten der Rücksendung der Waren. Der Sinn dieser Regelung ergibt sich aus dem 14. Erwägungsgrund der Richtlinie 97/7/EG, dass

dieses Verbot, dem Verbraucher andere Kosten als die der unmittelbaren Rücksendung der Waren aufzuerlegen, gewährleisten soll, dass das in dieser Richtlinie festgelegte Widerrufsrecht „mehr als ein bloß formales Recht“ ist. Wäre der Widerruf mit negativen Kostenfolgen verbunden, könnte dies den Verbraucher davon abhalten, von seinem Recht Gebrauch zu machen. Darüber hinaus gehend soll der Verbraucher einen Ausgleich dafür bekommen, dass er im Fernabsatzwesen keine Möglichkeit hat, vor Abschluss des Vertrages den Kaufgegenstand zu sehen, so dass ihm die Möglichkeit eingeräumt werden soll, dass er die Ware prüfen und ausprobieren kann.

Die Regelung ist also dahingehend auszulegen, als dass eine generelle Auferlegung eines Wertersatzes mit der Richtlinie unvereinbar ist. Die Richtlinie 97/7/EG hat jedoch, auch wenn sie den Verbraucher in der besonderen Situation eines Vertragsabschlusses im Fernabsatz schützen soll, nicht zum Ziel, ihm Rechte einzuräumen, die über das hinausgehen, was zur zweckdienlichen Ausübung seines Widerrufsrechts erforderlich ist. Daher stehen die Zielsetzung der Richtlinie 97/7/EG und das in ihrem Art. 6 I 2 und II festgelegte Verbot grundsätzlich Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats nicht entgegen, wonach der Verbraucher gleichwohl einen angemessenen Wertersatz zu zahlen hat, wenn er die durch einen Vertragsabschluss im Fernabsatz gekaufte Ware auf eine mit den Grundsätzen des bürgerlichen Rechts wie denen von Treu und Glauben oder der ungerechtfertigten Bereicherung unvereinbare Art und Weise benutzt hat.

Vertiefungshinweise:

- Zur Zulässigkeit des Vorlageverfahrens gem. Art. 234 EG: *BGH*, RA 2006, 659 = NJW 2006, 3200 (Aussetzungsbeschluss zur Entscheidung *BGH*, RA 2006, 659 = NJW 2006, 3200); *EuGH*, NJW 2006, 2465
- Kein Wertersatz bei Nutzung mangelbedingter Ware bei Ersatzlieferung: *BGH*, RA 2009, 29 = BeckRS 2009 00083; *Herresthal*, NJW 2008, 2475
- Kein Wertersatz für Nutzung vertragswidrigen Gebrauchsguts: *BeckRS* 2008 70446
- Zum Nutzungsersatz: *Hummel*, *EuZW* 2007, 268; *Gebauer*, *AnwBl.* 2007, 314; *Theisen*, *GPR* 2007, 276; *Witt*, *NJW* 2006, 3322

□ Zum Verhältnis zwischen Nutzungsersatz und Verbraucherschutz: Europa-Report in *EuZW* 2009, 677; *BGH*, NJW 2009, 427 (mit Besprechung von *Pfeiffer*, NJW 2009, 412); *Grosche/Höft*, NJW 2009, 2416; *Lorenz*, LMK 2009, 273611; *EuGH*, NJW 2008, 1433 = *EuZW* 2008, 310 m. Anm. Fischinger

Kursprogramm:

- Examenskurs: "Augen auf beim Mustangkauf"
- Examenskurs: "Gutes Rad ist teuer"
- Examenskurs: "Der nostalgische Ofen"

Leitsätze:

1. Die Bestimmungen des Art. 6 I 2 und II der Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20.05.1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz sind dahin auszulegen, dass sie einer nationalen Regelung entgegenstehen, nach der der Verkäufer vom Verbraucher für die Nutzung einer durch Vertragsabschluss im Fernabsatz gekauften Ware in dem Fall, dass der Verbraucher sein Widerrufsrecht fristgerecht ausübt, generell Wertersatz für die Nutzung der Ware verlangen kann.

2. Diese Bestimmungen stehen jedoch nicht einer Verpflichtung des Verbrauchers entgegen, für die Benutzung der Ware Wertersatz zu leisten, wenn er diese auf eine mit den Grundsätzen des bürgerlichen Rechts wie denen von Treu und Glauben oder der ungerechtfertigten Bereicherung unvereinbare Art und Weise benutzt hat, sofern die Zielsetzung dieser Richtlinie und insbesondere die Wirksamkeit und die Effektivität des Rechts auf Widerruf nicht beeinträchtigt werden; dies zu beurteilen ist Sache des nationalen Gerichts.

Sachverhalt:

Das Vorabentscheidungsersuchen betrifft die Auslegung von Art. 6 der Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20.05.1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz (ABIEG Nr. L 144, S. 19). Dieses Ersuchen ergeht im Rahmen eines Rechtsstreits zwischen Frau Messner, einer Verbraucherin, und der Firma Stefan Krüger (im Folgenden: Stefan Krüger), die Versandhandel im Internet betreibt, wegen Rückzahlung von 278 Euro nach Kündigung eines im Fernabsatz geschlossenen Vertrags.

Frau Messner kaufte am 02.12.2005 über das Internet von Stefan Krüger ein gebrauchtes Notebook zum Preis von 278 Euro. Stefan Krüger hatte zum Zeitpunkt dieses Kaufs Allgemeine Geschäftsbedingungen in das Internet eingestellt, in denen es unter anderem hieß, dass der Käufer für die durch bestimmungsgemäße Ingebrauchnahme eingetretene Verschlechterung

der Ware Wertersatz leisten müsse. Im August 2006 kam es zu einem Defekt des Displays des Computers. Frau Messner teilte Stefan Krüger am 04.08.2006 den Defekt an dem Display mit. Diese lehnte eine kostenlose Beseitigung des Defekts ab. Am 07.11.2006 widerrief Frau Messner den Kaufvertrag und bot Stefan Krüger das Notebook Zug um Zug gegen Rückzahlung des Kaufpreises an. Dieser Widerruf erfolgte innerhalb der im BGB vorgesehenen Fristen, da Frau Messner nicht die nach dessen Bestimmungen für das Inlaufen der Frist erforderliche Widerrufsbelehrung erhalten hatte.

Frau Messner erhob gegen Stefan Krüger vor dem AG Lahr Klage auf Zahlung des Betrags von 278 Euro. Stefan Krüger trägt beim vorlegenden Gericht gegen die Klageforderung vor, dass Frau Messner ihm für ihre Nutzung des Notebooks für etwa acht Monate auf jeden Fall Wertersatz zu leisten habe. Bei einem vergleichbaren Notebook liege der Mietpreis im Marktdurchschnitt bei 118,80 Euro für drei Monate, so dass sich für die Nutzungszeit der Kl. ein Wertersatz von 316,80 Euro ergebe.

Unter diesen Umständen hat das AG Lahr beschlossen, das Verfahren auszusetzen, und dem Gerichtshof seine Frage zur Auslegung der Richtlinie 97/7/EG zur Vorabentscheidung vorgelegt.

Aus den Gründen:

1. Regelung in der Richtlinie 97/7/EG

[17] Das vorlegende Gericht möchte mit seiner Frage wissen, ob Art. 6 I 2 und II der Richtlinie 97/7/EG dahin auszulegen ist, dass er einer nationalen Regelung entgegensteht, nach der der Verkäufer vom Verbraucher für die Nutzung einer im Fernabsatz gekauften Ware in dem Fall, dass der Verbraucher sein Widerrufsrecht fristgerecht ausübt, Wertersatz für die Nutzung der Ware verlangen kann.

[18] Gemäß Art. 6 I 2 und II der Richtlinie 97/7/EG sind die einzigen Kosten, die dem Verbraucher infolge der Ausübung seines Widerrufsrechts auferlegt werden können, die unmittelbaren Kosten der Rücksendung der Waren.

[19] In diesem Zusammenhang ergibt sich aus dem 14. Erwägungsgrund der Richtlinie 97/7/EG, dass dieses Verbot, dem Verbraucher andere Kosten als die der unmittelbaren Rücksendung der Waren aufzuerlegen, gewährleisten soll, dass das in dieser Richtlinie festgelegte Widerrufsrecht „mehr als ein bloß formales Recht“ ist. Wäre dieses Recht nämlich mit negativen Kostenfolgen verbunden, könnte dies den Verbraucher davon abhalten, von diesem Recht Gebrauch zu machen.

[20] Außerdem ergibt sich aus demselben Erwägungsgrund, dass das Widerrufsrecht den Verbraucher in der besonderen Situation eines Vertragsabschlusses im

Fernabsatz schützen soll, in der er „keine Möglichkeit hat, vor Abschluss des Vertrags das Erzeugnis zu sehen oder die Eigenschaften der Dienstleistung im Einzelnen zur Kenntnis zu nehmen“. Das Widerrufsrecht soll also den Nachteil ausgleichen, der sich für einen Verbraucher bei einem im Fernabsatz geschlossenen Vertrag ergibt, indem ihm eine angemessene Bedenkzeit eingeräumt wird, in der er die Möglichkeit hat, die gekaufte Ware zu prüfen und auszuprobieren.

2. Auslegung des Verbots in Art. 6 I 2 und II der Richtlinie 97/7/EG

[21] Im Licht dieser Ziele ist das in Art. 6 I 2 und II der Richtlinie 97/7/EG genannte Verbot auszulegen.

[22] Insoweit ist festzustellen, dass die generelle Auferlegung eines Wertersatzes für die Nutzung der durch Vertragsabschluss im Fernabsatz gekauften Ware mit den genannten Zielen unvereinbar ist.

[23] Falls nämlich der Verbraucher einen solchen pauschalierten Wertersatz allein deshalb leisten müsste, weil er die Möglichkeit hatte, die durch Vertragsabschluss im Fernabsatz gekaufte Ware in der Zeit, in der er sie im Besitz hatte, zu benutzen, könnte er - wie die Generalanwältin in Nr. 74 ihrer Schlussanträge hervorhebt - sein Widerrufsrecht nur gegen Zahlung dieses Wertersatzes ausüben. Eine solche Folge liefe eindeutig dem Wortlaut und der Zielsetzung von Art. 6 I 2 und II der Richtlinie 97/7/EG zuwider und nähme insbesondere dem Verbraucher die Möglichkeit, die ihm von der Richtlinie eingeräumte Bedenkzeit völlig frei und ohne jeden Druck zu nutzen.

[24] Außerdem würden die Wirksamkeit und die Effektivität des Rechts auf Widerruf beeinträchtigt, wenn dem Verbraucher auferlegt würde, allein deshalb Wertersatz zu zahlen, weil er die durch Vertragsabschluss im Fernabsatz gekaufte Ware geprüft und ausprobiert hat. Da das Widerrufsrecht gerade zum Ziel hat, dem Verbraucher diese Möglichkeit einzuräumen, kann deren Wahrnehmung nicht zur Folge haben, dass er dieses Recht nur gegen Zahlung eines Wertersatzes ausüben kann.

[25] Die Richtlinie 97/7/EG hat jedoch, auch wenn sie den Verbraucher in der besonderen Situation eines Vertragsabschlusses im Fernabsatz schützen soll, nicht zum Ziel, ihm Rechte einzuräumen, die über das hinausgehen, was zur zweckdienlichen Ausübung seines Widerrufsrechts erforderlich ist.

[26] Demzufolge stehen die Zielsetzung der Richtlinie 97/7/EG und insbesondere das in ihrem Art. 6 I 2 und II festgelegte Verbot grundsätzlich Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats nicht entgegen, wonach der Ver-

braucher einen angemessenen Wertersatz zu zahlen hat, wenn er die durch Vertragsabschluss im Fernabsatz gekaufte Ware auf eine mit den Grundsätzen des bürgerlichen Rechts wie denen von Treu und Glauben oder der ungerechtfertigten Bereicherung unvereinbare Art und Weise benutzt hat.

[27] Aus dem letzten Satz des 14. Erwägungsgrundes der Richtlinie 97/7/EG ergibt sich hierzu, dass es Sache der Mitgliedstaaten ist, weitere Bedingungen und Einzelheiten für den Fall der Ausübung des Widerrufsrechts festzulegen. Diese Befugnis ist jedoch unter Beachtung der Zielsetzung dieser Richtlinie auszuüben und darf insbesondere nicht die Wirksamkeit und die Effektivität des Rechts auf Widerruf beeinträchtigen. Das wäre z.B. dann der Fall, wenn die Höhe eines Wertersatzes der in der vorstehenden Randnummer genannten Art außer Verhältnis zum Kaufpreis der fraglichen Ware stünde oder wenn die nationale Regelung dem Verbraucher die Beweislast dafür auferlegte, dass er die Ware während der Widerrufsfrist nicht in einer Weise benutzt hat, die über das hinausgeht, was zur zweckdienlichen Ausübung seines Widerrufsrechts erforderlich ist.

[28] Es ist Sache des nationalen Gerichts, den Rechtsstreit, mit dem es konkret befasst ist, im Licht dieser Grundsätze unter gebührender Berücksichtigung aller seiner Besonderheiten zu entscheiden, insbesondere der Natur der fraglichen Ware und der Länge des Zeitraums, nach dessen Ablauf der Verbraucher auf Grund der Nichteinhaltung der dem Verkäufer obliegenden Informationspflicht sein Widerrufsrecht ausgeübt hat.

[29] Nach alledem ist auf die Vorlagefrage zu antworten, dass die Bestimmungen des Art. 6 I 2 und II der Richtlinie 97/7/EG dahin auszulegen sind, dass sie einer nationalen Regelung entgegenstehen, wonach der Verkäufer vom Verbraucher für die Nutzung einer durch Vertragsabschluss im Fernabsatz gekauften Ware in dem Fall, dass der Verbraucher sein Widerrufsrecht fristgerecht ausübt, generell Wertersatz für die Nutzung der Ware verlangen kann. Diese Bestimmungen stehen jedoch nicht einer Verpflichtung des Verbrauchers entgegen, für die Benutzung der Ware Wertersatz zu leisten, wenn er diese auf eine mit den Grundsätzen des bürgerlichen Rechts wie denen von Treu und Glauben oder der ungerechtfertigten Bereicherung unvereinbare Art und Weise benutzt hat, sofern die Zielsetzung dieser Richtlinie und insbesondere die Wirksamkeit und die Effektivität des Rechts auf Widerruf nicht beeinträchtigt werden; dies zu beurteilen ist Sache des nationalen Gerichts.

Standort: Kaufrecht**Problem: Anforderungen an die Fristsetzung**

BGH, URTEIL VOM 12.08.2009

VIII ZR 254/08 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Die Parteien streiten um Schadensersatzansprüche aus einem Kaufvertrag über einen Gebrauchtwagen. Der Käufer forderte die Bekl. kurz nach der Übergabe des PKW zur umgehenden Beseitigung der aufgetretenen Mängel auf und kündigte an, anderenfalls werde er eine andere Werkstatt mit der Reparatur beauftragen. Entgegen einer von ihrem Mitarbeiter zunächst erteilten Zusage, sich um die Angelegenheit zu kümmern, meldete sich die Bekl. in der Folgezeit nicht bei dem Käufer; dessen Versuch, die Bekl. telefonisch zu erreichen, scheiterte. Daraufhin ließ der Käufer das Fahrzeug bei der H. GmbH zu Kosten von 2.194,09 € reparieren.

Das Amtsgericht hat die auf Erstattung dieser Kosten gerichtete 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:

Der erkennende Senat befasste sich in dieser Entscheidung mit den Anforderungen an die Fristsetzung gem. § 281 I BGB. Das Berufungsgericht hatte die Klage abgewiesen mit der Begründung, dass eine Fristsetzung nicht vorliege und eine solche auch nicht entbehrlich sei. Der Käufer forderte die Bekl. auf, die geltend gemachten Mängel "umgehend" zu beseitigen. Nach Rechtsauffassung des Berufungsgerichts in Übereinstimmung mit der überwiegenden Auffassung in der Literatur (vgl. MünchKomm-Ernst, BGB, § 323 Rn 68; Palandt-Grüneberg, BGB, § 281 Rn 9 jeweils m.w.N.) stelle dies keine ausreichende Fristsetzung im Sinne des § 281 I BGB dar. Entgegen einer teilweise vertretenen Auffassung genüge die Aufforderung zur "unverzüglichen" oder "umgehenden" Leistung nicht. Schon nach dem Wortsinn liege eine Fristsetzung nur dann vor, wenn ein konkreter Zeitraum bestimmt sei, entweder durch Mitteilung eines bestimmten Termins, zu dem die Frist ablaufe, oder durch die Angabe bestimmter Zeiteinheiten, die dem Schuldner für die Leistung eingeräumt würden. Die Angabe eines konkreten Zeitraums verdeutliche dem Schuldner, dass er nach Fristablauf mit der Geltendmachung anderer Gewährleistungsrechte rechnen müsse.

Diese Auffassung teilt der erkennende Senat nicht. Der BGH schließt sich einer bereits in der Literatur vertretenen Mindermeinung an, nach der auch eine Aufforderung zur unverzüglichen Leistung ausreichen

kann (vgl. Staudinger-Otto, BGB, § 281 Rn. B 62, § 323 Rn B 59). Für eine Fristsetzung gemäß § 281 I BGB genügt es demnach, wenn der Gläubiger durch das Verlangen nach sofortiger, unverzüglicher oder umgehender Leistung oder durch eine vergleichbare Formulierung deutlich macht, dass dem Schuldner für die Erfüllung nur ein begrenzter (bestimmbarer) Zeitraum zur Verfügung steht; der Angabe eines bestimmten Zeitraums oder eines bestimmten (End-)Termins bedarf es nicht.

Zum einen lässt sich dieses Ergebnis durch den Wortlaut des Gesetzes stützen. Dieser lässt weder darauf schließen, dass bei der Fristsetzung eine Zeitspanne ersichtlich sein muss, die nach dem Kalender bestimmt ist, noch dass diese in konkreten Zeiteinheiten angegeben werden muss. Nach allgemeiner Meinung ist eine Frist ein Zeitraum, der bestimmt oder bestimmbar ist (vgl. z.B. RGZ 120, 355, 362; Palandt-Heinrichs, BGB, § 186 Rn 3). Mit der Aufforderung, die Leistung oder die Nacherfüllung "in angemessener Zeit", "umgehend" oder "so schnell wie möglich" zu bewirken, wird eine zeitliche Grenze gesetzt, die aufgrund der jeweiligen Umstände des Einzelfalls bestimmbar ist. Mit der Aufforderung, die Leistung oder die Nacherfüllung "in angemessener Zeit", "umgehend" oder "so schnell wie möglich" zu bewirken, wird eine zeitliche Grenze gesetzt, die aufgrund der jeweiligen Umstände des Einzelfalls bestimmbar ist. Diese Auffassung wird auch dem Sinn und Zweck der Fristsetzung gerecht. Dem Schuldner soll mit der Fristsetzung vor Augen geführt werden, dass er die Leistung nicht zu einer beliebigen Zeit bewirken kann. Dieser Zweck wird durch die Aufforderung, innerhalb "angemessener Frist", "unverzüglich" oder - wie hier - "umgehend" zu leisten, erfüllt. Zwar besteht für den Schuldner die Ungewissheit, welcher genaue Zeitraum ihm für die Leistung bzw. Nacherfüllung zur Verfügung steht. Diese Ungewissheit besteht aber in vielen Fällen auch bei Angabe einer bestimmten Frist, und zwar dann, wenn die vom Gläubiger gesetzte Frist zu kurz ist. Eine solche Fristsetzung ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nicht unwirksam, sondern setzt eine angemessene Frist in Gang, die gegebenenfalls vom Gericht in einem späteren Prozess festgestellt wird (BGH, Urteil vom 21.06.1985 - V ZR 134/84, NJW 1985, 2640, unter II 1 a m.w.N.). Diese - zu § 326 BGB aF ergangene - Rechtsprechung wollte der Gesetzgeber bei der Schuldrechtsreform ausdrücklich unberührt lassen (BT-Drs. 14/6040, S. 138).

Vertiefungshinweise:

☐ Aktuelles zur Gewährleistung im Kaufrecht: BGH, RA 2009, 501 = BeckRS 2009 20178 (Ersatz von

mangelbedingtem Nutzungsausfall); *BGH*, RA 2009, 430 (Kein Mangel durch Neulackierung); *BGH*, RA 2009, 165 ("Fliesen-Fall"); *OLG Saarbrücken*, RA 2009, 128 = *NJW* 2009, 369 (Nachlieferungsverlangen bei Fristablauf); *BGH*, RA 2009, 304 = BeckRS 2009 11064 (Verhältnis Gewährleistung zur c.i.c.); *OLG Karlsruhe*, RA 2008, 81 = *NJW* 2008, 81 (Mangel bei Gebrauchtwagen); *BGH*, RA 2008, 186 (ungerechtfertigtes Nacherfüllungsverlangen); *BGH*, RA 2008, 224 (Rückabwicklung bei Inzahlungnahme); *BGH*, RA 2008, 5 (Parkettstäbchen-Fall)

□ Zum Fristsetzungserfordernis: *BGH*, RA 2009, 309 (Umfang des Schadensersatzes statt der Leistung); *BGH*, RA 2008, 258 (Keine Fristsetzung bei Arglist des Verkäufers)

Kursprogramm:

□ *Examenskurs*: "Der defekte Synthesizer"

Leitsatz:

Für eine Fristsetzung gemäß § 281 I BGB genügt es, wenn der Gläubiger durch das Verlangen nach sofortiger, unverzüglicher oder umgehender Leistung oder vergleichbare Formulierungen deutlich macht, dass dem Schuldner für die Erfüllung nur ein begrenzter (bestimmbarer) Zeitraum zur Verfügung steht; der Angabe eines bestimmten Zeitraums oder eines bestimmten (End-)Termins bedarf es nicht.

Sachverhalt:

[1] Der Kl. nimmt die bekl. Autohändlerin aus abgetretenem Recht des Käufers aus einem Gebrauchtwagenkauf in Anspruch. Dieser erwarb von der Bekl. mit schriftlichem Kaufvertrag vom 04.12.2005 einen Pkw Mercedes SL 230 Pagode, Baujahr 1966, zum Preis von 34.900 €. Im Frühjahr 2006 beanstandete der Käufer Mängel am Motor des Fahrzeugs. Er forderte die Bekl. zur umgehenden Beseitigung auf und kündigte an, anderenfalls werde er eine andere Werkstatt mit der Reparatur beauftragen. Entgegen einer von ihrem Mitarbeiter zunächst erteilten Zusage, sich um die Angelegenheit zu kümmern, meldete sich die Bekl. in der Folgezeit nicht bei dem Käufer; dessen Versuch, die Bekl. telefonisch zu erreichen, scheiterte. Daraufhin ließ der Käufer das Fahrzeug bei der H. GmbH zu Kosten von 2.194,09 € reparieren.

[2] Das Amtsgericht hat die auf Erstattung dieser Kosten gerichtete 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:

[3] Die Revision der Kl. hat Erfolg. Über das Rechts-

mittel ist antragsgemäß durch Versäumnisurteil zu entscheiden, da die Bekl. in der mündlichen Revisionsverhandlung trotz ordnungsgemäßer Ladung nicht vertreten war. Inhaltlich beruht das Urteil indes nicht auf der Säumnis der Bekl., sondern auf einer Sachprüfung (vgl. BGHZ 37, 79, 81 f.).

I. Entscheidung und Begründung des Berufungsgerichts

[4] Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung, soweit für das Revisionsverfahren noch von Interesse, ausgeführt:

[5] Dem Kl. stehe ein Anspruch auf Schadensersatz wegen der Beseitigung der von ihm behaupteten Fahrzeugmängel nicht zu. Die Voraussetzungen für einen Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung gemäß § 280 I, III, § 281 I BGB lägen nicht vor, denn der Käufer habe der Bekl. keine Frist zur Nachbesserung gemäß § 281 I 1 BGB gesetzt und die Fristsetzung sei auch nicht gemäß § 281 II BGB entbehrlich gewesen.

[6] Die Aufforderung des Käufers an die Bekl., die geltend gemachten Mängel "umgehend" zu beseitigen, stelle keine ausreichende Fristsetzung im Sinne des § 281 I BGB dar. Entgegen einer teilweise vertretenen Auffassung genüge die Aufforderung zur "unverzüglichen" oder "umgehenden" Leistung nicht. Schon nach dem Wortsinn liege eine Fristsetzung nur dann vor, wenn ein konkreter Zeitraum bestimmt sei, entweder durch Mitteilung eines bestimmten Termins, zu dem die Frist ablaufe, oder durch die Angabe bestimmter Zeiteinheiten, die dem Schuldner für die Leistung eingeräumt würden. Die Angabe eines konkreten Zeitraums verdeutliche dem Schuldner, dass er nach Fristablauf mit der Geltendmachung anderer Gewährleistungsrechte rechnen müsse. Dieser Zweck werde durch die Aufforderung zur unverzüglichen oder umgehenden Nacherfüllung nicht in gleicher Weise erreicht, weil damit eine Unsicherheit entstehe, zu welchem Zeitpunkt der Gläubiger zu anderen Gewährleistungsansprüchen übergehen könne. Eine solche Unsicherheit habe das Gesetz aber durch das Erfordernis der Setzung einer angemessenen Frist vermeiden wollen.

II. Entscheidung des BGH in der Revision

[7] Diese Beurteilung hält der rechtlichen Nachprüfung in einem entscheidenden Punkt nicht stand. Mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung, der Käufer habe der Bekl. mit der Aufforderung zur umgehenden Mangelbeseitigung keine Frist zur Nacherfüllung im Sinne des § 281 I BGB gesetzt, kann ein Schadensersatzanspruch des Kl. nicht verneint werden.

[8] Zwar verlangt die überwiegende Meinung in der Literatur - ebenso wie das Berufungsgericht - für eine Fristsetzung gemäß § 281 I BGB die Bestimmung eines konkreten Zeitraums, entweder durch Mitteilung

eines bestimmten Termins, zu dem die Frist abläuft, oder durch die Angabe bestimmter Zeiteinheiten, die dem Schuldner für die Leistung eingeräumt werden (Münch-KommBGB/Ernst, 5. Aufl., § 323 Rdnr. 68; Palandt/Grüneberg, BGB, 68. Aufl., § 281 Rdnr. 9; Soergel/Gsell, BGB, 13. Aufl., § 323 Rdnr. 80). Nach dieser Auffassung genügt die Aufforderung zur "sofortigen" bzw. "unverzüglichen" oder - wie hier - "umgehenden" Leistung nicht. Teilweise wird dies damit begründet, dass nach dem Wegfall der nach früherem Recht vorgesehenen Ablehnungsandrohung allein die Fristsetzung die Warnfunktion gegenüber dem Schuldner erfülle und an sie deshalb strenge Anforderungen zu stellen seien (Münch-KommBGB/Ernst, aaO).

[9] Demgegenüber vertritt ein weiterer Teil der Literatur die Auffassung, auch eine Aufforderung zur unverzüglichen Leistung könne ausreichen (Staudinger/Otto, BGB (2004), § 281 Rdnr. B 62 und § 323 Rdnr. B 59; Bamberger/Roth/Unberath, BGB, 2. Aufl., § 281 Rdnr. 16), zumindest in Fällen besonderer Dringlichkeit (Jauernig/Stadler, BGB, 12. Aufl., § 281 Rdnr. 6; vgl. auch MünchKommBGB/Ernst, aaO, Rdnr. 74).

[10] Auszugehen ist vom Wortlaut des Gesetzes. Dem Begriff der Fristsetzung lässt sich nicht entnehmen, dass die maßgebliche Zeitspanne nach dem Kalender bestimmt sein muss oder in konkreten Zeiteinheiten anzugeben ist. Eine in dieser Weise bestimmte Frist verlangt § 281 I BGB - anders als § 286 II Nr. 1, 2 BGB für den Verzugseintritt ohne Mahnung - nicht. Vielmehr kann die Dauer einer Frist grundsätzlich auch durch einen unbestimmten Rechtsbegriff bezeichnet werden; dies ist insbesondere bei rechtsgeschäftlichen Fristen häufig der Fall (Münch-KommBGB/Grothe, aaO, § 186 Rdnr. 4). Nach allgemeiner Meinung ist eine Frist ein Zeitraum, der bestimmt oder bestimmbar ist (RGZ 120, 355, 362; Palandt/Heinrichs, aaO, § 186 Rdnr. 3; Erman/Palm, BGB, 12. Aufl., vor § 186, Rdnr. 1; Bamberger/Roth/Henrich, aaO, § 186 Rdnr. 2; Kessler in: Prütting/Wegen/Weinreich, BGB, 4. Aufl., § 186 Rdnr. 3). Mit der Aufforderung, die Leistung oder die Nacherfüllung "in angemessener Zeit", "umgehend" oder "so schnell wie möglich" zu bewirken, wird eine zeitliche Grenze gesetzt, die aufgrund der jeweiligen Umstände des Einzelfalls bestimmbar ist.

[11] Auch der Zweck der Fristsetzung gemäß § 281 I BGB erfordert es nicht, dass der Gläubiger für die Nacherfüllung einen bestimmten Zeitraum oder einen genauen (End-)Termin angibt. Dem Schuldner soll mit der Fristsetzung vor Augen geführt werden, dass er die Leistung nicht zu einem beliebigen Zeitpunkt bewirken kann, sondern dass ihm hierfür eine zeitliche Grenze gesetzt ist. Dieser Zweck wird bereits durch die Aufforderung, innerhalb "angemessener Frist", "unverzüglich" oder - wie hier - "umgehend" zu leisten, hinreichend erfüllt. Zwar besteht für den Schuldner dann die Ungewissheit, welcher genaue Zeitraum ihm für die Leistung bzw. Nacherfüllung zur Verfügung steht. Diese Ungewissheit besteht aber in vielen Fällen auch bei Angabe einer bestimmten Frist, nämlich immer dann, wenn die vom Gläubiger gesetzte Frist zu kurz ist. Eine solche Fristsetzung ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nicht unwirksam, sondern setzt eine angemessene Frist in Gang, die gegebenenfalls vom Gericht in einem späteren Prozess festgestellt wird (BGH, Urteil vom 21.06.1985 - V ZR 134/84, NJW 1985, 2640, unter II 1 a m.w.N.). Diese - zu § 326 BGB aF ergangene - Rechtsprechung wollte der Gesetzgeber bei der Schuldrechtsreform ausdrücklich unberührt lassen (BT-Drs. 14/6040, S. 138). Nach den Gesetzesmaterialien sollte die Fristsetzung im Übrigen auch nicht zu einer Hürde werden, an der der Käufer aus formalen Gründen scheitert (BT-Drs. 14/6040, S. 185). Für eine Fristsetzung nach § 281 I BGB genügt es deshalb, wenn der Gläubiger durch das Verlangen nach sofortiger, unverzüglicher oder umgehender Leistung oder vergleichbare Formulierungen deutlich macht, dass dem Schuldner für die Erfüllung nur ein begrenzter Zeitraum zur Verfügung steht.

III. Nebenentscheidungen

[12] Das Urteil des Berufungsgerichts kann deshalb keinen Bestand haben, es ist daher aufzuheben. Der Rechtsstreit ist nicht zur Endentscheidung reif, weil das Berufungsgericht - von seinem Standpunkt aus folgerichtig - keine Feststellungen zu den behaupteten Mängeln des Fahrzeugs getroffen hat. Der Rechtsstreit ist daher zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 I 1 ZPO).

Standort: Deliktsrecht**Problem: fiktive Abrechnung auf Neuwagenbasis**

BGH, URTEIL VOM 09.06.2009
 VIZR 110/08 (NJW-SPEZIAL 2009, 474)

Problemdarstellung:

Die Parteien streiten um die Frage, ob Schadensersatzansprüche der Höhe nach anlässlich eines Verkehrsunfallgeschehens auch auf einer fiktiven Abrechnung auf Neuwagenbasis bemessen werden können.

Die Kl. hatte das Fahrzeug als Geschäftsfahrzeug erworben und es an dem Tag vor dem Unfallereignis erstmals zugelassen. Zur Zeit des Unfalls wies der PKW eine Fahrleistung von 607 km auf. Durch den Unfall wurde das Fahrzeug im linken Seitenbereich beschädigt. Die Kosten für die Instandsetzung betragen ca. 5400 €, der merkantile Minderwert war in Höhe von 3500 € in Ansatz zu bringen.

Die Kl. hat Ersatz der Kosten für die Anschaffung eines Neufahrzeugs Zug um Zug gegen Übereignung des Unfallfahrzeugs begehrt. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung der Kl. hat das Oberlandesgericht den Bekl. antragsgemäß verurteilt. Mit seiner vom Berufungsgericht zugelassenen Revision begehrt der Bekl. die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils. Die Revision hat Erfolg.

Prüfungsrelevanz:

Der erkennende Senat befasst sich mit einer Frage im Zusammenhang mit Schadensausgleich bei Verkehrsunfällen. Grundsätzlich hat der Geschädigte zwei Möglichkeiten im Rahmen der Schadenskompensation gem. § 249 II 1 BGB vorzugehen, die Reparatur des Fahrzeugs und die Wiederbeschaffung. Beachten Sie insoweit, dass nach anderer Auffassung die Konstellation der Ersatzbeschaffung nicht als Fall der Naturalrestitution gewertet wird, sondern als Schadenskompensation gem. § 251 BGB (vgl. MünchKomm-Oetker, BGB, § 251 Rn 10,11, 41). Der Geschädigte hat zwischen beiden Gestaltungsformen grundsätzlich ein Wahlrecht. Allerdings ist in diesem Zusammenhang das Wirtschaftlichkeitspostulat zu beachten. Gem. § 249 II 1 BGB wird nur Ersatz des für die Herstellung erforderlichen Geldbetrages gewährt, so dass der Geschädigte grundsätzlich auf diejenige Ersatzform zu verweisen ist, die den geringsten Aufwand erfordert.

Dieser Grundsatz könnte allerdings zu einer Verkürzung des Integritätsinteresses führen, so dass er nicht uneingeschränkt gilt. Zum einen steht dem Geschädigten nach gefestigter Rechtsprechung ausnahmsweise dann ein Anspruch auf Ersatz der Reparaturkosten in Höhe von 130 % des Wiederbeschaffungswerts zu, wenn der Geschädigte das Fahrzeug reparieren lässt, um es danach weiter zu nutzen (vgl. BGHZ 115, 364).

In diesem Zusammenhang wird das Interesse geschützt, dass der Geschädigte das ihm vertraute Fahrzeug weiter nutzen möchte.

Zum anderen kann der Geschädigte eine Abrechnung auf Neuwagenbasis vornehmen, wenn ein fabrikneues Fahrzeug erheblich beschädigt wird. Genau diese Fallgruppe kam hier in Betracht. Fabrikneu ist ein Fahrzeug dann, wenn es eine Laufleistung von nicht mehr als 1000 km aufweist und wenn die Zulassungsdauer einen Monat nicht überschreitet. Eine Beschädigung ist dann erheblich, wenn beim Unfallgeschehen tragende oder sicherheitsrelevante Teile beschädigt wurden und eine fachgerechte Instandsetzung nicht völlig unerhebliche Richt- oder Schweißarbeiten am Fahrzeug erfordert. Streitig wird diskutiert, ob die Abrechnung auf Neuwagenbasis eine tatsächliche Anschaffung eines Neufahrzeugs voraussetzt (so z.B. OLG Nürnberg, ZfS 1991, 45; LG Waldshut-Tiengen, NJW-RR 2002, 1243, 1244 f.; Eggert DAR 1997, 129, 136; Huber, Festschrift für Eggert 2008, 113, 129 f.; Wussow/Karczewski, Unfallhaftpflichtrecht, 15. Aufl., Kap. 41 Rn. 17; Nothoff; NZV 2003, 509, 510 f.; Burmann, ZfS 2000, 329; Palandt-Heinrichs, BGB, 68. Aufl., § 249 Rn. 22) oder auch fiktiv, d.h. unabhängig von einer Neuanschaffung (so z.B. KG, VersR 1981, 553; NJW-RR 1987, 16, 17; VerkMittl 1994, 93; OLG Karlsruhe, DAR 1982, 230; OLG Zweibrücken, SP 2004, 160, 161; LG Mönchengladbach, NJW-RR 2006, 244, 245; Schubert in Bamberger/Roth, BeckOK BGB, Stand 01.02.2007, § 249 Rn. 202) erfolgen kann. Der erkennende Senat schließt sich aus nachvollziehbaren Gründen der letztgenannten Auffassung an. Eine fiktive Abrechnung ist nicht möglich, da in diesen Fällen ein schutzwürdiges Interesse des Geschädigten nicht besteht. Ausschlaggebendes Argument für die Erstattung der im Vergleich zum Reparaturaufwand höheren und damit an sich unwirtschaftlichen Ersatzbeschaffungskosten ist das besondere Interesse des Geschädigten am Eigentum und an der Nutzung eines Neufahrzeugs. Die mit dem erhöhten Schadensausgleich einhergehende Anhebung der "Opfergrenze" des Schädigers ist also nur zum Schutz dieses besonderen Interesses gerechtfertigt. Dieses Interesse besteht jedoch nur dann, wenn der Geschädigte im konkreten Einzelfall tatsächlich den Kauf eines Neufahrzeugs nachweist. Nur dann ist die Zuerkennung einer den Reparaturaufwand übersteigenden und damit an sich unwirtschaftlichen Neupreisentschädigung mit dem Wirtschaftlichkeitsgebot und dem Bereicherungsverbot zu vereinbaren. Offen bleibt jedoch die Frage, ob auch für diese zweite Fallgruppe erforderlich ist, dass der Geschädigte das Fahrzeug für eine gewisse Zeit behält und auch weiter nutzt. Inso-

weit bleibt eine erneute Konkretisierung durch die Rechtsprechung abzuwarten.

Vertiefungshinweise:

□ Zum Schadensersatz bei Verkehrsunfällen: *Herrler*, JuS 2007, 103; *BGH*, NJW 2006, 2693; *BGH*, NJW 2006, 2618; *BGH*, NJW 2005, 277; *KG*, NZV 2005, 46; *Gregor/Hagen*, JA 2005, 820; *BGH*, RA 2003, 500 = NJW 2003, 2085

□ Zur Straßenverkehrshaftung: *Wille*, JA 2008, 210; *Hess/Burmann*, NJW 2008, 808; *Sapp*, NJW 2006, 408; *Staudinger/Schmidt-Bendum*, Jura 2003, 441

□ Übungsklausuren: *Armbrüster*, JuS 1997, 907; *Kollhossler*, Jura 1989, 148

Kursprogramm:

□ *Examenskurs*: "Das verhängnisvolle Skate - Board"

□ *Examenskurs*: "Der unglückliche Verkehrsunfall"

Leitsatz:

Der Geschädigte, dessen neuer PKW erheblich beschädigt worden ist, kann den ihm entstandenen Schaden nur dann auf Neuwagenbasis abrechnen, wenn er ein fabrikneues Ersatzfahrzeug gekauft hat.

Sachverhalt:

[1] Die Kl. nimmt den Bekl., das Deutsche Büro "Grüne Karte", auf Ersatz restlichen Sachschadens aus einem Verkehrsunfall vom 15.07.2005 in Anspruch, bei dem ihr PKW BMW M 6 Coupé im linken Seitenbereich beschädigt wurde. Die Kl. hatte den PKW als Geschäftsfahrzeug zum Preis von 97.379,30 i erworben und am Tag vor dem Unfall erstmals zum Verkehr zugelassen. Im Zeitpunkt des Unfalls wies das Fahrzeug eine Laufleistung von nicht mehr als 607 km auf. Die volle Haftung des Bekl. steht dem Grunde nach außer Streit. Die Parteien streiten über die Frage, ob die Kl. den ihr entstandenen Sachschaden auf Neuwagenbasis abrechnen kann. Der Bekl. zahlte lediglich die Kosten einer Instandsetzung, die ein vom Bekl. beauftragter Sachverständiger auf 5.379,38 i netto geschätzt hatte, eine Entschädigung für den merkantilen Minderwert in Höhe von 3.500 i, die Kosten des Sachverständigengutachtens in Höhe von 585,45 i sowie eine Kostenpauschale in Höhe von 20 i, d.h. insgesamt 9.484,83 i.

[2] Die Kl. hat vor dem Landgericht zuletzt Ersatz der Kosten für die Anschaffung eines Neufahrzeugs in Höhe von 88.940,43 i Zug um Zug gegen Übereignung des Unfallfahrzeugs sowie Mietwagenkosten in Höhe von 2.592 i und Anwaltskosten in Höhe von 1.301,05 i, jeweils nebst Zinsen, begehrt. Das Landgericht hat der Kl. die begehrten Mietwagenkosten in

vollem Umfang sowie Anwaltskosten in Höhe von 361,90 i nebst Zinsen zugesprochen und die Klage im Übrigen abgewiesen. Auf die Berufung der Kl. hat das Oberlandesgericht den Bekl. zur Zahlung weiterer 88.940,43 i Zug um Zug gegen Übereignung des Unfallfahrzeugs sowie weiterer Anwaltskosten in Höhe von 823,03 i, jeweils nebst Zinsen, verurteilt. Im Übrigen hat es die Berufung zurückgewiesen. Mit seiner vom Berufungsgericht zugelassenen Revision begehrt der Bekl. die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils.

Aus den Gründen:

I. Entscheidung und Begründung des Berufungsgerichts

[3] Das Berufungsgericht, dessen Urteil in OLGR Hamburg 2008, 470 abgedruckt ist, ist der Auffassung, die Kl. sei berechtigt, den ihr entstandenen Sachschaden auf Neuwagenbasis abzurechnen. Grundsätzlich habe ein Geschädigter gemäß § 249 BGB Anspruch auf volle Wiederherstellung des vor dem Unfall bestehenden wirtschaftlichen Zustands. Angesichts der besonderen Wertschätzung, die ein fabrikneuer unfallfreier PKW genieße, müsse sich der Eigentümer eines Neuwagens im Falle von dessen Beschädigung nicht immer mit der Erstattung der erforderlichen Reparaturkosten zuzüglich eines etwaigen merkantilen Minderwertes begnügen, sondern könne berechtigt sein, die höheren Kosten für die Beschaffung eines gleichwertigen Ersatzfahrzeugs zu verlangen. Da es nach der Verkehrsauffassung einen vermögenswerten Unterschied mache, ob man einen nagelneuen oder einen nicht unerheblich reparierten Kraftwagen besitze, führe nur die Neupreisschädigung zu der gemäß § 249 BGB geschuldeten Wiederherstellung des vor dem Unfall bestehenden Zustands, wenn das Unfallfahrzeug neuwertig gewesen und erheblich beschädigt worden sei. Beide Voraussetzungen seien im Streitfall zu bejahen. Von einer erheblichen Beschädigung sei regelmäßig dann auszugehen, wenn die Reparatur auch nur geringfügige Richtarbeiten an tragenden Teilen eines PKW erfordere. Denn auch bei technisch einwandfreier Durchführung dieser Arbeiten werde ein Fahrzeug durch solche Rückverformungsmaßnahmen nicht vollständig in den vom Hersteller gefertigten Ursprungszustand versetzt, so dass es seinen "nagelneuen" Charakter verliere. Ein derartiger Regelfall sei im Streitfall gegeben. Denn eine Instandsetzung des Fahrzeugs erfordere Richtarbeiten an der A-Säule mit einer Dauer zwischen 30 und 72 Minuten. Bei der A-Säule handle es sich um ein tragendes Teil, das für die Stabilität des Fahrzeugs von Bedeutung sei. Seine Instandsetzung greife in das Gefüge des Fahrzeugs ein und versetze den PKW nicht vollständig in den vom Hersteller gefertigten Zustand. Der Umstand, dass der Wagen vom Geschäftsführer der Kl. für Akqui-

se-Fahrten und damit gewerblich eingesetzt worden sei, führe zu keiner anderen Beurteilung; es handle sich weder um ein Taxi noch um ein Transportfahrzeug.

[4] Dass der Bekl. gemäß § 3 Nr. 1 S. 2 PflVG a.F. Schadensersatz in Geld zu leisten habe, stehe der Verteilung zur Zahlung des Neupreises Zug um Zug gegen Übereignung des Unfallfahrzeugs nicht entgegen. § 3 Nr. 1 S. 2 PflVG schränke lediglich den Anspruch auf Wiederherstellung des ursprünglichen Zustands durch den Schädiger gemäß § 249 I BGB, nicht hingegen den Anspruch auf Zahlung des hierfür erforderlichen Geldbetrages gemäß § 249 II BGB ein. Gegenstand der Klage sei aber allein ein Anspruch aus § 249 II BGB.

[5] Unerheblich sei auch, dass die Kl. bisher kein fabrikneues Ersatzfahrzeug gekauft habe. Die Schadensberechnung auf Neuwagenbasis sei nicht davon abhängig, dass der Geschädigte eine Wiederbeschaffung oder eine Wiederbeschaffungsabsicht nachgewiesen habe. Der Geschädigte sei vielmehr in seiner Disposition frei, wie er die zur Schadensbehebung erhaltenen Mittel verwende.

[6] Der Bekl. müsse der Kl. auch die Kosten für die außergerichtliche Einschaltung eines Anwalts aus einem Gegenstandswert in Höhe von 101.154,34 € erstatten.

II. Entscheidung des BGH in der Revision

[7] Diese Ausführungen halten einer revisionsrechtlichen Überprüfung nicht stand.

1. Anspruch besteht dem Grunde nach

[8] Die Revision wendet sich nicht gegen die Annahme des Berufungsgerichts, der Kl. stehe ein Anspruch gegen den Bekl. auf Ersatz des ihr bei dem Unfall entstandenen Schadens aus § 7 I StVG, § 2 I lit. b, § 6 I AuslPflVG, § 3 Nr. 1 PflVG in der hier anzuwendenden, bis zum 31.12.2007 geltenden Fassung zu. Diese Annahme des Berufungsgerichts lässt Rechtsfehler nicht erkennen.

2. Keine fiktive Abrechnung auf Neuwagenbasis

[9] Die Revision beanstandet aber mit Erfolg, dass das Berufungsgericht die Kl. für berechtigt gehalten hat, den ihr entstandenen Schaden auf Neuwagenbasis zu berechnen. Der Kl. steht jedenfalls derzeit kein über die bisherigen Zahlungen des Bekl. hinaus gehender Schadensersatzanspruch zu.

a. Bemessung der Höhe des Schadensersatzes gem. § 287 ZPO

[10] Allerdings ist die Bemessung der Höhe des Schadensersatzanspruchs in erster Linie Sache des nach § 287 ZPO besonders frei gestellten Tatrichters. Sie ist revisionsrechtlich nur daraufhin überprüfbar, ob der

Tatrichter Rechtsgrundsätze der Schadensbemessung verkannt, wesentliche Bemessungsfaktoren außer Betracht gelassen oder seiner Schätzung unrichtige Maßstäbe zugrunde gelegt hat (vgl. Senatsurteile BGHZ 92, 84, 86 f.; 102, 322, 330; 161, 151, 154; Urteil vom 09.12.2008 - VI ZR 173/07 - VersR 2009, 408, 409).

b. Verkennung der Grundsätze der Schadensbemessung d.d. Berufungsgericht

[11] Dies ist hier der Fall. Das Berufungsgericht hat Rechtsgrundsätze der Schadensbemessung verkannt. Seine Annahme, der Geschädigte könne auch dann die für die Anschaffung eines fabrikneuen Ersatzfahrzeugs erforderlichen Kosten verlangen, wenn er ein solches Fahrzeug nicht angeschafft habe, ist mit dem nach schadensrechtlichen Grundsätzen zu beachtenden Wirtschaftlichkeitsgebot und dem Bereicherungsverbot nicht zu vereinbaren.

aa. Ersatzfähigkeit der Kosten für die Beschaffung eines Neufahrzeugs

[12] Im Ausgangspunkt hat das Berufungsgericht allerdings zutreffend angenommen, dass sich der Eigentümer eines Neuwagens im Falle von dessen Beschädigung nicht immer mit der Erstattung der erforderlichen Reparaturkosten zuzüglich einer etwaigen Ausgleichszahlung für den merkantilen Minderwert begnügen muss, sondern unter Umständen berechtigt sein kann, Ersatz der in aller Regel höheren Kosten für die Beschaffung eines gleichwertigen Neufahrzeugs zu verlangen (vgl. Senatsurteile vom 04.03.1976 - VI ZR 14/75 - VersR 1976, 732, 733; vom 03.11.1981 - VI ZR 234/80 - VersR 1982, 163; vom 29.03.1983 - VI ZR 157/81 - VersR 1983, 658; vom 14.06.1983 - VI ZR 213/81 - VersR 1983, 758, 759; vom 25.10.1983 - VI ZR 281/81 - VersR 1984, 46).

(1) Grundsatz der Naturalrestitution gem. § 249 BGB

[13] Gemäß § 249 BGB hat der zum Schadensersatz Verpflichtete den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre. Ist wegen der Verletzung einer Person oder der Beschädigung einer Sache Schadensersatz zu leisten, so kann der Geschädigte gemäß § 249 II 1 BGB statt der Herstellung den dazu erforderlichen Geldbetrag verlangen. Für die Berechnung von Fahrzeugschäden stehen dem Geschädigten regelmäßig zwei Wege der Naturalrestitution zur Verfügung: Reparatur des Unfallfahrzeugs oder Anschaffung eines gleichwertigen Ersatzfahrzeugs. Zwischen diesen Wegen kann der Geschädigte grundsätzlich frei wählen. Denn nach dem gesetzlichen Bild des Schadensersatzes ist der Geschädigte Herr des Restitutionsgeschehens. Aufgrund der nach anerkannten schadensrechtlichen Grundsätzen bestehenden Dispositionsfreiheit

ist er grundsätzlich auch in der Verwendung der Mittel frei, die er vom Schädiger zum Schadensausgleich verlangen kann (vgl. Senat BGHZ 154, 395, 397 f. m.w.N.; 162, 161, 165, jeweils m.w.N.).

[14] Allerdings hat der Geschädigte auch das in § 249 II 1 BGB verankerte Wirtschaftlichkeitspostulat zu beachten. Dieses gebietet dem Geschädigten, den Schaden auf diejenige Weise zu beheben, die sich in seiner individuellen Lage als die wirtschaftlich vernünftigste darstellt, um sein Vermögen in Bezug auf den beschädigten Bestandteil in einen dem früheren gleichwertigen Zustand zu versetzen (vgl. Senat BGHZ 115, 375, 378 f.; 171, 287, 289 f., jeweils m.w.N.). Verursacht von mehreren zum Schadensausgleich führenden Möglichkeiten eine den geringeren Aufwand, so ist der Geschädigte grundsätzlich auf diese beschränkt. Nur der für diese Art der Schadensbehebung nötige Geldbetrag ist im Sinne des § 249 II 1 BGB zur Herstellung erforderlich. Darüber hinaus findet das Wahlrecht des Geschädigten seine Schranke an dem Verbot, sich durch Schadensersatz zu bereichern. Er soll zwar vollen Ersatz verlangen, aber an dem Schadensfall nicht verdienen (vgl. Senat BGHZ 154, 395, 398 f.; 162, 161, 164 f.; 163, 180, 184; 168, 43, 45; 169, 263, 266 ff.; 171, 287, 290).

(2) Keine isolierte Verwirklichung der Grundsätze des § 249 BGB

[15] Diese schadensrechtlichen Grundsätze lassen sich nicht isoliert verwirklichen. Sie stehen vielmehr zueinander in einer Wechselbeziehung. Dementsprechend darf in Verfolgung des Wirtschaftlichkeitspostulats das Integritätsinteresse des Geschädigten, das aufgrund der gesetzlich gebotenen Naturalrestitution Vorrang genießt, nicht verkürzt werden (vgl. Senat BGHZ 154, 395, 398 f.; 162, 161, 165 ff.; 163, 180, 184; 169, 263, 267). In Ausnahmefällen kann das Wirtschaftlichkeitsgebot eine Einschränkung erfahren und hinter einem besonderen Integritätsinteresse des Geschädigten an einer an sich unwirtschaftlichen Restitutionsmaßnahme zurücktreten. So steht dem Geschädigten nach der gefestigten Rechtsprechung des erkennenden Senats in Abweichung vom Wirtschaftlichkeitsgebot ausnahmsweise ein Anspruch auf Ersatz des den Wiederbeschaffungswert des beschädigten Fahrzeugs um bis zu 30 % übersteigenden Reparaturaufwands (Reparaturkosten zuzüglich einer etwaigen Entschädigung für den merkantilen Minderwert) zu, sofern der Geschädigte den Zustand seines Fahrzeugs wie vor dem Unfall wiederherstellt, um es nach der Reparatur weiter zu nutzen. Die Erstattung des im Vergleich zu den Ersatzbeschaffungskosten höheren Reparaturaufwands ist aufgrund des besonderen Integritätsinteresses des Geschädigten am Erhalt des ihm vertrauten Fahrzeugs ausnahmsweise gerechtfertigt (vgl. Senat BGHZ 115, 364, 370 f.; 162, 161, 166 ff.; Urteile vom 10.07.2007

- VI ZR 258/06 - VersR 2007, 1244, 1245; vom 13.11.2007 - VI ZR 89/07 - VersR 2008, 134; vom 27.11.2007 - VI ZR 56/07 - VersR 2008, 135, 136; vom 22.04.2008 - VI ZR 237/07 - VersR 2008, 937, 938 und vom 18.11.2008 - VI ZB 22/08 - VersR 2009, 128).

[16] Auch im umgekehrten Fall, in dem der Ersatzbeschaffungsaufwand den Reparaturaufwand übersteigt, kommt eine Einschränkung des Wirtschaftlichkeitsgebots unter bestimmten Voraussetzungen in Betracht. Wird ein fabrikneues Fahrzeug erheblich beschädigt mit der Folge, dass es trotz Durchführung einer fachgerechten Reparatur den Charakter der Neuwertigkeit verliert, kann der Geschädigte in den Grenzen des § 251 II BGB ausnahmsweise die im Vergleich zum Reparaturaufwand höheren Kosten für die Beschaffung eines Neuwagens beanspruchen (vgl. Senatsurteil vom 04.03.1976 - VI ZR 14/75 - aaO). Angesichts der schadensrechtlichen Bedeutung der Neuwertigkeit (vgl. Senatsurteil vom 29.03.1983 - VI ZR 157/81 - VersR 1983, 658) ist es dem Geschädigten in einer derartigen Situation grundsätzlich nicht zuzumuten, sich mit der Reparatur des erheblich beschädigten Fahrzeugs und der Zahlung eines den merkantilen Minderwert ausgleichenden Geldbetrags zu begnügen. Vielmehr rechtfertigt sein besonderes, vermögensrechtlich zu qualifizierendes Interesse am Eigentum und an der Nutzung eines Neufahrzeugs ausnahmsweise die Wahl der im Vergleich zur Reparatur teureren Restitutionsmaßnahme (vgl. Senatsurteil vom 04.03.1976 - VI ZR 14/75 - aaO, S. 733 f.). Denn nach der Verkehrsauffassung genießt ein in erheblichem Umfang repariertes Fahrzeug auch unter Berücksichtigung eines nach den üblichen Maßstäben bemessenen Ersatzes für den merkantilen Minderwert nicht dieselbe Wertschätzung wie ein völlig neuwertiges unfallfreies Fahrzeug (vgl. Senatsurteil vom 04.03.1976 - VI ZR 14/75 - aaO S. 734; Senatsurteil vom 03.11.1981 - VI ZR 234/80 - VersR 1982, 163).

(3) Fahrzeug war zum Unfallzeitpunkt neuwertig

[17] Die Annahme des Berufungsgerichts, der PKW der Kl., sei im Unfallzeitpunkt neuwertig gewesen und durch den Unfall erheblich beschädigt worden, ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Sie hält sich im Rahmen des dem Tatrichter nach § 287 ZPO zustehenden Ermessens.

(a) Anforderungen an fabrikneue Fahrzeuge

[18] Der erkennende Senat hat es bereits im Urteil vom 29.03.1983 (VI ZR 157/81 - VersR 1983, 658) als Faustregel gebilligt, Fahrzeuge mit einer Fahrleistung von nicht mehr als 1000 km im Regelfall als fabrikneu anzusehen. Hieran hält der Senat fest. Im Streitfall hatte das Unfallfahrzeug nach den nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts

nicht mehr als 607 km zurückgelegt; es war erst am Tag vor dem Unfall zugelassen worden.

(b) Anforderungen an erhebliche Beschädigungen der Fahrzeuge

[19] Auch die Annahme des Berufungsgerichts, der PKW der Kl. sei beim Unfall erheblich beschädigt worden, hält sich im Rahmen eines möglichen tatrichterlichen Ermessens. Das Berufungsgericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass die Erheblichkeit einer Beschädigung nicht in erster Linie anhand der Schwere des eingetretenen Unfallschadens, sondern anhand des Zustands zu beurteilen ist, in dem sich das Fahrzeug nach einer fachgerechten Reparatur befinden würde. Danach ist eine erhebliche Beschädigung zu verneinen, wenn der Unfall lediglich Fahrzeugteile betroffen hat, die im Rahmen einer fachgerecht durchgeführten Reparatur spurlos ausgewechselt werden können, und die Funktionstüchtigkeit und die Sicherheitseigenschaften des Fahrzeugs, insbesondere die Karosseriesteifigkeit und das Deformationsverhalten nicht beeinträchtigt sind (wie beispielsweise bei der Beschädigung von Anbauteilen wie Türen, Scheiben, Stoßstangen, etc.). Denn dann wird der frühere Zustand durch die Reparatur voll wieder hergestellt (vgl. Senatsurteil vom 04.03.1976 - VI ZR 14/75 - aaO, S. 733). Dies bedeutet allerdings nicht, dass jede Beschädigung an einem nicht abschraubbaren Teil - z.B. Kratzer an der Karosserie - notwendigerweise zu einer Schadensbeseitigung auf Neuwagenbasis führen würde. Der Tatrichter hat bei der Ausübung seines Schätzungsermessens zu berücksichtigen, dass sich derartige Beschädigungen mit Hilfe der heutigen Reparatur- und Lackiertechnik häufig in einer Weise beseitigen lassen, die den schadensrechtlichen Charakter der Neuwertigkeit des Fahrzeugs uneingeschränkt wiederherstellt (vgl. OLG Hamm, NZV 2001, 478, 479; OLG Düsseldorf, SP 2004, 158, 160).

[20] Eine erhebliche Beschädigung wird in aller Regel dann anzunehmen sein, wenn beim Unfall tragende oder sicherheitsrelevante Teile, insbesondere das Fahrzeugchassis, beschädigt wurden und die fachgerechte Instandsetzung nicht völlig unerhebliche Richt- oder Schweißarbeiten am Fahrzeug erfordert. Denn durch derartige Arbeiten wird in erheblicher Weise in das Gefüge des Fahrzeugs eingegriffen. Indizielle Bedeutung für die Erheblichkeit der Beschädigung kann in der erforderlichen Gesamtbetrachtung auch einem hohen merkantilen Minderwert zukommen (vgl. OLG Karlsruhe, OLGR 1999, 267; Eggert, DAR 1997, 129, 132; Burmann, ZfS 2000, 329). Dagegen ist bei Fahrzeugen mit einer Laufleistung von nicht mehr als 1000 km nicht erforderlich, dass nach Durchführung der Instandsetzungsarbeiten noch erhebliche Schönheitsfehler verbleiben, Garantieansprüche gefährdet sind oder ein Unsicherheitsfaktor gegeben ist (vgl. Senats-

urteil vom 04.03.1976 - VI ZR 14/75 - aaO). Ebenso wenig kommt es darauf an, ob die Unfallschäden bei einem späteren Verkauf ungefragt offenbart werden müssen oder einen Sachmangel im Sinne des § 434 I 2 Nr. 2 BGB begründen (vgl. Senatsurteil vom 25.10.1983 - VI ZR 282/81 - VersR 1984, 46). Denn die Grenze für nicht mitteilungspflichtige und damit keinen Mangel begründende "Bagatellschäden" ist bei Personenkraftwagen sehr eng zu ziehen. Als "Bagatellschäden" sind bei Personenkraftwagen nur ganz geringfügige, äußere (Lack-)Schäden anzuerkennen, nicht dagegen andere (Blech-)Schäden, auch wenn sie keine weitergehenden Folgen hatten und der Reparaturaufwand nur gering war (vgl. BGH, Urteil vom 10.10.2007 - VIII ZR 330/06 - VersR 2008, 359, 361 m.w.N.).

(c) Erhebliche Beschädigung eines fabrikneuen Fahrzeugs liegt vor

[21] Nach den von der Revision nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts ist die gesamte linke Seite des Fahrzeugs der Kl. bei dem Verkehrsunfall in Mitleidenschaft gezogen worden. Eine Reparatur erfordert Richtarbeiten an der A-Säule des Fahrzeugs - einem tragenden, für die Stabilität des Fahrzeugs bedeutsamen Teil - mit einer Dauer von mindestens 30 Minuten. Der durch den Unfall eingetretene merkantile Minderwert beläuft sich auf 3.500 €. Bei dieser Sachlage ist es revisionsrechtlich nicht zu beanstanden, dass das Berufungsgericht die Beschädigung des völlig neuwertigen Fahrzeugs der Kl. als erheblich gewertet hat.

(4) Keine abweichende Beurteilung bei gewerblich genutzten Fahrzeugen

[22] Es begegnet auch keinen revisionsrechtlichen Bedenken, dass das Berufungsgericht einen Anspruch der Kl. auf Ersatz der für die Beschaffung eines Neufahrzeugs erforderlichen Kosten nicht daran scheitern lassen, dass das Unfallfahrzeug von der Kl. gewerblich genutzt wurde. Nach den von der Revision nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts setzte der "Geschäftsführer" der Kl. den Wagen für Akquisitionsfahrten ein. Dies bedeutet, dass die Kl. mit dem Fahrzeug nach außen in Erscheinung trat; das Fahrzeug diente zumindest auch Repräsentationszwecken. Jedenfalls ein zu solchen Zwecken erworben und genutzter Neuwagen genießt nach der Verkehrsauffassung keine andere Wertschätzung als ein neuer PKW in den Händen eines Privateigentümers. Auch dem Eigentümer eines solchen Fahrzeugs ist es grundsätzlich nicht zuzumuten, sich mit der Reparatur des erheblich beschädigten Fahrzeugs und der Zahlung eines den merkantilen Minderwert ausgleichenden Geldbetrages zu begnügen.

bb. Keine fiktive Abrechnung auf Neuwagenbasis zulässig

[23] Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts kann der Geschädigte, dessen neuer PKW erheblich beschädigt worden ist, den ihm entstandenen Schaden aber nur dann auf Neuwagenbasis abrechnen, wenn er ein gleichwertiges Ersatzfahrzeug erworben hat.

(1) Abrechnungsmodalitäten sind streitig

[24] Allerdings ist die Frage, ob der Anspruch des Geschädigten auf Erstattung der für die Beschaffung eines Neufahrzeugs erforderlichen Kosten eine derartige Restitutionsmaßnahme des Geschädigten voraussetzt, in der Rechtsprechung der Instanzgerichte und in der Literatur umstritten. Eine Auffassung hält den Kauf eines Ersatzfahrzeugs nicht für erforderlich. Sie billigt dem Geschädigten einen Anspruch auf Ersatz fiktiver Neuanschaffungskosten zu. Denn der innere Grund der Neupreisschädigung liege darin, dass in Fällen der nachhaltigen Beschädigung eines Neuwagens nur der Neuerwerb alle vermögenswerten Nachteile auszugleichen geeignet sei. Wie der Geschädigte dann mit der Ersatzleistung verfare, sei nach der Konzeption des § 249 II 1 BGB allein ihm überlassen (vgl. KG, VersR 1981, 553; NJW-RR 1987, 16, 17; VerkMittl 1994, 93; OLG Karlsruhe, DAR 1982, 230; OLG Zweibrücken, SP 2004, 160, 161; LG Mönchengladbach, NJW-RR 2006, 244, 245; Schubert in Bamberger/Roth, BeckOK BGB, Stand 01.02.2007, § 249 Rn. 202; Knerr in Geigel/Schlegelmilch, Der Haftpflichtprozess, 25. Aufl., Kap. 3 Rn. 20).

[25] Nach anderer Auffassung steht dem Geschädigten nur dann ein Anspruch auf Ersatz der Neuanschaffungskosten zu, wenn er sich tatsächlich ein fabrikneues Ersatzfahrzeug gekauft hat. Sie begründet dies damit, dass es sich bei der Anerkennung der Neuwagenentschädigung der Sache nach um eine einem besonderen Integritätsinteresse des Geschädigten Rechnung tragende Ausnahme vom Wirtschaftlichkeitspostulat handle, die nur gerechtfertigt sei, wenn der Geschädigte sein besonderes Interesse in die Tat umsetze (vgl. OLG Nürnberg, ZfS 1991, 45; LG Waldshut-Tiengen, NJW-RR 2002, 1243, 1244 f.; Eggert DAR 1997, 129, 136; Huber, Festschrift für Eggert 2008, 113, 129 f.; Wussow/Karczewski, Unfallhaftpflichtrecht, 15. Aufl., Kap. 41 Rn. 17; Nothoff; NZV 2003, 509, 510 f.; Burmann, ZfS 2000, 329; Schiemann in Schiemann/Lange, Schadensersatz, 3. Aufl., § 6 XIV 5 e; Pamer, Der Fahrzeugschaden, Rn. 43; Sanden/Völtz, Sachschadenrecht des Kraftverkehrs, 7. Aufl., Rn. 86; Palandt/Heinrichs, BGB, 68. Aufl., § 249 Rn. 22; Küppers, NJW 1976, 1886; Jahnke in Jagow/Burmann/Heß, Straßenverkehrsrecht, 20. Aufl., § 251 Rn. 4; Lemcke in van Bühren, Anwalts-Handbuch Verkehrsrecht, 2003, Teil 3, Rn. 189).

(2) Rechtsauffassung des erkennenden Senats

[26] Der Senat schließt sich der letztgenannten Auffassung an. Wie unter b) aa) (2) ausgeführt beruht die Zubilligung einer Neupreisschädigung auf einer Einschränkung des aus dem Erforderlichkeitsgrundsatz hergeleiteten Wirtschaftlichkeitsgebots. Ausschlaggebender Gesichtspunkt für die Erstattung der im Vergleich zum Reparaturaufwand höheren und damit an sich unwirtschaftlichen Ersatzbeschaffungskosten ist das besondere Interesse des Geschädigten am Eigentum und an der Nutzung eines Neufahrzeugs. Die mit dem erhöhten Schadensausgleich einhergehende Anhebung der "Opfergrenze" des Schädigers ist allein zum Schutz dieses besonderen Interesses des Geschädigten gerechtfertigt. Dies gilt aber nur dann, wenn der Geschädigte im konkreten Einzelfall tatsächlich ein solches Interesse hat und dieses durch den Kauf eines Neufahrzeugs nachweist. Nur dann ist die Zuerkennung einer den Reparaturaufwand übersteigenden und damit an sich unwirtschaftlichen Neupreisschädigung mit dem Wirtschaftlichkeitsgebot und dem Bereicherungsverbot zu vereinbaren (vgl. für den umgekehrten Fall Senatsurteile vom 10.07.2007 - VI ZR 258/06 - aaO und vom 27.11.2007 - VI ZR 56/07 - aaO). Insoweit kann nichts anderes gelten als im umgekehrten Fall, in dem der Reparaturaufwand den Wiederbeschaffungswert des beschädigten Fahrzeugs um bis zu 30 % übersteigt. Verzichtet der Geschädigte dagegen auf den Kauf eines Neufahrzeugs, fehlt es an dem inneren Grund für die Gewährung einer Neupreisschädigung. Ein erhöhter Schadensausgleich wäre verfehlt. Er hätte eine ungerechtfertigte Aufblähung der Ersatzleistung zur Folge und führte zu einer vom Zweck des Schadensausgleichs nicht mehr gedeckten Belastung des Schädigers (vgl. Senatsurteil vom 10. 07.2007 - VI ZR 258/06 - aaO).

(3) (Derzeit) Kein Anspruch in Höhe der Neupreisschädigung

[27] Da sich die Kl. nach den nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts bisher kein fabrikneues Ersatzfahrzeug gekauft hat, fehlt es jedenfalls derzeit (vgl. zur nachträglichen Geltendmachung höherer Kosten nach Bekundung eines weitergehenden Integritätsinteresses durch den Geschädigten: BGHZ 169, 263) an einer Anspruchsvoraussetzung für die geltend gemachte Neupreisschädigung.

3. Kein Anspruch auf Ersatz der Anwaltskosten

[28] Da der Kl. derzeit kein Anspruch auf Ersatz der für die Beschaffung eines Neufahrzeugs erforderlichen Kosten zusteht, kann sie auch nicht den Ersatz weitergehender Anwaltskosten verlangen.

4. Entscheidung des Senats gem. § 569 III ZPO

[29] Der Senat kann gemäß § 563 III ZPO selbst ab-

schließlich entscheiden, weil weitere Feststellungen nicht erforderlich sind.

5. Nebenentscheidung

[30] Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 91 I, 97 I ZPO.

Standort: ZPO I

Problem: Urkundenprozess über Miete trotz Mängleinwand

BGH, URTEIL VOM 08.07.2009
VIII ZR 200/08; VIII ZR 266/08
(BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Die Kl. fordert im Urkundenprozess unter Vorlage des Mietvertrages rückständige Miete nebst Zinsen. Die Bekl. sind der Ansicht, die Klage sei im Urkundenprozess unstatthaft, weil der Anspruch der Kl. auf Mietzahlung durch Minderung wegen verschiedener Mängel der Mietsache, die teilweise bereits bei Einzug der Bekl. vorgelegen hätten, erloschen sei. Außerdem erheben sie die Einrede des nicht erfüllten Vertrages.

Das Amtsgericht hat der Klage unter Vorbehalt der Rechte im Nachverfahren teilweise stattgegeben und die Klage im Übrigen abgewiesen. Auf die Berufung der Bekl. hat das Landgericht das Vorbehaltsurteil abgeändert und die Klage als im Urkundenprozess unstatthaft abgewiesen. Mit ihrer vom Berufungsgericht zugelassenen Revision erstrebt die Kl. die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils. Die Revision hat Erfolg.

Prüfungsrelevanz:

Die vorliegende Entscheidung ist insbesondere für die Vorbereitung zum zweiten Staatsexamen von Bedeutung. Die Fragestellung der Statthaftigkeit des Urkundenprozesses gem. §§ 592 ff. ZPO ist in Examensklausuren regelmäßig Klausurgegenstand.

Das Urkundenverfahren gem. §§ 592 ff. ZPO ist eine besondere Verfahrensart, die dem Kl. schnell einen vorläufig vollstreckbaren Titel (§ 708 Nr. 4 ZPO) verschaffen soll. Die anspruchsbegründenden Voraussetzungen müssen durch Vorlage von Urkunden (d.h. mindestens eine Urkunde, die sog. Grundurkunde) dargelegt werden, sofern sie beweisbedürftig sind (§ 597 II 1. Hs. ZPO). Welche die anspruchsbegründenden Voraussetzungen sind, richtet sich nach der anzuwendenden materiellrechtlichen Norm. Die Urkunde muss nicht selbst Träger des geltend gemachten Rechts sein. Es genügt, dass die Urkunde die Tatsache nach den Grundsätzen allgemeiner Auslegung (BGH, NJW 1995, 1683) oder auch unter Einbeziehung von Umständen (BGH, NJW 2002, 2872) indiziell enthält. Um die Beschleunigung zu gewährleisten, stehen dem Kl. gleich wie dem Bekl. nur bestimmte Beweismittel zur Verfügung, § 595 II, III ZPO. Auch ist eine Widerklage im Rahmen des Urkundenprozesses nicht statt-

haft, § 595 I ZPO. Kann der Beweis nicht mit Urkunden geführt werden, wird die Klage als in der gewählten Prozessart unstatthaft - und nicht als unbegründet - abgewiesen. Im Urteil ist bei Widerspruch des Bekl. das sog. Nachverfahren i.S.v. § 600 ZPO vorzubehalten. In diesem Nachverfahren kann der Bekl. seine bereits erhobenen und auch neue Einwendungen mittels von § 595 ZPO abweichenden Beweismitteln darlegen und beweisen.

In der hier vorliegenden Entscheidung präzisiert der erkennende Senat seine Rechtsprechung zur Einklagbarkeit von Mietzinsen im Urkundenprozess (vgl. dazu bereits BGH, RA 2007, 145). Die bis dato stets offen gelassene Frage, ob die Klage im Urkundenprozess auch dann statthaft ist, wenn der Mieter die Einrede des nicht erfüllten Vertrages darauf stützt, er habe die Sache überhaupt nicht erhalten oder - wie hier - sie sei von Anfang an mit Mängeln behaftet gewesen wird, nunmehr geklärt. Die Klage des Vermieters im Urkundenprozess ist statthaft, wenn entweder unstreitig ist, dass der Mieter die Mietsache als Erfüllung angenommen hat, oder wenn der Vermieter ein solches Verhalten des Mieters durch Urkunden - etwa ein Übergabeprotokoll oder Kontoauszüge, aus denen sich ergibt, dass der Mieter zunächst die ungeminderte Miete gezahlt hat - beweisen kann. Zwar muss nach allgemeinen Beweislastgrundsätzen der Vermieter beweisen, dass er seine vertragliche Pflicht, dem Mieter die Mietsache in vertragsgemäßem Zustand zu überlassen, erfüllt hat. Demgegenüber trägt nach Überlassung der Mietsache gemäß § 363 BGB grundsätzlich der Mieter die Beweislast dafür, dass die Mietsache zum Zeitpunkt der Übergabe mangelhaft war, wenn er die ihm überlassene Sache als Erfüllung angenommen hat (BGH, Urteil vom 15.11.2006 - XII ZR 120/04, NJW 2007, 2394, Tz. 23 f. m.w.N.; Senatsurteil vom 13.02.1985 - VIII ZR 154/84, NJW 1985, 2328, unter II 2 b). Die Vorschrift des § 363 BGB führt demnach zu einer Beweislastumkehr (Palandt-Grüneberg, BGB, § 363 Rn 3). Ihr liegt zugrunde, dass demjenigen, der eine Leistung als Erfüllung annimmt, die Beweislast obliegt, wenn er die Leistung später nicht mehr als die geschuldete gelten lassen will (Flatow, DWW 2008, 88, 91).

Vertiefungshinweise:

□ Zum Urkundenprozess in Mietsachen: BGH, RA 2007, 145 = NJW 2007, 1061; BGH, NJW 2005, 2701; Blank, NZM 2007, 156; Both, NZM 2007, 156

□ Zum Urkundenprozess allgemein: *OLG Düsseldorf*, RA 2009, 379 = *NJOZ* 2009, 182 (kein Werklohn im Urkundenprozess bei Mangelvorbehalt in Abnahme); *BGH*, RA 2002, 218 = *NJW* 2002, 751 (Widerklage im Urkundenprozess); *BGH*, *NJW* 2000, 143 (Abstandnahme vom Urkundenprozess)

Kursprogramm:

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

Leitsatz:

Eine Klage auf Zahlung von Miete aus einem Wohnraummietvertrag ist auch dann im Urkundenprozess statthaft, wenn der Mieter, der wegen behaupteter anfänglicher Mängel der Mietsache Minderung geltend macht oder die Einrede des nicht erfüllten Vertrages erhebt, die ihm vom Vermieter zum Gebrauch überlassene Wohnung als Erfüllung angenommen hat, ohne die später behaupteten Mängel zu rügen, sofern dies unstrittig ist oder vom Vermieter durch Urkunden bewiesen werden kann (im Anschluss an Senatsurteile vom 01.06.2005 - VIII ZR 216/04, *NJW* 2005, 2701, und vom 20.12.2006 - VIII ZR 112/06, *NJW* 2007, 1061).

Sachverhalt:

[1] Die Bekl. sind seit Mai 2004 Mieter einer Wohnung der Kl. in D. . Nach dem Mietvertrag beträgt die monatliche Nettomiete 453,24 i zuzüglich einer Betriebskostenvorauszahlung in Höhe von 100 i . Die Bekl. zahlten von April bis Juni 2006 monatlich jeweils 128,14 i , für die Monate Juli bis Oktober 2006 sowie für den Zeitraum April bis Dezember 2007 zahlten sie nichts.

[2] Die Kl. fordert im Urkundenprozess unter Vorlage des Mietvertrages für den Zeitraum von April bis Oktober 2006 3.488,26 i rückständige Miete nebst Zinsen und für den Zeitraum April bis Dezember 2007 85 % der Miete in Höhe von 4.323,25 i nebst Zinsen. Die Bekl. sind der Ansicht, die Klage sei im Urkundenprozess unstatthaft, weil der Anspruch der Kl. auf Mietzahlung durch Minderung wegen verschiedener Mängel der Mietsache, die teilweise bereits bei Einzug der Bekl. vorgelegen hätten, erloschen sei. Außerdem erheben sie die Einrede des nicht erfüllten Vertrages.

[3] Das Amtsgericht hat die Bekl. unter Vorbehalt ihrer Rechte im Nachverfahren hinsichtlich der Klage auf Zahlung von 3.488,26 i antragsgemäß und hinsichtlich der Klage auf Zahlung von 4.323,25 i in Höhe von 3.615,16 i nebst Zinsen unter Klageabweisung im Übrigen verurteilt. Auf die Berufungen der Bekl. hat das Landgericht die Vorbehaltsurteile abge-

ändert und die Klagen als im Urkundenprozess unstatthaft abgewiesen. Mit ihren vom Berufungsgericht zugelassenen Revisionen erstrebt die Kl. die Wiederherstellung der erstinstanzlichen Urteile. Der Senat hat die beiden Revisionsverfahren zur gemeinsamen Entscheidung miteinander verbunden.

Aus den Gründen:

[4] Die Revisionen haben Erfolg.

I. Entscheidung und Begründung des Berufungsgerichts

[5] Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidungen im Wesentlichen ausgeführt:

[6] Die Klage sei im Urkundenprozess gemäß § 592 ZPO nicht statthaft. Denn die Kl. habe keinen im Urkundenverfahren zulässigen Beweis für die Mängelfreiheit der Mietsache bei Übergabe angetreten.

[7] Zwar könnten grundsätzlich Ansprüche auf Miete auch dann im Urkundenprozess geltend gemacht werden, wenn der Mieter sich mit behaupteten Mängeln verteidige und die Einrede des nicht erfüllten Vertrages gemäß § 320 BGB erhebe, sofern der Mieter die Wohnung unstrittig in vertragsgemäßem Zustand erhalten habe und der Mangel erst nachträglich eingetreten sei. Vorliegend hätten die Bekl. jedoch - neben nachträglich eingetretenen Mängeln - im Rahmen der Einrede des nicht erfüllten Vertrages geltend gemacht, die Elektroinstallation der Wohnung habe bei ihrem Einzug nicht den vertraglichen Absprachen und dem vertragsgemäßen Zustand entsprochen, weil die Strominstallation veraltet und damit mangelhaft gewesen sei. Insoweit treffe die Kl. die Darlegungs- und Beweislast, dass die Mietsache mangelfrei übergeben worden sei oder der behauptete Mangel im streitgegenständlichen Zeitraum bereits behoben worden sei.

II. Entscheidung des BGH in der Revision

[8] Diese Beurteilung hält der revisionsrechtlichen Nachprüfung nicht stand. Mit der gegebenen Begründung kann die Statthaftigkeit einer Klage auf Zahlung rückständiger Miete im Urkundenprozess gemäß § 592 ZPO nicht verneint werden. Das Berufungsgericht geht zu Unrecht davon aus, die mangelfreie Übergabe der Mietsache sei als anspruchsbegründende Tatsache von der Kl. durch Urkunden zu beweisen.

I. Bisherige Rechtsprechung zur Statthaftigkeit des Urkundenprozesses trotz Mängleinwands

[9] Wie auch das Berufungsgericht nicht verkennt, steht der Statthaftigkeit des Urkundenprozesses nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nicht entgegen, dass der bekl. Mieter wegen behaupteter Mängel der Mietsache Minderung geltend macht (Senatsurteil vom 01.06.2005 - VIII ZR 216/04, *NJW* 2005, 2701, unter II 2 b; *BGH*, Beschluss vom 10.03.1999 -

XII ZR 321/97, NJW 1999, 1408, unter II) oder dass der Mieter die Einrede des nicht erfüllten Vertrags gemäß § 320 BGB darauf stützt, ein Mangel sei nachträglich eingetreten, sofern der Mieter die Wohnung unstreitig in vertragsgemäßem Zustand erhalten hat (Senatsurteil vom 20.12.2006 - VIII ZR 112/06, NJW 2007, 1061, Tz. 9 ff.). Offengelassen hat der Senat dabei, ob dies auch dann gelte, wenn der Mieter die Einrede des nicht erfüllten Vertrages darauf stützt, er habe die Sache überhaupt nicht erhalten oder - wie hier - sie sei von Anfang an mit Mängeln behaftet gewesen (Senat, aaO, Tz. 12).

2. Erweiterung der Rechtsprechung anlässlich dieser Entscheidung

[10] Der Senat entscheidet diese Frage nunmehr dahin, dass die Klage auch dann gemäß § 592 ZPO im Urkundenprozess statthaft ist, wenn der Mieter, der wegen behaupteter anfänglicher Mängel der Mietsache Minderung geltend macht oder die Einrede des nicht erfüllten Vertrages erhebt, die ihm vom Vermieter zum Gebrauch überlassene Wohnung als Erfüllung angenommen hat, ohne die später behaupteten Mängel zu rügen.

[11] Zwar muss nach allgemeinen Beweislastgrundsätzen der Vermieter beweisen, dass er seine vertragliche Pflicht, dem Mieter die Mietsache in vertragsgemäßem Zustand zu überlassen, erfüllt hat. Demgegenüber trägt nach Überlassung der Mietsache gemäß § 363 BGB grundsätzlich der Mieter die Beweislast dafür, dass die Mietsache zum Zeitpunkt der Übergabe man-

gelhaft war, wenn er die ihm überlassene Sache als Erfüllung angenommen hat (BGH, Urteil vom 15.11.2006 - XII ZR 120/04, NJW 2007, 2394, Tz. 23 f. m.w.N.; Senatsurteil vom 13. Februar 1985 - VIII ZR 154/84, NJW 1985, 2328, unter II 2 b). Die Vorschrift des § 363 BGB führt zu einer Beweislastumkehr (Palandt/Grüneberg, BGB, 68. Aufl., § 363 Rdnr. 3). Ihr liegt zugrunde, dass demjenigen, der eine Leistung als Erfüllung annimmt, die Beweislast obliegt, wenn er die Leistung später nicht mehr als die geschuldete gelten lassen will (Flatow, DWW 2008, 88, 91).

[12] Demzufolge ist die Klage des Vermieters im Urkundenprozess statthaft, wenn entweder unstreitig ist, dass der Mieter die Mietsache als Erfüllung angenommen hat, oder wenn der Vermieter ein solches Verhalten des Mieters durch Urkunden - etwa ein Übergabeprotokoll oder Kontoauszüge, aus denen sich ergibt, dass der Mieter zunächst die ungeminderte Miete gezahlt hat - beweisen kann. Dazu hat das Berufungsgericht keine Feststellungen getroffen.

III. Aufhebung des Urteils und Rückverweisung an das Berufungsgericht, §§ 563, 562 ZPO

[13] Nach alledem können die Urteile des Berufungsgerichts keinen Bestand haben; sie sind daher aufzuheben (§ 562 I ZPO). Der Rechtsstreit ist nicht zur Endentscheidung reif, weil es, wie vorstehend ausgeführt, weiterer Feststellungen bedarf. Die Sache ist daher an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 I 1 ZPO).

*Strafrecht***Standort: § 13 I StGB****Problem: Garantenstellung des Arbeitgebers**

BGH, URTEIL VOM 25. JUNI 2009
4 STR 610/08 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Die Angeklagten M und T waren für ein Sondermüllzwischenlager verantwortlich, in dem u.a. alte Spraydosen und Feuerzeuge gesammelt wurden. Diese wurden dann zur Entsorgung an eine Spezialfirma ausgeliefert, deren Geschäftsführer der Angeklagte S war. Entgegen den Anforderungen der entsprechenden Vorschriften über den Umgang mit gefährlichen Gütern (inbs. GGBefG, GGVSE, GGAV, TR Abfälle 002) wurden die Fässer, die von dem Sondermülllager an die Entsorgungsfirma geliefert wurden, nicht nur gleichzeitig mit Spraydosen und Feuerzeugen beladen, sondern zudem nicht mit feuerresistentem Dämmmaterial (sog. inertem Füllstoff) aufgefüllt. Dies war auch dem S bekannt. Als einer der Mitarbeiter des S einen Aufkleber von einem solchen Fass abzog, kam es zu einem Zündfunken, das Fass explodierte und der Mitarbeiter verstarb.

Das Landgericht Saarbrücken hatte die Angeklagten vom Vorwurf der fahrlässigen Tötung, § 222 StGB, freigesprochen, da die Sorgfaltspflichtverletzung der Angeklagten nur darin bestehe, dass diese die Fässer sowohl mit Spraydosen als auch mit Feuerzeugen hatten beladen lassen und der Erfolg auch bei pflichtgemäßem Verhalten der Angeklagten eingetreten wäre. Der BGH hob diesen Freispruch auf die Revision der Nebenkläger hin auf.

Prüfungsrelevanz:

Fahrlässigkeits- und Unterlassungsdelikte sind beide immer wieder Gegenstand von Examensaufgaben in beiden Examen. Wenn auch die im vorliegenden Fall zu beachtenden Sorgfaltsnormen sehr speziell sind, so sind doch die allgemeinen Ausführungen des BGH zum Pflichtwidrigkeitszusammenhang und zur Garantenstellung des Arbeitgebers aus dem Arbeitsvertrag sehr interessant und bieten sich als Grundlage vergleichbarer Fallgestaltungen in Klausuren oder Prüfungsgesprächen geradezu an.

Eine Strafbarkeit wegen fahrlässiger Tötung, § 222 StGB, setzt voraus, dass der Täter den Tod des Opfers "durch Fahrlässigkeit" verursacht. Vergleichbare Formulierungen finden sich bei allen anderen Fahrlässig-

keitsdelikten. Das bedeutet, dass gerade die Sorgfaltspflichtverletzung des Täters die Ursache des tatbestandlichen Erfolges darstellen muss. Hieran fehlt es, wenn der Erfolg auch bei pflichtgemäßem Verhalten des Täters eingetreten wäre (sog. Pflichtwidrigkeitszusammenhang oder pflichtgemäßes Alternativverhalten, vgl. BGHSt 11, 1; 33, 61; Joecks, § 222 Rn 20; Schönke/Schröder-Cramer/Sternberg-Lieben, § 15 Rn 129, 173). Das heißt, eine Strafbarkeit wegen eines Fahrlässigkeitsdelikts setzt stets voraus, dass die hypothetische Frage "Was wäre geschehen, wenn der Täter sich in der konkreten Situation pflichtgemäß verhalten hätte?" zu der Antwort führt, dass der Erfolg vermieden worden wäre (BGH, VRS 4, 32; Schönke/Schröder-Cramer/Sternberg-Lieben, § 15 Rn 175). Ist unklar, ob durch ein pflichtgemäßes Verhalten des Täters der Erfolg hätte vermieden werden können, so lehnt die herrschende Meinung den Pflichtwidrigkeitszusammenhang (und damit eine Strafbarkeit) nach dem Grundsatz "in dubio pro reo" ab (BGHSt 11, 1; BGH, NStZ 2004, 151; Schönke/Schröder-Cramer/Sternberg-Lieben, § 15 Rn 177 f.), während die sog. Risikoerhöhungslehre es hier für die Strafbarkeit ausreichen lässt, dass der Täter durch seine Sorgfaltspflichtverletzung das Risiko des Erfolgseintritts erhöht hat (Lackner/Kühl, § 15 Rn 44; Roxin, ZStW 1962, 411; Otto, JuS 1974, 702).

Das LG hatte im vorliegenden Fall die Sorgfaltspflichtverletzung der Angeklagten lediglich darin gesehen, dass diese es veranlasst oder geduldet hatten, dass in den transportierten Fässern Spraydosen und Feuerzeuge zusammen verpackt wurden. Deshalb hatte es den Pflichtwidrigkeitszusammenhang auch verneint, da feststand, dass es auch dann zu der Explosion hätte kommen können, wenn nur Spraydosen transportiert worden wären. Der BGH führt jedoch aus, dass eine weitere Sorgfaltspflichtverletzung der Angeklagten darin bestand, dass diese nicht dafür gesorgt hatten, dass die Fässer mit inertem Füllstoff gefüllt waren, was die Explosion verhindert hätte.

Hinsichtlich des Angeklagten S, der ja die Fässer nicht selbst verschickt, sondern es als deren Empfänger lediglich unterlassen hatte, darauf hinzuwirken, dass die Fässer mit inertem Füllstoff gefüllt waren, kam nur eine Strafbarkeit wegen fahrlässiger Tötung durch Unterlassen, §§ 222, 13 I StGB, in Betracht. Eine Strafbarkeit wegen eines unechten Unterlassungsdelikts

setzt jedoch gem. § 13 I StGB voraus, dass der Täter "rechtlich dafür einzustehen hat, dass der Erfolg nicht eintritt" (sog. Garantenstellung). Insofern wird üblicherweise zwischen Beschützer- und Überwachergaranten unterschieden, wobei der Beschützergarant dazu verpflichtet ist, ein bestimmtes Rechtsgut vor Schaden zu bewahren, der Überwachergarant hingegen die Verantwortung für eine bestimmte Gefahrenquelle trägt (Fischer, § 13 Rn 9). Insofern ist anerkannt, dass sich Garantenstellungen auch aus Vertrag ergeben können, wobei insofern jedoch verlangt wird, dass entweder die Leistung von Schutz und Beistand ein zentrales Element des Vertrages darstellt (z.B. beim ärztlichen Behandlungsvertrag, BGHSt 32, 367; 40, 257; Fischer, § 13 Rn 20; Joecks, § 13 Rn 28) oder der Garant besonderes Vertrauen in Anspruch genommen hat (BGHSt 46, 196; BGH, NJW 2000, 3013; Fischer, § 13 Rn 21). Im vorliegenden Fall war der Angeklagte S Geschäftsführer der GmbH, die Arbeitgeberin des Opfers war. Der BGH hat deshalb die Schutz- und Fürsorgepflicht des Arbeitgebers gem. § 618 BGB herangezogen, um eine (Beschützer-) Garantenstellung der Arbeitgeberin gegenüber ihrem Arbeitnehmer zu konstruieren, die dann gem. § 14 I Nr. 1 StGB auch deren Geschäftsführer S trifft.

Vertiefungshinweise:

- Zum Pflichtwidrigkeitszusammenhang: *BGHSt* 11, 1; *BGH*, *NStZ* 2004, 151; *Kretschmer*, *JURA* 2000, 267
- Zur Garantenstellung aus Vertrag: *BGHSt* 32, 367; 40, 257; 46, 196; *BGH*, *NJW* 2000, 3013; *Schlösser*, *wistra* 2006, 446

Kursprogramm:

- Examenskurs: "Radfahrer"
- Examenskurs: "Kollision am Morgen..."

Leitsatz (der Redaktion):

Bei der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers gemäß §§ 618 Abs. 1 BGB, 14 Abs. 1 Nr. 1 StGB handelt es sich um eine Garantenpflicht im Sinne des § 13 StGB.

Sachverhalt:

[3] Der Angeklagte M war Technischer Leiter, der Angeklagte T Betriebsmeister der Schadstoffsammelstelle und des Sondermüllzwischenlagers der Entsorgungsgesellschaft mbH (im Folgenden: MEG). Seit 1999 lieferte die MEG regelmäßig Druckgaspackungen ("Spraydosen"), die aus gewerblichen Abfällen oder aus dem Hausmüll stammten, zur Entsorgung an die Firma Entsorgungstechnik GmbH (im Folgenden: Fa GmbH) in Geschäftsführer der Fa GmbH war der

Angeklagte S, als Betriebsleiter war der Angeklagte Mü angestellt. Entscheidungsbefugnisse über die Art und den Zustand der angelieferten Abfälle standen dem Angeklagten Mü allerdings nicht zu. Diesbezügliche Anfragen bzw. Einwendungen hatte er an den Angeklagten S zu richten, keinesfalls an den jeweiligen Lieferanten.

[4] Am 5. November 2002 traf eine dieser Lieferungen der MEG bei der Fa GmbH ein. Die Druckgaspackungen befanden sich in blauen Kunststofffässern mit 120 Liter Fassungsvermögen, die mit einem Kunststoffdeckel versehen waren, der mittels eines Metallspannrings und eines Sicherungssplints befestigt war. Auf den Fässern waren jeweils zwei Gefahrgut- und Kennzeichnungsaufkleber angebracht. Am Vormittag des 6. November 2002 transportierte der bei der Fa GmbH beschäftigte Me, der Sohn der Nebenkläger, die auf einem Gestell gelagerten Fässer mit einem Hublader in die Firmenhalle, um sie dort zu entleeren. Zu diesem Zweck verbrachte er zunächst die Fässer auf eine erhöhte Plattform. Dort befand sich eine Vorrichtung, in der die Fässer eingeklemmt wurden, um den Spannring und den Deckel zu entfernen. Danach wurde der Inhalt der Fässer entweder in Metallbehälter gekippt oder - falls sich in den Fässern zusätzlich inertes (reaktionsträges) Füllmaterial befand - auf eine Rüttelrinne geleert, um die Druckgaspackungen von dem Füllmaterial zu trennen. Nachdem Me bereits mehrere Fässer durch Ausschütten in die Metallbehälter entleert hatte, nahm er ein weiteres Fass aus dem Gestell, um dieses ebenfalls in der beschriebenen Weise zu leeren. Als er vor dem Lösen des Deckels die auf dem Fass befindlichen Aufkleber abriss, kam es zu einer Explosion im Fassinneren, durch die der Fassdeckel gegen den Hals von Me geschleudert wurde. Hierdurch erlitt Me schwere Verletzungen, an deren Folgen er noch am Nachmittag desselben Tages verstarb.

[5] Zum Unfallzeitpunkt befanden sich in dem etwa zur Hälfte bis zu zwei Drittel gefüllten Fass herkömmliche Spraydosen mit Verschlusskappen sowie Spraydosen mit sog. Spraycaps. Bei den Spraycaps handelt es sich um Kappen, die mit der Dose fest verbunden, nach oben offen sind und seitlich eine gut fingerbreite Aussparung aufweisen, so dass das innerhalb der Kappe vertieft sitzende Ventil betätigt werden kann. Ferner befanden sich in dem Fass etwa zehn bis zwanzig Einwegfeuerzeuge, und zwar sowohl solche mit Reiberad als auch solche mit Piezo-Zündung. Inertes (reaktionsträges) Füllmaterial war in dem Fass nicht enthalten.

[6] Nach den getroffenen Feststellungen wurde die Explosion durch das Abreißen der Aufkleber verursacht. Aus einer oder mehreren nicht völlig restentleerten Dosen war aus nicht mehr feststellbaren Gründen brennbares Treibmittel, nämlich Propan- und/oder Butangas, ausgetreten. Zusammen mit der in dem

nicht vollständig gefüllten Fass vorhandenen Luft hatte sich in diesem ein explosionsfähiges Gemisch gebildet. Als Me die auf der Außenseite des Fasses angebrachten Aufkleber abriß, kam es zunächst zu einer elektrostatischen Aufladung, die sich sodann durch die Fasswand in das Innere des Fasses entlud und dort schließlich das Gas-Luft-Gemisch entzündete. Wäre das Fass mit inertem Material (auf-) gefüllt worden, wäre es nicht zu der Explosion gekommen.

[7] Den Angeklagten M und T war bekannt, dass bei der MEG Spraydosen, und zwar - wie der Senat dem Gesamtzusammenhang der Urteilsgründe entnimmt - sowohl solche mit herkömmlichen Schutzkappen wie auch mit Spraycaps zusammen mit Feuerzeugen ohne Dämmmaterial in Fässer gefüllt und in die Entsorgungsbetriebe transportiert wurden. Auch die Angeklagten S und Mü wussten, dass in den von der MEG gelieferten Fässern Druckgaspackungen mit Schutzkappen und Spraycaps sowie teilweise auch Feuerzeuge enthalten waren. Des Weiteren war ihnen bekannt, dass in Fässern der MEG nur selten inertes Dämmmaterial eingefüllt war und dass es schon vorgekommen war, dass sich herkömmliche Schutzkappen gelöst hatten oder solche von vorneherein gefehlt hatten. Sämtliche Angeklagten gingen davon aus, dass es sich bei den Spraycaps um (ausreichende) Schutzkappen handelte.

Aus den Gründen:

[1] Das Landgericht hat die Angeklagten M, T, S und Mü von den Vorwürfen der fahrlässigen Tötung, des unerlaubten Umgangs mit gefährlichen Abfällen, des unerlaubten Umgangs mit gefährlichen Stoffen und Gütern sowie des besonders schweren Falles einer Umweltstraftat freigesprochen. Gegen dieses Urteil wenden sich die Revisionen der Nebenkläger und der Staatsanwaltschaft, mit denen die Verletzung materiellen Rechts gerügt wird. Die Nebenkläger beanstanden darüber hinaus auch das Verfahren. Die Rechtsmittel haben mit der Sachrüge Erfolg, soweit die Angeklagten M, T und S freigesprochen worden sind. In Bezug auf den Freispruch des Angeklagten Mü erweisen sich die Revisionen als unbegründet.

I. Entscheidung des Landgerichts

[...] [8] Das Landgericht hat eine Strafbarkeit der Angeklagten nach §§ 330 Abs. 2 Nr. 2, 326 Abs. 1 Nr. 3, 328 Abs. 3 Nr. 2 StGB bzw. § 222 StGB verneint.

Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt:

[9] Soweit den Angeklagten zur Last liege, die Transportfässer unzulässigerweise auch mit Feuerzeugen befüllt zu haben bzw. in Kenntnis hiervon deren Anlieferung zugelassen zu haben, habe nicht festgestellt werden können, dass die Explosion durch einen Funken aus einem der beigegefüllten Feuerzeuge ausgelöst worden sei. Der Unfall hätte sich in gleicher Weise

ereignet, wenn in dem Fass keine Feuerzeuge vorhanden gewesen wären. Es fehle daher jedenfalls an dem erforderlichen Pflichtwidrigkeitszusammenhang.

[10] Durch die Beigabe eines inertes Füllstoffes hätte zwar der Unfall vermieden werden können. Eine solche sei nach Nr. 11 TR Abfälle 002 indes nur in Fällen vorgeschrieben, in denen (gebrauchte) Druckgaspackungen, bei denen die Schutzkappen fehlen oder die eingedrückt, aber noch dicht sind, transportiert werden. Beides habe jedoch nicht festgestellt werden können. Insbesondere sei davon auszugehen, dass es sich bei den sog. "Spraycaps" um Schutzkappen im Sinne der genannten Bestimmung handele. Zwar deckten diese Kappen das Ventil nicht vollständig ab. Durch die vertiefte Lage des Ventils sei aber ebenfalls ein Schutz gegen ein Betätigen gewährleistet. Zudem habe diese Form der Kappe durch die feste Verbindung mit der Dose den Vorteil, sich beim Transport praktisch nicht zu lösen, wohingegen herkömmliche Kappen nach den Ausführungen des Sachverständigen P leicht abfallen könnten.

[11] Für eine Strafbarkeit nach § 326 Abs. 1 Nr. 3 StGB fehle es bereits an einer der dort beschriebenen Tathandlungen. Eine Strafbarkeit nach § 328 Abs. 3 Nr. 2 StGB scheitere an dem Erfordernis einer groben Verletzung verwaltungsrechtlicher Pflichten. Darüber hinaus beträfen die in Frage kommenden verwaltungsrechtlichen Vorschriften lediglich die Beförderung gefährlicher Güter. Der Transport sei jedoch zum Unfallzeitpunkt bereits abgeschlossen gewesen.

II. Entscheidung des BGH

A. Freisprüche der Angeklagten M und T

1. Zur Strafbarkeit den Angeklagten M und T gem. § 222 StGB

[12, 13] Die Erwägungen, mit denen das Landgericht eine Strafbarkeit der Angeklagten M und T wegen fahrlässiger Tötung (§ 222 StGB) verneint hat, halten rechtlicher Nachprüfung nicht stand.

a) Zum Vorliegen einer Pflichtverletzung

[14] Zu Unrecht hat das Landgericht einen Pflichtverstoß der Angeklagten mit der Begründung verneint, dass ein Auffüllen der Fässer mit inertem Füllmaterial nicht geboten gewesen sei.

aa) Rechtliche Grundlagen der Sorgfaltspflichten bei der Gefahrgutbeförderung

[15] Die Beförderung gefährlicher Güter wird geregelt durch das Gefahrgutbeförderungsgesetz ([GGBefG], neu gefasst am 29. September 1998, BGBl. I S. 3114, zuletzt geändert durch Verordnung vom 31. Oktober 2006, BGBl. I S. 2407), in dessen § 3 Abs. 1 das Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwic-

klung ermächtigt wird, Regelungen über die Beförderung, unter anderem über die Verpackung, das Zusammenpacken und Zusammenladen gefährlicher Güter (vgl. § 3 Abs. 1 Nr. 2 GGBefG) zu erlassen. Auf dieser Grundlage ist die Verordnung über die innerstaatliche und grenzüberschreitende Beförderung gefährlicher Güter auf der Straße und mit Eisenbahnen vom 11. Dezember 2001 ([GGVSE], BGBl. I S. 3529; zuletzt neugefasst durch Bek. vom 24. November 2006, BGBl. I S. 2683) erlassen worden, die in § 1 Abs. 3 Nr. 1 im Wesentlichen die Geltung von Vorschriften des Europäischen Übereinkommens vom 30. September 1957 über die internationale Beförderung gefährlicher Güter auf der Straße ([ADR], BGBl. 1969 II S. 1489) in der jeweils gültigen Fassung vorsieht. Abweichend von den Bestimmungen der GGVSE sah die Gefahrgut-Ausnahmereordnung in der Fassung vom 23. Juni 1999 ([GGAV 1999], BGBl. I S. 1435) in der Ausnahme Nr. 59 für den Transport gefährlicher Abfälle die Geltung der Technischen Richtlinien zur Beförderung verpackter gefährlicher Abfälle vom 4. März 1999 ([TR Abfälle 002], VkB1. 1999, 150) vor. Diese wurde lediglich formal, nämlich mit dem Hinweis, dass ihr Inhalt in die GGAV überführt wird, durch Bekanntmachung des Bundesministeriums für Verkehr, Bau- und Wohnungswesen vom 25. Februar 2002 aufgehoben (VkB1. 2002, 230) und sodann - soweit es jedenfalls die hier relevanten Regelungen betrifft - inhaltsgleich als Ausnahme Nr. 20 in die Gefahrgut-Ausnahmereordnung in der Fassung vom 6. November 2002 ([GGAV 2002], BGBl. I S. 4350) übernommen.

bb) Zu den Anforderungen an die einzuhaltende Sorgfalt

[16] Danach hat das Landgericht zwar im Ansatz zutreffend für die Bestimmung des Maßes der von den Angeklagten einzuhaltenden Sorgfalt (auch) die Regelungen der TR Abfälle 002 herangezogen. Seine Auffassung, die Beigabe von inertem Füllstoff sei hier nicht geboten gewesen, begegnet indes durchgreifenden rechtlichen Bedenken.

[17] Nach Nr. 11 der TR Abfälle 002 bzw. nach der Ausnahme 20 Ziff. 2.11 der GGAV 2002 dürfen Druckgaspackungen, bei denen die Schutzkappen fehlen oder die eingedrückt sind, in Fässern und weiteren näher bezeichneten Behältnissen nur mit inertem Füllstoffen verpackt werden. Hieraus hat das Landgericht in einem Umkehrschluss gefolgert, dass vorliegend eine Beigabe von Füllstoff nicht erforderlich war. Weder habe festgestellt werden können, dass zum Zeitpunkt der Verpackung bei den im explodierenden Fass transportierten Dosen Abdeckungen fehlten, noch dass diese eingedrückt waren. Dem kann nicht gefolgt werden.

[18] Die Argumentation des Landgerichts greift zu

kurz; sie verkennt zudem die Systematik der die Beförderung gefährlicher Güter regelnden Bestimmungen. Nach der Grundregel des § 4 Abs. 1 Satz 1 GGVSE (ebenso bereits § 4 Abs. 1 der GGVS vom 22. Dezember 1998, BGBl. I S. 3993) sind die an der Beförderung gefährlicher Güter Beteiligten verpflichtet, die nach Art und Ausmaß der vorhersehbaren Gefahren erforderlichen Vorkehrungen zu treffen, um Schadensfälle zu verhindern. Nach § 4 Abs. 1 Satz 2 GGVSE haben sie "jedemfalls" die für sie jeweils geltenden Bestimmungen der Verordnung einzuhalten. Die Vorschriften des ADR enthalten daher lediglich Mindestanforderungen ("jedemfalls") an die Beförderung gefährlicher Güter. Nichts anderes gilt für die Bestimmungen der GGAV 1999 und 2002, deren Einhaltung nicht von der allgemeinen Sicherungspflicht des § 4 Abs. 1 Satz 1 GGVSE entbindet, sondern es lediglich gestattet, in bestimmten Fällen von den Regelungen des ADR abzuweichen.

[19] Danach hätte das Landgericht nicht allein auf die Regelungen in der TR Abfälle 002 abstellen dürfen, sondern bei seiner Entscheidung in den Blick nehmen müssen, dass nach den Bekundungen des Sachverständigen herkömmliche Schutzkappen leicht abfallen können. Hierfür spricht auch, dass der Angeklagte Mü und der Zeuge N angegeben haben, dass in früheren Lieferungen der MEG bereits Dosen ohne Verschlusskappen enthalten gewesen seien und sich - wie der Zeuge B. bekundet hat - in einem anderen (sichergestellten) Fass derselben Lieferung tatsächlich Dosen ohne Kappen befunden hatten. Besteht jedoch bei herkömmlichen Schutzkappen die Gefahr, dass sie sich beim Transport in einem Fass lösen und sich dadurch in diesem ein zündfähiges Gasgemisch bildet, so verbietet sich deren Transport ohne Beigabe von inertem Füllstoffen von vorneherein; dieser war dann schon aus diesem Grund sorgfaltswidrig.

[20] Im Übrigen wurden in dem explodierenden Fass Druckgaspackungen mitbefördert, bei denen die Schutzkappen in der Form sog. Spraycaps ausgestaltet waren. Diese stellen jedoch nach den getroffenen Feststellungen nicht in gleicher Weise wie herkömmliche Schutzkappen sicher, dass der Sprühmechanismus nicht ausgelöst wird und ein Entweichen von Gasen ausgeschlossen ist. Denn danach umschließt die Spraycap - anders als herkömmliche Schutzkappen - den vertieft liegenden Sprühkopf nicht vollständig. Sie ist vielmehr oben offen und weist seitlich eine fingerbreite Aussparung auf. Das Auslösen der Sprühvorrichtung einer solchen Druckgaspackung während des Transports in einem nur teilweise gefüllten Fass in loser Schüttung mit anderen Dosen sowie mit Feuerzeugen erscheint daher zumindest nicht fernliegend.

b) Zum Pflichtwidrigkeitszusammenhang

[21] Auf der Grundlage der bisherigen Feststellungen

war das Verhalten der Angeklagten M und T danach objektiv pflichtwidrig, da sie es in ihrer Eigenschaft als Technischer Leiter bzw. Betriebsmeister der Schadstoffsammelstelle und des Sondermüllzwischenlagers der MEG jedenfalls unterließen, dafür Sorge zu tragen, dass die Druckgaspackungen nicht ohne Zugabe von Füllstoff in Fässer verpackt und anschließend an die Fa. GmbH befördert wurden. Insoweit steht auch der Pflichtwidrigkeitszusammenhang in Bezug auf das spätere Unfallgeschehen außer Frage. Denn bei pflichtgemäßem Verhalten - Beigabe eines Füllstoffes - wäre es nach den rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen nicht zur Explosion und damit auch nicht zur Tötung des Me gekommen. Darauf, ob das die Explosion verursachende Gas aus einer Druckgaspackung mit herkömmlicher Schutzkappe oder aus einer solchen mit Spraycap ausgetreten ist, kommt es in diesem Zusammenhang nicht an.

c) Zur subjektiven Sorgfaltspflichtverletzung und Vorhersehbarkeit

[22] Zur Frage der subjektiven Voraussehbarkeit und Vermeidbarkeit erlauben die Urteilsgründe keine abschließende revisionsrechtliche Beurteilung. Entsprechende Feststellungen werden in der neuen Hauptverhandlung zu treffen sein.

B. Freispruch des Angeklagten S

[23, 24] Auch der Freispruch des Angeklagten S hat danach keinen Bestand.

Auf der Grundlage der getroffenen Feststellungen kommt eine Strafbarkeit des Angeklagten wegen fahrlässiger Tötung jedenfalls durch Unterlassen in Betracht (§§ 222, 13 StGB). Zwar war der Angeklagte als Geschäftsführer der Fa GmbH nicht für die Einhaltung der Verpackungs- und Beförderungsvorschriften verantwortlich. Auch die Verletzung von Empfängerpflichten ist nicht erkennbar. Jedoch ließ er die vorschriftswidrig gepackten Fässer anliefern und durch Arbeitnehmer der Fa GmbH entgegennehmen, ohne auf die Einhaltung der Beförderungs- und Verpackungsvorschriften durch die MEG zu dringen. Indem er die Arbeitnehmer der Fa GmbH auf diese Weise in Gefahr brachte, verletzte er die ihm obliegende Fürsorgepflicht des Arbeitgebers gemäß §§ 618 Abs. 1 BGB, 14 Abs. 1 Nr. 1 StGB. Dabei handelt es sich um eine Garantienpflicht im Sinne des § 13 StGB (vgl. auch OLG Naumburg NSStZ-RR 1996, 229, 230 ff.). Auch insoweit werden zur Frage der Voraussehbarkeit und Vermeidbarkeit noch nähere Feststellungen zu treffen sein.

C. Freispruch des Angeklagten Mü

1. Zur Verfahrensrüge

[25] Die von den Nebenklägern erhobene Verfahrens-

rüge, mit der die Ablehnung eines Beweisantrags auf Einholung eines weiteren Sachverständigengutachtens beanstandet wird, betrifft nicht die Frage der strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Angeklagten Mü. Sie wäre zudem unbegründet, wie der Generalbundesanwalt im Einzelnen zutreffend ausgeführt hat.

2. Zur Sachrüge

[26] Der Freispruch des Angeklagten Mü hält sachlichrechtlicher Nachprüfung stand.

a) Zum Umfang der getroffenen Feststellungen

[27] Die Beweiswürdigung des Landgerichts zum Aufgabenbereich und der Stellung des Angeklagten Mü in der Fa GmbH ist nicht zu beanstanden. Das Gesetz verlangt mit keiner Vorschrift, dass der Tatrichter in den Urteilsgründen stets in allen Einzelheiten darzulegen hat, auf welche Weise er zu bestimmten Feststellungen gelangt ist (st. Rspr., vgl. nur BGHR StPO § 267 Abs. 1 Satz 2 Beweisergebnis 3 m.w.N.). Insbesondere ist er nicht gehalten, bei einem eindeutigen Beweisergebnis die Angaben der einzelnen Zeugen inhaltlich im Einzelnen wiederzugeben.

b) Zur fehlenden Kausalität des Unterlassens des Angeklagten Mü

[28] Das Landgericht hat rechtsfehlerfrei eine - nach den getroffenen Feststellungen allein in Betracht kommende - Strafbarkeit des Angeklagten Mü aus §§ 222, 13 StGB verneint. Zwar wäre er aufgrund seiner Stellung in der Fa GmbH verpflichtet gewesen, den Angeklagten S auf die Anlieferung vorschriftswidrig gepackter Fässer durch die MEG hinzuweisen. Ein etwaiger Verstoß gegen diese Pflicht ist jedoch für das spätere Unfallereignis nicht kausal geworden, da dies dem Angeklagten S bekannt war.

III. Hinweise des BGH

[29] Für die neue Hauptverhandlung weist der Senat vorsorglich auf Folgendes hin:

1. Zu weiteren Sorgfaltspflichtverletzungen der Angeklagten

[30] Das Mitverpacken und -transportieren der Feuerzeuge könnte nicht nur pflichtwidrig gewesen sein, weil durch ihre Zündvorrichtung ein in dem Fass bereits entstandenes Gas-/Luftgemisch gezündet werden konnte, sondern auch deshalb, weil durch ein Austreten des in ihnen noch befindlichen Restgases ein solches zündfähiges Gasgemisch überhaupt erst entstehen konnte. Denn nach der Verpackungsanweisung P 205 (vgl. Anlage A zum ADR 2001, Teil 3, Kapitel 3.2, Tabelle A, UN-Nummer 1057, Spalte 8) müssen Feuerzeuge mit einem Schutz gegen unbeabsichtigtes Entleeren ausgerüstet (Absätze 3 und 6) und so sorgfältig verpackt sein, dass ein unbeabsichtigtes Betätigen der

Auslösevorrichtung verhindert wird (Absätze 6 und 7).

2. Zum Begriff der "Beförderung" bei Gefahrgütern

[31] Bei den Angeklagten M und T scheidet eine Strafbarkeit nach § 328 Abs. 3 Nr. 2 StGB nicht schon deshalb aus, weil das Entpacken des Fasses erst an dem Tag nach der Entladung erfolgt ist. Der Anwendung dieser Vorschrift steht nämlich nicht entgegen, dass die Beförderung bereits abgeschlossen war, als sich der tödliche Unfall ereignete. Bei der Bestimmung des Schutzbereichs der die Beförderung gefährlicher Güter regelnden verwaltungsrechtlichen Vorschriften darf nicht allein auf den eigentlichen Beförderungsvorgang abgestellt werden. Miterfasst werden auch solche Vorgänge, die - wie die Entgegennahme und das Auspacken der Sendung - hierzu in einem

unmittelbaren zeitlichen, sachlichen und funktionalen Zusammenhang stehen (vgl. BT-Drucks. 8/2382 S. 24; Steindorf in LK 11. Aufl. § 328 Rdn. 32; Lacker/Kühl StGB 26. Aufl. § 328 Rdn. 4). Dies zeigt zudem der Beförderungsbegriff im GGBefG. Nach § 2 Abs. 2 Satz 1 GGBefG umfasst die Beförderung nicht nur den Vorgang der Ortsveränderung, sondern auch die Übernahme und Ablieferung des Gutes sowie zeitweilige Aufenthalte im Verlauf der Beförderung, Vorbereitungs- und Abschlusshandlungen (Verpacken und Auspacken der Güter, Be- und Entladen), auch wenn diese Handlungen nicht vom Beförderer ausgeführt werden. Der erforderliche Zusammenhang mit der Beförderung ist selbst dann noch gewahrt, wenn das Gut - wie hier - nicht unmittelbar nach Entladung, sondern erst am darauf folgenden Tag entpackt wird.

Standort: § 24 StGB

Problem: Fehlgeschlagener Versuch

BGH, BESCHLUSS VOM 09.07.2009

3 StR 257/09 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Die Angeklagten wollten ein Lebensmittelgeschäft überfallen und die Inhaberin durch Bedrohung mit einem Messer dazu zwingen, ihnen Geld herauszugeben. Als sie die Tat ausführen wollten, zeigte sich das Opfer von der Drohung mit dem Messer wider Erwarten völlig unbeeindruckt und weigerte sich, das geforderte Geld herauszugeben. Daraufhin verließen die Angeklagten den Laden.

Das Landgericht Mönchengladbach hatte die Angeklagten aufgrund ihres Verhaltens insb. wegen versuchter mittäterschaftlicher schwerer räuberischer Erpressung, §§ 253 I, 255, 250 II Nr. 1, 25 II, 22, 23 I StGB, verurteilt. Der BGH hob diese Verurteilung auf, da sich das LG nicht mit der Möglichkeit eines strafbefreienden Rücktritts der Angeklagten gem. § 24 II StGB auseinander gesetzt hatte.

Prüfungsrelevanz:

Probleme im Rahmen des Rücktritts vom Versuch, § 24 StGB, stellen typische Examensaufgaben aus dem Bereich des Allgemeinen Teils dar, die in beiden Examen im Zusammenhang mit verschiedensten Delikten immer wieder auftauchen. Die Fallgruppe des fehlgeschlagenen Versuchs, die den Kern der Probleme des vorliegenden Falles bildet, ist hier immer wieder zu diskutieren.

Ein strafbefreiender Rücktritt gem. § 24 StGB ist nach herrschender Meinung dann ausgeschlossen, wenn der Versuch fehlgeschlagen ist (BGH, NJW 2003, 1057; NStZ 2004, 333; Fischer, § 24 Rn 6; Schönke/Schröder-Eser, § 24 Rn 7; Kudlich, JuS 1999, 242).

Die Gegenauffassung lehnt die Rechtsfigur des fehlgeschlagenen Versuchs zwar mangels ausdrücklicher gesetzlicher Regelung ab (Haft, NStZ 1994, 536; v. Heintschel-Heinegg, ZStW 1997, 33; Ranft, JURA 1987, 534), kommt allerdings - meist über die Verneinung der Freiwilligkeit - in entsprechenden Fällen auch zur Ablehnung eines Rücktritts, sodass es sich insofern wohl eher um einen dogmatischen Streit handeln dürfte.

Ein Versuch ist nach h.M. dann fehlgeschlagen, wenn der Täter glaubt, dass er die Tat mit den zur Verfügung stehenden Mitteln gar nicht mehr oder jedenfalls nicht ohne ganz neues Ansetzen vollenden könne (BGH, NStZ-RR 2002, 168; 2006, 168, 169; Fischer, § 24 Rn 7).

Problematisch ist das Vorliegen eines Fehlschlags insbesondere im Falle eines sog. "mehraktigen" Versuchs, wenn der Täter also durch mehrere unmittelbar aufeinander folgende Handlungen versucht, denselben Erfolg herbeizuführen bzw. glaubt, dies zu können (vgl. hierzu die Darstellung bei Joecks, § 24 Rn 14 ff.).

Nach der Einzelaktstheorie liegt ein Fehlschlag bereits dann vor, wenn der Täter eine Handlung vorgenommen hat, die er als ausreichend für die Erfolgsherbeiführung erachtet hatte, und erkennt, dass diese den Erfolg nicht herbeiführen wird (Jakobs, AT, Abschn. 26 Rn 15 ff.). Einen "mehraktigen" Versuch gibt es nach dieser Auffassung also grundsätzlich gar nicht, sondern nur mehrere einaktige. Nach der früher von der Rechtsprechung vertretenen Tatplantheorie ist ein mehraktiger Versuch dann fehlgeschlagen, wenn der Täter alle zuvor geplanten Tathandlungen vorgenommen und erkannt hat, dass diese den Erfolg nicht herbeiführen werden (BGHSt 14, 175; 23, 359). Da die Tatplantheorie jedoch bei Spontantaten, bei denen der

Täter vor Tatbeginn keinen detaillierten Tatplan formuliert hat, versagt und die Einzelaktstheorie dem Täter sehr früh (über die Annahme eines Fehlschlags) die Möglichkeit eines strafbefreienden Rücktritts abschneidet, vertritt der BGH ebenso wie die herrschende Lehre mittlerweile die Lehre vom Rücktrittshorizont (BGHSt 31, 170; BGH, StV 2003, 217; NStZ 2007, 91 = RA 2007, 91; NStZ-RR 2009, 129 = RA 2009, 110; Fischer, § 24 Rn 11 ff.; Schönke/Schröder-Eser, § 24 Rn 17a; Otto, JURA 1992, 426). Nach dieser ist ein Fehlschlag bei einem mehraktigen Versuch erst dann gegeben, wenn der Täter nach Vornahme der letzten Ausführungshandlung glaubt, die Vollendung der Tat mit den ihm zur Verfügung stehenden Mitteln nicht bewirken zu können.

Die Angeklagten im vorliegenden Fall hatten ursprünglich geglaubt, dass sie die Inhaberin des Lebensmittelgeschäfts allein durch Bedrohung mit dem Messer dazu zwingen könnten, ihnen das Geld auszuhändigen. Weil diese auf die Drohung nicht in der geplanten Weise reagiert hatte, hatte das LG wohl einen fehlgeschlagenen Versuch angenommen und deshalb einen Rücktritt gar nicht ernsthaft in Erwägung gezogen. Dies wäre eine Wertung, die der Einzelaktstheorie entsprechen würde. Denn nach der erfolglosen Bedrohung des Opfers hatten die Angeklagten eine aus ihrer Sicht erfolgsgeeignete Handlung vorgenommen und erkannt, dass diese für die Vollendung der Tat nicht ausreichen würde, sodass nach dieser Auffassung ein Fehlschlag vorläge. Der BGH folgt jedoch in der vorliegenden Entscheidung weiter der Lehre vom Rücktrittshorizont und führt aus, dass eine Sachverhaltsentwicklung, die dazu führt, dass der Täter seinen ursprünglichen Tatplan abändern muss, um die Tat vollenden zu können, nicht stets mit einem Fehlschlag gleichzusetzen ist. Glaubt der Täter nämlich, dass er zwar anders vorgehen müsse als ursprünglich geplant, dass er jedoch die Tat in unmittelbarer Fortführung des bisherigen Geschehens ohne neues Ansetzen vollenden könne, dann würde ja die zweite Handlung zusammen mit der ersten nur einen einheitlichen (mehraktigen) Versuch darstellen, sodass auch noch kein komplett fehlgeschlagener Versuch gegeben sein könne. Gerade im vorliegenden Fall hätte es sich ja den Tätern eigentlich aufdrängen müssen, dass sie auch bei Erfolglosigkeit der Drohung noch Gewalt gegen das Opfer hätten anwenden können, um an das Geld zu gelangen. Ein solches Vorgehen wäre aber - trotz des Wechsels des Mittels - kein neuer Versuch gewesen, sondern eine Fortführung des bereits begonnenen Versuchs. Da die Täter aber nicht weiter versucht hatten, das Geld vom Opfer zu erhalten, ist die Annahme eines strafbefreienden Rücktritts für den BGH zwar nicht selbstverständlich aber doch zumindest nahe liegend.

Vertiefungshinweise:

□ Zum Fehlschlag, insb. beim mehraktigen Versuch: BGHSt 33, 295; 35, 90; BGH, NStZ 2002, 427; 2004, 333; NStZ 2007, 91 = RA 2007, 85; NStZ 2007, 399 = RA 2007, 268; NStZ-RR 2009, 129 = RA 2009, 110; Beckemper, JA 2003, 203; Pahlke, GA 1995, 72; Schroth, GA 1997, 151

Kursprogramm:

□ Examenskurs: "Schmuckhändler"
□ Examenskurs: "Argentina"

Leitsatz (der Redaktion):

Ein den Rücktritt gem. § 24 StGB ausschließender fehlgeschlagener Versuch liegt nicht bereits darin, dass der Täter die Vorstellung hat, er müsse, um den Erfolg herbeizuführen, von seinem Tatplan abweichen. Hält er vielmehr die Vollendung der Tat im unmittelbaren Handlungsfortgang noch für möglich, wenn auch mit anderen Mitteln, dann ist der Verzicht auf ein Weiterhandeln als freiwilliger Rücktritt vom unbeeendeten Versuch zu bewerten. Fehlgeschlagen ist der Versuch erst, wenn der Täter erkennt oder die subjektive Vorstellung hat, dass es zur Herbeiführung des Erfolgs eines erneuten Ansetzens bedürfte, etwa mit der Folge einer zeitlichen Zäsur und einer Unterbrechung des unmittelbaren Handlungsfortgangs.

Sachverhalt:

Die Angeklagten kamen überein, ein Lebensmittelgeschäft zu überfallen. Sie beabsichtigten, die Inhaberin durch Bedrohung mit einem Klappmesser zur Herausgabe von Geld zu veranlassen; einen "über die Drohung hinausgehenden Einsatz des Messers zum Zwecke der Verletzung anderer Personen schlossen sie jedoch von vornherein in jedem Fall aus". Nach dem Betreten des Geschäfts ging der Angeklagte O zur Theke, hielt der Inhaberin das Messer vor und sagte "Geld her". Als die Inhaberin resolut entgegnete "ihr kriegt hier nichts", entschlossen sich beide Angeklagte, das Geschäft unverrichteter Dinge zu verlassen. Beim Hinausgehen entnahm der Angeklagte S im Einverständnis mit dem Mitangeklagten zwei Zigarettenschachteln aus einem Regal und steckte sie ein.

Aus den Gründen:

[1] Das Landgericht hat die Angeklagten S und O der versuchten schweren räuberischen Erpressung und des Diebstahls schuldig gesprochen. Es hat den Angeklagten S zu einer Jugendstrafe von neun Monaten und den Angeklagten O zu einer zur Bewährung ausgesetzten Gesamtfreiheitsstrafe von zwei Jahren verurteilt. Die Revision des Angeklagten S hat mit der Sachrüge Er-

folg. Sein Rechtsmittel führt nach § 357 StPO auch zur Aufhebung der Verurteilung des Mitangeklagten O.

I. Entscheidung des BGH [...]

2. Zur Möglichkeit eines strafbefreienden Rücktritts der Angeklagten im vorliegenden Fall

[3] Auf dieser Grundlage kann der Schuldspruch wegen schwerer räuberischer Erpressung keinen Bestand haben. Die Feststellungen legen die Möglichkeit nahe, dass die Angeklagten mit strafbefreiender Wirkung vom Erpressungsversuch zurückgetreten sein könnten (§ 24 Abs. 2 Satz 1 StGB). Hiermit hat sich das Landgericht rechtsfehlerhaft nicht auseinander gesetzt.

a) Zum Ausschluss eines Rücktritts wegen Fehlschlag des Versuchs

[4] Gemäß § 24 Abs. 2 Satz 1 StGB werden bei Tatbeteiligung mehrerer diejenigen Beteiligten nicht wegen Versuchs bestraft, die freiwillig die Tatvollendung verhindern. Hierfür kann es genügen, wenn Mittäter im Falle eines unbeendeten Versuchs einvernehmlich nicht mehr weiterhandeln, obwohl sie dies tun könnten (BGHSt 42, 158, 162; BGH NStZ 2007, 91, 92 m. w. N.). Dies gilt zwar dann nicht, wenn der Versuch fehlgeschlagen ist. Das ist aber nur dann der Fall, wenn die Tat nach Mislingen des zunächst vorgestellten Tatablaufs mit den bereits eingesetzten oder anderen nahe liegenden Mitteln objektiv nicht mehr vollendet werden kann und der Täter dies erkennt oder wenn er subjektiv - sei es auch nur wegen aufkommender innerer Hemmungen (BGH NStZ 2007, 91) - die Vollendung nicht mehr für möglich hält; abzustellen ist daher nicht auf den ursprünglichen Tatplan, sondern auf den Erkenntnishorizont des Täters nach Abschluss der letzten Ausführungshandlung (BGH NStZ 2008, 393). Ein Fehlschlag liegt nicht bereits darin, dass der Täter die Vorstellung hat, er müsse, um den Erfolg herbeizuführen, von seinem Tatplan abweichen. Hält er vielmehr die Vollendung der Tat im unmittelbaren Handlungsfortgang noch für möglich, wenn auch mit anderen Mitteln, dann ist der Verzicht auf ein Weiterhandeln als freiwilliger Rücktritt vom unbeendeten Versuch zu bewerten (BGH NStZ 2007, 91). Fehlgeschlagen ist der Versuch erst, wenn der Täter erkennt oder die subjektive Vorstellung hat, dass es zur Herbeiführung des Erfolgs eines erneuten Ansetzens bedürfte, etwa mit der Folge einer zeitlichen Zäsur und einer Unterbrechung des unmittelbaren Handlungsfortgangs

(BGHSt 39, 221, 232; 41, 368, 369). Der ursprüngliche Tatplan kann je nach Fallgestaltung nur insoweit eine Rolle für den Erkenntnishorizont des Täters spielen, als die von ihm nach dem Scheitern seiner bisherigen Bemühungen erkannte Notwendigkeit, Tathandlung und -ablauf grundlegend zu ändern oder ein ganz anderes als das bisher verwendete Tatmittel einzusetzen, ein gewichtiges Indiz dafür darstellen kann, dass aus seiner Sicht der Versuch fehlgeschlagen ist (vgl. BGH NStZ 2008, 393).

b) Zum Fehlen hinreichender Feststellungen für die Prüfung des Vorliegens eines Fehlschlags

[5] Zu den Vorstellungen der Angeklagten nach Mislingen des zunächst ins Auge gefassten Tatablaufs - nach der Weigerung der Geschädigten, Geld herauszugeben - teilt das Urteil nichts mit. Selbst wenn die Feststellungen des Landgerichts dahin zu verstehen sein sollten, dass die Angeklagten unüberwindliche Hemmungen hatten, das Messer über ein bloßes Mittel der Bedrohung hinaus einzusetzen, und insoweit nicht Herr ihrer Entschlüsse waren, verstünde es sich indes nicht von selbst, dass sie keine weitere Handlungsalternative mehr sahen, mit der sie im unmittelbaren Fortgang noch hätten zur Tatvollendung gelangen können. Insbesondere lässt die Feststellung, der Angeklagte O habe der Geschädigten das Messer "vorgehalten", nicht erkennen, welche Intensität die Bedrohung bereits erreicht hatte. Ein fehlgeschlagener Versuch ist damit nicht belegt.

3. Zum Umfang der Aufhebung des Urteils

[6] Um dem Landgericht in Anbetracht des eng zusammenhängenden Geschehensablaufs insgesamt neue Feststellungen zu ermöglichen, hebt der Senat das Urteil auch hinsichtlich des Schuldspruchs wegen Diebstahls auf.

II. Erstreckung der Revision auf den Mitangeklagten O gem. § 357 S. 1 StPO

[7] In Bezug auf den Mitangeklagten O hat der Senat nach § 357 Satz 1 StPO so zu erkennen, als ob dieser gleichfalls Revision eingelegt hätte. Das Urteil gegen diesen beruht auf demselben sachlich-rechtlichen Mangel, an dem auch der Schuldspruch gegen den Beschwerdeführer leidet.

[8] Eine Entscheidung nach §§ 357 S. 2, 47 Abs. 3 StPO ist nicht veranlasst, da das Landgericht den Haftbefehl gegen den Angeklagten O bereits vor Eintritt der Rechtskraft aufgehoben hat.

Standort: § 100f StPO**Problem: Überwachung von Ehegatten in U-Haft**

BGH, URTEIL VOM 29.04.2009
1 STR 701/08 (NSTZ 2009, 519)

Problemdarstellung:

Der Angeklagte hatte seine Geliebte getötet, weil diese ihre Familie nicht für ihn verlassen wollte. Als sich herausstellte, dass der Angeklagte als Letzter mit dem Opfer zusammen gewesen war und sich seine Einlassungen zum Geschehensablauf eindeutig widerlegen ließen, wurde er wegen dringenden Tatverdachts der Begehung eines Mordes, § 211 StGB, gem. §§ 112, 114 StPO in Untersuchungshaft genommen. In der JVA wurde es der Ehefrau des Angeklagten gestattet, ihren Mann zu besuchen. Für das Besuchszimmer, in dem die Besuche der Ehefrau stattfanden, war eine Abhörmaßnahme gem. § 100f StPO durch richterlichen Beschluss angeordnet und das Zimmer entsprechend mit Mikrofonen ausgestattet worden. Bei den Besuchen wurde bewusst auf die - sonst übliche - Anwesenheit einer Aufsichtsperson verzichtet, damit der Angeklagte sich unbeobachtet fühlen und seiner Frau gegenüber die Tat gestehen sollte. Der Angeklagte forderte seine Frau tatsächlich dazu auf, Verdunkelungshandlungen vorzunehmen, sodass sich den Gesprächen entnehmen ließ, dass er die Tat wirklich begangen hatte. In der Hauptverhandlung wurde eine Niederschrift des Gespräches gegen den Widerspruch der Verteidigung verlesen.

Der Angeklagte wurde vom Landgericht Kempten insb. wegen Mordes verurteilt. Der BGH hob dieses Urteil auf, da die Gesprächsniederschrift aufgrund eines insofern bestehenden Beweisverwertungsverbots nicht hätte verwertet werden dürfen.

Prüfungsrelevanz:

Die Prüfung des Bestehens eines Beweisverwertungsverbots ist in beiden Examen immer wieder Gegenstand von Examensaufgaben. Im zweiten Examen gehört sie zu den Standardproblemen in allen denkbaren Klausurvarianten (staatsanwaltschaftlichen Abschlussverfügung, Urteil, Revision und Anwaltsklausur) sowie in Aktenvorträgen und im Prüfungsgespräch, im ersten Examen ist die Diskussion von Beweisverwertungsverböten im Rahmen von Zusatzfragen in Klausuren oder im Prüfungsgespräch gefordert. Der vorliegende Fall ist deshalb besonders interessant, weil der BGH hier den seltenen Fall eines sog. selbstständigen Beweisverwertungsverbots annimmt.

Bei den Beweisverboten ist zwischen Beweiserhebungs- und Beweisverwertungsverböten zu trennen (Küpper, JZ 1990, 416).

Beweiserhebungsverböte verböten es, den im Rahmen

des Strafverfahrens zu ermittelnden Sachverhalt vollständig oder auf eine bestimmte Weise aufzuklären. Hier wird weiter unterschieden zwischen Beweisthemmenverböten, die die Aufklärung bestimmter Sachverhalte generell untersagen, z.B. § 96 StPO, Beweismittelverböten, die die Verwendung bestimmter Beweismittel ausschließen, z.B. § 52 StPO, und Beweismethodenverböten, die eine bestimmte Art und Weise der Beweisgewinnung untersagen, z.B. § 136a I StPO (vgl. hierzu die Darstellung bei Meyer-Goßner, StPO, Einl. Rn 51 ff.).

Im Falle des Bestehens eines Beweisverwertungsverbötes darf das Gericht ein ihm vorliegendes Beweismittel nicht verwerten, d.h. bei seiner Urteilsfindung nicht berücksichtigen (vgl. hierzu die Darstellung bei Meyer-Goßner, StPO, Einl. Rn 55 ff.). Beweisverwertungsverböte sind - allerdings nur vereinzelt - ausdrücklich im Gesetz geregelt, z.B. §§ 100a IV 2, 100c V 2, 136a III 2 StPO. Allgemein anerkannt ist allerdings, dass die gesetzlichen Regelungen der Beweisverwertungsverböte nicht abschließend sind und deshalb die Verwertung eines Beweismittels auch ohne ausdrückliche gesetzliche Regelung ausgeschlossen sein kann. Bei den gesetzlich nicht geregelten Beweisverwertungsverböten gibt es zum einen die sog. unselbstständigen Beweisverwertungsverböte, die sich aus der Verletzung eines Beweiserhebungsverbötes (also einem Verstoß gegen Verfahrensvorschriften bei der Beweiserhebung) ergeben. Hierbei geht jedoch insb. die Rechtsprechung davon aus, dass nicht jeder Verfahrensverstoß bei der Beweiserhebung automatisch zu einem Beweisverwertungsverbot führt, sondern die Verwertbarkeit des verfahrenswidrig erlangten Beweismittels durch eine Abwägung der widerstreitenden Interessen (Interesse des Staates an der Aburteilung begangener Straftaten und Interesse des Beschuldigten an der Wahrung seiner Rechte) zu ermitteln ist (BVerfG, NSTZ 2006, 46; BGHSt 38, 214, 219; BGHSt 44, 243, 249).

Denkbar ist jedoch ein Beweisverwertungsverbot auch dann, wenn die Strafverfolgungsorgane bei der Beweiserhebung keine Verfahrensvorschriften verletzt haben (sog. selbstständiges Beweisverwertungsverbot). Ein selbstständiges Beweisverwertungsverbot kann - da ihm ja kein Fehlverhalten der Strafverfolgungsorgane zugrunde liegt - allerdings nur angenommen werden, wenn die Verwertung des Beweismittels gegen Grundrechte oder grundrechtsähnliche Rechtspositionen des Angeklagten (etwa den den Grundsatz "nemo tenetur se ipsum accusare" oder das Recht auf ein faires Verfahren) verstoßen würde (vgl. Meyer-Goßner, StPO, Einl. Rn 56 ff.).

Im vorliegenden Fall legt der BGH sehr schön dar,

dass die Anordnung der Abhörmaßnahme von § 100f StPO gedeckt und deshalb rechtmäßig war. Der BGH stellt weiter klar, dass diese Anordnung auch nicht gegen §§ 100a IV 1, 100c IV 1 StPO verstößt, die es untersagen, Überwachungsmaßnahmen anzuordnen, wenn diese ausschließlich Äußerungen erfassen würden, die dem Kernbereich privater Lebensgestaltung zuzurechnen sind. Hierbei lässt der BGH es allerdings offen, ob diese Wertungen auf den im vorliegenden Fall einschlägigen § 100f StPO überhaupt zu übertragen sind, da dieser ein entsprechendes Verbot nicht selbst beinhaltet. Mangels verfahrenswidrigen Verhaltens scheidet somit ein unselbstständiges Beweisverwertungsverbot im vorliegenden Fall aus. Allerdings nimmt der BGH ein selbstständiges Beweisverwertungsverbot an, da die durchgeführte Abhörmaßnahme das Recht des Angeklagten auf ein faires Verfahren (sog. "fair trial"-Grundsatz) verletze. Interessant ist hierbei, dass der BGH die entsprechende Rechtsverletzung nicht auf einen einzelnen Faktor stützt, sondern dazu kommt, dass lediglich das Zusammenspiel verschiedener Umstände (Fehlen einer Ausweichmöglichkeit des Angeklagten für Gespräche mit seiner Ehefrau, Fehlen einer offenen Überwachung des Gesprächs) - die jeder für sich genommen das Recht auf ein faires Verfahren nicht zwingend verletzen würden - den Verfahrensverstöß ausmacht und zu einem Beweisverwertungsverbot führt.

Vertiefungshinweise:

- Zum selbstständigen Beweisverwertungsverbot: *BGHSt* 24, 362; 44, 129; *BGH*, *NJW* 2005, 3295; *NStZ* 2007, 714 = *RA* 2007, 543; *Küpper*, *JZ* 1990, 419; *Störmer*, *NStZ* 1999, 398; *Wolter*, *StV* 1990, 179
- Zum "fair trial"-Grundsatz: *BVerfGE* 26, 66; 57, 250; 63, 380; *BGHSt* 24, 125; 49, 112; *Gaede*, *GA* 2008, 394; *Renzikowski*, *JZ* 1999, 612

Leitsatz:

Zur Frage der Zulässigkeit einer heimlichen Überwachung von Ehegattengesprächen in einem eigens dafür zugewiesenen separaten Besuchsraum in der Untersuchungshaft ohne die übliche erkennbare Überwachung.

Sachverhalt:

[3] Der nicht vorbestrafte Angeklagte, ein marokkanischer Staatsangehöriger, kam nach seiner Hochzeit im Jahr 2006 mit seiner Frau nach Kempten. Dort besuchte er ab Oktober 2006 einen Deutschkurs. Seine Deutschlehrerin war die ebenfalls verheiratete G, das spätere Opfer der Tat. Zwischen ihr und dem Angeklagten entwickelte sich ab Februar 2007 eine außereheliche intime Beziehung. Während für G von Anfang an feststand, dass sie für den Angeklagten weder

ihren Ehemann noch ihre beiden Kinder verlassen würde, entwickelte der Angeklagte die Vorstellung, gemeinsam mit G Deutschland zu verlassen und ins Ausland zu gehen. Nachdem diese die Sommerferien gemeinsam mit ihrem Mann und ihren Kindern in Litauen verbracht hatte, kehrte sie mit ihrer Familie am Abend des 8. September 2007 nach Kempten zurück.

[4] Am 12. September 2007 traf sie sich mit dem Angeklagten in dessen Wohnung. Bei diesem Treffen, das von dem Angeklagten heimlich gefilmt wurde, kam es zunächst einvernehmlich zum Geschlechtsverkehr, anschließend verlangte der Angeklagte von G, dass sie ihre Familie verlassen solle. Als sie dieses Ansinnen zurückwies, kam es zwischen ihr und dem Angeklagten zu einem heftigen Streit. Der Angeklagte warf ihr vor, auch noch mit anderen Männern außereheliche Beziehungen zu unterhalten. Außerdem drohte er ihr, ihren Mann von ihrer Affäre zu unterrichten und ihr Leben "kaputt" zu machen. Am nächsten oder übernächsten Tag kam es wegen dieser Streitigkeit auf einem Parkplatz zu einer Aussprache zwischen dem Angeklagten und G, in deren Verlauf der Angeklagte vorgab, ihre Entscheidung, sich nicht von ihrem Mann zu trennen, zu akzeptieren. Tatsächlich war er hiermit jedoch nicht einverstanden.

[5] Deshalb versuchte der Angeklagte am Morgen des 17. September 2007, dem Tattag, mehrfach G anzurufen, weil er sich noch einmal mit ihr treffen wollte. Als er sie von seinem Mobiltelefon aus erreichte, telefonierte der Angeklagte 20 Minuten mit ihr, bis sein Gesprächsguthaben aufgebraucht war. Dann rief er sie von seinem Festnetzanschluss in der ehelichen Wohnung an und telefonierte nochmals eine halbe Stunde mit ihr. G war schließlich mit einem weiteren Treffen einverstanden. Dieses fand um 10.00 Uhr auf dem Parkplatz eines Supermarktes in Kempten statt. Von dort aus fuhren G und der Angeklagte gemeinsam in dem Pkw der Familie der G zum Oyweiher, einem kleinen Stausee zwischen B. und W. Dort kam es erneut zu einem Streit, weil sich G weiterhin weigerte, ihre Familie zu verlassen und mit dem Angeklagten ins Ausland zu gehen. Der Angeklagte schlug ihr daraufhin heftig ins Gesicht, so dass es bei ihr zu erheblichem Nasenbluten kam. Mit einem weiteren kräftigen Schlag gegen den Hals brach er ihr das rechte obere Kehlkopfhorn. Dann entschloss er sich, G zu töten, weil sie nicht bereit war, ihre Familie zu verlassen und mit ihm ins Ausland zu gehen. Der Angeklagte wollte damit seinen absoluten Macht- und Besitzanspruch gegenüber G durchsetzen. Er erwürgte sie und legte ihren Leichnam in einer versteckt liegenden Erdmulde ab. Sodann bedeckte er die Leiche mit belaubten Ästen. Gs Handtasche versenkte er im Oyweiher. Anschließend fuhr er zurück nach Kempten, wo er das Auto der Familie der G auf dem Parkplatz eines ehemaligen Elektronik-Fachmarktes abstellte. Von dort

ging er zu Fuß zu seinem 900 Meter entfernt geparkten Fahrzeug und fuhr nach Hause, wo er noch an seinem Computer arbeitete. Danach holte er seine Ehefrau von der Arbeit ab, fuhr mit ihr zur Bank und hob von ihrem gemeinsamen Konto 10.800,- Euro ab.

[6] Bereits am Nachmittag des 17. September 2007 fiel auf, dass G verschwunden war. Sie hatte ihren Sohn nicht wie üblich von der Schule abgeholt und war auch über ihr Mobiltelefon nicht zu erreichen. Über ihre Telefonverbindungsdaten konnte festgestellt werden, dass sie zuletzt mit dem Angeklagten telefoniert hatte. Nachdem am 21. September 2007 der Pkw der Familie der G verlassen aufgefunden worden war, wurde der Angeklagte festgenommen. Seitdem befindet er sich aufgrund richterlichen Haftbefehls in der Justizvollzugsanstalt Kempten in Untersuchungshaft. Bei der Durchsuchung der Garage des Angeklagten fand die Polizei eine funktionsfähige halbautomatische Kurzwaffe, zwei Gaspistolen und ein Fallmesser, für die der Angeklagte keine waffenrechtliche Erlaubnis besaß. Am 9. Dezember 2007 wurde Gs stark verwester Leichnam zufällig am Oyweiher entdeckt. [...]

[10] Mit Beschluss vom 25. September 2007 ordnete der Ermittlungsrichter des Amtsgerichts Kempten auf Antrag der Staatsanwaltschaft an, dass Besuchskontakte zwischen dem Angeklagten und seiner Ehefrau in der Untersuchungshaft in einem separaten Raum durchzuführen und die dabei geführten Gespräche mittels Anbringung von Mikrofonen abzuhören und aufzuzeichnen seien. Die Anordnung wurde darauf gestützt, dass nach den bisherigen Ermittlungen davon ausgegangen werden müsse, dass der Angeklagte G getötet habe. Sie sei seit einem Treffen mit dem Angeklagten am 17. September 2007 spurlos verschwunden. Die Angaben des Angeklagten, G sei während des Treffens auf ihrem Mobiltelefon angerufen worden, habe russisch mit dem Anrufer gesprochen und sei im Anschluss an das Treffen mit dem Angeklagten zu zwei Russen ins Auto gestiegen, seien aufgrund der eingeholten Telefonverbindungsdaten widerlegt. Es sei deshalb zu erwarten, dass der Angeklagte mit seiner Ehefrau Einzelheiten zur Tat besprechen werde. Ohne die Abhörmaßnahme seien die weiteren Ermittlungen aussichtslos oder würden wesentlich erschwert.

[11] In Vollziehung der ermittelungsrichterlichen Anordnung wurden die Gespräche des Angeklagten mit seiner Ehefrau bei deren jeweils halbstündigen Besuchen in der Untersuchungshaft von beiden unbemerkt akustisch überwacht. Die Gespräche fanden jeweils in einem separaten Raum der Haftanstalt statt; dabei wurde - entsprechend der richterlichen Anordnung - seitens der Ermittlungsbehörden bewusst auf die sonst übliche Anwesenheit einer Aufsichtsperson verzichtet, so dass dem Angeklagten, der sich mit seiner Ehefrau in seiner Muttersprache unterhalten konnte, der Eindruck einer unüberwachten Gesprächssituation ver-

mittelt wurde. Um gleichwohl eine Verwertung der Äußerungen des Angeklagten gegenüber seiner Ehefrau zu ermöglichen, wurden die Gespräche mittels einer Abhöreinrichtung elektronisch aufgezeichnet und zudem in einen Nebenraum übertragen, wo sie von einer Dolmetscherin mitgehört wurden. Auf der Grundlage der elektronischen Gesprächsaufzeichnung fertigte die Dolmetscherin anschließend noch eine wörtliche Übersetzung in schriftlicher Form. Hierdurch wurde auch dokumentiert, dass der Angeklagte bei dem am 15. Oktober 2007 aufgezeichneten Gespräch seiner Ehefrau mitgeteilt hatte, dass G tot sei. In dem aufgezeichneten Gespräch forderte der Angeklagte seine Ehefrau mehrfach auf, ihm ein Alibi zu verschaffen. Sie solle eine Videonachricht anfertigen und an die Staatsanwaltschaft und seine Verteidiger schicken. Darin solle sie die Verantwortung für den Tod der G auf sich nehmen und behaupten, sie habe aus Eifersucht zwei russische Auftragsmörder engagiert, die G für 30.000,- Euro getötet hätten. Anschließend solle seine Ehefrau nach Italien fliehen.

[12] Am fünften Hauptverhandlungstag wurde die Niederschrift dieses aus der marokkanischen Sprache übersetzten Gesprächs zwischen dem Angeklagten und seiner Ehefrau auf Anordnung des Vorsitzenden verlesen. Den von der Verteidigung gegen die Verwertung des abgehörten Gesprächs erhobenen Widerspruch wies das Landgericht mit der Begründung zurück, dass die formellen und materiellen Voraussetzungen für die Anordnung der Überwachungsmaßnahme vorgelegen hätten und die dabei gewonnenen Erkenntnisse deshalb verwertbar seien.

Aus den Gründen:

[1] Das Landgericht hat den Angeklagten wegen Mordes, begangen aus niedrigen Beweggründen, und wegen unerlaubten Besitzes einer halbautomatischen Kurzwaffe in Tateinheit mit unerlaubtem Besitz von zwei Schusswaffen und in weiterer Tateinheit mit dem Besitz eines verbotenen Fallmessers zu einer lebenslangen Gesamtfreiheitsstrafe verurteilt. Die sichergestellten Waffen wurden eingezogen.

[2] Die Revision des Angeklagten greift mit Verfahrensrügen und der Sachrüge die Verurteilung wegen Mordes an. Sie hat mit einer Verfahrensrüge Erfolg, damit entfällt zugleich die Gesamtstrafe.

A. Beweiswürdigung des LG

[...] [7] Der Angeklagte bestreitet die Tat. Das Landgericht hat seine Überzeugung von der Täterschaft des Angeklagten im Wesentlichen gestützt auf die Erkenntnisse aus den Telefonverbindungsdaten vom Tattag, auf die vom Opfer stammenden Blutspuren an der vom Angeklagten am Tattag getragenen Kleidung, auf von ihm stammende DNA-Spuren im Fahrzeug der Getöteten und auf die vom Angeklagten am 12. Sep-

tember 2007 heimlich gefertigte Videoaufzeichnung seines Zusammenseins mit G in seiner Wohnung. Außerdem hat es die Strafkammer als ein deutliches Indiz für die Täterschaft des Angeklagten angesehen, dass er in einem heimlich abgehörten Gespräch mit seiner Ehefrau, das am 15. Oktober 2007 in einem separaten Besuchsraum der Haftanstalt stattfand, noch vor dem Auffinden der Leiche geäußert hatte, dass G tot sei. In diesem Gespräch bat der Angeklagte seine Ehefrau zudem, die Schuld für Gs Tod auf sich zu nehmen und gegenüber den Ermittlungsbehörden anzugeben, dass sie zwei Russen mit deren Ermordung beauftragt habe, um den Angeklagten dafür zu bestrafen, dass er sie hintergangen habe.

B. Entscheidung des BGH

[8] Die Revision des Angeklagten hat hinsichtlich der allein noch angegriffenen Verurteilung wegen Mordes bereits mit einer Verfahrensrüge Erfolg. Gegenstand der Rüge ist die Beanstandung, die Strafkammer habe zu Unrecht die Erkenntnisse aus dem am 15. Oktober 2007 in einem separaten Besuchsraum während der Untersuchungshaft heimlich abgehörten Gespräch zwischen dem Angeklagten und seiner Ehefrau zur Überführung des Angeklagten herangezogen. Auf die übrigen Verfahrensrügen und die Sachrüge kommt es daher nicht mehr an.

I. Zum Sachverhalt

[9] Der Verfahrensrüge liegt folgender Geschehensablauf zugrunde: [...]

II. Inhalt und Argumentation der Verfahrensrüge

[13] Die Revision beanstandet, dass die Erkenntnisse aus dem abgehörten Gespräch nicht hätten verwertet werden dürfen. Die gerichtlich angeordnete Abhörmaßnahme sei insbesondere deshalb unstatthaft gewesen, weil Gespräche eines Untersuchungsgefangenen mit Angehörigen im Rahmen eines Besuchs in der Untersuchungshaft nach § 100f StPO nur dann abgehört werden dürften, wenn der Besuch erkennbar von einem Vollzugsbeamten überwacht werde. Dies sei hier nicht der Fall gewesen. Vielmehr habe die zur Überwachung geschaffene Besuchssituation einen "unmittelbar täuschenden und irreführenden Charakter" gehabt, indem dem Angeklagten erlaubt worden sei, seine Ehefrau in einem separaten Raum und ohne die in der Untersuchungshaft übliche (erkennbare) Überwachung durch einen Vollzugsbeamten zu empfangen. Das Vorgehen der Ermittlungsbehörden sei gezielt darauf ausgerichtet gewesen, den Angeklagten und seine Ehefrau "in Sicherheit zu wiegen" und bei ihnen den Eindruck zu erwecken, sie könnten unbelauscht über "alles" sprechen. Dies führe zur Unzulässigkeit der Abhörmaßnahme und zu einem Verbot der Verwertung der hierbei gewonnenen Erkenntnisse. Auf

der unzulässigen Verwertung der Abhörmaßnahme beruhe das Urteil, weil das Landgericht seine Überzeugung von der Täterschaft des Angeklagten maßgeblich auf die Erkenntnisse aus der Abhörmaßnahme gestützt habe.

III. Begründetheit der Rüge wegen Unverwertbarkeit des abgehörten Gesprächs

[14] Die zulässige Rüge hat Erfolg. Das am 15. Oktober 2007 heimlich abgehörte Gespräch zwischen dem Angeklagten und seiner Ehefrau bei deren Besuch in der Untersuchungshaft durfte nicht zu Beweis Zwecken verwertet werden. Die Gesamtschau der Umstände der akustischen Gesprächsüberwachung belegt eine Verletzung des Rechts auf ein faires Verfahren (Art. 20 Abs. 3 GG i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG). Dies ist im vorliegenden Fall durch ein Beweisverwertungsverbot zu kompensieren.

1. Kein Verstoß gegen §§ 100a, 100c, 100f StPO

[15] Das Beweisverwertungsverbot lässt sich allerdings nicht unmittelbar aus § 100f StPO und auch nicht aus einer entsprechenden Anwendung der Kernbereichsregelungen in § 100c und § 100a StPO herleiten.

a) Abhören verstößt nicht gegen § 100f StPO

[16] Die ermittelungsrichterliche Anordnung der Maßnahme erging auf der Grundlage des hierfür einschlägigen § 100f StPO. Allein daran gemessen, wäre das Vorgehen nicht zu beanstanden.

aa) Anwendbarkeit von § 100f StPO beim Abhören von Besuchsräumen

[17] Denn das nichtöffentlich gesprochene Wort wurde mit technischen Mitteln außerhalb von Wohnungen abgehört und aufgezeichnet. Der Besuchsraum der Haftanstalt ist keine Wohnung im Sinne des Art. 13 GG. Bereits Hafträume einer Justizvollzugsanstalt werden vom Schutzbereich des Art. 13 GG nicht umfasst, da das Hausrecht der Anstalt die Befugnis der Vollzugsbediensteten beinhaltet, die Hafträume jederzeit unabhängig vom Einverständnis der dort untergebrachten Gefangenen zu betreten (BVerfG NStZ 1996, 511). Für Besuchsräume gilt dies wegen der dort bestehenden besonderen Überwachungs- und Eingriffsbefugnisse des Anstaltspersonals (für die Untersuchungshaft gemäß § 119 Abs. 3 StPO, Nr. 27 Abs. 1 und Abs. 3 UVollzO; für die Strafhaft gemäß § 168 Abs. 3 StVollzG) erst recht (BGHSt 44, 138, 141); sie schaffen keine räumliche Privatsphäre, wie sie bei einer Wohnung besteht.

bb) Zum Vorliegen der Voraussetzungen des § 100f StPO

[18] Der Ermittlungsrichter hat in seinem An-

ordnungsbeschluss vom 25. September 2007 dargelegt, dass gegen den Angeklagten der Verdacht des Mordes - einer Katalogtat nach § 100a Satz 1 Nr. 2 StPO aF (jetzt: § 100a Abs. 2 Nr. 1h StPO) - bestand und dass die Erforschung des Sachverhalts ohne die Überwachungsmaßnahme aussichtslos oder erheblich erschwert gewesen wäre (vgl. § 100f Abs. 1, 2 und 4 i.V.m. § 100d Abs. 2 StPO).

[19] Der Ermittlungsrichter hat den ihm hierbei zustehenden Beurteilungsspielraum nicht überschritten (vgl. BGH NStZ 2003, 215, 216 m.w.N.). Seine Bewertung der Beweislage und des Subsidiaritätsgrundsatzes war mindestens vertretbar. So war namentlich die Leiche des vermissten Tatopfers noch nicht aufgefunden und ausweislich der Telekommunikationsverbindungsdaten hatte der Angeklagte kurz vor dem Verschwinden des Opfers mit diesem telefoniert.

cc) Keine Rechtswidrigkeit des Beschlusses wegen Fehlens einer Befristung

[20] Dass der Anordnungsbeschluss keine ausdrückliche Befristung der Maßnahme auf drei Monate enthielt (vgl. § 100f Abs. 2 i.V.m. § 100b Abs. 2 Satz 4 aF sowie § 100f Abs. 4 i.V.m. § 100b Abs. 1 Satz 4 StPO nF), ist hier unschädlich. Die Überwachung wurde innerhalb von drei Monaten durchgeführt und damit noch vor Überschreiten der vom Gesetzgeber für derartige Maßnahmen normierten zeitlichen Obergrenze.

dd) Keine Rechtswidrigkeit wegen fehlender Erkennbarkeit der Überwachung

[21] Die Maßnahme war auch nicht allein schon deshalb unzulässig, weil, wie die Revision meint, jedes Gespräch des Untersuchungsgefangenen mit einem Besucher "erkennbar von einem Beamten überwacht" werden müsse. Die akustische Gesprächsüberwachung darf nach § 100f Abs. 1 StPO "auch ohne Wissen der Betroffenen" angeordnet werden. Insofern wäre - gemessen an § 100f StPO - die Entscheidung des 3. Strafsenats des BGH vom 24. Juli 1998 (BGHSt 44, 138), falls sie so zu verstehen wäre, schon durch die später erfolgte Gesetzgebung überholt. Zudem war das Kriterium "Erkennbarkeit der Besuchsüberwachung" so nicht zu verstehen; denn für den 3. Strafsenat war es lediglich eines von mehreren Kriterien, das im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung im Einzelfall für die Zulässigkeit auch heimlicher Überwachungsmaßnahmen streiten konnte. Eine zusätzliche Eingriffsvoraussetzung für derartige Gesprächsüberwachungen sollte damit nicht statuiert werden (vgl. auch Schneider NStZ 2001, 8, 14).

b) Anordnung des Abhörens würde nicht gegen §§ 100a, 100c StPO verstoßen

[22] Der Senat braucht nicht zu entscheiden, ob die

Kernbereichsregelungen des § 100c oder des § 100a StPO entsprechend anzuwenden sind. Denn selbst nach den diesen Vorschriften zugrunde liegenden gesetzgeberischen Wertungen läge hier kein Beweiserhebungs- oder -verwertungsverbot vor.

aa) Keine generelle Ausweitung des Kernbereichsschutzes der §§ 100a, 100c StPO auf § 100f StPO

[23] Die in §§ 100c, 100a StPO zum Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung normierten Beweiserhebungs- und -verwertungsverbote beruhen auf den Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts in BVerfGE 109, 279 zu den sich aus Art. 1 und Art. 13 GG ergebenden Grenzen einer akustischen Wohnraumüberwachung. Die Regelungen entsprechen diesen Vorgaben.

[24] Der Gesetzgeber hatte bei der Neuregelung der §§ 100a ff. StPO ein in sich geschlossenes Regelungskonzept vor Augen, dem je nach Eingriffsintensität der Maßnahmen abgestufte Verwertungsverbote zugrunde liegen. Ersichtlich deshalb hat er für § 100f StPO - anders als bei §§ 100c und 100a StPO - keinen Kernbereichsschutz vorgesehen. Von daher könnte sich bereits die Frage stellen, ob Gerichte überhaupt noch befugt sind, diese gesetzgeberische Konzeption durch eine Ausweitung der Kernbereichsregelungen der §§ 100a und 100c StPO auf § 100f StPO zu durchbrechen. Für eine entsprechende Anwendung - freilich nur im Einzelfall - könnte aber immerhin sprechen, dass auch bei einer akustischen Gesprächsüberwachung außerhalb von Wohnungen der Kernbereich tangiert sein kann und dass der Gesetzgeber den - eher ungewöhnlichen - Fall der heimlichen Gesprächsüberwachung von Untersuchungsgefangenen mit nahen Angehörigen nicht im Blick hatte.

bb) Zur negativen Kernbereichsprognose im vorliegenden Fall, §§ 100a IV 1, 100c IV 1 StPO analog

[25] Eine entsprechende Anwendung des Beweiserhebungsverbots des § 100c Abs. 4 Satz 1 StPO oder des § 100a Abs. 4 Satz 1 StPO kommt aber schon deshalb nicht in Betracht, weil die ex ante zu treffende Kernbereichsprognose des Ermittlungsrichters bei der hier gegebenen Fallgestaltung negativ ausgefallen ist und auch so ausfallen musste. Wegen des Gesprächsinhalts käme auch ein Verwertungsverbot aufgrund der Ausnahmeregelung des § 100c Abs. 5 Satz 3 StPO nicht in Betracht.

(1) Prognose hinsichtlich der Art der zu überwachenden Räumlichkeiten

[26] Schon die "Art der zu überwachenden Räumlichkeiten" - hier der Besuchsraum der Untersuchungshaftanstalt - drängt zu einer negativen Kernbereichsprognose. Dass sich Untersuchungsgefangene aufgrund gerichtlicher Entscheidungen und damit staatli-

chen Zwangs in der Untersuchungshaft befinden, führt nicht dazu, dass der Besuchsraum der Haftanstalt als unantastbarer Kernbereich privater Lebensgestaltung des Untersuchungsgefangenen einzustufen wäre. Ein Einzelbesuchsraum in der Haftanstalt wird auch nicht dadurch zum geschützten Privatraum, dass bei Besuchen von der gemäß § 119 Abs. 3 StPO, Nr. 27 Abs. 1 und Abs. 3 UVollzO gebotenen offenen Besuchsüberwachung durch einen Vollzugsbeamten abgesehen wird. Der Untersuchungsgefangene muss aufgrund der Beschränkungen und des Zwecks der Untersuchungshaft jederzeit damit rechnen, dass Vollzugsbedienstete den Besuchsraum ohne Vorankündigung betreten und von ihren Überwachungs- und Eingriffsbefugnissen Gebrauch machen (vgl. BGHSt 44, 138, 141).

(2) Prognose hinsichtlich des Verhältnisses der zu überwachenden Personen

[27] Das gilt auch für Gespräche mit nahen Angehörigen, denn das "Verhältnis der zu überwachenden Personen zueinander" lässt - jedenfalls bei einer Fallgestaltung wie hier - die Prognose begründet erscheinen, dass solche Gespräche nicht ausschließlich privaten Charakter, sondern auch "Verdunkelungshandlungen" zum Gegenstand haben. Deshalb wird die Kernbereichsprognose noch eher negativ ausfallen müssen, als bei Gesprächen in Betriebs- oder Geschäftsräumen (§ 100c Abs. 4 Satz 2 StPO).

[28] Der Überwachungsanordnung des Ermittlungsrichters lag die Prognose zugrunde, der Beschuldigte werde mit seiner Ehefrau über die Tat sprechen. Diese Prognose ist revisionsgerichtlich nicht zu beanstanden; denn sie stützte sich auf eine ausreichende Sachengrundlage. Es bestanden gewichtige Anhaltspunkte dafür, dass der Angeklagte mit G seit längerer Zeit ein intimes Verhältnis gehabt hatte. Er hatte selbst eingeräumt, sich mit ihr noch am Tag ihres Verschwindens getroffen zu haben. Außerdem hatte er in Bezug auf einen angeblichen Telefonanruf, den G während des Treffens von einem russisch sprechenden Anrufer erhalten habe, nachweislich die Unwahrheit gesagt, was letztlich auch zu seiner Verhaftung geführt hatte. Angesichts dieser Umstände war zu erwarten, dass die Ereignisse im Zusammenhang mit diesem Treffen und der Verhaftung des Angeklagten Gegenstand des Gesprächs mit der Ehefrau sein würden.

cc) Bestätigung der Prognose durch den späteren Gesprächsinhalt

[29] Tatsächlich hat sich die Prognose des Ermittlungsrichters auch bestätigt, weil der Angeklagte mit seiner Ehefrau "Gespräche über begangene Straftaten" führte; solche Gespräche sind nicht dem Kernbereich privater Lebensgestaltung zuzurechnen (§ 100c Abs. 4 Satz 3 StPO).

[30] Der Angeklagte gab im Verlauf des überwachten

Gesprächs nicht nur an, dass die zu diesem Zeitpunkt lediglich vermisste G tot sei. Er forderte seine Ehefrau zudem mehrfach auf, eine Videoaufzeichnung anzufertigen und diese an die Staatsanwaltschaft und seine Verteidiger zu schicken. In diesem Video sollte sie gestehen, aus Eifersucht zwei russische Auftragsmörder mit der Tötung Gs beauftragt zu haben, die von diesen dann gefesselt und verletzt worden sei. Weiterhin sollte sie angeben, Blut und Sperma des Angeklagten am Mund bzw. an der Scheide des Opfers hinterlassen zu haben. Die Äußerungen des Angeklagten im abgehörten Gespräch mit seiner Ehefrau enthielten somit Angaben, die sich auf die ihm vorgeworfene Straftat - nämlich die Ermordung Gs - bezogen.

[31] Der Senat braucht deshalb auch nicht zu entscheiden, ob die Erhebungs- und Verwertungsverbote des § 100c Abs. 4 und Abs. 5 StPO für den Fall der Wohnraumüberwachung, die in § 100f StPO keine Entsprechung haben, aufgrund eines Erstrecht-Schlusses für den Bereich der akustischen Überwachung außerhalb von Wohnungen überhaupt zur Anwendung kommen können.

2. Zum Vorliegen eines Beweisverwertungsverbots wegen Verstoß gegen das Recht auf ein faires Verfahren ("fair trial"-Grundsatz)

[32] Auch wenn danach ein Erhebungs- und Verwertungsverbot aus § 100f StPO - selbst bei unterstellter entsprechender Anwendung der Kernbereichsregelungen der §§ 100c, 100a StPO - nicht hergeleitet werden kann, liegt bei der hier gegebenen Fallgestaltung ein Verstoß gegen das Recht auf ein faires Verfahren (Art. 20 Abs. 3 GG i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG) mit der Folge eines Beweisverwertungsverbots vor.

[33] Ein solcher Verstoß folgt aus einer Gesamtschau der Umstände bei der Durchführung der akustischen Gesprächsüberwachung und des Vorgehens der Ermittlungsbehörden vor dem Hintergrund der besonderen Situation des Angeklagten in der Untersuchungshaft. Der Verstoß führt zu einem Beweisverwertungsverbot, weil das Beweismittel auf eine unzulässige, gegen das Recht auf ein faires Verfahren verstoßende Weise erlangt wurde.

a) Zum "fair trial"-Grundsatz

[34] Das Recht des Beschuldigten auf ein faires Verfahren wurzelt im Rechtsstaatsprinzip in Verbindung mit den Freiheitsrechten des Grundgesetzes (Art. 20 Abs. 3 GG i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG). Es verbietet, den Menschen zum bloßen Objekt eines staatlichen Verfahrens herabzuwürdigen, und es verpflichtet den Staat zu korrektem und fairem Verfahren.

aa) Rechtsstaatliche Berücksichtigung des "fair trial"-Grundsatzes

[35] Die Ausgestaltung des Strafverfahrensrechts in

einer Weise, dass der Grundsatz des fairen Verfahrens gewahrt wird, ist in erster Linie dem Gesetzgeber und sodann - in den vom Gesetz gezogenen Grenzen - den Gerichten bei der ihnen obliegenden Rechtsanwendung und -auslegung aufgegeben. Eine Verletzung des Rechts auf ein faires Verfahren liegt erst dann vor, wenn eine Gesamtschau auf das Verfahrensrecht - auch in seiner Auslegung und Anwendung durch die Gerichte - ergibt, dass rechtsstaatlich zwingende Forderungen nicht gezogen worden sind oder rechtsstaatlich Unverzichtbares preisgegeben wurde (BVerfG aaO; vgl. auch BVerfGE 57, 250, 276; 64, 135, 145). Im Rahmen dieser Gesamtschau sind auch die Erfordernisse einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege in den Blick zu nehmen (vgl. BVerfGE 47, 239, 250; 80, 367, 375). Das Rechtsstaatsprinzip, das die Idee der Gerechtigkeit als wesentlichen Bestandteil enthält, fordert nicht nur eine faire Ausgestaltung und Anwendung des Strafverfahrensrechts. Es gestattet und verlangt auch die Berücksichtigung der Belange einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege, ohne die der Gerechtigkeit nicht zum Durchbruch verholfen werden kann (vgl. BVerfGE 35, 367, 383; 46, 214, 222). Der Rechtsstaat kann sich aber nur verwirklichen, wenn ausreichende Vorkehrungen dafür getroffen sind, dass Straftäter im Rahmen der geltenden Gesetze verfolgt, abgeurteilt und einer gerechten Bestrafung zugeführt werden (st. Rspr.; vgl. nur BVerfGE 33, 367, 383; 46, 214, 222; BVerfG, Beschl. vom 18. März 2009 - 2 BvR 2025/07).

bb) Inhalt des "fair trial"-Grundsatzes

[36] Das Recht auf ein faires Verfahren umfasst dabei das Recht jedes Angeklagten auf Wahrung seiner Aussage- und Entschließungsfreiheit innerhalb des Strafverfahrens. Es hat in dem verfassungsrechtlich verankerten Gebot der Selbstbelastungsfreiheit ("nemo tenetur se ipsum accusare") und in den Vorschriften der § 136a, § 163a Abs. 4 Satz 2 StPO seinen Niederschlag gefunden. Das Verbot des Zwangs zur Selbstbelastung bedeutet, dass im Rahmen des Strafverfahrens niemand gezwungen werden darf, sich durch seine eigene Aussage einer Straftat zu bezichtigen oder zu seiner Überführung aktiv beizutragen (vgl. BVerfGE 109, 279, 324; 56, 37, 49). Nach der Rechtsprechung des EGMR ist das Schweigerecht eines Beschuldigten und seine Entscheidungsfreiheit, in einem Strafverfahren auszusagen oder zu schweigen, etwa dann verletzt, wenn die Strafverfolgungsbehörden in einem Fall, in dem sich der Beschuldigte für das Schweigen entschieden hat, eine Täuschung anwenden, um ihm Geständnisse oder andere belastende Angaben zu entlocken, die sie in einer Vernehmung nicht erlangen konnten, und die so erlangten Geständnisse oder selbst belastenden Aussagen in den Prozess als Beweise einführen (EGMR StV 2003, 257, 259 [m.

Anm. Gaede]). Ob das Schweigerecht in einem solchen Maß missachtet wurde, dass eine Verletzung von Art. 6 MRK gegeben ist, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab (EGMR aaO).

b) Zur Verletzung des Rechts auf ein faires Verfahren im vorliegenden Fall

[37] Ausgehend von diesen Grundsätzen stellt sich im vorliegenden Fall die heimliche akustische Überwachung des Ehegattengesprächs im Besucherraum bei einer Gesamtschau aller hierfür bedeutsamen Umstände als eine Verletzung des Rechts auf ein faires Verfahren dar.

aa) Gesamtschau aller Umstände zur Prüfung einer Rechtsverletzung erforderlich

[38] Zwar ist grundsätzlich davon auszugehen, dass die gesetzlichen Regelungen der StPO sich als Konkretisierungen des Rechtsstaatsprinzips in seiner Ausgestaltung als Gebot fairer Verfahrensführung darstellen. Das gilt auch und besonders für die heimliche Gesprächsüberwachung nach den §§ 100a ff. StPO.

[39] Hier liegt aber eine besondere Fallgestaltung vor, die dadurch gekennzeichnet ist, dass gleich mehrere unverzichtbare rechtsstaatliche Grundsätze tangiert wurden, und das nicht nur am Rande. Zwar sind die einzelnen Grundsätze - jeweils für sich isoliert betrachtet - noch nicht in einem Ausmaß verletzt, dass allein schon aus dem jeweils einzelnen Grundsatz ein Verwertungsverbot abzuleiten wäre. Eine derart isolierte Betrachtung würde indessen der hier von den Ermittlungsbehörden praktizierten Vorgehensweise nicht gerecht. Daraus folgt, dass eine der Gesamtsituation angemessene Bewertung nur durch eine Betrachtung des Verfahrens als Ganzes - also bei Berücksichtigung aller Umstände der Gesprächsüberwachung - erfolgen kann.

bb) Zum Fehlen einer Beeinflussung des Gesprächsinhalts durch die Strafverfolgungsbehörden

[40] Der Senat verkennt nicht, dass die Strafverfolgungsbehörden den Angeklagten nicht durch gezieltes und beharrliches Einwirken seitens eines nur zu diesem Zweck auf ihn angesetzten Gesprächspartners zu einer selbstbelastenden Aussage veranlasst haben, wie dies etwa bei dem Einsatz eines Verdeckten Ermittlers oder bei dem Tätigwerden eines als Vertrauensperson eingesetzten Mitgefangenen der Fall sein könnte (vgl. dazu BGHSt 34, 362, 363; 44, 129, 136; BGH NJW 2007, 3138, 3141). Vielmehr wurde durch die eigentliche Überwachungsmaßnahme lediglich "abgeschöpft", was der Angeklagte aus freien Stücken gegenüber seiner Ehefrau äußerte, weil er sich unbeobachtet fühlte. Für sich genommen begegnet dies keinen rechtlichen Bedenken, zumal die Ermittlungsbehörden auf den Gesprächsinhalt der Eheleute keinerlei Einfluss ge-

nommen haben.

cc) Berücksichtigung der besonderen Umstände des vorliegenden Falles

[41] In die für die Frage, ob dem Angeklagten ein faires Verfahren zuteil wurde, vorzunehmende Gesamtschau sind aber auch die besonderen Verhältnisse des Untersuchungshaftvollzuges und die Ausgestaltung der Ehegatten-Besuchskontakte durch die Ermittlungsbehörden im konkreten Fall einzubeziehen.

(1) Zur Überwachung von Gesprächen zwischen Untersuchungshäftlingen und Besuchern

[42] Der Vollzug der Untersuchungshaft hat den Zweck, die Durchführung eines geordneten Strafverfahrens zu gewährleisten und die spätere Strafvollstreckung sicherzustellen. Die Untersuchungshaft darf aber weder dazu missbraucht werden, das Aussageverhalten des Beschuldigten zu beeinflussen (BGHSt 34, 362, 363), noch darf sie auf eine Totalausforschung des Untersuchungsgefangenen hinauslaufen. Deshalb wäre es unzulässig, wenn etwa sämtliche Gespräche eines Untersuchungsgefangenen ohne konkreten Anlass abgehört würden, um überhaupt erst feststellen zu können, ob die Informationserhebung für das Strafverfahren relevante Inhalte betrifft (vgl. BVerfGE 109, 279, 323; BGHSt 44, 138, 143; Schneider aaO S. 14). Andererseits müssen Besuche in der Untersuchungshaft oft bereits deshalb - offen oder verdeckt - überwacht werden, damit Verdunkelungshandlungen verhindert werden können.

(2) Zur Zulässigkeit der Einschränkung des Kontakts zwischen dem Angeklagten und seiner Ehefrau

[43] Deswegen war es im vorliegenden Fall, in dem angesichts der Beweissituation Verdunkelungshandlungen nicht fern lagen, für sich allein auch nicht bedenklich, dass die Kontaktmöglichkeiten des Angeklagten zu seiner Ehefrau während der Untersuchungshaft zeitlich und örtlich erheblich eingeschränkt wurden. Vor dem Hintergrund des Zwecks der Untersuchungshaft hatte der Angeklagte auch keinen Anspruch darauf, mit seiner Ehefrau ungestört und unüberwacht sprechen zu können.

(3) Zum Fehlen einer Ausweichmöglichkeit

[44] Allerdings ist in die Gesamtbetrachtung auch die durch die Haft bedingte Beschränkung des Angeklagten einzubeziehen, die ihm ein Ausweichen auf einen anderen Gesprächsort - etwa eine Wohnung - unmöglich machte. Er war daher darauf angewiesen, auch Persönliches, das keinen Bezug zu der ihm vorgeworfenen Tat hatte, im Rahmen dieser Besuche mit seiner Ehefrau zu besprechen. Auch dieser Umstand macht die Überwachungsmaßnahme für sich allein nicht zu einer unfairen Verfahrensgestaltung; denn die Über-

wachung wurde angeordnet, weil aufgrund konkreter Anhaltspunkte damit zu rechnen war, dass gerade der Tatvorwurf und nicht nur persönliche Dinge der Ehegatten zur Sprache kommen würden. Es lag auf der Hand, dass der gegen den Angeklagten erhobene gravierende Tatvorwurf und die Umstände, die zu seiner Verhaftung geführt haben, zwischen den Eheleuten zur Sprache kommen würden, zumal es lebensfremd gewesen wäre, anzunehmen, die Ehefrau würde die außereheliche Beziehung des Angeklagten zu der Person, deren Tötung dem Angeklagten zur Last lag, unerörtert lassen. Auch wenn es in einer solchen Situation einem Beschuldigten regelmäßig schwer fallen dürfte, nicht über den Tatvorwurf zu sprechen - insbesondere, um nicht eventuelles Täterwissen zu offenbaren - stellt die akustische Überwachung der Besuchskontakte zum Ehegatten noch keinen Zwang zur Selbstbelastung dar. Der Beschuldigte kann letztlich selbst entscheiden, was er seinem Ehegatten offenbart und was nicht, auch wenn der in Betracht kommende Gesprächsstoff angesichts der Überwachungssituation erheblich eingeschränkt ist.

dd) Zur Täuschung des Angeklagten über das Fehlen einer Überwachung

[45] In der von den Beschränkungen des Untersuchungshaftvollzuges geprägten Gesprächssituation erlangt hier aber das Vorgehen der Ermittlungsbehörden besonderes Gewicht, das die Fehlvorstellung beim Angeklagten nicht nur hervorrufen musste, sondern auch sollte, er könne mit seiner Ehefrau unüberwacht sprechen.

[46] Zwar ist die Anwendung einer kriminalistischen List auch bei Ermittlungsmaßnahmen in der Haftanstalt nicht unzulässig; auch ist es gerade das Charakteristikum von heimlichen Überwachungsmaßnahmen, dass der Überwachte sich unbeobachtet fühlt.

[47] Die Ermittlungsbehörden haben sich aber in einer Situation, in der dem Angeklagten ein Ausweichen auf ein von ihm selbst gewählten Gesprächsort nicht möglich war, nicht darauf beschränkt, die Gespräche des Angeklagten zu seiner Ehefrau akustisch zu überwachen. Sie haben vielmehr bewusst eine von den üblichen Abläufen in der Untersuchungshaft derart abweichende Besuchssituation geschaffen, dass nicht lediglich ein Irrtum des Angeklagten ausgenutzt wurde. Vielmehr wurde, anders kann man das Vorgehen nicht verstehen, die Situation - gezielt - zur Erlangung einer gerichtsverwertbaren Selbstbelastung des Angeklagten herbeigeführt. Im Rahmen ihres Vorgehens haben die Ermittlungsbehörden mit mehreren aufeinander abgestimmten Maßnahmen dem Angeklagten den Eindruck vermittelt, er erhalte nun eine Sonderbehandlung und dürfe sich völlig ungestört und ohne jegliche Überwachung mit seiner Ehefrau - noch dazu in marokkanischer Sprache - unterhalten.

[48] Zum einen wurde für die Besuche der Ehefrau des Angeklagten nicht der gewöhnlich verwendete Besuchsraum genutzt; vielmehr wurde dem Angeklagten für den Besuchskontakt mit seiner Ehefrau ein "separater Raum" zugewiesen. Zum anderen fanden diese Besuche - abweichend von den üblichen Abläufen in der Haftanstalt - stets ohne offene Überwachung durch einen Vollzugsbeamten statt. Besuche in der Untersuchungshaft werden aber nach § 119 Abs. 3 StPO entsprechend Nr. 27 UVollzO in der Regel erkennbar überwacht, gerade weil bei diesen auch die Gefahr von Verdunkelungshandlungen besteht und deshalb ein unmittelbares Eingreifen durch den überwachenden Beamten erforderlich werden kann (vgl. Nr. 27 Abs. 3 UVollzO).

[49] Angesichts dieser Einwirkung auf das Vorstellungsbild des Angeklagten, die ihn zu der Fehlvorstellung gelangen ließ, die Besuche würden nicht überwacht, ist das Vorgehen der Ermittlungsbehörden unter gezielter Ausnutzung der besonderen Situation des Untersuchungshaftvollzuges zur Erlangung einer prozessverwertbaren Selbstbelastung des Angeklagten schon vor dem Hintergrund des verfassungsrechtlich verankerten Verbots eines Zwangs zur Selbstbelastung ("nemo tenetur se ipsum accusare") bedenklich.

[50] Dieser Bewertung steht hier nicht entgegen, dass - isoliert betrachtet - der Abwesenheit eines Vollzugsbediensteten zur Besuchsüberwachung nach außen regelmäßig allenfalls der Erklärungsinhalt zukommt, dass Beeinträchtigungen der Haftzwecke während des Besuchs von Seiten der Strafverfolgungsbehörden nicht besorgt werden (vgl. Schneider aaO S. 14). Jedenfalls dann, wenn einem Untersuchungsgefangenen für die Kontakte mit der Ehefrau abweichend von der allgemeinen Praxis stets ein gesonderter Raum zur Verfügung gestellt wird, in dem zu keinem Zeitpunkt ein Vollzugsbediensteter zur Gesprächsüberwachung anwesend ist, verliert die Überwachungsmaßnahme den Charakter einer bloßen "Abschöpfung" freiwilliger Äußerungen und wird zur bewussten Irreführung (zum Ausnutzen eines bestehenden Irrtums durch die Strafverfolgungsbehörden vgl. BGHSt 39, 335, 348).

[51] Zwar hat diese - wie auch die Verteidigung zu Recht in der Hauptverhandlung hervorgehoben hat - noch nicht die Qualität einer Täuschung oder eines unzulässigen Zwangs im Sinne von § 136a StPO. Jedenfalls in der Gesamtschau stellt sich hier aber das Vorgehen der Strafverfolgungsbehörden mit Blick auf die besondere Situation des Untersuchungshaftvollzuges als Verletzung des Rechts auf ein faires Verfahren dar. Die Beweisgewinnung greift danach in erheblicher Weise in die Verfahrensrechte des Angeklagten ein und war somit unzulässig. Sie hat ein Beweiswertungsverbot zur Folge.

c) Kein überwiegendes Interesse an der Verurteilung
[52] Eine andere Wertung ergibt sich hier auch nicht mit Blick auf die bei der Gesamtschau der maßgeblichen Umstände zu beachtenden Erfordernisse einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege.

[53] Dieser kommt freilich bei schwer wiegenden Delikten - wie hier beim Tatvorwurf des Mordes - erhebliche Bedeutung zu. Der Grundsatz des fairen Verfahrens verlangt nicht, allein im Hinblick auf die besonderen Umstände des Untersuchungshaftvollzuges von heimlichen Ermittlungsmaßnahmen in der Haftanstalt - generell - Abstand zu nehmen. Im Gegenteil gebietet es gerade der Rechtsstaat, dass auch in Justizvollzugsanstalten effektive Ermittlungen durchgeführt werden, um zu gewährleisten, dass Straftäter im Rahmen der geltenden Gesetze verfolgt, abgeurteilt und einer gerechten Bestrafung zugeführt werden können.

[54] Dies bedeutet, dass auch in der Untersuchungshaft akustische Überwachungsmaßnahmen gemäß § 100f StPO grundsätzlich zulässig und - wenn andere erfolgversprechende Maßnahmen nicht in Betracht kommen - sogar geboten sein können. Allerdings ist bei der Anordnung und Durchführung von Maßnahmen, die letztlich darauf gerichtet sind, den Beschuldigten "als Beweismittel gegen sich selbst" zu verwenden, auf die besonderen Umstände der Haft Bedacht zu nehmen. Daran fehlte es hier.

[55] Gegen die Zulässigkeit einer solchen Maßnahme bestehen dagegen keine Bedenken, wenn der Untersuchungsgefangene weiß oder jedenfalls - etwa durch entsprechende Hinweise - wissen kann, dass Besuchskontakte generell oder im konkreten Fall - auch akustisch - überwacht und aufgezeichnet werden. So gewonnene Erkenntnisse wären nach den dargelegten Maßstäben verwertbar.

3. Zum Beruhen des Urteils auf dem Verfahrensfehler

[56] Die Verurteilung des Angeklagten wegen Mordes beruht auf dem Verfahrensfehler. Zwar liegt es angesichts der Fülle und des Gewichts der übrigen Beweisanzeichen nicht fern, dass das Landgericht auch dann zu einer Verurteilung des Angeklagten wegen Mordes gelangt wäre, wenn es die Erkenntnisse aus der akustischen Gesprächsüberwachung in der Untersuchungshaft nicht verwertet hätte. Da die Strafkammer aber die heimlich aufgezeichneten Äußerungen des Angeklagten während des Besuchkontaktes mit seiner Ehefrau ausdrücklich zu seiner Überführung herangezogen und als "deutliches Indiz" für seine Täterschaft gewertet hat, kann der Senat nicht ausschließen, dass sie diesen Erkenntnissen letztlich ausschlaggebende und damit fallentscheidende Bedeutung beigemessen hat.

Urteile in Fallstruktur

Standort: Öffentliches Recht Problem: Anspruch auf muttersprachlichen Unterricht

OVG Münster, Beschluss vom 06.02.2009
19 B 524/08 (NVwZ-RR 2009, 561)

Problemdarstellung:

Im vorliegenden Fall ging es um die Frage, ob Eltern ausländischer Kinder einen Anspruch darauf geltend machen können, dass ihre Kinder in der Schule muttersprachlichen Unterricht erhalten. Konkret begehrt die ASt. die Heraufsetzung der Stundenzahl an muttersprachlichem Unterricht von zwei auf fünf Wochenstunden, wie es ein Runderlass des zuständigen Ministeriums in NRW für den Regelfall vorsah. Das OVG NRW stellt hierzu fest, dass

- sich aus einem Runderlass keine Ansprüche der Bürger gegen den Staat ergeben können, weil es sich bei einem solchen um eine Verwaltungsvorschrift und damit um reines Innenrecht handele,

- einer Verwaltungsvorschrift zwar ausnahmsweise über Art. 3 I GG auch externe Bindungswirkung zukommen könne (sog. "Selbstbindung der Verwaltung"), diese aber eine Abweichung aus sachlichem Grund nicht verbiete; ein solcher sachlicher Grund könne für den vorliegenden Fall auch auftreten: der Lehrermangel sein,

- sich aus dem einfach-gesetzlichen Schulrecht des Landes NRW auch kein Anspruch auf muttersprachlichen Unterricht von fünf Wochenstunden ergebe und schließlich

- Grundrechte (hier: Art. 6 II 1 GG) ebenfalls einen solchen nicht vermitteln, weil sie erstens Abwehrrechte - keine Leistungsrechte - seien und zweitens dem zuständigen Landesgesetzgeber ein weiter Spielraum bei der Ausgestaltung seines staatlichen Bildungsauftrags aus Art. 7 GG zukomme.

Prüfungsrelevanz:

Die RA hatte erst kürzlich über eine Aufsehen erregende BVerfG-Entscheidung zur (mangelnden) Bindungswirkung von Verwaltungsvorschriften im Straßenverkehrsrecht berichtet (BVerfG, RA 2009, 553). Dort wurden selbige allerdings von der Behörde als Ermächtigungsgrundlage herangezogen (konkret: um ein verdachtsloses Filmen von Fahrzeugen auf der Autobahn zu rechtfertigen), während hier Bürger versuchten, sie sich als Anspruchsgrundlage zu Nutze zu machen. Beide Konstellationen besitzen angesichts

der Aktualität des Themas erhöhte Examensrelevanz.

Vertiefungshinweise:

☐ Zum muttersprachlichen Unterricht in der Schule: *VGH Mannheim*, NVwZ-RR 2008, 179

☐ Zur Selbstbindung der Verwaltung über Art. 3 I GG: *BVerwG*, NVwZ 2006, 1184 [1188]; NVwZ 1998, 273

☐ Keine Eingriffsermächtigung aus Verwaltungsvorschriften: *BVerfG*, RA 2009, 553

☐ 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*: "Kommunale Sportförderung"

☐ *Examenskurs*: "Windkraft contra Nachbarschaft"

Leitsatz:

Zum Anspruch auf Erweiterung des Angebots an muttersprachlichem Unterricht an öffentlichen Schulen.

Sachverhalt:

Die ASt. sind Eltern von über 200 albanischen Kindern, die öffentliche Schulen in den Jahrgangsstufen 1 bis 10 in der Stadt D. im Bundesland X besuchen. Die Eltern beantragten beim zuständigen Schulamt für die Stadt D. die Erweiterung des Angebots an muttersprachlichem Unterricht für die albanische Sprache von derzeit etwa 2 Wochenstunden auf 5 Wochenstunden je Lerngruppe. Es existiere - so der zutreffende Hinweis der ASt. - ein Runderlass des Schulministeriums von X, der regelmäßig muttersprachlichen Unterricht auf für die Schüler freiwilliger Basis für bestimmte Sprachen von 5 Wochenstunden vorsehe, sofern eine bestimmte Mindestteilnehmerzahl erreicht werde. Die albanische Sprache sei von dem Runderlass erfasst, die geforderten Mindestteilnehmerzahlen würden erreicht.

Das Schulamt lehnte eine Ausweitung des Angebots an muttersprachlichem Unterricht hingegen ab. Zwar

seien die Angaben der ASt. zum Runderlass zutreffend. Jedoch habe das Land X zwischenzeitlich aus Kostengründen landesweit eine Reduzierung der entsprechenden Lehrerstellen vorgenommen. Deshalb stünden nicht genug Lehrkräfte zur Verfügung.

Die ASt. meinen hingegen, das Schulamt sei an den uneingeschränkt fortbestehenden Runderlass des Ministeriums gebunden. Notfalls müssten eben neue Lehrer eingestellt werden. Neben dem Runderlass folge ein Anspruch auf zumindest 5 Stunden muttersprachlichen Unterrichts im Übrigen auch aus dem gesetzlich geregelten Schulrecht des Landes X sowie aus Grundrechten. Das Schulgesetz des Landes X lautet auszugswise:

§ 1 Recht auf Bildung

(1) Jeder junge Mensch hat ohne Rücksicht auf seine wirtschaftliche Lage und Herkunft und sein Geschlecht ein Recht auf schulische Bildung, Erziehung und individuelle Förderung. Dieses Recht wird nach Maßgabe dieses Gesetzes gewährleistet.

(2) Die Fähigkeiten und Neigungen des jungen Menschen sowie der Wille der Eltern bestimmen seinen Bildungsweg. Der Zugang zur schulischen Bildung steht jeder Schülerin und jedem Schüler nach Lernbereitschaft und Leistungsfähigkeit offen.

§ 2 Bildungs- und Erziehungsauftrag der Schule

[...] (10) Die Schule fördert die Integration von Schülerinnen und Schülern, deren Muttersprache nicht Deutsch ist, durch Angebote zum Erwerb der deutschen Sprache. Dabei achtet und fördert sie die ethnische, kulturelle und sprachliche Identität (Muttersprache) dieser Schülerinnen und Schüler. Sie sollen gemeinsam mit allen anderen Schülerinnen und Schülern unterrichtet und zu den gleichen Abschlüssen geführt werden.

Besteht der von den ASt. geltend gemachte Anspruch?

Lösung:

Der von den ASt. geltend gemachte Anspruch besteht, wenn eine entsprechende Anspruchsgrundlage existiert und deren Voraussetzungen vorliegen.

A. Anspruch aus dem Runderlass des Ministeriums

Eine Anspruchsgrundlage könnte zunächst in dem Runderlass des Schulministeriums des Landes X zu sehen sein. Nach der laut Sachverhalt als zutreffend zu unterstellenden Behauptung der ASt. sieht dieser regelmäßig muttersprachlichen Unterricht für die albanische Sprache von 5 Wochenstunden vor, deckt sich also mit dem Begehren der ASt. Allerdings ist fraglich, ob es sich bei diesem Runderlass tatsächlich um eine Anspruchsgrundlage handelt. Dazu das OVG NRW:

I. Grundsatz: Keine Bindungswirkung von Verwaltungsvorschriften

“Bei dem Runderlass handelt es sich um eine Vorschrift des Innenrechts, eine nach innen gerichtete Verwaltungsvorschrift mit Bindungswirkung nur gegenüber den nordrhein-westfälischen Schulbehörden. Als solche ist er keine taugliche Grundlage, um Rechte der ASt. zu begründen.“

II. Ausnahme: Selbstbindung der Verwaltung

Allerdings können solche Verwaltungsvorschriften über Art. 3 I GG zur sog. “Selbstbindung der Verwaltung” führen. Durch eine immer gleiche, an den Verwaltungsvorschriften orientierte Verwaltungspraxis entsteht ein Vertrauensschutz des Bürgers. Deshalb darf von einer solchen Praxis nicht willkürlich abgewichen werden.

Andererseits ergibt sich aus Art. 3 I GG aber auch kein absolutes Gleichbehandlungsgebot. Vielmehr ist es gerade zulässig, aus sachlich gerechtfertigten Gründen von einer ursprünglichen Praxis abzuweichen. Dies erkennt auch das OVG NRW:

“Für etwaige Ansprüche nach dem aus Art. 3 I GG hergeleiteten Grundsatz der Selbstbindung der Verwaltung kommt es allein auf die Anwendungspraxis an. [...] Eine (generelle) Änderung der bisherigen Praxis für die Zukunft ist jederzeit zulässig, wenn sie aus willkürfreien, also sachgerechten Gründen erfolgt und nicht gegen das verfassungsrechtlich verbürgte (Art. 20 III GG) Gebot des Vertrauensschutzes verstößt (vgl. nur: BVerwGE 126, 33; 104, 220; OVG Münster, Beschl. v. 3. 2. 1999 19 B 1774/98, juris).”

III. Subsumtion

Im vorliegenden Fall hält das OVG NRW die Abweichung nicht für willkürlich. Im bestehenden Lehrermangel sieht es vielmehr einen sachlichen Grund im o.g. Sinne:

“Daran gemessen können die ASt. für ihre Kinder die begehrte Erweiterung des Angebots muttersprachlichen Unterrichts nicht verlangen. Der Ag. hat seine bisherige Verwaltungspraxis willkürfrei geändert.

Der Ag. orientiert [...] seine Angebotspraxis maßgeblich an der zur Verfügung stehenden Kapazität an Lehrkräften. Die Angebotsbeschränkung auf die verfügbare Lehrerkapazität ist für den Ag. eine sachbedingte Notwendigkeit. Diese hat nach Aktenlage zur Folge, dass eine Stellenausweitung und Neueinstellungen von Lehrkräften für muttersprachlichen Unterricht für die albanische Sprache im Bereich des Ag. auf Grund der landesweiten deutlichen Reduzierung der Lehrerstellen für den muttersprachlichen Unterricht [...] nicht möglich sind. Eine Umschichtung von Lehrerstellen zu Lasten des Regelunterrichts kommt nicht in Betracht, da muttersprachlicher Unterricht diesen lediglich ergänzt. [...] Diese Änderung der An-

gebotspraxis beruht ihrerseits auf sachgerechten Gründen, nämlich der beschränkten Kapazität an verfügbaren Lehrerstunden.“

IV. Zwischenergebnis

Aus dem Runderlass des Ministeriums folgt weder unmittelbar noch mittelbar über Art. 3 I GG der von den Ast. geltend gemachte Anspruch.

B. Anspruch aus § 1 I i.V. mit § 2 X 2 SchulG X

Ein Anspruch könnte aber aus § 1 I i.V. mit § 2 X 2 SchulG X folgen. Das Schulgesetz vermittelt als förmliches Gesetz - im Gegensatz zum oben diskutierten Runderlass - offensichtlich Bindungswirkung auch für die Ast.

I. Staatlicher Bildungsauftrag

Das OVG NRW entnimmt diesen Vorschriften zunächst eine einfach-gesetzliche Konkretisierung des schon aus Art. 7 GG folgenden staatlichen Bildungsauftrags:

“Nach § 1 I SchulG haben Schüler ein Recht auf schulische Bildung, Erziehung und individuelle Förderung, das nach Maßgabe des Schulgesetzes gewährleistet wird. Das Recht auf individuelle Förderung (vgl. zu diesem Recht auch: OVG Münster, NWVBl 2008, 310), schließt allgemein die angemessene Berücksichtigung der Herkunft der Schüler aus einer ausländischen Familie und der durch ausländische Muttersprache und Kultur geprägten Ausgangslage für schulische Bildung und Erziehung ein, soweit dies für die Erfüllung des Bildungs-, Erziehungs- und Förderauftrags der Schule geboten ist. Dies verdeutlicht für Schüler, deren Muttersprache nicht Deutsch ist, § 2 X 2 SchulG. Nach dieser Vorschrift achtet und fördert die Schule bei der Förderung der Integration von Schülern, deren Muttersprache nicht Deutsch ist (§ 2 X 1 SchulG), die ethnische, kulturelle und sprachliche Identität (Muttersprache). Die Regelung bezweckt keine bloße Rückkehrhilfe für Schüler, deren Muttersprache nicht Deutsch ist, sondern eine schulische Förderung der Mehrsprachigkeit und der interkulturellen Bildung, die auch der Identitäts- und Persönlichkeitsentwicklung dienen soll (vgl. VGH Mannheim, NVwZ-RR 2008, 179; Jampert, RdJB 2004, 63ff.; Schmahl, RdJB 2004, 23ff.).“

II. Subjektiv-öffentliches Recht

Jedoch verneint das Gericht jedenfalls im Normalfall die Anspruchsqualität dieser Normen:

“Allerdings lässt sich aus § 1 I i.V. mit § 2 X 2 NWSchulG kein Rechtsanspruch des einzelnen Schülers darauf herleiten, dass generell muttersprachlicher Unterricht in dem vom Schüler und seinen Eltern gewünschten Umfang an einer bestimmten Schule angeboten wird. Ein individueller Anspruch auf mutter-

sprachlichen Unterricht kommt nur dann in Betracht, wenn dies für den jeweiligen Schüler zur hinreichenden Gewährleistung seiner individuellen Bildung, Erziehung und Förderung in der Schule geboten ist, um für ihn etwa unzumutbare oder gänzlich unangemessene Schulbedingungen zu vermeiden (vgl. auch: OVG Münster, Beschl. v. 11. 4. 2006 19 B 192/06). Dafür bestehen hier keine greifbaren Anhaltspunkte in Bezug auf die Kinder der Ast. Diese haben nicht dargelegt, dass ihre Kinder ohne muttersprachlichen Unterricht in dem von ihnen gewünschten Umfang nicht hinreichend in der Schule gebildet, erzogen und gefördert werden können.“

III. Zwischenergebnis

Auch aus § 1 I i.V. mit § 2 X 2 SchulG X folgt kein Anspruch des Einzelnen auf muttersprachlichen Schulunterricht, geschweige denn auf eine bestimmte Wochenstundenzahl.

C. Anspruch aus § 1 I i.V. mit § 2 X 2 SchulG X i.V.m. dem Runderlass

Nach dem soeben Gesagten liegt hier ein Runderlass vor, der eine Pflicht zur Erteilung muttersprachlichen Unterrichts begründet, und dies sogar in einer konkreten Wochenstundenzahl, dem allerdings die Bindungswirkung gegenüber dem Bürger fehlt. Bindungswirkung entfalten hingegen Gesetze wie § 1 I i.V. mit § 2 X 2 SchulG X, die jedoch keinen Anspruch vermitteln. Es liegt daher die Überlegung nahe, ob nicht aus dem Zusammenspiel dieser beiden Regelungen ein Anspruch folgen könnte, zu dem der Runderlass den Anspruch und § 1 I i.V. mit § 2 X 2 SchulG X die Bindungswirkung beisteuern. Auch das OVG NRW erwägt dies, verwirft den Gedanken aber im Ergebnis:

“Der Anspruch auf individuelle Förderung aus § 1 I i.V. mit § 2 X 2 NWSchulG begründet auch bei Heranziehung des Runderlasses keinen Anspruch der Ast. auf muttersprachlichen Unterricht im begehrten Umfang. Aus ihm ergeben sich keine schulfachlichen Erkenntnisse, die die Notwendigkeit des Angebots an muttersprachlichem Unterricht für die Kinder der Ast. im begehrten Umfang belegen. Das Maß an individueller Förderung, das zur Erfüllung der Aufträge und Ziele der Schule erforderlich ist, kann zwar (auch) durch eine sachverständige schulfachliche Konkretisierung in Gestalt eines ministeriellen Erlasses dahin bestimmt sein, dass konkrete Fördermaßnahmen beansprucht werden können (vgl. zum LRS-Erlass: OVG Münster, BeckRS 2008, 33867 = NWVBl 2008, 310). Die Bedeutung einer solchen sachverständigen schulfachlichen Konkretisierung des zur individuellen Förderung Erforderlichen kommt aber dem in Rede stehenden Runderlass im Hinblick auf den Umfang des muttersprachlichen Unterrichts nicht zu. Dagegen spricht schon, dass die Anmeldung zum muttersprach-

lichen Unterricht freiwillig ist und dass nach [dem Runderlass] der muttersprachliche Unterricht nicht für alle Schüler, deren Muttersprache nicht Deutsch ist, angeboten wird, sondern nur für Schüler mit den dort angeführten Muttersprachen. Zu dem wird [...] als Regel die Einrichtung des Unterrichts davon abhängig gemacht, dass eine bestimmte Mindestzahl an Schülern angemeldet wird.”

D. Anspruch aus Art. 6 II 1 GG

Schließlich berufen sich die ASt. zur Begründung des von ihnen geltend gemachten Anspruchs noch auf Grundrechte. Als einschlägiges Grundrecht kommt - da es sich bei den ASt. um die Eltern der Kinder handelt, die unterrichtet werden sollen - nur das Recht auf Erziehung und Bildung ihrer Kinder in der Schule aus Art. 6 II 1 GG in Betracht. Freiheitsgrundrechte wie Art. 6 II 1 GG sind ihrer Rechtsnatur nach jedoch vor allem Abwehrrechte des Bürgers gegen den Staat. Sie begründen weder ihrer Funktion noch ihrem Wortlaut nach Leitungsansprüche, schon gar nicht auf eine konkrete Leistung wie eine bestimmte Anzahl von Unterrichtsstunden in albanischer Sprache. Deshalb können die ASt. aus Grundrechten nach Ansicht des OVG NRW auch keinen Anspruch herleiten:

“Schließlich kann aus dem Grundrecht der ASt. als Eltern auf Erziehung und Bildung ihrer Kinder in der Schule (Art. 6 II 1 GG) und dem entsprechenden Recht ihrer Kinder (Art. 2 I GG) der geltend gemachte

Anspruch ebenfalls nicht hergeleitet werden. Diese Rechte begründen über den Anspruch auf Teilhabe an den vorhandenen öffentlichen Bildungseinrichtungen und -angeboten bzw. auf Zugang zu den öffentlichen Bildungseinrichtungen unter zumutbaren Bedingungen hinaus keinen Anspruch auf ein bestimmtes, an den Wünschen der Eltern und Schüler ausgerichtetes Unterrichtsangebot oder auf eine bestimmte personelle oder sachliche Ausstattung der Schule.

Die Ausgestaltung der Ausbildungsgänge und Unterrichtsziele wie auch die Festlegung des Unterrichtsstoffs und von zusätzlichen Unterrichtsangeboten obliegt der staatlichen Schulaufsicht (Art. 7 I GG, vgl. nur: BVerfG, NJW 1998, 131f. = NVwZ 1998, 169 L; OVG Münster, NVwZ-RR 2004, 107 m.w. Nachw.; Niehues/Rux, SchulR, 4. Aufl., Rdnrn. 172ff.). Die Länder haben dabei eine weitgehende Gestaltungsfreiheit, bei deren Wahrnehmung sie aus Sicht des Verfassungsrechts (vgl. BVerfG, NJW 1998, 131 = NVwZ 1998, 169 L), auch die nur begrenzt verfügbaren finanziellen und organisatorischen Möglichkeiten berücksichtigen können, die der (landesweiten) Ausgestaltung des Unterrichtsangebots je nach der politischen Prioritätensetzung von Gemeinschaftsbelangen Grenzen setzen können.”

E. Ergebnis

Der von den ASt. geltend gemachte Anspruch besteht nicht.

Standort: Sachenrecht

Problem: Ausgleichsanspruch gegen Nachbarn

BGH, URTEIL VOM 18.09.2009

V ZR 75/08 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Der Bekl. zündete am Abend des 01.01.2006 auf dem Grundstück des von ihm bewohnten Hauses eine Leuchtrakete. Diese stieg zunächst ca. 5 m gerade nach oben, schwenkte dann zur Seite und drang durch eine ca. 67 bis 87 mm breite Spalte zwischen Außenwand und Dach in eine etwa 12 m entfernte Scheune ein. Dort explodierte sie und setzte nicht nur die Scheune, sondern den ganzen Gebäudekomplex in Brand (Scheune, Getreidelager, Schweinestall, Wohnhaus, Garagen).

Die Kl. hat als Sachversicherer den Schaden reguliert und den Bekl. aus übergegangenem Recht in Höhe von 417.720,91 € in Anspruch genommen. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung der Kl. hat das Oberlandesgericht der Klage dem Grunde nach stattgegeben, und zwar unter dem Gesichtspunkt eines verschuldensunabhängigen nachbarrechtlichen Ausgleichsanspruchs (§ 906 II 2 BGB analog). Die hiergegen gerichtete Revision des Bekl. hatte Erfolg.

Prüfungsrelevanz:

Der u.a. für das Nachbarrecht zuständige V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hatte zu entscheiden, ob der Schaden, der durch das Abschießen einer Feuerwerksrakete auf einem Wohngrundstück an einem Nachbargrundstück entsteht, unter dem Gesichtspunkt eines verschuldensunabhängigen nachbarrechtlichen Ausgleichsanspruchs analog § 906 II 2 BGB zu ersetzen ist.

Nach der Entscheidung des Bundesgerichtshofs kann ein Grundstückseigentümer von seinem Nachbarn zwar nicht generell verlangen, das Abschießen von Feuerwerksraketen zu unterlassen, auch wenn dies potentiell zu einer Beeinträchtigung seines Grundstücks führen kann. Ein Unterlassungsanspruch entsteht jedoch in dem Zeitpunkt, in welchem sich von dem Nachbargrundstück ausgehend eine konkrete Gefahrenquelle (hier bedingt durch das Abdriften und Eindringen der Rakete in die Scheune) gebildet hat, auf Grund deren ein Einschreiten geboten ist.

Kann dieser Anspruch aus tatsächlichen Gründen nicht rechtzeitig durchgesetzt werden, steht dem Grundstückseigentümer ein Ausgleichsanspruch in

Geld zu. Dieser setzt jedoch voraus, dass das zu einer Gefährdung führende Verhalten auf dem Nachbargrundstück dem Bereich der konkreten Nutzung dieses Grundstücks zuzuordnen ist und einen sachlichen Bezug zu diesem aufweist. Daran fehlte es nach Ansicht des Senats hier, weil das Abschließen einer Feuerwerksrakete auch noch am Abend des Neujahrstages in keinem sachlichen Zusammenhang mit der Wohnnutzung des Grundstücks stand, sondern der Befolgung eines gesellschaftlichen Brauches diene, bei dem die Wahl der Abschussstelle mehr oder weniger einer weit verbreiteten Übung entsprechend erfolgte, ohne dass ein darüber hinausgehender sachlicher Bezug zu der Wohnnutzung erkennbar war.

Die Entscheidung eignet sich hervorragend als Vorlage für eine Examensklausur und sollte während der Vorbereitung nicht vernachlässigt werden.

Vertiefungshinweise:

Zum Umfang des nachbarrechtlichen Ausgleichsanspruchs: *BGH*, Urteil vom 01.02.2008 - V ZR 47/07 (auch Vermögenseinbußen, die der Eigentümer oder Besitzer des beeinträchtigten Grundstücks aufgrund der Beschädigung der sich auf dem Grundstück befindlichen Sachen erleidet)

Zum Anspruch gem. § 1004 I BGB: *BGH*, RA 2008, 490 (Heide Simonis - Entscheidung); *Gercke*, JuS 2007, 834; *Lettl*, JuS 2005, 871; *Neuner*, JuS 2005, 487

Kursprogramm:

Examenskurs: "Wurzel- Fall"

Examenskurs: "Ewiges Gedenken"

Leitsätze:

a. Der Anspruch des Grundstückseigentümers gegen seinen Nachbarn auf Unterlassung von Einwirkungen, welche die Benutzung des Grundstücks wesentlich beeinträchtigen, besteht erst dann, wenn die Beeinträchtigung durch eine bestimmte Nutzung oder einen bestimmten Zustand des Nachbargrundstücks bereits eingetreten ist oder zumindest konkret droht.

b. Der nachbarrechtliche Ausgleichsanspruch nach § 906 II 2 BGB analog setzt voraus, dass die beeinträchtigende Einwirkung von einer der konkreten Nutzung entsprechenden Benutzung des Nachbargrundstücks ausgeht und zu diesem einen sachlichen Bezug aufweist.

Sachverhalt:

Am 01.01.2006 um 20.21 Uhr zündete der Bekl. vor dem von ihm bewohnten Haus auf dem Wohngrundstück eine Leuchtrakete, die er zuvor in einen Schnee-

haufen gesteckt hatte. Die Gebrauchsanweisung für die Feuerwerkskörper empfahl jedoch, dass diese aus einer Flasche heraus gezündet werden sollten. Die Rakete stieg zunächst ca. fünf Meter gerade nach oben, schwenkte dann zur Seite und drang durch eine etwa 67 bis 87 Millimeter breite Spalte zwischen der Außenwand und dem Dach in eine ca. zwölf Meter von der Abschussstelle entfernte Scheune ein. Dort explodierte sie und setzte den Gebäudekomplex (Scheune, Getreidelager, Schweinestall, Wohnhaus und Garagen) in Brand.

Die Kl. regulierte den Schaden des bei ihr versicherten Eigentümers im Jahr 2006. Sie verlangt von dem Bekl. aus übergegangenem Recht die Zahlung von 417.720,91 i .

Besteht ein Anspruch in dieser Höhe?

Lösung:

A. Ausgleichsanspruch gem. § 906 II 2 BGB

Es könnte ein Ausgleichsanspruch aus § 906 II 2 BGB folgen. Dazu müsste der Grundeigentümer Einwirkungen i.S.v § 906 I 1 BGB gem. § 906 II 1 BGB zu dulden haben.

Unabhängig vom Vorliegen der übrigen Voraussetzungen müssten Einwirkungen i.S.v. § 906 I 1 BGB vorliegen. Unter § 906 I BGB fallen ohne Beschränkung auf unwägbare Stoffe grenzüberschreitende Einwirkungen, die in ihrer Ausbreitung weitgehend unkontrollierbar und unbeherrschbar sind (sog. feinstoffliche Einwirkungen; Palandt-Bassenge, BGB, § 906 Rn 5). Nicht unter § 906 BGB fallen demgegenüber Grenzüberschreitungen von größeren, festkörperlichen Gegenständen, sog. Grobimmissionen (BGHZ 111, 158). Im vorliegenden Fall hat eine Feuerwerksrakete eine Scheune in Brand gesetzt. Daher hat ein festkörperlicher Gegenstand die Grundstücksgrenze überschritten. Mithin liegt eine Grobimmission vor und keine Einwirkung i.S.v. § 906 I 1 BGB.

Also ist § 906 II 2 BGB nicht gegeben.

B. Ausgleichsanspruch analog § 906 II 2 BGB

Es könnte ein Anspruch analog § 906 II 2 BGB gegeben sein (sog. Nachbarrechtlicher Ausgleichsanspruch). Dazu müssten von einem Grundstück auf ein anderes Grundstück infolge nichthoheitlicher Nutzung nach §§ 862 I, 907 ff., 1004 I BGB grundsätzlich abwehrbare Einwirkungen ausgehen, an deren Abwehr der Betroffene aus besonderen Gründen gehindert ist (Palandt-Bassenge, BGB, § 906 Rn 42).

[Anm.: Analog § 906 II 2 BGB sind diejenigen Einwirkungen ausgleichspflichtig, die das entsprechend § 906 BGB entschädigungslos zu Duldende übersteigen (BGHZ, 85, 375). Im Unterschied zum Anspruch gem.

§ 906 II 2 BGB umfasst der nachbarrechtliche Abwehranspruch neben den Einwirkungen des § 906 I 1 BGB auch solche, die aus Grobimmissionen folgen (BGH, NJW 1999, 3633). Daher ist der Anwendungsbereich des Abwehranspruchs weiter als derjenige aus direkter Anwendung des § 906 II 2 BGB.

Anm. 2: Der erkennende Senat führte zum Anspruch analog § 906 II 2 BGB aus:

“[9] Der nachbarrechtliche Ausgleichsanspruch ist nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs gegeben, wenn von einem Grundstück im Rahmen privatwirtschaftlicher Benutzung rechtswidrige Einwirkungen auf ein anderes Grundstück ausgehen, die der Eigentümer oder Besitzer des betroffenen Grundstücks nicht dulden muss, aus besonderen Gründen jedoch nicht gemäß §§ 1004 I, 862 I BGB unterbinden kann, sofern er hierdurch Nachteile erleidet, die das zumutbare Maß einer entschädigungslos hinzunehmenden Beeinträchtigung übersteigen (s. nur Senat, BGHZ 155, 99, 102 f. m.w.N.; Urt. v. 01.02.2008, V ZR 47/07, NJW 2008, 992, 993). Der Anspruch ist nicht, wie der unmittelbar auf § 906 II 2 BGB gestützte, auf feinstoffliche Einwirkungen beschränkt, sondern erfasst auch Grobimmissionen (Senat, BGHZ 160, 232, 236) wie das Eindringen einer Feuerwerksrakete.”]

I. Anspruchsteller ist Eigentümer/Besitzer des Grundstücks

Der Anspruchsteller ist im vorliegenden Fall nicht Eigentümer des Grundstücks. Die Kl. ist Sachversicherer des Grundeigentümers. Gem. § 67 I 1 VVG a.F. (§ 86 I 1 VVG n.F.) kann die Kl. die Ansprüche des Geschädigten geltend machen.

[Anm.: Beachten Sie, dass das VVG zum 01.01.2008 geändert wurde. Der Anspruchsübergang auf die Versicherung ist nunmehr in § 86 I 1 VVG n.F. geregelt. Da die Kl. die Schadensregulierung vor dem 01.01.2008 vornahm, ist hier § 67 I 1 VVG a.F. maßgeblich.]

II. Anspruchsteller ist an der Abwehr aus besonderem Grund gehindert

Der Anspruchsteller müsste an der Abwehr der Einwirkung i.S.v. § 906 II 1 BGB aus besonderem Grund gehindert worden sein. Hier lag eine Hinderung in tatsächlicher Hinsicht vor. Die rechtzeitige Geltendmachung des Abwehranspruchs war dem Kl. unmöglich (vgl. BGH, NJW 2003, 2377). Das Abweichen der Rakete von der Flugbahn war im Vorfeld nicht erkennbar.

Also ist das Tatbestandsmerkmal gegeben.

III. Anspruchgegner ist Störer

Der Anspruchgegner müsste Störer sein. Zu unter-

scheiden sind Handlungs- von Zustandsstörern. Handlungsstörer ist, wer die Beeinträchtigung durch seine Handlung oder pflichtwidrige Unterlassung adäquat verursacht hat (BGH, NJW-RR 2001, 232). Zustandsstörer ist der Eigentümer/Besitzer/Verfügungsbefugte einer Sache, von der eine Beeinträchtigung ausgeht, nicht schon alleine aufgrund seiner Rechtsstellung, sondern nur wenn die Beeinträchtigung wenigstens mittelbar auf seinen Willen zurückgeht (BGH, NJW 2003, 2377).

Der erkennende Senat führte dazu aus:

“[10] Zutreffend hat das Berufungsgericht angenommen, dass sich der nachbarrechtliche Ausgleichsanspruch lediglich gegen einen Störer im Sinne des § 1004 I BGB richten kann (Senat, Urt. v. 01.02.2008, V ZR 47/07, aaO). Als solcher kommt nicht nur der Eigentümer des beeinträchtigenden Grundstücks in Betracht, sondern auch dessen Nutzer als derjenige, der die Nutzungsart dieses Grundstücks bestimmt (Senat, BGHZ 155, 99, 102; 157, 188, 190 - jew. m.w.N.). Dass der Bekl., der nach den Feststellungen des Berufungsgerichts das im Eigentum seiner Ehefrau stehende Hausgrundstück bewohnt, auf dessen Nutzung (mit-)bestimmenden Einfluss ausübt, unterliegt mangels anderer Anhaltspunkte keinem Zweifel und wird von der Revision nicht in Abrede gestellt. Auch die weiteren Voraussetzungen für die Störereigenschaft sind erfüllt. Die durch die Explosion der Feuerwerksrakete und anschließende Inbrandsetzung des Gebäudekomplexes bewirkte Beeinträchtigung des Nachbargrundstücks lässt sich wenigstens mittelbar auf den Willen des Bekl. zurückführen, denn dieser hat durch das Abschießen der Rakete den weiteren Geschehensablauf in Gang gesetzt, und es gibt keine sachlichen Gründe, ihm die Verantwortung hierfür nicht aufzuerlegen (vgl. Senat, BGHZ 155, 99, 105 m.w.N.).”

Also erfüllt der Bekl. sowohl die Anforderungen an den Handlungsstörer durch das Abfeuern der Rakete als auch diejenigen des Zustandsstörers als Nutzer durch Bewohnen des Grundstücks.

IV. Voraussetzungen eines Abwehranspruchs gem. §§ 862 I, 1004 I oder §§ 907 ff. BGB

Hier könnte ein Anspruch auf Abwehr gem. § 1004 I BGB bestanden haben.

1. Beeinträchtigung des Eigentums i.S.v. § 1004 I 1 BGB

Dazu müsste eine Eigentumsbeeinträchtigung vorgelegen haben. § 1004 BGB umfasst alle Beeinträchtigungen, die dem § 985 BGB nicht unterfallen. Eine Beeinträchtigung ist jeder dem Inhalt des Eigentums gem. § 903 BGB widersprechende Eingriff in die rechtliche oder tatsächliche Herrschaftsmacht des Eigentümers (BGH, NJW-RR 2004, 231; 2003, 953). Vorliegend erfolgte eine Grenzüberschreitung durch

eine Grobimmission, da der Feuerwerkskörper die Grundstücksgrenze überschritt und dadurch das Abbrennen der Scheune bewirkte. Fraglich ist, ob hierin eine Beeinträchtigung des Eigentums ersichtlich ist.

Der erkennende Senat führte dazu aus:

“[12] Der Nachbar kann die Beeinträchtigung seines Grundstücks grundsätzlich im Wege einer auf §§ 1004, 906 BGB gestützten vorbeugenden Unterlassungsklage abwehren. Dieses Recht steht ihm aber nicht schon dann zu, wenn durch eine bestimmte Nutzung oder einen bestimmten Zustand des Nachbargrundstücks eine Gefährdung seines Eigentums nicht von vornherein ausgeschlossen erscheint. Anknüpfungspunkt für das Abwehrrecht des Nachbarn ist nämlich nicht die von dem anderen Grundstück potentiell, wenn auch vielleicht nur bei Hinzutreten außergewöhnlicher Umstände ausgehende Gefahr, sondern die im Einzelfall bewirkte oder zumindest konkret drohende Beeinträchtigung seines Eigentums (vgl. BGHZ 2, 394, 395; MünchKomm-BGB/Medicus, 4. Aufl., § 1004 Rdn. 95; Erman/Ebbing, BGB, 12. Aufl., § 1004 Rdn. 76, jew. m.w.N.)”

Der Unterlassungsanspruch entsteht mithin erst in dem Moment, in dem sich auf dem Nachbargrundstück objektiv eine die Emmission ermöglichende konkrete Gefahrenquelle gebildet hat, auf Grund deren ein Einschreiten geboten ist (vgl. Senat, BGHZ 155, 99, 106).

a. Konkrete Gefahrenquelle durch das Abfeuern der Rakete

Fraglich ist, ob bereits durch das Abfeuern der Rakete eine konkrete Gefahrenquelle i.S.v. § 1004 I BGB gebildet wurde. Die Außenverkleidung der Scheune bestand aus unbrennbaren Materialien (Eternitplatten, Blechtrapezdach). Daher kann nicht angenommen werden, dass der Bekl., indem er in 12 Metern Entfernung eine Feuerwerksrakete abgeschossen hat, bereits eine konkrete (Brand-)Gefahr für die Scheune geschaffen hat.

[Anm.: Das Berufungsgericht vertrat eine gegenteilige Auffassung. Es stellte zur Begründung der Gefahr auf die Möglichkeit des Fehlstarts einer Rakete ab. Damit war gemeint, dass ein Abdriften der Rakete in Richtung des Nachbargrundstücks statt eines senkrechten Flugverlaufs erfolgen könnte. Jedoch begründet dies nach Rechtsauffassung des BGH allein keine konkrete Gefahr. Ein solcher Geschehensablauf erscheint, auch wenn er sich hier realisiert hat, als nicht vorhersehbar und letztlich als zufallsabhängig. Ein vorbeugender Unterlassungsanspruch lässt sich hierauf nicht stützen. Die auf Grund fehlgehender Raketen bestehende Gefahr für das Nachbargrundstück ging nicht über das Risiko hinaus, das trotz Einhaltung aller gebotener Vorsichtsmaßnahmen bei dem Abbrennen eines Feuerwerks niemals vollständig ausgeschlossen wer-

den kann.]

b. Konkrete Gefahr durch das Einschlagen der Rakete und das Abbrennen der Scheune

Es könnte eine konkrete Gefahr durch das Einschlagen der Rakete in die Scheune und das sodann erfolgende Abbrennen der Gebäude erfolgt sein.

Der erkennende Senat führte dazu aus:

“[14] Eine konkrete Gefährdung des Eigentums des Nachbarn war vielmehr erst dadurch eingetreten, dass die Feuerwerksrakete durch einen ca. 67 bis 87 Millimeter breiten Spalt zwischen der Außenwand und der Dachverkleidung in die Scheune, deren Traufhöhe etwa neun Meter betrug, eindrang. (...)”

[15] Der Unterlassungsanspruch entstand jedoch in dem Zeitpunkt, in welchem die Feuerwerksrakete, nachdem sie zunächst einige Meter senkrecht nach oben gestiegen war, zur Seite abdrehte und durch den zwischen Wand- und Dachverkleidung bestehenden Spalt in die Scheune eindrang und dort explodierte. Denn in diesem Moment wurde der Grundstückseigentümer von einer rechtswidrigen und daher unzulässigen Einwirkung betroffen, die er nach § 1004 I BGB hätte abwehren können. Die rechtzeitige Erlangung von Rechtsschutz war jedoch, was keiner näheren Begründung bedarf, ausgeschlossen, weshalb er einem faktischen Duldungszwang ausgesetzt war (vgl. Senat, BGHZ 155, 99, 103; 111, 158, 163).”

Mithin ist eine konkrete Gefahr gegeben.

Also ist eine Beeinträchtigung i.S.v. § 1004 I 1 BGB gegeben.

2. Rechtswidrigkeit der Eigentumsbeeinträchtigung

Der dem Eigentumsinhalt widersprechende Zustand muss rechtswidrig sein, nicht die dazu führende Handlung (BGH, NJW-RR 2003, 953). Die Rechtswidrigkeit wird durch die Beeinträchtigung indiziert (Palandt-Bassenge, BGB, § 1004 Rn 12). Als Rechtfertigungsgründe kommen die allgemeinen Rechtfertigungsgründe, wie z.B. §§ 227, 229, 904 BGB, in Betracht. Ein die Beeinträchtigung rechtfertigender Umstand ist hier nicht ersichtlich. Die Rechtswidrigkeit liegt daher vor.

3. Kein Ausschluss des Anspruchs gem. § 1004 II BGB

Der Anspruch dürfte nicht gem. § 1004 II BGB ausgeschlossen sein. Es dürfte keine Duldungspflicht bestehen. Duldungspflichten können aus Rechtsgeschäft oder Gesetz entstehen. Zum einen ist an vertragliche Duldungspflichten aus dinglichem Recht (z.B. aus einer Grunddienstbarkeit gem. §§ 1018 ff. BGB) oder aus schuldrechtlichen Vertrag (z.B. aus Leihe gem. § 598 BGB) zu denken, zum anderen ist eine Einwilligung des Beeinträchtigten möglich. Hier ist kein dementsprechender Umstand ersichtlich. Darüber hin-

ausgehend kann eine Duldungspflicht auch aus Gesetz folgen, wie z.B. aus § 906 II 1 oder aus § 242 BGB. Auch ein solcher Umstand ist nicht ersichtlich. Damit ist der Anspruch nicht ausgeschlossen.

Die Voraussetzungen des § 1004 I BGB liegen daher vor.

V. Teleologische Reduktion des § 906 II 2 BGB analog
Nicht jeder von einer rechtswidrigen Einwirkung betroffene Grundstückseigentümer, der aus besonderen Gründen an der Durchsetzung eines ansonsten bestehenden Unterlassungsanspruchs gegenüber seinem Nachbarn gehindert ist, kann allerdings von diesem analog § 906 II 2 BGB einen Geldausgleich für die erlittenen unzumutbaren Nachteile verlangen.

Zwar dient die Vorschrift als Kompensation für den Ausschluss primärer Abwehransprüche nach §§ 1004 I, 862 I BGB (Senat, BGHZ 155, 99, 101 f. m.w.N.; Urt. v. 01.02.2008, V ZR 47/07, NJW 2008, 992, 993). Der Anwendungsbereich des Ausgleichsanspruchs ist jedoch nur im Rahmen des Regelungszusammenhangs der Norm und des mit ihr verfolgten Zwecks eröffnet.

1. Regelungszusammenhang bedingt grundsätzlich einen Grundstücksbezug

Der Regelungszusammenhang mit § 906 II 2 BGB müsste gewahrt sein. Der erkennende Senat führte dazu aus:

“[17] Bei dem nachbarrechtlichen Ausgleichsanspruch nach § 906 II 2 BGB handelt es sich um einen aus dem Grundstückseigentum abgeleiteten Anspruch (Senat, BGHZ 69, 105, 110). Dies gilt auch für die Fortentwicklung, die der Anspruch durch die Rechtsprechung erfahren hat (vgl. Senat, BGHZ 157, 188, 193; Urt. v. 27.01.2006, V ZR 26/05, NJW 2006, 992 f.). Hieraus wird - entgegen einigen Stimmen im Schrifttum, die eine Ausweitung des Ausgleichsanspruchs auf die Verletzung sonstiger Rechtsgüter (Sacheigentum, Leben, Gesundheit) fordern, ohne dass es eines Bezugs zu einem Grundstück bedarf (vgl. z.B. Staudinger/Kohler, BGB [2002], Einl. UmweltHR, Rdn. 120; Larenz/Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts II/2, 13. Aufl., § 85 II 5, S. 662 f.; Neuner, JuS 2005, 487, 491; Salje, DAR 1988, 302, 304) - gefolgert, dass die Gewährung einer Entschädigung stets eine Störung des Eigentums oder Besitzes des Anspruchstellers an einem Grundstück voraussetzt (Senat, Urt. v. 01.02.2008, V ZR 47/07, NJW 2008, 992, 993; ebenso BGHZ 92, 143, 145; BAG NJW 2000, 3369, 3371; aus dem Schrifttum etwa MünchKomm-BGB/Säcker, 4. Aufl., § 906 Rdn. 139; Staudinger/Roth, BGB [2002], § 906 Rdn. 108; Karsten, Der nachbarrechtliche Ausgleichsanspruch gemäß § 906 II 2 BGB analog im System der Ausgleichsansprüche, S. 135 ff.; Schmidt, Der nachbarliche Ausgleichsanspruch, S.

183).”

2. Regelungszusammenhang durch die die Nutzung bestimmende Person

Zu beachten ist jedoch, dass gemäß dem Wortlaut des § 906 I 1 BGB dieser Grundstücksbezug nicht nur beim Beeinträchtigten, sondern auch beim Störer vorliegen muss. Auch insoweit bedarf es eines Zusammenhangs, der die Einwirkung als von diesem herrührend erscheinen lässt (in diesem Sinn auch OLG Hamm NJW-RR 1987, 1315, 1316 für den Fall einer durch Dritte verursachten Brandstiftung). Ein solcher kann zum einen durch einen gefahrenträchtigen Zustand des Grundstücks vermittelt werden (Senat, Urt. v. 22.09.2000, V ZR 443/99, NJW-RR 2001, 232 f.). Zum anderen kommt es auf die Nutzung durch den Eigentümer oder durch die die Nutzung bestimmende Person an (vgl. Senat, BGHZ 175, 253, 257).

Vorliegend könnte der Grundstücksbezug hinsichtlich des Bekl. fraglich sein. In Betracht kommt ein Zusammenhang durch die die Nutzung bestimmende Person. Das Verhalten des Bekl. müsste nutzungsbedingt sein. Ob sich ein bestimmtes Verhalten als nutzungsbedingt darstellt und somit bei Vorliegen der weiteren Voraussetzungen einen Ausgleichsanspruch begründen kann, lässt sich nicht allgemein, sondern nur für den jeweiligen Einzelfall unter Berücksichtigung des Normzwecks bestimmen. Der erkennende Senat führte dazu aus:

“[19] (...) Durch § 906 BGB soll der bei der Nutzung eines Grundstücks im Verhältnis zu den benachbarten Grundstücken möglicherweise auftretende Konflikt in einen vernünftigen Ausgleich gebracht werden (Senat, BGHZ 38, 61, 63 f.; Urt. v. 01.02.2008, V ZR 47/07, NJW 2008, 992, 993). In der Regelung findet die Situationsgebundenheit des Grundeigentums ihren Ausdruck, durch die das nachbarschaftliche Gemeinschaftsverhältnis und die hieraus erwachsenden wechselseitigen Rücksichtnahmepflichten ihre Prägung erfahren (vgl. Senat, BGHZ 155, 99, 103).

[20] Voraussetzung für eine Haftung des Eigentümers oder Nutzers nach § 906 II 2 BGB analog ist daher, dass das beeinträchtigende Verhalten dem Bereich der konkreten Nutzung des Grundstücks zuzuordnen ist und einen sachlichen Bezug zu diesem aufweist (PWW/Lemke, BGB, 4. Aufl., § 906 Rdn. 41). Nicht in den Anwendungsbereich des nachbarrechtlichen Ausgleichsanspruchs fallen demgegenüber diejenigen störenden Verhaltensweisen, die zwar auf dem Grundstück stattfinden, durch die jedoch die spezifische Beziehung der Grundstückseigentümer oder -nutzer zueinander nicht berührt wird. Dies kann insbesondere deshalb der Fall sein, weil eine Handlung nur gelegentlich des Aufenthalts auf dem Grundstück, wenn auch durch den Eigentümer oder Nutzer, vorgenommen wird, genauso gut aber an anderer Stelle vorge-

nommen werden könnte (vgl. Senat, BGHZ 175, 253, 257 f.). Die Zuerkennung eines - verschuldensunabhängigen - Anspruchs scheidet in einer solchen Situation nach Sinn und Zweck der Haftungsnorm unabhängig davon aus, ob nach allgemeinen sachenrechtlichen Vorschriften (§§ 1004 I, 862 I BGB) ein Unterlassungsanspruch zugunsten des Nachbarn besteht."

Im vorliegenden Fall bewegt sich das Abschießen einer Feuerwerksrakete am Neujahrstag wohl noch im Rahmen der hier maßgeblichen Nutzung des Grundstücks zu Wohnzwecken. Ein darüber hinausgehender sachlicher Bezug zum Grundstück ist jedoch nicht erkennbar. Der Bezug ist nicht schon mit der Begründung zu verneinen, dass ein Feuerwerk üblicherweise, wenn überhaupt, nur einmal im Jahr abgebrannt wird. Denn auch Maßnahmen, die, wie etwa im Bereich der Pflege des vorhandenen Pflanzen- und Baumbestandes, der Eigentümer oder Nutzer nur in größeren zeitlichen Abständen durchzuführen pflegt, können sich als grundstücksbezogen erweisen. Maßgeblich ist vielmehr, dass das Abschießen einer Silvesterrakete, sei es in der Silvesternacht, sei es - rechtlich erlaubt (§ 23 I der Ersten Verordnung zum Sprengstoffgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 31.01.1991 [BGBl. I S. 169], zuletzt geändert durch Art. 390 der Verordnung vom 31.01.2006 [BGBl. I S. 2407]) - am Abend des Neujahrstages, ausschließlich der Befolgung eines gesellschaftlichen Brauches aus Anlass des Jahreswechsels dient. Diese Handlung steht zu dem Grundstück, auf dem sie vorgenommen wird, in keinem sachlichen Zusammenhang. Das wird schon daraus deutlich, dass Silvesterfeuerwerkskörper vielfach nicht auf dem eigenen Grund und Boden, sondern im öffentlichen Raum - etwa auf Bürgersteigen, Straßen oder Plätzen - entzündet werden. Dabei wird die Wahl der Abschussstelle oftmals nicht das Ergebnis eines Überlegungsprozesses darstellen, sondern mehr oder weniger einer weit verbreiteten Übung entsprechend erfolgen. Durch das Abschießen einer Feuerwerksrakete auf dem eigen genutzten Grundstück ist somit nicht der nachbarschaftliche Nutzungskonflikt betroffen, der durch § 906 BGB einer sinnvollen Lösung zugeführt werden soll.

[Anm.: Anders war der Sachverhalt, der einer Entscheidung des Reichsgerichts (JW 1927, 45) zugrunde liegt. Dort wurde auf dem Gelände eines Vergnügungsparks mehrmals wöchentlich ein Feuerwerk veranstaltet, was auf einem benachbarten Grundstück regelmäßig zu Beeinträchtigungen in Form niedergehender Raketenteile führte. Bei dieser Sachlage gehörte das Abbrennen der Feuerwerkskörper zum festen Bestandteil der Nutzung des Grundstücks und stand auf Grund der durch den Betrieb des Vergnügungsparks bewirkten Ortsgebundenheit auch in ei-

nem sachlichen Bezug zu diesem, so dass der Anwendungsbereich des § 906 BGB eröffnet war.]

Also ist der Regelungszusammenhang hier nicht ersichtlich. Demnach scheidet ein Anspruch analog § 906 II 2 BGB aus.

[Anm.: Für dieses Ergebnis sprechen auch Wertungsgesichtspunkte. Es kann für die Verpflichtung zum Geldausgleich grundsätzlich keinen Unterschied machen, ob eine beeinträchtigende Handlung, die nach ihrem Wesen und der ihr zugrunde liegenden Motivation an einem beliebigen Ort vollzogen werden kann (vgl. Senat, BGHZ 175, 253, 257 f.), innerhalb der Grenzen des Grundeigentums oder - mit der Folge einer lediglich verschuldensabhängigen Haftung nach § 823 BGB - an einer außerhalb dieses Bereichs gelegenen Stelle oder aber auf dem Grundstück durch eine Person, die weder Eigentümer noch Nutzer ist, vorgenommen wird. Auch führte die Zuerkennung eines von einem sachlichen Grundstücksbezug losgelösten nachbarrechtlichen Ausgleichsanspruchs zu einer nicht gerechtfertigten Besserstellung des beeinträchtigten Grundstückseigentümers gegenüber sonstigen Geschädigten bzw. Ausgleichsberechtigten.]

C. Anspruch gem. § 823 I BGB

Es könnte ein Anspruch auf Schadensersatz gem. § 823 I BGB gegeben sein.

I. Anspruchsberechtigung der Kl.

Die Kl. kann gem. § 67 I 1 VVG a.F. die Ansprüche der Versicherten geltend machen.

II. Rechtsgutsverletzung

Es müsste eine Rechtsgutsverletzung vorliegen. Vorliegend ist das Eigentum der Versicherungsnehmerin durch die Substanzbeschädigung an den Gebäuden beeinträchtigt.

III. Verhalten des Anspruchgegners

Es müsste ein Verhalten des Bekl. ersichtlich sein. Der Bekl. hat die Feuerwerksrakete aus einem Schneehaufen heraus entzündet. Damit liegt ein aktives Tun des Bekl. vor.

IV. Kausalität und Zurechnung

Das Verhalten müsste die Rechtsgutsverletzung kausal und zurechenbar herbeigeführt haben.

1. Verletzung einer Verkehrssicherungspflicht

Es müsste eine Verkehrssicherungspflicht durch den Bekl. verletzt worden sein. Das Verhalten des Bekl. führte lediglich mittelbar zur Rechtsgutsverletzung, da erst das Abdriften der Rakete zum Einschlag in die Scheune führte.

a. Bestehen einer Verkehrssicherungspflicht

Der Bekl. müsste Träger einer Verkehrssicherungspflicht sein. Eine Verkehrssicherungspflicht besteht, wenn eine Gefahrenquelle geschaffen oder unterhalten wird (Palandt-Sprau, BGB, § 823 Rn 45 ff.). Durch das Abfeuern eines Feuerwerkskörpers schafft der Bekl. eine Gefahrenquelle, weil sich durch den Funkenflug Gegenstände entzünden können oder in der Nähe befindliche Personen Verbrennungen erleiden können.

b. Verletzung der Verkehrssicherungspflicht

Der Bekl. müsste die Verkehrssicherungspflicht verletzt haben.

Zunächst einmal könnte die Verletzung bereits dadurch eingetreten sein, dass die Rakete nicht aus einer Flasche heraus gezündet wurde, wie durch die Gebrauchsanweisung vorgesehen, sondern aus einem Schneehaufen heraus. Nach dem Sachverhalt ist jedoch nicht ersichtlich, dass dieser Umstand zu einer Abweichung der üblicherweise senkrecht verlaufen-

den Flugbahn des Feuerwerkskörpers hin zu der benachbarten Scheune geführt hat. Daher ist die Verkehrssicherungspflicht insoweit nicht verletzt.

Zudem könnte die Verletzung der Verkehrssicherungspflicht darauf beruhen, dass die Entfernung zur Scheune lediglich 12 Meter betrug. Allerdings ist auch insoweit dem Sachverhalt nicht zu entnehmen, dass aufgrund der geringen Entfernung der Einschlag in die Scheune erfolgte. Vielmehr war das unvorhersehbare Abweichen von der Flugbahn maßgeblich. Also ist eine Verletzung auch darauf nicht zu begründen.

Also ist eine Verletzung der Verkehrssicherungspflicht nicht ersichtlich. Damit scheidet die haftungsbegründende Kausalität aus.

Also ist der Tatbestand des § 823 I BGB nicht gegeben. Der Anspruch auf Schadensersatz besteht nicht.

Folglich sind keinerlei Ansprüche der Kl. gegen den Bekl. ersichtlich.

Standort: § 32 StGB**Problem: Einschränkung bei Notwehrprovokation**

BGH, BESCHLUSS VOM 25.06.2009

5 STR 141/09 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Der Angeklagte züchtete in einem Gewächshaus auf seinem Grundstück Hanfpflanzen. Dieses war deshalb bereits mehrfach von Dieben aufgesucht worden, die an die seltenen Pflanzen gelangen wollten. Nachdem der Angeklagte einen solchen Einbrecher durch Einsatz von Pfefferspray in die Flucht geschlagen hatte, hatte er dessen Fahrrad in einem Gebüsch versteckt. Deshalb verabredete sich der "Vertriebene" mit zwei Freunden dazu, das Fahrrad zurückzuholen, dem Angeklagten eine Abreibung zu verpassen und weitere Hanfpflanzen zu stehlen. Als der Kräftigste des Trios in das Gewächshaus eindringen wollte, traf er auf den Angeklagten. Es kam zu einem Gerangel, in dessen Rahmen der Eindringling des Angeklagten würgte. Dieser stach daraufhin dem Angreifer mehrfach mit einem Messer in Brust und Hals, bis dieser von ihm abließ.

Das Landgericht Leipzig hatte den Angeklagten aufgrund des Einsatzes des Messers wegen gefährlicher Körperverletzung, §§ 223 I, 224 I Nr. 2, 5 StGB, verurteilt. Eine Rechtfertigung des Angeklagten aus Notwehr, § 32 StGB, hatte es abgelehnt, da dieser die Notwehrlage schuldhaft selbst herbeigeführt habe und sich deshalb nicht auf Notwehr berufen könne. Diese Verurteilung hob der BGH auf, da der Angeklagte sehr wohl aus Notwehr gerechtfertigt sei.

Prüfungsrelevanz:

Rechtfertigungsgründe sind ein ständig wiederkehrendes Thema in beiden Examen. Nicht nur die klassischen Irrtumsprobleme (insb. Erlaubnistatbestandsirrtum und dessen Umkehrung beim Fehlen des subjektiven Rechtfertigungselements) sind hierbei immer wieder zu erörtern, sondern auch die Voraussetzungen der verschiedenen Rechtfertigungsgründe. Insofern enthält die vorliegende Entscheidung zur Gebotenheit der Verteidigungshandlung i.R.v. § 32 StGB zwar keine radikal neuen Erkenntnisse, präzisiert jedoch die bisherige Rechtsprechung.

Gem. § 32 I StGB ist der Täter dann gerechtfertigt, wenn seine Tat "durch Notwehr geboten ist". Eine Rechtfertigung durch Notwehr setzt also stets die Gebotenheit der Notwehrhandlung voraus. Anders als zum Beispiel beim rechtfertigenden Notstand (§§ 228, 904 BGB, § 34 StGB) ist bei der Notwehr insofern jedoch grundsätzlich keine Abwägung der geschützten und beeinträchtigten Interessen erforderlich (BGH, NStZ 2003, 425, 427; Wessels/Beulke, AT, Rn 340). Die Voraussetzung der "Gebotenheit" der Notwehrhandlung soll vielmehr sicherstellen, dass die Notwehr vom Täter nicht zum Rechtsmissbrauch ausgenutzt werden kann (Fischer, § 32 Rn 36; Roxin, AT I, § 15 Rn 56; Wessels/Beulke, AT, Rn 342; Geilen, JURA 1981, 370). Im Rahmen der Gebotenheitsprüfung ist deshalb nur das Vorliegen spezieller Fallgruppen zu überprüfen, deren Vorliegen dazu führen würde, dass eine uneingeschränkte Berufung auf den Rechtfertigungsgrund der Notwehr durch den Täter aus sozial-

ethischen Gründen einen Rechtsmissbrauch darstellen würde (vgl. hierzu den Überblick bei Wessels/Beulke, AT, Rn 343 ff.). Beim Vorliegen einer dieser Fallgruppen sind die Notwehrbefugnisse des Täters eingeschränkt oder sogar komplett ausgeschlossen.

Eine solche Fallgruppe stellt die Provokation der Notwehrlage durch ein Vorverhalten des Täters dar. Hat der Täter den die Notwehr begründenden Angriff absichtlich provoziert, um den Angreifer dann unter dem Deckmantel der Notwehr verletzen zu können, so kann er sich gar nicht auf Notwehr berufen (BGH, NStZ 2003, 425, 427; Fischer, § 32 Rn 43; Wessels/Beulke, AT, Rn 347). Streitig ist die Behandlung des Falles, wenn der Täter die Notwehrlage nicht absichtlich, sondern nur vorwerfbar herbeigeführt hat. In der Literatur wird hier eine Einschränkung der Notwehr von einer Mindermeinung gänzlich abgelehnt (LK-Spendel, § 32 Rn 293) - teilweise unter Hinweis auf die Möglichkeit, zu einer Strafbarkeitsbegründung an das Vorverhalten anzuknüpfen (sog. Lehre von der *actio illicita in causa*, vgl. Schönke/Schröder-Lenckner, Vorbem. §§ 32 ff. Rn 23; Dencker, JuS 1979, 782). Nach herrschender Meinung kann der Täter sich hier grundsätzlich auf Notwehr berufen, ist in seinen Notwehrbefugnissen allerdings eingeschränkt: Er muss zunächst versuchen, dem Angriff auszuweichen; ist dies nicht möglich, darf er zur - rein defensiven - Schutzwehr übergehen; verspricht diese jedoch auch keinen Erfolg, dann darf der Täter auch zur - aggressiven - Trutzwehr übergehen und ggf. sogar den Angreifer töten (BGH, JZ 2001, 661; NStZ 2002, 425; Wessels/Beulke, AT, Rn 348).

In der vorliegenden Entscheidung führt der BGH diese Rechtsprechung fort, stellt jedoch klar, dass die genannte Einschränkung der Notwehr nur dann vorzunehmen ist, wenn der Angriff als adäquate und voraussehbare Folge des Vorverhaltens des Angegriffenen erscheint. Diese Voraussetzung sei jedoch im vorliegenden Fall gerade nicht gegeben, da der erneute Einbruch beim Angeklagten nicht unmittelbar auf das Verstecken des Fahrrads zurückzuführen sei. Wenn dem BGH auch hinsichtlich seiner inhaltlichen Wertung zuzustimmen sein mag, so ist es doch zumindest bedenklich, einen Kausalzusammenhang zwischen dem Vorverhalten des Angeklagten - dem Verstecken des Fahrrads - und dem zweiten Eindringen auf sein Grundstück salopp zu verneinen, da der zweite "Besuch" insbesondere dem Zweck dienen sollte, das Fahrrad zurückzuholen. Mit der Möglichkeit einer Anknüpfung an das Vorverhalten zur Begründung einer Strafbarkeit hat sich der BGH in der vorliegenden Entscheidung - anders als z.B. in BGH, NStZ 2001, 143 - gar nicht auseinander gesetzt aber wahrscheinlich deshalb, weil er den Angriff nicht als vorhersehbare Folge des Vorverhaltens des Angeklagten gese-

hen hatte.

Vertiefungshinweise:

□ Zur Einschränkung von § 32 wegen Provokation der Notwehrlage: BGHSt 24, 356; 26, 143; 39, 374; BGH, JZ 2001, 661; NStZ 2002, 425; Heger, JA 2003, 8; Matt, NStZ 1993, 271

Kursprogramm:

□ Examenskurs: "Autofahrer"

Leitsatz (der Redaktion):

Eine schuldhafte Provokation kann zur Einschränkung des Notwehrrechts führen, wenn bei vernünftiger Würdigung der gesamten Umstände des Einzelfalls der Angriff als adäquate und voraussehbare Folge der Pflichtverletzung des Angegriffenen erscheint.

Sachverhalt:

A betreibt auf einem größeren Gartengrundstück ökologischen Nutzpflanzenanbau, eine Kleintierzucht und eine Imkerei. Er baute in einem Gewächshaus unter anderem auch Cannabis an. Bereits im Herbst 2007 war das Anwesen des A mehrfach von Dieben aufgesucht worden. Unter anderem hatten drei junge Männer, E, M und Me den Zaun des Grundstücks des A überstiegen, die Folie des Gewächshauses durchschnitten und Hanfpflanzen gestohlen.

Am frühen Nachmittag des 16. Oktober 2007 überstieg E erneut den Zaun, schnitt das Gewächshaus auf und wollte wiederum Cannabispflanzen stehlen. A stellte ihn und setzte Pfefferspray ein. E flüchtete über das Feld und ließ sein am Rande des Nachbargrundstückes abgestelltes Fahrrad zurück. A versteckte dieses später in einem angrenzenden Gebüsch.

E informierte seine Freunde M und Me. Alle drei beschlossen, das Fahrrad zurückzuholen, A eine Abreibung zu verpassen und weitere Hanfpflanzen zu stehlen. M parkte den Pkw abrufbereit; der zierliche E wartete zunächst außerhalb des Grundstücks. Der 90 kg schwere und durchtrainierte Me drang auf das Grundstück des A ein, um nach dem Fahrrad sowie dem dort vermuteten A zu suchen. Vor dem Eingang des Gewächshauses traf der sich anschleichende Me auf den mittlerweile aufmerksam gewordenen A, der sein bei der Arbeit verwendetes Messer (15 cm Länge; Klingenlänge 5,5 cm) in der rechten Hand hielt. Es entstand sogleich ein Gerangel. Dabei fasste Me dem A an den Kragen und ging zum direkten Angriff über. Er umklammerte A von vorn und drückte ihm die Luft ab. A geriet in Todesangst und setzte das Messer ein. Er stieß das Messer ohne Tötungsvorsatz wuchtig zunächst in den Bereich der linken Flanke des Me oberhalb des Beckenkammes, sodann fügte er ihm durch

einen weiteren Stich eine Verletzung der Zwischenrippenmuskulatur sowie durch einen dritten Stich eine Verletzung an Kinn und Hals zu.

Wie hat A sich nach dem StGB strafbar gemacht?

[Anm.: § 303 StGB ist nicht zu prüfen.]

Lösung:

A. Strafbarkeit gem. §§ 223 I, 224 I Nr. 2 StGB zum Nachteil des E durch den Einsatz des Pfeffersprays
Dadurch, dass A gegen E Pfefferspray einsetzte, konnte er sich wegen gefährlicher Körperverletzung gem. §§ 223 I, 224 I Nr. 2 StGB zum Nachteil des E strafbar gemacht haben.

I. Tatbestand

1. Grunddelikt: § 223 I StGB

A müsste zunächst den Tatbestand des Grunddelikts, der einfachen Körperverletzung gem. § 223 I StGB, erfüllt haben.

Dazu müsste A den E 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).

Der Einsatz des Pfeffersprays gegen E stellt eine üble, unangemessene Behandlung dar, die zumindest das körperliche Wohlbefinden des E erheblich beeinträchtigt hat. Auch dürften hierdurch pathologische Zustände wie Hautreizungen oder gerötete Augen bei E entstanden sein. A hat E also körperlich misshandelt und an der Gesundheit geschädigt. Da A auch vorsätzlich handelte, hat er den Tatbestand des § 223 I StGB erfüllt.

2. Qualifikation, § 224 I Nr. 2 StGB

A könnte auch den Qualifikationstatbestand des § 224 I Nr. 2 StGB erfüllt haben. Dann müsste es sich bei dem Pfefferspray um eine Waffe oder ein anderes gefährliches Werkzeug handeln.

Waffe i.S.v. § 224 I Nr. 2 StGB ist jeder Gegenstand, der dazu bestimmt ist, erhebliche Verletzungen von Menschen zu verursachen (Fischer, § 224 Rn 9d; Lacner/Kühl, § 224 Rn 2; Wessels/Hettinger, BT I, Rn 273). Ein handelsübliches Pfefferspray - und bei lebensnaher Auslegung des Sachverhalts ist davon auszugehen, dass A ein solches verwendet - ist jedoch nicht dazu bestimmt, Menschen zu verletzen, sondern

als Abwehrmittel gegen Tiere gedacht. Deshalb stellt ein Pfefferspray keine Waffe i.S.v. § 224 I Nr. 2 StGB dar (Jesse, NStZ 2009, 364).

Das Pfefferspray könnte allerdings ein anderes gefährliches Werkzeug sein. Ein anderes gefährliches Werkzeug i.S.v. § 224 I Nr. 2 StGB ist jeder bewegliche Gegenstand, der nach seiner objektiven Beschaffenheit und nach Art der Benutzung im Einzelfall geeignet ist, erhebliche Verletzungen zuzufügen (BGHSt 3, 209; Fischer § 224 Rn. 9). Pfefferspray, das - wie im vorliegenden Fall - gegen einen Menschen eingesetzt wird, ist dazu geeignet, erhebliche Verletzungen zuzufügen und stellt deshalb ein anderes gefährliches Werkzeug dar, mittels dessen A die Körperverletzung begangen hat.

Da A hinsichtlich der qualifizierenden Elemente auch vorsätzlich handelte, hat er die Körperverletzung mittels eines anderen gefährlichen Werkzeugs i.S.v. § 224 I Nr. 2 StGB begangen.

II. Rechtswidrigkeit

A könnte jedoch durch Notwehr, § 32 StGB, gerechtfertigt sein.

1. Notwehrlage

Eine Rechtfertigung durch Notwehr setzt zunächst eine Notwehrlage, d.h. einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff, voraus.

Angriff i.S.v. § 32 II StGB ist jede Bedrohung rechtlich geschützter Güter oder Interessen durch menschliches Verhalten (Joecks, § 32 Rn 6; Wessels/Beulke, AT, Rn 325). E war auf das Grundstück des A eingedrungen und hatte das Gewächshaus aufgeschnitten, um die Hanfpflanzen des A zu stehlen. Dadurch hat E das Hausrecht und das Eigentum - also rechtlich geschützte Güter - des A bedroht. Ein Angriff liegt somit vor.

Der Angriff des E müsste gegenwärtig sein.

Ein Angriff ist gegenwärtig, wenn er unmittelbar bevorsteht, gerade begonnen hat oder noch fort dauert (BGH, NJW 1973, 255; Joecks, § 32 Rn 8; Wessels/Beulke, AT, Rn 326). Im Zeitpunkt der Handlung des A befand sich E ohne dessen Erlaubnis auf dem Grundstück und war gerade dabei, das Gewächshaus zu beschädigen, um die Pflanzen zu stehlen. Der Angriff des E auf die bedrohten Güter hat also gerade begonnen bzw. dauert noch fort und ist somit auch gegenwärtig.

Der Angriff des E müsste auch rechtswidrig sein.

Rechtswidrig ist ein Angriff dann, wenn er im Widerspruch zur Rechtsordnung steht, d.h. wenn er nicht seinerseits gerechtfertigt ist (Fischer, § 32 Rn 21; Joecks, § 32 Rn 10; Schönke/Schröder-Lenckner/Perron, § 32 Rn 19/20). Anhaltspunkte für eine Rechtfertigung des Angriffs des E sind nicht ersichtlich, sodass dieser auch rechtswidrig war.

Eine Notwehrlage ist somit gegeben.

2. Notwehrhandlung

Der Einsatz des Pfeffersprays gegen E müsste auch eine von § 32 StGB gedeckte Notwehrhandlung darstellen.

Zunächst einmal muss sich die Notwehrhandlung stets gegen den Angreifer richten (BGHSt 5, 245, 248; Fischer, § 32 Rn 24). Da A das Pfefferspray nur gegen den Angreifer E selbst eingesetzt hat, ist diese Voraussetzung gegeben.

a. Erforderlichkeit

Die Verteidigungshandlung müsste außerdem erforderlich sein.

Eine Notwehrhandlung ist erforderlich, wenn sie zur Abwehr des Angriffs geeignet ist und das relativ mildeste Mittel darstellt (Joecks, § 32 Rn 11; Schönke/Schröder-Lenckner/Perron, § 32 Rn 34). Das relativ mildeste Mittel stellt die Notwehrhandlung nur dar, wenn der Angegriffene unter mehreren gleich wirksamen Mitteln das mildeste wählt (BGH, NStZ-RR 1997, 194; 1998, 42; Fischer, § 32 Rn 30). Dass der Einsatz des Pfeffersprays zur Abwehr des Angriffs des E geeignet war zeigt sich schon dadurch, dass er diesen Angriff tatsächlich beendet hat. Auch ist nicht ersichtlich, dass A ein Mittel zur Verteidigung seiner Güter zur Verfügung gestanden hätte, das milder und ebenso wirksam gewesen wäre wie der Einsatz des Pfeffersprays. Er hat also auch das relativ mildeste Mittel gewählt, sodass die Notwehrhandlung des A auch erforderlich war.

b. Gebotenheit

Schließlich müsste die Handlung des A auch geboten sein. Die Gebotenheit der Notwehrhandlung entfällt in bestimmten Fallgruppen, in denen es sich aus sozial-ethischen Gesichtspunkten als rechtsmissbräuchlich darstellen würde, wenn der Täter sich uneingeschränkt (oder überhaupt) auf den Rechtfertigungsgrund der Notwehr berufen könnte (BGHSt 42, 102; Fischer, § 32 Rn 36; Schönke/Schröder-Lanckner/Perron, § 32 Rn 44). Von diesen Fallgruppen (z.B. Provokation der Notwehrlage, Angriffe Schuldunfähiger oder unerträgliches Missverhältnis zwischen geschütztem und beeinträchtigtem Rechtsgut) ist vorliegend jedoch keine einschlägig. Damit ist die Verteidigungshandlung des A auch geboten.

3. Subjektives Rechtfertigungselement

Nach ganz herrschender Meinung setzt eine Rechtfertigung auch das Vorliegen eines subjektiven Rechtfertigungselements voraus (BGH, NStZ 2000, 365; 2005, 332; Joecks, Vor §32 Rn 10; NK-Paeffgen, Vor §§ 32 ff. Rn 85 ff.; a.A.: LK-Spendel, § 32 Rn 138 ff.). Dieses subjektive Rechtfertigungselement müsste

deshalb auch bei A gegeben sein.

Streitig ist, ob es für das Vorliegen des subjektiven Rechtfertigungselements i.R.v. § 32 StGB ausreicht, dass der Täter die Notwehrsituation kennt (so Joecks, § 32 Rn 17; Schönke/Schröder-Lenckner/Perron, § 32 Rn 63; Otto, AT, § 8 Rn 52) oder ob der Täter auch mit dem Ziel handeln muss, den Angriff abzuwenden (so BGH, NStZ 2000, 365; 2005, 332; Fischer, § 32 Rn 26). Da A jedoch im vorliegenden Fall nicht nur in Kenntnis des Angriffs durch E handelte, sondern auch mit dem Ziel, diesen Angriff abzuwenden, sind nach beiden Auffassungen die erforderlichen Voraussetzungen für das subjektive Element erfüllt. A ist aus Notwehr, § 32 StGB, gerechtfertigt.

III. Ergebnis

A hat sich durch den Einsatz des Pfeffersprays nicht gem. §§ 223 I, 224 I Nr. 2 StGB strafbar gemacht.

B. Strafbarkeit gem. § 240 I StGB zum Nachteil des E durch den Einsatz des Pfeffersprays

Aus demselben Grunde - Rechtfertigung wegen Notwehr - entfällt auch eine Strafbarkeit des A wegen Nötigung gem. § 240 I StGB zum Nachteil des E durch den Einsatz des Pfeffersprays.

C. Strafbarkeit gem. § 242 I StGB durch das Verstecken des Fahrrads

Dadurch, dass A das Fahrrad des E in einem Gebüsch versteckte, könnte er sich wegen Diebstahls, § 242 I StGB, strafbar gemacht haben.

I. Tatbestand

1. Fremde bewegliche Sache

Bei dem Fahrrad des E müsste es sich um eine fremde bewegliche Sache handeln.

Ein Fahrrad ist eine bewegliche Sache. Fremd ist eine Sache dann, wenn sie zumindest auch im Eigentum einer anderen Person steht (BGH, NStZ-RR 2000, 234; Fischer, StGB, § 242 Rn 5; Otto, JURA 1989, 139). Da das Fahrrad im Eigentum des E stand, war es für A auch fremd.

Das Fahrrad stellt also ein taugliches Tatobjekt dar.

2. Wegnahme

A müsste das Fahrrad weggenommen haben.

Wegnahme ist der Bruch fremden und die Begründung neuen, nicht unbedingt tätereigenen, Gewahrsams (Fischer, StGB, § 242 Rn 10; S/S-Eser, StGB, § 242 Rn 22). Gewahrsam ist die tatsächliche Sachherrschaft eines Menschen über eine Sache getragen von einem natürlichen Herrschaftswillen, wobei das Vorliegen dieser Elemente nach der Verkehrsanschauung zu bestimmen ist (BGHSt 40, 8, 23; Joecks, StGB, § 242 Rn 12 ff.; S/S-Eser, StGB, § 242 Rn 23). Ein Gewähr-

samsbruch liegt vor, wenn die Gewahrsamsverschiebung ohne oder gegen den Willen des bisherigen Gewahrsamsinhabers erfolgt (Joecks, StGB, § 242 Rn 10; Lackner/Kühl, StGB, § 242 Rn 14).

E hatte zwar sein Fahrrad am Rand des Nachbargrundstücks des A abgestellt. Trotzdem hatte er jedoch noch die tatsächliche Sachherrschaft darüber, da er jederzeit zurückkommen und darauf hätte zugreifen können. Auch hatte er einen entsprechenden Herrschaftswillen, sodass er in dem Zeitpunkt, in dem A das Rad wegrug, noch Gewahrsam daran hatte. Durch das Verstecken des Rades im Gebüsch hat A den Gewahrsam des E aufgehoben, da der E nun nicht mehr darauf zugreifen konnte (er kannte ja den Standort nicht mehr) und neuen, eigenen Gewahrsam begründet. Da sich diese Gewahrsamsverschiebung auch gegen den Willen des E vollzog, hat A das Fahrrad weggenommen.

3. Vorsatz

A handelte auch vorsätzlich.

4. Absicht rechtswidriger Zueignung

A müsste auch in der Absicht rechtswidriger Zueignung gehandelt haben.

Wesentliches Element der für § 242 I StGB erforderlichen Zueignungsabsicht ist die Aneignungsabsicht. Aneignungsabsicht ist die Absicht, die Sache selbst oder den in ihr verkörperten Sachwert wenigstens vorübergehend dem eigenen Vermögen oder dem Vermögen eines Dritten einzuverleiben (BGHSt 35, 152, 156; Fischer, § 242 Rn 35; Wessels/Hillenkamp, BT II, Rn 51). Unklar ist, was A durch das Verstecken des Rades bewirken wollte. Nach den Grundsatz "in dubio pro reo" ist jedoch davon auszugehen, dass A das Rad nicht versteckte, um es selbst später abzuholen und benutzen zu können, sondern dass er es nur deshalb versteckte, um den E zu ärgern, der bei einer späteren Rückkehr dann nach seinem Fahrrad suchen müsste. In diesem Fall hätte A jedoch nicht den Willen, das Rad selbst oder den darin verkörperten Wert seinem Vermögen oder dem eines Dritten einzuverleiben, sodass eine Aneignungsabsicht und damit die für § 242 I StGB erforderliche Zueignungsabsicht nicht gegeben wäre.

II. Ergebnis

A ist nicht strafbar gem. § 242 I StGB.

D. Strafbarkeit gem. § 246 I StGB durch das Verstecken des Fahrrads

A könnte sich jedoch durch das Verstecken des Fahrrads wegen Unterschlagung, § 246 I StGB, strafbar gemacht haben.

I. Tatbestand

Das Fahrrad des E ist eine fremde bewegliche Sache

(s.o.) und somit ein taugliches Tatobjekt für eine Unterschlagung.

A müsste sich dieses Fahrrad zueignet haben.

Zueignung i.S.v. § 246 I StGB ist die Manifestation des Zueignungswillens (BGHSt 14, 39). A müsste also insbesondere einen Zueignungswillen gehabt haben. Der Zueignungswille i.S.v. § 246 I StGB setzt insb. einen Aneignungswillen voraus, also den Willen, die Sache selbst oder den in ihr verkörperten Sachwert wenigstens vorübergehend dem eigenen Vermögen oder dem Vermögen eines Dritten einzuverleiben (Fischer, § 246 Rn 20, § 242 Rn 35). Da A jedoch das Fahrrad weder seinem eigenen Vermögen noch dem eines Dritten einverleiben wollte (s.o.), fehlt es am Aneignungs- und somit am Zueignungswillen.

II. Ergebnis

A ist nicht strafbar gem. § 246 I StGB.

E. Strafbarkeit gem. §§ 223 I, 224 I Nr. 2, 5 StGB zum Nachteil des Me durch die Messerstiche

Durch die Messerstiche, die er dem Me versetzte, könnte A sich wegen gefährlicher Körperverletzung gem. §§ 223 I, 224 I Nr. 2, 5 StGB strafbar gemacht haben.

I. Tatbestand

1. Grunddelikt: § 223 I StGB

A müsste zunächst den Tatbestand des Grunddelikts, § 223 I StGB, verwirklicht haben.

Die Messerstiche stellen üble, unangemessene Behandlungen des Me durch A dar, die das körperliche Wohlbefinden und die körperliche Integrität des Me mehr als unerheblich beeinträchtigen. Auch hat A mit den Stichverletzungen pathologische Zustände bei Me hervorgerufen. A hat Me also körperlich misshandelt und an der Gesundheit geschädigt. Da A auch vorsätzlich handelte, hat er den Tatbestand des § 223 I StGB erfüllt.

2. Qualifikation: § 224 I StGB

A könnte auch den Qualifikationstatbestand des § 224 I StGB erfüllt haben.

a. § 224 I Nr. 2 StGB

Das Messer könnte eine Waffe oder ein anderes gefährliches Werkzeug darstellen.

Da es sich bei dem von A eingesetzten Messer um ein solches handelte, das er bei seiner (Garten-) Arbeit verwendete ist es nicht dazu bestimmt, Menschen zu verletzen und somit keine Waffe. Allerdings ist ein Messer - auch bei einer relativ kurzen Klinge (wie im vorliegenden Fall) - durchaus dazu geeignet, einem Menschen erhebliche Verletzungen zuzufügen, wenn es - wie hier - dazu benutzt wird, auf einen Menschen

einzustechen. Bei dem Messer handelt es sich also um ein anderes gefährliches Werkzeug i.S.v. § 224 I Nr. 2 StGB.

b. § 224 I Nr. 5 StGB

Die Messerstiche könnten eine das Leben gefährdende Behandlung i.S.v. § 224 I Nr. 5 StGB darstellen.

Zwar ist i.R.v. § 224 I Nr. 5 StGB streitig, ob die Verwirklichung dieses Tatbestandes den Eintritt einer konkreten Lebensgefahr voraussetzt (so Schönke/Schröder-Stree, § 224 Rn 12) oder ob das Vorliegen einer abstrakten Lebensgefährdung hierfür ausreicht (so BGH, NStZ 2004, 618; 2007, 339; Joicks, § 224 Rn 38; Geerds, JURA 1988, 46). Dies kann jedoch im vorliegenden Fall dahinstehen, da bei den zahlreichen Stichen des A in Brust und Hals des Me nicht nur eine abstrakte, sondern auch eine konkrete Gefährdung des Lebens des Opfers gegeben ist. Auch der Qualifikationstatbestand des § 224 I Nr. 5 StGB ist somit verwirklicht.

c. Vorsatz

A handelte auch vorsätzlich hinsichtlich der Qualifikationsmerkmale.

II. Rechtswidrigkeit

A müsste auch rechtswidrig gehandelt haben. A könnte jedoch aus Notwehr, § 32 StGB, gerechtfertigt sein.

1. Notwehrlage

Zunächst müsste eine Notwehrlage, also ein gegenwärtiger rechtswidriger Angriff des Me, vorgelegen haben. Me hatte A im Zeitpunkt von dessen Messerstichen umklammert und drückte ihm die Luft ab. Dies stellt eine Bedrohung der körperlichen Unversehrtheit und des Lebens des A und somit einen Angriff des Me dar, der, da er gerade stattfand, auch gegenwärtig war. Da Me sich auch seinerseits nicht auf Rechtfertigungsgründe berufen konnte, war der Angriff auch rechtswidrig. Eine Notwehrlage lag somit vor.

2. Notwehrhandlung

Die Messerstiche müssten auch eine von § 32 StGB gedeckte Notwehrhandlung darstellen.

a. Erforderlichkeit

Zunächst müssten die Messerstiche erforderlich, d.h. das relativ mildeste Mittel zur Abwehr des Angriffs des Me, gewesen sein.

Hierzu der BGH: “[11] Die drei Messerstiche des Angeklagten stellten noch eine erforderliche Verteidigung im Sinne des § 32 Abs. 2 StGB dar. Hierzu hat der Generalbundesanwalt in seiner Antragsschrift ausgeführt:

[12] “Sie waren geeignet, den Angriff zu beenden. Zwar muss der Angegriffene das mildeste Mittel ge-

gen einen Angriff wählen. Zur Beurteilung der Frage, welches Mittel wie wirksam ist, um die endgültige Beseitigung der Gefahr zu gewährleisten, kommt es auf die Stärke des Angriffs, die Gefährlichkeit des Angreifers und die zur Verfügung stehenden Abwehrmittel an. Hierbei muss sich der Angegriffene nicht auf das Risiko einer nur unzureichenden Abwehrhandlung und des Eintritts eines mehr als belanglosen Schadens an seiner körperlichen Unversehrtheit einlassen. Die Erforderlichkeit der Verteidigung ist im Wege einer ex-ante-Betrachtung objektiv zu bestimmen. Maßgebend ist, wie ein besonnener Dritter in der Lage des Angegriffenen die im Zeitpunkt des Angriffs gegebenen und objektiv erkennbaren Umstände beurteilt hätte, wobei § 32 StGB (im Prinzip) keine Güterabwägung voraussetzt. Nach diesen Grundsätzen war der Einsatz des Messers, selbst wenn man wie das Landgericht einen bedingten Tötungsvorsatz annehmen wollte, gerechtfertigt: Der Angeklagte befand sich durch die Umklammerung des Me nicht mehr in einer Lage, in der es ihm zumutbar gewesen wäre, den Einsatz des Messers anzukündigen oder in eine ‘weniger gefährdete’ Körperregion zu stechen. Die Umklammerung verringerte nach der unwiderlegten Einlassung des Angeklagten dessen Luftzufuhr, so dass er in Todesangst geriet.”

[13] Dem stimmt der Senat zu, zumal es dem Angeklagten angesichts der eindeutigen Feststellungen zur fortdauernden Umklammerung des körperlich überlegenen Nebenklägers nicht zumutbar war, die Wirkung des ersten oder zweiten Stiches abzuwarten.”

Die Stiche waren also erforderlich.

b. Gebotenheit

Die Stiche müssten auch geboten gewesen sein.

Die Gebotenheit entfällt in bestimmten Fallgruppen, in denen es einen Rechtsmissbrauch des Rechtfertigungsgrundes des § 32 StGB darstellen würde, wenn der Täter sich (ohne Einschränkung) auf Notwehr berufen könnte (s.o.). Insofern ist im vorliegenden Fall zu berücksichtigen, dass E, M und Me sich vor allem deshalb dazu entschlossen hatten, dem A eine Abreibung zu verpassen, weil dieser das Fahrrad des E versteckt hatte. Durch das Verstecken des Fahrrads selbst hatte E sich zwar nicht strafbar gemacht (s.o.). Allerdings stellt das Verstecken des Fahrrads eine Sorgfaltspflichtverletzung durch A dar, da er hierdurch das Rad dem Zugriff des Berechtigten E entzogen hat. A hat also den Angriff des Me auf sich letztlich selbst - durch ein vorwerfbares Vorverhalten - provoziert. Fraglich ist, ob eine vorwerfbare Herbeiführung der Notwehrlage durch den Täter selbst dessen Notwehrbefugnisse ausschließt oder zumindest einschränkt.

aa. 1. Meinung

Nach einer Auffassung führt eine lediglich vorwerf-

bare aber nicht absichtlich provozierte Notwehrlage nicht zu einer Einschränkung des Notwehrrechts, da der Täter ansonsten vor jeder Verteidigungshandlung erst einmal überlegen müsste, ob er nicht selbst zu der Notwehrsituation beigetragen hat, was aber den Charakter der Notwehr als "schneidiger" Rechtfertigungsgrund ohne übertriebene Prüfungspflichten seitens des Täters aushöhlen würde (LK-Spendel, § 32 Rn 293). Nach dieser Auffassung war die Verteidigungshandlung des A also geboten.

bb. 2. Meinung

Nach einer anderen Literaturauffassung ist bei einer vorwerfbar herbeigeführten Notwehrlage die Verteidigung in jedem Falle zulässig. Wie bei der *actio libera in causa* kann dann aber an die vorhergehende Handlung angeknüpft werden, wobei diese Handlung als rechtswidrig gesetzte Bedingung für die später in der Notwehrlage durch die Verteidigungshandlung angeordnete Rechtsverletzung anzusehen ist (sog. *actio illicita in causa*). Je nachdem, ob bei Setzen dieser Bedingung Vorsatz oder Fahrlässigkeit hinsichtlich des später durch Notwehr herbeigeführten Erfolges vorlag, wird wegen vorsätzlichen oder fahrlässigen Delikts bestraft. Die Verletzung des Angreifers erscheint daher zwar im Augenblick der Tat durch Notwehr gerechtfertigt, ist aber letzten Endes dennoch eine rechtswidrige Handlung (Bertel, ZStW 1984, 14; Dencker, JuS 1979, 782; im Ergebnis ähnlich BGH, NStZ 2001, 143). Auch nach dieser Auffassung wären jedoch die Messerstiche geboten.

cc. Herrschende Meinung

Nach Rechtsprechung und herrschender Literatur ist in den Fällen vorwerfbarer Herbeiführung der Notwehrlage das Notwehrrecht nicht ausgeschlossen. Der Angegriffene, der für den Angriff aber schließlich auch eine gewisse Verantwortung trägt, hat diesem deswegen aber tunlichst auszuweichen und muss sich bei fehlender Ausweichmöglichkeit bis zur Grenze des Zumutbaren auf defensive Verteidigungshandlungen beschränken (BGH, JZ 2001, 661; NStZ 2002, 425; Wessels/Beulke, AT, Rn. 348). In äußersten Notfällen ist aber auch hier die Tötung des Angreifers erlaubt (BGH, NStZ 1988, 450).

Diese Rechtsprechung führt der BGH in der vorliegenden Entscheidung fort: "[8] Das Landgericht hat dem Angeklagten zugebilligt, dass er sich gegen die Umklammerung zur Wehr gesetzt und sein Eigentum und sein Hausrecht verteidigt habe. Indes habe er an dem Zustandekommen der Notwehrlage durch die im Verstecken des Fahrrades des E enthaltene Provokation mitgewirkt. Der massive Einsatz des Messers habe dem Angeklagten im Rahmen seines eingeschränkten Notwehrrechts nicht zugestanden.

[9] Diese Wertung hält der sachlichrechtlichen Prü-

fung nicht stand. Zwar ist anerkannt, dass eine schuldhaft provokative Handlung zur Einschränkung des Notwehrrechts führen kann, wenn bei vernünftiger Würdigung der gesamten Umstände des Einzelfalls der Angriff als adäquate und voraussehbare Folge der Pflichtverletzung des Angegriffenen erscheint (vgl. BGHR StGB § 32 Abs. 2 Verteidigung 11 und 18 jeweils m.w.N.). Solches ist hier jedoch nicht der Fall.

[10] Es ist schon zweifelhaft, ob das Verstecken des Fahrrades überhaupt zu einer Einschränkung des Notwehrrechts des Angeklagten hinsichtlich eines Angriffs auf die körperliche Integrität führen kann. Jedenfalls stand der Angriff des Nebenklägers damit in keinem Zusammenhang. Er beruhte auf dessen Entscheidung und der seiner Freunde, dem Angeklagten wegen der Vertreibung des E eine Abreibung zu erteilen. Hierdurch war das Notwehrrecht des Angeklagten nicht eingeschränkt."

Die Stiche waren also auch nach der h.M. geboten.

dd. Zwischenergebnis

Nach allen Auffassungen stellen die Messerstiche eine gebotene Verteidigung dar.

3. Subjektives Rechtfertigungselement

A hat nicht nur in Kenntnis der Notwehrlage gehandelt, sondern auch mit dem Ziel, den Angriff des Me abzuwehren, sodass das subjektive Rechtfertigungselement gegeben ist. Die Messerstiche des A sind durch Notwehr, § 32 StGB, gerechtfertigt.

III. Ergebnis

A ist nicht strafbar gem. §§ 223 I, 224 I Nr. 2, 5 StGB.

F. Strafbarkeit gem. § 240 I StGB zum Nachteil des Me durch die Messerstiche

Auch die Nötigung, § 240 I StGB, durch die Messerstiche ist durch Notwehr gem. § 32 StGB gerechtfertigt.

G. Strafbarkeit gem. § 229 StGB zum Nachteil des Me durch Verstecken des Fahrrads

Durch das Verstecken des Fahrrads des E könnte A sich jedoch wegen fahrlässiger Körperverletzung des Me gem. § 229 StGB strafbar gemacht haben.

I. Tatbestand

1. Eintritt des tatbestandlichen Erfolgs

Me hat Stichverletzungen im Oberkörper und Hals erlitten, ist also körperlich misshandelt und an der Gesundheit geschädigt worden (s.o.). Der tatbestandliche Erfolg des § 229 StGB ist somit eingetreten.

2. Kausale Handlung

Das Verstecken des Fahrrads stellt eine Handlung dar.

Diese müsste jedoch auch kausal für die Verletzungen des Me sein.

Eine Handlung ist dann kausal für einen Erfolg, wenn sie nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass der Erfolg in seiner konkreten Gestalt entfiel.

Hätte A das Fahrrad des E nicht versteckt, so hätte dieser M und Me nicht dazu überredet, dem A eine Abreibung zu verpassen, Me wäre nicht auf dem Grundstück des A gewesen, hätte diesen nicht gewürgt und A hätte sich nicht durch die Messerstiche hiergegen verteidigen müssen. Das Verstecken des Fahrrads kann also nicht hinweggedacht werden, ohne dass die Verletzungen des Me entfielen. Die erforderliche Kausalität ist somit gegeben.

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

Das Verstecken des Fahrrads müsste eine Sorgfaltspflichtverletzung des A darstellen und der weitere Geschehensverlauf sowie der konkrete Erfolg müssten vorhersehbar gewesen sein.

Grundsätzlich stellt es eine Sorgfaltspflichtverletzung dar, ein fremdes Fahrrad zu verstecken und dadurch dem Zugriff des Berechtigten zu entziehen (s.o.). Fraglich ist im vorliegenden Fall, ob eine strafrechtliche Haftung des A vielleicht deshalb entfällt, weil das Verstecken des Fahrrads zwar äquivalent kausal war für die Verletzungen des Me (s.o.), aber insofern nur ein mittelbar ursächliches Vorverhalten darstellt, während die unmittelbar zu den Verletzungen führenden Handlungen - die Messerstiche - gerechtfertigt waren (s.o.).

a. Lehre von der *actio illicita in causa*

Nach einer Mindermeinung in der Literatur kann bei einem aus Notwehr gerechtfertigten Verhalten des Täters eine Strafbarkeit wegen des Erfolges, der durch die Notwehrhandlung herbeigeführt wurde, noch an ein Vorverhalten des Täters geknüpft werden, sofern der Täter durch dieses die Notwehrlage vorwerfbar herbeigeführt hat (sog. Lehre von der *actio illicita in causa*, Schönke/Schröder-Lenckner, Vorbem. §§ 32 ff. Rn 23; Bertel, ZStW 1984, 14).

Nach dieser Auffassung kann eine Strafbarkeit des A wegen fahrlässiger Körperverletzung auch noch an das - sorgfaltspflichtwidrige - Verstecken des Fahrrads des E geknüpft werden, da A durch diese Handlung den Angriff des Me verursacht hat, gegen den er sich durch die Messerstiche verteidigte, was zu den Verletzungen des B führte.

b. Herrschende Meinung

Die herrschende Meinung lehnt die Rechtsfigur der *actio illicita in causa* ab (BGH, NJW 1983, 2267;

NSStZ 1988, 450; Eisele, NSStZ 2001, 416; Roxin, JZ 2001, 667). Aus der Tatsache, dass der Täter die Notwehrlage vorwerfbar herbeigeführt habe, könne ihm noch kein Vorwurf gemacht werden. Zwar seien in dieser Konstellation die Anforderungen an die Gebotenheit der Verteidigungshandlung strenger (s.o.), sofern der Täter sich jedoch in deren Rahmen bewege, könne das Vorverhalten nicht zur Begründung einer Strafbarkeit herangezogen werden. In seiner neueren Rechtsprechung (BGH, NSStZ 2001, 143) hat der BGH jedoch für den Fall, dass das vorwerfbare Vorverhalten in der Begehung einer Straftat besteht (in der zitierten Entscheidung in einer versuchten schweren Körperverletzung), unter ausdrücklicher Ablehnung der Lehre von der *actio illicita in causa* trotzdem an das Vorverhalten angeknüpft.

Im vorliegenden Fall stellte das Vorverhalten des A - das Verstecken des Fahrrads - jedoch gerade keine strafbare Handlung dar (s.o.), so dass es auch nach neuerer BGH-Rechtsprechung verwehrt ist, auf das Verstecken zur Begründung einer Strafbarkeit bzgl. der Körperverletzung des Me abzustellen.

c. Stellungnahme

Der Lehre von der *actio illicita in causa* ist zuzugestehen, dass in der beschriebenen Konstellation das Vorverhalten des Täters durchaus kausal ist für den durch die Notwehrhandlung eingetretenen Erfolg. Auch ist es gerade im Bereich der Fahrlässigkeitsdelikte grundsätzlich anerkannt, dass zur Begründung der Strafbarkeit auf ein pflichtwidriges Verhalten abgestellt werden kann, auch wenn dieses nicht unmittelbar den Erfolg herbeiführt.

Gegen die Lehre von der *actio illicita in causa* spricht jedoch entscheidend, dass sie die Wertung des § 32 StGB, dass die in Notwehr vorgenommene Verteidigungshandlung gerade nicht gegen die Rechtsordnung verstößt und deshalb daran keine Strafbarkeit geknüpft werden kann, unterläuft. Das Ergebnis der Lehre von der *actio illicita in causa* läuft darauf hinaus, dass zwar die Verteidigungshandlung als solche gerechtfertigt ist, nicht jedoch die durch sie bewirkte Rechtsgutverletzung und deshalb diese - sofern noch ein anderes hierfür kausales Verhalten gegeben ist, das seinerseits nicht gerechtfertigt ist - noch bestraft werden kann. Das ist jedoch mit dem Wesen der Rechtfertigungsgründe nicht vereinbar. Der herrschenden Meinung ist somit zu folgen. Eine Anknüpfung an das Verstecken des Fahrrads zur Begründung einer Strafbarkeit wegen der Verletzung des Me ist ausgeschlossen.

II. Ergebnis

A ist nicht strafbar gem. § 229 StGB und somit insgesamt straflos.

Literaturauswertung

Öffentliches Recht

Autor/Titel:	Glaser, Andreas: "Die neue Generation polizeilicher Standardmaßnahmen"
Fundstelle:	Jura 2009, 742 (Heft 10)
Inhalt:	Der Autor geht auf viele "moderne" Ermittlungsmethoden der Polizei ein, wie die Videoüberwachung des öffentlichen Raums, automatisierten Datenabgleich (z.B. bei KfZ-Kennzeichen), Überwachung der Telekommunikation, "Online-Durchsuchung" usw. Sämtliche dieser Themen besitzen hohe Examensrelevanz; sie waren Gegenstand von aktuellen Urteilen, die auch in der RA veröffentlicht wurden.

Zivilrecht

Autor/Titel:	Schreiber, Klaus: "Die Klagearten der ZPO"
Fundstelle:	Jura 2009, 754 (Heft 10)
Inhalt:	Hinter diesem Beitrag verbirgt sich eine Kurzwiederholung der wichtigsten Klagearten der ZPO I, also des Erkenntnisverfahrens. Leistungsklage, Feststellungsklage und Gestaltungsklage werden zunächst in ihren Grundstrukturen dargestellt. Sodann geht der Autor anhand von kleinen Beispielfällen auf die jeweiligen Standardprobleme dieser Klagearten ein.

Strafrecht

Autor/Titel:	Köhne, Michael: "Das Mordmerkmal 'heimtückisch'"
Fundstelle:	JURA 2009, 748 (Heft 10)
Inhalt:	In Examensaufgaben und Übungsklausuren ist bei Fällen, die den Tatbestand des Mordes, § 211 StGB, zum Inhalt haben, das Mordmerkmal der Heimtücke eines der am häufigsten zu prüfenden. In seinem Aufsatz stellt der Verfasser die - relativ weite - Definition der Heimtücke durch die Rechtsprechung dar, geht im Detail auf die einzelnen Elemente ein und schildert die verschiedenen Ansätze zur Einschränkung dieses Tatbestandsmerkmals. Sowohl zur erstmaligen Erarbeitung als auch zur Wiederholung dieses klassischen Problemfeldes hervorragend geeignet,

Autor/Titel:	Putzke, Holm: "Der strafbare Versuch"
Fundstelle:	JuS 2009, 894 (Heft 10)
Inhalt:	Anhand eines klassischen prüfungsschemas geht der Verfasser den gutachterlichen Aufbau einer Versuchsprüfung durch und auf die verschiedenen Prüfungspunkte ein. Hierbei reißt er einige klassische Probleme an (z.B. das Handeln des Täters unter einer Bedingung oder die Abgrenzung von untauglichem und abergläubischem Versuch), bleibt dabei aber ziemlich oberflächlich. Trotzdem zur Wiederholung - gerade aufgrund der Kürze - sinnvoll.