

Öffentliches Recht

Standort: GG

Problem: Gesetzgebungskompetenz der Länder für Strafnormen

BVERFG, BESCHLUSS VOM 06.10.2009
2 BvL 5/09 (NVwZ 2010, 247)

Problemdarstellung:

Das BVerfG hatte sich im Rahmen einer konkreten Normenkontrolle nach Art. 100 GG mit der Frage zu beschäftigen, ob § 304 StGB ("gemeinschaftliche Sachbeschädigung"), der u.a. die Beschädigung "öffentlicher Denkmäler" und "Naturdenkmäler" unter Strafe stellt, eine abschließende Regelung darstellt. Das Land Sachsen hat nämlich in § 35 seines Denkmalschutzgesetzes einen Straftatbestand aufgenommen, der die Beschädigung von "Kulturdenkmälern" sanktioniert. Entsprechende Strafbestimmungen enthalten § 34 NdsDenkmSchG und § 21 SachsAnhDenkmSchG. In den übrigen Ländern wird die ungenehmigte Zerstörung von Denkmälern (nur) als Ordnungswidrigkeit geahndet. Da der Bund für das Strafrecht aus Art. 74 I Nr. 1 GG die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz innehat, kann eine landesrechtliche Regelung auf diesem Gebiet nur Bestand haben, wenn der Bund eine Lücke gelassen, d.h. von seiner Kompetenz nicht abschließenden Gebrauch i.S.d. Art. 72 I GG gemacht hat.

A. Das BVerfG geht zunächst der Frage nach, ob der im Bundesrecht verwendete Begriff der "öffentlichen Denkmäler" die im Landesrecht geregelten "Kulturdenkmäler" umfasst. Es kommt jedoch zu dem Ergebnis, dass dies nicht der Fall sei: Ein "öffentliches Denkmal" setze einen Widmungsakt und eine allgemeine Zugänglichkeit voraus, während ein "Kulturdenkmal" auch in reinem Privatbesitz sein könne. Somit hielt es die Annahme des vorlegenden Gerichts, dass schon die Regelung des § 304 StGB keinen Spielraum für den landesrechtlichen Straftatbestand lasse, für unzutreffend.

B. Das BVerfG stellt weiterhin klar, dass neben einer ausdrücklichen Regelung auch im "absichtsvollen Unterlassen" ein Gebrauchmachen liegen kann (vgl. schon BVerfGE 32, 319 [327f.]). Es war also die Frage zu klären, ob der Bund in § 304 StGB erkennbar eine abschließende Regelung erlassen wollte. Unter geradezu lehrbuchhafter Anwendung der bekannten Auslegungsmethoden legt das BVerfG allerdings dar, dass Teleologie, Systematik und Historie eher das Gegenteil nahelegen.

Prüfungsrelevanz:

Die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern im Rahmen der Art. 72, 74 GG sollte jedem Examenkandidaten geläufig sein, zumal sie - wie das BVerfG im vorliegenden Beschluss wörtlich einräumt - "im Einzelnen schwierig zu beantworten sein" kann. Sollte hier ein Problemschwerpunkt liegen, ist - wie vom BVerfG vorexerziert - auf die bekannten Auslegungsmethoden zurückzugreifen.

Prozessual kann sich die hier behandelte Frage selbstverständlich nicht nur im Rahmen einer konkreten Normenkontrolle stellen. Sie könnte z.B. auch in eine Verfassungsbeschwerde eingekleidet werden oder sich inzidenter stellen, denn die Wirksamkeit einer anzuwendenden Norm setzt zunächst ihre formelle Verfassungsmäßigkeit voraus. Sollte es tatsächlich um eine konkrete Normenkontrolle gehen, dürfte der Prüfungsstandort in Examensaufgaben übrigens nur selten die Zulässigkeit sein. In praxi - so auch hier - stellt das BVerfG zwar sehr strenge Anforderungen an die Begründung der Vorlage durch das Gericht, deren Nichteinhaltung zur Unzulässigkeit führt. Im Examen sind die Formalien aber normalerweise in Ordnung, sodass das Kompetenzproblem in der Begründetheit zu erörtern wäre.

Vertiefungshinweise:

□ Weitere Fälle problematischer Gesetzgebungskompetenz: BVerfG, RA 2008, 389 = DVBl 2008, 575 (automatische Kennzeichenerfassung); BayVerfGH, RA 2007, 155 = BayVBl 2007, 79 (Abschaffung des Vorverfahrens); BayVerfGH, RA 2007, 472 = BayVBl 2007, 492 (Büchergeld); BVerfG, RA 2006, 104 = NJW 2006, 751 (Luftsicherheitsgesetz); BVerfG, RA 2005, 440 = DVBl 2005, 1192 (Telefonüberwachung); BVerfG, RA 2004, 489 = DVBl 2004, 1233 (Juniorprofessur); BVerfG, RA 2004, 365 = NVwZ 2004, 597 (Kampfhunde); BVerfG, RA 2004, 404 = NVwZ 2004, 1346 (Ladenschluss)

□ Bestimmtheit von Strafnormen: *BVerwG*, NVwZ 2005, 597; *VGH Kassel*, NVwZ-RR 2004, 470; NVwZ-RR 1990, 472; *OVG Koblenz*, NVwZ-RR 2006, 611; *VGH Kassel*, NVwZ-RR 1990, 472; NVwZ-RR 2004, 470 [471]; *VGH Mannheim*, DÖV 1978, 848 [850]

□ Zur Abgrenzung von Strafrecht und Gefahrenab-

wehr: BVerwG, RA 2006, 273 = NJW 2006, 1225

Straftatbestände und Kunstfreiheit: BVerwG, RA 1999, 57 = NJW 1999, 304

Kursprogramm:

Examenskurs: "Lottokönig"

Examenskurs: "Feuer frei"

Leitsätze (der Redaktion):

1. Abstrakt zur Frage, wann neben dem Erlass eines Bundesgesetzes über einen bestimmten Gegenstand noch Bereiche übrig bleiben können, deren Regelung für die Gesetzgebung der Länder offen ist.

2. Konkret zur Frage, ob § 304 StGB die Länder von der Schaffung von Strafvorschriften auf dem Gebiet des Denkmalschutzes ausschließt (verneint).

Sachverhalt:

Gegenstand der Vorlage ist die Frage, inwieweit die Länder durch die Regelung in § 304 StGB von der Schaffung von Strafvorschriften auf dem Gebiet des Denkmalschutzes ausgeschlossen sind.

Das Gesetz zum Schutz und zur Pflege der Kulturdenkmale im Freistaat Sachsen (Sächsisches Denkmalschutzgesetz - SächsDenkmSchG) vom 3. 3. 1993 enthält in § 35 eine Strafvorschrift folgenden Inhalts:

(1) Wer

1. ohne die nach § 12 I Nr. 5 erforderliche Genehmigung ein Kulturdenkmal oder einen wesentlichen Teil eines Kulturdenkmals zerstört, oder

2. ohne die nach § 14 II erforderliche Genehmigung Grabungen mit dem Ziel, Kulturdenkmale zu entdecken, durchführt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder Geldstrafe bestraft.

(2) Die fahrlässige Begehung einer Tat nach Absatz 1 wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe bestraft. [...]

Der Angeschuldigte des Ausgangsverfahrens erwarb im Jahre 2002 ein unter Denkmalschutz stehendes Anwesen. Es handelte sich um ein Wohnhaus mit Anbau (Fachwerk), Scheune (Fachwerk) und um ein Wirtschaftsgebäude einer ehemaligen Mühle. Der Angeschuldigte baute das Wohnanwesen abweichend von einer Baugenehmigung um, riss die Scheune ohne entsprechende Genehmigung ab und errichtete an deren Stelle eine Doppelgarage.

Mit Anklageschrift vom 23.5.2007 wurde dem Angeschuldigten ein Vergehen der vorsätzlichen Zerstörung eines Kulturdenkmals gem. § 35 I Nr. 1 SächsDenkmSchG zur Last gelegt. Das AG Meißen setzte mit Aussetzungs- und Vorlagebeschluss vom 15. 7. 2008 das Verfahren aus und legte dem BVerfG die

Frage zur Prüfung vor, ob "§ 35 I Nr. 1, II SächsDenkmSchG insoweit mit Bundesrecht vereinbar ist, als danach die Zerstörung und Beschädigung auch privater Denkmäler und auch fahrlässiges Handeln unter Strafe gestellt wird".

Die Kammer erklärte die Vorlage für unzulässig.

Aus den Gründen:

A. Entscheidungserheblichkeit

Ein Gericht kann eine Entscheidung des BVerfG über die Verfassungsmäßigkeit gesetzlicher Vorschriften nach Art. 100 I GG nur einholen, wenn es zuvor sowohl die Entscheidungserheblichkeit der Vorschriften als auch ihre Verfassungsmäßigkeit sorgfältig geprüft hat (vgl. BVerfGE 86, 71 [76]). Das vorliegende Gericht muss hierzu darlegen, inwiefern seine Entscheidung von der Gültigkeit der zur Prüfung gestellten Normen abhängt. Ferner muss das Gericht seine Überzeugung von der Verfassungswidrigkeit der Norm näher darlegen und deutlich machen, mit welchem verfassungsrechtlichen Grundsatz die zur Prüfung gestellte Regelung seiner Ansicht nach nicht vereinbar ist. Dazu bedarf es einer Auseinandersetzung mit naheliegenden tatsächlichen und rechtlichen Gesichtspunkten sowie einer eingehenden, Rechtsprechung und Schrifttum einbeziehenden Darstellung der Rechtslage (vgl. BVerfGE 86, 71 [77]; 88, 198 [201]; 89, 329 [336f.]; 97, 49 [60]). Die Darlegungen zur Verfassungswidrigkeit der zur Prüfung gestellten Normen müssen den verfassungsrechtlichen Prüfungsmaßstab dabei nicht nur benennen, sondern auch die für die Überzeugung des Gerichts maßgebenden Erwägungen nachvollziehbar darlegen (vgl. BVerfGE 86, 71 [77f.]).

B. Subsumtion

Diesen Anforderungen wird der Vorlagebeschluss nicht gerecht. Das AG Meißen hat seine Überzeugung von der Verfassungswidrigkeit der zur Prüfung gestellten Vorschrift nicht in ausreichender Weise begründet.

I. Konkurrierende Gesetzgebungskompetenz des Bundes für das Strafrecht

Zutreffend wirft der Vorlagebeschluss die Frage auf, ob der Bund durch Erlass des § 304 StGB von seiner Gesetzgebungskompetenz nach Art. 74 I Nr. 1 GG abschließend Gebrauch gemacht hat. Bejahendenfalls wäre die entsprechende landesrechtliche Norm mit Bundesrecht unvereinbar (mit der Folge der Nichtigkeit nach Art. 31 GG, vgl. BVerfGE 67, 1 [11] sowie gem. Art. 72 I GG nichtig (vgl. zu diesbezüglichen Feststellungen BVerfGE 77, 288 [289])).

1. "Gebrauch machen" i.S.d. Art. 72 I GG

Bei der Beurteilung der Unvereinbarkeit eines formel-

len Landesgesetzes mit einem Bundesgesetz nach Art. 100 I 2 GG fungiert neben dem entsprechenden Bundesgesetz auch das Grundgesetz als Prüfungsmaßstab (vgl. BVerfGE 53, 100 [106]; 67, 1 [11]; 87, 95 [96]; Maunz, in: Maunz/Dürig, GG, Artikel 100 Rdnr. 24 [August 1971]; Dollinger, in: Umbach/Clemens/Dollinger, BVerfGG, 2. Aufl. [2005], § 80 Rdnr. 95). Im Falle des hiernach einschlägigen Art. 72 I GG hat der Landesgesetzgeber die Gesetzgebungsbefugnis, soweit nicht der Bund von der ihm verliehenen Zuständigkeit Gebrauch gemacht hat. Ein Gebrauchmachen im Sinne dieser Vorschrift liegt allerdings nicht nur dann vor, wenn der Bund eine Regelung getroffen hat. Auch in dem absichtsvollen Unterlassen einer Regelung kann ein Gebrauchmachen von einer Bundeszuständigkeit liegen, das dann insoweit Sperrwirkung für die Länder erzeugt (vgl. BVerfGE 32, 319 [327f.]).

Der Bundesgesetzgeber kann im Bereich der im StGB herkömmlich geregelten Materien Straftatbestände auch dort schaffen, wo ihm sonst durch den Zuständigkeitskatalog des Grundgesetzes Grenzen gezogen sind (vgl. BVerfGE 23, 113 [124]; 98, 265 [312]). Soweit diese Regelungen abschließend sind, verhindern sie ergänzendes oder abweichendes Landesrecht, das auf den Schutz desselben Rechtsguts gerichtet ist. Dies wird in Art. 4 II EGStGB einfachgesetzlich bestätigt (vgl. BVerfGE 98, 265 [312]).

2. Auslegung erforderlich

Die Frage, ob und inwieweit der Bund von einer Zuständigkeit Gebrauch gemacht hat, kann im Einzelnen schwierig zu beantworten sein. Die Antwort ergibt sich dabei in erster Linie aus dem Bundesgesetz selbst, in zweiter Linie aus dem hinter dem Gesetz stehenden Regelungszweck, ferner aus der Gesetzgebungsgeschichte und den Gesetzesmaterialien. Das gilt auch bei einem absichtsvollen Regelungsverzicht, der in dem Gesetzestext selbst keinen unmittelbaren Ausdruck gefunden hat. Der Erlass eines Bundesgesetzes über einen bestimmten Gegenstand rechtfertigt für sich allein noch nicht die Annahme, dass damit die Länder von eigener Gesetzgebung ausgeschlossen sind; es können Bereiche übrig bleiben, deren Regelung für die Gesetzgebung der Länder offen ist (vgl. BVerfGE 102, 99 [114f.]). Ob der Gebrauch, den der Bund von einer Kompetenz gemacht hat, abschließend ist, muss auf Grund einer Gesamtwürdigung des betreffenden Normenkomplexes festgestellt werden (vgl. BVerfGE 67, 299 [324]; BVerfGE 109, 190 [230]). In jedem Fall setzt die Sperrwirkung für die Länder voraus, dass der Gebrauch der Kompetenz durch den Bund hinreichend erkennbar ist.

3. Subsumtion für § 304 StGB

Gegenstand einer konkreten Normenkontrolle im vorliegenden Fall ist somit die Frage, welche Materie von

§ 304 StGB erfasst wird und welchen Regelungszweck diese Vorschrift verfolgt. Ergänzt um Aspekte der Gesetzesentstehung ist auf dieser Basis im Wege einer Gesamtbetrachtung die Frage nach einer abschließenden, ergänzende landesrechtliche Regelungen ausschließenden Norm zu beantworten.

a. Unzureichende Darlegung durch das vorliegende Gericht

Mit diesem Maßstab und den sich hieraus ergebenden Fragestellungen setzt sich der Vorlagebeschluss nicht hinreichend auseinander.

Das vorliegende Gericht macht keine Ausführungen dazu, aus welchen Umständen ein erkennbarer Wille des Bundesgesetzgebers zu einer abschließenden Regelung gefolgert wird. Es macht nicht deutlich, ob der Sachbereich tatsächlich umfassend und lückenlos geregelt ist und inwiefern er nach dem aus Gesetzgebungsgeschichte und Materialien ablesbaren objektivierte Willen des Gesetzgebers abschließend geregelt werden sollte (vgl. hierzu BVerfGE 102, 99 [115]). Dass sich dies, entsprechend den genannten Vorgaben, aus der Norm selbst ergibt, legt der Vorlagebeschluss nicht dar. Darüber hinaus wird aus ihm auch nicht deutlich, ob sich der Wille zu einer abschließenden Regelung aus dem Zweck der Norm oder ihrer historischen Entwicklung ergibt.

b. § 304 StGB keine evident abschließende Regelung

Für das Vorliegen einer erkennbar abschließenden Regelung liegen auch keine derartigen Anhaltspunkte vor, die eine Auseinandersetzung im Vorlagebeschluss entbehrlich machen. Im Gegenteil lassen weder der Schutzzweck noch die Entstehungsgeschichte des § 304 StGB ohne Weiteres den unmittelbaren Schluss auf eine abschließende Regelung zu.

aa. Schutzzweck der Norm

Der Schutzzweck der Norm besteht in der Wahrung des öffentlichen Interesses an der Unversehrtheit der in § 304 StGB genannten Tatobjekte (vgl. Wieck-Noodt, in: MünchKomm-StGB, 1. Aufl. [2006], § 304 Rdnr. 1). Die Vorschrift des § 304 StGB erfasst dabei nicht sämtliche, sondern nur öffentliche Denkmäler. Damit liegt ein umfassender und lückenloser Schutz von Denkmälern durch den Bund gerade nicht ohne Weiteres vor.

Der Vorlagebeschluss geht davon aus, dem Begriffsmerkmal „öffentlich“ in § 304 StGB komme eine eigenständige Bedeutung zu. Anders, als dies die Vorlagefrage vermuten lässt, kommt es hierbei auf die Eigentumsverhältnisse jedoch nicht an. Vielmehr wird ein öffentliches Denkmal durch einen entsprechenden Widmungsakt sowie eine - wenn auch beschränkte - öffentliche Zugangsmöglichkeit gekennzeichnet. Erforderlich ist hiernach eine Zweckbestimmung, durch

die die Sache der Öffentlichkeit gewidmet wird (vgl. RGSt 43, 240 [243]). Dies kann auch konkludent erfolgen (vgl. OLG Celle, NJW 1974, 1291 [1292]; Wieck-Noodt, in: MünchKomm-StGB, 1. Aufl. [2006], § 304 Rdnr. 8; Wolff, in: LK-StPO zum StGB, 12. Aufl. [2008], § 304 Rdnr. 2). Als weitere Voraussetzung ist nach weit verbreiteter Ansicht die allgemeine Zugänglichkeit des Denkmals zu fordern (vgl. RGSt 58, 346 [347]; BGH, NJW 1957, 1158; Stree, in: Schönke/Schröder, StGB, 27. Aufl. [2006], § 304 Rdnr. 4; Fischer, StGB, 56. Aufl. [2009], § 304 Rdnr. 7; Lackner/Kühl, StGB, 26. Aufl. [2007], § 304 Rdnr. 2; Wolff, in: LK-StPO zum StGB, 12. Aufl. [2008], § 304 Rdnr. 7a.E.; Eberl, BayVBl 2007, 459 [461]; Keller, Der strafrechtliche Schutz von Baudenkmalern unter Berücksichtigung der Bußgeldtatbestände in den Landesdenkmalgesetzen, 1987, S. 37; Hammer, Die geschichtliche Entwicklung des Denkmalrechts in Deutschland, 1995, S. 181, Fußn. 260; Siebertz, Denkmalschutz in Bayern, 1977, S. 180; von "leicht zugänglich" spricht auch der Bundesgesetzgeber im Rahmen des Achtzehnten Strafrechtsänderungsgesetzes, mit welchem der Schutz von Naturdenkmälern in § 304 StGB aufgenommen wurde, vgl. BT-Dr 8/2382, S. 13; offengelassen von OLG Celle, NJW 1974, 1291; ablehnend Hönes, NuR 2006, 750 [752]).

Gerade deswegen, weil die Denkmäler nach ihrer Zweckbestimmung öffentlich zugänglich sein müssten und deshalb erhöhter Gefahr der Zerstörung oder Beschädigung ausgesetzt seien, stünden diese unter einem, gegenüber der allgemeinen Sachbeschädigung erhöhten Strafschutz (vgl. BGH, NJW 1957, 1158; RGSt 58, 346 [347]; Entwürfe zu einem Deutschen Strafgesetzbuch, Dritter Teil, Denkschrift zu dem Entwurf von 1919, S. 300; Amtlicher Entwurf eines allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs, Zweiter Teil: Begründung, 1925, S. 150).

Es kann jedoch nicht ausgeschlossen werden, dass sich die Regelungsintention des Bundes lediglich darauf bezog, sicher zu stellen, dass gerade öffentliche Denkmäler, mithin solche, die in irgendeiner Form öffentlich zugänglich sind und an deren Erhaltung ein öffentliches Interesse besteht, unter einen besonderen strafrechtlichen Schutz gestellt werden. Dies schließt es nicht von vornherein aus, dass es daneben den Ländern freigestellt sein sollte, auch solche Denkmäler, welche nicht öffentlich zugänglich sind, deren Erhaltung aber ebenso im öffentlichen Interesse liegt, vor Zerstörung strafrechtlich zu schützen. Auch diesen droht in erheblichem Maße die Gefahr einer Zerstörung. So mag in vielen Fällen die Beseitigung eines Baudenkmals dem Grundstückseigentümer eine rentablere Nutzung eröffnen (vgl. Backhaus, DenkmalR in Nds., 1988, S. 146; differenzierend zu § 304 StGB Eberl, in: Eberl/Martin/Petz, BayDenkmSchutzG, 5. Aufl. [1997], Art. 23 Rdnr. 2). Der Vorlagebeschluss

legt nicht dar, inwiefern der durch § 304 StGB gewährte partielle Schutz dahingehend zu verstehen sei, dass weitergehende Normierungen, die auch nicht öffentliche Denkmäler erfassen, ausgeschlossen werden sollten.

bb. Systematik

Allein aus dem Umstand, dass sich aus Art. 4 V EGStGB für den Bereich des Denkmalschutzes kein ausdrücklicher Vorbehalt für eine landesrechtliche Vorschrift ergibt, kann entgegen der Ansicht des vorlegenden Gerichts (ebenso Weber, in: Festschr. f. Herbert Tröndle, 1989, S. 337 [344ff.]) nicht auf eine abschließende Regelung geschlossen werden. Auf Grund des grundgesetzlichen Kompetenzgefüges ist es vielmehr erforderlich, dass der Bund seinerseits deutlich macht, dass er eine abschließende Regelung getroffen hat. Dieser Wille muss erkennbar sein.

Hinzu kommt Folgendes: Ausweislich der Materialien zu Art. 4 EGStGB war es das Ziel des Gesetzgebers, die seit alters her eigenständigen Regelungen der Länder auf dem Gebiet des Feld- und Forstschatzes in gewissem Umfang fortbestehen zu lassen (vgl. BT-Dr 7/550, S. 201). Die Entwicklung der Landesdenkmalschutzgesetze unterscheidet sich aber von der der Gesetze zum Schutz von Feld und Forst. Hiervon ausgehend hätte im Vorlagebeschluss näher dargelegt werden müssen, inwiefern zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des Einführungsgesetzes zum StGB im Bereich des Denkmalschutzes neuere und ähnliche landesrechtliche Regelungen existierten, von deren Fortbestehen jedoch bewusst abgesehen werden sollte.

cc. Historie

Entgegen den Ausführungen im Vorlagebeschluss wurde das Merkmal der Öffentlichkeit nicht durch den Bundesgesetzgeber - zur rechtsstaatlich gebotenen Präzisierung - eingefügt (kritisch zum Argument möglicher Ergänzung aus Gründen des Bestimmtheitsgebots Hönes, NuR 2006, 750 [752]). Was das Tatobjekt des öffentlichen Denkmals anbelangt, geht die Regelung auf entsprechende Formulierungen in Gesetzentwürfen des 19. Jahrhunderts zurück. So enthielt bereits § 28 des Ersten Teils, 14. Abschnitt des Entwurfs des Straf-Gesetz-Buches für die Preußischen Staaten von 1828 eine Strafvorschrift, welche den Fall der Zerstörung öffentlicher Denkmäler mit Arbeitshausstrafe belegte (abgedr. bei Schubert/Regge, Quellen zur preußischen Gesetzgebung des 19. Jahrhunderts, Gesetzesrevision [1825-1848], I. Abteilung Straf- und Strafprozessrecht, Bd. 1 Strafrecht [Ministerium Dankelmann; 1827-1830], S. 365). Die genannten preußischen Regelungen nahmen dabei auf das Allgemeine Preußische Landrecht Bezug, das im Zwanzigsten Teil in § 211 ALR bereits die Verunstaltung oder Beschädigung öffentlicher Denkmäler unter Strafe stellte

(vgl. den Hinweis auf § 211 ALR in den Materiellen Abweichungen des “Revidirten Entwurfs des Criminal-Strafgesetzbuchs vom Allgemeinen Landrecht und den übrigen gegenwärtigen Criminal-Strafgesetzen”, 1833, abgedr. bei Schubert/Regge, Quellen zur preußischen Gesetzgebung des 19. Jahrhunderts, Gesetzesrevision [1825–1848], I. Abteilung Straf- und Strafprozessrecht, Bd. 3, Straf- und Strafprozessrecht [Ministerium Kampff; 1833–1837], S. 232).

Der Bundesgesetzgeber hat dieses Begriffsmerkmal ohne Kommentierung übernommen (vgl. zur historischen Entwicklung Hammer, Die geschichtliche Entwicklung des Denkmalrechts in Deutschland, 1995, S. 180ff.; Hönes, NuR 2006, 750). Behauptet das vorliegende Gericht, das Öffentlichkeitserfordernis lasse nur den Schluss zu, der Reichs- bzw. Bundesgesetzgeber habe damit auch eine negative Regelung dahingehend treffen wollen, dem Landesgesetzgeber zu untersagen, nicht öffentliche Denkmäler strafrechtlich zu schützen (so Weber, in: FS Tröndle, 1989, S. 337 [347]; i.E. ebenso Eser, in: Schönke/Schröder, StGB, 27. Aufl. [2006], Vorb. § 1 Rdnr. 41), so hätte dies historisch belegt werden müssen. Daran fehlt es. Es ist nichts dafür ersichtlich, dass diese Intention bereits den preußischen Gesetzen des 18. beziehungsweise 19. Jahrhunderts zu Grunde lag [wird weiter ausgeführt].

II. Identische landesrechtliche Regelung wäre jeden-

falls zulässig

Selbst wenn man - wie im Vorlagebeschluss - die Ansicht vertritt, der Bund habe die Materie des Denkmalschutzes umfassend geregelt, hätte das vorliegende Gericht weiter prüfen müssen, ob das Landesrecht dasselbe Rechtsgut schützt wie das Bundesrecht (vgl. BVerfGE 98, 265 [312]).

Insoweit wird teilweise vertreten, die Regelungen bezweckten jeweils den Schutz unterschiedlicher Rechtsgüter. So zielt § 304 StGB auf den Erhalt bestimmter, gemeinnützigen Zwecken gewidmeter Sachen. Demgegenüber wolle die landesrechtliche Regelung einfach den Bestand an Kulturdenkmälern schützen (vgl. zu der Strafvorschrift in § 34 NdsDenkmSchG Wiechert, in: Grosse-Suchsdorf/Schmaltz/Wiechert, NdsBauO, NdsDenkmSchG, 5. Aufl. [1992], § 34 Rdnr. 2; Reich, SachsAnhDenkmSchG, 2000, § 21 Rdnr. 1; krit. hierzu Keller, Der strafrechtliche Schutz von Baudenkmalern, 1987, S. 96). Vertreten wird aber auch, die landesrechtlichen Bestimmungen sanktionierten ausschließlich den Verstoß gegen den Genehmigungsvorbehalt (vgl. Hönes, Denkmalschutz und Denkmalpflege in RhPf., 1984, S. 63, 76f.).

Es wäre Aufgabe des vorliegenden Gerichts gewesen, hierzu Stellung zu nehmen und zu erörtern, ob die Ahndungsvorschriften eine unterschiedliche Zielrichtung verfolgen (vgl. auch Rehborn, NWVBl 1988, 325 [326]). Dies ist unterblieben.

Standort: Grundrechte

Problem: Genehmigung für “Schächten” von Opfertieren

VGH MÜNCHEN, BESCHLUSS VOM 26.11.2009
9 CE 09.2903 (NVwZ-RR 2010, 262)

Problemdarstellung:

Im vorliegenden Fall ging es um die Frage, unter welchen Voraussetzungen dem Antragsteller (ASt.) eine Genehmigung zum betäubungslosen Schlachten (sog. Schächten) von Opfertieren erteilt werden kann. Nach § 4a II Nr. 2 TierSchG kann eine solche nur, aber immerhin dann beansprucht werden, wenn sie erforderlich ist, um den Bedürfnissen von Angehörigen bestimmter Religionsgemeinschaften im Geltungsbereich des TierSchG zu entsprechen, denen zwingende Vorschriften ihrer Religionsgemeinschaft das Schächten vorschreiben oder den Genuss von Fleisch nicht geschächteter Tiere untersagen.

Der ASt. verwies zur Begründung seines Anspruchs auf seinem muslimischen Glauben und den Koran, 5. Sure. Dem VGH München genügten diese allgemein gehaltenen Ausführungen nicht. Vielmehr hätte der ASt. konkret beschreiben müssen, wie sich das religiöse Leben in der Glaubensgemeinschaft, der er angehört, abspielt. Auch hätte er glaubhaft machen müssen, welche Konsequenzen es für ihn hätte, auf die

rituellen Handlung des Schächtens zu verzichten und warum es ihm nicht möglich sei, auf Alternativen auszuweichen (als solche nennt der VGH etwa den Verzehr importierten Fleisches von geschächteten Tieren oder die kurzzeitige Betäubung der Tiere durch Elektroschocks).

Prüfungsrelevanz:

Vor Aufnahme des Tierschutzes in Art. 20a GG war sehr fraglich, ob der Erlaubnisvorbehalt des § 4a II TierSchG überhaupt verfassungsgemäß im Lichte des Art. 4 I, II GG war (vgl. Vertiefungshinweise). Ging man nämlich davon aus, dass das Schächten von Opfertieren als kultisch-rituelle Handlung zum geschützten “forum externum” der Glaubensfreiheit gehört, und nahm man mit dem BVerfG weiter an, dass die Glaubensfreiheit keinem Gesetzesvorbehalt unterliegt, so fehlte es an einer tauglichen Schranke zur Rechtfertigung des Eingriffs in die Glaubensfreiheit, der in einem Genehmigungsvorbehalt liegt. Nachdem nunmehr aber Art. 20a GG als verfassungsimmanente Schranke zur Verfügung steht, und die §§ 4, 4a TierSchG ersichtlich um einen Ausgleich im Wege “praktischer Konkordanz” zwischen Glaubensfreiheit

und Tierschutz bemüht sind, kommt man nicht mehr umhin, sie für verfassungsgemäß zu halten. (Nimmt man mit einer Literaturmeinung an, dass die Glaubensfreiheit nach Art. 140 GG i.V.m. 136 I WRV ohnehin einem Gesetzesvorbehalt unterliegt, lässt sich dieses Ergebnis umso leichter begründen).

Nachdem die Verfassungsmäßigkeit des Erlaubnisvorbehalts also geklärt sein dürfte, wenden sich die Gerichte immer mehr den Voraussetzungen für eine solche Erlaubnis zu. Dabei ist die Tendenz unverkennbar, allgemeine Berufungen auf "den Koran" o.ä. nicht mehr ausreichen zu lassen. In ähnlichen Fällen hatten z.B. das VG Düsseldorf (RA 2006, 128 = NWVB1 2006, 68) und das OVG Münster (RA 2009, 629 = NVwZ-RR 2009, 923) einer Schülerin muslimischen Glaubens die Befreiung vom Schwimmunterricht verweigert, weil sie zur Begründung ihrer Behauptung, stets ihre Körperformen verhüllen zu müssen, ebenfalls nur auf "den Koran" verwies, ohne im Detail darzulegen, wie sich ihr religiöses Leben abspielte, welche Vorschriften des Koran sie wie genau interpretierte, welche Sanktionen ihr ggf. drohten, warum sie nicht auf Alternativen (im Fall: einen sog. "Burkini") ausweichen konnte usw.

In einer Examensklausur sollte an diesen strengen Maßstab gedacht werden, wenn es um Befreiungen, Sonderregeln, Erlaubnisse usw. aus religiös motivierten Gründen geht.

Vertiefungshinweise:

Verfassungsmäßigkeit des § 4a II 2 Nr. 2, 2. Fall TierSchG: *BVerwGE*, RA 2007, 304 = *NVwZ* 2007, 461; RA 2001, 185 = *DVB1* 2001, 485; *VGH Kassel*, RA 2000, 497 = *NVwZ* 2000, 951; *Discher*, *JuS* 1996, 529

Zum Schächten von Opfertieren: *BVerfGE* 104, 337; *BVerwGE* 127, 183; *Neureither*, *JuS* 2002, 1168; *Oebecke*, *NVwZ* 2002, 302; *Kluge*, *NVwZ* 2006, 650

Effektiver Rechtsschutz auf vorläufige Duldung des Schächten: *BVerfGE*, *NVwZ-RR* 2009, 945

Kursprogramm:

Examenskurs: "Das Opferlamm"

Leitsätze (der Redaktion):

Um eine Genehmigung zum Schächten von Opfertieren nach § 4a II Nr. 2 TierSchG zu erhalten, genügt eine allgemein gehaltene Bezugnahme auf Vorschriften des Koran nicht.

Vielmehr bedarf es einer konkreten Beschreibung sowohl des religiösen Lebens der Mitglieder der Religionsgemeinschaft als auch der Ausübung der Religionspraxis.

Darüber hinaus müssen die religiöse Bedeutung

der rituellen Handlung des Schächten und des Opfern oder Verspeisens des geschächteten Fleisches sowie die religiösen Konsequenzen für den Fall, dass das Schächten nicht erlaubt wird, dargelegt werden.

Sachverhalt:

Der Ast. beantragt, den Ag. zu verpflichten, ihm eine Ausnahmegenehmigung gem. § 4a TierSchG zum Schächten von 200 - hilfsweise 100 - Schafen, Lämmern und Ziegen ohne vorherige Betäubung aus Anlass des Opferfestes Kurban Bayrami am 27.11.2009 zu erteilen. Der Antrag blieb in beiden Instanzen ohne Erfolg.

Aus den Gründen:

A. Anordnungsanspruch

Nach § 4a I TierSchG darf ein warmblütiges Tier nur geschlachtet werden, wenn es vor Beginn des Blutentzugs betäubt worden ist. Abweichend von Absatz 1 bedarf es keiner Betäubung, wenn die zuständige Behörde eine Ausnahmegenehmigung für ein Schlachten ohne Betäubung (Schächten) erteilt hat; sie darf Ausnahmegenehmigungen nur insoweit erteilen, als es erforderlich ist, den Bedürfnissen von Angehörigen bestimmter Religionsgemeinschaften im Geltungsbereich dieses Gesetzes zu entsprechen, denen zwingende Vorschriften ihrer Religionsgemeinschaft das Schächten vorschreiben oder den Genuss von Fleisch nicht geschächteter Tiere untersagen (§ 4a II Nr. 2 TierSchG). Ziel der Regelung des § 4a II Nr. 2 TierSchG ist es, den Grundrechtsschutz gläubiger Juden und Muslime zu wahren, ohne damit die Grundsätze und Verpflichtungen eines ethisch begründeten Tierschutzes, der als Staatszielbestimmung in Art. 20a GG verankert ist, aufzugeben (vgl. *BVerwGE* 127, 183). Die Erteilung einer Ausnahmegenehmigung setzt deshalb voraus, dass der Ast. substantiiert und nachvollziehbar darlegt, dass er einer Gruppe von Menschen angehört, die eine gemeinsame Glaubensüberzeugung verbindet und die für sich die zwingende Notwendigkeit des betäubungslosen, rituellen Schächten als anerkannte bindende Verhaltensregel betrachtet (vgl. *BVerfGE* 104, 337).

B. Glaubhaftmachung

Das Vorliegen dieser Voraussetzungen hat der Ast. nicht glaubhaft gemacht.

I. Glaubensgemeinschaft

Zwar ist davon auszugehen, dass seine Mitglieder einer Religionsgemeinschaft angehören, die insbesondere zum islamischen Opferfest rituelle Schlachtungen vornimmt.

II. Zwingende Vorschrift

Es ist aber nicht substantiiert und nachvollziehbar dargelegt worden, dass in dieser Gemeinschaft das religiöse Verbot der Betäubung der Schlachttiere eine bindende Verhaltensregel darstellt.

1. Umfang der Darlegungslast

Zur Darlegung der Existenz eines solchen bindenden Verbotes bedarf es einer konkreten Beschreibung sowohl des religiösen Lebens der Mitglieder der Gemeinschaft als auch der Ausübung der Religionspraxis. Darüber hinaus müssen die religiöse Bedeutung der rituellen Handlung des Schächtens und des Opfern oder Verspeisens des geschächteten Fleisches sowie die religiösen Konsequenzen für den Fall, dass das Schächten nicht erlaubt wird, dargelegt werden (vgl. Lorz/Metzger, TierSchutzG, 6. Aufl. [2008], § 4 Rdnr. 29a; Hirt/Maisack/Moritz, TierschutzG, 2. Aufl. [2007], § 4a Rdnr. 26). Erklärungen, die lediglich allgemeine Ausführungen und Hinweise auf Koranstellen enthalten, ohne auf den tatsächlich gelebten und praktizierten Glauben der konkreten Gemeinschaft einzugehen, reichen zur Darlegung nicht aus.

Beschränkt sich die begehrte Ausnahmegenehmigung – wie hier – auf bestimmte Anlässe, ist ferner darzulegen, ob die Mitglieder der Gemeinschaft auch in der übrigen Zeit daran gebunden sind, ausschließlich betäubungslos geschlachtetes Fleisch zu verzehren. In diesem Fall ist durch Angabe der Bezugsquellen darzustellen, woher dieses Fleisch bezogen wird. Greifen die Mitglieder der Gemeinschaft nur für einzelne Anlässe auf das Fleisch geschächteter Tiere zurück, verzehren sonst aber Fleisch betäubt geschlachteter Tiere, besteht innerhalb dieser Gemeinschaft kein bindendes Schächtgebot. Der Schlachtung und dem Verzehr nicht betäubter Tiere ausschließlich zu besonderen Anlässen liegen weniger religiöse, sondern eher traditionelle Motive zu Grunde. Die Versagung der Genehmigung nach § 4a II Nr. 2 TierSchG vermag daher keinen Gewissenskonflikt auszulösen. Decken die Mitglieder der Gemeinschaft ihren Fleischbedarf in der Regel durch Importware, ist darzulegen, weshalb dies für den konkreten Anlass nicht zumutbar sein soll. Bezogen auf das Opferfest ist darzulegen, ob die Glaubensgemeinschaft grundsätzlich die Möglichkeit vorsieht, den Opfertitus im Inland durch andere Handlungen (z.B. eine Spende) zu ersetzen und glaubhaft

zu machen, dass es den Mitgliedern der Gemeinschaft nicht zumutbar ist, auf solche Verfahrensweisen auszuweichen.

2. Subsumtion

Das Vorbringen des Ast. genügt diesem Darlegungsgebot nicht. Seine Vertreter haben zur Begründung ihres Antrags auf den Koran, Sure 5, verwiesen und vorgetragen, ihre religiöse Überzeugung verlange, dass sie nach den Geboten des Islam leben. Danach sei es ihnen zwingend vorgeschrieben, nur Fleisch von Tieren zu essen, die nach ihren Bestimmungen geschlachtet, d.h. geschächtet worden sind. Beim jährlichen Opferfest stelle die rituelle Schlachtung von Opfertieren einen unverzichtbaren Bestandteil ihres Glaubens und ihrer Religionsausübung dar. Zur Bekräftigung dieser Ausführungen wurden ca. 90 gleichlautende Erklärungen einzelner Mitglieder mit entsprechendem Inhalt vorgelegt. Zur Existenz einer zwingenden Vorschrift des betäubungslosen Schächtens innerhalb der Glaubensgemeinschaft liegen jedoch widersprüchliche Angaben vor. Während der 1. Vorstand des Ast. in einer mündlichen Verhandlung vor dem VG vorgetragen hat, die Elektrobetäubung werde von den Gemeindemitgliedern nicht akzeptiert, auch unter dem Jahr werde nur geschächtetes Fleisch, das aus Holland und Belgien eingeführt werde, gegessen, wurde von einem anderen Vertreter des Ast. im Rahmen einer Vorsprache bei der Genehmigungsbehörde am 14. 11. 2008 angegeben, die Mitglieder des Vereins seien an die Vorgabe, kein Fleisch von unter Betäubung geschlachteten Tieren zu verzehren, nicht gebunden. Werde das Gebot nicht eingehalten, geschehe ihnen nichts. Einige akzeptierten auch das Schächten mit Kurzzeitbetäubung. Es werde auch nicht kontrolliert, wo sich die Mitglieder während des Jahres ihr Fleisch beschafften. Schon auf Grund dieser Widersprüche ist nicht hinreichend glaubhaft gemacht, dass innerhalb der Glaubensgemeinschaft des Ast. zwingende Verhaltensregeln bestehen, die die Erteilung der begehrten Ausnahmegenehmigung rechtfertigen. Es kann daher offen bleiben, ob die Mitglieder des Ast. auch im Rahmen des Opferfestes auf Importware oder das Ausweichen auf eine Spende verwiesen werden können oder ob ihnen - wie das VG und die Ausgangsbehörde annehmen - das Schlachten der Tiere unter Elektrokurzbetäubung zu gestatten ist.

Standort: VerwR AT**Problem: Scheinverwaltungsakt**

VGH MANNHEIM, URTEIL VOM 16.12.2009
1 S 3263/08 (BECKRS 2010, 45756)

Problemdarstellung:

Im vorliegenden Fall ging es um die Frage, ob und wann ein Privatmann Verwaltungsakte wirksam erlassen kann. Konkret hatte ein Umzugsunternehmen Halteverbotsschilder aufgestellt, um seine Umzugstätigkeit ausüben zu können.

A. Private können zunächst als *Verwaltungshelfer* tätig werden. Als solche sind sie "Werkzeug" der durch sie handelnden Behörde. Verwaltungshelfer haben danach keinen eigenen Entscheidungsspielraum. Vielmehr werde sie im Auftrag der Behörde für diese tätig. Lehrbuchbeispiel ist der Schülerlotse. Verwaltungshelfer war das Umzugsunternehmen im vorliegenden Fall nicht. Zwar konnte es sich auf einen Auftrag der Straßenverkehrsbehörde in Form einer sog. "Jahresgenehmigung" zur Aufstellung von Verkehrszeichen stützen; jedoch kam ihm ein eigener Entscheidungsspielraum bei der Frage zu, ob und wann es Halteverbotsschilder aufstellte. Diese eigene Entscheidungsmacht hat ein Verwaltungshelfer nicht.

B. Sie ist vielmehr typisch für einen *Beliehenen*, der im Unterschied zum Verwaltungshelfer auch nicht für eine andere Behörde in deren Auftrag, sondern als eigene Behörde handelt. Eine Beleihung durch einen Auftrag ist aber nicht möglich; vielmehr muss der Beliehene seine Tätigkeit stets auf eine gesetzliche Grundlage stützen können, wie z.B. der Notar nach der BNotO oder der Kapitän auf See nach dem SeemannsG. Eine gesetzliche Grundlage für die Übertragung eigener Entscheidungsbefugnisse auf Private bei der Aufstellung von Verkehrszeichen existiert jedoch nicht (der VGH prüft und verwirft § 45 VI StVO, wobei die StVO selbst auch kein Gesetz ist, jedoch auf dem StVG beruht, was insoweit ausgereicht hätte).

C. Die Folgen liegen klar auf der Hand: Ist das Verkehrsschild weder von der Behörde selbst, noch einem ihrer Verwaltungshelfer, noch einem Beliehenen aufgestellt worden, fehlt es am Merkmal "Behörde", das nach § 35 S. 1 VwVfG für das Vorliegen eines Verwaltungsakts unerlässlich ist. Es liegt ein sog. "Scheinverwaltungsakt" vor, der rechtlich keine Wirkungen entfaltet. Er kann beispielsweise nicht - wie im vorliegenden Fall - als Grundlage für eine Zwangsmaßnahme in Form des Abschleppens eines KfZ dienen. Ist die Abschleppmaßnahme mangels wirksamen Grundverwaltungsakts rechtswidrig (und - vom VGH nicht geprüft, aber dennoch zu ergänzen: erweist sie sich auch nicht im Sofortvollzug als rechtmäßig, weil keine "gegenwärtige Gefahr" für ein

Schutzgut vorlag), teilt der Bescheid, mit dem die Behörde die Kosten der Zwangsmaßnahme zu liquidieren versuchte, dieses Schicksal. Der VGH bestätigt somit im Ergebnis die Aufhebung des Kostenbescheids durch das VG.

Prüfungsrelevanz:

Kaum eine Fallgestaltung aus dem besonderen Verwaltungsrecht ist so examensrelevant wie Abschleppfälle (vgl. nur die Vertiefungshinweise zu weiteren klassischen Examensproblemen aus diesem Bereich). Speziell die Frage, wann ein Halteverbotsschild als Grundverwaltungsakt für ein Abschleppen dienen kann, ist immer wieder Gegenstand von Gerichtsentscheidungen gewesen. Folgendes sollte man sich einprägen:

A. Als erstes, quasi als "Vorfrage" ist zu erörtern, ob das fragliche Verkehrszeichen überhaupt einen Verwaltungsakt darstellt.

I. "Klassiker" ist an dieser Stelle der nach wie vor bestehende Streit über das Merkmal "Einzelfall" in § 35 S. 1 VwVfG. Ein solcher wird von der ganz h.M. heute jedoch bejaht: Danach sind Verkehrszeichen zwar nicht an einen Einzelnen gerichtet, als konkret-generelle Regelungen jedoch Allgemeinverfügungen und damit Verwaltungsakte i.S.d. § 35 S. 2 VwVfG.

II. An dieser Stelle wäre im vorliegenden Fall weiter zu erörtern (und zu verneinen) gewesen, ob das Merkmal "Behörde" vorlag. Vorsicht: Aus dieser Entscheidung darf nicht der Schluss gezogen werden, dass Private keine Verkehrszeichen aufstellen können. Werden ihnen hinreichend konkrete Vorgaben gemacht, haben sie m.a.W. keinen eigenen Ermessensspielraum, können sie dies als Verwaltungshelfer einer Behörde sehr wohl. Man denke etwa an den Fall, in dem die Straßenverkehrsbehörde einem Umziehenden Halteverbotsschilder für einen konkreten Umzugsvorgang zur Verfügung stellt und genau vorgibt, wann und wo er diese Schilder aufstellen darf.

B. Unterstellt, ein Verwaltungsakt läge vor, müsste das Verkehrszeichen weiterhin - wie jeder VA - *wirksam* (nicht: rechtmäßig, bestandskräftig oder dergleichen) sein, um Rechtswirkung zu entfalten. Rechtswirksam wird es mit seiner *Bekanntgabe*, § 43 I VwVfG.

C. Für die Bekanntgabe ist es nach wohl allg. M. irrelevant, ob der betroffene Verkehrsteilnehmer das Verkehrszeichen tatsächlich gesehen hat (man bedenke die Konsequenz, dass jedermann sonst die goldene Ausrede hätte, das Verkehrszeichen habe für ihn nicht gegolten, weil er es nicht gesehen habe).

D. Vielmehr kommt es darauf an, dass es erstens *auf-*

gestellt wurde (vgl. § 45 IV StVO) und zweitens auch im Zeitpunkt des Verstoßes für einen durchschnittlichen Verkehrsteilnehmer (noch) mit einem raschen, beiläufigen Blick *erkennbar* war. Schädlich wäre also z.B. ein bis zur Unkenntlichkeit verwittertes Schild oder ein solches, das quasi unsichtbar von einem Baum verdeckt wird. Liegen diese Voraussetzungen vor, kommt das Verkehrszeichen als Grundverwaltungsakt für eine Vollstreckung, etwa in Form des Abschleppens, in Betracht.

E. Ein "Sonderproblem" ergibt sich, wenn das Verkehrszeichen erst nachträglich aufgestellt wird, der Pkw also bspw. schon parkte, als das Halteverbot bekanntgegeben wurde. Dies hat zwar mit dem hier behandelten Problem des wirksamen Grundverwaltungsakts im Grunde nichts zu tun, denn auf Kenntnisnahme des Parkers kommt es wie gesagt nicht an; jedoch streitet man sich, ob ein Abschleppen in diesem Fall *verhältnismäßig* ist, wenn nur der Verstoß gegen das Halteverbot vorliegt (also nicht etwa eine zusätzliche Gefahr hinzutritt wie die Blockade von Löschfahrzeugen, Rettungswagen o.ä.). Nach wohl h.M. stellt die Lösung für "Wochenendparker" einen angemessenen Ausgleich dar: Bis zu drei Tage darf der Parker ohne weitere Erkundigungen darauf vertrauen, dass sein Pkw noch am abgestellten Ort steht; ab dem vierten Tag trifft ihn eine Erkundigungspflicht über die (weitere) Legalität seines Parkens, mit der Folge, dass nach 72 Stunden abgeschleppt werden darf.

Vertiefungshinweise:

☐ Aufstellen des Verkehrszeichens als Bekanntgabe: *VGH Mannheim*, RA 2009, 363 = DÖV 2009, 546; *BVerwGE* 102, 316; *VGH Kassel*, NJW 1997, 1023; *VGH Mannheim*, NVwZ-RR 1990, 59; NVwZ-RR 2003, 311; *OVG Schleswig*, NVwZ-RR 2003, 647; *OVG Hamburg*, NordÖR 2004, 399; *OVG Koblenz*, DÖV 1986, 37; a.A. *OVG Hamburg*, NZV 2003, 351; *OVG Lüneburg*, NJW 2007, 1609

☐ Aus der Literatur zu diesem Thema: *Bitter/Konow*, NJW 2001, 1386; *Klenke*, NWVBl 1994, 288; *Erichsen/Hörster*, Jura 1997, 659

☐ Wartezeit für Abschleppen nach zunächst legalem Parken: *VGH Mannheim*, RA 2008, 136 = NJW 2007, 2058 (3 Tage genug); NJW 1991, 1698 (2 Tage zu kurz); *VBIBW* 2004, 29 (11 Tage genug); *OVG Münster*, NVwZ-RR 1996, 59 (2 Tage genug); *VGH Kassel*, NJW 1997, 1023 (3 Werkzeuge genug); *OVG Hamburg*, DÖV 1995, 783 (3 Werkzeuge und ein Feiertag genug)

☐ Abschleppen ohne telefonische Kontaktaufnahme: *BVerwG*, RA 2002, 689 = NJW 2002, 2122 gegen *OVG Hamburg*, RA 2005, 456 = NJW 2005, 2247; RA 2001, 691 = NJW 2001, 3647; vgl. auch *Schwabe*, NJW 2002, 652

☐ Rechtsweg bei Handeln von Verwaltungshelfern: *OVG Münster*, RA 2006, 447 = NWVBl 2006, 295 gegen *VG Düsseldorf*, RA 2006, 447 = NWVBl 2006, 305

Kursprogramm:

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

Leitsatz:

Ein Verkehrszeichen (hier: Halteverbotsschild) ist unwirksam (Scheinverwaltungsakt bzw. Nichtakt), wenn seiner Aufstellung durch einen Privaten (hier: Umzugsunternehmen) keine verkehrsrechtliche Anordnung durch die Straßenverkehrsbehörde zugrunde liegt.

Sachverhalt:

Der Kläger wendet sich gegen die Heranziehung zu den Kosten eines abgebrochenen Abschleppvorgangs. Die Firma [...] führte am Dienstag, den 24.04.2007, einen Umzug in der [...] in Ka. durch. Sie verfügte zum damaligen Zeitpunkt über eine von der Beklagten am 12.07.2006 erteilte und bis zum 31.07.2007 gültige Erlaubnis, "bei durchzuführenden Umzügen Halteverbote nach Zeichen 283 StVO im Stadtkreis Ka. aufzustellen". Diese sogenannte Jahresdauererlaubnis war auf § 45 StVO gestützt. Unter den ihr beigefügten Bedingungen und Auflagen war unter anderem vermerkt, dass der Anfang und das Ende der Halteverbotszone durch Zeichen 283-10 und 283-20 StVO anzuzeigen sei. Die Halteverbotszone sei auf die Länge des Umzugswagens mit entsprechendem Arbeits- und Rangierabstand einzurichten. Die Verkehrszeichen seien in der Regel an drei aufeinander folgenden Tagen vor dem Geltungszeitraum aufzustellen. Tag und Uhrzeit der Aufstellung der Verkehrszeichen und die Kennzeichen der Fahrzeuge, die bei Aufstellung der Verkehrszeichen bereits geparkt gewesen seien, seien schriftlich festzuhalten. Diese Aufzeichnungen seien sechs Monate lang aufzubewahren und bei Abschleppmaßnahmen der Polizei zur Verfügung zu stellen.

Dementsprechend fertigte ein Mitarbeiter der Firma [...] am Freitag, den 20.04.2007, ein Protokoll, wonach er an diesem Tag zwischen 11:00 Uhr 12:45 Uhr Schilder zur Errichtung einer am 24.04.2007 gültigen Halteverbotszone vor dem Anwesen [...] aufgestellt habe. In dem Protokoll sind die amtlichen Kennzeichen der zu diesem Zeitpunkt dort parkenden Kraftfahrzeuge notiert. Am Vormittag des 24.04.2007 verständigte ein Mitarbeiter des Umzugsunternehmens die Polizei darüber, dass der auf den Kläger zugelassene Pkw in der Halteverbotszone abgestellt war. Nachdem die Polizei nach einer Halterfeststellung vergeblich versucht hatte, den Kläger telefonisch zu errei-

chen, ordnete die Beklagte das Abschleppen des Fahrzeugs an. Zum Abschleppen kam es dann aber nicht, da der Kläger sein Fahrzeug vorher weggefahren hatte. Mit Bescheid vom 31.05.2007 setzte die Beklagte die für den begonnenen Abschleppvorgang entstandenen Kosten nebst Gebühren in Höhe von 154,57 EUR gegenüber dem Kläger fest. Hiergegen wendete sich der Kläger mit Widerspruch und Klage.

Aus den Gründen:

Das Verwaltungsgericht hat der Klage im Ergebnis zu Recht stattgegeben. Denn der angefochtene Bescheid sowie der Widerspruchsbescheid sind rechtswidrig und verletzen den Kläger in seinen Rechten (§ 113 Abs. 1 VwGO).

A. Ermächtigungsgrundlage

Der Kostenbescheid ist durch die Ermächtigungsgrundlage des § 49 Abs. 1 PolG i. V. m. § 31 Abs. 1, § 25 LVwVG nicht gedeckt.

B. Tatbestand

Die Kosten, die bei einer Ersatzvornahme angefallen sind, können nur dann gegenüber dem Polizeipflichtigen geltend gemacht werden, wenn diese Maßnahme der Verwaltungsvollstreckung rechtmäßig war (vgl. Urteil des erk. Senats vom 20.03.1986 - 1 S 2654/85 -, VBIBW 1986, 299 [302]). Das ist hier nicht der Fall. Denn der abgebrochene Abschleppvorgang als Teil einer Ersatzvornahme erweist sich als rechtswidrig. Ihr liegt ein vollstreckbarer Verwaltungsakt (§ 2 LVwVG) als Voraussetzung jeglicher Maßnahme der Verwaltungsvollstreckung nicht zugrunde.

I. Wirksamer Grundverwaltungsakt als Vollstreckungsvoraussetzung

Eine Halteverbotszone mit dem damit verbundenen - sofort vollziehbaren (§ 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 VwGO; § 2 Nr. 2 LVwVG) - Wegfahrgebot (vgl. Urteil des erk. Senats vom 27.06.2002 - 1 S 1531/01 -, ESVGH 52, 232 [juris Rz. 17] m. N.) ist durch das Aufstellen der entsprechenden Verkehrszeichen nicht wirksam eingerichtet worden. Dem Vorgehen des Umzugsunternehmens lag eine verkehrsrechtliche Anordnung, die die Merkmale eines Verwaltungsakts in Gestalt einer Allgemeinverfügung nach § 35 Satz 2 LVwVfG erfüllt (vgl. BVerwG, Urteil vom 13.12.1979 - 7 C 46.78 -, BVerwGE 59, 221), nicht zugrunde.

II. Subsumtion: Hier kein Handeln einer "Behörde"

Es fehlt bereits am Handeln einer Behörde (§ 1 Abs. 4 LVwVfG). Die Verkehrszeichen sind deswegen als bloße Schein-Verwaltungsakte (Nichtakte) einzustufen, die jedenfalls insoweit rechtliche Wirkungen nicht entfalten (vgl. etwa Bettermann in: Bachof u. a. [Hg.], Festgabe BVerwG, 1978, S. 61 [69]; v. Mutius,

VerwArch 62 [1971] 300 [304]; U. Stelkens in: Stelkens u. a. [Hg.], VwVfG, 7. Aufl. 2008, § 35 Rn. 62; OLG Zweibrücken, Beschluss vom 16.03.1976 - Ss 53/76 -, VerkMitt. 1977, Nr. 5). Auf die im erstinstanzlichen Verfahren aufgeworfenen Fragen, wann und wie im Einzelnen die Verkehrszeichen aufgestellt worden sind und ob sie als nichtig i. S. v. § 44 LVwVfG einzustufen wären (siehe dazu Janker in: Jagow/Burmann/Heß, Straßenverkehrsrecht, 20. Aufl. 2008, § 39 StVO Rn. 10 f.; König in: ders./Dauer, Straßenverkehrsrecht, 40. Aufl. 2009, § 39 StVO Rn. 31, § 41 Rn. 246 [S. 842], jeweils m. N.), kommt es demnach nicht an.

1. Kein Handeln der Straßenverkehrsbehörde selbst

Für den Erlass verkehrsregelnder Anordnungen sind nach § 45 Abs. 1 bis Abs. 1 e StVO in erster Linie die Straßenverkehrsbehörden, daneben auch die Straßenbaubehörden (§ 45 Abs. 2 StVO), zuständig. Gemäß § 45 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 StVO können die Straßenverkehrsbehörden zur Durchführung von Arbeiten im Straßenraum die Benutzung bestimmter Straßen oder Straßenstrecken beschränken oder verbieten. Nach dem Grundsatz der Selbstorganschaft muss die zuständige Behörde die ihr zugewiesenen Aufgaben grundsätzlich durch eigene Bedienstete erfüllen (vgl. U. Stelkens in: Stelkens u. a. [Hg.], VwVfG, 7. Aufl. 2008, § 35 Rn. 60 m. w. N.).

Dieser Vorgabe entspricht das auf einer offenbar langjährigen Praxis beruhende Vorgehen der Beklagten als der gemäß § 44 Abs. 1 StVO i. V. m. § 1 StVOZuG, § 13 Abs. 1 Nr. 2 LVG a. F. (§ 15 Abs. 1 Nr. 2 LVG n. F.) zuständigen Straßenverkehrsbehörde nicht. Denn der Einrichtung der Halteverbotszone im Interesse der Ermöglichung reibungsloser Be- und Entladungsarbeiten beim Umzug lag eine nach Ort und Zeit individualisierte und konkretisierte Anordnung der Beklagten nicht zugrunde. Vielmehr hat darüber allein - und ohne jegliche vorherige Ab- oder Rücksprache mit der Beklagten - das Umzugsunternehmen gemäß seinen betrieblichen Erfordernissen, wenn auch in dem durch die Jahresdauergenehmigung gesetzten allgemeinen Rechtsrahmen, entschieden.

2. Keine (wirksame) Beleihung des Umzugsunternehmens

a. Durch § 45 VI StVO

Dieses Vorgehen ist nicht etwa durch § 45 Abs. 6 StVO gedeckt. Danach müssen die Unternehmer vor dem Beginn von Arbeiten, die sich auf den Straßenverkehr auswirken von der zuständigen Behörde Anordnungen nach Absatz 1 bis 3 u. a. darüber einholen, wie ihre Arbeitsstellen abzusperren und zu kennzeichnen sind. Denn diese Bestimmung, die zwar grundsätzlich für alle Arbeiten anwendbar ist, die den Stra-

Benraum in Anspruch nehmen (vgl. König, a. a. O., § 45 StVO, Rn. 45), verlagert nach ihrem eindeutigen Wortlaut nicht etwa die Entscheidungskompetenz auf den privaten Unternehmer. Der Private wird nicht aufgrund ihm übertragener hoheitlicher Befugnisse eigenständig regelnd tätig. Vielmehr obliegt ihm - insoweit als einem bloßen Verwaltungshelfer - lediglich die tatsächliche Umsetzung der zuvor von der zuständigen Behörde getroffenen Entscheidung, indem er deren Anordnungen mittels der Verkehrszeichen gemäß § 39 Abs. 2, § 45 Abs. 4 StVO bekanntgibt (vgl. bereits zur Vorgängervorschrift des § 3 Abs. 3a StVO a. F. BVerwG, Urteil vom 26.06.1970 - VII C 10.70 -; BVerwGE 35, 334 [336 ff.]; zu § 45 Abs. 6 etwa BayObLG, Beschluss vom 23.03.1977 - 1 Ob OWi 64/77 -, BayObLGSt 1977, 47 [juris Rz. 5 f.]; König, a. a. O., § 45 StVO, Rn. 45).

b. Durch die "Jahresdauergenehmigung"

Aus der dem Umzugsunternehmen erteilten Jahresdauergenehmigung folgt keine andere rechtliche Bewertung. Sie hat nicht zur Folge, dass das Unternehmen selbst als Behörde im Sinne von § 1 Abs. 4 LVwVfG anzusehen ist, deren Handeln der Beklagten zuzurechnen wäre, oder doch jedenfalls rechtliche Wirksamkeit zukommt.

Die Jahresdauergenehmigung zielt der Sache nach darauf ab, dem Umzugsunternehmen im Interesse der Verwaltungsvereinfachung die Entscheidung über die Einrichtung von Halteverbotszonen zu überlassen. Damit sollen ihm öffentlich-rechtliche Befugnisse zur eigenverantwortlichen Ausübung übertragen werden. Dies kennzeichnet das Rechtsinstitut der Beleihung. Infolge der Beleihung wird der Beliehene aber nicht zum Organ des beleihenden Verwaltungsträgers, so dass diesem die vom beliehenen Privaten entfaltete (Verwaltungs-)Tätigkeit nicht unmittelbar zugerechnet wird (siehe Burgi in: Erichsen/Ehlers [Hg.], Allg-VerwR, 13. Aufl. 2006, § 9 Rn. 24, 29 f.; Jestaedt in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle [Hg.], GVwR I, 2006, § 14 Rn. 31, jeweils m. N.; a. A. Stelkens, NVwZ 2004, 304 [307 f.]). Vielmehr wird mit der Beleihung ein eigenständiger Verwaltungsträger geschaffen, dessen Entscheidungen als Verwaltungsakte - nach Einordnung als rechtmäßig oder (bloß) rechtswidrig, nicht aber nichtig - im Wege der Verwaltungsvollstreckung durchgesetzt werden können.

Durch die Jahresdauergenehmigung sind dem Umzugsunternehmen indessen hoheitliche Befugnisse nicht wirksam übertragen worden. Denn die Beleihung ist rechtswidrig, weil sie sich nicht auf eine gesetzliche Ermächtigungsgrundlage stützen kann, die nach den Grundsätzen des institutionellen Gesetzesvorbehalts erforderlich ist (vgl. BVerwG, Urteil vom 19.01.1989 - 7 C 31.87 -, BVerwGE 81, 185 [188]; Burgi, a. a. O., § 7 Rn. 4, Jestaedt, a. a. O., § 14 Rn.

30; F. Reimer in: GVwR I, 2006, § 9 Rn. 37).

Eine rechtsfehlerhafte Beleihung kann zwar grundsätzlich Grundlage für den Erlass von - rechtswidrigen oder auch nichtigen - Verwaltungsakten durch den rechtswidrig Beliehenen sein (vgl. Stelkens, NVwZ 2004, 305 [308]; ders. in: Stelkens u. a. [Hg.], VwVfG, 7. Aufl. 2008, § 35 Rn. 65 m. w. N.). Im vorliegenden Falle erweist sich die völlig gesetzlose Beleihung jedoch gem. § 44 Abs. 1 LVwVfG als nichtig, so dass - in Ermangelung einer Sonderregelung wie in § 15 Satz 3 BBG - kein Anlass besteht, das Umzugsunternehmen zumindest bis zur abschließenden Klärung der Rechtslage als Behörde im Sinne von § 1 Abs. 4 LVwVfG anzusehen. Nach § 44 Abs. 1 LVwVfG ist ein Verwaltungsakt nichtig, soweit er an einem besonders schwerwiegenden Fehler leidet und dies bei verständiger Würdigung aller in Betracht kommenden Umstände offensichtlich ist. Hiernach ist zwar davon auszugehen, dass die mangelnde Übereinstimmung eines Bescheids mit der anzuwendenden Rechtsgrundlage regelmäßig nur seine Rechtswidrigkeit, nicht aber seine Nichtigkeit nach sich zieht (vgl. BVerwG, Urteil vom 18.04.1997 - 3 C 3.95 -, BVerwGE 104, 289 [296]; Beschluss vom 28.02.2000 - 1 B 78.99 -, Buchholz 316 § 44 VwVfG Nr. 11 [juris Rz. 9]). Hier fehlt es aber an jeglicher Rechtsgrundlage für das Vorgehen der Beklagten, die ohne normativen Ansatzpunkt die Zuständigkeitsordnung ändern will. Sie setzt sich damit in einen unübersehbaren Widerspruch zu § 45 Abs. 6 StVO, der das Zusammenwirken von Behörden und Privaten auf dem Gebiet straßenverkehrsrechtlicher Anordnungen gerade in einem anderen Sinn regelt. Auch deswegen ist der der Beleihung anhaftende Rechtsfehler offensichtlich; ihr steht die Rechtswidrigkeit auf die Stirn geschrieben.

c. Durch nachträgliche Zustimmung

Ob das Handeln des Unternehmens der Straßenverkehrsbehörde jedenfalls dann zuzurechnen ist, wenn die Behörde diesem Vorgehen - gegebenenfalls konkludent durch widerspruchslose Hinnahme nach einer Anzeige seitens des Privaten - zugestimmt hat, kann dahinstehen (vgl. etwa VG Köln, Urteil vom 05.02.2009 - 20 K 3610/07 - [juris Rz. 26], im Anschluss an BVerwG, Urteil vom 26.06.1970 - VII C 10.70 -; BVerwGE 35, 334 [343 f.]; sowie VG Berlin, Gerichtsbescheid vom 30.11.1989 - 18 A 105.87 -, NZV 1990, 248; BayVG, Beschluss vom 17.12.1991 - 11 B 91.2603 -, NZV 1992, 382 [383]; OVG SH, Urteil vom 15.03.2008 - 2 LB 8/05 -, NordÖR 2006, 263 [265]; a. A. Bettermann, a. a. O., S. 69 f.). Denn eine solche Fallgestaltung liegt hier nicht vor. Das Unternehmen war hier nach den Auflagen und Bedingungen zur Jahresdauergenehmigung nicht zur Anzeige der von ihr eingerichteten Halteverbotszonen gegenüber der Behörde verpflichtet und hat dies auch

nicht getan. In der Anordnung des Abschleppens seitens eines Behördenmitarbeiters kann eine - nachträgliche - Zustimmung zur Errichtung der Halteverbotszone nicht gesehen werden. Eine diesbezügliche Überprüfung wurde hier nämlich ersichtlich nicht vorgenommen; vielmehr ging es hier nur um eine Vollstreckungsmaßnahme.

3. Kein "Rechtsschein" eines Verwaltungsakts

Die mit dieser Rechtsansicht verbundene zurückhaltende Bewertung allein des Rechtsscheins eines Verkehrsschildes führt nicht zu dem von der Beklagten befürchteten unzuträglichen Folgen für die Sicherheit des Straßenverkehrs. Zum einen ist hier nur der ruhen-

de Verkehr betroffen. Zum anderen sind alle Verkehrsteilnehmer an die allgemeine Rücksichtnahmepflicht nach § 1 Abs. 2 StVO gebunden. Somit muss jeder Verkehrsteilnehmer davon ausgehen, dass andere Verkehrsteilnehmer ein als solches Geltung beanspruchendes Verkehrsschild als verbindlich beachtet; darauf muss sich der Verkehrsteilnehmer einstellen, wenn ansonsten eine Gefahrensituation droht (so schon BayObLG, Urteil vom 30.03.1965 - RReg. 2b St 224/64 a-c - NJW 1965, 1973 [1977]). Der Verkehrsteilnehmer, der meint, ein Verkehrsschild bewusst missachten zu können, handelt dabei letztlich immer auf eigenes Risiko, soweit es - wie letztlich zumeist - um kostenrechtliche Folgen geht.

Standort: VerwR AT Problem: Erledigung eines VA durch konsensuales Verhalten

VGH MANNHEIM, BESCHLUSS VOM 25.01.2010
10 S 2701/09 (NVwZ 2010, 398 L)

Problemdarstellung:

Im vorliegenden Fall ging es um die Frage, unter welchen Voraussetzungen sich ein Dauerverwaltungsakt erledigt, der auf ein Unterlassen gerichtet ist (konkret: auf das Unterlassen des Aufstellens sog. "Blauer Tonnen" zur Altpapierentsorgung durch ein Privatunternehmen).

Zunächst ist an die in § 43 II VwVfG genannten Alternativen zu denken (Rücknahme, Widerruf, anderweitige Aufhebung, Zeitablauf), von denen jedoch keine vorlag. Dies behauptete das betroffene Unternehmen auch gar nicht; es berief sich vielmehr auf eine Erledigung "auf andere Weise", denn die Sach- und Rechtslage habe sich seit Erlass des Dauerverwaltungsakts geändert. Im Übrigen sei auch die Behörde davon ausgegangen, dass der Verwaltungsakt sich erledigt habe, weil sie es über Monate unterlassen habe, diesen zu vollstrecken. Hierzu führt der VGH Mannheim Folgendes aus:

I. Eine Erledigung "auf andere Weise" i.S.d. § 43 II VwVfG komme zwar grundsätzlich auch infolge einer Änderung der Sach- und Rechtslage in Betracht, etwa wenn ein VA infolgedessen gegenstandslos werde. Im vorliegenden Fall hatte sich die Rechtslage aber noch gar nicht geändert, vielmehr galt es nur, eine EG-Richtlinie bis zum 31.12.2010 umzusetzen, was bisher noch nicht geschehen war.

II. Dass die Behörde den VA lange Zeit nicht vollstreckt habe, führe ebenfalls nicht zu seiner Erledigung. Zwar habe das BVerwG (NVwZ 1998, 729) anerkannt, dass eine Erledigung allein deshalb angenommen werden könne, weil beide Seiten - Bürger und Behörde - übereinstimmend (möglicherweise rechtsirrig) von einer Erledigung ausgegangen seien. Eine

solche Erledigung durch konsensuales Verhalten müsse aber die absolute Ausnahme bleiben (wenn man denn die genannte Entscheidung des BVerwG überhaupt für richtig und verallgemeinerungsfähig halte, wie der VGH hinzusetzt). Dies gelte umso mehr, wenn aus einem behördlichen Unterlassen ein Konsens abgeleitet werden soll. Getreu dem Motto "wer schweigt erklärt nichts" lässt der VGH die faktische Nichtvollstreckung des Verwaltungsakts hierfür jedenfalls nicht genügen.

Prüfungsrelevanz:

Ob sich ein Verwaltungsakt erledigt hat oder nicht, ist für eine Vielzahl von examensrelevanten Fragen bedeutsam, angefangen mit der statthaften Klageart (Anfechtungsklage oder nach Erledigung Fortsetzungsfeststellungsklage) bis hin zu materiellen Problemen wie etwa dem Aufhänger des vorliegenden Falles, in dem die Frage war, ob noch ein wirksamer Grundverwaltungsakt für die Verwaltungsvollstreckung vorliegt (erledigte Verwaltungsakte sind bekanntlich nach § 43 II VwVfG unwirksam). Deshalb sollten Examenskandidaten in diesem Bereich auch über Detailkenntnisse verfügen.

Vertiefungshinweise:

☐ Erledigung durch Konsens: *BVerwG*, NVwZ 1998, 729

☐ Keine Erledigung durch Vollzug: *BVerwG*, RA 2009, 81 = NVwZ 2009, 122

☐ Unterlassungsanspruch gegen Altglasentsorgung: *VGH Kassel*, RA 2000, 169 = DVBl 2000, 207; NJW 1989, 1500

☐ Abfallentsorgung im "Dualen System": *OVG Münster*, RA 1999, 46 = NVwZ 1998, 1210

☐ Untersagung der Wegnahme von Restabfall: *OVG Münster*, NVwZ 2009, 1505

Zustandsverantwortlichkeit für im Container befindliche Abfälle: VG Koblenz, NVwZ-RR 2009, 634

Kursprogramm:

Examenskurs: "Der Hahn ist tot"

Leitsätze:

1. Eine bestandskräftige Verfügung, mit der einem privaten Abfallentsorgungsunternehmen untersagt wird, zum Zweck der gewerblichen Sammlung und Entsorgung von Altpapier sog. Blaue Tonnen aufzustellen, erledigt sich nicht auf andere Weise im Sinne des § 43 II BadWürttVwVfG durch konsensuales Verhalten, wenn die Abfallbehörde lediglich von der angedrohten Vollstreckung absieht.

2. Verstößt ein Abfallentsorgungsunternehmen gegen eine solche Untersagungsverfügung, ist zum gegenwärtigen Zeitpunkt deren Durchsetzung im Wege des Verwaltungszwangs weder im Hinblick auf die geplante Novellierung des Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetzes noch im Hinblick auf die gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben der Abfallrahmenrichtlinie unverhältnismäßig.

Sachverhalt:

Mit Verfügung vom 22.12.2006 untersagte das Landratsamt B. der Antragstellerin, einem privaten Abfallentsorgungsunternehmen, im Landkreis B. Abfälle, insbesondere Altpapier, im Rahmen von gewerblichen Sammlungen aus privaten Haushaltungen einzusammeln und zu entsorgen sowie entsprechende Informationen und Gefäße („Blaue Tonnen“) auszuteilen. Für den Fall der Zuwiderhandlung wurde jeweils die Festsetzung eines Zwangsgelds angedroht. Die Verfügung wurde nach erfolglos durchgeführtem Widerspruchsverfahren bestandskräftig.

Im Februar/März 2008 begann die Antragstellerin, im Landkreis B. gleichwohl sog. "Blaue Tonnen" aufzustellen und Altpapier einzusammeln. Mit Schreiben vom 19.06.2009 wies das Landratsamt die Antragstellerin unter Bezugnahme auf die Untersagungsverfügung vom 22.12.2006 darauf hin, dass die Sammlungen rechtswidrig seien. Nach weiterem Schriftwechsel drohte das Landratsamt der Antragstellerin mit Verfügung vom 19.10.2009 erneut die Festsetzung jeweils eines Zwangsgelds in Höhe von 20.000 EUR an, sofern nach dem 31.12.2009 weiterhin Abfälle, insbesondere Papier, Pappe und Kartonagen, eingesammelt und entsorgt würden (Ziffer 1 der Verfügung) und weiterhin Informationen und Gefäße an Haushalte des Landkreises ausgeteilt würden, verbunden mit der Aufforderung, der Antragstellerin Abfälle zu überlassen (Ziffer 2).

Die Antragstellerin legte Widerspruch ein und beantragte beim Verwaltungsgericht die Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes. Das Verwaltungsgericht lehnte

den Antrag im Wesentlichen mit der Begründung ab, die Vollstreckungsvoraussetzungen lägen vor, weil die Untersagungsverfügung bestandskräftig sei und sich nicht erledigt habe. Es bestünden auch keine Bedenken im Hinblick auf den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Demgegenüber wendet die Beschwerde ein, die Untersagungsverfügung habe sich nach § 43 Abs. 2 LVwVfG auf andere Weise, nämlich durch ein konsensuales Verhalten der Beteiligten erledigt. Nachdem der Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg die Zulässigkeit gewerblicher Abfallsammlungen mit Beschluss vom 11.02.2008 (- 10 S 2422/07 -) bestätigt habe, hätten sich die Beteiligten auf die veränderte Sach- und Rechtslage eingestellt. Dies ergebe sich insbesondere aus einer Presseerklärung des Landratsamts B. vom 08.04.2008, wonach gewerbliche Altpapiersammlungen „nach den jüngsten Gerichtsurteilen durch die Abfallbehörden nicht mehr verhindert werden könnten“. Hiermit habe der Landkreis ersichtlich auf die Durchsetzung der vollstreckbaren und bestandskräftigen Untersagungsverfügung verzichtet. Im Übrigen sei zu erwarten, dass die Novellierung des Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetzes im Rahmen der Umsetzung der Abfallrahmenrichtlinie zur Liberalisierung gewerblicher Altpapiersammlungen führen werde.

Aus den Gründen:

Die in der Beschwerdebegründung dargelegten Gründe, auf deren Prüfung das Beschwerdegericht nach § 146 Abs. 4 Satz 6 VwGO beschränkt ist, führen nicht dazu, dass die vom Gericht im Rahmen des § 80 Abs. 5 Satz 1 VwGO vorzunehmende Abwägung zu Gunsten des Interesses der Antragstellerin ausfällt, die aufschiebende Wirkung ihres Widerspruchs gegen die Zwangsgeldandrohung des Landratsamts B. vom 19.10.2009 anzuordnen. Der Widerspruch der Antragstellerin und eine ggf. nachfolgende Anfechtungsklage haben wahrscheinlich keine Aussicht auf Erfolg.

A. Erfolgsaussichten der Hauptsache

I. Rechtswidrigkeit der Zwangsgeldandrohung mangels wirksamen Grundverwaltungsakts

Nach § 43 Abs. 2 LVwVfG bleibt ein Verwaltungsakt wirksam, solange und soweit er nicht zurückgenommen, widerrufen, anderweitig aufgehoben oder durch Zeitablauf oder auf andere Weise erledigt ist.

Der Senat geht mit dem Verwaltungsgericht davon aus, dass sich die Untersagungsverfügung vom 22.12.2006 nicht erledigt hat. Die Erledigung eines Verwaltungsakts tritt ein, wenn dieser nicht mehr geeignet ist, rechtliche Wirkungen zu entfalten oder wenn die ihm ursprünglich innewohnende Steuerungsfunktion entfallen ist (BVerwG, Urt. v. 25.09.2008 - 7 C 5/08 -; BVerwG, Beschl. v. 17.11.1998 - 4 B 100.98 -; BVerwG, Urt. v. 27.03.1998 - 4 C 11/97 -).

1. Erledigung durch wesentliche Änderung der Sach- und Rechtslage

Eine wesentliche Änderung der Sach- und Rechtslage kann einen Verwaltungsakt gegenstandslos machen. Voraussetzung ist aber, dass hierdurch die im Verwaltungsakt getroffene Regelung als solche unmittelbar berührt wird, etwa durch Wegfall des Regelungsobjekts, des Regelungsobjekts oder des Regelungszwecks, und sich nicht lediglich deren tatsächliche oder rechtliche Voraussetzung mit der Folge geändert haben, dass dadurch eine andere Beurteilung der Rechtmäßigkeit möglich ist (VGH Bad.-Württ., Urt. v. 14.04.1993 - 11 S 461/92 -). Im vorliegenden Verfahren hat die Untersagungsverfügung vom 22.12.2006 als ein auf eine Unterlassung gerichteter Dauerverwaltungsakt ihre Steuerungsfunktion trotz der in der Zwischenzeit ergangenen obergerichtlichen Entscheidungen beibehalten. Es liegt auf der Hand, dass ein bestandskräftig verfügtes Verbot nicht allein deswegen gegenstandslos wird, weil unter Umständen eine andere rechtliche Bewertung des untersagten Verhaltens geboten ist.

2. Erledigung durch konsensuales Verhalten

Es liegen auch nicht die Voraussetzungen vor, unter denen es das Bundesverwaltungsgericht für möglich gehalten hat, dass sich ein Verwaltungsakt allein durch einen Konsens der Beteiligten im Sinne des § 43 Abs. 2 LVwVfG auf andere Weise erledigt hat (Urt. v. 27.03.1998 aaO.). Dies setzt voraus, dass alle Beteiligten der ursprünglichen Regelung übereinstimmend keine tatsächliche oder rechtliche Bedeutung mehr beimessen und sich damit bewusst auf eine neue und veränderte Sachlage einstellen, die sie ihrem weiteren Verhalten nunmehr zugrundlegen. Sie verändern mithin durch ein konsensuales Verhalten gleichsam die Geschäftsgrundlage (BVerwG, Urt. v. 27. 03.1998 aaO.).

Ungeachtet der von den Beteiligten aufgeworfenen Frage der Verallgemeinerungsfähigkeit der o.g. Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts kann der Eintritt einer Erledigung durch konsensuales Verhalten jedenfalls nur eine eng auszulegende Ausnahme darstellen, weil andernfalls die im Interesse der Rechtssicherheit gebotene förmliche Aufhebung eines Verwaltungsakts unterlaufen wird und der Fortbestand eines bestandskräftigen Verwaltungsakts grundsätzlich nicht von dem Rechtsbefolgungswillen der Beteiligten abhängig sein kann (Knack/Henneke, VwVfG, Kommentar, 9. Auflage, § 43 Rdnr. 39, Ruffert, BayVBl. 2003, 31, 39). Wenn die Behörde einen Verwaltungsakts nicht förmlich aufhebt, kann ihr Wille, den Verwaltungsaktgleichwohl als gegenstandslos zu behandeln, daher nur unter strengen Voraussetzungen und eindeutigen Umständen unterstellt werden.

a. Ausdrücklich erklärter Konsens

Von einem Konsens in diesem Sinne kann vorliegend nicht die Rede sein. Die Antragstellerin hat entgegen der bestandskräftigen Untersagungsverfügung mit der Altpapiersammlung begonnen. Nach Aktenlage hat sie vor Beginn der Sammeltätigkeit kein Einvernehmen mit dem Landkreis hergestellt. Bei einer auf ein dauerndes Verbot gerichteten Verfügung konnte sie auch nicht davon ausgehen, dass sich die Anordnung für die Zukunft allein durch den Zeitablauf erledigt und bei zukünftigen Verstößen keine Grundlage für die Vollstreckung mehr darstellen soll. Auch der Umstand, dass der Senat mit Beschluss vom 11.02.2008 (aaO.) in einem vergleichbaren Verfahren grundsätzlich von der Zulässigkeit privater gewerblicher Altpapiersammlungen ausging, gab keinen Anlass zu der Annahme, der bestandskräftige Verwaltungsakt habe allein deswegen seine Gültigkeit verloren.

Etwas anderes lässt sich auch nicht der Presseerklärung des Landratsamts vom 08.04.2008 entnehmen, auf die die Beschwerdebegründung maßgeblich abhebt. Von einem hierdurch begründeten Konsens kann schon deshalb schwerlich ausgegangen werden, weil die Antragstellerin mit ihren Aktivitäten nach übereinstimmendem Vortrag der Beteiligten bereits begonnen hatte, bevor die Presseerklärung des Landratsamts veröffentlicht wurde. In der Erklärung wird auch nicht verlautbart, dass das Landratsamt auf die Durchsetzung der Untersagungsverfügung verzichtet oder ihr keinerlei Bedeutung mehr zumisst. Ein solcher Inhalt lässt sich insbesondere nicht der Äußerung beimessen, wonach gewerbliche Abfallsammlungen nach den jüngsten Gerichtsentscheidungen nicht mehr verhindert werden könnten. Wie das Verwaltungsgericht zutreffend ausgeführt hat, stellt die Presseerklärung keine Willenserklärung gegenüber der Antragstellerin dar, sondern war an die Allgemeinheit gerichtet. Zudem bringt die Erklärung in ihrem Gesamtzusammenhang eindeutig zum Ausdruck, dass das Landratsamt die Tätigkeiten der Antragstellerin auf dem Gebiet der Altpapiersammlung missbilligt [wird ausgeführt].

Ein Konsens des Landkreises hätte daher allenfalls unter der Voraussetzung angenommen werden können, dass die Antragstellerin ihre Tätigkeit ordnungsgemäß anzeigt hätte, was nach Aktenlage nicht der Fall war, und die übrigen gesetzlichen Voraussetzungen, etwa die ordnungsgemäße Entsorgung der gesammelten Abfälle, mit positivem Ergebnis geprüft worden wären. Nicht zuletzt hat sich das Landratsamt mit einer weiteren Presseerklärung vom 11.11.2008 rechtliche Schritte gegen die Antragstellerin vorbehalten.

b. Konkludenter Konsens durch unterlassene Vollstreckung

Auch der Einwand, der Antragsgegner habe jahrelang von einer Vollstreckung der bestandskräftigen Untersa-

gungsverfügung abgesehen, obwohl hierzu die rechtlichen Voraussetzungen bestanden hätten, rechtfertigt nicht die Annahme eines Konsenses über die Gegenstandslosigkeit der Verfügung.

Bis Anfang des Jahres 2008 bestand keine Veranlassung für Vollstreckungsmaßnahmen, weil die Antragstellerin die Untersagungsverfügung so lange befolgt hat. Auch das weitere Zuwarten der Behörde mit der Festsetzung des Zwangsgelds gibt, insbesondere vor dem Hintergrund der Presseerklärungen vom 08.04. und vom 11.11.2008, keinen Anlass zu der Annahme, das Landratsamt messe der Untersagungsverfügung keine Bedeutung mehr zu. Wenn eine Behörde von der Vollstreckung eines an sich vollstreckbaren Verwaltungsakts bis auf weiteres absieht - etwa aus Gründen der Verhältnismäßigkeit -, rechtfertigt dies nicht den Schluss, dass der Grundverwaltungsakt als solcher als obsolet angesehen wird. Gerade im vorliegenden Fall spricht vieles dafür, dass der Antragsgegner ohne Aufgabe seines Rechtsstandpunkts lediglich der obergerichtlichen Rechtsprechung Rechnung getragen hat. Entgegen dem Vorbringen in der Beschwerdebegründung ist es insoweit unerheblich, ob das Revisionsverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht, das zur Bestätigung der Rechtsauffassung des Landratsamts führte (BVerwG, Urt. v. 18.06.2009 - 7 C 16/08 -), im Zeitpunkt der Presseerklärung bereits anhängig war. Der Antragsgegner hatte im Hinblick auf die uneinheitliche obergerichtliche Rechtsprechung im Jahre 2008 zur Frage der Zulässigkeit gewerblicher Altpapiersammlungen unabhängig von der Anhängigkeit eines konkreten Revisionsverfahrens hinreichenden Anlass, bis zu einer höchstrichterlichen Klärung der Rechtslage zuzuwarten (zur Rspr. im Jahr 2008 vgl. etwa Senatsbeschl. v. 11.02.2008 aaO.; OVG Lüneburg, Beschlüsse v. 24.01.2008 - 7 ME 192/07).

II. Rechtswidrigkeit der Zwangsgeldandrohung infolge Unverhältnismäßigkeit

Die Anordnung der aufschiebenden Wirkung ist auch nicht deshalb geboten, weil eine sofortige Vollziehung

im Hinblick auf eine in naher Zukunft zu erwartende Gesetzesänderung unverhältnismäßig wäre. Die Frist für die Umsetzung der Richtlinie 2008/98/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19.11.2008 über Abfälle - Abfallrahmenrichtlinie - (Abl. L 312) läuft noch bis zum 12.12.2010 (Art. 40 Abs. 1). Wie das Verwaltungsgericht zutreffend ausgeführt hat, ist nicht absehbar, dass eine Novellierung des Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetzes vor diesem Zeitpunkt erfolgen wird. Soweit ersichtlich, liegt derzeit noch kein Gesetzesentwurf vor. Abgesehen von dem ungewissen zeitlichen Rahmen einer Gesetzesnovellierung ist nicht vorhersehbar, in welcher Weise die hier einschlägige Vorschrift des § 13 KrW-/AbfG geändert wird. Es ist derzeit noch offen, ob der Interessenkonflikt zwischen den öffentlichen und privaten Entsorgungsträgern im politischen Meinungsbildungsprozess zugunsten der Antragstellerin entschieden wird [wird ausgeführt].

Nach alledem kann nicht davon ausgegangen werden, dass die Festsetzung der Zwangsgelder aufgrund einer unmittelbar bevorstehenden Änderung der Rechtslage zugunsten der Antragstellerin zum gegenwärtigen Zeitpunkt unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit unzumutbar ist.

B. Allgemeine Folgenlastabwägung

Schließlich überwiegt das private Aufschubinteresse der Antragstellerin entgegen ihrer Ansicht auch nicht deshalb, weil sie erhebliche finanzielle Investitionen getätigt hat. Denn sie muss sich zu ihren Lasten vorhalten lassen, dass sie entgegen einer bestandskräftigen Verbotsverfügung und somit auf eigenes Risiko die Altpapiersammlung aufgenommen hat. Wie ausgeführt, konnte sie aufgrund der Erklärungen des Landratsamts nicht in rechtlich schutzwürdiger Weise darauf vertrauen, dass ihre Tätigkeit in Zukunft als erlaubt behandelt oder geduldet wird. Im Übrigen hat der Antragsgegner die Antragstellerin vor der erneuten förmlichen Androhung von Zwangsgeld vor Monaten in mehreren Schriftsätzen auf die Rechtslage hingewiesen.

*Zivilrecht***Standort: Vertragsrecht****Problem: Ersatzfähigkeit von Zusendungskosten**

EUGH, URTEIL VOM 15.04.2010
C-511/08 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Der BGH hatte dem EuGH mit Beschluss vom 01.10.2008 (NJW 2009, 66) die Frage vorgelegt, ob die Bestimmungen des Art. 6 I 2 und II der Richtlinie 97/7/EG dahin auszulegen sind, dass sie einer nationalen Regelung entgegenstehen, nach der die Kosten der Zusendung der Waren auch dann dem Verbraucher auferlegt werden können, wenn er den Vertrag widerrufen hat. Im zugrundeliegenden Fall hatte die Verbraucherzentrale NRW Unterlassungsklage gegen ein Versandhandelsunternehmen erhoben, das dem Verbraucher per AGB eine Versandkostenpauschale von 4,95 € auferlegte. Diese Kosten sollten auch im Falle eines Widerrufs durch den Verbrauchers nicht erstattet werden.

Prüfungsrelevanz:

Die Rechte des Verbrauchers nach dem Widerruf eines Verbrauchervertrages richten sich gem. §§ 312, 355, 357 BGB nach § 346 BGB. Demnach kann der Verbraucher wie bei einem Rücktritt die Rückgewähr der Leistung inkl. Nutzungsersatz verlangen. Insbesondere bei einem Fernabsatzvertrag gem. § 312 b) BGB fallen in dieser Konstellation jedoch zweimal Versandkosten an, und zwar für die Hinsendung bzw. Zusendung der Ware zum Verbraucher, sowie für die Rücksendung der Ware zum Unternehmer. Während dem Verbraucher die Rücksendekosten unter den Voraussetzungen des § 357 II 2 BGB auferlegt werden können, gibt es für die Zusendungskosten keine konkrete Regelung. Die Frage, ob dem Verbraucher ein Anspruch auf Erstattung dieser Kosten gegen den Unternehmer zusteht war daher umstritten (für eine Erstattung z.B. *OLG-Karlsruhe*, NJW-RR 2008, 1016; *Braun*, ZGS 2008, 129; *Brönneke*, MMR 2004, 127; *Erman/Sänger*, § 357 Rn. 2; dagegen: *OLG Nürnberg*, NJW-RR 2005, 1581; *Palandt/Grüneberg*, § 346 Rn. 5, *Pfeiffer*, ZGS 2008, 48; *Hoffmann*, NJW 2009, 2649 [2651]). Hierfür war nicht zuletzt die Fernabsatzrichtlinie 97/7/EG verantwortlich, die in Art. 6 I und II ausführte: „Die einzigen Kosten, die dem Verbraucher infolge der Ausübung seines Widerrufsrechts auferlegt werden können, sind die unmittelbaren Kosten der Rücksendung

der Waren.“ Im 14. Erwägungsgrund gestattete die Richtlinie den Mitgliedstaaten allerdings, „weitere Bedingungen und Einzelheiten für den Fall der Ausübung des Widerrufsrechts festzulegen“. Daher war unklar, ob die Frage der Erstattungsfähigkeit der Zusendungskosten den Mitgliedstaaten oblag oder ob sie unter die Richtlinie fallen sollte. Eine nationale Regelung kann z.B. in § 448 I 2. Fall BGB gesehen werden, wonach der Käufer die Kosten für eine Versendung der Sache nach einem anderen Ort als dem Erfüllungsort zu tragen hat.

Der EuGH kommt durch Auslegung des Art. 6 der Richtlinie jedoch zu einem anderen Ergebnis: Die Zusendungskosten dürfen dem Verbraucher nicht auferlegt werden. Nach seiner Ansicht gebietet die sprachliche Wendung „die einzigen Kosten“ eine enge Auslegung, so dass dies als die einzige Ausnahme anzuerkennen sei. Auch die Wendung „infolge der Ausübung seines Widerrufsrechts“ führt nicht zu einem anderen Auslegungsergebnis. Bei dieser Formulierung handelt es sich nach dem EuGH nicht um eine Ausklammerung derjenigen Kosten, die auch ohne den Widerruf ohnehin entstanden wären (sog. „Sowieso-Kosten“). Denn mit Art. 6 der Richtlinie wird eindeutig das Ziel verfolgt wird, den Verbraucher nicht von der Ausübung seines Widerrufsrechts abzuhalten. Dem liefe aber eine Auslegung zuwider, nach der es den Mitgliedstaaten erlaubt wäre, dem Verbraucher im Fall eines solchen Widerrufs die Kosten der Zusendung in Rechnung zu stellen.

Die Entscheidung kann angesichts der verbraucherfreundlichen Einstellung des EuGH nicht überraschen. Die Examensrelevanz muss als hoch eingeschätzt werden, denn es drängt sich eine Verknüpfung mit der erst kürzlich ergangenen Entscheidung des BGH zum Widerruf nichtiger Verträge auf (auch dort handelte es sich um einen Fernabsatzvertrag gem. § 312 b BGB – vgl. *BGH*, RA 2010, 21 = NJW 2010, 610).

Vertiefungshinweise:

- ❑ Schlussanträge des Generalanwalts des EuGH: BeckRS 2010, 90101
- ❑ Vorlagebeschluss und Vorinstanz(en): *BGH*, NJW 2009, 66; *OLG Karlsruhe*, NJW-RR 2008, 1016; *LG Karlsruhe*, MMR 2006, 245;
- ❑ Urteilsanmerkungen: *Hilbig*, MMR 2009, 300;

Braun, ZGS 2008, 129; *Brönneke*, MMR 2004, 127; *Pfeiffer*, ZGS 2008, 48; *Hoffmann*, NJW 2009, 2649

Kursprogramm:

☐ *Examenskurs*: "Hin und Her"

Leitsatz:

Art. 6 Abs. 1 Unterabs. 1 Satz 2 und Abs. 2 der Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz ist dahin auszulegen, dass er einer nationalen Regelung entgegensteht, nach der der Lieferer in einem im Fernabsatz abgeschlossenen Vertrag dem Verbraucher die Kosten der Zusendung der Ware auferlegen darf, wenn dieser sein Widerrufsrecht ausübt.

Sachverhalt:

Die H. ist eine im Versandhandel tätige Gesellschaft. Ihre AGB sehen vor, dass der Verbraucher einen pauschalen Versandkostenanteil von 4,95 Euro trägt. Diesen Betrag hat das Versandunternehmen im Fall eines Widerrufs nicht zu erstatten. Die Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen erhob gegen die H. Klage auf Unterlassung, den Verbrauchern im Fall des Widerrufs die Kosten der Zusendung der Waren aufzuerlegen. Das erstinstanzliche Gericht gab dem Antrag der Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen statt. Die von der H. gegen dieses Urteil eingelegte Berufung wurde vom OLG Karlsruhe zurückgewiesen.

Auf die hiergegen eingelegte Revision der H. stellte der BGH fest, dass das deutsche Recht dem Verbraucher nicht ausdrücklich einen Anspruch auf Erstattung der Kosten der Zusendung der bestellten Ware gewähre. Wenn aber die Richtlinie 97/7 dahin auszulegen sei, dass sie der Belastung des Verbrauchers, der sein Widerrufsrecht ausübe, mit den Kosten der Zusendung der Waren entgegenstehe, müssten die einschlägigen Bestimmungen des BGB richtlinienkonform dahin ausgelegt werden, dass diese Kosten dem Verbraucher zu erstatten seien.

Nach Meinung des vorlegenden Gerichts lässt sich jedoch nicht mit der gebotenen Eindeutigkeit feststellen, wie diese Richtlinie, insbesondere ihr Art. 6 Abs. 1 und 2, auszulegen ist. In diesem Zusammenhang führt der BGH mehrere Argumente an, die dafür sprechen könnten, dass die Richtlinie einer Regelung wie der im Ausgangsverfahren streitigen nicht entgegenstehe: Erstens könne die Formulierung „infolge der Ausübung seines Widerrufsrechts“ in der deutschen Fassung von Art. 6 Abs. 1 Unterabs. 1 Satz 2 und Abs. 2 Satz 2 der Richtlinie 97/7 nahelegen, dass diese Bestimmungen nur die durch den Widerruf verursachten Kosten betreffen, nicht dagegen die Kosten der Zusendung der Wa-

re, die zum Zeitpunkt des Widerrufs bereits angefallen seien. Eine solche Auslegung lasse sich auf andere Sprachfassungen der Richtlinie, insbesondere die englische und die französische Fassung, stützen. Zweitens schließe Art. 6 Abs. 2 Satz 1 der Richtlinie 97/7 nicht aus, dass der Unternehmer im Fall des Widerrufs Wertersatz für Leistungen erhalte, die der Verbraucher in Anspruch genommen habe, ihrer Natur nach aber nicht zurückgewähren könne. Die Annahme, dass es sich bei der Lieferung der Ware um eine Leistung handele, für die der Verbraucher dem Unternehmen den Wertersatz in Höhe der Kosten der Zusendung schulde, und sich dessen Rückzahlungsverpflichtung daher entsprechend verringere, sei also mit dieser Vorschrift vereinbar. Drittens sei nicht sicher, dass der vor allem im 14. Erwägungsgrund der Richtlinie 97/7 zum Ausdruck gebrachte Verbraucherschutzzweck die Erstattung der Kosten der Zusendung der Ware gebiete. Bei einem gewöhnlichen Kauf trage nämlich der Verbraucher die Kosten für das Aufsuchen der Geschäftsräume und müsse zudem die dafür erforderliche Zeit aufwenden. Unter diesen Umständen hat der Bundesgerichtshof beschlossen, das Verfahren auszusetzen und dem Gerichtshof folgende Frage zur Vorabentscheidung vorzulegen:

Sind die Bestimmungen des Art. 6 Abs. 1 Unterabs. 1 Satz 2 und Abs. 2 der Richtlinie 97/7 dahin auszulegen, dass sie einer nationalen Regelung entgegenstehen, nach der die Kosten der Zusendung der Waren auch dann dem Verbraucher auferlegt werden können, wenn er den Vertrag widerrufen hat?

Aus den Gründen:

A. Vorbemerkungen

[38] Vorab ist darauf hinzuweisen, dass die Richtlinie 97/7, wie sich ihrem vierten Erwägungsgrund entnehmen lässt, auf der Ebene der Europäischen Union eine Mindestzahl gemeinsamer Regeln im Bereich der Vertragsabschlüsse im Fernabsatz einführen soll.

[39] Insbesondere gewährt Art. 6 Abs. 1 Unterabs. 1 Satz 1 dieser Richtlinie dem Verbraucher ein Widerrufsrecht, das er innerhalb einer bestimmten Frist ohne Strafzahlung und ohne Angabe von Gründen ausüben kann.

[40] Zu den Rechtsfolgen des Widerrufs sieht Art. 6 Abs. 2 Satz 1 und 2 der Richtlinie 97/7 vor, dass „der Lieferer die vom Verbraucher geleisteten Zahlungen kostenlos zu erstatten [hat]. Die einzigen Kosten, die dem Verbraucher infolge der Ausübung seines Widerrufsrechts auferlegt werden können, sind die unmittelbaren Kosten der Rücksendung der Waren.“

[41] Aus dem 14. Erwägungsgrund dieser Richtlinie ergibt sich jedoch, dass die Rechtsfolgen des Widerrufs nicht vollständig harmonisiert sind und es daher

Sache der Mitgliedstaaten ist, „weitere Bedingungen und Einzelheiten für den Fall der Ausübung des Widerrufsrechts festzulegen“.

B. Zur Auslegung der Wendung „vom Verbraucher geleistete Zahlungen“

[42] In der Rechtssache des Ausgangsverfahrens stellt sich die Frage, ob die Auferlegung der Kosten der Zusendung der Waren im Fall des Widerrufs durch den Verbraucher unter Art. 6 Abs. 1 und 2 der Richtlinie 97/7 fällt oder vielmehr Sache der Mitgliedstaaten ist.

[43] Hierzu ist festzustellen, dass der Wortlaut des Art. 6 Abs. 2 Satz 1 der Richtlinie 97/7 dem Lieferer im Fall des Widerrufs des Verbrauchers eine allgemeine Erstattungspflicht auferlegt, die sich auf sämtliche vom Verbraucher anlässlich des Vertrags geleisteten Zahlungen unabhängig von deren Grund bezieht.

[44] Entgegen dem Vorbringen der deutschen Regierung folgt weder aus dem Wortlaut noch aus der allgemeinen Systematik der Bestimmungen des Art. 6 der Richtlinie 97/7, dass der Begriff „geleistete Zahlungen“ so auszulegen ist, dass er nur den vom Verbraucher gezahlten Preis unter Ausschluss der diesem entstandenen Kosten bezeichnet.

[45] Gemäß Art. 4 der Richtlinie 97/7 unterscheidet diese nämlich nur im Hinblick auf die dem Verbraucher vor Vertragsabschluss vom Lieferer zur Verfügung zu stellenden Informationen zwischen dem Preis der Ware und den Lieferkosten. Im Hinblick auf die Rechtsfolgen des Widerrufs trifft die Richtlinie dagegen keine derartige Unterscheidung, sondern bezieht sich auf sämtliche vom Verbraucher an den Lieferer geleisteten Zahlungen.

[46] Diese Auslegung wird auch durch die in Art. 6 Abs. 2 Satz 2 der Richtlinie zur Bezeichnung der „unmittelbaren Kosten der Rücksendung der Waren“ gebrauchte Wendung „[d]ie einzigen Kosten, die dem Verbraucher ... auferlegt werden können“ bestätigt. Wie der Generalanwalt in Nr. 32 seiner Schlussanträge ausgeführt hat, verlangt der Ausdruck „die einzigen Kosten“ eine enge Auslegung und macht diese Ausnahme zur einzigen.

[47] Daher erfasst der Ausdruck „geleistete Zahlungen“ in Art. 6 Abs. 2 Satz 1 der Richtlinie 97/7 vorbehaltlich der Auslegung des Art. 6 Abs. 2 Satz 2 dieser Richtlinie alle vom Verbraucher im Zusammenhang mit dem Vertrag geleisteten Zahlungen.

C. Zur Auslegung der Wendung „infolge der Ausübung seines Widerrufsrechts“

[48] Wie vorstehend in Randnr. 35 ausgeführt, macht die deutsche Regierung auch geltend, die Wendung „infolge der Ausübung seines Widerrufsrechts“ in Art. 6 Abs. 1 Unterabs. 1 Satz 2 und Abs. 2 Satz 2 der Richtlinie 97/7 betreffe nicht sämtliche zulasten des Verbrauchers gehenden Kosten, sondern nur die mit

der Ausübung des Widerrufsrechts im Zusammenhang stehenden Kosten. Daher seien in diesen Bestimmungen nur die durch den Widerruf verursachten Kosten geregelt.

[49] Vorab ist festzustellen, dass der Wortlaut des Art. 6 Abs. 1 Unterabs. 1 Satz 2 und Abs. 2 Satz 2 der Richtlinie 97/7 in bestimmten Sprachfassungen entweder dahin ausgelegt werden kann, dass er sich nur auf die durch den Widerruf verursachten Folgekosten bezieht, oder dahin, dass er sämtliche Kosten im Zusammenhang mit dem Abschluss, der Durchführung oder der Beendigung des Vertrags erfasst, die im Fall des Widerrufs zulasten des Verbrauchers gehen können.

[50] Selbst wenn die deutsche, die englische und die französische Fassung der Richtlinie 97/7 die Begriffe „infolge“, „because of“ und „en raison de“ verwenden, enthalten, wie der Generalanwalt in Nr. 41 seiner Schlussanträge ausgeführt hat, andere Sprachfassungen der Richtlinie, vor allem die italienische und die spanische, keine entsprechende Wendung, sondern beziehen sich einfach auf den Verbraucher, der sein Widerrufsrecht ausübt.

[51] Nach ständiger Rechtsprechung darf der Text einer Bestimmung wegen der Notwendigkeit einer einheitlichen Auslegung der Gemeinschaftsrichtlinien im Zweifelsfall nicht isoliert betrachtet werden, sondern muss unter Berücksichtigung der Fassungen in den anderen Amtssprachen ausgelegt werden (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 2. April 1998, EMU Tabac u. a., C-296/95, Slg. 1998, I-1605, Randnr. 36, vom 17. Juni 1998, Mecklenburg, C-321/96, Slg. 1998, I-3809, Randnr. 29, vom 20. November 2008, Heuschen & Schrouff Oriental Foods Trading, C-375/07, Slg. 2008, I-8691, Randnr. 46, und vom 10. September 2009, Eschig, C-199/08, noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht, Randnr. 54). Weichen im Übrigen die verschiedenen Sprachfassungen eines Unionstextes voneinander ab, muss die fragliche Vorschrift nach der allgemeinen Systematik und dem Zweck der Regelung ausgelegt werden, zu der sie gehört (vgl. Urteile vom 9. März 2000, EKW und Wein & Co, C-437/97, Slg. 2000, I-1157, Randnr. 42, vom 4. Oktober 2007, Schutzverband der Spirituosen-Industrie, C-457/05, Slg. 2007, I-8075, Randnr. 18, und vom 9. Oktober 2008, Sabatauskas u. a., C-239/07, Slg. 2008, I-7523, Randnr. 39).

[52] Die Auslegung von Art. 6 Abs. 1 Unterabs. 1 Satz 2 und Abs. 2 Satz 2 der Richtlinie 97/7, wonach diese Bestimmungen sämtliche Kosten im Zusammenhang mit dem Abschluss, der Durchführung oder der Beendigung des Vertrags erfassen, die im Fall des Widerrufs zulasten des Verbrauchers gehen können, entspricht der allgemeinen Systematik und dem Zweck dieser Richtlinie.

[53] Für diese Auslegung spricht nämlich zum einen die Tatsache, dass im 14. Erwägungsgrund der Richt-

linie 97/7 selbst in den Sprachfassungen, die in Art. 6 den Ausdruck „infolge“ oder eine ähnliche Formulierung verwenden, die Kosten genannt werden, die vom Verbraucher „im Fall der Ausübung des Widerrufsrechts“ getragen werden. Entgegen dem Vorbringen der deutschen Regierung bezieht sich Art. 6 Abs. 1 Unterabs. 1 Satz 2 und Abs. 2 Satz 2 dieser Richtlinie daher auf sämtliche im Rahmen des Vertrags angefallenen Kosten und nicht nur auf die durch den Widerruf verursachten Folgekosten.

[54] Zum anderen ergibt sich aus dem 14. Erwägungsgrund der Richtlinie 97/7 in Bezug auf die Zielsetzung von Art. 6, dass mit dem Verbot, dem Verbraucher im Fall seines Widerrufs die durch den Vertrag entstandenen Kosten aufzuerlegen, gewährleistet werden soll, dass das in dieser Richtlinie festgelegte Widerrufsrecht „mehr als ein bloß formales Recht“ ist (vgl. dazu Urteil vom 3. September 2009, Messner, C-489/07, noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht, Randnr. 19). Da mit Art. 6 daher eindeutig das Ziel verfolgt wird, den Verbraucher nicht von der Ausübung seines Widerrufsrechts abzuhalten, liefe eine Auslegung, nach der es den Mitgliedstaaten erlaubt wäre, eine Regelung vorzusehen, die dem Verbraucher im Fall eines solchen Widerrufs die Kosten der Zusendung in Rechnung stellt, diesem Ziel zuwider.

[55] Wie bereits dargelegt, gestattet es Art. 6 Abs. 1 Unterabs. 1 Satz 2 und Abs. 2 Satz 2 dieser Richtlinie

dem Lieferer nur, dem Verbraucher im Fall des Widerrufs die unmittelbaren Kosten der Rücksendung der Waren aufzuerlegen.

[56] Sollten dem Verbraucher auch die Kosten der Zusendung in Rechnung gestellt werden, liefe eine solche Belastung, die zwangsläufig geeignet ist, ihn von der Ausübung des Widerrufsrechts abzuhalten, der Zielsetzung von Art. 6 der Richtlinie zuwider, auf die bereits vorstehend in Randnr. 54 hingewiesen worden ist.

[57] Im Übrigen stünde eine solche Belastung einer ausgewogenen Risikoverteilung bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz entgegen, indem dem Verbraucher sämtliche im Zusammenhang mit der Beförderung der Waren stehenden Kosten auferlegt würden.

[58] Zudem kann die abschreckende Wirkung, die es auf die Ausübung des Widerrufsrechts durch den Verbraucher hätte, wenn ihm diese Kosten auferlegt würden, nicht dadurch beseitigt werden, dass er vor Vertragsschluss über die Höhe der Zusendungskosten unterrichtet worden ist.

[59] Nach alledem ist auf die Vorlagefrage zu antworten, dass Art. 6 Abs. 1 Unterabs. 1 Satz 2 und Abs. 2 der Richtlinie 97/7 dahin auszulegen ist, dass er einer nationalen Regelung entgegensteht, nach der der Lieferer in einem im Fernabsatz abgeschlossenen Vertrag dem Verbraucher die Kosten der Zusendung der Ware auferlegen darf, wenn dieser sein Widerrufsrecht ausübt.

Standort: Schuldrecht/Familienrecht

Problem: Gesamtschuldnerausgleich

BGH, URTEIL VOM 03.02.2010
XII ZR 53/08 (NJW 2010, 868)

Problemdarstellung:

Die Parteien streiten um Ausgleichsansprüche nach Beendigung einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft. Der Kl. und die Bekl. lebten von Juni 1999 bis Juli 2001 in einer gemeinsam angemieteten Wohnung, konnten die Miete jedoch nicht regelmäßig zahlen. Im Juni 2001 überwies der Kl. einen Mietrückstand von 2.169,51 €. Wegen weiterer offener Mietforderungen wurden der Kl. und die Bekl. als Gesamtschuldner verurteilt; insgesamt ergab sich eine Gesamtschuld 2.254 €. Hierauf zahlte der Kl. nach Beendigung der Lebensgemeinschaft einen Betrag von 2.046,29 €.

Erstinstanzlich hat der Kl. die Bekl. auf Erstattung von 2.107,90 € (1/2 der von ihm insg. gezahlten 4.215,80 €) in Anspruch genommen. Das Amtsgericht hat die Kl. abgewiesen. Auf die Berufung des Kl. hat das Landgericht der Klage in Höhe des zuletzt beantragten Betrages stattgeben. Mit der Revision verfolgt die Bekl. ihren Klageabweisungsantrag weiter.

Prüfungsrelevanz:

Erneut äußert sich die Rechtsprechung zur Möglichkeit des Ausgleichs zwischen nichtehelichen Lebenspartnern (vgl. zuletzt *KG*, RA 2010, 175 = *FamRZ* 2010, 476). Nachdem der zwölfte Zivilsenat das lange geltende Abrechnungsverbot bei nichtehelichen Lebensgemeinschaften durch zwei Entscheidungen mittlerweile aufgelockert hat (*BGH*, RA 2008, 574 = *NJW* 2008, 3282 und *BGH*, *NJW* 2008, 3277; vgl. ausführlich RA 2010, 175), versagt er dem Kl. in der vorliegenden Entscheidung einen Ausgleichsanspruch. Allerdings handelt es sich dabei nicht in erster Linie um eine Problematik des Familienrechts; tatsächlich wendet der Senat bloß die in der Rechtsprechung anerkannten Grundsätze zu § 426 BGB an.

In Frage stand ein Anspruch des Kl. aus § 426 II 1 BGB. Dieser entsteht, soweit einer der Gesamtschuldner den Gläubiger befriedigt. Kraft Gesetzes geht dann die Forderung des Gläubigers auf den zahlenden Gesamtschuldner über, so dass dieser aus der Forderung gegen die übrigen Gesamtschuldner vorgehen kann. Jedoch geht die Forderung nicht vollumfänglich, sondern nur in Höhe des Ausgleichsanspruchs nach § 426 I 1 BGB über (*Palandt/Bydlinski*, § 426 Rn. 16.). Der

Forderungsübergang gem. § 426 II 1 BGB ist also auf den Anteil beschränkt, den der zahlende Gesamtschuldner im Innenverhältnis zu tragen hat. Da die Gesamtschuldner – soweit nicht ein anderes bestimmt ist – zu gleichen Teilen verpflichtet sind, verlangte der Kl. hier die Hälfte der von ihm gezahlten 4.215,80 € als Ausgleich von der Bekl.

Der vorliegende Fall unterscheidet sich von den üblichen Ausgleichs-Konstellationen darin, dass der Kl. eine Zahlung (2.046,29 €) erst nach der Beendigung der Lebensgemeinschaft vornahm. Die erste Zahlung (2.169,51 €) erfolgte noch während des Bestehens der Lebensgemeinschaft. Diesbezüglich kam ein Ausgleichsanspruch von vornherein nicht in Betracht. Denn derartige Leistungen haben unterhaltsrechtlichen Charakter und werden vom leistungsfähigeren Partner ersatzlos erbracht (BGHZ 177, 193 [206]; *BGH*, NJW-RR 2009, 1142 = FamRZ 2009, 849 [850]). Insofern ist zwischen den Lebenspartnern „ein anderes“ i.S.d. § 426 I 1 2. HS BGB bestimmt und ein hierauf gestützter Ausgleichsanspruch scheidet aus. Einen entsprechenden Antrag hatte der Kl. in der Berufungsinstanz daher gar nicht mehr gestellt, sondern sein Begehren allein auf die zweite Zahlung (2.046,29 €) gestützt.

Nach der Trennung gilt der Grundsatz, dass keine Partei mehr für die andere aufkommen will. Ausgleichsansprüche sind dann unter den üblichen Voraussetzungen möglich, da entsprechende Zahlungen nicht mehr als ersatzlos zu erbringende, unbenannte Zuwendung einzuordnen sind. Der Senat stellt jedoch klar, dass es hier auf den Zeitpunkt der zweiten Zahlung nicht ankommt. Zwar waren der Kl. und die Bekl. nicht schon während des Bestehens der Lebensgemeinschaft als Gesamtschuldner verurteilt worden. Doch resultiert die der Gesamtschuldnerschaft zugrundeliegende Verpflichtung (gemeinsamer Mietvertrag) aus dieser Zeit. Die Gesamtschuld wurde also bereits während der Lebensgemeinschaft begründet. Nach Rechtsprechung des BGH entsteht der Anspruch aus § 426 I BGB aber bereits mit der Begründung der Gesamtschuld; er hängt nicht von der Befriedigung des Gläubigers durch einen Gesamtschuldner ab (*BGH*, RA 2010, 25 = NJW 2010, 60). Damit wäre jedenfalls ein Anspruch des Kl. aus § 426 I BGB schon während des Bestehens der Lebensgemeinschaft entstanden. Da während der Dauer der Lebensgemeinschaft aber keine unterhaltsrechtlichen Leistungen auszugleichen sind (s.o.), hätte der Kl. im Ergebnis auch nicht gegen die Bekl. aus § 426 I BGB vorgehen können. Gleiches gilt nach Ansicht des Senates auch für den Anspruch aus § 426 II BGB. Dieser realisiert sich zwar tatsächlich erst in dem Moment, in dem der Kl. zahlt. Da der Rechtsgrund für diese Zahlung aber in der selben Gesamtschuld begründet liegt, wie der Ausgleichs-

anspruch nach § 426 I BGB, kann sich nichts anderes ergeben.

Schade ist, dass der Senat diese Konnexität zwischen § 426 I und II BGB nicht deutlicher macht. Denn eigentlich handelt es sich hierbei um zwei selbständige, parallel existierende Anspruchsnormen. Der zahlende Gesamtschuldner kann insoweit wählen, ob er aus dem Ausgleichsanspruch gem. § 426 I BGB oder der Forderung i.V.m. § 426 II 1 BGB gegen die übrigen Gesamtschuldner vorgeht (Palandt/*Bydlinski*, § 426 Rn. 16 m.w.N.). Dennoch ist dem Senat zuzustimmen, da es im Hinblick auf den Ursprung der Gesamtschuld in der nichtehelichen Lebensgemeinschaft keinen Unterschied machen kann, ob der zahlende Gesamtschuldner aus § 426 II BGB oder aus § 426 I BGB vorgeht.

Wenn auch hier die Gesamtschuld im Vordergrund steht, aktualisiert die Entscheidung abermals die Examensrelevanz des reformierten Familienrechts. Die Entscheidungen des zwölften Senats sollte man während der Examensvorbereitung im Auge behalten.

Vertiefungshinweise:

☐ Zur nichtehelichen Lebensgemeinschaft: *Wever*, FamRZ 2003, 565; *Lipp*, JuS 1999, 847; *Wiebe*, JuS 1995, 227

☐ Zur neuen Rechtsprechung: KG, RA 2010, 175 = FamRZ 2010, 476; 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

☐ Zu § 426 BGB: *BGH*, RA 2010, 25 = NJW 2010, 62; *BGH* VersR 2009, 168; *BGH* NJW 2010, 435

Kursprogramm:

☐ *Examenskurs*: „Das junge Glück“

☐ *Examenskurs*: „Schuldnermehrheiten“

☐ *Assessorkurs*: „Die Fahrt zum Fest“

Leitsatz:

Obliegt nach der von den Partnern einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft gewählten Aufgabenteilung einem von ihnen, für die Kosten der gemeinsamen Lebensführung (hier: Miete der gemeinsamen Wohnung) aufzukommen, so umfasst die für die Zeit des Zusammenlebens anzunehmende anderweitige Bestimmung im Sinne des § 426 Abs. 1 Satz 1 BGB auch die Aufwendungen, die in dieser Zeit zu begleichen gewesen wären. Ein Gesamtschuldnerausgleich scheidet deshalb auch dann aus, wenn die vor der Trennung der Parteien fällig gewordenen Zahlungsverpflichtungen erst nach der Trennung erfüllt worden sind.

Sachverhalt:

Die Parteien streiten um Ausgleichsansprüche Die Parteien streiten um Ausgleichsansprüche nach Beendigung einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft. Der Kl. und die Bekl. lebten von Juni 1999 bis Juli 2001 in einer gemeinsam angemieteten Wohnung, konnten die Miete jedoch nicht regelmäßig zahlen. Im Juni 2001 überwies der Kl. einen Mietrückstand von 2.169,51 €. Wegen weiterer offener Mietforderungen wurden der Kl. und die Bekl. als Gesamtschuldner verurteilt; insgesamt ergab sich eine Gesamtschuld 2.254 €. Hierauf zahlte der Kl. nach Beendigung der Lebensgemeinschaft einen Betrag von 2.046,29 €. Erstinstanzlich hat der Kl. die Bekl. auf Erstattung von 2.107,90 € (1/2 der von ihm insg. gezahlten 4.215,80 €) in Anspruch genommen. Das Amtsgericht hat die Kl. abgewiesen. Auf die Berufung des Kl. hat das Landgericht der Klage in Höhe des zuletzt beantragten Betrages stattgeben. Mit der Revision verfolgt die Bekl. ihren Klageabweisungsantrag weiter.

Aus den Gründen:

[6] Die Revision ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Wiederherstellung des Urteils des Amtsgerichts.

A. Ausführungen des Berufungsgerichts

[7] Das Berufungsgericht hat dem Kläger eine Ausgleichszahlung in der zuletzt beantragten Höhe nach § 426 Abs. 2 Satz 1 BGB zuerkannt. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt: Eine Vereinbarung, die der Haftung der Gesamtschuldner zu gleichen Teilen im Innenverhältnis vorgehe, habe sich nicht feststellen lassen. Bei einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft gelte zwar während ihres Bestehens der Grundsatz der Nichtausgleichung gemeinschaftsbezogener Leistungen. Der Kläger verlange auch Ausgleich wegen der Mietforderung, die bereits während der nichtehelichen Lebensgemeinschaft entstanden sei. Befriedigt worden sei der Gläubiger aber erst nach der Trennung der Parteien. Erst zu diesem Zeitpunkt sei daher ein auf Zahlung gerichteter Ausgleichsanspruch entstanden, während ein solcher mit der Eingehung der Gesamtschuld zunächst nur in Form eines Mitwirkungs- und Befreiungsanspruchs begründet worden sei. Für die Beantwortung der Frage, ob und gegebenenfalls in welcher Höhe in diesem Fall ein interner Ausgleichsanspruch entstehe, sei deshalb der Zeitpunkt der Zahlung und nicht derjenige der Begründung der Gesamtschuld an sich maßgeblich. Wenn ein Gesamtschuldner Zahlungen nach Beendigung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft vornehme, bestehe indessen grundsätzlich ein interner Ausgleichsanspruch. Denn insoweit gelte der Grundsatz,

dass nach der Trennung keine der Parteien mehr für den anderen aufkommen wolle. Davon sei auch im vorliegenden Fall auszugehen. Der Kläger habe lediglich zur Abwendung der Zwangsvollstreckung gezahlt; er habe sich dagegen nicht aufgrund einer ausdrücklichen oder konkludenten Vereinbarung mit der Beklagten oder als Ausfluss einer nachwirkenden, rechtlich nicht verbindlichen fürsorglichen Erwägung zu der Leistung veranlasst gesehen.

B. Entscheidung des BGH

[8] Diese Beurteilung hält der rechtlichen Nachprüfung im Ergebnis nicht stand.

I. Gesamtschuldnerschaft gem. § 427 BGB

[9] Die Parteien, die gemeinsam den Mietvertrag über die Wohnung in M. abgeschlossen haben, haften der Vermieterin für die vereinbarte Miete nach § 427 BGB als Gesamtschuldner. Im Verhältnis zueinander sind Gesamtschuldner zu gleichen Anteilen verpflichtet, soweit nicht ein anderes bestimmt ist (§ 426 Abs. 1 Satz 1 BGB). Die anderweitige Bestimmung kann sich nach ständiger Rechtsprechung aus dem Gesetz, einer ausdrücklichen oder stillschweigenden Vereinbarung, Inhalt und Zweck des Rechtsverhältnisses oder "aus der Natur der Sache" ergeben, mithin aus der besonderen Gestaltung des tatsächlichen Geschehens (Senatsurteile vom 9. Januar 2008 - XII ZR 184/05 - FamRZ 2008, 602; vom 26. September 2007 - XII ZR 90/05 - FamRZ 2007, 1975, 1976 und vom 30. November 1994 - XII ZR 59/93 - FamRZ 1995, 216, 217). Eine anderweitige gesetzliche Regelung kommt im vorliegenden Fall nicht in Betracht. Eine ausdrückliche Vereinbarung über die interne Verpflichtung zur Zahlung der Miete hat das Berufungsgericht nicht festgestellt. Dagegen erinnert auch die Revision nichts.

II. Anderweitige Bestimmung i.S.d. § 426 I 1 BGB**1. Bei Ehe**

[10] Während einer Ehe kann die grundsätzliche Haftung von Gesamtschuldner zu gleichen Teilen von der ehelichen Lebensgemeinschaft der Partner in der Weise überlagert werden, dass sich im Innenverhältnis eine andere Aufteilung ergibt, etwa dergestalt, dass der alleinverdienende Teil zugunsten des haushaltführenden Teils die gemeinsamen Verpflichtungen allein trägt und daher ein Ausgleichsanspruch ausscheidet (Senatsurteile vom 13. Januar 1993 - XII ZR 212/90 - FamRZ 1993, 676, 678; vom 30. November 1994 - XII ZR 59/93 - FamRZ 1995, 216, 217). Daraus kann sich bis zum Scheitern der Ehe eine anderweitige Bestimmung ohne besondere Vereinbarung ergeben.

2. Bei nichtehelicher Lebensgemeinschaft

[11] Auch bei einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft kann "aus der Natur der Sache", also der besonderen Gestaltung des tatsächlichen Geschehens, zu folgern sein, dass - wenn die Partner nicht etwas Besonderes unter sich geregelt haben - persönliche und wirtschaftliche Leistungen nicht gegeneinander aufgerechnet werden. Insofern werden etwa Beiträge geleistet, sofern Bedürfnisse auftreten und, wenn nicht von beiden, so von demjenigen erbracht, der dazu in der Lage ist (BGHZ 77, 55, 58 f.; BGH Urteile vom 4. November 1991 - II ZR 26/91 - FamRZ 1992, 408; vom 1. Februar 1993 - II ZR 106/92 - FamRZ 1993, 939, 940; vom 8. Juli 1996 - II ZR 193/95 - NJW-RR 1996, 1473; vom 25. September 1997 - II ZR 269/96 - FamRZ 1997, 1533 und vom 6. Oktober 2003 - XII ZR 63/02 - FamRZ 2004, 94). Nach der Rechtsprechung des Senats kommen zwar nach Beendigung einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft wegen wesentlicher Beiträge eines Partners, mit denen ein Vermögenswert von erheblicher wirtschaftlicher Bedeutung geschaffen wurde, Ausgleichsansprüche nach Gesellschaftsrecht, ungerechtfertigter Bereicherung (§ 812 Abs. 1 Satz 2, 2. Alt. BGB) oder nach den Grundsätzen über den Wegfall der Geschäftsgrundlage in Betracht. Ausgleichsansprüche scheiden jedoch grundsätzlich hinsichtlich solcher Leistungen aus, die, wie die Erfüllung der laufenden Unterhaltsbedürfnisse oder die Entrichtung der Miete für die gemeinsam genutzte Wohnung, das Zusammenleben in der gewollten Art erst ermöglicht haben, die also auf das gerichtet sind, was die Gemeinschaft Tag für Tag benötigt (Senatsurteil BGHZ 177, 193, 206; vgl. auch Senatsurteil vom 18. Februar 2009 - XII ZR 163/07 - FamRZ 2009, 849, 850). Wegen solcher Leistungen kann auch die grundsätzliche Haftung der Gesamtschuldner zu gleichen Teilen im Innenverhältnis im Rahmen einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft durch anderweitige Bestimmung in dem Sinne überlagert sein, dass nur einer der Partner bestimmte Leistungen zu erbringen hat.

III. Subsumtion

[12] Von einer derartigen Gestaltung ist nach den getroffenen Feststellungen im vorliegenden Fall auszugehen. In dem Urteil des Amtsgerichts, auf das das Berufungsgericht ausdrücklich zur näheren Sachdarstellung Bezug genommen hat, ist insofern ausgeführt worden, dass die Beklagte im Juni 2000, also vor Beginn des Mietverhältnisses am 15. Juli 2000, ihre Ausbildung beendet hatte und nach Wegfall der bis dahin bezogenen Leistungen nach dem Bundesausbildungsförderungsgesetz über kein regelmäßiges Einkommen mehr verfügte. Wegen der Schwangerschaft mit dem am 13. Dezember 2000 geborenen Kind hatte sie - abgesehen von einer vorüber-

gehenden Tätigkeit in einer Spielothek - auch keine Erwerbstätigkeit aufnehmen können. Einkommen bezog sie erst wieder in Form des nach der Geburt des Kindes gezahlten Elterngeldes von monatlich 600 DM. Während die Beklagte mithin weder bei Abschluss des Mietvertrages noch in der Folgezeit finanziell in der Lage war, für die Miete aufzukommen, sondern ihr die Versorgung des Haushalts und die Betreuung des Kindes oblag, war der Kläger während der Dauer der nichtehelichen Lebensgemeinschaft erwerbstätig. Er erzielte Einkünfte von monatlich ca. 1630 DM netto, von denen ein Autokredit (monatlich 193 DM) zu tilgen war sowie die Kosten diverser Versicherungen zu bestreiten waren. Der verbleibende Betrag und das Elterngeld der Beklagten standen für den gemeinsamen Lebensunterhalt zur Verfügung; der Kläger hat nicht geltend gemacht, die Beklagte habe diese Leistungen anderweitig verwendet. Den nicht mehr streitgegenständlichen Mietrückstand von 4.243,20 DM (2.169,51 €), der in der Zeit von September 2000 bis April 2001 aufgelaufen war, beglich der Kläger auch noch während des Bestehens der nichtehelichen Lebensgemeinschaft. Aus dieser Gestaltung des Zusammenlebens hat das Amtsgericht zu Recht auf eine anderweitige Bestimmung im Sinne des § 426 Abs. 1 Satz 1 BGB geschlossen, nach der keine Ausgleichsansprüche für die von den Parteien jeweils erbrachten Leistungen des täglichen Lebens bestehen. Zutreffend hat das Berufungsgericht dem Kläger deshalb auch Prozesskostenhilfe für die Verfolgung des vorgenannten Teils der Klageforderung versagt.

IV. Verpflichtung aus § 426 I 1 BGB schon während der Lebensgemeinschaft entstanden

[13] Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts umfasst die anderweitige Bestimmung aber nicht nur die während der nichtehelichen Lebensgemeinschaft tatsächlich erbrachten Leistungen, sondern auch diejenigen, die für die gewählte Art und Weise des täglichen Zusammenlebens zu erbringen gewesen wären. Nach gefestigter Rechtsprechung entsteht der Ausgleichsanspruch nach § 426 Abs. 1 BGB bereits mit der Begründung der Gesamtschuld, hier also mit dem Abschluss des Mietvertrages. Er besteht zunächst als Mitwirkungs- und Befreiungsanspruch und wandelt sich mit der Befriedigung des Gläubigers in einen Zahlungsanspruch um (BGHZ 181, 310 = WM 2009, 1852, 1853 m.w.N.). Dem Umstand, dass erst nach Beendigung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft ein auf Zahlung gerichteter Ausgleichsanspruch entstanden ist, kommt indessen bei der hier vorliegenden Fallgestaltung keine Bedeutung zu. Nach der von den Partnern gewählten Aufgabenverteilung oblag es dem Kläger, für die eingegangenen Zahlungsverpflichtungen auf-

zukommen, was auch seiner Unterhaltsverpflichtung nach § 1615 I Abs. 1 und 2 BGB entsprach. Daran änderte sich nichts dadurch, dass die Miete nicht fristgerecht beglichen worden war, sondern erst zu einem Zeitpunkt, als die nichteheliche Lebensgemeinschaft bereits beendet war. Ebenso wenig wie der Kläger vor der Auflösung der Partnerschaft rechtlich verlangen konnte, dass die Beklagte sich an der Bezahlung beteiligte, kann er das nachträglich (vgl. BGH Urteil vom 20. Januar 1983 - II ZR 91/82 - FamRZ 1983, 349). Vielmehr stand der Beklagten im Umfang der anderweitigen Bestimmung von vornherein ein Befreiungsanspruch zu. Insofern erweist sich die vom Berufungsgericht vorgenommene Differenzierung zwischen Tilgungsleistungen, die vor und nach Beendigung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft erfolgt sind, als nicht sachgerecht. Maßgebend ist hier der Verwendungszweck, der den täglichen Bedürfnissen und damit der Verwirklichung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft zuzuordnen ist, und nicht der Zeitpunkt der Leistung (vgl. MünchKommBGB/Wellenhofer 5. Aufl. nach § 1302 Rdn. 72; PWW/ Weinreich

3. Aufl. vor § 1297 Rdn. 63; Palandt/Brudermüller BGB 69. Aufl. Einl. vor § 1297 Rdn. 34). Die für die Zeit des Zusammenlebens anzunehmende anderweitige Bestimmung umfasst mithin die Aufwendungen, die in dieser Zeit fällig wurden und zu begleichen gewesen wären. Insofern hat es bei dem Grundsatz der Nichtausgleichung zu bleiben. Nur wegen derjenigen Verpflichtungen, die erst nach der Trennung fällig werden, kann sich mit Rücksicht auf das Scheitern der Lebensgemeinschaft etwas anderes ergeben.

V. Aufhebung des angefochtenen Urteils

[14] Danach kann das angefochtene Urteil keinen Bestand haben. Da wegen der vor der Trennung der Parteien fällig gewordenen Miete etwas anderes im Sinne von § 426 Abs. 1 Satz 1 BGB dahin bestimmt ist, dass die Erfüllung der Mietzahlung im Innenverhältnis allein dem Kläger obliegt, besteht ein Ausgleichsanspruch gegen die Beklagte nicht. Das Berufungsurteil ist deshalb aufzuheben, wodurch das klageabweisende Urteil des Amtsgerichts wiederhergestellt wird.

Standort: ZPO I

Problem: Streitverkündung und § 167 I ZPO

BGH, URTEILVOM 17.12.2009
IX ZR 4/08 (NJW 2010, 856)

Problemdarstellung:

Der Kl. beauftragte im Jahr 1999 die damals in einer Rechtsanwaltssozietät verbundenen Bekl. mit der Durchsetzung eines Vergütungsanspruchs aus einem nicht durchgeführten Bauvertrag des Jahres 1998. Der Bekl. zu 1 entwarf eine auf Zahlung von 153.160,19 DM gerichtete Klageschrift, reichte diese aber nicht bei Gericht ein. Im Jahr 2002 beauftragte der Kl. andere Rechtsanwälte, die gegen den Bauherrn eine Teilklage über 16.000 € erhoben. In diesem Verfahren verkündete der Kl. den Bekl. mit einem am 25.10.2002 bei Gericht eingegangenen und am 13.11.2002 zugestellten Schriftsatz den Streit. Die Klage gegen den Bauherrn wurde abgewiesen, weil mit Ablauf des 31.12.2000 Verjährung eingetreten war. Das Urteil wurde am 19. April 2003 rechtskräftig.

Der Kl. nimmt nunmehr die Bekl. auf Schadensersatz in Höhe von 82.044,94 € in Anspruch. Seine Klage ging am 13.12.2004 bei Gericht ein und wurde dem Bekl. zu 1 am 05.04.2005, dem Bekl. zu 2 am 03.01.2005 und dem Bekl. zu 3 am 31.12.2004 zugestellt. Das Landgericht hat die Klage dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt, das Oberlandesgericht hat sie wegen Verjährung abgewiesen. Mit der vom Senat zugelassenen Revision verfolgt der Kl. seinen Anspruch weiter.

Prüfungsrelevanz:

Mittelpunkt der Entscheidung ist die Vorschrift des § 167 ZPO, von dessen Anwendbarkeit es abhängt, ob der Schadensersatzanspruch des Kl. verjährt ist.

I. § 167 ZPO

Soll durch die Einreichung eines Antrags bei Gericht eine Frist gewahrt, die Verjährung neu begonnen oder gehemmt werden, kommt es gem. § 167 ZPO nicht auf den Zeitpunkt der Zustellung dieses Antrags, sondern auf dessen Eingang bei Gericht an. Die Vorschrift resultiert insbesondere aus dem Zusammenhang mit § 204 BGB, der zur Verjährungshemmung ganz überwiegend auf die Zustellung abstellt. Die Zustellung erfolgt von Amts wegen und ist dem Einfluss der Parteien damit entzogen. Um die Fristwahrung etc. nicht von der Arbeitsgeschwindigkeit des angerufenen Gerichts abhängig zu machen, lässt § 167 ZPO bereits den Eingang des entsprechenden Antrags genügen, sofern die Zustellung demnächst erfolgt. Die Zustellung wirkt dann auf den Zeitpunkt des Eingangs zurück. Gem. §§ 204 I Nr. 6, 209 BGB kommt auch der Einreichung der Streitverkündungsschrift verjährungshemmende Wirkung zu, so dass auch hier an § 167 ZPO zu denken ist.

II. Schadensersatz wegen Vertragsverletzung

Im vorliegenden Fall hatte der Kl. am 13.12.2004 Klage auf Schadensersatz gegen seine ehemaligen Rechtsanwälte erhoben. Ein solcher Anspruch kann sich aus

§§ 280 I, III; 281 BGB wegen Verletzung des Anwaltsvertrages i.S.d. § 675 BGB ergeben. Vorschriften zur Regelung des Anwaltsvertrag finden sich insbesondere in den §§ 43 ff. BRAO. Die mittlerweile aufgehobene Vorschrift des § 51 b BRAO bestimmte u.a., dass die Verjährung eines Schadensersatzanspruchs wegen anwaltlicher Pflichtverletzung nach drei Jahren ab Anspruchsentstehung verjährt. Der Ersatzanspruch wegen einer nicht eingereichten Klageschrift entsteht, sobald der mit der Klageschrift ursprünglich verfolgte Primäranspruch verjährt ist (*OLGR Rostock* 2009, 520). Da der Primäranspruch des Kl. am 31.12.2000 verjährt war, entstand der Schadensersatzanspruch gegen die Bekl. am 01.01.2001; er verjährte gem. § 51 b BRAO a.F. am 31.12.2003.

III. Verjährung im vorliegenden Fall

Ob die Erhebung der Schadensersatzklage am 13.12.2004 noch rechtzeitig war, hängt nun davon ab, inwieweit die Streitverkündung im Vorprozess die Verjährung gem. §§ 204 I Nr. 6, 209 BGB hemmt. Im Vorprozess hatte der Kl. am 25.10.2002 die Streitverkündungsschrift eingereicht; diese war am 13.11.2002 zugestellt worden. Nur wenn man gem. § 167 ZPO auf die Einreichung am 25.10.2002 abhebt, ist die Schadensersatzforderung bei Klageerhebung noch nicht verjährt. Denn dann wird unter Berücksichtigung von §§ 204 I Nr. 6, II, 209 BGB das Fristende auf den 24.12.2004 verschoben (Hemmung für insgesamt 359 Tage). Die Anwendbarkeit des § 167 ZPO war aber hier problematisch, da die Streitverkündung an sich aus einem Zeitraum (2002) stammte, in dem die Verjährung (31.12.2003) noch nicht drohte. So erfolgte auch die Zustellung der Streitverkündungsschrift noch vor dem Ablauf der Verjährungsfrist. Die Wirkung des § 167 ZPO soll aber nach einer weit verbreiteten Ansicht nur dann eingreifen, wenn während des amtlichen Zustellungsverfahrens der Eintritt der Verjährung zu befürchten ist (*OLG München*, NJW-RR 2005, 1108 [1109]; *Musielak/Wolst*, § 167 Rn. 2; *Thomas/Putzo/Hüßtege*, § 167 Rn. 5). Dem folgt der Senat jedoch nicht. Entsprechend der weiten Auslegung des § 167 ZPO lässt der Senat es auch hier genügen, dass dem Kl. überhaupt ein Nachteil droht, auf dessen Abwendung er keinen Einfluss hat. Er begründet dies mit dem Wortlaut der Vorschrift und mit der vergleichbaren Situation beim Mahnbescheid (vgl. § 204 I Nr. 3 BGB). Auch für diesen ist anerkannt, dass die Zustellung unabhängig von der drohenden Verjährung auf den Zeitpunkt seiner Einreichung zurückwirkt (*BGH*, NJW 2008, 1674). Eine unterschiedliche Behandlung sei nicht gerechtfertigt.

Vertiefungshinweise:

□ Zum Merkmal „demnächst“: *BGH*, NJW 1988,

1980 ; *BGH*, NJW 1997, 1584; *OLGR Saarbrücken* 2006, 133; *BGH*, NJW 2006, 306 ; *BGH*, NJW 2001, 885 [887]; *BGH* NJW 1993, 2614 [2615]; *BGH*, NJW 2003, 2830 [2831]; *BGH*, NJW-RR 2003, 599

□ § 167 ZPO und Mahnbescheid: *BGH*, NJW 2002, 2497 ; *BGH*, NJW-RR 2006, 1436; *Ebert*, NJW 2003, 732; *Foerste*, EWiR 2002, 779

Leitsätze:

Soll durch die Zustellung einer Streitverkündung die Verjährung gehemmt werden, tritt diese Wirkung auch dann bereits mit dem Eingang der Streitverkündungsschrift bei Gericht ein, wenn der Anspruch zum Zeitpunkt der demnächst erfolgten Zustellung noch nicht verjährt war.

Sachverhalt:

Der Kl. beauftragte zu Beginn des Jahres 1999 die damals in einer Rechtsanwaltssozietät verbundenen Bekl. mit der Durchsetzung eines Vergütungsanspruchs aus einem nicht durchgeführten Bauvertrag des Jahres 1998. Der Bekl. zu 1 entwarf eine auf Zahlung von 153.160,19 DM gerichtete Klageschrift, reichte diese aber nicht bei Gericht ein. Im Jahr 2002 beauftragte der Kl. andere Rechtsanwälte, die gegen den Bauherrn eine Teilklage über 16.000 € erhoben. In diesem Verfahren verkündete der Kl. den Bekl. mit einem am 25. Oktober 2002 bei Gericht eingegangenen und am 13. November 2002 zugestellten Schriftsatz den Streit. Die Klage gegen den Bauherrn wurde abgewiesen, weil mit Ablauf des 31. Dezember 2000 Verjährung eingetreten war. Das Urteil wurde am 19. April 2003 rechtskräftig.

Der Kl. nimmt nunmehr die Bekl. auf Schadensersatz in Höhe von 82.044,94 € nebst Zinsen in Anspruch. Seine Klage ging am 13. Dezember 2004 bei Gericht ein und wurde dem Bekl. zu 1 am 5. April 2005, dem Bekl. zu 2 am 3. Januar 2005 und dem Bekl. zu 3 am 31. Dezember 2004 zugestellt. Das Landgericht hat die Klage dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt, das Oberlandesgericht hat sie wegen Verjährung abgewiesen. Mit der vom Senat zugelassenen Revision verfolgt der Kl. seinen Anspruch weiter.

Aus den Gründen:

[3] Die Revision hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

A. Ausführungen des Berufungsgerichts

[4] Das Berufungsgericht hat ausgeführt: Es könne offen bleiben, ob die einzelnen Voraussetzungen einer Verletzung des Anwaltsvertrags vorlägen und in welcher Höhe gegebenenfalls dem Kläger ein Schaden entstanden sei. Ein Schadensersatzanspruch des Klä-

gers sei verjährt. Die Verjährungsfrist von drei Jahren nach § 51b BRAO habe am 1. Januar 2001 begonnen, als die Forderung des Klägers gegen den Bauherrn verjährt sei. Die Streitverkündung im Vorprozess habe die Verjährung vom Zeitpunkt ihrer Zustellung am 13. November 2002 bis sechs Monate nach Rechtskraft der Entscheidung, somit bis zum 19. Oktober 2003 gehemmt. Die Zustellung der Streitverkündung wirke nicht gemäß § 167 ZPO auf den Zeitpunkt ihrer Einreichung zurück. Nach ihrem Sinn und Zweck sei diese Vorschrift nur anwendbar, wenn andernfalls die mit der Zustellung zu wahrende Frist versäumt wäre. Erfolge die Zustellung - wie hier - noch vor Fristablauf, sei § 167 ZPO nicht anwendbar. Die Verjährungsfrist sei demnach für die Dauer von elf Monaten und sechs Tagen gehemmt gewesen und am 6. Dezember 2004 abgelaufen. Die am 13. Dezember 2004 eingereichte Klage gegen die Beklagten habe die Verjährung nicht mehr hemmen können.

B. Entscheidung des BGH

[5] Diese Ausführungen halten rechtlicher Nachprüfung im entscheidenden Punkt nicht Stand. Die vom Berufungsgericht gegebene Begründung trägt nicht seine Beurteilung, die Ansprüche des Klägers seien verjährt.

I. Verjährung gem. § 51 b BRAO a.F.

[6] Mit Recht hat das Berufungsgericht allerdings angenommen, dass sich der Beginn der Verjährung der geltend gemachten Ansprüche des Klägers gemäß Art. 229 § 12 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3, Satz 2, Art. 229 § 6 Abs. 1 Satz 1 und 2 EGBGB nach § 51b BRAO richtet, der mit Wirkung vom 15. Dezember 2004 aufgehoben worden ist (BGBl. I S. 3214). Maßgeblich ist danach der Zeitpunkt, in dem der Anspruch entstanden ist. Dies war am 1. Januar 2001 der Fall, weil die Vergütungsansprüche des Klägers, mit deren Durchsetzung er die Beklagten beauftragt hatte, mit Ablauf des 31. Dezember 2000 verjährt waren (§ 196 Abs. 1 Nr. 1, § 198 Satz 1, § 201 BGB a.F.) und damit dem Kläger ein Schaden entstanden war. Die Verjährungsfrist von drei Jahren nach § 51b BRAO a.F. wäre am 31. Dezember 2003 abgelaufen. Sie wurde jedoch durch die im Vorprozess gegen den Bauherrn im Jahr 2002 erklärte Streitverkündung gehemmt (§ 204 Abs. 1 Nr. 6 BGB). Die Hemmung endete mit Ablauf des 18. Oktober 2003, sechs Monate nach der rechtskräftigen Entscheidung des Vorprozesses (§ 204 Abs. 2 Satz 1 BGB). Da der Zeitraum, während dessen die Verjährung gehemmt ist, in die Verjährungsfrist nicht eingerechnet wird (§ 209 BGB), kommt es für die Frage, ob die am 13. Dezember 2004 eingereichte Klage die Verjährung erneut hemmen konnte, entscheidend darauf an, ob die durch die Streitverkündung bewirkte Hemmung der Verjährung erst mit der Zustellung der

Streitverkündungsschrift an die Beklagten am 13. November 2002 oder - wegen § 167 ZPO - bereits mit deren Einreichung bei Gericht am 25. Oktober 2002 begann. Im ersten Fall endete die um die Zeit der Hemmung (340 Tage) verlängerte Verjährungsfrist am 5. Dezember 2004, im zweiten Fall am 24. Dezember 2004 (Dauer der Hemmung 359 Tage).

II. Anwendbarkeit von § 167 ZPO

[7] Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts kann die verjährungshemmende Wirkung der Zustellung einer Streitverkündung nach § 167 ZPO auch dann bereits mit ihrem Eingang bei Gericht eintreten, wenn die Zustellung noch vor Ablauf der Verjährungsfrist erfolgt.

1. Ansicht in Teilen der Rechtsprechung / Literatur

[8] Das Berufungsgericht meint im Anschluss an das Oberlandesgericht München (NJW-RR 2005, 1108, 1109; ihm folgend Musielak/Wolst, ZPO 7. Aufl. § 167 Rn. 2 a.E.; Thomas/Putzo/ Hüßtege, ZPO 30. Aufl. § 167 Rn. 5), der Anwendungsbereich des § 167 ZPO sei nach seinem Sinn und Zweck nur eröffnet, wenn die Streitverkündungsschrift vor Ablauf der Verjährungsfrist eingereicht, aber erst danach zugestellt werde. Nur dann entstehe für den Gläubiger durch die Dauer des Zustellungsverfahrens ein rechtlicher Nachteil, vor dem er zu schützen sei.

Bei Zustellung der Streitverkündung in unverjährter Zeit sei ein solcher Nachteil nicht zu besorgen, denn die Hemmung ende erst sechs Monate nach der rechtskräftigen Beendigung des Verfahrens; diese Zeit reiche aus, um die Verjährung gegebenenfalls erneut durch weitere Maßnahmen zu hemmen.

2. § 167 ZPO auch dann anwendbar, wenn Zustellung noch Verjährungseintritt erfolgt

[9] Diese Auffassung trifft nicht zu. Die Rückwirkung der Zustellung der Streitverkündung auf den Eingang der Streitverkündungsschrift bei Gericht nach § 167 ZPO setzt nicht voraus, dass die Verjährung zum Zeitpunkt der Zustellung ohne die Rückwirkung eingetreten wäre.

a) Wortlaut

[10] Die vom Berufungsgericht befürwortete Beschränkung der Rückwirkung lässt sich dem Wortlaut des § 167 ZPO nicht entnehmen. Danach tritt die Rückwirkung unter anderem ein, wenn durch die Zustellung die Verjährung nach § 204 BGB gehemmt werden soll. Dies ist auch dann der Fall, wenn die Streitverkündung noch vor Ablauf der Verjährungsfrist zugestellt wird.

b) Sinn und Zweck

[11] Sinn und Zweck des § 167 ZPO verlangen keine

einschränkende Auslegung. Eine entsprechende Regelung wurde erstmals durch die Novelle vom 1. Juni 1909 als § 496 Abs. 3 in die Zivilprozessordnung aufgenommen (RGBl. 1909 S. 483). Grund dafür war, dass mit der damaligen Novelle für das Verfahren vor dem Amtsgericht die Amtszustellung an Stelle der Zustellung im Parteibetrieb eingeführt wurde (§ 496 Abs. 1 und 2 ZPO a.F.). Da die Zustellung dadurch der Einwirkung und insbesondere der Beschleunigung seitens der Parteien entzogen wurde, sollte dafür Sorge getragen werden, dass in den Fällen, in welchen die Zustellung zur Wahrung einer Frist oder zur Unterbrechung der Verjährung erforderlich war, der Zeitraum, den die Ausführung der Zustellung nach der Einreichung oder Anbringung des Antrags oder der Erklärung durch die Partei noch in Anspruch nimmt, dieser nicht zum Nachteil gereichte (Entwurfsbegründung RT-Drucks.1907/1908 Nr. 735, S. 32). Ein Nachteil für den Gläubiger konnte nach damaligem Recht zwar nur entstehen, wenn während des Zustellungsverfahrens die Frist abließ oder Verjährung eintrat. Erfolgte die Zustellung noch vor Fristablauf oder Eintritt der Verjährung, war die Frist eingehalten oder die Verjährung unterbrochen (§ 209 BGB a.F.). Nach Ende der Unterbrechung begann die Verjährungsfrist neu zu laufen (§ 217 BGB a.F.). Ob die Unterbrechung zu einem früheren oder späteren Zeitpunkt eintrat, war nicht von Bedeutung. Daraus kann jedoch nicht geschlossen werden, die Rückbeziehung der Wirkung der Zustellung auf den Zeitpunkt des Eingangs bei Gericht habe nur den Nachteil ausgleichen sollen, der durch den Fristablauf oder durch den Eintritt der Verjährung während der Dauer des Zustellungsverfahrens entstehen konnte. Wie sich aus dem Wortlaut der Vorschrift und der Begründung ergab, sollte der Gläubiger vielmehr, wenn die Zustellung der Wahrung einer Frist oder der Unterbrechung der Verjährung diene, vor jeglichen Nachteilen geschützt werden, welche die Dauer des dem Gericht übertragenen Zustellungsverfahrens verursachte. Durch das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26. November 2001 (BGBl. I S. 3138) wurde mit Wirkung vom 1. Januar 2002 auch das Verjährungsrecht geändert. Nach neuem Recht führt die Zustellung der Streitverkündung nicht mehr zur Unterbrechung, sondern zur Hemmung der Verjährung. Der Zeitraum, während dessen die Verjährung gehemmt ist, wird in die Verjährungsfrist nicht eingerechnet (§ 209 BGB). Zustellungsverzögerungen wirken sich nun auch vor Eintritt der Verjährung nachteilig für den Gläubiger aus. Beginnt die Hemmung wegen der Dauer des gerichtlichen Zustellungsverfahrens später, verkürzt dies die Dauer der Hemmung und damit auch den nach dem Ende der Hemmung noch verbleibenden Teil der Verjährungsfrist. Der damit verbundene Nachteil mag sich praktisch selten auswirken, weil die nach § 204

Abs. 1 BGB eintretende Hemmung der Verjährung erst sechs Monate nach der rechtskräftigen Entscheidung oder anderweitigen Beendigung des eingeleiteten Verfahrens endet (§ 204 Abs. 2 Satz 1 BGB) und dem Gläubiger deshalb meist genügend Zeit bleibt, um eine Verjährung zu verhindern. Dies mindert das Gewicht des Nachteils, beseitigt ihn aber nicht. Weil er eine Folge des gerichtlichen Zustellungsverfahrens ist, fällt auch dieser Nachteil in den Schutzbereich des § 167 ZPO.

c) Weite Auslegung des § 167 ZPO

[12] Der Bundesgerichtshof hat den Zweck des § 167 ZPO und entsprechender früherer Normen (§§ 207, 270 Abs. 3, § 693 Abs. 2 ZPO a.F.) schon bisher in einem weiten Sinn verstanden. In gefestigter Rechtsprechung hat er Sinn und Zweck der Rückbeziehung der Zustellungswirkung auf den Zeitpunkt der Einreichung des Antrags darin gesehen, die Partei bei der Zustellung von Amts wegen vor Nachteilen durch Zustellungsverzögerungen innerhalb des gerichtlichen Geschäftsbetriebs zu bewahren (BGH, NJW 1995, 2230, 2231). Entsprechend diesem Zweck hat er gefordert, die Auslegung müsse so erfolgen, dass der beabsichtigte Schutz des Gläubigers vor Verzögerungen, die außerhalb seines Einflussbereichs liegen, nach Möglichkeit gewährleistet sei. Deshalb hat er bei der Beurteilung, ob die Zustellung noch "demnächst" erfolgte, keine absolute zeitliche Grenze gesetzt (BGH, Urt. v. 11. Juli 2003 aaO m.w.N.) und den Zeitraum vor Ablauf der Verjährungsfrist nicht berücksichtigt (BGH, NJW 1995, 3380, 3381, m.w.N.). Soweit im Urteil vom 18. Mai 1995 - ohne dass dies dort entscheidungserheblich gewesen wäre - ausgeführt wurde, die Frage einer Rückwirkung und damit auch des Schutzes der Partei vor Hinauszögerungen stelle sich erst dann, wenn die Verjährung nach Einreichung, aber vor Zustellung eintrete, entsprach dies der Rechtslage vor der Änderung des Verjährungsrechts zum 1. Januar 2002. Für die neue Rechtslage hat der Bundesgerichtshof die Rückwirkung der Zustellung eines Mahnbescheids auf den Zeitpunkt seiner Einreichung nicht davon abhängig gemacht, dass ohne die Rückwirkung Verjährung eingetreten wäre (BGH, Urt. v. 6. März 2008 - III ZR 206/07, NJW 2008, 1674). Eine unterschiedliche Behandlung der Zustellung eines Mahnbescheids (§ 204 Abs. 1 Nr. 3 BGB) und einer Streitverkündung (§ 204 Abs. 1 Nr. 6 BGB) ist nicht gerechtfertigt. In beiden Fällen muss vermieden werden, dass ein Gläubiger, der die Streitverkündung zu einem frühen Zeitpunkt einreicht und eine Zustellung noch vor Ablauf der Verjährungsfrist ermöglicht, schlechter steht als ein Gläubiger, der die Streitverkündung so spät bei Gericht einreicht, dass sie erst nach Ablauf der Verjährungsfrist zugestellt werden kann (vgl. BGH, Urt. v. 27. September 1995 aaO).

*Strafrecht***Standort: § 224 I Nr. 2 StGB****Problem: Begehung "mittels" eines Werkzeugs**

BGH, BESCHLUSS VOM 12.01.2010
4 STR 589/09 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Um die Nebenklägerin zu erschrecken, legte der Angeklagte dieser von hinten ein Elektrokabel um den Hals und tat so, als wolle er sie damit erdrosseln. Wegen des hierdurch verursachten Schocks litt das Opfer noch länger unter Angstzuständen.

Das Landgericht Magdeburg hatte den Angeklagten aufgrund dieses Verhaltens wegen gefährlicher Körperverletzung, §§ 223 I, 224 I Nr. 2 StGB, verurteilt. Gegen dieses Urteil legte die Nebenklägerin Revision ein mit der sie eine Verurteilung des Angeklagten wegen versuchten Totschlags, §§ 212 I, 22, 23 I StGB, begehrte. Der BGH wies die Revision der Nebenklägerin als unbegründet zurück, hob das Urteil aber dennoch auf, da dieses einen Fehler zum Nachteil des Angeklagten enthalte. Der Angeklagte habe die Körperverletzung nämlich nicht "mittels" eines gefährlichen Werkzeugs i.S.v. § 224 I Nr. 2 StGB begangen, sodass nur eine Strafbarkeit wegen einfacher Körperverletzung, § 223 I StGB, gegeben sei.

Prüfungsrelevanz:

Körperverletzungsdelikte sind häufig Gegenstand von Prüfungsaufgaben in beiden Examen. Neben ihrer hohen praktischen Bedeutung eignen sie sich nämlich hervorragend dazu, Probleme aus dem Bereich des Allgemeinen Teils (vor allem hinsichtlich Kausalität und Irrtümern sowie Täterschaft und Teilnahme) zu besprechen. Gerade weil sie so häufig zu prüfen sind, sind aber auch Detailkenntnisse hinsichtlich tatbestandsspezifischer Probleme dieser Delikte unerlässlich. Der BGH macht im vorliegenden Fall insbesondere Ausführungen zu einem Problem, das in den letzten Jahren immer wieder Gegenstand höchst richterlicher Entscheidungen war, nämlich der Frage, wann eine Körperverletzung "mittels" eines gefährlichen Werkzeugs i.S.v. § 224 I Nr. 2 StGB begangen wurde.

Interessant ist im vorliegenden Fall auch die Prozessgeschichte: Gegen das Urteil des LG hatte nämlich nicht der Angeklagte selbst Revision eingelegt, sondern die Nebenklägerin (wozu sie gem. § 401 I 1 StPO befugt ist). Diese Revision, mit der die Nebenklägerin

eine schwerere Verurteilung des Angeklagten (wegen eines versuchten Tötungsdeliktes) begehrte, wies der BGH zurück. Statt dessen hob der BGH das Urteil auf, weil es den Angeklagten benachteilige, da dieser sich tatsächlich nur wegen des Grunddelikts gem. § 223 I StGB strafbar gemacht habe aber wegen der Qualifikation gem. §§ 223 I, 224 I Nr. 2 StGB verurteilt worden war. Zwar hat gem. § 301 StPO ein von der Staatsanwaltschaft zuungunsten des Angeklagten eingelegtes Rechtsmittel die Wirkung, dass das Urteil auch zugunsten des Angeklagten abgeändert werden kann. Im vorliegenden Fall war das Rechtsmittel jedoch nicht von der Staatsanwaltschaft, sondern von der Nebenklägerin eingelegt worden. Auf diesen Fall wendet jedoch die Rechtsprechung § 301 StPO analog an (BGH, NJW 1986, 2716, 2717; Meyer-Goßner, StPO, § 301 Rn. 2).

Im vorliegenden Fall hatte das LG den Angeklagten wegen gefährlicher Körperverletzung gem. §§ 223 I, 224 I Nr. 2 StGB verurteilt.

Eine Körperverletzung setzt gem. § 223 I StGB setzt voraus, dass der Täter das Opfer körperlich misshandelt und/oder an der Gesundheit schädigt. Körperliche Misshandlung in diesem Sinne ist jede üble, unangemessene Behandlung, die das körperliche Wohlbefinden oder die körperliche Integrität nicht nur unerheblich beeinträchtigt (BGH, NStZ 2007, 218; Fischer, § 223 Rn. 3a; LK-Lilie, § 223 Rn. 6). Gesundheitsschädigung ist das Hervorrufen oder Steigern eines pathologischen, also krankhaften, Zustands (BGH, NJW 1960, 2253; Schönke/Schröder-Eser, § 223 Rn. 5). Im vorliegenden Fall hatte der Angeklagte durch seinen "Überfall" beim Opfer Angstzustände herbeigeführt, die auch noch geraume Zeit anhielten. In solchen Fällen, in denen durch eine psychische Belastung ein sich körperlich auswirkender Zustand herbeigeführt wird, kann dieser - im Gegensatz zu der rein psychischen Belastung selbst - eine Gesundheitsschädigung darstellen (BGH, NStZ-RR 2000, 106; NJW 2003, 249, 250; Fischer, § 223 Rn. 6c; Joecks, § 223 Rn. 5 f.). Deswegen hatten sowohl das LG als auch der BGH die Verwirklichung des Tatbestands des § 223 I StGB durch den Täter angenommen.

Gem. § 224 I Nr. 2 StGB stellt es einen qualifizierten Fall der Körperverletzung dar, wenn der Täter diese "mittels einer Waffe oder eines anderen gefährlichen Werkzeugs" begeht. Ein anderes gefährliches Werk-

zeug ist nach h.M. jeder bewegliche Gegenstand, der nach seiner objektiven Beschaffenheit und seiner konkreten Verwendung im Einzelfall dazu geeignet ist, erhebliche Verletzungen zuzufügen (BGH, NStZ 2007, 95; Fischer, § 224 Rn. 9; Joecks, § 224 Rn. 16; Lackner/Kühl, § 224 Rn. 5; LK-Lilie, § 224 Rn. 20). Diese Voraussetzungen dürfte ein Gegenstand wie ein Elektrokabel wohl erfüllen, zumindest dann, wenn der Täter das Opfer damit würgt.

Allerdings hatte der Angeklagte das Kabel nicht dazu benutzt, unmittelbar auf den Körper des Opfers einzuwirken, sondern dieses damit nur erschreckt. § 224 I Nr. 2 StGB setzt jedoch voraus, dass die Körperverletzung "mittels" des gefährlichen Werkzeugs begangen wird. Dies ist nach ständiger Rechtsprechung nur dann der Fall, wenn das Werkzeug unmittelbar auf den Körper des Opfers einwirkt (ebenso Fischer, § 224 Rn. 7; Joecks, § 224 Rn. 22a). So hat der BGH eine Qualifikation gem. § 224 I Nr. 2 StGB etwa in Fällen abgelehnt, in denen der Täter mit einer Pistole auf einen Pkw geschossen hatte und das Opfer erst durch den hierdurch verursachten Unfall Verletzungen erlitten hatte (BGH, NStZ 2006, 572, 573) oder in denen das Opfer aus einem fahrenden Pkw geworfen und durch den Aufprall auf die Straße verletzt wurde (BGH, NStZ 2007, 405). Im vorliegenden Fall, so führt der BGH aus, habe das Kabel zwar den Körper des Opfers berührt, die Gesundheitsschädigung sei jedoch nicht aufgrund der physikalischen Einwirkung entstanden, sondern durch den Schockeffekt, was keine Verletzung "mittels" des Werkzeugs darstelle.

Vertiefungshinweise:

□ Zur Begehung "mittels" eines Werkzeugs i.S.v. § 224 I Nr. 2 StGB: BGH, NStZ 1986, 166; 2006, 572; - 2007, 405; KG, NZV 2006, 111; Eckstein, NStZ 2008, 125

Leitsatz (der Redaktion):

§ 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB verlangt, dass die Körperverletzung "mittels" eines anderen gefährlichen Werkzeugs begangen wird. Das Tatmittel muss hierbei unmittelbar auf den Körper des Opfers einwirken. Daran fehlt es, wenn das Tatmittel als bloße "Requisite" bei der Inszenierung einer scheinbar lebensbedrohlichen Situation seine Wirkung nicht unmittelbar körperlich, sondern psychisch vermittelt.

Sachverhalt:

Der Angeklagte legte der vor dem Computer sitzenden Nebenklägerin ein etwa ein Meter langes Elektrokabel locker um den Hals, ohne es allerdings zuzuziehen und ohne dass das Kabel mit ihrem Hals in Berührung kam. Er wollte ihr lediglich einen heftigen Schrecken

einjagen. Die Nebenklägerin bemerkte das Kabel, ergriff es von oben mit beiden Händen und zog es mit einem heftigen Ruck dem Angeklagten aus der Hand, so dass es auf den Fußboden fiel. Spätestens jetzt rief der Angeklagte: "Ich bringe dich um." Die Nebenklägerin, der es im weiteren Verlauf gelang, den Angeklagten aus dem Zimmer zu drängen und in die Küche zu flüchten, erlebte Todesängste, verspürte eine Beklemmung und litt noch geraume Zeit nach der Tat unter Angstzuständen.

Aus den Gründen:

1. Entscheidung des LG

[1, 2] Das Landgericht hat den Angeklagten wegen gefährlicher Körperverletzung in Tateinheit mit Bedrohung zu einer Freiheitsstrafe von einem Jahr verurteilt, deren Vollstreckung es zur Bewährung ausgesetzt hat. Die Nebenklägerin strebt mit ihrer auf die Sachrüge gestützten Revision eine Verurteilung des Angeklagten wegen versuchten Totschlags an. Die Nachprüfung des Urteils auf Grund der Revisionsrechtfertigung hat keinen Rechtsfehler zugunsten des Angeklagten ergeben, wie der Generalbundesanwalt in seiner Antragsschrift im Einzelnen zutreffend ausgeführt hat. Jedoch ist das Urteil in entsprechender Anwendung des § 301 StPO zugunsten des Angeklagten im Schuldspruch abzuändern und im Strafausspruch aufzuheben, weil es einen Rechtsfehler zum Nachteil des Angeklagten aufweist, der auf die Revision der Nebenklägerin zu beachten ist, obwohl das Rechtsmittel nur zuungunsten des Angeklagten eingelegt wurde (BGH, Beschl. vom 23. August 1995 - 2 StR 394/95, NStZ-RR 1996, 130). [...]

2. Entscheidung des BGH; Zum Fehlen der Voraussetzungen des § 224 I Nr. 2 StGB

[3] Diese Feststellungen belegen zwar noch die Annahme einer vorsätzlichen (einfachen) Körperverletzung (§ 223 Abs. 1 StGB). Die Verurteilung wegen gefährlicher Körperverletzung kann jedoch keinen Bestand haben. Denn entgegen der Auffassung des Landgerichts hat der Angeklagte die Körperverletzung nicht mittels eines gefährlichen Werkzeugs im Sinne des § 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 StGB begangen.

a) Zum Begriff des gefährlichen Werkzeugs i.S.v. § 224 I Nr. 2 StGB

[4] Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist ein gefährliches Werkzeug jeder bewegliche Gegenstand, der nach seiner objektiven Beschaffenheit und nach der Art seiner Benutzung im konkreten Einzelfall geeignet ist, erhebliche Körperverletzungen herbeizuführen (vgl. nur Senat, Beschl. vom 5. September 2006 - 4 StR 313/06, NStZ 2007, 95). Bereits diese Eignung erscheint hier zweifelhaft. Zwar kann

ein Kabel, wenn es zum Würgen eingesetzt wird, nach seiner Beschaffenheit und der konkreten Verwendung erhebliche Verletzungen herbeiführen. Hier legte der Angeklagte der Nebenklägerin jedoch das Kabel lediglich locker um den Hals, um sie in Angst und Schrecken zu versetzen. Wird eine Strangulation aber nur vorgetäuscht, sind erhebliche Verletzungen regelmäßig nicht zu befürchten. Dass es sich hier ausnahmsweise, etwa aufgrund einer besonderen Disposition der Nebenklägerin, anders verhielt, ist nicht festgestellt.

b) Zur Tatbegehung "mittels" des Werkzeugs i.S.v. § 224 I Nr. 2 StGB

[5] Darüber hinaus verlangt § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB, dass die Körperverletzung "mittels" eines solchen Werkzeugs begangen wird. Das Tatmittel muss hierbei unmittelbar auf den Körper des Opfers einwirken (Senat, Urt. vom 22. Dezember 2005 - 4 StR 347/05, NStZ 2006, 572, 573, Beschl. vom 16. Januar 2007 - 4 StR 524/06, NStZ 2007, 405; Fischer StGB 57. Aufl. § 224 Rdn. 7). Jedenfalls daran fehlt es hier. Das Kabel kam zwar mit dem Körper der Nebenklägerin in Berührung. Es entfaltete jedoch als bloße "Requisite" bei der Inszenierung einer scheinbar lebensbedrohlichen Situation seine Wirkung nicht unmittelbar körperlich, sondern psychisch vermittelt. Dies vermag den Tatbestand des § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB aber ebenso wenig zu erfüllen wie der Einsatz einer Maske oder die Vorlage einer gefälschten Todesbescheinigung mit

dem Ziel, das Opfer in Schrecken zu versetzen. Diese Auffassung liegt auch der bisherigen Rechtsprechung zugrunde (vgl. BGH, Beschl. vom 17. Januar 2001 - 1 StR 480/00; Urt. vom 26. November 1985 - 1 StR 393/85, NStZ 1986, 166; im Ergebnis ebenso Stree in Schönke/Schröder StGB 27. Aufl. § 224 Rdn. 3; a.A. Hardtung in MK StGB § 224 Rdn. 21; differenzierend Eckstein NStZ 2008, 125, 128). An ihr wird festgehalten.

3. Änderung des Schuldspruchs

[6] Der Senat stellt den Schuldspruch entsprechend um. Er schließt aus, dass noch Feststellungen getroffen werden können, die das Handeln des Angeklagten als eine das Leben gefährdende Behandlung i.S.d. § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB erscheinen lassen könnten. § 265 StPO steht der Schuldspruchänderung nicht entgegen, da sich der Angeklagte nicht anders als geschehen hätte verteidigen können.

4. Aufhebung des Strafausspruchs und Zurückverweisung an das AG - Strafrichter

[7] Die Änderung des Schuldspruchs zieht angesichts des gegenüber § 224 StGB milderen Strafrahmens des § 223 StGB die Aufhebung des Strafausspruchs nach sich. Der Senat macht von der Möglichkeit des § 354 Abs. 3 StPO Gebrauch und verweist die Sache an das Amtsgericht - Strafrichter - Aschersleben zurück, da dessen Straf Gewalt hier ausreicht.

Standort: § 250 II Nr. 1 StGB

Problem: Sukzessive Verwirklichung

BGH, BESCHLUSS VOM 25.02.2010
5 STR 542/09 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Der Angeklagte und ein Mittäter hatten einen Supermarkt überfallen, einen Angestellten mit einer echt aussehenden Spielzeugpistole bedroht und ihn so dazu gezwungen, den Tresor zu öffnen, aus dem sie dann Bargeld und Telefonzubehör entnahmen. Als sie sahen, dass der Tresor noch über eine zweite Tür verfügte, verlangten sie von dem Opfer, diese auch zu öffnen. Dieses erklärte, die zweite Tür könne nur gemeinsam mit dem Geldtransportunternehmen geöffnet werden. Weil die Täter dies zunächst nicht glaubten, zog der Angeklagte ein langes Messer und drohte damit, dieses gegenüber dem Opfer einzusetzen. Die Täter ließen sich dann aber doch davon überzeugen, dass die zweite Tresortür ohne Mitwirkung eines Mitarbeiters des Geldtransportunternehmens nicht geöffnet werden könne und gingen, ohne weitere Dinge mitzunehmen.

Aufgrund dieses Verhaltens hatte das Landgericht Berlin die Angeklagten insb. wegen mittäterschaftli-

chen besonders schweren Raubes, §§ 249 I, 250 I Nr. 1b, II Nr. 1, 25 II StGB, verurteilt. Hiergegen hatte der Angeklagte Revision eingelegt, mit der er insbesondere rügte, dass die Qualifikation gem. § 250 II Nr. 1 StGB nicht vollendet sei, da das Messer (also das andere gefährliche Werkzeug) noch nicht im Rahmen des vollendeten Raubes an dem tatsächlich weggenommenen Bargeld und Telefonzubehör verwendet wurde, sondern nur im Rahmen eines versuchten Raubes an dem Inhalt des zweiten Tresorfachs. Der BGH wies diese Revision jedoch zurück, da es für § 250 II Nr. 1 StGB ausreiche, dass das Werkzeug zwischen Vollendung und Beendigung des Grunddelikts verwendet würde und eine Trennung zwischen einem vollendeten schweren Raub gem. §§ 249 I, 250 I Nr. 1b StGB und einem versuchten besonders schweren Raub gem. §§ 249 I, 250 II Nr. 1 StGB eine gekünstelte Aufspaltung darstellen würde.

Prüfungsrelevanz:

Vermögensdelikte und hierbei insbesondere die Straftaten des 20. Abschnitts (§§ 249 ff. StGB) bilden be-

sonders häufig den Gegenstand von Examensaufgaben in beiden Examen. Hierbei werden nicht nur klassische Probleme abgefragt wie das Verhältnis von Raub, § 249 I StGB, und räuberischer Erpressung, §§ 253 I, 255 StGB. Gerade auch Fragen im Rahmen der Qualifikationstatbestände, §§ 250 f. StGB, sind hier oft zu beantworten. Das im vorliegenden Fall relevante Problem der Verwirklichung eines Qualifikationstatbestandes zwischen Vollendung und Beendigung des Grunddelikts ist insofern zwar kein neues, aber doch ein im Examen immer wieder angesprochenes Problem. Und auch wenn die vorliegende Entscheidung im Verhältnis zur früheren Rechtsprechung keine wirklich neuen Erkenntnisse liefert, so bieten sich doch vergleichbare Fälle nicht nur für Klausuren, sondern auch für Prüfungsgespräche und Kurz- bzw. Aktenvorträge an.

Der im vorliegenden Fall maßgebliche Qualifikationstatbestand des § 250 II Nr. 1 StGB setzt voraus, dass der Täter eine Waffe oder ein anderes gefährliches Werkzeug "bei der Tat" verwendet. Streitig ist insofern, ob es für die Verwirklichung des Qualifikationstatbestandes ausreicht, dass die qualifizierende Umstände erst nach Vollendung des Grunddeliktes verwirklicht werden. Nach einer in der Literatur weit verbreiteten Auffassung scheidet eine Qualifikation gem. § 250 II Nr. 1 StGB bei einer Verwirklichung des Qualifikationstatbestandes nach Vollendung des Grunddelikts aus (Lackner/Kühl, § 250 Rn 4, § 244 Rn 2; Krey/Hellmann, BT II, Rn 217 f.; Wesels/Hillenkamp, BT II, Rn 350a; Hruschka, JZ 1983, 217, 218; Schönemann, JA 1980, 394; Sternberg-Lieben, JuS 1996, 136, 138 f.). Wenn der Gesetzgeber ausdrücklich die Verwirklichung des Qualifikationstatbestandes "bei der Tat" verlange, so meine er hiermit nur die Phase bis zur Vollendung des Deliktes, da "die Tat" i.S.v. § 11 I Nr. 5 StGB hiermit abgeschlossen sei. Die Gegenauffassung, insbesondere die Rechtsprechung, lässt hingegen auch eine Verwirklichung des Qualifikationstatbestandes nach Vollendung des Grunddelikts genügen, sofern diese zumindest noch vor Beendigung der Tat geschehe (BGH, NStZ 2004, 263; NJW 2008, 3651; Fischer, § 250 Rn 18; Schönke/Schröder-Eser, § 250 Rn 10 ff.). Da der Raub - ebenso wie die anderen für § 250 StGB in Betracht kommenden Grundtatbestände - ein einheitliches Delikt darstelle, das vom Versuchsbeginn bis zur Beendigung (und nicht nur bis zur Vollendung) reiche, könne es den Täter bzgl. der Qualifikation nicht entlasten, dass er den Qualifikationstatbestand erst zwischen Vollendung und Beendigung des Grunddelikts verwirkliche. Da es auch zu den typischen Begleiterscheinungen eines Raubes gehöre, dass sich an den eigentlichen Raub noch eine Flucht- und Beutesicherungsphase anschließe, könne es den Täter auch nach

Sinn und Zweck der Qualifikationstatbestände nicht entlasten, dass er diese erst in diesem späten Zeitraum verwirkliche.

Allerdings nimmt der BGH bei Verwirklichung des Qualifikationstatbestandes zwischen Vollendung und Beendigung des Grunddelikts eine Einschränkung vor: Die qualifizierende Handlung (also bei § 250 II Nr. 1 StGB die Verwendung der Waffe) muss noch in einem inneren Zusammenhang zur Begehung des Grunddelikts stehen, d.h. sie muss der Zueignung, Bereicherung oder zumindest der Sicherung der Beute dienen (BGHSt 20, 194, 197; BGH, RA 2009, 385, 387 = NJW 2009, 3041, 3042; ebenso Schönke/Schröder-Eser, § 250 Rn 12). Diese Rechtsprechung setzt der BGH in der vorliegenden Entscheidung fort und betont, dass diese Voraussetzung auch dann vorliegt, wenn der Täter nach Vollendung eines ersten Raubes eine Waffe verwendet, um zusätzliche Beutestücke zu erlangen.

Vertiefungshinweise:

☐ Zur Strafbarkeit gem. § 250 StGB bei Verwirklichung des Qualifikationstatbestandes zwischen Vollendung und Beendigung des Grunddelikts: *BGHSt* 20, 194; *BGH*, *NStZ* 2004, 263; *NStZ-RR* 2008, 342; *NJW* 2008, 3651; *RA* 2009, 385 = *NJW* 2009, 3041; *Hruschka*, *JZ* 1983, 217; *Schönemann*, *JA* 1980, 394; *Sternberg-Lieben*, *JuS* 1996, 136

Kursprogramm:

☐ *Examenskurs*: "Tod in der Fußgängerzone"

Leitsatz:

Setzt der Täter, vom Opfer wahrgenommen, nach Vollendung, aber noch vor Beendigung der Raubtat eine Waffe oder ein anderes gefährliches Werkzeug mit dem Ziel weiterer Wegnahme ein, so genügt dies für ein Verwenden "bei der Tat" im Sinne des § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB auch dann, wenn die angestrebte weitere Wegnahme nicht vollendet wird.

Sachverhalt:

Der Angeklagte und sein Mittäter überfielen am 15. Oktober 2007 einen Supermarkt. Unter Vorhalt einer wie eine "echte" Schusswaffe aussehenden Spielzeugpistole zwangen sie eine der beiden anwesenden Angestellten, den Tresor aufzuschließen. Der Mittäter des Angeklagten nahm Geldscheine sowie Münzgeld heraus und verstaute das Geld in einer mitgebrachten Plastiktasche. Unzufrieden mit der bisherigen Ausbeute durchsuchte er den Tresor und entwendete Telefonkarten sowie für Mobiltelefone bestimmte "Startersets", die er ebenfalls in die Plastiktasche steckte.

Sodann wies er die Angestellte an, auch die untere der beiden Tresortüren zu öffnen, hinter der er Scheine mit größerer Stückelung vermutete. Die Aussage der Angestellten, dass der Zugriff auf diesen Teil des Tresors nur gemeinsam mit dem Geldtransportunternehmen möglich sei, hielt er für eine Lüge. Mit den Worten, sie müssten "dann wohl etwas grob werden", zog er ein Schinkenmesser mit einer Klingenlänge von mindestens 15 cm und bedrohte damit die Angestellte. Die Pistole übergab er dem Angeklagten. Diese haltend sagte der Angeklagte, es müsse noch weiteres Geld vorhanden sein. Den Einsatz des Messers durch seinen Mittäter billigte er. Letztlich ließen sich die Täter durch einen am Tresor angebrachten, das Schloss für die Geldtransporteure bezeichnenden Aufkleber davon überzeugen, dass die Tresortür durch die Angestellte alleine nicht geöffnet werden könne.

Der Angeklagte durchstößte danach vergeblich auf einem Schrank abgestellte Kasseneinsätze nach weiterem Geld. Anschließend riss er das Kabel des Bürotelefons heraus und zertrat das Telefon. Die nunmehr beide mit Kabelbindern gefesselten Angestellten fragte er, ob sie Mobiltelefone besäßen, was jene verneinten. Ferner erkundigte er sich danach, wem das noch auf dem Parkplatz befindliche Auto gehöre, wozu sich eine der Angestellten bekannte. Er durchsuchte deren Tasche nach den Autoschlüsseln, fand diese aber nicht.

Die Täter flüchteten mit einer Beute von etwa 5.500 € in bar sowie Telefonkarten mit einem Guthaben von etwa 3.500 €.

Aus den Gründen:

[1 - 5] Das Landgericht hat den Angeklagten unter Freisprechung im Übrigen wegen besonders schweren Raubes und schweren Raubes zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von acht Jahren und fünf Monaten verurteilt. Der hiergegen mit Verfahrensrügen und der Sachrüge gerichteten Revision des Angeklagten bleibt aus den Gründen der Antragschrift des Generalbundesanwalts der Erfolg versagt. Der ergänzenden Erörterung bedarf nur der Schuldspruch wegen besonders schweren Raubes im Fall 1 der Urteilsgründe. [...]

[6] Obgleich der Angeklagte und sein Mittäter nach dem Einsatz des Messers keine Wegnahmehandlung

mehr vollführt haben, hält die Wertung der Strafkammer, der Angeklagte habe im Hinblick auf den von ihm gebilligten Messereinsatz seines Mittäters einen besonders schweren Raub nach § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB begangen, rechtlicher Nachprüfung stand.

[7] Die Vorschrift verlangt eine Verwendung des gefährlichen Werkzeugs "bei der Tat". Es entspricht dabei ständiger Rechtsprechung, dass eine Verwirklichung der Qualifikationstatbestände des § 250 Abs. 2 Nr. 1 und 3a StGB auch noch in der Phase zwischen der - hier gegebenen (vgl. BGHSt 26, 24, 25 f.) - Vollendung und der Beendigung der Raubtat möglich ist (BGHSt 52, 376, 377; 53, 234, 236; BGH NStZ-RR 2008, 342, 343; jeweils m.w.N.). Allerdings muss das den Qualifikationstatbestand erfüllende Handeln noch von Zueignungsabsicht (in Fällen der räuberischen Erpressung von Bereicherungsabsicht) getragen sein, was auch dann anzunehmen ist, wenn es auf Beutesicherung abzielt (vgl. BGHSt 53, 234, 237 m.w.N.; BGH NStZ-RR 2008, 342, 343; vgl. zu § 250 Abs. 1 Nr. 1a StGB auch Eser in Schönke/Schröder, 27. Aufl. § 250 Rdn. 10 f.).

[8] Gleiches gilt, wenn der Täter - wie hier - im Rahmen eines noch nicht abgeschlossenen einheitlichen Tatgeschehens zur Intensivierung seiner Drohung und zugleich seines Angriffs auf die von §§ 249 ff. StGB mitgeschützten Vermögensrechte ein gegebenenfalls von ihm zuvor nur mitgeführtes gefährliches Werkzeug tatsächlich einsetzt und damit den Qualifikationstatbestand vollständig erfüllt (zur ähnlichen Problematik bei § 177 Abs. 4 Nr. 1 StGB im Ergebnis ebenso BGHSt 51, 276, 278 f., zu weitgehende Folgerungen bei Fischer, StGB 57. Aufl. § 177 Rdn. 84a). Dann sind - ungeachtet einer weiteren vollendeten Wegnahmehandlung - "bei der Tat" die spezifischen Gefahren der Werkzeugverwendung eingetreten, vor denen der Gesetzgeber mit der höheren Strafdrohung des § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB schützen will. Die Aufspaltung der Tat in einen vollendeten schweren Raub und einen damit ideal konkurrierenden Versuch eines besonders schweren Raubes erschiene vor diesem Hintergrund gekünstelt. Eine solche Betrachtungsweise wäre überdies geeignet, sachlich nicht gerechtfertigte Zufallsergebnisse zu produzieren.

Standort: § 315b I StGB**Problem: Anwendung auf Verkehrsteilnehmer**

BGH, BESCHLUSS VOM 09.02.2010

4 STR 556/09 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Der Angeklagte verfolgte seine Ehefrau, weil er wütend und enttäuscht darüber war, dass diese ihn verlassen wollte. Als er während einer Fahrt mit seinem Pkw sah, wie diese zu Fuß in den Weg zu ihrem Elternhaus einbog, gab er Gas, weil er ihr den Weg abschneiden und sie zur Rede stellen wollte. Weil er sie jedoch nicht gefährden wollte, bremste er frühzeitig wieder ab, was es ihr ermöglichte, über einen Zaun auf das Grundstück der Eltern zu flüchten.

Das Landgericht Marburg an der Lahn hatte den Angeklagten aufgrund dieses Verhaltens insbesondere wegen gefährlichen Eingriffs in den Straßenverkehr, § 315b I Nr. 3 StGB, verurteilt. Der BGH hob auf die Revision des Angeklagten hin das Urteil insofern auf. Der Tatbestand des § 315b I Nr. 3 StGB könne zwar auch durch Verkehrsteilnehmer verwirklicht werden, wie es auch der Angeklagte als Autofahrer im maßgeblichen Zeitpunkt war. Dies setze allerdings voraus, dass der Täter mit Schädigungsvorsatz handle, was im vorliegenden Fall aber gerade nicht nachweisbar war.

Prüfungsrelevanz:

Der Tatbestand des § 315b StGB ist immer wieder Gegenstand von Prüfungsaufgaben. Insbesondere das Problem seiner Anwendbarkeit auf Verkehrsteilnehmer ist ein absoluter Examensklassiker, mit dem in jedem Prüfungsabschnitt und bei jeder Art von Prüfungsaufgabe gerechnet werden sollte.

§ 315b I StGB setzt - wie schon die amtliche Überschrift zeigt - grundsätzlich einen Eingriff von außen "in den Straßenverkehr" voraus. Das bedeutet, dass Verkehrsteilnehmer, die ja selbst Teil des Straßenverkehrs sind und nicht außerhalb des Verkehrs stehen, insofern privilegiert sind als auf sie nicht der (weite) Tatbestand des § 315b I (Nr. 3) StGB Anwendung findet, sondern nur der (enge) Tatbestand des § 315c I (Nr. 2) StGB. § 315c I StGB kommt insofern eine "Sperrwirkung" gegenüber § 315b I StGB zu (vgl. die Darstellung bei Fischer, § 315b Rn 9 ff.).

Ausnahmsweise kann jedoch auch das Verhalten eines Verkehrsteilnehmers (als sog. "verkehrsfeindlicher Inneneingriff") nach § 315b I StGB strafbar sein, wenn es sich nämlich als "Pervertierung" einer Teilnahme am Straßenverkehr darstellt. Dies ist dann der Fall, wenn der Täter sein Fahrzeug bewusst zweckwidrig und in verkehrsfeindlicher Gesinnung verwendet (BGHSt 23, 7; Joecks, § 315b Rn 11a;

Schönke/Schröder-Cramer/Sternberg-Lieben, § 315b Rn 9 f.), wobei der BGH - obwohl § 315b I StGB eigentlich ein konkretes Gefährdungsdelikt ist, das einen Schadenseintritt zu seiner Vollendung gerade nicht voraussetzt - zusätzlich noch verlangt, dass der Täter mit (zumindest bedingtem) Schädigungsvorsatz handelt (BGH, RA 2003, 327 = StraFo 2003, 215; RA 2008, 106 = NSTZ-RR 2008, 83; RA 2010, 31 = JuS 2010, 364).

Diese Rechtsprechung setzt der BGH in dem vorliegenden Beschluss fort und verneint deshalb eine Strafbarkeit des Angeklagten gem. § 315b I StGB, da diesem ein Verletzungsvorsatz nicht nachgewiesen werden konnte. Der BGH betont, dass es hierfür auch nicht darauf ankommt - worauf das LG aber wohl abgestellt hatte -, ob der Täter nach Eintritt einer von ihm in den Vorsatz aufgenommenen Gefährdung des Opfers weiterfahren wolle oder nicht.

Vertiefungshinweise:

☐ Zur Anwendbarkeit von § 315b StGB auf Verkehrsteilnehmer: *BGH*, RA 2003, 327 = StraFo 2003, 215; RA 2004, 606 = NSTZ 2004, 625; RA 2006, 623 = JA 2006, 900; RA 2008, 106 = NSTZ-RR 2008, 83; RA 2010, 31 = JuS 2010, 364; *Dreher*, JuS 2003, 1159; *Grupp/Kinzig*, NSTZ 2007, 132; *König*, NSTZ 2004, 175

Kursprogramm:

☐ *Examenskurs*: "Die Schwiegermutter"

Leitsatz (der Redaktion):

Die Strafbarkeit bei einem sog. verkehrsfeindlichen Inneneingriff, d.h. einer Verwirklichung des Tatbestandes des § 315b StGB durch einen Verkehrsteilnehmer, setzt voraus, dass es zu einem bewusst zweckwidrigen Einsatz des Fahrzeugs in verkehrsfeindlicher Einstellung kommt und dass der Täter mit zumindest bedingtem Schädigungsvorsatz handelt; erst dann liegt eine - über den Tatbestand des § 315c hinausgehende und davon abzugrenzende - verkehrsatypische "Pervertierung" des Verkehrsvorgangs zu einem gefährlichen "Eingriff" in den Straßenverkehr im Sinne des § 315b Abs. 1 StGB vor.

Sachverhalt:

Aus Wut, Enttäuschung und Verzweiflung verfolgte der Angeklagte mit seinem Pkw seine Ehefrau, die sich von ihm trennen wollte und sich auf dem Heimweg zu ihrer Wohnung im Haus ihrer Eltern befand. Dieses Haus befindet sich am Ende eines Stichweges.

Der Angeklagte erblickte seine Ehefrau, als er in den Stichweg einbog. Er beschleunigte seinen Pkw innerhalb von zwei Sekunden und einer Strecke von 20 m auf 45 bis 48 km/h. Er wollte seiner Ehefrau den Weg in ihr Elternhaus abschneiden und sie noch einmal wegen der Trennung zur Rede stellen. Nach zwei Sekunden maximaler Beschleunigung leitete der Angeklagte jedoch eine Vollbremsung ein, "um - was zu seinen Gunsten unterstellt werden muss - seine Ehefrau nicht weiter zu gefährden". Weiter heißt es in dem Urteil: "Der Angeklagte erkannte dabei, dass er seine Ehefrau durch sein hoch riskantes Fahrmanöver konkret gefährdete, wollte diese indes nicht verletzen und vertraute darauf, dass sie von dem Pkw nicht erfasst würde." Sie hatte die Gefahr rechtzeitig erkannt und konnte dem von hinten herannahenden Fahrzeug des Angeklagten ausweichen und sich auf das Grundstück ihrer Eltern flüchten. Der Pkw des Angeklagten kam nur wenige Zentimeter vor dem Jägerzaun dieses Grundstücks zum Stehen. Der Angeklagte stieg aus, lief seiner Ehefrau hinterher und schlug sie an der Haustür zu Boden.

Aus den Gründen:

[1] Das Landgericht hat den Angeklagten wegen vorsätzlicher Körperverletzung in zwei Fällen, davon in einem Fall (II. 1 der Urteilsgründe) in Tateinheit mit Beleidigung, Nötigung und Bedrohung, im anderen Fall (II. 2 der Urteilsgründe) in Tateinheit mit gefährlichem Eingriff in den Straßenverkehr und Bedrohung, zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von elf Monaten verurteilt, deren Vollstreckung es zur Bewährung ausgesetzt hat. Gegen dieses Urteil wendet sich der Angeklagte mit seiner Revision, mit der er die Verletzung sachlichen Rechts rügt. Das Rechtsmittel führt zum Wegfall der Verurteilung wegen gefährlichen Eingriffs in den Straßenverkehr; im Übrigen ist es unbegründet im Sinne des § 349 Abs. 2 StPO.

1. Entscheidung des BGH; Zum unbegründeten Teil der Revision

[2] Die Überprüfung des Urteils auf Grund der Revisionsrechtfertigung hat keinen Rechtsfehler zum Nachteil des Angeklagten ergeben, soweit das Landgericht ihn im Fall II. 1 der Urteilsgründe wegen vorsätzlicher Körperverletzung in Tateinheit mit Beleidigung, Nötigung und Bedrohung zu der Geldstrafe von 80 Tagessätzen verurteilt hat. Angesichts der Besonderheiten des festgestellten Sachverhalts ist auch nicht zu beanstanden, dass das Landgericht in diesem Fall keine Gesetzeskonkurrenz von Nötigung und Bedrohung (vgl. Fischer StGB 57. Aufl. § 240 Rdn. 63 m.N.) angenommen, sondern beide Delikte als tateinheitlich verwirklicht angesehen hat.

[3] Ebenso hat das Landgericht den Angeklagten im Fall II. 2 der Urteilsgründe rechtsfehlerfrei der vor-

sätzlichen Körperverletzung in Tateinheit mit Bedrohung für schuldig befunden und ihn zu der Einsatzstrafe von zehn Monaten Freiheitsstrafe verurteilt.

2. Zum Fehlen einer Strafbarkeit des Angeklagten gem. § 315b I StGB

[4, 5] Dagegen kann der Schuldspruch keinen Bestand haben, soweit das Landgericht den Angeklagten im Fall II. 2 auch des vorsätzlichen gefährlichen Eingriffs in den Straßenverkehr für schuldig befunden hat. [...]

b) Zur Anwendbarkeit von § 315b I StGB auf Verkehrsteilnehmer und zum Fehlen der Voraussetzungen im vorliegenden Fall

[7] Diese Feststellungen rechtfertigen die Verurteilung des Angeklagten wegen vollendeten vorsätzlichen gefährlichen Eingriffs in den Straßenverkehr nach § 315 b StGB nicht. Wie der Generalbundesanwalt in seiner Antragsschrift vom 17. November 2009 zutreffend ausgeführt hat, ergeben die Feststellungen nicht, dass Leib oder Leben der Ehefrau des Angeklagten (oder fremde Sachen von bedeutendem Wert) bereits konkret gefährdet worden sind, wie dies § 315 b Abs. 1 StGB voraussetzt (vgl. Senat, Beschlüsse vom 20. Oktober 2009 - 4 StR 408/09, vom 3. November 2009 - 4 StR 373/09 - und vom 10. Dezember 2009 - 4 StR 503/09).

[8] Davon abgesehen, scheidet eine Verurteilung des Angeklagten nach § 315 b StGB unter den hier gegebenen Umständen bereits am subjektiven Tatbestand. Denn nach den Feststellungen des Landgerichts hat der Angeklagte nur mit Gefährdungsvorsatz gehandelt, der hier nicht genügt. Nach der neueren Rechtsprechung des Senats (BGHSt 48, 233) setzt die Strafbarkeit bei einem sog. verkehrsfeindlichen Inneneingriff, wie ihn das Landgericht hier festgestellt hat, voraus, dass zu dem bewusst zweckwidrigen Einsatz des Fahrzeugs in verkehrsfeindlicher Einstellung hinzu kommt, dass es der Täter mit zumindest bedingtem Schädigungsvorsatz - etwa als Waffe oder Schadenswerkzeug - missbraucht; erst dann liege eine - über den Tatbestand des § 315 c hinausgehende und davon abzugrenzende - verkehrstypische "Pervertierung" des Verkehrsvorgangs zu einem gefährlichen "Eingriff" in den Straßenverkehr im Sinne des § 315 b Abs. 1 StGB vor (ebenso Senat, Beschlüsse vom 16. Oktober 2003 - 4 StR 275/03 -, DAR 2004, 230, und vom 1. September 2005 - 4 StR 292/05 -, DAR 2006, 30).

[9] Soweit in BGHSt 48, 233, 238 ausgeführt wird, das Nötigungselement allein mache ein Verkehrsverhalten noch nicht zu einem gefährlichen Eingriff in den Straßenverkehr, wenn das eigene Fortkommen primäres Ziel einer gewollten Behinderung sei, ist diese Formulierung nicht im Sinne einer Einschränkung des oben ausgeführten Grundsatzes zu verstehen. Der Senat stellt vielmehr klar, dass ein vorschriftswidriges

Verkehrverhalten bei sog. Inneneingriffen im fließenden Verkehr grundsätzlich nur dann von § 315 b Abs. 1 StGB erfasst wird, wenn der Fahrzeugführer nicht nur mit Gefährdungsvorsatz, sondern mit zumindest bedingtem Schädigungsvorsatz handelt. Eine Differenzierung der Fälle danach, ob der Täter seine Fahrt nach dem gefährlichen Eingriff fortsetzen will oder nicht, würde nicht nur zu Abgrenzungsschwierigkeiten, sondern auch zu schwer nachvollziehbaren unterschiedlichen Ergebnissen bei gleichem Unrechtsgehalt der Tat führen.

c) Änderung des Schuldspruchs

[10] Der Senat ändert deshalb im Fall II. 2 der Urteilsgründe den Schuldspruch dahin, dass die tateinheitli-

che Verurteilung des Angeklagten wegen gefährlichen Eingriffs in den Straßenverkehr entfällt.

3. Keine Änderung des Strafausspruchs

[11] Wie der Generalbundesanwalt in seiner Antragschrift näher ausgeführt hat, wird der Strafausspruch im Fall II. 2 der Urteilsgründe durch die Schuldspruchänderung nicht berührt. Das Landgericht hat die Strafe dem Strafraumen des § 223 Abs. 1 StGB entnommen. Der Schuldgehalt der Tat hat sich durch den Wegfall der tateinheitlichen Verurteilung nach § 315 b StGB nicht wesentlich geändert. Der Senat schließt deshalb aus, dass das Landgericht ohne den Schuldspruch nach § 315 b StGB auf eine (noch) niedrigere Einzel- und Einsatzstrafe erkannt hätte.

IMPRESSUM

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

Urteile in Fallstruktur

Standort: Öffentliches Recht

Problem: Höchstaltersgrenze bei der Polizei

BVERWG, URTEIL VOM 24.09.2009
2 C 31/08 (NVWZ 2010, 251)

Problemdarstellung:

Für den Zugang zu bestimmten Berufen und Ämtern existieren Altersgrenzen. Hierbei ist zwischen Mindest- und Höchstalter zu differenzieren. Im hier vorliegenden Fall des Zugangs zum mittleren Polizeivollzugsdienst des Landes Berlin gab es beide, denn durch Rechtsverordnung war ein Mindestalter von 16 und ein Höchstalter von 25 Jahren vorgeschrieben. Letzteres hielt ein 27-jähriger Bewerber für unwirksam, vor allem weil es gegen das Leistungsprinzip des Art. 33 II GG verstoße.

Tatsächlich normiert Art. 33 II GG, dass der Zugang zu einem öffentlichen Amt nur von Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung (man möchte ergänzen: und nicht vom Alter) abhängig gemacht werden darf. In Einzelfällen kann das Alter sich natürlich auch auf die Leistungsfähigkeit auswirken (angedeutet z.B. in BVerfG, NJW 1997, 1207: Höchstalter von 65 Jahren für Bürgermeisterkandidatur), nicht jedoch bei einem 27-jährigen Polizisten. Auch lässt Art. 33 II GG keine Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen aus anderen als den genannten Kriterien zu.

Allerdings können auch grundsätzlich schrankenlose Rechte zum Schutz kollidierenden Verfassungsrechts eingeschränkt werden. Bei Freiheitsgrundrechten spricht man von "verfassungsimmanenten Schranken". Hier sah das BVerwG in Art. 33 V GG, namentlich dem Lebenszeitprinzip als besonderer Ausprägung eines "hergebrachten Grundsatzes des Berufsbeamtentums" eine solche Rechtfertigungsmöglichkeit: Der zur Alimentation verpflichtete Staat habe ein legitimes Interesse daran, möglichst lange in den Genuss der Arbeitsleistung seiner Beamten zu kommen. Unter Berücksichtigung der Tatsache, dass die für einen Zugang zum mittleren Polizeivollzugsdienst zu erfüllenden Voraussetzungen (z.B. ein Realschulabschluss) bis zum 25. Lebensjahr ohne weiteres zu erfüllen sind und in Härtefällen auch Ausnahmen zugelassen werden können, sah das BVerwG die Höchstaltersgrenze auch nach Abwägung der widerstreitenden Interessen als verfassungsgemäß an.

Prüfungsrelevanz:

Aus Altersgrenzen lässt sich immer eine schöne Examensklausur bauen, sei es mit verwaltungsrechtlichem Aufhänger (Klage auf Zugang zu einem bestimmten Amt) oder - wie hier - mit verfassungsrechtlichem Schwerpunkt. Gegenwärtig haben solche Fälle wieder besondere Konjunktur, wie weitere aktuelle Entscheidungen beweisen (vgl. Vertiefungshinweise).

Zum Prüfungsaufbau: Art. 33 II GG ist ein Gleichheitsrecht, das wegen seines Anspruchscharakters jedoch normalerweise nicht wie ein solches geprüft wird. Vielmehr werden die Anspruchsvoraussetzungen (öffentliches Amt, Deutscher) und die Einhaltung der genannten Auswahlkriterien (Eignung, Befähigung, fachliche Leistung) bzw. bei Abweichung von diesen eine Rechtfertigungsmöglichkeit geprüft. So hält es auch das BVerwG in der nachfolgenden Lösung (ebenso z.B. das BVerfG im "Kopftuch"-Fall, BVerfG, RA 2003, 601 = NJW 2003, 3111).

Besonders zur Kenntnis genommen werden sollte noch einmal die in der Lösung dargestellte und ausführlich begründete Erkenntnis, dass auch bei kollidierendem Verfassungsrecht (man könnte sagen: erst Recht bei solchem!) ein konkretisierendes, einfaches Gesetz vorliegen muss, um eine Ungleichbehandlung (bzw. bei schrankenlosen Freiheitsgrundrechten eine Verkürzung des Schutzbereichs) rechtfertigen zu können. Ein Parlamentsgesetz wird m.a.W. in der Rechtfertigung nie entbehrlich, sondern muss zum kollidierenden Verfassungsrecht stets hinzu kommen.

Vertiefungshinweise:

- ❑ Altersgrenze für Beamte: *Kühlung/Bertelsmann*, NVwZ 2010, 87
- ❑ Altersgrenze bei Feuerwehr: *EuGH*, NVwZ 2010, 244
- ❑ Altersgrenze für Richter: *VG Gelsenkirchen*, NVwZ-RR 2009, 691
- ❑ Altersgrenze für Kassenärzte: *BVerfG*, RA 2001, 373 = DVBl 2001, 979; *Erichsen*, Jura 1995, 542
- ❑ Übergewicht als Nichteignung für Beamtenverhältnis: *VG Gelsenkirchen*, NVwZ-RR 2009, 252

Kursprogramm:

- ❑ *Examenskurs*: "Alter Mann als Kassenarzt"

□ *Examenskurs: "Oben Ohne"*

Leitsatz:

Die Höchstaltersgrenze von unter 25 Jahren für die Einstellung in den Vorbereitungsdienst für den mittleren Polizeivollzugsdienst des Landes Berlin ist mit höherrangigem Recht vereinbar.

Sachverhalt:

In Berlin existiert eine Verordnung über die Laufbahnen der Beamtinnen und Beamten der Schutzpolizei - BerlSLVO. Diese geht auf die Ermächtigung in §§ 22 und 31 des Gesetzes über die Laufbahnen der Beamten (BerLfbG) zurück. Danach regelt der Senat der Stadt Berlin durch Rechtsverordnung das Nähere über die Laufbahnen der Beamten.

§ 23 BerlSLVO bestimmt nun, dass in die Laufbahn des mittleren Dienstes der Berliner Schutzpolizei nur eingestellt werden kann, wer die allgemeinen Voraussetzungen für die Berufung in das Beamtenverhältnis nach § 9 des Berliner Landesbeamtengesetzes erfüllt, die Realschule erfolgreich abgeschlossen oder den erweiterten Hauptschulabschluss erworben hat oder einen als gleichwertig anerkannten Bildungsstand besitzt, das 16., nicht aber das 25. Lebensjahr vollendet hat und nach dem Ergebnis eines Eignungsverfahrens für die Laufbahn gesundheitlich und körperlich sowie nach der Persönlichkeit geeignet ist.

Der am 4.12.1978 geborene Kläger (Kl.) beehrte im Jahr 2005 seine Einstellung in den Vorbereitungsdienst für die Laufbahn des mittleren Dienstes der Berliner Schutzpolizei. Dieser Antrag wurde unter Hinweis auf die in § 23 BerlSLVO enthaltene Höchstaltersgrenze von 25 Jahren abgelehnt. Der Kl. meint, eine solche Altersgrenze sei rechtswidrig. Vor allem verstoße sie gegen das Leistungsprinzip des Art. 33 II GG, aber auch gegen das Recht auf freie Berufswahl und das Willkürverbot. Hat er Recht?

Lösung:

Der Kl. hat mit seiner Auffassung Recht, wenn die Altersgrenze von 25 Jahren für den Zugang zur Laufbahn des mittleren Dienstes der Berliner Schutzpolizei in § 23 BerlSLVO gegen höherrangiges Recht verstieße. Hier kommt vor allem ein Verstoß gegen Grundrechte älterer Bewerber aus Art. 3 I und 12 I GG sowie gegen das grundrechtsgleiche Recht aus Art. 33 II GG in Betracht.

A. Verstoß gegen Art. 33 II GG

Zunächst könnte gegen Art. 33 II GG verstoßen worden sein, Danach ist der Zugang zu öffentlichen Ämtern allein nach Maßgabe von Eignung, Befähigung

und Leistung eröffnet.

I. Öffentliches Amt

Unter einem öffentlichen Amt ist jede Beschäftigung in Verwaltung und Rechtsprechung auf allen staatlichen Ebenen mit Ausnahme der durch Wahlen zu besetzenden Stellen zu verstehen. Beim Vorbereitungsdienst für die Laufbahn des mittleren Dienstes der Berliner Schutzpolizei handelt es sich um ein Amt der Polizei, mithin der staatlichen Verwaltung des Landes Berlin.

II. Eignung, Befähigung und fachliche Leistung

Fraglich ist, ob eine Altersgrenze an Eignung, Befähigung oder Leistung des Bewerbers anknüpft. In diesem Fall läge schon keine Beeinträchtigung des Art. 33 II GG vor.

Befähigung und fachliche Leistung liegen nach Ansicht des BVerwG zwar fern; die Eignung kann jedoch - vor allem bei bestimmten Berufen, die besondere Anforderungen an die körperliche Leistungsfähigkeit stellen - Anknüpfungspunkt für eine Altersgrenze sein: "[21] Da es hier nicht um die Übernahme von Beamten aus dem Vorbereitungsdienst in ein dauerhaftes Beamtenverhältnis geht, bei der bereits mess- und bewertbare Nachweise über Befähigung und Leistung des Bewerbers vorliegen, kommen hier in erster Linie Eignungsgesichtspunkte als Auswahlkriterium in Betracht. Das Alter kann nur dann ein Eignungsmerkmal i.S. von Art. 33 II GG darstellen, wenn daraus geschlossen werden kann, dass Bewerber typischerweise den Anforderungen des Amtes nicht mehr genügen, wenn sie ein bestimmtes Alter überschritten haben. Dies liegt insbesondere bei Ämtern und Laufbahnen nahe, die mit erhöhten körperlichen Anforderungen verbunden sind wie etwa der Militärdienst, der Polizeivollzugsdienst und der Feuerwehrdienst (vgl. BVerwGE 122, 147 [150]; BVerwGE 124, 99 [102])."

Es kann jedoch keine Rede davon sein, dass Personen mit einem Lebensalter von über 25 Jahren den körperlichen Anforderungen der Schutzpolizei nicht mehr genügen. Es handelt sich vielmehr um eine Einstellungshöchstgrenze, d.h. der Normgeber geht selbst davon aus, dass die eingestellten Personen anschließend für viele Jahre ihren Dienst ordnungsgemäß versehen werden. Somit liegt jedenfalls hier keine Anknüpfung an das Eignungskriterium vor; das Leistungsprinzip des Art. 33 II GG ist beeinträchtigt.

III. Rechtfertigung der Ungleichbehandlung

Fraglich ist, ob sich eine solche Abweichung von Art. 33 II GG rechtfertigen lässt. Dann müsste sie von den

Schranken gedeckt sein.

1. Schranken

Art. 33 II GG normiert das Leistungsprinzip jedoch schrankenlos. Insbesondere existiert kein Gesetzesvorbehalt. Allerdings bedeutet dies nicht, dass jede Beeinträchtigung automatisch rechtswidrig ist. Vielmehr bleibt auch bei schrankenlosen Verfassungssätzen eine Rechtfertigung durch kollidierendes Verfassungsrecht grds. möglich.

a. Kollidierendes Verfassungsrecht

Hier kommt nach Ansicht des BVerwG als Rechtfertigungsgrund das Lebenszeitprinzip in Betracht, welches als hergebrachter Grundsatz des Berufsbeamtentums über Art. 33 V GG ebenfalls Verfassungsrang genießt:

“[22] Allerdings dürfen Altersgrenzen für die Einstellung und Übernahme in ein Beamtenverhältnis den Leistungsgrundsatz gem. Art. 33 II GG auch einschränken, wenn und soweit sie im ebenfalls mit Verfassungsrang ausgestatteten Lebenszeitprinzip als einem durch Art. GG Artikel 33 V GG gewährleisteten hergebrachten Grundsatz des Berufsbeamtentums angelegt sind (BVerwGE 122, 147 [153]). Danach stellt das Beamtenverhältnis ein lebenslanges Dienst- und Treueverhältnis dar. Daraus folgt das Interesse des Dienstherrn daran, die Altersgrenze in allen Laufbahnen so niedrig wie möglich festzusetzen, den Beamten also so früh wie möglich einzustellen, um möglichst lange von seiner Arbeitskraft zu profitieren und so eine möglichst lange aktive Dienstzeit seiner Beamten sicherzustellen (vgl. BVerwG, NVwZ 2009, 840).

Aus diesem Prinzip ergibt sich der Zweck einer Altersgrenze für eine konkrete Laufbahn. Dieser besteht vor allem darin, in Anbetracht der Dauerhaftigkeit des Beamtenverhältnisses ein angemessenes Verhältnis von Arbeitsleistung und Versorgungsansprüchen sicherzustellen. Daneben kann dem Interesse des Dienstherrn an ausgewogenen Altersstrukturen Bedeutung beigemessen werden (BVerwGE 122, 147 [153]).”

b. Konkretisierung durch Parlamentsgesetz

Kollidierendes Verfassungsrecht allein genügt jedoch zur Rechtfertigung nicht. Vielmehr bedarf es seinerseits einer Konkretisierung in Form eines Parlamentsgesetzes (BVerfG, RA 2003, 601, 606 = NJW 2003, 3111, 3113; Sacksofsky, NJW 2003, 3297, 3300). Denn wenn schon “schwache” Grundrechte und grundrechtsgleiche Rechte, die einem Gesetzesvorbehalt unterliegen, nur auf gesetzlicher Grundlage eingeschränkt werden dürfen, muss dies erst Recht für die

“starken”, nur verfassungsimmanent beschränkbareren Grundrechte gelten. Ausgerechnet diese würden sonst ohne Mitwirkung der Legislative zur alleinigen Disposition der rechtsanwendenden Exekutive bzw. Judikative gestellt. Dazu das BVerwG:

“[23] Die Bestimmung einer Altersgrenze für die Übernahme in ein öffentliches Amt bedarf einer gesetzlichen Grundlage. Die Abwägung der beiden gegenläufigen verfassungsrechtlich geschützten Belange, wie sie in der Festsetzung von Altersgrenzen zum Ausdruck kommt, darf nicht der Verwaltungspraxis überlassen werden (vgl. BVerwG, NVwZ 2009, 840 Rdnrn. 9f.).

[24] Diesen Anforderungen entspricht die Berliner Schutzpolizei-Laufbahnverordnung, die nicht vom Verordnungsgeber, sondern als Art. I des Gesetzes zur Änderung der Laufbahnverordnungen für den Polizeivollzugsdienst und des Laufbahngesetzes vom 12. 7. 1995 vom Gesetzgeber selbst erlassen worden ist. Ihre Vorschriften stützen sich auf die Ermächtigung in den §§ 22 und 31 des Gesetzes über die Laufbahnen der Beamten (BerlLfbG) vom 17.7.1984 (BerlGVBl S. 976) i.d.F. vom 16. 2. 2003 (BerlGVBl S. 138, 200). Danach regelt der Senat durch Rechtsverordnung das Nähere über die Laufbahnen der Beamten.”

[Anm.: Wenn durch eine Rechtsverordnung oder Satzung in Grundrechte eingegriffen wird, ist dem Parlamentsvorbehalt also genügt, wenn die Rechtsverordnung oder Satzung ihrerseits auf einem (wirksamen) Parlamentsgesetz beruht.]

2. Schranken-Schranken

Sowohl das der Verordnung zugrunde liegende Gesetz als auch die Verordnung selbst müssen aber ihrerseits formell und materiell wirksam sein. Für §§ 22 und 31 BerlLfbG als parlamentsgesetzlicher Grundlage der BerlSLVO besteht hieran kein Zweifel. Auch im Hinblick auf § 23 BerlSLVO selbst liegen zumindest in formeller Hinsicht keine Anhaltspunkte für einen Verstoß gegen höherrangiges Recht vor. In materieller Hinsicht ist aber fraglich, ob eine Altersgrenze von 25 Jahren mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit aus Art. 20 III GG vereinbar ist. Dann müsste sie ein geeignetes, erforderliches und angemessenes Mittel zur Erreichung eines legitimen Zwecks sein.

a. Legitimer Zweck

Dass das staatliche verfolgte Regelungsziel, für einen möglichst langen Zeitraum in den Genuss der Arbeitsleistung der Beamtinnen und Beamten des mittleren Dienstes der Berliner Schutzpolizei zu kommen, legitim ist, wurde bereits oben dargelegt: Es ist Ausfluss

des sog. Lebenszeitprinzips und genießt als solches über Art. 33 V GG sogar Verfassungsrang.

b. Geeignetheit

Ein Mittel ist bereits dann als geeignet anzusehen, wenn es den Zweck fördert. Dass die aktive Laufbahn eines Schutzpolizisten zumindest potenziell umso länger dauert, je jünger er bei seiner Einstellung ist, liegt auf der Hand.

c. Erforderlichkeit

Der Staat ist ferner gehalten, unter gleich effektiven Mitteln das Mildeste auszuwählen. Unnötig belastende Maßnahmen sind nicht erforderlich. Eine höhere Altersgrenze wäre für die Bewerber weniger belastend, jedoch zur Zweckförderung nicht gleich effektiv. Andere Alternativen, die bei gleicher Effektivität weniger belastend wären, sind ebenfalls nicht ersichtlich.

d. Angemessenheit

“[26] Bei der Abwägung der aus dem Leistungsgrundsatz und aus dem Lebenszeitgrundsatz folgenden gegenläufigen Belange hat der Gesetzgeber einen Gestaltungsspielraum. In seine Überlegungen hat er einzubeziehen, dass Altersgrenzen eine empfindliche Beeinträchtigung des durch Art. 33 II GG gewährleisteten Leistungsgrundsatzes darstellen. Weiterhin ist die Angemessenheit der festzusetzenden Altersgrenze auch davon abhängig, in welchem Umfang Ausnahmen vorgesehen sind. Diese können etwa Verzögerungen wegen Kindererziehungszeiten, Zeiten des Wehr- oder Wehersatzdienstes oder des Erwerbs der erforderlichen Vor- und Ausbildung im so genannten zweiten Bildungsweg betreffen. Je weiterreichend die Ausnahmeregelung, desto niedriger kann die Altersgrenze gesetzt werden.

[27] Hieran gemessen ist die für den Eintritt in den Vorbereitungsdienst für den mittleren Polizeivollzugsdienst festgelegte Höchstaltersgrenze von 25 Jahren angemessen. Sie trägt in ausgewogener Weise sowohl dem Leistungsgrundsatz als auch dem Lebenszeitprinzip Rechnung. Für die niedrige Altersgrenze von bis zu 25 Jahren sprechen insbesondere folgende Gesichtspunkte:

[28] Der zeitliche Korridor, durch den der Zugang zum mittleren Polizeidienst möglich ist, berücksichtigt mit einem Mindestalter von 16 Jahren und einem Höchstalter von unter 25 Jahren einen Sicherheitszuschlag, der auch irreguläre Bildungsgänge erfasst. [...]

[29] Die in § 23 BerlSLVO genannten Bildungsvoraussetzungen (erfolgreicher Realschulabschluss oder erweiterter Hauptschulabschluss oder als gleichwertig anerkannter Bildungsstand) werden in der Regel für

jeden Bewerber bis zum Alter von 25 Jahren zu erfüllen sein. [...]

[30] Im Hinblick auf die besonderen körperlichen Anforderungen an den Polizeivollzugsdienst verfolgt die Regelung die Tendenz, die Einstellungsaltersgrenze niedrig zu ziehen. Sie berücksichtigt damit das hier bestehende Erfordernis besonderer körperlicher Leistungsfähigkeit. Diese erreicht bekanntlich bei jungen Erwachsenen ihren Höhepunkt, um danach kontinuierlich abzufallen. Beamte des mittleren Polizeivollzugsdienstes können [...] insbesondere auch in dem auf einer Ländervereinbarung beruhenden Bereitschaftspolizeidienst eingesetzt werden, der häufig mit intensivem körperlichen Einsatz verbunden ist. Andererseits berücksichtigt die Altersgrenze von 25 Jahren, dass Einstellungsbewerber für den mittleren Polizeidienst von diesem Alter an die sonstigen Einstellungsvoraussetzungen regelmäßig erfüllen und damit bereits in diesem Alter in ausreichender Zahl zur Verfügung stehen.

Weiterhin berücksichtigt die Einstellungsaltersgrenze, dass Beamte des mittleren Polizeivollzugsdienstes regelmäßig bereits mit 61 Jahren in den Ruhestand treten; sie kommt damit dem Interesse des Dienstherrn entgegen, die Leistung des Beamten möglichst lange in Anspruch zu nehmen.

Ferner berücksichtigt die Einstellungsaltersgrenze das öffentliche Interesse daran, in Anbetracht der Dauerhaftigkeit des Beamtenverhältnisses ein angemessenes Verhältnis von Arbeitsleistung und Versorgungsansprüchen sicherzustellen. Schließlich ist dem Interesse des Dienstherrn an ausgewogenen Altersstrukturen auf der Grundlage einer nachvollziehbaren Einstellungsplanung und -praxis des Dienstherrn Bedeutung beizumessen (vgl. BVerwGE 122, 147 [153]).”

IV. Zwischenergebnis

Die Beeinträchtigung des Leistungsprinzips aus Art. 33 II GG lässt sich durch das in Art. 33 V GG verankerte Lebenszeitprinzip rechtfertigen. § 23 BerlSLVO verstößt nicht gegen Art. 33 II GG.

B. Verstoß gegen Art. 12 I 1 GG

“[19] Für den Kl. streitet auch nicht, wie er meint, Art. 12 I GG. Dieses Grundrecht steht einer Begrenzung der Beamtenstellen im Vorbereitungsdienst nicht entgegen. Es ist Sache des Haushaltsgesetzgebers, die für erforderlich gehaltene Anzahl von Ausbildungsstellen mit Beamtenstatus bereitzustellen. Diese sind nach den Kriterien des Art. 33 II GG zu vergeben, der Art. 12 I GG verdrängt.”

[Anm.: Diese vom BVerwG angenommene Subsidiari-

tät der Berufsfreiheit aus Art. 12 I 1 GG zu Art. 33 II GG wird auch in der Lit. vertreten (vgl. Jarass/Pieroth-Jarass, GG, Art. 33 Rn 8). Die Rspr. des BVerfG differenziert demgegenüber: Wenn es um die Frage geht, ob eine bestimmte Person die Zugangsvoraussetzungen zum öffentlichen Amt erfüllt, wird Art. 33 II GG auch eigenständig und als *lex specialis* geprüft (BVerfGE 108, 282, 295 - Kopftuch). Geht es hingegen um die Überprüfung abstrakt-genereller Zugangskriterien, spricht das BVerfG von einem Grundrecht der "Berufsfreiheit aus Art. 12 I i.V.m. Art. 33 II GG", wobei inhaltlich Art. 12 I GG geprüft, d.h. vor allem eine Rechtfertigung durch Gesetz nach Art. 12 I 2 GG für möglich gehalten wird, ohne mit einem Wort darauf einzugehen, dass Art. 33 II GG keinen Gesetzesvorbehalt kennt (BVerfGE 110, 304, 321 - Anwaltsnotariat). Art. 33 II GG kommt dann innerhalb der Schranken-Schranken des Art. 12 I 1 GG, genauer gesagt bei der Angemessenheitsprüfung in der Verhältnismäßigkeit, eine "verstärkende Wirkung" zugunsten des Betroffenen zu. Diese Lösung ist - wie erwähnt - wegen der unterschiedlichen Schranken dogmatisch nicht unangreifbar und vernachlässigt auch den eigenständigen Gehalt des Art. 33 II GG als "grundrechtsgleiches Recht" i.S.d. Art. 93 I Nr. 4a GG, lässt sich aber mit dem BVerfG selbstverständlich auch vertreten.]

C. Verstoß gegen Art. 3 I GG

Auch der allgemeine Gleichheitssatz tritt hinter den speziellen Anforderungen des Art. 33 II GG an den gleichen Zugang zum öffentlichen Amt zurück.

[Anm.: Art. 3 I GG wurde vom BVerwG nicht einmal angeprüft. Seine Subsidiarität zu Art. 33 II GG entspricht allg.M., vgl. nur Jarass/Pieroth-Jarass, GG, Art. 33 Rn 8 m.w.N. Anders liegt es übrigens bei Art. 3 III GG: Wird statt nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung nach einem der in Art. 3 III GG genannten Verbotskriterien ausgewählt, tritt Art. 3 III GG neben Art. 33 II GG und ist dann ebenso wie dieser verletzt, vgl. BVerwGE 61, 325, 330; Jarass/Pieroth-Jarass, a.a.O.)]

D. Ergebnis

Weder das Leistungsprinzip aus Art. 33 II GG, noch die freie Berufswahl aus Art. 12 I 1 GG, noch das Willkürverbot aus Art. 3 I GG sind verletzt. Der Kl. hat Unrecht.

[Anm.: Dieses Ergebnis ist i.Ü auch mit europarechtlichen Vorgaben vereinbar. In seinem Urteil vom 5.3.2009 (EuZW 2009, 340) hat der EuGH ausgeführt, dass der Staat - anders als ein privater Arbeitgeber - bei der Festsetzung einer Einstellungsaltersgrenze sozialpolitische Ziele verfolgen dürfe, so dass er sich auf das öffentliche Interesse berufen könne. In seinen Schlussanträgen vom 3.9.2009 in der noch nicht entschiedenen Rechtssache C-229/08 (Wolf gegen Frankfurt a.M.) hat ferner Generalanwalt Bot nochmals hervorgehoben, dass Einstellungsaltersgrenzen sowohl aus dem Gesichtspunkt der Eignung im Hinblick auf besondere körperliche Anforderungen (Art. 4 der RL 2000/78/EG) als auch im Hinblick auf die weiteren in Art. 6 I der Richtlinie 2000/78/EG genannten Gesichtspunkte gerechtfertigt werden können.]

Standort: Zivilrecht

Problem: "Stellen" von AGB i.S.v. § 305 I BGB

BGH, URTEIL VOM 17.02.2010
VIII ZR 67/09 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Die Bekl. verkaufte im Mai 2007 einen gebrauchten Pkw Volvo V 40, den sie zwei Jahre zuvor selbst von einem Gebrauchtwagenhändler erworben hatte, zu einem Preis von 4.600 € an den Kl. Als Vertragsformular wurde ein Vordruck der V. Versicherung verwendet, der als "Kaufvertrag Gebrauchtwagen - nur für den Verkauf zwischen Privatpersonen" gekennzeichnet ist und von der Bekl. zur Verfügung gestellt wurde. In diesem Formular findet sich folgende Klausel:

"Der Käufer hat das Fahrzeug überprüft und Probe gefahren. Die Rechte des Käufers bei Mängeln sind

ausgeschlossen, es sei denn, der Verkäufer hat einen Mangel arglistig verschwiegen und/oder der Verkäufer hat eine Garantie für die Beschaffenheit des Vertragsgegenstandes abgegeben, die den Mangel betrifft."

Ferner ist in dem Vertragsformular folgendes angekreuzt:

"Der Verkäufer erklärt, dass nach seiner Kenntnis das Fahrzeug in dem Zeitraum, in dem es sein Eigentum war, sowie in davor liegenden Zeiten unfallfrei ... ist."

Mit der Behauptung, das Fahrzeug habe vor Übergabe an ihn einen erheblichen Unfallschaden gehabt, beansprucht der Kl. eine Minderung des von ihm gezahlten Kaufpreises um 1.000 € sowie die Erstattung seiner vorgerichtlichen Anwaltskosten. Das Amtsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landgericht hat die Berufung des Kl. zurückgewiesen. Mit seiner vom

Landgericht zugelassenen Revision verfolgt der Kl. sein Zahlungsbegehren weiter.

Prüfungsrelevanz:

Der Senat setzt sich mit der Frage auseinander, wann Vertragsbedingungen als „gestellt“ i.S.v. § 305 I BGB anzusehen sind.

Der Kl. (Käufer) hatte einen Unfallschaden behauptet und den Kaufpreis i.H.v. 1000 € gemindert. Dem könnte jedoch der Gewährleistungsausschluss entgegenstehen, den die Parteien mittels des Vertragsformulars vereinbart haben. Zu erkennen ist allerdings, dass die Klausel gegen § 309 Nr. 7 a) und b) BGB verstößt – denn die Haftung wird ohne Rücksicht auf die konkrete Rechtsgutverletzung (siehe lit. a)) und das Verschulden (siehe lit. a), b)) ausgeschlossen. Bei wirksamer Aufnahme in den Vertrag, wäre der Gewährleistungsausschluss daher wegen Verstoßes gegen § 309 Nr. 7 BGB unwirksam. Sind die Bedingungen jedoch nicht vom Bekl. „gestellt“ worden – handelt sich also gar nicht um AGB – wäre die Wirksamkeit der Klauseln auch nicht am Maßstab der §§ 309, 308, 307 BGB zu messen.

Das Merkmal des „Stellens“ i.S.v. § 305 I BGB ist erfüllt, wenn eine Partei die Einbeziehung der vorformulierten Bedingungen in den Vertrag verlangt, also ein konkretes Einbeziehungsangebot macht (*BGH*, NJW 1995, 2034). Dieses Kriterium war hier nicht ergiebig, da ein Einbeziehungsangebot sowohl vom Bekl. als auch vom Kl. ausging. Der Senat stellt daher auf alternative Kriterien ab, nämlich auf das Entwerfen der Bedingungen, auf den Umstand der Einbringung, auf das Kräfteverhältnis der Parteien, auf die Günstigkeit der Klauseln und schließlich auf die Möglichkeit des anderen Vertragsteils, eigene Vertragstexte durchzusetzen. Er kommt zu dem Ergebnis, dass ein „Stellen“ i.S.v. § 305 I BGB nicht vorliegt, wenn der Vertrag auf einer freien Entscheidung desjenigen beruht, der vom anderen Vertragsteil mit dem Verwendungsvorschlag konfrontiert worden ist. Dazu muss er in der Lage sein, alternative Textvorschläge durchzusetzen. Da dies vorliegend der Fall war, kam ein „Stellen“ durch die Bekl. nicht in Betracht. Der Gewährleistungsausschluss musste sich daher nur an allgemeinen Schranken (insb. § 444 BGB) orientieren und war im Ergebnis wirksam. Ein Erstattungsanspruch des Kl. bestand daher nicht.

Die Entscheidung ist relevant, weil sie die Anforderungen des § 305 I BGB an das „Stellen“ konkretisiert. Im Zuge dessen räumt der Senat gleich mit mehreren Streitigkeiten auf, die i.R.v. § 305 I BGB bestanden haben. Die Ausführungen sind schulbuchmäßig und

insgesamt lesenswert. Der zugrundeliegende Sachverhalt zeigt bereits, wie leicht die Problematik mit kaufrechtlichen Elementen kombiniert werden kann – so wird am Rande die Frage erwähnt, wie eine sog. Wissensmitteilung des Verkäufers einzuordnen ist (siehe Rn. 25 d. Urteils und ausführlich *BGH*, RA 2008, 366 = NJW 2008, 53). Die Examensrelevanz ist daher nicht zu unterschätzen.

Vertiefungshinweise:

☐ Zum Aushandeln von AGB: *BGH*, NJW 2008, 2250; *BGH*, NJW 2005, 2543

☐ Zum „Stellen“ von AGB: *Bartsch*, NJW 1986, 28; *Klaas*, FS Brandner, 1996, S. 247

Kursprogramm:

☐ *Examenskurs*: „Augen auf beim Mustangkauf“

☐ *Examenskurs*: „Gutes Rad ist teuer“

☐ *Assessorkurs*: „Der versicherte Pkw“

Leitsätze:

1. Ein Stellen von Vertragsbedingungen liegt nicht vor, wenn die Einbeziehung vorformulierter Vertragsbedingungen in einen Vertrag auf einer freien Entscheidung desjenigen beruht, der vom anderen Vertragsteil mit dem Verwendungsvorschlag konfrontiert wird. Dazu ist es erforderlich, dass er in der Auswahl der in Betracht kommenden Vertragstexte frei ist und insbesondere Gelegenheit erhält, alternativ eigene Textvorschläge mit der effektiven Möglichkeit ihrer Durchsetzung in die Verhandlungen einzubringen.

2. Sind Vertragsbedingungen bei einvernehmlicher Verwendung eines bestimmten Formulartextes nicht im Sinne von § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB gestellt, finden die §§ 305 ff. BGB auf die Vertragsbeziehung keine Anwendung.

Sachverhalt:

Die Bekl. und der Kl. verhandelten im Mai 2007 über den Verkauf des gebrauchten Pkw Volvo V 40 der Bekl. Diesen hatte die Bekl. zwei Jahre zuvor selbst von einem Gebrauchtwagenhändler erworben.

Um die Einzelheiten des Kaufs zu erörtern, kam es zu einem Telefongespräch zwischen den Parteien. Da beide hinsichtlich der rechtlichen Lage unsicher waren, sollte der Kaufvertrag mittels eines Mustervertrages abgeschlossen werden. Der Kl. bot zunächst an, zum Vertragsschluss ein ADAC-Vertragsformular mitzubringen. Die Bekl. wandte darauf ein, dass sie bereits ein Vertragsformular der V-Versicherung vorliegen hätte, so dass sich die Parteien schließlich auf

die Verwendung dieses Formulars einigten. Das Formular „Kaufvertrag Gebrauchtwagen - nur für den Verkauf zwischen Privatpersonen“ enthält folgende Klauseln:

"[5] Der Käufer hat das Fahrzeug überprüft und Probe gefahren. Die Rechte des Käufers bei Mängeln sind ausgeschlossen, es sei denn, der Verkäufer hat einen Mangel arglistig verschwiegen und/oder der Verkäufer hat eine Garantie für die Beschaffenheit des Vertragsgegenstandes abgegeben, die den Mangel betrifft."

"[7] Der Verkäufer erklärt, dass nach seiner Kenntnis das Fahrzeug in dem Zeitraum, in dem es sein Eigentum war, sowie in davor liegenden Zeiten unfallfrei ... ist."

Nach der Übergabe stellt der Kl. einen Unfallschaden fest. Dieser resultiert aus dem Zeitraum vor dem Erwerb des Fahrzeugs durch die Bekl. Er verlangt, dass die Bekl. ihm 1.000 € auf den Kaufpreis von insgesamt 4.600 € erstatte.

Zu Recht?

Lösung:

A. Anspruch des Kl. aus §§ 280 I, 311 II, 241 II BGB
Ein Anspruch des Kl. könnte sich zunächst aus §§ 280 I, 311 II, 241 II BGB wegen Verletzung einer vorvertraglichen Aufklärungspflicht über den Unfallschaden ergeben.

I. Schuldverhältnis

Ein vorvertragliches Schuldverhältnis liegt gem. § 311 II Nr. 1 BGB vor, da die Parteien über die Einzelheiten des Rechtsgeschäfts gesprochen und damit über den Kaufgegenstand verhandelt haben.

II. Pflichtverletzung gem. § 241 II BGB

Die Bekl. müsste eine Pflicht dieses Schuldverhältnisses verletzt haben. Die Pflichtverletzung könnte darin liegen, dass die Bekl. laut Vertragsformular die Unfallfreiheit des Fahrzeugs erklärt hat, obwohl dieses tatsächlich einen Unfallschaden erlitten hat. Zu erkennen ist aber, dass die Bekl. sich bei der Angabe über Unfallschäden auf ihren Kenntnisstand beschränkt hat („nach ihrer Kenntnis“). Für die Zeit vor dem Erwerb des Fahrzeugs gibt sie damit bloß die Angaben des Vorbesitzers wieder; es handelt sich damit um eine sog. Wissensmitteilung (OLGR Celle, 1996, 194). Hierin ist gerade keine Willenserklärung zu erblicken, die auf den Abschluss einer positiven oder negativen

Beschaffenheitsvereinbarung gerichtet ist (BGH, RA 2008, 366 = NJW 2008, 53). Ein Verkäufer haftet in einer solchen Konstellation allerdings dafür, dass er die Angaben des Vorbesitzers richtig und vollständig mitteilt. Da hier keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich sind, dass die Bekl. die Angaben des Vorbesitzers unvollständig oder verfälscht wiedergegeben hat, ist sie ihrer Aufklärungspflicht nachgekommen. Eine Pflichtverletzung i.S.d. § 241 II BGB liegt daher nicht vor.

Ein Anspruch des Kl. aus §§ 280 I, 311 II, 241 II BGB ist nicht gegeben.

B. Anspruch des Kl. aus §§ 437 Nr. 2, 441 I, IV, 323, 346 BGB

Der Kl. könnte jedoch einen Anspruch auf Rückgewähr eines Teils des Kaufpreises gem. § 346 BGB haben, wenn er den Kaufpreis gem. §§ 437 Nr. 2, 441 BGB gemindert hat. Dann müsste ihm ein entsprechendes Minderungsrecht zustehen, das nicht ausgeschlossen ist.

I. Kaufvertrag

Zunächst müsste jedoch ein Kaufvertrag gem. § 433 BGB vorliegen. Hiervon ist auszugehen.

II. Mangel

Außerdem müsste die Kaufsache mit einem Mangel i.S.d. § 434 BGB behaftet sein.

a) Beschaffenheitsvereinbarung gem. § 434 I 1 BGB

Wie schon oben (A. II.) ausgeführt, haben die Parteien bzgl. der Unfallfreiheit keine Beschaffenheitsvereinbarung i.S.d. § 434 I 1 BGB getroffen: „[25] Das Berufungsgericht hat vielmehr im Einklang mit der Rechtsprechung des Senats (Urteile vom 21. Januar 1981 - VIII ZR 10/80, WM 1981, 323, unter II 2 b aa; vom 12. März 2008, NJW 2008, 1517, Tz. 12 ff.) angenommen, dass in der abgegebenen Erklärung zur Unfallfreiheit lediglich eine Wissensmitteilung der Beklagten, nicht aber eine Beschaffenheitsvereinbarung zumindest für die Zeit vor ihrer Besitzzeit gelegen habe. Die Revision greift dies ebenso wenig an wie die weitere Feststellung des Berufungsgerichts, dass die Beklagte von dem behaupteten Vorschaden keine Kenntnis gehabt habe und nicht gehalten gewesen sei, den Kläger darüber aufzuklären, dass ihr damaliger Verkäufer seinerzeit ausdrücklich keine Garantie für die Unfallfreiheit des Fahrzeugs übernommen habe.“

b) Mangel gem. § 434 I 2 Nr. 1 BGB

Auch scheidet ein Mangel gem. § 434 I 2 Nr. 1 BGB

aus, da ein Unfallschaden keine nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung betrifft.

c) Mangel gem. § 434 I 2 Nr. 2 BGB

Somit kommt nur ein Mangel nach § 434 I 2 Nr. 2 BGB in Betracht. Danach ist die Sache mangelhaft, wenn sie sich nicht für die gewöhnliche Verwendung eignet oder eine Beschaffenheit nicht aufweist, die bei Sachen der gleichen Art üblich ist und die der Käufer erwarten kann. Zur Frage, ob das Fahrzeug sich für die gewöhnliche Verwendung eignet hat der (insoweit darlegungspflichtige) Kl. nichts vorgetragen. Allerdings ist davon auszugehen, dass das Fahrzeug zumindest teilweise fahrtauglich ist, da der Kl. nur einen Teilbetrag des Kaufpreises zurückverlangt. Es kommt also darauf an, ob die Unfallfreiheit eines Gebrauchtwagen üblich ist und vom Käufer erwartet werden kann. Nach der Rechtsprechung des BGH kann der Käufer eines gebrauchten Pkw erwarten, dass dieser keinen Schaden erlitten hat, bei dem es zu mehr als „Bagatellschäden“ gekommen ist. Bagatellschäden sind ganz geringfügige, äußere Schäden (etwa Lackschäden), nicht aber andere Schäden, auch wenn diese keine weitergehenden Folgen hatten und nur einen geringen Reparaturaufwand erforderten (BGH, RA 2008, 366 [370] = NJW 2008, 53). Der hier vorliegende Unfallschaden führt zu einem Minderungsbetrag von 1000 € und kann daher nicht als Bagatellschaden eingestuft werden. Somit liegt ein Mangel i.S.v. § 434 I 2 Nr. 2 BGB vor.

III. Bei Gefahrübergang

Dieser Mangel müsste außerdem bereits im Zeitpunkt der Übergabe (§ 446 S. 1 BGB) vorhanden gewesen sein. Dies ist der Fall, da sich der Unfall vor dem Erwerb des Pkw durch den Kl. ereignet hat und die Eigenschaft als Unfallwagen daher bereits im Zeitpunkt der Übergabe vorlag.

IV. Weitere Voraussetzungen der Minderung gem. § 441 BGB

Es müssten die weiteren Voraussetzungen für eine Minderung gem. § 441 BGB gegeben sein.

1. Voraussetzungen des Rücktritts gem. §§ 323, 326 V BGB

Da der Kl. nur anstelle des Rücktritts mindern kann, müssen die Voraussetzungen des § 323 BGB vorliegen. Da eine Unmöglichkeit der Leistung der Bekl. denkbar erscheint, könnte sich ein Rücktrittsrecht des Kl. vorliegend aus §§ 323, 326 V BGB ergeben.

Dann müsste eine Leistungspflicht der Bekl. unmöglich gem. § 275 BGB sein. Fraglich ist, ob die Bekl.

einen Nacherfüllungsanspruch des Kl. in Form einer einzig denkbaren Nachlieferung erfüllen könnte. Dies ist bei einem Stückkauf und insbesondere bei einem gebrauchten Pkw problematisch. Während teilweise vertreten wird, dass eine Nachlieferung per se ausgeschlossen ist (Huber, NJW 2002, 1005 [1006]; Ackermann, JZ 2002, 378 [379]; Lorenz, JZ 2001, 742 [744]; Jost, Jura 2005, 750 [752]; zum Streit und zur Definition eines Stückkaufvertrages differenzierend: Tiedtke/Schmitt, JuS 2005, 583), wird andererseits vertreten, dass eine Unmöglichkeit dann nicht anzunehmen ist, wenn es sich um vertretbare (oder diesen wirtschaftlich gleich gestellte) Sachen handelt, die das Käuferinteresse befriedigen (Canaris, JZ 2003, 831; Pammler, NJW 2003, 1992 [1993]; LG Ellwangen, RA 2003, 192 = NJW 2003, 517; OLG Braunschweig, NJW 2003, 1053 [1054]; Erman/Grunewald, § 439 BGB Rn. 2; Oechsler, NJW 2004, 1825 [1828 f.]; MünchKommBGB/Westermann, § 439 Rn. 11 f.; Jauernig/Berger, § 439 Rn 13; Palandt/Weidenkaff, § 439 Rn. 4; Sutschet, JA 20207. 161 [165 f.]). Auch die Vertreter der letzten Ansicht gehen aber von einer Unmöglichkeit der Nachlieferung aus, wenn der Kauf auf einem Gesamteindruck beruht, der insbesondere bei einer Probefahrt entstehen kann. Dann sei das Käuferinteresse derart mit der spezifischen und individualisierten Sache verbunden, dass eine Nacherfüllung mit einer anderen Sache schlechthin undenkbar sei (BGH, NJW 2006, 2839 [2840 f.]). Wie sich aus der Klausel [7] des Vertrages ergibt, hat auch hier eine Probefahrt stattgefunden. Der Kaufentschluss des Kl. beruht damit auf einem individuellen Gesamteindruck. Eine Nacherfüllung ist mithin unmöglich gem. § 275 BGB. Folglich ist auch eine Fristsetzung gem. § 326 V BGB entbehrlich, so dass insgesamt die Voraussetzungen für einen Rücktritt gegeben sind.

[Anm.: Die Darstellung des Streits ist hier sehr kurz gehalten, da sie nicht den Schwerpunkt der Klausur bilden soll. Der Senat hat die Problematik überhaupt nicht angesprochen. Gleichwohl kann diesem klassischen Streit in einer Examensklausur größere Bedeutung zukommen, so dass eine breitere Darstellung angezeigt ist. Dies ist anhand des Einzelfalles zu entscheiden.]

2. Minderungsbetrag gem. § 441 II BGB

Der vom Kl. angegebene Minderungsbetrag von 1000 € ist hinzunehmen, da Angaben zum Wert der Sache im mangelbehafteten Zustand fehlen.

3. Minderungserklärung gem. § 441 I BGB

Der Kl. hat die Minderung gegenüber der Bekl. jeden-

falls konkludent durch das Rückzahlungsverlangen erklärt.

4. *Kein Ausschluss*

Die Minderung dürfte auch nicht ausgeschlossen sein.

a) *Ausschluss durch Klausel [5] des Vertrages*

In Betracht kommt ein Ausschluss durch die Klausel [5] des Vertrages, nach der die Bekl. nur im Falle des arglistigen Verschweigens eines Mangels bzw. bei Vorliegen einer Garantie oder Beschaffenheitsvereinbarung zur Gewährleistung herangezogen werden können soll. Wie oben (B. II.) bereits geprüft, liegt keine Beschaffenheitsvereinbarung vor. Auch für eine Garantie oder ein arglistiges Verschweigen des Mangels bestehen keine Anhaltspunkte. Damit sind die Voraussetzungen der Klausel erfüllt. Handelt es sich bei dem Vertragswerk um AGB i.S.d §§ 305 ff. BGB lässt sich aus der Klausel ein Gewährleistungsausschluss aber nur dann herleiten, wenn diese einer Inhaltskontrolle nach §§ 307 ff. BGB standhält.

Das Vorliegen von AGB richtet sich gem. § 305 I BGB danach, ob es sich um Vertragsbedingungen handelt, die für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert und von der einen Vertragspartei (Verwender) gestellt worden sind.

aa) *Für eine Vielzahl vorformuliert*

Urheber des von den Parteien verwendeten Formulars ist die V-Versicherung. Es ist davon auszugehen, dass diese den Vertragsvordruck ihren Mitgliedern und Kunden zur Verfügung stellt oder das Formular sogar im Internet für jedermann anbietet. Jedenfalls ist davon auszugehen, dass das Vertragsformular für eine Vielzahl von Verträgen konzipiert worden ist.

bb) *Von der Bekl. gestellt*

Das Formular müsste jedoch auch von der Bekl. gestellt worden sein. Dieses Merkmal ist erfüllt, wenn eine Partei die Einbeziehung der vorformulierten Bedingungen in den Vertrag verlangt, also ein konkretes Einbeziehungsangebot macht (BGH, NJW 1995, 2034). Hier waren sich aber beide Parteien darüber einig, dass ein Vertragsformular verwendet werden sollte. Es kann somit weder ein „Verlangen“ der einen Partei erkannt werden, noch ist das Einbeziehungsangebot eindeutig auf den Kl. oder die Bekl. zurückzuführen. Es gilt daher, andere Kriterien zu finden, die einen Rückschluss auf das Merkmal des Stells i.S.v. § 305 I BGB zulassen.

(a) *Entwurf der AGB nicht entscheidend*

„[10] Für die Frage, ob die Beklagte dem Kläger mit

der Zurverfügungstellung des Vertragsformulars Allgemeine Geschäftsbedingungen gestellt hat und damit Verwender ist, kommt es nicht entscheidend darauf an, wer die Geschäftsbedingungen entworfen hat. Allgemeine Geschäftsbedingungen liegen auch dann vor, wenn sie von einem Dritten für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert sind, selbst wenn die Vertragspartei, die die Klauseln stellt, sie nur in einem einzigen Vertrag verwenden will (BGH, Urteil vom 4. Mai 2000 - VII ZR 53/99, ZIP 2000, 1535, unter II 1 b, insoweit in BGHZ 144, 242 nicht abgedruckt; Beschluss vom 23. Juni 2005 - VII ZR 277/04, ZIP 2005, 1604, unter II 1; jeweils m.w.N.). Sind die Bedingungen wie hier von einem Dritten formuliert, ist für die Anwendbarkeit der §§ 305 ff. BGB maßgebend, ob eine der Vertragsparteien sich die Bedingungen als von ihr gestellt zurechnen lassen muss (BGHZ 126, 326, 332 m.w.N.).“

(b) *Initiative des Einbringens*

„[11] Zur Beantwortung der Frage, ob eine solche Zurechnung stattfinden kann, hat das Berufungsgericht keine für den Kläger sprechende Vermutungswirkung aus dem Umstand hergeleitet, dass die Beklagte das verwendete Vertragsformular eingebracht hat. Es hat für eine Zurechnung vielmehr mit Recht darauf abgestellt, auf wessen Initiative der verwendete Formularvertrag in die Verhandlungen der Parteien eingebracht worden ist und wer seine Verwendung zum Vertragsabschluss verlangt hat. Zwar gelten bei einem hier nicht gegebenen Vertrag zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher Allgemeine Geschäftsbedingungen nach § 310 Abs. 3 Nr. 1 BGB als vom Unternehmer gestellt, es sei denn, dass sie durch den Verbraucher in den Vertrag eingeführt wurden, weil er selbst auf der Verwendung eines bestimmten Vertragsformulars wie zum Beispiel beim Autokauf des ADAC-Formulars bestanden hat (so zum unverändert übernommenen § 24a Nr. 1 AGBG bereits BT-Drs. 13/2713, S. 7). Dagegen gibt es bei Verträgen zwischen Verbrauchern keine gesetzliche Vermutung dafür, dass die Geschäftsbedingungen von einer der Parteien gestellt worden sind und welche der Parteien sie gestellt hat. Dies beurteilt sich vielmehr nach den jeweiligen Umständen des Einzelfalls, wobei die Verwendereigenschaft grundsätzlich von demjenigen darzulegen und zu beweisen ist, der sich im Individualprozess auf den Schutz der §§ 305 ff. BGB beruft (BGHZ 118, 229, 238; 130, 50, 58).“

c) *Ungleichgewicht zwischen Vertragspartnern kein Argument*

„[12] Ein Stellen von Vertragsbedingungen setzt, wie

das Berufungsgericht weiter richtig gesehen hat, auch außerhalb des Anwendungsbereichs des § 310 Abs. 3 Nr. 1 BGB nicht voraus, dass ein Ungleichgewicht zwischen den Vertragsbeteiligten hinsichtlich der vertraglichen Durchsetzungsmacht besteht. Verwender im Sinne von § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB kann vielmehr auch eine Vertragspartei sein, die der anderen weder wirtschaftlich noch sonst überlegen ist (Ulmer in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 10. Aufl., § 305 BGB Rdnr. 26 m.w.N.; Palandt/Grüneberg, BGB, 69. Aufl., § 305 Rdnr. 10; Lapp in: jurisPK-BGB, 4. Aufl., § 305 Rdnr. 17). Denn die im Stellen einer Vertragsbedingung zum Ausdruck kommende Einseitigkeit der Auferlegung, in der der Gesetzgeber bei Schaffung des Gesetzes zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen den inneren Grund und Ansatzpunkt für die rechtliche Sonderbehandlung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen gegenüber Individualabreden gesehen hat (BT-Drs. 7/3919, S. 15) und woran bei Erlass des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes inhaltlich nichts geändert werden sollte (BT-Drs. 14/6040, S. 150, 160), beruht nicht zwingend auf einer solchen Überlegenheit. Als wesentliches Charakteristikum von Allgemeinen Geschäftsbedingungen hat der Gesetzgeber vielmehr die Einseitigkeit ihrer Auferlegung und den Umstand gesehen, dass der andere Vertragsteil, der mit einer solchen Regelung konfrontiert wird, auf ihre Ausgestaltung gewöhnlich keinen Einfluss nehmen kann (BT-Drs. 7/3919, S. 15 f.). Dagegen hat der Gesetzgeber der Frage, worauf dies beruht, ersichtlich keine Bedeutung beigemessen. Dies hat auch das Berufungsgericht nicht verkannt, sondern zum Stellen einer Vertragsbedingung grundsätzlich schon den (einseitigen) Wunsch einer Partei für ausreichend erachtet, bestimmte von ihr bezeichnete vorformulierte Vertragsbedingungen zu verwenden.“

(d) Begünstigung durch AGB ebenfalls kein Argument
 „[13] Keine für sich allein entscheidende Bedeutung für eine Zurechnung kommt dagegen dem Umstand zu, dass die Beklagte durch den formularmäßig vorgesehenen Gewährleistungsausschluss begünstigt wird.

(aa) Abweichende Ansichten in Rechtsprechung und Literatur

[14] Verschiedentlich wird allerdings die Auffassung vertreten, dass die Rolle des Verwenders unabhängig von der Herkunft des Vertragsformulars (zumindest im Zweifel) derjenigen Partei zuzuweisen sei, auf deren Veranlassung die für sie günstige Einbeziehung der vorformulierten Regelungen in den Vertrag zurück-

geht (OLG Düsseldorf, BB 1994, 1521; vgl. auch Münch-KommBGB/Basedow, 5. Aufl., § 305 Rdnr. 27). Dem kann jedoch nicht gefolgt werden. Denn die Sichtweise, wonach aus dem Inhalt von Allgemeinen Geschäftsbedingungen auf die Verwendereigenschaft zu schließen und jeweils derjenige Vertragspartner zumindest im Zweifel als Verwender anzusehen sein soll, den die einzelne Klausel - hier der Gewährleistungsausschluss - begünstigt, ist mit der Systematik und dem Regelungszweck des Gesetzes unvereinbar. Vielmehr knüpfen die Schutzbestimmungen der §§ 305b ff. BGB mit ihren bis zur Unwirksamkeit reichenden Korrekturen des vertraglich Vereinbarten entscheidend daran an, dass eine Vertragspartei der anderen unter Inanspruchnahme einseitiger Gestaltungsmacht vorformulierte Bedingungen gestellt hat. Ob das der Fall ist, lässt sich aus dem Inhalt und der Formulierung einer Vertragsklausel als solcher noch nicht erschließen, so dass Inhalt und Formulierung einer Klausel zur Beurteilung der Verwendereigenschaft für sich allein jedenfalls in der Regel nicht aussagekräftig sind (vgl. BGHZ 130, 50, 57; BGH, Urteil vom 4. März 1997 - X ZR 141/95, WM 1997, 1586, unter I 2 c). Allenfalls kann im Einzelfall aus dem Inhalt benachteiligender Formularverträge oder Formulklauseln auf eine bestimmte Marktstärke einer der Vertragsparteien geschlossen werden, welche dann zusammen mit anderen Anhaltspunkten den weiteren Schluss auf die Inanspruchnahme einseitiger Gestaltungsmacht durch ein Stellen vorformulierter Bedingungen gegenüber der benachteiligten Partei zulässt (vgl. BGHZ 118, 229, 239; BGH, Urteil vom 4. März 1997, aaO). Tatsachen, die einen solchen Schluss im vorliegenden Fall tragen könnten, hat das Berufungsgericht jedoch nicht festgestellt. Übergangenen Sachvortrag zeigt die Revision nicht auf.

(bb) § 309 Nr. 7 BGB

„[15] Allerdings kann umgekehrt dem Berufungsgericht nicht gefolgt werden, wenn es ein Stellen der in Rede stehenden Formularbedingungen durch die Beklagte schon deshalb verneinen will, weil es unter den gegebenen Umständen, die nach Einführung des § 309 Nr. 7 BGB im Zuge des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes für einen Privatverkäufer durch eine oft nicht überschaubare Haftungsverschärfung gekennzeichnet seien, unangemessen sei, einer der Parteien die Verantwortung für den verwendeten Mustervertrag und den darin enthaltenen Gewährleistungsausschluss zuzuweisen. Hierbei knüpft das Berufungsgericht an eine im Schrifttum vertretene Auffassung an, wonach bei Vertragsmustern, die für eine Vielzahl von (Kauf-) Verträgen konzipiert und auf dem Markt erhältlich

sind, ein Einbeziehungsvorschlag auch dann, wenn er nicht von beiden Vertragspartnern, sondern nur von der einen Seite ausgehe, nicht selten inhaltlich dem übereinstimmenden Willen beider Seiten entspreche, so dass es weder sinnvoll noch geboten sei, einer Partei die Verantwortung für diesen Mustervertrag zuzuweisen (Ulmer, aaO, § 305 BGB Rdnr. 29; Lapp, aaO, § 305 Rdnr. 23; vgl. ferner Reinking/Eggert, Der Autokauf, 10. Aufl., Rdnr. 1979; Lischek/Mahnken, ZIP 2007, 158, 162). Hiervon ausgehend hält es das Berufungsgericht für eine reine Fiktion anzunehmen, dass die Partei, die zufällig den Mustervertrag mitgebracht oder besorgt habe, diejenige sei, welche unter Ausübung einseitiger vertraglicher Gestaltungsmacht der anderen vorformulierte Vertragsbedingungen stelle. Vielmehr griffen die Vertragsparteien in solchen Fällen angesichts ihrer Unsicherheit über eine rechtlich einwandfreie Vertragsgestaltung auf Musterverträge zurück, die ebenso gut vom Käufer wie vom Verkäufer gewählt werden könnten, ohne dass eine Seite hierdurch besonders bevorzugt oder benachteiligt werden sollte.

[16] Diese Schlussfolgerung und die anknüpfende Wertung, das Ergebnis des Rechtsstreits könne sich nicht daran orientieren, wer zufällig welches Musterformular mitgebracht habe, sondern müsse den Interessen der Parteien Rechnung tragen, die unter anderem durch ein anerkanntes Interesse des privaten Verkäufers geprägt seien, nicht für ihm unbekannt Mängel des Fahrzeugs haften zu müssen, beanstandet die Revision mit Recht als rechtsfehlerhaft. Das Berufungsgericht hat sich bei seiner Sichtweise nämlich nicht mehr mit der Frage befasst, ob die Beklagte den verwendeten Formularvertrag unter Inanspruchnahme einseitiger Gestaltungsmacht zur Vertragsgrundlage erhoben und ihn damit im Sinne von § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB gestellt hat. Es hat vielmehr aus dem Inhalt des Formularvertrages, insbesondere einer von ihm angenommenen Ausgewogenheit der Vertragsbedingungen und einer Angemessenheit des Gewährleistungsausschlusses, auf die Verwendereigenschaft geschlossen und dadurch in einer mit Systematik und Regelungszweck dieser Vorschrift unvereinbaren Weise die Verwendereigenschaft allein von einer im Gesetz nicht vorgesehenen Prüfung einer inhaltlichen Angemessenheit oder Ausgewogenheit der verwendeten Klauseln abhängig gemacht (vgl. BGHZ 130, 50, 57).“

(e) Entscheidend: Einflussnahmemöglichkeit und Durchsetzbarkeit

„[17] Gleichwohl erweist sich das Berufungsurteil aus einem anderen Grunde als richtig. Denn die Vernei-

nung einer Verwendereigenschaft der Beklagten wird im Ergebnis auch sonst von den Feststellungen des Berufungsgerichts getragen.

[18] Charakteristisch für Allgemeine Geschäftsbedingungen sind, wie vorstehend ausgeführt (unter II 1 c), die Einseitigkeit ihrer Auferlegung sowie der Umstand, dass der andere Vertragsteil, der mit einer solchen Regelung konfrontiert wird, auf ihre Ausgestaltung gewöhnlich keinen Einfluss nehmen kann (BT-Drs. 7/3919, S. 15 f.). An dem hierin durch einseitige Ausnutzung der Vertragsgestaltungsfreiheit einer Vertragspartei zum Ausdruck kommenden Stellen vorformulierter Vertragsbedingungen fehlt es jedoch, wenn deren Einbeziehung sich als das Ergebnis einer freien Entscheidung desjenigen darstellt, der vom anderen Vertragsteil mit dem Verwendungsvorschlag konfrontiert wird (vgl. BGH, Urteil vom 4. März 1997, aaO). Dazu genügt es zwar nicht, dass der andere Vertragsteil lediglich die Wahl zwischen bestimmten, von der anderen Seite vorgegebenen Formularalternativen hat. Erforderlich ist vielmehr, dass er – wenn er schon auf die inhaltliche Gestaltung des vorgeschlagenen Formulartextes keinen Einfluss nehmen konnte (vgl. BGHZ 126, 326, 333) – in der Auswahl der in Betracht kommenden Vertragstexte frei ist und insbesondere Gelegenheit erhält, alternativ eigene Textvorschläge mit der effektiven Möglichkeit ihrer Durchsetzung in die Verhandlungen einzubringen (vgl. BGH, Urteile vom 3. Dezember 1991 – XI ZR 77/91, WM 1992, 50, unter II 3 a; vom 7. Februar 1996 – IV ZR 16/95, WM 1996, 483, unter I 2 a; ferner BGHZ 141, 108, 110).

[19] Eine solche Freiheit in der Auswahl der in Betracht kommenden Formulartexte hat nach den Feststellungen des Berufungsgerichts im vorliegenden Fall bestanden.“

cc) Zwischenergebnis

Die Bedingungen sind damit nicht von der Bekl. i.S.d. § 305 I BGB gestellt worden. Es handelt sich damit nicht um AGB gem. §§ 305 ff. BGB. Damit ist die Klausel nicht anhand des Maßstabs der §§ 307 ff. BGB zu kontrollieren. Eine Unwirksamkeit kann sich damit nur aus allgemeinen Regeln ergeben.

b) Ausschluss gem. § 475 I 1 BGB

“[24] § 475 Abs. 1 Satz 1 BGB steht einer Berufung der Beklagten auf den Gewährleistungsausschluss nicht entgegen, weil beide Parteien als Verbraucher (§ 13 BGB) gehandelt haben, so dass kein Verbrauchsgüterkauf im Sinne von § 474 Abs. 1 Satz 1 BGB vorliegen hat.”

c) Ausschluss durch § 444 BGB

“[25] Auch § 444 BGB steht nicht entgegen, wonach sich der Verkäufer auf eine Vereinbarung, durch welche die Rechte des Käufers wegen eines Mangels ausgeschlossen oder beschränkt werden, nicht berufen kann, soweit er den Mangel arglistig verschwiegen oder eine Garantie für die Beschaffenheit der Sache übernommen hat. Das Berufungsgericht hat vielmehr im Einklang mit der Rechtsprechung des Senats (Urteile vom 21. Januar 1981 - VIII ZR 10/80, WM 1981, 323, unter II 2 b aa; vom 12. März 2008, NJW 2008, 1517, Tz. 12 ff.) an- genommen, dass in der abgegebenen Erklärung zur Unfallfreiheit lediglich eine Wissensmitteilung der Beklagten, nicht aber eine Beschaffenheitsvereinbarung zumindest für die Zeit vor ihrer Besitzzeit gelegen habe. Die Revision greift dies ebenso wenig an wie die weitere Feststellung des Berufungsgerichts, dass die Beklagte von dem behaupteten Vorschaden keine Kenntnis gehabt habe und nicht gehalten gewesen sei, den Kläger darüber aufzuklären, dass ihr damaliger Verkäufer seinerzeit ausdrücklich keine Garantie für die Unfallfreiheit des Fahrzeugs übernommen habe. Das lässt einen Rechtsfehler ebenfalls nicht erkennen.”

d) Zwischenergebnis

Der Gewährleistungsausschluss in Klausel [5] des Vertrages ist wirksam.

V. Ergebnis

Der Kl. kann keine Gewährleistungsrechte geltend machen. Damit scheidet auch ein Anspruch auf Rückerstattung eines Teils des Kaufpreises gem. §§ 437 Nr. 2, 441 I, IV, 323, 326 V, 346 I BGB aus.

C. Weitere Ansprüche

Der Gewährleistungsausschluss erfasst auch Ansprüche außerhalb der kaufrechtlichen Gewährleistung, da er anderenfalls weitgehend wirkungslos wäre (vgl. BGH, NJW 1984, 1452 [1454]). Außerdem greifen weitere Ansprüche, wie z.B. § 823 I BGB oder § 823 II BGB, vorliegend ohnehin nicht durch. Für § 823 I BGB fehlt es bereits an einer Rechtsgutverletzung, da der Kl. nie mangelfreies Eigentum erworben hat und ein Unfallschaden auch nicht die Kriterien des sog. „weiterfressenden“ Mangels erfüllt. Die Verletzung eines Schutzgesetzes i.S.d. § 823 II BGB ist nicht ersichtlich.

Standort: § 306a I Nr. 1 StGB**Problem: Gemischt genutzte Gebäude**

BGH, BESCHLUSS VOM 26.01.2010

3 STR 442/09 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Die Angeklagten hatten in dem von ihnen im Erdgeschoss eines mehrstöckigen Hauses betriebenen Imbisslokal ein Feuer gelegt, um die Versicherungssumme für das Inventar erlangen zu können. Dabei hatten sie es billigend in Kauf genommen, dass das Feuer auch auf die oberen Stockwerke übergreifen könnte, in denen sich Wohnungen befanden. Das Feuer hatte zwar das Lokal unbenutzbar gemacht, war jedoch gelöscht worden, bevor das Gebäude selbst so vom Feuer erfasst war, dass es selbstständig weiterbrennen konnte.

Das Landgericht Oldenburg hatte die Angeklagten wegen vollendeter mittäterschaftlicher Brandstiftung, §§ 306 I Nr. 1, 25 II StGB, verurteilt. Zwar sei das Gebäude nicht in Brand gesetzt worden, es sei jedoch durch die Brandlegung teilweise zerstört worden, was für die Deliktvollendung ausreiche. Auch eine mittäterschaftliche schwere Brandstiftung, §§ 306a I Nr. 1, 25 II StGB, sei vollendet, da auch ein gemischt genutztes Gebäude - wie im vorliegenden Fall - vom Tat-

bestand erfasst sei und es hierbei für die Vollendung auch ausreiche, dass nur der Teil von der Brandstiftung betroffen sei, der nicht dem Wohnen diene. Insofern hob der BGH die Entscheidung des LG auf, da diese Wertung nur für die Tathandlung des “Inbrandsetzens” gelte, die aber vorliegend nicht verwirklicht sei, nicht jedoch für die Tathandlung des “Durch eine Brandlegung Zerstörens”.

Prüfungsrelevanz:

Brandstiftungsdelikte sind immer wieder Gegenstand von Prüfungsaufgaben in beiden Examen. Sie lassen sich sowohl mit Problemen des Allgemeinen Teils kombinieren als auch mit Vermögensdelikten (insb. §§ 263; 265 StGB), also Themekreisen, die sich - zumindest bei den Prüfern - größter Beliebtheit erfreuen. Aber natürlich gibt es bei dem §§ 306 ff. StGB auch tatbestandsspezifische Probleme, insbesondere hinsichtlich der Anforderungen an die Tathandlungen. Die vorliegende Entscheidung ist insofern interessant als der BGH den Vollendungszeitpunkt des § 306a I Nr. 1 StGB - zumindest bei gemischt genutzten Gebäuden - nunmehr je nach Tathandlung unterschiedlich bestimmt.

Bis zum 6. StrRG (1998) kannten §§ 306 ff. StGB, als Tathandlung lediglich das Inbrandsetzen. Ein solches ist dann gegeben, wenn das Tatobjekt oder zumindest ein funktionswesentlicher Teil davon so vom Feuer erfasst ist, dass er auch nach Wegnahme des Zündstoffs selbstständig weiter brennt (BGH, NStZ 2003, 266; NStZ-RR 2007, 78; Joecks, § 306 Rn 18; Schönke/Schröder-Heine, § 306 Rn 13). Wegen der heute beim Bau üblichen Verwendung feuerresistenter Materialien ist es jedoch oft faktisch ausgeschlossen, dass funktionswesentliche Teile von Gebäuden selbstständig brennen. Weil der Gesetzgeber aber auch solche Fälle über die §§ 306 ff. StGB erfassen wollte, in denen das eigentliche Tatobjekt zwar nicht selbstständig brennt aber doch durch Hitzeentwicklung, Rauch oder auch Löschwasser wesentlich beschädigt wird, hat er 1998 die Tathandlung des "durch eine Brandlegung ganz oder teilweise Zerstörens" (die in den Tatbeständen der §§ 305; 305a StGB ihren Ursprung hat) in die Brandstiftungsdelikte aufgenommen. Hierfür reicht es nämlich aus, dass das Tatobjekt oder funktionswesentliche Teile davon zumindest für eine nicht nur unbedeutende Zeit unbrauchbar werden oder eine wesentliche Zweckbestimmung hiervon aufgehoben wird (BGHSt 48, 20; Schönke/Schröder-Heine, § 306 Rn. 16; Wolff, JR 2003, 391).

Der objektive Tatbestand des § 306a I Nr. 1 StGB setzt voraus, dass der Täter ein Gebäude, ein Schiff, eine Hütte oder eine andere Räumlichkeit, die der Wohnung von Menschen dient, in Brand setzt oder durch eine Brandlegung ganz oder teilweise zerstört. Insofern ist allgemein anerkannt, dass nicht nur reine Wohngebäude, sondern auch gemischt genutzte Gebäude, die also neben Räumlichkeiten, die dem Wohnen dienen, auch noch z.B. Gewerbeflächen beinhalten, vom Tatbestand des § 306a I Nr. 1 StGB erfasst werden (BGH, NStZ 2000, 197; Fischer, § 306a Rn. 5; Schönke/Schröder-Heine, § 306a Rn. 11).

I.R.v. § 306a I Nr. 1 StGB ist jedoch streitig, wann die schwere Brandstiftung im Falle des "Inbrandsetzens" vollendet ist. Nach einer Mindermeinung ist dies erst dann der Fall ist, wenn (auch) der Gebäudeteil, der dem Wohnen dient, in Brand gesetzt wurde (NK-Herzog, § 306a Rn. 12; Schönke/Schröder-Heine, § 306a Rn. 11; Kindhäuser, StV 1990, 161; Kratzsch, JR 1987, 360). Nach herrschender Meinung, insb. der Rechtsprechung, ist § 306a I Nr. 1 StGB bei gemischt genutzten Gebäuden jedoch auch vollendet, wenn nur der Gebäudeteil, der nicht dem Wohnen dient, in Brand gesetzt wurde, jedenfalls soweit die Möglichkeit besteht, dass auch der Wohnbereich vom Feuer erfasst wird (BGH, NStZ 1988, 407; 1991, 433; 2000, 197; wistra 1994, 21; Fischer, § 306a Rn. 5; Geppert,

JURA 1998, 602; Wrage, JuS 2003, 988).

In der vorliegenden Entscheidung differenziert der BGH nunmehr insofern zwischen den Tathandlungen: Während es für ein vollendetes Inbrandsetzen eines gemischt genutzten Gebäudes ausreichen könnte, dass der Teil in Brand gesetzt worden sei, der nicht dem Wohnen dient, müsse im Falle eines durch eine Brandlegung ganz oder teilweise Zerstörens aber unbedingt der dem Wohnen dienende Teil zerstört werden. Im Falle des Inbrandsetzens sei nämlich die Gefährdung der Bewohner - die den eigentlichen Strafgrund des § 306a I Nr. 1 StGB ausmache - auch dann indiziert, wenn nicht schon der Wohnteil des Gebäudes brenne. Dies sei jedoch in den Fällen des Zerstörens nicht zwingend.

Vertiefungshinweise:

□ Zur Vollendung des "Inbrandsetzens": BGHSt 48, 14; BGH, NStZ 2003, 204, 205; NStZ-RR 2007, 78; Geppert, JURA 1989, 422; Ingelfinger, JR 1999, 212; Kratzsch, JuS 1994, 380

□ Zum "Durch eine Brandlegung Zerstören": BGHSt 48, 14; BGH, NStZ 2001, 252; Radtke, NStZ 2003, 432; Sinn, JURA 2001, 807; Wolff, JR 2003, 391

□ Zu § 306a I Nr. 1 StGB bei gemischt genutzten Gebäuden: BGH, NStZ 1988, 407; 1991, 433; 2000, 197; wistra 1994, 21; Geppert, JURA 1998, 602; Kindhäuser, StV 1990, 161; Kratzsch, JR 1987, 360; Wrage, JuS 2003, 988

□ Zur Ermöglicungsabsicht i.S.v. § 306b II Nr. 2 StGB: BGHSt 45, 211; BGH, NStZ 2000, 197; NJW 2000, 3581; 2007, 2130; NStZ-RR 2000, 209; 2004, 366, JuS 2005, 574; Radtke, JR 2000, 428; Rönnau, JuS 2001, 328; Schlothauer, StV 2000, 138

Kursprogramm:

□ Examenskurs: "Feuerfalle"

Leitsätze (der Redaktion):

1. Für ein vollendetes Inbrandsetzen gem. § 306 a Abs. 1 Nr. 1 1. Alt. StGB genügt es, wenn in einem einheitlichen, teils gewerblich, teils zu Wohnzwecken genutzten Gebäude nur solche Gebäudeteile selbstständig brennen, die für die gewerbliche Nutzung wesentlich sind, aber nicht auszuschließen ist, dass das Feuer auf Gebäudeteile übergreift, die für das Wohnen wesentlich sind.

2. Besteht der durch die Brandlegung bewirkte Erfolg indes nicht darin, dass wesentliche Gebäudeteile der gewerblich genutzten Räume selbstständig brennen, sondern allein in der ganzen oder teilweisen Zerstörung dieser Räume durch die Brandle-

gung, so führt dies auch dann nicht zu einer vollendeten schweren Brandstiftung nach § 306 a Abs. 1 Nr. 1 1. Alt. StGB, wenn die Gefahr bestand, dass das Feuer auf den Wohnzwecken dienenden Teil des Gebäudes übergreift.

Sachverhalt:

A und B legten nachts in dem von ihnen im Erdgeschoss des Gebäudes betriebenen Imbisslokal an mehreren Stellen Feuer, um die Versicherungssumme für das Inventar zu erlangen. Der Brand zerstörte das Inventar fast vollständig, wurde aber von der Feuerwehr gelöscht, bevor er Gebäudeteile so erfasste, dass sie selbstständig weiterbrennen konnten. Brandschäden an der abgehängten Gipsdecke, Rußablagerungen und Löschwasser machten die Räume des Lokals unbenutzbar. Wäre das Feuer später entdeckt worden, hätte es sich über den Abluftschacht der Dunstabzugshaube auf das gesamte Gebäude und damit auch auf die im zweiten Obergeschoss gelegenen Wohnungen ausbreiten können, was A und B billigend in Kauf genommen hatten. Der Sachverhalt wurde aufgedeckt, bevor A und B die Schadensmeldung bei ihrer Versicherung einreichen konnten.

Strafbarkeit von A und B?

[Anm.: Es ist davon auszugehen, dass A und B nicht Eigentümer des Gebäudes sind und die Wohnungen in dem Gebäude auch von anderen Personen bewohnt werden.]

Lösung:

A. Strafbarkeit gem. §§ 306 I Nr. 1, 25 II StGB bzgl. des Gebäudes

A und B könnten sich dadurch, dass sie in dem Imbisslokal Feuer legten, wegen mittäterschaftlicher Brandstiftung gem. §§ 306 I Nr. 1, 25 II StGB strafbar gemacht haben.

I. Tatbestand

1. Fremdes Gebäude

Das Imbisslokal, in dem A und B das Feuer legten, befand sich im Erdgeschoss eines Gebäudes.

Es müsste sich jedoch auch um ein fremdes Gebäude gehandelt haben. Fremd i.S.v. § 306 I StGB ist ein Gebäude dann, wenn es zumindest auch im Eigentum eines anderen als dem des Täters steht (Joecks, § 306 Rn. 4; Schönke/Schröder-Heine, § 306 Rn. 11).

A und B waren nicht Eigentümer des Gebäudes, sodass es sich um ein fremdes Gebäude und somit um

ein taugliches Tatobjekt i.S.v. § 306 I Nr. 1 StGB handelte.

2. Tathandlung

A und B müssten das Gebäude in Brand gesetzt oder durch eine Brandlegung ganz oder teilweise zerstört haben.

a. Inbrandsetzen

A und B könnten das Gebäude in Brand gesetzt haben. Ein Gegenstand ist dann in Brand gesetzt, wenn zumindest ein funktionswesentlicher Teil davon so vom Feuer erfasst ist, dass er auch nach Wegnahme des Zündstoffs selbstständig weiter brennt (BGHSt 48, 14; BGH, NStZ 2003, 266; Joecks, § 306 Rn 18; Schönke/Schröder-Heine, § 306 Rn 13).

Im vorliegenden Fall hat zwar das Inventar des Imbissrestaurants selbstständig gebrannt. Bei solchen Einrichtungsgegenständen handelt es sich jedoch nicht um funktionswesentliche Teile des Gebäudes, in dem sie sich befinden. Da das Gebäude selbst aber nicht brannte, haben A und B das Gebäude nicht in Brand gesetzt.

b. Durch eine Brandlegung zerstören

A und B könnten das Gebäude jedoch durch eine Brandlegung ganz oder teilweise zerstört haben.

Eine Sache ist ganz zerstört, wenn sie vernichtet wird oder ihre bestimmungsgemäße Brauchbarkeit völlig verliert (Joecks, § 306 Rn. 23; Schönke/Schröder-Heine/Stree, § 306 Rn. 16, § 303 Rn. 11). Teilweise zerstört ist ein Gebäude, wenn für eine nicht nur unbedeutende Zeit bestimmungswesentliche Teile des Gebäudes unbrauchbar werden oder eine wesentliche Zweckbestimmung des Gebäudes aufgehoben wird (BGHSt 48, 14, 20; Schönke/Schröder-Heine, § 306 Rn. 16; Wolff, JR 2003, 391). Durch eine Brandlegung erfolgt die Zerstörung dann, wenn die Brandlegungshandlung kausal für die Zerstörung ist und sich in dieser auch die durch die Handlung geschaffene rechtlich relevante Gefahr realisiert, was aber z.B. auch dann der Fall ist, wenn die Zerstörung durch Löschwasser bewirkt wird (Fischer, § 306 Rn. 15; Schönke/Schröder-Heine, § 306 Rn. 17; Müller/Hönig, JA 2001, 519; a.A.: Radtke, NStZ 2003, 433)

Die Räume des Imbisslokals waren infolge des von A und B gelegten Brandes und der Löschwassereinwirkung für einen erheblichen Zeitraum unbenutzbar, sodass ein wesentlicher Teil des Gebäudes unbrauchbar wurde. A und B haben das Gebäude somit durch eine Brandlegung teilweise zerstört.

3. § 25 II StGB

A und B müssten die Tat auch mittäterschaftlich gem. § 25 II StGB begangen haben.

Mittäterschaft setzt die gemeinschaftliche Begehung einer Straftat aufgrund eines gemeinsamen Tatplans, also durch bewusstes und gewolltes Zusammenwirken, voraus (Joecks, § 25 Rn 61; Wessels/Beulke, Rn 524). Weiter ist wichtig, dass die Beteiligten die Tat als (Mit-) Täter und nicht nur als Teilnehmer (insb. Gehilfen) begangen haben. Insofern ist streitig, wie die Mittäterschaft von der Beihilfe abzugrenzen ist. Die herrschende Literatur verlangt für die Täterschaft eine Tatherrschaft nebst einem entsprechenden Bewusstsein (vgl. LK-Roxin, § 25 Rn 181 ff.; SK-Samson, § 25 Rn 122; Jescheck/Weigend, AT § 16 V 3 b). Nach der Rechtsprechung reicht für eine Täterschaft grundsätzlich jeder Beitrag aus, sofern er mit Täterwillen geleistet wird, wobei dessen Vorliegen anhand bestimmter Kriterien zu prüfen ist, insb. Grad des eigenen Interesses am Taterfolg, Umfang der Tatbeteiligung, Tatherrschaft und Tatherrschaftswille (BGH, NStZ-RR 2005, 71; NStZ 2006, 94).

Im vorliegenden Fall haben A und B aufgrund eines gemeinsamen Plans gehandelt. Auch hatten beide Tatherrschaft, da sie beide an der eigentlichen Tathandlung - dem Legen des Brandes - mitgewirkt haben. Außerdem hatten sich beide wegen der Versicherungssumme, die sie erlangen wollten, ein erhebliches Interesse an der Tat und somit auch Täterwillen, sodass nach beiden Auffassungen A und B Mittäter und nicht nur Teilnehmer sind.

4. Vorsatz

A und B handelten laut Sachverhalt jeweils auch vorsätzlich.

II. Rechtswidrigkeit und Schuld

A und B handelten auch rechtswidrig und schuldhaft.

III. Ergebnis

A und B sind strafbar gem. §§ 306 I Nr. 1, 25 II StGB.

B. Strafbarkeit gem. §§ 306a I Nr. 1, 3, 306b II Nr. 2, 25 II StGB bzgl. des Gebäudes

Dadurch, dass sie in dem Imbisslokal Feuer legten, könnten A und B sich auch wegen mittäterschaftlicher besonders schwerer Brandstiftung gem. §§ 306a I Nr. 1, 3, 306b II Nr. 2, 25 II StGB strafbar gemacht haben.

I. Tatbestand

A und B müssten zunächst den Tatbestand des Grunddelikts, § 306a I StGB, erfüllt haben.

I. § 306a I Nr. 1 StGB

A und B könnten ein Gebäude, das der Wohnung von Menschen dient, in Brand gesetzt oder durch eine Brandlegung ganz oder teilweise zerstört haben.

a. Gebäude, das der Wohnung von Menschen dient

Das Gebäude, in dem A und B das Feuer legten, müsste der Wohnung von Menschen gedient haben.

Das Gebäude enthielt nicht nur das von A und B betriebene Imbisslokal, sondern auch noch (im zweiten Obergeschoss) mehrere Wohnungen. Es diente somit zwar nicht ausschließlich, aber zumindest auch, der Wohnung von Menschen (sog. gemischt genutztes Gebäude). § 306a I Nr. 1 StGB ist allerdings nicht nur bei reinen Wohngebäuden, sondern auch bei gemischt genutzten Gebäuden anwendbar (BGH, NStZ 1985, 455; 2000, 197; Fischer, § 306a Rn. 5; Schönke/Schröder-Heine, § 306a Rn. 11).

Ein taugliches Tatobjekt liegt somit vor.

b. Tathandlung

A und B müssten dieses Gebäude in Brand gesetzt oder durch eine Brandlegung ganz oder teilweise zerstört haben.

Im Falle des Inbrandsetzens eines gemischt genutzten Gebäudes ist streitig, wann die Tat gem. § 306a I Nr. 1 StGB vollendet ist. Nach einer Literaturauffassung ist dies erst dann der Fall, wenn der Gebäudeteil, der dem Wohnen dient, in Brand gesetzt wurde (Schönke/Schröder-Heine, § 306a Rn. 11; NK-Herzog, § 306a Rn. 12; Kindhäuser, StV 1990, 161; Kratzsch, JR 1987, 360). Nach der Gegenauffassung, die insb. von der Rechtsprechung vertreten wird, genügt es zur Vollendung von § 306a I Nr. 1 StGB beim Inbrandsetzen gemischt genutzter Gebäude jedoch auch, wenn ein Gebäudeteil, der nicht zum Wohnen dient (z.B. ein Geschäftslokal), in Brand gesetzt wurde, jedenfalls soweit die Möglichkeit besteht, dass auch der Wohnbereich vom Feuer erfasst wird (BGH, NStZ 1988, 407; 1991, 433; 2000, 197; wistra 1994, 21; Fischer, § 306a Rn. 5; Geppert, JURA 1998, 602; Wrage, JuS 2003, 988).

Im vorliegenden Fall wurde das gemischt genutzte Gebäude jedoch nicht in Brand gesetzt, sondern durch eine Brandlegung teilweise zerstört (s.o.). Zu beachten ist insofern, dass ausschließlich das Imbissrestaurant - also der Gebäudeteil, der nicht dem Wohnen diente - durch die Brandlegung zerstört wurde.

Insofern führt der BGH aus: "[7] Dies trägt nicht den Schuldspruch wegen (vollendeter) besonders schwerer Brandstiftung nach § 306 b Abs. 2 Nr. 2 StGB, da die Angeklagten kein der Wohnung von Menschen dienendes Gebäude in Brand gesetzt oder durch eine

Brandlegung zerstört haben (§ 306 a Abs. 1 Nr. 1 StGB).

[8] Allerdings genügt es für ein vollendetes Inbrandsetzen nach § 306 a Abs. 1 Nr. 1 1. Alt. StGB, wenn in einem - wie hier - einheitlichen, teils gewerblich, teils zu Wohnzwecken genutzten Gebäude nur solche Gebäudeteile selbständig brennen, die für die gewerbliche Nutzung wesentlich sind, aber nicht auszuschließen ist, dass das Feuer auf Gebäudeteile übergreift, die für das Wohnen wesentlich sind (BGH, Beschl. vom 20. Oktober 2009 - 3 StR 392/09 m. w. N.). § 306 a Abs. 1 Nr. 1 StGB stellt als abstraktes Gefährdungsdelikt ein Handeln unter Strafe, das typischerweise das Leben von Personen gefährdet, die sich in einem Gebäude aufhalten; eine solche abstrakte Gefahr besteht bereits dann, wenn 'das Gebäude' brennt und der Brand sich ausweiten kann (BGHSt 34, 115, 118; 35, 283, 285 f.).

[9] Besteht der durch die Brandlegung bewirkte Erfolg indes nicht darin, dass wesentliche Gebäudeteile der gewerblich genutzten Räume selbständig brennen, sondern allein in der ganzen oder teilweisen Zerstörung dieser Räume durch die Brandlegung, so führt dies auch dann nicht zu einer vollendeten schweren Brandstiftung nach § 306 a Abs. 1 Nr. 1 2. Alt. StGB, wenn die Gefahr bestand, dass das Feuer auf den Wohnzwecken dienenden Teil des Gebäudes übergreift. Eine (teilweise) Zerstörung kann auf vielfältigen durch die Brandlegung ausgelösten Umständen beruhen, etwa wie hier auf einer Rußentwicklung oder auf der Einwirkung von Löschmitteln (vgl. Fischer, StGB 57. Aufl. § 306 Rdn. 15). Sie ist deshalb, wenn sie die gewerblichen Räume betrifft, nicht typischerweise auch mit einer Gefährdung der Personen verbunden, die sich in dem zu Wohnzwecken genutzten Gebäudeteil aufhalten. Auf diesen Gebäudeteil bezogen liegt der Sachverhalt nicht anders als bei einer Brandlegung, deren Erfolg ausgeblieben ist."

A und B haben also weder ein Gebäude, das der Wohnung von Menschen dient, in Brand gesetzt noch ein solches durch eine Brandlegung zerstört. Eine Strafbarkeit gem. § 306a I Nr. 1 StGB liegt somit nicht vor.

2. § 306a I Nr. 3 StGB

A und B könnten jedoch eine Räumlichkeit, die zeitweise dem Aufenthalt von Menschen dient, zu einer Zeit, in der Menschen sich dort aufzuhalten pflegen, in Brand gesetzt oder durch eine Brandlegung ganz oder teilweise zerstört haben.

Bei dem von A und B betriebenen Imbisslokal handelt es sich um eine Räumlichkeit, die zeitweise dem Aufenthalt von Menschen dient. Diese haben sie auch durch eine Brandlegung teilweise zerstört (s.o.). Al-

lerdings haben A und B die Tathandlung des nachts vorgenommen, also zu einer Zeit, in der das Lokal geschlossen war und sich deshalb dort auch keine Menschen aufzuhalten pflegten.

Zwar pflegen sich in den Wohnungen im zweiten Stock des Gebäudes auch des nachts Menschen aufzuhalten, allerdings hatten A und B nicht diesen Gebäudeteil durch die Brandlegung zerstört (s.o.), sodass § 306a I Nr. 3 StGB auch insofern ausscheidet.

Auch den Tatbestand des § 306a I Nr. 3 StGB haben A und B somit nicht erfüllt.

II. Ergebnis

A und B sind nicht strafbar gem. §§ 306a I, 25 II StGB.

C. Strafbarkeit gem. §§ 306a I Nr. 1, 306b II Nr. 2, 25 II, 22, 23 I StGB bzgl. des Gebäudes

Dadurch, dass sie in dem Imbisslokal Feuer legten, könnten A und B sich aber wegen versuchter besonders schwerer Brandstiftung in Mittäterschaft gem. §§ 306a I Nr. 1, 306b II Nr. 2, 25 II, 22, 23 I StGB strafbar gemacht haben.

I. Vorprüfung

Da bereits der Tatbestand des Grunddelikts, § 306a I StGB, nicht verwirklicht ist (s.o.), scheidet eine Strafbarkeit von A und B wegen vollendeter Tat aus. Die Strafbarkeit des Versuchs des § 306b II StGB ergibt sich aus dessen Verbrechenscharakter (vgl. §§ 306b II, 12 I StGB) i.V.m. § 23 I StGB.

II. Tatentschluss

A und B müssten Tatentschluss zur Begehung einer besonders schweren Brandstiftung 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. des Grunddelikts, §§ 306a I Nr. 1, 25 II StGB

A und B müssten zunächst Tatentschluss bzgl. der Verwirklichung des Grunddelikts gem. §§ 306a I Nr. 1, 25 II StGB gehabt haben.

a. Bzgl. Gebäude, das der Wohnung von Menschen dient

A und B wussten, dass das Gebäude, in dem sich ihr Imbisslokal befand, auch noch Wohnungen enthielt. Sie hatten also Tatentschluss bzgl. eines gemischt genutzten Gebäudes und somit bzgl. eines Gebäudes, das dem Wohnen von Menschen dient.

b. Bzgl. Tathandlung

A und B müssten sich auch vorgestellt haben, dieses Wohngebäude in Brand zu setzen oder durch eine Brandlegung ganz oder teilweise zu zerstören.

Bei einem gemischt genutzten Gebäude - wie im vorliegenden Fall - ist ein Inbrandsetzen i.S.v. § 306a I Nr. 1 StGB jedenfalls dann gegeben, wenn der Gebäudeteil, der Wohnzwecken dient, selbstständig brennt (s.o.). A und B hatten sich vorgestellt, dass sich das im Imbisslokal gelegte Feuer über die Abluftschächte bis in die Wohnungen ausbreiten und diese in Brand setzen würde. Dies würde nach allen Meinungen für eine Vollendung des § 306a I Nr. 1 StGB ausreichen. A und B hatten also Tatentschluss bzgl. des Inbrandsetzens des Wohngebäudes.

c. Bzgl. § 25 II StGB

A und B müssten sich auch eine mittäterschaftliche Begehung i.S.v. § 25 II StGB vorgestellt haben.

A und B hatten sich vorgestellt, die Brandstiftung durch bewusstes und gewolltes Zusammenwirken aufgrund eines gemeinsamen Tatplans zu begehen. Auch stellten sie sich Umstände vor, die ihnen Tatherrschaft vermitteln würden und handelten mit Täterwillen, so dass sie Tatentschluss bzgl. einer mittäterschaftlichen Begehung hatten.

A und B hatten also Tatentschluss zur Begehung einer Tat gem. §§ 306a I Nr. 1, 25 II StGB.

2. Bzgl. der Qualifikation, § 306b II Nr. 2 StGB

A und B könnten auch Tatentschluss zur Verwirklichung der Qualifikation gem. § 306b II Nr. 2 StGB gehabt haben. Dann müssten sie in der Absicht gehandelt haben, eine andere Straftat zu ermöglichen oder zu verdecken.

a. Absicht zur Ermöglichung eines Betrugs, § 263 I StGB

A und B hatten die Absicht, eine Schadensmeldung bei der Versicherung einzureichen und so die Auszahlung der Versicherungssumme zu bewirken. Wenn dies eine Straftat - z.B. einen Betrug, §§ 263 I StGB, gegenüber und zum Nachteil der Versicherung - darstellen würde, hätten A und B also grundsätzlich in der Absicht gehandelt, eine andere Straftat zu ermöglichen.

aa. Bzgl. Täuschung über Tatsachen

Zunächst müsste die von A und B geplante Einreichung der Schadensmeldung eine Täuschung der Versicherung über Tatsachen darstellen.

Täuschung ist jede intellektuelle Einwirkung auf das

Vorstellungsbild eines anderen, die geeignet ist, eine Fehlvorstellung über Tatsachen hervorzurufen (Fischer, § 263 Rn. 10; Joecks, § 263 Rn. 22). Tatsachen sind alle vergangenen oder gegenwärtigen Zustände oder Geschehnisse, die dem Beweis zugänglich sind (Fischer, § 263 Rn. 6; Schönke/Schröder-Cramer/Perron, § 263 Rn. 8).

A und B hatten sich vorgestellt, bei der Versicherung eine Schadensmeldung verbunden mit einem Antrag auf Auszahlung der Versicherungssumme einzureichen, also auf die Vorstellung des Sachbearbeiters intellektuell einzuwirken. Mit dem Auszahlungsantrag hätten A und B von der Versicherung eine Leistung gefordert. Insofern ist zu berücksichtigen dass derjenige, der eine Leistung einfordert, dabei konkludent erklärt, dass auch ein entsprechender Anspruch besteht (BGH, NSTZ 1994, 188, 189; Schönke/Schröder-Cramer/Perron, § 263 Rn. 16c). Da A und B als Versicherungsnehmer jedoch den Versicherungsfall durch die Brandlegung vorsätzlich herbeigeführt haben, haben sie gem. § 81 I VVG keinen Anspruch auf die Auszahlung der Versicherungssumme. Sie hätten also die Versicherung konkludent über das Bestehen eines Anspruches - also eine Tatsache - getäuscht.

Das von A und B beabsichtigte Verhalten hätte also eine Täuschung der Versicherung über Tatsachen dargestellt.

bb. Bzgl. täuschungsbedingten Irrtums

A und B müssten sich auch vorgestellt haben, bei der Versicherung durch die Täuschung einen Irrtum hervorzurufen.

Irrtum i.S.v. § 263 I StGB ist jede Fehlvorstellung über Tatsachen (Joecks, § 263 Rn. 47; Lackner/Kühl, § 263 Rn. 18; Wessels/Hillenkamp, BT II, Rn. 352 f.).

A und B gingen davon aus, dass der Sachbearbeiter bei der Versicherung aufgrund der Täuschung glauben würde, dass ihnen als Versicherungsnehmer ein Anspruch auf Auszahlung der Versicherungssumme zustünde, was ja tatsächlich nicht der Fall war (s.o.).

Ein täuschungsbedingter Irrtum der Versicherung wäre also bei dem von A und B geplanten Verhalten hervorgerufen worden.

cc. Bzgl. irrtumsbedingter Vermögensverfügung

Das von A und B beabsichtigte Verhalten der Versicherung - die Auszahlung der Schadenssumme - müsste auch eine täuschungsbedingte Vermögensverfügung darstellen.

Vermögensverfügung i.S.v. § 263 I StGB ist jedes Handeln, Dulden oder Unterlassen des Opfers, das sich unmittelbar vermögensmindernd auswirkt (Fischer, § 263 Rn. 40; Krey/Hellmann, BT II, Rn. 385).

Die Auszahlung der Schadenssumme durch die Versicherung an A und B würde unmittelbar zu einer Vermögensminderung bei der Versicherung führen. Eine irrtumsbedingte Vermögensverfügung der Versicherung wäre also bei dem von A und B geplanten Verhalten gegeben.

dd. Bzgl. verfügungsbedingten Vermögensschadens

A und B müssten auch ein Verhalten beabsichtigt haben, dass bei der Versicherung zu einem verfügungsbedingten Vermögensschaden führen würde.

Ein Vermögensschaden liegt vor, wenn der Gesamtwert des Vermögens des Opfers durch die Vermögensverfügung verringert wurde, d.h. wenn eine Gesamtsaldierung der Vermögenspositionen des Opfers ergibt, dass dieses nach der Tat weniger Vermögen hat als davor (BGH, NStZ 2004, 205; Schönke/Schröder-Cramer/Perron, § 263 Rn. 99; Rengier, BT I, § 13 Rn. 67).

A und B stellten sich vor, dass das Vermögen der Versicherung durch die Auszahlung der Schadenssumme unmittelbar gemindert würde (s.o.). Sie stellten sich nicht vor, dass die Versicherung für diese Vermögensminderung ein Äquivalent erhalten würde. Insbesondere eine Befreiung der Versicherung von einer Verbindlichkeit gegenüber A und B durch die Auszahlung, die ein Äquivalent darstellen könnte, wäre nicht gegeben, da A und B gem. § 81 I VVG keinen Auszahlungsanspruch gehabt hätten und deshalb auch keine Verbindlichkeit bestünde, von der die Versicherung frei werden könnte.

Ein verfügungsbedingter Vermögensschaden wäre also bei der von A und B geplanten Auszahlung der Versicherungssumme gegeben.

ee. Bzgl. Absicht rechtswidriger und stoffgleicher Bereicherung

A und B hatten sich vorgestellt, bei Einreichung der Schadensmeldung in der Absicht zu handeln, sich selbst - durch die Erlangung der Schadenssumme - zu bereichern.

Hierbei müsste es sich auch um eine rechtswidrige und stoffgleiche Bereicherung handeln.

Rechtswidrig ist die vom Täter beabsichtigte Bereicherung dann, wenn sie im Widerspruch zur materiellen Rechtsordnung steht, d.h. wenn der Täter keinen fälligen, durchsetzbaren Anspruch auf die Bereicherung hat (BGHSt 19, 206; Fischer, § 263 Rn. 111; Rengier, BT I, § 13 Rn. 110). Stoffgleich ist die Bereicherung, wenn sie die Kehrseite des Vermögensschadens beim Opfer darstellt, was der Fall ist, wenn Vorteil und Schaden auf derselben Verfügung beruhen und der Vorteil zu Lasten des geschädigten Vermö-

gens geht (BGH, NStZ 2003, 264; Schönke/Schröder-Cramer/Perron, § 263 Rn. 168; Krey/Hellmann, BT II, Rn. 492).

A und B hätten keinen Anspruch auf die beabsichtigte Bereicherung gehabt, da sie ja den Schadensfall selber vorsätzlich herbeigeführt hatten (s.o.). Außerdem würden sie sich um genau den ausgezahlten Betrag bereichern, dessen Verlust den Vermögensschaden der Versicherung ausmachen würde.

Da A und B dies auch bekannt war, hätten sie die Schadensmeldung in der Absicht rechtswidriger und stoffgleicher Bereicherung eingereicht.

A und B wären auch bei Einreichung der Schadensmeldung nicht gerechtfertigt oder entschuldigt gewesen, sodass das von ihnen geplante Vorhaben einen Betrug, § 263 I StGB, darstellen würde. Sie handelten also in der Absicht, einen Betrug gem. § 263 I StGB - und somit eine andere Straftat - zu ermöglichen.

b. Weitere Anforderungen an § 306b II Nr. 2 StGB

A und B wollten die von ihnen beabsichtigte Tat - den Betrug - allerdings nicht während des Brandes begehen, sondern erst zu einem späteren Zeitpunkt, zu dem das Feuer bereits gelöscht wäre. Fraglich ist, ob ein solche Konstellation auch von § 306b II Nr. 2 StGB erfasst wird.

aa. 1. Meinung

Nach einer Literaturrecherche setzt § 306b II Nr. 2 StGB stets voraus, dass die zu ermöglichende Tat in einem sehr nahen zeitlichen und räumlichen Zusammenhang mit dem Brand steht, der Täter also die typischerweise mit einem Brand verbundenen Gefahren zur Begehung ausnutzen will (Fischer, § 306b Rn. 9 ff.; Joecks, § 306b Rn. 7; Schönke/Schröder-Heine, § 306b Rn. 10; SK-Wolters/Horn, § 306b Rn. 12; Schlothauer, StV 2000, 138).

A und B wollten zur Begehung des geplanten Betruges jedoch nicht die typischen Gefahren eines Brandes ausnutzen, da sie den Betrug ja auch erst nach Löschung des Brandes begehen wollten. Nach dieser Meinung wäre also eine Ermöglichungsabsicht i.S.v. § 306b II Nr. 2 StGB nicht gegeben.

bb. 2. Meinung

Nach der Gegenauffassung ist die Ermöglichungsabsicht bei § 306b II Nr. 2 StGB weit auszulegen. Es sei insofern nicht erforderlich, dass die zu ermöglichende Tat während des Brandes begangen werden solle oder dessen typischen Gefahren hierfür ausgenutzt werden sollten; insbesondere die Absicht zur Ermöglichung eines Betruges zum Nachteil einer Versicherung rei-

che zur Verwirklichung von § 306b II Nr. 2 StGB aus (BGHSt 45, 211; BGH, NJW 2007, 2130, 2131; NStZ-RR 2004, 366 f.; NK-Herzog, § 306b Rn. 7).

Nach dieser Meinung wäre also eine Ermöglichungsabsicht i.S.v. § 306b II Nr. 2 StGB gegeben.

cc. Stellungnahme

Zwar ist der 1. Meinung zuzustimmen, sofern diese betont, dass die Steigerung der Mindeststrafe von einem Jahr für des Grunddelikt gem. § 306 a I StGB auf fünf Jahre bei der Qualifikation gem. § 306b II StGB nur gerechtfertigt ist, wenn die Qualifikation ggü. dem Grunddelikt eine wesentliche Unrechtssteigerung aufweist. Allerdings geht die 1. Meinung fehl, wenn sie unterstellt, dass dieses gesteigerte Unrecht nur dann gegeben sein könne, wenn der Täter die durch den Brand bewirkte Gemeingefahr für die Begehung der zu ermöglichenden Tat ausnutzen wolle. Allein die Tatsache, dass der Täter die Begehung des Verbrechens des § 306a I StGB zur Begehung einer anderen Straftat ausnutzen will bewirkt eine so starke Unrechtssteigerung, dass die deutliche Erhöhung der Mindeststrafe gerechtfertigt ist - auch wenn die zu ermöglichende Straftat (wie z.B. ein Betrug) erst viel später begangen werden soll. Insbesondere der Wortlaut des § 306b II Nr. 2 StGB ist weit genug, um die weite Auslegung der 2. Meinung zu rechtfertigen. Und auch ein Vergleich zum Tatbestand des § 211 II StGB, der auch eine Ermöglichungsabsicht als Tatbestandsmerkmal nennt, zeigt, dass die 1. Meinung die Grenzen des § 306b II Nr. 2 StGB zu eng zieht. Denn beim Mord ist es selbstverständlich, dass die Ermöglichungsabsicht nicht voraussetzt, dass der Täter die mit der Tötung eines Menschen typischerweise verbunden Gefahren zur Begehung weiterer Straftaten ausnutzen will. Dann ist aber nicht ersichtlich, warum dies bei § 306b II Nr. 2 StGB anders sein sollte. Der 2. Meinung ist somit zu folgen.

A und B haben also in der Absicht gehandelt, eine andere Straftat zu ermöglichen. Somit hatten A und B Tatentschluss zur Begehung einer besonders schweren Brandstiftung gem. §§ 306a I Nr. 1, 306b II Nr. 2 StGB.

III. Unmittelbares Ansetzen

A und B müssten auch zur Verwirklichung des Tatbestandes unmittelbar angesetzt haben, § 22 StGB.

Nach der herrschenden gemischt subjektiv-objektiven Theorie ist ein unmittelbares Ansetzen gegeben, wenn der Täter die Schwelle zum "jetzt geht es los" überschreitet, was der Fall ist, wenn er eine Handlung vornimmt, die nach seinem Tatplan ohne wesentliche Zwischenschritte unmittelbar in die Tatbestandsver-

wirklichung einmünden soll, sodass aus Tätersicht das geschützte Rechtsgut bereits konkret gefährdet ist (BGH, wistra 2002, 263; Wessels/Beulke, AT, Rn 601; Roxin, JuS 1979, 1, 3).

Durch die Brandlegung in dem Imbissrestaurant hatten A und B bereits Handlungen vorgenommen, die nach ihrem Plan ohne wesentliche Zwischenschritte in die Tatbestandsverwirklichung einmünden sollten, sodass sie die Schwelle zum "jetzt geht es los" überschritten hatten und nach ihrer Vorstellung auch bereits eine konkrete Rechtsgutgefährdung eingetreten war.

Beim mittäterschaftlichen Versuch ist zwar streitig, ob insofern das Ansetzen jedes Mittäters zu seinem eigenen Beitrag maßgeblich ist (sog. Einzellösung, Valdágua, ZStW 1986, 839, 870 ff.), ob zusätzlich hierzu die "Gesamthandlung" der Mittäter das Versuchsstadium erreicht haben muss (sog. modifizierte Einzellösung, SK-Rudolphi, § 22 Rn. 19a; Roxin, AT II, § 29 Rn. 297 ff.) oder ob es für ein unmittelbares Ansetzen aller Mittäter ausreicht, dass der tatnächste von ihnen dem gemeinsamen Plan entsprechend zur Tatbestandsverwirklichung ansetzt (sog. Gesamtlösung (h.M.), BGH, wistra 1999, 386; Fischer, § 22 Rn. 21; Wessels/Beulke, AT, Rn. 611). Dies kann jedoch im vorliegenden Fall dahinstehen, da A und B beide bereits ihren eigenen Beitrag (die Brandlegung) voll erbracht hatten und auch keine weiteren Handlungen zur Tatbestandsverwirklichung mehr erforderlich sein sollten, sodass nach allen Auffassungen ein unmittelbares Ansetzen von A und B vorliegt.

IV. Rechtswidrigkeit und Schuld

A und B handelten rechtswidrig und schuldhaft.

V. Kein Rücktritt

A und B sind auch nicht gem. § 24 StGB strafbefreiend zurückgetreten.

VI. Ergebnis

A und B sind strafbar gem. §§ 306a I Nr. 1, 306b II Nr. 2, 25 II, 22, 23 I StGB.

D. Strafbarkeit gem. §§ 265 I, 25 II StGB bzgl. des Inventars

Durch die Brandlegung könnten sich A und B auch wegen Versicherungsmisbrauchs in Mittäterschaft gem. §§ 265 I, 25 II StGB hinsichtlich des Inventars des Imbissrestaurants strafbar gemacht haben.

I. Tatbestand

1. Taugliches Tatobjekt

Bei dem Inventar des Imbissrestaurants müsste es sich

um Sachen gehandelt haben, die gegen eines der in § 265 I StGB genannten Risiken, insb. Untergang und Beschädigung, versichert waren.

Sachen i.S.v. § 265 I StGB sind alle körperlichen Gegenstände (Joecks, § 265 Rn. 6), also auch das Inventar des Imbissrestaurants. Da A und B die Absicht hatten, die Versicherungssumme für das zerstörte Inventar zu erlangen, muss für dieses auch eine entsprechende Versicherung gegen Untergang und Beschädigung bestanden haben.

Das Inventar stellt also ein taugliches Tatobjekt dar.

2. Tathandlung

Durch die Brandlegung haben A und B das Inventar zerstört, sodass eine der in § 265 I StGB genannten Tathandlungen vorliegt.

3. § 25 II

A und B handelten auch als gleichberechtigte Partner auf der Grundlage eines gemeinsamen Tatplans, mithin als Mittäter.

4. Vorsatz

A und B handelten vorsätzlich.

5. Absicht, Leistungen aus der Versicherung zu verschaffen

A und B müssten auch in der Absicht gehandelt haben, sich oder einem Dritten Leistungen aus der Versicherung zu verschaffen.

A und B wollten die Auszahlung der Versicherungssumme an sich selbst bewirken, sodass die erforderliche Absicht vorliegt.

II. Rechtswidrigkeit und Schuld

A und B handelten rechtswidrig und schuldhaft.

III. Ergebnis

A und B sind strafbar gem. §§ 265 I, 25 II StGB.

E. Strafbarkeit gem. §§ 303 I, 25 II StGB; §§ 305 I, 25 II StGB bzgl. des Gebäudes

Die mitverwirklichten Delikte der mittäterschaftlichen Sachbeschädigung, §§ 303 I, 25 II StGB, und Bauwerkszerstörung, §§ 305 I, 25 II StGB, an dem Gebäude treten hinter die mittäterschaftliche Brandstiftung, §§ 306 I Nr. 1, 25 II StGB, an diesem zurück (Fischer, § 306 Rn. 24; Schönke/Schröder-Heine, § 306 Rn. 24).

F. Strafbarkeit gem. §§ 303 I, 25 II StGB bzgl. des Inventars

Durch die Brandlegung könnten A und B sich auch wegen mittäterschaftlicher Sachbeschädigung gem. §§ 303 I, 25 II StGB an dem Inventar strafbar gemacht haben. Dann müssten A und B fremde Sachen beschädigt oder zerstört haben. Fremd i.S.v. § 303 I StGB ist eine Sache dann, wenn sie zumindest auch im Eigentum eines anderen als des Täters steht (Joecks, § 303 Rn. 5). Da A und B Versicherungen für das Inventar abgeschlossen hatten, ist davon auszugehen, dass sie auch Eigentümer der versicherten Sachen sind, sodass diese für sie keine fremden Sachen darstellen. Somit haben A und B auch keine fremden Sachen zerstört.

Eine Strafbarkeit gem. §§ 303 I, 25 II StGB ist nicht gegeben.

G. Strafbarkeit gem. §§ 30 II, 306 I Nr. 1 StGB bzw. §§ 30 II, 306a I Nr. 1, 306b II Nr. 2 StGB

Die Verabredung von A und B zu den Verbrechen der (mittäterschaftlichen) Brandstiftung und besonders schweren Brandstiftung ist zwar gem. § 30 II StGB strafbar, tritt jedoch als mitbestrafte Vortat hinter der strafbaren Ausführung der verabredeten Taten zurück, auch wenn die Ausführung - wie hier bzgl. § 306 a I Nr. 1, 306b II Nr. 2 StGB - nur versucht wurde (BGH, StV 1999, 594; 2000, 137).

H. Gesamtergebnis und Konkurrenzen

A und B haben sich durch das Legen des Brandes, also durch dieselbe Handlung i.S.v. § 52 StGB, wegen Brandstiftung, § 306 I Nr. 1 StGB, versuchter besonders schwerer Brandstiftung, §§ 306a I Nr. 1, 306b II Nr. 2, 22, 23 I StGB, und Versicherungsmissbrauch, § 265 I StGB, - jeweils in Mittäterschaft, § 25 II StGB - strafbar gemacht. Da diese Delikte unterschiedliche Rechtsgüter schützen, nämlich § 306 I StGB das Eigentum (Schönke/Schröder-Heine, § 306 Rn. 1; Sinn, JURA 2001, 804), § 306a I Nr. 1 StGB als gemeingefährliche Straftat die Sicherheit der Allgemeinheit und insbesondere die der Hausbewohner (Fischer, § 306a Rn. 1; NK-Herzog, § 306a Rn. 1) und § 265 StGB das Vermögen der Versicherung und die Funktionsfähigkeit der Versicherungswirtschaft (Lackner/Kühl, § 265 Rn. 1; Wessels/Hillenkamp, BT II, Rn. 652), bleiben sie nebeneinander bestehen.

A und B sind strafbar gem. §§ 306 I Nr. 1, 25 II; 306a I Nr. 1, 306b II Nr. 2, 25 II, 22, 23 I; 265 I, 25 II; 52 StGB.

*Literaturauswertung**Öffentliches Recht*

Autor/Titel:	Papier, Hans-Jürgen: "Das Versammlungsrecht in der Rechtsprechung des BVerfG"
Fundstelle:	BayVbl 2010, 225 (Heft 8)
Inhalt:	Der kürzlich ausgeschiedene Präsident des BVerfG lässt in diesem Beitrag die Rechtsprechung des BVerfG zum Versammlungsrecht Revue passieren, wobei der Schwerpunkt eindeutig auf dem status quo liegt. Papier geht auf drei auch im Examen wesentliche Fallgestaltungen ein: Die Überprüfung von versammlungsrechtlichen Normen auf ihre Verfassungsmäßigkeit, das Vorgehen der Verwaltung gegen eine Versammlung und Maßnahmen gegen einzelne Versammlungsteilnehmer. Über derartige Fälle hat die RA auch in jüngerer Vergangenheit wiederholt berichtet (vgl. zuletzt RA 2009, 202 zum Anwesenheitsrecht der Polizei bei einer Versammlung im geschlossenen Raum) .

Autor/Titel:	Görisch, Christoph: "To be or not2be?"
Fundstelle:	DVBl 2010, 155 (Heft 155)
Inhalt:	Der Autor befasst sich mit der aktuellen Rechtsprechung zu sog. Lehrerbewertungsportalen im Internet, deren Zulässigkeit sich öffentlich-rechtlich nach dem Ausgleich des Spannungsverhältnisses von Meinungsfreiheit der Schüler und allgemeinem Persönlichkeitsrecht der Lehrer richtet. Eingebettet in eine rechtsvergleichende Betrachtung mit dem französischen Recht gibt der Autor einen hervorragenden Überblick über die juristischen Hintergründe und den Stand der Diskussion, die an Aktualität kaum zu überbieten ist (vgl. nur BGH, RA 2009, 415 zu "spickmich.de").

Zivilrecht

Autor/Titel:	Zeising, Jörg: "Petitorische Durchbrechung possessorischen Besitzschutzes"
Fundstelle:	JURA 2010, 248
Inhalt:	Der Autor erklärt die systematischen Unterschiede zwischen petitorischem und possessorischem Besitzschutz. Der Beitrag hilft, die unterschiedlichen Systeme zu verstehen und nachzuvollziehen. Auch für Referendare ist der Aufsatz im Hinblick auf die (analoge) Anwendung des § 864 II BGB auf die petitorische Widerklage geeignet.

Autor/Titel:	Schrader, Paul T.: "Schönheitsreparaturklauseln in Rechtsprechung und Examensklausuren"
Fundstelle:	JURA 2010, 241
Inhalt:	Der Autor gibt einen gelungenen Überblick über die aktuellen, höchstrichterlichen Entscheidungen zum Thema Schönheitsreparaturen. Darüberhinaus verdeutlicht der Beitrag, dass das Thema nicht ausschließlich mietrechtlicher Natur ist, sondern auch im Zusammenhang mit der AGB-Kontrolle, dem Bereicherungsrecht und dem Zivilprozessrecht gesehen werden muss.

Autor/Titel:	Stöhr, Alexander: "Der objektive Empfängerhorizont und sein Anwendungsbereich im Zivilrecht"
Fundstelle:	JuS 2010, 292
Inhalt:	Der Beitrag stellt anhand examensrelevanter Beispiele (Kaufmännisches Bestätigungsschreiben, Geheißerwerb etc.) die Lehre vom Empfängerhorizont dar und gibt wertvolle Hinweise zum richtigen Umgang mit der Auslegungsregel. Ein sehr kompakter Beitrag, dessen Lektüre lohnt.

Strafrecht

Autor/Titel:	Koch, Arndt / Wirth, Katrin: "Grundfälle zur Anstiftung"
Fundstelle:	JuS 2010, 203 (Heft 3)
Inhalt:	Anhand eines gutachterlichen Aufbaus der Prüfung einer Anstiftung gehen die Verfasser auf klassische Probleme dieser Strafbarkeit (z.B. Anforderungen an das "Bestimmen" und an die Konkretisierung von Haupttat und -täter, Lockspitzelfälle und Um-, Auf- und Abstiftung) ein, wobei sie diese Problemfälle erkennbar in die jeweilige Stelle des Gutachtaufbaus einordnen, verständlich und mit Beispielen darstellen und bei streitigen Konstellationen die verschiedenen Meinungen nachvollziehbar präsentieren. Sowohl zur erstmaligen Erarbeitung wie zur Wiederholung dieser wichtigen Beteiligungsform ist der Aufsatz sehr gut geeignet. Lediglich der eigenen Auffassung der Verfasser sollte vielleicht nicht zu viel Bedeutung beimessen werden, wenn diese sich etwa zur Frage der Strafbarkeit einer Aufstiftung gegen Rechtsprechung und herrschende Literatur stellen.

Autor/Titel:	Bünemann, Benjamin / Hömpler, Lars: "Nötigungsnotstand bei Gefahr für nichthöchstpersönliche Rechtsgüter"
Fundstelle:	JURA 2010, 184 (Heft 3)
Inhalt:	Als "Nötigungsnotstand" wird üblicherweise eine Konstellation bezeichnet, in der der Täter von einem Dritten durch Drohung dazu genötigt wird, eine Straftat zu begehen. Diskutiert werden insofern meist Fälle, in denen der Tod oder eine erhebliche Körperverletzung angedroht werden, um den Täter zu einem Vergehen (z.B. einer Sachbeschädigung) zu nötigen. Hier ist es streitig, ob der Täter gem. § 34 StGB gerechtfertigt oder nur (mangels Angemessenheit, § 34 S. 2 StGB) gem. § 35 StGB entschuldigt ist. Neben der Darstellung dieses Meinungsstreits befassen sich die Verfasser in dem Aufsatz insbesondere mit der Frage, wie denn Fälle zu lösen sind, in denen nur mit der Verletzung nichthöchstpersönlicher Rechtsgüter (wie Eigentum) oder mit der Verletzung höchstpersönlicher Rechtsgüter von Personen gedroht wird, die dem Täter nicht nahe stehen. In diesen Fällen scheidet nämlich mangels einer Gefahr für eines der dort genannten Rechtsgüter eine Entschuldigung gem. § 35 StGB aus. Während die Darstellung des - zugegebenermaßen recht speziellen - Problems sehr anschaulich gerät, ist die Lösung der Verfasser (analoge Anwendung von § 35 StGB für alle "in § 34 StGB aufgezählten Rechtsgüter") wenig überzeugend. Trotzdem enthält der Aufsatz ein paar interessante Denkanstöße, die sicher in der einen oder anderen mündlichen Prüfung aufgegriffen werden.