

Öffentliches Recht

Standort: Europarecht

Problem: Rücknahme einer Einbürgerung

EUGH, URTEIL VOM 02.03.2010
C-135/08 (NVwZ 2010, 509)

Problemdarstellung:

Der Entzug der deutschen Staatsbürgerschaft (hier: infolge arglistiger Täuschung bei der Antragstellung) hat schon diverse Male die obersten Bundesgerichte beschäftigt. Folgende Probleme stellen sich in diesem Zusammenhang:

A. Als Ermächtigungsgrundlage für den Entzug der deutschen Staatsbürgerschaft kommt nur § 48 VwVfG (bzw. die jeweils wortgleiche Norm aus dem Verwaltungsverfahrensgesetz der Länder, hier: Art. 48 BayVwVfG) in Betracht. Dessen Voraussetzungen liegen bei einer infolge arglistiger Täuschung erlangten Staatsbürgerschaft in aller Regel vor, denn bei dieser handelt es sich um einen rechtswidrigen Verwaltungsakt (§ 48 I 1 VwVfG). Dieser ist zwar begünstigend i.S.d. § 48 I 2 VwVfG und deshalb nur unter den einschränkenden Voraussetzungen des § 48 II-IV VwVfG zurücknehmbar, der Rücknahme kann tatbestandlich aber insbesondere kein Vertrauensschutz entgegen gehalten werden, weil keine Geld- oder Sachleistung i.S.d. § 48 II VwVfG vorliegt (i.Ü. wäre ein Vertrauen auch wegen § 48 II 3 VwVfG jedenfalls nicht schutzwürdig, wollte man es - einer m.M. folgend - jedenfalls im Ermessen prüfen, vgl. dazu OVG Münster, RA 2005, 84 = NWVBl 2005, 71 gegen BVerwGE 85, 79). Wird die Frist des § 48 IV VwVfG beachtet, sollte es somit nach einfachem, nationalen Recht keine Probleme mit der Rücknahme geben.

B. Allerdings verbietet Art. 16 I GG die Rücknahme der deutschen Staatsbürgerschaft jedenfalls dann, wenn in ihrer Folge Staatenlosigkeit eintritt (was vom Sonderfall einer doppelten Staatsbürgerschaft abgesehen die absolute Regel sein dürfte). In diesem Fall ist daher schon unter dem Prüfungspunkt "Ermächtigungsgrundlage" zu überlegen, ob § 48 VwVfG im Lichte des Art. 16 I GG überhaupt angewendet werden darf. Das BVerfG bejahte dies allerdings jedenfalls bei Arglist in einem Grundsatzurteil aus dem Jahre 2006 (BVerfG, RA 2006, 497 = NVwZ 2006, 807) trotz des entgegen stehenden Wortlauts des Art. 16 I GG aus systematischen und historischen Gründen (vgl. die ausführliche Urteilsbesprechung in der RA 2006, S. 497 f.). Somit kann dieser Punkt als geklärt

gelten.

C. Das BVerwG bereicherte den Problemkreis aber nun um eine weitere Note: Es wollte nämlich vom EuGH wissen, ob der Rücknahme einer Einbürgerung - unterstellt, sie sei nach einfachem Recht und Verfassungsrecht des Mitgliedsstaates zulässig - nicht das Gemeinschaftsrecht entgegen stehen könne. Die Idee war, dass mit dem Verlust der Staatsbürgerschaft eines Mitgliedsstaates (bzw. genauer: aus der daraus resultierenden Staatenlosigkeit) auch der Verlust der Unionsbürgerschaft aus Art. 20 AEUV (im EuGH-Urteil noch: Art. 17 EG) einher geht. An den Status des Unionsbürgers knüpfen sich aber wiederum einige besonders wichtige Rechte, man denke nur an den Genuss der europäischen Grundfreiheiten und Grundrechte.

Die Frage einer solchen "Sperrwirkung" des Gemeinschaftsrechts wäre ebenso wie die mögliche "Sperrwirkung" des Art. 16 I GG bereits unter dem Prüfungspunkt "Ermächtigungsgrundlage" zu diskutieren.

I. Der EuGH antwortete, dass die Rücknahme einer Einbürgerung gerade wegen der gravierenden Auswirkungen auf den Status des Betroffenen zwar am Gemeinschaftsrecht zu messen sei, dieses aber einer Rücknahme jedenfalls bei arglistiger Erschleichung der Einbürgerung *nicht* entgegen stehe, und zwar explizit auch um den Preis einer daraus resultierenden Staatenlosigkeit nicht.

II. Es gebe jedoch eine Grenze, nämlich den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Hierzu betont der EuGH, dass die gemeinschaftsrechtlichen Anforderungen an selbigen höher sein können als die nach nationalem Recht. Zum Beispiel könne es geboten sein, dem Betroffenen genügend Zeit zu lassen, sich um den Rückerwerb seiner früheren Staatsangehörigkeit zu kümmern. Hierauf wäre in der Rechtsfolge des § 48 VwVfG - also bei der Prüfung von Ermessensfehlern i.S.d. § 114 S. 1 VwGO - einzugehen, denn eine unverhältnismäßige Entscheidung bedeutete zugleich eine rechtswidrige Ermessensüberschreitung.

Prüfungsrelevanz:

Eine Entscheidung wie diese wird mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit Prüfungsgegenstand in Klausuren werden. Sie kann in idealer Weise mit Rechtsbehelfen in der Hauptsache (z.B. einer Anfechtung)

tungsklage gegen die Rücknahmeentscheidung) und im vorläufigen Rechtsschutz (z.B. einem Verfahren nach § 80 V 1 VwGO) verbunden werden. "Aufhänger" ist mit § 48 VwVfG eine Norm des nationalen Rechts, die einen der klassischsten Prüfungsgegenstände überhaupt darstellt, wobei sich die Gelegenheit bietet, besondere verfassungsrechtliche Probleme (Ausstrahlungswirkung des Art. 16 I GG auf die Anwendbarkeit, s.o. Punkt B.) einzubauen, zu denen jetzt auch noch eine gemeinschaftsrechtliche Problematik hinzu kommt, deren Beherrschung einer Arbeit Prädikatsniveau verleihen dürfte.

Vertiefungshinweise:

- Vorlagebeschluss des BVerwG in dieser Sache: *BVerwG*, NVwZ 2008, 686
- Entzug der deutschen Staatsangehörigkeit trotz Art. 16 I GG: *BVerfG*, RA 2006, 497 = NVwZ 2006, 807
- Zur Unionsbürgerschaft als Statusrecht: *EuGH*, EuZW 2002, 52 - Grzelcyk; NJW 2002, 3610 - Baubast
- Sozialhilfebezug als Ausschlussgrund für Einbürgerung: *BVerwG*, NVwZ 2009, 843

Kursprogramm:

- Examenskurs*: "Machtwort aus Brüssel"

Leitsatz:

Es verstößt nicht gegen das Unionsrecht, insbesondere Artikel 17 EG, wenn ein Mitgliedstaat einem Unionsbürger die durch Einbürgerung erworbene Staatsangehörigkeit dieses Mitgliedstaats wieder entzieht, falls die Einbürgerung durch Täuschung erschlichen wurde, vorausgesetzt, dass die Rücknahmeentscheidung den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wahrt.

Sachverhalt:

Der Kl. des Ausgangsverfahrens ist in Graz (Österreich) geboren und war ursprünglich durch Geburt Staatsbürger der Republik Österreich. 1995 verlegte er seinen Wohnsitz nach München (Deutschland), nachdem er vom Landesgericht für Strafsachen Graz im Rahmen von Ermittlungen vernommen worden war, die gegen ihn wegen des (von ihm bestrittenen) Verdachts des schweren gewerbsmäßigen Betrugs eingeleitet worden waren. Im Februar 1997 erließ das Landesgericht einen nationalen Haftbefehl gegen den Kl. Dieser beantragte im Februar 1998 die deutsche Staatsangehörigkeit. Im Einbürgerungsverfahren verschwieg er das in Österreich gegen ihn anhängige Ermittlungsverfahren. Die Einbürgerungsurkunde vom 25. 1. 1999 wurde ihm am 5. 2. 1999 ausgehändigt. Durch seine Einbürgerung in Deutschland verlor er

nach österreichischem Recht die österreichische Staatsbürgerschaft.

Im August 1999 wurde die Landeshauptstadt München vom Magistrat der Stadt Graz darüber informiert, dass der Kl. dort per Haftbefehl gesucht werde. Im September 1999 teilte die österreichische Staatsanwaltschaft der Landeshauptstadt München u.a. mit, dass der Kl. des Ausgangsverfahrens bereits im Juli 1995 vom Landesgericht für Strafsachen in Graz als Beschuldigter vernommen worden sei. In Anbetracht dessen nahm der Freistaat Bayern nach Anhörung des Kl. die Einbürgerung mit Bescheid vom 4. 7. 2000 rückwirkend zurück, weil der Kl. das österreichische Ermittlungsverfahren verschwiegen und dadurch die Einbürgerung erschlichen habe.

Mit Urteil vom 25.10.2005 entschied der VGH München, dass die auf Art. 48 BayVwVfG gestützte Rücknahme der Einbürgerung des Kl. mit dem deutschen Recht in Einklang stehe, auch wenn sie mit Eintritt der Bestandskraft die Staatenlosigkeit des Betroffenen zur Folge haben sollte. Gegen dieses Urteil richtet sich die Revision des Kl. des Ausgangsverfahrens.

Das BVerwG hat beschlossen, das Verfahren auszusetzen und dem Gerichtshof folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorzulegen:

1. Steht Gemeinschaftsrecht der Rechtsfolge des Verlusts der Unionsbürgerschaft (und der mit dieser verbundenen Rechte und Grundfreiheiten) entgegen, der sich daraus ergibt, dass eine nach nationalem (deutschem) Recht an sich rechtmäßige Rücknahme einer durch arglistige Täuschung erschlichenen Einbürgerung in den Staatsverband eines Mitgliedstaats (Deutschland) dazu führt, dass im Zusammenwirken mit dem nationalen Staatsangehörigkeitsrecht eines anderen Mitgliedstaats (Österreich) - wie hier im Falle des Kl. infolge des Nichtwiederauflebens der ursprünglich österreichischen Staatsangehörigkeit - Staatenlosigkeit eintritt?

2. Für den Fall, dass die erste Frage bejaht wird: Muss der Mitgliedstaat (Deutschland), der den Unionsbürger eingebürgert hat und die erschlichene Einbürgerung wieder zurücknehmen will, unter Beachtung des Gemeinschaftsrechts von der Rücknahme der Einbürgerung ganz oder zeitweilig absehen, wenn oder solange sie die in Frage 1 beschriebene Rechtsfolge des Verlusts der Unionsbürgerschaft (und der mit dieser verbundenen Rechte und Grundfreiheiten) hätte, oder ist der andere Mitgliedstaat (Österreich) der früheren Staatsangehörigkeit unter Beachtung des Gemeinschaftsrechts verpflichtet, sein nationales Recht so auszulegen und anzuwenden oder auch anzupassen, dass diese Rechtsfolge nicht eintritt?

Aus den Gründen:

Der EuGH hat die Vorlagefragen, wie aus dem Leitsatz ersichtlich, beantwortet.

A. Zur ersten Frage und zum ersten Teil der zweiten Frage

[36] Mit der ersten Frage und dem ersten Teil der zweiten Frage, die gemeinsam zu prüfen sind, möchte das vorliegende Gericht wissen, ob es gegen das Unionsrecht, insbesondere Art. EGV Artikel 17 EG, verstößt, wenn ein Mitgliedstaat einem Unionsbürger die durch ersichliche Einbürgerung erlangte Staatsangehörigkeit dieses Mitgliedstaats wieder entzieht, soweit der Betroffene mit dieser Entziehung staatenlos wird und seinen Unionsbürgerstatus und die damit verbundenen Rechte verliert, weil er mit dem Erwerb der Staatsangehörigkeit dieses Mitgliedstaats durch Einbürgerung die Staatsangehörigkeit seines Herkunftsmitgliedstaats verloren hat.

I. Anwendbarkeit des Gemeinschaftsrechts

1. Ausschließliche Kompetenz der Mitgliedsstaaten

[37] Alle Regierungen, die Erklärungen beim Gerichtshof eingereicht haben, sowie der Freistaat Bayern und die Kommission der Europäischen Gemeinschaften machen geltend, dass die Vorschriften über Erwerb und Verlust der Staatsangehörigkeit in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten fielen. Einige dieser Verfahrensbeteiligten ziehen hieraus den Schluss, dass eine Entscheidung über die Rücknahme der Einbürgerung, wie sie im Ausgangsverfahren in Rede steht, nicht unter das Unionsrecht fallen könne. Sie verweisen insoweit auf die von den Mitgliedstaaten der Schlussakte des EU-Vertrags beigefügte Erklärung Nr. 2 zur Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaats. (Diese Erklärung lautet [ABIEG 1992 Nr. C 191, S. 98]: „Die Konferenz erklärt, dass bei Bezugnahmen des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft auf die Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten die Frage, welchem Mitgliedstaat eine Person angehört, allein durch Bezug auf das innerstaatliche Recht des betreffenden Mitgliedstaats geregelt wird. ...“)

2. Kein grenzüberschreitender Sachverhalt?

[38] Die deutsche und die österreichische Regierung machen zudem geltend, der Kl. des Ausgangsverfahrens sei im Zeitpunkt der Entscheidung über die Rücknahme seiner Einbürgerung ein in Deutschland wohnhafter deutscher Staatsbürger gewesen, an den sich ein von einer deutschen Behörde erlassener Verwaltungsakt gerichtet habe. Sie vertreten daher, unterstützt durch die Kommission, die Ansicht, dass es sich um einen rein internen Sachverhalt handele, der keinerlei Bezug zum Unionsrecht aufweise, da dieses nicht allein deshalb Anwendung finde, weil ein Mitgliedstaat eine Maßnahme gegenüber einem seiner Staatsbürger treffe. Dass der Betroffene in einer Situation wie der des Ausgangsverfahrens vor der Einbürgerung von seinem Freizügigkeitsrecht Gebrauch ge-

macht habe, stelle für sich allein kein grenzüberschreitendes Element dar, das in Bezug auf die Rücknahme dieser Einbürgerung eine Rolle spielen könnte.

3. Entscheidung des EuGH

[39] In diesem Zusammenhang ist daran zu erinnern, dass nach ständiger Rechtsprechung die Festlegung der Voraussetzungen für den Erwerb und den Verlust der Staatsangehörigkeit nach dem Völkerrecht in die Zuständigkeit der einzelnen Mitgliedstaaten fällt (EuGH, Slg. 1992, 4239 Rdnr. 10 - Micheletti u.a.; Slg. 1999, 7955 Rdnr. 29 - Mesbah; Slg. 2004, 9925 Rdnr. 37 - Zhu und Chen).

[40] Die von den Mitgliedstaaten der Schlussakte des EU-Vertrags beigefügte Erklärung Nr. 2 zur Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaats und der Beschluss der im Europäischen Rat von Edinburgh vom 11. und 12. 12. 1992 vereinigten Staats- und Regierungschefs zu bestimmten von Dänemark aufgeworfenen Problemen betreffend den EU-Vertrag, die dazu bestimmt waren, die für die Mitgliedstaaten besonders wichtige Frage der Abgrenzung des persönlichen Anwendungsbereichs der auf den Staatsangehörigenbegriff Bezug nehmenden Bestimmungen des Unionsrechts zu klären, sind zwar als Instrumente zur Auslegung des EG-Vertrags heranzuziehen, insbesondere bei der Bestimmung von dessen persönlichem Anwendungsbereich. (Abschnitt A des Ratsbeschlusses vom 11. und 12. 12. 1992 lautet [ABIEG 1992 Nr. C 348, S. 1]: „Mit den im Zweiten Teil des Vertrages über die Europäische Union enthaltenen Bestimmungen über die Unionsbürgerschaft werden den Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten die in diesem Teil aufgeführten zusätzlichen Rechte und der dort spezifizierte zusätzliche Schutz gewährt. Die betreffenden Bestimmungen treten in keiner Weise an die Stelle der nationalen Staatsbürgerschaft. Die Frage, ob eine Person die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaats besitzt, wird einzig und allein auf der Grundlage des innerstaatlichen Rechts des betreffenden Mitgliedstaats geregelt“.)

[41] Dass für ein Rechtsgebiet die Mitgliedstaaten zuständig sind, schließt aber nicht aus, dass die betreffenden nationalen Vorschriften in Situationen, die unter das Unionsrecht fallen, dieses Recht beachten müssen (vgl. in diesem Sinne EuGH, Slg. 1998, 7637 - Bickel und Franz; Slg. 2003, 11613 - Garcia Avello; Slg. 2005, 6421 Rdnr. 19 - Schrepp).

[42] Es liegt auf der Hand, dass die Situation eines Unionsbürgers, gegen den wie gegen den Kl. des Ausgangsverfahrens eine Entscheidung der Behörden eines Mitgliedstaats über die Rücknahme seiner Einbürgerung ergangen ist, die ihn - nachdem er die Staatsangehörigkeit eines anderen Mitgliedstaats, die er ursprünglich besessen hatte, verloren hat - in eine Lage versetzt, die zum Verlust des durch Artikel 17

EG verliehenen Status und der damit verbundenen Rechte führen kann, ihrem Wesen und ihren Folgen nach unter das Unionsrecht fällt.

[43] Wie der Gerichtshof mehrfach hervorgehoben hat, ist der Unionsbürgerstatus dazu bestimmt, der grundlegende Status der Angehörigen der Mitgliedstaaten zu sein (vgl. EuGH, Slg. 2001, 6193 - Grzelczyk; Slg. 2002, 7091 - Baubast und R).

[44] Artikel 17 II EG knüpft an diesen Status die im EG-Vertrag vorgesehenen Pflichten und Rechte, darunter das Recht, sich in allen vom sachlichen Anwendungsbereich des Unionsrechts erfassten Fällen auf Artikel 12 EG zu berufen (vgl. insb. EuGH, Slg. 1998, 2691 - Martínez Sala, und Urteil Schempp, Rdnr. 17).

[45] Infolgedessen haben die Mitgliedstaaten bei der Ausübung ihrer Zuständigkeit im Bereich der Staatsangehörigkeit das Unionsrecht zu beachten (Urteile Micheletti u.a., Rdnr. 10; Mesbah, Rdnr. 29; EuGH, Slg. 2001, 1237 - Kaur, sowie Urteil Zhu und Chen, Rdnr. 37).

[46] Unter diesen Umständen hat der Gerichtshof über die Fragen des vorlegenden Gerichts zu befinden, die die Bedingungen betreffen, unter denen ein Unionsbürger auf Grund des Verlusts seiner Staatsangehörigkeit diese Unionsbürgereigenschaft und demzufolge die mit ihr verbundenen Rechte verlieren kann.

II. Zu den Auswirkungen des Gemeinschaftsrechts auf die Rücknahmeentscheidung der nationalen Behörden

[47] Das vorlegende Gericht fragt sich im Wesentlichen, wie der Vorbehalt in der in Rdnr. 45 des vorliegenden Urteils angeführten Rechtsprechung des Gerichtshofs zu verstehen ist, wonach die Mitgliedstaaten bei der Ausübung ihrer Zuständigkeit im Bereich der Staatsangehörigkeit das Unionsrecht zu beachten haben, und welche Konsequenzen dieser Vorbehalt in einer Situation wie der im Ausgangsverfahren hat.

[48] Der Vorbehalt, dass das Unionsrecht zu beachten ist, berührt nicht den vom Gerichtshof bereits anerkannten und in Rdnr. 39 des vorliegenden Urteils erwähnten Grundsatz des Völkerrechts, wonach die Mitgliedstaaten für die Festlegung der Voraussetzungen für den Erwerb und den Verlust der Staatsangehörigkeit zuständig sind, sondern stellt den Grundsatz auf, dass im Fall von Unionsbürgern die Ausübung dieser Zuständigkeit, soweit sie die von der Rechtsordnung der Union verliehenen und geschützten Rechte berührt - wie dies insbesondere bei einer Entscheidung über die Rücknahme der Einbürgerung wie der im Ausgangsverfahren der Fall ist -, der gerichtlichen Kontrolle im Hinblick auf das Unionsrecht unterliegt.

[49] Im Gegensatz zur Kl. in der Rechtssache Kaur, die der Definition des Staatsangehörigen des Vereinigten Königreichs Großbritannien und Nordirland nicht entsprach und daher die sich aus dem Unionsbürgerstatus folgenden Rechte nicht verlieren konnte, besaß

der Kl. des Ausgangsverfahrens zweifellos die österreichische und sodann die deutsche Staatsangehörigkeit und hatte folglich den Unionsbürgerstatus und die mit ihm verbundenen Rechte.

1. Rücknahme infolge arglistiger Täuschung ist mit Gemeinschaftsrecht auch dann vereinbar, wenn sie zur Staatenlosigkeit führt

[50] Eine Entscheidung über die Rücknahme der Einbürgerung wie diejenige, um die es im Ausgangsverfahren geht, könnte jedoch, wie mehrere Regierungen, die beim Gerichtshof Erklärungen eingereicht haben, geltend machen, mit dem Recht der Union vereinbar sein, wenn sie auf der arglistigen Täuschung beruht, die der Betroffene im Rahmen des Verfahrens zum Erwerb der betreffenden Staatsangehörigkeit begangen hat.

[51] Die Entscheidung, eine Einbürgerung wegen betrügerischer Handlungen zurückzunehmen, entspricht nämlich einem im Allgemeininteresse liegenden Grund. In dieser Hinsicht ist es legitim, dass ein Mitgliedstaat das zwischen ihm und seinen Staatsbürgern bestehende Verhältnis besonderer Verbundenheit und Loyalität sowie die Gegenseitigkeit der Rechte und Pflichten, die dem Staatsangehörigkeitsband zu Grunde liegen, schützen will.

[52] Diese Schlussfolgerung zur grundsätzlichen Rechtmäßigkeit einer unter Umständen wie denen des Ausgangsverfahrens ergangenen Entscheidung über die Rücknahme einer Einbürgerung wird bekräftigt durch die einschlägigen Bestimmungen des Übereinkommens zur Verminderung der Staatenlosigkeit. Nach dessen Art. 8 II kann einer Person nämlich die Staatsangehörigkeit eines Vertragsstaats entzogen werden, wenn sie diese durch falsche Angaben oder betrügerische Handlungen erworben hat. Auch Art. 7 I und III des Europäischen Übereinkommens über die Staatsangehörigkeit verbietet es einem Vertragsstaat nicht, einer Person seine Staatsangehörigkeit zu entziehen, auch wenn sie dadurch staatenlos wird, sofern die Staatsangehörigkeit durch arglistiges Verhalten, falsche Angaben oder die Verschleierung einer erheblichen Tatsache, die dieser Person zuzurechnen sind, erworben wurde.

[53] Die genannte Schlussfolgerung steht außerdem im Einklang mit dem in Art. 15 II der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte und in Art. 4 lit. c des Europäischen Übereinkommens über die Staatsangehörigkeit niedergelegten allgemeinen völkerrechtlichen Grundsatz, wonach niemandem die Staatsangehörigkeit willkürlich entzogen werden darf. Entzieht ein Staat einer Person die Staatsangehörigkeit wegen ihres rechtmäßig nachgewiesenen betrügerischen Verhaltens, kann dies nämlich nicht als eine willkürliche Maßnahme angesehen werden.

[54] Diese Erwägungen zur grundsätzlichen Recht-

mäßigkeit einer Entscheidung über die Rücknahme der Einbürgerung wegen betrügerischer Handlungen gelten grundsätzlich auch, wenn eine solche Rücknahme zur Folge hat, dass der Betroffene neben der Staatsangehörigkeit des Mitgliedstaats der Einbürgerung die Unionsbürgerschaft verliert.

2. Grenze: Verhältnismäßigkeit

[55] In einem solchen Fall hat das vorliegende Gericht jedoch - gegebenenfalls über die Prüfung der Verhältnismäßigkeit nach dem nationalen Recht hinaus - zu prüfen, ob die im Ausgangsverfahren in Rede stehende Rücknahmeentscheidung hinsichtlich ihrer Auswirkungen auf die unionsrechtliche Stellung des Betroffenen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wahrt.

[56] Angesichts der Bedeutung, die das Primärrecht dem Unionsbürgerstatus beimisst, sind daher bei der Prüfung einer Entscheidung über die Rücknahme der Einbürgerung die möglichen Folgen zu berücksichtigen, die diese Entscheidung für den Betroffenen und gegebenenfalls für seine Familienangehörigen in Bezug auf den Verlust der Rechte, die jeder Unionsbürger genießt, mit sich bringt. Hierbei ist insbesondere zu prüfen, ob dieser Verlust gerechtfertigt ist im Verhältnis zur Schwere des vom Betroffenen begangenen Verstoßes, zur Zeit, die zwischen der Einbürgerungsentscheidung und der Rücknahmeentscheidung vergangen ist, und zur Möglichkeit für den Betroffenen, seine ursprüngliche Staatsangehörigkeit wiederzuerlangen.

[57] Was insbesondere den letztgenannten Gesichtspunkt betrifft, kann ein Mitgliedstaat, dessen Staatsangehörigkeit durch Täuschung erschlichen wurde, nicht nach Art. 17 EG verpflichtet sein, von der Rücknahme der Einbürgerung allein deshalb abzusehen, weil der Betroffene die Staatsangehörigkeit seines Herkunftsmitgliedstaats nicht wiedererlangt hat.

[58] Das nationale Gericht hat allerdings zu beurteilen, ob die Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit es unter Berücksichtigung sämtlicher relevanter Umstände verlangt, dass dem Betroffenen vor Wirksamwerden einer derartigen Entscheidung über die Rücknahme der Einbürgerung eine angemessene Frist eingeräumt wird, damit er versuchen kann, die Staatsangehörigkeit seines Herkunftsmitgliedstaats wiederzuerlangen.

III. Zwischenergebnis

[59] Angesichts der vorstehenden Erwägungen ist auf die erste Frage und den ersten Teil der zweiten Frage zu antworten, dass es nicht gegen das Unionsrecht, insbesondere Art. 17 EG, verstößt, wenn ein Mitgliedstaat einem Unionsbürger die durch Einbürgerung erworbene Staatsangehörigkeit dieses Mitgliedstaats wieder entzieht, falls die Einbürgerung durch Täu-

schung erschlichen wurde, vorausgesetzt, dass die Rücknahmeentscheidung den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wahrt.

B. Zum zweiten Teil der zweiten Frage

[60] Mit dem zweiten Teil der zweiten Frage möchte das vorliegende Gericht wissen, ob das Unionsrecht, insbesondere Art. 17 EG, dann, wenn gegen einen Unionsbürger in einer Situation wie der des Kl. des Ausgangsverfahrens eine Entscheidung über die Rücknahme der Einbürgerung ergangen ist, die zum Verlust seines Unionsbürgerstatus zu führen droht, dahin ausgelegt werden muss, dass der Mitgliedstaat, dessen Staatsangehörigkeit der Betroffene ursprünglich besessen hat, verpflichtet ist, sein nationales Recht so auszulegen, dass dieser Verlust dadurch nicht eintritt, dass es dem Betroffenen ermöglicht wird, diese Staatsangehörigkeit wiederzuerlangen.

I. Unzulässigkeit der einen fiktiv-zukünftigen Sachverhalt betreffenden Vorlagefrage

[61] Im vorliegenden Fall ist darauf hinzuweisen, dass die Rücknahme der vom Kl. des Ausgangsverfahrens in Deutschland erlangten Einbürgerung nicht bestandskräftig geworden ist und der Mitgliedstaat, dessen Staatsangehörigkeit der Kl. ursprünglich besessen hat, nämlich die Republik Österreich, keine Entscheidung über seinen Status getroffen hat.

[62] Im Rahmen des vorliegenden Vorabentscheidungsersuchens ist darauf hinzuweisen, dass die Grundsätze, die sich aus dem vorliegenden Urteil zur Zuständigkeit der Mitgliedstaaten im Bereich der Staatsangehörigkeit und zu ihrer Verpflichtung, diese Zuständigkeit unter Beachtung des Unionsrechts auszuüben, ergeben, sowohl für den Mitgliedstaat der Einbürgerung als auch für den Mitgliedstaat der ursprünglichen Staatsangehörigkeit gelten.

[63] Der Gerichtshof kann jedoch nicht über die Frage befinden, ob das Unionsrecht einer Entscheidung entgegensteht, die noch nicht ergangen ist. Wie die österreichische Regierung in der mündlichen Verhandlung geltend gemacht hat, werden die österreichischen Behörden gegebenenfalls eine Entscheidung zu der Frage zu erlassen haben, ob der Kl. des Ausgangsverfahrens seine ursprüngliche Staatsangehörigkeit wiedererlangt, und die österreichischen Gerichte werden nach dem Erlass dieser Entscheidung gegebenenfalls deren Rechtmäßigkeit im Licht der Grundsätze zu beurteilen haben, die sich aus dem vorliegenden Urteil ergeben.

II. Zwischenergebnis

[64] In Anbetracht der vorstehenden Erwägungen ist der zweite Teil der zweiten Frage im Rahmen des vorliegenden Vorabentscheidungsverfahrens nicht zu beantworten.

Standort: Verfassungsbeschwerde**Problem: Statthaftigkeit; Beschwerdebefugnis**

BVERFG, BESCHLUSS VOM 05.03.2010
1 BVR 2349/08 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Im vorliegenden Fall ging es um die Frage, ob und wann eine Verfassungsbeschwerde vor dem BVerfG gegen die Entscheidung eines Landesverfassungsgerichts zulässig ist.

A. Verfassungsbeschwerden können nach Art. 93 I Nr. 4a GG i.V.m. § 90 I BVerfGG gegen jeden Akt der öffentlichen Gewalt erhoben werden. Zur öffentlichen Gewalt zählt auch die Judikative. Somit steht der *Statthaftigkeit* einer Verfassungsbeschwerde gegen Entscheidungen eines Gerichts - auch des Verfassungsgerichts eines Landes - grundsätzlich nichts entgegen. Dies betont auch das BVerfG in seinem nachstehenden Beschluss.

B. Allerdings muss der Beschwerdeführer nach Art. 93 I Nr. 4a GG i.V.m. § 90 I BVerfGG auch *beschwerdebefugt* sein. Hierzu ist erforderlich, dass zumindest die Möglichkeit einer Grundrechtsverletzung besteht und er von dem angegriffenen Akt der öffentlichen Gewalt selbst, gegenwärtig und unmittelbar betroffen ist. Zu den möglicherweise verletzten "Grundrechten" in diesem Sinne zählen neben den Art. 1-19 GG nur die in Art. 93 I Nr. 4a GG i.V.m. § 90 I BVerfGG explizit genannten "grundrechtsgleichen" Rechte, also Art. 20 IV, 33, 38, 101, 103 und 104 GG, nicht aber die Grundrechte der Landesverfassungen. Da die Verfassungsgerichte der Länder in aller Regel aber nur die Vereinbarkeit hoheitlichen Handelns mit ihren jeweiligen Landesverfassungen prüfen, wird es häufig schon an der Möglichkeit einer Grundrechtsverletzung (i.S.d. Art. 93 I Nr. 4a GG i.V.m. § 90 I BVerfGG) durch die Entscheidung eines Landesverfassungsgerichts fehlen. So lag der Fall auch hier.

C. Allerdings ist eine Beschwerdebefugnis auch nicht völlig ausgeschlossen. So könnte es sein, dass im Verfahren vor dem Landesverfassungsgericht vom Landesverfassungsgericht selbst Grundrechte oder grundrechtsgleiche Rechte i.S.d. Art. 93 I Nr. 4a GG i.V.m. § 90 I BVerfGG verletzt worden sind (z.B. Rechtliches Gehör, prozessuales Willkürverbot oder Gesetzlichkeit des Richters). Wäre dies (möglicherweise) der Fall, wäre auch eine Verfassungsbeschwerde hiergegen vor dem BVerfG zulässig.

D. Ferner ist die Verfassungsbeschwerde gegen eine Entscheidung des Landesverfassungsgerichts natürlich zu unterscheiden von der Verfassungsbeschwerde gegen den der Entscheidung des Landesverfassungsgerichts zugrunde liegenden Hoheitsakt. Haben sich die Beschwerdeführer - wie hier - beispielsweise vor dem

Landesverfassungsgericht gegen ein Gesetz gewandt mit der Begründung, dieses verstoße gegen die Landesverfassung, und hat das Landesverfassungsgericht diese Rüge zurückgewiesen, so kann das Gesetz durchaus (weiterhin) vor dem BVerfG mittels Verfassungsbeschwerde angegriffen werden, wenn es Grundrechte aus dem Grundgesetz verletzt.

Prüfungsrelevanz:

In materieller Hinsicht ging es in dem Fall um die Verfassungsmäßigkeit der Studienbeiträge (nicht: "Studiengebühren", wie sie vielfach rechtsirrig genannt werden) des Landes Hessen. Dass es sich dabei um ein vielfach kontrovers diskutiertes Thema handelt, ist allgemein bekannt. Auch die RA hat hierüber berichtet (siehe Vertiefungshinweise).

Die vorliegende prozessuale Problematik könnte Gegenstand mündlicher Prüfungen werden oder eine Zusatzfrage in einer schriftlichen Aufgabenstellung abgeben, beides selbstverständlich nicht nur im Zusammenhang mit Studienbeiträgen.

Vertiefungshinweise:

Angefochtene Entscheidung des HessStGH: *HessStGH, NVwZ 2008, 883*

Zur Verfassungsmäßigkeit von Studienbeiträgen in Hessen: *Walther, NVwZ 2007, 1366*

Zur Zulässigkeit von Studienbeiträgen allgemein: *BVerfGE 112, 226; OVG Münster, RA 2008, 197 = NWVBl 2008, 144; Steinberg/Deimann, WissR 2002, 113; Schmehl, NVwZ 2006, 883; Lübke, DÖV 2007, 423*

Kursprogramm:

Examenskurs: "Frauenpower"

Sachverhalt:

Die Beschwerdeführer rügten vor dem Staatsgerichtshof Hessen die Unvereinbarkeit des Hessischen Studienbeitragsgesetzes (HStubeiG, GVBl I S. 512) mit der Verfassung des Landes Hessen. Nachdem der HessStGH die Klage abschlägig beschieden hatte, erhoben die Bf. gegen diese Entscheidung Verfassungsbeschwerde vor dem BVerfG.

Das BVerfG hat die Verfassungsbeschwerde nicht zur Entscheidung angenommen, da die Voraussetzungen des § 93a Abs. 2 BVerfGG nicht vorlagen.

Aus den Gründen:

[1] Die Verfassungsbeschwerde hat keine grundsätzli-

che Bedeutung. Ihre Annahme ist auch nicht zur Durchsetzung der von den Beschwerdeführern als verletzt bezeichneten Grundrechte angezeigt.

[2] Die Verfassungsbeschwerde hat keine Aussicht auf Erfolg, denn sie ist bereits unzulässig. Nach dem Vorbringen der Beschwerdeführer ist bereits die Möglichkeit einer Grundrechtsverletzung ausgeschlossen.

A. Statthaftigkeit

[3] Eine Verfassungsbeschwerde gegen eine Entscheidung eines Landesverfassungsgerichts ist grundsätzlich statthaft, da das Landesverfassungsgericht als Teil der öffentlichen Gewalt nach Art. 1 Abs. 3 GG an die Grundrechte gebunden ist (vgl. BVerfGE 13, 132 [140]; 85, 148 [157]; 96, 231 [242]). In dem betont föderativ gestalteten Bundesstaat des Grundgesetzes stehen die Verfassungsbereiche des Bundes und der Länder jedoch grundsätzlich selbständig nebeneinander (vgl. BVerfGE 4, 178 [189]). Entsprechendes gilt auch für die Verfassungsgerichtsbarkeit des Bundes und der Länder (vgl. BVerfGE 6, 376 [381 f.]; 22, 267 [270]; 41, 88 [118]; 60, 175 [209]). Die Nachprüfung der vom Landesgesetzgeber in eigener Kompetenz erlassenen Gesetze auf ihre Vereinbarkeit mit der Landesverfassung ist daher allein Sache der Landesverfassungsgerichte (vgl. BVerfGE 6, 376 [382]; 60, 175 [209]), die nach der Landesverfassung geschaffen und von ihr zur Entscheidung eines Falles zur autoritativen Auslegung der Landesverfassung berufen sind (vgl. BVerfGE 64, 301 [317]). Zur vollumfänglichen Überprüfung dieser Entscheidungen ist das Bundesverfassungsgericht nicht befugt, da es keine zweite Instanz über den Landesverfassungsgerichten ist (vgl. BVerfGE 60, 175 [208 f.]).

B. Beschwerdebefugnis

I. Unmittelbare Betroffenheit

[4] Soweit die Beschwerdeführer rügen, der Staatsgerichtshof habe bei der Auslegung einer Landesver-

fassungsnorm die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nicht hinreichend berücksichtigt, verkennen sie, dass sich die Rechtswirkung des Urteils des Staatsgerichtshofs in der Erklärung der Vereinbarkeit des Hessischen Studienbeitragsgesetzes (HStu-beiG) als Art. 1 des Gesetzes zur Einführung von Studienbeiträgen an den Hochschulen des Landes und zur Änderung weiterer Vorschriften vom 16. Oktober 2006 (GVBl I S. 512) mit der Verfassung des Landes Hessen erschöpft. Die bloß abstrakte Entscheidung des Staatsgerichtshofs, welcher Inhalt und welche Tragweite einer bestimmten Verfassungsnorm zukommen, ist für sich ungeeignet, in Rechtspositionen der Normadressaten zu ihrem Nachteil einzugreifen. Erst in der konkreten Anwendung der Norm kann ein Eingriff liegen, etwa in einem Verwaltungsakt, der dann unmittelbar in die Rechtsposition der Beschwerdeführer eingreifen würde. Durch die Entscheidung des Staatsgerichtshofs als solche wurde deren Rechtsposition jedenfalls nicht verändert (vgl. BVerfGE 30, 112 [123 f.]).

[5] Das Urteil des Staatsgerichtshofs nimmt den Beschwerdeführern auch nicht die Möglichkeit, sich gegen einen auf Grundlage des Hessischen Studienbeitragsgesetzes erlassenen Beitragsbescheid zur Wehr zu setzen. Nach Beschreiten des Rechtswegs können sie gegen die Urteile der Fachgerichte Verfassungsbeschwerden beim Bundesverfassungsgericht einlegen.

II. Mögliche Grundrechtsverletzung

[6] Nicht von vornherein ausgeschlossen wäre allerdings die Prüfung der Frage am Maßstab des Grundgesetzes, ob im Verfahren vor dem Staatsgerichtshof das Recht auf Gehör, das prozessuale Willkürverbot oder die Gesetzlichkeit des Richters beachtet wurden; denn auch im Verfahren vor den Landesverfassungsgerichten gelten die Prozessgrundrechte des Grundgesetzes (vgl. BVerfGE 60, 175 [210 ff.]). Eine Verletzung dieser Grundrechte haben die Beschwerdeführer jedoch nicht geltend gemacht.

Standort: Amtshaftung Problem: Verzögerte Verfahrensbehandlung durch Richter

OLG DRESDEN, URTEIL VOM 24. 6. 2009
6 U 24/09 (NVwZ 2010, 471)

Problemdarstellung:

Nach Art. 34 S. 2 GG bleibt dem Staat eine Regressnahme bei seinen Beamten vorbehalten, wenn diese einen Amtshaftungsschaden vorsätzlich oder grob fahrlässig verursacht haben. Art. 34 S. 2 GG stellt dabei selbst keine Anspruchsgrundlage dar, da er nur vom "Vorbehalt" des Regresses spricht, einen solchen also nur klarstellend-deklaratorisch nicht für ausgeschlossen hält (und ihn gleichzeitig konstitutiv auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit beschränkt). Als Anspruchsgrundlage bedarf es aber immer einer eigenen gesetzlichen Regelung.

Im vorliegenden Fall, in dem der Freistaat Sachsen einen Richter wegen verzögerter Verfahrensbearbeitung in Regress nahm, war dies § 97 I SächsBG, der nach § 3 SächsRiG für Richter entsprechend gilt. Auch in den anderen Bundesländern existieren entsprechende Normen. Die Prüfung eines solchen Regressanspruchs vollzieht sich regelmäßig in zwei Schritten:

A. Erstens: Hat der Beamte seine Amtspflichten vorsätzlich oder grob fahrlässig verletzt? Dahinter verbergen sich wiederum zwei Unterpunkte, nämlich die Amtspflichtverletzung einerseits und das Verschulden (Vorsatz / grobe Fahrlässigkeit) andererseits. Im vorliegenden Fall hatte der Richter trotz anberaumten Verkündungstermins über Monate keine Entscheidung gefällt, weil er die Akte verlegt hatte. Das OLG Dresden sah darin eine grob fahrlässige Amtspflichtverletzung zumindest in Form eines Organisationsverschuldens: Ein Richter habe sein Dezernat so zu führen, dass dergleichen ausgeschlossen sei. Diese Ansicht ist nicht unwidersprochen geblieben (vgl. die negativen Urteilsanmerkungen von *Scheffer*, NVwZ 2010, 425).

B. Zweitens: Haftete der Regress nehmende Dienstherr überhaupt aus Amtshaftung gegenüber dem Dritten (Bürger)? Selbstverständlich ist nur der Ausgleich tatsächlich bestehender Ansprüche regressfähig. Für den vorliegenden Fall stellten sich insofern zwei weitere Probleme: Zum einen hätte der Amtshaftungsanspruch der durch die Prozessverzögerung geschädigten Partei an § 839 I 2 BGB scheitern können, wonach der Amtshaftungsanspruch ausgeschlossen ist, wenn anderweitige Ersatzansprüche bestehen (sog. Subsidiaritätsklausel). Es kam nämlich ein Anspruch aus § 280 I BGB der Partei gegen ihren Rechtsanwalt in Betracht; ein solcher hätte sich ergeben können, wenn dieser nicht hinreichend auf den Fortgang des

Verfahrens hingewirkt hätte. Das OLG konnte im konkreten Fall jedoch kein solches Fehlverhalten des Anwalts erkennen.

Zweitens war fraglich, ob der Schaden durch Gebrauch eines Rechtsmittels hätte abgewendet werden können, § 839 III BGB. Gegen das Unterlassen eines Richters, dem Verfahren Fortgang zu geben, existieren zwar keine förmlichen Rechtsmittel; in Betracht kam jedoch eine Dienstaufsichtsbeschwerde. Das OLG meint, eine solche sei zwar grds. auch als Rechtsmittel i.S.d. § 839 III BGB anzuerkennen, hätte im vorliegenden Fall aber nichts geholfen (vgl. auch hierzu die a.A. von *Scheffer*, NVwZ 2010, 425).

Prüfungsrelevanz:

Amtshaftungsansprüche sind im ersten und zweiten Examen sehr prüfungsrelevant, weil sie dem Prüfer Gelegenheit bieten, nahezu jede beliebige Materie anhand eines ungewöhnlichen Aufhängers abzuprüfen. Eine Amtspflichtverletzung ist nämlich i.d.R. schon dann gegeben, wenn die im Rechtsstaat jeden Hoheitsträger treffende Pflicht zum rechtmäßigen Handeln verletzt worden ist. Somit lässt sich inzidenter beinahe jedes beliebige Verhalten auf seine Rechtmäßigkeit hin überprüfen. Der Regressfall des Art. 34 S. 2 GG ist dabei wiederum eine Besonderheit. Fundamental und daher unbedingt merkwürdig ist die Erkenntnis, dass Art. 34 S. 2 GG keine eigene Anspruchsgrundlage ist (s.o.).

Die Prüfungsrelevanz weiter fördert, dass das vorliegende Urteil hohe Wellen geschlagen hat. Man kann sich leicht vorstellen, dass es für einige Verunsicherung bei den Fachgerichten sorgt, dass Richter nun persönlich in Regress genommen werden können, wenn sie eine Akte zu lange liegen lassen.

Vertiefungshinweise:

- Urteilsbesprechung: *Scheffer*, NVwZ 2010, 425
- Persönlichen Haftung eines Beamten bei Amtspflichtverletzung: *OLG Frankfurt a.M.*, NJW-RR 2007, 283

Kursprogramm:

- Examenskurs*: "Ende einer Dienstfahrt"
- Examenskurs*: "Die vergessene Motorsäge"

Leitsätze (der Redaktion):

1. **Einen Richter trifft die Amtspflicht, seine Verfahrensakten in angemessener Zeit zu bearbeiten und dem Verfahren Fortgang zu geben.**
2. **Zur Frage anderweitiger Ersatzansprüche der**

durch überlange Untätigkeit des Gerichts geschädigten Partei gegen ihren Rechtsanwalt wegen unterlassener oder nicht ausreichender Hinwirkung auf einen zügigen Verfahrensforgang.

Sachverhalt:

Der Kl. begehrt vom bekl. Richter im Wege des Regresses die Freistellung von Kosten, die der Kl. ehemaligen Bekl. in einem Rechtsstreit als Schadensersatz wegen einer Amtspflichtverletzung des bekl. Richters geleistet hat. Das LG hat die Klage abgewiesen. Die Berufung des Kl. war erfolgreich.

Aus den Gründen:

Der Kl. hat gegenüber dem Bekl. einen Regressanspruch (Art. 34 S. 2 GG) i.H. von 563,18 Euro, weil den ehemaligen Bekl./Berufungskl. im Verfahren 1 C 804/05 ein Anspruch gegenüber dem Kl. wegen einer grob fahrlässigen Amtspflichtverletzung (§ 839 I BGB) zugestanden hat.

A. Amtspflichtverletzung

Soweit der Bekl. die hier streitgegenständliche Verfahrensakte sechs Monate trotz Verkündungstermins unbearbeitet unter anderen Unterlagen hat liegen lassen, ohne dass er sie bearbeitet bzw. überhaupt gesichtet hat, liegt hierin eine gegenüber den damaligen Bekl. bestehende, grob fahrlässige Amtspflichtverletzung nach § 839 I BGB.

I. Amtspflicht

Inhalt und Umfang der Amtspflichten eines Richters gegenüber den an einem Verfahren beteiligten Parteien ergeben sich wesentlich aus dem grundgesetzlich garantierten Gebot des effektiven Rechtsschutzes (Art. 19 IV GG). Klageverfahren sind – mit der gebotenen Beschleunigung – zu betreiben (vgl. Papier, in: MünchKomm, 5. Aufl., § 839 Rdnr. 217). Insofern hat der zuständige Richter rechtshängige Verfahren in angemessener Zeit zu betreiben, indem er verfahrensfördernde Maßnahmen trifft, um sie zu beenden.

II. Verletzung

Hiergegen hat der Bekl. verstoßen. Ihn trifft ein Organisationsverschulden, welches dazu geführt hat, dass er das Verfahren sechs Monate nicht zur Kenntnis genommen hat, obwohl ein Verkündungstermin anberaumt gewesen ist und Sachstandsanfragen eingegangen sind. Insoweit kann auch die Unkenntnis von dem versäumten Verkündungstermin sowie der schriftlichen und telefonischen Sachstandsanfrage den Bekl. nicht entlasten. Verfahrensakten, die nicht an einem Umlauf zwischen Geschäftsstelle und Richter teilnehmen, sondern im Dienstzimmer des Richters nach dessen Willen liegen bleiben, sind von ihm selbst im Rahmen seiner Prozessleitungspflicht (§§ 139, 273

ZPO) während der Dauer von sechs Monaten jedenfalls einmal zu sichten, um sicherzustellen, dass das Verfahren nicht ohne sachlichen Grund unbearbeitet bleibt.

Dass das ehemalige Verfahren völlig unkontrolliert geblieben, aus dem Blickfeld geraten und nicht mehr zur Kenntnis genommen worden ist, beruht ausschließlich darauf, dass die streitgegenständliche Akte, im Dienstzimmer liegend nicht in einem angemessenen Zeitabstand auf den jeweiligen Sachstand hin durchgesehen worden ist, um die weiteren notwendigen Verfahrensschritte zu veranlassen. Eine Zeitspanne von annähernd sechs Monaten ohne jede diesbezügliche Kontrolle ist nicht mehr als angemessen anzusehen.

B. Grobe Fahrlässigkeit

Das Verhalten (Unterlassen) des Bekl. stellt sich als grob fahrlässig dar. Von grober Fahrlässigkeit ist dann auszugehen, wenn die im Verkehr erforderliche Sorgfalt nach den Umständen des Einzelfalls im besonders schwerem Maße nicht beachtet ist und dasjenige außer Acht gelassen worden ist, was im gegebenen Fall jedem hätte einleuchten müssen (BGH, NJW 1984, 789; BGH, NJW 1988, 1265; BGH, NJW-RR 1989, 339; BGHZ 135, 341).

Durch die Nichtbearbeitung der auf seinem Dienstzimmer befindlichen Akte trotz Verkündungstermins und die darüber hinaus nicht vorhandene Kontrolle des Verfahrens für die Dauer von sechs Monaten hat der Bekl. die erforderliche Sorgfalt in besonders schwerem Maße verletzt. Bei der Beurteilung des Verschuldens sind die insofern unstreitigen Umstände maßgeblich, dass bereits der Verkündungstermin vom 14. 3. 2006 versehentlich versäumt worden war, die Akte danach unbearbeitet über nahezu sechs Monate im Dienstzimmer des Bekl. gelegen hat, ohne auf weitere notwendige Verfahrensmaßnahmen hin gesichtet worden zu sein, die schriftliche Sachstandsanfrage vom 4. 8. 2006 unbeantwortet, sowie eine telefonische Anfrage bei der Geschäftsstelle erfolglos geblieben ist.

Umstände, die den Bekl. entlasten könnten, sind insofern nicht hinreichend vorgetragen. Soweit der Bekl. behauptet, die streitgegenständliche Akte habe unter anderen Unterlagen gelegen, ist der Vortrag mangels konkreter Angaben nicht erheblich, zumal die Akte offensichtlich durch die Mitarbeiter der Geschäftsstelle zum Einlegen der schriftlichen Sachstandsanfrage aufgefunden worden ist. Auch auf Nachfrage in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat hat der Bekl. keine nachvollziehbaren Erklärungen abgegeben (sekundäre Darlegungslast).

C. Regressfähige Ersatzpflicht des Staates gegenüber der geschädigten Partei

I. Kein anderweitiger Ersatzanspruch (Anwalt)

Der Amtshaftungsanspruch der ehemaligen Bekl. gegen den hiesigen Kl. ist auch nicht wegen Bestehens eines anderweitigen Ersatzanspruchs nach § 839 I 2 BGB ausgeschlossen gewesen. Insbesondere hat kein anderweitiger Anspruch gegenüber den Prozessbevollmächtigten der ehemaligen Bekl. wegen schuldhafter Verletzung des Anwaltsvertrags (§ 280 I BGB) bestanden.

1. Einlegung der Berufung trotz Nichturteils

Eine Pflichtverletzung liegt insbesondere nicht in der Einlegung der Berufung. Zwar ist eine Berufung gegen ein nicht existentes Urteil unzulässig (§ 511 I ZPO). Jedoch handelt der Anwalt, der trotz Verkündungstermins, einer schriftlichen und einer telefonischen Nachfrage weder eine Entscheidung zugestellt erhält, noch eine Auskunft erlangt, nicht pflichtwidrig, wenn er vorläufig Berufung gegen das mit Verkündungstermin angekündigte Urteil einlegt und sich nach Ablauf der absoluten Berufungsfrist (§ 517 2. Hs ZPO) herausstellt, ein solches Urteil liegt nicht vor. Vielmehr ist er auf Grund eines festgesetzten Verkündungstermins sogar gehalten im Interesse seiner Mandanten gegen ein eventuell gegen diese ergangenes Urteil vorläufig Berufung einzulegen. Von einem für die ehemaligen Bekl. negativen Urteil mussten die Prozessbevollmächtigten im Interesse ihrer Mandanten auch zunächst ausgehen, da anderweitige Informationen seitens des Gerichts nicht zu erlangen waren und die Versäumung der Berufungsfrist jedenfalls vermieden werden musste, um den drohenden (rechtskräftigen) Verlust des Rechtstreits (4.000 Euro) zu verhindern.

2. Unterlassene weitere Sachstandsanfragen

Die Prozessbevollmächtigten waren ferner nicht gehalten, über die schriftsätzlich und telefonische Anfrage hinaus, noch weitere Schritte zur Erlangung der notwendigen Informationen einzuleiten. Diese ergeben sich insbesondere nicht aus einer anzunehmenden Informationsbeschaffungspflicht der anwaltlichen Prozessvertreter. Die zumutbaren Maßnahmen waren durch zweimalige Anfragen ausgeschöpft. Insbesondere gehen die Sorgfaltspflichten eines Anwalts nicht so weit, dass er unter Ausschöpfung aller Möglichkeiten der Informationsbeschaffung den Verfahrensstand zu ermitteln hat. Schließlich ist nicht ersichtlich, dass weitere Sachstandsanfragen/Akteneinsichtsgesuche den Bekl. überhaupt erreicht hätten, da die Akte – obwohl im Dienstzimmer – über einen Zeitraum von sechs Monaten nach versäumten Verkündungstermin nicht bearbeitet worden ist.

Etwas Anderes ergibt sich auch nicht unter Berücksichtigung der Rechtsprechung zu § 167 ZPO. Zwar kann im Rahmen einer wertenden Entscheidung bei

der Problematik, ob eine Zustellung demnächst erfolgt ist, eine Nachfragepflicht des Anspruchstellenden in Betracht kommen, wird jedoch regelmäßig dann nicht veranlasst sein, wenn er selbst alles für eine Zustellung seinerseits Erforderliche getan hat. Im Übrigen ergibt sich die Nachfragepflicht in den Fällen des § 167 ZPO aus einem Vertrauenstatbestand zu Gunsten des Gegners und ist insofern – entgegen der Auffassung des LG – nicht mit der hier vorliegenden Interessenkonstellation vergleichbar. Insbesondere kann daraus für den vorliegenden Fall keine Pflicht der ehemaligen Prozessvertreter zur nochmaligen Nachfrage nach Ablauf einer bestimmten Zeit abgeleitet werden. Die ehemaligen Prozessbevollmächtigten mussten nicht so rechtzeitig nachfragen, dass der Bekl. vor Ablauf der Berufungsfrist noch ausreichend Zeit gehabt hätte, seinen Fehler sicher zu bemerken bzw. zu korrigieren, zumal auf Grund der tatsächlichen Umstände angenommen werden muss, dass auch „zeitnähere“ Anfragen, erfolglos geblieben wären. [...]

II. Kein “dulde und liquidiere”

Ein Amtshaftungsanspruch der damaligen Bekl. ist auch nicht gem. § 839 III BGB dadurch ausgeschlossen gewesen, dass sie es unterlassen haben ein Rechtsmittel einzulegen.

1. Dienstaufsichtsbeschwerde als “Rechtsmittel”

Rechtsmittel im Sinne dieser Vorschrift sind alle Rechtsbehelfe, die sich gegen die eine Amtspflichtverletzung darstellende Handlung oder Unterlassung richten, deren Beseitigung oder Berichtigung zum Ziel haben und den Schaden abzuwenden geeignet sind. Dazu gehören auch Gegenvorstellungen, Erinnerungen, Beschwerden und Dienstaufsichtsbeschwerden (BGH, NJW 1986, 1924).

2. Geeignetheit zur Schadensabwendung

Unter Beachtung dieses Grundsatzes hätte eine gegen den Bekl. erhobene Dienstaufsichtsbeschwerde kein geeignetes Rechtsmittel dargestellt, denn sie war nicht geeignet, das rechtswidrige Unterlassen des Bekl. zu beseitigen. Die Beschwerde hätte jedenfalls nur in die Zukunft gewirkt und nicht zwingend die drohende Gefahr des Schadenseintritts (Rechtskraft des Urteils) verhindert. Dies konnte nur durch Einlegung der Berufung erreicht werden (s. o.).

III. Kausale Schadensverursachung

Der eingetretene Schaden i.H. von 563,18 Euro (außergerichtlich entstandene Rechtsanwaltskosten im Berufungsverfahren) ist auch kausal auf die Amtspflichtverletzung des Bekl. zurückzuführen, so dass die Regressansprüche auch der Höhe nach vollumfänglich bestehen [wird ausgeführt].

Standort: Baunachbarrecht**Problem: Gerichtliche Schutzmaßnahme**

VGH MÜNCHEN, BESCHLUSS VOM 26.10.2009
2 CS 09.2121 (NVwZ-RR 2010, 346)

Problemdarstellung:

Nach § 80a I Nr. 2 VwGO kann das Gericht (über § 80a III 1 VwGO) nicht nur die Vollziehung eines von einem Dritten angefochtenen Verwaltungsaktes aussetzen, sondern auch Maßnahmen zur Sicherung der Rechte des Dritten treffen. Hauptanwendungsfall hierzu ist das Baunachbarrecht: Der Bauherr hat eine Baugenehmigung erhalten, die der Nachbar anfechtet. Der Bauherr baut allerdings weiter, was sein gutes Recht ist, denn gem. §§ 80 II Nr. 3 VwGO i.V.m. 212a BauGB kommt der Anfechtungsklage des Nachbarn keine aufschiebende Wirkung zu - daher sein Antrag nach § 80a I Nr. 2 VwGO, denn die "Aussetzung der Vollziehung" einer Baugenehmigung bedeutet nichts anderes als einen Baustopp.

Im vorliegenden Fall ging es jedoch weniger um die Aussetzung der Vollziehung der Baugenehmigung, als vielmehr um die Frage, ob und wann daneben vom VG noch "Maßnahmen zur Sicherung der Rechte des Dritten" zu treffen sind. Drei Probleme stellten sich:

A. Erstens ist fraglich, ob solche Sicherungsmaßnahmen wegen §§ 122, 88 1. Hs VwGO ("ne ultra petita") ausdrücklich beantragt werden müssen, oder ob das VG sie von Amts wegen treffen kann bzw. muss. Der VGH München lässt diese Frage hier i.E. offen, tendierte aber in früheren Entscheidungen eindeutig dazu, dass solche Maßnahmen auch von Amts wegen getroffen werden können (BayVGH, BayVBI 1993, 533).

B. Zweitens stellt das Gericht klar, dass Sicherungsmaßnahmen nicht in jedem Fall - also nach dem Gusto des Gerichts - angeordnet werden können, es vielmehr eines sachlichen Grundes hierfür bedarf (wenngleich davon in § 80a I Nr. 2 VwGO nichts steht). Ein solcher sachlicher Grund könne auch nicht allein darin gesehen werden, dass der Bauherr trotz Nachbarklage weiter baue, denn das sei wegen § 212a BauGB sein gutes Recht. Setze das Gericht nunmehr nach § 80a I Nr. 2 VwGO die Vollziehung aus, sei im Normalfall zu erwarten, dass der bisher rechtstreue Bauherr dies von sich aus beachte und die Bauarbeiten ruhen lasse, ohne dass es zusätzlicher Maßnahmen des Gerichts bedürfe. Ein "sachlicher Grund" wird danach nur dann vorliegen, wenn es Anhaltspunkte dafür gibt, dass der Bauherr seine Bauarbeiten ungeachtet einer gerichtlichen Außervollzugsetzung der Baugenehmigung fortsetzen wird.

D. Drittens bemängelt der VGH, dass selbst bei Vorliegen eines sachlichen Grundes das Gericht nicht von sich aus Sicherungsmaßnahmen treffen, sondern nur

die Behörde verpflichten dürfe, solche zu treffen (dies jedenfalls solange, wie nicht besondere Umstände vorlägen, die ausnahmsweise Sicherungsmaßnahmen durch das Gericht selbst notwendig machen).

Diese Ansicht ist allerdings angreifbar. Zum einen spricht der Wortlaut des § 80 III 1 VwGO eindeutig dagegen, denn dort heißt es explizit, dass das Gericht selbst solche Maßnahmen treffen kann. Zum zweiten greift auch die Begründung des VGH nicht, dass nur bei Missachtung einer von der Behörde ausgesprochenen Sicherungsmaßnahme durch den Bauherrn gegen diesen vollstreckt werden könne. Zwar ist richtig, dass Beschlüsse nach §§ 80 V, 80a VwGO in der Regel nicht vollstreckbar sind; dies gilt aber grade nicht für Sicherungsmaßnahmen nach § 80a I Nr. 2 VwGO, auf die wegen ihres vollstreckbaren Inhalts § 172 VwGO analog anzuwenden ist (hierzu Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, Loseblatt, § 172 Rn 17 m.w.N.). Der VGH geht hierauf mit keinem Wort ein.

Prüfungsrelevanz:

Jedenfalls dann, wenn der Nachbar eine Sicherungsmaßnahme nach § 80a I Nr. 2 VwGO beantragt (wie oben A. angedeutet nach wohl h.M. aber auch schon von Amts wegen, wenn sich aus dem Sachverhalt die Notwendigkeit einer solchen erschließt), muss in der Begründetheit des Antrags nach § 80a VwGO darauf eingegangen werden, ob eine solche in Betracht kommt. Dies hat in einem Gutachten zweckmäßigerweise nach der "normalen" Prüfung des Erfolges des Aussetzungsantrags zu erfolgen, denn nur wenn der Nachbar mit Erfolg die Aussetzung der Vollziehung der Baugenehmigung erreicht, gibt es etwas "zu sichern". Inhalt der Prüfung wird dann - möglicherweise neben der Frage, ob ein Antrag erforderlich ist - sein, ob ein "sachlicher Grund" für eine Sicherungsmaßnahme vorliegt. Dass ein solcher - obschon nicht in § 80a I Nr. 2 VwGO erwähnt - einerseits erforderlich ist und andererseits noch nicht allein deshalb gegeben ist, weil der Bauherr bisher weiter gebaut hat, wurde bereits oben unter B. ausgeführt. Liegt ein solcher "sachlicher Grund" ausnahmsweise vor, kann sich drittens die oben unter C. diskutierte Frage stellen, ob das Gericht selbst Sicherungsmaßnahmen treffen kann oder die Behörde hierzu verpflichten muss.

Vertiefungshinweise:

Stilllegung eines Bauvorhabens: *OVG Münster*, NVwZ-RR 2001, 297

Kursprogramm:

Examenskurs: "Windkraft contra Nachbarschaft"

Leitsätze:

1. Maßnahmen zur einstweiligen Sicherung von Rechten Dritter gemäß § 80a III 1 i. V. mit I Nr. 2 VwGO dürfen nur bei Vorliegen eines hinreichend konkreten Grundes angeordnet werden.

2. Zur Zulässigkeit einer unmittelbaren Baueinstellung durch das Gericht an Stelle der Verpflichtung der Bauaufsichtsbehörde zum Erlass einer Anordnung auf Einstellung der Bauarbeiten.

Sachverhalt:

[1] Der Antragsteller ist Eigentümer eines mit einer Doppelhaushälfte bebauten Grundstücks. Er wendet sich gegen die Errichtung eines zweigeschossigen Mehrfamilienhauses mit einer Firsthöhe von ca. 9,5 m und einer Grundfläche von 12,76 x 12,25 m im rückwärtigen Bereich seines nördlichen Nachbargrundstücks. Vor dem Verwaltungsgericht hatte sein Antrag, die aufschiebende Wirkung seiner Klage gegen die Baugenehmigung vom 25. November 2008 in der Fassung der Tekturgenehmigung vom 3. März 2009 anzuordnen, Erfolg (Nr. I des Beschlusses vom 14.8.2009). Nach Auffassung des Verwaltungsgerichts hält das Vorhaben auf seiner Südseite unter mehreren Gesichtspunkten die erforderlichen bauordnungsrechtlichen Abstandsflächen nicht ein. Nr. II des Beschlusses vom 14.8.2009 lautet: "Die Bauarbeiten auf dem Grundstück Pachemstr.7 Plan Nr. 211/27 Gemarkung B. a. L. werden eingestellt. Die Antragsgegnerin wird verpflichtet, die Baueinstellung zu überwachen." Hierzu führt das Verwaltungsgericht in den Gründen aus, diese Entscheidung beruhe auf § 80 a Abs. 1 Nr. 2, Abs. 3 VwGO. Da der Antragsteller glaubwürdig dargelegt habe, dass mit den Bauarbeiten aufgrund der streitgegenständlichen Baugenehmigung bereits begonnen worden sei, sei eine solche Verpflichtung zur Baueinstellung notwendig, um zu vermeiden, dass rechtswidrige Zustände eintreten. Zur Überwachung sei die Antragsgegnerin zu verpflichten gewesen, da dem Gericht hierzu sowohl Personal- als auch Sachausstattung fehlten.

[2] Im Beschwerdeverfahren wenden sich die Beigeladenen gegen die gerichtliche Baueinstellung sowie dagegen, dass das Verwaltungsgericht aufgrund der von ihm angenommenen Abstandsflächenverstöße insgesamt die aufschiebende Wirkung der Klage angeordnet hat. Den vom Gericht gerügten Abstandsflächenunterschreitungen werde durch Einreichung entsprechender Tekturanträge Rechnung getragen. Für die Bauteile des genehmigten Gebäudes bis einschließlich der Decke über dem Erdgeschoss seien keinerlei eventuelle Nachbarrechtsverstöße zu Lasten des Antragstellers erkennbar. Von ihm könnten daher keine berechtigten Interessen gegen den Bau der Tiefgarage, des Kellers und des Erdgeschosses geltend gemacht werden. Zur Vermeidung eines unverhältnis-

mäßig hohen Schadens auf Seiten der Beigeladenen sei es insbesondere im vorliegenden Fall geboten, die aufschiebende Wirkung nur auf die strittigen Punkte des Bauvorhabens zu beschränken.

Aus den Gründen:

[9] Die zulässige Beschwerde ist teilweise begründet. Für die gerichtliche Baueinstellung in Ziff. II des Beschlusses vom 14. August 2009 gibt es keinen hinreichenden Grund. Nicht zu beanstanden ist hingegen, dass das Verwaltungsgericht die Anordnung der aufschiebenden Wirkung nicht - wie von den Beigeladenen begehrt - auf die Gebäudeteile über der Decke des Erdgeschosses beschränkt hat. Insoweit bleibt die Beschwerde erfolglos.

A. Anordnung der Einstellung der Bauarbeiten

[10] 1. Soweit die Beigeladenen die Aufhebung von Ziff II des Beschlusses des Verwaltungsgerichts vom 14. August 2009 - Anordnung der Einstellung der Bauarbeiten - begehren, ist die Beschwerde begründet.

I. Ausdrücklicher Antrag erforderlich?

Dabei kann offen bleiben, ob das Gericht - wie die Beigeladenen vortragen - Maßnahmen zur einstweiligen Sicherung von Rechten Dritter gemäß § 80 a Abs. 3 Satz 1 i. V. m. Abs. 1 Nr. 2 VwGO grundsätzlich nur auf einen entsprechenden gesonderten Antrag des Dritten erlassen darf oder ob das Gericht diese Maßnahmen auch "von sich heraus" bzw. "von Amts wegen" treffen kann (dazu neigend BayVGH v. 3.5.1993 Az. 14 CS 93.1223, juris RdNr. 11 = BayVBI 1993, 533; wohl auch BayVGH v. 19.4.1993 Az. 14 AS 93.790).

II. Hinreichender Grund

Denn für die Anordnung derartiger Sicherungsmaßnahmen bedarf es in jedem Fall eines hinreichenden konkreten Grundes. Einem gerichtlichen Aussetzungsbeschluss brauchen nicht vorbeugend gewissermaßen automatisch Sicherungsmaßnahmen beigelegt zu werden. Denn es ist in der Regel zu erwarten, dass die Beteiligten eine gerichtliche Entscheidung auf Aussetzung der Vollziehung auch ohne beigelegte Sicherungsmaßnahmen respektieren (BayVGH v. 3.5.1993, a. a. O., RdNr. 11; vgl. OVG Mecklenburg-Vorpommern v. 17.1.2005 Nr. 3 M 37/04, juris RdNr. 31).

[11] Ein derartiger hinreichender Grund liegt hier nicht vor. Das Gericht hat die Anordnung von Sicherungsmaßnahmen der Sache nach allein darauf gestützt, dass die Beigeladenen mit den Bauarbeiten aufgrund der streitgegenständlichen Baugenehmigung bereits begonnen haben und deshalb die Verpflichtung zur Baueinstellung notwendig sei, um zu vermeiden, dass rechtswidrige Zustände eintreten. Damit wird den Beigeladenen aber letztlich allein vorgehalten, dass sie

von der durch § 212 a BauGB gesetzlich legitimierten Möglichkeit Gebrauch gemacht haben, mit der Verwirklichung eines baurechtlich genehmigten Bauvorhabens trotz eines anhängigen Nachbarrechtsbehelfs zu beginnen. Dies allein reicht aber für den Erlass gerichtlicher Sicherungsmaßnahmen auf der Grundlage des § 80 a Abs. 3 Satz 1 i. V. m. Abs. 1 Nr. 2 VwGO keinesfalls aus. Für die Annahme, dass die Beigeladenen und auch die Antragsgegnerin als Bauaufsichtsbehörde der in Nr. I des Gerichtsbeschlusses erfolgten Anordnung der aufschiebenden Wirkung der Nachbarklage nicht in der gebotenen Weise Rechnung tragen würden, gibt es im konkreten Fall keinerlei Anlass.

III. Einstellungsanordnung durch das Gericht

[12] Durchgreifende Bedenken bestehen nach Auffassung des Senats auch dagegen, dass das Verwaltungsgericht im vorliegenden Fall durch Nr. II des Beschluss-Tenors die Baueinstellung selbst verfügt und sich gerade nicht darauf beschränkt hat, die Antragsgegnerin als Bauaufsichtsbehörde zu verpflichten, die Bauarbeiten einzustellen, wie die Begründung des Beschlusses nahelegt. Dass das Gericht nach § 80 a Abs. 3 Satz 1 VwGO Maßnahmen nach den Absätzen 1 und 2 u. a. treffen kann, bedeutet nämlich nicht, dass es - entgegen dem dem Prinzip der Gewaltenteilung geschuldeten grundsätzlich unterschiedlichen Befugnissen nach § 113 Abs. 1 und 5 VwGO - Verwaltungsakte selbst erlassen könnte (vgl. Kopp/Schenke, VwGO, 16.Aufl., RdNr. 150 zu § 113; zu a. A. vgl. OVG Mecklenburg-Vorpommern a. a. O.). Auch wenn deshalb - etwa bei Missachtung der vom Gericht an-

geordneten aufschiebenden Wirkung der Klage - einstweilige Maßnahmen im Sinn von § 80a Abs.1 Nr.2 VwGO angezeigt sind, ist das Gericht wohl darauf verwiesen, die Bauaufsichtsbehörde zum Erlass von Maßnahmen nach Art. 75 BayBO zu verpflichten. Dies erscheint auch um des erforderlichen vollstreckbaren Inhalts der gerichtlichen Anordnung willen unerlässlich (vgl. Kopp/Schenke, a. a. O. RdNr. 206 zu § 80).

B. Keine Beschränkung der aufschiebenden Wirkung auf Teile des Bauvorhabens

[13] 2. Nicht zu beanstanden ist hingegen, dass das Verwaltungsgericht aufgrund der von ihm angenommenen und auch von den Beigeladenen der Sache nach nicht in Frage gestellten Verstöße gegen die Abstandsflächenvorschriften die Anordnung der aufschiebenden Wirkung nicht - wie von den Beigeladenen begehrt - auf die Gebäudeteile über der Decke des Erdgeschosses beschränkt hat. Baugenehmigungen sind in aller Regel nicht in dem Sinne teilbar, dass Verstöße gegen Nachbarrechte schützende öffentlich-rechtliche Vorschriften gemäß § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO ("so weit") nur zu einer Teilaufhebung führen könnten (BayVGH vom 22.4.1998 Az. 26 CS 98.338, juris RdNr. 13). Im vorliegenden Fall liegen angesichts der vom Verwaltungsgericht aufgrund summarischer Prüfung festgestellten Verstöße gegen die Abstandsflächenvorschriften keine besonderen Umstände vor, die ausnahmsweise die von den Beigeladenen begehrte teilweise Anordnung der aufschiebenden Wirkung rechtfertigen könnten. [...]

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.

*Zivilrecht***Standort: Schuldrecht Problem: Mangelhafte Anlageberatung (Lehman-Zertifikate)**

OLG FRANKFURT, URTEIL VOM 17.02.2010
17 U 207/09 (BB 2010, 853)

Problemdarstellung:

Im vorliegenden Fall ging es um die Frage, ob eine Anlageberatung auch auf das Risiko des Totalverlustes der Anlage bei Insolvenz der die Anlagezertifikate ausgebenden Bank hinweisen muss. Konkret hatten die Kl. bei der zwischenzeitlich insolventen Investmentbank "Lehman Brothers Treasury Co. B.V.", einer niederländischen Tochtergesellschaft der Lehman Brothers Inc., ein sog. "Twin Win"-Zertifikat erworben, mit dem auf die Wertentwicklung des Dow Jones Eurostoxx 50 Indexes spekuliert wird. Mit der Insolvenz des Konzerns im August 2008 ist der Totalverlust der Zertifikate eingetreten, die Kl. nahm die Bekl. anschließend auf Schadensersatz wegen fehlerhafter Anlageberatung in Anspruch.

Prüfungsrelevanz:

Bei Zertifikaten handelt es sich um Inhaberschuldverschreibungen gem. § 793 BGB, mit einer von vornherein bestimmten Endfälligkeit. Der Emittent – regelmäßig eine Bank – muss dabei kein Sondervermögen bilden, um bei Fälligkeit an den Inhaber der Urkunde leisten zu können; die Befriedigung hängt allein von der Bonität des Emittenten im Zeitpunkt der Fälligkeit ab (Bausch, BB 2010, 853 [855]). Das sich aus der Wertentwicklung der jeweiligen Indizes ergebende Risiko trägt damit der Urkundsinhaber. Da diese Tatsache vielen Anlegern nicht geläufig war, sahen sich die Anlagevermittler und –berater im Zuge der Finanzkrise einer Klagewelle entgegengesetzt, die von den Anlegern insbesondere mit der unterlassenen Aufklärung bzgl. des Totalverlusttrisikos begründet wurde.

Eine Ersatzpflichtigkeit der Bekl. (eine Sparkasse) könnte sich aus §§ 280 I, 398 BGB wegen Verletzung eines Anlageberatungsvertrages ergeben. Die Rechtsprechung (eingehend: OLG Celle 1994, 22 [Leitsätze 2, 3]) unterscheidet in einem solchen Fall zwischen Anlagevermittlung und Anlageberatung nach dem Horizont des Anlegers: Bei der Anlageberatung erwartet dieser eine fachkundige Bewertung und Beurteilung sowie häufig eine auf seine besonderen persönlichen Verhältnisse zugeschnittene Beratung. Die Anlagevermittlung zielt dagegen lediglich auf eine Auskunfts-

erteilung ab und verpflichtet den Anlagevermittler zu richtiger und vollständiger Auskunft über diejenigen Umstände, die für den Anlageentschluss des Kapitalanlegers von besonderer Bedeutung sind. Bereits das Landgericht hatte festgestellt, dass zwischen den Beteiligten ein Anlageberatungsvertrag zustande gekommen war. Denn wenn ein Anlageinteressent an den Anlageberater einer Bank herantritt, um über die Anlage eines Geldbetrages beraten zu werden, so wird das darin liegende Angebot zum Abschluss eines Beratungsvertrages stillschweigend durch die Aufnahme des Beratungsgesprächs angenommen (BGHZ 123, 126, 128).

Aus diesem Beratungsvertrag ergab sich für die Beklagte die Pflicht zur sog. objektgerechten Beratung. Problematisch war allerdings das Vorliegen einer Pflichtverletzung der Bekl. Der Senat führt aus, dass eine solche nicht bereits darin gesehen werden kann, dass die Bekl. die Aufklärung über ein spezielles Insolvenzrisiko der Emittentin unterlassen hat. Zwar existieren landgerichtliche Entscheidungen, die die Pflicht zur Aufklärung über ein Totalausfallrisiko bejahen. Dies jedoch nur dann, wenn Hinweise auf Zahlungsschwierigkeiten oder eine Insolvenz vorliegen. Im Zeitpunkt des Anlagegesprächs bestanden derartige Anhaltspunkte jedoch nicht; vielmehr führte die Lehmann Brothers Inc. noch bis September 2008 hervorragende Ratingnoten. Auch eine spezielle Aufklärungspflicht über das aus der Eigenschaft als Inhaberschuldverschreibung resultierende Emittentenrisiko (s.o.) erkennt der Senat hier nicht an. Insoweit war zu berücksichtigen, dass der Zedent Rechtsanwalt ist und zudem über Erfahrung im Handel mit Zertifikaten verfügte.

Die Pflichtverletzung sieht der Senat jedoch darin, dass die Bekl. nicht explizit über die Funktionsweise und Risiken der Ersatzzertifikate bei Unterschreiten der Sicherheitsstufe aufklärte. Hier kam es entscheidend auf die Kündigungsmöglichkeit der Emittentin ab dem Jahr 2014 an: Indem die Bekl. diese nicht ausdrücklich offenlegte, erweckte sie beim Anleger den Eindruck, dass er Kursverluste aussitzen und die Ersatzzertifikate zu einem ihm günstigen Zeitpunkt veräußern könne, wenn der Index wieder steigt. Die Kündigungsmöglichkeit offenbart der Emittentin jedoch gerade, die Ersatzzertifikate fällig zu stellen und damit den Veräußerungszeitpunkt selbst zu bestimmen.

Insgesamt war ein Schadensersatzanspruch der Kl. damit zu bejahen. Da der Anspruch aus §§ 280 I, 249 BGB das positive Interesse ersetzt, war sie derart zu stellen, als ob der Zedent (ihr Ehemann) die Zertifikate nicht gezeichnet hätte. Somit kann die Kl. den Kaufpreis von 7.000 € für den Erwerb ersetzt verlangen.

Vertiefungshinweise:

- Zur Differenzierung zwischen Anlagevermittlung und Anlageberatung: *OLG Celle, OLGR 1994, 22*
- Objektgerechte Beratungspflicht: *BGHZ 178, 149*

Leitsätze:

- 1. Wird im Rahmen einer Anlageberatung empfohlen, Twin Win Zertifikate (sogenannte Schmetterlingszertifikate) zu zeichnen, bei denen - abgesehen von einer vorgesehenen Sicherheitsschwelle von 50 % und dem Emittentenrisiko - ein Kapitalverlust ausgeschlossen ist, muss über das Rückzahlungsszenario bei Berühren / Unterschreiten dieser Sicherheitsschwelle detailliert aufgeklärt werden.**
- 2. Da bei den ausgegebenen Ersatzzertifikaten, die die Wertentwicklung des Dow Jones Euro Stocks abbilden, das eingesetzte Kapital verloren werden kann, ist auch über ein vorzeitiges Kündigungsrecht der Emittentin aufzuklären.**

Sachverhalt:

Die Bekl. vermittelte dem Ehemann der Kl. – einem Rechtsanwalt – im August 2007 sog. Twin Win Zertifikate der zwischenzeitlich insolventen Investmentbank Lehman Brothers Treasury Co. B.V., einer niederländischen Tochtergesellschaft der Lehman Brothers Inc. Das Twin Win Zertifikat 08/2007 ist so ausgestaltet, dass auf die Wertentwicklung des Dow Jones Eurostoxx 50 Indexes spekuliert wird. Der Inhaber kann sowohl bei steigenden als auch bei fallenden Kursen des Basiswertes an der Entwicklung partizipieren. Solange der Index nicht um 50% fällt oder steigt (sog. Sicherheitsstufe), ist der Anleger vor Kapitalverlust geschützt und kann Gewinne erzielen. Wird die Sicherheitsstufe unterschritten, erhält der Anleger am Ende der Laufzeit keinen Barbetrag ausgezahlt, sondern Dow Jones Eurostoxx 50-Zertifikate mit einer Laufzeit bis zum Jahr 2057. Ab dem Jahr 2014 hat die Emittentin (die ausgebende Investmentbank) allerdings ein jährliches Kündigungsrecht. Dem Erwerb der Zertifikate ging ein ca. fünfminütiges Telefonat zwischen dem Ehemann der Kl. und einem Mitarbeiter der Bekl. voraus. Dabei wies die Bekl. auf verschiedene Risiken hin, erwähnte jedoch nicht die Kündigungsmöglichkeit der Emittentin. Ob auf das Risiko des Totalausfalls bei Insolvenz hingewiesen worden war, blieb zwischen den Parteien streitig. Mit

der Insolvenz des Konzerns im August 2008 ist der Totalverlust der Zertifikate eingetreten.

Die Kl. nimmt die Bekl. auf Schadensersatz wegen fehlerhafter Anlageberatung in Anspruch. Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Die Berufung hat keinen Erfolg.

Aus den Gründen:

Die zulässige, weil form- und fristgerecht eingelegte und begründete Berufung ist unbegründet.

[59] Der Klägerin steht der beanspruchte Schadensersatz aus abgetretenem Recht ihres Ehemannes wegen der Verletzung von Beratungspflichten aus dem zwischen den Zedenten und der Beklagten geschlossenen Beratungsvertrag zu (§§ 280 Abs. 1, 398 BGB).

A. Anspruchsbegründende Voraussetzungen

I. Anlageberatungsvertrag

[60] Aufgrund des zwischen dem Zedenten und der Beklagten geschlossenen Anlageberatungsvertrags, dessen Voraussetzungen das Landgericht mit zutreffender Begründung, die mit der Berufung auch nicht angegriffen worden sind, festgestellt hat, war die Beklagte zu richtiger und vollständiger Information über diejenigen tatsächlichen Umstände des Anlageobjekts verpflichtet, die für den Anlageentschluss des Zedenten von besonderer Bedeutung sind, weil er ohne diese Angaben nicht zuverlässig beurteilen kann, ob er sich engagieren soll und keine sachgerechte Anlageentscheidung treffen kann (vgl. BGH Z 178, S. 149, Rdnr. 10 ff u. OLG Frankfurt am Main ZIP 1998, S. 1713, 1714).

II. Pflichtverletzung

1. Keine Aufklärungspflicht bzgl. eines spezifischen Insolvenzrisikos

[64] Dies vorausgeschickt ist der Beklagten vorliegend ein Verstoß gegen die Grundsätze der objektgerechten Beratung nicht deswegen vorzuwerfen, weil sie etwa über ein spezifisches Risiko einer Insolvenz von Lehman Brothers als Emittentin (Lehman Brothers Treasury Co. B.V.) oder der Garantiegeberin (Lehman Brothers Holdings Inc.) hätte aufklären müssen.

[65] Entgegen der Darstellung der Beklagten ist zwar der Artikel in der „...“ Anlage K 7 bereits vor dem streitgegenständlichen Beratungsgespräch veröffentlicht worden, nämlich am ... 2007 (Bl. 215 d. A.). Dementsprechend gab es Hinweise auf eine Risikohöherung im Hinblick auf eine Ausweitung der Finanzkrise unter den Hypothekenanbietern und die Gefahr der Ansteckung größerer Kreditinstitute.

[66] Allerdings enthält der Artikel „Probleme im Hypothekensektor als Belastungsprobe für die US-Konjunktur in der „... vom ... 2007“ auch den Hinweis,

dass nach den Rekordgewinnen der letzten Jahre die großen Finanzhäuser über gesunde Bilanzen und ein beachtliches finanzielles Polster verfügten, so dass in der Regel auch größere Zahlungsausfälle verkraftbar seien. Die größeren US-Kreditinstitute würden deshalb voraussichtlich keine substantiellen Schäden davontragen.

[67] Zu diesen größeren US-Kreditinstituten gehörte die Emittentin, die bis fast zur Insolvenz im September 2008, durch die die Zertifikate nahezu wertlos geworden sind, weil allenfalls eine Insolvenzquote darauf ausgezahlt wird, über Ratingnoten verfügte, die keine Zweifel an ihrer Zahlungsfähigkeit aufkommen lassen mussten.

[68] Es stand auch nicht zu erwarten, dass eine derartige Großbank bei Liquiditätsproblemen nicht gestützt werden würde.

[69] Soweit ersichtlich hat bislang keine einzige Entscheidung hinsichtlich des Umfangs der Aufklärungspflicht beim Verkauf von Zertifikaten der Lehman Brothers Investment Bank - bislang landgerichtliche Entscheidungen - eine Pflicht zur Aufklärung über das Totalausfallrisiko bejaht. Sämtliche Entscheidungen gehen vielmehr davon aus, dass es spezifische Hinweise auf Zahlungsschwierigkeiten nicht gab oder gar eine Insolvenz von Lehman Brothers auch für fachkundige Berater nicht erkennbar war.

2. Keine Aufklärungspflicht über das allgemeine Emittentenrisiko im vorliegenden Fall

[70] Strikt davon zu unterscheiden ist allerdings die Frage, ob vorliegend eine Aufklärung über das allgemeine Emittentenrisiko zu erfolgen hatte oder ob die Beklagte dies bei einem Rechtsanwalt für nicht erforderlich halten durfte.

[71] Außer dem Marktrisiko geht der Anleger bei derartigen Zertifikaten - wie bei jeder Obligation - ein sogenanntes Gegenparteirisiko ein.

[72] Der Rechtsform nach handelt es sich bei einem derartigen Zertifikat um eine Inhaberschuldverschreibung mit von vorneherein bestimmter Endfälligkeit und ohne Bildung

eines Sondervermögens. Die Rückzahlung am Ende der Laufzeit hängt allein von der Bonität der Emittentin bzw. Garantin ab.

[73] Nach der Behauptung der Beklagten ist allerdings insoweit bereits Aufklärung durch Übersendung der Basisinformationen über Vermögensanlagen in Wertpapieren erfolgt. Der Zedent hatte nicht nur bereits Erfahrungen als Anleger, sondern es stand auch zu erwarten, dass ihm die rechtliche Einordnung eines derartigen Zertifikats als Inhaberschuldverschreibung und damit das von ihm eingegangene Bonitätsrisiko des Ausgebers bekannt ist.

[74] Ferner ist auch der Einwand der Beklagten, auch die Aktien, deren Veräußerungserlös zum Erwerb der

Zertifikate dienten, unterlägen ebenso wie die Zertifikate einem Bonitätsrisiko des Ausgebers, nicht vollständig von der Hand zu weisen.

[75] Der Senat sieht auf dieser Grundlage keine Haftung der Beklagten, ohne dass dies allerdings für die Entscheidung erheblich wäre.

3. Pflichtverletzung wg. unterlassener Aufklärung über Funktionsweise der Ersatzzertifikate

[90] Vielmehr reichte der Hinweis der Beklagten anlässlich des telefonischen Beratungsgesprächs, bei Berühren oder Unterschreiten der Sicherheitsschwelle am Ende der Laufzeit erhalte der Zedent keine Barauszahlung, sondern Dow Jones Eurostoxx 50 - Endloszertifikate, deren Wert ohne Begrenzung nach oben oder unten zu 100 % am Kurs des Basiswerts partizipiere und die eine Laufzeit bis zum Jahr 2057 hätten, nicht als zweckdienliche und erforderliche Information des Zedenten über das Rückzahlungsszenario bei Berühren oder Unterschreiten der Sicherheitsschwelle aus.

[91] Es ist insoweit unwidersprochen geblieben, dass die Beklagte die Anlage in den streitgegenständlichen Zertifikaten als die bessere Wahl im Vergleich zu vielen kleinen Aktienanlagen und jedenfalls als wesentlich risikoärmer dargestellt hat, als die in vielen kleinen Aktienanlagen.

[92] Zu dieser Bewertung für den beratenden Anleger, dass er im Wege der Umschichtung vieler kleiner Aktienanlagen eine risikoärmere Anlagenform eingeht, weil er durch ein Zertifikat, das an den Dow Jones Eurostoxx 50 anknüpft zum einen weitgefächerter aufgestellt ist und Kursrisiken reduziert werden, wobei er sogar bei negativen Kursveränderungen bis zu (ausschließlich) minus 50 % nicht nur den Nominalwert, sondern auch einen Ertrag ausgezahlt erhält, trägt der Hinweis der Beklagten bei, bei Berühren oder Unterschreiten der Sicherheitsschwelle erhalte er am Ende der Endfälligkeit der Zertifikate am 29.08.2012 Dow Jones Eurostoxx 50-Endloszertifikate, deren Wert ohne Begrenzung nach oben oder unten zu 100 % am Kurs des Basiswertes partizipiere.

[93] Dadurch wird nämlich bei einem Anleger, der mit der komplexen Struktur dieser Zertifikate nicht vertraut ist, der Eindruck erweckt, er könne Kursverluste aussitzen und die Zertifikate zu einem ihm genehmen Zeitpunkt veräußern, nämlich dann, wenn der Index wieder steigt.

[94] Entgegen dieser durch den Hinweis der Beklagten erzeugten Vorstellung kann aber der Zedent Kursverluste nicht aussitzen, sondern die Emittentin kann ab dem Jahr 2014 kündigen und die Ersatzzertifikate fällig stellen.

[95] Die Bewertung der Beklagten, dass eine vorzeitige Rückzahlung für den Zedenten doch nur von Vorteil ist, kann der Senat in der von der Beklagten beschriebenen Weise nicht nachvollziehen.

[96] Zum Einen läuft der Anleger Gefahr, dass wegen Kursverlusten des Indexes nur eine reduzierte Rückzahlung des eingesetzten Kapitals erfolgt - eine diesem konkreten Indexzertifikat, bei der der Anleger ohne Begrenzung nach oben oder unten zu 100 % am Kurs des Basiswertes partizipiert, immanente Gefahr.

[97] Soweit die Beklagte meint, dies sei kein Nachteil für den Kunden, weil es keine Differenz zwischen dem „Wert des Zertifikats“ und dem Veräußerungserlös für den Anleger im Falle der

vorzeitigen Kündigung, Wertsteigerung und Wertverlust gebe, sondern dieser immer identisch mit der Steigerung bzw. dem Verlust des Dow Jones Eurostoxx 50 Index am jeweiligen Tag sei, ist dies zwar zutreffend, für die Bewertung einer objektgerechten Beratung aber nicht der richtige Ansatzpunkt.

[98] Zum Einen fragt sich, ob bei fallenden Kursen jederzeit sofort ein Ersatzzertifikat gleicher Struktur zur Verfügung steht, das dem Anleger ermöglicht, ohne Einsatz weiterer Mittel über den ausgezahlten Betrag hinaus das Geld sofort wieder anzulegen, um die Kursverluste doch noch „auszusitzen“, wie es das Zertifikat mit einer angeblichen festen Laufzeit bis zum Jahr 2057 suggerierte.

[99] Zudem hat die Klägerin zutreffend auf das Wiederanlagerisiko hinsichtlich der Zeitdifferenz zwischen Berechnung und Auszahlung des von der Emittentin auszahlenden Rückzahlungsbetrages hingewiesen.

[100] Angesichts schwankender Kurse bereits innerhalb eines Tages lässt sich ein Nachteil bei der sofortigen Wiederanlage des gutgeschriebenen Auszahlungsbetrages keinesfalls ausschließen.

[101] Davon einmal abgesehen sind in der Regel Ausgabeaufschläge und Provisionszahlungen zu erwarten.

[102] Bereits dies führt zu der Bewertung, erst bei Erteilung dieser Informationen sei der Zedent in die Lage versetzt, zu beurteilen, ob die angepriesene Umschichtung die bessere, weil wesentlich risikoärmere Wahl im Vergleich zu den vielen kleinen Aktienanlagen gewesen ist.

[103] Der Hinweis auf die Kündigungsmöglichkeit der Emittentin war auch nicht dadurch entbehrlich, dass ein Zertifikat mit einer Laufzeit bis zum Jahr 2057 einem Zertifikat ohne vereinbarte Endfälligkeit gleich zu stellen ist.

[104] Gerade durch den von der Beklagten behaupteten Hinweis wurde der Eindruck erweckt, der Anleger habe es alleine in der Hand, wann er sich in diesem Zeitraum vom Zertifikat trennen will. Das Ersatzzertifikat beinhaltet gerade im Gegensatz zum streitgegenständlichen Twin Win Zertifikat ein Verlustrisiko bis hin zum Totalverlust des eingesetzten Kapitals, weil es ohne Begrenzung nach oben oder unten zu 100 % am Kurs des Basiswertes partizipiert. Demgegenüber ist beim Twin Win Zertifikat der Anleger bis zum Be-

rühren oder Unterschreiten der Sicherheitsschwelle jedenfalls - vom Bonitätsrisiko der Emittentin jetzt einmal abgesehen - beschränkt auf das Marktrisiko vor jeglichem Verlust des eingesetzten Kapitals geschützt und läuft nur die Gefahr, dass der Indexstand am Ende des Beobachtungszeitraumes gleich dem des anfänglichen Beobachtungstages ist und er keinen Gewinn realisiert.

[105] Darauf weist die Produktinformation der Emittentin ausdrücklich hin.

III. Kausalitätsvermutung und Schaden

[115] Der Beklagten kann auch nicht gefolgt werden, die Kausalitätsvermutung, die hier zu Gunsten des Zedenten bzw. der Klägerin streitet, komme nicht zum Zuge, weil sie im Zuge der Rechtsprechung zu Investmentfonds entwickelt worden ist.

[116] Der Bundesgerichtshof hat in seiner sog. „Kick-BackIV“-Entscheidung vom 12.05.2009 (XI ZR 586/07, abgedruckt u. a. in ZIP 2009, S. 1264, 1266) ohne jede Einschränkung festgehalten, dass die Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens grundsätzlich für alle Aufklärungsfehler eines Anlageberaters gilt.

[117] Dass die Möglichkeit besteht – ohne dass es dazu konkretere Anhaltspunkte gibt – dass der Zedent auch bei entsprechender Aufklärung die Bewertung der Beklagten geteilt und die Umschichtung vorgenommen hätte, reicht noch nicht aus, die Vermutung bereits als widerlegt anzusehen. Zum Einen bleibt festzuhalten, dass diese Möglichkeit grundsätzlich immer besteht, in dieser Allgemeinheit aber nicht dazu führen kann, die Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens schlichtweg auszuhebeln.

[118] Entgegen der Bewertung der Beklagten hat sie keine hinreichenden Anhaltspunkte aus dem bisherigen Anlageverhalten des Zedenten aufgezeigt, aus denen die Vermutung beratungsgerechten Verhaltens als erschüttert angesehen werden müsste.

[119] Dabei bleibt im Hinblick auf die entsprechende Berufungsrüge festzuhalten, dass zwischen den Begriffen „Erschütterung“ der Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens und „Widerlegung“ nicht differenziert zu werden braucht, weil bei einer Vermutung deren Erschütterung reicht, um anzunehmen, dass sie widerlegt ist (vgl. auch BGH Urt. v. 09.04.2009, III ZR 89/08, abgedr. in HFR 2010, S. 75, 76 - dort werden diese beiden Begrifflichkeiten synonym verwendet).

[120] Auch wenn der Zedent nämlich wesentlich risikobehaftetere Anlagen in Wertpapieren / Fonds im Depot gehabt haben sollte, wie die Beklagte behauptet und die Klägerin bestreitet, vermag dies die Beklagte im Hinblick auf die Kausalitätsvermutung nicht zu entlasten. Als Indizienbeweis für die innere Tatsache eines vermutlichen Verhaltens des Zedenten reicht dies nicht aus, weil hier gerade nicht eine spekulative Entscheidung in Rede

stand, sondern der Tausch einer durch die breite Aufstellung in Einzelaktien einigermaßen vor Kapitalverlusten geschützten Anlage in eine angeblich risikoärmere Anlagenform, bei der die Kursrisiken gegenüber der vorherigen Anlage reduziert werden.

[124] Dass letztlich für den nahezu eingetretenen Totalverlust der Anlage die Insolvenz der Emittentin/Garantin verantwortlich ist und - angeblich - die Sicherheitsschwelle nach der unwidersprochen gebliebenen Behauptung der Beklagten (die aus den aufgezeigten Gründen allerdings unrichtig ist) tatsächlich zu keinem Zeitpunkt gerissen sein soll, kann nicht dazu führen, die Kausalität des Erwerbs der streitgegenständlichen Zertifikate mit dem eingetretenen Schaden zu verneinen.

[125] Bei der fehlerhaften Anlageberatung ist nämlich bereits der Erwerb der Kapitalanlage aufgrund einer fehlerhaften Information ursächlich für den späteren Schaden, weil der ohne die erforderliche Aufklärung

gefasste Anlageentschluss von den Mängeln der fehlerhaften Aufklärung beeinflusst ist und es auf die Gründe, warum die Kapitalanlage später im Wert gefallen ist, nicht ankommt (vgl. BGH ZIP 2009, 1264 - 1266, bereits zitiert).

B. Rechtsfolge: Schadensersatz

[126] Folge der schuldhaft verletzen Aufklärungspflicht, die zu dem Schaden des Zedenten bzw. der Klägerin geführt hat, ist, dass die Beklagte die Klägerin so zu stellen hat, als ob der Zedent aufklärungsrichtig von der Zeichnung Abstand genommen hätte, § 249 BGB.

[127] Dementsprechend sind der Klägerin die 7.000,00 Euro, die der Zedent für den Erwerb der streitgegenständlichen Zertifikate aufwendete zu erstatten, allerdings nur Zug um Zug gegen Herausgabe der dem Zedenten erwachsenen Vorteile, also der im Depot befindlichen Zertifikate.

Standort: Mietrecht Problem: Erheblichkeitsschwelle bei Mangel an Mietwohnung

BGH, URTEIL VOM 10.03.2010
VIII ZR 144/09 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Die Kl. hatten mit Vertrag vom 30.06.1988 von den Rechtsvorgängern des Bekl. eine Vier-Zimmer-Wohnung angemietet. Im Mietvertrag war die Wohnfläche mit „ca. 100 qm“ angegeben. Am 22.08.2002 schlossen die Kl. mit dem Bekl., der zwischenzeitlich das Mietobjekt erworben hatte, einen neuen Mietvertrag ab. Dieser wies die gleiche Wohnflächenangabe auf. Nach Ablauf des Mietverhältnisses am 31.12.2007 stellte sich heraus, dass die tatsächliche Wohnfläche nur 83,19 qm betrug. Wegen der hiermit verbundenen Wohnflächenunterschreitung von mehr als 10 % verlangten die Kl. die Rückerstattung zuviel gezahlter Miete in Höhe von 6.001,92 €.

Das Amtsgericht hat die Minderung aufgrund des „ca.“-Zusatzes bei der Wohnflächenangabe an einer Wohnungsgröße von 95 qm gemessen und die Klage daher nur in Höhe von 4.438,80 € als berechtigt erachtet. Die dagegen gerichtete Berufung der Kl. ist ohne Erfolg geblieben. Mit ihrer vom Landgericht zugelassenen Revision verfolgen die Kl. ihr Begehren auf Zahlung eines Gesamtbetrags von 6.001,92 € weiter.

Prüfungsrelevanz:

Das Mietrecht erfreut sich besonderer Examensrelevanz, da es leicht mit anderen Themen wie z.B. der AGB-Kontrolle, dem Bereicherungs- oder dem Zivilprozessrecht kombiniert werden kann (eingehend:

Schrader, JURA 2010, 241). In der vorliegenden Entscheidung bestätigt der achte Zivilsenat seine Rechtsprechung zur Erheblichkeitsschwelle bzw. Toleranzspanne beim Vorliegen eines Mietmangels wegen Unterschreitung der im Mietvertrag angegebenen Wohnfläche.

Der Anspruch des Mieters auf Erstattung zuviel gezahlter Miete ergibt sich aus § 812 I 1. Fall BGB, sofern ihm ein Minderungsrecht gem. § 536 I BGB zusteht. Hierbei ist die Besonderheit zu beachten, dass die Minderung ausnahmsweise nicht erklärt werden muss, sondern kraft Gesetzes eintritt (Palandt/Weidenkaff, § 536 Rn. 1 u. 33). Ein Minderungsrecht ist gegeben, wenn die Mietsache an einem Mangel leidet, der die Tauglichkeit zum vertragsgemäßen Gebrauch aufhebt. Ein solcher Mangel liegt vor, wenn der tatsächliche Zustand der Mietsache nachteilig vom vertraglich vorausgesetzten Zustand abweicht - maßgeblich ist also die vereinbarte Beschaffenheit, die hier in der Angabe von „ca. 100 qm“ zu sehen ist. Beim Wohnraummietvertrag rechtfertigt jedoch nur das Abweichen der Wohnfläche von mehr als 10 % von der vereinbarten Fläche einen Mangel (Palandt/Weidenkaff, § 536 Rn. 22 m.w.N.); dies gilt auch bei „ca“-Angabe (BGH, NJW 2005, 2152). Da vorliegend die tatsächliche Wohnfläche um knapp 17% kleiner war, als die im Mietvertrag vereinbarte Fläche, war ein Mangel unproblematisch gegeben. Dies begründet gleichzeitig eine Vermutung dafür, dass die Gebrauchstauglichkeit der Mietsache erheblich i.S.d. § 536 I 3 BGB gemindert ist (Palandt/Weidenkaff, § 536 Rn. 5).

Das Berufungsgericht hatte den Minderungsbetrag

jedoch nicht auf Grundlage der vereinbarten Wohnfläche von 100 qm, sondern aufgrund einer (insoweit fiktiven) Fläche von 95qm berechnet und dies ebenfalls mit dem „ca.“-Zusatz begründet. Diese Angabe verdeutliche nach Ansicht des Berufungsgerichts, dass die Parteien eine Varianz bei der Wohnfläche in Kauf genommen hätten, so dass nicht von einer vereinbarten Sollbeschaffenheit von 100 qm auszugehen sei. Diese Auslegung widerspricht jedoch der ständigen Rechtsprechung des Senats. Denn wenn schon der „ca“-Angabe keine eigenständige Bedeutung bzgl. der Abweichung der vereinbarten Quadratmeterzahl zukommt (s.o.), so muss dies auch für die Berechnung des Minderungsbetrages gelten. Insoweit war auch bei der Frage des Vorliegens eines Mangels trotz der „ca“-Angabe von 100 qm – und nicht 95 qm – auszugehen. Die Höhe des Minderungsbetrages muss also dem Umfang der Mangelhaftigkeit entsprechen; eine abweichende Bewertung ist nicht gerechtfertigt.

Den Kl. stand daher ein Erstattungsanspruch aus §§ 812 I 1. Fall, 536 I BGB in Höhe von 6.001,92 € zu.

Vertiefungshinweise:

Begriff des Mietmangels allgemein: *BGH*, NJW 2006, 899

Speziell: Mietmangel infolge Mindergröße: *BGH*, NJW 2005, 2152

Leitsätze:

1. Auch wenn die als Beschaffenheit vereinbarte Wohnfläche mit einer "ca."-Angabe versehen ist, liegt ein zur Mietminderung berechtigender Sachmangel dann vor, wenn die tatsächliche Fläche mehr als 10 % unter der vereinbarten Quadratmeterzahl liegt. Bei der Beurteilung der Erheblichkeit des Mangels ist nicht eine zusätzliche Toleranzspanne anzusetzen (im Anschluss an *BGH*, Urteil vom 24. März 2004 - VIII ZR 133/03).

2. Für die Berechnung der Minderung ist in diesem Fall ebenfalls die prozentuale Unterschreitung der vereinbarten Quadratmeterzahl maßgebend und nicht eine um eine Toleranzspanne verringerte Flächenabweichung (im Anschluss an *BGH*, Urteil vom 24. März 2004 - VIII ZR 295/03).

Sachverhalt:

Die Kl. hatten mit Vertrag vom 30.06.1988 von den Rechtsvorgängern des Bekl. eine Vier-Zimmer-Wohnung in A. angemietet. In § 1 des Mietvertrages war unter anderem aufgeführt: "Wohnfläche ca. 100 qm". Am 22.08.2002 schlossen die Kl. mit dem Bekl., der zwischenzeitlich das Mietobjekt erworben hatte, einen neuen Mietvertrag ab. Dieser wies die gleiche Wohnflächenangabe auf. Die Miete wurde auf 495,98 € monatlich zuzüglich eines Haftpflichtversicherungs-

beitrags von 3,56 €, insgesamt also auf 499,54 €, erhöht. In beiden Verträgen war den Kl. die (Mit-)Benutzung einer Terrasse gestattet worden. Das Mietverhältnis endete mit Wirkung zum 31.12.2007.

Nach Ablauf des Mietverhältnisses haben die Kl. geltend gemacht, die tatsächliche Wohnfläche betrage nur 80,96 qm. Wegen der hiermit verbundenen Wohnflächenunterschreitung von mehr als 10 % stehe ihnen für den Zeitraum von 2002 bis 2007 ein Anspruch auf Rückerstattung zuviel gezahlter Miete in Höhe von 6.798,24 € zu. Vor dem Amtsgericht hat der Bekl. die Forderung in Höhe eines Betrages von 1.638,88 € anerkannt und nach Erlass eines Teilanerkennsurteils auch beglichen. Da der vom Amtsgericht hinzugezogene Gutachter die tatsächliche Wohnfläche mit 83,19 qm ermittelt hat, haben die Kl. ihre Forderung auf 6.001,92 € abzüglich der vom Bekl. geleisteten Zahlung ermäßigt. Das Amtsgericht hat eine Mietminderung nur in Höhe von 4.438,80 € als berechtigt erachtet und hiervon eine vom Bekl. zur Aufrechnung gestellte Nebenkostenforderung in Höhe von 443,36 € in Abzug gebracht. Es hat den Kl. daher weitere 2.356,56 € nebst Zinsen zuerkannt und die weitergehende Klage abgewiesen. Die dagegen gerichtete Berufung der Kl. ist ohne Erfolg geblieben. Mit ihrer vom Landgericht zugelassenen Revision verfolgen die Kl. ihr Begehren auf Zahlung eines Gesamtbetrags von 6.001,92 € weiter, allerdings verringert um eine Nebenkostenforderung des Bekl. in Höhe von 443,36 €.

Aus den Gründen:

[3] Die Revision der Kläger hat Erfolg.

A. Ausführungen des Berufungsgerichts

[4] Das Berufungsgericht hat im Wesentlichen, soweit für das Revisionsverfahren noch von Bedeutung, ausgeführt:

[5] Ein über die ihnen zugesprochenen Beträge hinausgehender Anspruch auf Rückzahlung weiterer 1.563,12 € stehe den Klägern aus § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB nicht zu. Zwar sei die Miete im Zeitraum von 2002 bis 2007 nach § 536 Abs. 1 BGB wegen einer Wohnflächenunterschreitung von mehr als 10 % gemindert gewesen. Diese Erheblichkeitsgrenze sei auch dann maßgebend, wenn - wie hier - die im Mietvertrag angegebene Wohnfläche mit dem Zusatz "ca." versehen worden sei. Eine darüber hinaus gehende Maßtoleranz sei nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung in diesen Fällen nicht anzuerkennen. Gleichwohl sei dem Amtsgericht darin zu folgen, dass bei der Bemessung des Minderungsanspruchs nicht eine vereinbarte Wohnfläche von 100 qm, sondern lediglich eine Fläche von 95 qm zugrunde zu legen sei. Da die Wohnflächenangabe in den beiden Mietverträgen mit dem Zusatz "ca." versehen worden sei,

könne nicht von einer vertraglich vereinbarten Sollbeschaffenheit von 100 qm ausgegangen werden. Vielmehr sei insoweit eine Spannbreite von +/- 5 % anzusetzen. Dies habe zur Folge, dass der Beklagte nur insoweit zur Rückzahlung geleisteter Mieten verpflichtet sei, als die tatsächliche Wohnfläche mehr als 10 % hinter einer Wohnfläche von 95 qm zurückbleibe.

B. Entscheidung des BGH

[7] Diese Beurteilung hält revisionsrechtlicher Nachprüfung nicht stand. Mit der gegebenen Begründung kann ein Anspruch der Kläger auf Rückzahlung weiterer 1.119,76 € (1.563,12 € abzüglich 443,36 €) nicht verneint werden.

I. Beschaffenheitsvereinbarung „ca. 100 qm“

[8] Rechtsfehlerfrei geht das Berufungsgericht allerdings davon aus, dass die Angabe einer Wohnfläche von "ca. 100 qm" als Beschaffenheitsvereinbarung anzusehen ist, die bei einer Abweichung von mehr als 10 % zum Nachteil des Mieters einen zur Minderung berechtigenden Sachmangel (§ 536 Abs. 1 Satz 1 BGB) der Mietsache darstellt (vgl. Senatsurteile vom 24. März 2004 - VIII ZR 295/03, NJW 2004, 1947, unter II 2 c; VIII ZR 44/03, NJW 2004, 2230, unter II 1; VIII ZR 133/03, WuM 2004, 268, unter II; vom 28. September 2005 - VIII ZR 101/04, WuM 2005, 712, unter II 2; vom 23. Mai 2007 - VIII ZR 231/06, NJW 2007, 2624, Tz. 12; VIII ZR 138/06, NJW 2007, 2626, Tz. 13; vom 16. September 2009 - VIII ZR 275/08, NJW 2009, 3421, Tz. 9; vom 28. Oktober 2009 - VIII ZR 164/08, NJW 2010, 292, Tz. 16 und vom 16. Dezember 2009 - VIII ZR 39/09, juris, Tz. 16; jeweils m.w.N.). Die Erheblichkeitsgrenze von 10 % gilt, wie das Berufungsgericht beachtet hat, auch dann, wenn der Mietvertrag - wie hier - zur Größe der Wohnung nur eine "ca."-Angabe enthält (Senatsurteile vom 24. März 2004 - VIII ZR 133/03, aaO; vom 22. April 2009 - VIII ZR 86/08, WuM 2009, 344, Tz. 14, und vom 8. Juli 2009 - VIII ZR 218/08, NJW 2009, 2880, Tz. 17). Der Zusatz "ca." lässt zwar erkennen, dass Toleranzen hingenommen werden sollen. Auch für solche Toleranzen ist jedoch die Grenze dort zu ziehen, wo die Unerheblichkeit einer Tauglichkeitsminderung der Mietsache (§ 536 Abs. 1 Satz 3 BGB) endet. Diese Grenze ist im Interesse der Praktikabilität und der Rechtssicherheit bei 10 % anzusetzen; eine zusätzliche Toleranz ist dann nicht mehr gerechtfertigt (vgl. Senatsurteil vom 24. März 2004 - VIII ZR 133/03, aaO).

II. Berechnung des Minderungsbetrages

[10] Das Berufungsgericht vertritt jedoch zu Unrecht die Auffassung, dem relativierenden Zusatz "ca." komme für die Bemessung der Minderungshöhe Bedeutung zu. Es will damit die Frage, in welcher Höhe ein

vorhandener Mangel der Mietsache eine Mietminderung rechtfertigt, nach anderen Kriterien beurteilen als das Vorliegen des Mangels selbst. Dieses Vorgehen ist weder mit den gesetzlichen Vorgaben noch mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Einklang zu bringen.

1. Mangel

[11] Ein Mangel liegt vor, wenn die Tauglichkeit der Mietsache zum vertragsgemäßen Gebrauch entweder aufgehoben oder jedenfalls gemindert ist (§ 536 Abs. 1 Satz 1, Satz 2 BGB). Dies erfordert eine für den Mieter nachteilige Abweichung des tatsächlichen Zustands der Mietsache vom vertraglich vor- ausgesetzten Zustand (vgl. Senatsurteile vom 17. Juni 2009 - VIII ZR 131/08, NJW 2009, 2441, Tz. 9; vom 23. September 2009 - VIII ZR 300/08, WuM 2009, 659, Tz. 11 m.w.N.; BGH, Urteil vom 21. September 2005 - XII ZR 66/03, NJW 2006, 899, Tz. 19). Ob dies der Fall ist, bestimmt sich in erster Linie nach den Vereinbarungen der Mietvertragsparteien über die Beschaffenheit der Mietsache (Senatsurteile vom 17. Juni 2009, aaO, Tz. 10, und vom 23. September 2009, aaO, jeweils m.w.N.). Bei einer Wohnflächenunterschreitung kommt dem relativierenden Zusatz "ca." keine eigenständige Bedeutung für die vereinbarte Sollbeschaffenheit zu. Denn ein zur Minderung berechtigender Mangel der Mietsache ist allein schon dann anzunehmen, wenn die tatsächliche Fläche von der im Mietvertrag angegebenen Quadratmeterzahl um mehr als 10 % nach unten abweicht (vgl. Senatsurteile vom 24. März 2004 - VIII ZR 133/03, aaO; vom 22. April 2009, aaO, und vom 8. Juli 2009, aaO). Ist dies der Fall, so ist auch die Tauglichkeit der Wohnung zum vertragsgemäßen Gebrauch gemindert, ohne dass es auf einen Nachweis einer konkreten Beeinträchtigung des Mieters durch die Flächenabweichung ankommt (Senatsurteile vom 24. März 2004 - VIII ZR 295/03, aaO, unter II 2 b, und vom 28. September 2005, aaO).

2. "ca"-Angabe ohne Bedeutung

[12] Anders als das Berufungsgericht meint, kann die Bemessung des dem Mieter bei einer solchen Flächenunterschreitung zustehenden Minderungsbetrages nicht nach hiervon abweichenden Maßstäben erfolgen. Die Minderung soll die Herabsetzung der Gebrauchstauglichkeit ausgleichen (vgl. § 536 Abs. 1 Satz 2 BGB). Sie ist Ausdruck des das Schuldrecht prägenden Äquivalenzprinzips. Durch sie soll die von den Vertragsparteien festgelegte Gleichwertigkeit zwischen den Leistungen des Vermieters - der Bereitstellung einer vertragsgemäßen Mietsache - und der Leistung des Mieters - der Mietzahlung - bei einer Störung auf der Vermieterseite wieder hergestellt werden (BGHZ 163, 1, 6; Senatsurteil vom 20. Juli 2005 - VIII ZR 347/04, NJW 2005, 2773, unter II 1 b). Da-

aus folgt, dass die Höhe des Minderungsbetrags dem Umfang der Mangelhaftigkeit zu entsprechen hat. Die Mangelhaftigkeit liegt aber schon darin, dass die Wohnfläche mehr als 10 % von der vereinbarten Quadratmeterzahl abweicht. Ist somit für die den Mangel begründende Minderung der Gebrauchstauglichkeit ungeachtet des "ca."-Zusatzes die im Mietvertrag vereinbarte Quadratmeterzahl maßgeblich, so kann für die Berechnung der diesem Mangel entsprechenden Mietminderung nicht mit Rücksicht auf den "ca."-Zusatz von einer abweichenden -kleineren- Sollgröße der Wohnung ausgegangen werden. Vielmehr ist auch in diesem Fall die Miete entsprechend der prozentualen Flächenabweichung gemindert (Senatsurteil vom 24. März 2004 - VIII ZR 295/03, aaO, unter II 2 d; vgl. ferner Schmidt-Futterer/Börstinghaus,

Mietrecht, 9. Aufl., § 558 BGB Rdnr. 58; Sternel, Mietrecht aktuell, 4. Aufl., Rdnr. VIII 126; Kraemer, NZM 1999, 156, 161).

III. Kausalität gem. §§ 513, 546 ZPO

[13] Auf diesem Rechtsfehler beruht das Berufungsurteil. Da für die Berechnung der Minderung die Differenz zwischen der angegebenen Quadratmeterzahl und der tatsächlichen Wohnfläche maßgebend ist, steht den Klägern - unabhängig von der Frage, ob die Terrassenfläche bei der Ermittlung der Wohnfläche zu berücksichtigen ist - in jedem Fall ein über die von den Tatsacheninstanzen zuerkannten Beträge hinausgehender Rückzahlungsanspruch zu (§ 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB).

Standort: Kaufrecht

Problem: Öffentliche Versteigerung

BGH, URTEIL VOM 24.02.2010

17 VIII ZR 71/09 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Die Kl., die hobbymäßig ein Gestüt betreibt, ersteigerte am 29.01.2005 im Rahmen einer vom Bekl. veranstalteten Auktion die Stute „G“ zum Preis von rund 160.000 €. Die Versteigerung wurde von dem nach § 34 b I 1 GewO öffentlich bestellten Versteigerer I. durchgeführt. Die Auktionsbedingungen sehen zum einen eine Verkürzung der Verjährung von Mängelansprüchen bei Verbrauchern gem. § 13 BGB auf ein Jahr nach Gefahrübergang vor. Zum anderen schließt der Bekl. in den Auktionsbedingungen sämtliche Haftung aus, soweit nicht eine konkrete Beschaffenheit vereinbart ist. Nach der Übergabe der Stute, stellte sich heraus, dass diese „freikoppt“. Hierbei handelt es sich um eine Verhaltensauffälligkeit, die die Haltung des Pferdes als auch die Zucht beeinträchtigt und zu einem erheblichen Minderwert führt. Die Kl. verlangte Rückerstattung des Kaufpreises Zug um Zug gegen Rückgewähr des Pferdes sowie Aufwendungsersatz, insg. rund 187.000 €.

Die Klage ist in den Vorinstanzen erfolglos geblieben. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihr Klagebegehren weiter. Die Revision hat Erfolg.

Prüfungsrelevanz:

Die Entscheidung zeigt eine Ausnahme von den Verbraucherschützenden Vorschriften in §§ 474 ff. BGB auf. Diese sind gem. § 474 I 2 BGB nämlich nicht anwendbar, wenn eine gebrauchte Sache in einer öffentlichen Versteigerung (§ 383 III BGB) gekauft wird und der Verbraucher an dieser persönlich teilnehmen

kann.

Ein Rückzahlungsanspruch der Kl. kam hier gem. §§ 437 Nr. 2, 323, 346 BGB in Betracht. Das sog. „Freikoppen“ ist als Mangel i.S.d. § 434 I 1 BGB anerkannt – es wurde bereits in der nicht mehr gültigen „Verordnung betreffend die Hauptmängel und Gewährfristen beim Viehhandel“ als sog. Hauptmangel eingestuft (§ 1 I Ziff. 6 ViehHdlMV). Problematisch war jedoch das Vorliegen des Mangels im Zeitpunkt des Gefahrübergangs, also bei Übergabe gem. § 446 S. 1 BGB. Sofern die Voraussetzungen des § 474 I 2 BGB vorliegen, könnte sich die Kl. nämlich nicht auf § 476 BGB berufen und würde demnach die Beweislast tragen (vgl. auch § 363 BGB).

Die Stute ist zunächst als „gebraucht“ i.S.d. § 474 I 2 BGB anzusehen, da sie bei Verkauf bereits sechs Jahre alt mehrfach ausgebildet und geritten worden war. Die Kl. hatte insbesondere vorgetragen, dass die erfolgte Versteigerung nicht als eine solche i.S.v. § 474 I 2 BGB bzw. § 383 III BGB einzustufen sei, da der öffentlich bestellte Versteigerer nicht gleichzeitig auch Veranstalter der Versteigerung war. Diese Ansicht teilen das Berufungsgericht und der Senat jedoch nicht. Zwar lasse das Verb „erfolgen“ in § 383 III BGB noch offen, ob das Gesetz es als genügend ansehe, wenn der Versteigerer die Auktion nur leitet, nicht aber als Veranstalter auftritt. Doch sei dem Gesetz zu entnehmen, dass der Gesetzgeber der Integrität der zur Versteigerung berufenen Personen entscheidendes Gewicht beimisst. Diese Integrität bestehe aber unabhängig davon, ob der öffentlich bestellte Versteigerer auch Veranstalter der Auktion ist.

Auch das Merkmal der „Öffentlichkeit“ der Versteigerung (§ 383 III 2 BGB) ist gegeben. Hierzu ist, anders als von der Kl. gerügt, ein freier Zutritt und eine öffentliche Bekanntmachung ausreichend. Die §§ 474 ff.

BGB waren daher nicht zugunsten der Kl. anwendbar. Da sie - jedenfalls nach Ansicht des Berufungsgerichts - hinsichtlich des Zeitpunkts des Vorliegens des Mangels beweisfällig geblieben ist, war der Anspruch aus §§ 437 Nr. 2, 323, 346 BGB abzulehnen.

Anders als das Berufungsgericht beurteilt der Senat jedoch die Auktionsbedingungen: Da die zweite Klausel einen umfassenden Haftungsausschluss ohne Rücksicht auf die Rechtsgüter bzw. den Verschuldensmaßstab vorsieht, ist die Klausel wegen Verstoßes gegen § 309 Nr. 7 a) und b) BGB unwirksam. Darüberhinaus kritisiert der Senat die Ausführungen des Berufungsgerichts zur Beweisfähigkeit. Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts gebe es hinreichende Anknüpfungstatsachen für die Einholung eines Sachverständigengutachtens. Das Berufungsurteil war daher aufzuheben und zur erneuten Entscheidung an das Oberlandesgericht zurückzuverweisen.

Zwar beinhaltet die Entscheidung keine neuen Erkenntnisse, doch sensibilisiert sie für die Ausnahmen von den §§ 474 ff. BGB, die nicht selten übersehen werden. Gerade im Zusammenhang mit dem Pferdekauf sind hier aber Besonderheiten zu beachten: Wäre § 476 BGB vorliegend anwendbar gewesen, hätten insbesondere die Ausnahmetatbestände „Unvereinbarkeit mit der Art der Sache“ bzw. „Unvereinbarkeit mit der Art des Mangel“ beachtet werden müssen. Auch die Frage, ob es sich bei dem Tier um eine gebrauchte Sache i.S.d. §§ 474 I 2, 475 II BGB handelt, kann problematisch sein.

Vertiefungshinweise:

- Tier als gebrauchte Sache: *BGH*, RA 2006, 457 = *NJW* 2006, 2250; *v. Westphalen*, *ZGS* 2005, 210 [214]; *Westermann*, *ZGS* 2005, 342 [347]
- Begriff der öffentlichen Versteigerung: *BGH*, *NJW* 2006, 613
- Versteigerungsrecht nach der Schuldrechtsreform: *Müller-Katzenburg*, *NJW* 2006, 553
- Haftung des Auktionators für Echtheit eines antiken Schanks: *OLG Düsseldorf*, *NJW-RR* 1993, 1522

Leitsatz:

Der Begriff der öffentlichen Versteigerung im Sinne von § 383 Abs. 3, § 474 Abs. 1 Satz 2 BGB setzt nicht voraus, dass ein nach § 34b Abs. 5 GewO öffentlich bestellter Versteigerer, der eine Auktion durchführt, auch Veranstalter der Auktion ist.

Sachverhalt:

Die Klägerin betreibt zu ihrem Hobby ein Gestüt. Der Beklagte, ein Pferdezuchtverband, veranstaltet regelmäßig gewerbliche Auktionen, anlässlich derer Pferde versteigert werden, so auch am 29. Januar 2005. Im

Rahmen dieser Auktion ersteigerte der Ehemann der Klägerin - ob in Stellvertretung für die Klägerin oder für sich selbst, ist zwischen den Parteien streitig - für 159.774,75 € die Stute "G.", deren Haltung in der Folgezeit die Klägerin übernahm. Die Versteigerung wurde von dem nach § 34b Abs. 1 Satz 1 GewO öffentlich bestellten Versteigerer I. durchgeführt. Der Beklagte wurde nach den von ihm als Veranstalter gestellten Auktionsbedingungen als Kommissionär des jeweiligen Einlieferers Vertragspartner der Ersteigerer. In Abschnitt "E. Haftung des Verbandes" enthalten die Auktionsbedingungen des Beklagten unter anderem folgende Klauseln:

"Der Verband haftet für Sachmängel für die unter dem Abschnitt D angegebenen Beschaffenheitsmerkmale nach den gesetzlichen Vorschriften mit folgenden Einschränkungen [...]:

"g) Sämtliche Ansprüche aus der Mängelhaftung verjähren bei Verbrauchern im Sinne von § 13 BGB innerhalb von einem Jahr nach Gefahrübergang [...]

h) Außerhalb der vereinbarten Beschaffenheitsmerkmale haftet der Verband und der Aussteller nicht. In soweit werden die Pferde verkauft - wie besichtigt und geritten - unter Ausschluss jedweder Sachmängelhaftung."

Nach Übergabe von "G." am 29./30. Januar 2005 stellte die Klägerin Mitte März 2005 fest, dass die Stute "freikoppte". Dabei handelt es sich um eine nicht selten anzutreffende Verhaltensauffälligkeit bei Pferden, die sowohl die Haltung des Pferdes als auch die Zucht beeinträchtigt und daher zu einem erheblichen Minderwert führt.

Die Klägerin nimmt den Beklagten aus eigenem, jedenfalls abgetretenem Recht auf Rückerstattung des Kaufpreises Zug um Zug gegen Rückgewähr des Pferdes und auf Ersatz aller ihr nach Übergabe des Pferdes entstandenen Aufwendungen, insgesamt 187.411,34 €, in Anspruch. Darüber hinaus begehrt sie Feststellung zum einen, dass der Beklagte verpflichtet ist, ihr die notwendigen Aufwendungen für die Stute "G." seit dem 1. Januar 2006 bis zur tatsächlichen Abholung des Pferdes am Stall der Klägerin und die Kosten der Ausbildung des Pferdes seit dem 1. März 2005 bis zur Abholung des Pferdes zu erstatten, zum anderen, dass sich der Beklagte seit dem 16. Februar 2006 in Annahmeverzug befindet.

Aus den Gründen:

Die Revision hat Erfolg.

A. Entscheidung des Berufungsgerichts

[6] Das Berufungsgericht hat im Wesentlichen ausgeführt:

[7] Die Voraussetzungen eines Rücktrittsrechts der Klägerin gemäß § 437 Nr. 2 BGB ließen sich nicht feststellen, da die Klägerin nicht bewiesen habe, dass

die Stute "G." bei Gefahrübergang mangelhaft im Sinne des § 434 BGB gewesen sei. Zwar handele es sich bei dem "Freikoppen" um eine echte Verhaltensstörung mit Krankheitswert und somit um einen Sachmangel im Sinne des § 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BGB, denn ein Pferd mit diesem psychischen Defekt entspreche nicht mehr der berechtigten Käufererwartung. Unstreitig werde hierdurch auch die Tauglichkeit des Pferdes für die Zucht beeinträchtigt. Die erhobenen Beweise ließen jedoch keinen hinreichenden Schluss auf die Feststellung zu, dass "G." bereits bei Gefahrübergang gekoppt habe. Für die Einholung eines von der Klägerin beantragten Sachverständigengutachtens zum Beweis der Tatsache, dass der Mangel bereits bei Gefahrübergang vorgelegen habe, fehlten die Anknüpfungstatsachen. Keiner der vernommenen Zeugen habe ein Koppen vor Übergabe an die Klägerin beobachtet. Erstmals sei die Verhaltensauffälligkeit nach der Übergabe des Pferdes, nämlich Mitte März 2005, festgestellt worden. Daraus könne nicht der Schluss gezogen werden, dass die Untugend auch bereits bei Gefahrübergang am 29./30. Januar 2005 vorgelegen habe.

[8] Die Vermutung des § 476 BGB streite für die Klägerin nicht, da die Vorschrift gemäß § 474 Abs. 1 Satz 2 BGB unanwendbar sei. "G." sei als gebrauchte Sache im Rahmen einer öffentlichen Versteigerung verkauft worden, an der eine persönliche Teilnahme möglich gewesen sei. Bei "G." handele es sich gemäß § 90a Satz 3 BGB um eine bewegliche Sache. Das Pferd sei auch gebraucht gewesen, denn es sei bereits vor dem Verkauf mehrfach geritten und ausgebildet worden. Im Übrigen könne bei einer zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses bereits fast sechs Jahre alten Stute nicht mehr von einer "neuen Sache" die Rede sein.

[9] Die Auktion vom 29. Januar 2005 sei als öffentliche Versteigerung im Sinne des § 474 Abs. 1 Satz 2 BGB anzusehen. Hierfür reiche es aus, dass die Versteigerung von einem öffentlich bestellten Versteigerer im Sinne des § 34b Abs. 5 GewO durchgeführt werde. Dass vorliegend der Beklagte und nicht der die Veranstaltung leitende Versteigerer der Veranstalter der Auktion vom 29. Januar 2005 gewesen sei, stehe der Annahme einer öffentlichen Versteigerung im Sinne des § 474 Abs. 1 Satz 2 BGB nicht entgegen. Weder der Wortlaut des § 383 Abs. 3 BGB noch der Schutzzweck der §§ 474 ff. BGB setzten voraus, dass der die Auktion leitende Versteigerer auch als Veranstalter aufzutreten habe und die Auktionsbedingungen stellen oder zumindest überprüft haben müsse. Im Übrigen unterlägen die Auktionsbedingungen als Allgemeine Geschäftsbedingungen ohnehin der Inhaltskontrolle nach §§ 307 ff. BGB. Auch die Versteigerungsverordnung stelle keine weiteren Anforderungen an die Öffentlichkeit der Versteigerung. Letztlich sei die Versteigerung auch in ausreichender Weise öffent-

lich bekannt gemacht worden. Insoweit sei nicht mehr erforderlich als ein freier Zutritt und eine öffentliche Bekanntmachung der Versteigerung. Beide Voraussetzungen seien hier gegeben. Insbesondere sei ausreichend, dass die im Einzelfall interessierten Kreise der Öffentlichkeit mit der Bekanntmachung erreicht würden. Davon könne hier ausgegangen werden, da unstreitig auf die bevorstehende Auktion jedenfalls in einem Teil der Tagespresse hingewiesen und die Veranstaltung darüber hinaus durch Übersendung des Veranstaltungskalenders der N. halle GmbH unter anderem an die Stadt V. bekannt gemacht und Auktionskataloge an Interessierte versandt worden seien.

B. Entscheidung des BGH

[10] Diese Beurteilung des Berufungsgerichts hält rechtlicher Nachprüfung nicht in allen Punkten stand.

I. Keine Beweislastumkehr, da kein Verbrauchsgüterkauf

[11] Zutreffend hat das Berufungsgericht allerdings angenommen, dass im Streitfall die Vorschriften über den Verbrauchsgüterkauf und damit auch die der Klägerin günstige Beweislastumkehr nach § 476 BGB gemäß § 474 Abs. 1 Satz 2 BGB unanwendbar sind, weil die Stute "G." als gebrauchte Sache in einer öffentlichen Versteigerung (§ 383 Abs. 3 BGB) verkauft wurde, an der eine persönliche Teilnahme möglich war.

I. Öffentliche Versteigerung

[12] Der Begriff der öffentlichen Versteigerung in § 474 Abs. 1 Satz 2 BGB deckt sich mit dem des § 383 Abs. 3 BGB. Denn nach Sinn und Zweck der Vorschriften über den Verbrauchsgüterkauf soll der Verkäufer dem Verbraucher gegenüber grundsätzlich für die Vertragsmäßigkeit der Kaufsache haften. Eine Abweichung von diesem Grundsatz ist im Rahmen von Auktionen nur in solchen Fällen hinnehmbar, in denen sie entweder - wie zum Beispiel im Fall der Versteigerung von Fundsachen - im Interesse der versteigernden öffentlichen Hand geboten ist oder in denen - bei einer Versteigerung im privaten Interesse - der Versteigerer aufgrund seiner Person eine gesteigerte Gewähr für die ordnungsgemäße Durchführung der Versteigerung einschließlich einer zutreffenden Beschreibung der angebotenen Gegenstände bietet. Dies ist bei dem im Hinblick auf besondere Sachkunde gemäß § 34b Abs. 5 GewO allgemein öffentlich bestellten Versteigerer anzunehmen; das Gewerberecht sieht die öffentliche Bestellung eines Versteigerers vor, um dem Publikum die Möglichkeit zu geben, sich solcher Personen zu bedienen, denen bei Ausübung ihres Gewerbes gesetzlich eine besondere Glaubwürdigkeit beigelegt ist oder die vermöge der öffentlichen Anstellung besondere Gewähr für Zuverlässigkeit und Tüchtigkeit bieten

(Senatsurteil vom 9. November 2005 - VIII ZR 116/05, NJW 2006, 613, Tz. 14). Da der die Auktion im Streitfall leitende Versteigerer I. gemäß § 34b Abs. 5 GewO öffentlich bestellter Versteigerer für "Vieh" war, ist diese Voraussetzung vorliegend erfüllt.

2. Versteigerer muss nicht zugleich Veranstalter der Auktion sein

[13] Rechtsfehlerfrei hat das Berufungsgericht ferner angenommen, dass der die Auktion leitende öffentlich bestellte Versteigerer nicht zugleich Veranstalter der Auktion sein muss, um die Bereichsausnahme des § 474 Abs. 1 Satz 2 BGB zu rechtfertigen.

[14] Nach dem Wortlaut des § 383 Abs. 3 Satz 1 BGB hat die Versteigerung "durch einen für den Versteigerungsort bestellten Gerichtsvollzieher oder zu Versteigerungen befugten anderen Beamten oder öffentlich angestellten Versteigerer öffentlich zu erfolgen (öffentliche Versteigerung)". Das Verb "erfolgen" lässt es zwar offen, ob das Gesetz es als genügend ansieht, dass der Versteigerer die Auktion nur durchführt/leitet, oder ob die Vorschrift darüber hinaus verlangt, dass der Versteigerer auch als Veranstalter der Auktion auftritt. Auch die Gesetzesmaterialien geben hierüber keinen Aufschluss. Allerdings begrenzt das Gesetz den Kreis der zur öffentlichen Versteigerung befugten Personen auf den Gerichtsvollzieher, andere zur Versteigerung befugte Beamte, wozu auch Notare zählen (§ 20 Abs. 3 BNotO), und öffentlich angestellte (= bestellte) Versteigerer. Daraus wird deutlich, dass der Gesetzgeber der Integrität der zur Versteigerung berufenen Personen, die in besonderer Sachkunde, Gewissenhaftigkeit und Neutralität ihren Ausdruck findet, entscheidendes Gewicht beimessen wollte. Die Gewähr dieser Integrität bietet der öffentlich bestellte Versteigerer indes unabhängig davon, ob er auch Veranstalter der Auktion ist. Denn nach § 34b Abs. 5 Satz 1 GewO sind nur "besonders sachkundige Versteigerer" allgemein öffentlich zu bestellen. Diese sind gemäß § 34b Abs. 5 Satz 3 GewO darauf zu vereidigen, dass sie ihre Aufgaben "gewissenhaft, weisungsfrei und unparteiisch" erfüllen werden. Durch den Eid wird der Versteigerer darauf verpflichtet, sein sachkundiges Wissen und seine Erfahrungen hinsichtlich der zu versteigernden Sachen in neutraler, die Interessen der Einlieferer- und Bieterseite gleichermaßen berücksichtigender Weise in die Vorbereitung, die Durchführung und den Abschluss der Versteigerung einzubringen. Dies schließt es mit ein, dass der öffentlich bestellte Versteigerer die zu versteigernden Sachen nach seinem Kenntnisstand darauf zu überprüfen hat, ob sie im Auktionskatalog des Veranstalters zutreffend beschrieben sind. Auch wird er den Versteigerungsauftrag ablehnen müssen, wenn der Auktion offensichtlich rechtswidrige Bedingungen zugrunde liegen. In diesem, dem öffentlich bestellten Versteige-

rer durch die Gewerbeordnung auferlegten Pflichtenkreis ist die Rechtfertigung zu sehen, auch die im privaten Interesse durchgeführten öffentlichen Versteigerungen, an denen eine persönliche Teilnahme möglich ist, von den Schutzvorschriften des Verbrauchsgüterkaufs freizustellen (vgl. Reuter, ZGS 2005, 88, 91 f.).

3. Öffentlichen Bekanntmachung

[15] Entgegen der Auffassung der Revision fehlt es auch nicht an der öffentlichen Bekanntmachung von Zeit und Ort der Versteigerung unter allgemeiner Bezeichnung der Sache (§ 383 Abs. 3 Satz 2 BGB) durch den Beklagten. Nach den tatbestandlichen Feststellungen des Berufungsgerichts ist zwischen den Parteien unstrittig geblieben, dass der Beklagte für die Auktion vom 29. Januar 2005 in V. einen Katalog erstellen ließ, der am 7. Januar 2005 an Interessenten verschickt wurde. Weiter stellt das Berufungsgericht fest, dass die N. halle- GmbH mit Schreiben vom 15. Dezember 2004 einen Veranstaltungskalender für das Jahr 2005 an den Polizeiabschnitt des Landkreises V., den Landkreis V. und verschiedene Ämter der Stadt Verden übersandt hat, in dem unter näherer Bezeichnung des Gegenstandes der Versteigerung die "Winterauktion" des Beklagten in der N. halle vom 29. Januar 2005 angekündigt worden war. Darüber hinaus ist den Feststellungen des Berufungsgerichts zu entnehmen, dass in der Tageszeitung "V. Nachrichten" vom 21. Januar 2005 auf die Auktion des Beklagten vom 29. Januar 2005 hingewiesen wurde. Diese Feststellungen tragen die rechtliche Würdigung des Berufungsgerichts, dass damit Zeit und Ort der Versteigerung unter allgemeiner Bezeichnung der Sache öffentlich bekannt gemacht wurden. Soweit die Revision rügt, die im Berufungsurteil als unstrittig dargestellten Maßnahmen des Beklagten seien von der Klägerin bestritten worden, kann sie damit schon deshalb nicht durchdringen, weil der Senat insoweit in Ermangelung eines Tatbestandsberichtigungsantrags gemäß § 314 ZPO an die tatbestandlichen Feststellungen des Berufungsurteils gebunden ist.

II. Mangelhaftigkeit der Kaufsache bei Gefahrübergang

[16] Die Beurteilung des Berufungsgerichts, die Klägerin habe den infolge der Unanwendbarkeit des § 476 BGB ihr obliegenden Beweis der Mangelhaftigkeit der Kaufsache bei Gefahrübergang nicht geführt, ist indes nicht frei von Rechtsfehlern.

1. Kein Gewährleistungsausschluss

[17] Der Anspruch der Klägerin scheidet allerdings nicht - was das Berufungsgericht aus seiner Sicht folgerichtig offen lässt - an dem in den Auktionsbedingungen des Beklagten enthaltenen Gewährleistungsausschluss.

[18] Bei den von dem Beklagten gestellten Auktionsbedingungen handelt es sich um der Inhaltskontrolle nach §§ 307 ff. BGB unterliegende Allgemeine Geschäftsbedingungen. Der dort in Abschnitt E unter Buchstabe h geregelte Gewährleistungsausschluss für Sachmängel, die nicht in der Abweichung von vereinbarten Beschaffenheitsmerkmalen bestehen, erfasst für Sachmängel im Sinne des § 434 Abs. 1 Satz 2 BGB auch Schadensersatzansprüche des Pferdekäufers wegen Körper- und Gesundheitsschäden infolge eines Mangels sowie wegen sonstiger mangelbedingter Schäden, die auf grobem Verschulden (der Organe) des Beklagten oder seiner Erfüllungsgehilfen beruhen. Für derartige Schäden ist ein Ausschluss oder eine Begrenzung der Haftung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen gemäß § 309 Nr. 7 Buchst. a und b BGB unwirksam. Da die Klausel derartige Schäden nicht ausnimmt und die darin liegende unangemessene Benachteiligung des Pferdekäufers nicht durch Abtrennung eines unwirksamen Klauselteils behoben werden kann, ist der in Abschnitt E unter Buchstabe h vorgesehene Gewährleistungsausschluss insgesamt gemäß § 309 Nr. 7 Buchst. a und b BGB unwirksam (vgl. Senatsurteil vom 15. November 2006 - VIII ZR 3/06, NJW 2007, 674, Tz. 21).

2. Hinreichender Beweisantritt

[19] Die Klägerin kann jedoch nicht mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung als beweisfällig angesehen werden, für die Einholung eines von ihr beantragten Sachverständigengutachtens zur Mangelhaftigkeit der verkauften Stute bei Gefahrübergang fehle es an hinreichenden Anknüpfungstatsachen.

a. Sachverständigengutachten angeboten

[20] Die Klägerin hat, wie die Revision mit Recht geltend macht, unter Beweisantritt vorgetragen, dass der Tierarzt K. bei einer Untersuchung der Stute am 19. April 2005 nicht nur die Verhaltensauffälligkeit des "Freikoppens" festgestellt habe, sondern darüber hinaus einen "deutlichen Abschleiß" zweier Zähne. Dieser Abschleiß - so der Vortrag der Klägerin - könne durch sogenanntes "Barrenwetzen" hervorgerufen worden sein, eine weitere Verhaltensauffälligkeit, die unter Umständen als Vorstufe des Koppens gewertet werden könne. Auf der Grundlage dieses Befundes hat die Klägerin durch Vorlage eines am 25. August 2006 von dem Veterinär Prof. Dr. S. erstellten Privatgutachtens ihren Vortrag dahin vertieft, aus dem von dem Zeugen K. beschriebenen Befund lasse sich ableiten, dass die Stute - bezogen auf den Zeitpunkt der Feststellung des Schadens an den Zähnen (19. April 2005) - "schon mindestens sechs Monate" vorher gekoppt haben müsse. Dieser Vortrag der Klägerin steht insoweit im Einklang mit der vorgelegten tierärztlichen Bescheinigung des Zeugen K., als dort ausgeführt wird,

dass sich die Stute durch die Anwesenheit des Untersuchers nicht habe stören lassen und die Art und Weise, wie der Koppvorgang begonnen und ausgeführt worden sei, "mit hoher Wahrscheinlichkeit auf eine schon länger andauernde Verhaltensstörung" schließen lasse.

b. Hinreichender Sachvortrag der Kl.

aa. Ansicht des Berufungsgerichts

[21] Diesen Vortrag der Klägerin hat das Berufungsgericht mit der Erwägung als unzureichend angesehen, der Umfang des Zahnabriebs sei nicht quantifiziert worden. Deshalb ließen sich Rückschlüsse auf den Zustand des Gebisses im Zeitpunkt des Gefahrübergangs am 29./30. Januar 2005 und ein bereits damals vorliegendes "Barrenwetzen" oder "Aufsetzkoppen", das wiederum Rückschlüsse auf das später allein festgestellte "Freikoppen" erlauben könnte, nicht mehr ziehen. Auch der mit dem Privatgutachten des Veterinärs Prof. Dr. S. eingeführte Vortrag der Klägerin ergebe nichts anderes. Die schriftlichen Äußerungen seien widersprüchlich, da er einerseits in dem Privatgutachten vom 25. August 2006 als sicher angenommen habe, dass die Stute bereits mindestens sechs Monate vor dem 19. April 2005 gekoppt haben müsse, andererseits aber in seiner schriftlichen Stellungnahme vom 8. Dezember 2006 nur noch von einem nachweisbaren Zeitraum von drei Monaten vor dem 19. April 2005 ausgegangen sei. Zudem erlaubten die Ausführungen von Prof. Dr. S. allenfalls den Rückschluss, dass die Stute ausgehend von dem (angeblich) festgestellten Zahnabschleiß entweder bei Gefahrübergang "Aufsetzkopperin" oder "Barrenwetterin" gewesen sei, nicht aber, dass sie sicher bereits bei Gefahrübergang (frei-)gekoppt habe; denn die entgegenstehende Schlussfolgerung stehe offensichtlich im Widerspruch zur vorangegangenen Feststellung, der Abschleiß könne nur entweder durch "Aufsetzkoppen" oder durch "Barrenwetzen" entstanden sein.

bb. Ansicht des BGH

[22] Mit dieser Begründung kann das Vorliegen ausreichender Anknüpfungstatsachen für ein Sachverständigengutachten nicht verneint werden.

[23] Zum einen muss die Beantwortung der Frage, ob der von dem Zeugen K. unter Vorlage einer Skizze beschriebene Zahnabrieb Rückschlüsse auf ein "Freikoppen" bereits bei Gefahrübergang zulässt, einem Sachverständigen vorbehalten bleiben, denn das Berufungsgericht hat eine eigene Sachkunde auf dem Fachgebiet der Veterinärwissenschaft nicht dargelegt. Die Würdigung des Berufungsgerichts stellte sich nur dann als verfahrensfreier dar, wenn sich der Mangel des "Freikoppens" ausschließlich durch eine visuelle Beobachtung des Pferdes feststellen ließe und der

durch "Barrenwetzen" verursachte Zahnabrieb ausschließlich als eine mögliche Vorstufe des "Aufsetzkoppens" und nicht auch des "Freikoppens" angesehen werden könnte. Hierzu stellt das Berufungsgericht indes nichts fest.

[24] Zum anderen berührt der vom Berufungsgericht gesehene Widerspruch in den schriftlichen Stellungnahmen von Prof. Dr. S. den hier entscheidenden Punkt nicht, denn der Zeitpunkt des Gefahrübergangs am 29./30. Januar 2005 lag, vom Untersuchungstag (19. April 2005) zurückgerechnet, innerhalb beider von ihm angegebenen Zeiträume. Der von der Klägerin beantragte Sachverständigenbeweis hätte somit erhoben werden müssen.

III. Keine Verjährung

[25] Entgegen der Auffassung der Revisionserwidrerung stellt sich das Berufungsurteil auch nicht deswegen als im Ergebnis richtig dar (§ 561 ZPO), weil die Klageforderung verjährt wäre. Denn eine abschließende Beurteilung dieser Frage ist auf der Grundlage der vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen nicht möglich.

Bei Klageerhebung im Februar 2006 war die Verjährungsfrist für die eingeklagten Ansprüche, die ungeachtet der in den Auktionsbedingungen des Beklagten vorgesehenen Abkürzung auf zwölf Monate gemäß § 438 Abs. 1 Nr. 3 BGB zwei Jahre beträgt (vgl. Senatsurteil vom 15. November 2006, aaO, Tz. 17 ff.), noch nicht abgelaufen. Die Klageerhebung hat die Verjährung nur unter der Voraussetzung nicht gehemmt, dass auch unter der Geltung des § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB - ebenso wie nach § 209 Abs. 1 BGB aF für die Unterbrechung der Verjährung - nur eine Klage des Berechtigten die Verjährung hemmen kann (offen gelassen von BGH, Urteil vom 7. Januar 2008 - II ZR 283/06, NJW-RR 2008, 860, Tz. 34) und der Klägerin diese Berechtigung, wovon die Revisionserwidrerung ausgeht, vor der mit ihrem Ehemann geschlossenen Abtretungsvereinbarung vom 25. Februar 2008 fehlte. Letzteres hat das Berufungsgericht als aus seiner Sicht nicht entscheidungserheblich ausdrücklich offen gelassen. Revisionsrechtlich ist daher die - vom Beklagten bestrittene - Behauptung der Klägerin als richtig zu unterstellen, sie sei bei der Auktion von ihrem Ehemann vertreten worden.

*Strafrecht***Standort: § 267 StGB****Problem: Scanausdruck als Urkunde**

BGH, BESCHLUSS VOM 27.02.2010
5 STR 488/09 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Der Angeklagte hatte Gelder, die aus illegalen Geschäften stammten, auf sein Schweizer Bankkonto überwiesen. Die kontoführende Bank weigerte sich jedoch, den Betrag auszuzahlen, solange der Angeklagte nicht nachweisen konnte, dass diese Gelder aus einer rechtmäßigen Quelle herrührten. Der Angeklagte hatte kurz zuvor einen notariellen Grundstückskaufvertrag abgeschlossen, den er eingescannt hatte. Die entsprechende Datei wurde entweder vom Angeklagten selbst oder einem Dritten so manipuliert, dass sie neue Adressen und insbesondere einen höheren Kaufpreis aufwies, der derjenigen Summe entsprach, die auf das Konto des Angeklagten überwiesen worden war. Einen Ausdruck der entsprechenden Datei übermittelte der Angeklagte per "Telekopie" (also Telefax) an die Bank, die deshalb davon ausging, dass das Geld aus einem - legalen - Grundstückskauf stammte und dieses den Anweisungen des Angeklagten entsprechend anlegte.

Das Landgericht Cottbus verurteilte den Angeklagten insbesondere wegen Urkundenfälschung, § 267 I 3. Fall StGB, durch die Übersendung des Faxes. Der BGH hob diese Verurteilung auf, da weder der Ausdruck der Scan-Datei noch das übermittelte Fax eine Urkunde darstellen würden und der Angeklagte deshalb auch keine unechte oder verfälschte Urkunde gebraucht habe.

Prüfungsrelevanz:

Urkundendelikte sind immer wieder Gegenstand von Examensklausuren. Dies liegt neben ihrer nicht ganz geringen praktischen Relevanz zum einen daran, dass sie einige interessante tatbestandsspezifische Probleme aufweisen, vor allem aber daran, dass sie sich ganz hervorragend mit Vermögensdelikten (insb. § 263 StGB) kombinieren lassen. Deswegen sind auch Grundkenntnisse zumindest der Standardprobleme der Urkundendelikte im Examen unbedingt erforderlich.

Ein klassisches Problem stellt insofern die Frage dar, ob Fotokopien Urkunden sein können. Der BGH hat sich diesbezüglich dahingehend geäußert, dass Fotokopien "grundsätzlich" keine Urkunden seien (BGHSt

23, 179). Ein Teil der Literatur versteht dies so, dass dies ein absolut geltender Grundsatz sei, sodass Fotokopien niemals Urkunden darstellen könnten (Keller, JR 1993, 300). Die OLG-Rechtsprechung und die herrschende Literatur hingegen gehen davon aus, dass Fotokopien ausnahmsweise doch Urkunden darstellen können, und zwar dann, wenn der Täter die Absicht hat, die Kopie nicht als Kopie sondern als Original zu benutzen (OLG Dresden, wistra 2001, 360; OLG Stuttgart, NJW 2006, 2869 = RA 2006, 634; Joecks, § 267 Rn 44; Lampe, StV 1989, 207).

Im vorliegenden Fall geht es nicht um eine "klassische" Fotokopie, sondern um den Ausdruck eines vorher eingescannten Dokuments. Es stellt jedoch keinen wesentlichen Unterschied dar, ob das Originaldokument auf einem Kopierer unmittelbar - ohne Zwischenspeicherung der entsprechenden Daten - ausgedruckt wird oder ob das Dokument gescannt, die entsprechenden Daten gespeichert werden und dann die Datei ausgedruckt wird. Deshalb hat der BGH den Scanausdruck auch genauso behandelt wie eine "normale" Fotokopie und eine Urkundsqualität abgelehnt, da von vornherein ausgeschlossen war, dass dieser Ausdruck als Original benutzt würde.

Auch mit der Urkundsqualität von Telefaxen befasst sich der BGH in der vorliegenden Entscheidung. Bei einem solchen handelt es sich aber letztlich auch um nur eine Kopie (der BGH benutzt in der vorliegenden Entscheidung sogar den etwas altmodischen Begriff "Telekopie"). Der Unterschied zur normalen Fotokopie besteht lediglich darin, dass ein Telefax nicht beim Besitzer des Originals entsteht sondern beim Empfänger. Deshalb geht die herrschende Meinung davon aus, dass sich die zur Fotokopie entwickelten Grundsätze auf das Telefax übertragen lassen (OLG Oldenburg, RA 2009, 547 = NSTZ 2009, 391; Fischer, § 267 Rn 12d; Beckemper, JuS 2000, 127). Da es bei einem Telefax aber, jedenfalls dann, wenn - wie im vorliegenden Fall - lediglich eine Kopie eines Schriftstücks und nicht ein "Briefersatz" gefaxt werden soll, ausgeschlossen ist, dass das Fax als Original benutzt wird, stellt ein Telefax somit keine Urkunde dar. So sieht es auch der BGH in der vorliegenden Entscheidung.

Vertiefungshinweise:

□ Zur Urkundsqualität von Kopien und Telefaxen: BGH, NJW 1997, 750; BayObLG, NJW 1989, 2553;

OLG Oldenburg, RA 2009, 547 = NStZ 2009, 391; *OLG Stuttgart*, RA 2006, 634 = NJW 2006, 2869; *Beck*, JA 2007, 423; *Beckemper*, JuS 2000, 123; *Ernst*, NJW 2007, 2661; *Jahn*, JuS 2006, 855; *Puppe*, NStZ 2001, 482

Kursprogramm:

Examenskurs: "Die Fotokopie"

Leitsätze (der Redaktion):

1. Das ausgedruckte Exemplar eines eingescannten Schriftstücks erfüllt den Urkundenbegriff nur dann, wenn die Reproduktion den Anschein einer von einem bestimmten Aussteller herrührenden Gedankenäußerung vermittelt, also einer Originalurkunde so ähnlich ist, dass die Möglichkeit einer Verwechslung nicht ausgeschlossen werden kann.

2. Ein Telefax stellt grundsätzlich keine Urkunde dar, da die beim Empfänger ankommende Telekopie eines existenten Schriftstücks ebenso wie die ("gewöhnliche") Fotokopie - für den Adressaten und jeden Außenstehenden offensichtlich - nur die bildliche Wiedergabe der in jenem Schriftstück verkörperten Erklärung und keine eigene Gedankenklärung enthält. Anderes ergibt sich auch nicht dann, wenn durch das Gerät des Empfängers auf der Telekopie die übliche Kurzbezeichnung des Absenders aufgedruckt gewesen ist. Ein solcher Aufdruck ist nicht etwa einer Beglaubigung gleichzusetzen.

Sachverhalt:

Angeklagte sagte dem Geschädigten zwischen Ende 2003 und Beginn 2004 zu, über ein von ihm in Thailand gehaltenes Bankkonto einen Zahlungsfluss des Geschädigten in Höhe von 571.000 € von Deutschland über Thailand in die Schweiz verschleiern zu helfen. Der Geschädigte wollte den Geldbetrag hierdurch dem Zugriff seiner damaligen Ehefrau im Rahmen eines bevorstehenden Scheidungsverfahrens entziehen. Da sich das Bankinstitut in Thailand mangels Herkunftsnachweises weigerte, die Weiterüberweisung in die Schweiz an eine andere Person als den Angeklagten durchzuführen, überwies der Angeklagte einen Teilbetrag von 520.000 € auf ein Schweizer Konto, dessen Inhaber er selbst war. Von dort aus wollte er den Betrag auf das Schweizer Konto des Geschädigten weiterleiten. Jedoch verlangte auch sein Schweizer Bankinstitut einen Beleg dafür, dass die Summe aus einer rechtmäßigen Quelle herrühre. Spätestens jetzt fasste der Angeklagte den Entschluss, die Geldmittel für sich selbst zu verwenden. Er täuschte den Geschädigten über den Verbleib des Geldes und brach dann den Kontakt ab.

Um das Geld anlegen zu können, gebrauchte der An-

geklagte gegenüber seiner Schweizer Bank eine manipulierte notarielle Urkunde über einen Grundstücksverkauf. Hierzu ging er wie folgt vor: Er verfügte über eine CD, auf der eine eingescannte Version des zwischen ihm und dem Geschädigten im September 2003 geschlossenen notariellen Kaufvertrages abgespeichert war. Die eingescannte Version war in mehreren Punkten verändert worden, wobei das Landgericht nicht festzustellen vermochte, dass der Angeklagte selbst die Manipulationen vorgenommen hatte. So war im Original die Wohnanschrift des Angeklagten in Deutschland aufgeführt. Diese war in eine Briefkastenanschrift in Thailand verändert. Der Kaufpreis von ehemals 80.000 € war auf 571.000 € erhöht, das Datum der Fälligkeit vom 1. November 2003 auf den 5. Februar 2004 verschoben. Darüber hinaus war in der verfälschten Version bestimmt, dass der Kaufpreis vom Geschädigten auf das Konto des Angeklagten in Thailand zu überweisen sei.

Anfang April 2004 druckte der Angeklagte die veränderte Version des Kaufvertrags aus. Er übermittelte sie am 5. April 2004 per Telekopie an seine Schweizer Bank. Die Bank akzeptierte den Nachweis und legte den größten Teil des Geldes zu seinen Gunsten in verschiedenen Fonds an.

Aus den Gründen:

1. Entscheidung des LG

[1 - 4] Das Landgericht hat den Angeklagten wegen Untreue in Tatmehrheit mit Urkundenfälschung zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von zehn Monaten verurteilt, deren Vollstreckung es zur Bewährung ausgesetzt hat. Die hiergegen mit Verfahrensrügen und der allgemeinen Sachrüge gerichtete Revision des Angeklagten erzielt den aus der Beschlussformel ersichtlichen Teilerfolg. [...]

2. Entscheidung des BGH

[5] Die Verfahrensrügen versagen aus den Gründen der Antragschrift des Generalbundesanwalts. Jedoch führt die revisionsrechtliche Nachprüfung auf die allgemeine Sachrüge hin zur Aufhebung des Schuldspruchs und zur Freisprechung wegen Urkundenfälschung, demzufolge zum Wegfall der verhängten Einzelgeldstrafe sowie der Gesamtfreiheitsstrafe.

a) Zur Strafbarkeit des Angeklagten wegen Untreue

[6] Die Verurteilung wegen Untreue wird entgegen der Auffassung der Verteidigung von den Feststellungen getragen. Namentlich steht der Anwendbarkeit des § 266 Abs. 1 StGB nicht entgegen, dass der durch den Geschädigten an den Angeklagten erteilte Auftrag rechtlich und sittlich missbilligten Zwecken diene (BGHSt 8, 254, 256 ff.; BGH NJW 1984, 800; Fischer, StGB 57. Aufl. § 266 Rdn. 46).

b) Zum Fehlen einer Strafbarkeit wegen Urkundenfälschung

[7] Demgegenüber hält die Verurteilung wegen Urkundenfälschung rechtlicher Prüfung nicht stand. Der Angeklagte hat weder durch das Ausdrucken des manipulierten Kaufvertrages eine unechte oder verfälschte Urkunde hergestellt noch hat er eine solche durch Versendung dieses Ausdrucks hergestellt oder gebraucht.

aa) Zum Fehlen der Urkundsqualität des Scanausdrucks

[8] Das ausgedruckte Exemplar des manipulierten Schriftstücks erfüllte den Urkundenbegriff nach § 267 Abs. 1 StGB nicht. Urkunden im Sinne des Strafrechts sind verkörperte Erklärungen, die ihrem gedanklichen Inhalt nach geeignet und bestimmt sind, für ein Rechtsverhältnis Beweis zu erbringen, und die ihren Aussteller erkennen lassen (st. Rspr.; vgl. etwa BGHSt 4, 60, 61; 24, 140, 141; Fischer aaO § 267 Rdn. 2 m.w.N.). Zwar kann im Wege computertechnischer Maßnahmen wie der Veränderung eingescannter Dokumente grundsätzlich eine (unechte) Urkunde hergestellt werden (vgl. BGHR StGB § 267 Abs. 1 Urkunde 5). Dafür muss die Reproduktion jedoch den Anschein einer von einem bestimmten Aussteller herührenden Gedankenäußerung vermitteln, also einer Originalurkunde so ähnlich sein, dass die Möglichkeit einer Verwechslung nicht ausgeschlossen werden kann (BayObLG NJW 1989, 2553, 2554; Fischer aaO § 267 Rdn. 12d).

[9] Daran fehlt es hier. Der bloße Ausdruck der Computerdatei wies nicht die typischen Authentizitätsmerkmale auf, die einen notariellen Kaufvertrag bzw. die Ausfertigung eines solchen prägen. Er spiegelte für den Betrachter erkennbar lediglich ein Abbild eines anderen Schriftstücks wider. Damit stand er einer bloßen Fotokopie gleich, der, sofern als Reproduktion erscheinend, mangels Beweiseignung sowie Erkennbarkeit des Ausstellers ebenfalls kein Urkundencharakter beizumessen ist (vgl. BGHSt 20, 17, 18 f.; 24, 140, 141 f. m.w.N.; BGH wistra 1993, 225; 341).

bb) Zum Fehlen der Urkundsqualität des Telefaxes

[10] Mit der Übermittlung des Schriftstücks per Telekopie und dessen Ausdruck auf dem Empfängergerät hat der Angeklagte desgleichen keine Urkunde hergestellt. Nicht anders als bei einer ("gewöhnlichen") Fotokopie enthält die beim Empfänger ankommende Telekopie eines existenten Schriftstücks - für den

Adressaten und jeden Außenstehenden offensichtlich - nur die bildliche Wiedergabe der in jenem Schriftstück verkörperten Erklärung (vgl. OLG Zweibrücken NJW 1998, 2918; OLG Oldenburg NSTZ 2009, 391; Erb in MünchKommStGB § 267 Rdn. 89; Zieschang in LK 12. Aufl. § 267 Rdn. 125; Fischer aaO § 267 Rdn. 12d; Beckemper JuS 2000, 123). Eine Beweisbedeutung kann ihr demgemäß mangels Erkennbarkeit eines Ausstellers und damit verbundener eigener Garantiefunktion für die Richtigkeit des Inhalts (vgl. BGH wistra 1993, 341) jedenfalls unter den hier gegebenen Umständen (zu den in Betracht kommenden Fallgestaltungen Beckemper aaO) nicht beigemessen werden.

[11] Anderes ergibt sich auch nicht dann, wenn - was das Landgericht nicht ausdrücklich festgestellt hat - durch das Gerät des Empfängers auf der Telekopie die übliche Kurzbezeichnung des Absenders aufgedruckt gewesen ist. Ein solcher Aufdruck ist entgegen einer im Schrifttum vertretenen Auffassung (Cramer/Heine in Schönke/Schröder, StGB 27. Aufl. § 267 Rdn. 43 m.w.N.) nicht etwa einer Beglaubigung gleichzusetzen. Der Rechtsverkehr misst ihm eine solche Bedeutung ersichtlich nicht zu. Ferner bestätigt der Empfängeraufdruck nicht die inhaltliche Richtigkeit des versandten Schriftstücks (zur Lage bei der Beglaubigung BGHR StGB § 267 Abs. 1 Gebrauchmachen 4), sondern allenfalls, dass die eingegangene Telekopie vom Absender gemäß Aufdruck in das Telekopiergerät eingelegt und versandt worden ist. Insofern gibt er aber das Geschehene zutreffend wieder.

cc) Zum Fehlen eines tauglichen Tatobjekts für § 267 I 3. Fall StGB

[12] Da es dem übermittelten Schriftstück an der Qualität als Urkunde ermangelte (vgl. Buchstabe aa), liegt schließlich kein Gebrauchmachen von einem unechten oder verfälschten "originalen" Falsifikat vor (vgl. dazu BGHSt 24, 140, 142; Fischer aaO Rdn. 24).

3. Zum Fehlen weiterer Straftaten

[13] Andere Straftatbestände sind nicht erfüllt. Namentlich scheidet § 269 Abs. 1 StGB in der Form des Gebrauchmachens veränderter Daten aus. Denn das auf der CD gespeicherte und dann in den Arbeitsspeicher des Computers des Angeklagten eingelesene Abbild enthielt aus den Gründen zu Ziffer 2 a nicht die Merkmale einer Urkunde (vgl. BGHR StGB § 269 Verfälschen 1). [...]

Standort: §§ 247, 238 Nr. 5 StPO**Problem: Abwesenheit des Angeklagten**

BGH, URTEIL VOM 11.11.2009
5 STR 530/08 (NJW 2010, 1010)

Problemdarstellung:

In einem Verfahren gegen den Angeklagten vor dem Landgericht Berlin, in dem dieser insb. wegen Menschenhandels zum Zweck der sexuellen Ausbeutung, § 232 StGB, und Zuhälterei, § 181a StGB, angeklagt war, war eines der Opfer als Zeugin vernommen worden. Während dieser Vernehmung war der Angeklagte aus dem Gerichtssaal gem. § 247 StPO entfernt worden. Im Rahmen der Vernehmung der Zeugin wurde auch deren Terminkalender in Augenschein genommen, wohl um festzustellen, in welchem Umfang der Angeklagte das Leben der Zeugin kontrolliert hatte. Nach Abschluss der Vernehmung war der Angeklagte wieder in den Gerichtssaal geführt und von der Vorsitzenden gem. § 247 S. 4 StPO über den wesentlichen Inhalt der Zeugenvernehmung unterrichtet worden. Hierbei wurde auch der Kalender in Augenschein genommen.

Gegen das Urteil des LG Berlin, das den Angeklagten zu einer Gesamtfreiheitsstrafe verurteilt hatte, hatte dieser Revision eingelegt. Diese hatte er insb. auf einen Verstoß gegen § 338 Nr. 5 StPO gestützt. § 247 StPO erlaube nämlich nur die Entfernung des Angeklagten während einer Vernehmung, nicht jedoch während einer Augenscheinseinnahme. Da der Angeklagte aber auch während der Augenscheinseinnahme des Kalenders der Zeugin entfernt und deshalb nicht im Gerichtssaal anwesend war, habe zumindest dieser Teil der Hauptverhandlung in Abwesenheit einer Person, deren Anwesenheit das Gesetz vorschreibe (nämlich des Angeklagten) stattgefunden, sodass der absolute Revisionsgrund des § 338 Nr. 5 StPO vorliege. Der BGH hat diese Revision als unbegründet zurückgewiesen. Hierbei hat der BGH es offen gelassen, ob die Augenscheinseinnahme in Abwesenheit des Angeklagten überhaupt einen Verstoß gegen § 247 StPO darstelle, da dieser Verstoß jedenfalls geheilt worden sei.

Prüfungsrelevanz:

Die Prüfung von Revisionsgründen ist im zweiten Examen in Anwalts- oder Urteils Klausuren zum Revisionsverfahren (selbstverständlich) immer ein Schwerpunkt der Erörterungen. Auch in strafrechtlichen Aktenvorträgen und Prüfungsgesprächen des Assessorexamens sind solche Problemstellungen stets zu erwarten. Einen besonderen Klassiker stellt hierbei der absolute Revisionsgrund des § 338 Nr. 5 StGB dar, gerade wenn es um eine Entfernung des Angeklagten

gem. § 247 StPO geht. Insofern bringt die vorliegende Entscheidung nicht nur neue Erkenntnisse, der Senat befasst sich auch mit - allerdings nicht entscheidungsrelevanten - Rechtsfragen, die von verschiedenen BGH-Senaten unterschiedlich gelöst werden, sodass das vorliegende Urteil auch einen guten Aufhänger dafür bietet, die insofern bestehenden divergierenden Auffassungen zu beleuchten. Deshalb ist mit Sicherheit davon auszugehen, dass diese Entscheidung in Prüfungsaufgaben des zweiten Examens - in Prüfungsgesprächen, aber auch in Revisionsklausuren - eingebaut werden wird.

Gem. § 338 Nr. 5 StPO ist ein Urteil stets als auf einer Verletzung des Gesetzes beruhend anzusehen (und deshalb eine Revision gegen dieses Urteil stets begründet), wenn die Hauptverhandlung in Abwesenheit der Staatsanwaltschaft oder einer Person, deren Anwesenheit das Gesetz vorschreibt, stattgefunden hat. Insbesondere der Angeklagte gehört zu den Personen, deren Anwesenheit das Gesetz vorschreibt (BGHSt 24, 257; 30, 74; Meyer-Goßner, § 338 Rn. 40).

Es stellt jedoch keinen Fall des § 338 Nr. 5 StPO dar, wenn der Angeklagte nur bei einem unwesentlichen Teil der Hauptverhandlung (wie z.B. der mündlichen Eröffnung der Urteilsgründe, vgl. BGHSt 16, 178, 180; BGH, NStZ-RR 1998, 237; Meyer-Goßner, § 338 Rn. 38) nicht anwesend ist oder wenn seine Abwesenheit von der StPO ausdrücklich gestattet wird. Insofern erlaubt § 247 S. 1 StPO eine Entfernung des Angeklagten insb. dann, wenn zu befürchten ist, dass ein Zeuge in seiner Anwesenheit nicht die Wahrheit sagen werde. Im vorliegenden Fall war es wohl so gewesen, dass die Zeugin eine so große Angst vor dem Angeklagten hatte, dass zu befürchten war, dass sie in seiner Anwesenheit nicht die Wahrheit sagen werden, sodass dessen Entfernung beschlossen worden war.

Während der Zeit, in der der Angeklagte aus dem Gerichtssaal entfernt war, wurde jedoch nicht nur die Zeugin vernommen, auch deren Terminkalender wurde in die Beweisaufnahme eingeführt, indem die entsprechenden Eintragungen vom Gericht mit der Zeugin erörtert wurden. Der BGH führt in der vorliegenden Entscheidung aus, dass eine solche Vorgehensweise unproblematisch wäre, wenn sie lediglich einen Vorhalt des Inhalts des Kalenders darstellen würde, da ein Vorhalt keine eigene Beweisaufnahme, sondern lediglich einen Vernehmungsbehelf darstellt (BGHSt 34, 231, 235; BGH, NStZ 1985, 464; Meyer-Goßner, § 249 Rn. 28). Dann würde nämlich die Zulässigkeit der Entfernung des Angeklagten während der (gesamten) Vernehmung unter den Voraussetzungen des § 247 StPO auch die Entfernung während des Vernehmungsbehelfs erlauben (so auch BGH, NStZ 2003, 320;

Meyer-Goßner, § 247 Rn. 6).

Im vorliegenden Fall war jedoch nicht nur der Inhalt des Kalenders vorgehalten worden, sondern der Kalender selbst war als eigenständiges Beweismittel im Wege des Augenscheins gem. § 86 StPO in das Verfahren einbezogen worden. Da jedoch § 247 S. 1 StPO nur die Entfernung des Angeklagten während der Vernehmung eines Mitangeklagten oder Zeugen und nicht während einer Augenscheinseinnahme gestattet, wäre es denkbar, dass dieser Teil der Beweisaufnahme (also ein wesentlicher Teil der Hauptverhandlung) in Abwesenheit des Angeklagten und somit unter Verstoß gegen § 338 Nr. 5 StPO durchgeführt wurde.

Der im vorliegenden Fall für die Entscheidung zuständige 5. Strafsenat würde gerne den Begriff der Vernehmung i.S.v. §§ 247, 338 Nr. 5 StPO (parallel zur Rechtsprechung zu § 338 Nr. 6 StPO) weit auslegen und es auch als zulässig erachten, wenn im Rahmen der Zeugenvernehmung, bei der der Angeklagte entfernt wurde, eine Augenscheinseinnahme durchgeführt wird. Hieran sieht er sich aber durch die Rechtsprechung der anderen BGH-Senate gehindert, die eine im Zusammenhang mit der Zeugenvernehmung stehende Augenscheinseinnahme nicht als Teil der Vernehmung ansehen (vgl. BGH, StV 2009, 226; 2009, 342; KK-Diemer/Kuckein, § 247 Rn. 6, 8; § 338 Rn. 77) und deshalb eine dortige Entfernung des Angeklagten für unzulässig halten.

Im Endeffekt kam es auf diese Frage jedoch nicht an, da der 5. Senat davon ausging, dass ein eventueller Verstoß gegen §§ 247, 338 Nr. 5 StPO jedenfalls dadurch geheilt worden sei, dass die Vorsitzende dem Angeklagten bei seiner Unterrichtung gem. § 247 S. 4 StPO auch das Augenscheinobjekt gezeigt hatte. Dies entspricht der herrschenden Rechtsprechung. Lediglich der 3. Senat hatte einmal zu erkennen gegeben, dass er eine Heilung des Verstoßes gegen §§ 247, 338 Nr. 5 StPO grundsätzlich für unzulässig halte und vorgeschlagen, diese Frage dem Großen Strafsenat wegen grundsätzlicher Bedeutung gem. § 132 IV GVG vorzulegen, was die anderen Senate - die von einer Heilungsmöglichkeit ausgehen - jedoch abgelehnt hatten.

Vertiefungshinweise:

□ Zum Begriff der Vernehmung i.S.v. §§ 247, 338 Nr. 5 StPO: BGH, StV 1995, 250; NStZ 2000, 440; 2002, 384; 2003, 320; 2007, 352; NJW 2003, 597

□ Zur Heilung eines Verstoßes gegen §§ 247, 338 Nr. 5 StPO: BGHSt 48, 221; BGH, StV 1981, 57; 1983, 3; 1986, 418; 2004, 305; Maier, NStZ 2003, 674

Leitsatz:

Erfolgt nach Entfernung des Angeklagten während einer Zeugenvernehmung gemäß § 247 StPO in

andauernder Abwesenheit des Angeklagten eine förmliche Augenscheinseinnahme, so ist der absolute Revisionsgrund des § 338 Nr. 5 StPO nicht erfüllt, wenn dem Angeklagten das in seiner Abwesenheit in Augenschein genommene Objekt bei seiner Unterrichtung nach § 247 Satz 4 StPO gezeigt wird (im Anschluss an BGHR StPO § 247 Satz 4 Unterrichtung 1 unter Aufgabe entgegenstehender Senatsrechtsprechung, BGHR StPO § 247 Abwesenheit 5).

Sachverhalt:

Die Nebenklägerin ist gemäß § 247 Satz 1 und 2 StPO in Abwesenheit des Angeklagten zeugenschaftlich vernommen worden. Dabei ist ihr Kalender in fortdauernder Abwesenheit des Angeklagten in Augenschein genommen worden. Während der Unterrichtung des Angeklagten von dem wesentlichen Inhalt der Zeugenaussage der Nebenklägerin gemäß § 247 Satz 4 StPO ist der Kalender auf Anordnung der Strafkammervorsitzenden "von dem Angeklagten in Augenschein genommen" worden.

Aus den Gründen:

[1] Das Landgericht hat den Angeklagten wegen Menschenhandels zum Zweck der sexuellen Ausbeutung in Tateinheit mit Zuhälterei, wegen Betruges in 13 Fällen, versuchten Betruges in fünf Fällen und Anstiftung zum Missbrauch von Scheck- und Kreditkarten in zwei Fällen unter Einbeziehung anderweitig rechtskräftig verhängter Einzelstrafen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren verurteilt. Die auf Verfahrensrügen und die Sachrüge gestützte Revision des Angeklagten hat keinen Erfolg.

1. Zur Rüge der Verletzung des § 247 StPO

[2] Jenseits der auf Verletzung des § 247 StPO gestützten Verfahrensrüge nach § 338 Nr. 5 StPO wegen Abwesenheit des Angeklagten während einer Augenscheinseinnahme ist die Revision unbegründet im Sinne des § 349 Abs. 2 StPO. Insbesondere steht die Wertung des Landgerichts zur Bedeutungslosigkeit des auf Zeugenvernehmung mehrerer Prostituiertener gerichteten Beweisbegehrens des Angeklagten nicht in unauflösbarem Widerspruch zur Beurteilung der Glaubhaftigkeit der Angaben der Nebenklägerin und der Zeugin D. Sachlichrechtlich ist die Beweiswürdigung des Landgerichts nicht zu beanstanden. Durchgreifende Rechtsfehler zur Frage der Schäden aus den vom Angeklagten eingeräumten Vermögensdelikten sind nicht ersichtlich.

2. Zur Rüge der Verletzung des § 338 Nr. 5 StPO

[3] Auch die Verfahrensrüge nach § 338 Nr. 5 StPO ist unbegründet.

a) Zum Vortrag der Revision

[4] Insoweit beanstandet die Revision die Abwesenheit des Angeklagten während einer Augenscheinseinnahme. [...]

b) Zur Zulässigkeit der Rüge

[5] Die Rüge ist - entgegen der Auffassung des Generalbundesanwalts in seinem Beschlussverwerfungsantrag - zulässig. Das Augenscheinsobjekt ist durch die Wiedergabe der anschaulichen und konkret für die Beweisführung maßgeblichen Teile des Kalenders im Sinne des § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO hinreichend deutlich bezeichnet worden. Die Statthaftigkeit von Rügen der hier vorliegenden Art hängt nicht davon ab, dass der Verteidiger die Anordnung der Augenscheinseinnahme in fortdauernder Abwesenheit des Angeklagten durch den Strafkammervorsitzenden gemäß § 238 Abs. 2 StPO beanstandet hat; daher brauchte hierzu auch nicht gemäß § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO vorgetragen zu werden.

c) Kein offensichtliche Unbegründetheit der Rüge

[6] Trotz von der Nebenklägerin in dem Kalender während der Vernehmung vorgenommener Markierungen vermag der Senat die ausdrücklich protokollierte Augenscheinseinnahme, mit welcher die Art von Eintragungen und das Vorhandensein unterschiedlicher Schriftbilder in dem Kalender veranschaulicht werden sollten, nicht als bloßen Vernehmungsbehelf zu verstehen, so dass die Rüge nicht etwa schon deshalb (offensichtlich) unbegründet ist.

3. Zur Auslegung des Begriffs der "Vernehmung" i.S.v. §§ 247, 338 Nr. 5 StPO

[7] Der Senat möchte zwar dem Begriff der Vernehmung im Sinne des § 247 StPO bei entsprechenden Rügen nach § 338 Nr. 5 StPO in Abkehr von bisheriger Rechtsprechung (BGHSt 26, 218; BGHR StPO § 247 Abwesenheit 1, 14, 15; § 338 Nr. 5 Angeklagter 23; BGH NSTZ 2000, 440; 2007, 352) den Inhalt geben, den er nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs bei Rügen nach § 338 Nr. 6 StPO hat, mit denen ein zu weit gehender Ausschluss der Öffentlichkeit beanstandet wird, wenn dieser gemäß §§ 171a bis 172 GVG für die Dauer einer Vernehmung erfolgt ist. Dort wird "die Vernehmung" im Sinne des entsprechenden Verfahrensabschnitts verstanden; hierzu rechnen alle Verfahrensvorgänge, die mit der eigentlichen Vernehmung eng in Zusammenhang stehen oder sich aus ihr entwickeln (BGH NJW 1996, 2663, insoweit in BGHSt 42, 158 nicht abgedruckt; BGH NJW 2003, 2761, insoweit in BGHSt 48, 268 nicht abgedruckt; BGH, Beschluss vom 20. Juli 2004 - 4 StR 254/04).

[8] Hier hing die erfolgte Augenscheinseinnahme mit der Zeugenvernehmung der Nebenklägerin, die sich zu

ihrem Kalender geäußert und ihn erläutert hat, sachlich (sogar besonders) eng zusammen; das Landgericht hat in seiner Gestaltung eine Bestätigung ihrer Aussage gefunden (ausweislich des Protokolls hat eine förmliche Augenscheinseinnahme betreffend den Kalender vor Vernehmung der Nebenklägerin - was der Rüge den Boden entzogen hätte -, [...] nicht stattgefunden). Diesen Kalender während der Zeugenvernehmung der Nebenklägerin unter fortdauerndem Ausschluss der von der Vernehmung ausgeschlossenen Öffentlichkeit in Augenschein zu nehmen, wäre nach der zitierten Rechtsprechung unbedenklich gewesen (BGHR GVG § 171b Abs. 1 Augenschein 1).

[9] An einer identischen Auslegung, wonach § 338 Nr. 5 i.V.m. § 247 StPO die Augenscheinseinnahme auch in Abwesenheit des während der Vernehmung der Zeugin entfernten Angeklagten gestattete, ist der Senat wegen nach wie vor entgegenstehender Rechtsprechung (vgl. dazu, jeweils m.N., Diemer in KK 6. Aufl. § 247 Rdn. 6 und 8 sowie Kuckein, ebenda § 338 Rdn. 77) gehindert. Auf entsprechende Anfrage bei den anderen Strafsenaten (Senatsbeschluss in dieser Sache vom 10. März 2009, StV 2009, 226 m. Anm. Schlotthauer; vgl. ferner den Anfragebeschluss des Senats in einer Parallelsache vom selben Tage - 5 StR 460/08, StV 2009, 342 m. Anm. Eisenberg; hierzu nunmehr - betreffend die Vereinbarkeit fortdauernder Abwesenheit des Angeklagten während der Verhandlung über die Entlassung des Zeugen mit § 247 StPO - Vorlagebeschluss des Senats vom heutigen Tage) hat lediglich der 1. Strafsenat seine entgegenstehende Rechtsprechung aufgegeben.

4. Zur Heilung eines bestehenden Verfahrensfehlers

[10] Die Rüge greift indes aus anderen Gründen nicht durch, so dass eine Divergenzvorlage an den Großen Senat für Strafsachen hier nicht veranlasst ist. Unterstellt man nämlich auf der Grundlage der verbindlichen Rechtsprechung den Verfahrensverstöß, so ist dieser jedenfalls wirksam geheilt worden.

a) Zur Möglichkeit und den Voraussetzungen einer Heilung

[11] Auch die den Senat bindende Rechtsprechung, die eine Erhebung des Sachbeweises während der Zeugenvernehmung in fortdauernder Abwesenheit des Angeklagten von § 247 StPO grundsätzlich nicht als gedeckt ansieht, verneint einen durchgreifenden Verstoß für den Fall nachträglicher Heilung (vgl. BGHSt 37, 48, 49). Diese liegt in einer Wiederholung der Augenscheinseinnahme während der weiteren Hauptverhandlung nunmehr in Anwesenheit des Angeklagten.

[12] Hierfür reicht die Besichtigung des Augenscheinsobjekts durch den Angeklagten während seiner Unterrichtung gemäß § 247 Satz 4 StPO aus. Alle weiterhin anwesenden notwendigen Verfahrensbeteiligten

hatten dabei selbstverständlich die Möglichkeit, das Augenscheinsobjekt ihrerseits nochmals zu besichtigen. Das genügt für die eine Heilung bewirkende wiederholte Augenscheinseinnahme. Beim Augenschein in der Hauptverhandlung ist ein zusätzlicher "Kommunikationsakt" unter den Verfahrensbeteiligten mit ausdrücklicher Erörterung zur Erheblichkeit einzelner Beobachtungen grundsätzlich nicht erforderlich (vgl. Meyer-Goßner, StPO 52. Aufl. § 86 Rdn. 17; a.A. Schlothauer StV 2009, 228, 229 m.w.N.). Bei einem überschaubaren schlichten Erscheinungsbild des Augenscheinsobjekts kann selbst für den Fall sukzessiver Augenscheinseinnahme nichts Weitergehendes gelten. Ein Ausnahmefall mag gegeben sein, wenn das Gericht einem eher unauffälligen Detail des Augenscheinsobjekts entscheidende Bedeutung zumisst, ohne die Prozessbeteiligten hierüber deutlich zu informieren, so dass die Gefahr einer Überraschungsentcheidung bestünde. Ein solcher Fall ist hier nicht gegeben. Im Übrigen liegt, namentlich angesichts der Abhandlung der Reaktion des Angeklagten auf die Augenscheinseinnahme im Urteil, sogar auf der Hand, dass die Strafkammervorsitzende auf von der Nebenklägerin erläuterte, teils gar markierte Kalendereintragen im Rahmen der Unterrichtung nach § 247 Satz 4 StPO in Gegenwart der übrigen Verfahrensbeteiligten - entsprechend der Erörterung bei der Augenscheinseinnahme im Rahmen der Zeugenvernehmung - besonders hingewiesen hat; weitergehender Protokollierung hätte dieser Vorgang nicht bedurft (vgl. Alsbjerg/Nüse/Meyer, Der Beweisantrag im Strafprozess 5. Aufl. S. 240). Die Verteidigung hat in diesem Zusammenhang auch nicht etwa eine unzulängliche Unterrichtung des Angeklagten geltend gemacht und auch mit der Revision zu einer etwa unterschiedlichen Kommunikation bei der Augenscheinseinnahme in Abwesenheit des Angeklagten und bei der Besichtigung im Rahmen seiner Unterrichtung nichts vorgetragen.

b) Zur Rechtsprechung der anderen BGH-Senate zu dieser Frage

[13] Der 2. Strafsenat hat bereits bei identischer Fallgestaltung eine wirksame Heilung des angenommenen Verstoßes bejaht (BGHR StPO § 247 Satz 4 Unterrichtung 1; ähnlich bereits in StV 1983, 3; entsprechend der Antwortbeschluss vom 17. Juni 2009 - 2 ARs 138/09). Der erkennende 5. Strafsenat hat seine einer Heilung - mangels nochmaliger förmlicher Besichtigung des Augenscheinsobjekts durch sämtliche Prozessbeteiligte gemeinsam - entgegenstehende Rechtsprechung (BGHR StPO § 247 Abwesenheit 5; BGH StV 1981, 57; 1986, 418; vgl. auch Beschluss vom 26. Februar 1985 - 5 StR 108/85), auf die sich die Revision beruft, bereits im Anfragebeschluss aufge-

geben. Auch nach Überprüfung der Ergebnisse des Anfrageverfahrens, in dem die übrigen Strafsenate bestätigt haben, bislang nicht entsprechend entscheiden zu haben, hält der Senat an dieser Auffassung fest. Sie ist auch vom 1. und vom 4. Strafsenat ausdrücklich gebilligt worden (vgl. die Antwortbeschlüsse vom 22. April 2009 - 1 ARs 6/09 - und vom 25. August 2009 - 4 ARs 7/09).

c) Zur Anregung des 3. Strafsenats bzgl. eines Vorlagebeschlusses

[14] Soweit der 3. Strafsenat (Antwortbeschluss vom 7. Juli 2009 - 3 ARs 7/09) zu einer abweichenden Auffassung neigt und die Vorlage an den Großen Senat für Strafsachen wegen grundsätzlicher Bedeutung anregt, folgt der erkennende Senat dem nicht. Er sieht bei Annahme einer Heilung in Form des hier in Frage stehenden Vorgehens keine Anhaltspunkte für ernsthafte rechtsstaatliche Defizite. Die Gefahr, dass die insgesamt schwer überschaubare Rechtsprechung zu § 247 StPO noch komplizierter würde, könnte der Senat allein in der Fortführung seiner bisherigen überformalen Rechtsprechung erblicken. Ob in sonstigen Fällen weitergehender Beweiserhebung während einer gemäß § 247 StPO in Abwesenheit des Angeklagten erfolgten Vernehmung eine Heilung anders als durch vollständige Wiederholung erfolgen könnte, etwa gar in einer Art Selbstleseverfahren beim Urkundenbeweis, wird gegebenenfalls zu entscheiden sein.

5. Zur Argumentation des 3. Strafsenats

[15] Abschließend bemerkt der Senat zu den für eine Vorlage an den Großen Senat ins Feld geführten Argumenten des 3. Strafsenats: Dessen Vorschlag, eine einheitliche Rechtsprechung zu den absoluten Revisionsgründen aus § 338 Nr. 5 und 6 StPO durch Aufgabe der "Zusammenhangformel" bei § 338 Nr. 6 StPO zu finden, folgt der 5. Strafsenat nicht. Dem stehen gegenüber der Bedeutung des Öffentlichkeitsgrundsatzes vorrangige Belange einer stringenten Gestaltung der Hauptverhandlung entgegen.

6. Zum Fehlen einer rechtsstaatswidrigen Verfahrensverzögerung

[16] Trotz der beträchtlichen durch das Anfrageverfahren verursachten Verzögerung der Revisionsentscheidung besteht kein Anlass für eine irgendwie gartete Kompensation in der Rechtsfolge. Das Verfahren nach § 132 GVG vermag als rechtsstaatliche Ausgestaltung des gerade auch dem Schutz des Beschwerdeführers dienenden Rechtsmittelrechts grundsätzlich keine rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung zu begründen (vgl. BVerfGE 122, 248, 280).

Urteile in Fallstruktur

Standort: ÖRecht Problem: Alkohol- und Glasverbot durch Allgemeinverfügung

VG OSNABRÜCK, BESCHLUSS VOM 11.02.2010
6 B 9/10 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Im vorliegenden Fall ging es um die Frage, ob die Ordnungsbehörde für ein Kneipenviertel, das für alkoholbedingte Ausschreitungen besonders bekannt ist, durch Allgemeinverfügung den Genuss von Alkohol in der Öffentlichkeit und das Mitführen von Glas (Flaschen und Gläser) pauschal verbieten darf. Hintergrund ist, dass den Behörden auf diese Weise die Gefahrenabwehr erleichtert werden soll.

A. Normalerweise wird für generelle ordnungsbehördliche Verbote das Mittel der *Verordnung* gewählt. Der Erlass einer solchen ist in allen Polizei- und Ordnungsgesetzen der Länder vorgesehen (im Fall: §§ 54 ff. NSOG für Niedersachsen), setzt lediglich eine *abstrakte* Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung voraus und bedarf auch nicht des Nachweises der Störereigenschaft konkreter Personen. Für den Alkoholgenuss in der Öffentlichkeit ist bereits umstritten, ob eine solche ergehen kann, d.h. eine abstrakte Gefahr vorliegt. Dies wird wohl von Fall zu Fall aufgrund der Erfahrungen in der jeweiligen Szene zu beurteilen sein, tendenziell sind die Gerichte wegen der Auswirkungen auf die Grundrechte auch unbescholtener, völlig ungefährlicher Bürger hier aber sehr zurückhaltend (vgl. Vertiefungshinweise).

B. Im vorliegenden Fall wurde hingegen eine *Allgemeinverfügung* i.S.d. § 35 S. 2 VwVfG erlassen, die - ebenso wie eine Verordnung - an eine Vielzahl von Personen gerichtet ist, im Unterschied zu dieser - da Verwaltungsakt - aber eine *konkrete* Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung im Sinne der Generalklausel (im Fall: § 11 NSOG) voraussetzt. Nach Ansicht des erkennenden VG Osnabrück fehlte es jedenfalls an einer solchen. Dies leuchtet auch ein: Untersagt man den Alkoholgenuss und das Mitführen von Glasbehältnissen pauschal, müsste dieses Verhalten auch pauschal gefährlich sein. Ob zumindest eine abstrakte Gefahr vorlag, die den Erlass einer Verordnung gerechtfertigt hätte, musste das VG nicht entscheiden, da eine solche Verordnung eben nicht ergangen war.

Ferner ergeben sich aus der Wahl einer Allgemeinverfügung als Handlungsmittel Probleme mit der Ordnungspflicht der Adressaten: Maßnahmen nach der Generalklausel dürfen nur gegenüber Störern und not-

standspflichtigen Nichtstörern ergehen (§§ 6-8 NSOG). Der Nachweis, dass eine bestimmte Person unter Alkoholeinfluss eine konkrete Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung darstellen wird, also etwa Straftaten begehen, randalieren oder die Umwelt verschmutzen wird, dürfte sich in praxi so gut wie nie führen lassen. Erst Recht werden die strengen Voraussetzungen einer Inanspruchnahme als notstandspflichtiger Nichtstörer nicht vorliegen.

Mangels konkreter Gefahr und mangels Ordnungspflicht des Antragstellers sah das VG die Allgemeinverfügung daher als rechtswidrig an und gab dem Antrag des ASt. auf gewährung vorläufigen Rechtsschutzes gegen sie statt.

Prüfungsrelevanz:

Die Untersagung von Alkoholkonsum in der Öffentlichkeit hat die Gerichte in der jüngeren Vergangenheit wiederholt beschäftigt, wobei es normalerweise um ordnungsbehördliche Verordnungen ging. Dieser Problembereich ist also schon aufgrund seiner Aktualität sehr examensrelevant. Für die vorliegende Entscheidung des VG Osnabrück kommt hinzu, dass sie hierzu mit dem Mittel der Allgemeinverfügung zur Gefahrenabwehr eine neue Variante einführt.

Besondere Beachtung verdienen auch die nachstehenden Vertiefungshinweise zu sog. "Flatrate-Partys", auf denen für wenig Geld beliebig viel Alkohol konsumiert werden kann. Im Gegensatz zu dem im vorliegenden Fall behandelten pauschalen Verbot des Alkoholkonsums in der Öffentlichkeit neigen die Gerichte dazu, bei "Flatrate-Partys" eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit zu bejahen, weshalb entsprechende Verbote überwiegend für rechtmäßig gehalten werden. In der Literatur gibt es aber auch hierzu kritische Stimmen (z.B. von *Führ/Schröder*, NVwZ 2008, 145). Der Fall ist nachstehend wie im Original nach niedersächsischem Landesrecht gelöst, lässt sich jedoch auf die übrigen Bundesländer ohne weiteres übertragen, da in diesen entsprechende Vorschriften existieren.

Vertiefungshinweise:

□ Ordnungsbehördliche Verordnung gegen öffentlichen Alkoholgenuss: *VGH Mannheim*, NVwZ-RR 2010, 55; NVwZ-RR 2010, 59; *Faßbender*, NVwZ 2009, 563; *Hecker*, NVwZ 2009, 1016

Städtisches Vorgehen gegen Obdachlose: *Kohl*, NVwZ 1991, 623

Verbot von sog. "Flatrate"-Partys: *VG Hannover*, GewArch 2007, 388; *VGH München*, NVwZ-RR 2008, 26; *Führ/Schröder*, NVwZ 2008, 145; *Scheidler*, GewArch 2007, 276

Kursprogramm:

Examenskurs: "Betteln verboten"

Leitsätze (der Redaktion)

1. Eine Allgemeinverfügung zur Gefahrenabwehr kann grundsätzlich auf die Generalklausel des Polizei- und Ordnungsrechts (hier: § 11 NSOG) gestützt werden.

2. Sie ist indes nur rechtmäßig, wenn der von ihr erfasste Sachverhalt eine konkrete Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung darstellt und sämtliche Adressaten entweder als Störer oder als notstandspflichtige Nichtstörer in Anspruch genommen werden können.

3. Werden das Mitführen und der Konsum von Alkohol in der Öffentlichkeit für ein bestimmtes Gebiet und zu einer bestimmten Zeit pauschal und für jedermann untersagt, ist regelmäßig weder das eine noch das andere der Fall.

Sachverhalt:

In der Stadt S in Niedersachsen befindet sich das sog. "Bermuda-Dreieck", ein rege frequentiertes Kneipenviertel, in dem es in den vergangenen Jahren mit zunehmender Tendenz zu Ruhestörungen, Vandalismus, Verunreinigungen, Verstößen gegen das Jugendschutzgesetz und Körperverletzungen durch Alkohol konsumierende Jugendliche und Heranwachsende gekommen ist. Stark zugenommen hat auch der durch Flaschen und Scherben verursachte Müll.

Die Stadt S hat daher einen als "Allgemeinverfügung" gekennzeichneten Bescheid bekannt gemacht, in dem für das - textlich wie kartografisch genau gekennzeichnete - "Bermuda-Dreieck" der Konsum von Alkohol, das Mitführen von alkoholhaltigen Getränken und der Konsum von Getränken aus Glasflaschen und Gläsern in der Öffentlichkeit Freitag- und Samstagabend jeweils in der Zeit von 22:00 Uhr bis 08:00 Uhr verboten wurden. Die sofortige Vollziehung des Verbots wurde formell ordnungsgemäß angeordnet.

Die Stadt S gibt an, Ziel der Allgemeinverfügung sei die Vorbeugung vor Straftaten und die Abwehr von Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung. Da die Alkoholkonsumenten nicht namentlich bekannt seien und von Wochenende zu Wochenende wechselten, könne eine effektive Gefahrenabwehr anders als durch eine Allgemeinverfügung nicht betrieben werden. Der damit einher gehende Verlust an persönlicher

Freiheit sei hinzunehmen.

Dies sieht der Antragsteller (ASt.) anders: Er sei ein unbescholtener Bürger, der zuweilen im "Bermuda-Dreieck" zu den in der Allgemeinverfügung genannten Zeiten Alkohol konsumiere, und zwar auch in der Öffentlichkeit (sog. "Rucksacktrinken" außerhalb von Gaststätten), jedoch ohne dabei zu randalieren, Müll zu hinterlassen oder gar straffällig zu werden. Man könne ihm nicht verwehren, Entspannung und Unterhaltung zu suchen und mit Freunden und Bekannten zusammen sein zu wollen.

Mit dieser Begründung hat der ASt. Klage gegen die Allgemeinverfügung erhoben und gleichzeitig einen Antrag auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes beim Verwaltungsgericht (VG) gestellt, um sicher zu stellen, dass er sich auch während des laufenden Klageverfahrens am Wochenende mit Freunden im "Bermuda-Dreieck" aufhalten und dort Alkohol konsumieren dürfe.

Wie wird das VG über den vorläufigen Rechtsschutzantrag entscheiden? Prüfen Sie den Sachverhalt - notfalls hilfsgutachtlich - unter allen rechtlichen Gesichtspunkten.

[Auszug aus dem Niedersächsischen Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung - NSOG:

§ 2 - Begriffsbestimmungen

Im Sinne dieses Gesetzes ist

1. a) Gefahr: eine konkrete Gefahr, das heißt eine Sachlage, bei der im einzelnen Fall die hinreichende Wahrscheinlichkeit besteht, dass in absehbarer Zeit ein Schaden für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung eintreten wird; [...]

§ 6 - Verantwortlichkeit für das Verhalten von Personen

(1) Verursacht eine Person eine Gefahr, so sind die Maßnahmen gegen sie zu richten. [...]

§ 11 - Allgemeine Befugnisse

Die Verwaltungsbehörden und die Polizei können die notwendigen Maßnahmen treffen, um eine Gefahr abzuwehren, soweit nicht die Vorschriften des Dritten Teils die Befugnisse der Verwaltungsbehörden und der Polizei besonders regeln.]

Lösung:

Das VG wird dem Antrag stattgeben, soweit er zulässig und begründet ist.

A. Zulässigkeit

I. Verwaltungsrechtsweg

Um vor dem VG zulässig zu sein, müsste für den An-

trag des ASt. zunächst der Verwaltungsrechtsweg eröffnet sein. Dies richtet sich hier mangels aufdrängender Spezialzuweisungen nach der Generalklausel des § 40 I 1 VwGO, der eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art voraussetzt.

Öffentlich-rechtlich ist die Streitigkeit, wenn die streitentscheidende Norm den Sachverhalt öffentlich-rechtlich prägt, was mit der modifizierten Subjektstheorie wiederum dann der Fall ist, wenn sie zwingend einen Hoheitsträger berechtigt oder verpflichtet. Als streitentscheidende Norm in diesem Sinne kommt hier nur die polizei- und ordnungsrechtliche Generalklausel des Landes Niedersachsen, § 11 SOG, in Betracht. Diese berechtigt mit der Verwaltungsbehörde zwingend einen Hoheitsträger und ist somit öffentlich-rechtlicher Natur.

Es streiten auch keine Verfassungsorgane um Verfassungsrecht, sodass es an einer "doppelten Verfassungsunmittelbarkeit" fehlt; die Streitigkeit ist somit auch nichtverfassungsrechtlicher Art. Abdrängende Sonderzuweisungen i.S.d. § 40 I 1 VwGO a.E. sind auch nicht ersichtlich, sodass der Verwaltungsrechtsweg eröffnet ist.

II. Statthaftigkeit

Die Statthaftigkeit des Antrags richtet sich nach dem Antragsbegehren, §§ 88 i.V.m. 122 VwGO. Hier begehrt der ASt., sich auch während des laufenden Klageverfahrens am Wochenende mit Freunden im "Bermuda-Dreieck" aufhalten und dort Alkohol aus Flaschen konsumieren zu dürfen. Dies könnte er durch einen Antrag nach § 80 V 1, 2. Hs VwGO erreichen, der auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung seiner Klage gegen die Allgemeinverfügung der Stadt S gerichtet ist. Dieser Antrag wäre, soweit statthaft, gem. § 123 V VwGO auch vorrangig vor einer ebenfalls in Betracht kommenden Sicherungsanordnung nach § 123 I 1 VwGO.

Statthaft ist ein Antrag nach § 80 V 1 VwGO, sofern der drohende Vollzug eines belastenden Verwaltungsakts abgewendet werden soll. Von der hier streitgegenständlichen Allgemeinverfügung, bei der es sich nach § 35 S. 2 VwVfG um einen Verwaltungsakt handelt, geht für den ASt. eine belastende, seine Freiheit einschränkende Wirkung aus. Infolge der Anordnung der sofortigen Vollziehung seitens der Stadt S hat seine hiergegen erhobene Anfechtungsklage gem. § 80 II Nr. 4 VwGO entgegen § 80 I VwGO auch keine aufschiebende Wirkung, sodass der ASt. jederzeit mit der Vollziehung der Allgemeinverfügung ihm gegenüber rechnen muss. Stellte das VG die aufschiebende Wirkung seiner Klage nach § 80 V 1, 2. Hs VwGO wieder her, wäre die Allgemeinverfügung hingegen suspendiert mit der Folge, dass er sie wie von ihm gewünscht während des laufenden Klageverfahrens nicht beachten müsste.

Statthaft ist hier somit ein Antrag nach § 80 V 1, 2. Hs VwGO auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Klage des ASt. gegen die Allgemeinverfügung der Stadt S.

III. Antragsbefugnis

Ferner müsste der ASt. analog § 42 II VwGO antragsbefugt sein. Dies setzt die Möglichkeit einer Verletzung eigener subjektiv-öffentlicher Rechte voraus. Der Antragsteller hat ein Freizeitverhalten dargelegt, wonach er von den Regelungen der angegriffenen Allgemeinverfügung persönlich betroffen ist und sein wird. Somit besteht zumindest die Möglichkeit, dass er als (Mit-)adressat des ausgesprochenen Verbots des Konsums von Alkohol, des Mitführens von alkoholhaltigen Getränken und des Konsum von Getränken aus Glasflaschen und Gläsern in seiner allgemeinen Handlungsfreiheit aus Art. 2 I GG verletzt wird. Er ist somit antragsbefugt.

IV. Antragsgegner

Der ASt. müsste seinen Antrag gegen den richtigen Antragsgegner gerichtet haben. Dies ist im vorläufigen Rechtsschutz stets der Klagegegner in der Hauptsache, hier also gem. § 78 I Nr. 1 VwGO die Stadt S. Somit ist diese analog § 78 I Nr. 1 VwGO auch richtige Antragsgegnerin im vorläufigen Rechtsschutz.

V. Allgemeines Rechtsschutzinteresse

Ein allgemeines Rechtsschutzinteresse an einem Antrag nach § 80 V 1 VwGO besteht nur, wenn in der Hauptsache Widerspruch oder Klage erhoben worden sind, diese nicht schon für sich genommen aufschiebende Wirkung entfalten und sie nicht offensichtlich unzulässig sind.

Hier hat der ASt. in der Hauptsache eine Anfechtungsklage erhoben. Dass diese gem. § 80 II Nr. 4 VwGO infolge der Anordnung der sofortigen Vollziehung der Allgemeinverfügung durch die Stadt S keine aufschiebende Wirkung entfaltet, wurde bereits oben dargelegt. Für eine offensichtliche Unzulässigkeit derselben bestehen auch keinerlei Anhaltspunkte.

Eines vorherigen Aussetzungsantrags an die Behörde bedarf es schließlich gem. § 80 VI VwGO nur in den Fällen des § 80 II Nr. 1 VwGO, während hier - wie gezeigt - ein Fall von § 80 II Nr. 4 VwGO vorliegt.

VI. Beteiligten- und Prozessfähigkeit

Der ASt. ist als natürliche Person gem. §§ 63 Nr. 1, 61 Nr. 1, 1. Fall VwGO beteiligtenfähig und gem. § 62 I VwGO prozessfähig. Die Ag. ist als Gebietskörperschaft gem. § 1 II NGO eine juristische Person des öffentlichen Rechts und als solche gem. §§ 63 Nr. 2, 61 Nr. 1, 2. Fall VwGO beteiligtenfähig und gem. § 62 III VwGO prozessfähig.

Der Antrag ist somit zulässig.

B. Begründetheit

Der Antrag ist begründet, sofern die Anordnung der sofortigen Vollziehung formell rechtswidrig ist oder sich im Rahmen einer summarischen Prüfung ergibt, dass das Suspensivinteresse des ASt. das Vollzugsinteresse der Allgemeinheit überwiegt.

I. Formelle Rechtmäßigkeit der Anordnung der sofortigen Vollziehung

Fraglich ist zunächst, ob die Anordnung der sofortigen Vollziehung formell rechtmäßig, d.h. von der zuständigen Behörde nach ordnungsgemäßem Verfahren in der richtigen Form getroffen worden ist.

1. Zuständigkeit

Zuständig sind gem. § 80 II Nr. 4 VwGO Ausgangs- und Widerspruchsbehörde. Hier wurde die sofortige Vollziehung in der Allgemeinverfügung selbst und damit zwangsläufig von der Ausgangsbehörde angeordnet. Dies war hier der Bürgermeister der Stadt S als Verwaltungsbehörde i.S.d. § 97 NSOG i.V.m. § 63 I 2 NGO.

2. Verfahren

Streitig ist, ob vor der Anordnung der sofortigen Vollziehung eine gesonderte Anhörung hierzu gem. § 28 I VwVfG erforderlich ist. Eine solche hat hier nicht stattgefunden.

Die Beantwortung dieser Frage hängt davon ab, ob man die Anordnung der sofortigen Vollziehung selbst als Verwaltungsakt i.S.d. § 28 I VwVfG ansieht oder nicht. Dies kann hier aber dahin stehen, da jedenfalls gem. § 28 II Nr. 4 VwVfG bei Allgemeinverfügungen eine Anhörung entbehrlich ist. Nichts anderes könnte dann für die Anordnung der sofortigen Vollziehung einer solchen gelten, wollte man in ihr einen eigenen Verwaltungsakt erblicken.

[Anm.: Im Übrigen lehnt die ganz h.M. eine Anhörungspflicht vor Anordnung der sofortigen Vollziehung auch generell ab, vgl. nur Schoch, Jura 2005, 757, 759; OVG Koblenz, NVwZ 1988, 748 m.w.N.]

3. Form

Nach § 80 III VwGO ist die Anordnung der sofortigen Vollziehung schriftlich zu begründen. Dass diese Formalien hier eingehalten wurden, ist vom Sachverhalt vorgegeben.

Die Anordnung der sofortigen Vollziehung ist somit formell rechtmäßig.

II. Interessenabwägung

Es bleibt die Frage, ob das Suspensivinteresse des An-

tragstellers dem Vollzugsinteresse der Allgemeinheit vorgeht. Hierzu führt das VG Osnabrück grundlegend aus:

“Gemäß § 80 Abs. 5 VwGO kann das Gericht die aufschiebende Wirkung einer Klage wieder herstellen. Diese Entscheidung erfolgt aufgrund einer Abwägung zwischen dem öffentlichen Interesse an der angeordneten sofortigen Vollziehung einerseits und dem Interesse des Rechtsschutzsuchenden an der vorläufigen Aussetzung des angefochtenen Verwaltungsakts andererseits. Dabei sind im Rahmen dieser Interessenabwägung insbesondere auch die bereits überschaubaren Erfolgsaussichten der Klage zu berücksichtigen. Bei offensichtlicher Rechtmäßigkeit des angefochtenen Verwaltungsakts überwiegt regelmäßig das öffentliche Interesse an der sofortigen Vollziehung, während bei ernstlichen Zweifeln an der Rechtmäßigkeit des Verwaltungsakts regelmäßig dem Aussetzungsinteresse des Rechtsschutzsuchenden Vorrang einzuräumen ist.”

Fraglich ist also, ob die streitgegenständliche Allgemeinverfügung hier rechtmäßig oder rechtswidrig ist. Rechtmäßig wäre sie, wenn sie auf einer wirksamen Ermächtigungsgrundlage beruhte und deren formelle und materielle Voraussetzungen vorlägen.

1. Ermächtigungsgrundlage

Das VG erblickt - ebenso wie die erlassende Behörde selbst - einzig in der polizei- und ordnungsrechtlichen Generalklausel des § 11 NSOG eine taugliche Ermächtigungsgrundlage. Diese findet in Ermangelung spezieller gesetzlicher Regelungen unabhängig davon Anwendung, ob der auf ihrer Grundlage erlassene Verwaltungsakt eine Einzel- oder Allgemeinverfügung darstellt:

“Die Antragsgegnerin stützt ihre Allgemeinverfügung auf § 11 Nds. SOG. Nach diesem Gesetz hat die Ordnungsbehörde innerhalb der durch das Recht gesetzten Schranken zur Wahrnehmung ihrer Aufgabenzuständigkeit gemäß § 1 Nds. SOG diejenigen Maßnahmen zu treffen, die ihr nach pflichtgemäßem Ermessen erforderlich erscheinen (§ 5 Nds. SOG), wobei der verfassungsrechtliche Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten ist (§ 4 Nds. SOG). Demgemäß hat die Ordnungsbehörde bei Einzeleingriffsakten u. a. zu prüfen, ob die Maßnahme geeignet, erforderlich und verhältnismäßig im Sinne einer Mittelzweckrelation zur Bekämpfung der polizeilichen Gefahr ist. Welche Anforderungen an diese Einzelfallprüfung und die damit verbundene Ermessensausübung zu stellen sind, lässt sich nicht generell, sondern nur anhand des konkret zu beurteilenden Sachverhalts feststellen. Bei polizeilichen Allgemeinverfügungen, die sich an einen nach allgemeinen Merkmalen bestimmten oder bestimmbareren Personenkreis richten, gelten grundsätz-

lich die gleichen Voraussetzungen. Auch hier ist erforderlich, dass begrenzt auf den bestimmten oder bestimmbar Personenkreis geprüft wird, ob ein Einschreiten zur Bekämpfung einer Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung geboten sowie ob die von der Ordnungsbehörde gewählte Maßnahme ermessensgerecht ist, insbesondere das eingesetzte Mittel nicht außer Verhältnis zu dem angestrebten Zweck steht.“

2. Formelle Rechtmäßigkeit

In formeller Hinsicht war der Bürgermeister der Stadt S als Verwaltungsbehörde gem. §§ 97 NSOG i.V.m. 63 I 2 NGO für den Erlass der Allgemeinverfügung zuständig. Einer Anhörung des ASt. oder anderer Personen bedurfte es wegen § 28 II Nr. 4 VwVfG nicht (s.o.). Formvorschriften sind nicht ersichtlich. Also ist die Allgemeinverfügung jedenfalls formell rechtmäßig.

3. Materielle Rechtmäßigkeit

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

a. Gefahr

Tatbestandlich müsste zunächst eine „Gefahr“ i.S.d. § 11 NSOG bestehen. Darunter ist gem. § 2 Nr. 1a) NSOG eine konkrete Gefahr zu verstehen, also eine Sachlage, bei der im einzelnen Fall die hinreichende Wahrscheinlichkeit besteht, dass in absehbarer Zeit ein Schaden für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung eintreten wird. Das VG verneint trotz der in der Vergangenheit vorgekommenen Missstände im „Bermuda-Dreieck“ bereits eine solche:

“So lässt sich weder der Konsum von Alkohol oder das Mitführen alkoholischer Getränke noch der Konsum von Getränken aus Glasflaschen und Gläsern an sich anlässlich des Aufenthalts auf öffentlichen Straßen, Wegen und Plätzen i. S. d. § 2 NStrG als Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung i. S. d. § 11 Nds. SOG bewerten (vgl. VGH Mannheim, NVwZ-RR 2010, 55; NVwZ-RR 2010, 59; OLG Saarbrücken, NJW 1998, 251). Denn eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit ist nur gegeben, wenn bei bestimmten Arten von Verhaltensweisen oder Zuständen nach allgemeiner Lebenserfahrung oder fachlichen Erkenntnissen mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ein Schaden für die polizeilichen Schutzgüter im Einzelfall, d.h. eine konkrete Gefahrenlage, einzutreten pflegt. Dies ist offenkundig bei dem üblichen, gesellschaftlich allgemein akzeptierten Alkoholkonsum (auch) in der Öffentlichkeit und erst recht hinsichtlich des bloßen Mitführens von alkoholischen Getränken nicht der Fall.

Bezüglich des als selbstverständliche Kulturfertigkeit

des Menschen einzuordnenden Konsums von Getränken aus Glasflaschen bzw. Gläsern ist dies nicht weiter begründungsbedürftig. Bei lebensnaher Betrachtung wird angesichts des Umstands, dass es sich bei dem „Bermuda-Dreieck“ um ein gerade am Wochenende stark besuchtes Kneipenviertel handelt, die überwiegenden Mehrzahl der Adressaten der Allgemeinverfügung - auch von Polizei und Ordnungsbehörde - als selbst nicht störende Personen (Nichtstörer) anzusehen sein. Denn ein Erfahrungssatz des Inhalts, dass solche (sonst) nicht weiter verhaltensauffälligen Personen mit beachtlicher Wahrscheinlichkeit zugleich Verhaltensstörer im Sinne des Polizeirechts sind, erscheint nicht begründet. Dies gilt für die von der Antragsgegnerin unterschiedenen Kneipengänger und Rucksacktrinker gleichermaßen. [...]“

[Anm.: Hier zeigt sich, warum die Generalklauseln des Polizei- und Ordnungsrechts zwar grds. auch auf Allgemeinverfügungen anwendbar sind, solche aber im Ergebnis nur selten decken werden: Wenn ein Verhalten allgemein verboten wird, dann muss es - wie das VG richtig ausführt - auch allgemein gefährlich sein. Dass dies für den Konsum von Alkohol und das Mitführen von Flaschen nicht zutrifft, liegt auf der Hand. Die Behörde ist somit auf ein Einschreiten im konkreten Einzelfall zu verweisen, wenn sie nicht eine abstrakt-generelle Verordnung erlassen will, für die eine abstrakte Gefahr genügen würde (in Niedersachsen: nach §§ 54 ff. NSOG; zum Streit, ob jedenfalls eine solche zulässig wäre, vgl. oben die einleitende Problemdarstellung zu diesem Fall).]

b. Ordnungspflicht (hilfsweise)

Darüber hinaus wäre - eine Gefahr unterstellt - fraglich, ob der ASt. durch die Allgemeinverfügung in Anspruch genommen werden dürfte. Das VG meint, dass dies - da dem ASt. eine Verhaltensverantwortlichkeit nach § 6 NSOG im Vorfeld nicht nachzuweisen sein wird - nur unter den Voraussetzungen des § 8 NSOG über die Inanspruchnahme nicht verantwortlicher Personen geschehen dürfte, die hier ebenfalls nicht vorlagen:

“Zu keiner anderen Beurteilung führt schließlich der Umstand, dass sich ein Einschreiten der Antragsgegnerin bzw. der Polizei gegen die Verhaltensstörer selbst - sei es aufgrund der Vielzahl der Vorfälle, sei es, weil die eigentlichen Störer nur schwer individualisiert werden könnten - schwierig gestalten mag. Denn anderenfalls würden bereits in Ansehung von Schwierigkeiten einer Überwachung entsprechender Lebenssachverhalte mit einer Allgemeinverfügung Handlungen verboten, die aktuell die Gefahrengrenze noch nicht überschreiten, aus denen sich vielmehr Gefahren erst infolge nachfolgender Handlungsabläufe entwickeln können. [...] Es ist jedoch ein allgemeiner

Grundsatz des Polizeirechts, dass polizeiliche Verfügungen nicht lediglich der Erleichterung polizeilicher Aufsicht dienen dürfen. Faktische Schwierigkeiten bei der Ermittlung der Störer im Einzelfall sind im Übrigen typischerweise nicht geeignet, die mit dem verallgemeinernden Verboten der Allgemeinverfügung verbundenen Beeinträchtigungen von grundrechtlich geschützten Belangen selbst nicht störender Adressaten zu rechtfertigen. Eine solche Inanspruchnahme nicht-verantwortlicher Personen muss sich vielmehr an den Maßstäben des § 8 Nds. SOG, wie z. B. des Vorliegens eines sog. polizeilichen Notstands, messen lassen. Hierfür liegen nach Stand des Verfahrens jedoch keine hinreichend tragfähigen Anhaltspunkte vor. Insbesondere genügen die zum Grundsatz der Verhältnismäßigkeit angestellten Erwägungen der Antragsgegnerin zur Wirksamkeit anderer in Betracht zu ziehender Maßnahmen hierfür nicht. Deshalb entspricht es dem rechtsstaatlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, wenn Polizei- und Ordnungsbehörde bei relevanten

Störungen der öffentlichen Sicherheit aufgrund eigener (Eil-) Zuständigkeit tätig werden und letztere so dann - ggf. auf der Grundlage der Berichte der Polizeibehörde - nach konkreter Prüfung im Einzelfall weitergehende Regelungen gegen auffällig gewordene Störer trifft (vgl. VGH Mannheim, NVwZ 2003, 115)."

III. Ergebnis

Somit liegen weder eine (konkrete) Gefahr noch - unterstellt man das Gegenteil - eine Verantwortlichkeit des ASt. für diese vor. Die Allgemeinverfügung der Ag. erweist sich somit gleich aus zwei Gründen als materiell rechtswidrig. An der Vollziehung rechtswidriger Verwaltungsakte gibt es im Rechtsstaat aber regelmäßig kein legitimes Interesse, sodass hier das Suspensivinteresse des ASt. überwiegt. Der Antrag ist daher auch begründet. Das VG wird ihm stattgeben und die aufschiebende Wirkung der Klage des ASt. wiederherstellen.

Standort: Zivilrecht Problem: Kündigung wegen Diebstahls geringwertiger Sachen

LAG BADEN-WÜRTTEMBERG, URTEIL VOM 12.2.2010
13 SA 59/09 (BB 2010, 632)

Problemdarstellung:

Der 1980 geborene Kl. war seit 2000 als Hofarbeiter bei der Bekl. beschäftigt, die ein Entsorgungsunternehmen betreibt und sich hauptsächlich mit Abfalltransporten sowie dem Sortieren von Abfällen befasst. Die Mitarbeiter dürfen Gegenstände aus dem zu entsorgenden Müll mitnehmen, sofern dies von der Geschäftsleistung im Einzelfall gestattet wird. Da der Kl. ohne solches Einverständnis im Jahr 2007 eine Anzahl PET-Flaschen sowie einen Posten Toilettenpapier zur privaten Nutzung aus den Abfällen sortiert hatte, war er seitens der Bekl. abgemahnt worden. Am 05.12.2008 entnahm der Kl. einem Altpapiercontainer einen Karton, der ein Kinderreisebett enthielt und lud diesen in seinen Pkw. Dabei wurde er von einer Videokamera beobachtet. Das Kinderreisebett war zur Entsorgung als Müll bestimmt. Nach Anhörung des Betriebsrats kündigte die Bekl. das Arbeitsverhältnis mit Schreiben vom 10.12.2008 außerordentlich fristlos, hilfsweise ordentlich zum 31.03.2009. Hiergegen wendete sich der Kl. mit einer am 12.12.2008 beim Arbeitsgericht eingegangenen Klage. Das Arbeitsgericht hat der Kündigungsschutzklage stattgegeben. Die hiergegen eingelegte Berufung der Bekl. hattw keinen Erfolg.

Prüfungsrelevanz:

Wieder einmal stellte sich einem Arbeitsgericht die

Frage, ob die Entwendung einer geringwertigen Sache einen Kündigungsgrund darstellen kann. In der jüngeren Vergangenheit hat es zahlreiche, medienwirksame Entscheidungen dieser Art gegeben (siehe Vertiefungshinweise), die die besondere Examensrelevanz der außerordentlichen als auch der ordentlichen Kündigung begründen. Die vorliegende Entscheidung wird auch nicht die letzte in ihrer Art sein - schon im Juni wird das BAG über die Nichtzulassungsbeschwerde im Fall „Emmily“ entscheiden und ggf. für mehr Rechtssicherheit sorgen (Az: 3 AZN 224/09). Es ist jedenfalls zu erwarten, dass die Problematik bald als Examensklausur umgesetzt wird.

Die Frage nach der Wirksamkeit einer außerordentlichen Kündigung erfolgt anhand einer zwei-schrittigen Prüfung. In einem ersten Schritt ist zu fragen, ob der Sachverhalt an sich (abstrakt) geeignet ist, einen wichtigen Grund i.S.d. § 626 BGB darzustellen. Ein Diebstahl gem. § 242 StGB ist als ein solcher wichtiger Grund anerkannt, da er die Verletzung von Loyalitätspflichten darstellt und damit den Vertrauensbereich zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer tangiert (BAG, NZA 2004, 486). Schon auf dieser Ebene ist allerdings umstritten, ob eine Ausnahme für den Diebstahl geringwertiger Sachen zu machen ist (bejahend: MünchKommBGB-Schwerdtner, § 626 Rn. 86; Schaub, Arbeitsrechtshandbuch, § 125 Rn. 37). Das BAG (NZA 1985, 91) geht allerdings davon aus, dass eine Geringwertigkeit auf der ersten Prüfungsebene keine Berücksichtigung finden darf. Der Wert der entwendeten Sache ist demnach nur im Rahmen der Interessenabwägung - also auf der zweiten Prüfungsebene -

zu betrachten. In diese Interessenabwägung dürfen - neben dem soeben erwähnten Wert der Sache - sämtliche Umstände berücksichtigt werden, welche die Verhältnismäßigkeit der Kündigung beeinflussen. Das ist insbesondere: das Alter des Arbeitnehmers, seine Stellung im Betrieb, die Dauer der Betriebszugehörigkeit, sein Verhalten nach der Tatbegehung, der Umfang des Schadens, das Vorliegen einer arbeitsrechtlichen Weisung. Außerdem ist zu beachten, dass die Kündigung ultima ratio sein muss und sich jedenfalls dann nicht als verhältnismäßig darstellt, wenn ein milderes Mittel in Betracht kommt. Die Rechtsprechung fordert daher regelmäßig eine Abmahnung (APS/Dörner, § 626 BGB Rn. 84, 88 m.w.N.) - die früher herrschende Ansicht, nach der eine Abmahnung im Vertrauensbereich grds. nicht erforderlich war, ist überholt (vgl. KR-Fischermeier, § 626 BGB Rn. 256 ff.; ErfK-Müller-Glöge, § 626 Rn. 29).

Auch hier stellte das Verhalten des Arbeitnehmers einen Diebstahl gem. § 242 StGB dar, da dieser vom Wert der Sache unabhängig ist. Ein wichtiger Grund gem. § 626 BGB war demnach an sich gegeben. In der Interessenabwägung wertet das LAG aber insbesondere die Tatsache, dass das Arbeitsverhältnis bis zum Zeitpunkt der Abmahnung, d.h. acht Jahre, störungsfrei verlaufen ist. Außerdem berücksichtigt die Kammer, dass der entwendete Gegenstand zwar einen objektiv messbaren Wert hat, für den Arbeitgeber aber völlig ohne Interesse war. So war das Bett nicht einmal zum Recycling, sondern alleine für die Entsorgung als Müll bestimmt, die schließlich auch erfolgte - hier unterscheidet sich der Fall also von den üblichen Konstellationen, wie dem „Maultaschen“-Fall bzw. dem Fall „Emmily“, da dem Arbeitgeber dort ein geringer, aber quantifizierbarer wirtschaftlicher Schaden entstanden. Schließlich bekleidete der Kl. als Hofarbeiter auch keine besondere Vertrauensstellung im Betrieb. Das Interesse der Bekl. an der Einhaltung ihrer arbeitsrechtlichen Weisungen trat demgegenüber zurück; die außerordentliche und auch die ordentliche Kündigung waren unwirksam.

Das Urteil lässt eine Auseinandersetzung mit einer sachenrechtlichen Komponente leider vermissen: Ob die zu entsorgenden Gegenstände tatsächlich in das Eigentum der Bekl. übergegangen sind, erscheint fraglich. Insofern ist auf die Pfandflaschen-Entscheidung des BGH hinzuweisen (RA 2007, 598 = NJW 2007, 2913), die sich allein damit beschäftigt, wer Eigentümer von Gegenständen ist, die verschiedene Produktions- und Vertriebsstufen durchlaufen. Zu einer anderen Bewertung hätte dies vorliegend allerdings nicht geführt, da bei Verneinung des Eigentums schon kein Diebstahl zulasten der Bekl. anzunehmen gewesen wäre.

Die Entscheidung verdeutlicht schließlich, dass das

Kündigungsrecht am Einzelfall ausgerichtet ist. Entgegen der Tendenz der Arbeitsgericht entscheidet das LAG hier insbesondere mit Blick auf die materielle Gerechtigkeit. Für eine Examensklausur kann daher nur geraten werden, sämtliche Umstände des Einzelfalles in die Interessenabwägung einfließen zu lassen und eine fallbezogene, keine rechtsprechungsbezogene Entscheidung vorzunehmen.

Vertiefungshinweise:

□ Kündigung wegen Diebstahls geringwertiger Sachen: *ArbG Lörrach*, AuR 2010, 79 („Maultaschen“-Fall); *LAG Berlin-Brandenburg*, NZA-RR 2009, 188 (Fall „Emmily“); ferner *LAG Hamm*, BB 2009, 2141; *LAG Hamburg*, NZA-RR 469

Kursprogramm:

□ *Examenskurs*: „Die überflüssige Frieda“

Leitsätze:

1. Die weisungswidrige Aneignung auch einer wirtschaftlich geringwertigen Sache im Betrieb durch einen Arbeitnehmer ist - je nach Lage des Einzelfalles - grundsätzlich geeignet, einen Kündigungsgrund "an sich" für eine außerordentliche Kündigung darzustellen.

2. Gerade bei der weisungswidrigen Aneignung wirtschaftlich geringwertiger oder wertloser Sachen durch einen Arbeitnehmer ist im Rahmen einer abschließenden Interessenabwägung bei Würdigung aller Umstände des Einzelfalles zu prüfen, ob das Beendigungsinteresse des Arbeitgebers gegenüber dem Bestandsschutzinteresse des Arbeitnehmers ein überwiegendes Gewicht hat.

Sachverhalt:

Der 1980 geborene, verheiratete Kläger, der zwei Kindern im Kleinkindalter unterhaltspflichtig ist, arbeitet seit dem 02.05.2000 bei der Beklagten, die ein Abfallentsorgungsunternehmen betreibt und zum Zeitpunkt des Ausspruchs der streitgegenständlichen Kündigung etwa 60 Arbeitnehmer beschäftigte, als Hofarbeiter zu einer durchschnittlichen monatlichen Vergütung von EUR 2.667,17 brutto. Die Beklagte (eine GmbH) ist ein zertifiziertes Entsorgungsunternehmen, welches sich hauptsächlich mit Abfalltransporten sowie mit dem Sortieren von Abfällen befasst. Die Tätigkeit des Klägers umfasste insbesondere das Sortieren von Altpapier, das Fahren von Staplern und sonstige Hilfsarbeiten. Sofern es ihnen von der Geschäftsleitung im Einzelfall gestattet wird, dürfen Mitarbeiter der Beklagten Gegenstände aus dem zu entsorgenden Müll privat mitnehmen. Hierzu müssen die Mitarbeiter einen der Geschäftsführer um Erlaubnis fragen. Soweit keine Gründe einer Mitnahme entgegenstehen, wird

die Erlaubnis vom Geschäftsführer erteilt.

Die Beklagte erteilte dem Kläger mit Schreiben vom 13.07.2007 eine Abmahnung weil er am 11.07.2007 "firmeneigene PET-Flaschen gesammelt und diese in [einem] Zwischenlager deponiert" habe. Gleichzeitig wurde dem Kläger eine interne Aktennotiz vom Januar 2007 überreicht, wonach es nicht erlaubt sei, PET-Pfandflaschen aus der Sammlung "Gelber Sack" mitzunehmen und für den Eigenbedarf zu nutzen. Der damalige Betriebsratsvorsitzende erhielt von der Beklagten eine Kopie des Abmahnungsschreibens zur Kenntnis.

Am 05.12.2008 entnahm der Kläger aus einem Altpapiercontainer, der in einer Halle auf dem Betriebsgrundstück der Beklagten zur Verarbeitung am Zuführband zur Altpapierpresse abgeladen worden war, einen Karton, in dem sich ein Kinderreisebett befand. Die Halle wird von der Beklagten mit einer Videoanlage überwacht, was den dort Beschäftigten bekannt ist. Das Kinderreisebett hätte als Müll entsorgt werden sollen. Zusammen mit einem von der Beklagten beschäftigten Leiharbeiter baute der Kläger das Kinderreisebett in der Halle auf und begutachtete es. Danach baute der Kläger das Kinderreisebett wieder auseinander und transportierte es im zusammengeklappten Zustand zu seinem auf dem Mitarbeiterparkplatz stehenden PKW, wo er es offen auf dem Rücksitz abstellte. Der Vorgang, jedenfalls in der Halle, wurde von dem Vorgesetzten des Klägers beobachtet. Nachdem der Kläger darauf angesprochen wurde, dass es ihm nicht erlaubt sei, das Kinderreisebett mitzunehmen, nahm er es wieder aus seinem PKW. Das Kinderreisebett wurde sodann als Müll entsorgt.

Die Beklagte hörte den bei ihr bestehenden Betriebsrat mit Schreiben vom 08.12.2008 zu einer beabsichtigten Kündigung des Klägers an und benannte als Kündigungsgrund, der Kläger habe auf dem Betriebsgrundstück einen Diebstahl begangen. Der Betriebsrat teile mit Schreiben vom 09.12.2008 mit, dass er die Kündigung zur Kenntnis nehme.

Die Beklagte kündigte das mit dem Kläger bestehende Arbeitsverhältnis mit Schreiben vom 10.12.2008, welches dem Kläger am selben Tage zugegangen ist, außerordentlich fristlos hilfsweise ordentlich zum 31.03.2009. Gegen diese Kündigung wendet sich der Kläger mit seiner am 12.12.2008 beim Arbeitsgericht eingegangenen und der Beklagten am 17.12.2008 zugestellten Klage, mit der er auch einen Weiterbeschäftigungsanspruch geltend macht.

Der Kläger meint, Gründe für eine außerordentliche Kündigung oder die soziale Rechtfertigung einer ordentlichen Kündigung lägen nicht vor. Er habe keinen Diebstahl zu Lasten der Beklagten begangen, zumal diese nicht Eigentümerin des zu entsorgenden Mülls gewesen sei. Jedenfalls habe er keinen Diebstahlsvorsatz gehabt, was man daran erkenne, dass er das Kin-

derreisebett für sein neugeborenes Kind offen und ohne Vertuschungsversuch mitgenommen habe. Die Kündigung sei unverhältnismäßig. Jedenfalls im Rahmen der Interessenabwägung überwiege das Interesse des Klägers am Fortbestand des Arbeitsverhältnisses, da es sich allenfalls um eine geringe Pflichtverletzung gehandelt habe und die Beklagte keinerlei Schaden erlitten habe.

Ist die Klage erfolgreich?

Lösung:

Die Klage hat Erfolg, soweit sie zulässig und begründet ist.

A. Zulässigkeit

I. Rechtsweg

Es müsste zunächst der Rechtsweg zum angerufenen Arbeitsgericht eröffnet sein. Die Parteien streiten über das Bestehen bzw. Nichtbestehen eines Arbeitsverhältnisses, so dass gem. § 2 I Nr. 3 b) ArbGG das Arbeitsgericht zuständig ist. Dies gilt auch bzgl. des damit in untrennbarem Zusammenhang stehenden Weiterbeschäftigungsanspruchs. Der Rechtsweg zum Arbeitsgericht ist eröffnet.

II. Partei- und Prozessfähigkeit

Der Kl. ist als natürliche Person gem. §§ 46 II 1 ArbGG, 50, 51 ZPO partei- und prozessfähig. Die Parteifähigkeit der Bekl. als GmbH ergibt sich aus §§ 46 II 1 ArbGG, 50 ZPO, 13 GmbHG. Sie muss sich um Prozess durch ihren Geschäftsführer vertreten lassen (§ 35 GmbHG).

III. Statthafte Klageart

1. Außerordentliche Kündigung

Bzgl. der außerordentlichen Kündigung kommt eine Kündigungsschutzklage nicht in Betracht, da das KSchG gem. § 13 I 1 KSchG auf außerordentliche Kündigungen keine Anwendung findet. Der Antrag ist daher als Feststellungsantrag dahingehend auszulegen, dass das Arbeitsverhältnis nicht durch die außerordentliche Kündigung beendet worden ist. Die statthafte Klageart ist insoweit also eine Feststellungsklage nach §§ 46 II 1 ArbGG i.V.m. 256 ZPO.

2. Ordentliche Kündigung

Bzgl. der hilfsweise ausgesprochenen ordentlichen Kündigung kommt als statthafte Klageart ebenfalls eine Feststellungsklage, hier in der Form einer Kündigungsschutzklage gem. § 4 KSchG in Betracht. Der Kl. will geltend machen, dass für die ordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses kein Grund i.S.d. § 1 KSchG vorlag; somit ist ein Anwendungsfall von § 4

KSChG gegeben. Außerdem hat der Kl. einen punktuellen Kündigungsschutzantrag gem. § 4 KSChG gestellt.

3. Weiterbeschäftigung

Der Weiterbeschäftigungsanspruch ist auf eine Leistung gerichtet, so dass eine Leistungsklage statthaft ist. Diese ist zwar weder im ArbGG noch in der ZPO ausdrücklich geregelt, jedoch stillschweigend vorausgesetzt und daher allgemein als statthaft anerkannt, sofern ein Tun oder Unterlassen verlangt wird.

IV. Feststellungsinteresse

Für die die außerordentliche Kündigung betreffende Feststellungsklage ergibt sich das gem. §§ 46 II 1 ArbGG, 256 I ZPO erforderliche rechtliche Interesse aus §§ 4 S. 1, 7 KSChG, da diese Vorschriften gem. § 13 I 2 KSChG auch für den Fall der außerordentlichen Kündigung - auf die sich der Feststellungsantrag vorliegend bezieht - anwendbar sind.

Das auch für die die ordentliche Kündigung betreffende Kündigungsschutzklage erforderliche rechtliche Interesse ergibt sich ebenfalls aus den §§ 4 S. 1, 7 KSChG, da die Unwirksamkeit der Kündigung wegen der in § 7 KSChG angeordneten Heilungswirkung allein mit der fristgerecht eingereichten Kündigungsschutzklage wirksam gerügt werden kann.

Die Klagen sind somit zulässig.

B. Klagehäufung gem. §§ 46 II 1 ArbGG, 260 ZPO

Mehrere Ansprüche des Klägers gegen denselben Beklagten können gem. § 260 ZPO in einer Klage verbunden werden, wenn für sämtliche Ansprüche das Prozessgericht zuständig und dieselbe Prozessart zulässig ist.

Die Ansprüche des Klägers richten sich in allen Fällen gegen seinen Arbeitgeber (sog. Parteiidentität). Wie gezeigt ist für sämtliche Ansprüche das Arbeitsgericht zuständig. Auch ist dieselbe Prozessart zulässig. Somit können die Begehren in einer Klage verbunden werden.

C. Begründetheit

I. Feststellungsklage - außerordentliche Kündigung

Die Feststellungsklage ist begründet, wenn das Arbeitsverhältnis nicht durch die Kündigung vom 10.12.2008 aufgelöst worden ist. Das Arbeitsverhältnis wäre jedoch aufgelöst, wenn die Kündigung wirksam war.

1. Wirksame schriftliche Kündigungserklärung

Gem. §§ 623, 126 BGB muss die Kündigung schriftlich erfolgen. Dies ist vorliegend der Fall.

2. Wirksame Anhörung des Betriebsrats gem. § 102 I

BetrVG

Zudem ist vor jeder Kündigung der Betriebsrat gem. § 102 I BetrVG anzuhören. Auch dies ist vorliegend geschehen. Die Reaktion des Betriebsrates berührt die Wirksamkeit der Kündigung nicht (ErfK/Kania, § 102 BetrVG Rn. 10, 16); insofern spielt es keine Rolle, dass der Betriebsrat die Kündigung hier nur „zur Kenntnis“ genommen und ihr nicht auch zugestimmt hat.

3. Eingreifen von Sonderkündigungsschutz

Zugunsten des Kl. greift auch kein Sonderkündigungsschutz ein; auch das Erfordernis einer sozialen Rechtfertigung der Kündigung gem. § 1 I KSChG entfällt gem. § 13 I 1, 2 KSChG im Fall einer außerordentlichen Kündigung.

4. Keine Wirksamkeitsfiktion gem. §§ 13 I 2, 4 S. 1, 7 KSChG

Es müsste die materielle Ausschlussfrist des § 4 S. 1 KSChG gewahrt worden sein; d.h. der Kl. müsste innerhalb von drei Wochen nach Zugang der Kündigung Klage erhoben haben. Die schriftliche Kündigungserklärung ist dem Kl. am 10.12.2008 zugegangen; die Klage ist durch Zustellung an die Bekl. am 17.12.2008 erhoben worden (§§ 253 I, 261 ZPO). Die Drei-Wochen-Frist des § 4 S. 1 KSChG ist eingehalten worden.

5. Abmahnung

„[39] Schließlich kann zu Gunsten der Beklagten unterstellt werden, dass der Kläger wegen unberechtigter Mitnahme von zu entsorgendem Toilettenpapier im Dezember 2007 abgemahnt worden ist. Allerdings ist - wie auch das Arbeitsgericht bereits ausgeführt hat - darauf hinzuweisen, dass die Abmahnung vom 13.07.2007 nur die Sammlung von PET-Flaschen und deren Deponierung in einem "Zwischenlager" betrifft. Die bloße Beifügung der internen Aktennotiz vom 05.01.2007, wonach es nicht erlaubt ist, PET-Flaschen mitzunehmen und für den Eigenbedarf zu nutzen, macht dies noch nicht zu einem konkreten Vorwurf der Beklagten gegenüber dem Kläger. Was dem Kläger von der Beklagten vorgeworfen wird, ist im Abmahnschreiben vom 13.07.2007 formuliert. Der Verweis auf die interne Aktennotiz stellt darüber hinaus auch noch klar, was im Übrigen vom Kläger erwartet wird. Unabhängig davon ist aber insgesamt zu Gunsten der Beklagten zu unterstellen, dass dem Grundsatz des Vorrangs einer Abmahnung vor Ausspruch der Kündigung Genüge getan wurde und die Wirksamkeit der Kündigung nicht am Fehlen einer Warn- und Hinweisfunktion durch eine solche Erklärung scheitert.“

6. Wichtiger Grund gem. § 626 I BGB

„[31] Gemäß § 626 BGB kann ein Arbeitsverhältnis

aus wichtigem Grund fristlos gekündigt werden, wenn Tatsachen vorliegen, aufgrund derer dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der Interessen der Parteien die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist oder bis zu der vereinbarten Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht zugemutet werden kann.“

a. Anforderungen an den wichtigen Grund

„[32] Es ist dabei zunächst zu untersuchen, ob durch die Umstände und Verhaltensweisen, auf welche die Kündigung gestützt wird, betriebliche Interessen konkret beeinträchtigt wurden (BAG AP Nr. 58 und 87 zu § 626 BGB; APS-Dörner, 3. Auflage 2007, § 626 BGB Rn. 26) und der danach kündigungsrechtlich erhebliche Sachverhalt für sich genommen geeignet ist, einen wichtigen Grund zu bilden (vgl. ErfK-Müller-Glöge, 10. Auflage 2010, § 626 BGB Rn. 15 ff.). Bei der in diesem Zusammenhang vorzunehmenden Wertung ist ein objektiver Maßstab anzulegen (vgl. KR-Fischermeier, 8. Auflage 2007, § 626 BGB Rn. 109). Werden dem Arbeitnehmer Vertragsverletzungen vorgeworfen, dann muss grundsätzlich gegen die Pflichten aus dem Vertrag rechtswidrig und schuldhaft verstoßen worden sein (BAG NZA 1992, S. 212).“

b. Subsumtion

„[38] Dabei kann - wie im Ergebnis auch vom Arbeitsgericht angenommen - zu Gunsten der Beklagten unterstellt werden, dass das Herausnehmen des Kinderreisebetts aus dem Müll und das weisungswidrige Behaltenwollen für sich durch den Kläger ohne Erlaubnis durch die Geschäftsführung der Beklagten einen so genannten "Kündigungsgrund an sich" darstellt. Unabhängig von der Frage der Eigentumsverhältnisse im Einzelnen ist die Aneignung einer Sache, die Objekt der vom Kläger arbeitsvertraglich durchzuführenden Tätigkeiten ist, ohne Erlaubnis des Arbeitgebers grundsätzlich geeignet, eine auch außerordentliche Kündigung zu begründen. Dabei kann - ebenfalls zu Gunsten der Beklagten - unterstellt werden, dass das Verbot der Mitnahme zur Entsorgung vorgesehener Gegenstände ohne Erlaubnis der Geschäftsführung aufgrund der Betriebsversammlung vom 14.02.2005 auch dem Kläger bekannt gemacht worden ist. Sein Verhalten verstößt damit gegen die Weisungen der Beklagten, die sie aufgrund ihres Direktionsrechtes (vgl. § 106 Satz 2 GewO) gerade auch auf die Ordnung und das Verhalten der Arbeitnehmer im Betrieb beziehen durfte. Eine solche Weisung widerspricht auch nicht grundsätzlich billigem Ermessen, da die Beklagte durchaus ein berechtigtes Interesse daran haben kann, dass zu entsorgende Gegenstände auch tatsächlich entsorgt und nicht weiter genutzt werden, sei es - wie von ihr geschildert - im Interesse indu-

strieller Kunden, um zur Entlastung des Marktes eine Überproduktion abzuschöpfen, oder im Interesse der Allgemeinheit, um Gefahren durch gefährliche Gegenstände auszuschließen. Ferner ist die unerlaubte Aneignung einer Sache - wobei ein (Übergangs-) Eigentum der Beklagten an dem Kinderreisebett ebenfalls zu ihren Gunsten unterstellt werden kann - ohne Rücksicht auf deren materiellen Wert grundsätzlich dazu geeignet, eine auch außerordentliche Kündigung "an sich" zu rechtfertigen.“

7. Verhältnismäßigkeit

Die außerordentliche Kündigung müsste sich aber auch als verhältnismäßig im engeren Sinne erweisen, was einer abschließenden Interessenabwägung zu entnehmen ist.

a. Keine rechtsfeindliche Gesinnung des Kl.

„[41] Auch wenn es, wie von der Beklagten behauptet, eine mündliche Abmahnung gegenüber dem Kläger im Dezember 2007 gegeben haben sollte, schließt dies den vom Kläger behaupteten Irrtum über das fehlende Verbot der Mitnahme des Kinderreisebetts nicht aus. Zwar hat die Beklagte nach ihren Angaben bei der Betriebsversammlung im Februar 2005 - also fast vier Jahre vor dem streitgegenständlichen Vorfall - mitgeteilt, dass grundsätzlich keine zu entsorgenden Gegenstände mitgenommen werden dürfen. Allerdings bezogen sich die Vorgänge betreffend die PET-Flaschen und das Toilettenpapier auf Gegenstände, die einem Recycling zugeführt werden, also einen wenn auch geringen Restwert haben, während das Kinderreisebett ausschließlich entsorgt werden sollte. Angesichts dessen ist der Vortrag des Klägers, er habe subjektiv angenommen, dass es keine Einwendungen gegen eine Mitnahme des Kinderreisebetts gebe, jedenfalls nicht unplausibel. Für ein mangelndes subjektives Unrechtsbewusstsein des Klägers spricht auch der offene Umgang mit der Sache, die entgegen der Ansicht der Beklagten gerade nicht auf Verheimlichung angelegt war. Der Kläger hat das Kinderreisebett nach Entnahme aus dem Müll vor einem anwesenden Arbeitskollegen und vor den ihm bekannten Videokameras - an denen mindestens vier weitere Mitarbeiter das Geschehen verfolgten - aufgebaut und dann abtransportiert, wobei er es in seinem auf den Betriebsgrundstück der Beklagten stehenden Pkw offen auf dem Rücksitz abstellte. Dass der Kläger einen möglichst kurzen Weg zu seinem Pkw wählte, hat nach Auffassung der Kammer keinen erkennbaren Bezug zu einem auf Heimlichkeit angelegten Verhalten, sondern ist dem praktischen Bedürfnis geschuldet, den nicht ganz handlichen Gegenstand schnell und einfach zu transportieren; anders beispielsweise, als wenn der Kläger statt eines üblichen, beobachteten Weges einen längeren, umständlicheren Weg ohne Beobachtungsmög-

lichkeit gewählt hätte. Angesichts dieser Umstände spricht die Mitnahme des Kinderreisebetts durch den Kläger, ohne vorher um Erlaubnis zu fragen, eher für eine Gedankenlosigkeit des Klägers oder auch für einen Rechtsirrtum, der durchaus nicht unverschuldet gewesen sein muss. Im Rahmen der Interessenabwägung ist aber zu berücksichtigen, dass keine rechtsfeindliche Gesinnung des Klägers erkennbar ist, mit welcher er Interessen der Beklagten bewusst hätte zuwider handeln wollen.“

b. Interesse der Bekl. an Durchsetzung ihrer arbeitsrechtlichen Weisungen

„[42] Das Interesse der Beklagten an einer generellen Durchsetzung ihrer nicht ermessenfehlerhaften Anweisungen in Bezug auf den Umgang mit zu entsorgenden Gegenständen war bei der Abwägung durchaus zu ihren Gunsten zu berücksichtigen. Allerdings war dabei im konkreten Einzelfall auch zu beachten, dass es sich gerade nicht um eine Konstellation wie bei dem zu recycelnden Toilettenpapier handelt, in dem Kundeninteressen beeinträchtigt sein können, da das Kinderreisebett unmittelbar zur Entsorgung anstand. Zu einer Gefährdung der Allgemeinheit durch die Mitnahme des Kinderreisebetts hat die Beklagte nichts vorgetragen. Dies scheint aufgrund der vom Kläger beabsichtigten Eigennutzung für sein neugeborenes Kind auch fernliegend. Insoweit hat der Verstoß des Klägers gegen das generelle Verbot der Mitnahme von zu entsorgenden Gegenständen ohne Erlaubnis der Geschäftsführung durchaus Einfluss auf betriebliche Interessen der Beklagten, weil sie ihre Weisungen - für die es abstrakt gute Gründe geben kann - nicht durch eigenmächtiges Handeln der Arbeitnehmer untergraben sehen will. Im Rahmen des dem Kläger vorgeworfenen Verstoßes betreffend das Kinderreisebett spielen aber die Aspekte des Interesses der Kunden oder der Allgemeinheit keine konkrete Rolle, wozu auch die Beklagte nichts vorgetragen hat.“

c. Alter des Kl., Unterhaltungspflichten, Stellung im Betrieb

„[43] Das eher junge Lebensalter des Klägers wirkt sich im Rahmen der Interessenabwägung nicht zu seinen Gunsten aus. Ebenso sah die Kammer keine Veranlassung, den Unterhaltungspflichten des Klägers eine ausschlaggebende Bedeutung einzuräumen. Anders als von der Beklagten angenommen, kann aber nicht zu ihren Gunsten und zu Lasten des Klägers bei der Interessenabwägung angenommen werden, dem pflichtwidrigen Verhalten des Klägers komme deshalb besonderes Gewicht zu, weil er eine "Vertrauensstellung" bekleide. Solches mag insbesondere bei Arbeitnehmern angenommen werden, die unmittelbar mit der Einnahme, der Abrechnung und dem Verwalten von Geld betraut sind, oder denen der Arbeitgeber in

besonderer Weise Zugriff auf bedeutende Werte oder die Einflussnahme auf die Geschicke des Unternehmens eröffnet, oder die ohne weitere Kontrollmöglichkeiten durch den Arbeitgeber verhältnismäßig frei und selbständig ihre Arbeitsleistung ausführen und dabei die Vermögensinteressen des Arbeitgebers zu wahren haben. Dies ist vorliegend nicht der Fall. Der Kläger wird von der Beklagten als Hofarbeiter bei der Altpapierentsorgung und mit Hilfsarbeiten unter deren ständiger Beobachtung und Kontrolle beschäftigt. Eine Vertrauensstellung, der bei der Interessenabwägung besonderes Gewicht zukommen könnte, erschien der Kammer vor diesem Hintergrund fernliegend.“

d. Entscheidend: Störungsfreier Verlauf des Arbeitsverhältnisses

„[44] Von besonderem Gewicht bei der Interessenabwägung waren für die Kammer folgende Umstände. Zum einen hat das Arbeitsverhältnis der Parteien zum Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigung bereits über 8 1/2 Jahre bestanden, von denen auch nach Angaben der Beklagten über 7 Jahre störungsfrei verlaufen sind. Ferner geht es um die - wenn auch weisungswidrige - Aneignung einer Sache durch den Kläger, die für die Beklagte nicht einmal einen minimalen, sondern überhaupt keinen wirtschaftlichen Wert hatte, die zur unmittelbaren Entsorgung anstand und im Anschluss an den Vorfall auch tatsächlich vernichtet wurde. Dabei sind auch - über die Durchsetzung der von ihr vorgegebenen Betriebsordnung hinaus - keine weiteren nicht-vermögensrechtlichen Interessen der Beklagten im konkreten Fall zu erkennen, die in irgendeiner Form eine Außenwirkung gehabt hätten. Auch eine Unterhöhlung der betrieblichen Disziplin durch die Mitnahme eines bereits im Müll befindlichen Kinderreisebetts, welches schließlich dort auch wieder landete, hat die Beklagte weder vorgetragen, noch wäre diese ersichtlich.“

e. Ergebnis

„[45] Angesichts dessen sah die Kammer bei der Interessenabwägung ein überwiegendes Gewicht des Bestandsschutzinteresses des Klägers gegenüber dem Beendigungsinteresse der Beklagten. Zwar sind durch den Vorfall Interessen der Beklagten berührt, doch nur in einem geringen Maße und ohne wirtschaftliche Nachteile (vgl. zur Interessenabwägung bei der unerlaubten Mitnahme von zu entsorgenden Gegenständen auch BAG, AP § 626 BGB Nr. 191). Demgegenüber ist das Arbeitsverhältnis langjährig ohne Störung verlaufen und auch die jetzige Störung wurzelt nicht in einer Absicht des Klägers, die Beklagte zu schädigen oder ihr Nachteile zuzufügen.“

8. Zwischenergebnis

Ein wichtiger Grund i.S.d. § 626 BGB liegt nach der

Interessenabwägung nicht vor. Der Feststellungsantrag ist daher begründet.

II. Kündigungsschutzklage - ordentliche Kündigung

Die Kündigungsschutzklage ist begründet, wenn die Kündigung der Bekl. vom 10.12.2008 nicht gem. § 1 II KSchG sozial gerechtfertigt ist.

1. Allgemeine Kündigungsvoraussetzungen

Die allgemeinen Kündigungsvoraussetzungen liegen vor (s.o.).

2. Anwendbarkeit des KSchG

Das KSchG ist anwendbar, da die Bekl. mehr als fünf Arbeitnehmer beschäftigt (§ 23 I 2 KSchG) und das Arbeitsverhältnis der Parteien über ein halbes Jahr andauert (§ 1 I KSchG).

3. Soziale Rechtfertigung gem. § 1 II KSchG

a. Anforderungen an die soziale Rechtfertigung

„[47] Eine Kündigung ist durch verhaltensbedingte Gründe sozial gerechtfertigt, wenn solche Umstände im Verhalten des Arbeitnehmers vorliegen, die bei verständiger Würdigung der Interessen der Vertragsparteien und des Betriebes die Kündigung als billigenwert erscheinen lassen (BAG AP Nr. 5 zu § 1 KSchG 1969 Verhaltensbedingte Kündigung). Ein verhaltensbedingter Grund für eine Kündigung des Arbeitsverhältnisses liegt insbesondere dann vor, wenn ein Arbeitnehmer in einer solchen Weise gegen seine arbeitsvertraglichen Haupt- oder Nebenpflichten verstoßen hat, dass einer dauerhaften Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses die Basis entzogen worden ist. Dies ist der Fall, wenn das vertragswidrige Verhalten des Arbeitnehmers so schwerwiegend ist, dass unter Berücksichtigung der Belange des Arbeitgebers die Auflösung des Arbeitsverhältnisses unumgänglich ist. Hierzu ist eine negative Zukunftsprognose dahingehend erforderlich, der Arbeitnehmer werde sich auch in Zukunft nicht vertragstreu verhalten (vgl. ErfK-Oetker, 10. Auflage 2010, § 1 KSchG Rn. 196 ff. m.w.N.). Die bereits erfolgte Störung ist dabei der maßgebende Anknüpfungspunkt. Der Arbeitnehmer soll allerdings durch die Kündigung nicht „bestraft“ werden. Auch die verhaltensbedingte Kündigung hat keinen Sanktionscharakter für die Vergangenheit, sondern bietet nur die Möglichkeit, sich künftig von einem Dauerschuldverhältnis zu lösen (BAG vom 07.12.1988 AP KSchG 1969 § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 26; BAG 17.01.1991 AP KSchG 1969 § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 25). Auch bei weniger schwerwiegenden Vertragsverletzungen ist eine ordentliche Kündigung gerechtfertigt, wenn der Arbeitgeber aufgrund des Verhaltens des Arbeitnehmers in der Vergangenheit befürchten muss, der Ar-

beitnehmer werde sich auch in Zukunft nicht vertragstreu verhalten (vgl. dazu KR-Griebeling, 8. Auflage 2007, § 1 KSchG, Rn. 405).

[48] Voraussetzung für eine derartige Kündigung ist grundsätzlich ferner, dass der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer mit einer vorangegangenen Abmahnung die Gelegenheit gegeben hat, sein Verhalten zu korrigieren (BAG AP Nr. 3,12,17,18 zu § 1 KSchG 1969 Verhaltensbedingte Kündigung; vgl. auch ErfK-Oetker, 10. Auflage 2010, § 1 KSchG Rn. 199 m.w.N.). Auch bei einer verhaltensbedingten Kündigung ist eine abschließende umfassende Interessenabwägung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer erforderlich (vgl. APS-Dörner, 3. Auflage 2007, § 1 KSchG Rn. 274; KR-Griebeling, 8. Auflage 2007, § 1 KSchG, Rn. 409 ff.).“

b. Subsumtion

„[50] Nach diesem Maßstab erweist sich die von der Beklagten gegenüber dem Kläger ausgesprochene hilfsweise ordentliche Kündigung als unwirksam. Auch hier kann zu Gunsten der Beklagten unterstellt werden, dass ein "Kündigungsgrund an sich" für eine verhaltensbedingte Kündigung vorliegt und die Beklagte dem Erfordernis vorhergehender Abmahnungen Genüge getan hat. Allerdings erweist sich auch hier die Kündigung im Rahmen einer abschließenden Interessenabwägung als unwirksam. Insoweit wird auf die Ausführungen oben Bezug genommen. Dies gilt auch, soweit man angesichts einer ordentlichen Kündigung das Bestandsschutzinteresse des Klägers grundsätzlich niedriger und das Beendigungsinteresse der Beklagten grundsätzlich höher einschätzen wollte, als bei einer außerordentlich fristlosen Kündigung. Nach Auffassung der Kammer überwiegt das oben geschilderte Bestandsschutzinteresse des Klägers das Beendigungsinteresse der Beklagten in einem solchen Maße, dass auch bei einem in Bezug auf eine ordentliche Kündigung abgesenkten Prüfungsmaßstab im konkreten Einzelfall die hilfsweise ordentliche Kündigung unwirksam ist. Die Wegnahme von Müll durch den Kläger, ohne dass ein Schaden der Beklagten eingetreten ist, beeinträchtigt im konkreten Einzelfall deren Interessen - auch unter Berücksichtigung der aufrechterhaltenden Betriebsordnung - so wenig, dass sich auch eine ordentliche Kündigung als unwirksam erweist.“

4. Zwischenergebnis

Die ordentliche Kündigung war nicht sozial gerechtfertigt. Die Kündigungsschutzklage ist daher auch begründet.

III. Leistungsklage - Weiterbeschäftigungsanspruch

Die Leistungsklage ist begründet, wenn dem Kläger ein Anspruch auf Weiterbeschäftigung zusteht.

1. Anspruch aus dem Arbeitsvertrag

Ein solcher Anspruch ergibt sich aus dem zwischen den Parteien bestehenden Arbeitsvertrag. Dass dieser insbesondere nicht durch außerordentliche oder ordentliche Kündigung erloschen ist, wurde bereits oben ausgeführt. Das Gericht begnügt sich hierzu mit einem kurzen Ergebnissatz:

“[51] Dem Kläger steht ein Weiterbeschäftigungsanspruch über den Ablauf des Kündigungstermins hinaus bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsschutzprozesses aus dem vertraglichen Beschäftigungsanspruch zu, § 611 BGB.”

2. Keine Unzumutbarkeit

Anerkannt ist jedoch, dass der Arbeitgeber den Arbeitnehmer freistellen kann, wenn ihm eine Weiterbeschäftigung während des laufenden Prozesses unzu-

mutbar ist. Gründe für eine solche Freistellung sieht das Gericht hier jedoch nicht:

“[51] Dem steht kein überwiegendesschutzwertes Interesse der Beklagten entgegen. Wenn ein die Unwirksamkeit der Kündigung feststellendes Urteil ergeht, kann die Ungewissheit des Prozessausgangs für sich allein ein überwiegendes Gegeninteresse des Arbeitgebers nicht mehr begründen (vgl. BAG GS AP Nr. 14 zu § 611 BGB Beschäftigungspflicht).”

3. Zwischenergebnis

Auch die Leistungsklage ist begründet.

D. Gesamtergebnis

Die Klage ist zulässig und begründet. Sie hat insgesamt Erfolg.

Standort: § 253 I StGB**Problem: Absicht rechtswidriger Bereicherung**

BGH, BESCHLUSS VOM 23.02.2010

4 STR 438/09 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Der Angeklagte hatte sich in eine Prostituierte verliebt und diese von ihrem Zuhälter für 10.000,- € “freigekauft”, damit die beiden sich eine gemeinsame Zukunft aufbauen konnten. Nach Zahlung erfuhr der Angeklagte jedoch, dass der Zuhälter immer noch einen Reisepass der ausländischen Prostituierten besaß und somit den Aufbau einer gemeinsamen Zukunft der beiden Liebenden verhindern konnte. Deshalb fühlte sich der Angeklagte betrogen und begab sich mit einigen Freunden zu dem Zuhälter, die diesen mit Axtstielen schlugen, um ihn zur Rückzahlung des Geldes zu veranlassen.

Das Landgericht Halle hatte den Angeklagten und seine Freunde insbesondere wegen Beteiligung an einer versuchten schweren räuberischen Erpressung, §§ 253 I, 255, 250 II Nr. 1, 22, 23 I StGB, verurteilt. Der BGH hob diese Verurteilung auf, da der Angeklagte einen Rückzahlungsanspruch gegen den Zuhälter gehabt und somit nicht mit der für eine (versuchte) Erpressung erforderlichen Absicht rechtswidriger Bereicherung gehandelt habe.

Prüfungsrelevanz:

Vermögensdelikte und hier insbesondere die §§ 249 ff. StGB erfreuen sich in beiden Examen einer sehr großen Beliebtheit. Insofern ist nicht nur das klassische Problem der Abgrenzung von Raub, § 249 I StGB, und räuberischer Erpressung, §§ 253 I, 255 StGB - das im vorliegenden Fall auch eine, allerdings untergeordnete, Rolle spielt - häufig Gegenstand von

Prüfungsaufgaben, sondern auch die Voraussetzungen der einzelnen Tatbestandsmerkmale. Das in der vorliegenden Entscheidung maßgebliche Tatbestandsmerkmal der Absicht rechtswidriger Bereicherung findet sich neben der (räuberischen) Erpressung auch bei den Betrugsdelikten, §§ 263 I, 263a I StGB, sodass die Problemstellung der vorliegenden Entscheidung auch auf Fälle des (Computer-) Betrugs übertragbar sind. Das verleiht dem Beschluss - auch wenn er wenig neue Erkenntnisse verschafft - eine noch größere Examensrelevanz. Interessant ist auch, dass für die strafrechtliche Lösung des vorliegenden Falles relativ anspruchsvolle zivilrechtliche Fragen, nämlich der Ausschluss eines Kondiktionsanspruchs, § 812 I BGB, über §§ 814, 817 BGB, eine entscheidende Rolle spielen. Solche Fälle, in denen die verschiedenen Rechtsgebiete (Zivil-, Straf- und Öffentliches Recht) einander beeinflussen, sind bei vielen Prüfern besonders beliebt. Deswegen kann es als nahezu sicher gelten, dass der vorliegende Fall - ggf. in leicht abgewandelter Form - in naher Zukunft zum Gegenstand von Examensaufgaben, insb. in Prüfungsgesprächen, gemacht werden wird.

Eine Strafbarkeit wegen (räuberischer) Erpressung setzt stets voraus, dass der Täter in der Absicht handelt, “sich oder einen Dritten zu Unrecht zu bereichern”. Diese Absicht entspricht inhaltlich der in § 263 I StGB geforderten Absicht, “sich oder einem Dritten einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen” (BGH, NJW 1988, 2623; Lackner/Kühl, § 253 Rn. 19). Rechtswidrig ist die vom Täter beabsichtigte Bereicherung dann, wenn der Täter keinen fälligen, durchsetzbaren Anspruch auf diese hat (BGH, RA 2003, 706, 708 = NJW 2003, 3283, 3284; Fischer, § 253 Rn. 19 f., § 263 Rn. 111). Das heißt, dass an

dieser Stelle im strafrechtlichen Gutachten das Bestehen zivilrechtlicher Ansprüche des Täters auf die begehrte vermögensrechtliche Besserstellung geprüft werden müssen.

Hat der Täter einen solchen Anspruch, so ist die von ihm begehrte Bereicherung nicht rechtswidrig und sein Verhalten deshalb nicht als (räuberische) Erpressung oder (Computer-) Betrug strafbar. Teilweise wird diese Prüfung bereits in den objektiven Tatbestand des Delikts vorverlagert und das Erlöschen des bestehenden Anspruchs des Täters dazu herangezogen, um bereits das Vorliegen eines Vermögensnachteils bzw. -schadens zu verneinen. Da dann jedoch die Prüfung der Rechtswidrigkeit der beabsichtigten Bereicherung jeden Sinn verliert, empfiehlt es sich, das Vorliegen zivilrechtlicher Ansprüche in einem Gutachten erst im Rahmen der entsprechenden Absicht anzusprechen.

Im vorliegenden Fall hatte der BGH nur eine Versuchsstrafbarkeit der Angeklagten geprüft, da diese vom Opfer das Geld nicht bekommen hatten. Im Rahmen der insofern anzustellenden Prüfung des Tatenschlusses kommt es allerdings stets nur auf die Tätervorstellung an. D.h. es spielt hier für den Ausschluss des Tatenschlusses bzgl. der Rechtswidrigkeit der beabsichtigten Bereicherung keine Rolle, ob der Täter tatsächlich einen Anspruch gegen das Opfer hat. Wichtig ist nur, ob er sich einen solchen vorstellt. Ist dies der Fall, so fehlt der entsprechende Tatentschluss und somit auch die Strafbarkeit wegen Versuchs. Sollte andererseits der Täter vom Bestehen eines tatsächlich existierenden Anspruchs nichts wissen, so kann er sich zwar nicht wegen vollendeter Tat strafbar machen (da die beabsichtigte Bereicherung ja objektiv nicht rechtswidrig ist), es bleibt jedoch die Möglichkeit eines untauglichen Versuchs. Hierauf weist der BGH in der vorliegenden Entscheidung auch ausdrücklich hin.

Vertiefungshinweise:

□ Zur Berücksichtigung des Bestehens von Ansprüchen des Täters bei §§ 253, 263 StGB: *BGHSt* 20, 136; 42, 268; *BGH*, *NJW* 1952, 1345; 1953, 1479; 1982, 2265; 1983, 2646; 1988, 216; 2003, 3283; *RA* 2003, 706 = *NStZ* 2004, 37

Kursprogramm:

□ *Examenskurs*: "Die Geldeintreiber"

Leitsatz (der Redaktion):

Der Täter handelt nicht mit der für §§ 253 I, 255 StGB erforderlichen Absicht rechtswidriger Bereicherung, wenn ihm ein Kondiktionsanspruch bzgl. der begehrten Bereicherung zusteht. Geht er irrtümlich vom Gegenteil aus, kommt allerdings eine Strafbarkeit wegen untauglichen Versuchs in Be-

tracht.

Sachverhalt:

W hatte sich in I verliebt, die in den Bordellen ihres Zuhälters Ma, der sie zum Zweck der sexuellen Ausbeutung aus Russland nach Deutschland gelockt hatte, der Prostitution nachging. Um mit I eine gemeinsame Zukunft aufbauen zu können, vereinbarte W mit Ma einen "Freikaufpreis" von 10.000 Euro; im Gegenzug sollte Ma die "Rechte" an I freigeben und ihm ihren Reisepass aushändigen. Nach der Zahlung und der Übergabe des russischen Reisepasses am 17. März 2006 erfuhr W von I, dass dieser Pass abgelaufen war und dass sie, von Ma getäuscht, diesem den gefälschten litauischen Reisepass, den dieser ihr nach Ablauf ihres Touristenvisums verschafft hatte, zurückgegeben hatte. Nunmehr fühlte sich W "abgezockt" und wollte sich das Geld notfalls unter Einsatz von Gewalt zurückholen. Zu diesem Zwecke begab er sich noch am selben Tage zu Ma und verschaffte seiner Rückzahlungsforderung gewaltsam Nachdruck, indem er mit einem Axtstiel gegen Kopf und Oberkörper des Ma einprügelte. Nachdem es einer Zeugin gelungen war, um Hilfe zu rufen, wurde W von Freunden des Ma festgehalten, ohne sein Ziel erreicht zu haben.

Wie hat W sich strafbar gemacht?

[Bearbeitervermerk: Gehen Sie davon aus, dass W vorhatte, sich das Geld von Ma geben zu lassen und dass er nicht glaubte, genau diejenigen Geldscheine zu erlangen, die er selbst Ma übereignet hatte.]

Lösung:

A. Strafbarkeit gem. §§ 249 I, 250 II Nr. 1, 22, 23 I StGB

Dadurch, dass W den Ma mit einem Axtstiel schlug, um die von ihm an Ma gezahlten 10.000 € zurückzubekommen, könnte W sich wegen versuchten schweren Raubes gem. §§ 249 I, 250 II Nr. 1, 22, 23 I StGB strafbar gemacht haben.

I. Vorprüfung

Da W das Geld nicht weggenommen hat, ist eine Strafbarkeit wegen vollendeten Raubes nicht gegeben. Schwerer Raub ist ein Verbrechen (vgl. §§ 250 II, 12 I StGB), sodass der Versuch gem. § 23 I StGB strafbar ist.

II. Tatentschluss

W müsste Tatentschluss gehabt haben.

Der Tatentschluss beinhaltet den Vorsatz bzgl. der Verwirklichung aller objektiven Tatbestandsmerkmale sowie das Vorliegen der sonstigen subjektiven Tatbestandsmerkmale (Joecks, § 22 Rn. 3; Wes-

sels/Beulke, AT, Rn. 598).

W müsste zunächst Tatentschluss zur Verwirklichung des Grunddelikts gem. § 249 I StGB gehabt haben.

1. Bzgl. Raubmittel

W müsste sich vorgestellt haben, eines der in § 249 I StGB genannten Raubmittel, also Gewalt gegen eine Person oder Drohungen mit gegenwärtiger Gefahr für Leib und Leben, anzuwenden.

Gewalt gegen eine Person ist der auf den Körper des Opfers bezogene, unmittelbar wirkende Zwang zur Überwindung geleisteten oder erwarteten Widerstandes (BGH, NStZ 1982, 114; Fischer, § 249 Rn 4; Rengier, BT I, § 7 Rn 3).

W hatte den Willen, auf das Opfer Ma mit einem Axtstiel einzuschlagen, was er ja auch in die Tat umgesetzt hat. Dies stellt eine auf den Körper des Ma bezogene unmittelbare Zwangsanwendung dar, durch die W auch erwarteten Widerstand des Ma bezüglich der Entziehung des Geldes überwinden wollte. W hatte also Tatentschluss zur Anwendung von Personengewalt. Dass W dem Ma auch drohen wollte, lässt sich dem Sachverhalt nicht entnehmen. Dennoch hatte er aufgrund des Willens zur Anwendung von Gewalt gegen eine Person den Tatentschluss zur Anwendung eines Raubmittels.

2. Bzgl. fremder beweglicher Sache

W müsste sich vorgestellt haben, dass es sich bei dem Geld (also Scheinen und/oder Münzen), auf das er es abgesehen hatte, um fremde bewegliche Sachen handelte.

W wusste, dass es sich bei Geldscheinen und Münzen um bewegliche Sachen handelt.

Fremd i.S.v. § 249 I StGB ist eine Sache dann, wenn sie im Eigentum einer anderen Person als des Täters steht (Fischer, § 249 Rn 2, § 242 Rn 5; Joecks, § 249 Rn 7, Vor § 242 Rn 9 f.).

W wusste, dass Ma Eigentümer der Geldscheine war, die er erlangen wollte, sodass er Tatentschluss bzgl. einer fremden beweglichen Sache als Tatobjekt hatte.

3. Bzgl. Wegnahme

W müsste auch Tatentschluss dazu gehabt haben, das Geld wegzunehmen.

Eine Wegnahme i.S.v. § 249 I StGB setzt - ebenso wie bei § 242 I StGB - den Bruch fremden und die Begründung neuen Gewahrsams voraus (Fischer, § 249 Rn 2, § 242 Rn 10; Joecks, § 249 Rn 8). Dies müsste W sich also vorgestellt haben.

W müsste zunächst Tatentschluss bzgl. des Bestehens fremden Gewahrsams gehabt haben. Gewahrsam ist die von einem natürlichen Herrschaftswillen getragene tatsächlich Sachherrschaft, wobei das Vorliegen dieser Elemente nach der Verkehrsanschauung zu beurteilen ist (BGHSt 22, 182; Fischer, § 242 Rn 11). Es ist an-

zunehmen, dass W davon ausging, dass Ma die 10.000- € entweder bei sich trug oder dass das Geld sich irgendwo in der Wohnung oder den Geschäftsräumen des Ma befand. Solange Ma die Geldscheine bei sich trug oder sich diese zumindest in den von Ma beherrschten Räumlichkeiten befanden, hatte Ma die tatsächliche Sachherrschaft darüber und auch einen entsprechenden Herrschaftswillen. W stellte sich also Umstände vor, nach denen Gewahrsam des Ma, also für W fremder Gewahrsam, bestand.

W müsste auch Tatentschluss zur Begründung neuen Gewahrsams gehabt haben. Der Täter hat neuen Gewahrsam dann begründet, wenn er die Sachherrschaft derart erlangt hat, dass er sie ungehindert durch den alten Gewahrsamsinhaber ausüben und dieser seinerseits nicht mehr über die Sache verfügen kann, ohne die Verfügungsgewalt des Täters zu beseitigen (OLG Köln, StV 1989, 156; Lackner/Kühl, § 242 Rn 15). W wollte das Geld mitnehmen und so eine eigene Sachherrschaft erlangen. Es wäre Ma dann auch nicht mehr möglich, auf das Geld zuzugreifen, sodass bei dem von W geplante Vorgehen neuer Gewahrsam begründet worden wäre.

W müsste sich auch Umstände vorstellen, nach denen diese Gewahrsamsverschiebung einen Gewahrsamsbruch darstellen würde. Ein Gewahrsamsbruch ist dann gegeben, wenn der Täter den fremden Gewahrsam gegen oder ohne den Willen des Gewahrsamsinhabers aufhebt (Schönke/Schröder-Eser, § 249 Rn 2, § 242 Rn 35). Ein Einverständnis des Opfers in die Gewahrsamsverschiebung schließt also die Wegnahme aus (BGHSt 4, 199; Lackner/Kühl, § 249 Rn 1, § 242 Rn 14). Während diese Wertung i.R.v. § 242 I StGB uneingeschränkt gilt, würde der Tatbestand des § 249 I StGB weit gehend leer laufen, wenn man hier jedes - auch ein abgenötigtes - Einverständnis als Tatbestandsausschluss heranziehen würde. Deshalb muss das Vorliegen des Gewahrsamsbruchs bei § 249 I StGB etwas anders geprüft werden als bei § 242 I StGB (vgl. hierzu die Darstellung bei Joecks, § 249 Rn 8 ff.).

Nach welchen Kriterien das Vorliegen einer Wegnahme i.R.v. § 249 I StGB zu prüfen ist, ist streitig. Dies hängt letztlich mit dem Verhältnis von Raub und räuberischer Erpressung und dem für eine Erpressung erforderlichen Opferverhalten zusammen.

a. Literatur

Nach herrschender Auffassung in der Literatur muss das Verhalten des Opfers bei einer (räuberischen) Erpressung stets - wie beim Betrug - eine Vermögensverfügung darstellen. Da der Raub hingegen - wie der Diebstahl - eine Wegnahme voraussetze, stünden §§ 253 I, 255 StGB und § 249 I StGB - ebenso wie § 263 I StGB und § 242 I StGB - in einem Exklusivitätsverhältnis. Die Abgrenzung habe bei beiden Deliktspaa-

ren nach der inneren Willensrichtung des Opfers zu erfolgen (Fischer, § 253 Rn 11 mwN).

Eine Wegnahme liegt nach dieser Ansicht vor, wenn dem Opfer nach seiner Vorstellung keine Wahlmöglichkeit bleibt, den Gewahrsamswechsel zu verhindern; eine Vermögensverfügung hingegen liegt dann vor, wenn ein gewahrsamsbegründendes Mitwirken des Opfers erforderlich ist, um die Vermögensschädigung herbeizuführen und sich das Opfer auch dessen bewusst ist (Rengier, JuS 1981, 656; Schönke/Schröder-Eser, § 253 Rn. 8 mwN).

Da W nicht genau wusste, wo das Geld sich befand, war ihm klar, dass er auf die Mitwirkung des Ma angewiesen sein würde, um an dieses zu gelangen. Deshalb ist W wohl davon ausgegangen, dass auch Ma glaubte, dass seine Mitwirkung für die Gewahrsamsverschiebung an dem Geld erforderlich sei. W ging also davon aus, dass nach der Vorstellung des Opfers dessen Mitwirkung für die Herbeiführung des Gewahrsamswechsels erforderlich sei. W hatte also nach dieser Meinung keinen Tatentschluss hinsichtlich einer Wegnahme

b. Rechtsprechung

Nach der Rechtsprechung kommt als Opferverhalten im Rahmen einer (räuberischen) Erpressung - entsprechend dem Gesetzeswortlaut - jedes Handeln, Dulden oder Unterlassen in Betracht. Deshalb beinhaltet jeder Raub immer auch eine räuberische Erpressung (bei der das Opferverhalten dann in der Duldung der Wegnahme bestehe, vgl. BGHSt 41, 123), sodass § 249 I StGB lediglich eine *lex specialis* zu §§ 253 I, 255 StGB darstelle. Eine Abgrenzung zwischen Raub und räuberischer Erpressung sei deshalb nach dem äußeren Erscheinungsbild vorzunehmen.

W wollte sich die Geldscheine von F geben lassen, sodass vom äußeren Erscheinungsbild her eine Weggabe vorgelegen hätte. Auch nach dieser Auffassung ist also ein Tatentschluss des W zu einer Wegnahme nicht gegeben.

c. Zwischenergebnis

Nach beiden Meinungen hatte W keinen Tatentschluss dazu, das Geld wegzunehmen.

W hatte also keinen Tatentschluss dazu, den Tatbestand des Raubes, § 249 I StGB, zu verwirklichen.

II. Ergebnis

W ist nicht strafbar gem. §§ 249 I, 250 II Nr. 1, 22, 23 I StGB.

B. Strafbarkeit gem. §§ 253 I, 255, 250 II Nr. 1, 22, 23 I StGB

Durch die Schläge mit dem Axtstiel könnte sich W jedoch wegen versuchter schwerer räuberischer Erpressung gem. §§ 253 I, 255, 250 II Nr. 1, 22, 23 I

StGB ggü. und zum Nachteil des Ma strafbar gemacht haben.

I. Vorprüfung

Da W das Geld nicht erlangt hat, ist mangels Vermögensnachteils des Ma auch eine Strafbarkeit wegen vollendeter räuberischer Erpressung nicht gegeben. Schwere räuberische Erpressung ist ein Verbrechen (vgl. §§ 250 II, 12 I StGB), sodass der Versuch gem. § 23 I StGB strafbar ist.

II. Tatentschluss

W müsste mit Tatentschluss zur Begehung einer schweren räuberischen Erpressung gehandelt haben. Dann müsste er zunächst Tatentschluss zur Begehung einer räuberischen Erpressung gem. §§ 253 I, 255 StGB gehabt haben.

1. Bzgl Raubmittel

W wollte Gewalt gegen eine Person anwenden, hatte also Tatentschluss bzgl. der Anwendung eines Raubmittels (s.o.).

2. Bzgl. Opferreaktion

W müsste auch Tatentschluss dazu gehabt haben, Ma zu einer tatbestandlichen Opferreaktion zu veranlassen.

Die herrschende Literatur verlangt als Opferreaktion für §§ 253 I, 255 StGB stets eine Vermögensverfügung, also ein vermögensminderndes Verhalten; nach der Rechtsprechung hingegen reicht - entsprechend dem Gesetzeswortlaut - insofern jedes Handeln, Dulden oder Unterlassen des Opfers aus (s.o.). W stellte sich vor, dass Ma ihm die 10.000,- € geben würde. Dies würde nicht nur eine Handlung des Ma darstellen, sondern sich auch unmittelbar vermögensmindernd bei Ma auswirken, da dieser zumindest Besitz und Gewahrsam an dem Geld verlieren würde. W stellte sich also als Opferreaktion auch eine Vermögensverfügung vor, sodass er nach beiden Meinungen Tatentschluss bzgl. einer tatbestandlichen Opferreaktion des Ma hatte.

3. Bzgl. Vermögensnachteil

W müsste Tatentschluss bzgl. des Eintritts eines Vermögensnachteils bei Ma gehabt haben.

Der Begriff des Vermögensnachteils i.S.v. § 253 I StGB entspricht demjenigen des Vermögensschadens bei § 263 I StGB (BGHSt 34, 394, 395; Fischer, § 253 Rn. 13). Ein Vermögensnachteil i.S.v. §§ 253 I, 255 StGB ist somit dann gegeben, wenn der Gesamtwert des Vermögens des Opfers durch die Tat verringert wurde (Lackner/Kühl, § 253 Rn 4, § 263 Rn 36; Schönke/Schröder-Eser, § 253 Rn 9, § 263 Rn 99).

Nach der Vorstellung des W sollte Ma jedenfalls Besitz und Gewahrsam an den herausgegebenen 10.000,-

€ verlieren. Es könnte allerdings sein, dass sich W vorgestellt hatte, dass Ma für diese Vermögensminderung ein Äquivalent erhalten würde, nämlich das Erlöschen eines Zahlungsanspruchs des W gegen Ma in dieser Höhe.

Ob das Erlöschen einer Leistungspflicht ein Äquivalent darstellt, dass das Vorliegen eines Vermögensschadens bzw. -nachteils ausschließt, ist streitig.

a. 1. Meinung

Nach einer Auffassung, die früher auch von der Rechtsprechung vertreten wurde, stellt es ein Äquivalent für eine erlittene Vermögensminderung dar, wenn das Opfer eines Betruges oder einer (räuberischen) Erpressung hierdurch von einer Leistungspflicht befreit wird, sodass in diesen Fällen keine Vermögensschaden bzw. -nachteil vorliegt (BGH, NJW 1953, 1479; 1983, 2646, 2648; Joecks, § 263 Rn. 118; Schönke/Schröder-Cramer, § 263 Rn. 117).

Nach dieser Auffassung hätte W also bereits keinen Tatentschluss bzgl. eines Vermögensschadens, wenn er sich vorstellen würde, dass er einen Rückzahlungsanspruch gegen Ma bzgl. der 10.000,- € hätte.

b. 2. Meinung

Die Gegenauffassung, insb. die aktuelle Rechtsprechung, will das Vorliegen eines Anspruches, der durch die Vermögensminderung des Opfers erloschen sein könnte, nicht bereits beim Tatbestandsmerkmal des Vermögensschadens oder -nachteils berücksichtigen, sondern erst bei der Absicht rechtswidriger Zueignung (BGH, NStZ 1988, 216; Krey/Hellmann, BT II, Rn. 499).

Nach dieser Auffassung wäre also ein Tatentschluss des W bezüglich eines Vermögensnachteils des Ma selbst dann gegeben, wenn W geglaubt haben sollte, dass ihm ein Rückzahlungsanspruch gegen Ma zustehen würde.

c. Stellungnahme

Für die erste Meinung spricht, dass es einen Wertungswiderspruch darstellt, wenn eine Person zwar einerseits die unbedingte Rechtspflicht trifft, eine Leistung zu erbringen, andererseits die tatsächliche Erbringung der Leistung als Schaden angesehen würde. Für die Gegenauffassung spricht jedoch, dass im Rahmen einer Gesamtermittlung des Opfervermögens - die im Rahmen der Prüfung des Vorliegens eines Vermögensnachteils durchzuführen ist (s.o.) - doch zu berücksichtigen ist, dass das "Haben" einer Vermögensposition (z.B. des Eigentums an Geld) wirtschaftlich stets einen höheren Wert besitzt als nur der Anspruch auf Verschaffung dieser Position, sodass derjenige, der sein Geld hingibt, um von einer entsprechenden Verbindlichkeit befreit zu werden, kein vollwertiges Äquivalent erlangt. Auch spricht gegen die erste

Meinung, dass bei Verneinung eines Vermögensnachteils im Falle des Bestehens eines Leistungsanspruchs des Täters das Tatbestandsmerkmal der Absicht "rechtswidriger" Bereicherung eigentlich überflüssig wäre. Der zweiten Meinung ist somit zu folgen.

Da das Erlöschen eventueller Zahlungsansprüche des W bei der Ermittlung eines Vermögensnachteils des Ma somit nicht zu berücksichtigen ist und sich W kein anderes Äquivalent vorstellte, das Ma für den Verlust der 10.000,- € erhalten würde, hatte W also Tatentschluss bzgl. eines Vermögensnachteils des Ma.

4. Bzgl. durchgehender Kausalität

W stellte sich auch vor, dass die Gewaltanwendung kausal sei für die Opferreaktion und diese wiederum kausal für den Vermögensnachteil sei. Er hatte also Tatentschluss bzgl. einer durchgehenden Kausalität.

5. Bereicherungsabsicht

W müsste in der Absicht gehandelt haben, sich oder einen Dritten zu bereichern.

W wollte sich jedenfalls Besitz und Gewahrsam an den 10.000,- € verschaffen, also eine Bereicherung. Da dies auch das Ziel seines Handelns war, hat er mit Bereicherungsabsicht gehandelt.

6. Bzgl. Rechtswidrigkeit und Stoffgleichheit der beabsichtigten Bereicherung

W müsste sich auch vorgestellt haben, dass die von ihm beabsichtigte Bereicherung rechtswidrig und stoffgleich sei.

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 diese Bereicherung hat (BGH, RA 2003, 706, 708 = NJW 2003, 3283, 3284; Fischer, § 253 Rn. 19 f., § 263 Rn. 111).

Die von W beabsichtigte Bereicherung wäre also nicht rechtswidrig, wenn W einen fälligen, durchsetzbaren Anspruch gegen Ma auf (Rück-) Zahlung der 10.000,- € hätte.

Hierzu führt der BGH aus: "a) [4] Der Rückzahlungsanspruch ergibt sich aus § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB. Die Zahlung war ohne rechtlichen Grund erfolgt, weil die Vereinbarung über den 'Freikaufpreis' bereits nach ihrem Inhalt gegen die guten Sitten verstieß und deshalb gemäß § 138 Abs. 1 BGB nichtig war. Der Vertrag behandelte die Zeugin I als bloßes Objekt. Die Anerkennung ihrer persönlichen Freiheit durch Ma, insbesondere ihrer Freiheit zur sexuellen Selbstbestimmung, war danach von einer Gegenleistung abhängig.

b) [5] Der Rückzahlungsanspruch ist auch weder nach § 814 Alt. 1 BGB noch nach § 817 Satz 2 BGB ausgeschlossen.

[6] § 814 Alt. 1 BGB, wonach die Leistung nicht zurückgefordert werden kann, wenn der Leistende gewusst hat, dass er zur Leistung nicht verpflichtet war, ist hier nicht anwendbar, weil der Angeklagte W erkennbar nicht freiwillig gezahlt hatte, sondern vielmehr unter Druck zur Vermeidung eines sonst drohenden Nachteils (BGH, Urt. vom 12. Juli 1995 - XII ZR 95/93 = NJW 1995, 3052, 3054). Ma hatte schon in der Vergangenheit die Freiheit der I in strafbarer Weise (§ 232 StGB) missachtet und er drohte sie ihr auch künftig streitig zu machen. Dies wollte der Angeklagte W durch die Zahlung des 'Freikaufpreises' verhindern.

[7] Auch der Kondiktionsausschluss nach § 817 Satz 2 BGB greift nicht ein. Danach ist die Rückforderung der Leistung ausgeschlossen, wenn dem Leistenden ein Verstoß gegen die guten Sitten oder gegen ein gesetzliches Verbot zur Last fällt. Hier aber stand der Zweck der Zahlung - die Wiedergewinnung der Freiheit der Zeugin I - im Einklang mit der Rechtsordnung. Dem Angeklagten W ging es bei der Vereinbarung mit Ma nicht darum, den von diesem betriebenen Menschenhandel zum Zweck der sexuellen Ausbeutung zu perpetuieren (vgl. dazu OLG Köln, Urt. vom 19. Dezember 1997 - = NJW-RR 1998, 1518). Nach den Urteilsfeststellungen wollte er die Zeugin dem Einflussbereich ihres Zuhälters entziehen, um mit ihr eine gemeinsame Zukunft aufzubauen."

W hatte also einen Rückzahlungsanspruch gegen Ma, sodass die von ihm begehrte Bereicherung objektiv nicht rechtswidrig war.

Im Rahmen einer lediglich versuchten räuberischen Erpressung spielt es jedoch für das Vorliegen des Tatentschlusses keine entscheidende Rolle, ob die beabsichtigte Bereicherung tatsächlich rechtswidrig war, sondern nur, ob der Täter sie für rechtswidrig hielt, da es im Rahmen des Tatentschlusses stets nur auf die Tätervorstellung ankommt. Da jedoch im vorliegenden Fall ein Rückzahlungsanspruch nicht nur objektiv gegeben war (s.o.), sondern W auch die Umstände bekannt waren, aus denen sich dieser Anspruch ergab, stellte er sich keine Umstände vor, nach denen die von ihm begehrte Bereicherung rechtswidrig wäre.

So sieht es auch der BGH: "Diese Feststellungen [...] rechtfertigen aber nicht die Verurteilung wegen versuchter schwerer räuberischer Erpressung, da die Angeklagten nicht in der Absicht handelten, sich (bzw. einen Dritten) zu Unrecht zu bereichern. Dem Angeklagten W stand vielmehr gegen Ma ein Anspruch auf Rückzahlung der 10.000 Euro zu; dass die Angeklagten irrtümlich vom Gegenteil ausgingen, mit der Folge, dass ein untauglicher Versuch in Betracht käme (BGHSt 42, 268), ist nicht festgestellt."

W hatte also keinen Tatentschluss zur Begehung einer (schweren) räuberischen Erpressung.

III. Ergebnis

W ist nicht strafbar gem. §§ 253 I, 255, 250 II Nr. 1, 22, 23 I StGB.

C. Strafbarkeit gem. §§ 223 I, 224 I Nr. 2, 5 StGB

Durch die Schläge mit dem Axtstiel könnte sich W jedoch wegen gefährlicher Körperverletzung gem. §§ 223 I, 224 I Nr. 2, 5 StGB strafbar gemacht haben.

I. Tatbestand

1. Grunddelikt: § 223 I StGB

W müsste Ma körperlich misshandelt und/oder an der Gesundheit geschädigt haben.

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

Durch die Schläge mit dem Axtstiel hat W den Ma übel und unangemessen behandelt und hierdurch zumindest dessen Wohlbefinden erheblich beeinträchtigt. Auch wenn dies im Sachverhalt nicht ausdrücklich erwähnt wird, ist doch davon auszugehen, dass durch die Schläge auch pathologische Zustände (insb. Prellungen, Blutergüsse und Abschürfungen) bei Ma hervorgerufen wurden.

W hat Ma also körperlich misshandelt und an der Gesundheit geschädigt.

2. Qualifikation: § 224 I StGB

a. § 224 I Nr. 2 StGB

W könnte den Qualifikationstatbestand des § 224 I Nr. 2 StGB verwirklicht haben. Dann müsste er die Körperverletzung mittels einer Waffe oder eines anderen gefährlichen Werkzeugs begangen haben.

Waffe i.S.v. § 224 I Nr. 2 StGB ist jeder Gegenstand, der dazu bestimmt ist, erhebliche Verletzungen von Menschen zu verursachen (sog. "Waffe im technischen Sinne", Fischer, § 224 Rn. 9d; Joecks, § 224 Rn. 23; Wessels/Hettinger, BT I, Rn. 273). Der von W verwendete Axtstiel ist jedoch eigentlich nicht zur Zufügung von Verletzungen gedacht, sodass er keine Waffe darstellt.

Ein "anderes gefährliches Werkzeug" i.S.v. § 224 I Nr. 2 StGB ist jeder Gegenstand, der nach seiner objektiven Beschaffenheit und der Art seiner Benutzung im Einzelfall dazu geeignet ist, erhebliche Verletzungen zuzufügen (BGH, NStZ 2007, 95; Fischer, § 224 Rn. 9; Lackner/Kühl, § 224 Rn. 5). Der Axtstiel, also ein stabiler Holzprügel, war bei der konkreten Verwendung durch W (Schläge gegen Kopf und Oberkörper)

per des Ma) dazu geeignet, erhebliche Verletzungen zuzufügen, sodass er ein gefährliches Werkzeug darstellt.

W hat also die Körperverletzung mittels eines gefährlichen Werkzeugs begangen.

b. § 224 I Nr. 5 StGB

Die Schläge mit dem Axtstiel könnten auch eine das Leben gefährdende Behandlung i.S.v. § 224 I Nr. 5 StGB darstellen.

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

3. Vorsatz

W handelte vorsätzlich, sowohl hinsichtlich des Grunddelikts als auch bzgl. der qualifizierenden Umstände.

II. Rechtswidrigkeit

W stand ein fälliger Anspruch gegen Ma auf Rückzahlung der 10.000,- € zu (s.o.), den W durch die Schläge durchsetzen wollte. Deshalb könnte W aus Selbsthilfe, § 229 BGB, gerechtfertigt sein.

Selbsthilfe setzt jedoch insb. voraus, dass "obrigkeitliche Hilfe nicht rechtzeitig zu erlangen ist und ohne sofortiges Eingreifen die Gefahr besteht, dass die Durchsetzung des Anspruchs vereitelt oder wesentlich erschwert" würde. Im vorliegenden Fall hätte W jedoch obrigkeitliche Hilfe in Anspruch nehmen und insb. gegen Ma auf Zahlung klagen oder im Wege einstweiligen Rechtsschutzes z.B. die Anordnung eines Arrests beantragen können, bevor Ma sein gesamtes Vermögen hätte beiseite schaffen können.

W ist also nicht gerechtfertigt, sodass sein Verhalten rechtswidrig ist.

III. Schuld

Es ist nicht ersichtlich, dass W die Vorstellung gehabt haben sollte, es sei ihm erlaubt, seinen Anspruch mit Gewalt durchzusetzen. Schuldausschließende Irrtümer kommen nicht in Betracht, W handelte schuldhaft.

IV. Ergebnis

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

D. Strafbarkeit gem. §§ 240 I, 22, 23 I StGB

Durch die Schläge mit dem Axtstiel, durch die er Ma

zur Herausgabe von 10.000,- € veranlassen wollte, könnte W sich auch wegen versuchter Nötigung gem. §§ 240 I, 22, 23 I StGB strafbar gemacht haben.

I. Vorprüfung

Da es zu dem von W begehrten Nötigungserfolg - der Herausgabe des Geldes durch Ma - nicht gekommen ist, ist der Tatbestand des § 240 I StGB nicht vollendet. Die Strafbarkeit des Nötigungsversuchs ergibt sich aus § 240 III StGB.

II. Tatentschluss

W müsste Tatentschluss zur Begehung einer Nötigung gehabt haben, also den Vorsatz zur Verwirklichung aller objektiven Tatbestandsmerkmale.

1. Bzgl. Nötigungsmittel

W müsste Tatentschluss dazu gehabt haben, eines der in § 240 I StGB genannten Nötigungsmittel (Gewalt oder Drohung mit einem empfindlichen Übel) einzusetzen.

W hatte den Willen, durch die Schläge mit dem Axtstiel Gewalt (gegen den Ma) einzusetzen (s.o.), sodass er Tatentschluss bzgl. des Einsatzes eines Nötigungsmittels hatte.

2. Bzgl. Nötigungserfolg

W müsste den Willen gehabt haben, Ma zu einer Handlung, Duldung oder Unterlassung zu nötigen.

W hatte die Absicht, Ma zur Herausgabe der 10.000,- € zu veranlassen (s.o.), also diesen zu einer Handlung zu nötigen.

3. Bzgl. nötigungsspezifischer Kausalität

W hatte sich auch vorgestellt, dass Ma gerade wegen des Einsatzes von Gewalt gegen ihn das Geld herausgeben würde, sodass er auch Tatentschluss bzgl. der erforderlichen nötigungsspezifischen Kausalität hatte.

III. Unmittelbares Ansetzen

W müsste auch zur Begehung der Nötigung unmittelbar angesetzt haben.

Der Täter setzt dann unmittelbar zur Tatbestandsverwirklichung an, wenn er die Schwelle zum "jetzt geht es los" überschreitet, was der Fall ist, wenn er Handlungen vornimmt, die nach seinem Tatplan so eng mit der tatbestandlichen Ausführungshandlung verknüpft sind, dass sie bei ungestörtem Fortgang ohne wesentliche Zwischenschritte unmittelbar in die Tatbestandsverwirklichung einmünden sollen und aus Tätersicht das Angriffsobjekt bereits konkret gefährdet erscheint (BGH, StV 1997, 241; wistra 2002, 263; Wessels/Beulke, AT, Rn. 601). W hatte im vorliegenden Fall die Gewalt bereits eingesetzt, also den Tatbestand des § 240 I StGB sogar schon teilweise verwirklicht, sodass er auf jeden Fall unmittelbar angesetzt hat.

IV. Rechtswidrigkeit

W müsste auch rechtswidrig gehandelt haben.

1. Keine Rechtfertigung

W ist nicht gerechtfertigt (s.o.).

2. Verwerflichkeit, § 240 II StGB

Eine (versuchte) Nötigung ist gem. § 240 II StGB jedoch nur dann rechtswidrig, wenn sie verwerflich ist (BGHSt 2, 194, 195; Fischer, § 240 Rn. 40; Joecks, § 240 Rn. 31). Das Verhalten des W müsste also verwerflich sein.

Verwerflich ist ein Verhalten, wenn es einen erhöhten Grad sittlicher Missbilligung aufweist und sozial unerträglich ist (BGHSt 17, 328, 331; 35, 270, 277; Fischer, § 240 Rn. 41; Joecks, § 240 Rn. 31). W hat im vorliegenden Fall zwar gehandelt, um einen ihm tatsächlich zustehenden Anspruch durchzusetzen (s.o.). Dass er hierzu jedoch nicht den vom Gesetzgeber vorgesehenen Weg wählt und die zuständigen Organe - insb. die Zivilgerichte - anruft, sondern statt dessen mit brutaler Gewalt auf Ma einwirkt, weist nicht nur einen ganz erheblichen Grad sozialer Missbilligung auf, sondern ist auch sozial unerträglich. Das Verhalten des W war also verwerflich.

W hat rechtswidrig gehandelt.

V. Schuld

W handelte auch schuldhaft.

VI. Kein Rücktritt gem. § 24 StGB

Anhaltspunkte für einen strafbefreienden Rücktritt des W gem. § 24 StGB liegen nicht vor.

VII. Ergebnis

W ist strafbar gem. §§ 240 I, 22, 23 I StGB.

E. Gesamtergebnis und Konkurrenzen

W hat sich durch dieselbe Handlung - die Schläge mit dem Axtstiel - wegen gefährlicher Körperverletzung und versuchter Nötigung strafbar gemacht. Da diese Delikte unterschiedliche Rechtsgüter schützen (§§ 223 I, 224 I StGB die körperliche Unversehrtheit und § 240 I StGB die Willensfreiheit) bleiben sie - wegen der Handlungseinheit in Tateinheit, § 52 StGB - nebeneinander bestehen.

W ist also strafbar gem. §§ 223 I, 224 I Nr. 2, 5; 240 I, 22, 23 I; 52 StGB.

*Literaturauswertung**Öffentliches Recht*

Autor/Titel:	Becker, Peter / Vollkommer, Gregor: "Das öffentlich-rechtliche Prüfungsgespräch in den juristischen Staatsprüfungen"
Fundstelle:	JuS 2010, 346 (Heft 4)
Inhalt:	Die Autoren geben anhand eines aktuellen Beispiels (Duisburger Flaggenfall) den typischen Verlauf eines öffentlich-rechtlichen Prüfungsgesprächs wieder. Neben der für sich genommen schon interessanten Falllösung unterbreiten sie dabei immer wieder Hinweise auf ein geschicktes Prüfungsverhalten an dieser oder jener Stelle und ermuntern den Kandidaten, sich auch einmal in die Situation des Prüfers zu versetzen. Es könne bspw. nicht schaden, sich einmal zu überlegen, was dieser wohl als nächstes fragen oder an welcher Stelle er möglicherweise einen Exkurs einstreuen werde.

Autor/Titel:	Holzner, Thomas: "Die Pankower Ekelliste: Zukunftsweisendes Modell des Verbraucherschutzes oder rechtswidriger Pranger?"
Fundstelle:	NVwZ 2010, 489 (Heft 8)
Inhalt:	Das Bezirksamt Pankow veröffentlicht seit über einem Jahr die negativen Ergebnisse von Lebensmittelkontrollen mit Bildmaterial im Internet. Der Beitrag untersucht die Rechtmäßigkeit dieses Vorgehens, wobei insbesondere auf die Notwendigkeit einer (nicht vorhandenen) gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage eingegangen wird, was wiederum von der ausführlich untersuchten (und bejahten) Frage abhängt, ob die Veröffentlichung einen Grundrechtseingriff darstellt. Ferner werden Verfahrensaspekte beleuchtet.

Autor/Titel:	Roßnagel, Alexander: "Die Überwachungs-Gesamtrechnung: Das BVerfG und die Vorratsdatenspeicherung"
Fundstelle:	NJW 2010, 1238 (Heft 18)
Inhalt:	Das BVerfG hat bekanntlich in einer der aufsehenerregendsten Entscheidungen seiner Geschichte kürzlich die deutschen Regelungen über die Vorratsdatenspeicherung für verfassungswidrig erklärt (BVerfG, RA 2010, 121 = NJW 2010, 833) und dabei ausführlich Gelegenheit gehabt, zum Datenschutz im Spannungsverhältnis zwischen staatlichen Terrorbekämpfungsinteressen und Schutz der Privatsphäre Stellung zu nehmen. Hinzu kamen die zu beachtenden europarechtlichen Vorgaben. Es kann nur jedem Examenskandidaten empfohlen werden, diese Entscheidung und ihre Konsequenzen im Detail zu kennen. Der Autor bespricht das Urteil des BVerfG sehr anschaulich.

Zivilrecht

Autor/Titel:	Thole, Christoph: "Die Geschäftsführung ohne Auftrag auf dem Rückzug - das Ende des "auch fremden Geschäfts?"
Fundstelle:	NJW 2010, 1243 (Heft 18)
Inhalt:	Nach kurzer Skizzierung der Grundlagen und der geschichtlichen Entwicklung der "Geschäftsführung ohne Auftrag" geht der Autor der Frage nach, ob die von der Rechtsprechung im Laufe der Jahre immer weiter betriebene Ausweitung des Rechtsinstituts sich nicht in einen gegenläufigen Trend umgekehrt hat. Der Autor nimmt dabei einige aktuelle Urteile des BGH zum "auch fremden Geschäft" zum Anlass, den aktuellen Entwicklungstendenzen nachzugehen. Er kommt zu dem Ergebnis, dass das "auch fremde Geschäft" bzw. die mit seiner Annahme einher gehende Vermutung des Fremdgeschäftsführungswillens in vielen Fallkonstellationen untauglich ist.

Autor/Titel:	Jacobi, Hannes: "Tropenfieber und Trinkgeld"
Fundstelle:	Jura 2010, 137 (Heft 2)
Inhalt:	Examensklausur, welche die Besonderheit bietet, dass ansonsten für Anfänger geeignete Themen wie Geschäftsfähigkeit (Geistesstörung), culpa in contrahendo und Gegenseitigkeitserfordernis der Aufrechnung hier einmal auf Examensniveau präsentiert werden. Zur weiteren Lektüre zum Thema "Rechtsnatur des Trinkgeldes" empfiehlt der Autor den ebenso unterhaltsamen wie lehrreichen Beitrag von Martinek, FS Gernhuber, 1993, S. 879 ff.

Strafrecht

Autor/Titel:	Rengier, Rudolf: "Täterschaft und Teilnahme - Unverändert aktuelle Streitpunkte"
Fundstelle:	JuS 2010, 281 (Heft 4)
Inhalt:	Probleme aus dem Bereich Täterschaft und Teilnahme gehören zu den klassischen strafrechtlichen Aufgabenstellungen in beiden Examen. In dem vorliegenden Aufsatz befasst sich der Verfasser mit dem klassischen Problem der Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme, wobei er sowohl die modifizierte Animus-Theorie der Rechtsprechung als auch die verschiedenen Spielarten der Tatherrschaftslehre der Literatur darstellt und diese insbesondere bei Sonderkonstellationen wie sukzessiver Mittäterschaft oder Beteiligung an Unterlassungsdelikten diskutiert. Dann befasst er sich noch mit den Anforderungen an den gemeinsamen Tatplan sowie mit der Lösung von Fällen, in denen sich ein Mittäter aus diesem lossagt. Zur erstmaligen Einarbeitung in diese Problemkreise fast etwas zu anspruchsvoll, ist der Aufsatz zur vertiefenden Lektüre aber ganz hervorragend geeignet.

Autor/Titel:	Rönnau, Thomas: "Grundwissen - Strafrecht: Actio libera in causa"
Fundstelle:	JuS 2010, 300 (Heft 4)
Inhalt:	Die Rechtsfigur der actio libera in causa (a.l.i.c.) dient dazu, in Fällen, in denen sich der Täter in einen Zustand der Schuldunfähigkeit, § 20 StGB, versetzt und in diesem Zustand Straftaten begeht, doch noch eine entsprechende Strafbarkeit konstruieren zu können. Trotz Fehlens einer ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage wird diese Rechtsfigur von der h.M. (insb. der Rechtsprechung) seit langem angewandt. In der letzten Zeit mehren sich hierzu jedoch kritische Stimmen. Der Verfasser stellt kurz verschiedene Erklärungsansätze dar und befasst sich mit der gutachterlichen Darstellung der a.l.i.c., geht auf weitere Probleme aber leider nicht ein. Trotz der etwas oberflächlichen Darstellung insb. wegen der Kürze des Aufsatzes gut zur Wiederholung geeignet.

Autor/Titel:	Mitsch, Wolfgang: "Unvorsätzliches Entfernen vom Unfallort"
Fundstelle:	JuS 2010, 303 (Heft 4)
Inhalt:	Die im Rahmen von § 142 II Nr. 2 StGB lange Zeit streitige Frage, ob ein unvorsätzliches Entfernen von Unfallort auch ein "berechtigtes oder entschuldigtes" Entfernen sei, hat das BVerfG bereits im Jahre 2007 (RA 2007, 286 = NJW 2007, 1666) gegen die langjährige Rechtsprechung des BGH verneint. Der Verfasser beschäftigt sich noch einmal mit dem entsprechenden Streit und insbesondere mit der Frage, welche weiteren Konsequenzen sich aus dem BVerfG-Urteil ergeben. Sowohl zum Einstieg in das Problem als auch zur Vertiefung geeignet.