

## Öffentliches Recht

### Standort: Grundrechte

### Problem: Datenspeicherung auf Vorrat

BVERFG, URTEIL VOM 02.03.2010

1 BvR 256/08 U.A. (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

#### Problemdarstellung:

Das BVerfG erklärt in dem nachstehenden Urteil die §§ 113a, 113b TKG und § 110g StPO für nichtig. Nach diesen Vorschriften waren - in Umsetzung einer EG-Richtlinie - die Telekommunikationsanbieter verpflichtet, bestimmte Telekommunikationsdaten (z.B. Rufnummern und Dauer der Verbindung, nicht aber den Inhalt des Gesprächs) für die Dauer von sechs Monaten auf Vorrat zu speichern. Diese Daten sollten den Behörden bei Bedarf zu repressiven und präventiven Zwecken - also Strafverfolgung und Gefahrenabwehr - zugänglich sein. Hiergegen wendeten sich zahlreiche Verfassungsbeschwerden (Vb.) von Nutzern und einem Telekommunikationsunternehmen. Die geradezu schulmäßig aufgebaute Entscheidung des BVerfG im Einzelnen:

A. Die Vb. waren zunächst zulässig. Insbesondere waren die beschwerdeführenden Nutzer beschwerdebefugt, obwohl es an ihrer unmittelbaren Betroffenheit durch die Normen fehlte. Erlange der Betroffene keine Kenntnis von den Vollzugsakten (hier erfolgte die Speicherung und Weitergabe der Daten ja ohne Kenntnis der Nutzer), reiche die Darlegung aus, mit einiger Wahrscheinlichkeit von solchen Maßnahmen berührt zu werden.

Ferner sei eine Grundrechtsverletzung möglich. Insbesondere sei eine Prüfung derselben durch das BVerfG nicht ausgeschlossen. Zwar stellten die angegriffenen Normen Umsetzungsakte einer EG-Richtlinie dar; auch sei gegenwärtig von einem grundsätzlichen Anwendungsvorrang des Europarechts vor nationalem Recht auszugehen ("Solange"-Rechtsprechung des BVerfG); jedoch eröffne eine Richtlinie dem nationalen Gesetzgeber einen Spielraum bei der Umsetzung. Jedenfalls innerhalb dieses Spielraums müsse der nationale Gesetzgeber die Grundrechte wahren und schützen; insbesondere dürfe er keine unverhältnismäßigen Maßnahmen treffen, und zumindest insoweit (wenn auch nicht hinsichtlich des mit der umzusetzenden Richtlinie verbindlich vorgegebenen Ziels) könne das BVerfG prüfen, ob Grundrechte verletzt seien. Als solche kamen Art. 10 I GG der Nutzer und Art. 12 I GG der Betreiber von Telekommunikationsdiensten in Betracht.

B. Die Vb. der Nutzer, welche einen Verstoß gegen Art.

10 I GG rügten, waren auch begründet.

I. Zunächst bejaht das BVerfG relativ unproblematisch einen Eingriff in den Schutzbereich, wobei es Art. 10 I GG gegenüber dem allg. Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 I i.V.m. 1 I GG für spezieller hält, soweit es um Telekommunikationsdaten geht. (Soweit eine Datenerhebung nicht auf diese beschränkt ist, sondern generell Daten erhoben werden, unter denen auch - aber nicht nur - Telekommunikationsdaten sein mögen, unterscheidet das Gericht hingegen danach, ob auf den laufenden Kommunikationsvorgang zugegriffen wird - dann Art. 10 I GG - oder auf gespeicherte Daten nach abgeschlossener Kommunikation - dann Art. 2 I i.V.m. 1 I GG -, vgl. BVerfG, RA 2008, 172 = DVBl 2008, 582).

II. Die Rechtfertigung des Eingriffs wird verneint, weil der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verletzt sei.

1. Dabei betont das Gericht aber zunächst, dass eine Vorratsdatenspeicherung nicht generell unzulässig sein müsse. Dadurch wird die bisher st.Rspr. des BVerfG, wonach dem Staat eine Sammlung von personenbezogenen Daten auf Vorrat zu unbestimmten oder noch nicht bestimmbareren Zwecken verfassungsrechtlich strikt untersagt sei (grundlegend BVerfGE 65, 1 [46] - Volkszählung; vgl. ferner BVerfGE 100, 313 [360]; 115, 320 [350]; 118, 168 [187]), wenn nicht aufgehoben so doch zumindest stark relativiert. Die Absicht des BVerfG, einem europarechtlichen Konflikt aus dem Wege zu gehen, ist hier unverkennbar (wie gesagt, eine EG-Richtlinie schrieb die Vorratsdatenspeicherung vor, und der EuGH hatte diese für mit Gemeinschaftsrecht vereinbar erklärt).

2. Das BVerfG macht aber sehr detaillierte Ausführungen zu den (engen) Voraussetzungen, unter denen eine Vorratsdatenspeicherung nur zulässig sein kann. Diese Urteilspassagen lesen sich wie eine Gebrauchsanweisung für den Gesetzgeber. Das BVerfG moniert insbesondere vier Mängel:

a. *Datensicherheit*. Diese erfordere, dass der Datenmissbrauch durch Dritte gesetzlich wirksam ausgeschlossen werden müsse. Hierzu seien die bestehenden Vorschriften aber viel zu vage, d.h. zu unbestimmt.

b. *Verwendung der Daten*. Repressiv sei diese nur zur Verfolgung besonders schwerer Straftaten zulässig. Der Gesetzgeber habe es versäumt, einen Katalog solcher Taten in das Gesetz aufzunehmen. Auch präventiv müsse eine Verwendung der Daten auf den Schutz von

Leib, Leben oder Freiheit einer Person, der Bestand oder die Sicherheit des Bundes und der Länder sowie die Abwehr gemeiner Gefahren beschränkt bleiben. Ferner müsse jegliche Datenverwendung ausgeschlossen sein, die einen engen Kreis besonderer Vertraulichkeit betreffe, also z.B. Kommunikation unter engen Familienangehörigen. Eine solche Beschränkung fand sich im Gesetz ebenfalls nicht.

- *Hinreichende Transparenz.* Erfolge eine Verwendung der Daten verdeckt, müsse zumindest nachträglich eine Benachrichtigung des Betroffenen erfolgen, das Unterbleiben einer solchen dürfe nur ausnahmsweise durch den Richter angeordnet werden.

- *Effektiver Rechtsschutz.* Die Abfrage oder Übermittlung der Daten müsse grundsätzlich unter Richtervorbehalt gestellt werden. Ferner müsse es ein Verfahren zur nachträglichen Kontrolle der Verwendung der Daten geben.

C. Unbegründet war hingegen die auf Art. 12 I 1 GG gestützte Vb. des Telekommunikationsanbieters. Zwar läge ein Eingriff in dessen Berufsfreiheit vor; dieser stelle sich jedoch lediglich als Berufsausübungsregelung i.S.d. "Drei-Stufen-Theorie" dar, welche durch vernünftige Allgemeinwohlerwägungen - effektive Verfolgung von schwerwiegenden Straftaten und Gefahrenabwehr - gerechtfertigt sei. Von einer unangemessenen Benachteiligung des Unternehmens durch den notwendigen technischen Aufwand und die Kosten könne angesichts dieser wichtigen Schutzzwecke keine Rede sein.

#### **Prüfungsrelevanz:**

Diese mit Spannung erwartete Entscheidung fügt sich nahtlos in das Netz ein, welches das BVerfG zum Thema Datenschutz in der jüngeren Vergangenheit geknüpft hat. Sie wird schon jetzt als eine der wichtigsten Leitentscheidungen des BVerfG überhaupt zum Datenschutz bezeichnet. Dass dieses Thema besondere Aktualität genießt, zeigt schon die ebenfalls Richtung weisende Entscheidung zur Internet-Überwachung und Online-Durchsuchung (BVerfG, RA 2008, 172 = DVBl 2008, 582).

Das vorliegende Urteil enthält zudem interessante - wenn auch knapp gehaltene - Bezüge zum Europarecht, namentlich zur Prüfungskompetenz des BVerfG bei der Umsetzung von Richtlinien.

Der Entscheidung sind übrigens Sondervoten der Richter Schluckebier und Eichberger beigelegt. Diese halten den Eingriff in Art. 10 I GG für weniger schwer als die Senatsmehrheit. Die Datenspeicherung beschränke sich auf die Verkehrsdaten, erstrecke sich jedoch gerade nicht auf die besonders sensiblen *Inhalte* der Telekommunikationsvorgänge, und erfolge zudem dezentral bei den privaten Diensteanbietern. Dieser weniger schwer

wiegende Eingriff sei ganz überwiegend verhältnismäßig; die Sondervoten teilen lediglich die Bedenken der Senatsmehrheit hinsichtlich der Bestimmtheit der Datensicherungsmaßnahmen.

Alles in allem stellt die Entscheidung einen hervorragenden Prüfungsstoff dar, der nicht nur in juristischen Fachkreisen noch lange für Diskussionen sorgen wird.

#### **Vertiefungshinweise:**

□ Vorläufige Rechtsschutzentscheidung des BVerfG in dieser Sache: *BVerfG*, NStZ 2008, 290

□ Zur Zulässigkeit der Vorratsdatenspeicherung: *BVerfGE* 65, 1 [46]; 100, 313 [360]; 115, 320 [350]; 118, 168 [187]; *Graulich*, NVwZ 2008, 485; *Leutheusser-Schnarrenberger*, ZRP 2007, 9; *Klug/Gola/Reif*, NJW 2007, 2599; *Jenny*, CR 2008, 282

□ "Online-Durchsuchung": *BVerfG*, RA 2008, 172 = DVBl 2008, 582; *Leipold*, NJW-Spezial 2007, 135; *Kemper*, ZRP 2007, 105

□ Zur Gültigkeit der Richtlinie 2006/24/EG: *EuGH*, EuZW 2009, 212 gegen *Kleszczewski*, FS Fezer, 2008, 19 [24 f.]; *Klug/Reif*, RDV 2008, 89 [91 ff.]; *Rusteberg*, VB1BW 2007, 171 [176]; *Westphal*, EuZW 2006, 555 [558 f.]; *Zöller*, GA 2007, 393 [410 ff.]; *Kokott*, EuGH Slg. 2008, I-271, 276

#### **Kursprogramm:**

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

#### **Leitsätze**

**1. Eine sechsmonatige, vorsorglich anlasslose Speicherung von Telekommunikationsverkehrsdaten durch private Diensteanbieter, wie sie die Richtlinie 2006/24/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. März 2006 (ABl L 105 vom 13. April 2006, S. 54; im Folgenden: Richtlinie 2006/24/EG) vorsieht, ist mit Art. 10 GG nicht schlechthin unvereinbar; auf einen etwaigen Vorrang dieser Richtlinie kommt es daher nicht an.**

**2. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verlangt, dass die gesetzliche Ausgestaltung einer solchen Datenspeicherung dem besonderen Gewicht des mit der Speicherung verbundenen Grundrechtseingriffs angemessen Rechnung trägt. Erforderlich sind hinreichend anspruchsvolle und normenklare Regelungen hinsichtlich der Datensicherheit, der Datenverwendung, der Transparenz und des Rechtsschutzes.**

**3. Die Gewährleistung der Datensicherheit sowie die normenklare Begrenzung der Zwecke der möglichen Datenverwendung obliegen als untrennbare Bestandteile der Anordnung der Speicherungsverpflichtung dem Bundesgesetzgeber gemäß Art. 73 Abs. 1 Nr. 7 GG. Demgegenüber richtet sich die Zu-**

**ständigkeit für die Schaffung der Abrufregelungen selbst sowie für die Ausgestaltung der Transparenz- und Rechtsschutzbestimmungen nach den jeweiligen Sachkompetenzen.**

**4. Hinsichtlich der Datensicherheit bedarf es Regelungen, die einen besonders hohen Sicherheitsstandard normenklar und verbindlich vorgeben. Es ist jedenfalls dem Grunde nach gesetzlich sicherzustellen, dass sich dieser an dem Entwicklungsstand der Fachdiskussion orientiert, neue Erkenntnisse und Einsichten fortlaufend aufnimmt und nicht unter dem Vorbehalt einer freien Abwägung mit allgemeinen wirtschaftlichen Gesichtspunkten steht.**

**5. Der Abruf und die unmittelbare Nutzung der Daten sind nur verhältnismäßig, wenn sie überragend wichtigen Aufgaben des Rechtsgüterschutzes dienen. Im Bereich der Strafverfolgung setzt dies einen durch bestimmte Tatsachen begründeten Verdacht einer schweren Straftat voraus. Für die Gefahrenabwehr und die Erfüllung der Aufgaben der Nachrichtendienste dürfen sie nur bei Vorliegen tatsächlicher Anhaltspunkte für eine konkrete Gefahr für Leib, Leben oder Freiheit einer Person, für den Bestand oder die Sicherheit des Bundes oder eines Landes oder für eine gemeine Gefahr zugelassen werden.**

**6. Eine nur mittelbare Nutzung der Daten zur Erteilung von Auskünften durch die Telekommunikationsdiensteanbieter über die Inhaber von Internetprotokolladressen ist auch unabhängig von begrenzenden Straftaten- oder Rechtsgüterkatalogen für die Strafverfolgung, Gefahrenabwehr und die Wahrnehmung nachrichtendienstlicher Aufgaben zulässig. Für die Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten können solche Auskünfte nur in gesetzlich ausdrücklich benannten Fällen von besonderem Gewicht erlaubt werden.**

#### **Sachverhalt:**

Gegenstand der Verfassungsbeschwerden sind Vorschriften des Telekommunikationsgesetzes (im Folgenden: TKG) und der StPO, die eine vorsorgliche Speicherung von Telekommunikationsverkehrsdaten seitens der Anbieter öffentlich zugänglicher Telekommunikationsdienste für sechs Monate sowie die Verwendung dieser Daten regeln.

#### **A. Rechtlicher Hintergrund**

Die angegriffenen Vorschriften wurden durch Gesetz vom 21. Dezember 2007 (BGBl I S. 3198) eingefügt oder geändert und sind am 1. Januar 2008 in Kraft getreten. Sie dienen der Umsetzung der Richtlinie 2006/24/EG über die Vorratsspeicherung von Daten, die bei der Bereitstellung öffentlich zugänglicher elektronischer Kommunikationsdienste oder öffentlicher Kommunikationsnetze erzeugt und verarbeitet werden.

#### **I. § 113a TKG**

§ 113a TKG verpflichtet die Betreiber öffentlich zugänglicher Telekommunikationsdienste, die in § 113a II-V TKG einzeln aufgeführten Telekommunikationsverkehrsdaten zu Festnetz-, Internet- und Mobilfunktelefonaten, zum Versand von SMS-, MMS- und ähnlichen Nachrichten, zu E-Mail-Verbindungen und zum Internetzugang für einen Zeitraum von sechs Monaten zu speichern. Nach Ablauf der Speicherungsfrist sind die Daten gemäß § 113a XI TKG binnen eines Monats zu löschen. Der Inhalt der Kommunikation und Daten über aufgerufene Internetseiten dürfen nach § 113a VIII TKG *nicht* gespeichert werden. Für die Datensicherheit verweist § 113a Abs. 10 TKG auf die im Bereich der Telekommunikation erforderliche Sorgfalt und verlangt, dass der Zugang zu den Daten nur hierzu besonders ermächtigten Personen vorbehalten bleibt.

#### **Auszug aus § 113a TKG: Speicherungspflichten für Daten**

(1) Wer öffentlich zugängliche Telekommunikationsdienste für Endnutzer erbringt, ist verpflichtet, von ihm bei der Nutzung seines Dienstes erzeugte oder verarbeitete Verkehrsdaten nach Maßgabe der Absätze 2 bis 5 sechs Monate im Inland oder in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union zu speichern. Wer öffentlich zugängliche Telekommunikationsdienste für Endnutzer erbringt, ohne selbst Verkehrsdaten zu erzeugen oder zu verarbeiten, hat sicherzustellen, dass die Daten gemäß Satz 1 gespeichert werden, und der Bundesnetzagentur auf deren Verlangen mitzuteilen, wer diese Daten speichert.

(2) Die Anbieter von öffentlich zugänglichen Telefondiensten speichern:

1. die Rufnummer oder andere Kennung des anrufenden und des angerufenen Anschlusses sowie im Falle von Um- oder Weiterschaltungen jedes weiteren beteiligten Anschlusses,
2. den Beginn und das Ende der Verbindung nach Datum und Uhrzeit unter Angabe der zugrunde liegenden Zeitzone,
3. in Fällen, in denen im Rahmen des Telefondienstes unterschiedliche Dienste genutzt werden können, Angaben zu dem genutzten Dienst,
4. im Fall mobiler Telefondienste ferner:
  - a) die internationale Kennung für mobile Teilnehmer für den anrufenden und den angerufenen Anschluss,
  - b) die internationale Kennung des anrufenden und des angerufenen Endgerätes,
  - c) die Bezeichnung der durch den anrufenden und den angerufenen Anschluss bei Beginn der Verbindung genutzten Funkzellen,
  - d) im Fall im Voraus bezahlter anonymer Dienste auch die erste Aktivierung des Dienstes nach Datum, Uhrzeit und Bezeichnung der Funkzelle,
5. im Fall von Internet-Telefondiensten auch die Inter-

netprotokoll-Adresse des anrufenden und des angerufenen Anschlusses. [...]

(3) Die Anbieter von Diensten der elektronischen Post speichern:

1. bei Versendung einer Nachricht die Kennung des elektronischen Postfachs und die Internetprotokoll-Adresse des Absenders sowie die Kennung des elektronischen Postfachs jedes Empfängers der Nachricht,

2. bei Eingang einer Nachricht in einem elektronischen Postfach die Kennung des elektronischen Postfachs des Absenders und des Empfängers der Nachricht sowie die Internetprotokoll-Adresse der absendenden Telekommunikationsanlage,

3. bei Zugriff auf das elektronische Postfach dessen Kennung und die Internetprotokoll-Adresse des Abrufenden,

4. die Zeitpunkte der in den Nummern 1 bis 3 genannten Nutzungen des Dienstes nach Datum und Uhrzeit unter Angabe der zugrunde liegenden Zeitzone.

(4) Die Anbieter von Internetzugangsdiensten speichern:

1. die dem Teilnehmer für eine Internetnutzung zugewiesene Internetprotokoll-Adresse,

2. eine eindeutige Kennung des Anschlusses, über den die Internetnutzung erfolgt,

3. den Beginn und das Ende der Internetnutzung unter der zugewiesenen Internetprotokoll-Adresse nach Datum und Uhrzeit unter Angabe der zugrunde liegenden Zeitzone. [...]

(8) Der Inhalt der Kommunikation und Daten über aufgerufene Internetseiten dürfen auf Grund dieser Vorschrift nicht gespeichert werden. [...]

(11) Der nach dieser Vorschrift Verpflichtete hat die allein auf Grund dieser Vorschrift gespeicherten Daten innerhalb eines Monats nach Ablauf der in Absatz 1 genannten Frist zu löschen oder die Löschung sicherzustellen.

## II. § 113b TKG

§ 113b TKG regelt die Zwecke, zu denen die nach § 113a TKG gespeicherten Daten verwendet werden dürfen. Er unterscheidet dabei zwischen der Übermittlung an Behörden, um diesen eine Verwendung zur Erfüllung ihrer Aufgaben zu ermöglichen, und einer Verwendung durch die Telekommunikationsdiensteanbieter selbst zur Erteilung von Auskünften nach § 113 TKG, insbesondere über die Inhaber von Internetanschlüssen:

### § 113b TKG: Verwendung der nach § 113a gespeicherten Daten

Der nach § 113a Verpflichtete darf die allein auf Grund der Speicherungsverpflichtung nach § 113a gespeicherten Daten

1. zur Verfolgung von Straftaten,
2. zur Abwehr von erheblichen Gefahren für die öffentliche Sicherheit oder

3. zur Erfüllung der gesetzlichen Aufgaben der Verfassungsschutzbehörden des Bundes und der Länder, des Bundesnachrichtendienstes und des Militärischen Abschirmdienstes

an die zuständigen Stellen auf deren Verlangen übermitteln, soweit dies in den jeweiligen gesetzlichen Bestimmungen unter Bezugnahme auf § 113a vorgesehen und die Übermittlung im Einzelfall angeordnet ist; für andere Zwecke mit Ausnahme einer Auskunftserteilung nach § 113 darf er die Daten nicht verwenden. § 113 I 4 gilt entsprechend.

### III. § 100g StPO

Die fachrechtliche Ermächtigungsgrundlage zur Nutzung der nach § 113a TKG gespeicherten Daten zur Strafverfolgung ist § 100g StPO. Für die Gefahrenabwehr und die Aufgabenwahrnehmung der Nachrichtendienste verweisen mittlerweile § 20m BKAG sowie verschiedene landesrechtliche Bestimmungen auf § 113a TKG und ermöglichen so den behördlichen Rückgriff auf die nach dieser Bestimmung gespeicherten Daten.

### § 100g StPO lautet auszugsweise:

(1) Begründen bestimmte Tatsachen den Verdacht, dass jemand als Täter oder Teilnehmer

1. eine Straftat von auch im Einzelfall erheblicher Bedeutung, insbesondere eine in § 100a Abs. 2 bezeichnete Straftat, begangen hat, in Fällen, in denen der Versuch strafbar ist, zu begehen versucht hat oder durch eine Straftat vorbereitet hat oder

2. eine Straftat mittels Telekommunikation begangen hat,

so dürfen auch ohne Wissen des Betroffenen Verkehrsdaten (§ 96 Abs. 1, § 113a des Telekommunikationsgesetzes) erhoben werden, soweit dies für die Erforschung des Sachverhalts oder die Ermittlung des Aufenthaltsortes des Beschuldigten erforderlich ist. Im Falle des Satzes 1 Nr. 2 ist die Maßnahme nur zulässig, wenn die Erforschung des Sachverhalts oder die Ermittlung des Aufenthaltsortes des Beschuldigten auf andere Weise aussichtslos wäre und die Erhebung der Daten in einem angemessenen Verhältnis zur Bedeutung der Sache steht. Die Erhebung von Standortdaten in Echtzeit ist nur im Falle des Satzes 1 Nr. 1 zulässig. [...]

### IV. Richtlinie 2006/24/EG

Die Richtlinie 2006/24/EG des Europäischen Parlaments und des Rates, deren Umsetzung die angegriffenen Regelungen, soweit sie die Strafverfolgung betreffen, dienen, knüpft daran, dass Telekommunikationsverkehrsdaten ein wertvolles Instrument bei der Verfolgung von Straftaten insbesondere in den Bereichen der organisierten Kriminalität und des Terrorismus seien (vgl. Erwägungsgründe 7 bis 10 der Richtlinie 2006/24/EG) und dass einige Mitgliedstaaten Rege-

lungen über die Vorratsdatenspeicherung von solchen Daten erlassen hätten, die stark voneinander abwichen (vgl. Erwägungsgrund 5 der Richtlinie 2006/24/EG). Die dadurch geschaffenen rechtlichen und technischen Unterschiede beeinträchtigten den Binnenmarkt für die elektronische Telekommunikation, weil die Anbieter von Telekommunikationsdiensten mit unterschiedlichen Anforderungen hinsichtlich der zu speichernden Daten und der Speicherdauer konfrontiert seien (vgl. Erwägungsgrund 6 der Richtlinie 2006/24/EG).

### *B. Prozessgeschichte*

Mit ihren Verfassungsbeschwerden wenden sich die Beschwerdeführer - Nutzer und Anbieter von Telekommunikationsdienstleistungen - unmittelbar gegen §§ 113a, 113b TKG und 100g StPO. Sie rügen eine Verletzung ihrer Grundrechte aus Art. 2 I i.V.m. 1 I GG, 3 I, 10 I und 12 I GG.

### *Aus den Gründen:*

#### *A. Zulässigkeit*

Die Verfassungsbeschwerden sind zulässig.

#### *I. Beschwerdebefugnis*

##### *1. Selbst, gegenwärtig und unmittelbar betroffen*

[177] Die angegriffenen Vorschriften betreffen die Beschwerdeführer auch unmittelbar, selbst und gegenwärtig. Zwar richtet sich die Speicherungspflicht des § 113a TKG nicht an die als Nutzer betroffenen Beschwerdeführer, sondern an die Diensteanbieter. Jedoch sind diese ohne jeden Entscheidungsfreiraum (vgl. BVerfGE 107, 299 [313 f.]) unbedingt zur Speicherung der Daten der Beschwerdeführer verpflichtet. § 113a TKG führt damit unmittelbar und gegenwärtig zu einer Speicherung von Daten der Beschwerdeführer für die in § 113b Satz 1 TKG vorgesehenen Zwecke.

[178] An einer unmittelbaren Selbstbetroffenheit fehlt es in Bezug auf § 113b TKG und § 100g StPO auch nicht deshalb, weil diese Vorschriften erst auf der Grundlage weiterer Vollzugsakte Wirkungen entfalten und noch nicht feststeht, ob und wie weit gerade Daten der Beschwerdeführer hiervon betroffen sein werden. Wenn der Betroffene keine Kenntnis von den Vollzugsakten erlangt, reicht die Darlegung, mit einiger Wahrscheinlichkeit von solchen Maßnahmen berührt zu werden. Maßgeblich ist hierfür insbesondere, ob die Maßnahmen eine große Streubreite haben und Dritte auch zufällig erfassen können (vgl. BVerfGE 109, 279 [307 f.]; 113, 348 [363]; 120, 378 [396 f.]). Danach haben die Beschwerdeführer ihre eigene und unmittelbare Betroffenheit hinreichend dargelegt. Angesichts der erheblichen Speicherdauer von sechs Monaten und der großen Streubreite der erfassten Daten ist es nicht unwahrscheinlich, dass bei der Übermittlung und Ver-

wendung der Daten nach § 113b TKG und § 100g StPO auch Personen betroffen werden, die keinen Anlass zu entsprechenden Maßnahmen gegeben haben. Darlegungen, durch die sich die Beschwerdeführer selbst einer Straftat bezichtigen müssten, sind damit zum Beleg der Selbstbetroffenheit nicht erforderlich (vgl. BVerfGE 109, 279 [308]; 113, 348 [363]; 120, 378 [396 f.]). Ebenso wenig müssen sie dartun, für erhebliche Gefahren für die öffentliche Sicherheit verantwortlich zu sein oder Aktivitäten zu entfalten, die den Aufgabenkreis der Nachrichtendienste berühren. [...]

##### *2. Möglichkeit einer Grundrechtsverletzung*

[180] Die Verfassungsbeschwerden sind nicht unzulässig, soweit die angegriffenen Vorschriften in Umsetzung der Richtlinie 2006/24/EG ergangen sind.

##### *a. Anwendungsvorrang des Europarechts - "Solange II"*

[181] Allerdings übt das Bundesverfassungsgericht seine Gerichtsbarkeit über die Anwendbarkeit von Gemeinschafts- oder nunmehr Unionsrecht, das als Grundlage für ein Verhalten deutscher Gerichte und Behörden im Hoheitsbereich der Bundesrepublik Deutschland in Anspruch genommen wird, grundsätzlich nicht am Maßstab der Grundrechte des Grundgesetzes, solange die Europäischen Gemeinschaften (beziehungsweise heute die Europäische Union), insbesondere die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, einen wirksamen Schutz der Grundrechte generell gewährleisten, der dem vom Grundgesetz jeweils als unabdingbar gebotenen Grundrechtsschutz im Wesentlichen gleich zu achten ist, zumal den Wesensgehalt der Grundrechte generell verbürgt (vgl. BVerfGE 73, 339 [387]; 102, 147 [162 f.]). Diese Grundsätze gelten auch für innerstaatliche Rechtsvorschriften, die zwingende Vorgaben einer Richtlinie in deutsches Recht umsetzen. Verfassungsbeschwerden, die sich gegen die Anwendung von in diesem Sinne verbindlichem Recht der Europäischen Union richten, sind grundsätzlich unzulässig (vgl. BVerfGE 118, 79 [95]; 121, 1 [15]).

##### *b. Fortbestehende Prüfungskompetenz innerhalb des Umsetzungsspielraums*

[182] Die Beschwerdeführer können sich auf die Grundrechte des Grundgesetzes jedoch insoweit berufen, als der Gesetzgeber bei der Umsetzung von Unionsrecht Gestaltungsfreiheit hat, das heißt durch das Unionsrecht nicht determiniert ist (vgl. BVerfGE 121, 1 [15]). Darüber hinaus sind die Verfassungsbeschwerden vorliegend aber auch insoweit zulässig, als die angegriffenen Vorschriften auf Richtlinienbestimmungen beruhen, die einen zwingenden Inhalt haben. Die Beschwerdeführer machen geltend, dass es der Richtlinie 2006/24/EG an einer gemeinschaftsrechtlichen Kompe-

tenzgrundlage fehle und sie gegen europäische Grundrechtsverbürgungen verstoße. Sie erstreben deshalb unter anderem, ohne dass sie dies angesichts ihrer unmittelbar gegen das Umsetzungsgesetz gerichteten Verfassungsbeschwerden vor den Fachgerichten geltend machen konnten, eine Vorlage durch das Bundesverfassungsgericht an den Europäischen Gerichtshof, damit dieser im Wege der Vorabentscheidung nach Art. 267 AEUV (vormals Art. 234 EGV) die Richtlinie für nichtig erkläre und so den Weg frei mache für eine Überprüfung der angegriffenen Vorschriften am Maßstab der deutschen Grundrechte. Jedenfalls ist auf diesem Weg eine Prüfung der angegriffenen Vorschriften am Maßstab der Grundrechte des Grundgesetzes nach dem Begehren der Beschwerdeführer nicht von vornherein ausgeschlossen.

### B. Begründetheit

[183] Die Verfassungsbeschwerden sind im Wesentlichen begründet. Die angegriffenen Vorschriften verletzen die Beschwerdeführer in ihrem Grundrecht aus Art. 10 Abs. 1 GG. Eine Vorlage an den Europäischen Gerichtshof kommt nicht in Betracht, da es auf einen möglichen Vorrang des Gemeinschaftsrechts nicht ankommt. Die grundrechtlichen Gewährleistungen des Grundgesetzes stehen einer - anders gestalteten - Umsetzung der Richtlinie 2006/24/EG nicht entgegen.

#### I. Verstoß gegen die Telekommunikationsfreiheit der Nutzer, Art. 10 I GG

[188] Die angegriffenen Vorschriften greifen in Art. 10 Abs. 1 GG ein.

#### 1. Schutzbereich betroffen

##### a. Telekommunikationsfreiheit

[189] Art. 10 Abs. 1 GG gewährleistet das Telekommunikationsgeheimnis, welches die unkörperliche Übermittlung von Informationen an individuelle Empfänger mit Hilfe des Telekommunikationsverkehrs (vgl. BVerfGE 106, 28 [35 f.]; 120, 274 [306 f.]) vor einer Kenntnisnahme durch die öffentliche Gewalt schützt (vgl. BVerfGE 100, 313 [358]; 106, 28 [37]). Dieser Schutz erfasst dabei nicht nur die Inhalte der Kommunikation. Geschützt ist vielmehr auch die Vertraulichkeit der näheren Umstände des Kommunikationsvorgangs, zu denen insbesondere gehört, ob, wann und wie oft zwischen welchen Personen oder Telekommunikationseinrichtungen Telekommunikationsverkehr stattgefunden hat oder versucht worden ist (vgl. BVerfGE 67, 157 [172]; 85, 386 [396]; 100, 313 [358]; 107, 299 [312 f.]; 115, 166 [183]; 120, 274 [307]).

[190] Der Schutz durch Art. 10 Abs. 1 GG gilt nicht nur dem ersten Zugriff, mit dem die öffentliche Gewalt von Telekommunikationsvorgängen und -inhalten Kenntnis

nimmt. Seine Schutzwirkung erstreckt sich auch auf die Informations- und Datenverarbeitungsprozesse, die sich an die Kenntnisnahme von geschützten Kommunikationsvorgängen anschließen, und auf den Gebrauch, der von den erlangten Kenntnissen gemacht wird (vgl. BVerfGE 100, 313 [359]). Ein Grundrechtseingriff ist jede Kenntnisnahme, Aufzeichnung und Verwertung von Kommunikationsdaten sowie jede Auswertung ihres Inhalts oder sonstige Verwendung durch die öffentliche Gewalt (vgl. BVerfGE 85, 386 [398]; 100, 313 [366]; 110, 33 [52 f.]). In der Erfassung von Telekommunikationsdaten, ihrer Speicherung, ihrem Abgleich mit anderen Daten, ihrer Auswertung, ihrer Selektierung zur weiteren Verwendung oder ihrer Übermittlung an Dritte liegen damit je eigene Eingriffe in das Telekommunikationsgeheimnis (vgl. BVerfGE 100, 313 [366 f.]). Folglich liegt in der Anordnung gegenüber Kommunikationsunternehmen, Telekommunikationsdaten zu erheben, zu speichern und an staatliche Stellen zu übermitteln, jeweils ein Eingriff in Art. 10 Abs. 1 GG (vgl. BVerfGE 107, 299 [313]).

[189]1. Art. 10 Abs. 1 GG gewährleistet das Telekommunikationsgeheimnis, welches die unkörperliche Übermittlung von Informationen an individuelle Empfänger mit Hilfe des Telekommunikationsverkehrs (vgl. BVerfGE 106, 28 [35 f.]; 120, 274 [306 f.]) vor einer Kenntnisnahme durch die öffentliche Gewalt schützt (vgl. BVerfGE 100, 313 [358]; 106, 28 [37]). Dieser Schutz erfasst dabei nicht nur die Inhalte der Kommunikation. Geschützt ist vielmehr auch die Vertraulichkeit der näheren Umstände des Kommunikationsvorgangs, zu denen insbesondere gehört, ob, wann und wie oft zwischen welchen Personen oder Telekommunikationseinrichtungen Telekommunikationsverkehr stattgefunden hat oder versucht worden ist (vgl. BVerfGE 67, 157 [172]; 85, 386 [396]; 100, 313 [358]; 107, 299 [312 f.]; 115, 166 [183]; 120, 274 [307]).

[190] Der Schutz durch Art. 10 Abs. 1 GG gilt nicht nur dem ersten Zugriff, mit dem die öffentliche Gewalt von Telekommunikationsvorgängen und -inhalten Kenntnis nimmt. Seine Schutzwirkung erstreckt sich auch auf die Informations- und Datenverarbeitungsprozesse, die sich an die Kenntnisnahme von geschützten Kommunikationsvorgängen anschließen, und auf den Gebrauch, der von den erlangten Kenntnissen gemacht wird (vgl. BVerfGE 100, 313 [359]). Ein Grundrechtseingriff ist jede Kenntnisnahme, Aufzeichnung und Verwertung von Kommunikationsdaten sowie jede Auswertung ihres Inhalts oder sonstige Verwendung durch die öffentliche Gewalt (vgl. BVerfGE 85, 386 [398]; 100, 313 [366]; 110, 33 [52 f.]). In der Erfassung von Telekommunikationsdaten, ihrer Speicherung, ihrem Abgleich mit anderen Daten, ihrer Auswertung, ihrer Selektierung zur weiteren Verwendung oder ihrer Übermittlung an Dritte liegen damit je eigene Eingriffe in das Telekommunikationsgeheimnis (vgl. BVerfGE 100, 313 [366 f.]). Folglich liegt in der Anordnung gegenüber

Kommunikationsunternehmen, Telekommunikationsdaten zu erheben, zu speichern und an staatliche Stellen zu übermitteln, jeweils ein Eingriff in Art. 10 Abs. 1 GG (vgl. BVerfGE 107, 299 [313]).

*b. Abgrenzung zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht*  
[191] Das aus Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG folgende Recht auf informationelle Selbstbestimmung kommt neben Art. 10 GG nicht zur Anwendung. Bezogen auf die Telekommunikation enthält Art. 10 GG eine spezielle Garantie, die die allgemeine Vorschrift verdrängt und aus der sich besondere Anforderungen für die Daten ergeben, die durch Eingriffe in das Fernmeldegeheimnis erlangt werden. Insoweit lassen sich allerdings die Maßgaben, die das Bundesverfassungsgericht aus Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG entwickelt hat, weitgehend auf die speziellere Garantie des Art. 10 GG übertragen (vgl. BVerfGE 100, 313 [358 f.]).

## 2. Eingriff

### a. § 113a TKG

[192] Die in § 113a Abs. 1 TKG den Diensteanbietern auferlegte Speicherung der Telekommunikationsverkehrsdaten greift in das Telekommunikationsgeheimnis ein. Dies gilt zunächst für die Speicherungspflichten bezüglich der Telekommunikationsdienste gemäß § 113a Abs. 2 bis 5 TKG und in Verbindung hiermit gemäß § 113a Abs. 6 und 7 TKG. Die insoweit zu speichernden Angaben geben Auskunft darüber, ob, wann, wo und wie oft zwischen welchen Telekommunikationseinrichtungen Verbindungen aufgenommen oder aufzunehmen versucht wurden. Insbesondere gilt dies auch für die Speicherung der Daten zu Diensten der elektronischen Post gemäß § 113a Abs. 3 TKG, deren Vertraulichkeit gleichfalls durch Art. 10 Abs. 1 GG geschützt wird (vgl. BVerfGE 113, 348 [383]; 120, 274 [307]). Dass sich E-Mails technisch leicht abfangen lassen, ändert an deren vertraulichem Charakter und ihrer Schutzwürdigkeit nichts. Einen Eingriff in Art. 10 Abs. 1 GG begründet dabei auch die Speicherung der den Internetzugang betreffenden Daten gemäß § 113a Abs. 4 TKG. Zwar ermöglicht der Internetzugang nicht nur die Aufnahme von Individualkommunikation, die dem Schutz des Telekommunikationsgeheimnisses unterfällt, sondern auch die Teilnahme an Massenkommunikation. Da eine Unterscheidung zwischen Individual- und Massenkommunikation ohne eine der Schutzfunktion des Grundrechts zuwiderlaufende Anknüpfung an den Inhalt der jeweils übermittelten Information nicht möglich ist, ist bereits in der Speicherung der den Internetzugang als solchen betreffenden Daten ein Eingriff zu sehen, auch wenn sie Angaben über die aufgerufenen Internetseiten nicht enthalten (vgl. Gusy, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 1, 5.

Aufl. 2005, Art. 10 Rn. 44; Hermes, in: Dreier, GG, Bd. 1, 2. Aufl. 2004, Art. 10 Rn. 39).

[193] Die Eingriffsqualität des § 113a TKG wird auch nicht dadurch in Frage gestellt, dass die in dieser Vorschrift vorgeschriebene Speicherung nicht durch den Staat selbst, sondern durch private Diensteanbieter erfolgt. Denn diese werden allein als Hilfspersonen für die Aufgabenerfüllung durch staatliche Behörden in Anspruch genommen. § 113a TKG verpflichtet die privaten Telekommunikationsunternehmen zur Datenspeicherung allein für die Aufgabenerfüllung durch staatliche Behörden zu Zwecken der Strafverfolgung, der Gefahrenabwehr und der Erfüllung nachrichtendienstlicher Aufgaben gemäß § 113b TKG. Dabei ordnet der Staat die mit der Speicherung verbundene Grundrechtsbeeinträchtigung unmittelbar an, ohne dass den speicherungspflichtigen Unternehmen insoweit ein Handlungsspielraum verbleibt; die Daten sind so zu speichern, dass Auskunftersuchen der berechtigten öffentlichen Stellen nach § 113a Abs. 9 TKG unverzüglich erfüllt werden können. Unter diesen Voraussetzungen ist die Speicherung der Daten rechtlich dem Gesetzgeber als unmittelbarer Eingriff in Art. 10 Abs. 1 GG zuzurechnen (vgl. BVerfGE 107, 299 [313 f.]).

### b. § 113b TKG

[194] Grundrechtseingriffe in Art. 10 Abs. 1 GG liegen auch in den Regelungen zur Datenübermittlung in § 113b Satz 1 Halbsatz 1 TKG. Zwar eröffnet diese Vorschrift für sich genommen noch keine Verwendung der nach § 113a TKG gespeicherten Daten, sondern verweist auf weitere gesetzlich eigens zu schaffende Abrufnormen. Jedoch liegt in ihr die grundlegende Bestimmung, für welche Zwecke die Daten verwendet werden dürfen. Sie befreit diesbezüglich die Telekommunikationsunternehmen von ihrer im Übrigen geltenden Geheimhaltungspflicht. Dass die Datenverwendung letztlich endgültig erst im gestuften Ineinandergreifen von Vorschriften auf verschiedenen Normebenen ihre Gesamtregelung findet, ändert nichts daran, dass die Definition der Verwendungszwecke und die Erlaubnis zur Datenübermittlung Teil der Verwendungsregelung sind und insoweit Eingriffscharakter haben. Auch hier ist es unerheblich, dass § 113b TKG eine Übermittlung der Daten seitens privater Diensteanbieter betrifft. Die vorgesehene Übermittlung beruht auf einer gesetzlichen Regelung und damit unmittelbar auf einem Akt der nach Art. 1 Abs. 3 GG grundrechtsgebundenen öffentlichen Gewalt, setzt eine hoheitliche Anordnung im Einzelfall voraus und erfolgt an Behörden. Sie ist damit rechtlich als Eingriff des Staates anzusehen.

[195] Einen Eingriff in Art. 10 Abs. 1 GG begründet auch § 113b Satz 1 Halbsatz 2 in Verbindung mit § 113 Abs. 1 TKG. Danach können Behörden von den Diensteanbietern Auskünfte über Bestands- und Kundendaten gemäß §§ 95, 111 TKG verlangen, die die Dien-

steanbieter nur unter Nutzung der nach § 113a Abs. 4 TKG gespeicherten Daten ermitteln können. Unabhängig von der Frage, ob und wie weit in Auskünften gemäß § 113 TKG allgemein ein Eingriff in Art. 10 Abs. 1 GG liegt beziehungsweise ob insoweit grundsätzlich allein das Recht auf informationelle Selbstbestimmung gemäß Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG einschlägig ist, ist jedenfalls für Auskünfte gemäß § 113b Satz 1 Halbsatz 2, § 113 Abs. 1 TKG ein Eingriff in das Telekommunikationsgeheimnis des Art. 10 Abs. 1 GG zu bejahen. Denn es wird hier die Nutzung der gemäß § 113a TKG gespeicherten und damit durch einen Eingriff in Art. 10 Abs. 1 GG gewonnenen Daten geregelt. Jede Folgeverwendung von Daten, die einmal in Form eines Eingriffs in Art. 10 Abs. 1 GG erhoben worden sind, bleibt stets an diesem Grundrecht zu messen (vgl. BVerfGE 100, 313 [359]; 110, 33 [68 f.]; 113, 348 [365]). Auch hier kann es nicht darauf ankommen, dass diese gesetzlich vorgeschriebene Nutzung nicht durch die öffentliche Hand selbst, sondern - in Erfüllung des Auskunftsverlangens - durch private Anbieter erfolgt.

### c. § 100g StPO

[196] Einen Eingriff in Art. 10 Abs. 1 GG begründet schließlich auch § 100g StPO. Er ermöglicht den Strafverfolgungsbehörden, sich die nach § 113a TKG gespeicherten Daten von den zur Speicherung Verpflichteten übermitteln zu lassen und zu nutzen. § 100g Abs. 1 Satz 1 StPO selbst sowie das Gebrauchmachen von dieser Ermächtigung greifen als Akte der öffentlichen Gewalt daher gleichfalls in den Schutzbereich von Art. 10 Abs. 1 GG ein.

## 3. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

### a. Schranken

[198] Beschränkungen des Telekommunikationsgeheimnisses dürfen gemäß Art. 10 Abs. 2 Satz 1 GG nur aufgrund eines Gesetzes angeordnet werden. Keinen Zweifeln unterliegen insoweit zunächst § 113b TKG und § 100g StPO, die - gegebenenfalls im Zusammenwirken mit weiteren Vorschriften - eine gesetzliche Grundlage für den Erlass einzelndfallbezogener Anordnungen darstellen, aufgrund deren der Zugriff auf die Daten erfolgt. Verfassungsrechtlich unbedenklich ist insoweit auch § 113a TKG, der für die Speicherung der Daten nicht auf einzelndfallbezogene Anordnungen verweist, sondern diese unmittelbar selbst vorschreibt. Art. 10 Abs. 2 Satz 1 GG steht Beschränkungen des Telekommunikationsgeheimnisses auch unmittelbar durch Gesetz nicht entgegen (vgl. BVerfGE 85, 386 [396 ff.]).

### bb. Schranken-Schranken

#### (1). Formelle Verfassungsmäßigkeit

[199] Dem Bund fehlt es nicht an einer Gesetzgebungs-

kompetenz. Die §§ 113a, 113b TKG finden ihre Kompetenzgrundlage in Art. 73 Abs. 1 Nr. 7 GG, § 100g StPO findet sie in Art. 74 Abs. 1 Nr. 1, Art. 72 Abs. 1 GG.

(a). *Geschriebene Kompetenz für Telekommunikation*  
[200] Art. 73 Abs. 1 Nr. 7 GG berechtigt unmittelbar allerdings nur zur Regelung der technischen Seite der Errichtung einer Telekommunikationsinfrastruktur und der Informationsübermittlung mit Hilfe von Telekommunikationsanlagen. Von der Norm nicht umfasst sind Regelungen, die auf die übermittelten Inhalte oder die Art der Nutzung der Telekommunikation gerichtet sind (vgl. BVerfGE 113, 348 [368]; 114, 371 [385]) und etwa eine Telekommunikationsüberwachung zum Zwecke der Erlangung von Informationen für Aufgaben der Strafverfolgung oder der Gefahrenabwehr vorsehen. Solche Regelungen sind im Hinblick auf die Gesetzgebungskompetenz jeweils dem Rechtsbereich zuzuordnen, für dessen Zwecke die Überwachung erfolgt (vgl. BVerfGE 113, 348 [368]).

#### (b). *Ungeschriebene Kompetenz Kraft Sachzusammenhangs für Datenschutz im Bereich der Telekommunikation*

[201] Die §§ 113a und 113b TKG sind von der Kompetenz zur Regelung des Telekommunikationsrechts jedoch als Bestandteil der hiermit zu verbindenden datenschutzrechtlichen Bestimmungen kraft Sachzusammenhangs mit erfasst. Mangels ausdrücklicher Kompetenzzuweisung fällt das Recht des Datenschutzes zwar grundsätzlich in die Zuständigkeit der Länder. Eine bundesgesetzliche Zuständigkeit für dessen Regelung besteht kraft Sachzusammenhangs jedoch insoweit, als der Bund eine ihm zur Gesetzgebung zugewiesene Materie verständigerweise nicht regeln kann, ohne dass die datenschutzrechtlichen Bestimmungen mitgeregelt werden (vgl. BVerfGE 3, 407 [421]; 98, 265 [299]; 106, 62 [115]; 110, 33 [48]; stRspr; zum Datenschutzrecht vgl. Simitis, in: Simitis, BDSG, 6. Aufl. 2006, § 1 Rn. 4). Dies ist für die §§ 113a, 113b TKG der Fall. Diese stehen im Zusammenhang mit den Bestimmungen des Telekommunikationsgesetzes zum Datenschutz und normieren in Anknüpfung an die Regelung der technischen Bedingungen der Informationsübermittlung die jeweils zu beachtenden Anforderungen an den Umgang mit den bei der Erbringung von Telekommunikationsdiensten erzeugten oder verarbeiteten Daten. Sie knüpfen damit unmittelbar an Sachverhalte an, die in den Bereich der Gesetzgebungsmaterie der Telekommunikation fallen. Wegen dieses engen Zusammenhangs zwischen technischem Übermittlungsvorgang und den dabei anfallenden Daten kann die erforderliche datenschutzrechtliche Regelung ihrer Verwendung nur einheitlich durch den Bundesgesetzgeber erfolgen, der über die Kompetenz zur Regelung des Übermittlungsvorgangs verfügt. An-



dernfalls bestünde die Gefahr eines Inkongruenzen verursachenden Auseinanderfallens der technischen und datenschutzrechtlichen Regelungen der Datenverarbeitung. Dementsprechend enthält das Telekommunikationsgesetz neben den Regelungen der §§ 113a und 113b TKG und über das Fernmeldegeheimnis in den §§ 88 ff. TKG auch in den §§ 91 bis 107 TKG umfangreiche bereichsspezifische Regelungen zum Datenschutz, deren kompetenzielle Rechtmäßigkeit bisher - soweit ersichtlich - nicht ernsthaft in Zweifel gezogen wurde. [...]

*(2). Materielle Verfassungsmäßigkeit*

[204] Materiell verfassungsgemäß sind die Eingriffe in das Telekommunikationsgeheimnis, wenn sie legitimen Gemeinwohlzwecken dienen und im Übrigen dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit genügen (vgl. BVerfGE 100, 313 [359]), das heißt zur Erreichung der Zwecke geeignet, erforderlich und angemessen sind (vgl. BVerfGE 109, 279 [335 ff.]; 115, 320 [345]; 118, 168 [193]; 120, 274 [318 f.]; stRSpr).

*(a). Legitimer Zweck*

[206]1. Die Effektivierung der Strafverfolgung, der Gefahrenabwehr und der Erfüllung der Aufgaben der Nachrichtendienste sind legitime Zwecke, die einen Eingriff in das Telekommunikationsgeheimnis grundsätzlich rechtfertigen können (vgl. BVerfGE 100, 313 [373, 383 f.]; 107, 299 [316]; 109, 279 [336]; 115, 320 [345]). [wird ausgeführt]

*(b). Geeignetheit*

[207] Eine vorsorglich anlasslose Speicherung von Telekommunikationsverkehrsdaten zur späteren anlassbezogenen Übermittlung an die für die Strafverfolgung oder Gefahrenabwehr zuständigen Behörden beziehungsweise an die Nachrichtendienste darf der Gesetzgeber zur Erreichung seiner Ziele als geeignet ansehen. Es werden hierdurch Aufklärungsmöglichkeiten geschaffen, die sonst nicht bestünden und angesichts der zunehmenden Bedeutung der Telekommunikation auch für die Vorbereitung und Begehung von Straftaten in vielen Fällen erfolversprechend sind. Unerheblich ist, ob die vom Gesetzgeber geschaffenen Regelungen in der Lage sind, lückenlos alle Telekommunikationsverbindungen zu rekonstruieren. Auch wenn eine solche Datenspeicherung nicht sicherstellen kann, dass alle Telekommunikationsverbindungen verlässlich bestimmten Anschlussnehmern zugeordnet werden können, und etwa Kriminelle die Speicherung durch die Nutzung von Hotspots, Internetcafés, ausländischen Internettelefondiensten oder unter falschen Namen angemeldeten Prepaid-Handys unterlaufen können, kann dies der Geeignetheit einer solchen Regelung nicht entgegenhalten werden. Diese erfordert nicht, dass das Regelungsziel in jedem Einzelfall tatsächlich erreicht wird, sondern ver-

langt lediglich, dass die Zweckerreichung gefördert wird (vgl. BVerfGE 63, 88 [115]; 67, 157 [175]; 96, 10 [23]; 103, 293 [307]).

*(c). Erforderlichkeit*

[208] Der Gesetzgeber darf eine sechsmonatige Speicherung der Telekommunikationsverkehrsdaten auch als erforderlich beurteilen. Weniger einschneidende Mittel, die ebenso weitreichende Aufklärungsmaßnahmen ermöglichen, sind nicht ersichtlich. [wird ausgeführt]

*(d). Angemessenheit*

[209] Eine sechsmonatige Speicherung von Telekommunikationsverkehrsdaten in einem wie in § 113a TKG vorgesehenen Umfang ist auch nicht von vornherein unverhältnismäßig im engeren Sinne. [...]

*(aa). Grundsätzlich kein Verstoß gegen generelles Verbot der Vorratsdatenspeicherung*

[213] Allerdings entspricht es der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, dass dem Staat eine Sammlung von personenbezogenen Daten auf Vorrat zu unbestimmten oder noch nicht bestimmbareren Zwecken verfassungsrechtlich strikt untersagt ist (vgl. BVerfGE 65, 1 [46]; 100, 313 [360]; 115, 320 [350]; 118, 168 [187]). Um eine solche von vornherein verbotene Form der Datensammlung handelt es sich bei einer vorsorglich anlasslosen Speicherung der Telekommunikationsverbindungsdaten nicht in jedem Fall. Erfolgt sie zu bestimmten Zwecken, kann eine solche Speicherung eingebunden in eine dem Eingriff adäquate gesetzliche Ausgestaltung vielmehr auch den Verhältnismäßigkeitsanforderungen im engeren Sinne genügen. [...]

*[Anm. d. Red.: Das BVerfG führt im Folgenden zur Begründung aus, dass die Daten zunächst nur bei den Telekommunikationsanbietern gespeichert würden, der Staat also keinen unmittelbaren Zugriff auf die Daten habe. Ferner seien Umfang (der Inhalt der Kommunikation wird z.B. nach § 113a VIII TKG nicht gespeichert) und Dauer (6 Monate) der Datenspeicherung begrenzt.]*

[219] Zusammenfassend ist eine sechsmonatige Speicherung der Telekommunikationsverkehrsdaten in dem vom Gesetzgeber in § 113a Abs. 1 bis 8 TKG vorgesehenen Umfang unter den gegenwärtigen Umständen nicht von vornherein unverhältnismäßig. Für ihre verfassungsrechtliche Unbedenklichkeit ist allerdings Voraussetzung, dass die Ausgestaltung der Speicherung und der Verwendung der Daten dem besonderen Gewicht einer solchen Speicherung angemessen Rechnung trägt.

*(bb). Jedoch strenge Anforderungen an Datensicherheit, Datenverwendung, Transparenz und wirksamen Rechtsschutz*

[220] Die Ausgestaltung einer vorsorglichen Telekom-

munikationsverkehrsdatenspeicherung, wie sie in § 113a TKG vorgesehen ist, unterliegt besonderen verfassungsrechtlichen Anforderungen insbesondere hinsichtlich der Datensicherheit, des Umfangs der Datenverwendung, der Transparenz und des Rechtsschutzes. Nur wenn diesbezüglich hinreichend anspruchsvolle und normenklare Regelungen getroffen sind, ist der in einer solchen Speicherung liegende Eingriff verhältnismäßig im engeren Sinne.

*[Anm. d. Red.: Das BVerfG präzisiert diese Prämisse in den folgenden Randnummern ausführlich:*

*- Die Datensicherheit erfordere, dass Missbrauch durch Dritte gesetzlich wirksam ausgeschlossen sei; auch müsse die Löschung der Daten nach Zweckerreichung vorgesehen sein (RN 221-225).*

*- Bei der Verwendung der Daten unterscheidet das Gericht nach repressiven und präventiven Zwecken. Repressiv dürften die Daten nur zur Ahndung von Straftaten verwendet werden, die überragend wichtige Rechtsgüter bedrohen. Diese Straftaten habe der Gesetzgeber in einem Katalog abschließend festzulegen.*

*Bei präventiver Verwendung sei es hingegen erforderlich, aber auch ausreichend, wenn der Gesetzgeber die Rechtsgüter nenne, deren Schutz eine Verwendung der Daten rechtfertigen soll. Als solche kämen Leib, Leben oder Freiheit einer Person, der Bestand oder die Sicherheit des Bundes und der Länder sowie die Abwehr gemeiner Gefahren in Betracht.*

*Für repressive wie präventive Zwecke gleichermaßen müsse aber in jedem Fall eine Verwendung von Daten ausgeschlossen sein, die einen engen Kreis besonderer Vertraulichkeit betreffen, also z.B. enge Familienangehörige [Rn. 226-238].*

*- Hinreichende Transparenz sei nur gewährleistet, wenn die Verwendung der Daten offen erfolge oder zumindest nachträglich eine Benachrichtigung des Betroffenen erfolge (wobei deren Unterbleiben ausnahmsweise richterlich abgesegnet werden könne) [Rn. 239-245].*

*- Für eine Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes schließlich sei die Abfrage oder Übermittlung der Daten grundsätzlich unter Richtervorbehalt zu stellen. Ferner müsse ein Rechtsschutzverfahren zur nachträglichen Kontrolle der Verwendung der Daten möglich sein [Rn. 246-251].]*

*cc. Subsumtion*

[269] Die angegriffenen Vorschriften genügen diesen Anforderungen nicht. [...]

*(1). § 113a TKG*

[§ 113a TKG] fehlt es an der für eine solche Datensammlung verfassungsrechtlich gebotenen Gewährleistung eines besonders hohen Sicherheitsstandards. § 113a Abs. 10 TKG statuiert insoweit allein die unbestimmte bleibende Pflicht, durch technische und organi-

satorische Maßnahmen sicherzustellen, dass der Zugang zu den gespeicherten Daten ausschließlich besonders ermächtigten Personen möglich ist, und verweist ansonsten nur auf die im Bereich der Telekommunikation allgemein erforderliche Sorgfalt. Damit fehlt es an einer Vorschrift, die den besonders hohen Anforderungen an die Sicherheit der umfangreichen und aussagekräftigen Datensammlung nach § 113a TKG Rechnung trägt. [...]

*(2). § 113b TKG*

[276] Die Bestimmungen zur Übermittlung und Nutzung der Daten gemäß § 113b Satz 1 Halbsatz 1 TKG genügen den verfassungsrechtlichen Anforderungen nicht.

*(a). Repressive Zwecke, §§ 113b TKG i.V.m. 100g StPO*

[277] Mit den aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz entwickelten Maßstäben unvereinbar sind zunächst die Regelungen zur Verwendung der Daten für die Strafverfolgung.

[278] § 113b Satz 1 Nr. 1 TKG in Verbindung mit § 100g StPO genügt nicht den besonders engen Voraussetzungen, unter denen allein auf die nach § 113a TKG gespeicherten Daten zurückgegriffen werden darf. [...]

*(aa). Datenverwendung*

[279] Schon § 100g Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 StPO stellt nicht sicher, dass allgemein und auch im Einzelfall nur schwerwiegende Straftaten Anlass für eine Erhebung der entsprechenden Daten sein dürfen, sondern lässt - unabhängig von einem abschließenden Katalog - generell Straftaten von erheblicher Bedeutung genügen. Erst recht bleibt § 100g Abs. 1 Satz 1 Nr. 2, Satz 2 StPO hinter den verfassungsrechtlichen Maßgaben zurück, indem er unabhängig von deren Schwere jede mittels Telekommunikation begangene Straftat nach Maßgabe einer allgemeinen Abwägung im Rahmen einer Verhältnismäßigkeitsprüfung als möglichen Auslöser einer Datenabfrage ausreichen lässt. Mit dieser Regelung werden die nach § 113a TKG gespeicherten Daten praktisch in Bezug auf alle Straftatbestände nutzbar. Ihre Verwendung verliert damit angesichts der fortschreitenden Bedeutung der Telekommunikation im Lebensalltag ihren Ausnahmecharakter.

*(bb). Transparenz und effektiver Rechtsschutz*

[280] Nicht den verfassungsrechtlichen Anforderungen entspricht § 100g StPO weiterhin insoweit, als er einen Datenabruf grundsätzlich auch ohne Wissen des Betroffenen zulässt (§ 100g Abs. 1 Satz 1 StPO). Die verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Transparenz der Datenverwendung erlauben eine geheime Erhebung der nach § 113a TKG gespeicherten Daten nur, wenn dies aus überwiegenden, gesetzlich näher zu konkretisierenden Gründen erforderlich und richterlich angeordnet ist.

[281] Auch die Ausgestaltung der Benachrichtigungs-

pflicht genügt nicht in jeder Hinsicht den oben entwickelten Maßgaben. [...]

[282] § 101 Abs. 6 StPO sieht eine gerichtliche Kontrolle nur für die Zurückstellung der Benachrichtigung gemäß § 101 Abs. 5 StPO vor, nicht jedoch für das Absehen von einer Benachrichtigung gemäß § 101 Abs. 4 StPO. Dies trägt dem hohen Stellenwert der Benachrichtigung für eine transparente Verwendung der nach § 113a TKG gespeicherten Daten nicht hinreichend Rechnung. Soweit sich eine Datenabfrage unmittelbar auf Verkehrsdaten einer bestimmten Person bezieht, darf auf deren nachträgliche Benachrichtigung nur nach einer gerichtlichen Kontrolle der entsprechenden Ausnahmegründe verzichtet werden. An einer solchen Kontrolle fehlt es in den Fällen, in denen von einer Benachrichtigung gemäß § 101 Abs. 4 Satz 3 StPO wegen überwiegender Belange einer betroffenen Person abgesehen werden soll. [...]

#### (b). Präventive Zwecke

[285] Die angegriffenen Vorschriften entsprechen den verfassungsrechtlichen Anforderungen auch nicht im Hinblick auf den Abruf und die Verwendung der nach § 113a TKG gespeicherten Daten für die Gefahrenabwehr und für die Aufgaben der Nachrichtendienste. § 113b Satz 1 Nr. 2 und 3 TKG genügt den Anforderungen an eine hinreichende Begrenzung der Verwendungszwecke schon seiner Anlage nach nicht. Der Bundesgesetzgeber begnügt sich hier damit, in lediglich generalisierender Weise die Aufgabefelder zu umreißen, für die ein Datenabruf möglich sein soll, ohne konkret die Verwendungszwecke zu benennen. Deren Konkretisierung überlässt er vielmehr späterer Gesetzgebung, insbesondere auch der Gesetzgebung durch die Länder. Damit kommt er seiner Verantwortung für die verfassungsrechtlich gebotene Begrenzung der Verwendungszwecke nicht nach. [...]

[287] Die Ausgestaltung der Verwendung der nach § 113a TKG gespeicherten Daten ist auch insoweit unverhältnismäßig, als für die Übermittlung keinerlei Schutz von Vertrauensbeziehungen vorgesehen ist. Zumindest für einen engen Kreis von auf besondere Vertraulichkeit angewiesenen Telekommunikationsverbindungen ist ein solcher Schutz grundsätzlich geboten.

#### 4. Zwischenergebnis

[292] Zusammenfassend genügen weder die gesetzlichen Vorgaben für die Datensicherheit noch die Vorschriften zur Verwendung der Daten gemäß § 113b Satz 1 Nr. 1 TKG in Verbindung mit § 100g StPO, § 113b Satz 1 Nr. 2 und 3 TKG und § 113b Satz 1 Halbsatz 2 TKG den verfassungsrechtlichen Anforderungen. Damit fehlt es zugleich auch der Speicherungspflicht gemäß § 113a TKG selbst an einer verfassungsrechtlich tragfähigen Rechtfertigung. Die angegriffenen Vorschriften sind folglich insgesamt mit Art. 10 Abs. 1 GG nicht

vereinbar.

#### II. Verstoß gegen die Berufsfreiheit der Telekommunikationsanbieter, Art. 12 I 1 GG

[293] Demgegenüber sind die angegriffenen Vorschriften hinsichtlich Art. 12 Abs. 1 GG, soweit in diesem Verfahren hierüber zu entscheiden ist, keinen verfassungsrechtlichen Bedenken ausgesetzt.

##### 1. Eingriff in den Schutzbereich

[294] Die Auferlegung von Speicherungspflichten, die die Beschwerdeführerin zumindest insoweit betreffen, als sie auch selbst einen öffentlich zugänglichen Anonymisierungsserver betreibt, stellt allerdings einen Eingriff in ihre Berufsfreiheit dar. Als kommerzielle Anbieterin eines Anonymisierungsdienstes kann sie sich auf die Berufsfreiheit gemäß Art. 12 Abs. 1 GG berufen. Auch hat die Regelung objektiv berufsregelnde Tendenz. Die Speicherungspflichten richten sich an solche Diensteanbieter, die öffentlich zugänglich Telekommunikationsdienste in der Regel gegen Entgelt für Endnutzer erbringen (vgl. § 113a Abs. 1, § 3 Nr. 24 TKG) und damit an Dienstleister, die die Dienste jedenfalls typischerweise zu Erwerbszwecken anbieten.

##### 2. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

###### a. Einordnung als Berufsausübungsregelung nach der "Drei-Stufen-Theorie"

[295] Bei dem Eingriff handelt es sich um eine Berufsausübungsregelung. Geregelt wird in § 113a TKG eine Speicherungs- und in § 113b Satz 1 Halbsatz 1 TKG eine Übermittlungspflicht, die sich als technische Maßgaben für die Erbringung von Telekommunikationsdiensten darstellen. Fehl geht dagegen das Vorbringen, die Speicherungspflicht wirke gegenüber Anonymisierungsdiensten als Berufswahlregelung, weil eine endgültige Anonymisierung nicht mehr angeboten werden könne. Zwar kommt eine Berufswahlregelung nicht nur dann in Betracht, wenn der Zugang zu einem Beruf rechtlich beschränkt wird, sondern auch dann, wenn die sinnvolle Ausübung eines Berufs faktisch unmöglich gemacht wird (vgl. BVerfGE 30, 292 [313]). Jedoch führt die Speicherungspflicht nach § 113a Abs. 6 TKG nicht dazu, dass Anonymisierungsdienste grundsätzlich nicht mehr betrieben werden können. Die Anonymisierungsdienste können ihren Nutzern weiterhin anbieten, ohne Identifizierungsmöglichkeit der IP-Adresse durch Private im Internet zu surfen. Sie ermöglichen damit Nutzern, die eine statische (und folglich offene) IP-Adresse haben, ihre Identität zu verbergen und schützen andere Nutzer vor Hackern oder sonstigem illegalen Zugriff. Aufgehoben wird die Anonymität nur gegenüber den staatlichen Behörden und dabei auch nur dann, wenn nach den engen Voraussetzungen für die unmittelbare Verwendung der nach § 113a TKG gespeicherten Ver-

kehrdaten ein Datenabruf ausnahmsweise erlaubt ist. Abgehalten werden damit folglich allein Kunden, deren Anonymisierungsinteresse sich gegen die in solchen besonders schwerwiegenden Fällen ermittelnden Behörden richtet. Das Angebot eines Anonymisierungsdienstes wird dadurch nicht insgesamt hinfällig. [...]

*b. Vernünftige Gemeinwohlerwägungen als Rechtfertigungsgründe*

[297] Eingriffe in die Berufsausübungsfreiheit müssen durch ausreichende Gründe des Gemeinwohls gerechtfertigt sein (vgl. BVerfGE 94, 372 [390]; 101, 331 [347]; 121, 317 [346]). Dabei reichen grundsätzlich vernünftige Gründe des Allgemeinwohls aus (vgl. BVerfGE 7, 377 [405 f.]; 16, 286 [297]; 81, 156 [189]; stRspr). Auch hier gelten die Anforderungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, das heißt der Eingriff muss zur Erreichung des Eingriffsziels geeignet, erforderlich und verhältnismäßig im engeren Sinne sein.

Diese Voraussetzungen sind hier erfüllt.

[298] Die Speicherungs- und Übermittlungspflichten legitimieren sich auch hinsichtlich des Eingriffs in die Berufsfreiheit aus der Zielsetzung einer Effektivierung der Strafverfolgung, der Gefahrenabwehr und der Aufgaben der Geheimdienste. Sie stützen sich damit auf vernünftige Gründe des Allgemeinwohls, für deren Förderung sie geeignet sind. Eine weniger eingreifende Regelung, die ebenso effektiv und für die öffentliche Hand kostengünstig ist, ist nicht ersichtlich. [...]

[299] Die Auferlegung der Speicherungspflicht wirkt gegenüber den betroffenen Diensteanbietern typischerweise nicht übermäßig belastend. [...]

*[Anm. d. Red.: Das BVerfG führt im Folgenden aus, dass die Telekommunikationsdienstleister weder durch die technischen Anforderungen der Datenspeicherung und -übermittlung noch durch die hierdurch verursachten Kosten übermäßig belastet würden (Rn. 300-304).]*

## Standort: Verfassungsbeschwerde

## Problem: Supranationaler Hoheitsakt

BVERFG, BESCHLUSS VOM 27.01.2010  
2 BvR 2253/06 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

### **Problemdarstellung:**

Im vorliegenden Beschluss beschäftigt sich das BVerfG mit der Frage, ob und wann ein supranationaler Hoheitsakt (hier: Prüfungsentscheidung der Europäischen Patentorganisation) Gegenstand einer Verfassungsbeschwerde (Vb.) sein kann.

A. Art. 93 I Nr. 4a GG lässt Verfassungsbeschwerden gegen jeden Akt der "öffentlichen Gewalt" zu. Dazu gehören zunächst und vor allem die nationalen Staatsgewalten, also Legislative, Judikative und Exekutive der Bundesrepublik Deutschland.

B. Diese Formulierung schließt eine Vb. gegen nicht-deutsche Hoheitsakte nach Ansicht des BVerfG aber nicht von vornherein aus. In Art. 24 I GG sei zwar die Möglichkeit vorgesehen, dass die BRD Hoheitsrechte auf supranationale Organisationen übertrage; dies dürfe aber nicht dazu führen, dass die Grundstruktur der Verfassung geändert werde. Würden also auf supranationaler Ebene fundamentalen Rechtsgrundsätze ausgehebelt, die in den Grundrechten oder den Staatsprinzipien des Grundgesetzes anerkannt sind, könnte dagegen Vb. erhoben werden.

C. Allerdings gelten dann verschärfte Begründungsanforderungen. § 23 I 2 BVerfGG, welcher auch für Verfassungsbeschwerden eine Begründung fordert, wird vom BVerfG so ausgelegt, dass der Beschwerdeführer dezidiert darlegen muss, warum und in wiefern durch den von ihm angegriffenen supranationalen Rechtsakt tatsächlich fundamentalen Rechtsgrundsätze des Grundgesetzes ausgehebelt werden. Die bloße Be-

hauptung, es seien Grundrechte verletzt, genügt dafür keinesfalls. Vielmehr muss der Beschwerdeführer sich mit der Rechtsordnung und der organisationsinternen Praxis der Organe der konkret in Rede stehenden internationalen Organisation näher auseinandersetzen.

### **Prüfungsrelevanz:**

Die vorliegende Entscheidung ist weniger im Hinblick auf die hier handelnde Europäische Patentorganisation, als vielmehr im Hinblick auf das Sekundärrecht der Europäischen Union examensrelevant. Richtlinien und Verordnungen der EU sind ebenfalls keine Akte der nationalen deutschen Gewalt; man könnte daher meinen, sie seien unter den selben Voraussetzungen mit der Vb. anfechtbar wie im hier behandelten Fall.

Allerdings macht das BVerfG in den Entscheidungsgründen gerade für EU-Rechtsakte eine wichtige Einschränkung: Wenn auf der supranationalen Ebene ein im Wesentlichen dem Grundgesetz vergleichbarer Grundrechtsschutz gewährleistet ist, überprüft das BVerfG die supranationalen Rechtsakte nach der sog. "Solange"-Rechtsprechung gerade *nicht* (BVerfGE 73, 339 <387> - Solange II). Dies wird für den Bereich der EU vom BVerfG seit Jahrzehnten bejaht und dürfte sich angesichts der Tatsache, dass im kürzlich in Kraft getretenen Verfassungsvertrag von Lissabon in Art. 6 I EUV die Europäische Grundrechtscharta durch ausdrückliche Anerkennung für verbindlich erklärt wird, vorerst nicht ändern. Es lässt sich daher nach wie vor festhalten, dass Richtlinien und Verordnungen der EU (jedenfalls in aller Regel) keine tauglichen Beschwerdegegenstände von Verfassungs-

beschwerden sind.

**Vertiefungshinweise:**

Zum Rechtsschutz gegenüber supranationalen Hoheitsakten allgemein: *BVerfGE* 73, 339 [374]; 89, 155 [175]; 102, 147 [161]

Rechtsschutz gegenüber Maßnahmen des Europäischen Patentamts: *BVerfG*, NJW 2001, 2705 f.; *BVerfGK* 6, 368 ff.; 8, 266 ff.; 325 ff.

**Kursprogramm:**

*Examenskurs*: "Derrick contra Columbo"

**Sachverhalt:**

[1] Die Verfassungsbeschwerde betrifft Fragen des Rechtsschutzes gegen Maßnahmen des Europäischen Patentamts.

[2] Das Europäische Patentamt ist eines von zwei Organen der Europäischen Patentorganisation, die durch das Übereinkommen über die Erteilung europäischer Patente vom 5. Oktober 1973 (EPÜ, BGBl 1976 II S. 649 <826>) gegründet wurde. Die Europäische Patentorganisation hat die Aufgabe, europäische Patente zu erteilen (vgl. Art. 4 Abs. 3 Satz 1 EPÜ). Sie genießt im Rahmen ihrer amtlichen Tätigkeit Immunität vor den mitgliedstaatlichen Gerichtsbarkeiten (siehe Art. 8 EPÜ i.V.m. Art. 3 Abs. 1 des Protokolls über Vorrechte und Immunitäten vom 5. Oktober 1973, BGBl 1976 II S. 649 <985>) und besitzt als internationale Organisation die Befugnis zur autonomen Gestaltung ihrer inneren Verhältnisse.

[3] Gemäß Art. 134 Abs. 1 EPÜ können in den durch das Übereinkommen geschaffenen Verfahren natürliche und juristische Personen grundsätzlich nur durch „zugelassene Vertreter“ vertreten werden, die in einer beim Patentamt geführten Liste eingetragen sein müssen. In die Liste zugelassener Vertreter kann nach Art. 134 Abs. 2 EPÜ jede natürliche Person aufgenommen werden, die die Staatsangehörigkeit eines Vertragsstaats besitzt, ihren Geschäftssitz oder Arbeitsplatz im Hoheitsgebiet eines Vertragsstaats hat und die europäische Eignungsprüfung bestanden hat. Gegenüber Prüfungsentscheidungen im Rahmen dieser Eignungsprüfung besteht nach Art. 27 der auf Art. 134 Abs. 8 Buchstabe a EPÜ beruhenden Vorschriften des Europäischen Patentamts über die organisationsinterne europäische Eignungsprüfung für zugelassene Vertreter (VEP, Amtsblatt des Europäischen Patentamts, Beilage 12/2004) eine Beschwerdemöglichkeit zur Beschwerdekammer in Disziplinarangelegenheiten des Europäischen Patentamts.

[4] Der Beschwerdeführer ist Diplomingenieur und Patentanwalt. Er hatte im Jahr 2005 an der Europäischen Eignungsprüfung teilgenommen und eine von vier Prüfungsarbeiten nicht bestanden. Daraufhin wie-

derholte er den betreffenden Prüfungsabschnitt, jedoch teilte ihm das Europäische Patentamt mit, dass die Prüfungskommission die Prüfung erneut als nicht bestanden gewertet habe. Gegen die Entscheidung der Prüfungskommission legte der Beschwerdeführer Beschwerde ein. Er vertrat die Auffassung, die Prüfung sei nur deshalb als nicht bestanden beurteilt worden, weil er im englischsprachigen Prüfungsabschnitt den Begriff „tubing“ nicht mit „schlauchförmige Folie“, sondern mit „Rohr“ übersetzt habe. Hieraus hätten sich zwar abweichende patentrechtliche Konsequenzen ergeben. Dies könne ihm aber nicht angelastet werden, weil der Begriff „tubing“ in den gängigen, in der Prüfung zugelassenen Wörterbüchern mit „starres Rohr“ übersetzt werde.

[5] Mit Entscheidung vom 7. Juli 2006 wies die Beschwerdekammer die Beschwerde zurück. Sie führte aus, dass die Auffassung der Prüfungskommission nicht unter einem „schwerwiegenden und eindeutigen Fehler“ leide. Zwar werde das englische Wort „tubing“ in Wörterbüchern meist mit „Rohr“, „Röhrenmaterial“, „Rohrleitung“ etc. übersetzt; indes sei auch der Begriff „Schlauchmaterial“ zu finden. Da der Begriff „tubing“ insoweit nicht eindeutig sei, hätte der Beschwerdeführer in der Prüfung aber auf eine Anlage zur Prüfungsaufgabe Bezug nehmen müssen, in der „new tubing“ im Sinne eines veränderbaren, schlauchförmigen Gegenstands definiert worden sei. Daher hätten sich dem Beschwerdeführer die der Lösung der Prüfungsaufgabe zugrunde liegenden patentrechtlichen Konsequenzen aufdrängen müssen.

[6] Gegen diese Entscheidung erhob der Beschwerdeführer unter dem 25. August 2006 Anhörungsruge gemäß § 152a VwGO, die mit Entscheidung der Beschwerdekammer in Disziplinarangelegenheiten vom 31. August 2006, dem Beschwerdeführer zugestellt am 2. Oktober 2006, als unstatthaft und damit unzulässig zurückgewiesen wurde. Die Beschwerdekammer verwies darauf, dass mitgliedstaatliche Bestimmungen im Verfahren vor dem Europäischen Patentamt und seinen Beschwerdekammern unanwendbar seien und dass das organisationsinterne Recht einen entsprechenden Rechtsbehelf nicht kenne.

[7] Mit seiner Verfassungsbeschwerde rügt der Beschwerdeführer eine Verletzung seiner Grundrechte. Die Nichtzulassung als Vertreter vor dem Europäischen Patentamt könne mit der Verfassungsbeschwerde angegriffen werden, weil es sich dabei um einen Akt einer supranationalen Organisation im Sinne von Art. 24 Abs. 1 GG handle, der in die nationale Rechtsordnung hineinwirke.

**Aus den Gründen:**

[10] Die Verfassungsbeschwerde wird nicht zur Entscheidung angenommen. Die Annahmenvoraussetzungen nach § 93a Abs. 2 BVerfGG sind nicht erfüllt;

denn die Verfassungsbeschwerde hat keine grundsätzliche Bedeutung, und ihre Annahme zur Entscheidung ist auch nicht zur Durchsetzung der in § 90 Abs. 1 BVerfGG bezeichneten Rechte angezeigt. Die Verfassungsbeschwerde ist unzulässig.

#### *A. Tauglicher Beschwerdegegenstand*

[12] Fraglich ist bereits, ob sich der Beschwerdeführer mit seiner Verfassungsbeschwerde gegen Akte der öffentlichen Gewalt im Sinne von Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, § 90 Abs. 1 BVerfGG wendet.

#### *I. Rechtsakte supranationaler Einrichtungen*

[13] Aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ergibt sich, dass auch Akte einer nicht-deutschen Hoheitsgewalt die Grundrechtsberechtigten in Deutschland betreffen können und das Bundesverfassungsgericht die Aufgabe hat, auch gegenüber solchen Rechtsakten Grundrechtsschutz zu gewähren (vgl. BVerfGE 89, 155 <175>; anders noch BVerfGE 22, 293 <297>; 58, 1 <27>). Solche Rechtsakte können damit grundsätzlich Gegenstand der Verfassungsbeschwerde sein. Denn Art. 24 I GG über die Übertragung von Hoheitsrechten muss wie jede Verfassungsbestimmung ähnlich grundsätzlicher Art im Zusammenhang der Gesamtverfassung verstanden und ausgelegt werden. Er öffnet nicht den Weg, die Grundstruktur der Verfassung zu ändern. Ein unaufgebarer Bestandteil des Verfassungsgefüges sind die fundamentalen Rechtsgrundsätze, die in den Grundrechten des Grundgesetzes anerkannt und verbürgt sind (BVerfGE 37, 271 <279 f.>; 58, 1 <40 ff.>; 73, 339 <375 f.>).

Das Grundgesetz verlangt allerdings nicht, dass auch im Einzelfall Grundrechtsschutz jeweils gerade durch das Bundesverfassungsgericht zu gewährleisten ist. Vielmehr bedingt die Offenheit der Verfassung für die internationale Zusammenarbeit im Sinne der Ziele der Präambel, dass das Bundesverfassungsgericht dann, wenn auf der supranationalen Ebene ein im Wesentlichen dem grundgesetzlichen vergleichbarer Grundrechtsschutz gewährleistet ist, seine Gerichtsbarkeit nicht ausübt (BVerfGE 73, 339 <387>; 102, 147 <161>; BVerfG, Beschluss der 4. Kammer des Zweiten Senats vom 4. April 2001, a.a.O., S. 2706).

[14] Daraus kann jedoch nicht der Schluss gezogen werden, jeder nicht-deutsche Hoheitsakt könne im Wege der Verfassungsbeschwerde angegriffen werden. Vielmehr können nur Maßnahmen von internationalen Organisationen die Grundrechtsberechtigten in Deutschland betreffen, denen als zwischenstaatliche Einrichtungen im Sinne von Art. 24 Abs. 1 GG Hoheitsrechte übertragen worden sind. Notwendiges Kriterium ist also die Supranationalität: Zu differenzieren ist danach, ob der in Rede stehenden internationalen Organisation die Befugnis eingeräumt wurde, Maßnahmen mit Durchgriffswirkung gegenüber dem Ein-

zelnen zu treffen, die also auf die Rechtsstellung des Bürgers de iure unmittelbar einwirken. Dies trifft nicht nur auf die Europäischen Gemeinschaften beziehungsweise die Europäische Union nach dem Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon, sondern auch auf andere internationale Organisationen zu (siehe bereits BVerfGK 8, 266 <269 f.>; 325 <329>).

#### *II. Subsumtion*

[15] Den Grundsatz der Angreifbarkeit supranationaler Hoheitsakte mit der Verfassungsbeschwerde, der zunächst in Bezug auf Sekundärrechtsakte der Organe der Europäischen Gemeinschaft aufgestellt wurde (vgl. BVerfGE 89, 155 <175>), hat das Bundesverfassungsgericht in der Folge unter Zugrundelegung eines funktionalen Verständnisses der öffentlichen Gewalt explizit auf Rechtsakte der Europäischen Patentorganisation erstreckt (siehe BVerfG, Beschluss der 4. Kammer des Zweiten Senats vom 4. April 2001, a.a.O.; BVerfGK 6, 368 ff.; 8, 266 ff.; 325 ff.). Denn die Europäische Patentorganisation ist eine zwischenstaatliche Einrichtung im Sinne von Art. 24 Abs. 1 GG. Es handelt sich um eine ins Völkerrecht verselbständigte juristische Person, und dem Europäischen Patentamt sind Hoheitsrechte zur Ausübung übertragen (näher dazu BVerfG, Beschluss der 4. Kammer des Zweiten Senats vom 4. April 2001, a.a.O.).

[16] Für die Angreifbarkeit eines nicht der deutschen Hoheitsgewalt entstammenden Rechtsakts im Wege der Verfassungsbeschwerde reicht es indes nicht aus, dass der erlassenden Organisation generell supranationale Befugnisse eingeräumt wurden. Vielmehr muss gerade der konkret beanstandete Rechtsakt supranationaler Natur sein, das heißt auf die Rechtsstellung des Adressaten de iure unmittelbar einwirken. Nur dann liegt ein Rechtsakt vor, der den Grundrechtsberechtigten in Deutschland im Sinne der Maastricht-Rechtsprechung "betrifft" (so bereits BVerfGK 8, 266 <269 f.>; 325 <329 f.>; ebenso BVerfGK 8, 61 <63 f.> zum Grundrechtsschutz gegenüber Maßnahmen des Internationalen Währungsfonds).

Wo die Organisation dagegen nicht zum Durchgriff ermächtigt wurde, hat sie auch nicht die Möglichkeit, auf die Rechtsstellung des Einzelnen in einer Form einzuwirken, die zur Vermeidung von Rechtsschutzlücken Grundrechtsschutz in der Bundesrepublik Deutschland geböte. Deshalb sind nicht-supranationale Rechtsakte internationaler Organisationen der deutschen öffentlichen Gewalt im Sinne des Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG nicht gleichgestellt.

[17] Ob die vorliegend in Rede stehende Ablehnung der Zulassung des Beschwerdeführers als Vertreter nach Art. 134 EPÜ zum Bereich der supranationalen Befugnisse des Europäischen Patentamts zählt, bedarf hier angesichts der Unzulässigkeit der Verfassungsbeschwerde aus weiteren Gründen jedoch keiner ver-

tieften Erörterung.

### B. Form

[18] Die Verfassungsbeschwerde genügt nicht den für Verfassungsbeschwerden gegen supranationale Hoheitsakte geltenden Begründungsanforderungen.

[19] Unbeschadet der besonderen, hier nicht in Rede stehenden Fallgruppen der Ultra-vires-Rüge und der Identitätsrüge (vgl. BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 30. Juni 2009 - 2 BvE 2/08, 2 BvE 5/08, 2 BvR 1010/08, 2 BvR 1022/08, 2 BvR 1259/08, 2 BvR 182/09 -, NJW 2009, S. 2267 <2272 f.>) sind Verfassungsbeschwerden gegen supranationale Rechtsakte nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts von vornherein unzulässig, wenn ihre Begründung nicht darlegt, dass im Rahmen der in Rede stehenden Organisation der nach dem Grundgesetz als unabdingbar gebotene Grundrechtsschutz generell und offenkundig nicht mehr gewährleistet ist (vgl. BVerfGE 73, 339 <387>; 102, 147 <164>; BVerfG, Beschluss der 4. Kammer des Zweiten Senats vom 4. April 2001, a.a.O., S. 2706; BVerfGK 6, 368 <370>). Damit muss ein Beschwerdeführer sich mit der Rechtsordnung und der organisationsinternen Praxis der Organe der konkret in Rede stehenden internationalen Organisation näher auseinandersetzen.

[20] An einer entsprechenden Darlegung des Beschwerdeführers fehlt es. Dieser hat sich nicht mit der Frage beschäftigt, ob die Entscheidungspraxis der Organe der Europäischen Patentorganisation generell nicht dem von Verfassungs wegen gebotenen Rechtsschutzstandard entspricht. Er hat seine Verfassungsbeschwerde vielmehr ausschließlich darauf gestützt, dass die angegriffenen Entscheidungen im konkreten Fall einem grundgesetzadäquaten Grundrechtsstandard nicht mehr entsprechen. Demgegenüber hätte sich der Beschwerdeführer näher mit der organisationsinternen Rechtsschutzmöglichkeit und den diesbezüglichen verfahrensrechtlichen Bestimmungen ebenso befassen

müssen wie mit der Spruchpraxis der Beschwerdekammern. Ohne eine solche vertiefte Auseinandersetzung kann ein Grundrechtsschutzdefizit im Rahmen einer supranationalen Organisation nicht substantiiert dargelegt werden; dies umso weniger, als das Bundesverfassungsgericht bereits festgestellt hat, dass das vom Europäischen Patentübereinkommen eingerichtete Rechtssystem im Wesentlichen dem des Grundgesetzes und damit den Anforderungen nach Art. 24 Abs. 1 GG entspricht (so BVerfG, Beschluss der 4. Kammer des Zweiten Senats vom 4. April 2001, a.a.O., S. 2706; BVerfGK 6, 368 <370>; ebenso - für einen konventionsadäquaten Rechtsschutzstandard des Systems - EGMR, Urteil vom 18. Februar 1999, Beschwerde-Nr. 26083/94, Waite u. Kennedy/Deutschland, NJW 1999, S. 1173 <1175>).

### C. Frist

[21] Schließlich ist die Verfassungsbeschwerde auch deshalb unzulässig, weil der Beschwerdeführer sie nicht fristgemäß erhoben hat.

[22] Nach § 93 Abs. 1 Satz 1 und 2 BVerfGG ist die Verfassungsbeschwerde innerhalb eines Monats nach Zustellung beziehungsweise formloser Mitteilung der in vollständiger Form abgefassten Entscheidung zu erheben. Der Beschwerdeführer wendet sich hier gegen die Entscheidung der Prüfungskommission des Europäischen Patentamts vom 4. Oktober 2005, gegen die er die statthafte Beschwerde zur Beschwerdekammer in Disziplinarangelegenheiten erhoben hat. Die zurückweisende Entscheidung der Beschwerdekammer vom 7. Juli 2006 wurde dem Bevollmächtigten des Beschwerdeführers am 11. August 2006 übermittelt, sodass der Beschwerdeführer gegen diese Entscheidung spätestens am Montag, den 11. September 2006 Verfassungsbeschwerde hätte erheben müssen. Die Verfassungsbeschwerde ist indes erst am 27. Oktober 2006 beim Bundesverfassungsgericht eingegangen. [...]

## Standort: §§ 43 I, 12 VwVfG Problem: Bekanntgabe eines VA gegenüber Betrunknenen

OVG MÜNSTER, BESCHLUSS VOM 24.08.2009  
5 E 967/09 (NWVBL 2010, 108)

### Problemdarstellung:

Im nachstehenden Beschluss des OVG Münster ging es um die Frage, ob und wie einer unter Alkoholeinfluss stehenden Person ein Verwaltungsakt wirksam bekanntgegeben werden kann. Die Antwort entnimmt das Gericht § 12 VwVfG, der sich seinerseits einer Parallele zu den Vorschriften des BGB bedient: Natürliche Personen sind handlungsfähig, wenn sie nach bürgerlichem Recht geschäftsfähig sind. Die Geschäftsfähigkeit nach §§ 104 ff. BGB wiederum wird

durch eine vorübergehende, auch starke Alkoholisierung nicht aufgehoben. Lediglich eine *abgegebene* Willenserklärung kann in diesem Zustand nach § 105 II BGB nichtig sein; hier ging es aber zum den *Zugang*, auf den §§ 130, 131 BGB anwendbar sind. Für den Zugang von Erklärungen gegenüber Personen im Zustand des § 105 II BGB gilt § 130 BGB (und nicht - wie man meinen könnte - § 131 BGB, vgl. Palandt/Ellenberger, BGB, 68. Auflage 2009, § 131 Rn 1). Für eine nicht verkörperte Erklärung unter Anwesenden kommt es bei § 130 BGB aber nicht darauf an, in welchem Zustand sich der Empfänger tatsächlich befand, sondern aus Gründen des Verkehrsschutzes

(nur) darauf, ob der Erklärende nach den ihm erkennbaren Umständen darauf vertrauen durfte, dass der Empfänger die Erklärung richtig und vollständig verstanden hat (Palandt/Ellenberger, BGB, 68. Auflage 2009, § 130 Rn 14).

Im vorliegenden Fall hatte die Polizei gegenüber dem alkoholisierten Kläger zunächst eine Wohnungsverweisung mit Rückkehrverbot, später ein Zwangsgeld ausgesprochen. Dabei durften die Polizisten davon ausgehen, dass der Kläger trotz seines Zustandes diese Anordnungen richtig und vollständig verstanden hat. Somit lag eine wirksame Bekanntgabe i.S.d. § 43 I VwVfG vor.

#### **Prüfungsrelevanz:**

Bekanntgabeprobleme sind ein gern verwendeter Prüfungstoff, weil sie sich mit Leichtigkeit in eine Vielzahl von verwaltungsrechtlichen Aufgabenstellungen übernehmen lassen. Das gilt auch für das hier angesprochene Problem des Zugangs gegenüber einer alkoholisierten Person. Weitere "Klassiker" in diesem Bereich sind Form- und Fristprobleme. Zu den gängigsten Formproblemen gehört die Verwendung moderner Kommunikationsmittel wie E-Mail oder Telefax. Fristprobleme können etwa aus der sog. "Drei-Tages-Fiktion" der §§ 4 VwZG und 41 II VwVfG resultieren, ferner aus fehlerhaften Rechtsbehelfsbelehrungen i.S.d. § 58 I VwGO (zu alledem vgl. die Vertiefungshinweise).

Abschließend sollte die Entscheidung Anlass bieten, sich noch einmal die Begriffe "Zustellung" und "Bekanntgabe" zu vergegenwärtigen, um eine Verwechslung derselben auszuschließen (vgl. nur § 74 I 1 VwGO einerseits und § 74 I 2 VwGO andererseits).

#### **Vertiefungshinweise:**

- Bestreiten des Zugangs eines schriftlichen Verwaltungsakts: *OVG Münster*, NVwZ 2004, 120
- Zur "Drei-Tages-Fiktion" bei der Bekanntgabe: *OVG Münster*, RA 2001, 619 = NVwZ 2001, 429; *FG Saarbrücken*, NVwZ 2001, 1199
- Zustellungswille der Behörde als Voraussetzung für Heilungsmöglichkeit bei Zustellungsmängeln: *BVerwGE* 104, 301; *BVerwG*, NJW 1988, 1612
- "Bekanntgabe" statt "Zustellung" in der Rechtsbehelfsbelehrung: *BVerwG*, NJW 1991, 508
- Weitere Fälle zu Problemen mit der Rechtsbehelfsbelehrung: *BVerwG*, RA 2002, 633 = BayVBl 2002, 678 (richtig, aber trotzdem unrichtig); *VG Darmstadt*, RA 2000, 321 = NVwZ 2000, 591 (unrichtig geworden); *BVerwG*, NVwZ 2009, 191 und *OVG Münster*, RA 2000, 443 = NWVBl 2000, 264 (Verwaltungsakt mit Doppelwirkung); *OVG Greifswald*, RA 1999, 485 = NVwZ-RR 1999, 476 (Amt statt Behörde); *OVG*

*Frankfurt/Oder*, RA 2004, 369 = NVwZ-RR 2004, 315 (Rechtsträger statt Behörde)

Unbeachtlichkeit von Formverstößen aufgrund äußerer Umstände: *BVerwG*, NJW 2003, 1544; *BGH*, NJW 2005, 2086; *OVG Münster*, RA 2008, 139 = NVwZ 2008, 344

Keine Entbehrlichkeit der Schriftform bei E-Mail aufgrund äußerer Umstände: *VG Kassel*, NVwZ-RR 2006, 377, 378; *VG Sigmaringen*, VBIBW 2005, 154

#### **Kursprogramm:**

*Examenskurs*: "Die Waffenbesitzkarte"

#### **Leitsatz (der Redaktion):**

**Für die Bekanntgabe eines Verwaltungsakts gegenüber einer Person, die sich in einem Zustand befindet, der die freie Willensbildung ausschließt (hier: durch Alkoholeinfluss), genügt es, wenn nach den für den Erklärenden erkennbaren Umständen des Einzelfalls davon ausgegangen werden konnte, dass der Empfänger die Erklärung richtig und vollständig verstehen konnte.**

#### **Sachverhalt:**

Der Kläger beantrage Prozesskostenhilfe für eine Klage gegen die Festsetzung eines Zwangsgeldes. Gegen ihn war eine Wohnungsverweisung mit Rückkehrverbot ausgesprochen worden, wobei er von den handelnden Polizeibeamten in alkoholisiertem Zustand getroffen worden war. Kurz darauf kehrte der Kläger gleichwohl in die Wohnung zurück, woraufhin das Zwangsgeld gegen ihn festgesetzt wurde.

#### **Aus den Gründen:**

Das Verwaltungsgericht hat den Antrag auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe unter Beiordnung von Rechtsanwalt H. T. aus L. zu Recht abgelehnt, weil die Rechtsverfolgung keine hinreichende Aussicht auf Erfolg bietet (§ 166 VwGO i. V. m. § 114 ZPO). Zur Begründung nimmt der Senat gemäß § 122 Abs. 2 Satz 3 VwGO Bezug auf die Ausführungen des angegriffenen Beschlusses und des Beschlusses vom 18. Mai 2009 (VG Köln, 20 L 260/09), die durch das Beschwerdevorbringen nicht erschüttert werden.

#### **A. Wirksame Bekanntgabe der Grundverfügung**

Die Festsetzung eines Zwangsgeldes zur Durchsetzung der vollziehbaren Wohnungsverweisung mit Rückkehrverbot vom 4. Februar 2009 wird sich im Hauptsacheverfahren voraussichtlich als rechtmäßig erweisen. Die Rüge des Klägers, das Verwaltungsgericht gehe von der erkennbar falschen Voraussetzung aus, er habe zum Tatzeitpunkt eine Blutalkoholkonzentration von 1,6‰ gehabt, greift nicht durch. Die polizeilichen Unterlagen, auf die er sich bezieht, geben keinen



Wert von 1,6‰ an, sondern von 0,66 mg/l. Vor diesem Hintergrund besteht kein Anhaltspunkt dafür, die Polizeibeamten könnten zu Unrecht angenommen haben, der Kläger habe ihren Fragen trotz deutlicher Alkoholisierung problemlos folgen können. Für die Richtigkeit dieser Annahme spricht bereits das Beschwerdevorbringen, der Kläger habe am Morgen des 4. Februar 2009 überlegt, wo er die Nacht verbringen könne. Anlass für eine solche Überlegung hatte der Kläger nur, weil er die Bedeutung der schriftlich bestätigten mündlichen Wohnungsverweisung mit Rückkehrverbot verstanden hatte.

### *I. Erkennbare Geschäftsfähigkeit des Empfängers erforderlich und ausreichend*

Selbst wenn der im Bekanntgabezeitpunkt alkoholisierte Kläger die Anordnung nicht vollständig erfasst haben sollte, bestehen keine Zweifel am Wirksamwerden der Grundverfügung ihm gegenüber gemäß § 43 Abs. 1 VwVfG NRW. Nach höchstrichterlicher Rechtsprechung reicht es zur Bekanntgabe eines Verwaltungsakts aus, dass die Behörde seinen Inhalt willentlich dem Adressaten zur Kenntnis bringt. Zur Kenntniserlangung bedarf es lediglich der Handlungsfähigkeit des Empfängers gemäß § 12 VwVfG NRW, die mit seiner Geschäftsfähigkeit nach bürgerlichem Recht einhergeht (vgl. BVerwG, NJW 1994, 2633). Geschäftsunfähig ist gemäß § 104 Nr. 2 BGB, wer sich in einem die freie Willensbildung ausschließenden, nicht nur vorübergehenden Zustand krankhafter Störung der Geistestätigkeit befindet. Dagegen führt nicht einmal der vorübergehende völlige Ausschluss

der freien Willensbestimmung, der nach § 105 Abs. 2 BGB der Wirksamkeit von Willenserklärungen entgegen steht (vgl. dazu BGH, WM 1972, 972), zur Geschäfts- und Handlungsunfähigkeit. Selbst ein solcher - hier nicht ansatzweise ersichtlicher - vorübergehender Zustand hindert nicht die wirksame Bekanntgabe von Verwaltungsakten nach den hierauf entsprechend anwendbaren allgemeinen Regeln über den Zugang von Willenserklärungen nach bürgerlichem Recht (vgl. Ellenberger, in: Palandt, BGB, 68. Aufl. 2009, § 131 Rn. 1 und § 130 Rn. 13 f., Schmitt, in: Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2001, § 105 Rn. 43 sowie BVerwG, Beschluss vom 22. Februar 1994 - 4 B 212.93 -, Buchholz 316 § 41 VwVfG Nr. 2).

### *II. Subsumtion*

Danach dürfte bereits der mündlich ausgesprochene Verwaltungsakt wirksam geworden sein, weil die Polizeibeamten nach den für sie erkennbaren Umständen davon ausgingen, der Kläger habe ihren Ausführungen folgen können. Spätestens jedoch durch die Übergabe der schriftlichen Bestätigung ist die Wohnungsverweisung gegenüber dem Kläger wirksam bekannt gegeben worden.

### *B. Verhältnismäßigkeit*

Für eine Unverhältnismäßigkeit des hier zur Durchsetzung der polizeilichen Anordnung gewählten Zwangsgeldes, insbesondere eine Ungeeignetheit dieses Beugemittels aufgrund des Alkoholeinflusses des Klägers, spricht unter den gegebenen Umständen nichts.

## IMPRESSUM

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

*Zivilrecht***Standort: Schuldrecht / Kaufrecht****Problem: Aufklärungspflicht**

BGH, URTEIL VOM 16.12.2009  
VIII ZR 38/09 (NJW 2010, 858)

**Problemdarstellung:**

Der Kl. macht Schadensersatzansprüche aus dem Kauf eines Pkw Audi A 6 geltend, den er am 21.03.2004 für 4.500 € vom Bekl. zu 1 über den Bekl. zu 2, einen Gebrauchtwagenhändler, gekauft hat.

Im Kaufvertragsformular ist unter dem vorformulierten Text "Gesamtfahrleistung nach Angaben des Vorbesitzers" handschriftlich "201.000 km" vermerkt; dies entspricht dem vom Tacho zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses ausgewiesenen Kilometerstand. Als Vorbesitzer waren aus dem Kfz-Brief nur der ursprüngliche Halter sowie der seit dem 16.02.2004 als Halter eingetragene Beklagte zu 1 ersichtlich, nicht aber der Zwischenhändler, von dem der Bekl. zu 1 das Fahrzeug tatsächlich erworben hatte.

Der Kl. fuhr mit dem Pkw 21.000 km und veräußerte ihn im November 2006 zu einem Preis von 1.500 €. Er ist der Auffassung, die Bekl. hätten ihn über den Erwerb des Fahrzeugs von einem nicht näher bekannten Zwischenhändler aufklären müssen. In diesem Fall hätte er auf die vom Kilometerzähler angezeigte Laufleistung von 201.000 km nicht vertraut und das Fahrzeug deshalb auch nicht gekauft. Die tatsächliche Laufleistung des Pkw habe im Zeitpunkt des Kaufvertrages mehr als 340.000 km betragen.

Der Kl. hat Schadensersatz in Höhe von 7.009,39 € (Rückzahlung des Kaufpreises sowie Erstattung von Reparaturkosten abzüglich Verkaufserlös und Entgelt für gezogene Nutzungen) nebst Zinsen begehrt. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung des Kl. hat das Berufungsgericht der Klage in Höhe von 6.754,24 € nebst Zinsen stattgegeben. Die weitergehende Berufung hat es zurückgewiesen. Mit den vom Berufungsgericht zugelassenen Revisionen begehren die Bekl. die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils.

**Prüfungsrelevanz:**

Die Entscheidung betrifft gleich mehrere examensrelevante Themen aus dem Kaufrecht und dem Allgemeinen Schuldrecht.

Zunächst bejaht der Senat die Frage nach der Aufklärungspflicht eines Gebrauchtwagenhändlers über ei-

nen „fliegenden Zwischenhändler“. Dies war höchst-richterlich bislang noch nicht geklärt (vgl. aber OLG Bremen, NJW 2003, 3713). Nach der ständigen Rechtsprechung des BGH besteht bei Vertragsverhandlungen für jeden Vertragspartner die Pflicht, den anderen Teil über solche Umstände aufzuklären, die den Vertragszweck vereiteln können und daher für seinen Entschluss von wesentlicher Bedeutung sind, sofern er die Mitteilung nach der Verkehrsauffassung erwarten kann (NJW 2001, 2163; NJW 2007, 3057). Ein solcher Umstand liegt vor, wenn der Verkäufer (hier: der Bekl. zu 1) das Fahrzeug selbst zuvor von einem Zwischenhändler erworben hat. Ohne nähere Angaben geht der Käufer nämlich regelmäßig davon aus, dass sein Vertragspartner (Bekl. zu 1) das Fahrzeug von demjenigen übernommen hat, der als letzter Halter im Fahrzeugbrief eingetragen ist. Denn nur wenn der Erwerber die Anzahl der tatsächlichen Vorbesitzer kennt, kann er Vertrauen in die wertbildenden Angaben, insb. den Kilometerstand entwickeln. Die Existenz eines unbekanntem Vorbesitzers erhöht demgegenüber die Gefahr, dass der Kilometerstand manipuliert worden ist. Der Gebrauchtwagenhändler (Bekl. zu 2) hätte auf diesen Umstand also hinweisen müssen.

Aus dieser Pflichtverletzung, die sich der Bekl. zu 1 gem. § 278 BGB zurechnen lassen muss, ergibt sich nach Ansicht des Senats eine Haftung aus culpa in contrahendo (§§ 280 I, 241 II, 311 II BGB). Zu beachten ist allerdings, dass es bereits zur Übergabe des Pkw und damit zum Gefahrübergang gem. § 446 S. 1 BGB gekommen ist, so dass im Hinblick auf Leistungsstörungen die kaufrechtlichen Gewährleistungsregeln (§§ 437 ff. BGB) heranzuziehen sind. Diese schließen einen Rückgriff auf andere Instrumente regelmäßig aus, so dass eigentlich auch ein Anspruch aus c.i.c. ausscheidet. Der fünfte Senat hat in seinem Urteil vom 27.03.2009 (RA 2009, 304 = NJW 2009, 2120) jedoch entschieden, dass eine parallele Anwendbarkeit von c.i.c. und kaufrechtlichen Gewährleistungsregeln jedenfalls bei vorsätzlichem Handeln des Verkäufers zulässig ist. Das Exklusivitätsverhältnis beider System rechtfertigt sich grds. aus dem differenzierten Haftungssystem der §§ 437 ff. BGB, das nicht durch die Anwendung der c.i.c. unterlaufen werden soll. Richtigerweise verschwimmen die Unterschiede zwischen den Systemen aber, wenn der Ver-

käufer vorsätzlich handelt. Er ist dann auch nach den kaufrechtlichen Regeln in vielerlei Hinsicht nicht mehr schutzwürdig (vgl. z.B. §§ 438 III, 444, 442 I BGB). Eine Anwendung der c.i.c. neben §§ 437 ff. BGB stellt bei vorsätzlichem Handeln also keinen Systembruch und ist daher zuzulassen. Da das Berufungsgericht hier vorsätzliches Handeln des Bekl. zu 2 festgestellt hatte, konnte der Kl. damit einen Anspruch aus c.i.c. gegen den Bekl. zu 1 geltend machen.

Aber auch gegen den Bekl. zu 2 kann der Kl. einen Anspruch herleiten. Dieser hat nämlich besonderes Vertrauen für sich in Anspruch genommen, so dass er i.S.d. § 311 III BGB als Sachwalter anzusehen und damit selbst schadensersatzpflichtig ist. Der Senat nennt dies hier ein „über die normale Verhandlungsloyalität hinausgehendes Vertrauen“ (Rn. 24). In Klausuren ist aber unbedingt zu beachten, dass eine Haftung gem. §§ 280 I, 241 II, 311 III BGB nur dann entsteht, wenn der Handelnde besonders *persönliches* („für sich“) Vertrauen in Anspruch nimmt.

Die Entscheidung bietet sich zur Prüfung in einer Examensklausur förmlich an. Neben den genannten Aspekten können problemlos sämtliche Probleme des Kaufrechts, insbesondere Probleme im Zusammenhang mit dem Agenturvertrag bzw. dem Inzahlungnahmegeschäft eingeflochten werden. Examenskandidaten müssen die Rechtsprechung zur Anwendbarkeit von c.i.c. neben §§ 437 ff. BGB kennen.

#### **Vertiefungshinweise:**

□ Aktuelles zur Gewährleistung im Kaufrecht: *OLG Karlsruhe*, RA 2008, 81 = *NJW-RR* 2008, 81 (Mangel beim Gebrauchtwagen); *BGH*, RA 2008, 186 (Unge-rechtfertigtes Nacherfüllungsverlangen); *BGH*, RA 2008, 258 (Keine Fristsetzung bei Verkäuferarglist); *BGH*, RA 2008, 224 (Rückabwicklung bei Inzahlungnahme); *BGH*, RA 2008, 532 (Parkettstäbchen-Fall)

□ Zur culpa in contrahendo: *BGH*, RA 2008, 283 (Verhältnis Gewährleistungsrechte zur c.i.c.); *BGH*, RA 2006, 664 = *NJW* 2006, 3139 (Verletzung von Aufklärungs-pflichten); *BGH*, RA 2006, 523 = *NJW-RR* 2006, 993 (Eigenhaftung des Verhandlungsführers)

□ Examensklausur c.i.c.: *Rohe/Winter*, JuS 2003, 872

#### **Kursprogramm:**

- *Examenskurs* „Augen auf beim Mustangkauf“
- *Examenskurs* „Die aggressiven Holzwürmer vom Niederrhein“
- *Examenskurs*: „Der defekte Synthesizer“
- *Assessorkurs*: „Der undankbare Neffe“

#### **Leitsatz:**

**Der Verkäufer eines Gebrauchtwagens muss den**

**Käufer darüber aufklären, dass er das Fahrzeug kurze Zeit vor dem Weiterverkauf von einem nicht im Kraftfahrzeugbrief eingetragenen "fliegenden Zwischenhändler" erworben hat (Rn.16).**

#### **Sachverhalt:**

Der Kl. macht Schadensersatzansprüche aus dem Kauf eines Pkw Audi A 6 geltend, den er am 21. März 2004 für 4.500 € vom Bekl. zu 1 über den Bekl. zu 2, einen Gebrauchtwagenhändler, gekauft hat.

Im Kaufvertragsformular ist unter dem vorformulierten Text "Gesamtfahrleistung nach Angaben des Vorbesitzers" handschriftlich "201.000 km" vermerkt; dies entspricht dem vom Tacho zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses ausgewiesenen Kilometerstand. Als Vorbesitzer waren aus dem Kfz-Brief nur der ursprüngliche Halter sowie der seit dem 16. Februar 2004 als Halter eingetragene Beklagte zu 1 ersichtlich. Dieser hatte das Fahrzeug jedoch über den Bekl. zu 2 von einem Zwischenhändler erworben, der beiden Bekl. nur als "A." bekannt war und der das Fahrzeug seinerseits ebenfalls von einem nicht als Halter im Kfz-Brief eingetragenen Vorbesitzer erworben hatte. Über diese Umstände wurde der Kl. bei Abschluss des Kaufvertrages nicht informiert.

Der Kl. fuhr mit dem Pkw 21.000 km und veräußerte ihn im November 2006 zu einem Preis von 1.500 €. Er ist der Auffassung, die Bekl. hätten ihn über den Erwerb des Fahrzeugs von einem nicht näher bekannten Zwischenhändler aufklären müssen. In diesem Fall hätte er auf die vom Kilometerzähler angezeigte Laufleistung von 201.000 km nicht vertraut und das Fahrzeug deshalb auch nicht gekauft. Die tatsächliche Laufleistung des Pkw habe im Zeitpunkt des Kaufvertrages mehr als 340.000 km betragen.

Der Kl. hat Schadensersatz in Höhe von 7.009,39 € (Rückzahlung des Kaufpreises sowie Erstattung von Reparaturkosten abzüglich Verkaufserlös und Entgelt für gezogene Nutzungen) nebst Zinsen begehrt. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung des Kl. hat das Berufungsgericht der Klage in Höhe von 6.754,24 € nebst Zinsen stattgegeben. Die weitergehende Berufung hat es zurückgewiesen. Mit den vom Berufungsgericht zugelassenen Revisionen begehren die Bekl. die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils.

#### **Aus den Gründen:**

Die Revisionen der Beklagten haben keinen Erfolg.

#### **A. Ausführungen des Berufungsgerichts**

[6] Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung, soweit für das Revisionsverfahren von Interesse, im Wesentlichen ausgeführt:

[7] Der Beklagte zu 2 sei dem Kläger aus culpa in contrahendo (§ 280 Abs. 1 i.V.m. § 311 Abs. 2 BGB)

zum Schadensersatz verpflichtet, weil er ihn bei den Vertragsverhandlungen nicht über den beiden Beklagten nicht näher bekannten und im Kfz-Brief auch nicht eingetragenen Vorbesitzer ("A.") aufgeklärt habe. Es sei ein Fall der so genannten Sachwalterhaftung gegeben (§ 280 Abs. 1 i.V.m. § 311 Abs. 3 BGB). Der Beklagte zu 2 habe besonderes Vertrauen in Anspruch genommen, indem er die Anzeige im Internet in seiner Eigenschaft als Kfz-Händler - ohne Hinweis auf ein Vertretergeschäft - veranlasst und später auch das Verkaufsgespräch geführt und den Vertrag zustande gebracht habe. Mit dem Beklagten zu 1 habe der Kläger demgegenüber keinen Kontakt gehabt. Dies sei als Indiz für ein besonderes Vertrauen gegenüber dem Sachwalter zu bewerten.

[8] Der Gebrauchtwagenhändler habe im Rahmen eines Schuldverhältnisses nach § 311 Abs. 3 BGB die Pflicht, den Käufer auch ungefragt auf ihm bekannte und für den Käufer nicht ersichtliche wesentliche Mängel hinzuweisen. Der Umstand, dass sich einer der Voreigentümer aus dem Kfz-Brief nicht ergebe und nicht mit Namen und Adresse "greifbar" sei, habe negative Auswirkungen auf den Wert des Pkw und damit auch auf die Kaufentscheidung des Interessenten. Denn in diesem Fall bestehe eine größere Wahrscheinlichkeit dafür, dass der Wagen unsachgemäß behandelt oder der Kilometerzähler manipuliert worden sei. Gegen diese Pflicht zur Aufklärung habe der Beklagte zu 2, dem der Ankauf des Fahrzeugs von "A." bekannt gewesen sei, bewusst verstoßen. Diese vorsätzliche Pflichtverletzung sei ursächlich für den vom Kläger geltend gemachten Schaden gewesen. Ein vertraglicher Haftungsausschluss scheidet schon deshalb aus, weil er bei vorsätzlicher Nichtaufklärung analog § 444 BGB nichtig wäre. Der Anspruch sei nicht verjährt.

[9] Ein Anspruch in entsprechender Höhe bestehe auch gegen den Beklagten zu 1, der sich das Verschulden des Beklagten zu 2 als seines Erfüllungsgehilfen als eigenes zurechnen lassen müsse (§ 278 BGB).

### *B. Entscheidung des BGH*

[10] Diese Beurteilung hält der revisionsrechtlichen Nachprüfung im Rahmen des beschränkten Umfangs der Revisionszulassung stand, so dass die Revisionen zurückzuweisen sind.

[13] Soweit die Revisionen zulässig sind, sind sie unbegründet. Die Beklagten sind dem Kläger gemäß § 280 Abs. 1, § 311 Abs. 2, 3, § 241 Abs. 2 BGB als Gesamtschuldner zum Schadensersatz verpflichtet. Sie haften wegen der unterbliebenen Aufklärung über den nicht näher bekannten Zwischenhändler aus Verschulden bei Vertragsverhandlungen.

### *I. Anspruch des Kl. gegen den Bekl. zu 1 aus c.i.c.*

[14] Zu Recht hat das Berufungsgericht angenommen,

dass der Beklagte zu 1 sich das Verhalten des Beklagten zu 2, dessen er sich als Erfüllungsgehilfe bedient hat, zurechnen lassen muss (§ 278 BGB) und dem Kläger nach § 280 Abs. 1, § 311 Abs. 2, § 241 Abs. 2 BGB zum Schadensersatz verpflichtet ist.

### *1. Pflichtverletzung = unterlassene Aufklärung*

[15] Nach der gefestigten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs besteht bei Vertragsverhandlungen für jeden Vertragspartner die Pflicht, den anderen Teil über solche Umstände aufzuklären, die den Vertragszweck (des anderen) vereiteln können und daher für seinen Entschluss von wesentlicher Bedeutung sind, sofern er die Mitteilung nach der Verkehrsauffassung erwarten kann (Senatsurteile vom 4. April 2001 - VIII ZR 32/00, WM 2001, 1118, unter II 3 b, und vom 13. Juni 2007 - VIII ZR 236/06, WM 2007, 2258, Tz. 35; jeweils m.w.N.).

[16] Wie das Berufungsgericht richtig gesehen hat, liegt ein solcher für den Käufer eines Gebrauchtwagens wesentlicher Umstand vor, wenn der Verkäufer das Fahrzeug selbst - wie hier - kurz zuvor von einem "fliegenden Zwischenhändler" erworben hat. In einem solchen Fall ist der Verkäufer zur Aufklärung verpflichtet (OLG Bremen, NJW 2003, 3713 f.; Reinking/Eggert, Der Autokauf, 10. Aufl., Rdnr. 1599), denn ohne einen entsprechenden Hinweis geht der Käufer davon aus, dass der Vertragspartner das Fahrzeug von demjenigen übernommen hat, der als letzter Halter in dem Kraftfahrzeugbrief eingetragen ist. Hat der Verkäufer das Fahrzeug kurze Zeit vor dem Weiterverkauf selbst von einer Person unbekannter Identität erworben, liegt der Verdacht nahe, dass es während der Besitzzeit des unbekanntem Voreigentümers zu Manipulationen am Kilometerzähler oder einer sonstigen unsachgemäßen Behandlung des Fahrzeugs gekommen ist. Die Verlässlichkeit der Angaben des Verkäufers zum Fahrzeug wird dadurch grundlegend entwertet. Insbesondere kommt der Kilometerstandsanzeige und den Aussagen zur "Gesamtfahrleistung nach Angabe des Vorbesitzers" hinsichtlich der tatsächlichen Fahrleistung in einem solchen Fall keine nennenswerte Bedeutung zu (vgl. OLG Bremen, aaO; Reinking/Eggert, aaO, Rdnr. 1599 f.).

### *2. Kausalität*

[18] Zutreffend hat das Berufungsgericht ferner angenommen, dass die unterbliebene Aufklärung für den Schaden des Klägers ursächlich geworden ist. Derjenige, der vertragliche oder vorvertragliche Aufklärungspflichten verletzt, muss darlegen und beweisen, dass der Schaden auch bei pflichtgemäßem Verhalten eingetreten wäre, der Geschädigte also den Hinweis unbeachtet gelassen und auch bei wahrheitsgemäßen Angaben den Kaufvertrag so wie geschehen abgeschlossen hätte (Senatsurteile vom 13. Juni 2007, aaO, Tz.

39, und vom 4. April 2001, aaO, unter II 3 d m.w.N.). Anhaltspunkte für ein solch hypothetisches Verhalten ergeben sich entgegen der Auffassung der Revision des Beklagten zu 2 nicht schon daraus, dass dem Kläger bekannt war, dass er kein Fahrzeug aus erster Hand erwarb.

### 3. Anwendbarkeit von *c.i.c.* neben kaufrechtlicher Gewährleistung

[19] Ein Anspruch aus Verschulden bei Vertragsverhandlungen scheidet auch nicht deshalb aus, weil im Anwendungsbereich des Sachmängelgewährleistungsrechts ein Rückgriff auf diese Grundsätze nicht zulässig wäre, wie dies von den Revisionen mit der Begründung geltend gemacht wird, dass sich die Aufklärungspflicht auf die Beschaffenheit der Kaufsache beziehe.

[20] Ob insoweit ein Rückgriff gesperrt ist, war in der Vergangenheit umstritten (vgl. zum Meinungsstand BGH, Urteil vom 27. März 2009 - V ZR 30/08, NJW 2009, 2120, zur Veröffentlichung in BGHZ 180, 205 vorgesehen, Tz. 13 ff.). Der Bundesgerichtshof hat nach Erlass des Berufungsurteils entschieden, dass nach Gefahrübergang zwar von einem grundsätzlichen Vorrang der §§ 434 ff. BGB auszugehen ist, eine Ausnahme jedoch zumindest bei vorsätzlichem Verhalten des Verkäufers geboten ist (BGH, Urteil vom 27. März 2009, aaO, Tz. 19).

[21] Entgegen der Auffassung der Revisionen hat das Berufungsgericht ausreichende Feststellungen zu einem derartigen vorsätzlichen Verhalten des Beklagten zu 2 getroffen, so dass es keiner Entscheidung bedarf, ob es sich bei dem Gegenstand der geschuldeten Aufklärung um ein Beschaffenheitsmerkmal handelt. Das Berufungsgericht hat aufgrund der von ihm durchgeführten Beweisaufnahme festgestellt, dass der Beklagte zu 2, dem die Herkunft des Fahrzeugs von einem unbekanntem Zwischenhändler nach seinen eigenen Angaben bekannt gewesen sei, diesen Umstand bewusst verschwiegen und somit seine Aufklärungspflicht vorsätzlich verletzt habe. Ohne Erfolg rügt die Revision des Beklagten zu 2, das Berufungsgericht habe die Möglichkeit außer Acht gelassen, dass der Beklagte zu 2 den erforderlichen Hinweis auf den Vorbesitzer - entgegen seiner eigenen Erinnerung - vergessen und deshalb nur fahrlässig gehandelt haben könnte. Diese fern liegende Möglichkeit, auf die sich der Beklagte zu 2 erstmals in der Revisionsinstanz beruft, hat das Berufungsgericht zu Recht nicht in Betracht gezogen. Angesichts der vorsätzlichen Nichtaufklärung war auch ein etwa vertraglich vereinbarter Haftungsausschluss, wie das Berufungsgericht richtig gesehen hat, nichtig (BGHZ 63, 382, 388; Senatsurteil vom 14. März 1979 - VIII ZR 129/78, NJW 1979, 1707, unter I 2 c; vgl. auch Palandt/Grüneberg, BGB,

69. Aufl., § 311 Rdnr. 66).

### 4. Keine Verjährung

[22] Das Berufungsgericht hat den Anspruch des Klägers zutreffend als unverjährt angesehen. Entgegen der Ansicht der Revisionen unterliegt der Anspruch des Klägers der regelmäßigen Verjährung von drei Jahren (§ 195 BGB). Eine kürzere Verjährungsfrist ergibt sich weder aus einer vertraglichen Vereinbarung noch aus einer entsprechenden Anwendung von § 438 Abs. 1 Nr. 3 BGB. Eine vertragliche Abkürzung der Verjährung wäre bezüglich der Haftung der Beklagten aus Vorsatz unwirksam (§ 202 BGB). Auch nach § 438 Abs. 3 Satz 1 BGB verbleibt es bei vorsätzlichem Handeln des Verkäufers bei der regelmäßigen Verjährungsfrist. Nach den unangegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts hat der Kläger diese Frist gewahrt.

### II. Anspruch des Kl. gegen den Bekl. zu 2

[23] Zu Recht hat das Berufungsgericht ferner angenommen, dass der Beklagte zu 2 bei der Vermittlung des Kaufvertrages zwischen dem Kläger und dem Beklagten zu 1 besonderes Vertrauen im Sinne von § 311 Abs. 3 BGB in Anspruch genommen hat und dem Kläger deshalb ebenfalls schadensersatzpflichtig ist.

[24] Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs haftet der Gebrauchtwagenhändler als Vermittler des Kaufvertrages oder als Abschlussvertreter aus Verschulden bei Vertragsschluss selbst, wenn der Kunde ihm ein besonderes, über die normale Verhandlungsloyalität hinausgehendes Vertrauen entgegenbringt und erwartet, darin rechtlichen Schutz zu genießen (BGHZ 63, 382, 384 f.; 79, 281, 283 f.; Senatsurteil vom 29. Juni 1977 - VIII ZR 43/76, WM 1977, 1048, unter II 2 a). In Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Senats hat das Berufungsgericht dem Umstand wesentliche Bedeutung beigemessen, dass der Beklagte zu 2 die gesamten Vertragsverhandlungen bis zum Abschluss des Kaufvertrages im Rahmen seiner Tätigkeit als Kfz-Händler allein geführt hat, während der Kläger zu dem eigentlichen Verkäufer, dem Beklagten zu 1, keinen Kontakt hatte. Einen revisionsrechtlich beachtlichen Fehler dieser Würdigung des Berufungsgerichts zeigt die Revision nicht auf. Insbesondere setzt die Inanspruchnahme besonderen Vertrauens durch einen als Vermittlungs- und Abschlussvertreter auftretenden Kfz-Händler weder das Vorhandensein einer eigenen Werkstatteinrichtung (vgl. BGHZ 79, 281, 285) noch mehr als nur einen "relativ kurzfristigen" Kontakt mit dem Käufer voraus. Auch bei einem einmaligen Gelegenheitsgeschäft mit zufälliger Vertragsanbahnung kommt eine Haftung des Abschlussvertreters in Betracht (BGHZ 63, 382, 384 f.).

**Standort: Kaufrecht****Problem: Erfüllungsort der Nacherfüllung**

OLG CELLE, URTEIL VOM 10.12.2009  
11 U 32/09 (NJOZ 2010, 612)

**Problemdarstellung:**

Die Parteien streiten darüber, ob die Kl. das vom Bekl. erworbene Fahrzeug zwecks Nachbesserung zu diesem hätte verbringen müssen, oder ob sie die Nachbesserung an ihrem Wohnort verlangen konnte.

Nach der Übergabe des Fahrzeugs zeigte die Kl. dem Bekl. verschiedene Mängel des Fahrzeuges an (Zahnriemen, undichte Zylinderkopfdichtung, Mängel am Airbag und Sicherheitsgurt, defekte Klimaanlage). Der Bekl. lehnte eine Nachbesserung jedoch ab, weil er meint, dass die Kl. das Fahrzeug zur Beseitigung etwaiger Mängel zu ihm hätte bringen müssen. Die Kl. trat schließlich vom Kaufvertrag zurück. Sie verlangt die Rückzahlung des Kaufpreises abzüglich einer Vorteilsausgleichung von 0,05 € pro gefahrenem Kilometer.

Das Landgericht hat den Bekl. antragsgemäß verurteilt. Die Berufung des Bekl. hat keinen Erfolg.

**Prüfungsrelevanz:**

Die Entscheidung behandelt die Frage nach dem „Erfüllungsort“ für die Nachbesserung gem. § 439 BGB. Hierzu sei zunächst angemerkt, dass mit dem „Erfüllungsort“ der Leistungsort und nicht etwa der Erfolgsort gemeint ist. Die Benennung ist im Gesetz leider uneinheitlich (vgl. zum einen § 269 BGB „Leistungs-ort“, zum anderen §§ 447, 644 BGB; § 29 ZPO „Erfüllungsort“) und damit missverständlich, denn die Erfüllung i.S.d. § 362 BGB tritt nicht am Leistungsort, sondern am Erfolgsort ein (Palandt/*Heinrichs*, § 269 Rn. 1). Leistungs- und Erfolgsort sind jedoch nicht immer identisch, wie die Existenz der Schickschuld beweist. Unter Erfüllungs- und Leistungsort ist jedenfalls derjenige Ort zu verstehen, an dem der Schuldner die geschuldete Leistungshandlung zu erbringen hat (MünchKommBGB/*Krüger*, § 269 Rn. 2).

Die Frage, wo der Erfüllungsort für die Nachbesserung gem. § 439 BGB liegt, war in der Rechtsprechung umstritten.

Nach Ansicht des 20. Zivilsenats des OLG München (NJW 2007, 3214) fällt der Erfüllungsort für die kaufrechtliche Nachbesserung mit dem Erfüllungsort des ursprünglichen Kaufvertrages zusammen. Er läge damit regelmäßig beim Verkäufer, da dieser die Übergabe der Kaufsache gem. § 269 I BGB im Zweifel an seinem (Wohn)Sitz schuldet. Begründet wird diese Ansicht damit, dass es sich bei dem Nacherfüllungsanspruch um den modifizierten Erfüllungsanspruch handle. Die Lieferung einer mangelhaften Sache füh-

re mangels Bewirkens der im Kaufvertrag geschuldeten Leistung nicht zur Erfüllung. Vielmehr verwandele sich der ursprüngliche Lieferanspruch des Käufers in einen Nacherfüllungsanspruch nach §§ 437 Nr. 1, 439 BGB. An die Stelle des Anspruchs auf Übereignung der Kaufsache (§ 433 I 1 BGB) trete das Wahlrecht zwischen Nachbesserung und Nachlieferung (§ 439 I BGB).

Hiergegen wendet sich die Rechtsprechung (des 15. Zivilsenats des OLG München) und die überwiegende Literatur (OLG München, NJW 2006, 449; ebenso OLG Köln NJW-RR 2006, 677; Palandt/*Heinrichs*, § 269 Rn. 15 m.w.N.; Palandt/*Weidenkaff*, § 439 Rn. 3a; MünchKommBGB/*Westermann* § 439 Rn. 7; *Huber*, NJW 2002, 1006; *Bamberger/Roth/Faust*, § 439 Rn 13; *Erman/Grunewald*, § 439 Rn 3), die auf den sog. Belegenheitsort abstellen. Ist bei dem Kauf eines Fahrzeugs für private Zwecke für die Durchführung der Nacherfüllung ein Ort im Vertrag nicht bestimmt und war beiden Seiten bei Vertragsschluss klar, dass das Fahrzeug bestimmungsgemäß beim Käufer sein wird, sei Erfüllungsort der Nacherfüllung der Wohnsitz des Käufers. Kann dieser Nacherfüllung gem. §§ 437 Nr. 1, 439 BGB verlangen, muss der Verkäufer das Fahrzeug bei ihm abholen.

Der Senat schließt sich der letztgenannten Ansicht an und verweist zur Begründung auf das Urteil des BGH vom 08.01.2008 (NJW-RR 2008, 724). Der BGH hatte dort ausgeführt, dass die Nachbesserung im Zweifel dort zu erbringen ist, wo sich das Werk vertragsgemäß befindet. Zwar bezieht sich diese Entscheidung des BGH auf eine werkvertragliche Nachbesserung, der Senat überträgt diesen Grundsatz vorliegend aber auf die kaufvertragliche Nachbesserung gem. § 439 BGB. Der BGH hatte zur Begründung auf die Wertung des § 269 BGB abgestellt, die gleichermaßen für das Kauf- und das Werkvertragsrecht gilt.

Der Bekl. hätte das Fahrzeug demnach bei der Kl. abholen müssen.

Die Problematik kann nicht nur im Rahmen eines Rücktritts, sondern auch im Rahmen des Schadensersatzes statt der Leistung gem. §§ 437 Nr. 3, 281 BGB und der Minderung gem. §§ 437 Nr. 2, 441 BGB relevant werden. Auch dort ist nämlich erforderlich, dass der Käufer zunächst erfolglos die Nacherfüllung begehrt. In der Fallprüfung ist die Problematik innerhalb der Fristsetzung zu behandeln. Die Frist zur Nacherfüllung kann nämlich erst dann in Gang gesetzt werden, wenn der Verkäufer auch die Möglichkeit zur Nacherfüllung hat (vgl. BGH, NJW 2006, 1195 und *Lorenz*, NJW 2006, 1175 – „Gelegenheit der Nacherfüllung“). Das wäre – mit der Ansicht des 20. Zivilsenats des OLG München – jedenfalls nicht der Fall, wenn der

Käufer das Fahrzeug nicht zum Verkäufer gebracht hätte. Hinzuweisen ist außerdem darauf, dass sich die Problematik leicht mit der streitigen Frage nach der Ersatzfähigkeit von Kosten einer Selbstvornahme verbinden lässt. Denn wenn der Käufer das defekte Fahrzeug zunächst auf eigene Kosten zum Verkäufer bzw. zu einer Werkstatt abschleppen lässt, kann er diese Kosten nur unter den Voraussetzungen der §§ 280 I, III; 281 BGB ersetzt verlangen. Anderenfalls handelt es sich um eine Selbstvornahme (vor Fristablauf), deren Kosten nicht zu erstatten sind (BGH NJW 2006, 199).

#### **Vertiefungshinweise:**

- Zum Erfüllungsort der Nachbesserung gem. § 439 BGB: *OLG München*, NJW 2007, 3214; *OLG München*, NJW 2006, 449; *OLG Köln*, NJW-RR 2006, 677; *Huber*, NJW 2002, 1006; *Ball NZV* 2004, 217, *Skamel DAR* 2004, 565; *Pils*, JuS 2008, 767; *Reinking*, NJW 2008, 3608
- Zum Erfüllungsort der Nachbesserung bei Werkleistungen: *BGH*, NJW-RR 2008, 724

#### **Kursprogramm:**

- Examenskurs*: "Der nostalgische Ofen"
- Examenskurs*: "Augen auf beim Mustangkauf"

#### **Leitsatz:**

**Ist bei dem Kauf eines Fahrzeugs für private Zwecke für die Durchführung der Nacherfüllung ein Ort im Vertrag nicht bestimmt und war beiden Seiten bei Vertragsschluss klar, dass das Fahrzeug bestimmungsgemäß beim Käufer sein wird, ist Erfüllungsort der Nacherfüllung der Wohnsitz des Käufers (im Anschluss an OLG München, NJW 2006, 449 und diesem folgend BGH, NJW-RR 2008, 724 = MDR 2008, 552; gegen OLG München, NJW 2007, 3214 = OLG-Report 2007, 796).**

#### **Sachverhalt:**

Die Parteien streiten darüber, ob die Kl. das vom Bekl. erworbene Fahrzeug zwecks Nachbesserung zu diesem hätte verbringen müssen, oder ob sie die Nachbesserung an ihrem Wohnort verlangen konnte.

Die Kl. hatte im Jahr 2008 einen Fiat Multipla zum Preis von 9.800 € vom Bekl. erworben. Die Parteien vereinbarten bei Vertragsschluss, dass der Zahnriemen des Fahrzeugs im Rahmen einer vom Beklagten vorzunehmenden Übergabeinspektion erneuert werden sollte. Der Bekl. übergab das Fahrzeug der Kl., ohne es mit einem neuen Zahnriemen auszustatten. In dem von beiden Parteien unterzeichneten „Car Garantie-Übergabezertifikat“ wird der Zahnriemen als "ohne sichtbare Schäden" bezeichnet. Nach der Übergabe

zeigte die Klägerin dem Beklagten verschiedene Mängel des Fahrzeuges an (Zahnriemen, undichte Zylinderkopfdichtung, Mängel am Airbag und Sicherheitsgurt, defekte Klimaanlage). Der Bekl. lehnt eine Nachbesserung ab. Er habe entgegen der ursprünglichen Vereinbarung keinen neuen Zahnriemen geschuldet, weil der vorhandene Zahnriemen infolge seines optisch einwandfreien Zustandes nicht habe erneuert werden müssen und ein Wechsel noch nicht fällig gewesen sei. Wegen etwaiger anderer Mängel hätte die Klägerin das Fahrzeug zu ihm bringen müssen.

Die Kl. trat schließlich vom Kaufvertrag zurück. Sie verlangt die Rückzahlung des Kaufpreises abzüglich einer Vorteilsausgleichung von 0,05 € pro gefahrenem Kilometer. Das Landgericht hat den Bekl. antragsgemäß verurteilt. Die Berufung des Bekl. hat keinen Erfolg.

#### **Aus den Gründen:**

Die Berufung ist unbegründet. Sie ist daher zurückzuweisen. Zu Recht hat das Landgericht den Beklagten zur Rückzahlung des Kaufpreises sowie zur Zahlung von Schadensersatz verurteilt.

#### **A. Rücktritt gem. §§ 437 Nr. 2, 323 BGB**

[18] Die Klägerin kann vom mit dem Beklagten geschlossenen Kaufvertrag nach § 437 Nr. 2 BGB zurücktreten.

#### **I. Mangel**

[19] Das von der Klägerin erworbene Fahrzeug ist mangelhaft.

#### **1. Zahnriemen**

[20] Zunächst ist das Fahrzeug mangelhaft, weil es über keinen neuen Zahnriemen verfügt. Der Senat hat dazu in seinem Hinweisbeschluss vom 3. Juni 2009 ausgeführt: "Der Beklagte hat der Klägerin am 11. Januar 2008 ein Fahrzeug verkauft, welches über einen erneuerten Zahnriemen verfügen sollte. Die Verpflichtung zur Erneuerung des Zahnriemens ergibt sich aus der vom Beklagten unterschriebenen Übergabedurchsicht (Bl. 13 d. A.). Der Beklagte hat der Klägerin dann am 16. Januar 2008 ein Fahrzeug ohne erneuerten Zahnriemen ausgehändigt. Damit weicht der übergebene vom geschuldeten Gegenstand nachteilig ab. Der Kaufgegenstand leidet daher unter einem Mangel. Die Voraussetzungen eines Mangels wären nur dann zu verneinen, wenn der ursprüngliche Kaufvertrag abgeändert und ein neuer Zahnriemen danach nicht geschuldet worden wäre. Dies hat der Beklagte zunächst nicht behauptet. Er hat lediglich behauptet, der Klägerin erklärt zu haben, warum ein Zahnriemenwechsel nicht durchgeführt worden sei (Bl. 45 d. A.). Erst nach der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht und - insoweit vom gewährten Schriftsatznach-

lass (Bl. 50 d. A.) nicht umfasst - hat der Beklagte ein Einverständnis der Klägerin hinsichtlich des unterlassenen Zahnriemenwechsels behauptet (Bl. 56 d. A.). Das Landgericht hat diesen nach Schluss der mündlichen Verhandlung vorgetragene neuen Sachverhalt daher zu Recht unberücksichtigt gelassen. Der Beklagte ist zudem für seine Behauptung einer nachträglichen Vertragsänderung beweisfällig geblieben. Die Voraussetzungen seiner Vernehmung als Partei (Beweisangebot Bl. 56 d. A.) liegen in der Person des Beklagten nicht vor".

## 2. Airbag

[22](...) Denn das Landgericht ist auch zu Recht von einem Mangel des Airbags ausgegangen. Die Rüge des Beklagten (Bl. 107 d. A.), das Landgericht sei zu Unrecht davon ausgegangen, der Mangel des Airbags sei unstreitig, greift nicht durch. (...)

## II. Fristsetzung

[23] Sowohl das Recht des Käufers, gemäß §§ 437 Nr. 2, 441 BGB den Kaufpreis zu mindern, als auch der Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung gemäß §§ 437 Nr. 3, 280, 281 BGB setzen voraus, dass der Käufer dem Verkäufer erfolglos eine angemessene Frist zur Nacherfüllung bestimmt hat (BGHZ 162, 219 = NJW 2005, 1348). Erst wenn der Käufer erfolglos eine angemessene Frist zur Nacherfüllung gesetzt hat, kann er gemäß § 440 BGB vom Kaufvertrag zurücktreten.

[24] Die Klägerin setzte dem Beklagten mit Anwaltschreiben vom 2. Juni 2008 eine Frist zur Beseitigung der Mängel bis zum 17. Juni 2008 (Bl. 60 d. A.). Diesem Nachbesserungsverlangen kam der Beklagte nicht nach, weshalb die Klägerin berechtigt war, vom Vertrag zurückzutreten.

[25] Der Beklagte kann nicht einwenden, dass die Klägerin das Fahrzeug zur Nachbesserung bei ihm hätte vorstellen müssen. Nach Auffassung des Beklagten ist Erfüllungsort der Nachbesserung der Betriebssitz des zur Nacherfüllung Verpflichteten (Bl. 101, 102 d. A.).

### 1. Erfüllungsort der Nacherfüllung entspricht dem Erfüllungsort des Kaufvertrages

[26] Diese Auffassung kann sich auf die Rechtsprechung des 20. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München stützen. In einem Urteil vom 20. Juni 2007 (OLGR München 2007, 796 = NJW 2007, 3214) hat dieser Senat ausgeführt, der Nacherfüllungsanspruch sei der modifizierte Erfüllungsanspruch. Die Lieferung einer mangelhaften Sache führe mangels Bewirkens der im Kaufvertrag geschuldeten Leistung nicht zur Erfüllung. Vielmehr verwandele sich der ursprüngliche Lieferanspruch des Käufers in einen Nacherfüllungsanspruch nach §§ 437 Nr. 1, 439 BGB. An die Stelle des Anspruchs auf Übereignung der

Kaufsache (§ 433 Abs. 1 Satz 1 BGB) trete das Wahlrecht zwischen Nachbesserung und Nachlieferung (§ 439 Abs. 1 BGB). Daher dränge es sich auf, dem dem Erfüllungsanspruch modifizierten entsprechenden Nacherfüllungsanspruch denselben Leistungsort zuzuweisen.

### 2. Erfüllungsort ist der Belegenheitsort

[27] Diese Auffassung entspricht nicht derjenigen des 15. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München (NJW 2006, 449 f. m.w.N.) sowie der vorherrschenden Rechtsprechung (OLG Köln NJW-RR 2006, 677) und Literatur (Palandt/Heinrichs, BGB, 66. Aufl. 2007, § 269 Rn 15 m.w.N.; Palandt/Weidenkaff, § 439 Rn 3a; MünchKommBGB/Westermann § 439 Rn 7; Huber, Der Nacherfüllungsanspruch im neuen Kaufrecht, NJW 2002, 1006; weitergehend Bamberger/Roth/Faust, 2. Aufl. 2007, § 439 Rn 13 "momentaner Belegungsart"; Erman/Grunewald, 12. Aufl. 2008, § 439 Rn 3). Ist bei dem Kauf eines Fahrzeugs für private Zwecke für die Durchführung der Nacherfüllung ein Ort im Vertrag nicht bestimmt und war beiden Seiten bei Vertragsschluss klar, dass das Fahrzeug bestimmungsgemäß beim Käufer sein wird, ist Erfüllungsort der Nacherfüllung der Wohnsitz des Käufers (OLG München NJW 2006, 449 f. m.w.N.; Palandt/Heinrichs, BGB, 66. Aufl. 2007, § 269 Rn 15 m.w.N.). Der Bundesgerichtshof ist der letztgenannten Auffassung des 15. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München ausdrücklich gefolgt (BGH NJW-RR 2008, 724 = MDR 2008, 552). Der Bundesgerichtshof hat dort zum Werkvertragsrecht ausgeführt, dass im Zweifel die Nachbesserung dort zu erbringen ist, wo das nachzubessernde Werk sich vertragsgemäß befindet und dass dies auch für den kaufrechtlichen Nacherfüllungsanspruch gilt.

### B. Schadensersatz gem. §§ 437 Nr. 3, 280 I, III, 281 BGB

[29] Die Klägerin kann aufgrund der Mangelhaftigkeit des Fahrzeugs auch Schadensersatz nach § 437 Nr. 3 BGB verlangen. Die Reparatur- und Fahrtkosten waren in erster Instanz unstreitig. Auch die Bemessung der Nutzungsentschädigung durch das Landgericht aufgrund einer Schätzung nach § 287 ZPO mit 0,5% des Kaufpreises pro gefahrene 1.000 Kilometer (S. 6 LGU) begegnet vor dem Hintergrund, dass der Beklagte in erster Instanz keine höhere Nutzungsentschädigung eingewandt hat, keinen Bedenken. Die gegen das Urteil erhobenen Einwendungen des Beklagten (Bl. 107 d. A.) greifen auch hier nicht durch.

### C. Kosten; Vollstreckbarkeit

[30] Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus § 708 Nr. 10, § 711, § 713 ZPO.



*D. Keine Revision mangels grundsätzlicher Bedeutung* [31] Entgegen der ursprünglichen Absicht hat der Senat die Revision nicht zugelassen. Zwar weicht der Senat von der Rechtsprechung des 20. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München (OLGR München 2007, 796 = NJW 2007, 3214) ab. Bei Abfassung des Urteils hat sich aber herausgestellt, dass diese Rechtsfrage vor kurzem vom Bundesgerichtshof entschieden worden ist. Der Bundesgerichtshof hat ausgeführt, dass als Erfüllungsort der Gewährleistung der Ort anzusehen ist, an dem sich die Sache zum Zeitpunkt der Gewährleistung bestimmungsgemäß befindet. Der Bundesgerichtshof hat sich dabei ausdrücklich auf die erstgenannte Entscheidung des Oberlandesgerichts München (NJW 2006, 449) gestützt (BGH NJW-RR 2008, 724). Diese Entscheidung des Bundesgerichtshofs war für den Senat zum Zeitpunkt des Erlasses des genannten Hinweisbeschlusses noch nicht bekannt. Zwar ist der Einwand des Beklagten richtig, Grundlage der genannten Entscheidung des Bundesgerichtshofs sei eine werkvertragliche Streitigkeit gewesen. Der Bundesgerichtshof hat in dieser Entscheidung aber ausge-

führt: "Nach der dem Gesetz zugrunde liegenden Wertung ist vor diesem Hintergrund als Erfüllungsort der Gewährleistung (§ 269 BGB) nach altem wie nach neuem Recht der Ort anzusehen, an dem sich die Sache zum Zeitpunkt der Gewährleistung bestimmungsgemäß befindet (so auch für den kaufrechtlichen Nacherfüllungsanspruch, OLG München NJW 2006, 449)". Der Bundesgerichtshof hat sich daher in einer nach der Entscheidung des 20. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München veröffentlichten Entscheidung gegen dessen Rechtsprechung und für die gegenteilige Auffassung des 15. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München entschieden und ausgeführt, auch im Kaufrecht sei Erfüllungsort der Gewährleistung der Ort, an dem sich die Sache zum Zeitpunkt der Gewährleistung bestimmungsgemäß befindet. Damit hat sich der Bundesgerichtshof auch für das Kaufrecht zu dieser Rechtsfrage im genannten Sinne geäußert.

[32] Die Sache hat daher keine grundsätzliche Bedeutung mehr. Der Senat hält es deshalb nicht mehr für geboten, die Revision zuzulassen.

### Standort: Schadensrecht

### Problem: Keine fiktive Abrechnung im 130%-Bereich

BGH, URTEIL VOM 08.12.2009  
VI ZR 119/09 (VERSR 2010, 363)

#### **Problemdarstellung:**

Der Kl. begehrt restlichen Schadensersatz aus einem Verkehrsunfall vom 09.11.2007, für den die Bekl. als Haftpflichtversicherer des Unfallgegners in vollem Umfang einzustehen hat. Der vom Kl. vorgerichtlich beauftragte Sachverständige ermittelte erforderliche Reparaturkosten in Höhe von 6.313,22 € (brutto), einen Wiederbeschaffungswert in Höhe von 5.300 € und einen Restwert in Höhe von 2.700 €. Die Bekl. zahlte an den Kläger den Wiederbeschaffungsaufwand (Wiederbeschaffungswert abzüglich Restwert) in Höhe von 2.600 €. Mit seiner vorliegenden Klage macht der Kl. weitere (fiktive) Reparaturkosten in Höhe von 2.700 € bis zum Wiederbeschaffungswert geltend mit der Begründung, er habe sein Fahrzeug instand gesetzt und nutze es weiter.

Das Amtsgericht hat der Klage stattgegeben. Auf die Berufung der Bekl. hat das Landgericht das erstinstanzliche Urteil abgeändert und die Klage abgewiesen. Mit seiner vom Berufungsgericht zugelassenen Revision begehrt der Kl. die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils.

#### **Prüfungsrelevanz:**

Wieder einmal (vgl. zuletzt OLG Karlsruhe, RA 2010, 109 = NJW RR 2010, 96) äußert sich die Rechtspre-

chung zur Möglichkeit der fiktiven Schadensabrechnung nach einem Verkehrsunfall. Die Entscheidung bringt zwar keine neuen Erkenntnisse, verdeutlicht aber nochmals die Relevanz des Schadensrechts im Zusammenhang mit Verkehrsunfällen und betont das Verhältnis von fiktiver und konkreter Schadensabrechnung. Die Bearbeitung einer entsprechenden Klausur wird ohne das Verständnis der zugrundeliegenden Begrifflichkeiten (Reparaturaufwand; Wiederbeschaffungsaufwand; Wiederbeschaffungswert; „Toleranz“- oder „Opfergrenze“) kaum möglich sein, weshalb die Lektüre des vorliegenden Urteils wiederum lohnenswert ist.

Die Schadensabrechnung nach einem Verkehrsunfall kann vor dem Hintergrund des § 249 II 1 BGB entweder nach dem sog. Reparaturaufwand (= Reparaturkosten zzgl. des unfallbedingten merkantilen Minderwerts des Fahrzeugs) oder nach dem Wiederbeschaffungsaufwand (= Wiederbeschaffungswert abzgl. des Restwertes des Fahrzeugs) geschehen. Dabei muss der Geschädigte die günstigere Variante wählen, denn nur diese ist „erforderlich“ i.S.d. § 249 II 1 BGB. Allerdings lässt die Rechtsprechung eine Abrechnung auf Reparaturkostenbasis auch dann zu, wenn diese i.E. zwar teurer ist, aber jedenfalls die Reparaturkosten unterhalb des Wiederbeschaffungswertes liegen. In diesem Fall ist auch eine fiktive Abrechnung auf Reparaturkostenbasis möglich, d.h. der Geschädigte nimmt eine Reparatur tatsächlich nicht vor, er kann aber sein Nutzungsinteresse an dem Fahrzeug ander-

weitig dokumentieren (hierzu ausführlich OLG Karlsruhe, RA 2010, 109 = NJW RR 2010, 96). In jedem Fall ist allerdings die sog. Toleranzgrenze von 130 % zu beachten. Eine (teurere) Abrechnung auf Reparaturkostenbasis ist nicht möglich, wenn die Reparaturkosten den Wiederbeschaffungswert um mehr als 30 % übersteigen. Das Integritätsinteresse des Geschädigten an der Weiternutzung seines Fahrzeugs tritt mit Überschreiten dieser Grenze hinter dem Interesse des Schädigers an einer Geringhaltung der Kosten zurück. Der Geschädigte muss dann auf Wiederbeschaffungsbasis abrechnen.

Im vorliegenden Fall übersteigen die Reparaturkosten mit rund 6.300 € bereits den Wiederbeschaffungswert von 5.300 € (um knapp 19 %). In einem solchen Fall lehnt die Rechtsprechung eine fiktive Abrechnung auf Reparaturkostenbasis ab und verlangt eine tatsächliche Reparatur (konkrete Abrechnung), wenn der Geschädigte die Reparaturkosten ersetzt haben will. Die Reparatur muss zudem fachgerecht ausgeführt worden sein und der Geschädigte muss das Fahrzeug noch mindestens sechs Monate nutzen (BGH, NJW 2005, 1108; BGH, NJW 2008, 2183). Eine fiktive Abrechnung ist dann nur auf Wiederbeschaffungsbasis möglich, begrenzt durch den Wiederbeschaffungsaufwand (hier also 2.600 €; vgl. *Lemcke*, NZV 2009, 115, 118). Da die 130 %-Grenze noch nicht erreicht war (s.o.), wollte der Kl. allerdings weitere 2.700 € fiktive Reparaturkosten ersetzt verlangen, also den vollen Wiederbeschaffungswert. Dabei beruft sich der Kl. auf ein Urteil des BGH vom 29.04.2008 (NJW 2008, 1941). In Übereinstimmung mit seiner bisherigen Rechtsprechung (NJW 2008, 2183) lehnt der Senat das Begehren des Kl. jedoch ab. In dem vom Kl. in Bezug genommenen Urteil hätten die Reparaturkosten zwar auch über dem Wiederbeschaffungsaufwand, jedoch unter dem Wiederbeschaffungswert gelegen, was eine fiktive Abrechnung erst ermöglichte.

#### **Vertiefungshinweise:**

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

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

□ Zur erforderlichen Qualität der Reparatur: *BGH*, NJW 2003, 2085; NJW 2005, 1108; NJW 2006, 2179

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

#### **Leitsätze:**

**1. In den Fällen, in denen der Reparaturaufwand bis zu 30 % über dem Wiederbeschaffungswert des**

**Fahrzeugs liegt, können Reparaturkosten nur bei konkreter Schadensabrechnung ersetzt verlangt werden (Rn.5).**

**2. Ersatz von Reparaturaufwand bis zu 30 % über dem Wiederbeschaffungswert des Fahrzeugs kann dabei nur verlangt werden, wenn die Reparatur fachgerecht und in einem Umfang durchgeführt wird, wie ihn der Sachverständige zur Grundlage seiner Kostenschätzung gemacht hat (Senatsurteile BGH, 29. April 2003, VI ZR 393/02, BGHZ 154, 395 und BGH, 15. Februar 2005, VI ZR 70/04, BGHZ 162, 161) (Rn.6).**

**3. Reparaturkosten für eine Teilreparatur, die über dem Wiederbeschaffungsaufwand des Fahrzeugs liegen und den Wiederbeschaffungswert nicht übersteigen, können in diesen Fällen ebenfalls nur dann zuerkannt werden, wenn diese Reparaturkosten konkret angefallen sind oder wenn der Geschädigte nachweisbar wertmäßig in einem Umfang repariert hat, der den Wiederbeschaffungsaufwand übersteigt; anderenfalls ist die Höhe des Ersatzanspruchs auf den Wiederbeschaffungsaufwand beschränkt (Senatsurteil BGHZ 162, 170) (Rn.6).**

#### **Sachverhalt:**

Der Kl. begehrt restlichen Schadensersatz aus einem Verkehrsunfall vom 09.11.2007, für den die Beklagte als Haftpflichtversicherer des Unfallgegners in vollem Umfang einzustehen hat. Der vom Kl. vorgerichtlich beauftragte Sachverständige ermittelte erforderliche Reparaturkosten in Höhe von 6.313,22 € (brutto), einen Wiederbeschaffungswert in Höhe von 5.300 € und einen Restwert in Höhe von 2.700 €. Die Beklagte zahlte an den Kläger den Wiederbeschaffungsaufwand (Wiederbeschaffungswert abzüglich Restwert) in Höhe von 2.600 €. Mit seiner vorliegenden Klage macht der Kläger weitere (fiktive) Reparaturkosten in Höhe von 2.700 € bis zum Wiederbeschaffungswert geltend mit der Begründung, er habe sein Fahrzeug instand gesetzt und nutze es weiter.

Das Amtsgericht hat der Klage stattgegeben. Auf die Berufung der Beklagten hat das Landgericht das erstinstanzliche Urteil abgeändert und die Klage abgewiesen. Mit seiner vom Berufungsgericht zugelassenen Revision begehrt der Kläger die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils.

#### **Aus den Gründen:**

##### **A. Ausführungen des Berufungsgerichts**

[3] Das Berufungsgericht hat für den Fall, dass die Reparaturkosten den Wiederbeschaffungswert bis zu 30 % übersteigen, die Möglichkeit einer fiktiven Reparaturkostenabrechnung in Höhe des Wiederbeschaffungswerts verneint. Da der Kläger darüber hinaus

auch nicht substantiiert dargelegt habe, in welchem wertmäßigen Umfang das Fahrzeug tatsächlich repariert worden sei, stehe ihm auch kein Anspruch auf Ersatz konkreter Reparaturkosten zwischen Wiederbeschaffungsaufwand und Wiederbeschaffungswert zu.

### *B. Entscheidung des BGH*

[4] Das Berufungsurteil hält revisionsrechtlicher Nachprüfung stand.

#### *I. Keine fiktive Schadensabrechnung*

[5] Das Berufungsgericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass nach der Rechtsprechung des erkennenden Senats in den Fällen, in denen der Reparaturaufwand bis zu 30 % über dem Wiederbeschaffungswert des Fahrzeugs liegt, Reparaturkosten nur bei konkreter Schadensabrechnung ersetzt verlangt werden können.

[6] Ersatz von Reparaturaufwand bis zu 30 % über dem Wiederbeschaffungswert des Fahrzeugs kann dabei nur verlangt werden, wenn die Reparatur fachgerecht und in einem Umfang durchgeführt wird, wie ihn der Sachverständige zur Grundlage seiner Kostenschätzung gemacht hat (Senatsurteile BGHZ 154, 395, 400 und 162, 161, 167 f.). Reparaturkosten für eine Teilreparatur, die über dem Wiederbeschaffungsaufwand des Fahrzeugs liegen und den Wiederbeschaffungswert nicht übersteigen, können in diesen Fällen ebenfalls nur dann zuerkannt werden, wenn diese Reparaturkosten konkret angefallen sind oder wenn der Geschädigte nachweisbar wertmäßig in einem Umfang repariert hat, der den Wiederbeschaffungsaufwand übersteigt; anderenfalls ist die Höhe des Ersatzanspruchs auf den Wiederbeschaffungsaufwand beschränkt (Senatsurteil BGHZ 162, 170).

#### *2. Kein anderes Ergebnis durch das Senatsurteil vom 29.04.2008*

[7] Ohne Erfolg versucht die Revision aus dem Senatsurteil vom 29. April 2008 - VI ZR 220/07 - VersR 2008, 839, 840 ihre Auffassung herzuleiten, der Geschädigte könne auch im 130 %-Fall die fiktiven Kosten einer Reparatur bis zur Grenze des Wiederbeschaffungswertes geltend machen, wenn er das Fahrzeug verkehrssicher (teil-)reparieren lässt und es mindestens sechs Monate weiter nutzt. Das Berufungsgericht hat insoweit zutreffend darauf hingewiesen, dass das vorgenannte Senatsurteil einen Fall betraf, in dem die vom Sachverständigen geschätzten Reparaturkosten zwischen Wiederbeschaffungsaufwand und Wie-

derbeschaffungswert lagen und deshalb eine fiktive Reparaturkostenabrechnung überhaupt erst möglich war (vgl. Senatsurteile BGHZ 154, 395, 400; 168, 43, 46). Da nach den unangegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts im Streitfall die geschätzten Reparaturkosten über dem Wiederbeschaffungswert liegen, kommt hier - wovon das Berufungsgericht zutreffend ausgegangen ist - nur eine konkrete Schadensabrechnung in Betracht.

#### *3. Verfahrensrüge erfolglos*

[8] Erfolglos bleibt schließlich die Verfahrensrüge der Revision, das Berufungsgericht hätte den vom Kläger für seine ergänzende Behauptung angebotenen Sachverständigenbeweis, dass das Fahrzeug in einem Umfang repariert worden sei, der den Wiederbeschaffungsaufwand deutlich übersteige, erheben müssen. Das Berufungsgericht hat den angebotenen Sachverständigenbeweis mit der verfahrensfehlerfreien Begründung nicht erhoben, der Kläger habe hinsichtlich des Umfangs und des Wertes der Reparatur nicht substantiiert vorgetragen. Der von der Revision für ihre gegenteilige Auffassung herangezogene Umstand, dass dem Kläger eine Beurteilung des Wertes der durchgeführten Reparatur ohne Hilfe eines Sachverständigen nicht möglich gewesen sei, enthebt diesen nicht von seiner Darlegungslast im Rahmen des § 249 Abs. 2 Satz 1 BGB. Entgegen der Auffassung der Revision hat das Berufungsgericht in diesem Zusammenhang auch nicht gegen seine Hinweispflicht im Sinne des § 139 ZPO verstoßen. Aus dem Berufungsurteil ergibt sich, dass der Kläger in der mündlichen Verhandlung vom 12. Februar 2009 darauf hingewiesen worden ist, nur der nachgewiesene Wert einer konkreten Reparatur sei durch die Beklagte zu ersetzen. Die vom Kläger vorgelegte Bescheinigung der DEKRA vom 10. Januar 2008, in der es lediglich heißt: "Der vormals begutachtete Schaden vorne rechts wurde instand gesetzt", war insoweit ersichtlich ohne Aussagekraft. Diese Erklärung hat die DEKRA mit Schreiben vom 11. Februar 2008 ausdrücklich dahingehend relativiert, dass eine Aussage hinsichtlich des exakten Instandsetzungsumfanges ohne erneute Begutachtung nicht getroffen werden könne. Unter diesen Umständen bedurfte es keiner weitergehenden Hinweise des Berufungsgerichts, dass es die bisherigen Darlegungen des Klägers zur Höhe der behaupteten wertmäßigen Instandsetzung nicht für ausreichend erachte.

**Standort: Vertragsrecht****Problem: Umfang der Nichtigkeit**

BGH, URTEIL VOM 28.10.2009  
IV ZR 140/08 (VERSR 2010, 97)

**Problemdarstellung:**

Der Kl. begehrt Leistungen aus einer beim Bekl. abgeschlossenen selbständigen Berufsunfähigkeitsversicherung sowie die Feststellung des Fortbestands dieses Versicherungsvertrages.

Der Kl. beantragte am 16.07.2004 über eine Versicherungsmaklerin (vertreten durch S) beim Bekl. den Abschluss einer Berufsunfähigkeitsversicherung. In dem von S ausgefüllten Antragsformular wurden insbesondere die Fragen nach Schädigungen des Rückens innerhalb der letzten fünf Jahre verneint. Tatsächlich war der Kl. in diesem Zeitraum jeweils wegen Rückenschmerzen bei seinem Hausarzt in Behandlung gewesen.

Im Februar 2005 beantragte der Kl. unter Beifügung einer generellen Schweigepflichtentbindungserklärung beim Bekl. Leistungen wegen Berufsunfähigkeit, da er wegen einer psychischen Erkrankung seine bisherige Tätigkeit dauerhaft nicht mehr ausüben könne. Unter Hinweis auf unrichtige Angaben zu den Gesundheitsfragen trat der Bekl. im Oktober 2005 vom Vertrag zurück und focht seine Annahmeerklärung wegen arglistiger Täuschung an.

Der Kl. behauptet, seine Rückenschmerzen seien auf harmlose Muskelverspannungen zurückzuführen. Gleichwohl habe er diese dem S mitgeteilt. Dieser habe jedoch geäußert, wegen der Folgenlosigkeit der Beschwerden müsse hierzu nichts angegeben werden.

Der Kl. ist der Ansicht, dass der Bekl. nach Treu und Glauben nur zu einer eingeschränkten Anfechtung berechtigt ist, die den Versicherungsvertrag nicht vollständig beseitigt, sondern lediglich zu einem Ausschluss von Wirbelsäulenerkrankungen geführt hätte. Außerdem habe der Bekl. die vom Hausarzt erlangten Erkenntnisse ohnehin nicht verwerten dürfen, denn die erteilte Schweigepflichtentbindung sei unwirksam, da zu unbestimmt und zu weitgehend.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen, das Berufungsgericht die Berufung zurückgewiesen. Mit der zugelassenen Revision verfolgt der Kl. sein ursprüngliches Begehren weiter.

**Prüfungsrelevanz:**

Der Senat beschäftigt sich vorliegend mit zwei unterschiedlichen Problemen: Zunächst war fraglich, ob die arglistige Täuschung des Kl. zur Anfechtung des gesamten Versicherungsvertrages oder nur zur Anfechtung eines Teil des Vertrages berechtigt. Außerdem war fraglich, ob der bekl. Versicherer und das Beru-

fungsgesamt zur Verwertung der eingeholten Gesundheitsdaten des Kl. überhaupt berechtigt waren. Die Grundlage der Datenerhebung bestand nämlich in einer unwirksamen Schweigepflichtentbindung (dazu BVerfG VersR 2006, 1669).

Die Anfechtung wegen arglistiger Täuschung gem. §§ 123, 142 I BGB ist umfassend; sie beseitigt den gesamten, ursprünglich geschlossenen Vertrag. Der Senat stellt insoweit klar, dass zwar ein „Mittelweg“ möglich ist, der Anfechtungsberechtigte seine Erklärung also auf einzelne, inhaltlich abgrenzbare Teile des Vertrages beschränken kann (vgl. § 139 BGB). Hierbei handelt es sich aber um ein Recht und nicht um eine Pflicht des Anfechtungsberechtigten. Macht der Berechtigte – wie hier – von dieser Möglichkeit keinen Gebrauch, bleibt es bei der umfassenden Nichtigkeitsfolge. Denn eine objektive Beschränkung des Umfangs der Anfechtung würde eine sachwidrige Verlagerung des Aufdeckungsrisikos auf den Anfechtungsberechtigten bedeuten. Der Täuschende könnte in einem solchen Fall risikofrei falsche Angaben machen, ohne dass der Bestand des Vertrages gefährdet wäre. Außerdem bliebe im Falle der Aufdeckung des arglistigen Verhaltens des Täuschenden immer noch ein Vertrag erhalten, zu dessen Abschluss der Versicherer nur bei ordnungsgemäßen Angaben bereit gewesen wäre.

Ausführlich äußert sich der Senat zur Verwertung der Gesundheitsdaten des Kl. Der Bekl. hatte diese unter Vorlage der Schweigepflichtentbindung vom Hausarzt des Kl. erhalten. Seit dem Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 23.10.2006 (VersR 2006, 1669) sind die regelmäßig verwendeten, umfassenden Schweigepflichtentbindungserklärungen jedoch unwirksam. Zwar ist der genaue Umfang der Erklärung vorliegend nicht festgestellt worden, der Senat geht aber davon aus, dass die Datenerhebung durch den Bekl. entsprechend der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts rechtswidrig gewesen ist. Dies führt jedoch nicht zwingend zu einem Verwertungsverbot. Vielmehr ist im Wege einer Interessenabwägung festzustellen, ob sich aus der rechtswidrigen Datengewinnung ein Verwertungsverbot ergibt (es gilt insoweit gleiches wie beim prozessualen Beweisverwertungsverbot im Zivilrecht, vgl. hierzu ausführlich BAG, RA 2010, 15 = DB 2009, 1936). Das Interesse an der Geheimhaltung von Daten ist vielfach rechtlich verankert und damit insgesamt als besonders schützenswert einzustufen (vgl. Art. 1, 2 GG; §§ 3 Abs. 9, 4 I, 28 VI BDSG; § 213 VVG n.F.). Hier ist aber zu beachten, dass das Interesse des Kl. durch das VVG modifiziert wird, denn der Versicherungsnehmer muss dem Versicherungsgeber gewisse Daten zugänglich machen, da-

mit dieser sein finanzielles Risiko einschätzen kann (vgl. §§ 19, 22, 28, 31 VVG n.F.) Außerdem muss berücksichtigt werden, dass der Kl. sein Rückenleiden wenigstens bedingt vorsätzlich verschwiegen hat. Sein Interesse verdient daher nur in begrenztem Maße Schutz. Demgegenüber kann der Versicherungsgeber ein schützenswertes Interesse an der Gewinnung solcher Daten geltend machen, die ihn vor einer unberechtigten Inanspruchnahme schützen. Hier fällt außerdem ins Gewicht, dass der bekl. Versicherer nach einer von der Rechtsprechung langjährig gebilligten Praxis vorgegangen ist, als er sich die Schweigepflichtentbindung ausstellen ließ. Die zwischenzeitliche Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts führt zwar zu einer objektiven Rechtswidrigkeit der Datengewinnung, doch ist das Vorgehen des Bekl. jedenfalls nicht als zielgerichtet treuwidriges Verhalten einzustufen. Das Interesse des Bekl. an der Datengewinnung überwiegt demnach das Interesse des Kl. an der Geheimhaltung.

#### **Vertiefungshinweise:**

Zum Umfang der Anfechtung, zur Teilanfechtung: *Vetter*, MDR 1998, 573

Zum (Beweis)Verwertungsverbot im Zivilrecht: *BAG*, NJW 2003, 1204; *BGH*, NJW 2003, 1727; *OLG Jena*, MDR 2006, 533; *BAG*, NJW 2003, 3436; *OLG Köln*, NJW 2005, 2997; *OLG Karlsruhe*, NJW 2002, 2799; *ArbG Frankfurt a.M.*, RDV 2005, 214; *Horst*, NZM, 2009, 937; *Huff*, JuS 2005, 896; *Helle*, JZ 2004, 340; *Bayreuther*, NZW 2005, 1038; *BGH*, NJW 1985, 1158; *Balthasar*, JuS 2008, 35; *Kratz/Gubbels*, NZA 2009, 652

#### **Kursprogramm:**

*Examenskurs*: "Das Versehen"

*Examenskurs*: "Verkalkuliert"

*Examenskurs*: "Hausverwaltung"

#### **Leitsätze:**

**1. Der anlässlich der Beantwortung von Gesundheitsfragen bei Anbahnung des Versicherungsvertrages arglistig getäuschte Versicherer ist bei der Anfechtung nach § 123 BGB, § 22 VVG a.F. nicht darauf beschränkt, den abgeschlossenen Versicherungsvertrag insoweit bestehen zu lassen, als er ihn auch ohne die Täuschung abgeschlossen hätte. Vielmehr kann er sich insgesamt vom Vertrag lösen, ohne dass es etwa auf eine Kausalität i.S. des § 21 VVG a.F. ankäme (Fortführung von BGHZ 163, 148).**

**2. Erlangt der Versicherer im Vertrauen auf die Wirksamkeit einer zu weit gefassten und deshalb unwirksamen Schweigepflichtentbindung (vgl. da-**

**zu BverfG VersR 2006, 1669) Informationen über den Gesundheitszustand des Versicherten, die eine arglistige Täuschung durch die unrichtige Beantwortung von Gesundheitsfragen bei der Anbahnung des Versicherungsvertrages aufdecken, führt dies nicht in jedem Fall zur Unverwertbarkeit dieser Erkenntnisse. Vielmehr kann die insoweit gebotene Güterabwägung ergeben, dass der Versicherer weder unter dem Gesichtspunkt der unzulässigen Rechtsausübung (§ 242 BGB) an der Anfechtung, noch wegen eines prozessualen Verwertungsverbots an der Einführung der gewonnenen Erkenntnisse in einen Rechtsstreit gehindert ist.**

#### **Sachverhalt:**

Der Kl. begehrt Leistungen aus einer beim Bekl. abgeschlossenen selbständigen Berufsunfähigkeitsversicherung sowie die Feststellung des Fortbestands dieses Versicherungsvertrages.

Der Kl. beantragte am 16.07.2004 über eine Versicherungsmaklerin (vertreten durch S) beim Bekl. den Abschluss einer Berufsunfähigkeitsversicherung. In dem von S ausgefüllten Antragsformular wurden insbesondere die Fragen Schädigungen des Rückens innerhalb der letzten fünf Jahre verneint. Tatsächlich war der Kl. in diesem Zeitraum jeweils wegen Rückenschmerzen bei seinem Hausarzt in Behandlung gewesen.

Im Februar 2005 beantragte der Kl. unter Beifügung einer generellen Schweigepflichtentbindungserklärung beim Bekl. Leistungen wegen Berufsunfähigkeit, da er wegen einer psychischen Erkrankung seine bisherige Tätigkeit dauerhaft nicht mehr ausüben könne. Unter Hinweis auf unrichtige Angaben zu den Gesundheitsfragen trat der Bekl. im Oktober 2005 vom Vertrag zurück und focht seine Annahmeerklärung wegen arglistiger Täuschung an.

Der Kl. behauptet, seine Rückenschmerzen seien auf harmlose Muskelverspannungen zurückzuführen. Gleichwohl habe er diese dem S mitgeteilt. Dieser habe jedoch geäußert, wegen der Folgenlosigkeit der Beschwerden müsse hierzu nichts angegeben werden.

Der Kl. ist der Ansicht, dass der Bekl. weder zum Rücktritt noch zur Anfechtung berechtigt sei. Selbst wenn jedoch ein Anfechtungsgrund vorgelegen hätte, wäre der Bekl. nach Treu und Glauben nur zu einer eingeschränkten Anfechtung berechtigt, die den Versicherungsvertrag nicht vollständig beseitigt, sondern lediglich zu einem Ausschluss von Wirbelsäulenerkrankungen geführt hätte. Außerdem habe der Beklagte die vom Hausarzt erlangten Erkenntnisse ohnehin nicht verwerten dürfen, denn die erteilte Schweigepflichtentbindung sei unwirksam, da zu unbestimmt und zu weitgehend.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen, das Berufungsgericht die Berufung zurückgewiesen. Mit der

zugelassenen Revision verfolgt der Kl. sein ursprüngliches Begehren weiter.

### **Aus den Gründen:**

[8] Das Rechtsmittel hat keinen Erfolg.

#### *A. Ausführungen des Berufungsgerichts*

[9] Das Berufungsgericht hat den Versicherungsvertrag aufgrund der Anfechtung der Vertragsannahme wegen arglistiger Täuschung (§ 123 Abs. 1 BGB, § 22 VVG a.F.) als insgesamt nichtig (§ 142 Abs. 1 BGB) angesehen, weshalb der Beklagte leistungsfrei sei und ihm gleichwohl die gezahlten Prämien gebühren (§§ 40 Abs. 1, 9 VVG a.F.).<sup>10</sup>

[10] Die Frage nach Krankheiten oder körperlichen Schäden des Rückens habe der Kläger unzutreffend verneint. Aufgrund der Bekundungen des Hausarztes stehe fest, dass bei allen drei Behandlungsterminen Wirbelsäulenerkrankungen diagnostiziert und medikamentös sowie physiotherapeutisch behandelt worden seien. In allen Fällen sei eine Krankschreibung erfolgt. Der Kläger habe seine jeweiligen Beschwerden auch als gravierende, regelwidrige Zustände empfunden. Bei pflichtgemäßen Angaben des Klägers hätte der Beklagte den Versicherungsvertrag allenfalls unter Ausschluss von Wirbelsäulenerkrankungen abgeschlossen.

[11] Der Kläger habe arglistig gehandelt, da ihm die nicht angegebenen Behandlungen bekannt gewesen seien und er es zumindest für möglich gehalten und damit gerechnet habe, dass der Beklagte die nicht offenbaren Umstände in seine Risikoprüfung einbeziehen werde und dies zu einer Einschränkung des Versicherungsschutzes hätte führen können. Durch die Aussage des Hausarztes stehe fest, dass der Kläger von diesem über die Ursachen der Rückenbeschwerden – insbesondere auch Wirbelblockierungen mit Nervenirritation – jeweils unmissverständlich informiert worden sei. Die behaupteten Angaben des Klägers gegenüber dem Zeugen S. zu Arztbesuchen wegen Muskelverspannungen seien daher schon unzureichend, da irreführende Verkürzungen. Zudem sei aber durch die Beweisaufnahme widerlegt, dass der Kläger den Zeugen S. wie behauptet informiert habe.

[12] Ein Verwertungsverbot bezüglich der durch die Nachfrage des Beklagten beim Hausarzt gewonnenen Informationen bestehe nicht. Zwar sei die im April 2005 erteilte Schweigepflichtentbindungserklärung als unwirksam anzusehen. Ihren genauen Inhalt hätten die Parteien nicht vorgetragen. Es sei aber davon auszugehen, dass die Schweigepflichtentbindung den Vorgaben, die das Bundesverfassungsgericht inzwischen im Beschluss vom 23. Oktober 2006 (VersR 2006, 1669) aufgestellt habe, nicht entsprochen habe, denn vor der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts

seien allgemein umfassende Ermächtigungserklärungen verwendet worden. Dies führe jedoch nicht zu einem Verwertungsverbot. Entschließe sich ein Arzt nach Prüfung, Informationen preiszugeben, seien diese grundsätzlich verwertbar. Das Berufungsgericht habe auch nicht etwa verfahrenswidrig an der Herbeiführung der Aussage mitgewirkt. Zudem werde kein heimlicher Grundrechtseingriff perpetuiert, sondern der Beklagte habe sich offen Informationen verschafft, an denen er ein berechtigtes Interesse gehabt habe. Die Geltendmachung einer Berufsunfähigkeit wegen einer psychischen Erkrankung habe den Beklagten berechtigt, die Krankheitsgeschichte des Klägers umfassend aufzuklären, weshalb der Kläger entsprechende Entbindungserklärungen hätte abgeben müssen. Es komme daher nicht darauf an, ob der Beklagte auch zu Nachforschungen berechtigt gewesen wäre, die speziell auf die Aufdeckung einer arglistigen Täuschung gezielt hätten. Eine Gesamtabwägung ergebe, dass das Verwertungsinteresse des Beklagten das Geheimhaltungsinteresse des Klägers überwiege.

#### *B. Entscheidung des BGH*

[13] Das hält rechtlicher Nachprüfung stand.

#### *I. Anfechtung des Vertrages*

##### *1. Umfang der Anfechtung*

[14] Die Feststellungen des Berufungsgerichts zum Vorliegen einer arglistigen Täuschung durch unrichtige Angaben im Versicherungsantrag werden von der Revision als solche nicht mehr angegriffen. Sie wendet stattdessen ein, der Beklagte sei in seinem Anfechtungsrecht darauf beschränkt, den Versicherungsvertrag nicht insgesamt zu vernichten, sondern auf einen Vertrag unter Ausschluss von Erkrankungen der Wirbelsäule zu reduzieren. Denn einen solchen Vertrag hätte der Beklagte auch in Kenntnis der verschwiegenen Umstände abgeschlossen.

[15] Damit kann die Revision keinen Erfolg haben.

##### *a) Grundsatz: Umfassende Nichtigkeit*

[16] Der zur Anfechtung Berechtigte hat nach § 142 Abs. 1 BGB die Möglichkeit, entweder am betroffenen Rechtsgeschäft festzuhalten oder dieses insgesamt und mit Rückwirkung (ex tunc) unwirksam zu machen. Der Senat hat die Geltung der umfassenden Nichtigkeitsfolge der Anfechtung für das Versicherungsrecht im Senatsurteil vom 1. Juni 2005 (BGHZ 163, 148) ausdrücklich bestätigt und dabei insbesondere den Umstand berücksichtigt, dass dem Versicherer trotz der anfänglichen Unwirksamkeit gemäß § 40 Abs. 1 VVG a.F. die vereinbarten Prämien verbleiben. Weder muss sich der arglistig Getäuschte danach auf eine zeitliche Beschränkung der Nichtigkeitsfolge verweisen lassen, noch muss er sich grundsätzlich eine

inhaltliche Beschränkung entgegenhalten lassen. Das Recht zur Arglistanfechtung eröffnet die Möglichkeit, sich von einer durch Täuschung beeinflussten Willenserklärung vollständig zu lösen. Der Erklärende wird auch nicht an einer hypothetischen Erklärung festgehalten, die er bei Kenntnis der wahren Sachlage abgegeben hätte. Für die von der Revision eingeforderte Kausalitätserwägung ist insoweit kein Raum.

[17] Zwar mag es Fallgestaltungen geben, in denen der Anfechtungsberechtigte auch einen Mittelweg beschreiten und lediglich einzelne, inhaltlich abgrenzbare Teile des Rechtsgeschäfts vernichten kann (vgl. BAG NJW 1970, 1941). Mit einer solchen Möglichkeit des Anfechtungsberechtigten korrespondiert jedoch grundsätzlich keine Pflicht, hiervon auch Gebrauch zu machen.

#### *b) Keine Abweichung vom Grundsatz*

[18] Der Streitfall gibt keinen Anlass, von diesem Grundsatz abzuweichen. Die von der Revision geforderte Beschränkung der Anfechtungswirkung würde das vom arglistig täuschenden Antragsteller zu tragende Aufdeckungsrisiko sachwidrig auf den Versicherer verlagern. Dieser bliebe im Falle der Nichtaufdeckung der Falschangaben durch einen Vertrag verpflichtet, den er ohne die Täuschung nicht mit diesem Inhalt abgeschlossen hätte. Demgegenüber bliebe dem Täuschenden selbst im Falle der Aufdeckung seines arglistigen Verhaltens immer noch ein Vertrag erhalten, zu dessen Abschluss der Versicherer nur bei ordnungsgemäßen Angaben bereit gewesen wäre. Die Versuchung eines Antragstellers, Vorerkrankungen zu verschweigen, würde hierdurch in nicht hinnehmbarer Weise gesteigert (vgl. dazu BGHZ 163, 148, 153).

## *II. Verwertung der Gesundheitsdaten*

### *1. Unwirksamkeit der Schweigepflichtenbindungserklärung*

[19] Auch soweit die Revision geltend macht, mangels wirksamer Schweigepflichtenbindungserklärung (vgl. BVerfG aaO) sei der Beklagte an der Verwertung der durch die Befragung des Hausarztes erlangten Informationen gehindert gewesen, kann sie damit nicht durchdringen. Zwar ist - nachdem das Berufungsgericht zum Inhalt der vom Kläger abgegebenen Erklärung keine näheren Feststellungen getroffen hat - davon auszugehen, dass eine wirksame Entbindung des Hausarztes von der Schweigepflicht und eine wirksame Ermächtigung des Beklagten, bei diesem selbständig Informationen über den Gesundheitszustand des Klägers einzuholen, nicht vorgelegen haben. Dies führt jedoch weder dazu, dass der Beklagte materiell-rechtlich daran gehindert wäre, seine Arglistanfechtung auf die erlangten Informationen zu stützen, noch dazu, dass die Angaben, die der Hausarzt vor

dem Berufungsgericht als Zeuge gemacht hat, prozessual nicht verwertbar wären.

### *a) Rechtswidrige Beweisgewinnung*

[20] Dabei kann dahinstehen, ob - wofür einiges spricht - die Erhebung der Gesundheitsdaten durch den Beklagten wegen des Fehlens einer wirksamen Einwilligung des Klägers als rechtswidrig anzusehen ist. Denn selbst in diesem Falle wäre der Beklagte hier nicht nach den Grundsätzen von Treu und Glauben (§ 242 BGB) daran gehindert, sich im Rahmen der Anfechtung wegen arglistiger Täuschung auf die mittels der zu weit gefassten Schweigepflichtenbindung gewonnenen Erkenntnisse über verschwiegene Vorerkrankungen zu berufen. Die Anfechtung wäre auch dann keine unzulässige Rechtsausübung.

[21] Nicht jedes rechts- oder pflichtwidrige Verhalten führt stets oder auch nur regelmäßig zur Unzulässigkeit der Ausübung der hierdurch erlangten Rechtsstellung. Treuwidriges Verhalten eines Vertragspartners kann zwar dazu führen, dass ihm die Ausübung eines ihm zustehenden Rechts zu versagen ist, wenn er sich dieses Recht gerade durch das treuwidrige Verhalten verschafft hat (vgl. BGHZ 57, 108, 111). Entsprechendes gilt, wenn das treuwidrige Verhalten darauf gerichtet war, die tatsächlichen Voraussetzungen der Rechtsausübung zu schaffen, etwa die zur Ausübung eines Rücktritts- oder Anfechtungsrechts erforderliche Tatsachenkenntnis zu erlangen. Lässt sich - wie hier - ein solches zielgerichtet treuwidriges Verhalten nicht feststellen, so muss durch eine umfassende Abwägung der maßgeblichen Umstände des Einzelfalls entschieden werden, ob und inwieweit einem Beteiligten die Ausübung einer Rechtsposition nach Treu und Glauben verwehrt sein soll (vgl. BGHZ 68, 299, 304; 55, 274, 279 f.; Looschelders/Olzen in Staudinger, BGB [2005] § 242 Rdn. 220, 251). Dies muss umso mehr gelten, wenn beiden Seiten ein Rechtsverstoß zur Last fällt.

[22] Die danach im Streitfall gebotene Abwägung der Parteiinteressen und sonstigen Fallumstände ergibt, dass das Interesse des Klägers, den Beklagten an der Verwendung der rechtswidrig erhobenen Gesundheitsdaten zu seinem Nachteil zu hindern, hinter dem Interesse des Beklagten zurückstehen muss, sich von dem nur mittels arglistiger Täuschung zustande gekommenen Vertrag zu lösen.

### *aa) Klägerinteresse*

[23] Das Interesse des Klägers an der Geheimhaltung seiner Gesundheitsdaten und Kontrolle des Umgangs damit ist ein Schutzgut von hohem Rang, das verfassungsrechtlich durch das Recht auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 1, 2 GG; vgl. z.B. BVerfGE 84, 192, 194 f. m.w.N.) gewährleistet und auf der Ebene des einfachen Rechts insbesondere durch §§ 3 Abs.

9, 4 Abs. 1, 28 Abs. 6 BDSG sowie durch den neu geschaffenen - im Streitfall jedoch noch nicht anwendbaren - § 213 VVG geschützt ist. Dies zeigt sich insbesondere daran, dass eine Verwendung von Gesundheitsdaten nach den genannten Vorschriften grundsätzlich nur mit Einwilligung des Betroffenen und im Übrigen nur in eng begrenzten Ausnahmefällen zulässig ist. Demzufolge ist auch das Interesse des Klägers, Informationen über ihn betreffende Erkrankungen - aktuelle wie vergangene - geheim zu halten und den Umgang damit zu kontrollieren, grundsätzlich hoch einzustufen.

[24] Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung, insbesondere der Schutz von Gesundheitsdaten, gilt auch im Rahmen von Versicherungsverträgen. Der Schutzzumfang wird im Verhältnis der Vertragspartner einer Berufsunfähigkeitsversicherung jedoch dadurch modifiziert, dass es dem Versicherungsnehmer von Gesetzes wegen obliegt, dem Versicherer relevante Informationen über seinen Gesundheitszustand sowohl vor Vertragsschluss (§ 16 VVG a.F.) als auch im Leistungsfall (§ 34 VVG a.F.) zugänglich zu machen, soweit dies zur Einschätzung des Risikos bzw. zur Prüfung der Leistungspflicht des Versicherers erforderlich ist. Das trägt dem legitimen Interesse des Versicherers an der Kenntnis und der Verwendung dieser Informationen Rechnung. Verstößt der Versicherungsnehmer gegen die Informationsobliegenheiten, kann der Versicherer daran vertragsrechtliche Sanktionen bis hin zur Leistungsfreiheit knüpfen (§ 6 Abs. 3 Satz 1 VVG a.F.) bzw. sich sogar vom Vertrag insgesamt lösen (§§ 17, 22 VVG a.F.). Das Recht missbilligt es zwar, wenn der Versicherer sich die Gesundheitsdaten ohne wirksame Einwilligung des Versicherungsnehmers selbst verschafft und schützt hierdurch dessen Dispositionsbefugnis über die ihn betreffenden Gesundheitsdaten. Die Kenntnis des Versicherers von diesen Daten und deren Verwendung werden als solche dagegen nicht beanstandet, sondern als für die ordnungsgemäße Vertragsdurchführung letztlich unverzichtbar anerkannt. Ein gesetzlich anerkanntes Interesse des Versicherungsnehmers, seine relevanten Gesundheitsdaten geheim zu halten und trotzdem in den Genuss von Versicherungsleistungen aus einer Berufsunfähigkeitsversicherung zu kommen, besteht demgegenüber nicht.

[25] Im Streitfall hat der Kläger bei Vertragsschluss Informationen zu Vorerkrankungen wenigstens bedingt vorsätzlich verschwiegen, um sich auf diese Weise einen Versicherungsschutz zu erschleichen, der ohne die Täuschung in dieser Form für ihn nicht zu erlangen gewesen wäre. Mit diesem Verhalten hat er sich seinerseits bewusst gegen die Rechtsordnung gestellt. Sein Bestreben, den Beklagten an der Verwendung eben dieser Informationen nur deshalb zu hindern, weil der Beklagte seine Kenntnisse gestützt auf

eine zu weit gefasste Schweigepflichtentbindung erworben hat, verdient daher im konkreten Fall - trotz des abstrakt betrachteten hohen Schutzguts - nur in begrenztem Maße Schutz.

#### *bb) Beklagteninteresse*

[26] Auf der anderen Seite der Abwägung steht das legitime Interesse des Versicherers an der Aufdeckung von Falschangaben und der Verhinderung der ungeRechtfertigten Inanspruchnahme von - insbesondere wiederkehrenden - Versicherungsleistungen (vgl. BGHZ 163, 148, 153 f.; BVerfG VersR 2006, 1669, 1672).

[27] Für die Berufsunfähigkeitsversicherung bedeutet dies konkret, dass der Versicherer in der Lage sein muss, die ihm nach §§ 16, 34 VVG a.F. zustehenden Informationen zum Gesundheitszustand des Versicherten einzuholen und zu überprüfen. Dies betrifft sowohl den Gesundheitszustand im Zeitpunkt der Geltendmachung von Leistungen, als auch den Gesundheitszustand bei Anbahnung des Versicherungsvertrages. Deshalb hatte auch im Streitfall der Beklagte ein schützenswertes Interesse, im Rahmen der Prüfung des - noch im Lauf des ersten Versicherungsjahres gestellten Leistungsantrags - die Krankheitsgeschichte des Klägers umfassend aufzuklären und hierzu auch die Angaben des Klägers durch Nachfrage bei Dritten zu überprüfen.

[28] Wenngleich hier wegen einer möglicherweise zu weit gefassten Schweigepflichtentbindungserklärung und mithin des Fehlens einer wirksamen Einwilligung durch den Versicherungsnehmer objektiv von der Rechtswidrigkeit der Erhebung der Daten beim Hausarzt ausgegangen werden muss, so fällt dennoch zugunsten des Beklagten ins Gewicht, dass er dabei entsprechend einer langjährigen, bis zur Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 23. Oktober 2006 (VersR 2006, 1669) auch vom Senat gebilligten Praxis verfahren ist. Er hat sich die Gesundheitsdaten des Klägers mithin nicht etwa heimlich und im Bewusstsein der rechtlichen Unzulässigkeit seiner Vorgehensweise verschafft, sondern offen und im Vertrauen auf die Wirksamkeit der erteilten Einwilligungserklärung beim Hausarzt angefragt. Aus diesen Gründen kann dem Beklagten auch nicht der Vorwurf gemacht werden, den Hausarzt zum Bruch seiner Schweigepflicht verleitet zu haben.

[29] Es tritt hinzu, dass der Beklagte, wäre ihm die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 23. Oktober 2006 (aaO) bereits bekannt gewesen, dieselben Informationen zum Gesundheitszustand des Klägers mittels gezielter Einzelermächtigungen oder aufgrund einer über den Kläger laufenden Informationsübermittlung hätte verlangen können (vgl. dazu BVerfG aaO Tz. 54 ff.). Der Kläger hätte es dann lediglich in der Hand gehabt, entweder seinen Hausarzt



zur Auskunft zu ermächtigen und die entsprechenden Informationen an den Beklagten weiterzuleiten oder aber im Interesse der Vertraulichkeit seiner Gesundheitsdaten von einer Freigabe abzusehen und damit zugleich im Ergebnis auf den erhobenen Leistungsanspruch zu verzichten (BVerfG aaO). Das zeigt, dass zwar die Informationsgewinnung durch den Beklagten an behebbaren Verfahrensmängeln litt, seine materielle Berechtigung, die Gesundheitsdaten des Klägers für seine Leistungsprüfung zu verlangen, jedoch außer Frage steht.

*cc) Ergebnis*

[30] Wägt man diese Umstände gegeneinander ab, so setzt sich das Interesse des Versicherers an der Verwertung der beim Hausarzt erhobenen Daten durch. Der Rechtsverstoß des Beklagten bei der Erhebung der Daten erweist sich angesichts des vorangegangenen Rechtsverstoßes des Klägers als nicht von einem solchen Gewicht, dass ihm deswegen die Arglistanfechtung verwehrt wäre.

*b) Keine Vergleichbarkeit mit heimlicher Beweiserhebung im Vaterschaftsanfechtungsverfahren*

[31] Auch prozessual war weder der Beklagte daran gehindert, die Informationen zu den Vorerkrankungen des Klägers unter Berufung auf das Zeugnis des Hausarztes in das Verfahren einzuführen, noch war es dem Berufungsgericht verwehrt, den Hausarzt als Zeugen zu vernehmen und seine Angaben zu verwerten.

[32] Aus denselben Erwägungen, die zum Ausschluss eines materiellen Verwertungsverbots geführt haben, besteht kein Anlass, dem Beklagten im Prozess die Berufung auf die gewonnenen Erkenntnisse zu verwehren oder für das Gericht ein Verwertungsverbot zu begründen (vgl. dazu OLG Saarbrücken, Urteil vom 9. September 2009 - 5 U 510/08-93). Etwas anderes er-

gibt sich auch nicht aus den Urteilen des XII. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs (BGHZ 162, 1; 166, 283; BGH, Urteil vom 12. Januar 2005 - XII ZR 60/03 - FamRZ 2005, 342), wonach heimlich eingeholte Abstammungsgutachten im Vaterschaftsanfechtungsverfahren "auch als Parteivortrag ungeeignet [seien], die Schlüssigkeit einer Vaterschaftsanfechtungsklage herbeizuführen" (BGHZ 166, 283 Tz. 10). Der hier zu entscheidende Fall unterscheidet sich von den vom XII. Zivilsenat entschiedenen Fällen bereits dadurch, dass die geschützten Daten nicht heimlich, sondern offen und im Vertrauen auf die Wirksamkeit der erteilten Einwilligung erhoben wurden. Darüber hinaus hat der Parteivortrag im Vaterschaftsanfechtungsverfahren eine besondere verfahrensrechtliche Bedeutung. Um das vom Untersuchungsgrundsatz geprägte Vaterschaftsanfechtungsverfahren in Gang zu bringen, muss der Kläger lediglich Umstände vortragen, die bei objektiver Betrachtung geeignet sind, Zweifel an der Abstammung des Kindes von dem als Vater geltenden Kläger zu wecken und die Möglichkeit der Abstammung des Kindes von einem anderen Mann als nicht ganz fern liegend erscheinen zu lassen (BGHZ 162, 1, 3). Die Beweiserhebung erfolgt sodann von Amts wegen. Diese Besonderheit rechtfertigt es, das Verwertungsverbot dort bereits auf den Parteivortrag zu beziehen. Dem durch den Beibringungsgrundsatz und die Parteienmaxime geprägten regulären Zivilverfahren ist ein bereits am Vortrag ansetzendes Verwertungsverbot dagegen fremd.

[33] Die Verwertbarkeit der Aussage des Hausarztes ergibt sich bereits daraus, dass auch der Kläger selbst diesen zum betreffenden Beweisthema als Zeugen benannt und ihn insoweit konkludent von der Schweigepflicht entbunden hat (vgl. Greger in Zöller, ZPO 27. Aufl. § 385 Rdn. 11).

*Strafrecht***Standort: § 238 I StGB****Problem: Tatbestandliche Handlungseinheit**

BGH, BESCHLUSS VOM 19.11.2009  
3 STR 244/09 (FAMRZ 2010, 289)

**Problemdarstellung:**

Der Angeklagte wollte es nicht akzeptieren, dass sich seine Freundin von ihm getrennt hatte. Im Januar 2008 erwirkte diese eine einstweilige Verfügung gegen ihn, die es ihm untersagte, Kontakt zu ihr aufzunehmen oder sich ihr zu nähern. Trotzdem nahm der Angeklagte im Zeitraum von März bis Juli 2008 an insgesamt fünf Tagen Kontakt zu seiner Ex-Freundin auf, indem er sie anrief oder zu ihrer Wohnung ging und drohte ihr jeweils mit dem Tode oder einer Körperverletzung. Da das Opfer diese Drohungen ernst nahm, verließ sie kaum noch das Haus, stellte praktisch alle Freizeitaktivitäten ein und verlor vor Kummer erheblich an Gewicht.

Das Landgericht Lüneburg hatte den Angeklagten wegen dieses Verhaltens außer wegen Bedrohung, § 241 I StGB, und Beleidigung, § 185 I StGB, insbesondere wegen Nachstellung, § 238 I StGB, verurteilt. Dabei hatte das LG in dem Verhalten des Angeklagten an jedem der fraglichen Tage einen selbstständigen Fall des § 238 I StGB gesehen und deshalb fünf entsprechende Deliktsbegehungen in Tatmehrheit, § 53 StGB, abgeurteilt. Auf die Revision des Angeklagten änderte der BGH das Urteil ab, da die Handlungen des Angeklagten zu einer tatbestandlichen Handlungseinheit zusammenzufassen seien und deshalb nur ein einziger Fall des § 238 I StGB vorliege.

**Prüfungsrelevanz:**

Der Tatbestand der Nachstellung, § 238 StGB, gehört zwar nicht in allen Bundesländern zum Prüfungsstoff, sollte jedoch insbesondere wegen seiner immer weiter wachsenden praktischen Bedeutung in beiden Examen grundsätzlich bekannt sein. Da es sich noch um einen relativ neuen Straftatbestand handelt, zu dem bisher sehr wenig (obergerichtliche) Rechtsprechung existiert, hat diese insofern erste Entscheidung des BGH grundlegende Bedeutung, sodass mit Sicherheit davon auszugehen ist, dass diese zumindest in mündlichen Prüfungen als Grundlage zur Bildung von Prüfungsfällen dienen wird.

Der erst im Jahre 2007 eingeführte Tatbestand der Nachstellung, § 238 I StGB, soll solche Verhaltens-

weisen strafrechtlich erfassen, die üblicherweise als "Stalking" bezeichnet werden. Der Tatbestand setzt voraus, dass der Täter dem Opfer unbefugt nachstellt, indem er beharrlich insbesondere dessen räumliche Nähe aufsucht, Kontakt zu ihm herzustellen versucht oder vergleichbare Handlungen vornimmt und dadurch das Opfer in seiner Lebensgestaltung schwerwiegend beeinträchtigt. In der vorliegenden Entscheidung befasst sich der BGH fast schon kommentarartig mit den Voraussetzungen für die einzelnen Tatbestandsmerkmale des § 238 I StGB, vor allem denen für das "beharrlichen Handeln" und die "schwerwiegende Beeinträchtigung der Lebensgestaltung" des Opfers.

Hinsichtlich des beharrlichen Handelns betont der BGH, dass ein wiederholtes Handeln des Täters hierfür zwar eine notwendige aber keine hinreichende Bedingung sei. Erforderlich sei zusätzlich, dass der Täter aus Missachtung des entgegenstehenden Willens oder aus Gleichgültigkeit gegenüber den Wünschen des Opfers mit der Absicht handle, sich auch in Zukunft immer wieder entsprechend zu verhalten (so auch Fischer, § 238 Rn. 18 f.; Gazeas, KJ 2007, 249, 255). Eine schwerwiegende Beeinträchtigung der Lebensgestaltung des Opfers liegt nach dem BGH vor, wenn das Opfer durch die Handlung des Täters veranlasst wird, ein Verhalten an den Tag zu legen, das es ohne Zutun des Täters nicht gezeigt hätte, wobei aber nur gravierende und ernst zu nehmende Folgen, die über durchschnittliche, regelmäßig hinzunehmende und zumutbare Modifikationen der Lebensgestaltung erheblich und objektivierbar hinausgehen, ausreichen können (ebenso Fischer, § 238 Rn. 22 f.; Lackner/Kühl, § 238 Rn. 2; Gazeas, KJ 2006, 247, 259). Diese Voraussetzungen hat der BGH im vorliegenden Fall als gegeben angesehen.

Der BGH betont jedoch in der vorliegenden Entscheidung, dass der Erfolg des § 238 I StGB, die schwerwiegende Beeinträchtigung der Lebensgestaltung des Opfers, erst durch die Summierung sämtlicher Handlungen des Angeklagten herbeigeführt worden sei. Deshalb stelle auch nicht jede einzelne Nachstellungshandlung einen selbstständigen Fall des § 238 I StGB dar, sondern sämtliche Handlungen würden zu einer tatbestandlichen Handlungseinheit verbunden (ebenso Fischer, § 238 Rn. 39). Der BGH betont, dass es sich bei § 238 I StGB zwar nicht um ein Dauerdelikt (wie z.B. bei § 239 StGB) handle - bei einem solchen wäre

es selbstverständlich, dass mehrere Handlungen nur eine einzige Begehung des (Dauer-) Delikts darstellen würden. § 238 I StGB weise jedoch so starke Parallelen zu einem Dauerdelikt auf, dass die Bildung einer tatbestandlichen Handlungseinheit auch hier geboten sei.

**Vertiefungshinweise:**

□ Zur den Voraussetzungen des § 238 I StGB: *Gazetas*, KJ 2006, 247; 2007, 249; *Mitsch*, NJW 2007, 1237; *Steinberg*, JZ 2006, 30

**Leitsätze:**

1. **Beharrliches Handeln im Sinne des § 238 setzt wiederholtes Tätigwerden voraus. Darüber hinaus ist erforderlich, dass der Täter aus Missachtung des entgegenstehenden Willens oder aus Gleichgültigkeit gegenüber den Wünschen des Opfers in der Absicht handelt, sich auch in Zukunft entsprechend zu verhalten. Eine in jedem Einzelfall Gültigkeit beanspruchende, zur Begründung der Beharrlichkeit erforderliche (Mindest-) Anzahl von Angriffen des Täters kann nicht festgelegt werden.**
2. **Die Lebensgestaltung des Opfers wird schwerwiegend beeinträchtigt, wenn es zu einem Verhalten veranlasst wird, das es ohne Zutun des Täters nicht gezeigt hätte und das zu gravierenden, ernst zu nehmenden Folgen führt, die über durchschnittliche, regelmäßig hinzunehmende Beeinträchtigungen der Lebensgestaltung erheblich und objektivierbar hinausgehen.**
3. **§ 238 StGB ist kein Dauerdelikt. Einzelne Handlungen des Täters, die erst in ihrer Gesamtheit zu der erforderlichen Beeinträchtigung des Opfers führen, werden jedoch zu einer tatbestandlichen Handlungseinheit zusammengefasst, wenn sie einen ausreichenden räumlichen und zeitlichen Zusammenhang aufweisen und von einem fortbestehenden einheitlichen Willen des Täters getragen sind.**

**Sachverhalt:**

Der Angeklagte lernte im April 2006 die Zeugin L kennen und führte mit dieser bis Ende 2007 eine Beziehung. Nach der Trennung kam es wiederholt zu Auseinandersetzungen, da der Angeklagte die Trennung nicht akzeptieren wollte. Die Zeugin L erwirkte am 7. Januar 2008 eine einstweilige Verfügung nach dem Gewaltschutzgesetz gegen den Angeklagten; danach wurde diesem untersagt, Kontakt zu der Zeugin aufzunehmen und sich ihr in einem Umkreis von 100 Metern zu nähern. Am 16. Juli 2008 fand eine mündliche Verhandlung vor dem Amtsgericht über einen Antrag der Zeugin auf Verhängung von Ordnungsmitteln gegen den Angeklagten statt; bei dieser Gelegenheit schlossen der Angeklagte und die Zeugin

einen Vergleich, der inhaltlich der einstweiligen Verfügung entsprach. Zuvor belästigte der Angeklagte die Zeugin in Kenntnis der einstweiligen Verfügung und ihres Willens, keinen Kontakt mehr zu ihm zu halten, wobei es zu folgenden einzelnen Vorfällen kam:

Am 29. März 2008 klingelte er an der Tür des Mehrfamilienhauses, in dem sich die Wohnung der Zeugin befand. Die Zeugin öffnete das Badezimmerfenster und forderte den Angeklagten auf zu verschwinden. Dieser kündigte jedoch an, bis zum nächsten Morgen zu warten, um zu sehen, wer aus dem Haus komme; außerdem bedrohte er die Zeugin mit dem Tode und beschimpfte sie als "Nutte" und "Hure".

Am Mittag des 24. April 2008 rief der Angeklagte die Zeugin mehrfach an und erklärte, er werde sie nicht in Ruhe lassen. Am Nachmittag desselben Tages fing er sie auf dem Rückweg von ihrer Arbeit ab, beobachtete in der Folgezeit ihre Wohnung mit einem Fernglas und drohte der Zeugin telefonisch und durch lautes Rufen, er werde ihr ein Messer in den Hals stecken, sie abstechen und umbringen; außerdem bezeichnete er sie als Schlampe.

Am 13. Mai 2008 rief der Angeklagte die Zeugin erneut mehrfach an, klingelte an ihrer Haustür und rief, er wolle wissen, was in der Wohnung vor sich gehe. Nachdem die Zeugin ihn aufgefordert hatte zu gehen, drohte er, er könne die Wohnungstür schneller einschlagen und die Zeugin abstechen, als die Polizei erscheinen werde.

Am 20. Mai 2008 rief der Angeklagte die Zeugin an und sagte, er werde an diesem Tage ihre Wohnungstür einschlagen und sie umbringen; wenn er sie auf der Straße sehen sollte, haue er ihr "die Backen blau".

Am 3. Juli 2008 gegen 4.00 Uhr morgens erhielt die Zeugin einen Anruf von dem Angeklagten, in dem dieser ihr mitteilte, dass der Gerichtstermin am 16. Juli 2008 kein schöner Tag für sie werde; alle wüssten, dass er sie kaputtschlagen und umbringen werde.

Die Zeugin nahm die Drohungen des Angeklagten ernst und hatte Angst um ihr Leben. Aufgrund des Verhaltens des Angeklagten gab sie erhebliche Teile ihrer Freizeitaktivitäten auf. So verließ sie etwa aus Angst vor diesem abends wenn möglich nicht mehr ihre Wohnung und öffnete aus Furcht die Haustür nicht mehr. In der Wohnung schaltete sie abends kein Licht mehr an, um dem Angeklagten vorzutäuschen, nicht zu Hause zu sein. Sie verließ auch tagsüber ihre Wohnung und ihre Arbeitsstätte nur nach besonderen Sicherheitsvorkehrungen und bemühte sich, sich nicht allein auf der Straße aufzuhalten. Aufgrund ihrer Angst und der damit verbundenen Einschränkungen verlor sie erheblich an Gewicht.

**Aus den Gründen:**

[1] Das Landgericht hat den Angeklagten wegen schweren Raubes in Tateinheit mit gefährlicher Kör-

perverletzung, wegen gefährlicher Körperverletzung, wegen Nötigung, wegen Raubes in Tateinheit mit vorsätzlicher Körperverletzung, räuberischer Erpressung und sexueller Nötigung, wegen Widerstands gegen Vollstreckungsbeamte in Tateinheit mit Beleidigung in zwei Fällen, davon in einem Fall in Tateinheit mit Bedrohung, wegen Sachbeschädigung in vier rechtlich zusammentreffenden Fällen und wegen Nachstellung in Tateinheit mit Bedrohung in fünf Fällen, davon in zwei Fällen in Tateinheit mit Beleidigung zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von vier Jahren und sechs Monaten verurteilt. Mit seiner hiergegen gerichteten Revision beanstandet der Angeklagte die Verletzung formellen und materiellen Rechts. Das Rechtsmittel führt auf die Sachrüge zu der aus der Entscheidungsformel ersichtlichen Änderung des Schuldspruchs; im Übrigen ist es unbegründet im Sinne des § 349 Abs. 2 StPO.

[2] Der Erörterung bedarf lediglich Folgendes: [...]

## II. Zur Sachrüge

### 1. Rechtliche Wertung des Landgerichts

[4] Die Wertung des Landgerichts, der Angeklagte habe in den Fällen II. ., 3., 7., 8. und 9. der Urteilsgründe fünf materiellrechtlich selbstständige, zueinander im Verhältnis der Tatmehrheit stehende Nachstellungen begangen und sich deshalb wegen Nachstellung in Tateinheit mit Bedrohung in fünf Fällen, davon in zwei Fällen in Tateinheit mit Beleidigung (§ 238 Abs. 1, § 241 Abs. 1, § 185 Abs. 1, §§ 52, 53 StGB) strafbar gemacht, hält sachlichrechtlicher Nachprüfung nicht stand. Der Angeklagte ist vielmehr insoweit auf der Grundlage der rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen der Nachstellung in Tateinheit mit Bedrohung in fünf und Beleidigung in zwei jeweils rechtlich zusammentreffenden Fällen schuldig. [...]

### 2. Entscheidung des BGH

[13] Diese Feststellungen belegen nur eine Nachstellung nach § 238 Abs. 1 StGB. Dieses Delikt verklammert die an sich rechtlich selbstständigen Delikte der Bedrohung und Beleidigung zu einer insgesamt einheitlichen Tat im materiellrechtlichen Sinn. Im Einzelnen:

#### a) Zur Entstehungsgeschichte von § 238 StGB

[14] § 238 StGB ist durch das 40. Strafrechtsänderungsgesetz vom 22. März 2007 (BGBl I 354) in das Strafgesetzbuch eingefügt worden. Nach dem Willen des Gesetzgebers sollten mit der Norm beharrliche Nachstellungen, die einschneidend in das Leben des Opfers eingreifen und unter dem englischen Begriff "Stalking" diskutiert werden, über die bereits bestehenden und in Betracht kommenden Straftatbestände -

wie etwa der Nötigung (§ 240 StGB), Bedrohung (§ 241 StGB), Beleidigung (§ 185 StGB) oder des Zuwiderhandelns gegen eine Anordnung nach dem Gewaltschutzgesetz (§ 4 GewSchG) - hinaus mittels eines weiteren Straftatbestandes verfolgt werden können, um auf diese Weise einen besseren Opferschutz zu erreichen und Strafbarkeitslücken zu schließen (BTDrucks. 16/575 S. 1; Buettner ZRP 2008, 124; zur vorherigen Rechtslage vgl. Valerius JuS 2007, 319, 320; s. auch Kinzig ZRP 2006, 255, 256 mit Ausführungen zu Regelungen in den USA, den Niederlanden und Österreich). Der neue Straftatbestand dient damit dem Schutz der eigenen Lebensführung vor gezielten, hartnäckigen und schwerwiegenden Belästigungen der Lebensgestaltung (Mosbacher NStZ 2007, 665).

#### b) Zur Tathandlung des § 238 I StGB

[15] Tathandlung des § 238 Abs. 1 StGB ist das unbefugte Nachstellen durch beharrliche unmittelbare und mittelbare Annäherungshandlungen an das Opfer und näher bestimmte Drohungen im Sinne des § 238 Abs. 1 Nr. 1 bis 5 StGB.

#### aa) Zum Begriff des "Nachstellens"

[16] Der u. a. in § 292 Abs. 1 Nr. 1, § 329 Abs. 3 Nr. 6 StGB verwendete Begriff des Nachstellens erfasst das Anschleichen, Heranpirschen, Auflauern, Aufsuchen, Verfolgen, Anlocken, Fallen stellen und das Treibenlassen durch Dritte (Kinzig/Zander JA 2007, 481, 483; Valerius aaO S. 321). Im Kontext des § 238 StGB umschreibt der Begriff im Grundsatz damit zwar alle Handlungen, die darauf ausgerichtet sind, durch unmittelbare oder mittelbare Annäherungen an das Opfer in dessen persönlichen Lebensbereich einzugreifen und dadurch seine Handlungs- und Entschließungsfreiheit zu beeinträchtigen (BTDrucks. 16/575 S. 7; Wolters in SK-StGB § 238 Rdn. 7). Jedoch sind in § 238 Abs. 1 Nr. 1 bis 5 StGB die Handlungsformen abschließend beschrieben, auf die sich die Pönalisierung erstreckt. Während allerdings § 238 Abs. 1 StGB in seinen Nr. 1 bis 4 näher konkretisierte Tatvarianten umschreibt, öffnet § 238 Abs. 1 Nr. 5 StGB das Spektrum möglicher Tathandlungen in kaum überschaubarer Weise, indem er ohne nähere Eingrenzungen jegliches Tätigwerden in die Strafbarkeit einbezieht, das den von § 238 Abs. 1 Nr. 1 bis 4 StGB erfassten Handlungen "vergleichbar" ist. Ob Letzteres im Hinblick auf das verfassungsrechtliche Bestimmtheitsgebot Bedenken begegnen könnte, bedarf hier indes keiner näheren Betrachtung.

[17] § 238 Abs. 1 Nr. 1 StGB soll physische Annäherungen an das Opfer wie das Auflauern, Verfolgen, Vor-dem-Haus-Stehen und sonstige häufige Präsenz in der Nähe der Wohnung oder Arbeitsstelle des Opfers erfassen. Erforderlich ist ein gezieltes Aufsuchen der räumlichen Nähe zum Opfer (BTDrucks. 16/575 S. 7;

Lackner/Kühl, StGB 26. Aufl. § 238 Rdn. 4; Wolters aaO Rdn. 10; Mitsch NJW 2007, 1237, 1238; Valerius aaO S. 321). § 238 Abs. 1 Nr. 2 StGB erfasst Nachstellungen durch unerwünschte Anrufe, E-Mails, SMS, Briefe, schriftliche Botschaften an der Windschutzscheibe oder Ähnliches und mittelbare Kontaktaufnahmen über Dritte (BTDrucks. 16/575 S. 7; Wolters aaO Rdn. 11; Mitsch aaO S. 1239).

[18] Danach erfüllen die Handlungen des Angeklagten die Voraussetzungen des Nachstellens in den Tatvarianten des § 238 Abs. 1 Nr. 1 und 2 StGB. Bei dem Vorfall am 29. März 2008 suchte der Angeklagte die räumliche Nähe der Zeugin auf, indem er an ihrer Wohnung klingelte und mit der Zeugin durch ein geöffnetes Fenster kommunizierte; somit liegen die Voraussetzungen des § 238 Abs. 1 Nr. 1 StGB vor. Das Vorgehen des Angeklagten am 24. April und 13. Mai 2008 erfüllt jeweils die Voraussetzungen des § 238 Abs. 1 Nr. 1 und 2 StGB, da der Angeklagte sowohl die räumliche Nähe der Zeugin aufsuchte als auch unter Verwendung von Telekommunikationsmitteln Kontakt zu dieser herstellte. § 238 Abs. 1 Nr. 2 StGB erfasst trotz seines insoweit missverständlichen Wortlauts neben dem bloßen Versuch auch das erfolgreiche Herstellen einer kommunikativen Verbindung zwischen Täter und Opfer (Fischer aaO § 238 Rdn. 14). Durch die Handlungen des Angeklagten am 20. Mai und 3. Juli 2008 sind schließlich ebenfalls die Voraussetzungen des § 238 Abs. 1 Nr. 2 StGB gegeben.

*bb) Zum Erfordernis eines "beharrlichen Handelns"*

[19] Auch das tatbestandlich vorausgesetzte beharrliche Handeln des Täters ist hier gegeben.

[20] Der Begriff "beharrlich" wird auch an anderer Stelle im StGB verwendet (§ 56 f Abs. 1 Nr. 2 und 3, § 67 g Abs. 1 Nr. 2 und 3, § 70 b Abs. 1 Nr. 2 und 3, § 184 e StGB) und dort regelmäßig als wiederholtes Handeln oder andauerndes Verhalten interpretiert, das eine Missachtung des Verbots oder Gleichgültigkeit des Täters erkennen lässt (Fischer aaO § 184 e Rdn. 5; Valerius aaO S. 322; vgl. auch BGHSt 23, 167, 172 f.). In § 238 Abs. 1 StGB dient das Merkmal einerseits dazu, den Tatbestand einzuschränken; andererseits soll es die Deliktstypik des "Stalking" zum Ausdruck bringen und einzelne, für sich genommen vom Gesetzgeber als sozialadäquat angesehene Handlungen (BTDrucks. 16/575 S. 7) von unerwünschtem "Stalking" abgrenzen (Kinzig/Zander aaO S. 484; insoweit kritisch Mitsch aaO S. 1240). Dem Begriff der Beharrlichkeit im Sinne des § 238 StGB wohnen objektive Momente der Zeit sowie subjektive und normative Elemente der Uneinsichtigkeit und Rechtsfeindlichkeit inne (Fischer aaO § 238 Rdn. 19; Wolters aaO Rdn. 15); er ist nicht bereits bei bloßer Wiederholung erfüllt. Vielmehr bezeichnet das Tatbestandsmerkmal eine in der Tatbegehung zum Ausdruck kommende

besondere Hartnäckigkeit und eine gesteigerte Gleichgültigkeit des Täters gegenüber dem gesetzlichen Verbot, die zugleich die Gefahr weiterer Begehung indiziert. Eine wiederholte Begehung ist danach zwar immer Voraussetzung, genügt aber für sich allein nicht (Lackner/Kühl aaO Rdn. 3; Gazeas JR 2007, 497, 502). Erforderlich ist vielmehr, dass aus Missachtung des entgegenstehenden Willens oder aus Gleichgültigkeit gegenüber den Wünschen des Opfers mit der Absicht gehandelt wird, sich auch in Zukunft immer wieder entsprechend zu verhalten. Der Beharrlichkeit ist immanent, dass der Täter uneinsichtig auf seinem Standpunkt besteht und zäh an seinem Entschluss festhält, obwohl ihm die entgegenstehenden Interessen des Opfers bekannt sind. Die erforderliche ablehnende Haltung und gesteigerte Gleichgültigkeit gegenüber dem gesetzlichen Verbot manifestieren sich darin, dass der Täter den vom Opfer ausdrücklich oder schlüssig geäußerten entgegenstehenden Willen bewusst übergeht (vgl. Wolters aaO). Die Beharrlichkeit ergibt sich aus einer Gesamtwürdigung der verschiedenen Handlungen, bei der insbesondere auch der zeitliche Abstand zwischen den Angriffen und deren innerer Zusammenhang von Bedeutung sind (BTDrucks. 16/575 S. 7; Valerius aaO S. 322; kritisch Mosbacher aaO S. 666; Neubacher/Seher JZ 2007, 1029, 1032).

[21] Die danach erforderliche Gesamtwürdigung des Verhaltens des Angeklagten ergibt, dass dieser in dem dargelegten Sinne beharrlich handelte. Das Landgericht hat Vorfälle an insgesamt fünf Tagen festgestellt, wobei es an einzelnen Tagen zu mehreren gesonderten Nachstellungshandlungen des Angeklagten kam. Zwar liegen zwischen einzelnen Übergriffen des Angeklagten teilweise auch größere zeitliche Abstände von bis zu etwa sechs Wochen. Jedoch belästigte der Angeklagte die Zeugin über einen langen Zeitraum von insgesamt mehr als drei Monaten und an manchen Tagen mit besonderer Nachdrücklichkeit. Dabei war ihm jederzeit bewusst, dass die Zeugin, die u. a. eine einstweilige Verfügung gegen ihn erwirkt hatte, keinen Kontakt mehr zu ihm wünschte. Sein Verhalten war gleichwohl von dem fortwährenden, hartnäckigen Bestreben gekennzeichnet, die Zeugin zu drangsalieren. Auch die Intensität der Beeinträchtigungen der Zeugin durch das Vorgehen des Angeklagten ist als erheblich anzusehen; so belästigte der Angeklagte etwa sein Opfer auch während der Nacht und verwirklichte durch die ausgesprochenen massiven Drohungen und Beleidigungen jeweils mindestens einen weiteren Straftatbestand. Unerheblich ist, dass die Handlungen des Angeklagten zwar im Wesentlichen gleichartig abliefen, sich jedoch im Detail unterschieden und verschiedene Alternativen des § 238 Abs. 1 StGB erfüllten. Denn die potentiell bedrohlichen Handlungen sind in ihrer Gesamtheit zu berücksichtigen, ohne dass es erforderlich ist, dass dieselbe Handlung wiederholt vor-

genommen wird (Fischer aaO Rdn. 20; Kinzig/Zander aaO S. 484; Valerius aaO S. 322).

*c) Zum Erfordernis einer "schwerwiegenden Beeinträchtigung der Lebensgestaltung" des Opfers*

[22] Der Tatbestand ist vom Gesetzgeber als Erfolgsdelikt ausgestaltet worden (vgl. BTDrucks. 16/3641 S. 14; Wolters aaO Rdn. 2; Mosbacher aaO S. 667; Neubacher/Seher aaO S. 1030); die Tathandlung muss zu einer schwerwiegenden Beeinträchtigung der Lebensgestaltung des Opfers führen. Der Begriff der Lebensgestaltung umfasst ganz allgemein die Freiheit der menschlichen Entschlüsse und Handlungen (BTDrucks. 16/575 S. 7; Wolters aaO Rdn. 4). Sie wird beeinträchtigt, wenn das Opfer durch die Handlung des Täters veranlasst wird, ein Verhalten an den Tag zu legen, das es ohne Zutun des Täters nicht gezeigt hätte; stets festzustellen ist demnach eine erzwungene Veränderung der Lebensumstände (BTDrucks. 16/575 S. 8; Wolters aaO Rdn. 5). Dieses weite Tatbestandsmerkmal erfährt nach dem Wortlaut des Gesetzes eine Einschränkung dahin, dass die Beeinträchtigung schwerwiegend sein muss. Erfasst werden damit im konkreten Kontext ins Gewicht fallende, gravierende und ernst zu nehmende Folgen, die über durchschnittliche, regelmäßig hinzunehmende und zumutbare Modifikationen der Lebensgestaltung erheblich und objektivierbar hinausgehen (BTDrucks. 16/3641 S. 14; OLG Hamm NStZ-RR 2009, 175; Wolters aaO Rdn. 3; Mosbacher aaO; kritisch Mitsch aaO S. 1240). Nicht ausreichend sind daher weniger gewichtige Maßnahmen der Eigenvorsorge, wie beispielsweise die Benutzung eines Anrufbeantworters und die Einrichtung einer so genannten Fangschaltung zum Zwecke der Beweissicherung. Weitergehende Schutzvorkehrungen des Opfers, wie etwa das Verlassen der Wohnung nur noch in Begleitung Dritter, ein Wechsel des Arbeitsplatzes oder der Wohnung und das Verdunkeln der Fenster der Wohnung sind dagegen als schwerwiegend anzusehen (BTDrucks. 16/575 S. 8; OLG Hamm aaO; Lackner/Kühl aaO Rdn. 2; Wolters aaO Rdn. 6). Danach schützt der Tatbestand weder Überängstliche noch besonders Hartgesottene, die sich durch das Nachstellen nicht beeindruckt lassen (vgl. Wolters aaO Rdn. 2; Mitsch aaO; Mosbacher aaO).

[23] Nach diesen Maßstäben ist mit Blick auf die festgestellten objektivierbaren Einschränkungen der Lebensführung, welche die Belästigungen des Angeklagten bei der Zeugin hervorriefen, der erforderliche Tat Erfolg gegeben. Den Feststellungen lässt sich allerdings nicht entnehmen, dass dieser Erfolg bereits durch einzelne Handlungen des Angeklagten verursacht wurde; vielmehr führte erst das Zusammenwirken aller Angriffe zu den Beeinträchtigungen der Lebensgestaltung der Zeugin.

*d) Zum Vorliegen einer tatbestandlichen Handlungseinheit*

[24] Vor diesem Hintergrund ist das Verhalten des Angeklagten als einheitliche Nachstellung zu bewerten. § 238 Abs. 1 StGB stellt zwar kein Dauerdelikt dar; die verschiedenen Angriffe des Angeklagten, mit denen der zur Vollendung des Delikts erforderliche Erfolg nur einmal herbeigeführt wurde, bilden jedoch eine tatbestandliche Handlungseinheit (im Ergebnis für das Vorliegen nur einer Tat auch Lackner/Kühl aaO Rdn. 12; Wolters aaO Rdn. 24; Mosbacher aaO S. 669; Valerius aaO S. 323).

*aa) "Beharrliches Nachstellen" als Grundlage für die Zusammenfassung mehrerer Handlungen zu einer Handlungseinheit*

[25] Bereits der Umstand, dass die Tathandlung des § 238 Abs. 1 StGB ein beharrliches Nachstellen voraussetzt, spricht dagegen, die einzelnen Angriffe des Angeklagten als materiellrechtlich selbstständige Taten im Sinne des § 53 StGB zu werten; denn dem Begriff des Nachstellens ist ein gewisses Maß an Dauerhaftigkeit immanent (Fischer aaO Rdn. 9). Mit dem zusätzlichen Erfordernis der Beharrlichkeit wollte der Gesetzgeber den spezifischen Unrechtsgehalt der fortwährend stattfindenden Verfolgung erfassen, deren Strafbarkeit das Regelungsziel des § 238 StGB war (BTDrucks. 16/575 S. 6). Wenn damit auch eine Anknüpfung an eine bloße Wiederholung der das Opfer beeinträchtigenden Handlung nicht beabsichtigt war, so vermag doch ein einmaliger Angriff des Täters das Merkmal der Beharrlichkeit von vorneherein nicht zu erfüllen. Objektive Voraussetzung ist vielmehr ein wiederholtes, d. h. mindestens zweifaches Nachstellen im Sinne des § 238 Abs. 1 StGB, das indes gemäß den obigen Darlegungen zusätzlich subjektive und normative Kriterien aufweisen muss. Diese komplexe Struktur des Tatbestandsmerkmals bringt es mit sich, dass eine in jedem Einzelfall Gültigkeit beanspruchende, absolute (Mindest-)Anzahl von notwendigen Angriffen des Täters nicht festgelegt werden kann; denn die Beurteilung der Beharrlichkeit eines Verhaltens kann nur auf der Grundlage einer Gesamtwürdigung aller Elemente des Tatbestandsmerkmals erfolgen. Diese stehen nicht isoliert nebeneinander; vielmehr bestehen Wechselwirkungen, die jeweils Rückschlüsse auf das Vorliegen der anderen Kriterien erlauben. So hängt etwa die erforderliche Anzahl der notwendigen Angriffe u. a. von dem konkreten Gewicht der sonstigen Elemente ab. Greift der Täter mit seinen Handlungen besonders intensiv in die Rechte des Opfers ein, so mögen grundsätzlich bereits wenige Vorfälle, unter Umständen auch eine einzige Wiederholung, das erforderliche Maß an rechtsfeindlicher Gesinnung und Hartnäckigkeit zu belegen. Die in dem Gesetzentwurf des Bundesrats enthaltene Regelvorgabe von minde-

stens fünf Handlungen (BTDrucks. 16/1030 S. 7) erweist sich somit als für die Anwendungspraxis wenig hilfreich (für ein notwendiges Minimum von fünf Handlungen auch Kinzig/Zander aaO S. 484; gegen die pauschale Festlegung einer Mindestzahl Gazeas aaO S. 502; vgl. auch Wolters aaO Rdn. 15; Mitsch aaO S. 1240).

*bb) Handlungseinheit wegen Herbeiführung des Taterfolges durch die Gesamtheit der Angriffe*

[26] Im vorliegenden Fall kommt hinzu, dass der Taterfolg nicht durch eine isolierte einzelne Handlung des Angeklagten sondern durch die insgesamt fünf Angriffe herbeigeführt wurde.

*(1) § 238 StGB ist kein Dauerdelikt*

[27] Das aus diesem Umstand ersichtlich werdende - geradezu typische - Verhältnis zwischen Tathandlung und Taterfolg im Rahmen des § 238 Abs. 1 StGB belegt zunächst, dass die mehreren Angriffe des Angeklagten nicht deshalb zur Tateinheit im materiellrechtlichen Sinn zusammengefasst werden können, weil sie Teile einer Dauerstraftat sind; denn § 238 Abs. 1 StGB stellt trotz insoweit mehrdeutiger Passagen in den Gesetzesmaterialien kein Dauerdelikt im rechtstechnischen Sinne dar (Gazeas aaO S. 503 f.; ders. KritJ 2006, 247, 261 ff.; Valerius aaO S. 323).

[28] Der Gesetzentwurf der Bundesregierung beschreibt einleitend das "Stalking" als Verhaltensweise, die dadurch gekennzeichnet ist, dass einer anderen Person fortwährend nachgestellt, aufgelauert oder auf andere Weise mit hoher Intensität Kontakt zu ihr gesucht bzw. in ihren individuellen Lebensbereich eingegriffen wird (BTDrucks. 16/575 S. 1). In dem vom Bundestag vorgeschlagenen Gesetzestext sowie der Begründung findet sich jedoch kein weitergehender Hinweis darauf, dass der Tatbestand als Dauerdelikt im rechtstechnischen Sinne ausgestaltet sein sollte. Nach dem Gesetzentwurf des Bundesrats sollte demgegenüber nur ein "fortgesetztes" Handeln des Täters tatbestandsmäßig sein; nach der dortigen Begründung sollte damit der "Typik des 'Stalking' Rechnung getragen und der Charakter der Vorschrift als Dauerdelikt zum Ausdruck gebracht" werden (BTDrucks. 16/1030 S. 7). Die beide Gesetzentwürfe zusammenführende Beschlussempfehlung und der Bericht des Rechtsausschusses, die Grundlage der später verabschiedeten Gesetzesfassung sind, verhalten sich nicht ausdrücklich zu dem Charakter der Vorschrift. Indes wurde der Gesetzentwurf des Bundesrats formal einstimmig abgelehnt und derjenige des Bundestags mit Modifizierungen an anderen Stellen angenommen; das im Entwurf des Bundesrats enthaltene Merkmal eines "fortgesetzten" Handelns des Täters wurde nicht in den endgültigen Gesetzestext aufgenommen. Diese Umstände weisen immerhin darauf hin, dass der Ge-

setzgeber im Ergebnis den Tatbestand nicht als Dauerdelikt ausgestalten wollte.

[29] Gegen die Annahme einer Dauerstraftat sprechen in der Sache der typische Charakter von "Stalking"-Angriffen sowie die Struktur des Tatbestands. Als Dauerdelikt sind nur solche Straftaten anzusehen, bei denen der Täter den von ihm in deliktischer Weise geschaffenen rechtswidrigen Zustand willentlich aufrecht erhält oder die deliktische Tätigkeit ununterbrochen fortsetzt, so dass sich der strafrechtliche Vorwurf sowohl auf die Herbeiführung als auch auf die Aufrechterhaltung des rechtswidrigen Zustands bezieht (BGHSt 42, 215, 216; Fischer aaO Vor § 52 Rdn. 58). "Stalking"-Angriffe zeichnen sich demgegenüber durch zeitlich getrennte, wiederholende Handlungen aus, die nicht zu einem gleichbleibenden und überbrückenden deliktischen Zustand führen (Gazeas JR 2007, 497, 504). Die Beeinträchtigung der persönlichen Lebensgestaltung des Opfers wird durch jede einzelne Handlung des Nachstellens erneuert und intensiviert (Valerius aaO S. 324). § 238 Abs. 1 StGB ist zudem als Erfolgsdelikt ausgestaltet, wobei die insoweit erforderliche schwerwiegende Beeinträchtigung der Lebensgestaltung des Opfers in der Regel nicht bereits durch den ersten Angriff des Täters, sondern erst durch sein beharrliches Handeln herbeigeführt wird. Solange der Tatbestand indes noch nicht vollständig verwirklicht worden ist, liegt noch kein in deliktischer Weise geschaffener rechtswidriger Zustand vor, den der Täter im Sinne der Begehung eines Dauerdelikts willentlich aufrechterhalten kann.

*(2) § 238 I StGB ähnelt jedoch einem Dauerdelikt*

[30] Die Tatbestandsstruktur des § 238 Abs. 1 StGB weist jedoch Elemente auf, die denen eines Dauerdelikts durchaus ähnlich sind. Die Vorschrift umfasst objektiv nach ihrem Wortlaut und ihrem durch Auslegung zu ermittelnden Sinn typischerweise ein über den Einzelfall hinausreichendes, auf gleichartige Wiederholung gerichtetes Verhalten und soll somit typischerweise ganze Handlungskomplexe treffen (BGHSt 43, 1, 4 zu § 99 StGB). Es liegt deshalb auf der Hand, in Fallgestaltungen wie der vorliegenden von einer sukzessiven Tatbegehung auszugehen (Gazeas KritJ 2006, 247, 262; ders. JR 2007, 504: iterative, d. h. wiederholte Tatbestandsverwirklichung), die eine ununterbrochene deliktische Tätigkeit oder einen in deliktischer Weise geschaffenen Zustand nicht voraussetzt (Rissing-van Saan in LK 12. Aufl. Vor § 52 Rdn. 24). Die sukzessive Tatbegehung ist vielmehr dadurch gekennzeichnet, dass sich der Täter dem tatbestandlichen Erfolg nach und nach nähert; dabei werden diejenigen einzelnen Handlungen des Täters, die erst in ihrer Gesamtheit zu der erforderlichen Beeinträchtigung des Opfers führen, unter rechtlichen Gesichtspunkten im Wege einer tatbestandlichen Handlungs-

einheit zu einer Tat im materiellen Sinne zusammengefasst, wenn sie einen ausreichenden räumlichen und zeitlichen Zusammenhang aufweisen und von einem fortbestehenden einheitlichen Willen des Täters getragen sind (Rissing-van Saan aaO Rdn. 36). Anders als bei der natürlichen Handlungseinheit ist dabei indes kein enger zeitlicher und räumlicher Zusammenhang des strafbaren Verhaltens zu fordern. Vielmehr können zwischen den einzelnen tatbestandsausfüllenden Teilakten erhebliche Zeiträume liegen (BGHSt 43, 1, 3 zu § 99 StGB).

*cc) Zum Vorliegen einer einheitlichen Handlung*

[31] Danach liegt hier nur eine Handlung im Rechtsinne vor. Die Angriffe des Angeklagten bewirkten erst in ihrer Gesamtheit den tatbestandlichen Erfolg im Sinne einer schwerwiegenden Beeinträchtigung der Lebensgestaltung des Opfers. Sie waren von einer durchgehenden, einheitlichen Motivationslage des Angeklagten bestimmt und wiesen trotz der teilweise mehrwöchigen Unterbrechungen eine genügende räumliche und zeitliche Nähe auf.

*e) Zur Verklammerung der mitverwirklichten Delikte über § 238 I StGB*

[32] Die Nachstellung nach § 238 Abs. 1 StGB verklammert die von dem Angeklagten ebenfalls verwirklichten Delikte der Bedrohung und Beleidigung, so dass insgesamt Tateinheit gegeben ist (aA Valerius aaO S. 324). Zwischen an sich selbstständigen Delikten kann durch ein weiteres Delikt - auch einer anderen Handlungseinheit (Rissing-van Saan aaO § 52 Rdn. 28) - Tateinheit hergestellt werden, wenn dieses weitere Delikt - bzw. die Handlungseinheit - mit den anderen Straftatbeständen jeweils ideell konkurriert

und zumindest mit einem der verbundenen Delikte eine annähernde Wertgleichheit besteht oder die verklammernde Tat die schwerste ist (Fischer aaO Vor § 52 Rdn. 30; Rissing-van Saan aaO Rdn. 30). Dies ist hier der Fall. Die Ausführungshandlungen der an sich getrennt verwirklichten Bedrohungen bzw. Beleidigungen sind zwar nicht miteinander, wohl aber mit den Ausführungshandlungen der Nachstellung (teil-)identisch; die zu einer tatbestandlichen Handlungseinheit verbundenen einzelnen Teilakte der Nachstellung bilden deshalb jeweils mit den daneben verwirklichten Tatbeständen der Bedrohung und Beleidigung eine Tat im materiellrechtlichen Sinn. Die Nachstellung ist nach § 238 Abs. 1 StGB mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe und damit mit höherer Strafe als die Bedrohung und die Beleidigung bedroht, deren Strafrahmen jeweils von Geldstrafe bis zu einem Jahr Freiheitsstrafe reicht. Sie stellt daher das schwerste der verwirklichten Delikte dar.

*III. Schuldspruchänderung durch das Revisionsgericht*

[33] Der Senat kann in entsprechender Anwendung von § 354 Abs. 1 StPO den Schuldspruch sowohl im Fall II. 1. als auch in den Fällen II. 2., 3., 7., 8. und 9. der Urteilsgründe selbst ändern. Für den Tatkomplex der Nachstellung ist auszuschließen, dass ein neues Tatgericht Feststellungen treffen könnte, die eine Verurteilung wegen mehrerer im Verhältnis der Tatmehrheit stehender Taten tragen. § 265 StPO steht der Schuldspruchänderung nicht entgegen; denn der Angeklagte hätte sich gegen den lediglich konkurrenzrechtlich geänderten Tatvorwurf nicht anders als geschehen verteidigen können. [...]

**Standort: § 274 I Nr. 1 StGB**

**Problem: Nachteilszfügungsabsicht**

BGH, URTEIL VOM 25.11.2009  
2 STR 430/09 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

**Problemdarstellung:**

Der Angeklagte war als Amtsleiter des Straßenverkehrsamtes insbesondere für die Vergabe eines Auftrags für die Renovierung einer Brücke zuständig. Zwei Ingenieurbüros wurden aufgefordert, entsprechende Angebote abzugeben, wobei die E-GmbH ein Angebot in Höhe von ca. 197.000 € und die W-GmbH ein solches in Höhe von ca. 258.000 € abgab. Da der Angeklagte den Auftrag lieber an die W-GmbH vergeben wollte, die Stadt aber maximal 200.000 € für den Auftrag auszugeben beabsichtigte, forderte er die W-GmbH dazu auf, ein neues Angebot abzugeben, dass unter dem Angebot der E-GmbH liegen müsse. Daraufhin unterbreitete die W-GmbH ein neues Ange-

bot in Höhe von ca. 194.000 €. Das erste Schreiben der W-GmbH hatte der Angeklagte zwischenzeitlich aus der Akte entfernt. Der Auftrag wurde schließlich an die W-GmbH vergeben.

Das Landgericht Kassel hatte den Angeklagten vom Vorwurf der Urkundenunterdrückung, § 274 I Nr. 1 StGB, wegen der Entfernung des ersten Schreibens der W-GmbH aus der Akte mit der Begründung freigesprochen, dem Angeklagten fehle die für § 274 I Nr. 1 StGB erforderliche Nachteilszfügungsabsicht. Dieser habe nämlich nicht geglaubt, dass das erste Schreiben in einer konkreten Beweissituation noch einmal als Beweismittel benötigt würde. Auf die Revision des Angeklagten hin hob der BGH diesen Freispruch auf, da das LG übertrieben hohe Anforderungen an die Nachteilszfügungsabsicht gestellt habe.



**Prüfungsrelevanz:**

Urksunddelikte sind immer wieder Gegenstand von Prüfungsaufgaben in beiden Examen, und zwar nicht unbedingt wegen ihrer hohen praktischen Relevanz sondern eher deshalb, weil sie sich sehr schön mit Vermögensdelikten (insb. § 263 StGB) kombinieren lassen. Deshalb ist auch die Kenntnis von tatbestandspezifischen Problemen der Urksunddelikte in beiden Examen unverzichtbar. Der im vorliegenden Fall geprüfte Tatbestand des § 274 I Nr. 1 StGB mag zwar insofern nicht die Examensrelevanz von § 267 StGB haben, die Prüfung der Voraussetzungen der Nachteilszuführungsabsicht ist jedoch ein klassisches Examensproblem.

Der Tatbestand des § 274 I Nr. 1 StGB setzt voraus, dass der Täter die Tathandlung (also z.B. das Vernichten oder Unterdrücken einer Urkunde) "in der Absicht, einem anderen Nachteil zuzufügen", vornimmt.

Der Tatbestand des § 274 I Nr. 1 StGB setzt lediglich die Absicht einer Nachteilszufügung voraus, nicht jedoch die Zufügung eines Nachteils. Deshalb ist es für die Tatvollendung auch nicht relevant, ob der Täter dem Opfer tatsächlich einen Nachteil zugefügt hat (BGHSt 29, 196; Fischer, § 274 Rn. 6; Schönke/Schröder-Cramer/Heine, § 274 Rn. 18). Dies betont der BGH in der vorliegenden Entscheidung noch einmal ausdrücklich, da das LG in dem angefochtenen Urteil ausführlich dargelegt hatte, dass tatsächlich kein Nachteil eingetreten sei.

Nach herrschender Meinung ist der Begriff "Absicht" in § 274 I Nr. 1 StGB "untechnisch" gemeint, d.h. es ist nicht unbedingt Absicht i.S.v. dolus directus 1. Grades (also zielgerichtetes Wollen) erforderlich; auch dolus directus 2. Grades (also sicheres Wissen) hinsichtlich der Nachteilszufügung reicht aus (BGH, NJW 1953, 1924; OLG Düsseldorf, NJW 1989, 116; Fischer, § 274 Rn. 6; Joecks, § 274 Rn. 23; Schönke/Schröder-Cramer/Heine, § 274 Rn. 15). Andere (Minder-) Meinungen verlangen insofern doch dolus directus 1. Grades (SK-Hoyer, § 274 Rn. 17) oder lassen auch dolus eventualis ausreichen (NK-Puppe, § 274 Rn. 12). Der BGH folgt in der vorliegenden Entscheidung der bisherigen Rechtsprechung und hält ein sicheres Wissen hinsichtlich der Nachteilszufügung für ausreichend.

Da § 274 I Nr.1 StGB kein Vermögensdelikt darstellt sondern das Beweisführungsrecht schützt (BGHSt 29, 192; Lackner/Kühl, § 274 Rn. 1), muss der vom Täter beabsichtigte Nachteil auch nicht unbedingt ein Vermögensnachteil sein (BGHSt 29, 192; Joecks, § 274 Rn. 23; Schönke/Schröder-Cramer/Heine, § 274 Rn. 16). Wegen des Schutzgutes des § 274 I Nr. 1 StGB muss der Nachteil, den der Täter herbeizuführen beabsichtigt, jedoch in einer Beeinträchtigung fremder Beweisführungsrechte bestehen (BGHSt 29, 192;

OLG Zweibrücken, NSTZ 2000, 201; AG Koblenz, wistra 1999, 397; Lackner/Kühl, § 274 Rn. 7). In der vorliegenden Entscheidung führt der BGH aus, dass diese Nachteilszuführungsabsicht jedoch nicht nur dann gegeben sei, wenn der Täter sich eine konkrete Beweissituation vorstelle, in der der Beweisführungsberechtigte die Urkunde zur Beweisführung brauche und diese wegen deren Vernichtung, Beschädigung oder Unterdrückung durch den Täter nicht mehr hierzu benutzen könne (so aber z.B. Schönke/Schröder-Cramer/Heine, § 274 Rn. 16; Hardtung, JuS 1998, 772). Für eine entsprechende Nachteilszuführungsabsicht reiche es aus, dass der Täter wisse, dass der Urkunde eine potenzielle Beweisbedeutung innewohne, die sich jederzeit realisieren könne, sofern es sein Ziel sei (oder er es als sicher voraussehe), dass im Falle der Realisierung der entsprechenden Bedeutung der Urkunde die Beweisführungsmöglichkeiten des Berechtigten durch die Tathandlung beeinträchtigt würden.

**Vertiefungshinweise:**

□ Zur Nachteilszuführungsabsicht i.S.v. § 274 I Nr. 1 StGB: BGHSt 29, 192; BGH, NJW 1953, 1924; Bay-ObLG, NJW 1968, 1896; OLG Düsseldorf, NJW 1989, 116; OLG Zweibrücken, NSTZ 2000, 201; AG Koblenz, wistra 1999, 397; Freund, JuS 1994, 212; Hardtung, JuS 1998, 772

**Kursprogramm:**

□ Examenskurs: "Das vermeintlich tote Unfallopfer"

**Leitsätze (der Redaktion):**

**1. Ein Nachteil i.S.v. § 274 I StGB kann in jeder Beeinträchtigung des Beweisführungsrechts eines Dritten liegen.**

**2. Für das Vorliegen der - für die Verwirklichung des Tatbestandes des § 274 I StGB erforderlichen - auf einen entsprechenden Nachteil bezogene Absicht kommt es nicht darauf an, ob der Nachteil tatsächlich eingetreten ist; ausreichend ist es, dass es dem Täter auf die Verwirklichung des Nachteils ankommt oder ihm zumindest bewusst ist, dass seine Tat einen Nachteil zur Folge haben muss.**

**3. Eine Nachteilszuführungsabsicht i.S.v. § 274 I StGB erfordert nicht die Vorstellung des Täters, dass die Verwendung der Urkunde, die unterdrückt wird, unmittelbar bevorstehe oder jedenfalls in absehbarer Zeit zu erwarten sei. Es genügt vielmehr, dass er weiß, dass der Urkunde eine potenzielle Beweisbedeutung innewohnt, die sich jederzeit realisieren kann, und es ihm auf die Beeinträchtigung eines sich darauf beziehenden Beweisführungsrechts ankommt oder er dies als notwendige Folge seines Handelns hinnimmt. Auf eine bestimmte konkret bevorstehende Situation, in der**

**die unterdrückte Urkunde für die Beweisführung beachtlich werden könnte, braucht sich die Vorstellung des Täters nicht zu beziehen.**

**Sachverhalt:**

Der Angeklagte war im Tatzeitraum Amtsleiter des Straßenverkehrsamtes in K. Dort waren im Jahr 2004 Planungsleistungen für die Erneuerung der Hafendämme zu vergeben, für die der Magistrat der Stadt K. 200.000 € zur Verfügung gestellt hatte. Zwei Ingenieurbüros wurden gebeten, Angebote abzugeben. Die E-GmbH aus L. übermittelte mit Schreiben vom 6. Dezember 2004 ein Angebot über 197.553,60 €, die W-GmbH aus K. einen Tag später ein solches über 258.808,56 €.

Der Angeklagte, der die in K. ansässige Firma W-GmbH bevorzugte, besprach diese Angebote mit dem zuständigen Stadtbaurat, der sich mit der Beauftragung der K.er Firma einverstanden zeigte. Nach einem Gespräch des Angeklagten mit dem Geschäftsführer der W-GmbH legte diese ein neues günstigeres Angebot über 194.465,53 € vor. Zwischenzeitlich hatte der Angeklagte das Schreiben mit dem ursprünglichen Angebot dem Vorgang entnommen und in seinen Dienstschränk gelegt.

Der Angeklagte besprach sich erneut mit dem Stadtbaurat. Nach dessen Zustimmung beauftragte er einen Mitarbeiter des Straßenverkehrsamtes, den Zeugen S, mit der Fertigung einer Magistratsvorlage, die eine Vergabe an die Firma W-GmbH vorsah. Auf dessen Nachfrage, ob mit der Firma E-GmbH nachverhandelt werden solle, ließ er wissen, dass der Oberbürgermeister die Vergabe so wünsche. Tatsächlich hatte dieser zu keinem Zeitpunkt einen entsprechenden Wunsch geäußert.

Daraufhin fertigte der Zeuge S, der den bisherigen Ablauf des Verfahrens zuvor in einem Vermerk festgehalten hatte, die Magistratsvorlage nach Anweisung. Sie enthielt lediglich das Angebot, welchem der Zuschlag erteilt werden sollte, sowie eine schriftliche Ausfertigung des Beschlusses. Das ursprüngliche Angebot der Firma W-GmbH wäre der Magistratsvorlage auch nicht beigelegt worden, wenn es dem Zeugen S vorgelegen hätte.

Das Revisionsamt, dem die Angelegenheit zur Prüfung vorgelegt worden war, beanstandete die vorgesehene Vergabe auf das günstigste Angebot nicht. Es äußerte allerdings - in Kenntnis des Umstandes, dass es ein erstes Angebot der Firma W-GmbH gegeben hatte, das nachgebessert worden war - Bedenken, ob dies mit dem auch bei freiwilliger Vergabe zu berücksichtigenden Grundsatz des chancengleichen Wettbewerbs in Einklang stehe. Am 7. Februar 2005 kam es zur antragsgemäßen Vergabe der Planungsleistungen an die Firma W-GmbH, noch bevor der dem Oberbürgermeister und dem Baustadtrat zugeleitete Vermerk des

Revisionsamtes von diesen zur Kenntnis genommen worden war.

Bei der Stadt K. gibt es keine Aktenordnung. Die Akten in den jeweiligen Vergabeverfahren werden - wie auch im Vergabeverfahren "Hafenstraße" - im Fachamt geführt. Dem Angeklagten war dies bewusst; ihm war auch klar, dass es sich bei dem ersten Angebot der Firma W-GmbH um eine Urkunde handelte, die ihm nicht gehörte und die er durch das Ablegen in seinem Dienstschränk der Beweisführungsberechtigten entzogen hatte. Er rechnete allerdings weder mit einer Anforderung des Angebots durch Bedienstete der Stadt K. noch erwartete er, dass die nicht berücksichtigte Firma E-GmbH die Rechtmäßigkeit des Vergabeprozesses gerichtlich überprüfen lassen würde.

**Aus den Gründen:**

[1] Das Landgericht hat den Angeklagten vom Vorwurf der Urkundenunterdrückung freigesprochen. Die zu Ungunsten des Angeklagten eingelegte und vom Generalbundesanwalt vertretene Revision der Staatsanwaltschaft hat mit der Sachrüge Erfolg.

**I. Entscheidung des LG**

[2 -8] [...] Das Landgericht hat den Angeklagten vom Vorwurf der Urkundenunterdrückung freigesprochen. Es ist zwar davon ausgegangen, dass er eine ihm nicht gehörende Urkunde durch Ablegen in seinem Dienstschränk unterdrückt und damit der Beweisführungsberechtigten Stadt K. entzogen habe. Dies habe er getan, "um sicher zu stellen, dass die Vergabe auch an das Büro W erfolge und auch später kein Zweifel an der Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens aufkomme". Es fehle jedoch an der für den subjektiven Tatbestand erforderlichen Nachteilszuefügungsabsicht. Nachteil im Sinne von § 274 StGB sei ein Nachteil in der Beweisführung. Ein solcher Nachteil liege vor, wenn durch das Fehlen der Urkunde das Beweisführungsrecht des Beweisführungsberechtigten in einer aktuellen Beweissituation vereitelt werde. Daran fehle es jedoch. Denn die möglichen Situationen, in denen die Urkunde als Beweismittel hätte eingesetzt werden können, seien nicht eingetreten. Abstrakte, lediglich denkmögliche Beweissituationen - wie sie vorliegend gegeben seien - seien aber vom Begriff des Nachteils nicht umfasst. Schließlich habe sich der Angeklagte auch keiner versuchten Urkundenunterdrückung schuldig gemacht. Er sei nicht vom Vorliegen einer aktuellen Beweissituation ausgegangen, denn er habe weder damit gerechnet, dass die Urkunde seitens eines Bediensteten im Zuge des Vergabeverfahrens der Stadt K. angefordert werden würde, noch habe er erwartet, dass die Firma E-GmbH das Vergabeverfahren in einem Zivilverfahren überprüfen lassen würde. Auch habe er sich keine sonstige Situation vorgestellt, in der die Urkunde von Bedeutung für die Beweisführung

gewesen wäre.

## II. Entscheidung des BGH

[9] Dies hält sachlich-rechtlicher Prüfung nicht stand.

### 1. Zum Prüfungsumfang des Revisionsgerichts

[10] Spricht der Tatrichter einen Angeklagten frei oder sieht er von einer weiterreichenden Verurteilung ab, weil er Zweifel an dessen Täterschaft nicht zu überwinden vermag, so ist dies durch das Revisionsgericht in der Regel hinzunehmen. Dieses hat insoweit nur zu beurteilen, ob dem Tatrichter bei der Beweiswürdigung Rechtsfehler unterlaufen sind. Das ist dann der Fall, wenn die Beweiswürdigung widersprüchlich, unklar oder lückenhaft ist, gegen Denkgesetze oder gesicherte Erfahrungssätze verstößt oder wenn an die zur Verurteilung erforderliche Gewissheit überspannte Anforderungen gestellt worden sind (st. Rspr.; vgl. BGH NStZ-RR 2004, 238; 2005, 147).

### 2. Zur Widersprüchlichkeit der Ausführungen des LG hinsichtlich des Fehlens der Nachteilszfügungsabsicht des Angeklagten

[11] Gemessen hieran erweist sich die Beweiswürdigung des Landgerichts als rechtsfehlerhaft. Die Ausführungen der Kammer zum Nichtvorliegen der Nachteilsabsicht stellen sich als widersprüchlich dar.

[12] So stellt das Landgericht zum einen fest, dass der Angeklagte mit dem Ablegen des Angebots in seinem Dienstschränk eine Urkunde dem Beweisführungsberechtigten entzogen und dies auch gewollt habe. Dabei geht es von der Einlassung des Angeklagten aus, der eine Vergabe der Planungsarbeiten an die Firma W-GmbH habe erreichen wollen. Um dies sicher zu stellen und das spätere Entstehen von Zweifeln an der Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens auszuschließen, habe er verhindern müssen, dass die Urkunde zur Akte genommen und so aktenkundig werde, dass mit einem Bieter nachverhandelt worden sei.

[13] Zum anderen verneint das Landgericht an anderer Stelle eine Strafbarkeit mit der Erwägung, der Angeklagte habe weder mit der Anforderung der Urkunde im Rahmen des laufenden Vergabeverfahrens bei der Stadt K. gerechnet noch erwartet, dass das Vergabeverfahren in einem Zivilprozess überprüft werden würde. Auch habe er sich keine sonstige Situation vorgestellt, in der die Urkunde von Bedeutung für die Beweisführung gewesen wäre.

[14] Diese Feststellungen der Kammer zum Vorstellungsbild des Angeklagten sind miteinander nicht in Einklang zu bringen. Fehlte es dem Angeklagten an jeglicher Vorstellung einer Situation, in welcher die Urkunde von Bedeutung gewesen sein könnte, kann sein Handeln nicht zugleich von dem Bestreben geleitet gewesen sein, gerade durch Unterdrückung der Urkunde das spätere Entstehen von Zweifeln an der

Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens auszuschließen. Die Vorstellung, durch das Beiseiteschaffen der Urkunde möglicherweise aufkommenden Bedenken an der Rechtmäßigkeit der Vergabe entgegenwirken zu können, setzt vielmehr gerade die - von der Kammer geteilte - Einschätzung voraus, dass die Urkunde Einfluss auf die Beurteilung des Vergabeverfahrens haben und damit für die Beweisführung von Bedeutung sein konnte. Warum der Angeklagte schließlich verhindern "musste", es aktenkundig werden zu lassen, dass mit einem Bieter nachverhandelt worden war, erschließt sich nicht, wenn er zugleich davon ausgegangen sein soll, dass es zu einer späteren Überprüfung des Verfahrens vor den Zivilgerichten nicht kommen würde.

### 3. Zu den Anforderungen an die Nachteilszfügungsabsicht i.S.v. § 274 I Nr. 1 StGB

[15] Darüber hinaus ist zu besorgen, dass die Strafkammer ihrer Entscheidung eine unzutreffende Auslegung des Begriffs der Nachteilsabsicht zugrunde gelegt hat.

[16] Ohne Rechtsfehler geht die Kammer zwar davon aus, dass ein Nachteil in jeder Beeinträchtigung des Beweisführungsrechts eines Dritten liegen kann (vgl. BGHSt 29, 192, 196) und darunter vor allem die Verletzung der Nutzung des gedanklichen Inhalts einer Urkunde in einer aktuellen Beweissituation zu verstehen ist (vgl. BGHR StGB § 274 Nachteil 1). Nachvollziehbar geht sie auch davon aus, dass letztendlich kein (objektiver) Nachteil eingetreten ist, weil sich eine Situation, in der es zu einer Verletzung des Beweisführungsinteresses eines Berechtigten gekommen wäre, nicht eingestellt hat. Daraus aber den Schluss zu ziehen, die Nachteilsabsicht des § 274 StGB habe nicht vorgelegen, greift zu kurz. Bei der Prüfung, ob die für die Tatbestandsverwirklichung erforderliche, auf einen entsprechenden Nachteil bezogene Absicht gegeben ist, verkennt das Landgericht nämlich, dass es hierfür nicht darauf ankommt, ob der Nachteil - was es ausführlich erörtert - tatsächlich eingetreten ist; ausreichend ist es, dass es dem Täter auf die Verwirklichung des Nachteils ankommt oder ihm zumindest bewusst ist, dass seine Tat einen Nachteil zur Folge haben muss (vgl. BGH NJW 1953, 1924).

[17] Erforderlich ist dabei nicht die Vorstellung des Täters, dass die Verwendung der Urkunde, die unterdrückt wird, unmittelbar bevorstehe oder jedenfalls in absehbarer Zeit zu erwarten sei. Es genügt vielmehr, wenn er weiß, dass der Urkunde eine potentielle Beweisbedeutung innewohnt, die sich jederzeit realisieren kann, und es ihm auf die Beeinträchtigung eines sich darauf beziehenden Beweisführungsrechts ankommt oder er dies als notwendige Folge seines Handelns hinnimmt. Auf eine bestimmte konkret bevorstehende Situation, in der die unterdrückte Urkunde für die Beweisführung beachtlich werden könnte,

braucht sich die Vorstellung des Täters nicht zu beziehen. Lässt sich der Täter ein, überhaupt nicht mit einer möglichen späteren Verwendung der Urkunde durch Dritte gerechnet zu haben, kann dies im Übrigen nur

dann zum Fehlen der Nachteilsabsicht führen, wenn sich zugleich eine Erklärung dafür finden lässt, warum die Urkunde dennoch unterdrückt worden ist.

## Standort: § 244 StPO

## Problem: Verteidiger als Zeuge

BGH, BESCHLUSS VOM 24.11.2009

1 STR 520/09 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

### **Problemdarstellung:**

Der Angeklagte hatte seinen Bruder erstochen. In dem Verfahren wegen Mordes, § 211 StGB, hatte der Verteidiger des Angeklagten sich selbst als Zeugen für den hochgradigen Erregungszustand des Angeklagten während der Gespräche zwischen Verteidiger und Angeklagten im Ermittlungsverfahren benannt. Diese Erregungszustände des Angeklagten, die der Verteidiger durch seine eigene Zeugenvernehmung beweisen wollte, sollten zeigen, dass dieser auch im Tatzeitpunkt nicht voll schulfähig gehandelt habe.

Das Landgericht Karlsruhe, hatte diesen Beweisantrag gem. § 244 III StPO zurückgewiesen, da dieser unzulässig und nicht hinreichend konkretisiert sei. Außerdem seien die zu beweisenden Tatsachen für die Entscheidung ohne Bedeutung. Auf die Revision, § 333 StPO, des Angeklagten hin stellte der BGH fest, dass die beantragte Beweiserhebung weder unzulässig noch unzureichend konkretisiert sei. Da jedoch der Beweisantrag tatsächlich bedeutungslos gewesen sei, habe das LG diesen letztlich zu Recht abgelehnt. Die Revision wurde deshalb als unbegründet zurückgewiesen.

### **Prüfungsrelevanz:**

Die Prüfung, ob ein Gericht einen Beweisantrag gem. § 244 III - V StPO zu Recht abgelehnt hat, gehört in Revisionsklausuren im zweiten Examen zu den absoluten Standardproblemen. Im ersten Examen wäre eine solche Prüfung allenfalls im Rahmen einer Zusatzfrage möglich. Da es sich hierbei jedoch um ein relativ spezielles prozessuales Problem handelt und der Kandidat im ersten Examen eigentlich nur die Grundlagen des Strafprozessrechts kennen muss, ist eine solche Fragestellung eher nicht zu erwarten.

Das Gericht hat aufgrund des im Strafverfahren bestehenden Amtsermittlungsgrundsatzes die Pflicht, den Sachverhalt umfassend zu ermitteln und muss deshalb die Beweisaufnahme auf alle Beweismittel erstrecken, die für die Entscheidung von Bedeutung sind, § 244 II StPO. Einen hinreichend konkreten Beweisantrag der Staatsanwaltschaft oder Verteidigung darf es deshalb nur unter den strengen Voraussetzungen der §§ 244 III - V StGB ablehnen, insbesondere wenn die Beweiserhebung unzulässig, § 244 III 1

StPO, oder die zu beweisende Tatsache für die Entscheidung ohne Bedeutung wäre, § 244 III 2 2. Fall StPO. Lehnt das Gericht einen Beweisantrag zu Unrecht ab, so stellt dies einen Verfahrensfehler dar, der zur Aufhebung des Urteils führt, sofern dieses darauf beruht, § 337 StPO (bei Beweisanträgen der Verteidigung gilt § 338 Nr. 8 StPO).

Das LG hatte den Beweisantrag des Verteidigers des Angeklagten insbesondere deshalb abgelehnt, weil es davon ausgegangen war, dass es unzulässig sei, den Anwalt in demselben Verfahren, in dem er als Verteidiger agiere, auch als Zeugen zu vernehmen, jedenfalls dann wenn er als Zeuge über solche Vorgänge aussagen solle, die ihm in seiner Eigenschaft als Verteidiger bekannt geworden sind. Das LG hatte dabei betont, dass über Vorgänge aus diesem Kernbereich der Verteidigung kein Beweis erhoben werden dürfe. Hierbei berief sich das LG insbesondere auf eine BGH-Entscheidung, in der dieser festgestellt hatte, dass Mitteilungen des Angeklagten an seinen Verteidiger "regelmäßig" der Kognition durch das Gericht entzogen seien (BGH, NStZ 2008, 115). Der BGH hält es jedoch in der vorliegenden Entscheidung - in Übereinstimmung mit seiner bisherigen Rechtsprechung und der herrschenden Literatur (vgl. StV 1996, 469; Meyer-Goßner, StPO, Vor § 48 Rn. 18; Dahs, NJW 1975, 1390; Krause, StV 2984, 171) - für zulässig, den Verteidiger als Zeugen zu vernehmen. Eine Beeinträchtigung des Verhältnisses zwischen Angeklagtem und Verteidiger sei durch die Zulässigkeit dieser Beweiserhebung nicht zu befürchten, da dem Verteidiger ein Zeugnisverweigerungsrecht zustehe, § 53 I Nr. 2 StPO, sodass er nicht zur Aussage gezwungen werden könne. Da jedoch § 53 II 1 StPO ausdrücklich die Möglichkeit vorsehe, dass der Angeklagte seinen Verteidiger von der Verschwiegenheitsverpflichtung entbinde, könne eine entsprechende Zeugenvernehmung nicht generell unzulässig sein, da ansonsten diese Regelung sinnlos wäre.

Das LG hatte außerdem den Beweisantrag der Verteidigung nicht als hinreichend konkret angesehen, sodass das Gericht auch nicht dazu verpflichtet gewesen sei, eine entsprechende Beweisaufnahme durchzuführen. Als Beweisantrag ist ein Antrag im Prozess nämlich nur dann anzusehen, wenn er die Tatsache, die durch die Beweiserhebung bewiesen werden soll (die sog. Beweistatsache) und das Beweismittel hinreichend deutlich erkennen lässt. Ansonsten handelt es

sich um eine Beweisanregung oder einen Beweisermittlungsantrag (vgl. die Darstellung bei Meyer-Goßner, StPO, § 244 Rn. 17 ff.). Beweisanregungen und Beweisermittlungsanträge können jedoch vom Gericht auch dann zurückgewiesen werden, wenn die Voraussetzungen des § 244 III - V StPO nicht vorliegen. Der BGH führt jedoch in der vorliegenden Entscheidung aus, dass insbesondere die Beweistatsache deutlich genug bezeichnet wurde und der Antrag deshalb hinreichend konkret sei.

Allerdings stimmt der BGH dem LG zu, dass die beantragte Beweiserhebung für die Entscheidung ohne Bedeutung wäre und der Beweis Antrag deshalb zurückgewiesen werden durfte. Selbst wenn die im Beweis Antrag genannten Tatsachen bewiesen würden, so würde diesen nicht einmal eine indizielle Bedeutung für die fehlende Schuldfähigkeit des Angeklagten (deren Nachweis aber das Ziel der beantragten Beweiserhebung war) zukommen, sodass die Beweiserhebung letztlich ohne Bedeutung für die Entscheidung des Gerichts war.

#### **Vertiefungshinweise:**

□ Zur Zulässigkeit der Vernehmung des Verteidigers als Zeugen: *BGH*, StV 1996, 469; *NStZ* 2008, 115; *Dahs*, *NJW* 1975, 1390; *Krause*, StV 2984, 171

#### **Leitsatz (der Redaktion):**

**Auch ein Verteidiger kann grundsätzlich Zeuge sein, und zwar auch in dem Verfahren, in dem er den Angeklagten verteidigt.**

#### **Sachverhalt:**

Der Angeklagte und sein im selben Haus lebender Bruder stritten oft, vor allem um Geld. Nach einem Streit um 85,- Euro schoss der Bruder dem Angeklagten am Vormittag des 7. Dezember 2007 auf dem Speicher zweimal mit einer Schreckschusswaffe ins Gesicht. Der Angeklagte kam ins Krankenhaus, wo er äußerlich ruhig und unaufgeregt wirkte. Obwohl er stationär aufgenommen werden sollte, fuhr er am Abend ohne Abmeldung nach Hause. Dort stellte er fest, dass der Bruder entgegen seiner Erwartung nicht verhaftet war. Schon vorher vorhandene Hass- und Wutgefühle kamen hoch, mit dem Gedanken "er oder ich" nahm er ein Bajonett, ging durch das Haus über eine Treppe zu der in einem anderen Stockwerk gelegenen Wohnung des Bruders und betrat das Zimmer, in dem der Bruder war. Der war völlig überrascht, da er den Angeklagten im Krankenhaus vermutete. In Tötungsabsicht stach der Angeklagte auf den Bruder ein, der sich wegen seiner Überraschung nicht Erfolg versprechend wehren konnte, vor allem, aber nicht ausschließlich ins Gesicht und in den Hals. Der Bruder verstarb alsbald an einem Stich ins rechte Auge,

der ins Kleinhirn ging, und einem Stich in den Halsansatz, der die Lunge durchstieß. Ein weiterer Stich in den Wangenknochen, der die Wirbelsäulenarterie durchtrennte, war potentiell lebensbedrohlich. Nach der Tat rief der Angeklagte die Polizei. Bei seiner Festnahme erklärte er den Beamten, es sei gut, dass der Bruder tot sei, er gehe dafür gerne ins Gefängnis. Einen hinzukommenden Mieter forderte er auf, die Miete weiter zu bezahlen, auch wenn der Bruder jetzt tot sei.

Im Prozess benannte sich der Verteidiger des Angeklagten zu folgenden Themen selbst als Zeugen:

"1). Bei der Haftbefehlseröffnung, ca. 18 Std. nach der Tat, war der Angeklagte nicht in der Lage, wahrzunehmen, dass ich ihn als Verteidiger und nicht als Haftrichter aufsuchte.

2). Am ... folgenden Besuchstag ... war der Angeklagte nach wie vor in ... hochgradiger Erregung; er war nicht in der Lage, Angaben zum Tathergang zu machen ... über das hinausgehend, was er ... bei der Polizei geäußert hatte.

3). ... einige Wochen später war für mich der Grad der Erregung bei einem ... weiteren Treffen erkennbar als er - wieder im Besitz seiner Erinnerung den Tathergang schilderte, wie er von seinem Bruder angegriffen wurde. In diesem Moment sprang er auf, aufgeregt als er die Situation auf dem Speicher nachspielte".

[8] Nachdem der Verteidiger diesen Antrag gestellt hatte, erklärte der Angeklagte, dass er den Verteidiger insoweit von der Schweigepflicht befreie.

Das Landgericht hat diesen Beweis Antrag als unzulässig abgelehnt.

#### **Aus den Gründen:**

##### *I. Entscheidung des LG*

[1, 2] [...] Auf der Grundlage dieser Feststellungen wurde der zum äußeren Geschehensablauf voll geständige Angeklagte wegen heimtückisch begangenen Mordes zu lebenslanger Freiheitsstrafe verurteilt. Eine erhebliche Einschränkung der Schuldfähigkeit hat die Strafkammer nach sachverständiger Beratung verneint.

##### *II. Inhalt der Revision und Entscheidung des BGH*

[3] Die Revision erhebt eine Verfahrensrüge und die näher ausgeführte Sachrüge. Ihr gesamtes Vorbringen zielt darauf, das Landgericht habe den seelischen Zustand des Angeklagten bei der Tat nicht rechtsfehlerfrei festgestellt und gewürdigt. Diese Mängel hätten vor allem zur fehlerhaften Annahme einer uneingeschränkten Schuldfähigkeit geführt; es sei aber auch nicht auszuschließen, dass sie sich auf die hiervon unabhängige Frage der Bejahung der subjektiven Voraussetzungen hinsichtlich des Mordmerkmals der Heimtücke ausgewirkt haben.

[4] Die Revision bleibt erfolglos (§ 349 Abs. 2 StPO).

### *1. Zur Verfahrensrüge*

[...]

#### *b) Zur Ablehnung des Beweisantrags durch das LG*

[8, 9] Die Strafkammer hält den Beweisantrag unter Berufung auf BGH, Beschl. vom 12. September 2007 - 5 StR 257/07 (NStZ 2008, 115 = StV 2008, 284 mit im Kern kritischer Anmerkung Beulke/Ruhmannseder aaO, 285) für unzulässig. Mitteilungen des Angeklagten an seinen Verteidiger und Umstände, die zur Entscheidung über Art und Inhalt der Verteidigungsstrategie geführt haben, gehörten zum Kernbereich der Verteidigung und seien gerichtlicher Kognition entzogen.

[10] Ergänzend ist ausgeführt, soweit eine Verwechslung des Verteidigers mit dem Haftrichter behauptet sei, fehle es an dem für einen Beweisantrag erforderlichen Tatsachenvortrag. Es werde nicht klar, "aufgrund welcher Tatsachen dies so gewesen sei, sondern <der Antrag> gibt allenfalls die Einschätzung des Pflichtverteidigers wieder". Entsprechendes gelte für den im zweiten Teil des Antrags unter Beweis gestellten "Zustand hochgradiger Erregung".

[11] Unabhängig von alledem sei die beantragte Beweiserhebung aber auch dann, wenn ein in jeder Hinsicht zulässiger Beweisantrag vorläge, kein Gebot der Aufklärungspflicht. Die Beweiserhebung sei erkennbar darauf gerichtet, Befundtatsachen für einen Affekt i.S.d. § 20 StGB zu erbringen. Der Sachverständige habe jedoch auf entsprechende Anfrage erklärt und - im Beschluss dargelegt - näher erläutert, dass auch dann, wenn das Antragsvorbringen in vollem Umfang zu Grunde zu legen sei, "sich keine Anhaltspunkte finden lassen, die dafür gesprochen hätten, einen Affekt festzustellen".

#### *c) Zur Rüge der Fehlerhaftigkeit der Ablehnung des Beweisantrags*

[12] Der Senat neigt nicht zu der Auffassung, dass der Antrag unzulässig sei (aa); er hält den Beweisantrag auch für hinreichend konkretisiert (bb). Die Rüge bleibt dennoch erfolglos, weil die Strafkammer im Ergebnis zu Recht (auch) von der Bedeutungslosigkeit des Antrags ausgegangen ist (cc).

#### *(aa) Zur Zulässigkeit der Beweiserhebung durch Vernehmung des Verteidigers als Zeugen*

[13] Der Verteidiger hat gemäß § 53 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 StPO für ihm in dieser Eigenschaft anvertraute oder bekannt gewordene Tatsachen ein Zeugnisverweigerungsrecht. Es entfällt, wenn er von seiner Schweigepflicht entbunden wurde, § 53 Abs. 2 Satz 1 StPO. Dies zeigt ohne weiteres, dass ein Verteidiger grundsätzlich Zeuge sein kann, und zwar auch in dem Verfahren, in dem er den Angeklagten verteidigt (vgl. die

Nachw. bei Beulke/Ruhmannseder aaO Fußn. 23, 26). Der Senat neigt nicht zu der Auffassung, dass hiervon, wie die Strafkammer im Anschluss an einen nicht tragenden Hinweis ("obiter dictum") in der genannten Entscheidung des 5. Strafsenats meint, eine Ausnahme gilt, wenn sich die Aussage des Verteidigers auf den "Kernbereich" der Verteidigung beziehen soll. Was im Einzelnen zu diesem Kernbereich zählt - also z.B. hier die (sicher der Schweigepflicht unterfallende) Erkenntnis des Verteidigers, dass der Angeklagte ihn zunächst nicht vom Haftrichter unterscheiden konnte - kann dabei offen bleiben. Das gesamte Verhältnis zwischen Verteidiger und Mandant ist durch § 53 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 StPO, flankiert durch § 203 Abs. 1 Nr. 3 StGB, davor geschützt, dass der Verteidiger gegen den Willen des Mandanten über in diesem Zusammenhang von ihm gewonnene Erkenntnisse als Zeuge aussagen muss ("besonders geschützter Freiraum", Beulke/Ruhmannseder aaO, 286). Daraus folgt aber nicht, dass der Angeklagte, der sich von einer solchen Aussage Wesentliches für seine Verteidigung verspricht, nicht wirksam auf diesen Schutz verzichten darf, indem er den Verteidiger von seiner Schweigepflicht befreit. Der Senat hat bereits ausgesprochen, dass es sogar im Falle einer Beweisgewinnung unter Verletzung von Schutzrechten des Angeklagten - abgehörtes Selbstgespräch in einem Krankenzimmer - "schwerlich vorstellbar" erscheine, "dem Angeklagten 'zum Schutze seiner Menschenwürde' zu verbieten, diese Information zum Inbegriff der Hauptverhandlung zu machen" (BGHSt 50, 206, 215; vgl. hierzu auch Roxin/Schäfer/Widmaier StV 2006, 655, 656; vgl. auch Nack StraFo 1998, 366 ff.). Zur Möglichkeit eines Angeklagten, sich zu seiner Entlastung der - aus anderen Gründen freilich ungeeigneten - Kontrolle durch einen "Lügendetektor" zu unterwerfen, hat der Senat ausgeführt, dass ihm dies bei differenzierender, auf sein Einverständnis abstellender Sichtweise nicht mit dem Hinweis auf gebotenen Schutz seiner Persönlichkeitsrechte versagt werden kann (BGHSt 44, 308, 317 m.w.N.). An diesen Maßstäben gemessen kann die vom Angeklagten mit dem Ziel seiner Entlastung gewünschte Zeugenvernehmung seines Verteidigers, deren Grundlage - Befreiung von der Schweigepflicht - im Gesetz vorgesehen ist (§ 53 Abs. 2 Satz 1 StPO) und die er nach seinem Belieben herbeiführen kann, schwerlich wegen gebotenen Schutzes der Verteidigungsinteressen unzulässig sein. Unabhängig davon erscheint auch fraglich, ob hier eigene Erläuterungen des Angeklagten zum Zusammenwirken seines psychischen Zustands und seiner Äußerungen gegenüber dem Verteidiger und eine Verteidigererklärung ein ausreichender Ersatz wären (zu Bedenken gegen diese in BGH StV 2008, 284, 285 erwogene Möglichkeit vgl. auch Beulke/Ruhmannseder aaO, 287).

*(bb) Zur hinreichenden Konkretisierung des Beweis-antrags*

[14] Der Beweis Antrag ist auch genügend konkretisiert. Die Behauptung, der Angeklagte habe bei der Haftbefehlseröffnung den Verteidiger mit dem Richter verwechselt, ist eine Tatsachenbehauptung. Bei sinnreicher Auslegung enthält sie die Behauptung entsprechender Äußerungen des Angeklagten. Wie der Verteidiger auf anderem Wege zu der Annahme einer solchen Verwechslung gelangt sein könnte, ist nicht leicht vorstellbar. Unabhängig davon ist der Antrag auch im Blick auf eine schlagwortartige Verkürzung des Beweisthemas ausreichend; unter diesem Blickwinkel hat der Bundesgerichtshof etwa die Behauptung einer "Anstiftung" des Angeklagten durch einen Dritten (BGHSt 1, 137, 138), die Behauptung, Zeugen hätten bei der Polizei "nicht die Wahrheit gesagt" (BGHSt 39, 141, 143 f.), oder die Behauptung, ein Zeuge leide unter einer "krankheitsbedingten Alkoholabhängigkeit mit Persönlichkeitsdeformation" (NSTZ 2008, 52, 53) als für Beweis anträge hinreichende Tatsachenbehauptungen anerkannt. Hieran gemessen ist auch die behauptete Verwechslung als genügende Tatsachenbehauptung für einen Beweis Antrag anzusehen, ebenso die im zweiten Teil des Beweis antrags behauptete hochgradige Erregung des Angeklagten.

*(cc) Zur Bedeutungslosigkeit der beantragten Beweiserhebung*

[15] Die Rüge bleibt gleichwohl erfolglos, weil die Strafkammer den Antrag auch der Sache nach im letzten Teil ihres Beschlusses mit tragfähigen Erwägungen als bedeutungslos zurückgewiesen hat. Der Grundsatz, dass die Ablehnung eines Beweis antrags nicht auf mehrere, insbesondere sich gegenseitig ausschließende Gründe gestützt werden kann (BGH NSTZ 2004, 51 <dort war der Antrag zugleich als "ins Blaue" gestellt, als bedeutungslos und wegen Wahrunterstellung abgelehnt worden>; Fischer in KK 6. Aufl. § 244 Rdn. 120), ist hier nicht einschlägig. Die Möglichkeit, einen Antrag schon aus formalen Gründen - hier: generelle Unzulässigkeit der Beweiserhebung sowie unzulänglicher Tatsachenvortrag - zurückzuweisen, steht nicht in innerem Widerspruch zu der Erwägung, der Antrag bliebe (hier: wegen Bedeutungslosigkeit) selbst dann erfolglos, wenn die genannten formalen Mängel nicht vorlägen, die Beweiserhebung also generell zulässig und das Vorbringen genügend tatsachenfundiert wäre. Die Informationsfunktion des Ablehnungsbeschlusses gemäß § 244 Abs. 6 StPO (vgl. Fischer aaO Rdn. 119) wird - anders als bei unterschiedlichen sachlichen Ablehnungsgründen - durch solche "gestuften" Ablehnungsgründe nicht eingeschränkt, sondern erweitert.

[16] Im Übrigen hat die Strafkammer allerdings im Ansatz mit der Erwägung, auch bei einem zulässigen

Beweis Antrag sei es kein Gebot der Aufklärungspflicht, diesem nachzugehen, verschiedene Gesichtspunkte vermengt: Allerdings kann auch ein unzulässiger Beweis Antrag nach Maßgabe der Aufklärungspflicht (§ 244 Abs. 2 StPO) zur Notwendigkeit weiterer Beweiserhebungen führen (vgl. BGH NSTZ 2008, 52); liegt jedoch ein in jeder Hinsicht zulässiger Beweis Antrag vor, richtet sich seine Verbescheidung nicht nach der Aufklärungspflicht, sondern er kann nur nach Maßgabe von § 244 Abs. 3 Satz 2, Abs. 4 oder Abs. 5 StPO abgelehnt werden. Der aufgezeigte Mangel im Prüf ansatz gefährdet unter den hier gegebenen Umständen den Bestand des Urteils allerdings nicht. Die Strafkammer geht zu Recht davon aus, dass der Beweis Antrag Anknüpfungspunkte für die Schuldfähigkeitsbeurteilung erbringen sollte. Wenn, so die Strafkammer nach sachverständiger Beratung, auch im Falle des Gelingens des Beweises solche Anhaltspunkte nicht zu erwarten sind, führt dies unterschiedslos zugleich dazu, dass sich die Strafkammer zur Erhebung dieser Beweise nicht gedrängt sehen muss und dass die Beweiserhebung für die Entscheidung ohne Bedeutung ist. Ein aus anderen Gründen rechtsfehlerhafter Prüfungsmaßstab ist nicht zu erkennen. Die Strafkammer folgt dem Sachverständigen dahin, dass die genannten Beweis behauptungen, ihre Erweislichkeit unterstellt, keinen Anhaltspunkt für einen "relevanten" Affekt erkennen lassen. Entgegen der Auffassung der Revision ergibt sich daraus keine rechtsfehlerhafte "Beweislastverteilung". Tatsachen, die keinen Anhaltspunkt für eine bestimmte Schlussfolgerung ergeben, können auch nicht nach Maßgabe des Zweifelssatzes die wesentliche Grundlage für die Annahme sein, diese Schlussfolgerung sei nicht auszuschließen.

*2. Zur Schuldfähigkeit des Angeklagten*

[17] In der Sache hält die Annahme uneingeschränkter Schuldfähigkeit auch unter Berücksichtigung des gesamten hiergegen gerichteten Revisionsvorbringens - im Zusammenhang mit den Angriffen gegen die Annahme von Bedeutungslosigkeit des Beweis antrags ebenso wie zur Begründung der Sachrüge - insgesamt der rechtlichen Überprüfung Stand. Zusammenfassend und ergänzend zu den zutreffenden Ausführungen des Generalbundesanwalts bemerkt der Senat insoweit: Die Strafkammer hat nach sachverständiger Beratung in ihre Erwägungen zur Schuldfähigkeit alle wesentlichen Gesichtspunkte einbezogen. Sie hat dabei die generell sich konflikthaft zuspitzende Täter-Opfer-Beziehung ebenso erwogen wie die Persönlichkeitsstruktur des Angeklagten und die "grundsätzlich ... affektbegünstigende Ausgangssituation" (Schüsse am Morgen) sowie die Feststellungen zum Vor- und Nachtatverhalten. Wenn sie im Ergebnis dem zeitlichen Abstand zwischen Schüssen und Tat von fast neun Stun-

den - in denen sich der Angeklagte unauffällig verhielt -, der Tatvorbereitung - der Angeklagte nahm erst das Bajonett und ging dann durch das Haus in ein anderes Stockwerk zur Wohnung des Bruders - und dem Nachtatverhalten - er billigte seine Tat und ermahnte einen Mieter zu weiterer Vertragstreue - maßgebliches Gewicht beimisst und einen die volle Schuldfähigkeit in Frage stellenden Affekt verneint, so überschreitet sie damit nicht die dem Tatrichter bei der Beweiswürdigung gezogenen Grenzen. Bei dem Revisionsvorbringen handelt es sich letztlich um den im Revisionsverfahren unbehelflichen Versuch, eine rechtsfehlerfreie tatrichterliche Beweiswürdigung durch eine eigene zu ersetzen. Soweit die Revision erwägt, es deute auf nur eingeschränkte Schuldfähigkeit hin, dass der Angeklagte selbst die Polizei rief, kann dies schon im Ansatz die Möglichkeit einer lückenhaften Prüfung durch die Strafkammer nicht verdeutlichen. Die alsbaldige Übernahme von Verantwortung für eine Tat ist offenbar keine Grundlage für die Annahme, der Täter habe bei der Tat nicht voll verantwortlich gehandelt, wie dies etwa bei einer spontan und abrupt begangenen Tat ohne Schutz vor Entdeckung der Fall sein kann (sog. "fehlende Sicherheitstendenz", vgl. hierzu BGH NStZ 2005, 149 f. m.w.N.). Der Senat teilt auch nicht die Auffassung, gegen die von der Strafkammer als Beleg uneingeschränkter Schuldfähigkeit bewertete Erhaltung der "Introspektionsfähigkeit" des Angeklagten nach der Tat spreche, dass er keine genauen Angaben zu den Verletzungen und deren Todesursächlichkeit machen konnte. Ob der entsprechende Hinweis der Strafkammer überhaupt ergeben soll, dass die Polizei alsbald nach der Tat Details zur Todesursache vom Angeklagten wissen wollte, liegt eher fern. Welche Verletzungen genau durch ins Körperinnere gerichtete Stiche dort eingetreten sind - ob und wie stark also etwa Kleinhirn, Lunge oder Wirbelsäulenarterie getroffen waren - und welche der Stiche letztlich tödlich waren, kann nämlich offensichtlich niemand allein durch äußerliches Betrachten der Leiche erkennen. Nach alledem ist die Strafkammer ohne Rechtsfehler davon ausgegangen, dass am Tattage selbst tragfähige Indizien für einen schuld mindernden oder

sonst bedeutsamen Affekt nicht erkennbar nach außen getreten sind. Auf dieser Grundlage ist es nicht zu beanstanden, dass sie es abgelehnt hat, aus den im Beweis antrag genannten Erkenntnissen, die wesentlich später angefallen sein sollen, auch bei deren Erweislichkeit gegenteilige Schlüsse zu ziehen.

### 3. Zum Ausnutzungsbewusstseins des Angeklagten

[18] Die Strafkammer begründet ihre Annahme, der Angeklagte habe die für die Bewertung der Tat als heimtückisch wesentlichen Elemente in sein Bewusstsein aufgenommen („Ausnutzungsbewusstsein“) damit, dass eine Ausnahmesituation, wie sie bei Tatbegehung im Rahmen eines affektiven Durchbruchs gegeben sein kann, nicht vorlag. Dies ist nicht zu beanstanden. Bei erhaltener Einsichtsfähigkeit - anderes ist hier nicht ersichtlich - ist die Fähigkeit des Täters, die Tatsituation in ihrem Bedeutungsgehalt für das Opfer realistisch wahrzunehmen und einzuschätzen, regelmäßig nicht beeinträchtigt (BGH, Urt. vom 27. Februar 2008 - 2 StR 603/07; aus forensisch-psychiatrischer Sicht ebenso Dannhorn NStZ 2007, 297, 299). Selbst die Annahme einer affektbedingt erheblich verminderten Schuldfähigkeit könnte für sich genommen die Verneinung des Ausnutzungsbewusstseins nicht tragen (BGH aaO; NStZ 2003, 535; vgl. auch BGH NStZ-RR 2000, 166). Unter welchen - jedenfalls besonderen - konkreten Umständen des Einzelfalles die Möglichkeit affektbedingt fehlenden Ausnutzungsbewusstseins bei voll erhaltener Schuldfähigkeit (vgl. BGHSt 6, 329, 332) in Betracht kommen kann, kann hier offen bleiben. Die Strafkammer hat jedenfalls, nicht zuletzt gestützt auf ihre Feststellungen zum Vor- und Nachtatverhalten, keine Anhaltspunkte für derartige Besonderheiten feststellen können, ohne dass ihr dabei Rechtsfehler unterlaufen wären. Daher brauchte sie die von ihr im Grundsatz gesehene genannte Ausnahmemöglichkeit auch nicht breiter als geschehen zu erörtern.

[19] Auch sonst enthält das Urteil keinen Rechtsfehler zum Nachteil des Angeklagten.



*Urteile in Fallstruktur***Standort: Öffentliches Recht****Problem: Beanstandung von Hebesätzen**

OVG MÜNSTER, BESCHLUSS VOM 22.07.2009  
15 A 2324/07 (NWVBL 2010, 34)

**Problemdarstellung:**

Im vorliegenden Fall ging es um die Frage, ob die Aufsichtsbehörde einer Gemeinde die Höhe der Hebesätze für Grund- und Gewerbesteuer vorschreiben kann. Konkret hatte eine Gemeinde, die seit Jahren entgegen den Vorschriften der Gemeindeordnung keinen ausgeglichenen Haushalt vorweisen konnte, ihre ohnehin schon niedrige Grund- und Gewerbesteuer noch weiter gesenkt. Die Aufsichtsbehörde hatte den entsprechenden Ratsbeschluss zunächst beanstandet und später aufgehoben. Gegen letzteres klagte die Gemeinde.

A. Prozessual handelt es sich um eine Anfechtungsklage. Eingriffe in die Selbstverwaltungsautonomie einer Gemeinde i.S.d. Art. 28 II GG entfalten Außenwirkung, sind also belastende Verwaltungsakte. Hier lag ein Eingriff in die Finanzhoheit vor; selbige stellt einen elementaren Bestandteil der Selbstverwaltungsautonomie dar.

B. Materiell war fraglich, ob die gemeindliche Pflicht zur Führung eines ausgeglichenen Haushalts eine steuerrechtliche Regelung darstellt. Wäre dies der Fall, könnte sie in der Gemeindeordnung nicht geregelt werden, weil der Bund die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz für Steuern aus Art. 105 II GG hat und von dieser in §§ 106 ff. GG abschließend Gebrauch gemacht hat mit der Folge, dass für das Land keine Lücke i.S.d. Art. 72 I GG verbleibt. Jedoch meint das OVG Münster, haushaltsrechtliche Fragen betreffen allenfalls mittelbar das Steuerrecht, vorrangig jedoch das Kommunalrecht, für das den Ländern die originäre Kompetenz aus Art. 70 I GG zusteht.

Ferner sei durch die Pflicht zur Führung eines ausgeglichenen Haushalts zwar die Finanzhoheit der Gemeinden betroffen, nicht aber der unantastbare Kernbereich derselben, sodass ein materieller Verfassungsverstoß gegen Art. 28 II GG nicht festgestellt werden könne. Außerhalb des Kernbereichs sichere Art. 28 II GG den Gemeinden die Selbstverwaltung nämlich nur "im Rahmen der Gesetze" zu; es sei also nicht zu beanstanden, dass die Gemeindeordnung - ein Paragrafen-Gesetz - sie einschränke, sofern die Einschränkung ihrerseits verhältnismäßig sei (hier für die Pflicht zur Führung eines ausgeglichenen Haushalts bejaht).

**Prüfungsrelevanz:**

Der Fall beinhaltet eine schöne Kombination aus prozessualen und materiellen Problemen, wobei letztere wiederum das Verwaltungs- und Verfassungsrecht betreffen. Solche Klausuren erfreuen sich im Examen besonderer Beliebtheit.

Der Fall ist nachstehend nach Landesrecht NRW gelöst. Seit der für den vorliegenden Fall maßgeblichen Fassung (2005) hat sich die Gemeindeordnung NRW (im Folgenden: GO NRW) geringfügig geändert, ohne dass dies jedoch inhaltliche Auswirkungen auf die Falllösung hätte. Die Gemeindeordnungen der anderen Bundesländer enthalten vergleichbare Regelungen zur Haushaltsführung. Auch sehen alle Gemeindeordnungen eine Rechtsaufsicht über die Gemeinden vor. Insofern lässt sich der Fall also gut übertragen. Vor allem im aufsichtsrechtlichen Procedere gibt es aber z.T. deutliche Unterschiede.

**Vertiefungshinweise:**

- Zur Pflicht der Gemeinden zur Erhebung von Gewerbesteuer: *Selmer/Hummel*, NVwZ 2006, 14
- Verzicht auf Selbstverwaltung: *BVerwG*, RA 2009, 703 = NVwZ 2009, 1305
- Schutzbereich der Selbstverwaltungsautonomie: *BVerfG*, RA 1999, 59 = NVwZ 1999, 520; *OVG Berlin*, RA 1999, 61 = NVwZ 1999, 95

**Kursprogramm:**

- Examenskurs*: "Frauenpower"
- Examenskurs*: "Unter den Wolken"

**Sachverhalt:**

Die Klägerin (Kl.), eine kreisangehörige Gemeinde in NRW, verfügt seit 1999 weder über einen ausgeglichenen Haushalt noch über ein genehmigtes Haushaltssicherungskonzept, sondern befindet sich im Zustand vorläufiger Haushaltsführung. Im Jahre 2003 setzte der beklagte Landrat (Bekl.) als zuständige Kommunalaufsichtsbehörde im Wege der Ersatzvornahme die Hebesätze für die Realsteuern fest, und zwar 391 v. H. des Steuermessbetrages für die Grundsteuer und 413 v. H. des Steuermessbetrages für die Gewerbesteuer.

Durch Beschluss des Rates der Kl. vom 5. Juli 2005 wurden die Hebesätze für das Haushaltsjahr 2005 ge-

senkt, und zwar für die Grundsteuer auf 350 v. H. und für die Gewerbesteuer auf 400 v. H. Nach Beanstandung des Beschlusses durch den Bürgermeister und Beschluss des Rates, den beanstandeten Beschluss nicht aufzuheben, hob der Bekl. durch Verfügung vom 23. Dezember 2005 den Beschluss des Rates vom 5. Juli 2005 auf. Zur Begründung führte er aus, die Kl. verstoße seit Jahren gegen ihre Pflicht, einen ausgeglichenen Haushalt aufzustellen. Durch die Senkung der Hebesteuersätze werde die Schiefelage noch gravierender, zumal bereits die alten Hebesätze unter dem Landesdurchschnitt lägen. Das vom Rat der Kl. nunmehr beschlossene Niveau sei im Landesdurchschnitt zuletzt 1992 (Gewerbesteuer) bzw. 1994 (Grundsteuer) erreicht worden. Für 2005 wären die von der Klägerin beschlossenen Hebesätze im ganzen Kreis die niedrigsten.

Die Kl. hingegen meint, ihr Selbstverwaltungsrecht umfasse auch die Entscheidung über die Höhe der Hebesätze. Dies ergebe sich ferner schon aus Art. 106 VI 2 GG, so dass der Bekl. schon aus kompetenzrechtlichen Gründen keine Mindesthebesätze vorschreiben könne. Für diese bundesrechtliche Sperre sei die Haushaltslage der jeweiligen Gemeinde unerheblich. Dass die neu festgesetzten Werte unter denen der Nachbargemeinden lägen, sei im Übrigen gerade Sinn der Sache, weil man sich davon die Neuansiedlung von Gewerben und den Zuzug von Menschen verspreche. Außerdem sei die Belastung der Bürger mit anderen Abgaben schon sehr hoch.

Wie wird das VG über die Klage der Kl. gegen die Verfügung des Bekl. vom 23. Dezember 2005 entscheiden?

[Anm.: Auszug aus der GO NRW in der für den vorliegenden Fall geltenden Fassung:

#### § 10: Wirtschaftsführung

*Die Gemeinden haben ihr Vermögen und ihre Einkünfte so zu verwalten, dass die Gemeindefinanzen gesund bleiben. Auf die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der Abgabepflichtigen ist Rücksicht zu nehmen*

#### § 75: Allgemeine Haushaltsgrundsätze

*(1) Die Gemeinde hat ihre Haushaltswirtschaft so zu planen und so zu führen, dass die stetige Erfüllung ihrer Aufgaben gesichert ist. Dabei ist den Erfordernissen des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts Rechnung zu tragen.*

*(2) Die Haushaltswirtschaft ist sparsam und wirtschaftlich zu führen.*

*(3) Der Haushalt muss in jedem Jahr ausgeglichen sein.*

*(4) Kann der Haushaltsausgleich nicht erreicht werden, ist ein Haushaltssicherungskonzept für den Ver-*

*waltungs- und Vermögenshaushalt aufzustellen und darin der Zeitpunkt zu bestimmen, bis zu dem der Haushaltsausgleich wieder erreicht wird. Der Haushaltsausgleich ist zum nächstmöglichen Zeitpunkt wiederherzustellen.*

#### § 122: Beanstandungs- und Aufhebungsrecht

*(1) Die Aufsichtsbehörde kann den Bürgermeister anweisen, Beschlüsse des Rates und der Ausschüsse, die das geltende Recht verletzen, zu beanstanden (§ 54 Abs. 2 und 3). Sie kann solche Beschlüsse nach vorheriger Beanstandung durch den Bürgermeister und nochmaliger Beratung im Rat oder Ausschuss aufheben.]*

#### Lösung:

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

#### A. Zulässigkeit

##### I. Verwaltungsrechtsweg

Die Klage ist vor dem zuständigen Verwaltungsgericht zulässig, wenn der Verwaltungsrechtsweg eröffnet ist. Gemäß § 40 I 1 VwGO ist dies in allen öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten nichtverfassungsrechtlicher Art der Fall, wenn keine abdrängende Sonderzuweisung besteht.

Eine Streitigkeit ist öffentlich-rechtlich, wenn die streitentscheidenden Normen dem öffentlichen Recht zuzuordnen sind. Das ist dann nach der modifizierten Subjektstheorie der Fall, wenn sie ausschließlich einen Hoheitsträger als solchen berechtigen oder verpflichten. Die Kl. will vorliegend eine Verfügung des beklagten Landrats gerichtlich überprüfen lassen, mit der dieser einen Ratsbeschluss aufgehoben hat. Als streitentscheidende Norm kommt hierfür nur § 122 I 2 GO NRW in Betracht, der ausschließlich die Aufsichtsbehörde und damit einen Träger hoheitlicher Gewalt in eben dieser Eigenschaft berechtigt. § 122 I 2 GO NRW und damit auch die hier bestehende Streitigkeit sind somit dem öffentlichen Recht zuzuordnen. Zudem streiten weder Verfassungsorgane, noch geht es um verfassungsrechtliche Rechte oder Pflichten, so dass die Streitigkeit auch nichtverfassungsrechtlicher Art ist. Abdrängende Sonderzuweisungen sind ebenfalls nicht ersichtlich. Der Verwaltungsrechtsweg ist eröffnet.

##### II. Statthafte Klageart

Die statthafte Klageart richtet sich gem. § 88 VwGO nach dem Begehren des Klägers. Die Kl. wendet sich gegen die Aufhebung des Ratsbeschlusses vom 5. Juli 2005, mit welchem sie die Hebesätze für Grund- und Gewerbesteuer gesenkt hat.

Bei der Aufhebungsverfügung könnte es sich um einen

Verwaltungsakt handeln, dessen Aufhebung mit der Anfechtungsklage gem. § 42 I, 1. Fall VwGO erreicht werden kann. Fraglich ist jedoch, ob die Verfügung Außenwirkung i.S.d. § 35 S. 1 VwVfG NRW entfaltet, oder ob es sich lediglich um eine staatsinterne Maßnahme handelte. Außenwirkung ist anzunehmen, wenn die beabsichtigten Rechtsfolgen gegenüber einer außerhalb der Verwaltung stehenden natürlichen oder juristischen Person eintreten sollen, indem insbesondere deren Rechtsposition erweitert, eingeschränkt oder sonst regelnd in sie eingegriffen wird.

Soweit ihr Selbstverwaltungsrecht aus Art. 28 II 1 GG, Art. 78 I, II LVerf NRW betroffen ist, treten die Gemeinden der Aufsichtsbehörde nicht staatsintern, sondern als eigenständige Rechtsträger in einer dem Bürger vergleichbaren Weise gegenüber. Soweit die Selbstverwaltungshoheit einer Gemeinde tangiert wird, haben aufsichtsrechtliche Maßnahmen ihr gegenüber daher auch Außenwirkung (allg.M., vgl. nur Schoch, JURA 2006, 188 [195]).

Die Festsetzung der Hebesätze ist Teil der Finanzhoheit der Kl., welche ihrerseits eine zentrale Säule ihrer kommunalen Selbstverwaltungsautonomie bildet. Die Aufhebung des Ratsbeschlusses vom 5. Juli 2005 greift in diesen Rechtskreis ein und entfaltet damit Außenwirkung. Somit handelte es sich um einen Verwaltungsakt. Damit ist die Anfechtungsklage nach § 42 I 1. Fall VwGO statthaft.

### III. Klagebefugnis

Die Kl. müsste gem. § 42 II VwGO klagebefugt sein, d.h. geltend machen, durch den Verwaltungsakt in ihren Rechten verletzt zu sein. Hierzu genügt es schon, wenn nach den substantiierten Behauptungen der Kl. zumindest die Möglichkeit besteht, dass sie durch den angefochtenen Verwaltungsakt in ihren Rechten verletzt ist (vgl. BVerwGE 18, 154 [157]; 44, 1 [3]; 60, 154 [157f.]; Schlette, JURA 2004, 90 [92]). Es erscheint nicht von vornherein ausgeschlossen, dass die Kl. durch die Aufhebungsverfügung des Bekl. in ihrem Selbstverwaltungsrecht aus Art. 28 II GG, 78 I, II Verf NRW in Gestalt ihrer Finanzhoheit verletzt ist. Folglich ist sie gem. § 42 II VwGO klagebefugt.

### IV. Vorverfahren

Die Durchführung eines Vorverfahrens ist hier unterblieben, bei der Anfechtung kommunalaufsichtsrechtlicher Maßnahmen jedoch auch nach § 126 GO NRW i.V.m. § 68 I 2, 1. Hs. VwGO entbehrlich.

[Anm.: Zu diesem Ergebnis käme man nach aktuellem Landesrecht NRW übrigens auch bei Anwendung des § 6 I AG VwGO NRW, welcher seit dem 1. November 2007 generell ein Vorverfahren in NRW entbehrlich macht. Auf diesen Fall, welcher im Jahre 2005 spielt, ist § 6 I AG VwGO NRW n.F. jedoch nicht anwend-

bar.]

### V. Klagefrist

Gemäß § 74 I 2 VwGO müsste die Kl. die Klage innerhalb eines Monats nach Bekanntgabe der Aufhebungsverfügung erhoben haben. Gegenteiliges lässt sich dem Sachverhalt nicht entnehmen, so dass die Klagefrist gewahrt wurde.

### VI. Klagegegner

Die Klage ist gem. § 78 I Nr. 2 VwGO i.V.m. § 5 II 1 AG VwGO NRW gegen die handelnde Behörde zu richten, hier also gegen den Landrat.

### VII. Beteiligten- und Prozessfähigkeit

Die Kl. ist als Gebietskörperschaft (vgl. § 1 II GO NRW) gem. § 61 Nr. 1, 2. Fall VwGO beteiligtenfähig, der Bekl. als Behörde gem. § 61 Nr. 3 VwGO i.V.m. § 5 I AGVwGO NRW. Die Prozessfähigkeit der Parteien ergibt sich jeweils aus § 62 III VwGO.

Die Klage ist damit zulässig.

### B. Begründetheit

Die Klage ist begründet, soweit der angefochtene Verwaltungsakt rechtswidrig ist und die Kl. in ihren Rechten verletzt, § 113 I 1 VwGO. Fraglich ist also zunächst die Rechtswidrigkeit der angefochtenen Aufhebungsverfügung vom 23. Dezember 2005. Rechtmäßig wäre sie, wenn sie auf einer wirksamen Ermächtigungsgrundlage beruhte und diese in formeller und materieller Hinsicht ordnungsgemäß angewendet worden wäre. Rechtswidrig wäre sie mithin, wenn es an einer dieser Voraussetzungen fehlte.

#### I. Ermächtigungsgrundlage

Als Ermächtigungsgrundlage kommt hier nur § 122 I 2 GO NRW in Betracht. Danach kann die Aufsichtsbehörde Beschlüsse des Rates, die das geltende Recht verletzen, nach vorheriger Beanstandung durch den Bürgermeister und nochmaliger Beratung im Rat aufheben.

Fraglich ist, ob diese Norm hier anwendbar ist. Dem könnte Art. 106 VI 2 GG entgegen stehen. Dazu das OVG Münster:

“Auch Art. 106 VI 2 GG, wonach den Gemeinden das Recht einzuräumen ist, die Hebesätze der Grundsteuer und Gewerbesteuer im Rahmen der Gesetze festzusetzen, [steht] der angefochtenen Verfügung nicht entgegen. Richtig ist, dass die genannten Vorschriften landessteuerrechtliche Vorschriften verbieten, die das Recht zur Bestimmung des Hebesatzes ganz oder teilweise von den Gemeinden auf das Land verschieben. Das tut § 122 I 2 GO NRW auch nicht, der lediglich zur Aufhebung rechtswidriger Ratsbeschlüsse ermächtigt.”

## II. Formelle Rechtmäßigkeit

In formeller Hinsicht müsste die zuständige Behörde nach ordnungsgemäßigem Verfahren in der richtigen Form gehandelt haben.

### 1. Zuständigkeit

Laut Sachverhalt hat der Landrat als zuständige Aufsichtsbehörde gehandelt.

[Anm.: Diese Zuständigkeit ergibt sich im Landesrecht NRW aus § 120 I, 1. Hs. GO NRW, da die Kl. eine kreisangehörige Stadt ist.]

### 2. Verfahren

Gemäß § 122 I 2 GO NRW darf ein Ratsbeschluss durch den Landrat erst dann aufgehoben werden, wenn dieser zuvor durch den Bürgermeister beanstandet und nochmals im Rat beraten wurde. Der Bürgermeister hat den Ratsbeschluss weisungsgemäß beanstandet, woraufhin eine erneute Beratung des Rates stattgefunden hat. Das Verfahren nach § 122 I 2 GO NRW ist damit eingehalten worden.

Fraglich ist, ob darüber hinaus gem. § 28 VwVfG NRW hätte angehört werden müssen. Überwiegend wird die Regelung des § 122 I GO NRW jedoch als abschließende Sonderregelung betrachtet, die gem. § 1 I VwVfG NRW der Bestimmung des § 28 I VwVfG NRW vorgeht und eine separate Anhörung entbehrlich macht (vgl. Grawert, NWVBl. 1997, 235 [237]; Kallerhoff, NWVBl. 1996, 53 [55]). Selbst wenn man jedoch die Anwendbarkeit des § 28 I VwVfG NRW bejahen würde, läge hier kein Verstoß gegen diese Bestimmung vor. § 28 I VwVfG NRW verlangt nämlich nur, dass dem Beteiligten vor Erlass eines belastenden Verwaltungsakts Gelegenheit gegeben wird, sich zu den für die Entscheidung erheblichen Tatsachen zu äußern (vgl. Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, § 28 Rn. 1). Dem wurde mit der Durchführung des Beanstandungsverfahrens, das dem Rat die Möglichkeit gibt, seinen Beschluss neu zu beraten und ihn zu korrigieren, genügt. Der Streit um die Anwendbarkeit des § 28 VwVfG NRW ist also bei ordnungsgemäßer Durchführung des Aufhebungsverfahrens nach § 122 I GO NRW rein akademischer Natur (vgl. Ehlers, JURRA 1987, 480 [483]). Ein Verstoß gegen § 28 I VwVfG NRW liegt somit auch nicht vor.

### 3. Form

Für die Aufhebungsverfügung schreibt § 122 I 2 GO NRW keine besondere Form vor. Die Maßnahme des Landrats war damit insgesamt formell rechtmäßig.

## III. Materielle Rechtmäßigkeit

In materieller Hinsicht müsste der Tatbestand der Ermächtigungsgrundlage erfüllt und die richtige Rechtsfolge getroffen worden sein.

## 1. Tatbestand

Als Tatbestandsmerkmal schreibt § 122 I 2 GO NRW allein einen rechtswidrigen Ratsbeschluss vor. Fraglich ist hier also, ob der Beschluss des Rates der Kl. vom 5. Juli 2005, mit welchem sie die Hebesätze für das Haushaltsjahr 2005 gesenkt hatte, rechtswidrig war. Nach dem Vorbehalt des Gesetzes aus Art. 20 III GG wäre dies der Fall, wenn und soweit er gegen das Gesetz verstoßen hat.

### a. Verstoß des Ratsbeschlusses gegen § 75 GO NRW

In Betracht kommt hier ein Verstoß gegen § 75 GO NRW. Danach hat die Gemeinde ihre Haushaltswirtschaft so zu planen und so zu führen, dass die stetige Erfüllung ihrer Aufgaben gesichert ist (Abs. 1), also sparsam und wirtschaftlich (Abs. 2). Der Haushalt muss in jedem Jahr ausgeglichen sein (Abs. 3).

### aa. Wirksamkeit

Fraglich ist allerdings schon, ob diese Norm ihrerseits wirksam ist. Die Kl. meint, aus ihrer Selbstverwaltungsautonomie und aus Art. 106 VI 2 GG sei ihr allein das Recht zugewiesen, die Hebesätze für Grund- und Gewerbesteuer festzusetzen. In der Sache rügt sie damit, der dieses Recht beschneidende § 75 III GO NRW sei verfassungswidrig.

### (1). Formell

In formeller Hinsicht ist die Gesetzgebungskompetenz des Landes zweifelhaft. Für das Realsteuerrecht liegt diese über Art. 105 II GG i.V.m. Art. 106 VI 2 GG nämlich beim Bund. Das OVG Münster geht auf diese Frage ausführlich ein, stuft § 75 III GO NRW i.E. aber nicht als steuerliche, sondern als haushaltsrechtliche Regelung ein:

“[Eine Verfassungswidrigkeit des § 75 III GG] wäre nur dann [gegeben], wenn die Vorschrift bei der hier gefundenen Auslegung eine realsteuerliche Vorschrift wäre, die Regelungen über die Bestimmung der Hebesätze enthielte. Insoweit besteht nämlich keine Landesgesetzgebungskompetenz, da der Bund durch die Realsteuergesetze von seiner Gesetzgebungszuständigkeit nach Art. 105 II GG Gebrauch gemacht hat und damit die Landesgesetzgebungskompetenz entfällt (Art. 72 I GG). Art. 75 III GO NRW a. F. beruht aber nicht auf der Gesetzgebungskompetenz für das Realsteuerrecht, sondern auf der Gesetzgebungskompetenz für das Kommunalrecht, insbesondere Kommunalhaushaltsrecht, die den Ländern zusteht (Art. 70 I GG). Die kompetenzielle Zuordnung eines Gesetzes bemisst sich danach, ob der Gegenstand eines Gesetzes seinem Hauptzweck nach, seinem Kern nach unter einen bestimmten Kompetenztitel fällt (vgl. Jaras/Pieroth, GG, 10. Aufl., Art. 70 Rn 7 f.; v. Mangoldt/Klein/Pestalozza, GG, Bd. 8, 3. Aufl., Art. 70, Rn. 70; Stettner in: Dreier, GG, Bd. 2, 2. Aufl., Supp-

lementum 2007, Art. 70, Rn. 35).

Hauptzweck und Kern des § 75 Abs. 3 GO NRW a. F. sind kommunalhaushaltsrechtlicher Natur. Die Vorschrift weist zwar auch Bezüge zum Realsteuerrecht insofern auf, als er - wie hier - unter bestimmten Voraussetzungen ein Verbot der Senkung der Realsteuerhebesätze enthält. Im Kern bleibt er aber haushaltsrechtlicher Natur, da er die Senkung der Hebesätze nur bei einer schweren Haushaltsnotlage verbietet. [...] Ob Mittel beschafft werden müssen, ist keine steuerliche, sondern eine haushaltsrechtliche Frage, die sich aus dem Erfordernis des Haushaltsausgleichs ergibt und insbesondere auch vom Ausgabeverhalten der Gemeinde abhängt [...]. Hier geht es [...] alleine darum, ob haushaltsrechtlich die Notwendigkeit besteht, auf eine Senkung der Realsteuerhebesätze zu verzichten, um das Haushaltsdefizit nicht noch größer werden und den notwendigen Haushaltsausgleich nicht in noch weitere Ferne rücken zu lassen. Es geht nicht darum, zwischen verschiedenen Abgabearten auszuwählen, welche gesenkt werden soll; es geht auch nicht darum, den Ermessensspielraum bei der Festsetzung der Realsteuerhebesätze auszufüllen."

## (2). Materiell

In materieller Hinsicht könnte ein Verstoß gegen die Selbstverwaltungsautonomie der Gemeinden aus Art. 28 II GG vorliegen. Das OVG hält § 75 III GG aber für vom Gesetzesvorbehalt des Art. 28 II 3 GG gedeckt, weil der unantastbare Kernbereich der Finanzhoheit nicht tangiert sei:

### (a). Eingriff in den Schutzbereich

"Zu diesem Recht gehört die Finanzhoheit der Gemeinden, die eine eigenverantwortliche Einnahmen- und Ausgabenwirtschaft gewährleistet (vgl. BVerfGE 71, 25 [36]; BVerwGE 127, 155, Rn. 21; 104, 60 [65 f.]; NVwZ 1998, 184 [185]; OVG NRW, NVwZ-RR 2005, 563 f.; NWVBl. 2002, 384 [385 f.]). Möglicherweise existiert mit Rücksicht auf Art. 28 Abs. 2 Satz 3 GG, der zu den vom Selbstverwaltungsrecht gewährleisteten Grundlagen der finanziellen Eigenverantwortung auch eine den Gemeinden mit Hebesatzrecht zustehende wirtschaftskraftbezogene Steuerquelle zählt, neben der Finanzhoheit eine eigenständige Hebesatzhoheit (vgl. BVerfGE 112, 216 [222]; Selmer/Hummel, NVwZ 2006, 14 [18 ff.])."

### (b). Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Gerechtfertigt ist ein Eingriff, wenn er von den Schranken gedeckt ist.

#### (aa). Schranken

"Das kommunale Selbstverwaltungsrecht ist aber nach Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG nur „im Rahmen der Gesetze“ gewährleistet."

#### (bb). Schranken-Schranken

Diese Gesetze finden ihrerseits eine verfassungsrechtliche Schranke im Kernbereich des Selbstverwaltungsrechts (vgl. BVerfGE 103, 332 [365 f.]; BVerwGE 112, 253, 255, 258), sowie im Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (vgl. BVerfGE 103, 332 [366 f.]).

Unter Anlegung dieser Maßstäbe verletzt es weder den Kernbereich der Finanzhoheit noch stellt es einen unverhältnismäßigen Eingriff in sie dar, wenn das Kommunalhaushaltsrecht die Gemeinden auf das Ziel eines ausgeglichenen Haushalts zum nächstmöglichen Zeitpunkt festlegt und eine mit diesem Ziel unvereinbare Senkung der Hebesätze verbietet. Die Finanzhoheit besteht auch darin, dass die Gemeinde sich in eigenverantwortlicher Regelung ihrer Finanzen auf die ihr obliegenden Verpflichtungen einstellt. Sie muss vor allem die Hebesätze nach realistischen Gesichtspunkten festsetzen. Die Gemeinden sind bei der Festsetzung der Hebesätze nicht völlig frei; es ist ihnen nicht gewährleistet, dass sie ihre Entscheidungen nur nach ihren Interessen und ohne Rücksicht auf ihre Verpflichtungen treffen können. Das Wesen der gemeindlichen Finanzhoheit besteht nicht darin, dass die Gemeinde frei schalten kann, sondern darin, dass sie verantwortlich disponiert und bei ihren Maßnahmen auch ihre Stellung innerhalb der Selbstverwaltung des modernen Verwaltungsstaates in Betracht zieht (vgl. BVerfGE 23, 353 [369, 37])."

#### bb. Verstoß

Ist nach alledem § 75 III GG formell und materiell verfassungsgemäß und damit wirksam, lässt sich ein Verstoß der Kl. gegen die Vorschrift angesichts ihrer defizitären Haushaltslage durch das OVG Münster in wenigen Sätzen feststellen:

"[Aus § 75 III GO NRW] ergibt sich die haushaltsrechtliche Pflicht für die Gemeinde, alles zu unternehmen, um durch Zurückführung der Ausgaben und Erhöhung der Einnahmen dieses Ziel so schnell wie möglich zu erreichen. Insbesondere aber ergibt sich daraus die Pflicht, von einnahmемindernden Maßnahmen - wie hier der Senkung der Realsteuerhebesätze - grundsätzlich abzusehen."

#### b. Rechtfertigung

Fraglich ist, ob eine Rechtfertigung dieses Verstoßes durch andere Normen der GO NRW möglich ist. Als solche kommen die §§ 75 IV 2 GO NRW und 10 GO NRW in Betracht. Diese prüft das OVG Münster ausführlich durch, verneint i.E. aber eine Rechtfertigung:

#### aa. § 75 IV 2 GO NRW

"Allerdings besteht die Pflicht nicht einschränkungslos, sondern ist auf das Zumutbare begrenzt. Diese Beschränkung der Handlungs- und Unterlassungspflicht ergibt sich aus dem Merkmal des § 75 IV 2 GO

NRW a. F., wonach die Pflicht zur Wiederherstellung des Haushaltsausgleichs sich nur auf den "nächstmöglichen" Zeitpunkt bezieht. Mit diesem Zeitpunkt ist nicht der rein technische Zeitpunkt gemeint, der unter Ausnutzung aller denkbaren Einsparungen und Einnahmeerhöhungen erreichbar wäre, sondern der Zeitpunkt, der unter Berücksichtigung der vielfältigen und auch häufig gegenläufigen Pflichten einer Gemeinde erreichbar ist, mithin der zumutbarerweise nächstmögliche Zeitpunkt. Die Zumutbarkeit des haushaltsrechtlich gebotenen Verhaltens bestimmt sich einerseits nach den jeweiligen rechtlichen Vorgaben für das in Rede stehenden Tun oder Unterlassen sowie danach, ob das Verhalten auch unter Berücksichtigung des im Rahmen des Grundsatzes sparsamer und wirtschaftlicher Haushaltsführung (§ 75 II GO NRW a. F.) eröffneten Handlungsspielraums der Gemeinde geboten ist. Dabei ist der Spielraum um so enger, je größer oder andauernder das Haushaltsdefizit und je unabsehbarer sein Ende ist (vgl. OVG NRW, NWVBl. 2007, 347)." Hier hat die Klägerin bei chronisch defizitärer Haushaltslage, ohne dass ein Ende absehbar wäre, die Realsteuerhebesätze von 391 v. H. des Steuermessbetrages der Grundsteuer B und 413 v. H. des Steuermessbetrages der Gewerbesteuer auf 350 v. H. der Grundsteuer B und 400 v. H. der Gewerbesteuer gesenkt. Die alten Hebesätze lagen 2005 [bereits] unter dem Landesdurchschnitt. [...] Demgegenüber will der aufgehobene Ratsbeschluss die Grundsteuer B mit 350 v. H. auf ein Niveau senken, das im Landesdurchschnitt zuletzt 1994 erreicht wurde (354), und die Gewerbesteuer mit 400 auf ein Niveau, das im Landesdurchschnitt zuletzt 1992 erreicht wurde (400). Der von der Klägerin beschlossene Hebesatz für die Grundsteuer B wäre 2005 im Kreis der niedrigste gewesen (nachfolgend niedrigster Satz mit 380 in E. und F.), der Hebesatz für die Gewerbesteuer wäre zusammen mit dem in E. im Kreis der niedrigste gewesen. Angesichts dieser Verhältnisse widersprach die beschlossene Senkung der Realsteuerhebesätze dem Gebot, den Haushaltsausgleich zum nächstmöglichen Zeitpunkt wiederherzustellen.

Es war auch für die Klägerin zumutbar, auf die beschlossene Absenkung zu verzichten. Die von ihr genannten Gesichtspunkte führen nicht dazu, den Verzicht auf die beschlossene Steuersenkung als unzumutbar im oben beschriebenen Sinne erscheinen zu lassen: Die Annahme, die beschlossene Senkung der Realsteuerhebesätze werde wegen der damit bewirkten Steigerung der Attraktivität der Klägerin zu höheren Einnahmen führen, ist allenfalls eine Hoffnung, deren tatsächliche Grundlage dünn ist angesichts des Umstandes, dass die Höhe der Realsteuerhebesätze regelmäßig nicht der zentrale Grund für die Entscheidung ist, in welcher Gemeinde sich ein Unternehmen ansiedelt bzw. Personen Wohnung nehmen. Bei der prekären

Haushaltslage [...] war für solche kostspieligen Wagnisse für die Zukunft kein Raum."

#### *bb. § 10 GO NRW*

"Der aufgehobene Ratsbeschluss kann auch nicht aus § 10 GO NRW gerechtfertigt werden. Danach haben die Gemeinden ihr Vermögen und ihre Einkünfte so zu verwalten, dass die Gemeindefinanzen gesund bleiben. Auf die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der Abgabepflichtigen ist Rücksicht zu nehmen. Diese Vorschrift ermächtigt nicht dazu, eine defizitäre Haushaltswirtschaft zu betreiben. [...] Aus dem Zusammenhang der Regelung in § 10 Satz 2 GO NRW über die Rücksichtnahme auf die Leistungsfähigkeit der Abgabepflichtigen mit Satz 1 der Vorschrift über das Ziel, die Gemeindefinanzen bei der Verwaltung von Einkünften und Vermögen gesund zu halten, sowie aus der [...] Gesetzgebungsgeschichte ergibt sich, dass die Pflicht zur Rücksichtnahme auf die Leistungsfähigkeit der Abgabepflichtigen in erster Linie eine rechtliche Begrenzung des Ausgabeverhaltens der Gemeinden bezweckt, also das gemeindliche Verhalten bei der Verwaltung ihres Vermögens und ihrer Einkünfte steuern will: Die Gemeindefinanzen sind nämlich auch bei einem ausgeglichenen Haushalt nicht gesund im Sinne des § 10 Abs. 1 Satz 1 GO NRW, wenn der Haushaltsausgleich nur durch rücksichtslose Inanspruchnahme der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der Abgabepflichtigen erzielt wird.

Demgegenüber handelt es sich im Kern nicht um eine Abgabevorschrift, die Maßstäbe für die Abgabenerhebung setzen will. Ob die Vorschrift auch eine Begrenzung der Steuererhebung losgelöst von der Ausgabe-seite setzt, kann hier offen bleiben. Jedenfalls ist das Verbot rücksichtsloser Inanspruchnahme der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der Abgabepflichtigen nicht dadurch verletzt, dass auf die beschlossene Hebesatzsenkung verzichtet wird. Wie oben dargelegt, sollte durch den aufgehobenen Ratsbeschluss die Realsteuerbelastung auf ein fast beispiellos niedriges Niveau abgesenkt werden, obwohl sich die Belastung bislang im durchschnittlichen oder gar unterdurchschnittlichen Bereich bewegte."

#### *c. Zwischenergebnis*

Die Absenkung der Hebesätze verstieß gegen § 75 III GO NRW. Der aufgehobene Ratsbeschluss war somit rechtswidrig, die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 122 I 2 GO NRW lagen vor.

#### *2. Rechtsfolge*

Ermessensfehler i.S.d. § 114 VwGO sind weder geltend gemacht noch ersichtlich. Somit war die angefochtene Aufhebung des Ratsbeschlusses rechtmäßig. Die Klage ist unbegründet, das Gericht wird sie abweisen.

**Standort: Zivilrecht****Problem: Ausgleich nichtehelicher Lebenspartner**

KG, URTEIL VOM 08.10.2009  
8 U 196/07 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

**Problemdarstellung:**

Der Kl. und die Bekl. lebten seit 1996 in nichtehelicher Lebensgemeinschaft und hatten eine gemeinsame Tochter. Zum Erwerb und zum Umbau eines Hauses überwies die Mutter des Kl. im Jahr 2000 einen Betrag von insg. 110.000 DM auf das Konto der Bekl. Bei dem Geld handelte es sich nach dem Willen der Beteiligten um eine „vorweggenommene Erbschaft“ zugunsten des Kl.

Um den Kl. vor einer von dritter Seite drohenden Zwangsvollstreckung zu schützen wurde jedoch nur die Bekl. als Eigentümerin des Hauses im Grundbuch eingetragen. Der Kl. behauptet, im Zeitraum zwischen 2001 und 2004 rund 2.000 Arbeitsstunden im Rahmen des Umbaus des Hausgrundstücks der Bekl. geleistet zu haben. Ferner behauptet er, 15.000 DM in den Aufbau und die Ausstattung des Kosmetikgeschäfts der Bekl. investiert zu haben. Die Bekl. habe diese Kosten als Betriebsausgaben steuerlich geltend gemacht.

Im Jahr 2004 trennten sich die Parteien; im gleichen Jahr verstarb die Mutter des Kl.

Er verlangt von der Bekl. die Rückzahlung des von seiner Mutter gegeben „Kredits“, einen Ausgleich für die am Hausgrundstück erbrachte Arbeitsleistung und einen Ausgleich wegen der Investition in den Geschäftsbetrieb der Bekl.

**Prüfungsrelevanz:**

Der Senat für Familienrecht des BGH (XII. Zivilsenat) hat jüngst seine Rechtsprechung zur Rückforderung von Vermögenswerten sowohl zwischen Familienmitgliedern (BGH, Urteil vom 03.02.2010, XII ZR 189/06 – vgl. voraussichtlich RA 4/2010) als auch zwischen nichtehelichen Lebenspartnern deutlich geändert. Waren Ausgleichsansprüche zwischen nichtehelichen Lebenspartnern nach Beendigung der Lebensgemeinschaft bis dato kaum möglich (sog. Abrechnungsverbot), ist dies durch zwei Urteile des besagten Senats mittlerweile aufgelockert worden (BGH, RA 2008, 574 = NJW 2008, 3282 und BGH, NJW 2008, 3277). Der Senat begründet dies mit der veränderten Lebenswirklichkeit, in der die nichteheliche Verflechtung von Lebenspartnern immer häufiger wird - die Anzahl hat sich seit den 1970er Jahren beinahe verzwanzigfacht (*Majer*, NJOZ 2009, 114). Dies geht mit dem Bedürfnis nach Ausgleichsansprüchen zwischen den Lebenspartnern einher, die trotz des Fehlens einer ehelichen Beziehung teilweise erhebliche Vermögenswerte verschieben. Der Fokus der neuen Rechtsprechung

liegt auf den Ansprüchen aus §§ 812 I 2 2. Fall und § 313 BGB.

Das vorliegende Urteil des KG setzt die geänderte Rechtsprechung des BGH „1:1“ um und hat daher besondere Examensrelevanz.

Ein Ausgleichsanspruch nach den Vorschriften über die GbR (§§ 730 ff. BGB) kam hier nicht in Betracht. Zwar kann ein solcher Anspruch unabhängig davon begründet sein, dass einer der Lebenspartner Alleineigentümer eines Gegenstandes geworden ist. Doch gilt nach wie vor, dass „beide Partner durch gemeinschaftliche Leistungen einen Vermögensgegenstand erworben und hierbei die Absicht verfolgt haben einen – wenn auch nur wirtschaftlich – gemeinschaftlichen Wert zu schaffen, der von ihnen nicht nur gemeinsam genutzt, sondern ihnen nach ihrer Vorstellung auch gemeinsam gehören soll“ (BGH FamRZ 1982, 1065; BGH NJW 1997, 906). Die gesellschaftsrechtlichen Ansprüche sind von der neuen Rechtsprechung also nicht angetastet worden. Da vorliegend mit dem Erwerb des Hauses weder ein wirtschaftlich, noch ein rechtlich gemeinsamer Wert geschaffen werden sollte - der Kl. sollte aufgrund der drohenden Zwangsvollstreckung weitgehend vermögenslos gestellt werden - scheidet ein entspr. Anspruch aus.

Gleiches gilt bzgl. des Anspruchs aus § 812 I 2 2. Fall, für den der BGH eine konkrete Zweckabrede fordert (NJW 2008, 3277). Auch diese muss abgelehnt werden, wenn die Parteien die Vermeidung des Vollstreckungszugriffs auf den Kl. beabsichtigten.

Es kommt neuerdings jedoch ein Ausgleichsanspruch gem. § 313 BGB in Betracht, soweit der gemeinschaftsbezogenen Zuwendung die Vorstellung oder Erwartung zugrunde lag, dass die Lebensgemeinschaft, deren Ausgestaltung sie gedient hat, Bestand haben werde (ausführlich BGH, RA 2008, 574 = NJW 2008, 3282 und BGH, NJW 2008, 3277). Die Rückabwicklung erfasst damit genau die Fälle, in denen es mangels Schaffung eines gemeinschaftlichen Vermögenswertes nicht zu gesellschaftsrechtlichen Ausgleichsansprüchen kommt oder in denen eine Zweckabrede i.S.d. § 812 I 2 2. Fall BGB nicht festzustellen ist. Allerdings ist eine Rückabwicklung nur dann sachgerecht, wenn dem Leistenden die Beibehaltung der durch die Leistungen geschaffenen Vermögensverhältnisse nach Treu und Glauben nicht zuzumuten ist. Es werden damit nicht schlechthin sämtliche Leistungen ausgeglichen, sondern nur solche Leistungen, denen nach den jeweiligen Verhältnissen erhebliche Bedeutung zukommt. Nicht auszugleichen sind demnach die i.R.d. täglichen Zusammenlebens ersatzlos erbrachten Leistungen und Leistungen desjenigen Partners, der nicht zu den laufenden Kosten beiträgt, sondern grö-

bere Einmalzahlungen erbringt. Vorliegend ist jedenfalls der vom Kl. aufgewandte Betrag von 110.000 DM als eine solche bedeutende Leistung einzustufen. Zur Bemessung des Ausgleichsanspruchs greift der Senat auf die Praxis zum Zugewinnausgleich zurück und stellt eine Gesamtbetrachtung an, nach der dem Kl. hier ein Anspruch i.H.v. ½ des eingebrachten Betrages zusteht.

Ein weitergehender Anspruch bzgl. der erbrachten Arbeitsstunden gem. § 313 BGB kommt zwar grundsätzlich in Betracht, schied jedoch vorliegend aus, da der Kl. seiner Darlegungs- und Beweislast hinsichtlich des Umfangs der Arbeitsstunden nicht nachkommen konnte. Gleiches gilt auch für einen Anspruch des Kl. aus §§ 730 ff. BGB bzgl. der Investitionen in den Geschäftsbetrieb der Bekl. Der Senat weist hier allerdings darauf hin, dass dem Betrag von 15.000 € nach den oben aufgestellten Grundsätzen keine „erhebliche Bedeutung“ zukommt und er damit ohnehin nicht ausgleichspflichtig wäre.

Die Entscheidung hebt die Bedeutung des § 313 BGB als Auffangtatbestand für den Ausgleich zwischen nichtehelichen Lebenspartnern hervor.

#### Vertiefungshinweise:

- Zur nichtehelichen Lebensgemeinschaft: *Wever*, FamRZ 2003, 565; *Lipp*, JuS 1999, 847; *Wiebe*, JuS 1995, 227
- Zur neuen Rechtsprechung: *Kindler*, Jura 2010, 13; v. *Koppenfels-Spies*, JuS 2009, 726; *Kemper*, NJ 2009, 177; *Majer*, NJOZ 2009, 114
- Zur Rückforderung von Zuwendungen: *BGH*, RA 2008, 574 = NJW 2008, 3282; *BGH*, NJW 2008, 3277; *BGH*, RA 2008, 120 = NJW 2008, 443

#### Kursprogramm:

- Examenskurs: "Das junge Glück"

#### Leitsätze:

**1. Nach Beendigung einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft kommt wegen wesentlicher Beiträge eines Partners, mit denen ein Vermögenswert von erheblicher wirtschaftlicher Bedeutung des anderen Partners (hier: Wohnhaus) mit geschaffen wurde, ein Ausgleichsanspruch nach den Grundsätzen über den Wegfall der Geschäftsgrundlage nach § 313 BGB in Betracht (im Anschluss an BGHZ 177,193 = NJW 2008, 3277 und BGH NJW 2008, 3282).**

**2. Zur Bemessung der Höhe eines solchen Ausgleichsanspruchs.**

#### Sachverhalt:

Der Kl. und die Bekl. lernten sich im Jahr 1996 ken-

nen. Anfang 1997 zog die Bekl. mit ihrem Sohn in die Wohnung des Kl. Im August 1998 wurde die gemeinsame Tochter der Parteien geboren. Zum Erwerb und zum Umbau eines Hauses nahmen die Parteien im Jahr 2000 mehrere Darlehen über insgesamt 350.000 DM bei der D-Bank auf, die jedoch allein von der Bekl. bedient wurden. Zum gleichen Zweck überwies die Mutter des Kl. ebenfalls im Jahr 2000 einen Betrag von insg. 110.000 DM auf das Konto der Bekl. Bei dem Geld handelte es sich nach dem Willen der Beteiligten um eine „vorweggenommene Erbschaft“ zugunsten des Kl.

Um den Kl. vor einer von dritter Seite drohenden Zwangsvollstreckung zu schützen wurde jedoch nur die Bekl. als Eigentümerin des Hauses im Grundbuch eingetragen. Der Kl. behauptet im Zeitraum zwischen 2001 und 2004 rund 2.000 Arbeitsstunden im Rahmen des Umbaus des Hausgrundstücks der Bekl. geleistet zu haben.

Ferner behauptet er, 15.000 DM in den Aufbau und die Ausstattung des Kosmetikgeschäfts der Bekl. investiert zu haben. Die Bekl. habe diese Kosten als Betriebsausgaben steuerlich geltend gemacht.

Im Jahr 2004 trennten sich die Parteien; im gleichen Jahr verstarb die Mutter des Kl.

Er verlangt von der Bekl. die Rückzahlung des von seiner Mutter gegebenen „Kredits“ aus übergegangenem Recht, einen Ausgleich für die am Hausgrundstück erbrachte Arbeitsleistung und einen Ausgleich wegen der Investition in den Geschäftsbetrieb der Bekl.

Stehen dem Kl. die eingeklagten Ansprüche zu?

#### Lösung:

*A. Ansprüche bezüglich des „Kredits“ i.H.v. 110.000 DM*

*I. Anspruch aus Partnerschaftsvertrag gem. §§ 311 I, 241 I BGB*

Zunächst könnte dem Kl. ein Anspruch aus einem Partnerschaftsvertrag gem. §§ 311 I, 241 I BGB zustehen. Dann müsste zwischen dem Kl. und der Bekl. ein solcher Vertrag (eingehend zum Vertragstyp: *Strätz*, FamRZ 1980, 304) zustande gekommen sein. Ein ausdrücklicher Vertragsschluss ist hier nicht ersichtlich, so dass allenfalls ein konkludent geschlossener Vertrag in Betracht kommt. Auch dieser erfordert jedoch, dass die Parteien mit Rechtsbindungswillen gehandelt haben. Ein solcher Wille kann nicht allein in der Zuwendung des einen an den anderen Lebenspartner gesehen werden (BGHZ 77, 55), vielmehr müssen weitere Umstände hinzutreten, die auf das Vorliegen des Rechtsbindungswillens schließen lassen. Solche Umstände sind hier nicht zu erkennen.

Ein Anspruch aus einem Partnerschaftsvertrag gem.



§§ 311 I, 241 I BGB scheidet daher aus.

### *II. Anspruch aus analoger Anwendung der Regeln über den Zugewinnausgleich (§ 1378 BGB analog)*

In Betracht kommt ein Ausgleichsanspruch des Kl. gegen die Bekl. analog § 1378 BGB. Die analoge Anwendung der Regeln über den Zugewinnausgleich setzt jedoch voraus, dass eine planwidrige Regelungslücke bei vergleichbarer Interessenlage besteht. Die Regelungen über den Zugewinnausgleich sind Ehepartnern vorbehalten, die über Art. 6 GG einen besonderen Schutz durch die Rechtsordnung erfahren. Insofern erscheint es sachgerecht, auch die Vermögenslage zwischen Ehepartnern gesondert zu behandeln und von derjenigen zwischen nichtehelichen Lebenspartnern abzugrenzen. Die Tatsache, dass es eine dem § 1378 BGB entsprechende Norm für nichteheliche Lebenspartner nicht gibt, ist damit keine planwidrige, sondern eine bewusste Regelungslücke. Da die Analogievoraussetzungen nicht vorliegen, kommt eine Anwendung des § 1378 BGB nicht in Betracht.

### *III. Anspruch aus analoger Anwendung der Verlöbnisregeln (§ 1298 BGB analog)*

Auch das Verlöbnis als Vorstufe zur Ehe ist im Lichte des Art. 6 GG zu sehen, so dass eine analoge Anwendung des § 1298 BGB ebenfalls ausscheidet.

### *IV. Anspruch aus § 488 I 2 BGB i.V.m. § 1922 I BGB*

Denkbar ist jedoch, dass die Mutter des Kl. das Geld als Darlehen gem. § 488 I 1 BGB gegeben hatte, so dass der Kl. als Rechtsnachfolger gem. §§ 488 I 2, 1922 I BGB gegen die Bekl. vorgehen könnte.

Dann müsste es sich bei der Zuwendung jedoch – wie vom Kl. behauptet – um ein Darlehen handeln. Eine ausdrückliche Vereinbarung zwischen der Mutter des Kl. und der Bekl. ist nicht ersichtlich, so dass sich ein entsprechender Vertragsschluss wiederum nur aus dem Umständen (konkudent) ergeben kann.

„[44] Der Kläger hat aber einen Darlehensvertrag – wovon auch das Landgericht zutreffend ausgegangen ist – zwischen seiner Mutter und der Beklagten nicht schlüssig behauptet. Nach seinem eigenen Vortrag hat es eine konkrete Absprache zwischen der Beklagten und seiner Mutter über die Hingabe eines Darlehens nicht gegeben. Ohne Erfolg macht der Kläger mit der Berufung geltend, dass dadurch, dass die Beklagte das auf ihrem Konto mit der Zahlungsbestimmung „Kredit“ eingegangene Geld entgegen genommen habe, ein Darlehensvertrag mit der Mutter des Klägers zustande gekommen sei. Weder kann aus dem im Überweisungsträger eingetragenen Verwendungszweck „Kredit“, der auf dem Kontoauszug der Beklagten übernommen worden ist, ein Angebot auf Abschluss eines Darlehensvertrages gesehen werden, noch liegt in der Entgegennahme des Geldes eine Willenserklä-

rung zur Annahme eines etwaigen Angebots. Im Übrigen spricht auch der eigenen Vortrag des Klägers (von der Beklagten eingeräumt), wonach das Geld als vorweggenommene Erbschaft seiner Mutter – ebenso in gleicher Höhe an seine Schwester – geflossen ist, gegen den Abschluss eines Darlehensvertrages.“

Die Umstände sprechen damit gegen den Abschluss eines Darlehensvertrages. Ein Anspruch des Kl. aus § 488 I 2 BGB scheidet daher aus.

### *V. Anspruch aus widerrufenen Schenkung gem. §§ 530, 531 II i.V.m. §§ 812, 818 BGB*

Es könnte sich aber ein Anspruch des Kl. aus §§ 530, 531 II i.V.m. §§ 812, 818 BGB ergeben, wenn die Zuwendung als Schenkung einzustufen ist. Wie gerade erörtert handelt es sich bei der Zahlung des Geldes um eine Leistung der Mutter des Kl. an ebendiesen, so dass die tatsächliche Zahlung an die Bekl. wiederum als Zuwendung des Kl. an die Bekl. einzustufen ist. Ob in dieser Zuwendung tatsächlich ein Schenkung zu erkennen ist, kann jedenfalls dahinstehen, wenn eine Widerrufsmöglichkeit vorliegend nicht gegeben ist. Gem. § 530 BGB kann eine Schenkung bei grobem Undank des Beschenkten widerrufen werden. Grober Undank bedeutet eine objektiv schwere Verfehlung und subjektiv eine auf Mangel an Dankbarkeit hindeutende, missbilligende Gesinnung. Allein die Auflösung der Lebensgemeinschaft kann allerdings nicht als grober Undank in diesem Sinne verstanden werden, da es im Unterschied zur Ehe gerade das Wesen des nichtehelichen Zusammenlebens ist, sich jederzeit von der Bindung lösen zu können. Die Auflösung der Lebensgemeinschaft kann damit auch nicht als missbilligende Gesinnung eingestuft werden. Hier kommt außerdem hinzu, dass die Auflösung mangels gegenteiliger Angaben nicht allein durch die Bekl. (als vermeintlich Beschenkte) initiiert wurde, sondern einvernehmlich zwischen den Parteien erfolgt ist. Schon daher liegt kein grober Undank vor. Ein Anspruch aus §§ 530, 531 II i.V.m. §§ 812, 818 BGB scheidet daher ebenso aus.

*[Anm.: In anderen Fällen kann bereits das Vorliegen eines Schenkungsvertrages abgelehnt werden.. Dies ist dann gut möglich, wenn es sich um eine alltäglich Leistung mit unterhaltsrechtlichem Charakter handelt. Die Rechtsprechung nimmt in diesen Fällen an, dass solche Leistungen vom leistungsfähigeren Partner ersatzlos erbracht werden, um den alltäglichen Bedarf der Lebensgemeinschaft zu decken – sog. unbenannte Zuwendung (vgl. Derleder, NJW 1980, 545). Eine konkudente Einigung über einen Schenkungsvertrag kann dann nicht angenommen werden und auf die fehlende Widerrufsmöglichkeit gem. §§ 530, 531 II BGB kommt es nicht an. Hier kann die Leistung von 110.000 DM aber nicht als eine solche alltägliche Leistung angese-*

hen werden, zumal sie nicht den regelmäßigen Lebensbedarf decken sollte, sondern zweckgebunden war. Zu beachten ist aber, dass nicht allein die Höhe der Zuwendung deren Charakter prägt, denn auch größere Einmalzahlungen können der Deckung des Lebensbedarfs dienen. Es macht insoweit keinen Unterschied, ob der eine Partner kontinuierlich geringe Zahlungen oder einmalig eine große Zahlung erbringt. Vgl. zum ganzen BGH, RA 2008, 120 = NJW 2008, 443]

#### VI. Anspruch aus §§ 730, 731 BGB wegen Auflösung einer GbR

In Betracht kommt aber ein Anspruch des Kl. wegen Auflösung einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts gem. §§ 730, 731 BGB. Dann müsste zwischen dem Kl. und der Bekl. eine entsprechende Gesellschaft bestanden haben. Wiederum kommt nur eine konkludente Abrede in Betracht.

##### 1. Vertragsschluss durch Zusammenschluss der Partner

Der Zusammenschluss der Partner alleine rechtfertigt die Annahme eines Gesellschaftsvertrages jedoch nicht, da mit der nichtehelichen Lebensgemeinschaft gerade kein entsprechender Rechtsbindungswille einhergeht und hieraus folglich auch kein anderweitiger Vertragsschluss abzuleiten ist.

##### 2. Gesellschaftsvertrag durch Hilfe bei der Vermögensbildung

„[37] Ein Ausgleichsanspruch kann nach den Vorschriften über die bürgerlich-rechtliche Gesellschaft (§§ 730 ff. BGB) bestehen, wenn die Partner einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft ausdrücklich oder durch schlüssiges Verhalten einen entsprechenden Gesellschaftsvertrag geschlossen haben (BGH FamRZ 1997, 1533; BGH FamRZ 2003, 1542; BGH Urteile vom 09. Juli 2008 – XII ZR 179/05 - und – XII ZR 39/06 - a.a.O. sowie vom 31. Oktober 2007 – XII ZR 261/04 – BGH-Report 2008, 236). Eine rein faktische Willensübereinstimmung reicht für eine nach gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen zu beurteilende Zusammenarbeit nicht aus. Gerade weil die nichteheliche Lebensgemeinschaft vom Ansatz her eine Verbindung ohne Rechtsbindungswillen darstellt, ist ein solcher für die Anwendung gesellschaftsrechtlicher Regelungen aber erforderlich (BGHZ 165, 1, 10). Voraussetzung für die faktische Anwendung des Gesellschaftsrechts ist hiernach, dass „beide Partner durch gemeinschaftliche Leistungen einen Vermögensgegenstand erworben und hierbei die Absicht verfolgt haben einen – wenn auch nur wirtschaftlich – gemeinschaftlichen Wert zu schaffen, der von ihnen nicht nur gemeinsam genutzt, sondern ihnen nach ihrer Vorstellung auch gemeinsam gehören soll (BGH FamRZ 1982, 1065 f;

BGH NJW 1997, 906; Staudinger/Löhning, BGB, 2007, Anh zu §§ 1297 ff BGB, Rdnr. 98). Der Umstand, dass ein Partner das Alleineigentum an dem Grundstück erwirbt, steht einem Rückgriff auf die §§ 705 ff BGB dann nicht entgegen (BGH NJW 1992, 906 = FamRZ 1992, 408; BGH FamRZ 1993, 1542; Staudinger/Löhning, a.a.O., Anh zum §§ 1297 ff. BGB, Rdnr. 100). Die dingliche Zuordnung eines Vermögensgegenstandes kann vielmehr im Einzelfall in den Hintergrund treten, wenn eine Gesamtwürdigung zu dem Ergebnis führt, dass die Schaffung eines wirtschaftlich gemeinsamen Wertes beabsichtigt war (BGH FamRZ 1992, 08 = NJW 1992, 906; FamRZ 1993, 939; BGH NJW-RR 1996, 1473; NJW 1997, 3371 = FamRZ 1997, 1533; BGH WM 2000, 52, vgl. Hausmann/Hohloch, Das Recht der nichtehelichen Lebensgemeinschaft, 2. Auflage, 4. Kapitel, Rdnr. 76). [38] Eine solche nach gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen zu bewertende Zusammenarbeit der Parteien kann in Bezug auf das im Alleineigentum der Beklagten bestehende Hausgrundstück nicht festgestellt werden. Die Beklagte hat das Grundstück gemäß notariellem Kaufvertrag vom 29. März 2001 allein erworben. Soweit der Kläger behauptet, dass das Grundstück zunächst gemeinsam erworben werden sollte und auch der Kaufvertragsentwurf beide Parteien als Käufer vorsah, hat er dies nicht unter Beweis gestellt. Soweit der Kläger – von der Beklagten bestritten – vorträgt, dass er nur deswegen nicht als Käufer aufgetreten sei, weil die Beklagte Bedenken wegen Erbansprüchen des Sohnes des Klägers aus erster Ehe gehabt habe, spricht dies gerade gegen einen konkludent geschlossenen Gesellschaftsvertrag. Denn der Kläger hat danach bewusst die Entscheidung getroffen, dass der Gegenstand nicht beiden Partnern gemeinsam gehören sollte. Auch aus der gemeinsamen Kreditaufnahme der Parteien für die Finanzierung des Kaufes des Hauses (Kaufpreis von 330.000,00 DM) ergibt sich nichts anderes. Nach den von der Beklagten vorgelegten drei Kreditverträgen vom 23. März 2001 mit der D. sind Darlehen insgesamt in Höhe von 350.000,00 DM aufgenommen worden. Soweit der Kläger geltend macht, dass er die persönliche Haftung für die Darlehen übernommen habe und auch die Grundschulden durch beide bestellt wurden, ist dies allenfalls ein Indiz für eine gemeinsame Wertschöpfung. Dagegen spricht aber, dass die Beklagte die Kredite unstreitig von Anfang an allein bedient hat. Obwohl die von der Mutter des Klägers gezahlten Beträge von 75.000,00 DM und 35.000,00 DM zur Finanzierung der Umbaumaßnahmen eingesetzt worden sind – dazu im Abschnitt A. I. Ziff. 3 b) - so kann auch daraus nicht auf eine gesellschaftsrechtliche Verbundenheit geschlossen werden. Denn der Kläger war wegen der möglichen Erbansprüche seines Sohnes aus erster Ehe bereit, das Hausgrundstück nicht mit zu erwerben. War der Kläger –

seinen Vortrag als zutreffend unterstellt – bereit, einen Wert zu schaffen, der von den Partnern nur gemeinsam genutzt, ihnen indessen nicht gemeinsam gehören sollte, kann trotz des Umfangs der behaupteten Leistungen (Geldbeträge und Arbeitsleistungen) nicht auf einen konkludent zustande gekommenen Gesellschaftsvertrag geschlossen werden (vgl. BGH Urteil vom 09. Juli 2008 – XII ZR 179/05 - Rdnr. 23).“ Damit scheidet ein Anspruch aus §§ 730, 731 BGB mangels Bestehen einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts aus.

#### *VII. Anspruch aus § 812 I 2 2. Fall BGB wegen ungerechtfertigter Bereicherung*

Ein Anspruch aus § 812 I 2 2. Fall erfordert eine Willensübereinstimmung der Beteiligten über den bezweckten Erfolg. Die Erwartung des Eintritts des bezweckten Erfolgs darf nicht bloß einseitiges Motiv einer Partei geblieben sein.

Wiederum kann hier keine konkrete Übereinkunft der Parteien festgestellt werden, so dass nur eine stillschweigende Einigung in Betracht kommt.

„[39] In der Entscheidung vom 09. Juli 2008 – XII ZR 179/05 - a.a.O. fordert der Bundesgerichtshof bezüglich eines bereicherungsrechtlichen Anspruchs nach § 812 Abs. 1 Satz 2, 2. Alternative BGB eine konkrete Zweckabrede, wie sie etwa dann vorliegen kann, wenn die Partner zwar keine gemeinsamen Vermögenswerte schaffen wollten, der eine aber das Vermögen des anderen in der Erwartung vermehrt hat, an dem erworbenen Gegenstand langfristig partizipieren zu können (BGH Urteil vom 09. Juli 2008 – XII ZR 179/05 -, Rdnr. 35; vgl. auch Hausmann/Hohloch, a.a.O., 4. Kapitel, Rdnr. 140-142). Eine solche Zweckabrede kann vorliegend nicht festgestellt werden. Denn nach dem eigenen Vortrag des Klägers ist ihm – wenn auch auf Vorschlag der Beklagten – zur Vermeidung eines Vollstreckungszugriffs seines Sohnes aus erster Ehe aufgrund von Erbansprüchen bewusst kein Miteigentum an dem Haus eingeräumt worden. Eine konkrete Zweckabrede (etwa Zusage eines lebenslangen Wohnrechts wie in der vorgenannten Entscheidung des Bundesgerichtshofes) hat der Kläger vorliegend weder vorgetragen noch unter Beweis gestellt.“

Damit steht dem Kl. in Ermangelung einer konkreten Zweckabrede auch ein Anspruch aus § 812 I 2 2. Fall nicht zu.

#### *VIII. Anspruch aus §§ 346, I 313 III 1 BGB wegen Störung der Geschäftsgrundlage*

Schließlich kommt aber ein Anspruch des Kl. aus §§ 346 I, 313 III 1 BGB in Betracht.

##### *1. Subsidiarität*

Die Störung der Geschäftsgrundlage soll nur ausnahmsweise zu einer Vertragsanpassung oder -aufhe-

bung führen, wenn andere Leistungsstörungsrechte oder Vertragsauslegungsmöglichkeiten nicht einschlägig sind. Wie gezeigt, stehen dem Kl. keine anderen Instrumente zu, so dass § 313 BGB anwendbar ist.

##### *2. Reales Element*

Weiterhin müsste die Geschäftsgrundlage gestört bzw. weggefallen sein. Dies ist der Fall, wenn der gemeinschaftsbezogene Zuwendung die Vorstellung zugrunde lag, dass die Lebensgemeinschaft, deren Ausgestaltung sie gedient hat, fortbestehen werden, diese tatsächlich aber aufgelöst worden ist.

##### *a) Vorliegen von gemeinschaftsbezogener Zuwendung*

Die Hingabe des Geldes sollte dem Erwerb und dem Umbau des Hauses dienen, in dem die Lebenspartner gemeinsam leben wollten. Es handelt sich somit um eine gemeinschaftsbezogene Zuwendung.

##### *b) Vorstellung vom Fortbestand der Lebensgemeinschaft*

Dieser Zuwendung müsste außerdem die Vorstellung zugrunde liegen, dass die Lebensgemeinschaft fortbestehen wird.

„[40] Nach den Grundsätzen über den Wegfall der Geschäftsgrundlage nach § 313 BGB kommt ein Ausgleichsanspruch in Betracht, soweit der gemeinschaftsbezogenen Zuwendung die Vorstellung oder Erwartung zugrunde lag, die Lebensgemeinschaft, deren Ausgestaltung sie gedient hat, werde Bestand haben (BGH Urteile vom 09. Juli 2008 – XII ZR 179/05 - und – XII ZR 39/06 - a.a.O.). Die Rückabwicklung erfasst insoweit etwa Fälle, in denen es mangels Schaffung eines gemeinschaftlichen Vermögenswertes nicht zu gesellschaftsrechtlichen Ausgleichsansprüchen kommt oder in denen eine Zweckabrede im Sinne von § 812 Abs. 1 Satz 2, 2. Alt. BGB nicht festzustellen ist. Derjenige, der sich auf den Wegfall der Geschäftsgrundlage bezieht, ist für dessen Vorliegen darlegungs- und beweispflichtig. Der Kläger hat vorgetragen, dass er vom Fortbestand der nichtehelichen Lebensgemeinschaft ausgegangen sei. Dies kann vorliegend im Hinblick auf die Entwicklung der Beziehung der Parteien und der Gestaltung des Zusammenlebens angenommen werden. Die Parteien lernten sich Ende 1996 kennen, bereits Anfang 1997 zog die Beklagte gemeinsam mit ihrem Sohn in die Wohnung des Klägers ein. Am 17. August 1998 wurde die gemeinsame Tochter der Parteien geboren. Ende Juni 2000 zogen die Parteien in ein Haus in D. (zur Miete mit Kaufoption). Im März 2001 kaufte die Beklagte das Haus in der K., das von beiden Parteien bewohnt wurde bis die Lebensgemeinschaft dann im September 2004 beendet wurde. Danach haben die Parteien eine gemeinsame Lebensplanung unternommen und sind offenbar übereinstimmend von einem fortdauernden

Zusammenleben ausgegangen. Dagegen spricht auch nicht, dass der Kläger zwischenzeitlich von Januar 2002 bis Sommer oder Dezember 2002 (der Zeitraum ist zwischen den Parteien streitig) ausgezogen war. Insoweit handelte es sich offenbar um eine zeitweilige Krise der Parteien. Das Zusammenleben seit 1997 über fünf Jahre und danach von weiteren zwei Jahren zeigt, dass beide Partner eine gemeinsame Lebensplanung unternommen haben.“

### c) Erheblichkeitsschwelle

„[41] Die in diesem Fall in Betracht kommende Rückabwicklung nach § 313 BGB hat nach der Rechtsprechung des BGH allerdings nicht zur Folge, dass sämtliche Zuwendungen bei Scheitern der Beziehung auszugleichen wären. Auszuscheiden sind zunächst die im Rahmen des täglichen Zusammenlebens ersatzlos erbrachten Leistungen. Nicht anders zu beurteilen sind auch die Leistungen desjenigen Partners, der nicht zu den laufenden Kosten beiträgt, sondern größere Einmalleistungen erbringt. Er kann insofern nicht besser gestellt werden als derjenige Partner, dessen Aufwendungen den täglichen Bedarf decken oder der sonst erforderlich werdende Beträge übernimmt (vgl. BGH Urteil vom 31. Oktober 2007 – XII ZR 261/04 – a.a.O.). Bei der Abwägung, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang Zuwendungen zurückzuerstatten oder Arbeitsleistungen ausgeglichen werden müssen, ist zu berücksichtigen, dass ein korrigierender Eingriff grundsätzlich nur gerechtfertigt ist, wenn dem Leistenden die Beibehaltung der durch die Leistungen geschaffenen Vermögensverhältnisse nach Treu und Glauben nicht zuzumuten ist. Insofern erscheint es nach der Entscheidung des Bundegerichtshofs sachgerecht, auf den Maßstab zurückzugreifen, der für den Ausgleich von Zuwendungen unter Ehegatten gilt, die im Güterstand der Gütertrennung leben (vgl. BGH FamRZ 1997, 933; BGHZ 84, 361; BGHZ 127, 48 = FamRZ 1994, 1167 = NJW 1994, 2545; BGH FamRZ 1998, 669). Es sind danach nur solche Leistungen auszugleichen, denen nach den jeweiligen Verhältnissen erhebliche Bedeutung zukommt. Maßgebend ist eine Gesamtabwägung der Umstände des Einzelfalles, in die auch der Zweck der Zuwendung einzubeziehen ist sowie zu berücksichtigen, inwieweit dieser Zweck erreicht worden ist. Im Regelfall kommt dann ein Ausgleich in Geld in Betracht (vgl. Hausmann/Hohloch, a.a.O., 4. Kapitel, Rdnr. 170). Die Bemessung des Ausgleichsanspruches hat im Wege der Schätzung gemäß § 287 ZPO analog den Grundsätzen zu erfolgen, die für die ehebezogenen Zuwendungen gelten. Es kommt bei der Ausbau eines Anwesens auf die Art der erbrachten Leistungen und die finanziellen Beiträge zum Ausbau an (vgl. BGHZ 127, 48; BGH FamRZ 1998, 669).

[42] Bezüglich der geleisteten Zahlungen von

75.000,00 DM und 35.000,00 DM besteht ein Ausgleichsanspruch unter dem Gesichtspunkt von § 313 BGB. Es handelt sich insoweit um wesentliche Beträge im Sinne der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, die eine Ausgleichspflicht auslösen.“

### 3. Hypothetisches Element

Ferner verlangt § 313 BGB, dass die benachteiligte Partei die Leistung bei Kenntnis der sich verändernden Sachlage nicht oder nicht so getätigt hätte. Hätte der Kl. gewusst, dass die Lebensgemeinschaft vier Jahre nach dem Erwerb und dem Umbau des Hauses aufgelöst wird, hätte er die Zuwendung entsprechend angepasst oder eine konkrete Rückzahlungsvereinbarung mit der Bekl. getroffen. Jedenfalls hätte er den Betrag von 110.000 DM nicht vorbehaltlos geleistet. Das hypothetische Element ist damit erfüllt.

### 4. Normatives Element

Schließlich darf der veränderte Umstand nicht ausschließlich in den Risikobereich der Partei fallen, die sich auf die Störung der Geschäftsgrundlage beruft. Da die Auflösung der Lebensgemeinschaft jedoch von beiden Parteien initiiert und schließlich einvernehmlich vorgenommen worden ist, sind sowohl der Kl. als auch die Bekl. für die Umstandsveränderung verantwortlich.

### 5. Rechtsfolge

#### a) Rücktritt und Rückabwicklung gem. §§ 313 III 1, 346 I BGB

Gem. § 313 III 1 BGB liegt die primäre Rechtsfolge einer Störung der Geschäftsgrundlage in der Anpassung des Rechtsverhältnisses; nur wenn diese nicht möglich sein sollte, kommt ein Rücktritt vom Vertrag mit der Rechtsfolge der Rückabwicklung gem. § 346 BGB in Betracht. Es ist diejenige Rechtsfolge zu bestimmen ist, die die schutzwürdigen Interessen beider Seiten in ein angemessenes Gleichgewicht bringt. Zu beachten ist dabei auch, dass eine Anpassung durch das Gesetz nicht näher konturiert worden ist. Im Gegensatz dazu finden sich für die Instrumente Rücktritt und Kündigung präzise Regelungen (MünchKommBGB/Roth, § 313 Rn. 100 ff.). Eine Anpassung müsste daher dem Parteiwillen entsprechen; anderenfalls ist im Zweifel auf die gesetzlich kodifizierten Rechte in Form von Kündigung bzw. Rücktritt zurückzugreifen. Eine Anpassung kommt hier schon deswegen nicht in Betracht, weil die Parteien die Lebensgemeinschaft insgesamt aufheben und nicht anpassen wollen. Eine Anpassung entspräche dem Parteiwillen daher nicht. Folglich kommt nur ein Rücktritt vom Rechtsverhältnis mit der Folge in Betracht, dass die erbrachten Leistungen im beschriebenen Umfang zurückzugewährt sind.

*b) Höhe des Ausgleichsanspruchs*

Fraglich ist, aber in welcher Höhe der Kl. die eingebrachte Summe ausgleichen kann.

„[53] Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes ist für die Bemessung der Höhe des Ausgleichsanspruchs auf den Maßstab zurückzugreifen, der für den Ausgleich von Zuwendungen unter Ehegatten gilt, die im Güterstand der Gütertrennung leben (vgl. hierzu u.a. BGH FamRZ 1982, 1080; FamRZ 1997, 933; FamRZ 1998, 669; FamRZ 2007, 877). Nach dieser Rechtsprechung des BGH ist bei der Bemessung des Ausgleichsanspruchs bei geschiedenen Eheleuten eine Gesamtwürdigung unter Billigkeitsgesichtspunkten vorzunehmen. Hierzu gehören die Dauer der Ehe, das Alter der Parteien, die Art und der Umfang der erbrachten Leistungen, die Höhe der dadurch bedingten und noch vorhandenen Vermögensmehrung und die beiderseitigen Einkommensverhältnisse (vgl. hierzu BGH NJW 1982, 2236; NJW-RR 1996, 644; NJW 1999, 353 jeweils mwNW). Nach der Rechtsprechung verschiedener Oberlandesgerichts hinsichtlich ehebezogener Zuwendungen wurden Ausgleichsansprüche in Höhe von 1/4 bis 1/2 der Zuwendungen zuerkannt (vgl. OLG München FamRZ 2004, 1874; OLG Brandenburg Urteil vom 06.05.2009 – 4 U 135/08 – veröffentlicht bei JURIS; OLG Oldenburg NJW-RR 2008, 596; OLG Stuttgart NJW-RR 1994, 1490).

[54] Maßgebend ist insoweit auch nach Beendigung einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft die Gesamtabwägung der Umstände des Einzelfalles, in die auch der Zweck der Zuwendung einzubeziehen sowie zu berücksichtigen ist, inwieweit dieser Zweck erreicht worden ist (vgl. BGH Urteil vom 09. Juli 2008 – XII ZR 179/05 - a.a.O.). Für den Zeitraum des Bestandes der Beziehung (hier bis 2004) ist der Zweck erreicht. Regelmäßig hat dies zur Folge, dass der Wert des zugewendeten nicht voll zurückzuerstatten ist (vgl. BGH NJW 1995, 1889; FamRZ 1998, 669; NJW 1999, 354 für ehebezogenen Zuwendungen); denn die erwiesene Begünstigung ist nur für die Zeit nach Beendigung der Lebensgemeinschaft zu entziehen (vgl. OLG Stuttgart FamRZ 1994, 1326). Der Ausgleichsanspruch ist nach § 287 ZPO zu schätzen. Bei der Bemessung der Höhe ist Ausgangspunkt der Wert der zukünftig weggefallenen Mitbenutzung des Hauses durch den Kläger, wobei obere Grenze des durch Zahlung in Geld zu erfüllenden Ausgleichsanspruchs der Betrag ist, um den das Vermögen der Beklagten im Zeitpunkt der Beendigung der Lebensgemeinschaft noch gemehrt war (BGH FamRZ 1982, 910; OLG München FamRZ 2004, 1874). Hier ist zunächst zu berücksichtigen, dass der Kläger lediglich einen Anteil von 110.000,00 DM zu den Gesamtkosten des Hauses von ca. 490.000,00 DM (330.000,00 DM Kaufpreis und ca. 160.000,00 DM Umbau- und andere Kosten) beigesteuert hat. Der Senat nimmt unter Anwendung der

Grundsätze nach § 287 ZPO (vgl. BGHZ 127, 48) an, dass die Ausbauleistungen im Wert von ca. 132.000,00 DM (ohne Nebenkosten Makler, Notar, Justizkassen u.a.) nicht zu einer Wertsteigerung genau in gleicher Höhe geführt haben (vgl. so auch OLG München, a.a.O.). Im Hinblick auf die Preisentwicklung auf dem Immobilienmarkt im Zeitraum bis 2004, der im Vergleich zum Zeitpunkt des Kaufes der Immobilie leicht fallend war, kann aber davon ausgegangen werden, dass ein Wertzuwachs insgesamt zu einer Vermögensvermehrung bei der Beklagten in annähernden Höhe der Zuwendung von 110.000,00 DM eingetreten ist. Ferner ist zu berücksichtigen, dass hinsichtlich des Ausgleichsanspruchs nicht allein darauf abgestellt werden kann, ob die Investitionen zur Wertsteigerung des Hausgrundstückes geführt haben. Da Maßstab für den Ausgleichsanspruch die Grundsätze der Billigkeit sind, sind auch Aufwendungen zu berücksichtigen, die zur Erhaltung oder Verschönerung des Anwesens gemacht worden sind, ohne dass sie sich in einen Wertzuwachs als solches niedergeschlagen haben (vgl. BGH NJW 1999, 353, 354 rechte Spalte). Bei der gebotenen Gesamtabwägung ist auch zu berücksichtigen, dass der Zweck der Zuwendung bis zur Beendigung der Lebensgemeinschaft im Ende 2004 etwa nur vier Jahre (mit Unterbrechung durch Auszug des Klägers im Jahre 2002 für ½ oder ¾ Jahr erreicht wurde. Ferner ist zu berücksichtigen, dass die Beklagte während der Dauer der Lebensgemeinschaft einen eigenen Gewerbebetrieb aufgebaut hat, dessen Erträge auch künftig ihrem Lebensunterhalt dienen. Der Kläger hingegen ist weiterhin im abhängigen Arbeitsverhältnis mit nur geringerem Einkommen beschäftigt. Weiter ist zu berücksichtigen, dass der Kläger sich mit Arbeitsleistungen am Aus- und Umbau beteiligt hat. Zwar kann insoweit ein gesonderter Ausgleichsanspruch nicht festgestellt werden (dazu sogleich unter Abschnitt A. I. Ziff. 3. b), auch sind die Leistungen ihrem Umfange nach überwiegend streitig. Die Beklagte räumt aber ein, dass der Kläger sich - ihrer Darstellung nach in geringerem Umfange - beteiligt hat. Ferner sind die Vermögensverhältnisse der Parteien insgesamt in die Abwägung mit einzubeziehen. Hier ist zu berücksichtigen, dass der Kläger die für die Vermögensverhältnisse beider Parteien hohen Geldbeträge von 110.000,00 DM zugewendet hat. Über weitere nennenswerte Ersparnisse verfügten die Parteien nicht.

[55] Zugunsten der Beklagten ist zu berücksichtigen, dass sie zumindest ab 2001 über ein doppelt so hohes Einkommen wie der Kläger verfügt hat. Ferner ist in die Gesamtabwägung einzubeziehen, dass die Miete von monatlich 1.400,00 DM für das Haus in D., das die Parteien ab Juni 2000 bis zum Einzug in das neue Haus im Sommer 2001 (der genaue Zeitpunkt ist streitig) bewohnt haben, auch von dem Konto der Beklag-

ten bei der D. bezahlt wurde und auf dieses Konto Einzahlungen der Beklagten im Zeitraum von März 2000 bis Dezember 2001 in einer Größenordnung von bis zu 40.000,00 DM erfolgt sind.

[56] Unter Berücksichtigung dieser Gesamtumstände hält der Senat vorliegend einen Ausgleichsanspruch in Höhe von 50 % der Zuwendung von 110.000,00 DM = 56.242,11 EUR, davon  $\frac{1}{2}$  = 28.121,05 EUR für angemessen.“

*B. Anspruch bezüglich der Arbeitsleistung am Hausgrundstück der Bekl. gem. §§ 346 I, 313 III 1 BGB*

[Anm.: Wie oben unter A. kommt auch hier nur ein Anspruch aus § 313 BGB in Betracht]

Der Kl. könnte außerdem einen Anspruch auf Ausgleich für die zwischen 2001 und 2004 erbrachte Arbeitsleistung am Hausgrundstück der Bekl. haben.

„[57] Soweit Ausgleich von Arbeitsleistungen des Klägers verlangt wird, ist der Vortrag des Klägers angesichts des Bestreitens und des Gegenvortrags der Beklagten weiterhin nicht ausreichend spezifiziert. Der Kläger hat – nach entsprechender Auflage des Senats vom 20. November 2008 – weiterhin nur pauschal vorgetragen, dass er im Zeitraum von Frühjahr 2001 bis August 2004 1.848 Arbeitsstunden für verschiedene Arbeiten ausgeführt haben will. Die Beklagte bestreitet die aufgelisteten Arbeiten, den behaupteten Arbeitsumfang und die angegebenen Arbeitsstunden. Die Beklagte hat nur hinsichtlich eines geringen Umfangs eine Tätigkeit des Klägers eingeräumt. Der Kläger hat beispielsweise 100 Stunden für die Planung der Finanzierung, Einholung mehrerer Angebote und Planung des Umbaus und Mitwirkung bei der Architektenplanung angegeben, ohne näher darzulegen, welche Tätigkeiten genau er hier entfaltet haben will. Die angegebene Stundenzahl von pauschal 100 – wann genau - erscheint gegriffen. Dies trifft auch auf die pauschal angesetzten 200 Stunden für das Freimachen des vorderen Grundstücksteils und das Entfernen von Sträuchern und Büschen sowie der 336 Stunden für das Freimachen des hinteren Grundstücksteils zu. Soweit der Kläger 200 Stunden für Zuarbeiten für die einzelnen Firmen während der gesamten Bauphase ansetzt, bleibt hier unklar, welche Tätigkeiten genau der Kläger ausgeführt haben will. Die Stundenzahl ist wiederum nur pauschal auf den gesamten Zeitraum von über drei Jahren behauptet. Soweit die Beklagte die Ausführung von weiteren Arbeiten bestreitet und behauptet, dass Dritte oder sie selbst die Arbeiten ausgeführt hätten, hätte der Kläger nunmehr im Einzelnen darlegen müssen, wann – zumindest unter Eingrenzung des Zeitraumes - er welche Arbeiten ausgeführt hat, und hierfür Beweis antreten müssen. Die Vernehmung der angebotenen Zeugen würde auf einen un-

zulässigen Ausforschungsbeweis hinauslaufen. Soweit die Beklagte teilweise einräumt, dass der Kläger bestimmte Arbeiten allein oder mit ihr gemeinsam ausgeführt hat, ist die Stundenzahl bestritten. Da die Stundenzahlen auch nur pauschal behauptet werden, reicht einfaches Bestreiten aus. Danach sind die behaupteten Arbeitsleistungen insgesamt erheblich bestritten, ein weitergehenden Ausgleichsanspruch nach § 313 BGB in einer bestimmten Höhe kann nicht festgestellt werden. Insoweit ist zu berücksichtigen, dass ein korrigierender Eingriff nur gerechtfertigt ist, wenn dem Leistenden die Beibehaltung der durch die Leistungen geschaffenen Vermögensverhältnisse nach Treu und Glauben nicht zuzumuten ist (vgl. BGH Urteile vom 09. Juli 2008, a.a.O.). Diese Zumutbarkeitsgrenze ist hinsichtlich der vom Kläger durchgeführten Arbeiten - soweit diese von der Beklagten eingeräumt werden - nicht überschritten und die Arbeiten rechtfertigen daher keinen Ausgleich, zumal einem verstärkten häuslichen Einsatz des Klägers eine umfangreichere und zunehmend einträgliche Berufstätigkeit der Beklagten gegenüberstand.“

Ein Anspruch des Kl. auf Ausgleich der erbrachten Arbeitsleistung besteht daher nicht.

*C. Anspruch bezüglich der Investition in den Geschäftsbetrieb der Bekl.*

*I. Anspruch aus §§ 730, 731 BGB wegen Auflösung einer GbR*

„[59] Ein gesellschaftsrechtlicher Ausgleichsanspruch scheidet aus, weil nicht festgestellt werden kann, dass eine gemeinsame Wertschöpfung der Parteien beabsichtigt war. Besondere Absprachen zwischen den Parteien sind nach dem Vortrag des Klägers nicht getroffen worden. Es kann nicht festgestellt werden, dass der Kläger für das Geschäft der Beklagten überobligatorische Beiträge geleistet hat, die die Annahme nahe legen, dass der Kläger wirtschaftlich beteiligt sein sollte. Der Kläger hat nur pauschal behauptet, dass er „mindestens einen Betrag von 15.000,00 DM“ für die Anschaffungen des Geschäfts beigesteuert hat. Die Beklagte hat dies bestritten und ihrerseits behauptet, dass sie insgesamt selbst 24.500,00 DM investiert hat. Der Kläger hat für seine – unsubstantiierte - Behauptung keinen Beweis angetreten. Ob der Kläger über entsprechende finanzielle Mittel verfügte, was er mit Kopien aus Kontoauszügen vom 15. August 1997, 27. Oktober 1997 und 19. März 1998 zu belegen sucht und die Beklagte - u.a. mit dem unwidersprochenen Hinweis auf einen abzulösenden Kredit für einen F. - bestreitet, kann dahin stehen. Hinsichtlich der behaupteten Arbeitsleistungen des Klägers kann nicht festgestellt werden, dass diese in einem solchen Umfang erbracht worden sind, die eine gesellschaftsrechtliche Verbundenheit der Parteien rechtfertigen würde. Im

Übrigen hat die Beklagte eine Rechnung des Klägers vom 10. Dezember 2002 vorgelegt, wonach der Kläger der Beklagten „für den Umbau und Renovierung“ des Kosmetikgeschäfts 1.500 EUR berechnet hat. Die Beklagte hat diesen Betrag nach dem Kontoauszug der D. vom 19.12.2002 auch bezahlt. Die Forderung in Bezug auf Arbeitsleistungen des Klägers ist daher infolge Erfüllung erloschen.“

#### II. Ansprüche aus § 812 I 2. Fall und § 313 BGB

„[60] Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung gemäß §§ 812 ff. BGB sind nicht gegeben, weil es insoweit an einer Zweckabrede im Sinne der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs fehlt. Der Kläger hat auch einen Ausgleichsanspruch wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage gemäß § 313 BGB nicht schlüssig behauptet. Der Kläger hat nicht dargelegt, dass er Geldmittel in der behaupteten Höhe („mindestens 15.000 DM“ ?) in das Geschäft gesteckt hat. Bereits der Höhe nach handelt es sich nicht um einen

Betrag, der ausgleichspflichtig im Sinne der genannten Rechtsprechung wäre. Denn ein Ausgleichsanspruch kommt – wie dargelegt – nur für wesentliche Leistungen in Betracht, wenn dem Leistenden die Beibehaltung der durch die Leistungen geschaffenen Vermögenswerte nach Treu und Glauben nicht zuzumuten ist (vgl. BGH Urteile vom 09. Juli 2008, a.a.O.). Abgesehen davon, dass er für seine Arbeitsleistungen aufgrund der Rechnung vom 10. Dezember 2002 bezahlt worden ist, hat er auch nicht konkret dargelegt, in welchem Umfang das Vermögen der Beklagten noch vermehrt ist und in welcher Höhe die Beklagte Kosten einer fremden Arbeitskraft erspart haben soll.“

#### D. Ergebnis

Dem Kl. steht hinsichtlich der Leistung von 110.000 DM ein Ausgleichsanspruch i.H.v. ½ gem. §§ 346 I, 313 III 1 BGB zu. Andere Ansprüche kann der Kl. nicht geltend machen.

### Standort: § 211 StGB

### Problem: Ausnutzungsbewusstsein bei Heimtücke

BGH, URTEIL VOM 10.02.2010  
2 STR 391/09 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

#### Problemdarstellung:

Der 71jährige Angeklagte regte sich immer sehr darüber auf, dass Autofahrer gegenüber seinem Hausgrundstück auf der anderen Straßenseite parkten, da er sich dann bei der Ausfahrt mit seinem Pkw behindert fühlte. In der Vergangenheit hatte er bereits einmal einen Autofahrer deshalb mit einem Pickelstiel geschlagen und war aufgrund dieses Verhaltens wegen gefährlicher Körperverletzung, §§ 223 I, 224 I Nr. 2 StGB, verurteilt worden. Trotz Ermahnung durch das Gericht und intensiver Bemühungen seiner Bewährungshelferin hielt sich der Angeklagte immer noch für gerechtfertigt, wenn er gegen solche „Falschparker“ vorging, selbst wenn er hierbei Beleidigungen oder Gewalt anwandte. Als das Opfer, ein Taxifahrer, der für ein Unternehmen in der unmittelbaren Nachbarschaft arbeitete, seinen Wagen gegenüber dem Grundstück des Angeklagten parkte und auf dessen Aufforderung, das Auto wegzusetzen, nicht reagierte, beschloss der Angeklagte, den Fahrer zu töten. Er holte eine Machete aus seinem Haus, folgte dem Opfer in die Taxizentrale und griff das völlig überraschte Opfer an, indem er ihm mit der Machete auf den Kopf schlug. Das Opfer erlitt nicht nur schwere Kopfverletzungen, bei einer Abwehrreaktion wurde ihm auch der Zeigefinger der rechten Hand abgetrennt und der Mittelfinger erlitt eine Fehlstellung, sodass das Opfer seine rechte Hand nicht mehr richtig benutzen kann.

Das Landgericht Limburg an der Lahn verurteilte den

Angeklagte aufgrund des Angriffs wegen versuchten Totschlags, §§ 212 I, 22, 23 I StGB, und schwerer Körperverletzung, § 226 I Nr. 2 StGB. Eine Strafbarkeit wegen versuchten Mordes, §§ 211, 22, 23 I StGB hatte das LG mit der Begründung abgelehnt, der Angeklagte habe keinen Tatentschluss zu einer heimtückischen Tötung gehabt, da ihm aufgrund seiner Erregung und eines Gefühls der Hilflosigkeit das Bewusstsein gefehlt habe, die Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers zur Tötung auszunutzen. Wegen der entsprechenden Gefühlslage des Angeklagten seien auch niedrige Beweggründe bei diesem nicht gegeben. Der BGH hob das Urteil insofern auf, da ein Erregungszustand weder die subjektive Seite der Heimtücke noch das Vorliegen niedriger Beweggründen ausschließe. Außerdem hätte noch das Vorliegen einer gefährlichen Körperverletzung, §§ 223 I, 224 I StGB, geprüft werden müssen, da diese auch neben § 226 I StGB noch eine selbstständige Bedeutung habe.

#### Prüfungsrelevanz:

Die Tötungsdelikte stellen ein ganz klassisches Thema in Examensaufgaben dar. Hierbei ist nicht nur das Verhältnis von Mord und Totschlag und die sich hieraus ergebenden Konsequenzen für die Anwendung von § 28 StGB häufig zu diskutieren. Auch die Prüfung der Voraussetzungen der verschiedenen Mordmerkmale ist oft ein zentrales Problem, insbesondere diejenigen von Heimtücke und niedrigen Beweggründen. Insofern mag die vorliegende Entscheidung vielleicht keine entscheidenden neuen Erkenntnisse bringen, sie bestätigt jedoch die bisherige Rechtsprechung

des BGH und bietet sich deshalb dazu an, klassische Problemkonstellationen noch einmal zum Gegenstand von Prüfungsaufgaben zu machen.

Der BGH befasst sich in der vorliegenden Entscheidung zunächst mit den Voraussetzungen für eine heimtückische Tötung bzw. einen entsprechenden Tatentschluss des Täters bei einem versuchten Mord. Heimtücke liegt nach der Rechtsprechung und einem Teil der Literatur dann vor, wenn der Täter die Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers bewusst in feindlicher Willensrichtung zur Tötung ausnutzt (BGH, NJW 2003, 1955; 2005, 1287; LK-Jähnke, § 211 Rn 41). Das Opfer ist arglos, wenn es sich im Tatzeitpunkt keines Angriffs auf Leib und Leben von Seiten des Täters versieht (BGHSt 33, 363; BGH, NSTZ-RR 1999, 234; Schönke/Schröder-Eser, § 211 Rn 24). Wehrlos ist es, wenn es aufgrund seiner Arglosigkeit keine oder nur eingeschränkte Verteidigungsmöglichkeiten besitzt (BGHSt 20, 302; 32, 282; Fischer, § 211 Rn 39 f.). In der Literatur wird teilweise zusätzlich noch eine besondere Verwerflichkeit des Täterverhaltens verlangt, für die die Ausnutzung eines zwischen Täter und Opfer bestehenden Vertrauensverhältnisses erforderlich aber auch ausreichend sein soll (Joecks, § 211 Rn 23; Schönke/Schröder-Eser, § 211 Rn 26).

Der BGH führt in der vorliegenden Entscheidung sein bisherige Rechtsprechung fort, nach der ein Vertrauensverhältnis bei der Heimtücke nicht zu prüfen ist. Hinsichtlich des insofern erforderlichen Ausnutzungsbewusstseins stellt der BGH klar, dass es hierfür genügt, dass der Täter die Arg- und Wehrlosigkeit in ihrer Bedeutung für die hilflose Lage des Angegriffenen und die Ausführung der Tat in dem Sinne erfasst, dass er sich bewusst ist, einen durch seine Ahnungslosigkeit gegenüber einem Angriff schutzlosen Menschen zu überraschen (BGH, NSTZ 2005, 688, 689; 2009, 501, 502). Bei Spontantaten könne die fehlende Tatplanung unter Umständen ein Indiz für ein fehlendes Ausnutzungsbewusstsein darstellen, schließe dieses jedoch nicht in jedem Falle aus. Auch ein erheblicher Erregungszustand des Täters spreche - auch wenn ein solcher über § 21 StGB zu einer Verminderung der Schuldfähigkeit führen könne - nicht zwingend gegen ein Ausnutzungsbewusstsein. Insofern setzt der BGH seine bisherige Rechtsprechung fort, dass Umstände, die zu einer Verminderung oder sogar zum Fehlen der Schuldfähigkeit des Täters führen können, im Rahmen des subjektiven Tatbestandes grundsätzlich keine Relevanz haben und insbesondere ein Ausnutzungsbewusstsein bei der Heimtücke nicht ausschließen (BGH, NSTZ 2006, 502 = RA 2006, 612, 614 f.; BGH, Beschluss vom 24.11.2009, Az.: 1 StR 520/09, in diesem Heft).

Niedrig i.S.v. § 211 II StGB sind die Beweggründe des Täters dann, wenn sie nach allgemeiner sittlicher An-

schauung verachtenswert sind und auf tiefster Stufe stehen (BGH, NSTZ 2002, 369; 2006, 97; Tröndle/Fischer, § 211 Rn 9; Neumann, JR 2002, 471). Der Täter selbst braucht seine Motive nicht unbedingt als "niedrig" zu bewerten (BGH, NJW 1994, 395; Fischer, § 211 Rn. 82), er muss jedoch die tatsächlichen Umstände, die die Niedrigkeit der Beweggründe ausmachen, in sein Bewusstsein aufgenommen haben und ihre Beurteilung als sittlich besonders verachtenswert muss seiner Einsicht zugänglich gewesen sein (BGH, StV 2004, 205; NSTZ 2004, 620; Fischer, § 211 Rn. 16). Der BGH betont, dass allein das Gefühl der Hilflosigkeit, das der Angeklagte im Tatzeitpunkt verspürt habe, auch im Zusammenhang mit seinem Erregungszustand, nicht zwingend dagegen spreche, dass er die Niedrigkeit seiner Beweggründe hätte erkennen können. Insbesondere aufgrund der zahlreichen früheren Ermahnungen durch das Gericht und seine Bewährungshelferin in dem früheren Strafverfahren hätte vom Angeklagten sehr wohl erwartet werden können, die sittliche Verwerflichkeit seiner Motive zu erkennen.

#### *Vertiefungshinweise:*

☐ Zum Ausnutzungsbewusstsein bei Heimtücke: BGH, NSTZ 2005, 688; 2006, 502 = RA 2006, 612; NSTZ 2007, 330; 2009, 501; Dannhorn, NSTZ 2007, 297; Rengier, NSTZ 2004, 233; Seebode, StV 2004, 596

☐ Zu § 226 I Nr. 2 StGB bei Verlust eines Fingers: BGH, NJW 2007, 1988 = RA 2007, 384; Hörnle, JURA 1998, 179; Wolters, JuS 1998, 585

☐ Zum Unmittelbarkeitszusammenhang bei §§ 226, 227 StGB: BGHSt 14, 110; 48, 34; Kühl, JURA 2002, 810; Sowada, JURA 1994, 647

#### *Kursprogramm:*

☐ Examenskurs: "Enttäuschte Liebe"

☐ Examenskurs: "Hooligan"

#### *Leitsätze (der Redaktion):*

**1. Für das - für eine heimtückische Tötung i.S.v. § 211 II StGB erforderliche - bewusste Ausnutzen der Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers genügt es, wenn der Täter die Arg- und Wehrlosigkeit in ihrer Bedeutung für die hilflose Lage des Angegriffenen und die Ausführung der Tat in dem Sinne erfasst, dass er sich bewusst ist, einen durch seine Ahnungslosigkeit gegenüber einem Angriff schutzlosen Menschen zu überraschen.**

**2. Nicht jede affektive Erregung oder heftige Gemütsbewegung hindert einen Täter daran, die Bedeutung der Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers für die Tat zu erkennen. Vielmehr ist bei erhalte-**



**ner Einsichtsfähigkeit auch die Fähigkeit des Täters, die Tatsituation in ihrem Bedeutungsgehalt für das Opfer realistisch wahrzunehmen und einzuschätzen, im Regelfall nicht beeinträchtigt.**

**Sachverhalt:**

Der 71 Jahre alte A führte über Jahre zunächst verbale Auseinandersetzungen mit Nachbarn und deren Besuchern, die ihre Autos in Höhe seines Hauses auf der gegenüberliegenden Straßenseite parkten. Er fühlte sich dadurch in der Ausfahrt mit seinem eigenen Pkw behindert, wobei er das Parken nicht nur gegenüber seiner Ausfahrt, sondern auf der gesamten Länge der Straße gegenüber seinem Hausgrundstück für verboten hielt. Seine Anzeigen bei verschiedenen Behörden blieben erfolglos, da angesichts der Breite der Straße objektiv selbst dann keine Behinderung bestand, wenn ein Auto genau gegenüber der Grundstücksausfahrt stand. Im Jahr 2002 würgte A einen Nachbarn, der gegenüber seinem Haus geparkt hatte, und verletzte ihn durch Schläge mit einem Pickelstiel. Das Amtsgericht Weilburg verurteilte A deshalb wegen gefährlicher Körperverletzung zu einer zur Bewährung ausgesetzten und seit dem Jahr 2006 erlassenen Freiheitsstrafe von zehn Monaten.

Der 61 Jahre alte N arbeitete seit dem Juni 2008 bei einem Taxiunternehmen in der unmittelbaren Nachbarschaft des A. Ebenso wie die anderen Fahrer des Unternehmens ließ auch er sich zwar anfangs von dem A dazu bewegen, sein gegenüber dessen Haus geparktes Auto umzusetzen, ging aber später auf solche Bitten nicht mehr ein. Auch am Morgen des 1. Oktober 2008 parkte N seinen Wagen auf der gegenüberliegenden Straßenseite etwa in Höhe der Eingangstür des Hauses des A. A, der dies beobachtet hatte, geriet in Wut und lief N in die Räume des Taxiunternehmens nach. Er forderte diesen auf, sein Auto wegzusetzen, und beschimpfte und beleidigte ihn. N beendete die Auseinandersetzung mit dem Hinweis, A möge sich an die Polizei wenden. Der in seiner Einsichts- und Steuerungsfähigkeit nicht erheblich beeinträchtigte A fasste dies als Provokation auf und entschloss sich, N zu töten. Er lief in sein Haus, holte eine von ihm als Urlaubsandenken aufbewahrte, etwa 70 cm lange Machete, betrat erneut die Räume des Taxiunternehmens, stürmte auf den links neben der Eingangstür stehenden, ihm seitlich zugewandten N zu und schlug diesem in Tötungsabsicht mit beiden Händen die Machete gezielt auf den Kopf. N, der sich keines Angriffs versah, wurde ungeschützt am Kopf getroffen. Bei dem Versuch, einen zweiten Schlag abzuwehren, wurde der Zeigefinger seiner rechten Hand abgetrennt und der Mittelfinger erheblich verletzt. A schlug mindestens noch ein weiteres Mal auf den Kopf des N ein, bevor dessen anwesende Kollegen die Klinge ergreifen und A überwältigen konnten. N erlitt eine offene Schädel-

fraktur und drei bis 10 cm lange Schnittwunden am Kopf. Der abgetrennte Zeigefinger musste bis zum Stumpf amputiert werden. In Folge des Verlusts des Zeigefingers und einer aus der Verletzung resultierenden Fehlstellung des Mittelfingers ist N in der Benutzung der rechten Hand erheblich eingeschränkt.

Hat A sich durch sein Verhalten am 01.10.2008 strafbar gemacht?

[Anm.: §§ 185, 240, 241 StGB sind nicht zu prüfen.]

**Lösung:**

*A. Strafbarkeit des A gem. §§ 211, 22, 23 I StGB zum Nachteil des N durch die Schläge mit der Machete*  
Durch die Schläge mit der Machete könnte A sich wegen versuchten Mordes gem. §§ 211, 22, 23 I StGB zum Nachteil des N strafbar gemacht haben.

*I. Vorprüfung*

Da N nicht gestorben ist, ist eine Strafbarkeit wegen vollendeten Mordes nicht gegeben.

Die Strafbarkeit des versuchten Mordes ergibt sich aus dessen Verbrechenscharakter, §§ 211 I, 12 I StGB, in Verbindung mit § 23 I StGB.

*II. Tatentschluss*

A müsste Tatentschluss zur Begehung eines Mordes gehabt haben.

Der Tatentschluss beinhaltet den Vorsatz bzgl. der Verwirklichung aller objektiven Tatbestandsmerkmale sowie das Vorliegen der sonstigen subjektiven Tatbestandsmerkmale (Joecks, § 22 Rn. 3; Wesels/Beulke, AT, Rn. 598).

*1. Bzgl. Tötung des N*

A müsste zunächst den Tatentschluss gehabt haben, N zu töten.

A hatte sich im Zeitpunkt der Schläge mit der Machete dazu entschlossen, N zu töten, handelte also mit entsprechendem Tatentschluss.

*2. Bzgl. Heimtücke*

A könnte weiterhin Tatentschluss gehabt haben, N heimtückisch zu töten.

Dann müsste A sich Umstände vorgestellt haben, die eine heimtückische Tötung darstellen würden.

*a. 1. Meinung*

Nach Rechtsprechung und einem Teil der Literatur ist eine Tötung dann heimtückisch, wenn der Täter die Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers in feindlicher Willensrichtung bewusst zur Tötung ausnutzt (BGHSt 32, 382; Lackner/Kühl, § 21 Rn 6). Arglos ist das Opfer, wenn es sich im Tatzeitpunkt eines Angriffs auf sein

Leben von Seiten des Täters nicht versieht (BGH, StV 1998, 544; Tröndle/Fischer, § 211 Rn 17). Wehrlos ist es, wenn es auf Grund der Arglosigkeit keine oder nur stark reduzierte Verteidigungsmöglichkeiten besitzt (BGHSt 20, 302; Schönke/Schröder-Eser, § 211 Rn 24a).

A wusste, dass N sich im Zeitpunkt des ersten Schlags keines Angriffs auf sein Leben versah und deshalb arglos war. Er wusste weiter, dass N aufgrund dieser Arglosigkeit nur stark reduzierte Verteidigungsmöglichkeiten besaß, da N für den Fall fehlender Arglosigkeit noch hätte versuchen können, zu fliehen oder A niederzuschlagen. Fraglich könnte jedoch sein, ob A auch in dem Bewusstsein handelte, die von ihm erkannte Arg- und Wehrlosigkeit des N zur Tötung des Opfers auszunutzen.

Hierzu führt der BGH aus: “[6] Das Landgericht hat ein heimtückisches Handeln des Angeklagten mit der Begründung abgelehnt, er habe die objektiv gegebene Arg- und Wehrlosigkeit des Nebenklägers nicht bewusst ausgenutzt. Seine affektive Erregung und das Gefühl der Hilflosigkeit und Demütigung, gepaart mit seinem spontanen Tatentschluss, hätten ihm den Blick dafür versperrt, dass dem Nebenkläger auf Grund der Schnelligkeit des Angriffs jegliche Abwehrmöglichkeit genommen gewesen sei.

[7] Diese Würdigung entbehrt einer tragfähigen Grundlage:

[8] Für das bewusste Ausnutzen der - durch das Landgericht rechtsfehlerfrei festgestellten - Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers genügt es, wenn der Täter die Arg- und Wehrlosigkeit in ihrer Bedeutung für die hilflose Lage des Angegriffenen und die Ausführung der Tat in dem Sinne erfasst, dass er sich bewusst ist, einen durch seine Ahnungslosigkeit gegenüber einem Angriff schutzlosen Menschen zu überraschen (BGH BGHR § 211 Abs. 2 Heimtücke 25, 26; NStZ 2005, 688, 689; 2009, 501, 502). Zwar kann die Spontanität des Tatentschlusses im Zusammenhang mit der Vorgeschichte und dem psychischen Zustand des Täters ein Beweisanzeichen dafür sein, dass ihm das Ausnutzungsbewusstsein fehlt (BGH NStZ 2006, 503, 504 m.w.N.). Andererseits hindert aber nicht jede affektive Erregung oder heftige Gemütsbewegung einen Täter daran, die Bedeutung der Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers für die Tat zu erkennen (BGH NStZ 2006, 167, 169; 2009, 571, 572, jew. m.w.N.). Vielmehr ist bei erhaltener Einsichtsfähigkeit auch die Fähigkeit des Täters, die Tatsituation in ihrem Bedeutungsgehalt für das Opfer realistisch wahrzunehmen und einzuschätzen, im Regelfall nicht beeinträchtigt (BGH NStZ 2008, 510, 511 f.; Beschl. v. 24. November 2009 - 1 StR 520/09). Kommt der Tatrichter dennoch zu dem Ergebnis, dass der Täter die für die Heimtücke maßgeblichen Umstände auf Grund seiner Erregung nicht in sein Bewusstsein aufgenommen hat, so muss er die

Beweisanzeichen dafür darlegen und würdigen.

[9] Eine solche umfassende Beweiswürdigung hat die Schwurgerichtskammer nicht vorgenommen. Sie hat, bezogen auf den Tötungsvorsatz, festgestellt, dass der Angeklagte in vollem Umfang über die kognitiven Fähigkeiten verfügte, sowohl die objektiven Umstände seines Tuns als auch dessen Konsequenzen subjektiv zu erfassen. Dem psychiatrischen Sachverständigen folgend, ist sie davon ausgegangen, dass die Fähigkeit des Angeklagten zur Einsicht in das Unrecht seiner Tat erhalten geblieben war. Demgegenüber hat das Landgericht das Ausnutzungsbewusstsein mit einer unzulänglichen Begründung verneint, die konkrete Umstände nicht aufzeigt, auf Grund derer die Fähigkeit des Angeklagten, die Tatsituation in ihrem Bedeutungsgehalt für das Opfer realistisch wahrzunehmen und einzuschätzen, trotz erhaltener Einsichtsfähigkeit beeinträchtigt war. Das Schwurgericht hat sich insbesondere nicht mit dem Umstand befasst, dass die ablehnende Haltung des Nebenklägers für den Angeklagten nicht überraschend kam, sondern dass es sich um eine ihm aus seinen früheren Auseinandersetzungen mit den Fahrern des Taxiunternehmens hinlänglich bekannte Alltagssituation handelte. Den von ihm in dieser Situation gefassten Entschluss, den Nebenkläger zu töten, setzte der Angeklagte entgegen der Einschätzung des Landgerichts gerade nicht spontan in die Tat um. Vielmehr entschied er sich dazu, ein geeignetes Tatwerkzeug herbeizuholen, und verließ zu diesem Zweck den späteren Tatort zunächst für mehrere Minuten, ehe er mit der Machete zurückkehrte. Dass der Angeklagte ungeachtet seiner vom Landgericht festgestellten Gemütsverfassung zu einer derart erfolgsorientierten Vorgehensweise in der Lage war, stellt ein gewichtiges Indiz gegen die Annahme fehlenden Ausnutzungsbewusstseins dar, das der neue Tatrichter in seine Würdigung einzubeziehen haben wird.

Wie vom BGH ausgeführt ist bei Kenntnis der Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers, die im vorliegenden Fall gegeben ist, und insbesondere aufgrund des planvoll-methodischen Vorgehens des A dessen Ausnutzungsbewusstsein indiziert ist. Da auch keine besonderen Umstände vorliegen, die gegen ein solches Ausnutzungsbewusstsein sprechen, hat A auch mit dem erforderlichen Ausnutzungsbewusstsein gehandelt.

A hatte also nach dieser Auffassung Tatentschluss zu einer heimtückischen Tötung des N.

### *b. 2. Meinung*

In der Literatur wird zum Teil für das Mordmerkmal der Heimtücke zusätzlich zum Ausnutzen der Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers in feindlicher Willensrichtung ein besonders verwerflicher Vertrauensbruch gefordert (SK-Horn § 211 Rn. 32, Krey, BT I, Rn 58

f.; Jakobs, JZ 1984, 996; Otto, JR 1991, 383).

Da A wusste, dass er und N sich nur flüchtig kannten und insbesondere zwischen ihnen kein Vertrauensverhältnis bestand, hat A sich keinen Vertrauensbruch vorgestellt und hatte somit nach dieser Auffassung keinen Tatentschluss hinsichtlich einer heimtückischen Tötung des N.

### c. *Stellungnahme*

Zwar ist der Literaturlauffassung zuzugestehen, dass es angesichts der hohen Strafandrohung des § 211 StGB - lebenslange Freiheitsstrafe als zwingende Rechtsfolge - geboten ist, die Mordmerkmale restriktiv auszulegen (vgl. BVerfGE 45, 187). Jedoch dürfte diese Auffassung das Mordmerkmal der Heimtücke wohl zu eng auslegen. Ihrzu Folge würde nämlich der klassische Fall des sog. "Heckenschützen", d.h. die Tötung des Opfers aus dem Hinterhalt, in aller Regel keine Heimtücke darstellen, obwohl diese Form der Tötung dem typischen Leitbild des als besonders verwerflich eingestuften Meuchelmordes entspricht. Sollte im Einzelfall nach der Rechtsprechung wegen deren geringeren Anforderungen an die Heimtücke ein unbilliges Ergebnis drohen (da ein Verhalten als Heimtückemord zu bewerten wäre, das die für einen Mord erforderliche Verwerflichkeit nicht aufweist), so könnte eine Korrektur auch noch außerhalb des Tatbestandes in der Rechtsfolge erfolgen. Zu folgen ist somit der Auffassung der Rechtsprechung.

A hatte Tatentschluss für eine heimtückische Tötung des N.

### 3. *Bzgl. Grausamkeit*

A könnte auch Tatentschluss gehabt haben, N grausam zu töten.

Die Tötung des Opfers ist grausam i.S.v. § 211 II StGB, wenn dem Opfer in gefühlloser, unbarmherziger Gesinnung Schmerzen oder Qualen seelischer oder körperlicher Art zugeführt werden, die nach Stärke oder Dauer über das für eine Tötung erforderliche Maß hinausgehen (BGHSt 3, 40; BGH, StV 1997, 565; Fischer, § 211 Rn 56).

A wollte N mit einer Machete erschlagen. Dies ist zwar eine besonders gewaltsame und brutale Art der Tötung, jedoch ist nach dem Grundsatz "in dubio pro reo" zugunsten des A davon auszugehen, dass dieser glaubte, dass N unmittelbar an den Schlägen sterben würde. Dann würde A dem N aber keine Schmerzen zufügen, die über das für die Tötung erforderliche Maß hinausgingen. A hatte also keinen Tatentschluss bzgl. einer grausamen Tötung des B.

### 3. *Sonstige niedrige Beweggründe*

A könnte aus sonstigen niedrigen Beweggründen gehandelt haben.

Die Beweggründe des Täters sind dann niedrig i.S.v. §

211 II StGB, wenn sie nach allgemeiner sittlicher Anschauung verachtenswert sind und auf tiefster Stufe stehen (BGH, NStZ 2002, 369; 2006, 97; Tröndle/Fischer, § 211 Rn 9; Neumann, JR 2002, 471).

Der BGH führt hierzu aus: "[10] Das Landgericht hat das Mordmerkmal der niedrigen Beweggründe als objektiv erfüllt angesehen und dabei - insofern rechtsfehlerfrei - auf das eklatante Missverhältnis zwischen Tatanlass und Tat abgestellt. Die subjektiven Voraussetzungen des Mordmerkmals hat es mit der Begründung verneint, das Gefühl der Hilflosigkeit habe es dem Angeklagten versperrt, die Niedrigkeit seiner Beweggründe in sein Bewusstsein aufzunehmen und gedanklich zu beherrschen, und ihn zu einer spontanen Tat hingerissen. Auch diese Erwägung hält - ungeachtet des dem Tatrichter bei seiner Würdigung zustehenden Beurteilungsspielraums (vgl. BGH NStZ 2007, 330, 331) - rechtlicher Überprüfung nicht stand.

[11] Der Tat waren über Jahre vielfache Belehrungen des Angeklagten über die Unrichtigkeit seiner Rechtsauffassung durch Polizei, Ordnungsamt, Staatsanwaltschaft, seinen eigenen Rechtsanwalt, das die Vorstrafe verhängende Gericht und seine Bewährungshelferin vorausgegangen. Insbesondere die Bewährungshelferin hatte sich bemüht, dem Angeklagten, einem unbeholfenen Autofahrer, Fahrmöglichkeiten aufzuzeigen, die ihm das Ausparken erleichtert hätten. Der Angeklagte hatte jedoch darauf bestanden, rückwärts in einem Zug immer in eine bestimmte Fahrtrichtung auszufahren, und dabei gegenüber der Bewährungshelferin angekündigt, auch künftig gegen Personen körperliche Gewalt anzuwenden, die gegenüber seiner Ausfahrt parken würden. Die zur neuen Verhandlung berufene Schwurgerichtskammer wird sich deshalb damit auseinandersetzen zu setzen haben, dass die Tat, die der Angeklagte selbst unmittelbar nach seiner Festnahme gegenüber der Polizei sowie noch in der Hauptverhandlung vor dem Landgericht ausdrücklich als gerechtfertigt bewertet hat, einen Akt der Selbstjustiz darstellte."

Aufgrund der Tatsache, dass A durch seine frühere Verurteilung und die Hinweise seiner Bewährungshelferin deutlich vor Augen geführt worden war, dass er gerade nicht dazu berechtigt ist, mit Gewalt gegen die "Falschparker" vorzugehen, steht sein rücksichtsloses Beharren auf seinem vermeintlichen Recht und das Handeln aus Selbstjustiz eine Motivation dar, die sittlich auf tiefster Stufe steht und besonders verachtenswert ist. Auch die Tatsache, dass A sich aus Wut über das Parkverhalten des N, also aus einem nichtigen Anlass, dazu entschließt, einen Menschen zu töten, spricht für die Annahme niedriger Beweggründe. A hat also aus niedrigen Beweggründen gehandelt.

### III. *Unmittelbares Ansetzen*

A müsste auch unmittelbar zur Verwirklichung des

Tatbestandes angesetzt haben, § 22 StGB.

Ein unmittelbares Ansetzen ist dann gegeben, wenn der Täter die Schwelle zum "jetzt geht es los" überschreitet, was der Fall ist, wenn er Handlungen vornimmt, die nach seinem Tatplan so eng mit der tatbestandlichen Ausführungshandlung verknüpft sind, dass sie bei ungestörtem Fortgang ohne wesentliche Zwischenschritte unmittelbar in die Tatbestandsverwirklichung einmünden sollen mit der Folge, dass aus Tätersicht das Angriffsobjekt bereits konkret gefährdet erscheint (BGH, StV 1997, 241; wistra 2002, 263; Wessels/Beulke, AT, Rn. 601).

Spätestens in dem Moment, in dem er mit der Machete zuschlug, hatte A Handlungen vorgenommen, die ohne wesentliche Zwischenschritte in die Tatbestandsverwirklichung (die Tötung des N) einmünden sollten. Auch stellte er sich in diesem Zeitpunkt eine konkrete Gefährdung des Lebens des N vor, sodass er auch die Schwelle zum "jetzt geht es los" überschritten hatte. A hat also unmittelbar angesetzt.

### III. Rechtswidrigkeit

A müsste auch rechtswidrig gehandelt haben.

A könnte aus Notwehr, § 32 StGB, gerechtfertigt sein. Dies würde zunächst eine Notwehrlage, d.h. einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff des N, voraussetzen. Angriff i.S.v. § 32 II StGB ist die von einem Menschen ausgehende Bedrohung rechtlich geschützter Güter oder Interessen (Jescheck/Weigend, AT, § 32 II 1 a; Wessels/Beulke, AT, Rn. 325). Durch das Parken gegenüber dem Hauseingang des A hat N jedoch keine rechtlich geschützten Interessen des A bedroht, insbesondere auch nicht die allgemeine Handlungsfreiheit des A, da A auch bei entsprechendem Parkverhalten - wie ja in den früheren behördlichen Verfahren festgestellt worden war - immer noch ausparken konnte. Aufgrund des Fehlens eines Angriffs des N kann A sich somit nicht auf Notwehr berufen.

A hat rechtswidrig gehandelt.

### IV. Schuld

A müsste auch schuldhaft gehandelt.

A hatte sich ausdrücklich darauf berufen, er habe sich für gerechtfertigt gehalten. Dieser Irrtum des A könnte einen Erlaubnistatbestandsirrtum darstellen. Ein solcher ist dann gegeben, wenn der Täter sich Umstände vorstellt, bei deren tatsächlichem Vorliegen er gerechtfertigt wäre (Lackner/Kühl, § 17 Rn. 9). Ein Erlaubnistatbestandsirrtum ist somit immer ein Irrtum über Umstände, also über Tatsachen. A hat sich aber im vorliegenden Fall überhaupt nicht über Tatsachen geirrt, da ihm sämtliche Tatumstände bekannt waren. Er hat diese lediglich rechtlich falsch bewertet, indem er nämlich dachte, dass ihm das Verhalten des N dazu berechtigen würde, diesen zu töten. Der Irrtum des A kann also keinen Erlaubnistatbestandsirrtum darstel-

len.

Ein Irrtum - wie derjenige des A - über Existenz bzw. Grenzen eines Rechtfertigungsgrundes ist ein Erlaubnisirrtum (BGHSt 45, 219, 224; Lackner/Kühl, § 17 Rn. 19; Heinrich, AT II, Rn. 1142). Auf den Erlaubnisirrtum ist § 17 StGB anzuwenden (BGHSt 45, 219, 225; Heinrich, AT II, Rn. 1144; Kühl, AT, § 13 Rn. 4). Entscheidend ist also, ob der Irrtum des A vermeidbar war. Ein unter § 17 StGB fallender Irrtum ist dann vermeidbar, wenn der Täter bei der ihm nach den Umständen des Falles, seiner Persönlichkeit sowie seinem Lebens- und Berufskreis zuzumutenden Gewissensanspannung das Unrechtmäßige seines Handelns hätte erkennen können (BGHSt 2, 194, 201; Fischer, § 17 Rn. 7). Da dem A insbesondere durch seine Verurteilung in dem früheren Strafverfahren deutlich vor Augen geführt worden war, dass sein gewalttames Vorgehen gegen die "Falschparker" gerade nicht erlaubt war, hätte er dies auch im vorliegenden Fall erkennen können. Der Irrtum des A war also vermeidbar.

A hat schuldhaft gehandelt. Seine Strafe kann jedoch gem. § 17 S. 2 StGB gemildert werden.

### V. Ergebnis

A ist strafbar gem. §§ 211, 22, 23 I StGB.

### B. Strafbarkeit des A gem. § 226 I Nr. 2 StGB zum Nachteil des N durch die Schläge mit der Machete

Durch die Schläge mit der Machete könnte sich A auch wegen schwerer Körperverletzung, § 226 I Nr. 2 StGB, zum Nachteil des N strafbar gemacht haben.

### I. Tatbestand

#### 1. Grunddelikt: § 223 I StGB

A müsste zunächst den Tatbestand des Grunddelikts, § 223 I StGB, verwirklicht haben, d.h. er müsste N körperlich misshandeln und/oder an der Gesundheit geschädigt haben.

Körperliche Misshandlung ist jede üble, unangemessene Behandlung, die das körperliche Wohlbefinden oder die körperliche Integrität nicht nur unerheblich beeinträchtigt (BGHSt 25, 277; Joecks, § 223 Rn. 4; LK-Lilie, § 223 Rn. 6). Eine Gesundheitsschädigung ist das Hervorrufen oder Steigern eines pathologischen Zustands (BGH, NJW 1960, 2253; Fischer, § 223 Rn. 6; Schönke/Schröder-Eser, § 223 Rn. 5).

Durch die heftigen Schläge, also eine üble, unangemessene Behandlung, hat A insbesondere das körperliche Wohlbefinden des N erheblich beeinträchtigt. Außerdem stellen die Schnittwunden und die Fraktur am Kopf des N sowie das Abtrennen eines Fingers pathologische Zustände dar, die A herbeigeführt hat. A hat N also körperlich misshandelt und an der Gesundheit geschädigt.

A handelte auch vorsätzlich hinsichtlich der körperlichen Misshandlung und Gesundheitsschädigung des N, sodass A den Tatbestand des Grunddelikts verwirklicht hat.

## 2. Qualifikation: § 226 I Nr. 2 StGB

### a. Eintritt der schweren Folge

Zunächst müsste eine der schweren Folgen des § 226 I StGB eingetreten sein. Im vorliegenden Fall könnte § 226 I Nr. 2 StGB einschlägig sein, da N infolge der verletzungsbedingten Amputation des Zeigefingers und Fehlstellung des Mittelfingers in der Nutzung der rechten Hand stark eingeschränkt ist.

Gem. § 226 I Nr. 2 StGB stellt es eine schwere Körperverletzung dar, wenn das Opfer ein wichtiges Glied des Körpers verliert oder dauerhaft nicht mehr gebrauchen kann.

Glieder i.S.v. § 226 I Nr. 2 StGB sind jedenfalls solche äußerlichen Körperteile, die eine in sich abgeschlossene Existenz mit besonderer Funktion im Gesamtorganismus haben und mit dem Körper durch ein Gelenk verbunden sind (Joecks, § 226 Rn. 10; LK-Lilie, § 224 Rn. 8). Diese Voraussetzungen sind bei einem Finger und einer Hand gegeben.

Wann ein solches Glied "wichtig" ist, ist umstritten. Eine Auffassung prüft die Wichtigkeit eines Gliedes lediglich abstrakt und nimmt ein solches bei Körpergliedern an, deren Verlust für jeden normalen Menschen eine wesentliche Beeinträchtigung des gesamten Körpers in seinen regelmäßigen Verrichtungen bedeutet, ohne dass auf individuelle Besonderheiten des Opfers einzugehen wäre (RGSt 62, 161; NK-Paeffgen, § 226 Rn. 27; Wessels/Hettinger, BT I, Rn. 289). Nach einer anderen Auffassung sind bei der Prüfung der Wichtigkeit eines Körpergliedes die individuellen Verhältnisse des Opfers zu berücksichtigen, z.B. sein Beruf (Lackner/Kühl, § 226 Rn. 3; Schönke/Schröder-Stree, § 226 Rn. 2). Nach herrschender Meinung sind bei der Prüfung der Wichtigkeit "außerkörperliche" Gesichtspunkte wie der Beruf zwar nicht zu berücksichtigen, individuelle Körpereigenschaften (z.B. Linkshändigkeit, körperliche Behinderungen) aber schon (BGH, NJW 2007, 1988, 1989 = RA 2007, 384, 386; Fischer, § 266 Rn. 7; MK-Hardtung, § 226 Rn. 27; SK-Horn/Wolters, § 226 Rn. 10).

Im vorliegenden Fall dürfte jedoch der Verlust des Zeigefingers nach allen Meinungen den Verlust eines wichtigen Gliedes darstellen, da nämlich aufgrund der gleichzeitig erfolgten Fehlstellung des Mittelfingers die gesamte rechte Hand nur noch stark eingeschränkt von N genutzt werden konnte und die starke Einschränkung der Nutzung einer Hand ungeachtet der persönlichen Verhältnisse (also etwa der Frage, ob das Opfer Rechts- oder Linkshänder ist oder ob es einen handwerklichen Beruf ausübt) einen Menschen stets

wesentlich beeinträchtigt.

Die schwere Folge des § 226 I Nr. 2 StGB ist somit eingetreten.

### b. Kausalität

Die Begehung des Grunddeliktes müsste für die Herbeiführung der schweren Folge kausal gewesen sein.

Eine Handlung ist kausal für einen Erfolg, wenn sie nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass der Erfolg in seiner konkreten Gestalt entfiel (BGHSt 49, 1, 3; Fischer, Vor § 13 Rn. 21; Joecks, Vor § 13 Rn. 23). Hätte A den N nicht durch die Schläge mit der Machete verletzt, so wäre auch weder dessen Zeigefinger abgetrennt worden noch hätte sein Mittelfinger eine Fehlstellung aufgewiesen, sodass N seine rechte Hand auch normal hätte gebrauchen können. Die Begehung des Grunddelikts war also kausal für die schwere Folge.

### c. Unmittelbarkeitszusammenhang

Wegen der erheblich höheren Strafe der Erfolgsqualifikation des § 226 I StGB im Vergleich zum Grunddelikt, § 223 I StGB, ist zusätzlich zur Kausalität des Grunddeliktes noch eine qualifizierte Voraussetzung zu fordern, nämlich ein Unmittelbarkeitszusammenhang.

Zwar ist bei §§ 226, 227 StGB streitig, ob dieser Unmittelbarkeitszusammenhang nur dann gegeben ist, wenn die schwere Folge aus dem (vorsätzlich herbeigeführten) Erfolg des Grunddeliktes resultiert (so die sog. Letalitätstheorie, Joecks, § 227 Rn. 8; MK-Hardtung, § 227 Rn. 11) oder ob es insofern auch ausreicht, dass sie durch die Handlung des Grunddelikts herbeigeführt wurde (BGHSt 14, 110, 112; 48, 34, 37 f.; Schönke/Schröder-Stree, § 227 Rn. 5). Dies kann jedoch dahinstehen, da die schwere Folge im vorliegenden Fall durch die von A vorsätzlich herbeigeführte (s.o.) Verletzung der Hand des N verursacht wurde, sodass nach beiden Meinungen der Unmittelbarkeitszusammenhang gegeben ist.

### d. Wenigstens Fahrlässigkeit (§ 18 StGB)

A müsste hinsichtlich der Herbeiführung der schweren Folge wenigstens fahrlässig gehandelt haben, § 18 StGB. Dass A den N mit einer Machete schlug stellt eine Sorgfaltspflichtverletzung dar, die in vorhersehbarer Weise zum Verlust des Zeigefingers und zur Einschränkung der Nutzung der Hand führte. A hat also wenigstens fahrlässig hinsichtlich der schweren Folge gehandelt.

## II. Rechtswidrigkeit und Schuld

A handelte auch rechtswidrig und schuldhaft.

## III. Ergebnis

A ist strafbar gem. §§ 226 I Nr. 2 StGB.

*C. Strafbarkeit des A gem. §§ 223 I, 224 I Nr. 2, 5 StGB zum Nachteil des N durch die Schläge mit der Machete*

Durch die Schläge mit der Machete könnte sich A zudem wegen gefährlicher Körperverletzung, § 223 I, 224 I Nr. 2, 5 StGB, zum Nachteil des N strafbar gemacht haben.

### *I. Tatbestand*

#### *1. Grunddelikt: § 223 I StGB*

Den Tatbestand des Grunddelikts, der Körperverletzung gem. § 223 I StGB, hat A erfüllt (s.o.).

#### *2. Qualifikation: § 224 I StGB*

##### *a. § 224 I Nr. 2 StGB*

A könnte die Körperverletzung mittels einer Waffe oder ein anderen gefährlichen Werkzeugs begangen haben, § 224 I Nr. 2 StGB.

Waffe i.S.v. § 224 I Nr. 2 StGB ist ein Gegenstand, der dazu bestimmt ist, erhebliche Verletzungen von Menschen zu verursachen (sog. "Waffe im technischen Sinne", Fischer, § 224 Rn. 9d; Joecks, § 224 Rn. 23; Wessels/Hettinger, BT I, Rn. 273). Die von A verwendete Machete ist ein "Buschmesser" und wird somit bestimmungsgemäß dazu eingesetzt, Pflanzen niederzuschlagen und nicht um Menschen zu verletzen. A hat also keine Waffe verwendet.

Anderes gefährliches Werkzeug i.S.v. § 224 I Nr. 2 StGB ist jeder Gegenstand, der nach seiner objektiven Beschaffenheit und der Art seiner Benutzung im Einzelfall dazu geeignet ist, erhebliche Verletzungen zuzufügen (BGH, NStZ 2007, 95; Fischer, § 224 Rn. 9; Lackner/Kühl, § 224 Rn. 5). Die Machete war bei der konkreten Verwendung durch A (Schläge auf Kopf und Hände des N) dazu geeignet, erhebliche Verletzungen zuzufügen, sodass sie ein gefährliches Werkzeug darstellt.

A hat die Körperverletzung mittels eines anderen gefährlichen Werkzeugs begangen.

##### *b. § 224 I Nr. 5 StGB*

A könnte die Körperverletzung auch mittels einer das Leben gefährdenden Behandlung begangen haben.

Zwar ist i.R.v. § 224 I Nr. 5 StGB streitig, ob hier eine abstrakte Lebensgefährdung ausreicht (so BGHSt 36, 9; Joecks, § 224 Rn. 38; Rengier, BT II § 14 Rn. 21) oder ob es zu einer konkreten Lebensgefahr gekommen sein muss (NK-Paeffgen, § 224 Rn. 27; Schönke/Schröder-Stree, § 224 Rn. 12). Dies kann jedoch im vorliegenden Fall dahinstehen, da durch die Schläge mit der Machete auf den Kopf des N eine konkrete Lebensgefahr hervorgerufen wurde, sodass nach beiden Meinungen die Voraussetzungen des § 224 I Nr. 5 StGB erfüllt sind.

##### *c. Vorsatz*

A handelte auch vorsätzlich hinsichtlich der qualifizierenden Umstände.

### *II. Rechtswidrigkeit und Schuld*

A handelte auch rechtswidrig und schuldhaft.

### *II. Ergebnis*

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

### *D. Konkurrenzen und Gesamtergebnis*

A hat sich durch dieselbe Handlung - den Angriff mit der Machete - wegen versuchten Mordes gem. §§ 211, 22, 23 I StGB sowie wegen schwerer Körperverletzung gem. § 226 I Nr. 2 StGB und wegen gefährlicher Körperverletzung gem. §§ 223 I, 224 I Nr. 2, 5 StGB strafbar gemacht. Aus Klarstellungsgründen bleiben sowohl die vollendeten Körperverletzungsdelikte neben dem nur versuchten Tötungsdelikt (BGHSt 44, 196; Fischer, § 211 Rn. 107) als auch die gefährliche und die schwere Körperverletzung nebeneinander bestehen (BGHSt 53, 23 f.; BGH NStZ-RR 2009, 278), und zwar - da alle Delikte durch dieselbe Handlung verwirklicht wurden - in Tateinheit, § 52 StGB.

A ist also strafbar gem. §§ 211, 22, 23 I; 226 I Nr. 2; 223 I, 224 I Nr. 2, 5; 52 StGB.

*Literaturauswertung**Öffentliches Recht*

<b>Autor/Titel:</b>	Riedel, Daniel: "Die Polizei in der Versammlung"
<b>Fundstelle:</b>	JURA 2010, 144 (Heft 2)
<b>Inhalt:</b>	Klausur auf Examensniveau zu polizeilichen Realakten im Zusammenhang mit Versammlungen. Es geht um die Abgrenzung zwischen repressivem und präventivem Polizeihandeln, sog. "Minusmaßnahmen" nach dem Versammlungsgesetz allgemein sowie - im Versammlungsrecht stets besonders reizvoll - um einen verfassungsrechtlichen Einschlag der Grundrechte, hier Art. 8 und 13 GG.

<b>Autor/Titel:</b>	Röhl, Christoph: "Neuer Wirbel um die Körperwelten"
<b>Fundstelle:</b>	BayVBl 2010, 73 (Heft 3)
<b>Inhalt:</b>	Der Plastinator Gunther von Hagens hat mit seiner Ausstellung "Körperwelten" schon vielfach für Schlagzeilen in der Presse gesorgt. Juristisch bewegt sich sein Verhalten auf der Schwelle zwischen postmortaler Menschenwürde einerseits und Wissenschaftsfreiheit andererseits. Der Autor zeichnet anlässlich des jüngsten Vorfalls - die Gerichte hatten sich im Sommer 2009 mit der Frage zu beschäftigen, ob von Hagens in seiner Ausstellung plastinierte Geschlechtsakte zeigen darf - die Chronik der Ereignisse auf und stellt sie in einen juristischen Kontext.

*Zivilrecht*

<b>Autor/Titel:</b>	Kindler, Martin: "Ausgleichsansprüche nach Beendigung einer Lebensgemeinschaft"
<b>Fundstelle:</b>	JURA 2010, 131 (Heft 2)
<b>Inhalt:</b>	Der Beitrag fasst die Änderungen in der Rechtsprechung zusammen und wendet diese auf die unterschiedlichen Anspruchsgrundlagen an. Die zugrundeliegende(n) Entscheidung(en) des 12. Zivilsenats des BGH werden über kurz oder lang Gegenstand einer Examensklausur sein. Die Lektüre ist daher dringend zu empfehlen. Hinzuweisen ist außerdem auf die Rechtsprechungsänderung bzgl. der Rückforderung schwiegereltherlicher Zuwendungen (XII ZR 189/06) - dies wird Thema in der März-Ausgabe der RA sein.

<b>Autor/Titel:</b>	Voit, Wolfgang/Geck, Carl Florian: "Unfall oder Glücksfall - Voller Schadensersatz trotz Nutzung der Abwrackprämie?"
<b>Fundstelle:</b>	NJW 2010, 117 (Heft 2)
<b>Inhalt:</b>	Der Beitrag fasst die Probleme um die Abwrackprämie zusammen und berücksichtigt dabei insbesondere die Frage, ob neben der Prämie auch Schadensersatz verlangt werden kann. Zentrale Bedeutung kommt den Aspekten der "fiktiven Wiederherstellungskosten" (vgl. hierzu auch das Urteil des OLG Karlsruhe vom 12.05.2009, 4 U 173/07 - im Heft) und des Vorteilsausgleichs zu.

<b>Autor/Titel:</b>	Özen, Kasim/Hein, Georg: "Die prozessuale Gestaltungsklage analog § 767 ZPO"
<b>Fundstelle:</b>	JuS 2010, 124 (Heft 2)
<b>Inhalt:</b>	Die Autoren fassen das Phänomen der prozessualen Gestaltungsklage analog § 767 ZPO zusammen und stellen Probleme der Zulässigkeit und der Begründetheit dar. Gelungen ist die Zusammenstellung der Fallgruppen, anhand derer die Rechtsprechung die Klageart entwickelt hat. Zum Schluss werden Hinweise zur Tenorierung gegeben. Der Beitrag ist zur Vorbereitung auf das Assessorexamen gut geeignet.

## *Strafrecht*

<b>Autor/Titel:</b>	Erb, Volker: "Der rechtfertigende Notstand"
<b>Fundstelle:</b>	JuS 2010, 108 (Heft 2)
<b>Inhalt:</b>	In Fortführung seines Aufsatzes aus Heft 1 (JURA 2010, 17) geht der Verfasser diesmal auf den strafrechtlichen Notstand gem. § 34 StGB ein. Hierbei stellt er die einzelnen Voraussetzungen anhand des üblichen Prüfungsschemas dar, bringt die insofern einschlägigen Definitionen und erläutert problematische Konstellationen anhand kurzer Beispiele. Bei streitigen Punkten werden die entsprechenden Auffassungen kurz und verständlich dargestellt. Sowohl zur erstmaligen Erarbeitung als auch zur Wiederholung des sehr examensrelevanten Rechtfertigungsgrundes des § 34 StGB hervorragend geeignet.

<b>Autor/Titel:</b>	Gerhold, Sönke: "Schwere Körperverletzung bei Rücktritt von einer versuchten Tötung auf Verlangen"
<b>Fundstelle:</b>	JURA 2010, 113 (Heft 2)
<b>Inhalt:</b>	Tritt der Täter vom Versuch einer Tötung auf Verlangen, §§ 216 I, 22, 23 I StGB, strafbefreiend zurück, hat aber bereits eine schwere, § 226 I StGB, oder gefährliche, §§ 223 I, 224 I StGB, Körperverletzung vollendet, so würde sich sein Rücktritt nach den gesetzlichen Regelungen letztlich strafscharfend auswirken. Hätte er den Erfolgseintritt nicht verhindert, so wäre der Täter nur gem. § 216 I StGB bestraft worden, die Körperverletzungsdelikte wären auf Konkurrenzebene hinter dem Tötungsdelikt zurückgetreten. Durch den Rücktritt vom Versuch des Tötungsdelikttes hingegen leben die (bereits vollendeten) Körperverletzungsdelikte allerdings wieder auf, was eigentlich dazu führen würde, dass die im Vergleich zu § 216 I StGB höheren Strafraumen der §§ 226, 224 StGB anzuwenden wären. Da es jedoch den Täter letztlich davon abhalten könnte, das Leben des Opfers zu retten, wenn er hierdurch einen höheren Strafraumen verirken würde, muss die entsprechende Konstellation irgendwie sinnvoll gelöst werden. Der Verfasser stellt die verschiedenen Lösungsansätze kurz aber anschaulich dar. Zwar kann bezweifelt werden, ob der hier vertretene Lösungsansatz (Bestrafung analog §§ 226, 216 StGB bzw. analog §§ 224, 216 StGB) wirklich der Beste ist. Trotzdem ist die Darstellung zur Vertiefung dieses in mündlichen Prüfungen immer wieder angesprochenen Problems gut geeignet.

<b>Autor/Titel:</b>	Kühl, Kristian: "Beteiligung an Selbsttötung und verlangte Fremdtötung"
<b>Fundstelle:</b>	JURA 2010, 81 (Heft 2)
<b>Inhalt:</b>	Während die täterschaftliche Tötung eines anderen Menschen stets strafbar ist - selbst wenn dieser sterben möchte, vgl. § 216 I StGB -, so ist die Teilnahme an einem Suizid mangels teilnahmefähiger Haupttat stets straflos. In diesem Aufsatz stellt der Verfasser zunächst verschiedene Ansätze dar, um zwischen diesen beiden Konstellationen abzugrenzen, dann geht er im Detail auf den Tatbestand des § 216 I StGB und dessen Voraussetzungen ein. Insbesondere die Abgrenzungsproblematik wird zwar sehr abstrakt und wenig gutachtentechnisch dargestellt, jedoch sind die Ausführungen insgesamt gut verständlich und nachvollziehbar, sodass der Beitrag zur Erarbeitung der entsprechenden Problematik gut geeignet ist.