

Öffentliches Recht

Standort: Menschenwürde

Problem: "Hartz IV"-Gesetze

BVERFG, URTEIL VOM 09.02.2010
1 BvL 1/09, 1 BvL 3/09, 1 BvL 4/09
(BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Das BVerfG hatte aufgrund von konkreten Normenkontrollanträgen des BSG und des HessLSG darüber zu entscheiden, ob die gegenwärtig geltenden sog. "Hartz IV"-Gesetze verfassungsgemäß sind. Gegenstand des Verfahrens waren die Regelsätze in den alten Bundesländern von 345 Euro für Alleinstehende, 311 Euro für Bedarfsgemeinschaften und 207 Euro für jedes Kind bis zum 14. Lebensjahr. Das BVerfG entschied wie folgt:

A. Aus der Menschenwürde des Art. 1 I 1 GG i.V.m. dem Sozialstaatsprinzip des Art. 20 I GG folge ein Anspruch jedes Menschen auf staatliche Gewährung eines Existenzminimums.

B. Bei der Frage, welcher Betrag genau zur Sicherung desselben erforderlich sei, habe der Gesetzgeber einen weiten Gestaltungsspielraum, den das BVerfG nur eingeschränkt auf evidente Verstöße überprüfen könne.

C. Auf der Grundlage der gegenwärtig geltenden Gesetze ergebe sich danach Folgendes:

I. Die gegenwärtigen Regelsätze von 345 Euro für Alleinstehende, 311 Euro für Bedarfsgemeinschaften und 207 Euro für jedes Kind bis zum 14. Lebensjahr seien der Höhe nach *nicht* zu beanstanden.

II. Es sei auch *nicht* zu beanstanden, dass der Gesetzgeber sich zur Kalkulation der Höhe des Existenzminimums auf statistisch-empirische Erhebungen stütze, die er regelmäßig einhole (gegenwärtig alle fünf Jahre). Auch seien Pauschalierungen teilweise unvermeidlich und daher zulässig.

III. Jedoch könne der Bedarf eines Menschen nicht *allein* nach pauschalen Monatsbeträgen bemessen werden. In besonderen Härtefällen müsse ihm ein darüber hinaus gehender Anspruch zukommen. Dass gegenwärtig im Gesetz eine solche Härtefallklausel fehle, sei verfassungswidrig. Wiederum einschränkend weist das BVerfG in diesem Zusammenhang allerdings darauf hin, dass in den gegenwärtig geltenden Regelsätzen auch ein Betrag zum Ansparen für derartige Notfälle enthalten sei (z.B. für die defekte

Waschmaschine). Zudem gehe es nur um das Existenzminimum, nicht um die Vorenthaltung von Luxus. Von einem Härtefall im o.g. Sinne würde daher nur in sehr seltenen Fällen gesprochen werden können.

IV. Neben der fehlenden Härtefallklausel bemängelt das BVerfG die Art und Weise, wie die gegenwärtigen Regelsätze kalkuliert worden sind. Der Staat habe sich dabei nicht an seine eigenen (verfassungsrechtlich zulässigen, s.o.) Vorgaben gehalten. Namentlich habe er bestimmte Zu- und Abschläge einfach "ins Blaue hinein" geschätzt, anstatt sie aufgrund statistisch-empirischer Erhebungen zu berechnen.

V. Deshalb sei eine Neuberechnung der Regelsätze geboten. Hierfür hat das BVerfG dem Gesetzgeber bis zum 31. Dezember 2010 Zeit gegeben. Wegen des oben erwähnten gesetzgeberischen Gestaltungsspielraums konnte das BVerfG hingegen nicht selbst einen bestimmten Leistungsbetrag festsetzen. Da - wie gesagt - nicht festgestellt wurde, dass die gesetzlich festgesetzten Regelleistungsbeträge evident unzureichend sind, ist der Gesetzgeber auch nicht unbedingt verpflichtet, *höhere* Leistungen festzusetzen. Er muss vielmehr ein erneutes Verfahren zur realitäts- und bedarfsgerechten Ermittlung der zur Sicherung eines menschenwürdigen Existenzminimums notwendigen Leistungen durchführen (und dessen Ergebnis im Gesetz als Leistungsanspruch verankern).

Prüfungsrelevanz:

Das Urteil hat selbstverständlich zunächst und vor allem überragende gesellschaftliche Bedeutung. Die "Hartz IV"-Gesetze betreffen Millionen Menschen. Gleichzeitig ist es aber auch juristisch interessant, weil es den seltenen Fall betrifft, in dem ein Freiheitsgrundrecht (hier: die Menschenwürde aus Art. 1 I 1 GG) zum Leistungsanspruch "umfunktioniert" wird.

Ob und wann Freiheitsgrundrechte, die ja primär Abwehrrechte des Bürgers gegen den Staat sind, Leistungsansprüche gewähren können, ist ein interessantes Thema für Prüfungsgespräche. Generell lässt sich sagen, dass dies (nur) in Betracht kommt, wenn die Grundrechtsausübung ohne staatliche Leistung völlig unmöglich wäre. Dies wird nur selten der Fall sein. Zum Existenzminimum aus Art. 1 I 1 GG hatte das BVerfG dies allerdings bereits in BVerfGE 45, 187, 228 anerkannt und in BVerfGE 82, 60 ff. ausgeführt,

dass dieses auch steuerfrei bleiben müsse.

Nachfolgend ist aus Platzgründen nicht das Urteil selbst, sondern lediglich die Pressemitteilung des BVerfG hierzu (Nr. 5/2010 vom 9. Februar 2010) wiedergegeben. Diese fasst allerdings die Urteilsgründe in einer auch für juristische Fachgespräche völlig ausreichenden Tiefe zusammen, wobei sie ganze Urteilsparagen unverändert wiedergibt.

Vertiefungshinweise:

- Existenzminimum aus Art. 1 I 1 GG: *BVerfGE* 45, 187; 82, 60; *Neumann*, NVwZ 1995, 426
- Kein Amtshaftungsanspruch bei Verstoß gegen Gewährung des Existenzminimums: *BVerfG*, NJW 2006, 1580; *Sachs*, NJW 2006, 736
- Menschenwürde als Abwehrrecht: *BVerfG*, RA 2007, 493 = NJW 2007, 2753 (großer Lauschangriff); *BVerfG*, RA 2006, 104 = NJW 2006, 751 (Luftsicherheitsgesetz); RA 2005, 672 = DVBl 2005, 1260 (lebenslange Freiheitsstrafe); *VGH Mannheim*, RA 2005, 516 = NVwZ-RR 2005, 472 (Paintball)

Leitsätze:

- 1. Das Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums aus Art. 1 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Sozialstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 1 GG sichert jedem Hilfebedürftigen diejenigen materiellen Voraussetzungen zu, die für seine physische Existenz und für ein Mindestmaß an Teilhabe am gesellschaftlichen, kulturellen und politischen Leben unerlässlich sind.**
- 2. Dieses Grundrecht aus Art. 1 Abs. 1 GG hat als Gewährleistungsrecht in seiner Verbindung mit Art. 20 Abs. 1 GG neben dem absolut wirkenden Anspruch aus Art. 1 Abs. 1 GG auf Achtung der Würde jedes Einzelnen eigenständige Bedeutung. Es ist dem Grunde nach unverfügbar und muss eingelöst werden, bedarf aber der Konkretisierung und stetigen Aktualisierung durch den Gesetzgeber, der die zu erbringenden Leistungen an dem jeweiligen Entwicklungsstand des Gemeinwesens und den bestehenden Lebensbedingungen auszurichten hat. Dabei steht ihm ein Gestaltungsspielraum zu.**
- 3. Zur Ermittlung des Anspruchsumfanges hat der Gesetzgeber alle existenznotwendigen Aufwendungen in einem transparenten und sachgerechten Verfahren realitätsgerecht sowie nachvollziehbar auf der Grundlage verlässlicher Zahlen und schlüssiger Berechnungsverfahren zu bemessen.**
- 4. Der Gesetzgeber kann den typischen Bedarf zur Sicherung des menschenwürdigen Existenzminimums durch einen monatlichen Festbetrag decken, muss aber für einen darüber hinausgehenden unabweisbaren, laufenden, nicht nur einmaligen, be-**

sonderen Bedarf einen zusätzlichen Leistungsanspruch einräumen.

Sachverhalt:

Das Vierte Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt vom 24. Dezember 2003 (sog. „Hartz IV-Gesetz“) führte mit Wirkung vom 1. Januar 2005 die bisherige Arbeitslosenhilfe und die bisherige Sozialhilfe im neu geschaffenen SGB II in Form einer einheitlichen, bedürftigkeitsabhängigen Grundsicherung für Erwerbsfähige und die mit ihnen in einer Bedarfsgemeinschaft lebenden Personen zusammen. Danach erhalten erwerbsfähige Hilfebedürftige Arbeitslosengeld II und die mit ihnen in einer Bedarfsgemeinschaft lebenden, nicht erwerbsfähigen Angehörigen, insbesondere Kinder vor Vollendung des 15. Lebensjahres, Sozialgeld. Diese Leistungen setzen sich im Wesentlichen aus der in den §§ 20 und 28 SGB II bestimmten Regelleistung zur Sicherung des Lebensunterhalts und Leistungen für Unterkunft und Heizung zusammen. Sie werden nur gewährt, wenn ausreichende eigene Mittel, insbesondere Einkommen oder Vermögen, nicht vorhanden sind.

A. Höhe der Regelleistungen

Die Regelleistung für Alleinstehende legte das SGB II zum Zeitpunkt seines Inkrafttretens für die alten Länder einschließlich Berlin (Ost) auf 345 Euro fest. Die Regelleistung für die übrigen Mitglieder der Bedarfsgemeinschaft bestimmt es als prozentuale Anteile davon. Danach ergaben sich zum 1. Januar 2005 für Ehegatten, Lebenspartner und Partner einer eheähnlichen Gemeinschaft ein Betrag von gerundet 311 Euro (90%), für Kinder bis zur Vollendung des 14. Lebensjahres ein Betrag von 207 Euro (60%) und für Kinder ab Beginn des 15. Lebensjahres ein Betrag von 276 Euro (80%). Im Vergleich zu den Regelungen nach dem früheren Bundessozialhilfegesetz (BSHG) wird die Regelleistung nach dem SGB II weitgehend pauschaliert; eine Erhöhung für den Alltagsbedarf ist ausgeschlossen. Einmalige Beihilfen werden nur noch in Ausnahmefällen für einen besonderen Bedarf gewährt. Zur Deckung unregelmäßig wiederkehrenden Bedarfs ist die Regelleistung erhöht worden, damit Leistungsempfänger entsprechende Mittel ansparen können.

B. Kalkulationsgrundlagen und Anpassungsregelungen

Bei der Festsetzung der Regelleistung hat sich der Gesetzgeber an das Sozialhilferecht, das seit dem 1. Januar 2005 im Sozialgesetzbuch Zwölftes Buch (SGB XII) geregelt wird, angelehnt. Nach dem SGB XII und der vom zuständigen Bundesministerium erlassenen Regelsatzverordnung erfolgt die Bemessung der sozialhilferechtlichen Regelsätze nach einem Statistikmodell, das bereits in ähnlicher Form unter der Gel-

tung des Bundessozialhilfegesetzes (BSHG) entwickelt worden war. Grundlage für die Bemessung der Regelsätze ist eine Sonderauswertung der Einkommens- und Verbrauchsstichprobe, die vom Statistischen Bundesamt alle fünf Jahre erhoben wird. Für die Bestimmung des Eckregelsatzes, der auch für Alleinstehende gilt, sind die in den einzelnen Abteilungen der Einkommens- und Verbrauchsstichprobe erfassten Ausgaben der untersten 20% der nach ihrem Nettoeinkommen geschichteten Einpersonenhaushalte (unterstes Quintil) nach Herausnahme der Empfänger von Sozialhilfe maßgeblich. Diese Ausgaben gehen allerdings nicht vollständig, sondern als regelsatzrelevanter Verbrauch nur zu bestimmten Prozentanteilen in die Bemessung des Eckregelsatzes ein. Die seit dem 1. Januar 2005 geltende Regelsatzverordnung fußt auf der Einkommens- und Verbrauchsstichprobe aus dem Jahre 1998. Bei der Bestimmung des regelsatzrelevanten Verbrauchs in § 2 Abs. 2 Regelsatzverordnung wurde die Abteilung 10 der Einkommens- und Verbrauchsstichprobe (Bildungswesen) nicht berücksichtigt. Weiterhin erfolgten Abschlüsse unter anderem in der Abteilung 03 (Bekleidung und Schuhe) zum Beispiel für Pelze und Maßkleidung, in der Abteilung 04 (Wohnung etc.) bei der Ausgabenposition „Strom“, in der Abteilung 07 (Verkehr) wegen der Kosten für Kraftfahrzeuge und in der Abteilung 09 (Freizeit, Unterhaltung und Kultur) zum Beispiel für Segelflugzeuge. Der für das Jahr 1998 errechnete Betrag wurde nach den Regelungen, die für die jährliche Anpassung der Regelleistung nach dem SGB II und der Regelsätze nach dem SGB XII gelten, entsprechend der Entwicklung des aktuellen Rentenwertes in der gesetzlichen Rentenversicherung (vgl. § 68 SGB VI) auf den 1. Januar 2005 hochgerechnet.

Bei der Festsetzung der Regelleistung für Kinder wich der Gesetzgeber von den Prozentsätzen, die unter dem BSHG galten, ab und bildete nunmehr nur noch zwei Altersgruppen (0 bis 14 Jahre und 14 bis 18 Jahre). Eine Untersuchung des Ausgabeverhaltens von Ehepaaren mit einem Kind, wie sie unter dem BSHG erfolgt war, unterblieb zunächst. Die Sonderauswertung der Einkommens- und Verbrauchsstichprobe aus dem Jahre 2003 führte zwar zum 1. Januar 2007 zu Änderungen beim regelsatzrelevanten Verbrauch gemäß § 2 Abs. 2 Regelsatzverordnung, jedoch nicht zu einer Erhöhung des Eckregelsatzes und der Regelleistung für Alleinstehende. Eine erneute Sonderauswertung bezogen auf das Ausgabeverhalten von Ehepaaren mit einem Kind veranlasste den Gesetzgeber zur Einführung einer dritten Alterstufe von haushaltsangehörigen Kindern im Alter von 6 Jahren bis zur Vollendung des 14. Lebensjahres. Diese erhalten ab dem 1. Juli 2009 nach § 74 SGB II 70% der Regelleistung eines Alleinstehenden. Seit dem 1. August 2009 erhalten schulpflichtige Kinder nach Maßgabe von § 24a

SGB II zudem zusätzliche Leistungen für die Schule in Höhe von 100 Euro pro Schuljahr.

C. Normenkontrollanträge

Das Hessische Landessozialgerichts (1 BvL 1/09) und das Bundessozialgerichts (1 BvL 3/09 und 1 BvL 4/09) legten dem BVerfG im Rahmen eines konkreten Normenkontrollverfahrens nach Art. 100 GG die Frage vor, ob die Höhe der Regelleistung zur Sicherung des Lebensunterhalts für Erwachsene und Kinder mit dem Grundgesetz vereinbar ist.

Aus den Gründen:

Der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts hat entschieden, dass die Vorschriften des SGB II, die die Regelleistung für Erwachsene und Kinder betreffen, nicht den verfassungsrechtlichen Anspruch auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums aus Art. 1 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 20 Abs. 1 GG erfüllen. Die Vorschriften bleiben bis zur Neuregelung, die der Gesetzgeber bis zum 31. Dezember 2010 zu treffen hat, weiter anwendbar. Der Gesetzgeber hat bei der Neuregelung auch einen Anspruch auf Leistungen zur Sicherstellung eines unabwiesbaren, laufenden, nicht nur einmaligen, besonderen Bedarfs für die nach § 7 SGB II Leistungsberechtigten vorzusehen, der bisher nicht von den Leistungen nach §§ 20 ff. SGB II erfasst wird, zur Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums jedoch zwingend zu decken ist. Bis zur Neuregelung durch den Gesetzgeber wird angeordnet, dass dieser Anspruch nach Maßgabe der Urteilsgründe unmittelbar aus Art. 1 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 20 Abs. 1 GG zu Lasten des Bundes geltend gemacht werden kann. Der Entscheidung liegen im Wesentlichen folgende Erwägungen zu Grunde:

A. Menschenwürde als Leistungsrecht

Das Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums aus Art. 1 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Sozialstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 1 GG sichert jedem Hilfebedürftigen diejenigen materiellen Voraussetzungen zu, die für seine physische Existenz und für ein Mindestmaß an Teilhabe am gesellschaftlichen, kulturellen und politischen Leben unerlässlich sind. Dieses Grundrecht aus Art. 1 Abs. 1 GG hat als Gewährleistungsrecht in seiner Verbindung mit Art. 20 Abs. 1 GG neben dem absolut wirkenden Anspruch aus Art. 1 Abs. 1 GG auf Achtung der Würde jedes Einzelnen eigenständige Bedeutung. Es ist dem Grunde nach unverfügbar und muss eingelöst werden, bedarf aber der Konkretisierung und stetigen Aktualisierung durch den Gesetzgeber, der die zu erbringenden Leistungen an dem jeweiligen Entwicklungsstand des Gemeinwesens und den bestehenden Lebensbedingungen auszurichten hat. Der Umfang des

verfassungsrechtlichen Leistungsanspruchs kann im Hinblick auf die Arten des Bedarfs und die dafür erforderlichen Mittel nicht unmittelbar aus der Verfassung abgeleitet werden.

B. Schranken

I. Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers

Die Konkretisierung obliegt dem Gesetzgeber, dem hierbei ein Gestaltungsspielraum zukommt. Zur Konkretisierung des Anspruchs hat der Gesetzgeber alle existenznotwendigen Aufwendungen folgerichtig in einem transparenten und sachgerechten Verfahren nach dem tatsächlichen Bedarf, also realitätsgerecht, zu bemessen. Dem Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers bei der Bemessung des Existenzminimums entspricht eine zurückhaltende Kontrolle der einfachgesetzlichen Regelung durch das Bundesverfassungsgericht. Da das Grundgesetz selbst keine exakte Bezifferung des Anspruchs erlaubt, beschränkt sich bezogen auf das Ergebnis die materielle Kontrolle darauf, ob die Leistungen evident unzureichend sind. Innerhalb der materiellen Bandbreite, welche diese Evidenzkontrolle belässt, kann das Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums keine quantifizierbaren Vorgaben liefern.

II. Evidenzkontrolle durch das BVerfG

Es erfordert aber eine Kontrolle der Grundlagen und der Methode der Leistungsbemessung daraufhin, ob sie dem Ziel des Grundrechts gerecht werden. Um eine der Bedeutung des Grundrechts angemessene Nachvollziehbarkeit des Umfangs der gesetzlichen Hilfeleistungen sowie deren gerichtliche Kontrolle zu gewährleisten, müssen die Festsetzungen der Leistungen auf der Grundlage verlässlicher Zahlen und schlüssiger Berechnungsverfahren tragfähig zu rechtfertigen sein. Das Bundesverfassungsgericht prüft deshalb, ob der Gesetzgeber das Ziel, ein menschenwürdiges Dasein zu sichern, in einer Art. 1 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 20 Abs. 1 GG gerecht werdenden Weise erfasst und umschrieben hat, ob er im Rahmen seines Gestaltungsspielraums ein zur Bemessung des Existenzminimums im Grundsatz taugliches Berechnungsverfahren gewählt hat, ob er die erforderlichen Tatsachen im Wesentlichen vollständig und zutreffend ermittelt und schließlich, ob er sich in allen Berechnungsschritten mit einem nachvollziehbaren Zahlenwerk innerhalb dieses gewählten Verfahrens und dessen Strukturprinzipien im Rahmen des Vertretbaren bewegt hat.

Zur Ermöglichung dieser verfassungsgerichtlichen Kontrolle besteht für den Gesetzgeber die Obliegenheit, die zur Bestimmung des Existenzminimums im Gesetzgebungsverfahren eingesetzten Methoden und Berechnungsschritte nachvollziehbar offen zu legen.

Kommt er ihr nicht hinreichend nach, steht die Ermittlung des Existenzminimums bereits wegen dieser Mängel nicht mehr mit Art. 1 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 20 Abs. 1 GG in Einklang.

III. Subsumtion

1. Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes

a. Höhe der Regelleistungen verfassungsgemäß

Die in den Ausgangsverfahren geltenden Regelleistungen von 345, 311 und 207 Euro können zur Sicherstellung eines menschenwürdigen Existenzminimums nicht als evident unzureichend angesehen werden.

aa. Alleinlebende

Für den Betrag der Regelleistung von 345 Euro kann eine evidente Unterschreitung nicht festgestellt werden, weil sie zur Sicherung der physischen Seite des Existenzminimums zumindest ausreicht und der Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers bei der sozialen Seite des Existenzminimums besonders weit ist.

bb. Bedarfsgemeinschaften

Dies gilt auch für den Betrag von 311 Euro für erwachsene Partner einer Bedarfsgemeinschaft. Der Gesetzgeber durfte davon ausgehen, dass durch das gemeinsame Wirtschaften Aufwendungen gespart werden und deshalb zwei zusammenlebende Partner einen finanziellen Mindestbedarf haben, der geringer als das Doppelte des Bedarfs eines Alleinlebenden ist.

cc. Kinder

Es kann ebenfalls nicht festgestellt werden, dass der für Kinder bis zur Vollendung des 14. Lebensjahres einheitlich geltende Betrag von 207 Euro zur Sicherung eines menschenwürdigen Existenzminimums offensichtlich unzureichend ist. Es ist insbesondere nicht ersichtlich, dass dieser Betrag nicht ausreicht, um das physische Existenzminimum, insbesondere den Ernährungsbedarf von Kindern im Alter von 7 bis zur Vollendung des 14. Lebensjahres zu decken.

b. Gesetzliche Regelung über Statistikmodell grds. verfassungsgemäß

Das Statistikmodell, das für die Bemessung der sozialhilferechtlichen Regelsätze gilt und nach dem Willen des Gesetzgebers auch die Grundlage für die Bestimmung der Regelleistung bildet, ist eine verfassungsrechtlich zulässige, weil vertretbare Methode zur realitätsnahen Bestimmung des Existenzminimums für eine alleinstehende Person. Es stützt sich auch auf geeignete empirische Daten. Die Einkommens- und Verbrauchsstichprobe bildet in statistisch zuverlässiger Weise das Verbrauchsverhalten der Bevölkerung ab. Die Auswahl der untersten 20 % der nach ihrem Net-

toeinkommen geschichteten Einpersonenhaushalte nach Herausnahme der Empfänger von Sozialhilfe als Referenzgruppe für die Ermittlung der Regelleistung für einen Alleinstehenden ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden.

Der Gesetzgeber konnte auch vertretbar davon ausgehen, dass die bei der Auswertung der Einkommens- und Verbrauchsstichprobe 1998 zugrunde gelegte Referenzgruppe statistisch zuverlässig über der Sozialhilfeschwelle lag.

Es ist verfassungsrechtlich ebenfalls nicht zu beanstanden, dass die in den einzelnen Abteilungen der Einkommens- und Verbrauchsstichprobe erfassten Ausgaben des untersten Quintils nicht vollständig, sondern als regelleistungsrelevanter Verbrauch nur zu einem bestimmten Prozentsatz in die Bemessung der Regelleistung einfließen. Der Gesetzgeber hat aber die wertende Entscheidung, welche Ausgaben zum Existenzminimum zählen, sachgerecht und vertretbar zu treffen. Kürzungen von Ausgabepositionen in den Abteilungen der Einkommens- und Verbrauchsstichprobe bedürfen zu ihrer Rechtfertigung einer empirischen Grundlage. Der Gesetzgeber darf Ausgaben, welche die Referenzgruppe tätigt, nur dann als nicht relevant einstufen, wenn feststeht, dass sie anderweitig gedeckt werden oder zur Sicherung des Existenzminimums nicht notwendig sind. Hinsichtlich der Höhe der Kürzungen ist auch eine Schätzung auf fundierter empirischer Grundlage nicht ausgeschlossen; Schätzungen "ins Blaue hinein" stellen jedoch keine realitätsgerechte Ermittlung dar.

c. Fehlende Härtefallklausel verfassungswidrig

Es ist mit Art. 1 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 20 Abs. 1 GG [jedoch] unvereinbar, dass im SGB II eine Regelung fehlt, die einen Anspruch auf Leistungen zur Sicherstellung eines zur Deckung des menschenwürdigen Existenzminimums unabweisbaren, laufenden, nicht nur einmaligen, besonderen Bedarfs vorsieht. Ein solcher ist für denjenigen Bedarf erforderlich, der deswegen nicht schon von den §§ 20 ff. SGB II abgedeckt wird, weil die Einkommens- und Verbrauchsstatistik, auf der die Regelleistung beruht, allein den Durchschnittsbedarf in üblichen Bedarfssituationen widerspiegelt, nicht aber einen darüber hinausgehenden, besonderen Bedarf aufgrund atypischer Bedarfslagen.

Die Gewährung einer Regelleistung als Festbetrag ist grundsätzlich zulässig. Wenn das Statistikmodell entsprechend den verfassungsrechtlichen Vorgaben angewandt und der Pauschalbetrag insbesondere so bestimmt worden ist, dass ein Ausgleich zwischen verschiedenen Bedarfspositionen möglich ist, kann der Hilfebedürftige in der Regel sein individuelles Verbrauchsverhalten so gestalten, dass er mit dem Festbetrag auskommt; vor allem hat er bei besonderem

Bedarf zuerst auf das Ansparpotential zurückzugreifen, das in der Regelleistung enthalten ist. Da ein pauschaler Regelleistungsbetrag jedoch nach seiner Konzeption nur den durchschnittlichen Bedarf decken kann, wird ein in Sonderfällen auftretender Bedarf von der Statistik nicht aussagekräftig ausgewiesen. Art. 1 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 20 Abs. 1 GG gebietet allerdings, auch diesen unabweisbaren, laufenden, nicht nur einmaligen, besonderen Bedarf zu decken, wenn es im Einzelfall für ein menschenwürdiges Existenzminimum erforderlich ist. Dieser ist im SGB II bisher nicht ausnahmslos erfasst. Der Gesetzgeber hat wegen dieser Lücke in der Deckung des lebensnotwendigen Existenzminimums eine Härtefallregelung in Form eines Anspruchs auf Hilfeleistungen zur Deckung dieses besonderen Bedarfs für die nach § 7 SGB II Leistungsberechtigten vorzugeben. Dieser Anspruch entsteht allerdings erst, wenn der Bedarf so erheblich ist, dass die Gesamtsumme der dem Hilfebedürftigen gewährten Leistungen - einschließlich der Leistungen Dritter und unter Berücksichtigung von Einsparmöglichkeiten des Hilfebedürftigen - das menschenwürdige Existenzminimum nicht mehr gewährleistet. Er dürfte angesichts seiner engen und strikten Tatbestandsvoraussetzungen nur in seltenen Fällen in Betracht kommen.

2. Keine verfassungsmäßige Anwendung der gesetzlichen Vorgaben des Statistikmodells in der Regelsatz-VO 2005

a. Alleinlebende

Die Regelleistung von 345 Euro ist nicht in verfassungsgemäßer Weise ermittelt worden, weil von den Strukturprinzipien des Statistikmodells ohne sachliche Rechtfertigung abgewichen worden ist.

Der in § 2 Abs. 2 Regelsatzverordnung 2005 festgesetzte regelsatz- und damit zugleich regelleistungsrelevante Verbrauch beruht nicht auf einer tragfähigen Auswertung der Einkommens- und Verbrauchsstichprobe 1998. Denn bei einzelnen Ausgabepositionen wurden prozentuale Abschläge für nicht regelleistungsrelevante Güter und Dienstleistungen (zum Beispiel Pelze, Maßkleidung und Segelflugzeuge) vorgenommen, ohne dass feststand, ob die Vergleichsgruppe (unterstes Quintil) überhaupt solche Ausgaben getätigt hat. Bei anderen Ausgabepositionen wurden Kürzungen vorgenommen, die dem Grunde nach vertretbar, in der Höhe jedoch empirisch nicht belegt waren (zum Beispiel Kürzung um 15% bei der Position Strom). Andere Ausgabepositionen, zum Beispiel die Abteilung 10 (Bildungswesen), blieben völlig unberücksichtigt, ohne dass dies begründet worden wäre.

Zudem stellt die Hochrechnung der für 1998 ermittelten Beträge auf das Jahr 2005 anhand der Entwicklung des aktuellen Rentenwerts einen sachwidrigen

Maßstabswechsel dar. Während die statistische Ermittlungsmethode auf Nettoeinkommen, Verbraucherverhalten und Lebenshaltungskosten abstellt, knüpft die Fortschreibung nach dem aktuellen Rentenwert an die Entwicklung der Bruttolöhne und -gehälter, den Beitragssatz zur allgemeinen Rentenversicherung und an einen Nachhaltigkeitsfaktor an. Diese Faktoren weisen aber keinen Bezug zum Existenzminimum auf.

b. Bedarfsgemeinschaften

Die Ermittlung der Regelleistung in Höhe von 311 Euro für in Bedarfsgemeinschaft zusammenlebende Partner genügt nicht den verfassungsrechtlichen Anforderungen, weil sich die Mängel bei der Ermittlung der Regelleistung für Alleinstehende hier fortsetzen, denn sie wurde auf der Basis jener Regelleistung ermittelt. Allerdings beruht die Annahme, dass für die Sicherung des Existenzminimums von zwei Partnern ein Betrag in Höhe von 180 % des entsprechenden Bedarfs eines Alleinstehenden ausreicht, auf einer ausreichenden empirischen Grundlage.

c. Kinder

Das Sozialgeld für Kinder bis zur Vollendung des 14.

Lebensjahres von 207 Euro genügt nicht den verfassungsrechtlichen Vorgaben, weil es von der bereits beanstandeten Regelleistung in Höhe von 345 Euro abgeleitet ist.

Darüber hinaus beruht die Festlegung auf keiner vertretbaren Methode zur Bestimmung des Existenzminimums eines Kindes im Alter bis zur Vollendung des 14. Lebensjahres. Der Gesetzgeber hat jegliche Ermittlungen zum spezifischen Bedarf eines Kindes, der sich im Unterschied zum Bedarf eines Erwachsenen an kindlichen Entwicklungsphasen und einer kindgerechten Persönlichkeitsentfaltung auszurichten hat, unterlassen. Sein vorgenommener Abschlag von 40 % gegenüber der Regelleistung für einen Alleinstehenden beruht auf einer freihändigen Setzung ohne empirische und methodische Fundierung. Insbesondere blieben die notwendigen Aufwendungen für Schulbücher, Schulhefte, Taschenrechner etc. unberücksichtigt, die zum existentiellen Bedarf eines Kindes gehören. Denn ohne Deckung dieser Kosten droht hilfebedürftigen Kindern der Ausschluss von Lebenschancen. Auch fehlt eine differenzierte Untersuchung des Bedarfs von kleineren und größeren Kindern.

Standort: Verfassungsbeschwerde

Problem: Frist gegen Gesetze

BVERFG, BESCHLUSS VOM 07.10.2009
1 BvR 3479/08 (NVwZ 2010, 181)

Problemdarstellung:

Die Frist zur Einlegung einer Verfassungsbeschwerde (Vb.) beträgt gem. § 93 I BVerfGG grds. einen Monat ab Zustellung bzw. Mitteilung der angegriffenen Entscheidung. Richtet sich die Vb. jedoch gegen ein Gesetz, hat der Beschwerdeführer (Bf.) nach § 93 III BVerfGG ein Jahr seit Inkrafttreten desselben Zeit. Diese - auf den ersten Blick recht großzügige - Frist wird in praxi aber nicht selten verstrichen sein, weil sich verfassungsrechtliche Bedenken gegen eine Norm erst aus Anlass veränderter Lebensumstände ergeben können (man denke nur an das "Kranzgeld" des § 1300 BGB, welches das VG Münster (NJW 1993, 1720) ganze 93 Jahre nach seinem Inkrafttreten für verfassungswidrig hielt, weil eine Änderung der gesellschaftlichen Verhältnisse dazu geführt habe, dass eine bescholtene Verlobte keine schlechteren Aussichten auf dem Heiratsmarkt mehr habe als andere Personen, insbesondere als ein bescholtener Verlobter). In diesen Fällen suchen Bf. nicht selten nach einem "Retzungsanker".

Ein solcher könnte darin liegen, dass der Gesetzgeber innerhalb der Frist des § 93 III BVerfGG immerhin andere Vorschriften des selben Gesetzes geändert hat. Bei dieser Gelegenheit mag die angegriffene Vor-

schrift insofern neu in Kraft getreten sein, als der Gesetzgeber sie bewusst nicht mit geändert, ihre unveränderte Fortgeltung aber (neu) in seinen Willen aufgenommen habe.

Diese Konstruktion hat das BVerfG schon immer abgelehnt, weil die Frist des § 93 III BVerfGG eng auszulegen sei und nicht auf diese Weise umgangen werden dürfe. Allerdings lässt das Gericht eine Ausnahme zu: Es kann nämlich sein, dass eine Änderung anderer Vorschriften sich mittelbar auf eine formal nicht geänderte Norm auswirkt. Als Beispiel wird die Änderung der Legaldefinition eines unbestimmten Rechtsbegriffs in § X genannt. Kommt eben jener Rechtsbegriff auch in § Y vor, hat sich § Y mit geändert, obwohl er selbst nicht angetastet wurde. Daneben gibt es Fälle, in denen sich der Anwendungsbereich einer Norm durch Neuerlass anderer Normen ändert. Man denke nur an die Generalklauseln des Polizei- und Ordnungsrechts: Wird z.B. eine neue Standardmaßnahme geschaffen, fällt ihr bisher von der Generalklausel erfasster Regelungsinhalt nunmehr aus dieser heraus.

Im vorliegenden Fall bekräftigt das BVerfG anhand eines urheberrechtlichen Falls (konkret: der Zulässigkeit der Anfertigung privater Sicherheitskopien urheberrechtlich geschützter Werke auf digitalen Trägern nach § 53 I UrhG) sowohl seine grundsätzliche Ablehnung der "Neuaufnahme-Konstruktion" als auch die

o.g. Ausnahme (hier verneint).

Prüfungsrelevanz:

Der Beschluss ist nicht nur für Gesetzesverfassungsbeschwerden wichtig, in denen § 93 III BVerfGG eine Rolle spielt. Über diese Problematik hinaus verdient die letzte Randnummer der Entscheidungsgründe besondere Beachtung. Dort lässt das BVerfG nämlich offen, ob die in § 53 I UrhG geregelte Zulässigkeit der Anfertigung privater "Sicherheitskopien" auf digitalen Trägern angesichts einer immer stärkeren Verbreitung privater Digitalkopien enteignende Wirkung zukommt. Diese materiell-rechtliche Frage könnte angesichts ihrer Aktualität zum Gegenstand von Prüfungsaufgaben gemacht werden, die sich etwa mit der Abgrenzung der Enteignung nach Art. 14 III GG von Schrankenbestimmungen nach Art. 14 I 2 GG befassen. Erste Urteilsanmerkungen (Lenz/Würtenberger, NVwZ 2010, 168) interpretieren diesen "Fingerzeig" des BVerfG allerdings so, dass es nach Auffassung des Gerichts zumindest gegenwärtig noch an dem für eine enteignende Wirkung notwendigen Entzug einer konkreten Rechtsposition fehle. In der Tat mögen die Umsatzeinbußen vor allem der Film- und Musikindustrie durch die (illegale) Verbreitung privater "Sicherheitskopien" beträchtlich sein. Insofern ist es für die betroffenen Urheberrechtsinhaber ärgerlich, dass der Gesetzgeber sie nicht besser schützt. Von einem wirtschaftlich-faktischen Entzug des Urheberrechts kann aber wohl (noch) nicht gesprochen werden.

Vertiefungshinweise:

- Besprechung dieses Beschlusses: *Lenz/Würtenberger*, NVwZ 2010, 168
- Zum Neubeginn der Frist des § 93 III BVerfGG bei Änderung anderer Vorschriften: *BVerfGE* 11, 351 [359]; 12, 10 [24]; 17, 364 [369]; 26, 100 [109]; 43, 108 [116]; 45, 104 [119]; 78, 350 [356]; 79, 1 [14]
- Zur Zulässigkeit digitaler Privatkopien: *Krüger*, GRUR 2004, 404; *Schack*, ZUM 2002, 497; *Olenhusen*, ZRP 2003, 232; *Schippau*, ZUM 2003, 678; ders., ZUM 2004, 188; *Guggenmos*, ZUM 2004, 183; *Schulz*, GRUR 2006, 470; *Hansen/Leistner*, GRUR 2008, 479; *Arlt*, CR 2005, 646; *Poll*, ZUM 2006, 96

Kursprogramm:

- Examenskurs*: "Aus alt mach neu"
- Examenskurs*: "Das teure Pflichtexemplar"

Leitsätze:

1. Bei einem unverändert gebliebenen Gesetz beginnt die Ausschlussfrist des § 93 III BVerfGG nicht allein deshalb neu, weil der Gesetzgeber es anlässlich der Änderung anderer Normen dessel-

ben Gesetzes erneut in seinen Willen aufgenommen hat.

2. Die Frist wird allerdings dann neu in Lauf gesetzt, wenn die Änderung anderer Normen desselben Gesetzes sich auf die formal identisch gebliebene Norm auswirkt. Dies ist der Fall, wenn sich das materielle Gewicht einer Regelung verändert oder ihr Anwendungsbereich - etwa durch Präzisierung einer Legaldefinition - begrenzt oder erweitert wird.

3. Einzelne Vervielfältigungen eines Werkes durch eine natürliche Person zum privaten Gebrauch sind gem. § 53 I UrhG n.F. auf beliebigen - also auch auf digitalen - Trägern nach wie vor zulässig, sofern sie nicht Erwerbszwecken dienen.

4. Ob angesichts einer immer stärkeren Verbreitung privater Digitalkopien von § 53 I UrhG eine enteignende Wirkung ausgeht oder zukünftig ausgehen könnte, bleibt offen.

Sachverhalt:

Die Verfassungsbeschwerde richtete sich gegen § 53 I UrhG in der seit dem 1.1.2008 geltenden Fassung des Zweiten Gesetzes zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft vom 26. 10. 2007 (BGBl I, 2513). Die Änderung durch dieses Gesetz beschränkte sich bei § 53 I UrhG auf die Einfügung der Worte "oder öffentlich zugänglich gemachte" am Ende des Satzes 1. § 53 I UrhG war vor dieser Gesetzesänderung zuletzt im Rahmen der Umsetzung der Richtlinie 2001/29/EG vom 22.5.2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft (ABIEG Nr. L 167 v. 22. 6. 2001, S. 10ff. – hier kurz: Urheberrechtsrichtlinie) durch das ab dem 13.9.2003 geltende (erste) Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft vom 10. 9. 2003 (BGBl I, 1774) neu gefasst worden. Der Gesetzgeber hatte damals klargestellt, dass § 53 I UrhG auch für digitale Privatkopien gilt. Zu diesem Zweck hatte er die Worte "auf beliebigen Trägern" in den Text eingefügt.

Die Bf., Unternehmen der Musikindustrie und Tonträgerhersteller im Sinne des 4. Abschnitts von Teil 2 des Urheberrechtsgesetzes, müssen es auf Grund der gesetzlichen Lizenz des § 53 I UrhG hinnehmen, dass private Digitalkopien der von ihnen auf den Markt gebrachten Tonträger grundsätzlich zulässig sind, was Absatzrückgänge zur Folge hat. Die Tonträgerhersteller werden über §§ 85 IV, 54 UrhG an dem Aufkommen aus der urheberrechtlichen Geräte- und Speichermedienvergütung beteiligt.

Die am 16.12.2008 beim BVerfG eingegangene Verfassungsbeschwerde, mit der geltend gemacht wurde, § 53 I UrhG sei mit Art. 14 I GG unvereinbar, soweit er digitale Privatkopien ohne hinreichende Einschränk-

kungen für zulässig erkläre, hatte keinen Erfolg.

Aus den Gründen:

[5] Die Verfassungsbeschwerde ist nicht zur Entscheidung anzunehmen. Sie ist unzulässig, weil sie nicht fristgerecht eingelegt wurde.

A. Frist für Gesetzesverfassungsbeschwerden

[6] Richtet sich eine Verfassungsbeschwerde gegen ein Gesetz, so kann sie gem. § 93 III BVerfGG nur binnen eines Jahres seit dem Inkrafttreten des Gesetzes erhoben werden.

B. Neubeginn bei Änderung anderer Vorschriften?

Die Frist begann hier nicht deshalb neu zu laufen, weil der Gesetzgeber § 53 I UrhG durch das am 1.1.2008 in Kraft getretene Zweite Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft vom 26. 10. 2007 (BGBl I, 2513) geändert hat.

I. Grundsatz

[7] Die Verfassungsbeschwerde gegen Gesetze ist wegen der Tragweite eines solchen Angriffs aus Gründen der Rechtssicherheit nach § 93 III BVerfGG an eine eng auszulegende Ausschlussfrist gebunden (vgl. BVerfGE 23, 153 [164] = NJW 1968, 1371; BVerfGE 30, 112 [126] = NJW 1971, 748). Diese beginnt bei Erhebung einer Verfassungsbeschwerde gegen eine unverändert gebliebene Norm nicht deshalb neu, weil der Gesetzgeber die Bestimmung gelegentlich der Änderung anderer Bestimmungen desselben Gesetzes erneut in seinen Willen aufgenommen hat (vgl. BVerfGE 11, 255 [260] = NJW 1960, 1756; BVerfGE 18, 1 [9] = NJW 1964, 1315; BVerfGE 43, 108 [116] = NJW 1977, 241; BVerfGE 80, 137 [149] = NJW 1989, 2525). Bleibt die angegriffene Norm inhaltlich unverändert oder wird sie rein redaktionell angepasst, setzt kein neuer Fristlauf ein (vgl. BVerfGE 56, 363 [379f.] = NJW 1981, 1201; BVerfGK 7, 276 [277]).

II. Ausnahme

[8] Die Frist wird nur neu in Lauf gesetzt, wenn die Gesetzesänderung die Verfassungswidrigkeit der angegriffenen Norm begründet oder verstärkt (vgl. BVerfGE 11, 351 [359] = NJW 1960, 2283f.; BVerfGE 12, 10 [24] = NJW 1961, 19; BVerfGE 26, 100 [109] = NJW 1969, 1808 L; BVerfGE 45, 104 [119] = NJW 1978, 33; BVerfGE 78, 350 [356] = NJW 1989, 285). Dies ist der Fall, wenn der Gesetzgeber das materielle Gewicht einer Regelung verändert (vgl. BVerfGE 12, 10 [24] = NJW 1961, 19; BVerfGE 17, 364 [369] = NJW 1964, 1412; BVerfGE 26, 100 [109] = NJW 1969, 1808; BVerfGE 79, 1 [14] = NJW 1992, 1303) oder wenn ihr Anwendungsbereich - etwa durch Präzisierung eines Legalbegriffs - eindeutiger als bisher begrenzt und der Vorschrift damit ein neuer Inhalt

gegeben wird (vgl. BVerfGE 11, 351 [359] = NJW 1960, 2283f.; BVerfGE 43, 108 [116] = NJW 1977, 241). Gleiches gilt, wenn sich durch die Gesetzesänderung für die formal identisch gebliebene Norm ein erweiterter Anwendungsbereich ergibt (vgl. BVerfGE 12, 10 [24] = NJW 1961, 19).

C. Subsumtion

[9] Bei dieser Rechtslage kommt es nicht darauf an, dass der Bundesgesetzgeber durch den Erlass des Änderungsgesetzes die angegriffene Bestimmung in seinen Willen erneut aufgenommen hat, solange die vorgenommene Gesetzesänderung als solche die Bf. nicht beschwert. Nur diese eher formale Sichtweise wird dem in § 93 III BVerfGG zum Ausdruck kommenden und im Rechtsstaatsgebot verankerten Grundsatz der Rechtssicherheit gerecht.

I. Keine (mittelbare) Auswirkung auf den Inhalt

[10] Der Gesetzgeber hat durch den angegriffenen § 53 I UrhG n.F. die in Rede stehende Zulässigkeit digitaler Privatkopien unberührt gelassen. Zulässig sind nach wie vor einzelne Vervielfältigungen eines Werkes durch eine natürliche Person zum privaten Gebrauch auf beliebigen Trägern, sofern sie nicht Erwerbszwecken dienen. Der Gesetzgeber hat bereits bei der letzten Urheberrechtsreform im Jahr 2003 klar gestellt, dass digitale ebenso wie analoge Privatkopien zulässig sind ("auf beliebigen Trägern"; vgl. BT-Dr 15/38, S. 1 und S. 20; zur Gesetzgebungsgeschichte vgl. auch Berger, ZUM 2004, 257 [257f.]; Poll/Braun, ZUM 2004, 266 ff.; Stichelbrock, GRUR 2004, 736 [737]). In der Begründung des Regierungsentwurfs eines Gesetzes zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft vom 6. 11. 2002 (BT-Dr 15/38, S. 20) heißt es: „Die aus Art. 5 II lit. b RL 2001/29/EWG übernommene Betonung "beliebiger Träger" als Zielmedium der Kopie stellt zugleich klar, dass insofern eine Differenzierung nach der verwendeten Technik (analog oder digital) nicht stattfindet". Dies ist vor dem Hintergrund zu sehen, dass der Gesetzgeber das Ziel verfolgte, "das deutsche Urheberrecht der Entwicklung im Bereich der Informations- und Kommunikationstechnologie, insbesondere der digitalen Technologie, anzupassen" (BT-Dr 15/38, S. 14). Diese Entwicklung sei unter anderem dadurch gekennzeichnet, dass auch urheberrechtlich geschützte Inhalte völlig unproblematisch und ohne Qualitätsverlust über ein weltumspannendes Datennetz verbreitet werden könnten (ebda.).

[11] Allerdings hat der Gesetzgeber damals die Frage zurückgestellt und erst bei der Novelle 2008 entschieden, ob Privatkopien auch beim Einsatz von technischen Schutzmaßnahmen möglich bleiben sollen (vgl. BT-Dr 16/1828, S. 18). In diesem Zusammenhang wollte der Gesetzgeber nunmehr auch klären, ob die

Schranke für digitale Privatkopien enger gefasst werden soll (u.a. Verbot digitaler Privatkopien von Musikwerken, Beschränkung auf eine einzelne Vervielfältigung vom eigenen Original, Einführung eines Zeitfensters für ein Verbot der Digitalkopie von Filmen, keine Privatkopie im Online-Bereich; vgl. BT-Dr 16/1828, S. 18; Braun, ZUM 2005, 100 [102]). Der Gesetzgeber führte solche Schranken nicht ein und sah im Gegenzug davon ab, die "digitale Privatkopie beim Einsatz technischer Schutzmaßnahmen durchzusetzen" (vgl. BT-Dr 16/1828, S. 18, 20), wie es die Verbraucherverbände gefordert hatten.

[12] Ungeachtet dessen hat der Gesetzgeber jedoch schon mit dem ersten Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft vom 10.9.2003 (BGBl I, 1774) eine eindeutige Antwort auf die Frage gegeben, ob die digitale Privatkopie zulässig bleiben soll, indem er es bei der Regelung des § 53 I UrhG belassen und die Geltung für digitale Kopien sogar ausdrücklich klargestellt hat.

Legt man die Argumentation der Bf. zu Grunde, hätte der Gesetzgeber schon damals berücksichtigen müssen, dass durch § 53 I UrhG in Verbindung mit der zunehmenden Verbreitung der digitalen Privatkopie ein Eingriff in das durch Art. 14 I GG garantierte Verwertungsrecht der Tonträgerhersteller (vgl. BVerfGE 81, 12 [16 f.] = NJW 1990, 896) bewirkt werde. Ent-

sprechende Daten über kopierbedingte Umsatzrückgänge der Tonträgerhersteller lagen bereits vor und waren Gegenstand intensiver rechtspolitischer Diskussion unter Beteiligung der Musikindustrie (vgl. Schack, ZUM 2002, 497 [500]; Berger, ZUM 2004, 257 [263 ff.]; Poll/Braun, ZUM 2004, 266 ff.; Luft, in: Wandtke/Bullänger, UrheberR, 3. Aufl. [2009], § 53 Rdnr. 6, jew. m.w.N.). Dass sich der Gesetzgeber die Fragestellungen, bei denen die Urheberrechtsrichtlinie sowie zwei WIPO-Verträge keine zwingenden, fristgebundenen Vorgaben machten, für den "zweiten Korb" der Urheberrechtsreform vorbehalten hat, hätte ihn - aus Sicht der Bf. - nicht davon freistellen können, eine im Sinne des Eigentumsschutzes verfassungskonforme Regelung zu treffen.

II. Sachfrage bleibt offen

[13] Es bedarf keiner Entscheidung, ob die von den Bf. beklagte enteignende Wirkung von § 53 I UrhG angesichts einer immer stärkeren Verbreitung privater Digitalkopien bei einer etwaigen zukünftigen Urheberrechtsnovelle den Gesetzgeber dazu zwingt, die private Digitalkopie einzugrenzen oder - im Rahmen seines weiten Gestaltungsraums (vgl. BVerfGE 81, 12 [21] = NJW 1990, 896) - sonstige Maßnahmen zu ergreifen, um das Eigentumsrecht der Tonträgerhersteller nicht zu entwerten.

Standort: Verwaltungsvollstreckung Problem: Abschleppen von Anwohnerparkplatz

OVG MÜNSTER, BESCHLUSS VOM 27.08.2009
5 A 1430/09 (NWVBL 2010, 71)

Problemdarstellung:

Das OVG Münster hatte sich mit der Frage zu beschäftigen, ob ein auf einem Anwohnerparkplatz ohne ausliegenden Anwohnerparkausweis geparktes Fahrzeug abgeschleppt werden darf. Hierzu meint das Gericht Folgendes:

A. Die StVO erlaubt es auch Inhabern eines Anwohnerparkausweises nur dann, auf einem Anwohnerparkplatz zu parken, wenn sie ihren Anwohnerparkausweis gut sichtbar im Fahrzeug auslegen (§ 41 II Nr. 8 S. 7, 8 StVO). Geschieht dies nicht, liegt ein Parkverstoß vor, gleichgültig ob der Parker einen gültigen Anwohnerparkausweis besitzt oder nicht. Dass die Klägerin tatsächlich einen Anwohnerparkausweis besaß, war also irrelevant.

B. Danach konnte es nur noch um die Frage gehen, ob das Abschleppen verhältnismäßig war. Hiergegen wendete sich die Klägerin mit dem Argument, die Behörde hätte anhand des Kennzeichens leicht ermitteln können, dass für ihr Fahrzeug ein Anwohnerparkausweis existierte. Das Nichtauslegen desselben wäre mit einem "Knöllchen" hinreichend sanktioniert gewesen,

keinesfalls aber sei das Abschleppen geboten gewesen.

Dem tritt das OVG Münster entgegen: Schon aus generalpräventiven Gesichtspunkten heraus sei daran zu denken, das Abschleppen für verhältnismäßig zu halten ("negative Vorbildwirkung"). Jedenfalls aber könne der Behörde eine Nachforschung nicht zugemutet werden, weil es - wie es auch hinsichtlich der Klägerin der Fall war - alternative Parkausweise für mehrere Fahrzeuge gebe. Allein die Existenz eines Anwohnerparkausweises sage also noch nichts darüber aus, ob das konkrete Fahrzeug legal geparkt wurde oder nicht.

Prüfungsrelevanz:

Abschleppfälle gehören zu den Klassikern in öffentlich-rechtlichen Examensaufgaben. Die RA hat daher schon vielfach über diverse Fallkonstellationen berichtet (vgl. Vertiefungshinweise), zu denen sich nun das "Parken auf Anwohnerparkplätzen" hinzugesellt. Detailkenntnisse zu diesem Thema sind für den Examenserfolg unbedingt notwendig.

Leider trägt der Beschluss des OVG Münster nichts zur Beantwortung der streitigen Frage bei, ob das Abschleppen nun Ersatzvornahme oder Sicherstellung ist. Diese Entscheidung determiniert in einem Examens-

gutachten die gesamte weitere Prüfung, muss also getroffen werden. Das OVG Münster lässt sie hingegen hier - wie gewohnt - offen. Das VG Arnberg, welches in I. Instanz mutig (aber aus Sicht des OVG ohne Not) eine Ersatzvornahme bejaht hatte, fängt sich gleich zu Beginn der Entscheidungsgründe einen deutlichen Rüffel ein.

Vertiefungshinweise:

- Wartezeit für Abschleppen nach zunächst legalem Parken: *VGH Mannheim*, RA 2008, 136 = NJW 2007, 2058 (3 Tage genug); NJW 1991, 1698 (2 Tage zu kurz); *VBIBW* 2004, 29 (11 Tage genug); *OVG Münster*, NVwZ-RR 1996, 59 (2 Tage genug); *VGH Kassel*, NJW 1997, 1023 (3 Werkzeuge genug); *OVG Hamburg*, DÖV 1995, 783 (3 Werkzeuge und ein Feiertag genug)
- Abschleppen ohne telefonische Kontaktaufnahme: *BVerwG*, RA 2002, 689 = NJW 2002, 2122 gegen *OVG Hamburg*, RA 2005, 456 = NJW 2005, 2247; RA 2001, 691 = NJW 2001, 3647; vgl. auch *Schwabe*, NJW 2002, 652

Kursprogramm:

- Examenskurs*: "Das mobile Halteverbot"
- Examenskurs*: "Die defekte Parkuhr"

Leitsatz (der Redaktion):

Zur Verhältnismäßigkeit des Abschleppens von einem Anwohnerparkplatz bei Nichtausliegen des Anwohnerparkausweises.

Sachverhalt:

Der Wagen der Klägerin stand im Bereich von Anwohnerparkflächen, ohne dass ihr alternativ für zwei Fahrzeuge ausgestellter Anwohnerparkausweis auslag. Abends nach 18 Uhr stellten Außendienstmitarbeiter des Ordnungsamtes das Parken ohne Parkausweis fest. Nach kurzer Wartezeit ließen sie das Fahrzeug abschleppen.

Aus den Gründen:

Die streitige Abschleppmaßnahme ist rechtlich nicht zu beanstanden. Zur Begründung nimmt der Senat entsprechend § 122 Abs. 2 Satz 3 VwGO Bezug auf die Ausführungen des erstinstanzlichen Urteils, wobei dahinstehen kann, ob das Abschleppen als Ersatzvornahme - wovon das Verwaltungsgericht ausgegangen ist - oder als Sicherstellung zu qualifizieren ist (zur Unerheblichkeit der Qualifizierung als Ersatzvornahme oder Sicherstellung vgl. im Einzelnen OVG NRW, NWVBl. 2001, 181).

A. Legitimer Zweck

Die Klägerin macht unter Hinweis auf das Urteil des

Verwaltungsgerichts Freiburg vom 23. März 2000 - 4 K 1164/98 -, NJW 2000, 2602, ohne Erfolg geltend, von ihrem Fahrzeug habe im Hinblick auf die Möglichkeit einer schriftlichen Verwarnung keine oder allenfalls eine geringfügige negative Vorbildwirkung ausgehen können, so dass das Abschleppen unverhältnismäßig gewesen sei. Unabhängig von einer negativen Vorbildwirkung ist ein Abschleppen verbotswidrig abgestellter Fahrzeuge im Falle der Behinderung von anderen Verkehrsteilnehmern regelmäßig geboten (vgl. *BVerwG*, Beschluss vom 18. Februar 2002 - 3 B 149.01 -, NJW 2002, 2122, und Urteil vom 14. Mai 1992 - 3 C 3.90 -, *BVerwGE* 90, 189).

Das gilt auch in dem hier vorliegenden Fall des rechtswidrigen Parkens auf Anwohnerparkflächen gemäß § 41 Abs. 2 Nr. 8 Satz 7 StVO. Nach Satz 8 der Vorschrift gelten die zuvor geregelten Ausnahmen vom eingeschränkten Haltverbot zugunsten (u. a.) der mit besonderem Parkausweis ausgestatteten Anwohner nur, wenn die besonderen Parkausweise gut lesbar ausgelegt sind. Durch Parken ohne Anwohnerparkausweis wird die Nutzung der Parkflächen durch Berechtigte, die ihren Ausweis ordnungsgemäß auslegen, verhindert (vgl. *VGH Bad.-Württ.*, Urteil vom 30. Januar 1995 - 1 S 3083/94 -, *juris*, Rn. 25).

B. Erforderlichkeit

Das Abschleppen war auch nicht aufgrund der besonderen Umstände des Einzelfalls unverhältnismäßig.

I. Nachforschung als milderer, gleich effektives Mittel
Insbesondere greift der Einwand der Klägerin nicht durch, das Verwaltungsgericht habe unzutreffend und unter Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz darauf abgestellt, dass der Parkverstoß nach dem allgemeinen Dienstschluss bei der Beklagten festgestellt worden sei. Die Klägerin richtet sich damit gegen die einzelfallbezogene Einschätzung des Verwaltungsgerichts, ein milderer Mittel gegenüber dem Abschleppen des Fahrzeugs habe nicht darin gelegen, die Anwohnerparkberechtigung zu ermitteln, weil dies angesichts der Feststellung des Parkverstoßes nach 18.00 Uhr außerhalb der allgemeinen Dienstzeiten nicht ohne größere Zeitverzögerung und ohne besonderen Aufwand möglich gewesen wäre. Diese Bewertung steht in Einklang mit der höchstrichterlichen Rechtsprechung zur Verhältnismäßigkeit des Abschleppens verkehrsbehindernd abgestellter Fahrzeuge, wonach nicht abzusehende Verzögerungen regelmäßig einer Verpflichtung zu Halteranfragen oder sonstigen Nachforschungsversuchen entgegenstehen (vgl. *BVerwG*, Beschlüsse vom 27. Mai 2002 - 3 B 67.02 -, *VRS* 103, 309, und vom 6. Juli 1983 - 7 B 182.82 -, *Buchholz* 442.151 § 13 StVO Nr. 3). Es gilt die Leitlinie, dass bei einer zeitnah nach Entdeckung des Verkehrsverstoßes erfolgenden Abschleppmaß-

nahme nur dann eine Verletzung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit in Betracht zu ziehen ist, wenn der Fahrzeugführer ohne Schwierigkeiten und ohne Verzögerung festgestellt und zur Beseitigung des verbotswidrigen Parkens veranlasst werden kann (vgl. BVerwG, Beschlüsse vom 27. Mai 2002, a. a. O., und vom 20. Dezember 1989 - 7 B 179.89 -, NJW 1990, 931).

II. Subsumtion

Nach diesen Maßstäben stellt sich das Abschleppen eines in einer Anwohnerparkzone ohne ausliegenden Parkausweis abgestellten Fahrzeugs nicht deshalb als unverhältnismäßig oder gleichheitswidrig dar, weil unter anderen tatsächlichen Umständen die Parkberechtigung ohne Weiteres hätte überprüft werden können. Es kann offen bleiben, ob entsprechend der von der Klägerin angeführten Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts Freiburg in seinem Urteil vom 23. März 2000 - 4 K 1164/98 - in bestimmten Fällen eine

behördliche Verpflichtung zur Prüfung der Parkberechtigung bestehen kann. Eine solche Verpflichtung geht jedenfalls nicht über die tatsächlich innerhalb kurzer Zeit verfügbaren Aufklärungsmöglichkeiten hinaus. Der kurzfristigen Feststellung der Parkberechtigung kann im Einzelfall nicht nur entgegenstehen, dass der Verstoß erst nach dem allgemeinen Behörden dienstschluss bemerkt wird. Ebenso kann sich die Parkberechtigung unabhängig vom Zeitpunkt der Feststellung des Parkverstoßes dann nicht ohne zeitliche Verzögerung ermitteln lassen, wenn - wie hier - ein Parkausweis für die alternative Nutzung in mehreren Fahrzeugen ausgestellt worden ist. Denn auch ein solcher berechtigt nur zum Parken mit jeweils dem Fahrzeug, in dem der Ausweis gut lesbar ausgelegt ist. Um eine gleichzeitige Nutzung des Parkausweises in einem anderen Fahrzeug auszuschließen, bedürfte es im Einzelfall aufwendiger Nachforschungen, die eine effektive Verkehrsüberwachung unzumutbar erschweren würden.

Standort: Gesetzesvorbehalt Problem: "Austausch" der Ermächtigungsgrundlage

OVG SCHLESWIG, URTEIL VOM 26.05.2009
1 LB 38/08 (NVWZ 2010, 200 L)

Problemdarstellung:
Im vorliegenden Fall hatte die Behörde einen Bescheid auf eine unzutreffende Ermächtigungsgrundlage gestützt. Fraglich war, ob die Gerichte diese "austauschen" dürfen, wenn statt ihrer eine einschlägige, von der Behörde aber nicht als solche erkannte Ermächtigungsgrundlage eingreift. Das OVG Schleswig bejaht dies in der vorliegenden Entscheidung in Übereinstimmung mit der Rspr. des BVerwG.
Diese Ansicht ist offensichtlich zutreffend. Nach dem aus Art. 20 III GG folgenden "Vorbehalt des Gesetzes" müssen zumindest wesentliche Entscheidungen der Verwaltung durch eine gesetzliche Grundlage gedeckt sein. Damit soll gewährleistet werden, dass der Gesetzgeber, welcher im Gegensatz zur Verwaltung unmittelbar demokratisch legitimiert ist, die wesentlichen Fragen entscheidet. Nicht erforderlich ist hingegen, dass die Verwaltung auch *bemerkt*, dass der Gesetzgeber sie entschieden hat. Selbst wenn die Verwaltung also irrig davon ausginge, für ihr Handeln gar keiner Ermächtigungsgrundlage zu bedürfen, käme ihr eine verkannte, aber gleichwohl vorhandene Ermächtigungsgrundlage zugute.
Allerdings fand das OVG - im Unterschied zur Vorinstanz - im konkreten Fall auch keine andere Ermächtigungsgrundlage, weshalb es den angefochtenen Verwaltungsakt i.E. für rechtswidrig erklärte.

Prüfungsrelevanz:
A. Ob der "Austausch" einer Ermächtigungsgrundlage zulässig ist, wäre im Gutachten unter dem Prüfungspunkt "Ermächtigungsgrundlage" zu erörtern. Dort ist in einem ersten Schritt auf die von der Behörde genannte Ermächtigungsgrundlage einzugehen und aufzuzeigen, warum diese nicht greift. Im zweiten Schritt ist die Frage zu erörtern (und zu bejahen), ob eine andere, von der Behörde nicht erkannte Ermächtigungsgrundlage an deren Stelle angewendet werden kann. Drittens schließlich ist eine andere Ermächtigungsgrundlage zu suchen. Findet man sie nicht, ist der Bescheid - wie im vorliegenden Fall - bereits rechtswidrig.
B. Ist hingegen eine andere Ermächtigungsgrundlage einschlägig, können sich gleichwohl noch Folgeprobleme in der weiteren Gutachtenprüfung ergeben:
I. In *formeller* Hinsicht ist schon fraglich, ob die Behörde für ein Handeln nach der anderen ebenso wie nach der von ihr angenommenen Ermächtigungsgrundlage *zuständig* ist. Dies kann, muss aber keineswegs der Fall sein. Beispielsweise wäre die Polizei für ein Handeln nach einer verkannten Standardmaßnahme ebenso zuständig wie für ein Einschreiten nach der von ihr angenommenen polizeirechtlichen Generalklausel. Richtet sich die Gefahrenabwehr hingegen nicht nach Polizei-, sondern beispielsweise nach Bauordnungsrecht, liegt die Zuständigkeit allein bei der Bauordnungsbehörde.
II. In *materieller* Hinsicht ist vor allem die *Ermessensprüfung* nicht unproblematisch. Beispielsweise dürfen Bescheide im Straßen- und Wegerecht nur auf straßen-

und wegerechtliche Erwägungen gestützt werden, das allgemeine Polizei- und Ordnungsrecht kennt eine solche Beschränkung hingegen nicht. Somit kann es leicht zu Ermessensfehlern kommen, indem die Behörde irrig von einer falschen Ermächtigungsgrundlage ausgehende Behörde sachfremde Erwägungen anstellt oder sachliche Erwägungen übersieht. Diesen Punkt spricht auch das OVG in den nachstehenden Entscheidungsgründen ausführlich an.

Vertiefungshinweise:

- "Austausch" einer Ermächtigungsgrundlage: *BVerwGE* 80, 96 ff.; 82, 185 [188]; *NVwZ* 1991, 999
- Zuständigkeit für "ausgetauschte" Ermächtigungsgrundlage: *VGH Mannheim*, *NVwZ* 1995, 397
- Ermessensentscheidung bei "ausgetauschter" Ermächtigungsgrundlage: *BVerwG*, *NVwZ* 1990, 673, 674

Leitsätze:

- 1. Auch ein Bescheid, der bestandskräftige Regelungen (weitgehend) wiederholt, "beschwert" die Klägerin, wenn es der beklagten Behörde um eine andere ("statistikgerechte") Aufbereitung der angeforderten Daten geht, die eine Anpassung der innerbetrieblichen Organisation und des Personaleinsatzes erfordert.**
- 2. Eine Überwachungsverfügung kann in Bezug auf eine Abfallbehandlungsanlage nicht auf immissionsschutzrechtliche Bestimmungen gestützt werden, wenn sie sich ausschließlich auf Abfälle bezieht, die in die Anlage eingebracht werden. Das Immissionsschutzrecht erfasst nur anlagenbezogene (bauliche, technische und organisatorische) Anforderungen in Bezug auf die in der Anlage erzeugten Abfälle.**
- 3. Ein angefochtener Bescheid kann unter einer anderen als der von der Behörde angewandten Rechtsgrundlage aufrechterhalten werden. Ein solcher "Austausch" der den Bescheid tragenden Rechtsgrundlage durch das Gericht ist zulässig, wenn die Identität der im Bescheid getroffenen behördlichen Regelung nicht verändert wird und der Bescheid und die ihn tragenden Ermessenserwägungen nach ihrem "normspezifischen Zuschnitt" dadurch keine Wesensänderung erfahren.**
- 4. Die TA Abfall entfaltet als Verwaltungsvorschrift primär Innenwirkung; sie kann allein keine Grundlage für Anordnungen nach § 21 KrW-/AbfG bieten. Ihre normkonkretisierende Funktion greift nur im Zusammenhang mit unbestimmten Rechtsbegriffen einer im Gesetz oder in einer Rechtsverordnung enthaltenen Ermächtigungsnorm.**
- 5. Ein zertifizierter Entsorgungsfachbetrieb ist**

nach § 44 II KrW-/AbfG im Rahmen des Überwachungsermessens privilegiert. Eine behördliche (Dauer-)Überwachung ohne begründeten Einzelanlass ist grundsätzlich nicht erforderlich.

6. Auf die Bestimmungen der Entsorgungsfachbetriebsverordnung können keine Überwachungsverfügungen gegen zertifizierte Betriebe gestützt werden. Die Zertifizierung als Entsorgungsfachbetrieb erbringt für das betroffene Unternehmen Vorteile bei der Überwachung und Kontrolle sowie bei der Führung des sog. Eignungsnachweises im Rahmen der wettbewerblichen Auftragsvergabe (§ 25 Nr. 2 I VOL/A). Werden die Zertifizierungsanforderungen nicht (mehr) erfüllt, führt dies zum Entzug der Zertifizierung, nicht aber dazu, dass die Zertifizierungsanforderungen durch Ordnungsverfügung durchgesetzt werden können.

Sachverhalt:

Die Klägerin wendet sich gegen eine Anordnung des Beklagten zur Führung eines Betriebstagebuchs und zur Erstellung von Jahresübersichten. Sie betreibt auf der Grundlage eines ihrer Rechtsvorgängerin erteilten bestandskräftigen Zulassungsbescheides vom 29. November 1989 einen nach der Verordnung über Entsorgungsfachbetriebe (EfbV) vom 10.09.1996 (BGBl. I. S. 2247) zertifizierten Entsorgungsfachbetrieb.

Der Zulassungsbescheid enthält unter I. Nebenbestimmungen, wonach der Betreiber ein Betriebstagebuch mit allen für die Abfallentsorgung wesentlichen Daten zu führen (Ziff. 1.6) und eine Jahresübersicht über Bestand und Menge angenommener, weitergegebener und gelagerter Abfälle zu erstellen hat (Ziff. 1.7).

Mit Bescheid vom 22. August 2006 ordnete der Beklagte auf der Grundlage des § 17 Abs. 1 i.V.m. § 5 Abs. 1 Nr. 3 BImSchG unter Ziffer 1 an, dass die Klägerin ein Betriebshandbuch aufzustellen und ein Betriebstagebuch zu führen hat, um den ordnungsgemäßen Betrieb der Anlage mit im einzelnen bezeichneten Angaben nachzuweisen. Über die Angaben im Betriebstagebuch sollte eine Jahresübersicht erstellt werden, die dem beklagten Landesamt bis zum 31. März nach Ablauf eines jeden Kalenderjahres unaufgefordert vorzulegen sein sollte. Für jeden Fall der Zuwiderhandlung gegen die Anordnung drohte der Beklagte die Festsetzung eines Zwangsgeldes an.

Am 30. August 2006 erhob die Klägerin dagegen Widerspruch und führte aus, § 17 Abs. 1, § 5 Abs. 1 Nr. 3 BImSchG stellten keine Ermächtigungsgrundlage für die Anordnung dar. Das beklagte Landesamt wies den Widerspruch mit Widerspruchsbescheid vom 06. Februar 2007 zurück. Die Klägerin hat am 31. Januar 2007 Klage erhoben. Sie hat die Ansicht vertreten, auf der Grundlage des § 17 Abs. 1 BImSchG könnten nur Anordnungen ergehen, die den Betrieb der Anlage

betreffen. Die im angefochtenen Bescheid angeordneten Informations- und Dokumentationspflichten knüpften ihrem Inhalt nach an originäre abfallrechtliche Verpflichtungen aus dem Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz an.

Das Verwaltungsgericht - 12. Kammer - hat die Klage mit Urteil vom 28. August 2008 abgewiesen. Zur Begründung führte es an, der angefochtene Bescheid finde in § 17 BImSchG zwar keine Rechtsgrundlage. Der Bescheid könne aber auf §§ 21, 40 KrW-/AbfG i.V.m. der EfbV sowie Ziffer 5.4.3.1 und 5.4.4.2 der auf der Grundlage von § 12 Abs. 2 KrW-/AbfG erlassenen zweiten allgemeinen Verwaltungsvorschrift zum Abfallgesetz (TA Abfall) gestützt werden. Die vom OVG zugelassene Berufung hatte Erfolg.

Aus den Gründen:

Das Verwaltungsgericht hat die Klage zu Unrecht abgewiesen. Der Bescheid des beklagten Landesamtes vom 22. August 2006 in der Fassung des Widerspruchsbescheides vom 06. Februar 2007 ist aufzuheben, denn er ist rechtswidrig und verletzt die Klägerin in ihren Rechten (§ 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO).

A. Zulässigkeit der Klage

I. Die Klage ist zulässig. Der Ansicht des beklagten Landesamtes, die Klägerin sei durch die angefochtenen Bescheide nicht „beschwert“, ist nicht zu folgen. Es mag zutreffen, dass die angefochtenen Bescheide hinsichtlich des Betriebstagebuchs die Anforderungen des bestandskräftigen Zulassungsbescheides vom 29. November 1989 bzw. des bestandskräftigen abfallrechtlichen Bescheides vom 30. September 1991 weitgehend wiederholen.

In der terminsvorbereitenden Verfügung des Senats vom 24. April 2009 sind allerdings zu einigen Punkten Inkongruenzen aufgezeigt worden [...]. Die Möglichkeit, die mit den Bescheiden vom 29. November 1989 und vom 30. September 1991 „kongruenten“ Teile der angefochtenen Bescheide außer Streit zu stellen, ist in der mündlichen Berufungsverhandlung ausführlich erörtert worden. Weder das beklagte Amt hat sich insoweit zu einer Teil-Aufhebung der angefochtenen Bescheide (im Hinblick auf die bestandskräftigen „kongruenten“ Nebenbestimmungen der Bescheide vom 29. November 1989 und vom 30. September 1991) bereit gefunden, noch hat die Klägerin eine im entsprechenden Sinne „zugeschnittene“ Einschränkung des Klagantrages vorgenommen. Auf beiden Seiten war insoweit maßgebend, dass es dem beklagten Landesamt auch, soweit die angefochtenen Bescheide „wiederholende“ Anforderungen betreffen, um eine andere Aufbereitung der angeforderten Daten geht. Diese sollen der Erfüllung von statistischen Zwecken dienen. [...] Die Forderung nach einer „statistikgerechten“ Aufbereitung der abgeforderten Daten be-

schwert die Klägerin auch hinsichtlich derjenigen Punkte, die bereits in den Bescheiden vom 29. November 1989 und vom 30. September 1991 in Bezug auf das Betriebstagebuch und die Jahresübersicht enthalten waren, denn die Klägerin müsste ihre innerbetriebliche Organisation und den Personaleinsatz an die neuen strukturellen Vorgaben anpassen.

B. Begründetheit der Klage

Die angefochtenen Bescheide finden weder im Umweltstatistikgesetz noch in § 17 Abs. 1 BImSchG eine tragfähige Grundlage. Sie können auch nicht auf abfallrechtliche Vorschriften gestützt werden. [...]

I. Ermächtigungsgrundlage aus §§ 17 I, 5 I Nr. 3 BImSchG

Die angefochtenen Bescheide sind ausdrücklich auf § 17 Abs. 1 i.V.m. § 5 Abs. 1 Nr. 3 BImSchG gestützt worden. Diese Vorschriften sind, wie das Verwaltungsgericht zutreffend entschieden hat, anlagenbezogen und erfassen nur die in der Anlage selbst erzeugten Abfälle (Jarass, BImSchG, Kommentar, 2007, § 5 Rn 77). Die Anordnungen im angefochtenen Bescheid beziehen sich demgegenüber ausschließlich auf Abfälle, die in die Anlage eingebracht werden. Diesbezüglich greifen die immissionschutzrechtlichen Vorschriften nicht. [...]

II. Ermächtigungsgrundlage aus dem KrW-/AbfG

Die angefochtenen Bescheide lassen sich - entgegen der erstinstanzlichen Entscheidung - auch nicht auf abfallrechtliche Vorschriften stützen. Gegen die Anwendung des Abfallrechts lässt sich zwar nicht, wie die Klägerin meint, einwenden, ein „Austausch“ der in den angefochtenen Bescheiden genannten Rechtsgrundlage durch das Gericht sei unzulässig. Die vom Verwaltungsgericht herangezogenen abfallrechtlichen Vorschriften vermitteln den angefochtenen Bescheiden aber ebenso wenig wie weitere, in der mündlichen Berufungsverhandlung im Einzelnen erörterte Rechtsvorschriften oder Verwaltungsvorschriften eine tragfähige Rechtsgrundlage.

I. Zulässiger „Austausch“ der Ermächtigungsgrundlage

a. Kompetenz der Gerichte zur umfassenden rechtlichen Prüfung

Einem „Austausch“ der den Bescheid tragenden Rechtsgrundlagen durch das Gericht steht nicht entgegen, dass das beklagte Landesamt weiterhin die Auffassung vertritt, die bisher herangezogene Rechtsgrundlage sei einschlägig. Welche Rechtsgrundlage heranzuziehen ist, ist unabhängig von den Rechtsansichten der Beteiligten vom Gericht zu entscheiden.

Die Verwaltungsgerichte haben im Rahmen des § 113

I 1 VwGO von Amts wegen zu prüfen, ob das materielle Recht die durch einen Verwaltungsakt getroffene Regelung trägt oder nicht. Hierzu gehört - in rechtlicher Hinsicht - die Prüfung, ob ein angegriffener Verwaltungsakt kraft einer anderen als der angegebenen Rechtsgrundlage rechtmäßig ist (vgl. BVerwGE 80, 96 ff.; 82, 185 [188]; NVwZ 1991, 999). Weiter sind - in tatsächlicher Hinsicht - alle Umstände zu berücksichtigen, die die - gesamte oder teilweise - Aufrechterhaltung des angefochtenen Bescheids zu rechtfertigen vermögen (BVerwGE 95, 176/184).

Wird die in einem Bescheid (im „Bescheidtenor“) verfügte Regelung auf einer anderen Rechtsgrundlage als der im Bescheid genannten aufrechterhalten, lässt dies die Identität der im Bescheid getroffenen behördlichen Regelung unberührt, wenn sie - wie vorliegend - auf das selbe Regelungsziel gerichtet bleibt und infolge des „Austauschs“ der Rechtsgrundlage keine Wesensänderung erfährt. Letzteres ist vorliegend nicht ersichtlich.

b. Ermessensspielraum der Behörde

Der Umstand, dass die von der Behörde angewandte Ermächtigungsgrundlage (§ 17 Abs. 1 BImSchG) eine Ermessensentscheidung vorsieht, steht der Aufrechterhaltung der angefochtenen Bescheide nicht entgegen, denn die abfallrechtlichen Ermächtigungsgrundlagen in §§ 21, 44 KrW-/AbfG sehen ebenfalls behördliches Ermessen vor. Ist die beklagte Behörde - wie hier - für beide Ermächtigungsgrundlagen zuständig (s. dazu VGH Mannheim, NVwZ 1995, 397), wäre nur dann eine andere rechtliche Beurteilung zu erwägen, wenn die nach der (als unzutreffend erkannten) Norm getroffene Ermessensentscheidung nicht dem „normspezifischen Zuschnitt“ der (richtigen) Ermessensnorm entspräche (vgl. Gerhardt, in Schoch u. a., VwGO, 2008, § 113 Rn. 21 [S. 19]). Bestehen insoweit keine wesentlichen Unterschiede, wird durch die auf der abfallrechtlichen Rechtsgrundlage erfolgende

Aufrechterhaltung eines Bescheides das „Wesen“ der getroffenen Ermessensentscheidung nicht verändert (vgl. BVerwG, NVwZ 1990, 673, [674]).

Dem beklagten Landesamt ist darin zu folgen, dass der Ermessensrahmen der Rechtsgrundlage in § 17 Abs. 1 BImSchG mit demjenigen der abfallrechtlichen Rechtsgrundlagen in §§ 21, 44 KrW-/AbfG generell übereinstimmt. Eine unzulässige „Wesensänderung“ der behördlichen Ermessensentscheidung wird daher durch den „Wechsel“ von der (im Bescheid genannten) Rechtsgrundlage zu den im Kreislaufwirtschafts-/Abfallgesetz geregelten Rechtsgrundlagen nicht bewirkt. [...]

2. Subsumtion unter das KrW-/AbfG

Weder § 21 KrW-/AbfG noch § 44 i. V. m. §§ 42, 43 KrW-/AbfG noch die Bestimmungen der Entsorgungsfachbetriebsverordnung vermitteln den Anordnungen des beklagten Landesamtes zur Führung eines Betriebstagesbuches und zur Erstellung einer Jahresübersicht eine tragfähige Rechtsgrundlage. [wird ausgeführt]

II. Ermächtigungsgrundlage aus § 5 EfbV i.V.m. § 21 KrW-/AbfG

Auch § 5 der Verordnung über Entsorgungsfachbetriebe vom 10. September 1996 (EfbV) – i. V. m. § 21 KrW-/AbfG - vermittelt den angefochtenen Bescheiden keine Rechtsgrundlage. Die genannte Bestimmung berechtigt das beklagte Landesamt weder dazu, der Klägerin die Führung eines Betriebstagebuchs (mit den im Einzelnen geforderten Daten) abzuverlangen, noch dazu, eine Jahresübersicht zu fordern. Nach § 21 KrW-/AbfG wäre zu fordern, dass die die Anforderungen der EfbV abfallrechtliche Pflichten der Entsorgungsfachbetriebe sind, deren Einhaltung durch die zuständige Behörde mittels Anordnung durchgesetzt werden kann. Das ist nicht der Fall. [wird ausgeführt]

*Zivilrecht***Standort: ZPO II****Problem: Zwangsvollstreckung trotz Verjährung**

BGH, URTEIL VOM 17.11.2009
 XI ZR 36/09 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Die Kl. beauftragten im Juni 1990 eine Treuhänderin (T), ihnen den Kauf einer Wohnung zwecks Steuerersparnis zu vermitteln. Die T verfügte nicht über die erforderliche Erlaubnis nach dem Rechtsberatungsgesetz (mittlerweile Rechtsdienstleistungsgesetz, RDG). Mit notarieller Urkunde vom 02.07.1990 bevollmächtigten die Kl. die T, den Kaufvertrag abzuschließen und zur Kaufpreisfinanzierung Grundpfandrechte am Vertragsgegenstand zu bestellen. Am 31.07.1990 unterzeichneten sie zur Finanzierung des Kaufpreises einen Darlehensvertrag mit der Bekl. über einen Nettokreditbetrag i.H.v. 232.500 DM. Die Sicherung des Darlehens sollte durch eine Grundschuld nebst dinglicher und persönlicher Zwangsvollstreckungsunterwerfung erfolgen.

Mit Abschluss des Kaufvertrages am 12.09.1990 bestellten die Kl. mit notarieller Urkunde zugunsten der Bekl. eine Briefgrundschuld in Höhe der Darlehensvaluta, unterwarfen sich wegen des Grundschuldbetrags der sofortigen Zwangsvollstreckung in den Vertragsgegenstand und erklärten die persönliche Haftungsübernahme nebst Vollstreckungsunterwerfung in ihr gesamtes Vermögen.

Mit Schreiben vom 26.08.2002 widerriefen die Kl. ihre auf Abschluss des Darlehensvertrags gerichteten Willenserklärungen und stellten die Zahlungen ein. Daraufhin kündigte die Bekl. den Darlehensvertrag am 28.11.2002. Auf ihren Antrag wurde am 04.11.2005 die Zwangsversteigerung der Wohnung angeordnet.

Die Kl. sind der Ansicht, dass die Zwangsvollstreckung aus der notariellen Urkunde nicht zulässig ist. Das Schuldversprechen nebst Unterwerfungserklärung sei unwirksam, da die der T erteilte Vollmacht gegen das Rechtsberatungsgesetz verstoße. Außerdem sei der Darlehensrückzahlungsanspruch der Bekl. verjährt.

Prüfungsrelevanz:

Die Kl. wollen die Zwangsvollstreckung der Bekl. aus dem früheren Rechtsstreit verhindern. Zur Verhinderung der Zwangsvollstreckung hält die ZPO verschiedene Rechtsbehelfe bereit, die sich primär nach der

jeweiligen Einwendung unterscheiden lassen (formelle Einwendungen: Vollstreckungserinnerung gem. § 766 ZPO, sofortige Beschwerde gem. § 793 ZPO; materielle Einwendungen: Vollstreckungsabwehrklage gem. § 767 ZPO, Drittwiderspruchsklage gem. § 771 ZPO, Klage auf vorzugsweise Befriedigung gem. § 805 ZPO). Hier stützen sich die Kl. zum einen auf die Verjährung des Darlehensrückforderungsanspruchs, zum anderen auf die Unwirksamkeit des Schuldversprechens mangels wirksamer Vollmacht.

I. Vollstreckungsabwehrklage gem. § 767 ZPO

Die Vollstreckungsabwehrklage erlaubt dem Vollstreckungsschuldner materiell-rechtliche Einwendungen vorzubringen, sofern die Tatsachen, auf denen sie beruhen, schon im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung gegeben waren. Anderenfalls ist der Vollstreckungsschuldner mit seiner Einwendung gem. § 767 II ZPO präkludiert. Hat die Vollstreckungsabwehrklage Erfolg, beseitigt sie die Vollstreckbarkeit des Urteils.

Eine Klage nach § 767 ZPO kam hier unter dem Gesichtspunkt der Verjährung des Darlehensrückforderungsanspruchs aus § 488 I 2 BGB (bzw. § 607 I BGB a.F.) in Betracht. Die Bekl. hatte das Darlehen im November 2002 wirksam gekündigt und somit fällig gestellt. Folglich ist die Verjährung gem. §§ 195, 199 BGB mit dem Ende des Jahres 2005 eingetreten.

Doch vollstreckt die Bekl. vorliegend nicht aus einem Titel, der unmittelbar auf dem Anspruch aus § 488 I 2 BGB (§ 607 I BGB a.F.) beruht, sondern aus dem abstrakten (konstitutiven) Schuldversprechen i.S.d. §§ 311, 241, 780, 781 BGB. Dieses hatten die Kl. zur Absicherung der Darlehensforderung gegeben, als sie die „persönliche Haftungsübernahme nebst Vollstreckungsunterwerfung in das gesamte Vermögen“ erklärten. Somit müssen auch die materiell-rechtlichen Einwendungen i.S.d. § 767 ZPO der Kl. auf das abstrakte Schuldversprechen und nicht auf die Darlehensforderung an sich bezogen werden. Das abstrakte Schuldversprechen begründet eine neue, von ursprünglichen Forderungen losgelöste Verbindlichkeit des Schuldners. Nach herrschender Ansicht ist es jedoch gem. § 812 I, II BGB kondizierbar, wenn die zugrundeliegende Forderung nicht besteht. Die materiell-rechtliche Einwendung der Kl. besteht damit nicht in der Verjährung des Anspruchs aus § 488 I 2 BGB

allein, sondern in der Kondizierbarkeit des Schuldversprechens. Freilich steht die Kondizierbarkeit i.E. ebenfalls mit dem zugrundeliegenden Anspruch in Zusammenhang.

Dem Senat stellte sich hier die Frage, ob die Verjährung des Rückforderungsanspruchs gem. § 216 II BGB unbeachtlich ist. Danach kann die Rückübertragung eines zur Sicherung eines Anspruchs gegebenen Rechts (hier: das Schuldversprechen) nicht verlangt werden, wenn dieser Anspruch verjährt ist. Allerdings bezieht sich § 216 II BGB ausschließlich auf dingliche Rechte (BT-Drs. 14/4060, S. 122 f.), so dass eine direkte Anwendung der Vorschrift nicht in Frage kam. In Rechtsprechung und Literatur wird jedoch ganz überwiegend die analoge Anwendung des § 216 II BGB befürwortet, wenn der Anspruch durch ein abstraktes Schuldversprechen gesichert ist (OLG Frankfurt a.M. WM 2007, 2196; OLG Brandenburg Beschl. v. 03.04.2009, 5 W 2/09, n.v.; MünchKommBGB/Habersack, § 780 Rn. 44; Palandt/Heinrichs, § 216 Rn. 3). Dem schließt sich auch der Senat an: Eine Vorschrift, die das Verhältnis des abstrakten Schuldversprechens zur gesicherten Forderung erfasst, existiert nicht. Das Bedürfnis einer Harmonisierung ergibt sich aber aus den divergierenden Verjährungsregeln, die auf die Schuldrechtsmodernisierung zurückzuführen sind. Demnach verjährt das notarielle Schuldversprechen gem. § 197 I Nr. 4 BGB weiterhin nach 30 Jahren, während der Anspruch aus § 488 I 2 BGB neuerdings der dreijährigen Verjährungsfrist des § 195 BGB unterliegt. Diese Diskrepanz kann durch die analoge Anwendung des § 216 II BGB auf den durch Schuldversprechen gesicherten Anspruch überwunden werden.

Da die Verjährung insoweit keine Beachtung findet, kann auch das Schuldversprechen nicht gem. § 812 I, II BGB kondiziert werden. Damit fehlt es an einer materiell-rechtlichen Einwendung und die Klage aus § 767 ZPO ist unbegründet.

II. Prozessuale Gestaltungsklage analog § 767 ZPO

Hinsichtlich des Einwandes der Unwirksamkeit des Schuldversprechens mangels wirksamer Vollmacht kam dagegen eine prozessuale Gestaltungsklage analog § 767 ZPO in Betracht. Hierbei handelt es sich um ein von der Rechtsprechung entwickeltes Instrument zur Erweiterung der Vollstreckungsabwehrklage. Examensrelevant sind dabei insbesondere die Fälle, in denen der Vollstreckungsschuldner sich mit notarieller Urkunde i.S.d. § 794 I Nr. 5 ZPO der sofortigen Vollstreckung unterworfen hat und nun gegen die Wirksamkeit der Urkunde vorgeht (Eine Auflistung sämtlicher Fallgruppen findet sich bei *Özen/Hein*, JuS 2010, 124). Der Unterschied zur Vollstreckungsabwehrklage gem. § 767 ZPO besteht darin, dass nicht bloß die Vollstreckbarkeit des Titels, sondern die Wirksamkeit des Titels

selbst angegriffen wird. Die Präklusionsvorschriften des § 767 II, III ZPO finden bei der analogen Gestaltungsklage keine Anwendung (vgl. für notarielle Urkunden bereits § 797 IV ZPO; Musielak, ZPO, § 767 Rn. 9b m.w.N.; *Raebel*, in: *Schuschke/Walker*, Vollstreckung u. vorl. Rechtsschutz – Komm., § 767 Rn. 46; a.A. bzgl. Abs. 3 *Özen/Hein*, JuS 2010, 124 [126]). Vorliegend ist die der T erteilte Vollmacht wegen Verstoßes gegen das Rechtsberatungsgesetz gem. § 134 BGB unwirksam, so dass auch für das vollstreckbare Schuldversprechen keine Rechtsgrundlage bestand. Jedoch dürfen sich die Kl. hierauf gem. § 242 BGB nicht berufen. Nach Rechtsprechung des BGH darf ein Darlehensnehmer, der sich im Darlehensvertrag wirksam verpflichtet hat, sich der sofortigen Zwangsvollstreckung in sein gesamtes Vermögen zu unterwerfen, aus der Nichterfüllung dieser Verpflichtung keine Vorteile ziehen (BGH WM 2005, 1520 [1521]; BGH WM 2006, 853; BGH WM 2007, 62).

Vertiefungshinweise:

- Zur prozessualen Gestaltungsklage analog § 767 ZPO: *Özen/Hein*, JuS 2010, 124
- Zur analogen Anwendbarkeit des § 216 II BGB: OLG Frankfurt NJW 2008, 379; *Cartano/Edelmann*, WM 2004, 775; *Hohmann*, WM 2004, 757; BGH BKR 2007, 156.

Kursprogramm:

- Examenskurs: “Späte Gegenwehr”

Leitsatz:

Das von einem Schuldner in einer notariellen Grundschuldbestellungsurkunde abgegebene abstrakte Schuldversprechen mit Vollstreckungsunterwerfung ist nicht deshalb nach § 812 Abs. 2 BGB kondizierbar, weil der durch die Grundschuld gesicherte Anspruch des Gläubigers verjährt ist. Die Vorschrift des § 216 Abs. 2 Satz 1 BGB ist auf ein solches Schuldversprechen analog anwendbar.

Sachverhalt:

Die Kläger wurden im Juni 1990 von einem Vermittler geworben, zwecks Steuerersparnis eine noch zu errichtende Eigentumswohnung in B. zu kaufen. Am 28. Juni 1990 beauftragten sie die Firma I. mbH (im Folgenden: Treuhänderin), die nicht über eine Erlaubnis nach dem Rechtsberatungsgesetz verfügte, ihnen den Kauf der Wohnung zu vermitteln. Zugleich erteilten sie der F. GmbH den Auftrag, ihnen die Vollfinanzierung des Kaufpreises zzgl. der Erwerbsnebenkosten zu vermitteln. Hinsichtlich der Finanzierungsvollmacht erhielten die Kläger eine Widerrufsbelehrung. Mit notarieller Urkunde vom 2. Juli 1990 bevollmächtigten sie

die Treuhänderin, den Kaufvertrag abzuschließen, Untervollmachten zu erteilen und zur Kaufpreisfinanzierung Grundpfandrechte am Vertragsgegenstand zu bestellen. Am 31. Juli 1990 unterzeichneten die Kläger zur Finanzierung des Kaufpreises in Höhe von 180.892 DM zuzüglich Nebenkosten einen Darlehensvertrag mit der Beklagten über einen Nettokreditbetrag in Höhe von 232.500 DM. Als Verwendungszweck wurde der Wohnungskauf, als Beleihungsobjekt die zu erwerbende Wohnung im Vertrag angegeben. Das Darlehen sollte durch eine Grundschuld nebst dinglicher und persönlicher Zwangsvollstreckungsunterwerfung gesichert werden. Dazu unterzeichneten die Kläger an diesem Tage eine Sicherungszweckerklärung, wonach die an der Wohnung zu bestellende Grundschuld sowie eine persönliche Haftungsübernahme der Kläger der Sicherung aller bestehenden und künftigen Ansprüche der Beklagten aus der Geschäftsbeziehung dienen sollten. Mit notarieller Urkunde vom 9. August 1990 unterbreiteten die Kläger, vertreten durch die Treuhänderin, der Verkäuferin ein Angebot zum Erwerb der Wohnung. In der Urkunde bevollmächtigten sie eine Notariatssekretärin mit der Bestellung von Grundpfandrechten und mit der Unterwerfung unter die Zwangsvollstreckung in ihr persönliches Vermögen. Die Verkäuferin nahm dieses Angebot am 12. September 1990 an. Mit notarieller Urkunde vom selben Tage bestellten die Kläger, vertreten durch die Notariatssekretärin, zugunsten der Beklagten eine fällige Briefgrundschuld über 232.500 DM, unterwarfen sich wegen des Grundschuldbetrages zzgl. Zinsen und Nebenkosten der sofortigen Zwangsvollstreckung in den Vertragsgegenstand und erklärten die persönliche Haftungsübernahme nebst Vollstreckungsunterwerfung in ihr gesamtes Vermögen. Mit Schreiben vom 26. August 2002 widerriefen die Kläger ihre auf den Abschluss des Darlehensvertrages gerichteten Willenerklärungen. Nach Zahlungseinstellung kündigte die Beklagte das Darlehen am 28. November 2002. Auf ihren Antrag wurde am 4. November 2005 die Zwangsversteigerung der Wohnung angeordnet. Mit ihrer Klage begehren die Kläger, die Zwangsvollstreckung aus der notariellen Urkunde vom 12. September 1990 für unzulässig zu erklären, soweit sie aus der persönlichen Haftungsübernahme in ihr gesamtes Vermögen betrieben werden kann. Sie berufen sich darauf, dass ihr Schuldversprechen nebst Unterwerfungserklärung in der Grundschuldbestellungsurkunde unwirksam sei, weil die der Treuhänderin erteilte Vollmacht gegen das Rechtsberatungsgesetz verstoße. Der Darlehensrückzahlungsanspruch der Beklagten sei verjährt.

Aus den Gründen:

[7] Die Revision ist unbegründet.

[11] Diese Ausführungen [*des Berufungsgerichts, Anm. der Red.*] halten rechtlicher Nachprüfung stand.

Zu Recht hat das Berufungsgericht sowohl die prozessuale Gestaltungsklage analog § 767 Abs. 1 ZPO als auch die Vollstreckungsabwehrklage als unbegründet angesehen.

I. Prozessuale Gestaltungsklage analog § 767 ZPO

[12] Zutreffend ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass die Kläger nach dem Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) daran gehindert sind, sich auf eine eventuelle Unwirksamkeit des in ihrem Namen mit notarieller Urkunde von 12. September 1990 erklärten vollstreckbaren Schuldversprechens zu berufen, weil sie ausweislich des von ihnen selbst abgeschlossenen Darlehensvertrages und ihrer Sicherungszweckerklärung zur Abgabe dieses Schuldversprechens verpflichtet waren.

[13] Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes darf ein Darlehensnehmer, der sich im Darlehensvertrag wirksam verpflichtet hat, sich der sofortigen Zwangsvollstreckung in sein gesamtes Vermögen zu unterwerfen, aus der Nichterfüllung dieser Verpflichtung keine Vorteile ziehen (§ 242 BGB). Ist die Unterwerfungserklärung nicht durch ihn selbst, sondern durch einen Vertreter ohne Vertretungsmacht abgegeben worden, kann er sich daher gegenüber der kreditgebenden Bank auf die Unwirksamkeit der Erklärung nicht berufen. Dies gilt auch in Fällen, in denen die Abgabe der Unterwerfungserklärung - wie hier - durch eine Treuhänderin erfolgt ist, deren Vollmacht aufgrund eines - im vorliegenden Revisionsverfahren zu unterstellenden - Verstoßes gegen das Rechtsberatungsgesetz gem. § 134 BGB nichtig ist (Senatsurteile vom 21. Juni 2005 . XI ZR 88/04, WM 2005, 1520, 1521 f., vom 27. September 2005 . XI ZR 79/04, BKR 2005, 501, 505, vom 28. März 2006 . XI ZR 239/04, WM 2006, 853, Tz. 22 und vom 17. Oktober 2006 . XI ZR 19/05, WM 2007, 62, Tz. 18, jeweils m.w.N.).

[14] Muss der Darlehensnehmer - wie hier - nach dem Inhalt des Darlehensvertrages ein selbständiges Schuldversprechen mit einer Vollstreckungsunterwerfung als die Grundschuld verstärkende Sicherheit abgeben, ist es ihm jedoch nur dann nach dem Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) verwehrt, sich auf die Nichtigkeit der Vollstreckungsunterwerfung zu berufen, wenn er an den Kreditvertrag gebunden und zur Rückzahlung der Darlehensvaluta verpflichtet ist (vgl. Senatsurteile vom 15. März 2005 . XI ZR 135/04, WM 2005, 828, 830, vom 21. Juni 2005 . XI ZR 88/04, WM 2005, 1520, 1521 f. und vom 27. September 2005 . XI ZR 79/04, BKR 2005, 501, 505, jeweils m.w.N.).

[15] Dies ist vorliegend der Fall. Entgegen der Rechtsansicht der Revision steht der Beklagten ein Anspruch auf Rückzahlung des wegen Zahlungseinstellung der Kläger wirksam gekündigten Darlehens zu. Insbesondere haben die Kläger die Valuta im Sinne von § 607

Abs. 1 BGB aF empfangen.

II. Vollstreckungsabwehrklage gem. § 767 ZPO

[18] Das Berufungsgericht ist ferner zutreffend davon ausgegangen, dass die Beklagte ungeachtet einer etwaigen Verjährung ihres Darlehensrückzahlungsanspruches nach § 195 BGB weiter aus dem abstrakten Schuldversprechen in das gesamte Vermögen der Kläger vollstrecken kann. Die Verjährung des Darlehensrückzahlungsanspruches steht einer Vollstreckung aus dem abstrakten Schuldversprechen der Kläger gem. § 216 Abs. 2 Satz 1 BGB analog nicht entgegen, weil dieses danach nicht gem. § 812 Abs. 2 BGB herausverlangt werden kann.

a) Anwendbarkeit des § 216 II BGB bisher nicht höchstrichterlich geklärt

[19] Mit der Frage, ob der Gläubiger aus einem notariellen Schuldanerkennnis oder Schuldversprechen mit Vollstreckungsunterwerfung nach der Wertung des im Rahmen der Schuldrechtsmodernisierung normierten § 216 Abs. 2 Satz 1 BGB auch noch nach Verjährung des zugrunde liegenden Darlehensrückzahlungsanspruches gegen den Schuldner vorgehen kann, war der Bundesgerichtshof noch nicht befasst (offen gelassen im Senatsurteil vom 19. Dezember 2006 . XI ZR 113/06, WM 2007, 588, Tz. 16). In der instanzgerichtlichen Rechtsprechung und in der Literatur wird die Frage nahezu einhellig bejaht (siehe OLG Frankfurt am Main, WM 2007, 2196, 2197 f.; Palandt/Heinrichs, BGB, 68. Aufl., § 216 Rn. 3; Cartano/Edelmann, WM 2004, 775, 779; Hohmann, WM 2004, 757, 763 f.; Kreikenbohm/Niederstetter, WM 2008, 718, 719 f.; aA OLG Brandenburg, OLGR Brandenburg 2009, 629, 631; Grothe, WuB IV A § 214 BGB 1.06).

b) Analoge Anwendung des § 216 II BGB

[20] Der erkennende Senat hält die herrschende Ansicht für zutreffend.

[21] Allerdings kommt eine unmittelbare Anwendung des § 216 Abs. 2 Satz 1 BGB nicht in Betracht (aA Staudinger/Marburger, aaO). Zwar handelt es sich bei einem notariell beurkundeten Schuldversprechen gem. § 780 BGB um ein "Recht" des Versprechensempfängers im Sinne von § 216 Abs. 2 Satz 1 BGB. Einer direkten Anwendung der Vorschrift steht aber entgegen, dass der Gesetzgeber (siehe BT-Drucks. 14/6040, S. 122 f.) mit ihr nur dinglich gesicherte Ansprüche erfassen wollte. Folgerichtig handelt es sich bei den in § 216 BGB ausdrücklich geregelten Sicherungsrechten ausschließlich um dingliche Rechte. Der Gesetzgeber hat daher insoweit offenbar den in der Neufassung des Verjährungsrechts weitgehend übernommenen § 223 BGB aF, der nur für dingliche Sicherheiten galt (BGHZ 138, 49, 55), nicht geändert (vgl. OLG Frankfurt am Main, WM

2007, 2196, 2197 f.).

c) Analogievoraussetzungen

aa) Planwidrige Regelungslücke

[25] Entgegen der Ansicht der Revision (vgl. auch OLG Brandenburg, OLGR Brandenburg, 2009, 629, 631) besteht eine unbeabsichtigte Regelungslücke. Das abstrakte Schuldversprechen oder Schuldanerkennnis wird, wie dargelegt, von den Regeln des § 216 Abs. 2 BGB nicht erfasst. Es gibt auch sonst keine Vorschrift, die sich mit dem Verhältnis des abstrakten Schuldversprechens als Sicherungsrecht zu der gesicherten Forderung befasst. Dazu bestand vor der Modernisierung des Schuldrechts auch kein Anlass, weil nach altem Recht die Ansprüche aus dem Darlehen und aus dem Schuldrechts auch kein Anlass, weil nach altem Recht die Ansprüche aus dem Darlehen und aus dem abstrakten Schuldversprechen bzw. Schuldanerkennnis der gleichen Verjährungsfrist von 30 Jahren (§ 195 BGB aF) unterlagen. Mit Inkrafttreten des Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts am 1. Januar 2002 hat sich dies grundlegend geändert. Während gem. § 197 Abs. 1 Nr. 4 BGB für den Anspruch aus dem notariellen Schuldversprechen weiterhin die dreißigjährige Verjährung gilt, verjährt die Darlehensrückzahlungsforderung jetzt gem. § 195 BGB grundsätzlich schon nach drei Jahren.

[26] Eine ausdrückliche Auseinandersetzung mit der Frage, ob die sich daraus ergebende Diskrepanz dadurch beseitigt werden kann, dass die Regeln des § 216 Abs. 2 Satz 1 BGB auf das abstrakte Schuldversprechen als Sicherungsrecht entsprechende Anwendung finden, hat ausweislich der Gesetzesmaterialien zur Modernisierung des Schuldrechts (vgl. BT-Drucksache 14/6040 und 14/7052) nicht stattgefunden. Es besteht auch sonst kein konkreter Anhaltspunkt, dass der Gesetzgeber mit der Fassung des § 216 Abs. 2 BGB eine abschließende und analogiefeindliche Regelung schaffen wollte (vgl. OLG Frankfurt am Main, WM 2007, 2196, 2198).

bb) Vergleichbare Interessenlage

[27] Für eine entsprechende Analogie sprechen auch Normzweck und Interessenlage.

[28] In § 216 Abs. 2 BGB geht das Gesetz davon aus, dass eine zur Sicherung der persönlichen Forderung geschaffene verdinglichte Rechtsstellung von der Verjährung nicht berührt werden soll (BT-Drucks. 14/6040, S. 122 f.). Dieser Gedanke gilt nicht nur für die Grundschuld, auf die § 216 Abs. 2 BGB unmittelbar anwendbar ist, sondern ebenso für das eigens zur Sicherung einer Forderung abgegebene abstrakte Schuldversprechen. Mit dem zusätzlichen Anspruch aus einem notariell beurkundeten Schuldversprechen soll durch die Ausweitung des Vollstreckungszugriffs

auf das gesamte Vermögen des Darlehensnehmers/Sicherungsgebers die Grundsicherduld in Form einer eigenständigen Sicherheit verstärkt werden (vgl. Senatsurteil vom 19. Dezember 2006 . XI ZR 113/06, WM 2007, 588, Tz. 14 m.w.N.). Zudem ist das abstrakte Schuldversprechen, ebenso wie die Grundsicherduld, mit der Zweckerklärung zur Grundsicherduldbestellung verbunden. Die Verknüpfung hat den Sinn, dass die Geltendmachung des abstrakten Schuldversprechens nicht willkürlich, sondern nur unter den Voraussetzungen erfolgen darf, die auch für die Grundsicherduld vorgesehen sind. Durch die Verbindung des abstrakten Schuldversprechens mit der Zweckerklärung wird dieses nicht an die Darlehensforderung gebunden, sondern - im Hinblick auf den Sicherungsfall und dessen Eintritt - an die Grundsicherduld (Hohmann, WM 2004, 757, 763). Dieser Umstand gebietet es, die Grundsicherduld und das abstrakte Schuldversprechen verjährungsrechtlich gleich zu behandeln. Nur der dauerhafte Wegfall des berechtigten Sicherungsinteresses des Sicherungsnehmers, der diesen auch zu einer Rückgewähr der Grundsicherduld verpflichten wurde, darf zu einer Kondiktion gem. § 812 Abs. 2 BGB auch des abstrakten Schuldversprechens führen (Senat, BGHZ 177, 345, Tz. 21).

[29] Hiergegen spricht - entgegen der Rechtsansicht der Revision - auch nicht, dass nach dem vorliegenden Schuldversprechen die Beklagte berechtigt sein soll, die Kläger für den Grundsicherduldbetrag "unabhängig vom Bestand der Grundsicherduld in Anspruch" zu nehmen. In dieser Formulierung kommt lediglich zum

Ausdruck, dass es sich bei dem abstrakten Schuldversprechen um eine von dem Ursprungsschuldverhältnis losgelöste selbstständige Verpflichtung handelt, deren Zweck gerade die aufgrund der notariellen Beurkundung gem. § 197 Abs. 1 Nr. 4 BGB gegebene dreißigjährige Verjährungsfrist voraussetzt. Überhaupt wollen die Parteien häufig gerade der Gefahr der kurzen Verjährung mit dem abstrakten Schuldversprechen vorbeugen (RGZ 75, 4, 7). Auch damit wäre es bei wertungsgerechter Betrachtung nicht zu vereinbaren, wenn der Gläubiger wegen Verjährung der zugrunde liegenden Forderung nicht aus dem unverjährten abstrakten Schuldversprechen gegen den Schuldner vorgehen konnte (vgl. Hohmann, WM 2004, 757, 763).

[30] Aus der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 28. Januar 1998 (BGHZ 138, 49, 53 ff.), nach der § 223 Abs. 1 BGB aF ausschließlich für dingliche Sicherheiten und somit nicht für eine Bürgschaft gilt, ergibt sich nichts anderes. Zum einen befasst sich das Urteil lediglich mit § 223 Abs. 1 BGB aF, der im Wortlaut § 216 Abs. 1 BGB gleicht. Vor allem aber ist für die Bürgschaft ausdrücklich bestimmt, dass der Bürge sich auf die Verjährung der Hauptforderung berufen kann (§ 768 BGB). Der damit zum Ausdruck kommende Grundsatz der Akzessorietät der Bürgschaft besteht bei dem im Zusammenhang mit einer Grundsicherduldbestellung abgegebenen notariell beurkundeten abstrakten Schuldversprechen nicht. Eine Parallele zur Bürgschaft lässt sich daher nicht ziehen (vgl. OLG Frankfurt am Main, WM 2007, 2196, 2198).

Standort: § 622 II 2 BGB

Problem: EG-Rechtswidrigkeit

EUGH, URTEIL VOM 19.01.2010
C 555/07 (NZA 2010, 85)

Problemdarstellung:

Das Landesarbeitsgericht Düsseldorf hatte dem EuGH die Frage nach der Vereinbarkeit von § 622 II 2 BGB mit EG-Recht vorgelegt.

Die Kl. war seit ihrem 18. Lebensjahr bei der Bekl. beschäftigt. Im Dezember 2006 kündigte die Bekl. das Arbeitsverhältnis der mittlerweile 28-jährigen Kl. mit einer Frist von einem Monat zum Monatsende. Zwar war die Kl. zu diesem Zeitpunkt seit insgesamt zehn Jahren bei der Bekl. beschäftigt, doch bleiben gem. § 622 II 2 BGB die Zeiten unberücksichtigt, die vor der Vollendung des 25. Lebensjahres liegen. Die Bekl. legte für die Kündigungsfrist daher eine Beschäftigungszeit von drei Jahren zugrunde.

Prüfungsrelevanz:

Die Entscheidung des EuGH ist in zweifacher Hinsicht relevant: Zunächst stellt sie die Unvereinbarkeit des §

622 II 2 BGB mit EG-Recht fest. Dies war jedoch zu erwarten und wurde im arbeitsrechtlichen Schrifttum zuletzt kaum noch kontrovers diskutiert (vgl. ErfK/Müller-Glöge, § 622 BGB Rn. 9). Zum anderen äußert sich der EuGH zur Frage, wann die nationalen Gerichte eine Vorabentscheidung im Wege des Art. 267 II AEUV (früher Art. 234 EGV) einholen müssen und wann sie die Norm aus eigenem Ermessen unangewendet lassen können.

Maßstab für die Beurteilung des § 622 II 2 BGB ist die Richtlinie 2000/78/EG, die es den Mitgliedsstaaten u.a. aufgegeben hatte, Diskriminierungen wegen Alters zu unterbinden (Art. 1 I; Art. 2 I, II; Art. 3 I lit. c)). Art. 6 I erlaubt den Mitgliedsstaaten jedoch eine Ungleichbehandlung an das Alter zu knüpfen, wenn entsprechende Maßnahmen durch beschäftigungspolitische Ziele gerechtfertigt und die Maßnahmen zur Erreichung dieser Ziele angemessen und erforderlich sind. In Deutschland sind die Vorgaben der Richtlinie insbesondere im Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz umgesetzt worden (vgl. hierzu BAG RA 2010, 47).

§ 622 II 2 BGB legt die Kündigungsfristen für Arbeit-

nehmer stufenweise je nach der Dauer der Betriebszugehörigkeit fest, wobei jedoch nur die Beschäftigungszeiten nach dem 25. Lebensjahr berücksichtigt werden. Die Regelung enthält also eine Ungleichbehandlung, die an das Alter anknüpft. Eine i.S.v. Art. 6 I erlaubte Ungleichbehandlung stellt sie jedoch nicht dar. § 622 II 2 BGB liegt die Vorstellung zugrunde, dass jüngeren Arbeitnehmer der Verlust des Arbeitsplatzes eher zuzumuten sei als älteren Arbeitnehmern, da ihnen eine höhere persönliche und berufliche Mobilität zukommen soll. Ziel der Regelung ist es demnach, die personalwirtschaftliche Flexibilität des Arbeitgebers zu erhöhen. Zur Erreichung dieses Ziels ist die Vorschrift aber nicht geeignet, da sie unabhängig vom jeweiligen Alter sämtliche Arbeitnehmer erfasst, die vor Vollendung des 25. Lebensjahres in den Betrieb eingetreten sind.

Interessant sind im weiteren die Ausführungen des EuGH zur Kompetenz der nationalen Gerichte. Während das LAG Düsseldorf dem EuGH die Frage nach der Vereinbarkeit des § 622 II 2 BGB vorgelegt hatte, hatte z.B. das LAG Berlin-Brandenburg (DB 2007, 2542) in einem gleich gelagerten Fall die Regelung aus eigenem Ermessen nicht angewendet. Entscheidend ist die Qualität des EG-Rechts, das sich zur nationalen Regelung in Kollision setzt. Handelt es sich um Primärrecht (insb. AEUV) gilt der Anwendungsvorrang des EG-Rechts (*Arndt*, Europarecht, S 132 f.); handelt es sich dagegen um eine Richtlinie i.S.d. Art. 288 III AEUV – also um Sekundärrecht – gilt zunächst das nationale Recht. Denn Richtlinien entfalten vor ihrer Umsetzung in nationales Rechte regelmäßig keine Wirkung zwischen den Betroffenen. Sofern auch eine richtlinienkonforme Auslegung der nationalen Regelung nicht möglich ist, müssen die Gerichte den EuGH um eine Vorabentscheidung ersuchen. Einer solchen Auslegung war § 622 II 2 BGB aufgrund seines klaren, nicht interpretationsfähigen Wortlauts nicht zugänglich.

Das Verbot der Diskriminierung wegen Alters ist aber ein allgemeiner Grundsatz des EG-Rechts. Dieser findet sich daher nicht nur in der Richtlinie 2000/78/EG, sondern auch in Art. 21 I der EU-Grundrechtecharta, der seit dem Vertrag von Lissabon die gleiche primärrechtliche Wirkung wie den Verträgen zukommt. Außerdem hat der EuGH den Grundsatz des Verbots der Altersdiskriminierung ausführlich im sog. *Mangold*-Urteil (NJW 2005, 3695) entwickelt. Die Richtlinie konkretisiert den Grundsatz demnach nur; er hat jedoch primärrechtlichen Charakter. Folglich dürfen bzw. durften die nationalen Gerichte § 622 II 2 BGB auch ohne Vorabentscheidung unangewendet lassen.

Vertiefungshinweise:

Zum Verbot der Altersdiskriminierung: EuGH NJW 2005, 3695 „Mangold“; BAG NZA

2008: 405; *Bauer/Bouchouaf*, NVwZ 2006, 538; *von Medem*, NZA 2009, 1072

Zur Wirkung der Grundrechtecharta im Arbeitsrecht: *Hanau*, NZA 2010, 1

Zum Schutz vor diskriminierenden Kündigungen: *Adomeit/Mohr*, NJW 2009, 2255

Kursprogramm:

Examenskurs: “Die überflüssige Frieda”

Examenskurs: “Internet ist gar nicht nett”

Leitsätze:

1. Das Unionsrecht, insbesondere das Verbot der Diskriminierung wegen des Alters in seiner Konkretisierung durch die Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, ist dahin auszulegen, dass es einer Regelung wie der im Ausgangsverfahren fraglichen entgegensteht, nach der vor Vollendung des 25. Lebensjahrs liegende Beschäftigungszeiten des Arbeitnehmers bei der Berechnung der Kündigungsfrist nicht berücksichtigt werden.

2. Es obliegt dem nationalen Gericht, in einem Rechtsstreit zwischen Privaten die Beachtung des Verbots der Diskriminierung wegen des Alters in seiner Konkretisierung durch die Richtlinie 2000/78 sicherzustellen, indem es erforderlichenfalls entgegenstehende Vorschriften des innerstaatlichen Rechts unangewendet lässt, unabhängig davon, ob es von seiner Befugnis Gebrauch macht, in den Fällen des Art. 267 Abs. 2 AEUV den Gerichtshof der Europäischen Union im Wege der Vorabentscheidung um Auslegung dieses Verbots zu ersuchen.

Sachverhalt:

Frau Küçükdeveci wurde am 12. Februar 1978 geboren. Sie war seit dem 4. Juni 1996, somit seit ihrem vollendeten 18. Lebensjahr, bei Swedex beschäftigt. Mit Schreiben vom 19. Dezember 2006 erklärte Swedex unter Berücksichtigung der gesetzlichen Frist die Kündigung zum 31. Januar 2007. Der Arbeitgeber berechnete die Kündigungsfrist unter Zugrundelegung einer Beschäftigungsdauer von drei Jahren, obwohl die Arbeitnehmerin seit zehn Jahren bei ihm beschäftigt war. Frau Küçükdeveci focht die Kündigung vor dem Arbeitsgericht Mönchengladbach an. Sie machte geltend, dass nach § 622 Abs. 2 Unterabs. 1 Nr. 4 BGB eine viermonatige Kündigungsfrist vom 31. Dezember 2006 bis zum 30. April 2007 hätte eingehalten werden müssen. Diese Frist entspreche einer zehnjährigen Betriebszugehörigkeit. In diesem Rechtsstreit stehen sich also zwei Private gegenüber,

nämlich Frau Küçükdeveci einerseits und Swedex andererseits.

Nach Auffassung von Frau Küçükdeveci stellt § 622 Abs. 2 Unterabs. 2 BGB, soweit danach vor Vollendung des 25. Lebensjahrs liegende Betriebszugehörigkeitszeiten bei der Berechnung der Kündigungsfrist unberücksichtigt blieben, eine gegen das Unionsrecht verstößende Diskriminierung wegen des Alters dar, so dass er unangewendet bleiben müsse.

Das Landesarbeitsgericht Düsseldorf als Berufungsgericht hat beschlossen, dem Gerichtshof folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorzulegen:

1.a) Verstößt eine nationale Gesetzesregelung, nach der sich die vom Arbeitgeber einzuhaltenden Kündigungsfristen mit zunehmender Dauer der Beschäftigung stufenweise verlängern, jedoch hierbei vor Vollendung des 25. Lebensjahrs liegende Beschäftigungszeiten des Arbeitnehmers unberücksichtigt bleiben, gegen das gemeinschaftsrechtliche Verbot der Altersdiskriminierung, namentlich gegen Primärrecht der Gemeinschaft oder gegen die Richtlinie 2000/78?

b) Kann ein Rechtfertigungsgrund dafür, dass der Arbeitgeber bei der Kündigung von jüngeren Arbeitnehmern nur eine Grundkündigungsfrist einzuhalten hat, darin gesehen werden, dass dem Arbeitgeber ein – durch längere Kündigungsfristen beeinträchtigtes – betriebliches Interesse an personalwirtschaftlicher Flexibilität zugestanden wird und jüngeren Arbeitnehmern nicht der (durch längere Kündigungsfristen den älteren Arbeitnehmern vermittelte) Bestands- und Dispositionsschutz zugestanden wird, z. B. weil ihnen im Hinblick auf ihr Alter und/oder geringere soziale, familiäre und private Verpflichtungen eine höhere berufliche und persönliche Flexibilität und Mobilität zugemutet wird?

2. Wenn die Frage zu 1a bejaht und die Frage zu 1b verneint wird:

Hat das Gericht eines Mitgliedstaats in einem Rechtsstreit unter Privaten die dem Gemeinschaftsrecht explizit entgegenstehende Gesetzesregelung unangewendet zu lassen, oder ist dem Vertrauen, das die Normunterworfenen in die Anwendung geltender innerstaatlicher Gesetze setzen, dahin gehend Rechnung zu tragen, dass die Unanwendbarkeitsfolge erst nach Vorliegen einer Entscheidung des Gerichtshofs über die inkriminierte oder eine im Wesentlichen ähnliche Regelung eintritt?

Aus den Gründen:

I. Zur ersten Vorlagefrage

1. Beurteilungsmaßstab: Primärrecht

[18] Um diese Frage beantworten zu können, ist vorab, wie auch das vorlegende Gericht anregt, festzustellen, ob sie anhand des Primärrechts der Union

oder anhand der Richtlinie 2000/78 zu prüfen ist.

[19] Insoweit ist darauf hinzuweisen, dass der Rat der Europäischen Union – gestützt auf Art. 13 EG – die Richtlinie 2000/78 erlassen hat, die, wie der Gerichtshof entschieden hat, selbst nicht den Grundsatz der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, der seinen Ursprung in verschiedenen völkerrechtlichen Verträgen und den gemeinsamen Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten hat, niederlegt, sondern lediglich einen allgemeinen Rahmen zur Bekämpfung verschiedener Formen der Diskriminierung in diesen Bereichen, u. a. wegen des Alters, schaffen soll (vgl. Urteil Mangold, Randnr. 74).

[21] Der Gerichtshof hat in diesem Zusammenhang anerkannt, dass ein Verbot der Diskriminierung wegen des Alters besteht, das als ein allgemeiner Grundsatz des Unionsrechts anzusehen ist (vgl. Urteil Mangold, Randnr. 75). Die Richtlinie 2000/78 konkretisiert diesen Grundsatz (vgl. entsprechend Urteil vom 8. April 1976, Defrenne, 43/75, Slg. 1976, 455, Randnr. 54).

[22] Zudem ist auf Art. 6 Abs. 1 EUV hinzuweisen, wonach die Charta der Grundrechte der Europäischen Union und die Verträge rechtlich gleichrangig sind. Nach Art. 21 Abs. 1 dieser Charta sind „Diskriminierungen insbesondere wegen ... des Alters“ verboten.

[23] Das Verbot der Diskriminierung wegen des Alters gilt in einem Fall wie dem des Ausgangsverfahrens aber nur dann, wenn dieser in den Anwendungsbereich des Unionsrechts fällt.

[24] Anders als in der Rechtssache, in der das Urteil vom 23. September 2008, Bartsch (C 427/06, Slg. 2008, I 7245), ergangen ist, ist es zu dem auf der fraglichen nationalen Regelung beruhenden, vermeintlich diskriminierenden Verhalten im Ausgangsverfahren nach Ablauf der dem betreffenden Mitgliedstaat gesetzten Frist zur Umsetzung der Richtlinie 2000/78, die für die Bundesrepublik Deutschland am 2. Dezember 2006 endete, gekommen.

[25] Zu diesem Zeitpunkt hat diese Richtlinie bewirkt, dass die im Ausgangsverfahren fragliche Regelung, die einen von der Richtlinie geregelten Bereich erfasst, nämlich die Entlassungsbedingungen, in den Anwendungsbereich des Unionsrechts fällt.

[26] Eine nationale Bestimmung wie § 622 Abs. 2 Unterabs. 2 BGB berührt nämlich dadurch, dass sie bestimmt, dass die vor Vollendung des 25. Lebensjahrs zurückgelegten Beschäftigungszeiten des Arbeitnehmers bei der Berechnung der Kündigungsfrist unberücksichtigt bleiben, die Bedingungen der Entlassung von Arbeitnehmern. Mit einer derartigen Regelung werden demnach Bestimmungen über Entlassungsbedingungen aufgestellt.

[27] Daraus folgt, dass die Frage, ob das Unionsrecht einer nationalen Regelung wie der im Ausgangsverfahren fraglichen entgegensteht, auf der Grundlage des jede Diskriminierung wegen des Alters verbietenden

allgemeinen Grundsatzes des Unionsrechts, wie er in der Richtlinie 2000/78 konkretisiert ist, zu prüfen ist.

2. Ungleichbehandlung wegen Alters

[28] Was zweitens die Frage betrifft, ob die im Ausgangsverfahren in Rede stehende Regelung eine Ungleichbehandlung wegen des Alters enthält, so bedeutet nach Art. 2 Abs. 1 der Richtlinie 2000/78 „Gleichbehandlungsgrundsatz“ im Sinne dieser Richtlinie, dass es keine unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung wegen eines der in Art. 1 der Richtlinie genannten Gründe geben darf. Art. 2 Abs. 2 Buchst. a der Richtlinie stellt klar, dass eine unmittelbare Diskriminierung im Sinne des Abs. 1 vorliegt, wenn eine Person wegen eines der in Art. 1 der Richtlinie genannten Gründe in einer vergleichbaren Situation eine weniger günstige Behandlung erfährt, als eine andere Person erfährt, erfahren hat oder erfahren würde (vgl. Urteile vom 16. Oktober 2007, *Palacios de la Villa*, C 411/05, Slg. 2007, I 8531, Randnr. 50, und vom 5. März 2009, *Age Concern England*, C 388/07, noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht, Randnr. 33).

[29] Im vorliegenden Fall sieht § 622 Abs. 2 Unterabs. 2 BGB eine weniger günstige Behandlung für Arbeitnehmer vor, die ihre Beschäftigung bei dem Arbeitgeber vor Vollendung des 25. Lebensjahrs aufgenommen haben. Diese nationale Regelung behandelt somit Personen, die die gleiche Betriebszugehörigkeitsdauer aufweisen, unterschiedlich, je nachdem, in welchem Alter sie in den Betrieb eingetreten sind.

[30] Bei zwei Arbeitnehmern, die beide 20 Jahre Betriebszugehörigkeit aufweisen, gilt für den einen, der mit 18 Jahren in den Betrieb eingetreten ist, eine Kündigungsfrist von fünf Monaten, während für den anderen, der mit 25 Jahren eingetreten ist, eine Frist von sieben Monaten gilt. Darüber hinaus benachteiligt die im Ausgangsverfahren fragliche nationale Regelung, wie der Generalanwalt in Nr. 36 seiner Schlussanträge ausgeführt hat, generell junge Arbeitnehmer gegenüber älteren Arbeitnehmern, da Erstere, wie der Fall der Klägerin des Ausgangsverfahrens zeigt, trotz einer mehrjährigen Betriebszugehörigkeit von der Vergünstigung der stufenweisen Verlängerung der Kündigungsfristen entsprechend der zunehmenden Beschäftigungsdauer ausgeschlossen werden können, während sie älteren Arbeitnehmern mit vergleichbarer Beschäftigungsdauer zugutekommt.

[31] Die fragliche nationale Regelung enthält folglich eine Ungleichbehandlung, die auf dem Kriterium des Alters beruht.

3. Diskriminierung oder gem. Art. 6 Abs. 1 RL 2000/78/EG erlaubte Ungleichbehandlung?

[32] Drittens ist zu prüfen, ob diese Ungleichbehandlung eine Diskriminierung darstellen kann, die durch

das mit der Richtlinie 2000/78 konkretisierte Verbot der Diskriminierung wegen des Alters untersagt ist.

[33] Nach Art. 6 Abs. 1 Unterabs. 1 der Richtlinie 2000/78 stellt eine Ungleichbehandlung wegen des Alters keine Diskriminierung dar, sofern sie objektiv und angemessen ist und im Rahmen des nationalen Rechts durch ein legitimes Ziel, worunter insbesondere rechtmäßige Ziele aus den Bereichen Beschäftigungspolitik, Arbeitsmarkt und berufliche Bildung zu verstehen sind, gerechtfertigt ist und die Mittel zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich sind.

[34] Nach den Angaben des vorlegenden Gerichts und den Erläuterungen der deutschen Regierung in der mündlichen Verhandlung geht § 622 BGB auf ein Gesetz von 1926 zurück. Die Festlegung der Schwelle von 25 Jahren in diesem Gesetz sei das Ergebnis eines Kompromisses zwischen der damaligen Regierung, die eine einheitliche Verlängerung der Kündigungsfrist für Arbeitnehmer über 40 Jahren um drei Monate gewünscht habe, den Befürwortern einer stufenweisen Verlängerung dieser Frist für alle Arbeitnehmer und den Befürwortern einer stufenweisen Verlängerung der Kündigungsfrist ohne Berücksichtigung der Beschäftigungsdauer; Ziel dieser Regel sei es, die Arbeitgeber von den Belastungen durch die längeren Kündigungsfristen teilweise freizustellen, nämlich bei Arbeitnehmern unter 25 Jahren.

[35] Dem vorlegenden Gericht zufolge spiegelt § 622 Abs. 2 Unterabs. 2 BGB die Einschätzung des Gesetzgebers wider, dass es jüngeren Arbeitnehmern regelmäßig leichter falle und schneller gelinge, auf den Verlust ihres Arbeitsplatzes zu reagieren, und dass ihnen größere Flexibilität zugemutet werden könne. Schließlich erleichterten kürzere Kündigungsfristen für jüngere Arbeitnehmer deren Einstellung, indem sie die personalwirtschaftliche Flexibilität erhöhten.

[36] Ziele wie die von der deutschen Regierung und dem vorlegenden Gericht genannten gehören zur Beschäftigungs- und Arbeitsmarktpolitik im Sinne des Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie 2000/78.

[37] Nach dieser Bestimmung ist aber weiter zu prüfen, ob die zur Erreichung eines solchen legitimen Ziels eingesetzten Mittel „angemessen und erforderlich“ sind.

[38] Insoweit ist darauf hinzuweisen, dass die Mitgliedstaaten über einen weiten Ermessensspielraum bei der Wahl der Maßnahmen zur Erreichung ihrer Ziele im Bereich der Arbeits- und Sozialpolitik verfügen (vgl. Urteile *Mangold*, Randnr. 63, und *Palacios de la Villa*, Randnr. 68).

[39] Das vorliegende Gericht führt aus, dass das Ziel der im Ausgangsverfahren fraglichen nationalen Regelung darin bestehe, dem Arbeitgeber eine größere personalwirtschaftliche Flexibilität zu verschaffen, indem seine Belastung im Zusammenhang mit der Entlassung

jüngerer Arbeitnehmer verringert werde, denen eine größere berufliche und persönliche Mobilität zugemutet werden könne.

[40] Diese Regelung ist jedoch keine im Hinblick auf die Erreichung dieses Ziels angemessene Maßnahme, weil sie für alle Arbeitnehmer, die vor Vollendung des 25. Lebensjahrs in den Betrieb eingetreten sind, unabhängig davon gilt, wie alt sie zum Zeitpunkt ihrer Entlassung sind.

[41] Was das vom Gesetzgeber mit dem Erlass der im Ausgangsverfahren fraglichen nationalen Regelung verfolgte und von der deutschen Regierung angeführte Ziel betrifft, den Schutz der Arbeitnehmer entsprechend der Dauer der Betriebszugehörigkeit zu verstärken, so verzögert sich die Verlängerung der Kündigungsfrist entsprechend der Beschäftigungsdauer des Arbeitnehmers nach dieser Regelung für einen Arbeitnehmer, der vor Vollendung des 25. Lebensjahrs in den Betrieb eingetreten ist, selbst wenn der Betroffene bei seiner Entlassung eine lange Betriebszugehörigkeit aufweist. Diese Regelung kann daher nicht als zur Erreichung des behaupteten Ziels geeignet angesehen werden.

[42] Ferner berührt die im Ausgangsverfahren fragliche nationale Regelung, wie das vorlegende Gericht ausführt, junge Arbeitnehmer ungleich, weil sie diejenigen jungen Menschen trifft, die ohne oder nach nur kurzer Berufsausbildung früh eine Arbeitstätigkeit aufnehmen, nicht aber die, die nach langer Ausbildung später in den Beruf eintreten.

[43] Nach alledem ist auf die erste Frage zu antworten, dass das Unionsrecht, insbesondere das Verbot der Diskriminierung wegen des Alters in seiner Konkretisierung durch die Richtlinie 2000/78, dahin auszulegen ist, dass es einer Regelung wie der im Ausgangsverfahren fraglichen entgegensteht, nach der vor Vollendung des 25. Lebensjahrs liegende Beschäftigungszeiten des Arbeitnehmers bei der Berechnung der Kündigungsfrist nicht berücksichtigt werden.

II. Zur zweiten Vorlagefrage

1. Keine richtlinienkonforme Auslegung von § 622 II 2 BGB möglich

[45] Was erstens die Rolle des nationalen Gerichts betrifft, das über einen Rechtsstreit zwischen Privaten zu entscheiden hat, in dem sich zeigt, dass die fragliche nationale Regelung gegen das Unionsrecht verstößt, hat der Gerichtshof entschieden, dass es den nationalen Gerichten obliegt, den Rechtsschutz sicherzustellen, der sich für den Einzelnen aus den unionsrechtlichen Bestimmungen ergibt, und deren volle Wirkung zu gewährleisten (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 5. Oktober 2004, Pfeiffer u. a., C 397/01 bis C 403/01, Slg. 2004, I 8835, Randnr. 111, und vom 15. April 2008, Impact, C 268/06, Slg. 2008, I 2483,

Randnr. 42).

[46] Zu Rechtsstreitigkeiten zwischen Privaten hat der Gerichtshof in ständiger Rechtsprechung entschieden, dass eine Richtlinie nicht selbst Verpflichtungen für einen Einzelnen begründen kann, so dass ihm gegenüber eine Berufung auf die Richtlinie als solche nicht möglich ist (vgl. insbesondere Urteile vom 26. Februar 1986, Marshall, 152/84, Slg. 1986, 723, Randnr. 48, vom 14. Juli 1994, Faccini Dori, C 91/92, Slg. 1994, I 3325, Randnr. 20, sowie Pfeiffer u. a., Randnr. 108).

[47] Jedoch obliegen die sich aus einer Richtlinie ergebende Verpflichtung der Mitgliedstaaten, das in dieser Richtlinie vorgesehene Ziel zu erreichen, und deren Pflicht, alle zur Erfüllung dieser Verpflichtung geeigneten Maßnahmen allgemeiner oder besonderer Art zu treffen, allen Trägern öffentlicher Gewalt der Mitgliedstaaten und damit im Rahmen ihrer Zuständigkeiten auch den Gerichten (vgl. in diesem Sinne u. a. Urteile vom 10. April 1984, von Colson und Kamann, 14/83, Slg. 1984, 1891, Randnr. 26, vom 13. November 1990, Marleasing, C 106/89, Slg. 1990, I 4135, Randnr. 8, Faccini Dori, Randnr. 26, vom 18. Dezember 1997, Inter-Environnement Wallonie, C 129/96, Slg. 1997, I 7411, Randnr. 40, Pfeiffer u. a., Randnr. 110, sowie vom 23. April 2009, Angelidaki u. a., C 378/07 bis C 380/07, noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht, Randnr. 106).

[48] Folglich muss ein nationales Gericht, das bei der Anwendung des nationalen Rechts dieses Recht ausulegen hat, seine Auslegung so weit wie möglich am Wortlaut und Zweck dieser Richtlinie ausrichten, um das in ihr festgelegte Ergebnis zu erreichen und so Art. 288 Abs. 3 AEUV nachzukommen (vgl. in diesem Sinne Urteile von Colson und Kamann, Randnr. 26; Marleasing, Randnr. 8, Faccini Dori, Randnr. 26, und Pfeiffer u. a., Randnr. 113). Das Gebot einer unionsrechtskonformen Auslegung des nationalen Rechts ist dem System des Vertrags immanent, da dem nationalen Gericht dadurch ermöglicht wird, im Rahmen seiner Zuständigkeit die volle Wirksamkeit des Unionsrechts sicherzustellen, wenn es über den bei ihm anhängigen Rechtsstreit entscheidet (vgl. in diesem Sinne Urteil Pfeiffer u. a., Randnr. 114).

[49] Dem vorlegenden Gericht zufolge ist § 622 Abs. 2 Unterabs. 2 BGB jedoch wegen seiner Klarheit und Eindeutigkeit einer der Richtlinie 2000/78 konformen Auslegung nicht zugänglich.

[50] Insoweit ist zum einen zu beachten, dass der Grundsatz der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, wie in Randnr. 20 des vorliegenden Urteils ausgeführt, in der Richtlinie 2000/78 nicht verankert ist, sondern dort nur konkretisiert wird, und zum anderen, dass das Verbot der Diskriminierung wegen des Alters ein allgemeiner Grundsatz des Unionsrechts ist, da er eine spezifische Anwendung des allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatzes darstellt (vgl. in die-

sem Sinne Urteil Mangold, Randnrn. 74 bis 76).

[51] Es obliegt daher dem nationalen Gericht, bei dem ein Rechtsstreit über das Verbot der Diskriminierung wegen des Alters in seiner Konkretisierung durch die Richtlinie 2000/78 anhängig ist, im Rahmen seiner Zuständigkeiten den rechtlichen Schutz, der sich für den Einzelnen aus dem Unionsrecht ergibt, sicherzustellen und die volle Wirksamkeit des Unionsrechts zu gewährleisten, indem es erforderlichenfalls jede diesem Verbot entgegenstehende Bestimmung des nationalen Rechts unangewendet lässt (vgl. in diesem Sinne Urteil Mangold, Randnr. 77).

2. Keine Vorlageverpflichtung

[52] Was zweitens die Frage der Verpflichtung des nationalen Gerichts angeht, in einem Rechtsstreit zwischen Privaten den Gerichtshof um Vorabentscheidung über die Auslegung des Unionsrechts zu ersuchen, bevor es eine nationale Vorschrift, die es für unionsrechtswidrig hält, unangewendet lassen kann, so ergibt sich aus der Vorlageentscheidung, dass dieser Aspekt der Frage darin begründet liegt, dass das vorliegende Gericht nach nationalem Recht eine geltende Bestimmung dieses Rechts nur dann unangewendet lassen darf, wenn diese Bestimmung zuvor vom Bundesverfassungsgericht für verfassungswidrig erklärt wurde.

[53] Die Notwendigkeit, die volle Wirksamkeit des Verbots der Diskriminierung wegen des Alters in seiner Konkretisierung durch die Richtlinie 2000/78 zu gewährleisten, bedeutet, dass das nationale Gericht eine in den Anwendungsbereich des Unionsrechts fallende nationale Bestimmung, die es für mit diesem Verbot unvereinbar hält und die einer unionsrechtskonformen Auslegung nicht zugänglich ist, unangewendet lassen muss, ohne dass es verpflichtet oder gehindert wäre, zuvor den Gerichtshof um Vorabentscheidung zu ersuchen.

[54] Die dem nationalen Gericht mit Art. 267 Abs. 2 AEUV eingeräumte Möglichkeit, den Gerichtshof im

Wege der Vorabentscheidung um Auslegung zu ersuchen, bevor es die unionsrechtswidrige nationale Bestimmung unangewendet lässt, kann sich jedoch nicht deshalb in eine Verpflichtung verkehren, weil das nationale Recht es diesem Gericht nicht erlaubt, eine nationale Bestimmung, die es für verfassungswidrig hält, unangewendet zu lassen, wenn sie nicht zuvor vom Bundesverfassungsgericht für verfassungswidrig erklärt worden ist. Denn nach dem Grundsatz des Vorrangs des Unionsrechts, der auch dem Verbot der Diskriminierung wegen des Alters zukommt, ist eine unionsrechtswidrige nationale Regelung, die in den Anwendungsbereich des Unionsrechts fällt, unangewendet zu lassen (vgl. in diesem Sinne Urteil Mangold, Randnr. 77).

[55] Daraus folgt, dass das nationale Gericht in einem Rechtsstreit zwischen Privaten nicht verpflichtet, aber berechtigt ist, den Gerichtshof um eine Vorabentscheidung über die Auslegung des Verbots der Diskriminierung wegen des Alters in seiner Konkretisierung durch die Richtlinie 2000/78 zu ersuchen, bevor es eine Bestimmung des nationalen Rechts, die es für mit diesem Verbot unvereinbar hält, unangewendet lässt. Der fakultative Charakter dieser Anrufung des Gerichtshofs ist unabhängig davon, unter welchen Bedingungen das nationale Gericht nach innerstaatlichem Recht eine nationale Bestimmung, die es für verfassungswidrig hält, unangewendet lassen kann.

[56] Nach alledem ist auf die zweite Frage zu antworten, dass es dem nationalen Gericht obliegt, in einem Rechtsstreit zwischen Privaten die Beachtung des Verbots der Diskriminierung wegen des Alters in seiner Konkretisierung durch die Richtlinie 2000/78 zu gewährleisten, indem es erforderlichenfalls entgegenstehende Vorschriften des innerstaatlichen Rechts unangewendet lässt, unabhängig davon, ob es von seiner Befugnis Gebrauch macht, in den Fällen des Art. 267 Abs. 2 AEUV den Gerichtshof um eine Vorabentscheidung über die Auslegung dieses Verbots zu ersuchen.

Standort: Leasingvertrag

Problem: Kündigung und Abwicklung

OLG DÜSSELDORF, BESCHLUSS VOM 29.06.2009
I-24 U 208/08 (NJOZ 2010, 143)

Problemdarstellung:

Die Entscheidung betrifft die wechselseitigen Ansprüche des Leasinggebers und des Leasingnehmers nach erfolgter Kündigung des Leasingvertrages.

Der Bekl. hatte von der Kl. ein Fahrzeug geleast. Der Vertrag sah eine Laufzeit bis zum 31.07.2009 vor. Er enthält eine Klausel, nach der die Abwicklung eines Leasingvertrages mit Kilometer-Abrechnung durch eine Gegenüberstellung von Ablöswert und Verkaufserlös

zu erfolgen habe. Im Jahr 2007 erkrankte der Kl., so dass er ab Mai nicht mehr imstande war, die Leasingraten zu zahlen. Am 07.08.2007 kündigte die Kl. den Vertrag. Sie verlangt die Zahlung der offenen Leasingraten und Schadensersatz wegen vorzeitiger Beendigung des Vertrages. Der Bekl. gab das Fahrzeug am 14.08.2007 heraus. Hinsichtlich des Schadensersatzanspruchs bezweifelt er die Berechnungsweise der Kl.

Prüfungsrelevanz:

Der Senat fasst anschaulich zusammen, welche Ansprüche Leasinggeber (hier: Kl.) und Leasingnehmer (Bekl.)

gegenseitig zustehen, wenn der Leasingvertrag wegen unterbliebener Ratenzahlung gekündigt worden ist. Nicht thematisiert wird die Rechtsnatur des Leasings, die nach mittlerweile ganz überwiegender Ansicht den mietrechtlichen Vorschriften in §§ 535 ff. BGB zu unterstellen ist (ältere Ansichten.: Vertragstyp *sui generis*, vgl. *Lieb* DB 1988, 946 [951]; *Klaas*, NJW 1968, 1502; *Klamroth*, BB 1982, 1949 [1951]; Geschäftsbesorgungsvertrag, vgl. *Canaris*, NJW 1982, 306; Kaufvertrag, vgl. *Ebenroth*, DB 1978, 2109 [2110]; *Littmann*, DstR 1970, 261; *Plathe*, BB 1970, 601 [604]).

Die außerordentliche Kündigung eines Leasingvertrages wegen Zahlungsverzug des Leasingnehmers ist an § 543 II Nr. 3 BGB orientiert. Vorliegend war der Bekl. mit der Entrichtung der Raten für insgesamt drei aufeinanderfolgende Termine (Mai - Juli 2007) in Verzug, so dass der Kündigungsgrund des § 543 II Nr. 3 a) BGB erfüllt ist. Bezüglich des Begriffs des Verzugs ist auf § 286 BGB zurückzugreifen. Insofern war es hier unerheblich, dass der Zahlungsverzug des Bekl. auf seine Krankheit zurückzuführen war. Denn gem. § 286 IV BGB trägt er den Entlastungsbeweis, dass die Leistung infolge eines Umstands unterblieben ist, den er nicht zu vertreten hat. Der Bekl. hatte hier jedoch weder vorgetragen, inwieweit seine schwere Erkrankung ihn an der Zahlung der Raten hinderte, noch kann ihn der krankheitsbedingte Ausfall seiner Einnahmen entlasten. Denn es ist anerkannt, dass der Schuldner für die Verzögerung der Leistung auch dann verantwortlich ist, wenn sie auf mangelnder finanzieller Leistungsfähigkeit beruht (BGH NZM 2008, 807; BGH NZM 2001, 669; Palandt/Heinrichs, § 286 Rn. 39).

Der Senat führt im weiteren aus, dass der Bekl. auch für den Zeitraum zwischen der Kündigung des Leasingvertrages am 07.08. und der Rückgabe des Fahrzeugs am 14.08. zur anteiligen Entrichtung der Leasingraten verpflichtet ist. Es findet insoweit die Vorschrift des § 546 a BGB Anwendung, wonach der Mieter für die Dauer der Vorenthaltung des Gegenstandes als Entschädigung zur Entrichtung der vereinbarten oder üblichen Miete verpflichtet ist.

Hat der Leasingnehmer die Kündigung des Leasinggebers durch Zahlungsverzug veranlasst, steht dem Leasinggeber nach Ansicht des Senats ein Schadensersatzanspruch wegen vorzeitiger Beendigung gem. §§ 280 I, III; 281 BGB zu (nach anderer Ansicht handelt es sich jedoch um einen Anspruch eigener Art; vgl. Palandt/Weidenkaff, § 543 Rn. 61; Erman/Jendrek Anh. § 535 Rn. 43 und BGH NJW 1984, 2687 - siehe hierzu auch unten). Dieser ist auf den Ersatz des Amortisationsschadens und des Unternehmensgewinns gerichtet (*Otting* in: *Buschbell*, Straßenverkehrsrecht, § 40 Rn. 33). Der Leasinggeber muss sich jedoch diejenigen Vorteile anrechnen lassen, die sich aus der vorzeitigen Vertragsbeendigung ergeben - die Rechtspre-

chung nennt dies die "Abzinsung". Zu berücksichtigen ist zum einen der höhere Wert des nun jüngeren Fahrzeugs, sowie der Wegfall laufzeitabhängiger Kosten.

Beim Fahrzeugleasing gibt es für die konkrete Berechnung dieser Vorteile unterschiedliche Methoden (eine Übersicht findet sich bei: *Reinking/Kessler/Sprenger*, AutoLeasing und AutoFinanzierung, § 9 Rn. 55 ff.): Häufig wird eine sog. Kilometerabrechnung vereinbart. Der Leasinggeber hat dann einen Anspruch auf Ersatz für die entgangenen Leasingraten und auf Erstattung der Mehr- oder Minderkilometer. Andererseits kommt auch eine sog. Restwertabrechnung in Betracht, bei der die Anspruchshöhe durch Gegenüberstellung von Ablösewert und Verkaufserlös zu ermitteln ist.

Vorliegend sind beide Berechnungsmethoden per Klausel in den AGB des Leasinggebers kumuliert worden. Trotz Kilometerabrechnung - hier: Erstattung der Minderkilometer zugunsten des Bekl. - sollte eine Restwertberechnung stattfinden. Der Senat deutet an, dass es sich hierbei um eine überraschende Klausel i.S.v. § 305 c I BGB und um einen Verstoß gegen das Transparenzgebot des § 305 c II BGB handeln kann. Eine Unwirksamkeit der Klausel gem. § 307 I BGB lag i.E. jedoch nicht vor, da hier beide Berechnungsmethoden zum gleichen Ergebnis kamen.

Die Entscheidung zeigt, dass auch hinsichtlich des Schadensersatzanspruchs des Leasinggebers das Leitbild der §§ 535 ff. BGB zu beachten ist: Bei der Miete kann der Vermieter nach Kündigung gem. § 543 II Nr. 3 BGB ebenfalls bloß Schadensersatz statt der Leistung, nicht aber Erfüllung des Vertragsverhältnisses verlangen (vgl. BGHZ 95, 39). Dem trägt die Rechtsprechung insoweit Rechnung, als sie dem Leasinggeber zwar einen Schadensersatzanspruch statt der Leistung zugesteht, diesen aber im Wege der "Abzinsung" reduziert.

Ohne nähere Erläuterung geht der Senat vom Vorliegen eines Anspruchs gem. §§ 280 I, III; 281 BGB aus. Er lässt damit die Ansicht außen vor, die einen Ersatzanspruch eigener Art befürwortet (vgl. MünchKommBGB/Koch, Finanzierungsleasing Rn. 131 f. m.w.N.). Hieraus ergeben sich jedoch für die Prüfung des Schadensersatzanspruchs keine Unterschiede; die einzige Voraussetzung besteht im Zahlungsverzug des Leasingnehmers, der gem. § 543 II Nr. 3 BGB die außerordentliche Kündigung rechtfertigt. Die i.R.v. § 281 erforderliche Fristsetzung ist im Hinblick auf die fristlose Kündigungsmöglichkeit nach § 543 II Nr. 3 BGB entbehrlich. Außerdem gewähren beide Anspruchsgrundlagen einen Schadensersatzanspruch statt der Leistung erst ab dem Zugang der Kündigungserklärung und damit erst nach Zahlungsverzug des Leasingnehmers: Für den Anspruch eigener Art ist dies in der Rechtsprechung anerkannt (vgl. BGH NJW 1992, 2150.), für den Anspruch aus § 281 BGB ergibt sich dies aus § 281 IV

BGB. Denn bis zum Schadensersatzverlangen (das erst mit der Kündigung erfolgen kann) behält der Leasinggeber seinen Erfüllungsanspruch.

Ob sich mit den Ausführungen des Senats die Ansicht durchsetzen wird, dass §§ 280 I, III; 281 BGB die richtige Anspruchsgrundlage für ein Schadensersatzbegehren des Leasinggebers ist, bleibt abzuwarten.

Vertiefungshinweise:

Zur Rückabwicklung von Leasingverträgen gem. §§ 313, 346 BGB: *OLG Frankfurt*, BB 2009, 337

Zur Inhaltskontrolle beim Leasing: *BGH*, NJW 2009, 575

Zum Gewährleistungsausschluss beim Leasing: *BGH*, SVR 2006, 175

Zur Entwicklung des Leasingrechts bis einschl. 2007: *Weber*, NJW 2007, 2525

Zur Schadensberechnung bei vorzeitiger Beendigung des Leasingvertrages: *BGH*, NJW 2002, 2713;

Kursprogramm:

Examenskurs: "Hubschrauberleasing"

Leitsätze (der Redaktion):

1. Die gesetzlichen Kündigungsgründe des Mietrechts einschließlich der Entschädigungsregelung des § 546 a BGB gelten auch für einen Leasingvertrag.

2. Bei Kündigung des Leasingvertrages wegen Zahlungsverzug des Leasingnehmers (§ 543 II Nr. 3 BGB) steht dem Leasinggeber ab Zugang der Zugang der Kündigungserklärung ein Schadensersatzanspruch gem. §§ 280 I, III; 281 BGB auf Ersatz des Amortisationsschadens und des Unternehmensgewinns zu. Der Leasinggeber muss sich jedoch die Vorteile anrechnen lassen, die er durch die vorzeitige Rückgabe des Leasinggegenstandes erspart ("Abzinsung").

Sachverhalt:

Die Berufung des Bekl. richtete sich gegen seine Verurteilung zur Zahlung offener Leasingraten und von Schadensersatz wegen vorzeitiger Vertragsbeendigung. Der Senat wies darauf hin, dass er beabsichtige, die Berufung durch einstimmigen Beschluss zurückzuweisen.

Aus den Gründen:

1. Anspruch auf die rückständigen Leasingraten

[2] Die Klägerin hat gegen den Beklagten einen Anspruch auf Zahlung rückständiger Leasingraten für die Zeit von Mai bis Juli 2007 in Höhe von jeweils 798,34 € zzgl. MWSt., insgesamt 2.850,06 €. Zwischen den

Parteien war bereits in erster Instanz und ist in der Berufung weiterhin unstreitig, dass der Beklagte diese Raten nicht gezahlt hat. Dies greift der Beklagte mit der Berufung auch nicht an.

a) Fristlose Kündigung der Kl.

[4] Die fristlose Kündigung der Klägerin vom 7. August 2007 war wirksam. Es war der Kündigungsgrund des § 543 Abs. 2 Nr. 3 a) BGB gegeben, weil sich der Beklagte im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigungserklärung am 8. August 2007 mit der Entrichtung der Leasingraten für die Monate Mai bis August 2007 und damit für jedenfalls zwei aufeinander folgende Termine in Verzug befand. Die Vorschrift des § 543 Abs. 2 Nr. 3 a) BGB ist neben den vertraglich festgelegten Kündigungsgründen auf den Leasingvertrag anwendbar (vgl. *BGH NJW* 1984, 2687; *Palandt/Weidenkaff*, BGB, 68. Aufl., vor § 535 Rdnr. 61).

[5] Der Beklagte hat den ihm gemäß § 286 Abs. 4 BGB obliegenden Entlastungsbeweis, dass die Leistung infolge eines Umstands unterblieben ist, den er nicht zu vertreten hat, und er deshalb nicht in Verzug geraten sei, nicht geführt. Allerdings kann eine schwere Krankheit des Schuldners einen Entschuldigungsgrund darstellen, der den Verzugseintritt hindert (vgl. *Palandt/Heinrichs*, a.a.O., § 286 Rdnr. 40). Der Beklagte hat jedoch nicht dargetan, warum seine beginnende schwere Krebserkrankung ihn daran gehindert haben soll, die monatlichen Leasingraten zu zahlen. Soweit der Beklagte sich darauf berufen will, dass er krankheitsbedingt keine Einnahmen habe erzielen und die Leasingraten deshalb nicht habe zahlen können, entlastet ihn auch dies nicht. Der Schuldner ist für die Verzögerung der Leistung auch dann verantwortlich, wenn sie auf mangelnder finanzieller Leistungsfähigkeit beruht (vgl. *Palandt/Heinrichs*, a.a.O., § 286 Rdnr. 39; § 276 Rdnr. 28; zum Verwendungsrisiko des Mieters auch im Falle schwerer Krankheit vgl. *Senat NZM* 2008, 807; *NZM* 2001, 669).

[6] Die Kündigung ist auch nicht deswegen unwirksam, weil die Klägerin die Voraussetzungen des § 498 Abs. 1 Nr. 2 BGB nicht eingehalten hätte, wonach im Falle eines Verbraucherkredits der Darlehensgeber dem Darlehensnehmer vor der Kündigung erfolglos eine zweiwöchige Frist zur Zahlung des rückständigen Betrages verbunden mit der Erklärung, dass er bei Nichtzahlung innerhalb der Frist die gesamte Restschuld verlange, gesetzt haben muss (vgl. hierzu beim Finanzierungsleasing *BGH NJW* 2000, 3133; *NJW* 1998, 1637; *Senatsbeschluss* v. 8. September 2008, Az. I-24 U 40/08 - zitiert nach *juris*; *Wolf/Eckert/Ball*, Handbuch des gewerblichen

Miet-, Pacht- und Leasingrechts, 9. Aufl., Rdnr. 1671, 2034 ff.). Abgesehen davon, dass der Kündigung gemäß deren Wortlaut "bisherige Zahlungsaufforderungen" vorausgegangen sind, war der Beklagte aber auch nicht Verbraucher im Sinne des § 13 BGB. Er war nach eige-

nem Vortrag als freiberuflicher Journalist und Kameramann tätig und handelte bei Abschluss des Leasingvertrages in Ausübung seiner selbständigen beruflichen Tätigkeit, wie sich dem Eintrag "Filmproduktion" in der Rubrik "Beruf/Branche" entnehmen lässt.

b) Ersatz für die Zeit zwischen Kündigung und Rückgabe des Fahrzeugs

[7] Der Beklagte schuldet der Klägerin daher auch die Leasingrate für die Zeit vom 1. August 2007 bis zur Fahrzeugrückgabe am 14. August 2007. Dabei ist der Anspruch für die Zeit bis zur Beendigung des Leasingvertrages am 8. August 2007 vertraglicher Erfüllungsanspruch und für die darüber hinausgehende Zeit bis zur Fahrzeugrückgabe am 14. August 2007 Entschädigungsanspruch aus § 546 a BGB (vgl. Palandt/Weidenkaff, a.a.O., § 546 a Rdnr. 7; Lindner-Figura/Pietz/Leo, Geschäftsraummiete, Kap. 16 Rn. 60). Diese Vorschrift, wonach der Mieter, der die Mietsache nach Beendigung des Mietverhältnisses nicht zurückgibt, für die Dauer der Vorenthaltung als Entschädigung die vereinbarte Miete schuldet, findet auch auf Finanzierungsleasingverträge Anwendung (vgl. BGH NJW 2007, 1594; BGHZ 107, 123; Palandt/ Weidenkaff, a.a.O., § 546 a Rdnr. 5). Dass die Klägerin im Kündigungsschreiben vom 7. August 2007 für die Fahrzeugrückgabe eine Frist bis zum 13. August 2007 gesetzt hat, bedeutet nicht, dass für die vorangehende Zeit nicht von einer Vorenthaltung auszugehen wäre. Die Klägerin hatte bei verständiger Würdigung ihres Kündigungsschreibens auch schon vor dem 13. August den notwendigen Willen zur Rücknahme des Fahrzeugs.

[8] Dabei hat der Leasingnehmer die MWSt. auch auf die nach § 546 a BGB geschuldete Entschädigung zu entrichten (vgl. BGHZ 104, 285; OLG Dresden MDR 2007, 1069; Palandt/ Weidenkaff, a.a.O., § 546 a Rdnr. 11). Die Umrechnung der monatlichen Leasingrate auf die konkrete Dauer des Leasingverhältnisses bzw. der Vorenthaltung ist mangels anderweitiger Vereinbarung der Parteien taggenau vorzunehmen (vgl. Senat ZMR 2006, 363; Palandt/ Heinrichs, a.a.O., § 246 Rdnr. 6). Der Beklagte schuldet demnach für den Monat August 2007 eine 14/31-Leasingrate zzgl. MWSt. Dies entspricht einem Betrag von 429,04 €.

2. Schadensersatz gem. §§ 280 I, III; 281 BGB wegen vorzeitiger Beendigung des Leasingvertrages

[9] Des weiteren hat die Klägerin aus §§ 280 Abs. 3, 281 Abs. 1 BGB wegen vorzeitiger, vom Beklagten zu vertretender Beendigung des Leasingvertrages Anspruch auf Ersatz des Schadens, der ihr dadurch entstanden ist, dass der Vertrag nicht, wie vorgesehen, bis zum 31. Juli 2009 lief, wobei sie sich die durch die vorzeitige Vertragsbeendigung entstandenen Vorteile anrechnen zu lassen hat. Dieser Schadensersatzanspruch besteht jedenfalls in Höhe der vom Landgericht weiter

zugesprochenen 8.462,79 €.

a) Leasingvertrag mit Kilometerabrechnung

[10] Zwischen den Parteien ist ein Leasingvertrag mit Kilometerabrechnung zustande gekommen, aus welchem der Klägerin für den Fall der vorzeitigen Vertragsbeendigung grundsätzlich nur Ansprüche auf die entgangenen Leasingraten und auf Ausgleich von Mehr- oder Minderkilometern zustehen, die jedoch mit Vermögensvorteilen wegen der vorzeitigen Rückgabe des Fahrzeugs zu verrechnen sind (vgl. BGH NJW 2004, 2823; Senat OLGR 2009, 309; ZMR 2006, 363). Demgegenüber hat nach Nr. 3 der auf der Vorderseite des Antragsformulars abgedruckten Vertragsbedingungen und Abschn. XV der weiteren AGB der Klägerin die Schadensberechnung auch bei einem Leasingvertrag mit Kilometer-Abrechnung durch eine Gegenüberstellung von Ablöswert und Verkaufserlös zu erfolgen, wobei der in den Ablöswert einfließende kalkulierte Restwert vom Beklagten mit 54,00 % des mit 56.439,66 € angegebenen Netto-Einstandpreises garantiert wurde.

b) Wirksamkeit der formularmäßigen Vereinbarung einer Restwert-Abrechnung nicht entscheidend

[11] Die Vereinbarung des Übergangs von der Kilometer-Abrechnung zur Restwert-Abrechnung für den Fall der vorzeitigen Vertragsbeendigung in AGB kann als überraschende Klausel im Sinne von § 305 c Abs. 1 BGB, wegen Verstoßes gegen die Unklarheitenregel des § 305 c Abs. 2 BGB oder wegen unangemessener Benachteiligung nach § 307 Abs. 1 BGB unwirksam sein (vgl. BGH NJW 2004, 2823; NJW 2001, 2165; NJW 1995, 954; OLG Celle NJW-RR 1994, 743; Senat ZMR 2006, 363; OLG Dresden MDR 2007, 1069; OLG Oldenburg DAR 2003, 460). Im Ergebnis braucht hier nicht entschieden zu werden, ob die von der Klägerin verwandten Klauseln wegen Verstoßes gegen die §§ 305 c, 307 Abs. 1 BGB nicht Vertragsbestandteil geworden sind. Die für den Fall der Unwirksamkeit vorzunehmende konkrete Schadensberechnung führt nämlich zu keinem für den Beklagten günstigeren Ergebnis als die von der Klägerin durchgeführte Restwertberechnung.

c) konkrete Schadensberechnung

[12] Grundlage der konkreten Schadensberechnung sind die restlichen Leasingraten, die ohne die Kündigung bis zum vereinbarten Vertragsablauf noch zu zahlen gewesen wären, abgezinst auf den Zeitpunkt der vorzeitigen Vertragsbeendigung und reduziert um die ersparten laufzeitabhängigen Kosten. Hinzu kommt die Erstattung eventuell gefahrener Mehr- oder Minderkilometer. Weiterhin muss sich der Leasinggeber den Vorteil anrechnen lassen, der daraus entsteht, dass das Leasingfahrzeug bei vorzeitiger Rückgabe regelmäßig einen hö-

heren Wert hat als bei Rückgabe zum vereinbarten Vertragsende. Dieser Vorteil kann in der Weise berechnet werden, dass die Differenz zwischen dem realen Wert des Fahrzeugs bei vorzeitiger Rückgabe und dem hypothetischen Wert des Fahrzeugs bei vertragsgemäßer Rückgabe ermittelt wird. Dann ist darüber hinaus der Zinsvorteil abzuziehen, der dem Leasinggeber durch die vorzeitige Möglichkeit zur Verwertung des Leasingfahrzeugs entsteht (vgl. zur Schadensberechnung insgesamt BGH NJW 2004, 2823; NJW 1995, 954; Senat ZMR 2006, 363; OLG Dresden MDR 2007, 1069; OLG Oldenburg DAR 2003, 460).

aa) Anspruch auf abgezinste Leasingraten

[13] Nach diesen Maßgaben steht der Klägerin zunächst ein Anspruch auf die abgezinste und um die laufzeitabhängigen Kosten reduzierten Leasingraten zu. Diese hat die Klägerin zutreffend mit 17.566,90 € nach der vorschüssigen Barwertformel unter Zugrundelegung eines Abzinsungssatzes von 3,95 % und ersparter laufzeitabhängiger Kosten von 3% errechnet (vgl. BGH NJW 1995, 954; Senat ZMR 2006, 363; OLG Oldenburg DAR 2003, 460). Der angewandte Abzinsungssatz von 3,95% ergibt sich zwar aus Nr. 3 der auf der Vorderseite des Antragsformulars abgedruckten AGB, wonach 2% über dem Basiszinssatz der EZB am Tage der Vertragsunterzeichnung zugrunde zu legen seien. Die Klägerin hat aber darüber hinaus vorgetragen, dass ihre Refinanzierungskosten maximal bei diesem Zinssatz lägen. Dies hat der Beklagte nicht bestritten. Die Berücksichtigung der ersparten laufzeitabhängigen Kosten mit 3% der Leasingraten erscheint im Hinblick auf den näheren Vortrag der Klägerin zu den variablen Gemeinkosten gemäß § 287 ZPO angemessen und ausreichend (vgl. auch Senat ZMR 2006, 363; OLG Oldenburg DAR 2003, 460).

bb) Minderkilometer

[15] Demgegenüber hat die Klägerin dem Beklagten die Minderkilometer zu erstatten.

[16] Der Kilometerstand betrug bei Auslieferung des Fahrzeugs an den Beklagten 0 und im Zeitpunkt der Fahrzeugrückgabe gemäß dem DEKRA-Gutachten vom 16. August 2007 12.463. Bei regulärem Vertragsende hätte er 30.000 betragen dürfen. Wenn die gesamte Differenz von 17.537 Minderkilometern (30.000 ./. 12.463) dem Beklagten mit 0,0564 € netto pro Kilometer zu vergüten wäre, ergäbe sich ein Betrag von 989,09 €.

cc) Anrechnung der Vorteile

[17] Ferner hat die Klägerin dem Beklagten den Vorteil zu ersetzen, der ihr daraus entsteht, dass sie durch die vorzeitige Vertragsbeendigung ein Fahrzeug zurücker-

halten hat, das höherwertig war, als es bei regulärem Ablauf des Vertragsverhältnisses gewesen wäre.

[18] Bei regulärer Beendigung des Leasingvertrages zum 31. Juli 2009 hätten gemäß dem DEKRA-Gutachten vom 2. April 2008 bei einer Laufleistung von 30.000 km und einem Alter und Laufleistung entsprechenden, durchschnittlichen Zustand der Händlereinkaufswert netto 30.000,00 € und der Händlerverkaufswert 35.924,37 € netto betragen. Diese Werte hat der Beklagte nicht bestritten. Er hat lediglich die alternative Berechnung der Klägerin auf der Grundlage des hypothetischen Fahrzeugwerts zum vereinbarten Vertragsende für nicht überzeugend gehalten, nicht aber dargetan, warum die vom Gutachter bezogen auf den 31. Juli 2009 ermittelten Werte nicht zutreffen sollen.

[19] Dem hypothetischen Fahrzeugwert bezogen auf den 31. Juli 2009 ist der reale Fahrzeugwert im Zeitpunkt der Vertragsbeendigung gegenüber zu stellen. Nach dem DEKRA-Gutachten vom 16. August 2007 betragen zu diesem Zeitpunkt der Händlereinkaufswert netto 35.630,25 € und der Händlerverkaufswert netto 43.151,26 €.

d) Fristsetzung gem. § 281 I BGB

[27] Eine Fristsetzung zur Leistung oder Nacherfüllung im Sinne von § 281 Abs. 1 BGB war gemäß Abs. 2 der Vorschrift entbehrlich, weil der Beklagte durch Nichtzahlung der Leasingraten und Rückgabe des Fahrzeugs zu erkennen gegeben hat, dass er die Vertragserfüllung ernsthaft und endgültig verweigert.

e) Ergebnis

[29] Leasingraten Mai bis Juli 2007 brutto = 2.850,06 € Leasingrate 1. bis 14. August 2007 brutto (14/31) = 429,04 €, Leasingraten 15. August 2007 bis 31. Juli 2009 netto, abgezinst und um die laufzeitabhängigen Kosten reduziert 17.566,90 €, abzüglich Minderkilometer netto (17.537 x 0,0564 €) = 989,09 €, abzüglich Fahrzeugmehrwert netto (39.617,40 €/. 32.331,93 €) = 7.285,47 €, abzüglich des daraus resultierenden Zinsvorteils = 569,56 €, Anspruch insgesamt = 12.001,88 €
 [30] Damit betragen die Ansprüche der Klägerin auch bei konkreter Schadensberechnung jedenfalls insgesamt 12.001,88 €, so dass die Berufung des Beklagten unbegründet ist.

4. Zinsanspruch

[31] Der Zinsanspruch ergibt sich aus den §§ 288 Abs. 1, 286 Abs. 1 BGB. Der Anspruch auf Ersatz vorgegerichtlicher Rechtsanwaltskosten folgt aus den §§ 280 Abs. 2, 286 Abs. 1 BGB.

Standort: Vertragsrecht**Problem: Belehrungspflicht bei Fernabsatzverträgen**

BGH, URTEIL VOM 09.12.2009
VIII ZR 219/08 (DB 2010, 271)

Problemdarstellung:

Der Kl. ist der Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände. Die Bekl. betreibt u.a. über die Internetseite eBay einen Textilienhandel. Auf der bei eBay bestehenden Internetseite der Bekl. können durch Anklicken des unterstrichenen Wortes "AGB" ihre Allgemeinen Geschäftsbedingungen aufgerufen und ausgedruckt werden. Der Kl. nimmt die Bekl. auf Unterlassung von insgesamt drei Klauseln ihrer AGB und auf Aufwendungsersatz in Anspruch.

Das Landgericht hatte der Kl. bzgl. zwei der drei Klauseln stattgegeben. Auf die Berufung beider Parteien erstreckte das Berufungsgericht das Urteil auf alle drei angegriffenen Klauseln. Mit der Revision verfolgt die Bekl. ihren Klageabweisungsantrag weiter. Die Revision hat teilweise Erfolg.

Prüfungsrelevanz:

Die Entscheidung dokumentiert anschaulich, welche Schwierigkeiten dem elektronischen Rechtsverkehr in Bezug auf die Belehrungspflicht des § 355 II BGB entstehen. Um dem Verwender von AGB eine den Anforderungen des § 355 II BGB entsprechenden Widerrufsbelehrung an die Hand zu geben, hat der Gesetzgeber in § 14 der BGB-InfoV eine Muster-Widerrufsbelehrung eingefügt. Diese bildet neben §§ 355 ff. BGB den Maßstab für die Beurteilung der Wirksamkeit der Klauseln.

Die Ausführungen sind eingekleidet in einen Unterlassungsanspruch gem. §§ 1, 4 UKlaG i.V.m. § 307 BGB. Dem Senat waren insgesamt drei Klauseln zur Kontrolle vorgelegt worden:

- Klausel 1 sah vor, dass die Widerrufs- bzw. Rückgabefrist frühestens mit dem Erhalt der Ware und der Widerrufsbelehrung beginnt;
- Klausel 2 bildete das Rückgaberecht in § 312 d Abs. 4 BGB ab, nannte aber nicht sämtliche Ausschlussstatbestände der gesetzlichen Regelung, da die Bekl. nicht alle der in § 312 d Abs. 4 BGB aufgezählten Artikel überhaupt im Sortiment hatte;
- Klausel 3 sah die Möglichkeit des Verkäufers vor, bei Verschlechterung der Ware Wertersatz zu verlangen; ausgenommen sollte jedoch eine Verschlechterung sein, die auf eine Prüfung der Ware zurückzuführen ist (vgl. § 357 III 2 BGB).

Problematisch an allen Klauseln war, dass sie auf die Situation der Bekl. zugeschnitten waren und daher nicht oder jedenfalls nicht vollständig dem Gesetzeswortlaut

entsprachen. Der Senat spricht den Klauseln 1 und 3 die Wirksamkeit ab.

Klausel 1 verstößt gegen das Transparenzgebot und ist gem. § 307 I 2 BGB unwirksam. Nach Ansicht des Senats enthält die Klausel nämlich keinen unmissverständlichen Hinweis auf den Beginn der Rückgabefrist. Aus dem Wort "frühestens" kann der Verbraucher entnehmen, dass der Fristbeginn von anderen als in der Klausel angegebenen Bedingungen abhängen kann. Eine umfassende Belehrung muss demnach sämtliche Voraussetzungen angeben, die für den Fristbeginn entscheidend sind.

Klausel 2 hält der richterlichen Kontrolle dagegen stand. Die Bekl. ist nicht verpflichtet, für jeden angebotenen Artikel gesondert anzugeben, ob dem Verbraucher insoweit ein Rückgaberecht zusteht. Sie muss daher nicht verschiedene, auf jeden Artikel abgestimmte Versionen seiner AGB für den elektronischen Geschäftsverkehr anbieten.

Klausel 3 ist wiederum wegen Verstoßes gegen § 307 I 2 BGB unwirksam. Zwar will die AGB-Verwenderin klarmachen, dass eine Prüfung der Ware keinen Wertersatzanspruch auslöst, doch fehlt ein Hinweis auf die Rechtsfolgen des § 357 III 1, 2 BGB. Denn der von der Klausel vorgesehene Wertersatzanspruch der Verwenderin besteht nur unter der Voraussetzung, dass der Verbraucher spätestens bei Vertragsschluss in Textform auf diese Möglichkeit hingewiesen worden ist. Insoweit ist bereits str., ob diesem Erfordernis bei Vertragsschlüssen über eBay genüge getan ist, da der Vertrag zustande kommt, ohne dass der erforderliche Hinweis rechtzeitig erteilt werden kann (so OLG Stuttgart, ZGS 2008, 197 [200]; a.A.: OLG Hamburg, OLGR 2007, 657). Jedenfalls muss die Klausel aber darauf hinweisen, dass eine Wertersatzpflicht für die bestimmungsgemäße Ingebrauchnahme nur unter der Voraussetzung des rechtzeitigen Zugangs der Belehrung entstehen kann.

Vertiefungshinweise:

Zur Problematik des rechtzeitigen Zugangs der Belehrung: *Buchmann*, K&R 2008, 12; *Masuch*, BB 2005, 344; zusammenfassend: *Schirmbacher*, BB 2009, 1088

Kursprogramm:

- Examenskurs*: "Existenzgründung auf Raten"
- Examenskurs*: "Die Internetauktion"

Leitsätze:

1. In Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die in mit Verbrauchern über die Internethandelsplattform eBay zu schließenden Kaufverträgen verwendet werden, hält folgende Klausel der Inhaltskontrolle nicht

stand:

"[Der Verbraucher kann die erhaltene Ware ohne Angabe von Gründen innerhalb eines Monats durch Rücksendung der Ware zurückgeben.] Die Frist beginnt frühestens mit Erhalt der Ware und dieser Belehrung."

2. Aus dem Erfordernis einer möglichst umfassenden, unmissverständlichen und aus dem Verständnis der Verbraucher eindeutigen Rückgabebelehrung lässt sich keine Pflicht ableiten, für jeden im Fernabsatz angebotenen Artikel gesondert anzugeben, ob dem Verbraucher insoweit ein Rückgaberecht zusteht.

3. In Allgemeinen Geschäftsbedingungen der vorgenannten Art hält folgende Klausel der Inhaltskontrolle nicht stand:

"Im Falle einer wirksamen Rückgabe sind die beiderseits empfangenen Leistungen zurückzugewähren und ggfs. gezogene Nutzungen (z.B. Gebrauchsvorteile) heraus zu geben.] Bei einer Verschlechterung der Ware kann Wertersatz verlangt werden. Dies gilt nicht, wenn die Verschlechterung der Ware ausschließlich auf deren Prüfung - wie sie dem Verbraucher etwa im Ladengeschäft möglich gewesen wäre - zurückzuführen ist."

Sachverhalt (vereinfacht):

Der Kläger ist der Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände. Er ist in die gemäß § 4 des Unterlassungsklagengesetzes (UKlaG) bei dem Bundesverwaltungsamt geführte Liste qualifizierter Einrichtungen eingetragen. Die Beklagte betreibt über die Internethandelsplattform eBay Handel unter anderem mit Heimtextilien, Kinder- und Babybekleidung sowie Babyausstattungen. Auf der bei eBay bestehenden Internetseite der Beklagten können durch Anklicken des unterstrichenen Worts "AGB" ihre Allgemeinen Geschäftsbedingungen aufgerufen und ausgedruckt werden. Darin heißt es unter anderem:

"4.1

Der Verbraucher kann die erhaltene Ware ohne Angabe von Gründen innerhalb eines Monats durch Rücksendung der Ware zurückgeben. Die Frist beginnt frühestens mit Erhalt der Ware und dieser Belehrung. (...)

4.3

Das Rückgaberecht besteht entsprechend § 312 d Abs. 4 BGB unter anderem nicht bei Verträgen

- zur Lieferung von Waren, die nach Kundenspezifikation angefertigt worden sind (...)

- zur Lieferung von Audio- und Videoaufzeichnungen (...)

- zur Lieferung von Zeitungen, Zeitschriften und Illustrierten.

4.4.

(...) Bei einer Verschlechterung der Ware kann Wertersatz verlangt werden. Dies gilt nicht, wenn die Ver-

schlechterung der Ware ausschließlich auf deren Prüfung - wie sie dem Verbraucher etwa im Ladengeschäft möglich gewesen wäre - zurückzuführen ist."

Mit seiner Klage nimmt der Kläger die Beklagte auf Unterlassung der künftigen Verwendung der Bestimmungen Ziffer 4.1 Satz 2 (im Folgenden Klausel 1), Ziffer 4.3 (im Folgenden Klausel 2) und Ziffer 4.4 Sätze 2 und 3 (im Folgenden Klausel 3) in mit Verbrauchern über die Internethandelsplattform eBay zu schließenden Kaufverträgen sowie darauf in Anspruch, es zu unterlassen, sich bei der Abwicklung von nach dem 31. Dezember 2004 in dieser Form geschlossenen Kaufverträgen auf diese Bestimmungen zu berufen. Er verlangt ferner Aufwendungsersatz in Höhe von 200 € nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Klagezustellung für die von ihm mit Schreiben vom 17. Januar 2007 ausgesprochene, fruchtlos gebliebene Abmahnung.

Aus den Gründen:

A. Unterlassungsanspruch gem. §§ 1, 4 UKlaG i.V.m. § 307 BGB

I. Klausel 1

[11] Zu Recht hat das Berufungsgericht allerdings angenommen, dass dem Kläger gegen die Beklagte ein Anspruch auf Unterlassung der Verwendung der Klausel 1 zusteht (§ 1 UKlaG in Verbindung mit § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB). Die Rügen der Revision greifen dagegen nicht durch. Die Klausel 1 enthält keinen ausreichenden Hinweis auf den Beginn der Rückgabefrist und trägt damit nicht den gesetzlichen Anforderungen Rechnung, die an eine Belehrung gestellt werden (§ 312d Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2, § 356 Abs. 2, § 355 Abs. 2 BGB). Die formularmäßige Verwendung der nicht den Anforderungen des Gesetzes entsprechenden Belehrung begründet die Gefahr der Irreführung der Verbraucher und benachteiligt sie unangemessen (§ 307 Abs. 1 Satz 2 BGB).

I. Anforderungen an die Rückgabefrist gem. §§ 356 II, 355 II 1 BGB

[12] Nach § 356 Abs. 2, § 355 Abs. 2 Satz 1 BGB beginnt die Rückgabefrist mit dem Zeitpunkt, zu dem dem Verbraucher eine deutlich gestaltete Belehrung über sein Rückgaberecht, die unter anderem einen Hinweis auf den Fristbeginn zu enthalten hat, in Textform mitgeteilt worden ist. Ziel dieser Vorschrift ist es, den regelmäßig rechtsunkundigen Verbraucher über den Beginn der Rückgabefrist eindeutig zu informieren, damit der Verbraucher über die sich daraus ergebende Berechnung ihres Ablaufs nicht im Unklaren ist. Der mit der Einräumung des befristeten Rückgaberechts beabsichtigte Schutz des Verbrauchers erfordert eine möglichst umfassende, unmissverständliche und aus

dem Verständnis der Verbraucher eindeutige Belehrung (BGHZ 172, 58, Tz. 13; BGH, Urteil vom 10. März 2009 - XI ZR 33/08, WM 2009, 932, Tz. 14; jeweils m.w.N.).

2. Anforderungen nicht erfüllt

[13] Diesen Anforderungen genügt die von der Beklagten verwendete Klausel 1 nicht. Sie belehrt den Verbraucher über den nach § 355 Abs. 2 BGB maßgeblichen Beginn der Widerrufsfrist nicht richtig.

a) Belehrung missverständlich

[14] Die Belehrung ist nicht unmissverständlich. Aus der Sicht eines unbefangenen durchschnittlichen Verbrauchers, auf den abzustellen ist (vgl. BGH, Urteil vom 10. März 2009, aaO, Tz. 16), kann die Klausel 1 den Eindruck erwecken, die Belehrung sei bereits dann erfolgt, wenn er sie lediglich zur Kenntnis nimmt, ohne dass sie ihm entsprechend den gesetzlichen Anforderungen in Textform mitgeteilt worden ist (aA OLG Köln, OLGR 2007, 695, 699 f.). Ein in knapper Form möglicher Hinweis - beispielsweise durch die Worte "des Erhalts dieser Belehrung in Textform" (so nunmehr auch die insoweit geänderte Anlage 3 zu § 14 Abs. 2 und 3 BGB-InfoV [BGB-Informationspflichten-Verordnung in der Fassung der Dritten Verordnung zur Änderung der BGB-Informationspflichten-Verordnung vom 4. März 2008, BGBl. I S. 292; dazu Föhlisch, MMR 2008, 205 f.]) - verdeutlicht dem Verbraucher dagegen, dass die Widerrufsfrist erst und nur dann zu laufen beginnt, wenn ihm die Belehrung in einer bestimmten Form zugegangen ist. Der Schwierigkeit, dass der Verbraucher - wie die Revision meint - unter Umständen den Begriff der Textform nicht kennt, kann dadurch begegnet werden, dass der Begriff erklärend definiert wird, wie dies die Beklagte selbst in Ziffer 4.1 Satz 3 ihrer Allgemeinen Geschäftsbedingungen tut.

b) Belehrung nicht umfassend

[15] Die Belehrung ist ferner nicht möglichst umfassend. Zutreffend hat das Berufungsgericht angenommen, dass der Verbraucher der Klausel 1 wegen des verwendeten Worts "frühestens" zwar entnehmen kann, dass der Beginn des Fristlaufs noch von weiteren Voraussetzungen abhängt, jedoch darüber im Unklaren gelassen wird, um welche Voraussetzungen es sich dabei handelt.

II. Klausel 2

[21] Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts steht dem Kläger gegen die Beklagte ein Anspruch auf Unterlassung der Verwendung der Klausel 2 hingegen nicht zu. Die Klausel 2 genügt - auch unter Berücksichtigung der Änderung von § 312d Abs. 4 Nr. 3 BGB durch das Gesetz zur Bekämpfung unlauterer Telefonwerbung und zur Verbesserung des Verbraucherschut-

zes bei besonderen Vertriebsformen vom 29. Juli 2009 (BGBl. I S. 2413) - den gesetzlichen Anforderungen an eine möglichst umfassende, unmissverständliche und aus dem Verständnis der Verbraucher eindeutige Belehrung (§ 312d Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2, § 356 Abs. 2, § 355 Abs. 2 BGB).

[22] Entgegen der Auffassung des Klägers ist die Beklagte nicht verpflichtet, für jeden angebotenen Artikel gesondert anzugeben, ob dem Verbraucher insoweit ein Rückgaberecht zusteht, und folglich für Fernabsatzverträge im elektronischen Geschäftsverkehr verschiedene Versionen ihrer Allgemeinen Geschäftsbedingungen zu verwenden. Eine solche Pflicht lässt sich aus dem sich aus § 355 Abs. 2 BGB ergebenden Erfordernis einer möglichst umfassenden, unmissverständlichen und aus dem Verständnis der Verbraucher eindeutigen Belehrung nicht ableiten.

[25] Die Beklagte ist nicht verpflichtet, sämtliche in § 312d Abs. 4 BGB enthaltenen Ausschlussstatbestände in der Klausel 2 aufzuführen. Die Revision weist hinsichtlich der nicht in der Klausel 2 enthaltenen Ausschlussstatbestände zu Recht darauf hin, dass sie von vornherein in dem Geschäftsbetrieb der Beklagten nicht relevant werden können und deshalb aus Gründen der Klarheit und Übersichtlichkeit nicht in die Belehrung aufgenommen wurden. Dagegen ist nichts einzuwenden. Im Gegenteil bestünde bei einer Aufnahme des Ausschlussstatbestandes des § 312d Abs. 4 Nr. 5 BGB die Gefahr, dass der durchschnittliche Verbraucher - weil ihm nicht bekannt ist, dass die auf der Internethandelsplattform eBay veranstalteten Online-Auktionen keine Versteigerungen im Sinn des § 156 BGB darstellen (Senatsurteil vom 3. November 2004 - VIII ZR 375/03, WM 2004, 2457, unter II 2) - fälschlich davon ausgeht, dass ein Rückgaberecht bei Online-Auktionen generell nicht besteht. Die vollständige Aufnahme der von vornherein nicht relevanten Ausschlussstatbestände mit dem erläuternden Zusatz, dass sich die Ausnahme der Nummer 5 nicht auf Online-Auktionen bezieht, würde die Belehrung dagegen unnötig kompliziert gestalten (vgl. BGH, Urteil vom 4. Juli 2002, aaO).

III. Klausel 3

[30] Zu Recht hat das Berufungsgericht angenommen, dass dem Kläger gegen die Beklagte ein Anspruch auf Unterlassung der Verwendung der Klausel 3 zusteht (§ 1 UKlaG in Verbindung mit § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB).

1. Gesetzliche Anforderungen: §§ 346, 357 BGB

[31] Nach § 346 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 BGB hat der Schuldner im Falle des Rücktritts Wertersatz zu leisten, soweit der empfangene Gegenstand sich verschlechtert hat oder untergegangen ist; jedoch bleibt die durch die bestimmungsgemäße Ingebrauchnahme entstandene Verschlechterung außer Betracht. Abweichend von § 346 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 Halbs. 2 BGB hat der Verbrau-

cher im Fall der Ausübung eines Rückgaberechts gemäß § 357 Abs. 3 Satz 1 BGB Wertersatz auch für eine durch die bestimmungsgemäße Ingebrauchnahme der Sache entstandene Verschlechterung zu leisten, wenn er spätestens bei Vertragsschluss in Textform auf diese Rechtsfolge und eine Möglichkeit hingewiesen worden ist, sie zu vermeiden. Dies gilt nicht, wenn die Verschlechterung ausschließlich auf die Prüfung der Sache zurückzuführen ist (§ 357 Abs. 3 Satz 2 BGB).

[34] Zwar erfordert das Gesetz keine umfassende, alle möglicherweise in Betracht kommenden Fallgestaltungen berücksichtigende Belehrung über die für den Fall der Ausübung des Rückgaberechts eintretenden Rechtsfolgen (§§ 346 ff. BGB). Die Belehrung muss aber einen Hinweis auf die Rechtsfolgen des § 357 Abs. 1 und 3 BGB enthalten. Das ergibt sich bereits aus dem Wortlaut von § 1 Abs. 1 Nr. 10 BGB-InfoV in der seit dem 8. Dezember 2004 geltenden Fassung (Art. 3 des Gesetzes zur Änderung der Vorschriften über Fernabsatzverträge bei Finanzdienstleistungen vom 2. Dezember 2004; BGBl. I S. 3102), der die Überschrift zu § 357 BGB wiederholt (vgl. BT-Drs. 15/2949, S. 26). Es folgt ferner aus der Entstehungsgeschichte von § 312 Abs. 2 BGB, weil diese Vorschrift geschaffen wurde, um einen Gleichlauf der Belehrungspflichten über die Rechtsfolgen bei Fernabsatzverträgen und Haustürgeschäften zu erreichen (vgl. BT-Drs. 14/7052, S. 190 f.).

[35] Wenn - wovon das Berufungsgericht ausgeht - die Erteilung eines den Voraussetzungen des § 357 Abs. 3 Satz 1 BGB genügenden Hinweises bei Vertragsschlüssen über eBay von vornherein ausgeschlossen ist, weil der Vertrag zustande kommt, ohne dass der erforderliche Hinweis spätestens bei Vertragsschluss in Textform erteilt werden kann (str.; so auch OLG Stuttgart, ZGS 2008, 197, 200; KG, MMR 2008, 541, 543), ist die Klausel 3 unwirksam, weil sie keinen Hinweis darauf enthält, dass für eine durch die bestimmungsgemäße Ingebrauchnahme der Sache entstandene Verschlechterung kein Wertersatz zu leisten ist (vgl. Gestaltungshin-

weis 6 zu Anlage 3 BGB-InfoV).

[36] Selbst wenn aber - wie die Revision meint - die Beklagte einen den Voraussetzungen des § 357 Abs. 3 Satz 1 BGB genügenden Hinweis in der erforderlichen Textform auch noch bis zum Erhalt der Ware erteilen könnte (§ 312c Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 BGB; so OLG Hamburg, OLGR 2007, 657 f.), müsste die Klausel 3 jedenfalls darauf hinweisen, dass eine Wertersatzpflicht für eine durch die bestimmungsgemäße Ingebrauchnahme der Sache entstandene Verschlechterung nur unter dieser Voraussetzung besteht (§ 312c Abs. 1 BGB in Verbindung mit § 1 Abs. 1 Nr. 10 BGB-InfoV). Auch das ist hier nicht der Fall.

[37] Ein Verbot der Klausel im abstrakten Kontrollverfahren ist - anders als die Revision meint - auch dann nicht ausgeschlossen, wenn die Beklagte die Möglichkeit hat, im Einzelfall oder auch generell einen Hinweis gemäß § 357 Abs. 3 Satz 1 BGB gesondert zu erteilen und damit die Voraussetzungen für das Bestehen einer Wertersatzpflicht bei bestimmungsgemäßer Ingebrauchnahme (noch) zu schaffen (vgl. BGHZ 116, 1, 3). Eine solche etwaige gesonderte Hinweiserteilung ist ein Merkmal der konkreten Fallgestaltung, das nicht Bestandteil der Allgemeinen Geschäftsbedingungen ist und deshalb bei der vom Einzelfall losgelösten abstrakten Wirksamkeitsprüfung im Unterlassungsverfahren außer Betracht bleiben muss (BGHZ 116, 1, 5).

II. Aufwendungsersatzanspruch gem. § 5 UKlaG i.V.m. § 12 UWG

[39] Zu Recht geht das Berufungsgericht davon aus, dass dem Kläger wegen der Abmahnung ein Anspruch auf Aufwendungsersatz in der geltend gemachten und von der Revision nicht angegriffenen Höhe zusteht (§ 5 UKlaG, § 12 Abs. 1 Satz 2 UWG). Der Anspruchsberechtigte kann die Kostenpauschale auch dann in voller Höhe verlangen, wenn die Abmahnung nur zum Teil berechtigt war (BGHZ 177, 253, Tz. 50 m.w.N.). Das ist hier der Fall.

*Strafrecht***Standort: § 266 I StGB****Problem: Vermögensnachteil**

BGH, BESCHLUSS VOM 10.11.2009

4 STR 194/09 (IBR 2010, 92)

Problemdarstellung:

Der Angeklagte war Geschäftsführer einer GmbH, deren Zweck die Fortentwicklung einer historischen Gebäudegruppe zu einem Ferienobjekt war. Der Angeklagte wusste, dass sein Mitgeschäftsführer und alleiniger Gesellschafter der GmbH, J, besonderen Wert darauf legte, dass das Projekt von einem renommierten New Yorker Architektenbüro durchgeführt wurde. Trotzdem vergab der Angeklagte den Planungsauftrag an ein deutsches Architekturbüro, das nach dem Wunsche des J aber allenfalls als "Korrespondenzarchitekt" beteiligt werden sollte. In der Folgezeit veranlasste der Angeklagte dann die Zahlung zahlreicher Teilbeträge der vereinbarten Vergütung an das beauftragte Architekturbüro, obwohl dieses lediglich pauschale Rechnungen erstellt und keinen Leistungsnachweis vorgelegt hatte. In einem weiteren Fall hatte der Angeklagte von dem Architekturbüro eine Provision für seine Vermittlungstätigkeit erhalten (sog. Kick-Back-Zahlung).

Das Landgericht Rostock hatte den Angeklagten insbesondere wegen Untreue, § 266 I StGB, zum Nachteil der von ihm vertretenen GmbH verurteilt. Den insofern erforderlichen Vermögensnachteil hatte es damit begründet, dass die von dem Architekturbüro erbrachten Leistungen im Wert hinter den geleisteten Zahlungen zurückgeblieben waren. Auf die Revision des Angeklagten hin hob der BGH diese Verurteilung auf, da die Annahme eines Schadens durch das LG rechtsfehlerhaft sei.

Prüfungsrelevanz:

Vermögensdelikte sind in beiden Examen die mit Abstand am häufigsten zu prüfenden Tatbestände. Der im vorliegenden Fall vom BGH geprüfte Tatbestand der Untreue, § 266 StGB, mag insofern vielleicht nicht ganz die Bedeutung des Diebstahls, § 242 I StGB, oder Betruges, § 263 I StGB, haben. Wegen seiner ungewöhnlichen Struktur, seines etwas verwirrenden Wortlauts und insbesondere aufgrund der Tatsache, dass gerade in der letzten Zeit zahlreiche Urteile zu diesem Tatbestand, insb. aus dem Bereich der "Wirtschaftskriminalität", ergangen sind, erfreut sich die Untreue allerdings im Examen zur Zeit einer großen Beliebtheit - zumindest bei den Prüfern. Das vorliegende Urteil liefert zwar

keine radikal neuen Erkenntnisse und betrifft außerdem die recht komplizierte (und nicht zum Examensstoff gehörende) Vergütungsregelung der HOAI für Architekten. Allerdings stellt die vom BGH in der vorliegenden Entscheidung letztlich angestellte Prüfung des Vorliegens eines Vermögensnachteils i.S.v. § 266 I StGB ein Standardproblem dar und lässt sich insbesondere auch auf den Tatbestand des § 263 I StGB übertragen.

Die Untreue, § 266 I StGB, enthält zwei eigentlich selbstständige Tatbestände, den Missbrauchstatbestand, § 266 I 1. Fall StGB, und den Treuebruchstatbestand, § 266 I 2. Fall StGB. Voraussetzung für das Vorliegen beider Tatbestände ist jedoch stets der Eintritt eines Vermögensnachteils beim Opfer. Dieses Tatbestandsmerkmal entspricht dem des Vermögensschadens bei § 263 I StGB und ist dann gegeben, wenn der Gesamtwert des Vermögens des Opfers durch die Tathandlung vermindert wurde (BGHSt 43, 293, 297; Schönke/Schröder-Cramer/Perron, § 266 Rn 40). Ebenso wie beim Betrug ist also auch bei der Untreue bei Bestehen eines gegenseitigen Vertrages das Vorliegen eines Schadens durch einen Vergleich des Wertes der vom Opfer erbrachten Leistung mit dem Wert der empfangenen Gegenleistung zu ermitteln und dann gegeben, wenn die Gegenleistung im Wert zurückbleibt (BGHSt 32, 211; 47, 295, 302; Fischer, § 263 Rn. 74; Rengier, BT I, § 13 Rn. 69).

Im vorliegenden Fall war für die Leistungen des deutschen Architektenbüros ein Pauschalhonorar vereinbart worden. Der BGH führt aus, dass eine pauschale Abrechnung gem. § 4 HOAI grundsätzlich zulässig ist. Da das beauftragte Architekturbüro die geschuldeten Leistungen auch tatsächlich erbracht hatte, wäre ein Vermögensschaden also nur gegeben, wenn die vereinbarte Pauschalvergütung, die die GmbH an das Architekturbüro gezahlt hatte, höher gewesen wäre als die Gebühren, die den Architekten bei einer detaillierten leistungsbezogenen Abrechnung zugestanden hätten. Dies hatte das LG jedoch nicht im Detail geprüft.

Auch die Tatsache, dass der Angeklagte den Auftrag an ein "normales" Architekturbüro vergeben hatte und nicht - wie von seinem Geschäftsherrn beabsichtigt - an einen New Yorker Stararchitekten, führt im vorliegenden Fall nicht zu einem Vermögensnachteil. Nach ganz herrschender Meinung reicht es nämlich für einen Vermögensnachteil i.S.v. § 266 I StGB ebenso wenig wie für einen Vermögensschaden i.S.v. § 263 I StGB aus,

dass das Opfer bei Kenntnis der wahren Sachlage die entsprechende Vorgehensweise nicht gebilligt hätte (BGH, NJW 2006, 1679, 1681; Fischer, § 263 Rn 72). Da § 266 I StGB (ebenso wie § 263 I StGB) nicht die Dispositionsfreiheit schützt sondern nur das Vermögen, führt ein Handeln des Täters gegen den Willen des Opfers grundsätzlich nicht zu einem Vermögensschaden, wenn das Opfer für eine erlittene Vermögenseinbuße einen entsprechenden Ausgleich erhält. Ausnahmsweise kann hier aber doch ein Vermögensschaden gegeben sein, und zwar in den Fällen des sog. "persönlichen Schadenseinschlags" (BGHSt 16, 321, 326; Fischer, § 263 Rn. 86; Wessels/Hillenkamp, BT II, Rn. 547 ff.). Ein solcher ist insbesondere dann gegeben, wenn das Opfer die erlangte Gegenleistung nicht zum vertraglichen vorausgesetzten Zweck oder in anderer zumutbarer Weise verwerten kann (BGHSt 23, 300, 301; 47, 1, 8; Schönke/Schröder-Cramer/Perron, § 263 Rn. 121; Fahl, JA 1995, 198). Der BGH stellt jedoch in der vorliegenden Entscheidung klar, dass die Tatsache, dass die Planung eines Bauvorhabens nicht von einem Stararchitekten sondern "nur" von einem "normalen" Architekten erbracht wird, diese Leistung für den Auftraggeber nicht automatisch unbrauchbar macht.

Immer wieder diskutiert wird im Rahmen des Tatbestandes des § 266 I StGB das Vorliegen eines Vermögensschadens bei sog. "Kick-Back-Geschäften" (vgl. die Darstellung bei Fischer, § 266 Rn. 38b, 60a ff.). Von einem solchen Geschäft spricht man, wenn der Vertreter eines Unternehmens von einem Dritten Provisionen erhält für die Vermittlung von Verträgen zwischen dem vertretenen Unternehmen und dem Dritten. Bei solchen Geschäften, die früher einfach als "Schmiergeldzahlungen" bezeichnet worden wären, ist nach h.M. jedoch der für § 266 I StGB erforderliche Vermögensnachteil nicht immer gegeben sondern nur dann, wenn der Dritte im Vergleich zum Wert der ihm obliegenden Leistung einen überhöhten Zahlungsanspruch gegen das vom Täter vertretene Unternehmen (also das Opfer) erhält. Im vorliegenden Fall hatte der BGH jedoch auch hinsichtlich des an den Angeklagten von dem Architekturbüro ausgezahlten "Kick-Backs" einen Vermögensschaden der GmbH verneint, da sich nicht feststellen ließ, dass die dem Büro zugesicherten Zahlungen über die nach der HOAI angemessenen Gebühren hinausgingen.

Vertiefungshinweise:

□ Zum "persönlichen Schadenseinschlag": BGHSt 16, 321; 23, 300; 47, 1; BGH, NJW 1990, 1921; OLG Hamm, NSTZ 1992, 593; OLG Düsseldorf, StV 1995, 592; Fahl, JA 1995, 198

□ Zum Vermögensnachteil i.S.v. § 266 I StGB, insb. bei Kick-Back-Zahlungen: BGH, NJW 2005, 300; 2006, 2864 = RA 2006, 615; Hohn, wistra 2006, 321; Saliger, NJW 2006, 3377

Kursprogramm:

- Examenskurs: "Listigs Lotterieg Glück"
- Examenskurs: "Die Perlenkette"

Leitsätze (der Redaktion):

1. Unter Vermögensnachteil ist i.R.v. § 266 I StGB jede durch die Tathandlung verursachte Vermögens einbuße zu verstehen. Die Vermögensminderung ist nach dem Prinzip der Gesamtsaldierung festzustellen, also auf Grund eines Vergleichs des Vermögensstands vor und nach der treuwidrigen Handlung. Ein Nachteil liegt daher nicht vor, wenn und soweit durch die Tathandlung zugleich ein den Verlust aufwiegender Vermögenszuwachs begründet wurde.

2. Eine Ausnahme von dem Grundsatz, dass bei Gleichwertigkeit von Leistung und Gegenleistung ein Vermögensnachteil zu verneinen ist, kann in Betracht kommen, wenn eine zwar objektiv gleichwertige Gegenleistung unter Berücksichtigung der individuellen Bedürfnisse und Verhältnisse des Geschädigten sowie der von ihm verfolgten Zwecke subjektiv wertlos ist, wobei auf den Standpunkt eines objektiven Betrachters abzustellen ist. Das entgegen den Vorstellungen des Vermögensinhabers kein Stararchitekt die Planungsleistungen erbracht hat, sondern ein "normaler" Architekt, bietet für sich genommen keinen Anhalt für die Annahme der Wertlosigkeit der erbrachten Gegenleistung.

3. Durch die Vereinbarung einer Kick-Back-Zahlung entsteht dem Geschäftsherrn ein Nachteil i.S.d. § 266 StGB, wenn der Zuwendende bereit gewesen wäre, seine Leistung auch zu einem um die Kick-Back-Zahlung reduzierten Entgelt zu erbringen. Der Schaden liegt dann darin, dass der Treupflichtige die konkrete und sichere Möglichkeit eines günstigeren Abschlusses nicht für seinen Geschäftsherrn realisiert hat. Zwar hat die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs bei Provisions- oder Schmiergeldzahlungen in der Regel einen Nachteil im Sinne des § 266 StGB angenommen. Dieser Rechtsprechung liegt die Erwägung zugrunde, dass jedenfalls mindestens der Betrag, den der Vertragspartner für Schmiergelder aufwendet, auch in Form eines Preisnachlasses dem Geschäftsherrn des Empfängers hätte gewährt werden können. Eine solche Begründung des Schadens würde aber dann ausscheiden, wenn schon der ausgehandelte Pauschalpreis die Mindestsätze einer anzuwendenden Gebührenordnung (hier: der HOAI) unterschritt oder ihnen jedenfalls entsprach.

Sachverhalt:

1. Der Zeuge J beabsichtigte, ein aus dem neunzehnten Jahrhundert stammendes Gebäudeensemble im H., bekannt unter der Bezeichnung "Weiße Stadt am Meer", in Anknüpfung an dessen glanzvolle Historie zu einem

exklusiven Ferienobjekt zu entwickeln. Zu diesem Zweck gründete er am 4. Juni 1996 die E-GmbH (fortan E), deren Gesellschafter und Geschäftsführer er war. Der Angeklagte, der bereits seit Anfang 1996 in die Akquisition der Grundstücksflächen in H. eingebunden war und im besonderen Maße das Vertrauen des Zeugen J besaß, war neben dem Zeugen D vom 1. Januar 1997 bis zum 31. Dezember 1997 weiterer Geschäftsführer der E und in der Folgezeit Generalbevollmächtigter der Gesellschaft. Der Zeuge J legte besonderen Wert darauf, dass das international renommierte Büro des New Yorker Architekten S die architektonische Gestaltung des 26 Einzelgebäude umfassenden Komplexes in A.-H. übernahm. Dieser Wunsch des Zeugen J war dem Angeklagten bekannt. Er wusste ferner, dass J die Anweisung erteilt hatte, alle Planungsleistungen direkt durch die E zu vergeben und die Auswahl und Kontrolle nicht einem Generalunternehmer, z. B. einem Architekten, im Wege eines Generalplanervertrages zu überlassen. Dem Angeklagten gelang es jedoch unter Ausnutzung der ihm vom Zeugen J zugestandenem Entscheidungsfreiheit gemeinsam mit dem Seniorpartner des Architektenbüros K aus D., dem gesondert verfolgten Ka, die planerische Rekonstruktion der historischen Gebäude in H. fast ausschließlich von dem Architektenbüro K durchführen zu lassen, obwohl der Zeuge J, was der Angeklagte ebenfalls wusste, allenfalls bereit war, dieses Büro an dem Projekt als "Korrespondenzarchitekt" zu beteiligen. Spätestens am 17. September 1996 trafen der Angeklagte und der anderweitig verfolgte Ka außerdem die Vereinbarung, dass der Angeklagte von jedem Auftrag, der im Rahmen des Projektes "Heiligendamm" an K vergeben werden würde, einen Anteil von 5 % als "Provision" erhalten sollte.

2. Am 14. Februar 1997 schlossen die E, vertreten durch den Angeklagten und den Zeugen D, und K, vertreten durch den anderweitig verfolgten Ka, einen "Vertrag zur Beauftragung von Architektenleistungen für die Gebäude G. ... zum Umbau und Erweiterungs-Neubau des H.". Vertragsgegenstand war die Erbringung der erforderlichen Grundleistungen der Leistungsphasen I bis VII gemäß § 15 HOAI in der damals geltenden Fassung sowie als eigenständige Leistungsphase VIII gemäß § 15 HOAI die künstlerische Oberbauleitung bezogen auf 17 Gebäude in H. zu einem Pauschal festpreis von 9.125.000 DM zuzüglich Nebenkosten in Höhe von 8 % und Umsatzsteuer. Weiterhin wurde festgelegt, dass die Leistungen der Leistungsphase I gemäß § 15 HOAI als bereits bezahlt angesehen werden. Die zu erbringenden Grundleistungen wurden in dem Vertrag mit insgesamt 73 % des ermittelten Honorars bewertet, wobei auf die Leistungsphasen I bis IV 33 % und auf die Leistungsphase V 34 % des Pauschalhonorars (= 100 %) entfielen. In einer ergänzenden Vereinbarung vom 14. März 1997 wurde der Leistungsumfang der zu erbringenden Architektenleistungen unter Mitwirkung des

Angeklagten auf der Seite der E auf insgesamt 97 % der Grundleistungen der Leistungsphasen I bis IX gemäß § 15 HOAI erhöht. Zudem wurden Fachingenieurleistungen, nämlich die Tragwerksplanung bei Gebäuden gemäß §§ 64, 65 HOAI, die Planung der technischen Ausrüstung gemäß §§ 73, 74 HOAI und die Planung der Freianlagen gemäß §§ 15, 16 HOAI, an K vergeben. Es wurde ein Pauschal festpreis von 23.954.369 DM zuzüglich 8 % Nebenkosten und Umsatzsteuer, d. h. insgesamt 29.751.326,29 DM brutto, vereinbart. In diesen Vertrag wurden zudem zusätzliche Gebäude des sog. "D." als Bauabschnitt V aufgenommen, obwohl es dazu bereits im Vertrag vom 14. Februar 1997 eine Vereinbarung mit einem Honorarvolumen von 7.420.000 DM gab. Am 30. Mai bzw. 3. Juni 1997 vereinbarten die E und K, erneut unter Mitwirkung des Angeklagten, einen "2. Nachtrag zum Architektenvertrag Nr. 1 und Nr. 4 vom 14.02.1997 zur Beauftragung von Leistungen im Fachbereich Bauphysik zur Genehmigungs- und Ausführungsplanung Grandhotel Rest Altbauten" zu einem Pauschal festpreis in Höhe von 220.000 DM zuzüglich Nebenkosten und Umsatzsteuer.

Auf die Abschlagsrechnungen von K, die lediglich pauschal gestellt wurden und keine Leistungsnachweise enthielten, ordnete der Angeklagte bis Ende Oktober 1997 die Überweisung von insgesamt 4.734.411,40 DM an K eigenhändig an und veranlasste durch seine wiederholten und nachdrücklichen Versicherungen gegenüber dem Gesellschafter J, die von K in Rechnung gestellten Leistungen seien vollständig erbracht, die Überweisung weiterer Beträge in Höhe von mindestens 3.500.000 DM an K bis zum 23.2.1998 (Fall II. 1.).

3. Am 14. März 1997 schlossen die E, vertreten durch den Angeklagten und den Zeugen D, und K, vertreten durch den anderweitig verfolgten Ka, den "Generalplanervertrag zur Beauftragung von sämtlichen Architekten- und Ingenieurleistungen F. ..." zu einem Pauschal festpreis in Höhe von 1.800.000 DM zuzüglich Nebenkosten und Umsatzsteuer. Für das Projekt "F." erhielt der Angeklagte von K bis zum 15. Juni 1998 eine Provisionszahlung in Höhe von 18.027,61 DM netto. Diesen Betrag nahm das Landgericht als Vermögensschaden an. Aus den weiteren Urteilsgründen ergibt sich, dass die Kammer - ausgehend von der Prämisse, dass K das vollständige Honorar für die Leistungsphasen I bis IV gemäß § 15 HOAI verdient hatte -, für das Projekt "F." keine sicheren Feststellungen treffen konnte, die eine Überzahlung von K ergaben (Fall II. 2.).

Aus den Gründen:

[1] Das Landgericht hat den Angeklagten wegen Untreue in zwei Fällen und wegen Betruges unter Einbeziehung einer Vorverurteilung zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von fünf Jahren verurteilt, wobei ein Jahr und sechs Monate als vollstreckt gelten. Die in der einbezogenen Vorverurteilung ausgesprochene Nebenfolge

wurde aufrechterhalten. Das Verfahren hinsichtlich des Falles 257 der Anklage wurde eingestellt und der Angeklagte im Übrigen freigesprochen.

[2] Mit seiner Revision rügt der Angeklagte die Verletzung formellen und materiellen Rechts. Das Rechtsmittel hat mit der Sachrüge in dem aus der Beschlussformel ersichtlichen Umfang Erfolg, so dass es auf die von der Revision hinsichtlich der Fälle II. 1. und II. 2. der Urteilsgründe erhobenen Verfahrensrügen nicht ankommt. Im Übrigen ist das Rechtsmittel unbegründet im Sinne des § 349 Abs. 2 StPO.

A. Zum Fehlen einer Strafbarkeit gem. § 266 I StGB in den Fällen II.1. und II.2. der Urteilsgründe

[3 - 8] Die Schuldsprüche wegen Untreue in den Fällen II. 1. und II. 2. der Urteilsgründe haben keinen Bestand, da das Landgericht insoweit den Schaden nicht rechtsfehlerfrei festgestellt hat. [...]

II. Zur Annahme eines Vermögensnachteils durch das Landgericht

[9] Im Fall II. 1. der Urteilsgründe hat das Landgericht die pflichtwidrige Handlung i.S.d. § 266 Abs. 1 StGB in den angeordneten bzw. veranlassten Zahlungen gesehen. Das ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Jedoch begegnen die Ausführungen zu dem dem Angeklagten zurechenbaren Vermögensnachteil durchgreifenden rechtlichen Bedenken.

1. Voraussetzungen für einen Vermögensnachteil

[10] Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist unter Nachteil jede durch die Tathandlung verursachte Vermögenseinbuße zu verstehen. Die Vermögensminderung ist nach dem Prinzip der Gesamtsaldierung festzustellen, also auf Grund eines Vergleichs des Vermögensstands vor und nach der treuwidrigen Handlung. Ein Nachteil liegt daher nicht vor, wenn und soweit durch die Tathandlung zugleich ein den Verlust aufwiegender Vermögenszuwachs begründet wurde (st. Rspr.; vgl. nur BGHSt 15, 342, 343 f.).

2. Zur Ermittlung des Nachteils durch Gegenüberstellung von erbrachten Leistungen und Zahlungen

[11] Im Ansatz zutreffend hat das Landgericht zur Ermittlung des Vermögensnachteils im Sinne des Untreue tatbestandes den von dem Angeklagten an K geleisteten bzw. veranlassten Zahlungen in Höhe von insgesamt 8.234.411,40 DM die von K erbrachten Leistungen und die dadurch verdienten und abrechenbaren Honorare gegenübergestellt. Ob die Strafkammer insoweit den zutreffenden Berechnungsansatz gewählt hat, wird aus den Urteilsgründen indessen nicht ersichtlich; diese erweisen sich daher als lückenhaft.

a) Zur Bewertungsgrundlage des Landgerichts

[12] Als Bewertungsgrundlage der als erbracht angese-

henen Leistungen hat das Landgericht ausschließlich das am 14. Februar 1997 vertraglich vereinbarte Pauschalhonorar von 9.125.000 DM unter Berücksichtigung der vereinbarten Nebenkostenpauschale, des Sicherheitseinhalts sowie der Umsatzsteuer herangezogen. Zudem hat es von dem verdienten Honorar hinsichtlich der Leistungsphasen II und III einen Betrag in Höhe von 855.000 DM in Abzug gebracht, da die diesem Betrag korrespondierenden Leistungen von dem Architekturbüro S. erbracht worden seien. Bei der Bestimmung der Höhe des Honorars ist die Kammer der Methode der Einzelbewertung des Sachverständigen nicht gefolgt. Sie hat vielmehr die für den Angeklagten günstigere Wertungsmethode zugrunde gelegt, wonach bei Erteilung von Baugenehmigungen das gesamte Honorar bis zur Leistungsphase IV gemäß § 15 HOAI verdient sei. Zudem hat sie 50 % der Architektenleistungen zur Ausführungsplanung (Leistungsphase V gemäß § 15 HOAI) als erbracht angesehen. Danach belaufe sich das verdiente Architektenhonorar auf einen Betrag von 4.038.052,50 DM brutto und der konkrete Vermögensschaden der E angesichts der erfolgten Zahlungen auf 4.196.358,90 DM. Fachingenieurleistungen und den höheren Pauschalpreis gemäß Vertrag vom 14. März 1997 hat das Landgericht hingegen nicht berücksichtigt; diese Vereinbarung habe in eklatanter Weise gegen die Anweisung des Zeugen J verstoßen, einen Generalplanervertrag gerade nicht abzuschließen. Tatsächlich lägen auch keine abrechenbaren Ingenieurleistungen vor. Der Sachverständige habe insoweit keine K zurechenbaren Leistungen feststellen können, ebenso wenig solche, die den Leistungsbereichen der Generalplanerverträge zugeordnet werden könnten.

b) Zum Vermögensschaden bei Pauschalhonoraren

[13] Diese Prüfung zum Umfang des Untreueschadens ist unvollständig, weil sie die zwingende Regelung über die Mindestsätze nach der HOAI außer Betracht lässt.

[14] Zwar ist es grundsätzlich zulässig, für alle in der HOAI geregelten Architekten- und/oder Ingenieurleistungen ein Pauschalhonorar zu vereinbaren, mit dem alle vereinbarten Leistungen eines Auftrags - der sich auch auf mehrere Objekte beziehen kann - abgegolten sind und das genaue Honorarabrechnungssystem unterlaufen wird. Unterschreitet allerdings das Pauschalhonorar bei zutreffender Berechnung die Mindestsätze nach der HOAI, ohne dass die Voraussetzungen des § 4 Abs. 2 HOAI vorliegen, so ist die Pauschalhonorarvereinbarung unwirksam mit der Folge, dass gemäß § 4 Abs. 4 HOAI die Mindestsätze als vereinbart gelten (Vygen in Korbion/Mantscheff/Vygen HOAI 6. Aufl. § 4 Rdn. 49 ff.). Das Honorar richtet sich gemäß § 4 Abs. 1 HOAI nach der schriftlichen Vereinbarung "im Rahmen der durch diese Verordnung festgesetzten Mindest- und Höchstsätze", wobei die schriftliche Honorarvereinbarung bei Auftragserteilung getroffen wer-

den muss (Vygen aaO § 4 Rdn. 37). Nur innerhalb der von der HOAI aufgestellten Grenzen sind die Parteien frei, über das Honorar zu bestimmen (Vygen aaO § 4 Rdn. 2). Ein Verstoß gegen den Mindestpreischarakter der HOAI liegt aber nicht schon dann vor, wenn die Parteien einen der Parameter für die Honorarabrechnung verändert haben. Vielmehr kommt es darauf an, ob die *gesamte vertragliche Vereinbarung* zu einem Honorar unterhalb des richtigen, nach den Faktoren der HOAI ermittelten Mindestsatzes führt (BGH, Urteil vom 16. Dezember 2004 - VII ZR 16/03, NJW-RR 2005, 669; Koeble in Locher/Koeble/Frik HOAI 9. Aufl. § 4 Rdn. 11, 77 f.). Ob somit ein Verstoß gegen den Mindestpreischarakter vorliegt und der nach der HOAI berechnete Mindestsatz verlangt werden kann, hängt nicht von der Vereinbarung einzelner Faktoren ab, sondern davon, wie sich das Gesamtergebnis nach der Honorarvereinbarung zu dem Gesamtergebnis einer richtigen fiktiven Berechnung nach der HOAI verhält (Koeble aaO § 4 Rdn. 78).

[15] Gemessen daran kann den Urteilsgründen nicht entnommen werden, ob das zugrunde gelegte Pauschalhonorar bei einem Gesamtvergleich zu einem niedrigeren Honorar als nach den Mindestsätzen der HOAI geführt hätte. In Bezug auf die Architektenleistungen durfte das Landgericht den im Vertrag vom 14. Februar 1997 vereinbarten Pauschalpreis bei der Ermittlung des Schadens nur dann zugrunde legen, wenn dieser nicht den Betrag unterschritt, der sich aus einer insgesamt richtigen fiktiven Berechnung nach den Mindestsätzen der HOAI ergab. Eine solche Gegenüberstellung hat das Landgericht nicht vorgenommen. Die pauschalen Angaben des Zeugen Z, dass aus seiner kaufmännischen Sicht ein deutlich geringeres Architektenhonorar, auch unter Zugrundelegung des Rahmens der HOAI, angemessen gewesen wäre, sind insoweit nicht ausreichend.

c) Zur Zulässigkeit der getroffenen Pauschalhonorarvereinbarung

[16] Das Landgericht hätte ferner weitere Erwägungen zur Gültigkeit der zugrunde gelegten Pauschalhonorarvereinbarung anstellen müssen.

[17] Im Hinblick auf die in § 4 Abs. 1 HOAI vorgeschriebene Gleichzeitigkeit von Abschluss des Architekten- oder Ingenieurvertrages und der schriftlichen Honorarvereinbarung hätte es der Prüfung bedurft, ob und mit welchem Inhalt der Architektenvertrag im Zeitpunkt der Unterzeichnung der schriftlichen Honorarvereinbarung bereits wirksam abgeschlossen war. Denn eine spätere Änderung der Honorarvereinbarung ist - jedenfalls bis zur Beendigung der Architektentätigkeit - nicht zulässig. Erfolgt somit die schriftliche Honorarvereinbarung nicht bei Auftragserteilung, ist sie unwirksam, so dass die Regelung des § 4 Abs. 4 HOAI eingreift und die jeweiligen Mindestsätze als vereinbart

gelten (Vygen aaO § 4 Rdn. 24 f.; Koeble aaO § 4 Rdn. 34 ff.). Demgegenüber ist eine spätere - also nach Auftragserteilung erfolgte - Honorarvereinbarung immer dann möglich und damit wirksam, wenn sich nach Auftragserteilung das Leistungsziel in irgendeiner Form nach Art oder Umfang ändert (Vygen aaO § 4 Rdn. 33). Im Vertrag vom 14. Februar 1997 wurde festgelegt, dass die Leistungen der Leistungsphase I als bereits bezahlt anzusehen sind, weshalb schon vor Vertragsabschluss am 14. Februar 1997 ein anderes, möglicherweise mündliches oder durch konkludentes Verhalten zustande gekommenes Vertragsverhältnis bestanden haben könnte. Bei einer Änderung des Leistungsziels wären aber in Bezug auf das Gleichzeitigkeitserfordernis sowohl die Honorarvereinbarung vom 14. Februar 1997 als auch diejenige vom 14. März 1997 rechtswirksam, wobei hinsichtlich des Vertrages vom 14. März 1997 unklar bleibt, wie sich die Pauschale zwischen Architekten- und Ingenieurleistungen aufteilt. Das Landgericht legt seiner Berechnung des abrechenbaren Architektenhonorars das vereinbarte Pauschalhonorar in Höhe von 9.125.000 DM zugrunde und stellt insoweit nicht fest, ob und wenn ja in welcher Höhe sich durch den 1. und/oder 2. Nachtrag des Architektenvertrages vom 14. Februar 1997 der Pauschalpreis erhöht hat.

[18] Auch ist nicht nachvollziehbar, weshalb die Kammer bezogen auf die Leistungsphasen I bis IV zwischen den Architekten- und Ingenieurleistungen differenziert, da insgesamt - also auch hinsichtlich der Fachingenieurleistungen - Baugenehmigungen erteilt wurden, wie sich aus der Aussage des Zeugen M ergibt.

d) Kein Vermögensnachteil wegen Wertlosigkeit der erbrachten Leistungen

[19] Die Schadensermittlung beruht hier auf dem vom Landgericht gewählten fehlerhaften Berechnungsansatz. Entgegen der Ansicht des Generalbundesanwalts waren die durch K für das Projekt H. erbrachten Leistungen für den Auftraggeber E nicht wertlos.

aa) Zur Möglichkeit eines sog. "persönlichen Schadens-einschlags"

[20] Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kann eine Ausnahme von dem Grundsatz, dass bei Gleichwertigkeit von Leistung und Gegenleistung ein Vermögensnachteil zu verneinen ist, in Betracht kommen, wenn eine zwar objektiv gleichwertige Gegenleistung unter Berücksichtigung der individuellen Bedürfnisse und Verhältnisse des Geschädigten sowie der von ihm verfolgten Zwecke subjektiv wertlos ist, wobei auf den Standpunkt eines objektiven Betrachters abzustellen ist (vgl. nur BGHSt 16, 321, 325 f.). Die im angefochtenen Urteil getroffenen Feststellungen rechtfertigen eine solche Ausnahme jedoch nicht.

bb) Zum Fehlen der Voraussetzungen für einen "per-

sönlichen Schadenseinschlag” im vorliegenden Fall

[21] Das Landgericht hat gerade nicht festgestellt, dass die Gegenleistung von K für die E nicht zu dem vertraglich vorausgesetzten Zweck verwendbar war und sie diese auch nicht in anderer zumutbarer Weise verwenden konnte. Dass entgegen den Vorstellungen des Zeugen J kein Stararchitekt die Planungsleistungen erbracht hat, sondern die Architekten des Büros K, bietet für sich genommen keinen Anhalt für die Annahme der Wertlosigkeit der von K erbrachten Gegenleistung. Zwar ist der gesondert verfolgte Ka tatsächlich gelernter Maurer und kein Architekt, jedoch lag der wesentliche Teil der Leistungserbringung in der Hand ausgebildeter Architekten. Dies gilt etwa für den Zeugen P, Diplom-Ingenieur und Architekt, der als Projektleiter für den Bereich “Grandhotel” und “Logierhäuser” zuständig war. Auch der gesondert verfolgte Ho, ebenfalls Diplom-Ingenieur und Architekt, war unter anderem für die technische Bearbeitung zuständig, während sich der Zuständigkeitsbereich des anderweitig verfolgten Ka lediglich auf die Auftragsbeschaffung und die Vertragsverhandlungen erstreckte. Die erbrachten Leistungen der Architekten von K waren auch keineswegs wertlos, denn auf der Grundlage der von K eingereichten Bauanträge erhielt E für die vertragsgegenständlichen Bauvorhaben Baugenehmigungen.

III. Zum Vermögensnachteil bei Vereinbarung von Kick-Back-Zahlungen

[22] Auch im Fall II. 2. hätte das Landgericht die Mindestsätze der HOAI berücksichtigen müssen. Bezogen

auf das Projekt “F.” hat es die Untreuehandlung in der Vereinbarung einer dem Angeklagten zufließenden Provision gesehen. Ein daraus entstehender Nachteil i.S.d. § 266 StGB für den Geschäftsherrn, hier die E, kommt aber nur in Betracht, wenn der Zuwendende bereit gewesen wäre, seine Leistung auch zu einem um die Kick-Back-Zahlung reduzierten Entgelt zu erbringen. Der Schaden liegt dann darin, dass der Treupflichtige die konkrete und sichere Möglichkeit eines günstigeren Abschlusses nicht für seinen Geschäftsherrn realisiert hat (vgl. BGHSt 31, 232; Dierlamm in Münchener Kommentar § 266 Rdn. 231 m.w.N.). Zwar hat die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs bei Provisions- oder Schmiergeldzahlungen in der Regel einen Nachteil im Sinne des § 266 StGB angenommen. Dieser Rechtsprechung liegt die Erwägung zugrunde, dass jedenfalls mindestens der Betrag, den der Vertragspartner für Schmiergelder aufwendet, auch in Form eines Preisnachlasses dem Geschäftsherrn des Empfängers hätte gewährt werden können (BGHSt 50, 299, 314; BGH, Beschluss vom 11. November 2004 - 5 StR 299/03, jeweils m.w.N.). Dies würde hier aber bereits dann ausscheiden, wenn schon der ausgehandelte Pauschalpreis die Mindestsätze der HOAI unterschritt oder deren Mindestsätzen jedenfalls entsprach.

B. Zur Strafbarkeit gem. § 263 I StGB

[23] Die Verurteilung wegen Betruges im Fall II. 3. der Urteilsgründe hält rechtlicher Überprüfung stand. Insoweit wird auf die Ausführungen des Generalbundesanwalts in seiner Antragschrift vom 2. Juni 2009 verwiesen. [...]

Standort: § 306a I StGB**Problem: Teilweise Zerstören**

BGH, BESCHLUSS VOM 14.07.2009
3 STR 276/09 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Der Angeklagte hatte einen entzündeten Feuerwerkskörper durch ein offenes Wohnungsfenster geworfen, was dazu geführt hatte, dass in einem Kinderzimmer ein Brand entstand. Das Zimmer konnte mehrere Wochen nicht genutzt werden, außerdem mussten alle Möbel in der Wohnung aufwendig in Stand gesetzt werden.

Das Landgericht Hannover hatte den Angeklagten wegen schwerer Brandstiftung, § 306a I Nr. 1 StGB, verurteilt, da dieser das Wohngebäude vorsätzlich durch eine Brandlegung teilweise zerstört habe. Der BGH hob auf die Revision des Angeklagten hin die Verurteilung auf. Zum einen seien die eingetretenen Folgen der Tathandlung für ein teilweises Zerstören i.S.v. § 306a I StGB nicht ausreichend. Außerdem habe das Landgericht zu geringe Anforderungen an die Annah-

me eines entsprechenden Vorsatzes des Angeklagten angelegt.

Prüfungsrelevanz:

Brandstiftungsdelikte sind immer wieder Gegenstand von Prüfungsaufgaben in beiden Examen. Sie lassen sich zum einen hervorragend mit Problemen des Allgemeinen Teiles kombinieren, zum anderen kann man sie auch gut mit Vermögensdelikten (insb. §§ 263, 265 StGB) verbinden, die sich bei den Prüfern größter Beliebtheit erfreuen. Aber es gibt bei Brandstiftungsdelikten natürlich auch tatbestandsspezifische Probleme, insbesondere hinsichtlich der Anforderungen an die Tathandlungen. Der vom BGH in der vorliegenden Entscheidung diskutierte Frage nach den Voraussetzungen für ein “teilweises Zerstören”, das bei sämtlichen Brandstiftungsdelikten eine Tathandlung darstellt, dürfte hierbei eine hohe Examensrelevanz zukommen.

Bis zum 6. StrRG (1998) nannten die Brandstiftungs-

delikte, §§ 306 ff. StGB, als Tathandlung lediglich das Inbrandsetzen, das auch heute immer noch ein tatbestandsmäßiges Verhalten darstellt. Ein Inbrandsetzen ist dann gegeben, wenn das Tatobjekt oder zumindest funktionswesentliche Teile davon so vom Feuer erfasst sind, dass sie auch nach Entfernung des Zündstoffs selbstständig weiterbrennen (BGH, NStZ 2003, 204, 205; NStZ-RR 2007, 78; Fischer, § 306 Rn. 14; Joecks, § 306 Rn. 18; Küper, BT, S. 210). Wegen der heute beim Bau üblichen Verwendung feuerresistenter Materialien ist es jedoch vielfach ausgeschlossen, dass auch nur wesentliche Teile von Gebäuden selbstständig brennen. Weil der Gesetzgeber aber auch solche Fälle über die §§ 306 ff. StGB erfassen wollte, in denen das eigentliche Tatobjekt (z.B. ein Gebäude) zwar nicht selbstständig brennt aber doch durch Hitzeentwicklung, Rauch oder dergl. wesentlich beschädigt wird, hat er 1998 die Tathandlung des "durch eine Brandlegung ganz oder teilweise Zerstören", die in den Tatbeständen der §§ 305, 305a StGB ihren Ursprung hat, in die Brandstiftungsdelikte aufgenommen. Seitdem ist klargestellt, dass die Vollendung einer (schweren) Brandstiftung nicht zwingend voraussetzt, dass das eigentliche Tatobjekt selbst brennt.

Allerdings hat sich natürlich durch die neue Tathandlung bei den Brandstiftungsdelikten die Frage ergeben, wann denn deren Voraussetzungen vorliegen. Ein "teilweises Zerstören" setzt hierbei stets eine teilweise Zerstörung von Gewicht voraus (BGH, NJW 2003, 302, 303 = RA 2003, 66, 68; Fischer, § 306 Rn. 17; Radtke, NStZ 2003, 432). Eine solche ist dann gegeben, wenn das Tatobjekt wenigstens für einzelne seiner Zweckbestimmungen unbrauchbar gemacht wird, wenn ein für die ganze Sache zwecknötiger Teil unbrauchbar wird oder wenn einzelne Bestandteile der Sache, die für einen selbstständigen Gebrauch bestimmt und eingerichtet sind, gänzlich vernichtet werden, wobei aber eine Zerstörung der Sachsubstanz nicht erforderlich ist (BGHSt 44, 34, 38; BGH, NJW 2003, 302, 303 = RA 2003, 66, 68). Bei Mehrfamilienhäusern setzt dies voraus, dass zumindest ein zum selbstständigen Gebrauch bestimmter Teil des Wohngebäudes - d.h. eine zum Wohnen bestimmte, abgeschlossene "Untereinheit" - durch die Brandlegung für Wohnzwecke zumindest für eine beträchtliche Zeit nicht mehr genutzt werden kann (BGH, NJW 2003, 302, 303 = RA 2003, 66, 68).

Diese Rechtsprechung führt der BGH in der vorliegenden Entscheidung fort, indem er betont, dass die Unbenutzbarkeit eines einzelnen Zimmers einer Wohnung in einem Mehrfamilienhaus für das teilweise Zerstören des Tatobjektes des § 306a I Nr. 1 StGB (also des Mehrfamilienhauses) nicht ausreicht. Zumindest eine ganze der in dem Haus vorhandenen Wohnungen müsste unbenutzbar geworden sein, um von

einem vollendeten "teilweise Zerstören" ausgehen zu können.

Vertiefungshinweise:

Zum (teilweise) Zerstören i.S.d. §§ 306 ff. StGB: BGH, NStZ 2001, 252; 2007, 269; NStZ-RR 2007, 78; NJW 2003, 302 = RA 2003, 66; Cantzler, JA 1999, 474; Radtke, NStZ 2003, 432; Wrage, JR 2000, 360

Kursprogramm:

Examenskurs: "Kein Humor"

Leitsatz (der Redaktion):

Das Tatbestandsmerkmal "teilweise zerstört" i.S.v. § 306a I Nr. 1 StGB setzt bei einer Brandlegung in einem Mehrfamilienhaus voraus, dass zumindest eine Wohnung für eine beträchtliche Zeit zu Wohnzwecken nicht mehr benutzbar war.

Sachverhalt:

Der Angeklagte warf in zwei Fällen jeweils einen entzündeten Feuerwerkskörper durch ein geöffnetes Wohnungsfenster. In dem Fall, in dem das Landgericht eine vollendete schwere Brandstiftung angenommen hat, entstand ein Brand, durch den das Kinderzimmer so stark beschädigt wurde, dass es wegen einer erforderlichen Renovierung vier Wochen lang nicht genutzt werden konnte. Alle Möbel und Gegenstände in der gesamten Wohnung mussten aufwendig gesäubert und renoviert werden.

Aus den Gründen:

[1] Das Landgericht hat den Angeklagten wegen "schwerer Brandstiftung in zwei Fällen, wobei es in einem Fall bei einem Versuch blieb", zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren verurteilt. Hiergegen wendet sich der Angeklagte mit seiner auf die Rüge der Verletzung sachlichen Rechts gestützten Revision. Das Rechtsmittel hat Erfolg.

1. Würdigung des Landgerichts

[...] [3] Das Landgericht hat in beiden Fällen einen bedingten Brandstiftungsvorsatz mit der Begründung bejaht, dem Angeklagten sei bewusst gewesen, dass die in die Wohnungen geworfenen, entzündeten Feuerwerkskörper einen Wohnungsbrand auslösen könnten.

2. Entscheidung des BGH

[4] Die Verurteilung des Angeklagten kann nicht bestehen bleiben.

a) Zu den Voraussetzungen für ein "teilweise Zerstören" i.S.v. § 306a I Nr. 1 StGB

[5] Im zweiten Fall tragen die Feststellungen eine Ver-

urteilung wegen vollendeter schwerer Brandstiftung (§ 306 a Abs. 1 Nr. 1 StGB) nicht, denn ihnen lässt sich nicht entnehmen, dass das Wohngebäude in Brand gesetzt oder durch eine Brandlegung ganz oder teilweise zerstört wurde. Die erste Tatbestandsalternative ist nicht erfüllt, weil kein für den bestimmungsgemäßen Gebrauch des Gebäudes wesentlicher Bestandteil derart vom Feuer erfasst wurde, dass dieser selbständig, d. h. ohne Fortwirken des Zündmittels, weiter brannte (vgl. Fischer, StGB 56. Aufl. § 306 Rdn. 14 f.). Das Tatbestandsmerkmal "teilweise zerstört" setzt bei einer Brandlegung in einem Mehrfamilienhaus voraus, dass zumindest eine Wohnung für eine beträchtliche Zeit zu Wohnzwecken nicht mehr benutzbar war (vgl. BGHSt 48, 14, 20; BGH NSTz 2001, 252 und 2007, 270). Die festgestellte Unbenutzbarkeit des Kinderzimmers reicht somit nicht aus. Dass die gesamte Wohnung wegen einer starken Verrußung über längere Zeit nicht bewohnt werden konnte, lässt sich den Feststellungen nicht entnehmen.

b) Zur Annahme eines Brandstiftungsvorsatzes durch das Landgericht

[6] In beiden Fällen genügen die Ausführungen des Landgerichts nicht den Anforderungen, die an die Begründung eines bedingten Brandstiftungsvorsatzes zu stellen sind. Da bedingter Vorsatz und bewusste Fahrlässigkeit im Grenzbereich eng beieinander liegen,

müssen bei der Annahme bedingten Vorsatzes sowohl das Wissens- als auch das Willenselement sorgfältig geprüft werden. Insbesondere die Würdigung zum Willenselement muss sich mit den Feststellungen des Urteils zur Persönlichkeit des Täters auseinander setzen und alle für das Tatgeschehen bedeutsamen Umstände in Betracht ziehen. Geboten ist eine Gesamtschau aller objektiven und subjektiven Tatumstände (vgl. BGHSt 36, 1, 9 f.). Hieran fehlt es im vorliegenden Fall.

[7] Das Urteil enthält keine Ausführungen dazu, dass der Angeklagte das teilweise Zerstören der Wohnung oder ein Inbrandsetzen des Gebäudes billigend in Kauf genommen hat. Dies ergibt sich auch nicht von selbst aus den objektiven Feststellungen. Der nicht unerheblich alkoholisierte Angeklagte (Tatzeit-BAK: 1,4 bzw. 1,32 Promille) wollte die Inhaber der Wohnung nach seiner unwiderlegten Einlassung lediglich erschrecken. Er wusste nicht, ob die entzündeten Feuerwerkskörper, die nur kurze Zeit mit einem Feuerschweif abbrennen, auf leicht entflammbare Gegenstände fallen werden. Ein persönliches Interesse an einer Brandlegung hatte er nicht. Allein aus der Kenntnis von der allgemeinen Gefährlichkeit seines Handelns kann hier eine Billigung daher nicht abgeleitet werden (vgl. BGHR StGB § 15 Vorsatz, bedingter 2, 4, 9, 12).

Standort: § 132 II GVG

Problem: Keine Sperrwirkung einer Vorlage

BGH, BESCHLUSS VOM 09.12.2009

2 STR 433/09 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Das Landgericht Koblenz hatte in der Hauptverhandlung bei der Vernehmung einer Zeugin die Entfernung des Angeklagten gem. § 247 StPO angeordnet. Die Zeugin war dann in Abwesenheit vernommen und anschließend entlassen worden. Erst nach Entlassung der Zeugin wurde der Angeklagte wieder in den Sitzungssaal geführt.

Gegen seine anschließende Verurteilung hat der Angeklagte Revision eingelegt und diese insbesondere auf den absoluten Revisionsgrund des § 338 Nr. 5 StPO (Durchführung der Hauptverhandlung in Abwesenheit einer Person, deren Anwesenheit das Gesetz vorschreibt) gestützt. Er hatte hierbei gerügt, dass § 247 StPO nur die Entfernung des Angeklagten während der Vernehmung der Zeugin gestatte, nicht jedoch während der Verhandlung über die Entlassung der Zeugin. Diese stelle nämlich einen selbstständigen Verfahrensabschnitt dar, der nicht mehr zur Zeugenvernehmung gehöre. Da aber § 247 StPO die Entfernung des Angeklagten nur während der Zeugenvernehmung

erlaube, habe somit ein (selbstständiger) Teil der Hauptverhandlung in Abwesenheit des Angeklagten, also einer Person, deren Anwesenheit das Gesetz (vgl. § 231 StPO) vorschreibt, stattgefunden.

Diese Rechtsauffassung entspricht auch der bisherigen Rechtsprechung des BGH (vgl. BGH, NJW 1986, 267; NSTz 1997, 402; ebenso Meyer-Goßner, StPO, § 247 Rn. 9). Allerdings beabsichtigt der 5. Strafsenat eine Änderung der bisherigen Rechtsprechung in dem Sinne, dass die Entfernung des Angeklagten gem. § 247 StPO auch dessen Abwesenheit bei der Verhandlung über die Entlassung des Zeugen rechtfertigt. Deshalb hatte der 5. Strafsenat durch Beschluss vom 10.03.2009 (Az.: 5 StR 460/08) gem. § 132 III GVG bei den übrigen Senaten angefragt, ob sie mit einer entsprechenden Rechtsprechungsänderung einverstanden wären. Insbesondere der 2. Strafsenat (von dem auch die vorliegende Entscheidung stammt) hatte daraufhin mit Beschluss vom 17.06.2009 (Az.: 2 ARs 138/09) mitgeteilt, dass er an der bisherigen Rechtsprechung festzuhalten beabsichtige. Daraufhin hat der 5. Strafsenat mit Beschluss vom 11.11.2009 dem Großen Strafsenat des BGH die zwischen den Senaten streitige Rechtsfrage zur Entscheidung vorgelegt. Eine

Entscheidung des Großen Strafsenats des BGH ist bisher nicht erfolgt.

Der 2. Strafsenat ist deshalb in der vorliegenden Entscheidung davon ausgegangen, dass er allein durch den Vorlagebeschluss des 5. Strafsenats nicht an der Fortführung der bisherigen Rechtsprechung gehindert sei, und hat der Revision des Angeklagten stattgegeben.

Prüfungsrelevanz:

Das vorliegende Problem des Bestehens bzw. Nichtbestehens einer Sperrwirkung eines Vorlagebeschlusses an den Großen Strafsenat des BGH ist ein ziemlich spezielles, das eher im zweiten Examen angesprochen wird, in dem ja im Vergleich zum ersten Examen in erhöhtem Umfang Kenntnisse zu prozessualen Fragestellungen erwartet werden. Andererseits sind auch im ersten Examen Grundkenntnisse gerade zu den verschiedenen Rechtsbehelfen im Strafverfahren (zu denen die Anfrage- und Vorlagebeschlüsse gem. § 132 II, III GVG im weiteren Sinne auch gehören) erforderlich, sodass es nicht ausgeschlossen ist, dass auch dort eine entsprechende Frage aufgeworfen wird. Im ersten Examen mag dies u.U. als prozessuale Zusatzfrage in einer Klausur geschehen, wesentlich wahrscheinlicher ist jedoch in beiden Examen eine Auswertung des vorliegenden Beschlusses im Rahmen einer mündlichen Prüfung. Das auch angesprochene Problem des Umfangs der Entfernung des Angeklagten gem. § 247 StPO und wann diese einen absoluten Revisionsgrund i.S.v. § 338 Nr. 5 StPO darstellt, ist im zweiten Examen ein klassischer Examensgegenstand.

Um eine Einheitlichkeit der Rechtsprechung der verschiedenen Strafsenate des BGH zu gewährleisten, muss ein Senat, der von der Rechtsprechung eines anderen Senates abweichen will, bei diesem durch Beschluss anfragen, ob er mit einer entsprechenden Änderung der Rechtsprechung einverstanden ist, § 132 III GVG. Bei Zustimmung kann zur neuen Rechtsprechung übergegangen werden, anderenfalls wird die zwischen den Senaten streitige Rechtsfrage durch einen weiteren Beschluss dem Großen Strafsenat des BGH vorgelegt, § 132 II GVG, der dann eine für alle Senate verbindliche Antwort vorgibt.

Ein Problem, das sich in der Praxis immer wieder stellt, ist, ob ein BGH-Senat, der an der bisherigen Rechtsprechung festhalten will, an einer entsprechenden Entscheidung durch einen Anfrage- oder Vorlagebeschluss hinsichtlich einer entscheidungsrelevanten Rechtsfrage gehindert wird (sog. Sperrwirkung). Nach h.M. entfaltet ein Anfragebeschluss eine solche Sperrwirkung jedoch nicht (BGH, NStZ-RR 2004, 281; Meyer-Goßner, StPO, § 132 GVG Rn. 10). In der vorliegenden Entscheidung stellt der BGH klar, dass dies auch für einen Vorlagebeschluss gilt.

Vertiefungshinweise:

☐ Zum Umfang der Entfernung den Angeklagten gem. § 247 StPO: BGH, NJW 1986, 267; NStZ 1997, 402; 1999, 522; Peglau/Wilke, NStZ 2005, 188

☐ Zur fehlenden Sperrwirkung von Anfragebeschlüssen i.S.v. § 132 III GVG: BGH, NStZ-RR 2004, 281

Leitsatz (der Redaktion):

Die Vorlage einer Rechtsfrage an den Großen Strafsenat gem. § 132 II GVG hindert diejenigen Senate, die an der bisherigen Rechtsprechung festhalten wollen, nicht, auf dieser Grundlage weiter zu entscheiden.

Sachverhalt:

Das Landgericht hat für die Dauer der Vernehmung der Zeugin R die Entfernung des Angeklagten gemäß § 247 StPO angeordnet. Nachdem der Angeklagte den Sitzungssaal verlassen hatte, sagte die Zeugin zur Sache aus. Sie blieb nach richterlichem Ermessen unvereidigt und wurde anschließend entlassen. Erst danach wurde der Angeklagte wieder in den Sitzungssaal geführt und über den Inhalt der Vernehmung der Zeugin in seiner Abwesenheit informiert.

Aus den Gründen:

[1] Das Landgericht hat den Angeklagten wegen schwerer räuberischer Erpressung zu einer Freiheitsstrafe von acht Jahren verurteilt. Mit seiner Revision rügt der Angeklagte die Verletzung formellen und sachlichen Rechts. Das Rechtsmittel hat mit einer Verfahrensrüge Erfolg.

1. Zur Rechtsauffassung des 2. Senats

[2] Die Revision macht zu Recht geltend, dass der absolute Revisionsgrund des § 338 Nr. 5 StPO gegeben ist. [...]

[4] Nach ständiger Rechtsprechung des Senats, an der dieser festhält, gehört die Verhandlung über die Entlassung eines Zeugen nicht mehr zur Vernehmung, sondern bildet einen selbständigen Verfahrensabschnitt (vgl. zuletzt Beschluss vom 17. Juni 2009 - 2 ARs 138/09 m.w.N.). Eine angeordnete Entfernung des Angeklagten nach § 247 StPO erfasst nur die eigentliche Vernehmung des Zeugen, nicht aber die sich anschließende Verhandlung über die Entlassung. Wird ein Angeklagter - wie auch im vorliegenden Fall - erst nach der Entlassung einer Zeugin wieder in den Sitzungssaal geführt und über den Inhalt der Vernehmung unterrichtet, muss dies zur Aufhebung des angefochtenen Urteils führen.

2. Zur fehlenden Sperrwirkung des Vorlagebeschlusses des 5. Senats

[5] Soweit der 5. Strafsenat die für das Verfahren be-

deutsche Rechtsfrage mit Datum vom 11. November 2009 dem Großen Senat für Strafsachen zur Entscheidung vorgelegt hat (5 StR 460/08), bindet dies die vorliegende Entscheidung nicht. Dass ein Anfragebeschluss nach § 132 Abs. 3 GVG diejenigen Senate, die an der bisherigen Rechtsprechung festhalten wollen, nicht hindert, auf dieser Grundlage weiter zu entscheiden, hat der Bundesgerichtshof unter Hinweis auf eine fehlende Sperrwirkung (vgl. § 132 Abs. 2, 3; § 138

Abs. 1 Satz 3 GVG) bereits entschieden (BGHR GVG § 132 Anfrageverfahren 1; NStZ-RR 2004, 281). Nichts anderes kann aber gelten, wenn die Rechtsfrage dem Großen Senat zur Entscheidung vorgelegt worden ist. Die in dem Vorlagebeschluss geäußerte Rechtsansicht dient der Herbeiführung einer Rechtsprechungsänderung, ist aber selbst noch keine bindende Entscheidung, von der nur bei eigener Anrufung des Großen Senats abgewichen werden könnte.

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:	Rechtsanwalt Wolfgang Schmidt & Martin Jansen (<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.

Urteile in Fallstruktur

Standort: Öffentliches Recht

Problem: Erkennungsdienstliche Maßnahmen

OVG LÜNEBURG, BESCHLUSS VOM 16.09.2009
11 ME 402/09 (NVWZ 2010, 69)

Problemdarstellung:

Das OVG Lüneburg hatte sich vorliegend mit der Frage zu beschäftigen, ob es der Polizei in Niedersachsen erlaubt ist, personenbezogene Daten zu erheben, um Straftaten vorbeugen und/oder Vorsorge für die effektive Verfolgung von Straftaten treffen zu können. Konkret ging es um die Frage, ob nach § 15 I NSOG Fingerabdrücke genommen werden dürfen, wenn der Verdacht besteht, dass der einschlägig vorbestrafte Betroffene weitere Straftaten begehen wird (hier: Betrug im Rahmen sog. "Kaffeefahrten"). Das BVerfG hatte hierzu bereits vor einigen Jahren (RA 2005, 440 = DVBl 2005, 1192) eine grundlegende Entscheidung gefällt. Danach gilt Folgendes:

A. Die Gesetzgebungskompetenz des Landes aus Art. 70 GG für erkennungsdienstliche Maßnahmen ist (nur) zu bejahen, soweit es um die vorbeugende Bekämpfung von Straftaten, also Prävention geht. Soweit Vorsorge für die effektive Verfolgung von Straftaten betrieben wird, es also um Repression geht, hat der Bund die Kompetenz aus Art. 72, 74 I Nr. 1 GG, von der er in der StPO abschließenden Gebrauch gemacht hat (vgl. nur § 81b StPO). Somit bleibt für das Land im repressiven Bereich keine Lücke i.S.d. Art. 72 I GG.

B. Der niedersächsische Landesgesetzgeber hat darauf zwischenzeitlich reagiert. Das NSOG sah früher auch eine polizeiliche Kompetenz für erkennungsdienstliche Maßnahmen mit dem Zweck der Vorsorge für die effektive Verfolgung von Straftaten vor. Nachdem das BVerfG diese mit der o.g. Entscheidung mangels Gesetzgebungskompetenz für verfassungswidrig erklärt hatte, wurde sie aus dem NSOG gestrichen.

C. Nimmt die Polizei heute erkennungsdienstliche Maßnahmen im Zusammenhang mit Straftaten vor, stellt sich also das Abgrenzungsproblem, ob dies präventiv (zulässig) oder repressiv (unzulässig) geschieht. Streitig ist, wie diese Abgrenzung vorzunehmen ist:

I. Eine Ansicht will sie - grob gesagt - nach *objektiven* Kriterien vornehmen: Drohen durch den Betroffenen weitere Straftaten, sei ein präventives Handeln anzunehmen. Sei dies nicht der Fall, gehe es allein um die repressive Ahndung bereits begangener Verstöße.

II. Dieser Ansicht tritt das OVG Lüneburg vorliegend entgegen: Es komme nicht auf objektive Kriterien, sondern allein auf den *subjektiven* Willen der Behörde an. Es sei also zu erforschen, ob die Polizei aus präventiven oder repressiven Motiven heraus gehandelt habe (ersichtlich etwa anhand der von ihr selbst abgegebenen Begründung).

Prüfungsrelevanz:

Der Beschluss eignet sich hervorragend für Prüfungsaufgaben, weil er verwaltungs- und verfassungsrechtliche Fragen gleichermaßen streift. Hinzu kommt hier die prozessuale Problematik der nicht ordnungsgemäßen Begründung einer Anordnung der sofortigen Vollziehung (§ 80 III VwGO) und deren Folgen.

Die Entscheidung lässt sich grds. über die niedersächsischen Landesgrenzen hinaus auf andere Bundesländer übertragen, da die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern kein regionales Problem ist. Jedoch ist Vorsicht geboten: Die Regelungen zu erkennungsdienstlichen Maßnahmen unterscheiden sich von Land zu Land. Auch mag es sein, dass die vom OVG Lüneburg für Niedersachsen vertretene subjektive Abgrenzung zwischen Prävention und Repression nicht in jedem Bundesland herrschend ist (wenngleich das OVG in den Gründen ausführt, dies ergebe sich als zwingende Konsequenz aus der o.g. BVerfG-Entscheidung). Zu den Nachweisen auf die Rspr. anderer Oberverwaltungsgerichte vgl. die nachstehenden Vertiefungshinweise sowie die Falllösung.

Vertiefungshinweise:

☐ Zur Abgrenzung von Strafverfolgungsvorsorge und Gefahrenabwehr: *BVerfGE* 113, 348 = RA 2005, 440; *OVG Lüneburg*, NdsVBl 2009, 202; *Waechter*, Nord-ÖR 2005, 3933

☐ Aus der Rechtsprechung in anderen Bundesländern: *OVG Saarlouis*, Beschluss vom 13.3.2009 - 3 B 34/09; *VG Minden*, Urteil vom 30.06.2008 - 11 K 578/08

Kursprogramm:

☐ *Examenskurs*: "Parken nur für Töchter"

Leitsätze:

Die der Gesetzgebungskompetenz des Bundes (Art. 74 I Nr. 1 GG) zuzuordnende Strafverfolgungsvor-

sorge ist seit der Änderung des Niedersächsischen Gesetzes über die öffentliche Sicherheit und Ordnung durch das Gesetz vom 25. 11. 2007 (NdsGVBl 2007, 654) nicht mehr im Niedersächsischen Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung geregelt. Eine erkennungsdienstliche Maßnahme nach § 15 I 1 Nr. 2 NdsSOG kann daher nur (noch) zur Verhütung einer Gefahr, gegebenenfalls zur vorbeugenden Verhütung einer Gefahr angeordnet werden.

Sachverhalt:

Gegen den 1955 geborenen, in Niedersachsen wohnhaften Ast. liefen seit 1992 zahlreiche Ermittlungsverfahren hauptsächlich wegen Betruges im Zusammenhang mit Werbeverkaufsveranstaltungen (so genannte "Kaffeefahrten"). Auf Grund einer (erneuten) Anzeige wegen Warenkreditbetruges wurde ein Ermittlungsverfahren eingeleitet, in dessen Verlauf am 13.01.2009 von dem Ast. gem. § 81b Alt. 1 StPO Lichtbilder gefertigt und gespeichert wurden. Das Ermittlungsverfahren wurde anschließend eingestellt.

Weil der Ast. jedoch schon häufiger als Beschuldigter eines Strafverfahrens in Erscheinung getreten war und die Polizei weitere strafrechtliche Verfehlungen seinerseits befürchtete, ordnete die zuständige Polizeibehörde mit angefochtenem Bescheid vom 26.03.2009 formell ordnungsgemäß die Durchführung erkennungsdienstlicher Maßnahmen an, und zwar die Abnahme von Finger-, Handflächen- und Handkantenabdrücken sowie die Beschreibung und Messung des Ast. Zur Begründung wurde ausgeführt: "Diese Maßnahmen dienen präventiv-polizeilichen Aufgaben, nämlich der Gefahrenabwehr. Insbesondere wird der Polizei die Bekämpfung zukünftiger Verbrechen und Vergehen im Interesse eines wirksamen Schutzes der Allgemeinheit erleichtert."

Zudem wurde der Bescheid für sofort vollziehbar erklärt. Zur Begründung der sofortigen Vollziehungsanordnung hieß es: "Die Polizei muss jederzeit in der Lage sein, auch kurzfristig bei Verdacht von Straftaten Zeugen bzw. Beteiligten unmittelbar Lichtbilder vorlegen zu können". Gegen den Bescheid vom 26.3.2009 hat der Ast. Klage erhoben, über die noch nicht entschieden ist. Mit seinem Antrag begehrt er vorläufigen Rechtsschutz gegen den Bescheid vom 26.03.2009.

Hat der Antrag im vorläufigen Rechtsschutz Erfolg?

[Anm.: Der Fall ist nach niedersächsischem Landesrecht gelöst. § 15 des niedersächsischen Gesetzes über die öffentliche Sicherheit und Ordnung (NSOG) lautet auszugsweise:

§ 15: Erkennungsdienstliche Maßnahmen

(1) Die Verwaltungsbehörden und die Polizei können

erkennungsdienstliche Maßnahmen anordnen, wenn [...]

2. dies zur Verhütung von Straftaten erforderlich ist, weil die betroffene Person verdächtig ist, eine Tat begangen zu haben, die mit Strafe bedroht ist oder wegen einer Straftat verurteilt worden ist, und wegen der Art und Ausführung der Tat die Gefahr der Wiederholung besteht. Erkennungsdienstliche Maßnahmen werden von der Polizei durchgeführt. [...]

(3) Erkennungsdienstliche Maßnahmen sind die Abnahme von Finger- und Handflächenabdrücken, die Aufnahme von Lichtbildern, die Feststellung äußerer körperlicher Merkmale, Messungen und andere vergleichbare Maßnahmen.]

Lösung:

Der Antrag hat Erfolg, soweit er zulässig und begründet ist.

A. Zulässigkeit

1. Verwaltungsrechtsweg

Mangels aufdrängender könnte gem. § 40 I 1 VwGO der Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten eröffnet sein. Dann müsste eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art vorliegen.

1. Öffentlich-rechtliche Streitigkeit

Eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit liegt vor, sofern die streitentscheidenden Normen solche des öffentlichen Rechts sind. Der Ast. und die Polizeibehörde streiten um die Rechtmäßigkeit der Anordnung erkennungsdienstlicher Maßnahmen und die Speicherung von Lichtbildern des Ast.. Diese Frage beurteilt sich nach niedersächsischem Ordnungsrecht, namentlich nach § 15 I 1 Nr. 2 NSOG, dessen Zuordnungssubjekt mit der Polizei notwendigerweise ein Träger hoheitlicher Gewalt ist. Somit ist die Streitigkeiten öffentlich-rechtlich.

2. Nichtverfassungsrechtlicher Art

Der Ast. ist weder ein unmittelbar am Verfassungsleben beteiligter Rechtsträger noch Teil eines Verfassungsorgans, sodass allein deshalb mangels doppelter Verfassungsunmittelbarkeit (vgl. Hufen, Verwaltungsprozessrecht, A. 198) eine nichtverfassungsrechtliche Streitigkeit vorliegt.

3. Keine abdrängende Sonderzuweisung

Als abdrängende Sonderzuweisung kommt § 23 I EGGVG in Betracht. Über die Rechtmäßigkeit von Anordnungen, Verfügungen oder sonstigen Maßnahmen, die von den Justizbehörden auf dem Gebiet der Strafrechtspflege getroffen werden, entscheiden danach die ordentlichen Gerichte. Die Vorschrift könnte hier Anwendung finden, da gegen den Ast. ein straf-

rechtliches Ermittlungsverfahren lief. Allerdings war das Ermittlungsverfahren schon vor Anordnung der hier streitgegenständlichen, weiteren erkennungsdienstlichen Maßnahmen eingestellt worden. Zudem hat die Polizei diese Maßnahmen angeordnet, um "weitere strafrechtliche Verfehlungen" des ASt. zu verhindern, also aus rein präventiven Erwägungen heraus. § 23 I EGGVG bezieht sich aber nur auf das "Gebiet der Strafrechtspflege", also den Bereich repressiven Polizeihandelns. Somit findet § 23 EGGVG keine Anwendung. Der Verwaltungsrechtsweg ist eröffnet.

II. Statthafte Antragsart

Das Begehren des ASt. ist gem. §§ 122 I, 88 VwGO dahin auszulegen, dass er die Vollziehung der behördlichen Anordnung verhindern möchte. In Betracht kommt hierfür ein Antrag nach § 80 V 1 2. Fall VwGO auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung seiner Klage. Das Aussetzungsverfahren nach §§ 80 V, 80a VwGO ist gegenüber dem Anordnungsverfahren auf Erlass einer einstweiligen Anordnung nach § 123 I VwGO spezieller, § 123 V VwGO. Ein Antrag nach § 80 V 1 VwGO ist statthaft, wenn es um die Vollziehung eines belastenden Verwaltungsakts geht, mithin eine Anfechtungssituation vorliegt. Vorliegend wendet sich der ASt. gegen die Anordnung erkennungsdienstlicher Maßnahmen. Die Anordnung solcher Maßnahmen ist ein Verwaltungsakt i.S.d. § 35 S. 1 VwGO. Insbesondere kommt ihr Regelungswirkung zu, da der ASt. den Anordnungen Folge zu leisten und ihre Konsequenzen zu dulden hat. Somit handelt es sich um eine Anfechtungssituation, ein Antrag nach § 80 V 1 VwGO ist statthaft, hier in Gestalt der 2. Alternative, gerichtet auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung seiner Klage, nachdem die Behörde die sofortige Vollziehung der Verfügung nach § 80 II Nr. 4 VwGO angeordnet hat.

[Anm.: Es handelte sich hingegen nicht um einen Fall des § 80 II Nr. 2 VwGO. Zwar hat die Polizei gehandelt; es ist jedoch nichts dafür ersichtlich, dass durch den ASt. so bald die Begehung neuer Straftaten drohte, dass die Anordnung "unaufschiebbar" i.S.d. § 80 II Nr. 2 VwGO war.]

III. Antragsbefugnis

Im Verfahren nach § 80 V 1 VwGO folgt das Erfordernis der Antragsbefugnis aus § 42 II VwGO entsprechend. Hier besteht zumindest die Möglichkeit, dass der ASt. als Adressat der ihn belastenden Maßnahmen in seinen Rechten aus Art. 2 I i.V.m. 1 I GG verletzt ist. Diese schützen sein allgemeines Persönlichkeitsrecht, das durch die Datenerhebung und -speicherung in Gestalt des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung verletzt sein könnte.

IV. Antragsgegner

Richtige Antragsgegnerin ist nach §§ 78 I Nr. 2 VwGO analog i.V.m. § 8 I NdsAGVwGO die handelnde Landesbehörde, hier also die zuständige Polizeidirektion.

V. Rechtsschutzbedürfnis

Ein Rechtsschutzbedürfnis für einen Antrag nach § 80 V 1 VwGO ist nur gegeben, wenn der Antragsteller Widerspruch oder Klage erhoben hat, diese keine aufschiebende Wirkung nach § 80 I 1 VwGO haben und nicht offensichtlich unzulässig sind.

1. Widerspruch oder Klage erhoben

Es besteht Streit darüber, ob die Zulässigkeit des Antrags nach § 80 V 1 VwGO voraussetzt, dass spätestens gleichzeitig mit dem Antrag nach § 80 V 1 VwGO auch Widerspruch oder Klage gegen den Grund-VA erhoben wird. Dies ist allerdings hier unerheblich, da der ASt. gleichzeitig mit seinem Antrag nach § 80 V 1 VwGO Klage erhoben hat. Diese Anfechtungsklage ist für sich gesehen der aufschiebenden Wirkung fähig, § 80 I VwGO. Er richtet sich bei eröffnetem Verwaltungsrechtsweg gegen einen tatsächlich vorliegenden Verwaltungsakt; außerdem ist nichts dafür ersichtlich, dass dem eingelegten Rechtsbehelf wegen offensichtlicher Unzulässigkeit von vornherein keine aufschiebende Wirkung zukäme.

2. Keine aufschiebende Wirkung

Der erhobenen Klage dürfte nicht die gesetzlich grundsätzlich vorgesehene aufschiebende Wirkung des § 80 I 1 VwGO zukommen. Da die Behörde die sofortige Vollziehung gem. § 80 II 1 Nr. 4 VwGO angeordnet hat, ist die aufschiebende Wirkung der vom ASt. erhobenen Klage entfallen.

3. Nicht offensichtlich unzulässig

Anhaltspunkte dafür, dass der Hauptsacherechtsbehelf offensichtlich unzulässig sein könnte, sind nicht ersichtlich.

Somit ist der Antrag zulässig.

B. Antragshäufung

Der ASt. richtet sich gegen die Anordnung der Speicherung seiner Lichtbilder einerseits und gegen die Erhebung weiterer Daten andererseits. Darin liegt eine Antragshäufung, die analog § 44 VwGO zulässig ist, da sich die Anträge gegen den selben Antragsgegner richten, vor dem selben Verwaltungsgericht spielen und, da es in beiden Fällen um die Verhinderung weiterer vom ASt. potenziell ausgehender Straftaten geht, in einem zumindest tatsächlichen Zusammenhang stehen.

C. Begründetheit

Der Antrag ist begründet, wenn die Anordnung der sofortigen Vollziehung formell fehlerhaft erfolgt ist und/oder bei summarischer Abwägung aller Umstände davon auszugehen ist, dass das Interesse des Betroffenen an dem einstweiligen Nichtvollzug gegenüber dem öffentlichen Interesse an der sofortigen Vollziehung vorrangig ist.

*I. Formelle Rechtswidrigkeit der Anordnung der sofortigen Vollziehung**1. Zuständigkeit*

Die Behörde müsste für die Anordnung der sofortigen Vollziehung zuständig gewesen sein. Zuständig für den Erlass ist nach § 80 II 1 Nr. 4 VwGO sowohl die Behörde, die den Verwaltungsakt erlassen hat, als auch die Widerspruchsbehörde. Hier hat die Ausgangsbehörde und damit die zuständige Behörde die sofortige Vollziehung angeordnet.

2. Verfahren

Streitig ist, ob bezüglich der Anordnung der sofortigen Vollziehung eine besondere Anhörung nach § 1 Nds.VwVfG, § 28 I VwVfG erforderlich ist. Diese Vorschrift erfasst ihrem Wortlaut nach nur belastende Verwaltungsakte. Mithin hängt der Streit mit der Frage zusammen, ob die Anordnung der sofortigen Vollziehung ein eigenständiger Verwaltungsakt ist. Darauf kommt es hier an, denn eine Anhörung des ASt. ist nicht erfolgt.

a. Anwendbarkeit des § 28 VwGO

Dies wird teilweise mit Blick auf die konstituierenden VA-Merkmale des § 1 Nds.VwVfG, § 35 VwVfG bejaht, die auch bei einer Vollziehungsanordnung erfüllt seien und eine Anwendung des § 1 Nds.VwVfG, § 28 VwVfG rechtfertigten. Anderenfalls sei § 1 Nds.VwVfG, § 28 VwVfG jedenfalls analog anzuwenden, da es bei der Anordnung der sofortigen Vollziehung um elementare Rechtspositionen gehen könne (Kopp/Schenke, VwGO, § 80 Rn. 82; Redeker/von Oertzen, VwGO, § 80 Rn. 27). Danach ist die vorherige Anhörung grundsätzlich erforderlich, sofern sie nicht wegen besonderer Eilbedürftigkeit entfallen kann oder die Voraussetzungen einer Ausnahme, insbesondere § 1 Nds.VwVfG, § 28 II Nr. 1 VwVfG gegeben sind.

b. Unanwendbarkeit des § 28 VwGO

Überwiegend wird die VA-Qualität der Vollziehungsanordnung verneint (vgl. OVG Rh.-Pf., NVwZ 1988, 748; OVG SH, DÖV 1993, 169), da die Anordnung des sofortigen Vollzugs kein Verwaltungsverfahren im Sinne von § 1 Nds.VwVfG, § 9 VwVfG abschließen, keine Bestandskraft erlangen könne (vgl. Kaltenborn,

DVBl 1999, 828 [820] und nicht selbständig vollziehbar sei. Sie enthalte keine materielle, sondern allein eine verfahrensrechtliche Regelung und sei, anders als Verwaltungsakte, nicht mit Widerspruch und Anfechtungsklage angreifbar, sondern nur im Verfahren nach § 80 V VwGO. Nach dieser Auffassung ist § 1 Nds.VwVfG, § 28 I VwVfG auf die Vollziehungsanordnung nicht anwendbar, so dass es keiner besonderen Anhörung des Betroffenen bedarf.

c. Stellungnahme

Der letztgenannten Auffassung ist aus zwei Zusatzerwägungen heraus zuzustimmen. Zum einen ist § 80 VwGO in Bezug auf das Verfahren der sofortigen Vollziehung abschließend. Dies wird insbesondere durch § 80 II 1 Nr. 4, III VwGO deutlich, welche die formellen Voraussetzungen einer Vollziehungsanordnung im speziellen regeln. Zum anderen würde eine VA-Qualität bedeuten, dass ein Rechtsbehelf mit aufschiebender Wirkung gegen eine Vollziehungsanordnung möglich wäre. Das hieße aber, dass die Behörde dann die Vollziehung der Vollziehungsanordnung anordnen müsste, um das Verfahren voranzutreiben, wogegen wiederum ein suspendierender Rechtsbehelf möglich wäre. Eine solche Endloskette von Vollziehungsanordnungen und Widersprüchen bzw. Klagen kann vom Gesetzgeber nicht gewollt sein. Somit ist die Anordnung der sofortigen Vollziehung nicht schon allein wegen der fehlenden Anhörung des ASt. rechtswidrig.

3. Form

Es könnte jedoch ein Verstoß gegen die Formvorschrift des § 80 III VwGO vorliegen. Danach ist das besondere Interesse an der sofortigen Vollziehung schriftlich zu begründen, es sei denn, es ist einer der Befreiungsgründe des § 80 III 2 VwGO gegeben. Diese Begründung muss erkennen lassen, warum gerade im konkreten Einzelfall eine sofortige Vollziehung des VA geboten ist. Eine nur floskelhafte Begründung, lediglich der Verweis auf die Begründung des zu vollziehenden VAs oder die Wiederholung des Gesetzeswortlauts genügen hingegen nicht. Das OVG Lüneburg hält die hier gegebene Begründung für nicht ausreichend, weil sie sich nur zu den bereits zuvor genommenen Lichtbildern verhielt, nicht aber zu den hier streitgegenständlichen weiteren erkennungsdienstlichen Maßnahmen:

“Es mangelt schon an der in § 80 III 1 VwGO geforderten Begründung für den angeordneten Sofortvollzug hinsichtlich der aufgegebenen weiteren erkennungsdienstlichen Behandlung. Nach der ständigen Rechtsprechung des BVerfG erfordert die Anordnung der sofortigen Vollziehung ein besonderes öffentliches Interesse, das über jenes Interesse hinausgeht, das den Verwaltungsakt selbst rechtfertigt (BVerfGE 35, 382

= NJW 1974, 227; BVerfG, AuAS 1996, 62). Der Rechtsschutzanspruch des Bürgers ist dabei umso stärker und darf umso weniger zurückstehen, je schwerwiegender die ihm auferlegte Belastung ist und je mehr die Maßnahme der Verwaltung Unabänderliches bewirkt. Die Anordnung erkennungsdienstlicher Maßnahmen stellt einen schwerwiegenden Eingriff in die Persönlichkeitssphäre des Betroffenen dar. Ihr Gewicht wird durch die Anordnung der sofortigen Vollziehung noch zusätzlich verschärft. Es muss daher entsprechend den obigen Grundsätzen und mit Rücksicht auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz stets ein besonderes, über die Voraussetzung für die Anordnung erkennungsdienstlicher Maßnahmen hinausgehendes Erfordernis vorliegen.

Diesen Vorgaben entspricht der angefochtene Bescheid nicht; denn die in ihm für die Anordnung des Sofortvollzuges gegebene Begründung bezieht sich nur auf das besondere Vollzugsinteresse an der [hier] nicht streitgegenständlichen Speicherung der [...] schon gefertigten Lichtbilder. Es heißt in der Begründung zum Sofortvollzug nämlich nur, dass die Polizei in der Lage sein müsse, "kurzfristig bei Verdacht von Straftaten Zeugen bzw. Beteiligter unmittelbar Lichtbilder vorlegen zu können". Ausführungen, warum neben der angeordneten Speicherung der bereits gefertigten Lichtbilder auch die angeordnete weitere erkennungsdienstliche Behandlung (Fingerabdrücke etc.) für sofort vollziehbar erklärt worden ist, sind der Begründung dagegen nicht zu entnehmen."

d. Zwischenergebnis

Die Anordnung der sofortigen Vollziehung entsprach nicht den Formerfordernissen des § 80 III VwGO. Sie ist formell rechtswidrig, der Antrag des ASt. ist allein aus diesem Grund schon begründet.

II. Interessenabwägung

Das private Aussetzungsinteresse könnte darüber hinaus das öffentliche Vollzugsinteresse überwiegen. Fraglich ist jedoch, ob das Verwaltungsgericht nach Feststellung der formellen Fehlerhaftigkeit der Anordnung der sofortigen Vollzugsanordnung überhaupt in eine Sachprüfung eintritt. Dafür sprechen vor allem prozessökonomische Gründe: Die Behörde könnte eine neue, formgerechte Anordnung der sofortigen Vollziehung treffen und Anstalten machen, den VA von neuem zu vollziehen. Hiergegen müsste der ASt. sich erneut mit einem vorläufigen Rechtsschutzantrag wenden. Stellt das Gericht hingegen auch das Überwiegen seines Suspensivinteresses fest, würde der Behörde eine Nachbesserung bei den Formalien nichts bringen, den Parteien bliebe eine weitere Auseinandersetzung erspart. Die ganz h.M. geht daher zu Recht davon aus, dass eine Interessenabwägung immer, d.h. auch bei formell rechtswidriger Vollziehungsanord-

nung vorzunehmen ist (BayVGH, BayVBl. 1982, 756 f.). So sieht es auch das OVG Lüneburg:

"Unabhängig von dieser formalen Betrachtungsweise ist die Anordnung der weiteren erkennungsdienstlichen Behandlung (Fingerabdruck etc.) aller Voraussicht nach auch als rechtswidrig anzusehen, weil die Ag. bei Erlass des angefochtenen Bescheides das ihr eingeräumte Ermessen nicht zureichend ausgeübt hat."

1. Erfolgsaussichten in der Hauptsache

Ob das Suspensivinteresse des ASt. oder das Vollzugsinteresse der Allgemeinheit überwiegt, richtet sich zunächst und vor allem nach den Erfolgsaussichten in der Hauptsache. Im vorläufigen Rechtsschutz soll gewinnen, wer auch am Ende obsiegt. In der Hauptsache war hier eine Anfechtungsklage zu erheben, die in ihren Erfolgsaussichten gem. § 113 I 1 VwGO zunächst entscheidend davon abhängt, ob der angefochtene VA rechtswidrig ist oder nicht.

Hier geht es um den Bescheid der Ag. vom 26.03.2009, mit welchem sie die Durchführung erkennungsdienstlicher Maßnahmen angeordnet hat, und zwar die Abnahme von Finger-, Handflächen- und Handkantenabdrücken sowie die Beschreibung und Messung des Ast. Fraglich ist, ob dieser Bescheid rechtmäßig ist. Das ist der Fall, soweit er auf einer wirksamen Ermächtigungsgrundlage beruht und deren formelle und materielle Voraussetzungen vorliegen.

a. Ermächtigungsgrundlage

aa. § 81b, 2. Fall StPO

Als Ermächtigungsgrundlage kommt zunächst § 81b, 2. Fall StPO in Betracht. Soweit es für die Zwecke des Erkennungsdienstes notwendig ist, dürfen Lichtbilder und Fingerabdrücke des Beschuldigten danach auch gegen seinen Willen aufgenommen und Messungen und ähnliche Maßnahmen an ihm vorgenommen werden. Diese Maßnahme hat - obschon in der StPO geregelt - rein präventiven Charakter, da sie nicht der Verfolgung bereits begangener, sondern der Verhinderung zukünftiger Straftaten dient. Sie entspricht damit genau der Intention der handelnden Polizeibehörde, die den ASt. ja deshalb weiterer erkennungsdienstlicher Maßnahmen unterziehen wollte, um "weitere strafrechtliche Verfehlungen seinerseits zu verhindern".

Allerdings muss es sich beim Normadressaten des § 81b, 2. Fall StPO um einen "Beschuldigten" handeln, mit anderen Worten also ein Ermittlungsverfahren gegen ihn anhängig sein. Gegen den ASt. war ein solches ursprünglich anhängig, im Zeitpunkt der Anordnung der hier streitgegenständlichen Maßnahmen jedoch bereits eingestellt worden. Nach Einstellung ist § 81b, 2. Fall StPO nicht mehr anwendbar (Kramer, JR 1994, 227; Meyer-Goßner, StPO, § 81b Rn 7). Das

sieht auch das OVG Lüneburg so:

“Die Anordnung der weiteren erkennungsdienstlichen Behandlungen [ist] zu Recht nicht auf § 81b Alt. 2 StPO gestützt worden, weil der Ast. bei Erlass des Bescheides nicht mehr Beschuldigter eines Strafverfahrens war.”

bb. § 15 I 1 Nr. 2 NSOG

Als Rechtsgrundlage kam daher nur § 15 I 1 Nr. 2 NdsSOG in Betracht. Danach kann die Polizei erkennungsdienstliche Maßnahmen anordnen, wenn dies zur Verhütung von Straftaten erforderlich ist, weil die betroffene Person verdächtig ist, eine Tat begangen zu haben, die mit Strafe bedroht ist oder wegen einer Straftat verurteilt worden ist und wegen der Art und Ausführung der Tat die Gefahr der Wiederholung besteht.

b. Formelle Rechtmäßigkeit

Die formelle Rechtmäßigkeit ist laut Sachverhalt gegeben.

c. Materielle Rechtmäßigkeit

In materieller Hinsicht müsste zunächst der Tatbestand der Ermächtigungsgrundlage erfüllt sein. Dieser sieht vor, dass erkennungsdienstliche Maßnahmen “zur Verhütung von Straftaten erforderlich” sein müssen.

aa. Abgrenzung zwischen Verhütung von Straftaten und Vorsorge für die spätere Strafverfolgung

Die “Verhütung von Straftaten” ist namentlich zu unterscheiden von Maßnahmen, die nicht der Verhütung (Prävention), sondern nur der leichteren Strafverfolgung (Repression) dienen. Auf letztere erstreckt sich § 15 I 1 Nr. 2 NSOG schon seinem Wortlaut nach nicht; im Übrigen hätte das Land Niedersachsen nicht die Gesetzgebungskompetenz für eine solche Regelung, weil diese nach Art. 74 I Nr. 1 GG - “gerichtliches Verfahren” - beim Bund liegt. Dies erkennt auch das OVG Lüneburg an, wobei es sich der hierzu ergangenen Rechtsprechung des BVerfG anschließt:

“Nachdem das BVerfG zum NSOG mit Urteil vom 27.07.2005 (BVerfG, RA 2005, 440 = NJW 2005, 2603) [...] zwischen der Gesetzgebungskompetenz des Bundes zur Regelung der dem gerichtlichen Verfahren i.S. des Art. 74 I Nr. 1 GG zuzuordnenden Vorsorge für die spätere Verfolgung von Straftaten einerseits und der Gesetzgebungskompetenz der Länder zur Regelung der Verhütung von Straftaten einschließlich einer vorbeugenden Verhütung als Aufgabe der Gefahrenabwehr andererseits unterschieden hat, hat der niedersächsische Gesetzgeber diesen Vorgaben durch das o.a. Änderungsgesetz vom 25.11.2007 Rechnung getragen. Die Vorsorge für die Verfolgung von Straftaten (Strafverfolgungsvorsorge) ist seitdem nicht

(mehr) im niedersächsischen SOG geregelt (OVG Lüneburg, NdsVBl 2009, 202). Auf der Grundlage des § 15 I 1 Nr. 2 NdsSOG in seinem derzeitigen Wortlaut kann daher lediglich zur Verhütung von Gefahren eine erkennungsdienstliche Maßnahme angeordnet werden.”

bb. Streit über die Abgrenzungskriterien

Nach welchen Kriterien zwischen nach Landesrecht zulässigen erkennungsdienstlichen Maßnahmen zur (präventiven) Verhütung von Straftaten und der unzulässigen (repressiven) Strafverfolgungsvorsorge abzugrenzen ist, ist umstritten.

(1). Nach Personenkreisen

In der aktuellen Rechtsprechung wird vielfach nach Personenkreisen abgegrenzt. Ergebe eine objektive Gesamtschau aller Umstände (z.B. nach Art, Schwere und Begehungsweise der dem Betroffenen zur Last gelegten Straftaten, ferner nach seiner Persönlichkeit und der Begehungsdauer), dass der Betroffene auch künftig zum Kreis potenzieller Verdächtiger noch aufzuklärender Straftaten gehören werde, seien die jeweiligen landesrechtlichen Regelungen über erkennungsdienstliche Maßnahmen zur präventiven Verhütung von Straftaten (weiterhin) anwendbar, wenn - in Abgrenzung zu § 81b Alt. 2 StPO - der Betroffene nicht (mehr) Beschuldigter im Sinne der StPO sei (OVG Saarlouis, Beschluss vom 13.3.2009 - 3 B 34/09; VG Minden, Urteil vom 30.06.2008 - 11 K 578/08 unter Hinweis auf die bisherige BVerwG-Rechtsprechung, z.B. BVerwG, NJW 2006, 1225; BVerwGE 66, 192 = NJW 1983, 772).

(2). Nach Finalität

Demgegenüber hält es das OVG Lüneburg vorliegend für irrelevant, ob der Betroffene künftig zum Kreis potenziell Verdächtiger zählen wird. Es hält vielmehr allein die polizeiliche Zielrichtung der Maßnahme für ausschlaggebend:

“Auf Grund der o.a. Rechtsprechung des BVerfG kann diese Abgrenzung nach Personenkreisen nicht mehr aufrechterhalten werden. Abgrenzungskriterium ist vielmehr das angestrebte Ziel. § 15 NdsSOG ermöglicht [...] eine erkennungsdienstliche Behandlung ohne Einschränkung des Personenkreises nur (noch) aus Gründen der Gefahrenabwehr, also zur Verhinderung von Straftaten. Auf die Frage, ob die angeordnete erkennungsdienstliche Maßnahme geeignet ist, spätere Ermittlungen - den Betroffenen belastend oder entlastend - zu fördern, kommt es im Rahmen der landesrechtlichen Vorschriften nicht (mehr) an. § 81b Alt. 2 StPO ermöglicht dagegen eine erkennungsdienstliche Behandlung (nur) zur Strafverfolgungsvorsorge und (nur) gegenüber einem Beschuldigten.”

(3). Stellungnahme

Für die zweite Ansicht spricht insbesondere die Kompetenzverteilung des Grundgesetzes. Danach obliegt den Ländern nach Art. 70 GG (nur) das Gesetzgebungsrecht für die Gefahrenabwehr, wohingegen der Bund aus Art. 74 I GG das Gesetzgebungsrecht für die Strafverfolgung innehat. Nur eine klare Trennung zwischen präventiv und repressiv motiviertem polizeilichen Handeln wird dieser Kompetenzverteilung gerecht. Die potenzielle, zukünftige Täterschaft einer betroffenen Person, auf welche die erste Ansicht abstellt, sagt hingegen nichts darüber aus, ob die in der Gegenwart angeordneten Maßnahmen präventiv oder repressiv motiviert waren. Denn erkennungsdienstliche Maßnahmen können objektiv beiden Zwecken dienen. Eine klare Trennung lässt sich letztlich - mit der zweiten Ansicht - nur subjektiv aus der Motivation der handelnden Polizei heraus beurteilen, welche wiederum aufgrund der Aktenlage (z.B. nach der Begründung des VAs) zu ergründen ist.

cc. Subsumtion

Ausgehend von dieser Ansicht meint das OVG Lüneburg, dass die im vorliegenden Fall angeordneten erkennungsdienstlichen Maßnahmen nicht mit dem (zulässigen, präventiven) Ziel der Verhütung von Straftaten, sondern in Wahrheit aus Gründen der (unzulässigen, repressiven) Strafverfolgungsvorsorge angeordnet wurden:

“Die [im angefochtenen Bescheid] angeführten Erwägungen sprechen dafür, dass sich die anordnende Polizeiinspektion bei Erlass des Bescheides über die zwischenzeitlich geänderte Zielrichtung des § 15 I 1 Nr. 2 NdsSOG nicht im Klaren war. [...] In der Begründung wird zwar ausgeführt, die Maßnahme diene präventiv-polizeilichen Aufgaben, nämlich der Gefahrenab-

wehr. Damit dürfte letztlich aber die Strafverfolgungsvorsorge gemeint sein, denn es heißt weiter, die erkennungsdienstliche Behandlung diene insbesondere dazu, der Polizei die Bekämpfung zukünftiger Verbrechen und Vergehen im Interesse eines wirksamen Schutzes der Allgemeinheit zu erleichtern. Diese Formulierung deutet darauf hin, dass sich die Ag. im Wesentlichen von Gesichtspunkten der Strafverfolgungsvorsorge hat leiten lassen. Auch im Weiteren folgt die Begründung dem Aufbau, der in der Regel bei Anordnungen von erkennungsdienstlichen Maßnahmen nach § 81b Alt. 2 StPO, also zum Zwecke der Strafverfolgungsvorsorge gewählt wird. Konkrete Darlegungen, warum die angeordnete erkennungsdienstliche Maßnahme erforderlich ist, um den Ast. (nicht nur bei etwaigen erneuten Straftaten überführen oder entlasten zu können, sondern) generell von weiteren Straftaten abhalten zu können, enthält der Bescheid nicht.”

[Anm.: Das OVG Lüneburg lässt im Weiteren offen, ob eine erkennungsdienstliche Behandlung nicht immer mutmaßliche Täter von weiteren Straftaten abhalten könne mit der Folge, dass sie generell (zumindest auch) präventiven Charakter habe (so wohl VGH München, Beschluss vom 17.11.2008 - 10 C 8.2872). Denn der Bescheid wäre dann jedenfalls ermessensfehlerhaft gewesen, weil er entsprechende Ermessenserwägungen nicht enthielt.]

2. Ergebnis

Der Tatbestand der Ermächtigungsgrundlage ist nicht erfüllt, der angefochtene Bescheid ist rechtswidrig. Der Ast. wird auch in der Hauptsache obsiegen, so dass auch sein Suspensivinteresse überwiegt. Der Antrag hat (auch) aus diesem Grund Erfolg.

Standort: Schadensrecht

OLG KARLSRUHE, URTEIL VOM 12.05.2009
4 U 173/07 (NJW-RR 2010, 96)

Problemdarstellung:

Am Motorrad des Kl. entstand ein unfallbedingter Schaden. Die Reparaturkosten zur Instandsetzung betragen ca. 6.200 € und liegen damit unter den Kosten für eine Wiederbeschaffung. Nach dem Unfall setzte der Kl. das Motorrad derart instand, dass es zwar fahrtauglich, aber nicht verkehrssicher i.S.d. StVZO war. Bis zur Weiterveräußerung des Motorrades – ca. zehn Monate nach dem Unfall – fuhr der Kl. noch insgesamt 1.500 Km. Von der bekl. Haftpflichtversicherung des Unfallverursachers verlangt er Ersatz der gutachterlich festgestellten Reparaturkosten. Die Klage hatte vor dem Landgericht Erfolg.

Problem: Fiktive Abrechnung

Hiergegen wendet sich die Bekl. mit ihrer Berufung. Sie meint, eine Abrechnung fiktiver Reparaturkosten komme nicht in Betracht. Verlangt werden könne nur der Wiederbeschaffungswert des Motorrades abzüglich des Restwertes. Hierbei sei zu berücksichtigen, dass dem Kl. der außerordentlich günstige Weiterverkauf des noch beschädigten Motorrades gelungen sei. Die Berufung hat keinen Erfolg.

Prüfungsrelevanz:

Der Senat erörtert die Möglichkeiten der Schadensberechnung gem. § 249 II 1 BGB auf Reparaturkostenbasis, obwohl eine Reparatur tatsächlich nicht erfolgt ist (sog. fiktive oder abstrakte Abrechnung). Der Anspruch des Kl. auf Schadensersatz gem. §§ 7 I StVG, 115 I Nr. 1 VVG war dem Grunde nach gegeben;

streitig war allein, in welchem Umfang er Schadensersatz begehren konnte.

I. Grundsätzliches zur Schadensberechnung nach § 249 II 1 BGB

Zunächst führt der Senat aus, dass es beim Fahrzeugschaden zwei alternative Möglichkeiten gibt, eine Ersatzforderung in Geld gem. § 249 II 1 BGB zu berechnen:

1. Als Betrag für die Naturalrestitution (die „Herstellung“ i.S.v. § 249 II 1 BGB) wird der zur Reparatur erforderliche Betrag zuzüglich des merkantilen Minderwertes zugrunde gelegt (sog. *Reparaturaufwand*).

2. Als Betrag für die Naturalrestitution werden die Kosten für die Beschaffung eines gleichwertigen (gebrauchten) Fahrzeugs (*Wiederbeschaffungswert*) abzüglich des Restwertes des beschädigten Fahrzeugs zugrunde gelegt (sog. *Wiederbeschaffungsaufwand*).

Variieren die Berechnungsmethoden in der Höhe, ist der Geschädigte gehalten, diejenige Variante zu wählen, die den geringsten Aufwand erfordert. Dies ergibt sich aus dem Merkmal der „Erforderlichkeit“ in § 249 II 1 BGB (vgl. BGH NJW 2005, 1108 mit ausführlichen Nachweisen). Vorliegend erfordert die zweite Variante den geringsten Aufwand. Zwar liegen hier die reinen Reparaturkosten unter dem Wiederbeschaffungswert. Doch aufgrund des zu berücksichtigenden Erlöses aus der Weiterveräußerung liegt i.E. der Wiederbeschaffungsaufwand unter dem Reparaturaufwand. Der Kl. müsste sich hier also eigentlich für die zweite Variante der Schadensberechnung entscheiden. Die Rechtsprechung lässt in solchen Fällen jedoch eine teurere Abrechnung auf Reparaturkostenbasis (Var. 1) zu, wenn die Reparaturkosten - wie hier - niedriger als der Wiederbeschaffungswert sind und das Integritätsinteresses des Geschädigten eine solche Abrechnung gebietet.

II. Fiktive Schadensberechnung

Außerdem ist zu berücksichtigen, dass eine Abrechnung auf Reparaturkostenbasis (Var. 1) nicht zwingend die tatsächliche Reparatur des Fahrzeugs erfordert. Aus dem Grundsatz der Naturalrestitution folgt, dass der Geschädigte auch die Möglichkeit zur weiteren Nutzung der Sache haben muss. Kann er sein Integritätsinteresse (hier: das Interesse an der weiteren Nutzung) hinreichend dokumentieren, ist eine Schadensberechnung auf Basis der Reparaturkosten auch ohne tatsächlich durchgeführte Reparatur möglich. Der BGH erkennt das Nutzungsinteresse an, wenn der Geschädigte das Fahrzeug entweder teil- oder auch unrepariert mindestens sechs Monate nach dem Unfall weiternutzt (NJW 2006, 2179).

Die Grundsätze der fiktiven Schadensabrechnung gel-

ten allerdings nur für solche Schäden, die sich auch im Vermögen des Betroffenen niederschlagen. Nicht fiktiv ersatzfähig sind daher z.B. Operations- oder Behandlungskosten zur Beseitigung einer unfallbedingten Narbe. Hierbei handelt es sich um einen immateriellen Schaden der nur unter den Voraussetzungen des § 253 II BGB ersetzt wird und keine Entsprechung im Vermögen des Betroffenen findet. Die speziellen Voraussetzungen des § 253 II BGB sollen nicht unterlaufen werden (vgl. BGH NJW 1975, 640; BGH NJW 1986, 1538; *Armbrüster*, JuS 2007, 411 [413]).

III. Integritäts- bzw. Nutzungsinteresse im vorliegenden Fall / Qualität der Reparatur

Das Nutzungsinteresse des Kl. lag angesichts der zehnmonatigen Weiternutzung des Motorrades und der Tatsache, dass er einen gewissen Reparaturaufwand erbracht hatte, vor. Der Tatsache, dass das Fahrzeug nicht verkehrssicher i.S.d. StVZO repariert wurde, misst der Senat in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des BGH keine Bedeutung bei (BGH NJW 2003, 2085; BGH NJW 2005, 1108; BGH NJW 2006, 2179 [2180]). Auf die Qualität der Reparatur kommt es im Fall der fiktiven Schadensabrechnung nicht an. Eine fachgerechte Reparatur wird von der Rechtsprechung des BGH nur gefordert, wenn es um den sog. Integritätszuschlag bei der Toleranz- bzw. 130%-Grenze geht. Dem liegt der Fall zugrunde, dass bereits die Reparaturkosten den Wiederbeschaffungswert übersteigen (anders hier, siehe oben unter I.), soweit die 130%-Grenze nicht erreicht ist.

IV. Klausurrelevanz

Das Schadensrecht insb. im Zusammenhang mit den Schäden an Fahrzeugen ist klassisches Prüfungsthema in Examensklausuren; hierzu sind allein in den letzten fünf Jahren rund 70 höchstrichterliche Entscheidungen ergangen. Spätestens die vorliegende Entscheidung aktualisiert das Thema der fiktiven Schadensabrechnung. Die Ausführungen des Senats sind insoweit zur Lektüre geeignet, als sie den Stand der Rechtsprechung in angemessener Kürze zusammenfassen.

Die Tatsache, dass die Qualität der Reparatur im vorliegenden Fall keine Rolle spielt, ist jedoch ein wenig erstaunlich. Zwar ist dem Senat darin zuzustimmen, dass eine fachgerechte Reparatur prinzipiell nur für die Fälle des Integritätszuschlags zu fordern sind. Denn wenn bereits die Reparaturkosten den Wiederbeschaffungswert übersteigen, ist angesichts der „Erforderlichkeit“ der teureren Abrechnung auf Reparaturkostenbasis wenigstens eine tatsächlich durchgeführte, fachgerechte Reparatur zu fordern. Liegen die Reparaturkosten - wie hier - jedoch unter dem Wiederbeschaffungswert und ist die Abrechnung auf Reparatur-

kostenbasis i.E. nur deswegen teurer, weil der Veräußerungserlös bzw. der merkantile Minderwert in den Berechnungsvorgang einfließen, ist das Integritätsinteresse leichter zu nachzuweisen.

Zu berücksichtigen ist aber, dass der Senat hier auf eine Tatsache abstellt, die von der Rechtsordnung insgesamt nicht gebilligt wird. Denn die Nutzung eines nicht i.S.d. StVZO verkehrssicheren Fahrzeugs, ist im Straßenverkehr nicht gestattet. Es erscheint daher im Hinblick auf die Einheit der Rechtsordnung fraglich, ob ein verkehrsrechtlich missbilligtes Fahrzeug das Nutzungsinteresse des Kl. hinsichtlich seines Schadensersatzanspruchs rechtfertigen kann (vgl. NJW-Spezial 2009, 633).

Vertiefungshinweise:

Zur fiktiven (abstrakten) Schadensabrechnung: BGH, VersR 2010, 255; BGH NJW 2009, 1554; BGH NJW 2009, 3022; BGH NJW-RR 2009, 1030; BGH NJW 2009, 1340; *Armbüster*, JuS 2007, 411 u. 604.

Zum Integritätszuschlag und zur 130%-Grenze: BGH NJW-Spezial 2010, 74; BGH NJW 2005, 1108; BGH NJW 2005, 2541; OLG Düsseldorf DAR 2008, 268;

Zur Erforderlichkeit der Qualität der Reparatur: BGH NJW 2003, 2085; BGH NJW 2005, 1108; BGH NJW 2006, 2179

Rechtsprechungsübersicht: *Lemcke*, NZV 2009, 115; *Voit/Geck*, NJW 2010, 117

Kursprogramm:

Examenskurs: "Das verhängnisvolle Skate-board"

Examenskurs: "Der unglückliche Verkehrsunfall"

Leitsätze:

1. Verkauft der Geschädigte sein Fahrzeug erst mehr als sechs Monate nach dem Verkehrsunfall, so kann er seinen Schaden in der Regel abstrakt auf der Basis der fiktiven Reparaturkosten abrechnen, wenn die Reparaturkosten laut Schadensgutachten niedriger sind als der Wiederbeschaffungswert (Anschluss an BGH, NJW 2006, 2179).

2. Das vom Geschädigten in solchen Fällen zu dokumentierende Integritätsinteresse ist auch dann gewahrt, wenn er das Fahrzeug nach dem Unfall nur unvollständig repariert und - bis zum späteren Verkauf - in nicht verkehrssicherem Zustand benutzt.

3. Liegen die Voraussetzungen für eine abstrakte Abrechnung auf Reparaturkostenbasis vor, spielt es keine Rolle, ob und inwieweit der Geschädigte bei einem späteren Verkauf seines Fahrzeugs einen möglicherweise erheblichen Gewinn erzielt.

Sachverhalt:

Der Kl. und X waren am 11.06.2006 auf einer Landstraße mit ihren Motorrädern unterwegs. Bei der Einfahrt in eine Linkskurve begann der Kl. vorschriftsmäßig zu bremsen. Der hinter ihm fahrende X begann den Bremsvorgang jedoch zu spät und fuhr auf das Motorrad des Kl. auf, so dass dieser stürzte. Der Kl. hat die angemessene Geschwindigkeit sowie sämtliche Abstandsregelungen eingehalten.

Die Reparaturkosten zur Instandsetzung des Motorrades betragen ca. 6.200 €. Ein vergleichbares, gebrauchtes Motorrad ist am Markt für rund 7.000 € zu bekommen.

Nach dem Unfall setzte der Kl. das Motorrad derart instand, dass es zwar fahrtauglich, aber nicht verkehrssicher i.S.d. StVZO war. Zehn Monate nach dem Unfall veräußerte der Kl. das Motorrad. Bis zur Weiterveräußerung nutzte er das Motorrad und fuhr noch insgesamt 1.500 Km.

Von der Haftpflichtversicherung (H) des X verlangt er Ersatz seines Schadens, insgesamt 7.700 €. Die Summe setzt sich zusammen aus den Reparaturkosten i.H.v. 6.200 €, dem merkantilen Minderwert i.H.v. 1.000 € und den Gutachterkosten i.H.v. 500 €.

Die H wendet sich gegen die Schadensberechnung des Kl. Eine fiktive Berechnung des Schadens komme nicht in Betracht, sondern nur der Ersatz des Wiederbeschaffungswertes abzüglich des Restwertes des Motorrades. Dabei sei der Erlös aus der Weiterveräußerung zu berücksichtigen.

Welche Ansprüche stehen dem Kl. gegen die Haftpflichtversicherung zu?

Lösung:

A. Anspruch des Kl. gegen die H aus § 7 I StVG i.V.m. § 115 I Nr. 1 VVG

Der Kl. könnte einen Anspruch auf Schadensersatz gem. § 7 I StVG gegen den X haben. Diesen kann er gem. § 115 I Nr. 1 StVG auch gegen den Haftpflichtversicherer geltend machen, sofern es sich um eine nach dem Pflichtversicherungsgesetz (PflVG) bestehende Versicherungspflicht handelt.

I. Anspruch aus § 7 I StVG

1. Rechtsgutverletzung i.S.d. § 7 I StVG

Mit dem Schaden am Motorrad ist eine Sachbeschädigung gem. § 7 I StVG eingetreten, so dass eine Rechtsgutverletzung vorliegt.

2. Durch den Halter eines Kfz

Dies müsste durch den Halter eines Kfz gem. § 1 II StVG geschehen sein. Halter ist, wer die Verfügungsgewalt über das Fahrzeug hat und dieses für eigene

Rechnung gebraucht.

Das Motorrad ist ein Kfz i.S.d. § 1 II StVG. X hat außerdem die Verfügungsgewalt und gebraucht das Motorrad für eigene Rechnung. Er ist damit Halter.

3. Zurechnung

Die Rechtsgutverletzung müsste dem Halter außerdem zugerechnet werden können. Zu berücksichtigen ist zum einen die Ursächlichkeit i.S. der Äquivalenztheorie, zum anderen die Lehre vom Schutzzweck der Norm ("bei Betrieb"). Eine Zurechnung i.S.d. Adäquanz findet bei § 7 I StVG nicht statt. Die Adäquanzformel knüpft an Verschuldenselemente, die den verschuldensunabhängigen Charakter des § 7 I StVG unterlaufen würden (h.M.; vgl. BGH NJW 1981, 983).

a) Ursächlichkeit i.S. der Äquivalenztheorie

Das Auffahren auf das Motorrad des Kl. kann nicht hinweggedacht werden, ohne, dass der Sturz und die Sachbeschädigung entfielen. Der Beitrag des X ist damit äquivalent für die Rechtsgutverletzung.

b) Lehre vom Schutzzweck der Norm

Die Rechtsgutverletzung muss außerdem bei Betrieb des Kfz eingetreten sein. Nach der herrschenden "verkehrstechnischen Auffassung" ist ein Fahrzeug in Betrieb, das sich im öffentlichen Verkehrsbereich bewegt oder in verkehrsbeeinflussender Weise ruht (*Schwarz/Wandt*, Gesetzliche Schuldverhältnisse, § 21 Rn. 12). X hat das Motorrad vorliegend im öffentlichen Verkehrsbereich bewegt; es war damit gem. § 7 I StVG in Betrieb.

Die anspruchsbegründenden Voraussetzungen des § 7 I StVG sind damit gegeben.

4. Kein Ausschluss

Dem Anspruch dürften keine Ausschlussstatbestände entgegenstehen. In Betracht kommen regelmäßig ein Ausschluss wegen höherer Gewalt gem. § 7 II StVG oder wegen eines unabwendbaren Ereignisses gem. § 17 III, II StVG. Hier greift jedoch keiner der Ausschlussstatbestände. Zum einen liegt kein von außen kommendes, durch betriebsfremde Einflüsse oder Handlungen Dritter verursachtes Ereignis und damit keine höhere Gewalt vor. Zum anderen stellt sich der Unfall nicht als unabwendbares Ereignis dar, da er auf einem verkehrswidrigen Verhalten des X beruht und durch Beachtung der erforderlichen Sorgfalt hätte vermieden werden könne.

5. Ersatzfähiger Schaden

Es müsste ein ersatzfähiger Schaden eingetreten sein, der adäquat kausal auf der Rechtsgutverletzung beruht.

a) §§ 10 - 13 StVG

In §§ 10 - 13 StVG modifiziert das StVG die allgemeinen Schadensregeln der §§ 249 ff. BGB, allerdings vorwiegend in Bezug auf die Schadenshöhe. Der Höchstbetrag für eine Sachbeschädigung beläuft sich gem. § 12 I Nr. 2 StVG auf vier Millionen Euro. Da vorliegend eine Summe von weniger als 8.000 € in Rede steht, greift die Begrenzungsregelung des § 12 StVG nicht ein.

Zur Ermittlung und zur Feststellung des Schadens an sich trifft das StVG keine Regelung, so dass auf §§ 249 ff. BGB zurückzugreifen ist.

b) Schaden gem. §§ 249 ff. BGB

Die Beschädigung des Motorrades hat adäquat kausal zu einem Vermögensschaden des Kl. geführt. Fraglich ist jedoch, in welcher Höhe er Schadensersatz verlangen kann, wenn er das Motorrad nicht reparieren lassen will.

aa) Fiktive (abstrakte) Schadensabrechnung zulässig.

"[19] Der Kl. kann gem. § 249 Abs. 2 S. 1 BGB von der Bekl. die erforderlichen Reparaturkosten verlangen, auch wenn er das Motorrad nicht vollständig repariert hat".

(a) Zwei mögliche Rechenwege bei der fiktiven (abstrakten) Schadensabrechnung

"[20] Bei einer abstrakten Schadensabrechnung gem. § 249 Abs. 2 S. 1 BGB gibt es grundsätzlich zwei mögliche Rechenwege: Zum einen kann als Naturalrestitution derjenige Betrag angesetzt werden, der – abstrakt – erforderlich ist, um ein Fahrzeug zu reparieren, wobei ein merkantiler Minderwert, der nach einer Reparatur verbleibt, zu addieren ist. In einer anderen Variante kann man die Kosten für eine Naturalrestitution auch so berechnen, dass man – statt der Reparaturkosten – diejenigen Kosten ansetzt, die für die Beschaffung eines gleichwertigen (gebrauchten) Fahrzeugs erforderlich wären, wobei von diesem Betrag der Restwert des beschädigten Fahrzeugs abzuziehen ist. Im vorliegenden Fall wäre eine Ersatzbeschaffung, wie sich aus den Zahlen des vorliegenden Gutachtens ergibt, für den Kl. günstiger gewesen als eine Reparatur. Der BGH lässt in den Fällen, in denen – wie vorliegend – die Reparaturkosten niedriger sind als der Wiederbeschaffungswert, eine (teurere) Schadensabrechnung auf Reparaturkostenbasis jedoch dann zu, wenn das Integritätsinteresse des Geschädigten eine solche Abrechnung gebietet (vgl. BGH NJW 2003, 2085; BGH NJW 2006, 2179)."

(b) Fiktive (abstrakte) Abrechnung bei mindestens sechsmonatiger Weiternutzung

[21] Mit dem Grundsatz der Naturalrestitution soll der Geschädigte die Möglichkeit haben, die beschädigte Sache weiter zu nutzen. Eine (abstrakte) Abrechnung

auf Reparaturkostenbasis ist daher – ungeachtet einer günstigeren Abrechnung bei einer Ersatzbeschaffung – immer zulässig, wenn der Geschädigte in derartigen Fällen sein Interesse an der weiteren Nutzung des beschädigten Fahrzeugs eindeutig dokumentiert. Hiervon geht die Rechtsprechung im Regelfall aus, wenn der Geschädigte das Fahrzeug – gegebenenfalls auch unrepariert – mindestens sechs Monate nach dem Unfall weiternutzt (vgl. BGH, NJW 2006, 2179).

bb) Fiktive (abstrakte) Schadensabrechnung im vorliegenden Fall

Im vorliegenden Fall müssten die Voraussetzungen einer fiktiven (abstrakten) Schadensabrechnung vorliegen. Der Kl. müsste sein Nutzungsinteresse also hinreichend dokumentieren können.

(a) Nutzungsinteresse des Kl.

“[22] Diese Voraussetzungen sind im Fall des Kl. gegeben. Er hat das Motorrad erst am 5. 4. 2007, also fast zehn Monate nach dem Unfall vom 11. 6. 2006, veräußert. Bis zu diesem Zeitpunkt ist der Kl. mit dem Motorrad etwa 1500 km gefahren, was sich aus dem Vergleich des abgelesenen Kilometerstands im Schadensgutachten vom 28. 6. 2006 einerseits mit dem Kilometerstand im Kaufvertrag vom 5. 4. 2007 andererseits ergibt. Aus der weiteren Nutzung des Motorrads ergibt sich zudem, dass der Kl. – zumindest im gewissen Umfang – sein Motorrad auch teilweise repariert haben muss, da das Motorrad ansonsten nicht fahrfähig gewesen wäre.

[23] Diese Umstände reichen für eine Anwendung der vom BGH angenommenen Sechs-Monats-Regel (BGH NJW 2006, 2179) aus. Es sind keine Umstände nachgewiesen, aus denen sich ergeben würde, dass der Kl. schon lange vor dem Verkauf des Motorrads im April 2007 kein Interesse mehr an der weiteren Nutzung des Motorrads gehabt hätte. Insbesondere der Umstand, dass der Kl. jedenfalls in gewissem Umfang Aufwendungen für die Reparatur des Motorrads getätigt haben muss (siehe oben), spricht gegen eine solche Annahme. Es erscheint dem Senat in diesem Zusammenhang geboten und sinnvoll, die Sechs-Monats-Regel in derartigen Fällen eher schematisch anzuwenden, da nur so eine vernünftige Schadensabwicklung für die Geschädigten einerseits und für die Versicherungen andererseits möglich ist. In welchen Ausnahmesituationen ein Abweichen von der Sechs-Monats-Regel zu Gunsten des Schädigers geboten wäre (kein Integritätsinteresse dokumentiert trotz längerer Nutzung eines Fahrzeugs), bedarf daher vorliegend keiner Entscheidung.”

(b) Keine fachgerechte Reparatur erforderlich

Es stellt sich aber die Frage, ob die Annahme des

Nutzungsinteresses gewisse Anforderungen an die Reparatur stellt. Die Rechtsprechung nimmt ein Interesse an der weiteren Nutzung insbesondere für den Fall an, dass der Geschädigte irgendeinen Reparaturaufwand erbracht hat (s.o.), so dass das Fahrzeug jedenfalls wieder zu gebrauchen ist. Hier hat die Reparatur aber nicht dazu geführt, dass es auch verkehrssicher i.S.d. StVZO war.

Die Qualität der Reparatur als Indiz für das Nutzungs- bzw. Integritätsinteresse des Kl. ist jedoch nach der Rechtsprechung nur dann erforderlich, wenn die Reparaturkosten schon ursprünglich über dem Wiederbeschaffungswert lagen:

“[24] Ohne Bedeutung ist in diesem Zusammenhang die Frage, ob sich das Motorrad zu der Zeit, als es vom Kl. weiter genutzt wurde, in einem verkehrssicheren Zustand befand. Da das Integritätsinteresse des Geschädigten – welches die Abrechnung auf Reparaturkostenbasis rechtfertigt – durch die Nutzung des Fahrzeugs und nicht durch die Reparatur dokumentiert wird, kommt es auf die Qualität der Reparatur nicht an (so ausdrücklich BGH NJW 2003, 2085 und BGH NJW 2006, 2179). Wenn der BGH (NJW 2006, 2179) in diesem Zusammenhang davon spricht, das Fahrzeug müsse noch „verkehrstauglich“ sein, so ist das aus den angegebenen Gründen so zu verstehen, dass das Fahrzeug fahrbereit sein muss, so dass der Geschädigte tatsächlich in der Lage ist, weitere Fahrten mit dem Fahrzeug zu unternehmen. Hingegen kann es – da es nur um das Nutzungsinteresse des Geschädigten geht – nicht darauf ankommen, ob das (teilreparierte) Fahrzeug verkehrssicher im Sinne der Vorschriften der Straßenverkehrszulassungsordnung ist, bzw., welche Reparaturen zur vollständigen Beseitigung des Unfallschadens noch ausgeführt werden müssten. Es war daher nicht erforderlich, die Qualität der vom Kl. durchgeführten Reparatur weiter aufzuklären. Insoweit gelten bei der Abrechnung von abstrakten Reparaturkosten, die unter dem Wiederbeschaffungswert liegen, andere Grundsätze als beim so genannten Integritätszuschlag, der bei einer tatsächlichen Reparatur gewährt wird, wenn Reparaturkosten und merkantiler Minderwert den Wiederbeschaffungswert um nicht mehr als 30% übersteigen. Nur im letzteren Fall – der vorliegend nicht relevant ist – stellt die Rechtsprechung auf die Qualität der Reparatur ab (vgl. Palandt/Heinrichs, BGB, 68. Aufl. [2009], § 249 Rdnrn. 27, 28 mit ausf. Rechtsprechungsnachw.).”

cc) Veräußerungserlös unbeachtlich

Fraglich ist zuletzt, ob und inwieweit der Veräußerungserlös in die Schadensberechnung einzustellen ist. “[25] Schließlich kommt es entgegen der Auffassung der Bkl. auch nicht darauf an, zu welchem Preis der Kl. sein Motorrad im April 2007 verkauft hat. Denn bei einer – zulässigen – Abrechnung der abstrakten

Reparaturkosten (siehe oben) kommt es der Bekl. nicht zugute, wenn der Kl. durch besonderes Geschick oder günstige Umstände einen günstigen Verkaufspreis erzielt.”

Der Veräußerungserlös hätte vorliegend also nur dann berücksichtigt werden müssen, wenn anstelle der Abrechnung auf Reparaturkostenbasis die Abrechnung auf Basis der Wiederbeschaffung gewählt worden wäre. Dann hätte der Veräußerungserlös im Rahmen des Restwertes Berücksichtigung finden und insoweit in die Schadensberechnung eingestellt werden müssen.

dd) Abwägung der Verursachungsbeiträge gem. § 17 I, II StVG

“[18] Die Abwägung der beiderseitigen Verursachungsbeiträge gem. § 17 Abs. I StVG führt zu einer vollen Haftung der Bekl. Denn dem schuldhaften Verkehrsverstoß des Zeugen X (Fahrfehler beim Bremsen, bzw. zu dichtes Auffahren) steht eine Erhöhung der Betriebsgefahr des klägerischen Motorrads nicht gegenüber. Ein Mitverschulden des Kl. lässt sich nicht feststellen. Insbesondere gibt es – worauf auch das LG zu Recht hingewiesen hat – keine Rechtsgrundlage für eine Verpflichtung des Kl., vor einem gemeinsamen Ausflug mit dem Zeugen X Absprachen über einzuhalten Sicherheitsabstände zu treffen.”

ee) Mitverschulden gem. § 9 StVG i.V.m. § 254 BGB

Für ein Mitverschulden des Kl. sind keine Anhaltspunkte ersichtlich (siehe bereits oben unter dd)).

ff) Ergebnis

Der Kl. kann damit die fiktive Abrechnung auf Reparaturkostenbasis wählen.

Der Ersatzanspruch erstreckt sich damit auf die Reparaturkosten und den merkantilen Minderwert. Für die Fälle der abstrakten Schadensabrechnung ist mangels tatsächlich erfolgter Reparatur außerdem ein Gutachten bzgl. der Reparaturkosten notwendig, das ebenfalls als Schaden i.S.d. § 249 II 1 BGB ersatzfähig ist (vgl. “erforderlich” in § 249 II 1 BGB). Der Anspruch des Kl. beträgt damit insgesamt 7.700 €.

II. Versicherungspflicht nach dem PflVG

Gem. § 1 PflVG ist der Halter eines Kraftfahrzeugs

zum Abschluss und zur Aufrechterhaltung einer Haftpflichtversicherung verpflichtet, die die durch den Gebrauch des Fahrzeugs entstehenden Personen-, Sach- und sonstige Vermögensschäden abdeckt. Eine entsprechende Versicherung hat X vorliegend abgeschlossen. Der Anspruch des Kl. gegen den X aus § 7 I StVG kann damit auch gem. § 115 I Nr. 1 VVG gegen die H geltend gemacht werden.

III. Ergebnis

Dem Kl. steht gegen die H ein Anspruch auf Schadensersatz gem. § 7 I StVG i.V.m. § 115 I Nr. 1 VVG i.H.v. 7.700 € zu.

B. Anspruch des Kl. gegen die H aus § 18 I StVG i.V.m. § 115 I Nr. 1 VVG

Ebenso ist ein Anspruch des Kl. aus § 18 I StVG i.V.m. § 115 I Nr. 1 VVG gegeben, da der X vorliegend nicht nur Halter, sondern auch Führer des Fahrzeugs war. Zwar handelt es sich bei § 18 I StVG nicht um eine verschuldensunabhängige Haftung, doch wird das Verschulden gem. § 18 I 2 StVG vermutet. Dem X ist vorliegend fahrlässiges Verhalten i.S.d. § 276 BGB vorzuwerfen; außerdem ist eine Exkulpation nicht ersichtlich.

Zum Umfang des Anspruchs gilt das oben unter A. gesagte.

C. Anspruch des Kl. gegen die H aus § 823 I BGB i.V.m. § 115 I Nr. 1 VVG

Dem Kl. steht außerdem ein Anspruch gegen die H aus § 823 I BGB i.V.m. § 115 I Nr. 1 VVG zu. Die i.R.d. § 823 I BGB erforderliche Rechtswidrigkeit wird nach der herrschenden Lehre vom Erfolgsunrecht durch die Tatbestandsmäßigkeit indiziert (Beleg).

D. Anspruch des Kl. gegen die H aus § 823 II BGB i.V.m. § 115 I Nr. 1 VVG

Der X hat außerdem die Schutzgesetze in §§ 3, 4 StVO verletzt, so dass sich hieraus ebenfalls Ersatzansprüche gem. § 823 II BGB ergeben. Auch diese kann der Kl. gem. § 115 I Nr. 1 VVG gegen die H geltend machen.

Standort: § 13 StGB**Problem: Abgrenzung Unterlassen und Tun**

BGH, URTEIL VOM 12.11.2009

4 STR 227/09 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Die Angeklagte, die immer wieder ungewollt schwanger wurde, hatte mehrfach die Schwangerschaften verschwiegen und die Kinder heimlich zu Hause zur Welt gebracht. Bei einer Geburt im Jahre 1988 war ihr das Kind entglitten und auf dem Badezimmerboden aufgeschlagen. Die Angeklagte hob es auf, stürzte aber selbst mit dem Kind noch einmal. Aus Panik drückte sie daraufhin das Kind an sich, wodurch es verstarb. Ob sie beim Ansiehpressen des Kindes mit Tötungsvorsatz gehandelt hatte, hatte das Tatsachengericht, das Landgericht Siegen, nicht ermittelt. Im Jahre 2004 führte die Angeklagte erneut eine heimliche Geburt durch, wozu sie sich erheblich alkoholisiert in eine Badewanne mit heißem Wasser legte, wobei sie mehrfach bewusstlos wurde. Auch das 2004 geborene Kind verstarb, weil es Wasser eingeatmet hatte und aufgrund der Alkoholisierung der Mutter an Anpassungsstörungen litt.

Das LG Siegen hatte die Angeklagte wegen Totschlags durch Unterlassen, §§ 212 I, 13 I StGB, in zwei Fällen verurteilt. Die hiergegen gerichtete Revision der Angeklagten, die insbesondere rügte, dass zumindest bei der ersten Geburt im Jahre 1988 die Voraussetzungen eines Totschlags durch Unterlassen nicht vorgelegen hätten, wies der BGH zurück. Der Revision der Staatsanwaltschaft gab der BGH hingegen statt, da hinsichtlich des Geschehens aus dem Jahre 1988 vom LG Siegen nicht hinreichend erörtert worden sei, ob es sich hierbei nicht statt eines Totschlags durch Unterlassen um einen solchen durch aktives Tun gehandelt habe, was nämlich dann der Fall gewesen wäre, wenn die Angeklagte auch beim Ansiehpressen des Kindes Tötungsvorsatz gehabt hätte.

Prüfungsrelevanz:

Unechte Unterlassungsdelikte sind häufiger Gegenstand von Examensaufgaben in beiden Examen. Neben den Problemen bei Prüfung der gem. § 13 I StGB erforderlichen Garantenstellung ist hier gerade die Abgrenzung zwischen Tun und Unterlassen ein Thema, zu dem immer wieder Ausführungen zu machen sind. Da der vorliegende Sachverhalt einen "klassischen" Fall in abgewandelter Form enthält, dürfte er sicher als Grundlage neuer Prüfungsaufgaben dienen. Auch bietet der vorliegende Sachverhalt aufgrund der mangelnden Feststellungen des LG Siegen hinsichtlich des Tötungsvorsatzes der Angeklagten beim Ansiehpressen des Kindes Gelegenheit dazu, im Examen erörtern

zu lassen, wie mit Unklarheiten im Sachverhalt umzugehen ist.

Im Bereich der Prüfung von Unterlassungsdelikten stellt sich häufig die Frage, ob der Täter für ein Unterlassen oder nicht doch eher für ein aktives Tun bestraft werden soll (vgl. hierzu die Darstellung im JI-Skript StrafR AT II, Rn. 327 ff.). Nach h.M. ist maßgebliches Kriterium für die insofern vorzunehmende Abgrenzung der Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit (BGHSt 6, 46, 59; 40, 257, 265 f.; Schönke/Schröder-Stree, Vorbem §§ 13 ff. Rn. 158; Wessels/Beulke, AT, Rn. 700). In dem insofern richtungsweisenden sog. "Ziegenhaar-Fall" (RGSt 63, 211) hatte der Arbeitgeber es zunächst unterlassen, das in seiner Fabrik verarbeitete Ziegenhaar desinfizieren zu lassen (also ein Unterlassen) und das Ziegenhaar dann an seine Arbeitnehmer ausgegeben (also ein Tun). Da das Ziegenhaar mit Krankheitserregern verseucht war, waren bei den Arbeitnehmern Infektionen und auch einige Todesfälle eingetreten. In dieser Entscheidung war das RG davon ausgegangen, dass der Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit beim Tun liege, da das Unterlassen der Desinfektion folgenlos geblieben wäre, wenn das Ziegenhaar nicht auch an die Arbeitnehmer ausgegeben worden wäre. Diese Rechtsprechung führt der BGH in der vorliegenden Entscheidung fort. Auch hier war es hinsichtlich der Geschehnisse aus dem Jahre 1988 so, dass die Angeklagte es zunächst unterlassen hatte, medizinische Hilfe für die Durchführung der Geburt anzufordern oder sich zumindest an einen ungefährlicheren Ort als das Badezimmer zu begeben. Der Tod des Kindes war allerdings unmittelbar durch ein Tun der Angeklagten herbeigeführt worden, nämlich dadurch, dass diese das Kind an sich presste (und so erstickte). Auch hier ist der BGH - ganz parallel zum Ziegenhaar-Fall - davon ausgegangen, dass das Unterlassen allein den Tod des Kindes gar nicht bewirkt hätte, wenn die Mutter nicht auch das Kind aus Schreck über die erfolgten Stürze an sich gepresst hätte. Der BGH differenziert allerdings in der vorliegenden Entscheidung und führt aus, dass der Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit nur dann beim Tun liege, wenn sowohl das Unterlassen als auch das Tun mit (Tötungs-) Vorsatz erfolgten. Anders wäre es, wenn nur beim Unterlassen Vorsatz vorlag und das anschließende Tun lediglich fahrlässig erfolgte. Dann läge der Schwerpunkt nämlich beim Unterlassen.

Vertiefungshinweise:

□ Zur Abgrenzung von Tun und Unterlassen: BGHSt 6, 46; 40, 257; BGH, NSZ 1999, 607; Führ, JURA 2006, 265 ff.; Stoffers, JURA 1998, 580

Kursprogramm:

- Examenskurs: "Todespirouette"
- Examenskurs: "Unterlassene Rettung"

Leitsätze (der Redaktion):

1. Die Garantenstellung der Mutter für ihr Kind beginnt mit dem Einsetzen der Geburtswehen an und verpflichtet sie dazu, diejenigen Maßnahmen zu treffen, die erforderlich sind, um das Leben des Kindes zu erhalten.

2. Wenn eine Schwangerschaft problemlos verlaufen ist, muss die Schwangere nicht mit einem erhöhten gesundheitlichen Risiko für das Kind während der Geburt rechnen. Eine Hausgeburt ist dann nicht von vornherein pflichtwidrig. Pflichtwidrig handelt die Schwangere aber dann, wenn sie sich dazu entschließt, das Kind heimlich und ohne fremde Hilfe im Badezimmer zur Welt zu bringen, obwohl bereits ein unter derartigen Umständen geborenes Kind zu Tode gekommen war. Eine Verpflichtung zur Inanspruchnahme von Hilfe bei der Geburt ist nämlich jedenfalls immer dann anzunehmen, wenn es für die Schwangere im Hinblick auf bekannte Vorerkrankungen oder sonstige Risiken absehbar ist, dass bei der Geburt Gefahren für Leib oder Leben des Kindes entstehen können.

3. Ein aktives Tun unterbricht dann nicht in relevanter Weise den durch ein garantenpflichtwidriges Unterlassen begründeten Kausalzusammenhang, wenn das Tun nicht mit Vorsatz geschieht, sondern lediglich aus Unachtsamkeit. Eine solche fahrlässige Fehlreaktion liegt noch innerhalb der Grenzen des nach allgemeiner Lebenserfahrung Vorhersehbaren.

Sachverhalt:

A brachte in der Zeit von 1984 bis 2004 sechs eheliche Kinder lebend zur Welt. Drei Entbindungen (in den Jahren 1984, 1985 und 1990) erfolgten im Krankenhaus, in das sie sich von ihrem Ehemann jeweils unmittelbar vor dem Geburtsbeginn hatte bringen lassen. Dreimal (in den Jahren 1986, 1988 und 2004) kam es zu ungewollten Schwangerschaften, die A nicht nur vor ihrer Familie und ihren Bekannten, sondern auch vor ihrem Ehemann verheimlichte. Sie gebar diese Kinder heimlich und, obwohl ihr Ehemann im Hause war, ohne fremde Hilfe im Badezimmer. Die Kinder waren lebensfähig, verstarben jedoch kurz nach ihrer Geburt.

Im Jahre 1986 brachte A das Kind unter der laufenden Dusche zur Welt. Beim Durchtrennen der Nabelschnur bemerkte sie, dass das Kind leblos war, und glaubte, es sei während der Geburt verstorben. Tatsächlich war das lebend geborene Kind dadurch erstickt, dass

Duschwasser in seine Lunge gelangt war. A berichtete niemandem von dem Tod des Kindes, an dem sie sich wegen der heimlich durchgeführten Geburt schuldig fühlte. Sie begann, zur Bekämpfung dieser Schuldgefühle abends regelmäßig Bier zu trinken.

Diesen Alkoholkonsum stellte sie auch nicht ein, als sie im Jahre 1988 wieder ungewollt schwanger wurde, obwohl ihr die schädlichen Auswirkungen auf das ungeborene Kind bekannt waren. Als nachts die Wehen einsetzten, entschloss sie sich, ihren Mann davon nicht zu informieren und das Kind in der Duschwanne allein zur Welt zu bringen. Mit dem Risiko, dass es dabei wiederum zum Tod des Neugeborenen kommen könnte, fand sie sich ab. Als der Geburtsvorgang ins Stocken geriet, zog A "panisch" an dem bereits herausgetretenen Kopf des Kindes, bis dieses samt Mutterkuchen austrat. Dabei glitt ihr das Kind aus den Händen und fiel zu Boden, wobei es einen Schrei ausstieß. Beim Aufheben des Kindes rutschte A auf dem vom Fruchtwasser nassen Fliesenboden aus und stürzte auf ihr Gesäß. In dieser Stellung verharrend hielt sie das Kind, das sie bei dem Sturz "reflexartig schützend" an sich genommen hatte, einige Minuten lang so fest an sich gedrückt, dass es erstickte. Auch diesmal verheimlichte sie den Tod des Kindes. Ihre Schuldgefühle steigerten sich weiter, was dazu führte, dass sie verstärkt auch schon tagsüber Alkohol zu sich nahm.

Während der Schwangerschaft mit ihrem 1990 geborenen "Wunschkind" verzichtete sie allerdings auf den Konsum von Alkohol. Danach setzte sie ihren Alkoholmissbrauch fort und steigerte ihn sogar noch, indem sie auch hochprozentige Alkoholika trank.

Diese Gewohnheit behielt sie während ihrer nächsten - ungewollten - Schwangerschaft bei. Als sich im Spätsommer/Herbst 2004 Zeichen der beginnenden Geburt zeigten, entschloss sie sich erneut zu einer - wie sie wusste, risikobehafteten - Alleingeburt. Sie war bereits alkoholisiert und begab sich unter Mitnahme einer Tasse Jägermeister-Cola in das im Dachgeschoss gelegene Badezimmer. Während der Wehen legte sie sich in die mit heißem Wasser gefüllte Badewanne, wo sie infolge der hohen Wassertemperatur und ihrer Blutalkoholkonzentration von etwa 1 ‰ vorübergehend das Bewusstsein verlor. Nach der in der Badewanne erfolgten Geburt legte sie das Kind auf ihren Bauch, danach wurde sie erneut bewusstlos. Als sie wieder erwachte, war das Neugeborene verstorben, weil es während des Geburtsverlaufs Fruchtwasser eingeatmet und auf Grund einer Blutalkoholkonzentration von 0,52 ‰ unter einer Anpassungsstörung gelitten hatte. Diese wäre bei einer sofortigen adäquaten Versorgung durch einen Arzt oder Geburtshelfer gut beherrschbar gewesen. Auch dieses Geschehen hielt A geheim und legte die Leiche zu den beiden anderen toten Kindern in die Tiefkühltruhe, wo sie bis zu ihrer Entdeckung im Jahre 2008 verblieben.

Hat sich A durch ihr Verhalten bei den Geburten der Kinder in den Jahren 1988 und 2004 strafbar gemacht?

[Anm.: Es sind nur Tötungsdelikte zu prüfen. Gehen Sie davon aus, dass sich nicht mehr feststellen lässt, ob A in dem Moment, in dem sie sich das Kind 1988 an die Brust presste, mit Tötungsvorsatz handelte.]

Lösung:

A. Das Geschehen im Jahre 1988

Da sich nicht mehr feststellen lässt ob A im Jahre 1988 beim Ansichpressen des Kindes Tötungsvorsatz hatte, ist nach dem Grundsatz "in dubio pro reo" die Tatbestandsvariante zugrunde zu legen, die für A günstiger ist.

I. Erste Variante: A hatte beim Ansichpressen Tötungsvorsatz

1. Strafbarkeit gem. §§ 212 I, 13 I StGB durch die Durchführung einer heimlichen Geburt

A könnte sich wegen Totschlags durch Unterlassen, §§ 212 I, 13 I StGB, zum Nachteil des Kindes dadurch strafbar gemacht haben, dass sie die Geburt heimlich zuhause im Badezimmer durchführte und es unterließ, einen Arzt zu rufen, sich in ein Krankenhaus zu begeben oder zumindest das Kind im Bett zur Welt zu bringen.

a. Tatbestand

A müsste den Tod des Kindes durch ein Unterlassen herbeigeführt haben.

Zwar kann im vorliegenden Fall durchaus darauf abgestellt werden, dass A den Tod des Kindes dadurch herbeigeführt hat, dass sie es unterlassen hat, ärztliche Hilfe bei der Geburt in Anspruch zu nehmen oder zumindest einen ungefährlicheren Ort als das Badezimmer (z.B. ihr Bett) aufzusuchen. Ihr könnte also ein Unterlassen vorgeworfen werden. Andererseits wäre es auch denkbar, darauf abzustellen, dass A den Tod des Kindes unmittelbar dadurch herbeiführte, dass sie dieses fest an sich presste, was allerdings kein Unterlassen darstellen würde sondern ein Tun.

Nach h.M. ist bei einem mehrdeutigen Verhalten die Abgrenzung zwischen Tun und Unterlassen nach dem Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit vorzunehmen (BGHSt 40, 257, 265 f.).

Diesem Ansatz folgt auch der BGH im vorliegenden Fall und führt aus: "[26] Sollte das Gericht in der neuen Hauptverhandlung zu dem Ergebnis kommen, dass die Angeklagte den Tod des Neugeborenen [durch das Ansichpressen] vorsätzlich herbeigeführt hat, so wäre in diesem aktiven Tun der Schwerpunkt des strafrechtlich relevanten Verhaltens (vgl. hierzu BGH, NStZ

1999, 607) zu sehen mit der Folge, dass von vornherein allein darauf und nicht auf die unterlassene Absicherung des Geburtsverlaufs abzustellen wäre."

Da A bei der vorliegend geprüften Sachverhaltsvariante den Tod des Kindes vorsätzlich durch das Ansichpressen herbeigeführt hat, liegt der Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit bei einem Tun und nicht bei einem Unterlassen, sodass sich A nicht wegen eines (unechten) Unterlassungsdelikts strafbar gemacht hat.

b. Ergebnis

A ist nicht strafbar gem. §§ 212 I, 13 I StGB.

2. Strafbarkeit gem. § 212 I StGB durch das Ansichpressen des Kindes

A könnte sich durch das Ansichpressen des Kindes jedoch wegen Totschlags, § 212 I StGB, strafbar gemacht haben.

a. Tatbestand

aa. Eintritt des tatbestandlichen Erfolgs

Der tatbestandliche Erfolg - Tod eines Menschen - ist mit dem Tod des Kindes eingetreten.

bb. Kausale Handlung

A müsste den Tod des Kindes durch eine eigene Handlung hervorgerufen haben.

Dass A das Kind an sich presste stellt ein vom menschlichen Willen beherrschbares und vermeidbares Verhalten und somit eine Handlung dar.

Diese Handlung müsste auch kausal für den Tod des Kindes gewesen sein. Eine Handlung ist dann kausal für einen Erfolg, wenn sie nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass der konkrete Erfolg entfiel (BGHSt 24, 31, 34; 49, 1, 3).

Hätte A das Kind nicht an sich gedrückt, so wäre dieses auch nicht erstickt. A hat also den tatbestandlichen Erfolg durch eine eigene Handlung herbeigeführt.

cc. Vorsatz

A handelte auch beim Ansichpressen mit dem gem. § 15 StGB erforderlichen Tötungsvorsatz (s.o.).

b. Rechtswidrigkeit und Schuld

A handelte auch rechtswidrig und schuldhaft. A ist strafbar gem. § 212 I StGB.

3. Ergebnis der ersten Variante

Sofern A beim Ansichpressen des Kindes mit Tötungsvorsatz gehandelt haben sollte, hätte sie sich wegen Totschlags, § 212 I StGB, strafbar gemacht.

II. Zweite Variante: A hatte beim Ansichpressen keinen Tötungsvorsatz

1. Strafbarkeit gem. §§ 212 I, 13 I StGB durch die Durchführung einer heimlichen Geburt

A könnte sich wegen Totschlags durch Unterlassen, §§ 212 I, 13 I StGB, zum Nachteil des Kindes dadurch strafbar gemacht haben, dass sie die Geburt heimlich zu Hause im Badezimmer durchführte und es unterließ, einen Arzt zu rufen, sich in ein Krankenhaus zu begeben oder zumindest das Kind im Bett zur Welt zu bringen.

a. Tatbestand

aa. Eintritt des tatbestandlichen Erfolgs

Der tatbestandliche Erfolg des § 212 I StGB, der Tod eines Menschen, müsste eingetreten sein.

Das Kind ist gestorben. Dieses müsste jedoch auch ein Mensch i.S.v. § 212 I StGB sein.

Maßgeblich für den Beginn des Menschenlebens ist im Strafrecht der Beginn der Geburt, also das Einsetzen der Eröffnungswehen (BGHSt 32, 194; Fischer, Vor § 211 Rn. 2; Joecks, Vor § 211 Rn. 16 f.). Da das Kind der A sogar erst nach Vollendung der Geburt starb, war es im Zeitpunkt des Eintritts des tatbestandlichen Erfolges somit ein Mensch. Maßgeblicher Zeitpunkt für das Menschsein des Opfers i.S.v. § 212 I StGB ist jedoch nicht der Zeitpunkt des Erfolgseintritts, sondern derjenige des tatbestandsmäßigen Handelns bzw. Unterlassens des Täters (vgl. § 8 StGB). Das bedeutet, dass bei einem Tatverhalten vor Geburtsbeginn, das aber erst nach der Geburt des Opfers zu dessen Tod führt, nicht die §§ 211 ff. StGB anwendbar sind sondern § 218 StGB, da das Opfer im maßgeblichen Zeitpunkt noch kein Mensch war (EGMR, EuGRZ 2005, 568; BGHSt 31, 352, 354).

Im vorliegenden Fall wäre das tatbestandliche Verhalten der A darin zu sehen, dass sie ihr Kind heimlich im Badezimmer zur Welt brachte und es unterließ, einen Arzt zu rufen, ein Krankenhaus aufzusuchen oder zumindest die Geburt in ihrem Bett durchzuführen. Diese Handlungspflichten hat sie zwar schon durch ihr Unterlassen vor Beginn der Geburt des Kindes verletzt (denn sie hätte ja auch schon vor Einsetzen der Eröffnungswehen ein Krankenhaus oder zumindest ihr Bett aufsuchen können). Entscheidend ist jedoch, dass sie auch nach Beginn der Eröffnungswehen immer noch genug Zeit gehabt hätte, um ärztliche Hilfe in Anspruch zu nehmen oder zumindest die sicherere Umgebung des Schlafzimmers aufzusuchen. Deshalb ist A hinsichtlich der Herbeiführung des Todes des Kindes nicht nur ein Verhalten vor Beginn der Eröffnungswehen vorzuwerfen sondern auch ein solches nach diesem Zeitpunkt, also ein Verhalten in einem Zeitpunkt, in dem das Opfer bereits ein Mensch war. Der tatbestandliche Erfolg des § 212 I StGB ist somit eingetreten.

bb. Nichtvornahme der zur Erfolgsabwendung gebotenen Handlung

A müsste es unterlassen haben, eine zur Abwendung des Todes des Kindes gebotene Handlung vorzunehmen.

Bei dieser Variante des Sachverhalts hat die A den Tod des Kindes zwar letztlich auch durch das Ansiehpresen - also eine Handlung (s.o.) - verursacht. Da sie jedoch im Zeitpunkt des Ansiehpresens nicht mit Tötungsvorsatz handelte, würde der Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit der A nicht automatisch beim aktiven Tun liegen. Statt dessen wäre der Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit zumindest dann im einen Unterlassen zu sehen, wenn A dieses - im Gegensatz zu einem anschließenden tödlichen Tun - mit Tötungsvorsatz vorgenommen hätte. Eine Bestrafung der A wegen eines unechten Unterlassungsdeliktes wäre also bei dieser Sachverhaltsvariante durchaus denkbar.

Der BGH macht zur Verletzung einer Handlungspflicht der A folgende Ausführungen: "[14] Da die Schwangerschaft problemlos verlaufen war, musste die Angeklagte nicht mit einem erhöhten gesundheitlichen Risiko für das Kind während der Geburt rechnen. Eine Hausgeburt wäre daher nicht von vornherein pflichtwidrig gewesen. Die Angeklagte hatte sich aber nicht nur zu einer solchen, sondern auch dazu entschlossen, das Kind heimlich und ohne fremde Hilfe im Badezimmer zur Welt zu bringen, obwohl bereits ein unter derartigen Umständen geborenes Kind zu Tode gekommen war.

[15] Es kann dahinstehen, ob, wie das Landgericht meint, eine werdende Mutter stets verpflichtet ist, sich für die Geburt fremder Hilfe zu vergewissern. Die Annahme einer solchen Handlungsverpflichtung ohne Bezug zu einer konkreten, mit der Geburt einhergehenden Gefahr erscheint sehr weit gehend. Eine Verpflichtung zur Inanspruchnahme von Hilfe bei der Geburt wird aber immer dann anzunehmen sein, wenn es für die Schwangere im Hinblick auf bekannte Vorerkrankungen oder sonstige Risiken absehbar ist, dass bei der Geburt Gefahren für Leib oder Leben des Kindes entstehen können.

[16] Die Angeklagte traf die Pflicht, einen für das Kind möglichst sicheren Geburtsverlauf und die erforderliche Erstversorgung des Neugeborenen sicherzustellen. Zu Recht geht das Landgericht davon aus, dass die Angeklagte gegen diese Pflicht verstoßen hat, indem sie ihr Kind im Badezimmer und nicht in einer schützenden Umgebung, etwa im Bett, zur Welt brachte. Wie der tatsächliche Verlauf der Geburt zeigt, war das Neugeborene dadurch erheblichen Gefährdungen ausgesetzt: Erst fiel das Kind auf den gefliesten Boden, dann stürzte die Angeklagte mit dem Kind im Arm. Auf Grund ihres durch den äußerst schmerzhaften Geburtsvorgang beeinträchtigten Zustands war die Angeklagte nicht in der Lage, ihr Kind vor diesen Ge-

fahren zu bewahren.”

A hat also jedenfalls die gebotene Handlung nicht vorgenommen, die Geburt im Bett vorzunehmen.

cc. Physisch-reale Möglichkeit der Handlung

Die Strafbarkeit eines Unterlassens setzt stets voraus, dass es der Täterin physisch-real möglich gewesen wäre, die gebotene Handlung vorzunehmen.

A hätte hier die gebotene Handlung, die Geburt im Bett vorzunehmen, ohne Weiteres vornehmen können.

dd. Kausalität

Das Unterlassen der A müsste auch kausal für den Tod des Kindes gewesen sein.

Ein Unterlassen ist kausal für einen Erfolg, wenn die gebotene Handlung nicht hinzugedacht werden kann ohne dass der Erfolg mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit entfielen (sog. “hypothetische Kausalität”, vgl. BGHSt 48, 77, 93).

Hätte A die gebotene Handlung vorgenommen und die Geburt im Bett durchgeführt, dann wäre es zu den Stürzen nicht gekommen, A hätte das Kind nicht als Folge eines “Schutzreflexes” an sich gepresst und dieses wäre nicht erstickt. Das tatbestandliche Unterlassen der A ist also kausal für den Erfolgseintritt.

ee. Objektive Zurechnung

Der Tod des Kindes müsste A auch als “ihr Werk” zugerechnet werden können.

In diesem Zusammenhang könnte es einer Zurechnung entgegenstehen, dass der Tod des Kindes nicht unmittelbar dadurch eingetreten ist, dass A es unterlassen hatte, die Geburt an einem sichereren Ort als dem Badezimmer (z.B. im Bett) durchzuführen, sondern das Kind unmittelbar durch eine Handlung der A starb, nämlich dadurch, dass diese es an sich presste.

Hierzu führt der BGH aus: “[17] Zwar waren nicht diese Stürze todesursächlich, sondern das mehrminütige Ansiehpresen des Kindes durch die Angeklagte. Dieses aktive Tun unterbricht aber dann nicht in relevanter Weise den Kausalzusammenhang, wenn man wie es das Landgericht zugunsten der Angeklagten getan hat - unterstellt, dass das Ansiehpresen nicht mit Tötungsvorsatz geschah, sondern lediglich aus Unachtsamkeit der noch von den Anstrengungen der Geburt beeinträchtigten Angeklagten erfolgte. Eine solche Fehlreaktion im unmittelbaren Anschluss an die Geburt liegt noch innerhalb der Grenzen des nach allgemeiner Lebenserfahrung Vorhersehbaren. Sie wäre vermieden worden, wenn die Angeklagte ihrer Garantenpflicht entsprechend für einen möglichst sicheren Geburtsverlauf gesorgt hätte.”

Der Tod des Kindes kann der A also auch als “ihr Werk” zugerechnet werden.

ff. Garantenstellung

Gem. § 13 I StGB muss der Täter eines unechten Unterlassungsdelikts rechtlich dafür einzustehen haben, dass der Erfolg nicht eintritt. Der Täter bedarf also zu seiner Strafbarkeit einer sog. Garantenstellung. Eine solche Garantenstellung müsste bei A bestanden haben. Diese ergibt sich im vorliegenden Fall daraus, dass A als Mutter des Opfers rechtlich dazu verpflichtet war, für dieses zu sorgen und es zu beschützen, vgl. § 1626 I BGB.

So sieht es auch der BGH: “[13] Die Garantenstellung der Angeklagten gegenüber ihrem Kind ergab sich aus ihrer Stellung als Mutter. Damit traf sie vom Einsetzen der Geburtswehen an (vgl. Weigend in LK 12. Aufl. § 13 Rdn. 26) die Verpflichtung, diejenigen Maßnahmen zu treffen, die erforderlich sind, um das Leben des Kindes zu erhalten (vgl. BGH, GA 1970, 86).” Die erforderliche Garantenstellung der A lag somit vor.

gg. Entsprechungsklausel, § 13 I StGB a.E.

Bei einem reinen Erfolgsdelikt wie § 212 I StGB entspricht das garantenpflichtwidrige Unterlassen stets der Deliktsverwirklichung durch ein Tun, sodass die Voraussetzungen der Entsprechungsklausel, § 13 I StGB a.E., vorliegen (sog. “Modalitätenäquivalenz”).

hh. Vorsatz

A müsste auch Vorsatz gehabt haben.

Der BGH geht vom Vorliegen eines Tötungsvorsatzes der A (in Form von *dolus eventualis*) aus: “[18] Da die Angeklagte sich nach den Feststellungen damit abgefunden hatte, dass es auch diesmal wieder auf Grund der von ihr gewählten Art und Weise der Entbindung zum Tod des Kindes kommen werde, ist auch der bedingte Tötungsvorsatz hinsichtlich des konkret eingetretenen Erfolges belegt.”

Das Verhalten des A war also vorsätzlich.

b. Rechtswidrigkeit und Schuld

Das Verhalten der A war auch rechtswidrig und schuldhaft. A ist strafbar gem. §§ 212 I, 13 I StGB.

2. Strafbarkeit gem. § 212 I StGB durch das Ansiehpresen des Kindes

Eine Strafbarkeit der A wegen Totschlags, § 212 I StGB, durch das Ansiehpresen des Kindes scheidet nach dieser Sachverhaltsvariante aus, weil A insofern nicht vorsätzlich gehandelt hat.

3. Strafbarkeit gem. § 222 StGB durch das Ansiehpresen des Kindes

Eine mitverwirklichte fahrlässige Tötung, § 222 StGB, durch das Ansiehpresen des Kindes würde hinter den Totschlag durch Unterlassen (s.o.) zurücktreten.

4. Ergebnis der zweiten Variante

Sollte A beim Ansiehpresen des Kindes ohne Tö-

tungsvorsatz gehandelt haben, so hätte sie sich wegen Totschlags durch Unterlassen, §§ 212 I, 13 I StGB, strafbar gemacht.

III. Zwischenergebnis

Eine Strafbarkeit der A ist nach beiden möglichen Sachverhaltsvarianten gegeben, und zwar entweder wegen Totschlags, § 212 I StGB, oder wegen Totschlags durch Unterlassen, §§ 212 I, 13 I StGB. Da sich der tatsächliche Sachverhalt nicht eindeutig ermitteln lässt, ist nach dem Grundsatz "in dubio pro reo" die für A günstigere Variante zugrunde zu legen. Da bei einem unechten Unterlassungsdelikt gem. § 13 II StGB im Gegensatz zum Begehungsdelikt die Möglichkeit besteht, die Strafe der Täterin zu mildern, ist es für diese günstiger wegen eines unechten Unterlassungsdelikts bestraft zu werden als wegen des entsprechenden Begehungsdeliktes. In dubio pro reo ist also bei A davon auszugehen, dass sie beim Ansichpressen des Kindes ohne Tötungsvorsatz handelte.

A hat sich durch das Geschehen im Jahre 1988 also gem. §§ 212 I, 13 I StGB strafbar gemacht.

B. Das Geschehen im Jahre 2004 - Strafbarkeit gem. §§ 212 I, 13 I StGB

A könnte sich auch durch ihr Verhalten im Jahre 2004 wegen Totschlags durch Unterlassen, §§ 212 I, 13 I StGB, zum Nachteil des anderen Kindes dadurch strafbar gemacht haben, dass sie die Geburt angetrunken heimlich zu Hause im Badezimmer durchführte ohne ärztliche Hilfe in Anspruch zu nehmen.

I. Tatbestand

1. Eintritt des tatbestandlichen Erfolgs

Der tatbestandliche Erfolg des § 212 I StGB - Tod eines Menschen - ist mit dem Tod des Kindes eingetreten. Ebenso wie bei dem Geschehen aus dem Jahre 1988 erstreckt sich das tatbestandliche Unterlassen der A auch auf den Zeitraum nach Einsetzen der Eröffnungswehen, also eine Phase, in der das Kind bereits ein Mensch i.S.v. § 212 I StGB war.

2. Nichtvornahme der zur Erfolgsabwendung gebotenen Handlung trotz physisch-realer Möglichkeit der Handlungsvornahme

Insbesondere deshalb, weil bei den früheren Geburten der A bereits Komplikationen aufgetreten waren und auch, weil A aufgrund ihres Alkoholismus ein erhöhtes Risikopotenzial bei der Schwangerschaft aufwies, wäre es für sie geboten gewesen, bei der Geburt ärztliche Hilfe in Anspruch zu nehmen. Dies hat sie nicht getan, obwohl ihr dies physisch-real möglich gewesen

wäre.

3. Kausalität und objektive Zurechnung

Das Unterlassen der A müsste kausal für den Tod des Kindes gewesen sein.

Der BGH erläutert insofern: "Die unterlassene Inanspruchnahme ärztlicher Hilfe war kausal für den Tod des Neugeborenen, da der Sauerstoffmangel, an dem das Kind durch eine Anpassungsstörung und die akute Alkoholisierung gestorben ist, bei zeitnaher ärztlicher Betreuung hätte behoben werden können."

Das Unterlassen der A war also kausal. Auch ist ihr der Tod des Kindes objektiv zuzurechnen.

4. Garantenstellung

Auch bei dem Geschehen im Jahre 2004 war eine Garantenstellung der A - wie der BGH ausführt - wieder gegeben: "[20] In diesem Fall ergab sich die Garantenstellung der Angeklagten nicht nur aus ihrer Eigenschaft als Mutter, sondern auch aus schädigendem Vorverhalten. Der Angeklagten war bewusst, dass wegen ihres erheblichen und regelmäßigen Alkoholkonsums während der Schwangerschaft und der weiteren Alkoholaufnahme unmittelbar vor der Geburt besondere gesundheitliche Risiken für das Kind bestanden. Sie war daher, wie sie wusste, verpflichtet, die Geburt nicht ohne ärztlichen Beistand durchzuführen."

Eine Garantenstellung der A bestand somit.

5. Entsprechungsklausel, § 13 I StGB a.E.

Bei einem reinen Erfolgsdelikt wie § 212 I StGB entsprechen sich Unterlassen und Tun stets (s.o.).

6. Vorsatz

Ebenso wie bei dem Geschehen aus dem Jahre 1988 hatte A im Jahre 2004 zumindest bedingten Vorsatz zur Tötung des Kindes.

II. Rechtswidrigkeit und Schuld

Das Verhalten der A war rechtswidrig und schuldhaft.

III. Ergebnis

A hat sich gem. §§ 212 I, 13 I StGB strafbar gemacht.

C. Gesamtergebnis und Konkurrenzen

A hat sich durch ihr Verhalten sowohl im Jahre 1988 als auch im Jahre 2004 jeweils wegen Totschlags durch Unterlassen, §§ 212 I, 13 I StGB, strafbar gemacht. Wegen der erheblichen zeitlichen Zäsur zwischen diesen Vorgängen stehen die beide Delikte in Tatmehrheit, § 53 StGB. A ist also strafbar gem. §§ 212 I, 13 I; 212 I, 13 I; 53 StGB.