

Öffentliches Recht

Standort: Beamtenrecht

Problem: Schadensersatzanspruch aus Art. 33 II GG

BVERWG: URTEIL VOM 25.02.2010
2 C 22/09 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Im vorliegenden Fall ging es um Schadensersatzansprüche wegen rechtsfehlerhafter Ablehnung des Antrags einer Bewerberin auf Übernahme in das Beamtenverhältnis. Hintergrund ist Folgender:

A. Aus Art. 33 II GG hat jeder Deutsche nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung gleichen Zugang zu einem öffentlichen Amt. Art. 33 II GG gibt somit zwar keinen Anspruch auf Schaffung eines öffentlichen Amtes - er setzt das Bestehen eines (freien) öffentlichen Amtes vielmehr voraus -, wohl aber einen verfassungsunmittelbaren Anspruch auf Auswahl allein nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung. Wird bei der Auswahl eines Bewerbers gegen diese Kriterien verstoßen, ist seine Ablehnung rechtswidrig.

B. Nun kann es aber sein, dass dem Zugangsanspruch des Bewerbers gleichwohl nicht mehr entsprochen werden kann. Im vorliegenden Fall war dies wegen Zeitablaufs der Fall (die Bewerberin klagte auf Ersatz des Verdienstausfallschadens für die Zeit zwischen dem Zeitpunkt, zu dem sie ernannt hätte werden müssen und ihrer tatsächlichen Ernennung). Ein weiteres Beispiel wäre der von der Rspr. entwickelte sog. "Grundsatz der Ämterstabilität". Geht es nämlich um eine Stelle, auf die sich mehrere Bewerber bewerben, ist es - von wenigen Ausnahmen abgesehen (vgl. z.B. BVerwG, RA 2004, 165 = NJW 2004, 870: Wenn die Behörde selbst einer gerichtlichen Sicherungsanordnung nach § 123 I 1 VwGO nicht Folge leistet) - nicht mehr möglich, einen einmal ernannten Bewerber wieder aus seinem Amt zu entfernen. Die Rspr. gibt der Kontinuität, dem Vertrauensschutz und der Rechtssicherheit auf Primärebene also den Vorrang vor dem berechtigten Anspruch des zu Unrecht unterlegenen Konkurrenten auf Zugang zu dem (nunmehr nicht mehr freien) öffentlichen Amt. Da Art. 33 II GG - wie erwähnt - keinen Anspruch darauf vermittelt, öffentliche Ämter zu schaffen (also weder darauf, den zu Unrecht ernannten Konkurrenten doch aus seinem Amt zu entfernen, noch darauf, ein neues, vergleichbares Amt für den unterlegenen Bewerber zu schaffen), geht Art. 33 II GG auf Primärebene ins Leere, wenn der

Konkurrent erst einmal ernannt ist.

C. In diesen Fällen ist nach der Rspr. an Schadensersatzansprüche des zu Unrecht Unterlegenen zu denken. Zunächst kommt insoweit ein Amtshaftungsanspruch in Betracht, § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG. Dieser ist vor den Zivilgerichten geltend zu machen, Art. 34 GG a.E., und zwar streitwertunabhängig vor den Landgerichten, § 71 II Nr. 2 GVG.

D. Neben dem Amtshaftungsanspruch soll aber auch ein Schadensanspruch unmittelbar aus Art. 33 II GG bestehen, der gem. § 54 BeamStG (für Landesbeamte) bzw. § 126 BBeamStG (für Bundesbeamte) vor die Verwaltungsgerichte gebracht werden kann. Zwar ist in Art. 33 II GG hiervon nicht die Rede; die Rspr. hat diesen Anspruch jedoch entwickelt, weil wegen der soeben unter B. erläuterten Problematik eine Verletzung des Anspruchs aus Art. 33 II GG für den Staat folgenlos bliebe, wenn die strengen Voraussetzungen eines Amtshaftungsanspruchs einmal nicht vorliegen.

Prüfungsrelevanz:

Der Schadensersatzanspruch unmittelbar aus Art. 33 II GG kommt - wie gesagt - neben dem Amtshaftungsanspruch in Betracht. Man muss um seine Existenz wissen, da er in Art. 33 II GG nicht erwähnt ist. Er wird wie folgt geprüft:

A. Herleitung

Aus Art. 33 II GG i.V.m. Art. 19 IV GG: Kann der Anspruch auf gleichen Zugang zum öffentlichen Amt auf Primärebene wegen des "Grundsatzes der Ämterstabilität" nicht mehr durchgesetzt werden, gebietet es das Gebot effektiven Rechtsschutzes aus Art. 19 IV GG, den zu Unrecht unterlegenen Bewerber zumindest auf Sekundärebene zu entschädigen. Das BVerwG spricht insoweit (noch) nicht von Gewohnheitsrecht, wohl aber von "ständiger Rechtsprechung", also gesichertem Richterrecht.

B. Tatbestandliche Voraussetzungen

I. Bestehen eines öffentlichen Amtes

Daran fehlt es z.B., wenn zwar ursprünglich eine Stelle ausgeschrieben, diese am Ende aber wieder gestrichen wurde (vgl. hierzu OVG Lüneburg, NVwZ-RR

2010, 532). Denn wenn Art. 33 II GG auf Primärebene keinen Anspruch auf Schaffung eines öffentlichen Amtes gewährt, dann kann es auch keinen Schadensersatz geben, wenn ein Bewerber zwar entgegen Art. 33 II GG fehlerhaft abgelehnt wird, der Posten am Ende aber insgesamt wegfällt.

II. Verstoß gegen Art. 33 II GG

Der Geschädigte muss sich für dieses öffentliche Amt beworben haben und sein Antrag muss entgegen Art. 33 II GG fehlerhaft abgelehnt worden sein. Hier wird also zu prüfen sein, ob eine Ablehnungsentscheidung entgegen Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung ergangen ist. Dabei steht der Behörde ein gewisser Beurteilungsspielraum zu (vgl. nur BVerfG, RA 2003, 601 = NJW 2003, 3111 - Kopftuch).

III. Kausalität

Der Verstoß gegen Art. 33 II GG muss kausal für die Nichternennung gewesen sein. Hieran fehlt es z.B., wenn die Eignung des Bewerbers zwar zu Unrecht verkannt wird, er aber selbst bei richtiger Beurteilung seiner Person nicht ernannt worden wäre, weil noch immer besser geeignete Konkurrenten vorhanden waren.

IV. Verschulden

Den Dienstherrn muss für den Verstoß ein Verschulden treffen. Hier gilt der Maßstab des § 276 BGB (Vorsatz/Fahrlässigkeit).

V. Kein "Dulde und Liquidiere"

Der Bewerber muss alles versucht haben, um auf Primärebene Rechtsschutz zu erlangen. Gerade wegen des "Grundsatzes der Ämterstabilität" muss es das vordringliche Ziel eines jeden Bewerbers sein, um jeden Preis zunächst die Ernennung des Konkurrenten zu verhindern, ggf. mit einstweiligen Anordnungen nach § 123 I 1 VwGO. Unterlässt der Bewerber dies, ist sein Anspruch auf Schadensersatz ausgeschlossen (ähnlich wie bei der Amtshaftung nach § 839 III BGB).

B. Rechtsfolge

Voller Anspruch auf Ausgleich des Vermögensnachteils (in Geld), der durch die rechtswidrige Vergabeentscheidung entstanden ist, i.d.R. also ein Verdienstausschluss im weitesten Sinne, d.h. Lohn und Gehalt einschließlich aller Versorgungsleistungen, Beihilfen, Zulagen usw.

Vertiefungshinweise:

Schadensersatzanspruch unmittelbar aus Art. 33 II

GG: *BVerfG*, BayVerwBl 2010, 303; *BVerwGE* 124, 99; *OVG Lüneburg*, NVwZ-RR 2010, 532

Zu den Anforderungen an eine rechtmäßige Beurteilung nach Art. 33 II GG: *BVerfG*, NVwZ 2008, 194; *BVerwGE* 122, 147 [149 f.]; 122, 237 [239]

Grundsatz der Ämterstabilität: *BVerfG*, NJW 1990, 501; *BVerwGE* 80, 127, 129; *BGHZ* 129, 226, 229; *BAGE* 87, 171, 178

Durchbrechung des Grundsatzes der Ämterstabilität: *BVerwG*, RA 2004, 165 = NJW 2004, 870

Zur Vereinbarkeit der Ämterstabilität mit Art. 19 IV GG: *BVerfG*, DVBl 2002, 1633 gegen *BVerwGE* 115, 89

Kursprogramm:

Examenskurs: "Oben ohne"

Leitsatz:

Dem Einstellungsbewerber steht ein Schadensersatzanspruch unmittelbar aus Art. 33 II GG zu, wenn der Dienstherr seinen Bewerbungsverfahrensanspruch schuldhaft verletzt.

Sachverhalt:

Die Klägerin verlangt vom Beklagten Schadensersatz mit der Begründung, sie sei verspätet zur Beamtin auf Probe ernannt worden.

Die im April 1957 geborene Klägerin ist Mutter zweier im April 1986 und Mai 1988 geborener Töchter. Für das Schuljahr 1986/87 und, nach der Geburt ihrer zweiten Tochter, für das Schuljahr 1992/93 bewarb sie sich jeweils erfolglos um die Einstellung als beamtete Lehrerin für das Lehramt der Sekundarstufe I. Von September 1993 bis Ende August 1994 absolvierte sie mit wöchentlich 38,5 Stunden ein Berufspraktikum in einem Kindergarten; anschließend war sie bis zum 25. August 1995 mit der Hälfte der regelmäßigen Arbeitszeit als Erzieherin tätig. Auf ihre Bewerbung im Februar 1995 wurde sie zum 28. August 1995 im Angestelltenverhältnis eingestellt.

Mit Schreiben vom 21. August 1995 beantragte sie ihre Übernahme in ein Beamtenverhältnis. Der Beklagte lehnte dies unter dem 14. November 1995 mit der Begründung ab, die Klägerin habe die für die Einstellung als Beamtin maßgebliche Altersgrenze von 35 Lebensjahren überschritten. Die Kinderbetreuung könne zwar zu einer Erhöhung der Altersgrenze führen, doch seien nur die Schuljahre 1990/91, 1993/94 und 1994/95 als Kinderbetreuungszeiten zu berücksichtigen. Im Widerspruchsbescheid vom 10. September 1996 hieß es, zusätzlich komme eine Anerkennung der Schuljahre 1991/92 und 1992/93 als Kinderbetreuungszeiten in Betracht. Es sei jedoch davon auszugehen, dass die Klägerin die in den Schuljahren 1993/94

und 1994/95 bestehenden Einstellungschancen wegen der Tätigkeit als Praktikantin und Erzieherin und nicht wegen der Betreuung ihrer Kinder ungenutzt habe verstreichen lassen.

In dem gegen diese Entscheidungen gerichteten Klageverfahren hob der Beklagte seine Bescheide im September 2000 auf und verpflichtete sich, über den Übernahmeantrag der Klägerin neu zu entscheiden. Im November 2000 lehnte der Beklagte den Übernahmeantrag - nun unter Berücksichtigung der Einstellungsmöglichkeit zum Oktober 1989 - erneut mit der Begründung ab, der Kausalzusammenhang zwischen Kinderbetreuung und verspäteter Einstellung sei unterbrochen worden, weil die Klägerin Einstellungsmöglichkeiten wegen einer anderweitigen Ausbildung und Berufstätigkeit nicht wahrgenommen habe. Auch diesen Bescheid und einen gleichlautenden Widerspruchsbescheid hob der Beklagte im Oktober 2001 auf und verpflichtete sich, über den Übernahmeantrag der Klägerin neu zu entscheiden, ohne sich auf eine Überschreitung der Höchstaltersgrenze nach § 6 LVO zu berufen.

Nachdem die Klägerin vom Beklagten am 12. Februar 2002 zur Beamtin auf Probe ernannt worden war, verlangte sie von ihm unter dem 20. Dezember 2002 für den Zeitraum vom 21. August 1995 bis zum 12. Februar 2002 erfolglos den Ersatz des Schadens, der ihr durch die verspätete Ernennung unter anderem in beoldungsrechtlicher Hinsicht entstanden sei.

Das Verwaltungsgericht hat die Klage abgewiesen, das Berufungsgericht hat ihr stattgegeben. Die hiergegen gerichtete Revision des Beklagten hatte Erfolg.

Aus den Gründen:

Die Revision des Beklagten ist begründet. Die Klägerin hat keinen Anspruch darauf, beamtenrechtlich so gestellt zu werden, als wäre sie bereits am 21. August 1995 zur Beamtin auf Probe ernannt worden. Zwar steht Einstellungsbewerbern dem Grunde nach ein Schadensersatzanspruch zu, wenn der öffentliche Dienstherr ihnen sich aus Art. 33 II GG ergebenden Bewerbungsverfahrenanspruch schuldhaft verletzt. Hier fehlt es jedoch an einem Verschulden des Beklagten.

A. Anspruchsgrundlage: Art. 33 II GG

Grundlage für den geltend gemachten Schadensanspruch ist das durch den Antrag der Klägerin auf Übernahme in das Beamtenverhältnis begründete beamtenrechtliche Bewerbungsverhältnis. Es findet seine gesetzliche Verankerung in Art. 33 II GG: Nach dieser Vorschrift hat jeder Deutsche einen grundrechtsgleichen Anspruch darauf, dass über seinen Antrag auf Zugang zu öffentlichen Ämtern nur nach Maßgabe seiner Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung entschieden wird. Wird dieser Anspruch vom

Dienstherrn schuldhaft verletzt, so steht dem zu Unrecht überangegangenen Einstellungsbewerber unmittelbar aus Art. 33 II GG ein Schadensersatzanspruch zu. Dieser besteht unabhängig vom Schadensersatzanspruch aus Amtshaftung (§ 839 Abs. 1 Satz 1 BGB, Art. 34 Satz 1 GG) und ist im Verwaltungsrechtsweg geltend zu machen (§ 40 II 2 VwGO, § 126 Abs. 1 BRRG, § 54 Abs. 1 BeamtStG).

I. Primärebene: Zugangsanspruch

Gemäß Art. 33 II GG hat jeder Deutsche nach seiner Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amt. Danach sind öffentliche Ämter nach Maßgabe des Leistungsgrundsatzes zu besetzen. Der Geltungsanspruch dieses Grundsatzes wird durch Art. 33 II GG unbeschränkt und vorbehaltlos gewährleistet. Daher können Belange, die nicht im Leistungsgrundsatz verankert sind, bei der Besetzung öffentlicher Ämter nur Berücksichtigung finden, wenn ihnen ebenfalls Verfassungsrang eingeräumt ist. Art. 33 II GG vermittelt ein grundrechtsgleiches Recht. Ein Bewerber um ein öffentliches Amt kann verlangen, dass der Dienstherr seine Bewerbung nur aus Gründen zurückweist, die durch den Leistungsgrundsatz oder durch andere verfassungsgemäße Vorgaben - wie Einstellungsaltersgrenzen (BVerwGE 133, 143 <145>) gedeckt sind (BVerfG, NVwZ 2008, 194; BVerwGE 122, 147 <149>; 122, 237 <239>; 124, 99 <102 f.>).

II. Sekundärebene: Schadensersatz

Nach ständiger Rechtsprechung des Senats kann ein bereits ernannter Beamter von seinem Dienstherrn Ersatz des ihm durch die Nichtbeförderung entstandenen Schadens verlangen, wenn der Dienstherr bei der Vergabe eines Beförderungsamtes den aus Art. 33 II GG folgenden Anspruch auf leistungsgerechte Einbeziehung in die Bewerberauswahl (Bewerbungsverfahrenanspruch) schuldhaft verletzt hat, ihm das Amt ohne diesen Rechtsverstoß voraussichtlich übertragen worden wäre und er es nicht schuldhaft unterlassen hat, den Schaden durch Gebrauch eines Rechtsmittels abzuwenden.

B. Tatbestand

I. Bestehen eines öffentlichen Amtes

Der Anspruch auf fehlerfreie Entscheidung über den Bewerbungsantrag betrifft zunächst den erstmaligen Zugang zu einem öffentlichen Amt und steht damit dem Bewerber zu, der noch außerhalb des beamteten öffentlichen Dienstes steht und sich um ein Eingangsamt bemüht. Er greift sodann auch für Bewerber um höhere Ämter; seine Beachtung steuert damit den Aufstieg des bereits eingestellten Beamten in ein Beförderungsamt. Beide Arten von Bewerbern können sich

unmittelbar auf Art. 33 II GG berufen.

II. Verstoß gegen Art. 33 II GG

Allerdings hängt die Erfüllung des Anspruchs nicht nur davon ab, dass der Bewerber die in den Laufbahnvorschriften konkretisierten Kriterien der Eignung, Befähigung und Leistung erfüllt, sondern ebenso davon, dass auf Seiten des Dienstherrn die entsprechenden Haushaltsmittel in der Gestalt einer freien, besetzbaren Planstelle bereit stehen und der Dienstherr diese Stelle besetzen will. Dabei liegt es in seinem organisatorischen, nur durch die Laufbahnvorschriften begrenzten Ermessen, nach welchen Kriterien er die Stelle beschreibt. Der Dienstherr kann deshalb Stellen für Lehrer nach seinen Bedürfnissen (Fächerkombination) zuschneiden und Bewerber schon dann ablehnen, wenn sie das von ihm festgelegte Anforderungsprofil nicht erfüllen (vgl. BVerwG, Buchholz 232 § 8 BBG Nr. 19; BVerwGE 101, 112 <114>; 115, 58 <60>).

Wegen dieser Besonderheiten reduziert sich der materielle Anspruch aus Art. 33 II GG regelmäßig auf einen Anspruch des Bewerbers darauf, dass über seinen Antrag allein nach den Kriterien der Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung ermessensfehlerfrei entschieden wird (sog. Bewerbungsverfahrensanspruch). Als solcher ist er anerkannt (vgl. BVerwG 2 VR 2.05 - Buchholz 11 Art 33 Abs 2 GG Nr. 33).

1. Rechtsvereitelung auf Primärebene

a. Zeitablauf

Auch dieser Bewerbungsverfahrensanspruch unterliegt weiteren zeitlichen Einschränkungen, die im Bereich des Rechtsschutzes zu Defiziten führen. Werden Stellen für Beamte zu regelmäßig wiederkehrenden Zeitpunkten ausgeschrieben und besetzt, wie dies etwa für Lehrer und Polizeibeamte typisch ist, so erlischt der materielle Einstellungsanspruch mit dem Verstreichen des Einstellungszeitpunktes und der Besetzung der Stellen durch andere Bewerber. Ist der Bewerber zu diesem Einstellungszeitpunkt verfahrensfehlerhaft nicht eingestellt worden, so kommt der primäre Rechtsschutz zu spät, weil auch der im gerichtlichen Verfahren obsiegende Bewerber nicht rückwirkend zum Beamten ernannt werden kann.

b. Grundsatz der Ämterstabilität

Ebenso erledigt sich der gerichtliche Rechtsstreit um einen Beförderungsposten regelmäßig mit dessen Besetzung; der Grundsatz der Ämterstabilität steht der Entfernung des zu Unrecht beförderten Beamten aus anderen als den in den Beamtengesetzen geregelten, regelmäßig nicht einschlägigen Gründen entgegen.

2. Dann: Umwandlung in Schadensersatzanspruch

Art. 19 IV GG gebietet es, die in diesem Bereich be-

gründeten Defizite des Primärrechtsschutzes durch einen entsprechend ausgebauten Sekundärrechtsschutz soweit möglich auszugleichen. Es entspricht daher ständiger Rechtsprechung des Senats, dass der zu Unrecht bei einer Beförderung übergangene Beamte einen unmittelbar aus dem beamtenrechtlichen Bewerbungsverfahren erwachsenden Anspruch darauf hat, im Wege des Schadensersatzes so gestellt zu werden, als sei er im maßgeblichen Zeitpunkt befördert worden. Die Notwendigkeit dieses Anspruchs ergibt sich nicht zuletzt daraus, dass andernfalls schuldhafte Verletzungen des grundrechtsgleichen Bewerbungsverfahrensanspruchs sanktionslos blieben.

Was für den Sekundärrechtsschutz des zu Unrecht übergangenen Beförderungsbewerbers gilt, gilt gleichermaßen auch für den zu Unrecht übergangenen Einstellungsbewerber. Beide Bewerber leiten ihren materiellen und ihren verfahrensrechtlichen Anspruch unmittelbar und unterschiedslos aus Art. 33 II GG her. Es wäre nicht gerechtfertigt, den zu Unrecht übergangenen Einstellungsbewerber bei der Gewährung des kompensierenden Sekundärrechtsschutzes anders zu behandeln und ihm einen unmittelbar auf das beamtenrechtliche Bewerbungsverfahren gestützten, gemäß § 126 BRRG im Verwaltungsrechtsweg einklagbaren Anspruch auf Schadensersatz schon dem Grunde nach zu versagen.

III. Verschulden

Für die Haftung des Dienstherrn auf Schadensersatz wegen Verletzung von Pflichten aus Art. 33 II GG gilt der allgemeine Verschuldensmaßstab des Bürgerlichen Rechts. Danach handelt fahrlässig, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht lässt (§ 276 II BGB). Nach diesem objektiv-abstrakten Sorgfaltsmaßstab ist auf die Anforderungen abzustellen, deren Beachtung von dem für den Dienstherrn handelnden Amtswalter erwartet werden kann. Dies bedeutet, dass jeder Inhaber eines öffentlichen Amtes die Sach- und Rechtslage unter Zuhilfenahme der ihm zu Gebote stehenden Hilfsmittel gewissenhaft prüfen und sich aufgrund vernünftiger Überlegungen eine Rechtsauffassung bilden muss. Wird eine behördliche Maßnahme gerichtlich missbilligt, so kann daraus ein Verstoß des verantwortlichen Amtswalters gegen Sorgfaltspflichten nicht hergeleitet werden, wenn er die zugrunde liegende Rechtsauffassung aufgrund sorgfältiger rechtlicher und tatsächlicher Prüfung gewonnen hat und sie im Ergebnis vertretbar ist. Eine letztlich als unzutreffend erkannte Rechtsauffassung stellt sich als vertretbar dar, wenn die Rechtsfrage nicht einfach zu beurteilen war und weder durch die Rechtsprechung geklärt noch im Schrifttum abschließend behandelt worden ist. Für den Schadensersatzanspruch aus Art. 33 II fehlt es hier jedoch am Verschulden des Beklagten. [wird ausgeführt]

Standort: § 48 VwVfG**Problem: Fristbeginn für Rücknahme**

OVG MÜNSTER, BESCHLUSS VOM 23.04.2010
6 A 1135/08 (NVwZ-RR 2010, 630)

Problemdarstellung:

Nach § 48 IV 1 VwVfG kann ein rechtswidriger, begünstigender Verwaltungsakt nur innerhalb eines Jahres nach Kenntnis der Tatsachen, welche die Rücknahme rechtfertigen, zurückgenommen werden. Was genau darunter zu verstehen ist, wann genau also die Rücknahmefrist beginnt, ist seit langem umstritten:

A. Nach einer älteren Ansicht beginnt die Frist zu laufen, sobald die Behörde *Kenntnis* von den die Rücknahme begründenden *Tatsachen* erlangt hat. Rechtliche Erkenntnisse sind danach irrelevant (BerIOVG, DVBl. 1983, 354 [355]; HessVGH, NVwZ 1984, 382 [383]). Für diese Ansicht spricht vor allem der Wortlaut.

B. Eine zweite Ansicht hält die *Erkenntnis* der *Aufhebbarkeit* des Verwaltungsakts für den Beginn der Frist des § 48 IV 1 VwVfG NRW für maßgeblich (Schoch, NVwZ 1985, 880 [884]; Weides, DÖV 1985, 431 [435]). Die Behörde muss also nicht nur alle faktischen Tatsachen kennen (Ansicht A.), sondern diese bereits korrekt unter den Tatbestand des § 48 VwVfG subsumiert haben.

C. Die herrschende Ansicht, welche sich nach einer Entscheidung des Großen Senats des BVerwG vom 19. Dezember 1984 (BVerwGE 70, 356) durchgesetzt hat, will die Frist hingegen erst beginnen lassen, wenn neben der umfassenden Kenntnis aller Tatsachen (Ansicht A.) und Erkenntnis der Aufhebbarkeit des VA (Ansicht B.) auch noch alle für die Ermessensentscheidung maßgeblichen Tatsachen zutreffend erkannt und gewürdigt worden sind. § 48 IV VwVfG stellt danach eine reine Entscheidungsfrist dar, die erst zu laufen beginnt, nachdem die Behörde sämtliche Arbeiten (Tatsachenermittlung, Subsumtion, Ermessensausübung) bereits geleistet hat. Dieser Ansicht folgt im vorliegenden Fall auch das OVG Münster.

Prüfungsrelevanz:

In einer Klausur sollte im ersten juristischen Staatsexamen der Fristbeginn streitig dargestellt werden. Im zweiten juristischen Staatsexamen scheint es hingegen vertretbar, angesichts der Entscheidung des Großen Senats des BVerwG von der Ansicht C. auszugehen.

Sollte einmal eine Streitentscheidung erforderlich sein, sprechen für Ansicht C. vor allem Sinn und Zweck einer Frist wie § 48 IV VwVfG. Diese soll die Behörde zu einer Sachentscheidung innerhalb der Jahresfrist zwingen. Ein solcher Zwang kann auf die entscheidende Behörde aber erst dann ausgeübt werden,

wenn die Behörde erkannt hat, dass der Verwaltungsakt aufgehoben werden kann. Dies setzt - entgegen der Ansicht B. - nicht nur eine Subsumtion unter den Tatbestand des § 48 IV VwVfG voraus, sondern eben auch eine fehlerfreie Ermessensausübung. Wäre sich der zuständige Organwalter hingegen der Notwendigkeit einer Aufhebungsentscheidung gar nicht bewusst, könnte er auch keinen Entscheidungsdruck empfinden. Dass damit die faule (oder rechtlich ungebildete) Behörde in gewisser Weise belohnt wird, da die Frist nicht zu laufen beginnt, solange die Behörde sich nicht die Mühe macht, den Fall überhaupt (oder rechtlich zutreffend) zu bearbeiten, bleibt von der h.M. freilich unerwähnt.

Vertiefungshinweise:

□ Fristbeginn bei § 48 IV VwVfG: *BVerwG*, NJW 1985, 819; NJW 1988, 2911; NJW 2007, 1478; RA 2000, 366 = NJW 2000, 1512; *VGH München*, RA 2001, 505 = NVwZ 2001, 931; *OVG Münster*, RA 2000, 188 = NWVBl 2000, 105

□ § 48 IV VwVfG bei europarechtswidrigem VA: *BVerfG*, RA 2000, 181 = EuZW 2000, 447

□ § 48 IV VwVfG bei Rechtsirrtum: *BVerwG*, RA 2005, 254 = NVwZ-RR 2005, 341; *VG Freiburg*, RA 2006, 444 = NVwZ-RR 2006, 464; *Schoch*, NVwZ 1985, 880, 881

□ § 48 IV VwVfG unter Hoheitsträgern: *OVG Münster*, RA 2008, 16 = NWVBl 2008, 34

Kursprogramm:

□ *Examenskurs*: "Die Waffenbesitzkarte"

Leitsatz:

Kenntnis i.S. des § 48 IV 1 NWVwVfG ist erst dann gegeben, wenn sich die Behörde nicht nur der Rechtswidrigkeit der Verwaltungsentscheidung, sondern zugleich der Notwendigkeit bewusst ist, angesichts ihrer Verwaltungsaktqualität förmlich über eine Rücknahme entscheiden zu müssen.

Sachverhalt:

Die Kl. war versehentlich mit einem ihrer Ernungsurkunde zur Lehrerin beigefügten Formschriften nicht in eine - allein in Betracht kommende - Planstelle der BesGr. A 12 BBesO, sondern in eine solche der BesGr. A 13 BBesO eingewiesen worden. Nach Austausch des Formblattes klagte die Kl. vor dem VG erfolglos auf Feststellung, dass sie wirksam in eine A 13-Planstelle eingewiesen worden sei. Das OVG ließ die Berufung nach § 124 II Nr. 1 VwGO mit der Begründung zu, es spreche viel dafür, dass es sich hier

ausnahmsweise bei der Planstelleneinweisung um einen Verwaltungsakt handele, der bisher nicht zurückgenommen worden sei. Nach Vergleichsabschluss verfügte der Bkl. die Rücknahme gem. § 48 NWVwVfG. Die Klage hiergegen blieb erfolglos.

Aus den Gründen:

A. Ansicht des VG Münster

Das VG hat angenommen, der Bkl. habe die Einweisungsverfügung in eine Planstelle der BesGr. A 13 vom 13. 8. 2001 nach Maßgabe des § 48 VwVfG zurücknehmen dürfen. Die Jahresfrist nach § 48 IV VwVfG habe der Bkl. nicht versäumt. Die Frist beginne erst zu laufen, wenn die Behörde auch die fehlerhafte Rechtsanwendung auf ihr bekannt gewordene oder von Anfang an bekannte Tatsachen erkenne. Diese Voraussetzungen hätten hier erst mit dem Berufungszulassungsbeschluss des OVG Münster (OVG Münster, BeckRS 2007, 27333) vorgelegen. Für die zuständigen Amtswalter des Bkl. sei erst zu diesem Zeitpunkt erkennbar gewesen, dass die fehlerhafte Planstelleneinweisung als Verwaltungsakt anzusehen und deshalb eine förmliche Rücknahmeentscheidung zu treffen sei. Bis zu diesem Zeitpunkt habe der Bkl. davon ausgehen dürfen, dass seine Rechtsauffassung zur Qualität der fehlerhaften Planstelleneinweisung, die durch das Urteil des VG vom 14. 4. 2004 (3 K 9267/01) bestätigt worden sei, zutreffend und nichts weiter zu veranlassen war.

B. Ansicht des Kl.

Dem hält die Kl. entgegen, das VG habe die Bedeutung des § 48 IV VwVfG verkannt. In tatsächlicher Hinsicht sei die Sach- und Rechtslage der Bezirksregierung K. seit vielen Jahren bekannt gewesen. Es sei lediglich ein Rechtsirrtum gegeben, der sich aber nicht auf die Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes bezogen habe. Vielmehr sei die Rechtsnatur der Verfügung vom 13.8.2001 unrichtig erfasst und damit aus dem in tatsächlicher Hinsicht bekannten Sachverhalt eine unzutreffende rechtliche Schlussfolgerung gezogen worden. Es seien mithin Rücknahmevoraussetzungen unrichtig gewertet worden, weshalb vom Ablauf der Frist auszugehen sei. Zudem habe das VG in seinem Urteil vom 14. 4. 2004 deutlich auf § 48 VwVfG hingewiesen, so dass spätestens hiermit Fristbeginn eingetreten sei. Außerdem reiche ein Kennenmüssen der Voraussetzungen der Rechtswidrigkeit aus.

C. Entscheidung durch das OVG

Diese Darstellung vermag die Richtigkeit der entscheidungstragenden Annahme, die Frist des § 48 IV 1 NWVwVfG sei eingehalten, nicht infrage zu stellen. Erhält die Behörde von Tatsachen Kenntnis, welche die Rücknahme eines rechtswidrigen Verwaltungs-

aktes rechtfertigen, so ist nach dieser Vorschrift die Rücknahme nur innerhalb eines Jahres seit dem Zeitpunkt der Kenntnisnahme zulässig.

I. Fristbeginn erst mit positiver, umfassender Kenntnis der Behörde von der Rücknehmbarkeit

Die Frist beginnt zu laufen, wenn die Behörde die Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes und damit die Notwendigkeit, über die Rücknahme dieses Verwaltungsaktes entscheiden zu müssen, erkannt hat und ihr die für die Rücknahme erheblichen Tatsachen - auch die für ihre Ermessensbetätigung - vollständig bekannt sind. Das entspricht dem Zweck der Jahresfrist als einer Entscheidungsfrist (vgl. BVerwGE 70, 356).

Ausgehend von diesen Maßstäben ist Kenntnis i.S. des § 48 IV 1 NWVwVfG erst dann gegeben, wenn sich die Behörde nicht nur der Rechtswidrigkeit der Verwaltungsentscheidung, sondern zugleich der Notwendigkeit bewusst ist, angesichts ihrer Verwaltungsaktqualität förmlich über eine Rücknahme entscheiden zu müssen. Denn die Behörde ist erst dann objektiv in der Lage, unter sachgerechter Ausübung ihres Ermessens über eine Rücknahme gem. § 48 NWVwVfG zu entscheiden, wenn sie erkennt, dass es wegen der Rechtsnatur ihres als rechtswidrig erkannten Verwaltungshandelns einer förmlichen Rücknahmeentscheidung bedarf. Nur unter dieser Voraussetzung behält die in § 48 IV 1 NWVwVfG normierte Frist auch den ihr nach der ständigen Rechtsprechung des BVerwG zukommenden Charakter einer reinen Entscheidungsfrist. Die hier vorliegende Fehleinschätzung zur förmlichen Rücknahmebedürftigkeit der fehlerhaften Planstelleneinweisung ist damit entgegen der Auffassung der Kl. auch nicht dem Fall gleichzustellen, in dem die Behörde über die rechtlichen Anforderungen der Rücknahmeermächtigung, etwa die (weiteren) Rücknahmevoraussetzungen oder die Erforderlichkeit einer Ermessensentscheidung, irrt (vgl. BVerwGE 100, 199).

II. Subsumtion

Danach bestehen keine ernstlichen Zweifel an der Richtigkeit der Annahme des VG, die Frist habe erst mit dem Bekanntwerden des Zulassungsbeschlusses des Senats vom 28. 6. 2006 zu laufen begonnen. Die bloße Benennung des § 48 NWVwVfG im vorausgehenden Urteil des VG vom 14. 4. 2004 setzte die Frist schon deshalb nicht in Lauf, weil das Gericht - anders als nachfolgend der Senat - die Einschätzung der Behörde bestätigt hatte, es handele sich bei der Planstelleneinweisung nicht um einen Verwaltungsakt i.S. des § 35 NWVwVfG. Unabhängig von der Frage, ob, wie im Zulassungsantrag geltend gemacht, für die Kenntnis i.S. des § 48 IV 1 NWVwVfG ein Kennenmüssen ausreicht, war dies hier jedenfalls schon aus den vorstehenden Gründen vor Bekanntwerden des Zulassungsbeschlusses nicht zu bejahen.

Standort: Kommunalrecht**Problem: Fragerecht von Ratsmitgliedern**

OVG MÜNSTER, BESCHLUSS VOM 12.04.2010
15 A 69/09 (NVwZ-RR 2010, 650)

Problemdarstellung:

Das OVG Münster nimmt in der vorliegenden Entscheidung Stellung zu der Frage, in welchem Umfang der Bürgermeister einer Gemeinde auf Anfragen eines Ratsmitglieds zu antworten hat:

I. Der Senat leitet das (in der GO NRW nicht ausdrücklich geregelte) Fragerecht von Ratsmitgliedern zunächst aus deren Stellung im Rat ab. § 43 I GO NRW berechtige jedes Ratsmitglied, sein Amt als Repräsentant des Gemeindevolkes auszuüben. Dies setze voraus, dass es über alle Sachfragen umfassend informiert sei, woraus wiederum das Fragerecht folge.

II. Mit dem Fragerecht korrespondiert (selbstverständlich) eine entsprechende Antwortpflicht des Befragten, hier also des Bürgermeisters (dem wiederum die gesamte Verwaltung untersteht; richtiger Adressat einer Frage, welche die Verwaltungsarbeit betrifft - im konkreten Fall: In welchem Umfang Beraterverträge mit externen Beratern abgeschlossen worden sind - ist also allein der Bürgermeister).

III. Die Antwortpflicht kennt allerdings Grenzen. Der Senat differenziert diesbezüglich - im Anschluss an eine Entscheidung des BayVerfGH aus dem Jahr 2007 (BayVerfGH, RA 2007, 117 = NVwZ 2007, 204) - zwischen dem "Ob" und dem "Wie" der Antwort:

1. Beim "Ob" müsse grundsätzlich geantwortet werden. Eine Antwort könne der Bürgermeister nur aus drei Gründen schuldig bleiben: Erstens, sofern die Frage ein Thema betreffe, das nicht in den Zuständigkeitsbereich des Ratsmitglieds falle; zweitens, wenn die Antwort einen unzumutbaren Aufwand erfordern würde, z.B. an Recherchen; und drittens, wenn durch die Antwort Grundrechte Dritter verletzt würden, namentlich der Datenschutz.

2. Beim "Wie" hingegen müsse dem Befragten eine gewisse Entscheidungsprärogative zugebilligt werden. Worin diese genau bestehen soll, führt der Senat nicht aus. Der BayVerfGH, auf dessen Entscheidung das OVG Münster mehrfach Bezug nimmt, hatte hierzu jedoch dargelegt, dass die Antwort auch knapp ausfallen oder auf andere Informationsquellen verweisen könne, wenn eine detaillierte Antwort nach Abwägung von Interesse des Fragenden und Aufwand für den Befragten unangemessen erscheint (BayVerfGH, RA 2007, 117 = NVwZ 2007, 204).

Prüfungsrelevanz:

Der Fall könnte etwa über einen sog. "Kommunalverfassungsverstreit" Gegenstand von Examensklausuren

werden: Das Ratsmitglied klagt gegen den Bürgermeister auf Erteilung der verweigerten oder unvollständigen Auskunft (zum "Kommunalverfassungsverstreit" vgl. die Vertiefungshinweise).

Selbstverständlich lassen sich auch verfassungsrechtliche Konstellationen bilden, denn die obigen Ausführungen gelten 1:1 auch für das Fragerecht von Abgeordneten im Bundes- oder Landtag. Auch im Deutschen Bundestag ist das Fragerecht der Abgeordneten übrigens nicht explizit im Grundgesetz geregelt. Dort wird es aus dem "freien Mandat" des Art. 38 I 2 GG abgeleitet. Prozessual würde sich im Verfassungsrecht ein Organstreitverfahren nach Art. 93 I Nr. 1 GG i.V.m. §§ 13 Nr. 5, 63 ff. BVerfGG anbieten, in dem der fragende Abgeordnete festgestellt haben möchte, dass die Antwort des befragten Organs oder Organteils nicht ausreicht.

Vertiefungshinweise:

❑ Fragerecht von Landtagsabgeordneten: *BayVerfGH*, RA 2007, 117 = NVwZ 2007, 204; *VerfGH NRW*, NVwZ-RR 2009, 41; NJW 1994, 2751

❑ Fragerecht der Fraktion in der Gemeindevertretung: *VG Frankfurt a.M.*, NVwZ-RR 2010, 456

❑ Zum Kommunalverfassungsverstreit: *OVG Münster*, RA 2001, 509 = DVBl 2001, 1281; RA 2003, 319 = NVwZ-RR 2003, 376; *Ehlers*, JuS 1990, 105

❑ Zur Abgrenzung von Leistungs- und Feststellungsklage im Kommunalverfassungsverstreit: *VG Sigmaringen*, NVwZ-RR 2005, 428

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs*: "Das Drama mit dem Lama"

❑ *Examenskurs*: "Unter den Wolken"

Leitsatz:

Zu Inhalt und Umfang des Fragerechts von Ratsmitgliedern gem. §§ 43, 47 II 2 und 55 I 2 GO NRW.

Sachverhalt:

Der Kl. gehörte in der letzten Wahlperiode dem bekl. Rat der Stadt H. an. In dessen Sitzung am 9. 11. 2006 fragte der Kl. nach vorheriger schriftlicher Ankündigung den Oberbürgermeister, wie hoch im Jahr 2005 die Kosten für die Beauftragung von Beraterfirmen, Anwaltskanzleien, Agenturen etc. gewesen seien. Gleichzeitig begehrte er Auskunft darüber, in welchen Bereichen, mit welcher Zielstellung und mit wem die Verträge abgeschlossen worden seien.

Der Oberbürgermeister entgegnete in der Sitzung, dies sei nicht leistbar, die Beantwortung der Anfrage binde

Arbeitskraft und könne nicht nebenbei erledigt werden. Der Oberbürgermeister bat den Rat um einen entsprechenden Beschluss. Daraufhin stellte ein Mitglied des Bekl. fest, es handele sich nicht um eine Anfrage, sondern um einen Arbeitsauftrag an die Verwaltung. Daher beantrage er, die Anfrage nicht zuzulassen. Dem stimmte der Bekl. mehrheitlich zu.

Vor dem VG beehrte der Kl. die Feststellung der Rechtswidrigkeit dieses Beschlusses. Der Bekl. trat der Klage entgegen und legte nunmehr erstmals vertiefend dar, aus welchen Gründen die Arbeitsfähigkeit der Verwaltung im Falle der Beantwortung der Anfrage gefährdet gewesen wäre. Die Klage hatte vor dem VG Erfolg. Das OVG musste, nachdem es die Berufung zugelassen hatte, nach Erledigung der Hauptsache nur noch über die Kosten entscheiden. Diese legte es dem Bekl. auf.

Aus den Gründen:

Nachdem die Bet. die berufungsbefangene Hauptsache übereinstimmend für erledigt erklärt haben, ist gem. § 161 II 1 VwGO nach billigem Ermessen unter Berücksichtigung des bisherigen Sach- und Streitstandes nur noch über die Kosten zu entscheiden. Hier entspricht es billigem Ermessen, dem Bekl. die Kosten aufzuerlegen, da die Berufung nach dem bisherigen Verfahrensstand zurückzuweisen gewesen wäre. Der Beschluss des Bekl. vom 9. 11. 2006 zu Punkt 12 der Tagesordnung über die Nichtzulassung der Anfrage des Kl. hätte sich voraussichtlich als rechtswidrig erwiesen, weil er dessen Fragerecht wohl verletzt hat.

A. Herleitung des Fragerechts

Das Fragerecht des Kl. als Mitglied des Bekl. in der vergangenen Kommunalwahlperiode wurzelt in seinem in § 43 NWGO begründeten Status als Ratsmitglied, ist in § 47 II 2 NWGO vorausgesetzt und wird zwischenzeitlich auch von § 55 I 2 NWGO erfasst.

Der Gesetzgeber ermächtigt den Rat, in der Geschäftsordnung Inhalt und Umfang des Fragerechts der Ratsmitglieder zu regeln, § 47 II 2 NWGO. Dabei hat der Rat die Funktion des Fragerechts zu beachten. Es dient der sachlichen Aufgabenerfüllung des Ratsmitglieds. Dieses ist auf Grund seines Mandats berufen, eigenverantwortlich an den Aufgaben mitzuwirken, die dem Rat obliegen. Das setzt voraus, dass es über die dafür erforderlichen Informationen verfügt. Diese besitzt es aber eher selten auf Grund eigener Kenntnis. Daher ist das Ratsmitglied in hohem Maße auf den Sachverstand der Stadtverwaltung angewiesen. Dabei darf es nicht auf die Informationen verwiesen werden, die die Stadtverwaltung von sich aus zur Verfügung stellt. Soll das Ratsmitglied sein Mandat nach seiner freien, nur durch Rücksicht auf das Gemeinwohl bestimmten Überzeugung ausüben, muss es selbst darüber befinden können, welche Informationen es für die eigenver-

antwortliche Erfüllung seiner Aufgaben bedarf.

B. Antwortpflicht des Bürgermeisters

Entsprechend dem vorbeschriebenen Sinn und Zweck des Fragerechts ist der Bürgermeister als Leiter der Stadtverwaltung dazu verpflichtet, die Fragen eines Ratsmitglieds zu beantworten. Die Geschäftsordnung kann eine Antwortpflicht also nicht prinzipiell ausschließen.

C. Schranken

Wie im Verhältnis zwischen Landtagsabgeordneten und Landesregierung unterliegt auch die Antwortpflicht des Bürgermeisters vom Grundsatz her bestimmten Grenzen. Da diese nicht von vornherein für alle in Betracht kommenden Fälle im Voraus bestimmt werden können und sich bestimmte Grenzen namentlich aus formellen Bundes- und Landesrecht ergeben können, sind Geschäftsordnungen der Räte, die solche Grenzen nicht (ausdrücklich) erwähnen, als insoweit nicht abschließend zu verstehen.

I. "Ob" einer Antwort

Mit Blick auf die Verankerung des Fragerechts in der Gemeindeordnung für das Land Nordrhein-Westfalen und einer damit korrespondierenden Antwortpflicht besteht grundsätzlich nur ein enger Entscheidungsspielraum darüber, ob überhaupt eine Antwort gegeben wird. Die Ablehnung, eine Frage überhaupt in der Sache zu beantworten, muss daher die Ausnahme sein (BayVerfGH, RA 2007, 117 = NVwZ 2007, 204). Gegebenenfalls sind die Gründe für eine Ablehnung anzugeben. Nur so erfährt der Fragesteller die Gründe der Antwortverweigerung und wird in die Lage versetzt, sie entweder nachzuvollziehen oder die Erfolgsaussichten einer Inanspruchnahme gerichtlichen Rechtsschutzes einzuschätzen. Mit Blick auf diesen Zweck des Begründungserfordernisses kommt namentlich ein „Nachschieben“ von Gründen im verwaltungsgerichtlichen Verfahren nicht in Betracht. Der Antwortgeber muss sich daher an seiner angegriffenen Antwort nebst dazu gegebener Begründung festhalten lassen, sobald ein darauf bezogenes gerichtliches Verfahren anhängig ist (vgl. für das Fragerecht von Landtagsabgeordneten: NWVerfGH, NVwZ-RR 2009, 41).

I. Zuständigkeit des Organs

Beschränkungen der Antwortpflicht als solcher können sich zunächst aus der Funktion des Fragerechts ergeben. Es hat sich im Rahmen des Aufgabenbereichs des Rates zu halten. Demgemäß kann sich die Antwortpflicht des Bürgermeisters nur auf solche Bereiche erstrecken, für die er unmittelbar oder mittelbar verantwortlich ist und die den Zuständigkeitsbereich des Rates oder seiner Ausschüsse berühren.

2. Zumutbarkeit einer Antwort für den Befragten

Eine weitere Grenze des Auskunftsanspruchs ergibt sich aus der allen Kommunalorganen und ihren Gliederungen obliegenden Verpflichtung zu gegenseitiger Rücksichtnahme, das die Antwortpflicht des Bürgermeisters namentlich auf solche Informationen begrenzt, die ihm vorliegen oder die mit zumutbarem Aufwand beschafft werden können (vgl. für das Fragerecht von Landtagsabgeordneten: NWVerfGH, NVwZ-RR 2009, 41).

3. Grundrechte (insbesondere: Datenschutz)

Bei der Beurteilung der Zumutbarkeit kann u.a. zu berücksichtigen sein, welches Zeitfenster die jeweilige Geschäftsordnung für die Beantwortung einer Anfrage zur Verfügung stellt.

Die Pflicht zur Beantwortung von Anfragen durch Ratsmitglieder wird schließlich auch dadurch begrenzt, dass sie als Ausübung öffentlicher Gewalt die grundrechtlich geschützten Positionen privater Dritter zu beachten hat (vgl. für das Fragerecht von Landtagsabgeordneten: NWVerfGH, NVwZ-RR 2009, 41). Dabei hat die grundsätzlich gebotene Abwägung widerstreitender Interessen zu beachten, dass der grundrechtliche Datenschutz auf der Ebene des Verfassungsrechts und der Informationsanspruch des Ratsmitglieds "nur" auf der Ebene des einfachen Rechts angesiedelt ist.

II. "Wie" der Antwort: Einschätzungsprärogative

Grenzen des Informationsanspruchs bestehen auch in Bezug auf die Art und Weise der Antwort. Sie ergeben sich aus der bereits erwähnten Pflicht zur gegenseitigen Rücksichtnahme, die auch die Respektierung der Funktions- und Arbeitsfähigkeit der Stadtverwaltung gebietet. Zu deren Wahrung darf der Bürgermeister innerhalb einer rechtlich umgrenzten Einschätzungsprärogative über Art und Weise der Antwort befinden. Dabei muss er sich an der Pflicht zu vollständiger und zutreffender Antwort orientieren (vgl. für das Fragerecht von Landtagsabgeordneten: NWVerfGH, NVwZ-RR 2009, 41).

III. Subsumtion

Nach diesen Grundsätzen hätte sich der angegriffene Beschluss des Bekl. vom 9. 11. 2006 zu Punkt 12 der Tagesordnung über die Nichtzulassung der Anfrage des Kl. voraussichtlich als rechtswidrig erwiesen:

Die Entscheidung darüber, ob und in welchem Umfang eine Anfrage beantwortet werden soll, steht mit Blick auf den Adressaten und die Zielrichtung einer Anfrage an die Verwaltung alleine dem Bürgermeister zu (vgl. jetzt auch: § 55 I 2 NWGO). Die Verwaltung ist antwortpflichtig, nicht der Rat. Dort und nicht im Rat ist einzuschätzen, ob Gründe für eine Nichtbeantwortung vorliegen. Die Verwaltung hat die Ablehnung der Beantwortung einer Anfrage oder eine inhaltlich unzureichende Antwort ggf. in einem gerichtlichen Verfahren zu vertreten.

Dem Bekl. wiederum stand keine Befugnis zu, die Anfrage nicht zuzulassen. Ein solches Recht ergibt sich weder aus der NWGemeindeordnung noch aus der Geschäftsordnung des Bekl. Wäre ein solches Recht in einer Ratsgeschäftsordnung geregelt, wäre dies rechtlich nicht unbedenklich, da es zu einer erheblichen Verfahrensverzögerung beitragen könnte, wenn zunächst der Rat in eigener Einschätzung eine Anfrage ganz oder teilweise nicht zulassen würde, das Ratsmitglied insoweit dann ggf. um Rechtsschutz nachsuchen müsste, um sich anschließend an den Bürgermeister zu wenden, der aus anderen Erwägungen die Beantwortung der Anfrage verweigert und das Ratsmitglied deshalb wieder ein gerichtliches Verfahren anstrengen müsste. Eine aus einer entsprechende Konstruktion resultierende Verfahrensverzögerung könnte das Fragerecht regelmäßig leerlaufen lassen, was der klaren gesetzlichen Zielsetzung, dem einzelnen Mitglied des Rates u.a. durch das Fragerecht seine am Gemeinwohl orientierte und im Interesse der Allgemeinheit ausgeübte Aufgabe zu ermöglichen und zu unterstützen, widersprechen würde.

Vor diesem Hintergrund könnte sich eine in der Geschäftsordnung des Rates geregelte Befugnis, Anfragen von Ratsmitgliedern an die Verwaltung zurückweisen zu können, u.U. als nicht vereinbar mit den Wertungen der NWGemeindeordnung erweisen. [...]

Standort: § 80 V VwGO

Problem: (Faktische) Vollziehung eines feststellenden VAs

VGH MANNHEIM, BESCHLUSS VOM 22.02.2010
10 S 2702/09 (NVwZ-RR 2010, 463)

Problemdarstellung:

Im vorliegenden Fall ging es um die Frage, welche Rechtswirkungen genau der Suspensiveffekt des § 80 I VwGO entfaltet, und wie prozessual zu verfahren ist, wenn die Behörde diesen Suspensiveffekt nicht beachtet. Im Einzelnen:

A. Nach der sog. *Wirksamkeitshemmungslehre* (Schoch, NVwZ 1990, 1191; Huba, JuS 1990, 382, 384) ist die Wirksamkeit des VA durch den Suspensiveffekt des § 80 I VwGO gehemmt. Mit anderen Worten steht der Bürger während des Suspensiveffekts so, als existiere der VA gar nicht. Gegen diese Ansicht spricht aber vor allem § 80 II Nr. 4 VwGO, wonach die Behörde die sofortige "Vollziehbarkeit" des VA ausnahmsweise anordnen kann. Entfiele die

Wirksamkeit des VA durch § 80 I VwGO, müsste sie hingegen die sofortige "Wirksamkeit" anordnen.

B. Die h.M. geht daher (nur) von einer *Vollziehbarkeithemmung* aus, wobei allerdings wiederum streitig ist, wie weit diese gehen soll. Mittlerweile hat sich die Auffassung durchgesetzt, dass eine *umfassende* Vollziehbarkeithemmung bestehen soll, die jegliches Gebrauchmachen von dem VA, durch wen auch immer und in welcher Form auch immer, untersagt (BVerwG, DÖV 1973, 785, 786; Brühl, JuS 1995, 627, 629). Stimmt man dem zu, sind die Unterschiede zwischen Wirksamkeits- und (umfassender) Vollziehbarkeithemmung nur noch marginal (vgl. zu allem Schoch u.a., VwGO, Loseblatt, § 80 Rn 73 ff.).

C. Eine umfassende Vollziehbarkeithemmung lässt sich auch bei feststellenden Verwaltungsakten denken, die ja eigentlich keiner Vollziehung im engeren Sinne bedürfen. Stellt etwa - wie im vorliegenden Fall - die Fahrerlaubnisbehörde fest, dass jemand nicht zum Führen von Pkw in der BRD berechtigt ist, dann entfaltet diese Feststellung automatisch Rechtswirkung, ohne dass es noch eines Vollziehungsaktes bedürfte. Allerdings schließt eine umfassende Vollziehbarkeithemmung es auch aus, dass von dem VA in irgend einer Weise Gebrauch gemacht wird, er also im konkreten Fall z.B. zum Anlass genommen wird, eine Strafbarkeit wegen Fahrens ohne Fahrerlaubnis zu begründen.

D. Erkennt die Behörde das Bestehen oder den Umfang des Bestehens des Suspensiveffekts nicht (sog. "faktischer Vollzug"), stellt sich die Frage, wie der Betroffene hiergegen prozessual vorgehen kann. Die ganz h.M. wendet in diesen Fällen § 80 V 1 VwGO analog an, gerichtet auf Feststellung der aufschiebenden Wirkung (BVerwG, NVwZ 1986, 638; OVG Lüneburg, NVwZ 1986, 322; Erichsen, JURA 1984, 478 [480]). Diese Ansicht vertritt auch der VGH Mannheim im vorliegenden Fall.

E. Dabei weist das Gericht zutreffend darauf hin, dass in der Begründetheit eines solchen Antrags nicht - wie sonst bei § 80 V 1 VwGO - eine Interessenabwägung vorzunehmen ist, sondern der Antrag in jedem Fall begründet ist, allein weil aufschiebende Wirkung besteht. Mit anderen Worten ist ein Antrag nach § 80 V 1 VwGO, gerichtet auf Feststellung des Bestehens der aufschiebenden Wirkung, immer auch begründet, wenn er statthaft ist.

Prüfungsrelevanz:

Vom VGH unerwähnt bleibt die m.M., welche auf den Fall des "faktischen Vollzugs" die Sicherungsanordnung des § 123 I 1 VwGO anwenden will (OVG Bremen, NVwZ 1986, 59 [61]; Czermak, NJW 1974, 1722). Diese ist jedoch abzulehnen, denn sie führt zu

einem Wertungswiderspruch: § 80 V 1 VwGO ist der deutlich günstigere Rechtsbehelf, schon allein weil der Antragsteller dort nur *behaupten*, und nicht - wie bei § 123 I 1 VwGO - über §§ 123 III VwGO, 920 II, 294 ZPO *glaubhaft machen* muss. Bestünde kein Suspensiveffekt, könnte direkt nach § 80 V 1 VwGO vorgegangen werden; besteht hingegen Suspensiveffekt, steht der Betroffene also prozessual noch günstiger, müsste er nach der m.M. gleichwohl den für ihn ungünstigeren Weg über § 123 I 1 VwGO gehen.

In einer Klausur zum ersten Staatsexamen sollte die Antragsart daher zwar streitig dargestellt, im Ergebnis aber der Weg über § 80 V VwGO analog gewählt werden. Im zweiten Staatsexamen bietet sich allenfalls ein kurzes Eingehen auf § 123 I 1 VwGO an, wenn man die m.M. nicht - wie hier der VGH - gänzlich außen vor lassen will.

Vertiefungshinweise:

Zur gerichtlichen Feststellung der aufschiebenden Wirkung: *OVG Schleswig*, NVwZ-RR 2001, 586

Kursprogramm:

Examenskurs: "Die defekte Parkuhr"

Leitsätze:

1. Stellt eine Fahrerlaubnisbehörde – ohne die sofortige Vollziehung anzuordnen – fest, dass eine EU-Fahrerlaubnis nicht zum Führen von Kraftfahrzeugen im Bundesgebiet berechtigt und weist in der Entscheidung auf die Strafbarkeit weiterer Verkehrsteilnahme hin, so liegt ein faktischer Vollzug eines feststellenden Verwaltungsaktes vor.

2. Rechtsschutz hiergegen ist in entsprechender Anwendung von § 80 V VwGO durch die Feststellung zu gewähren, dass der eingelegte Widerspruch aufschiebende Wirkung hat; eine Abwägung zwischen öffentlichem Vollzugsinteresse und dem individuellen Aussetzungsinteresse wie sonst im Anwendungsbereich von § 80 V VwGO findet nicht statt.

Sachverhalt:

Der Ast. wandte sich im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes gegen einen Bescheid des Ag., mit dem festgestellt wurde, dass der Ast. nicht zum Führen von Kraftfahrzeugen im Bundesgebiet berechtigt ist. Das VG lehnte den Antrag ab. Die dagegen eingelegte Beschwerde des Ast. hatte Erfolg.

Aus den Gründen:

Der Antrag hat in der Sache Erfolg, weil ein Fall der so genannten faktischen Vollziehung vorliegt.

A. Zulässigkeit des Antrags

Aus den vom Ast. in der Beschwerdebeurteilung dargelegten Gründen (§ 146 IV 6 VwGO) ergibt sich, dass der sachdienlich verstandene Antrag des Ast. auf Feststellung der aufschiebenden Wirkung seines Widerspruchs vom 2. 10. 2009 gegen die Verfügung des Ag. vom 30. 9. 2009 entgegen der vom VG vertretenen Auffassung statthaft und auch im Übrigen zulässig ist.

I. Statthaftigkeit des Antrags nach § 80 V VwGO analog

1. VA-Charakter der Feststellung der Nichtberechtigung einer EU-Fahrerlaubnis zur Teilnahme am motorisierten Straßenverkehr im Bundesgebiet

Bei der Entscheidung des Ag. vom 30. 9. 2009, die festgestellt hatte, dass die dem Ast. erteilte tschechische Fahrerlaubnis der Klasse B vom 10. 1. 2005 keine Berechtigung zur Teilnahme am motorisierten Straßenverkehr im Bundesgebiet entfaltet, handelt es sich - entgegen der wohl in der Erwiderung zur Beschwerde vertretenen Auffassung des Ag. - um einen feststellenden Verwaltungsakt i.S. von § 35 BadWürttVwVfG. Der Ag. hat damit eine verbindliche und auf Bestandskraft angelegte Rechtsfolgenanordnung gem. § 35 S. 1 BadWürttVwVfG getroffen, indem er über die von der tschechischen Fahrerlaubnis vermittelte Berechtigung mit Außenwirkung entschieden hat.

Dieser Qualifizierung als Verwaltungsakt steht die Tatsache, dass sich die fehlende Berechtigung zum Ausnutzen der tschechischen Fahrerlaubnis im Inland möglicherweise bereits unmittelbar aus § 28 IV 1 Nrn. 2 und 3 FeV ergibt, nicht entgegen. Beschreitet die Verwaltungsbehörde in dieser Verfahrenssituation den Weg der rechtsnormwiederholenden und -konkretisierenden Verfügung, ohne zugleich den Sofortvollzug anzuordnen, muss sie billigerweise die Klärung der aufgeworfenen Rechtsfragen im Hauptsacheverfahren vor dem VG abwarten und darf diesen Zustand nicht durch Vollzugsmaßnahmen unterlaufen (vgl. VGH München, NJW 2006, 2282).

II. Faktische Vollziehung der Feststellung trotz bestehenden Suspensiveffekts

Wie die Beschwerde zutreffend ausführt, liegt eine faktische Vollziehung des feststellenden Verwaltungsaktes vor, obwohl der Ag. auf dem tschechischen Führerschein des Ast. keinen Versagungsvermerk angebracht hat.

1. Vollzugsbegriff

Vollziehung des Verwaltungsaktes i.S. von § 80 I VwGO bedeutet jegliches Gebrauchmachen von dem Verwaltungsakt, jegliche Verwirklichung seines ma-

teriellen Regelungsgehaltsgleichgültig, ob diese Verwirklichung durch die erlassende oder eine andere Behörde erfolgt, ob sie freiwillig oder zwangsweise geschieht, es einer behördlichen Ausführungsmaßnahme bedarf oder die Rechtswirkung durch den Verwaltungsakt selbst eintritt. Die aufschiebende Wirkung untersagt jedermann, aus dem angefochtenen Verwaltungsakt unmittelbare oder mittelbare, tatsächliche oder rechtliche Folgerungen gleich welcher Art zu ziehen (vgl. OVG Lüneburg, NVwZ-RR 997, 655; Finkelnburg/Dombert/Külpmann, Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsstreitverfahren, 5. Aufl. [2008], Rdnr. 631).

2. Insbesondere bei feststellendem VA

Gerade bei feststellenden Verwaltungsakten, die ihre Regelungswirkung unmittelbar entfalten und keines weiteren behördlichen Ausführungsaktes bedürfen, ist von einem weiten Vollzugsbegriff auszugehen. Der erlassenden Behörde ist es deshalb vor Eintritt der Vollziehbarkeit untersagt, dem Bürger die ausgesprochene Regelungswirkung entgegenzuhalten.

3. Subsumtion

Wie insbesondere die rein materiell-rechtlichen Erwägungen des Ag. im erstinstanzlichen Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes und in seiner Beschwerdeerwiderung vom 19. 1. 2010 zeigen, geht das Landratsamt nicht von der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs des Ast. aus, sondern berührt sich der Vollziehbarkeit der Entscheidung vom 30. 9. 2009. Auch entfaltet die Feststellungsverfügung für den Ast. insofern eine nachteilige Rechtswirkung, als er damit von der Fahrerlaubnisbehörde auf die aus ihrer Sicht nicht vorliegende Berechtigung zum Fahren im Bundesgebiet ausdrücklich hingewiesen worden ist und somit in Zukunft bei Nichtbeachtung die ernsthafte Gefahr besteht, dass er strafrechtlich wegen Fahrens ohne Fahrerlaubnis nach § 21 StVG verfolgt wird (vgl. hierzu: VG Ansbach, Beschl. v. 10. 10. 2008 – AN 10 S 08.01570). Bezeichnenderweise hat der Ag. in diesem Zusammenhang in der Feststellungsverfügung selbst ausdrücklich darauf hingewiesen, dass bekanntgewordene Verstöße hiergegen zur Anzeige gebracht würden. Eine derartige aktive Anregung von Strafverfolgungsmaßnahmen ist einer Vollzugsmaßnahme durch die Verwaltungsbehörde wertungsmäßig gleichzustellen (vgl. VGH München, NJW 2006, 2282 - zur Einleitung eines Bußgeldverfahrens).

Setzt sich der Betroffene gegen die faktische Vollziehung des Verwaltungsaktes zur Wehr, ist einstweiliger Rechtsschutz in entsprechender Anwendung von § 80 V VwGO zu gewähren. Das Rechtsschutzbegehren ist dabei auf die Feststellung gerichtet, dass der in der Hauptsache eingelegte Rechtsbehelf aufschiebende Wirkung hat. Eine Anordnung der aufschiebenden

Wirkung ist in diesen Fällen nicht möglich, weil der Suspensiveffekt bereits durch die Einlegung des Rechtsbehelfs eingetreten ist (vgl. BVerwG, Buchholz 310 § 80 VwGO Nr. 42; VGH München, NVwZ-RR 2005, 679; Finkelnburg/Dombert/Külpmann, Rdrrn. 1046, m.w. Nachw.). Bei der gebotenen sachdienlichen Auslegung (§§ 86 III, 88 VwGO) war das erstinstanzliche Rechtsschutzbegehren des Ast. als Feststellungsantrag im oben dargestellten Sinne zu verstehen.

II. Allg. Rechtsschutzinteresse

Das so verstandene Begehren des Ast. ist auch nicht wegen fehlenden Rechtsschutzbedürfnisses unzulässig. Das allgemeine Rechtsschutzinteresse fehlt nur dann, wenn die Klage oder der Antrag für den Betroffenen offensichtlich keinerlei rechtliche oder tatsächliche Vorteile bringen kann. Die Nutzlosigkeit muss dabei eindeutig sein; im Zweifel ist das Rechtsschutzinteresse zu bejahen (st. Rspr.; BVerwGE 121, 1 = NVwZ-RR 2004, 855; BVerwGE 132, 315 = NJW 2009, 1689). Hier ergibt es sich jedenfalls daraus, dass dem Ast. die Feststellungsentscheidung - würde hiergegen kein einstweiliger Rechtsschutz gewährt - bis zur Entscheidung der Hauptsache als eigenständiger Rechtsgrund entgegengehalten werden könnte, ohne dass es noch darauf ankommt, ob ein derartiges Recht möglicherweise schon von vornherein nach § 28 IV 1 Nrn. 2 und 3 FeV nicht bestand.

B. Begründetheit

Der Antrag hat auch in der Sache Erfolg.

I. Faktischer Vollzug allein genügt bereits

Nachdem der Ag. - wie oben näher dargestellt - die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs des Ast. derzeit nicht beachtet, ist von dem VGH antragsgemäß festzustellen, dass dieser außergerichtliche Rechtsbehelf aufschiebende Wirkung hat.

II. Keine Interessenabwägung

Da die faktische Vollziehung wegen der Missachtung des Suspensiveffekts ohne Weiteres rechtswidrig ist, wägt das VG in diesem Falle nicht zwischen öffentlichem Vollzugsinteresse und individuellem Aussetzungsinteresse; wie sonst im Anwendungsbereich von § 80 V VwGO, ab (vgl. hierzu: Schoch, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, § 80 Rdnr. 273). Deshalb ist dem Senat im vorliegenden Verfahren eine Klärung der die Bet. materiell interessierenden Frage, ob die tschechische Fahrerlaubnis den Ast. zum Führen von Kraftfahrzeugen im Inland berechtigt, verwehrt. Eine entscheidungstragende inhaltliche Prüfung - in einem neuen Verfahren zunächst vor dem VG - wäre nur dann möglich, wenn der Ag. - was trotz des ergangenen Beschlusses möglich ist und keines Verfahrens nach § 80 VII VwGO bedarf - nachträglich die sofortige Vollziehung seines Bescheides vom 30. 9. 2009 anordnen oder der Ast. eine einstweilige Anordnung nach § 123 I 1 VwGO mit dem Ziel der Feststellung einleiten würde, dass die Voraussetzungen für einen Anerkennungsausschluss nach § 28 IV FeV nicht vorliegen. [...]

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: Vormerkung****Problem: Anspruch aus § 888 I BGB**

BGH, URTEIL VOM 02.07.2010
V ZR 240/09 (WM 2010, 1710)

Problemdarstellung:

Der Kl. hatte mit notariellem Vertrag vom 30.03.2006 ein Grundstück gekauft, das ihm lastenfrei übertragen werden sollte. Kurz darauf ließ er sich eine Auflassungsvormerkung eintragen. Er verlangt nun gem. § 888 I BGB vom Bekl. die Löschung einer zu dessen Gunsten im Oktober 2008 eingetragenen Hypothek.

Der Bekl. und das Berufungsgericht meinen, dies sei nicht möglich, da der Anspruch nach § 888 I BGB erst nach der Eintragung des Vormerkungsberechtigten als Eigentümer geltend gemacht werden kann.

Prüfungsrelevanz:

Mit der vorliegenden Entscheidung bestätigt der Senat seine bisherige Rechtsprechung zu § 888 BGB und setzt sich über eine in weiten Teilen der Literatur und in der OLG-Rechtsprechung vertretene Gegenansicht hinweg.

I. Vorweg: Die Existenz des Zustimmungsanspruchs aus § 888 BGB ergibt sich aus § 19 GBO, wonach bei jeder Eintragung in das Grundbuch die Bewilligung des Betroffenen (oder i.V.m. § 20 GBO sogar der Nachweis der Auflassung) vorliegen muss. Sollte der Betroffene die Bewilligung nicht freiwillig erteilen, kann der Vormerkungsberechtigte aus dem Zustimmungsanspruch nach § 888 I BGB vorgehen. Hierbei ist zu unterscheiden: Der anspruchsberechtigte Vormerkungsinhaber kann - wenn dies zur Verwirklichung des durch die Vormerkung gesicherten Anspruchs erforderlich ist - die Zustimmung zu seiner Eintragung als Eigentümer (Var. 1) oder die Zustimmung zur Löschung eines Rechts verlangen, das zugunsten eines Dritten eingetragen ist (Var. 2).

Die Vormerkung bewirkt ihrerseits gem. § 883 II BGB die relative Unwirksamkeit der vormerkungswidrigen Verfügung; d.h. die Verfügung ist (nur!) im Verhältnis zum Vormerkungsinhaber unwirksam. Ferner wirkt die Vormerkung gem. § 879 I BGB i.V.m. § 883 III BGB rangwahrend, d.h. der Zeitpunkt ihrer Eintragung ist maßgeblich für die Reihenfolge der Verwertung des Grundstücks im Wege der Zwangsvollstreckung. Da die Vormerkung hier zeitlich vor der Hypothek eingetragen wurde, geht sie dieser im Rang

vor.

II. Vorliegend beehrte der Kl. die Löschung der zugunsten des Bekl. eingetragenen Hypothek (§ 888 I Var. 2 BGB). Nach dem Wortlaut des § 888 I BGB stand dem Kl. der Zustimmungsanspruch zu, da ihm das Grundstück lastenfrei übertragen werden sollte. Die eingetragene Hypothek hätte den lastenfreien Erwerb nämlich beeinträchtigt.

Für diese zweite Variante des § 888 I BGB war allerdings umstritten, ob die Löschung auch schon vor der Eintragung des Vormerkungsinhabers als Eigentümer möglich ist.

Nach einer Ansicht sei unter Berücksichtigung der Rangwirkung des § 879 I BGB die Eintragung des Vollrechts zu verlangen: Der Eigentumserwerb des Kl. sei nämlich gar nicht von der Löschung der Hypothek abhängig; die dingliche Einigung könne ohnehin erfolgen. Damit werde die Wirkung der Vormerkung "zur Verwirklichung des durch sie gesicherten Anspruchs" (vgl. Wortlaut § 888 I BGB) gar nicht benötigt. Vielmehr reduziere sich ihre Wirkung auf die Rangwahrung gem. § 879 I BGB. Die Vormerkung alleine sei in der Zwangsvollstreckung aber kein taugliches Interventionsrecht, sondern nur in Verbindung mit dem Vollrecht geeignet, die Zwangsvollstreckung abzuwenden (z.B. gem. § 771 ZPO). Vor der Eigentumsübertragung sei aber offen, ob es tatsächlich zu einer Vollrechtseintragung komme und sich die in § 879 I BGB geregelte Rangwahrung verwirkliche (OLG Zweibrücken, NJW-RR 2007, 87; OLG Rostock, NotBZ 2007, 223; OLG Dresden, NJW-RR 1999, 1177; OLG Stuttgart, OLGR 1998, 285, 286; Palandt/Bassenge, § 888 Rn. 5; PWW/Huhn, § 888 Rdn. 3; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 14. Aufl., Rn. 1529; Schreiber, NJ 2007, 176).

Der Senat folgt dem nicht, sondern verzichtet auf die Eintragung des Vormerkungsberechtigten als Eigentümer. Denn anderenfalls würden an den Zustimmungsanspruch nach § 888 I BGB unterschiedliche Anforderungen je nach Art der vormerkungswidrigen Verfügung gestellt. Handelte es sich - wie hier - um ein Grundpfandrecht, das grundsätzlich der dinglichen Einigung i.S.d. § 873 BGB nicht entgegensteht, hing deren Löschung von der Eigentumsübertragung an den Vormerkungsberechtigten ab. Handelte es sich dagegen um eine vormerkungswidrige Eigentumsübertragung an einen Dritten, könne schon begriffsnotwendig

keine Eintragung des Vormerkungsberechtigten verlangt werden - denn diese soll mit dem Zustimmungsanspruch im Hinblick auf §§ 19, 20 GBO ja gerade erst erreicht werden.

Schließlich bestehen nach Ansicht des Senats auch keine schutzwürdigen Interessen des Dritten (Rn. 8 ff. d. Urteils).

Unter Verweis auf den akzessorischen Charakter des § 888 BGB betont der Senat allerdings, dass eine Löschung der Hypothek zwar vor der Eintragung des Kl. als Eigentümer verlangt werden kann, die Löschung ihrerseits aber nicht vor der Eigentumseintragung zugunsten des Kl. vorgenommen werden muss.

Vertiefungshinweise:

Löschung einer Grunddienstbarkeit: *BGH*, NJW-RR 2008, 102

Zustimmungsanspruch im Verhältnis zur Einrede des § 320 BGB : *BGH*, NJW-RR 2004, 1601

Klausuren: *Ohly/Werner*, JuS 2007, 449 (Grundprobleme der Auflassungsvormerkung); *Berger/Skamel*, JuS 2005, 923 (Vormerkung; Versäumnisurteil); *Witt*, JuS 2004, 48

Kursprogramm:

Examenskurs: "Vorgemerkttes Schwimmbad"

Leitsatz:

Der Anspruch nach § 888 Abs. 1 BGB setzt nicht voraus, dass der Vormerkungsberechtigte bereits als Eigentümer (oder sonstiger Rechtsinhaber) in das Grundbuch eingetragen worden ist.

Sachverhalt:

Mit notariellem Vertrag vom 30.03.2006 kaufte der Kl. ein Grundstück von einer GmbH, welches ihm lastenfrei übertragen werden sollte. Seit Mai 2006 ist zu seinen Gunsten eine Auflassungsvormerkung im Grundbuch eingetragen. Im Oktober 2008 wurde zugunsten des Bekl. eine Zwangssicherungshypothek eingetragen. Die Eigentumsumschreibung auf den Kl. ist noch nicht erfolgt.

Der Kl. verlangt von dem Bekl., die Löschung der Zwangssicherungshypothek zu bewilligen. Das Amtsgericht hat der Klage stattgegeben; das Landgericht hat sie abgewiesen. Mit der vom Landgericht zugelassenen Revision, deren Zurückweisung der Bekl. beantragt, verfolgt der Kl. seinen Antrag weiter.

Aus den Gründen:

A. Ausführungen des Berufungsgerichts

[3] Das Berufungsgericht meint, ein Vormerkungsberechtigter könne den Anspruch nach § 888 Abs. 1

BGB grundsätzlich erst nach seiner Eintragung als Eigentümer geltend machen. So sei es auch hier. Der Eigentumserwerb des Klägers sei nicht von der Löschung der Sicherungshypothek abhängig. Zwar beeinträchtigt die Hypothek seinen Anspruch auf Erwerb lastenfreien Eigentums. Vor der Eigentumsumschreibung sei aber offen, ob es tatsächlich zu einer Vollrechtseintragung komme und sich die in § 879 Abs. 1 BGB geregelte Rangwahrung verwirkliche. Ein Löschungsanspruch des Klägers bestehe daher erst, wenn er mit dem Rang der Vormerkung als Eigentümer im Grundbuch ein- getragen sei.

B. Entscheidung des BGH

[4] Diese Ausführungen halten revisionsrechtlicher Nachprüfung nicht stand.

I. Rechtsfrage bereits höchstrichterlich geklärt

[5] Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts ist die Frage, ob der Vormerkungsberechtigte die Löschung einer nachrangigen Zwangssicherungshypothek erst dann verlangen kann, wenn er als Eigentümer im Grundbuch eingetragen ist, höchstrichterlich geklärt. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kann der Anspruch nach § 888 Abs. 1 BGB geltend gemacht werden, wenn der durch die Vormerkung gesicherte Anspruch entstanden und fällig ist, also gegenüber dem Anspruchsgegner durchgesetzt werden könnte. Nicht erforderlich ist, dass dieser den Anspruch bereits erfüllt hat oder rechtskräftig dazu verurteilt worden ist. Daraus folgt zugleich, dass die Durchsetzung des Anspruchs gemäß § 888 Abs. 1 BGB die Eintragung des Vormerkungsberechtigten im Grundbuch nicht voraussetzt (vgl. Senat, BGHZ 99, 385, 388; NJW 1981, 446, 447; Urt. v. 24. Juni 1988, V ZR 51/87, NJW-RR 1988, 1357; Urt. v. 14. Juli 2000, V ZR 384/98, NJW 2000, 3496; BGH, Urt. v. 26. April 2007, IX ZR 139/06, WM 2007, 1137; ebenso Staudinger/Gursky, BGB [2008], § 888 Rdn. 49; MünchKomm- BGB/Kohler, 5. Aufl., § 888 Rdn. 11; Kessler, ZfIR 2007, 88, 92 f.; Wolf, NZM 2008, 29).

II. Rechtsprechungsänderung nicht veranlasst

[6] Die von dem Berufungsgericht angeführten Gegenstimmen (OLG Zweibrücken NJW-RR 2007, 87; OLG Rostock NotBZ 2007, 223; OLG Dresden NJW-RR 1999, 1177; OLG Stuttgart OLGR 1998, 285, 286; ebenso: Palandt/ Bassenge, BGB, 69. Aufl., § 888 Rdn. 5; NK-Krause, BGB, 2. Aufl., § 888 Rdn. 5; PWW/Huhn, BGB, 5. Aufl., § 888 Rdn. 3; Schreiber, NJ 2007, 176) geben keinen Anlass zu einer Änderung der Rechtsprechung.

1. Argument: Unterschiedliche Ausgestaltungen des § 888 BGB je nach Art der Verfügung

[7] Die Auffassung, ein Auflassungsvormerkungsbe-

rechtigter könne erst nach seiner Eintragung als Eigentümer die Zustimmung zur Löschung einer vormerkungswidrigen Belastung des Grundstücks verlangen, vermag schon deshalb nicht zu überzeugen, weil sie zu einer im Gesetz nicht vorgesehenen unterschiedlichen Ausgestaltung des Anspruchs nach § 888 Abs. 1 BGB je nach Art der vormerkungswidrigen Verfügung führte. Besteht diese in der Übertragung des Eigentums an einen Dritten, kann der Vormerkungsberechtigte erst als Eigentümer eingetragen werden, nachdem der Dritterwerber die nach § 888 Abs. 1 BGB geschuldete Zustimmung hierzu erteilt hat. Bei einer solchen erfüllungsvereitelnden Verfügung ist es denknotwendig ausgeschlossen, die Entstehung des Anspruchs nach § 888 Abs. 1 BGB von der Eintragung des Vormerkungsberechtigten als Eigentümer abhängig zu machen. Weshalb dies anders sein soll, wenn der gleiche Anspruch - wie hier - gegen einen nach der Auflassungsvormerkung eingetragenen Grundpfandrechtsgläubiger geltend gemacht wird, dessen Recht den vorgemerkten Anspruch beeinträchtigt, ist nicht nachvollziehbar. In beiden Fällen ist die Verfügung dem Vormerkungsberechtigten gegenüber unwirksam (§ 883 Abs. 2 Satz 1 BGB); das gilt auch dann, wenn sie - wie hier - im Wege der Zwangsvollstreckung erfolgt (§ 883 Abs. 2 Satz 2 BGB).

2. Argument: Schutz des Anspruchsgegners bereits gesichert

[8] Das Interesse des nach § 888 Abs. 1 BGB in Anspruch genommenen Dritten, seine Rechtsposition erst aufgeben zu müssen, wenn feststeht, dass der durch die Vormerkung gesicherte Anspruch besteht, ist unabhängig davon schutzwürdig, ob die zu seinen Gunsten vorgenommene Verfügung diesen Anspruch beeinträchtigt oder ihn vereitelt. Es wird dadurch geschützt, dass der Dritte gegenüber dem Vormerkungsberechtigten alle Einreden und Einwendungen gegen die Vormerkung und den durch sie gesicherten Anspruch erheben kann, namentlich auch den Einwand, der gesicherte Anspruch sei untergegangen (vgl. Senat, Urt. v. 14. Juli 2000, V ZR 384/98, aaO). Dabei muss der Vormerkungsberechtigte Bestehen und Fälligkeit des gesicherten Anspruchs darlegen und beweisen (Staudinger/Gursky, BGB [2008], § 888 Rdn. 68; Palandt/Bassenge, BGB, 69. Aufl., § 888 Rdn. 7). Das gilt auch dann, wenn der Schuldner des gesicherten Übereignungsanspruchs bereits rechtskräftig zur Auflassung des Grundstücks an den Vormerkungsberechtigten verurteilt worden ist (vgl. Soergel/Stürner, BGB, 13. Aufl., § 888 Rdn. 8).

[9] Eines weitergehenden Schutzes bedarf der Dritte nicht. Insbesondere muss er nicht befürchten, seine Eintragung als Eigentümer oder sein Grundpfandrecht nebst dazugehörigem Rang zu verlieren, wenn der durch die Vormerkung gesicherte Anspruch später

einverständnislich aufgehoben wird und es deshalb nicht zu einer Übereignung des Grundstücks an den Vormerkungsberechtigten kommt. Denn der Vormerkungsberechtigte kann die Löschung des vormerkungswidrig eingetragenen Rechts nur im Zuge der Erfüllung des vorgemerkten Anspruchs erreichen.

3. Jedoch: Akzessorischer Charakter des § 888 BGB bedingt Verschiebung der Löschung auf Zeitpunkt der Eigentumsumschreibung

[10] § 888 Abs. 1 BGB begründet einen unselbständigen Hilfsanspruch, der allein der Verwirklichung des durch die Vormerkung gesicherten Anspruchs dient (vgl. Senat, BGHZ 49, 263, 267; Urt. v. 5. Dezember 2003, V ZR 341/02, WM 2004, 1601, 1602; MünchKomm-BGB/Kohler, § 888 Rdn. 1; Wolf, NZM 2008, 29, 31). Während § 883 Abs. 2 BGB für das materielle Recht die relative Unwirksamkeit des Rechtserwerbs des Dritten anordnet, stellt die Vorschrift des § 888 BGB sicher, dass die nach dem formellen Grundbuchrecht notwendige Bewilligung des Betroffenen (§ 19 GBO) erwirkt werden kann (vgl. Senat, Urt. v. 5. Dezember 2003, V ZR 341/02, WM 2004, 1601, 1602). Der akzessorische Charakter des Anspruchs wird materiellrechtlich durch den Erklärungsgehalt der abzugebenden Zustimmung sichergestellt; dieser richtet sich nach dem Inhalt des vormerkungsgesicherten Anspruchs (Senat, Urt. v. 14. Juli 2000, V ZR 384/98, NJW 2000, 3496; MünchKomm-BGB/Kohler, 5. Aufl., § 888 Rdn. 13). Ist er - wie hier - auf die Übertragung lastenfreien Eigentums gerichtet, kann der Vormerkungsberechtigte nicht die Zustimmung zu einer sofortigen Löschung des Grundpfandrechts verlangen, sondern nur die Zustimmung dazu, dass das Grundpfandrecht mit der Eintragung des Vormerkungsberechtigten als Eigentümer gelöscht wird (vgl. Senat, Urt. v. 14. Juli 2000, V ZR 384/98, aaO, zu der von einem Zwischenerwerber geschuldeten Zustimmung).

[11] Auf der Ebene des formellen Grundbuchrechts scheidet eine isolierte, d.h. von der Erfüllung des vorgemerkten Anspruchs losgelöste Löschung des Grundpfandrechts durch den Vormerkungsberechtigten daran, dass ihm die nach § 13 GBO erforderliche Antragsbefugnis fehlt (vgl. OLG Düsseldorf Rpfleger 2007, 69; OLG Frankfurt NJW-RR 1996, 1482 f. sowie Staudinger/Gursky, BGB [2008], § 888 Rdn. 49 m.w.N.). Auch deshalb ist es unbedenklich, die Klage nach § 888 BGB vor der Eintragung des Vormerkungsberechtigten als Eigentümer zuzulassen (so zu treffend Assmann, Die Vormerkung, S. 433 f.).

4. Rechtsschutzbedürfnis des Vormerkungsberechtigten

[12] Andererseits kann dem Vormerkungsberechtigten entgegen einer teilweise geäußerten Auffassung

(OLG Rostock NotBZ 2007, 223, 224) nicht das Rechtsschutzbedürfnis für die Durchsetzung des Zustimmungsanspruchs (§ 888 BGB) mit der Begründung abgesprochen werden, als nur mittelbar Betroffenem fehle ihm die nach § 13 GBO erforderliche Antragsberechtigung und damit die Rechtsmacht, den Anspruch aus § 888 Abs. 1 BGB durchzusetzen.

[13] Bei vormerkungswidrigem Rechtserwerb hat der Berechtigte im Normalfall Ansprüche gegen zwei verschiedene Personen: auf Erfüllung des vorgemerkten Anspruchs (hier: auf lastenfreie Übereignung) gegen den Vormerkungsschuldner und auf Zustimmung dazu nach § 888 BGB gegen den Dritten. Beide Ansprüche müssen geltend gemacht werden, um den vorgemerkten Anspruch zu verwirklichen (vgl. Senat, Urst. v. 2. April 1958, V ZR 203/56, BB 1958, 1225). Denn der Umstand, dass die Belastung vormerkungswidrig ist, entbindet den Schuldner nicht von der Verpflichtung zur lastenfreien Eigentumsübertragung (Senat, Urst. v. 5. Dezember 2003, V ZR 341/02, WM 2004, 1601, 1602).

[14] Auch wenn der Vormerkungsberechtigte allein mit dem Urteil gegen den Dritten die Löschung des vormerkungswidrigen Rechts noch nicht erreichen kann, ist die nach § 888 Abs. 1 BGB abzugebende Zustimmung des Dritten für die Verwirklichung des vorgemerkten Anspruchs unverzichtbar. Ist sie erklärt, erfolgt die Löschung des Grundpfandrechts mithilfe des Vormerkungsschuldners. Als Grundstückseigentümer ist er gemäß § 13 GBO zur Stellung des Löschantrags berechtigt. Im Verhältnis zum Vormerkungsberechtigten verpflichtet ihn der gesicherte Anspruch, diesen Antrag - zusammen mit den übrigen zur Verwirklichung des Anspruchs notwendigen Erklärungen und Anträgen - bei dem Grundbuchamt einzureichen; dabei kann der Schuldner von der Möglichkeit des § 16 Abs. 2 GBO Gebrauch machen.

[15] Da die Verwirklichung des vorgemerkten Anspruchs die Mitwirkung sowohl des Anspruchsschuldners als auch des Dritten erfordert, muss der Vormerkungsberechtigte parallel gegen sie vorgehen können, um annähernd gleichzeitig gegen beide einen

vollstreckbaren Titel zu erlangen (vgl. Staudinger/Gursky, BGB [2008], § 888 Rdn. 49). Nach der Rechtsprechung des Senats ist es dem Vormerkungsberechtigten auch möglich, zunächst nur den Dritten und dann den Schuldner des vorgemerkten Anspruchs zu verklagen oder aber die umgekehrte Reihenfolge zu wählen (Senat, BGHZ 54, 56, 62; Senat, Urst. v. 2. April 1958, V ZR 203/56, BB 1958, 1225; Urst. v. 24. Juni 1988, V ZR 51/87, NJW-RR 1988, 1357; MünchKomm-BGB/Kohler, 5. Aufl., § 888 Rdn. 11). Ob er sich gegen eine die Vormerkung vereitelnde oder diese nur beeinträchtigende Verfügung wendet, ist auch hierbei ohne Belang.

III. Zurückverweisung an das Berufungsgericht

[16] Das angefochtene Urteil kann somit keinen Bestand haben; es ist aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Die Sache ist an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 ZPO), weil sie nicht zur Endentscheidung reif ist. Der Beklagte wendet ein, dass der Auflassungsanspruch der Klägerin infolge eines vorrangig vorgemerkten Rückkaufrechts einer Verwaltungsgemeinschaft entweder nicht fällig oder aber bereits erloschen ist. Hierzu hat das Berufungsgericht, von seinem Rechtsstandpunkt aus konsequent, bislang keine Feststellungen getroffen. Das wird nachzuholen sein.

[17] Zugleich ist auf eine sachdienliche, dem akzessorischen Charakter des Anspruchs nach § 888 Abs. 1 BGB Rechnung tragende Antragstellung hinzuwirken (§ 139 Abs. 1 Satz 2 ZPO). Beispielsweise kann die von dem Beklagten abzugebende Bewilligung die Zustimmung zur Löschung der Zwangssicherungshypothek bei Umschreibung des Eigentums auf den Kläger zum Inhalt haben. Dem steht nicht entgegen, dass Eintragungsbewilligungen (zu denen auch Löschungsbewilligungen zählen) grundsätzlich bedingungsfeindlich sind und vorbehaltlos erklärt werden müssen. Denn die Bewilligung nach § 19 GBO kann unter dem Vorbehalt abgegeben werden, dass eine andere Eintragung erfolgt (vgl. Demharter, GBO, 27. Aufl., § 16 Rdn. 15 m.w.N.).

Standort: Vertragsrecht

Problem: Angebot

AG MÜNCHEN, URTEIL VOM 04.02.2010
281 C 27753/09 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Die Bekl. betreibt einen Internetversandhandel und hatte in ihrem Onlineshop Handumreifungsgeräte zum Preis von je 129 € offeriert. Der Kl. bestellte insgesamt acht Geräte. Die Bekl. übersandte daraufhin eine Bestellbestätigung, lieferte jedoch lediglich die Akkus für die Geräte. Später stellte sie dem Kl. eine Rech-

nung.

Sie meint, dass ein wirksamer Vertrag über Handumreifungsgeräte nicht zustande gekommen ist. Die Bestellung des Klägers könne nur so verstanden werden, als habe dieser Akkus bestellen wollen. Denn der Preis von 129 € stehe in keinem realistischen Verhältnis zum Warenwert - der Preis für ein Handumreifungsgerät betrage 1.250 €.

Der Kl. verlangt Lieferung der Geräte. Das AG hat die Klage abgewiesen.

Prüfungsrelevanz:

Nicht selten verlagert der Sachverhalt einer Examenklausur den Vertragsschluss in den Bereich elektronischer Medien. Zwar sind auch hier die allgemeinen Regeln zur Beurteilung von Willenserklärungen anwendbar, doch muss den besonderen Umständen des Online-Geschäfts Rechnung getragen werden, wie die vorliegende Entscheidung zeigt:

Allein das Offerieren von Ware in einem Online-Shop stellt noch kein Angebot i.S.d. §§ 145 ff. BGB, sondern eine *invitatio ad offerendum* dar (so auch Palandt/Heinrichs, § 145 Rn. 2; allerdings nicht zu verwechseln mit Online-Auktionshäusern, die bereits durch AGB festlegen, dass der Internet-Text als Angebot gilt, vgl. BGH, NJW 2002, 363). Das erkennende Gericht geht hier mit der allgemeinen Ansicht konform, wonach Bestellaufforderungen im Fernabsatz im Zweifel als *invitatio* auszulegen sind (vgl. auch Palandt/Heinrichs, § 312 b Rn. 4). Das Angebot war folglich erst durch die Bestellung des Kl. abgegeben worden.

Jedoch hatte die Bekl. dieses Angebot nicht angenommen.

Eine (ausdrückliche) Annahme lag nicht in der Versendung der Bestellbestätigung, denn diese kann nach dem objektiven Empfängerhorizont nur als Bestätigung des Eingangs der Bestellung, nicht aber als deren Annahme ausgelegt werden.

Eine (konkludente) Annahme - die freilich in der Versendung von Ware gesehen werden kann - war hier ebenfalls nicht feststellbar, da die Bekl. nicht die vom Kl. bestellte Ware, sondern bloß die Akkus lieferte. Dies ist als neues Angebot an den Kl. zu werten (vgl. § 150 II BGB), welches von diesem aber nicht angenommen wurde.

Auch die Versendung der Rechnung kann aus dem objektiven Empfängerhorizont nicht als Annahme verstanden werden, da der Kl. im Zeitpunkt der Rechnungsstellung bereits wusste, dass die Bekl. sich nur auf die gelieferten Akkus bezieht.

Insgesamt war daher kein wirksamer Vertrag zustande gekommen, so dass der Kl. auch keine Lieferung gem. § 433 I 1 BGB verlangen konnte. Für die Bearbeitung entsprechender Aufgabenstellungen in Klausuren kann nur geraten werden, die gegebene Konstellation mit höchster Aufmerksamkeit zu untersuchen und die Frage nach dem Vertragsschluss einzelfallbezogen zu beurteilen. Jedenfalls darf nicht ohne weiteres die aus den ebay-Entscheidungen des BGH bekannte Rechtsprechung auf jeglichen Vertragsschluss im Internet übertragen werden.

Vertiefungshinweise:

□ Vertragsschluss im Internet: *OLGR Koblenz*, 2009,

398 (Bindung an Angebot); *OLGR Köln*, 2007, 565 (Wirksamer Kaufvertrag bei niedrigem Höchstgebot)

Kursprogramm:

□ *Examenskurs*: "Das Versehen"

□ *Examenskurs*: "Pizzakauf"

□ *Examenskurs*: "Die Internetauktion"

Leitsatz (der Redaktion):

Das Offerieren von Ware in einem Onlineshop stellt regelmäßig kein Angebot i.S.d. §§ 145 ff. BGB, sondern eine invitatio ad offerendum dar, da - wie bei einer Auslage im Schaufenster - die Gefahr der Mehrfachverpflichtung des Verkäufers besteht.

Sachverhalt:

Die Beklagte betreibt einen Internetversandhandel. In ihrem Internetshop offerierte sie ein Handumreifungsgerät zum Preis von 129 Euro netto. Der Kläger bestellte am 14.04.09 zwei Geräte und am 15.04.09 sechs weitere Geräte. Die Beklagte übersandte jeweils am gleichen Tag Bestellbestätigungen. Die Beklagte lieferte nicht die Geräte, sondern Ersatzakkus für die Geräte. Der Kläger nahm mit der Beklagten Kontakt auf und forderte Lieferung der Geräte. Die Beklagte reagierte mit dem Schreiben, in dem sie mitteilt, der Kläger habe Ersatzakkus bestellt. Der Kläger erhielt Rechnungen für die nicht gelieferten Geräte. Der Kläger ließ die Beklagte mit anwaltlichen Schreiben vom 27.04.09 zur Lieferung der Geräte auffordern. Mit Schreiben vom 30.04.09 ließ die Beklagte mit anwaltlichen Schreiben erklären, dass die Geräte nicht geliefert werden und dass ein Rücktritt erklärt wird, da der im Internet ausgewiesene Preis für ein Gerät in keinem Verhältnis zum realistischen Warenwert stehe.

Der Kläger meint, er habe einen Anspruch auf Lieferung gemäß § 433 I 1 BGB gegen Zahlung des ursprünglich vereinbarten Kaufpreises.

Die Beklagtenpartei meint, ein wirksamer Vertrag sei nicht zustande gekommen. Sollte ein Vertrag zustande gekommen sein, sei dieser rückabgewickelt worden. Die Beklagte sei der Meinung gewesen, der Kläger wolle Ersatzakkus für das Handumreifungsgerät bestellen. Der Preis für das Gerät betrage 1.250 Euro.

Aus den Gründen:

Die zulässige Klage ist unbegründet.

A. *Kein Angebot durch Offerte im Onlineshop der Bekl.*

[11] Die Klagepartei begehrt Erfüllung eines vertraglichen Anspruchs, trägt aber nicht ausreichend zum Vertrag vor, worauf sie hingewiesen wurde.

[12] Ein Vertrag erfordert zwei Willenserklärungen,

Angebot und Annahme. Das Offerieren der Ware auf der Homepage eines Internetshops entspricht dem Auslegen von Waren im Supermarktregal und stellt noch kein Angebot, sondern eine *invitatio ad offerendum*, also die Aufforderung an jedermann, ein Angebot zu machen, dar.

B. Angebot durch Bestellung des Kl.

[13] Das Angebot liegt in der Bestellung des Klägers.

C. Jedoch keine Annahme des Angebots

[14] Der Kläger trägt aber nicht vor, dass die Beklagte dieses Angebot angenommen hätte. Die Beklagte übersandte Bestellbestätigungen. Diese können aber nach dem objektiven Empfängerhorizont nicht als Annahme ausgelegt werden, da sie nach ihrem Inhalt nur den Eingang der Bestellung bestätigen, aber noch nichts darüber aussagen, ob die Bestellung angenommen wird.

[15] Im Übersenden der Ware kann grundsätzlich eine Annahme liegen, aber nur, wenn die bestellte Ware übersandt wird. Der Kläger wollte Geräte kaufen und die Beklagte wollte stattdessen Akkus für diese Geräte verkaufen. Es liegen keine gleichlautenden Willenserklärungen vor. Die Art der verkauften Ware ist ein wesentliches Element eines Kaufvertrags und solange hierüber keine Einigung vorliegt, ist der Vertrag gemäß § 154 BGB im Zweifel noch nicht geschlossen. Die Handlung der Beklagten, Akkus zu versenden, kann nach dem objektiven Empfängerhorizont auch nicht als Erklärung ausgelegt werden, Geräte verkaufen zu wollen. Vielmehr wurde durch die Versendung der Akkus deutlich erklärt, dass die Beklagte nur Akkus verkaufen will. Die Versendung der Akkus war ein Angebot der Beklagten an den Kläger, ihm Akkus

zu verkaufen, welches wiederum der Kläger nicht angenommen hat.

[16] Auch die Versendung von Rechnungen stellt keine Annahmeerklärung dar, da der Kläger zu diesem Zeitpunkt aufgrund der vorangegangenen Lieferung schon wusste, dass die Beklagte Akkus meint auch wenn sie auf den Rechnungen weiterhin fälschlicherweise die Geräte nannte. Die Rechnungen nehmen Bezug auf die Lieferungen, aber geliefert wurden nur Akkus.

[17] Mangels Vertragsschluss kommt es auf die allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht an.

[18] Selbst wenn man die Frage des Vertragsschlusses anders sehen sollte, wäre zu berücksichtigen, dass durch die Kontaktaufnahme von Seiten des Klägers der Auszeichnungsrirtum offenbar wurde. Wie sich aus der Anlage K 6 ergibt, hat die Beklagte dem Kläger mitgeteilt, dass sie nicht bereit ist, Handumreifungsgeräte zum Preis von Akkus zu liefern, sondern diese nur zum Preis von 1.250 Euro liefern würde. Diese Erklärung enthält eine konkludente Anfechtung wegen eines Erklärungsirrtums, was gemäß § 119 I BGB möglich ist. Die Beklagte hat zu erkennen gegeben, dass sie nicht erklären wollte, sie sei bereit, die Geräte zum Akkupreis zu verkaufen. Die Anlage K 6 enthält zwar kein Datum, aber aufgrund der vom Kläger vorgetragenen zeitlichen Schilderung war diese noch vor dem Schreiben des Klägervertreters vom 27.04.09, also jedenfalls binnen zwei Wochen nach der Bestellung und damit jedenfalls binnen zwei Wochen ab Erkennen des Irrtums, also unverzüglich nach § 121 I BGB. Selbst wenn man zu einem wirksamen Vertragsschluss käme, läge jedenfalls eine wirksame Anfechtung vor.

Standort: Mietrecht

Problem: Schadensersatz

BGH, URTEIL VOM 21.07.2010
XII ZR 189/08 (BECKRS 2010, 19959)

Problemdarstellung:

Die Kl. war Angestellte der F-GmbH, die mittlerweile den Geschäftsbetrieb eingestellt hat. Die F-GmbH hatte seinerzeit Geschäftsräume von der Bekl. gemietet, in denen auch die Kl. ihrer Arbeit nachging. § 6 des Formularmietvertrages war mit "Aufrechnung, Zurückbehaltung" überschrieben. Die Klausel bestimmte in Nr. 2 u.a.: "Ersatzansprüche nach § 536 a BGB sind ausgeschlossen, es sei denn, der Vermieter hat vorsätzlich oder grob fahrlässig gehandelt."

Im August 1996 löste sich der in Kippstellung befindliche Fensterflügel im Arbeitszimmer der Kl. aus dem Rahmen, traf diese auf den Hinterkopf und verletzte sie erheblich. Mit der im August 1999 eingegangenen

Klage hat die Kl. Feststellung einer Schadensersatzpflicht der Bekl. begehrt. Das Landgericht und das Oberlandesgericht haben die Klage abgewiesen. Die Revision hat Erfolg.

Prüfungsrelevanz:

Die Examensrelevanz des Mietrechts kann nicht häufig genug betont werden - das zeigt z.B. die Z II-Klausur des ersten Staatsexamens im August in NRW (vgl. auch BGH, RA 2010, 430 = WuM 2010, 476, zur Frage der Wirksamkeit einer sog. Fachhandwerkerklausel), die als reine Mietrechtsklausur konzipiert war.

Die vorliegende Entscheidung eignet sich zur Vorlage für eine Klausur, da - wie fast immer - eine Klauselkontrolle nach §§ 305 ff. BGB vorzunehmen ist und außerdem die Grundsätze des Vertrags mit Schutzwirkungen zugunsten Dritter angewendet werden müssen:

Ein Schadensersatzanspruch der Kl. aus § 536 a BGB kam nämlich nur in Betracht, wenn diese in den zwischen ihrer Arbeitgeberin (F-GmbH) und der Vermieterin (Bekl.) geschlossenen Mietvertrag wirksam einbezogen worden ist (Voraussetzungen: Leistungsnähe des Dritten; Gläubigerinteresse am Schutz des Dritten; Erkennbarkeit; Schutzbedürftigkeit). Dies ist bei Mietverträgen regelmäßig unproblematisch und wird hier vom Senat nach kursorischer Prüfung bejaht.

Der nach § 536 a BGB erforderliche Mangel (§ 536 BGB) lag ebenfalls vor, da die fehlerhafte Fensterkonstruktion Auswirkungen auf den konkreten Mietgebrauch hatte.

Das Erfordernis des Verschuldens richtet sich bei § 536 a BGB danach, ob der Mangel bereits bei Vertragsschluss oder erst danach auftrat. Im ersten Fall haftet der Vermieter verschuldensunabhängig - es handelt sich also um einen seltenen Fall der Garantiehaftung -, im zweiten Fall kommt es auf das Verschulden an. Der Senat stellt anschaulich heraus, dass die Abgrenzung zwischen einem anfänglichen und einem nachträglichen Mangel Schwierigkeiten bereitet, wenn - wie hier - ein Bauteil der Mieträume erst später funktionsuntüchtig geworden ist. Als Merkregel formuliert der Senat: "Anfänglich ist ein Mangel (...) dann, wenn sich die Schadensursache in die Zeit vor Vertragsschluss zurückverfolgen lässt" (Rn. 15 d. Urteils). Liegt - wie hier - ein Konstruktionsfehler vor, muss es sich um einen anfänglichen Mangel handeln. Denn die Fehlerhaftigkeit ist nicht durch den Gebrauch oder durch Verschleiß bedingt, sondern auf die ursprüngliche fehlerhafte Konstruktion zurückzuführen. Auf ein Verschulden der Bekl. kam es daher nicht an.

Schließlich war die Haftung der Bekl. auch nicht gem. § 6 des Formularmietvertrages (i.V.m. § 334 BGB analog) ausgeschlossen. Zwar ist in der Rechtsprechung anerkannt, dass die Garantiehaftung des § 536 a I 1. Fall BGB durch AGB abbedungen werden kann (BGH, NJW 2002, 3232 [3233]; NJW-RR 1993, 519 [520]; NJW-RR 1991, 74 [75]). Doch ergab sich aus der systematischen Stellung der Klausel im Gesamtwerk ein Überraschungsmoment gem. § 305 c BGB, so dass die Klausel nicht Vertragsbestandteil geworden ist. Denn unter der Überschrift "Aufrechnung, Zurückbehaltung" muss der Mieter nicht damit rechnen, dass seine aus § 536 a BGB folgenden Ersatzansprüche ausgeschlossen werden.

Vertiefungshinweise:

□ Überraschende Klauseln in Mietverträgen: BGH, NJW 2010, 671; OLG Frankfurt am Main, ZMR 2008, 787 (Vorinstanz).

□ Abgrenzung anfängliche, nachträgliche Mängel: BGH, NJW 1968, 885; BGH, NJW 1972, 944; BverfG, NJW-RR 1999, 519.

□ Ausschluss der Garantiehaftung des § 536 a BGB in AGB: BGH, NJW 2002, 3232; BGH, NJW-RR 1993, 519; BGH, NJW-RR 1991, 74.

Kursprogramm:

□ Examenskurs: "Keine Lust auf Schönheitsreparaturen"

□ Examenskurs: "Geschäftshaus"

Leitsätze:

1. War ein Bauteil der Mietsache aufgrund seiner fehlerhaften Beschaffenheit bei Vertragsschluss bereits in diesem Zeitpunkt für ihren Zweck ungeeignet und damit unzuverlässig, liegt ein anfänglicher Mangel der Mietsache vor.

2. Auch dritte, an einem Mietvertrag nicht unmittelbar beteiligte Personen können in den Schutzbereich des Vertrages einbezogen werden. Ihnen gegenüber ist der Schuldner zwar nicht zur Leistung, wohl aber unter Umständen zum Schadensersatz verpflichtet (im Anschluss an BGHZ 49, 350).

3. Ein Überraschungseffekt im Sinne von § 305 c BGB kann sich aus der Stellung der Klausel im Gesamtwerk der allgemeinen Geschäftsbedingungen ergeben. Das ist etwa der Fall, wenn sie in einem systematischen Zusammenhang steht, in dem der Vertragspartner sie nicht zu erwarten braucht (im Anschluss an das Senatsurteil vom 9. Dezember 2009 - XII ZR 109/08 - NJW 2010, 671).

Sachverhalt (vereinfacht):

Die Kl. war Angestellte der F-GmbH, die mittlerweile den Geschäftsbetrieb eingestellt hat. Die F-GmbH hatte seinerzeit Geschäftsräume von der Bekl. gemietet, in denen auch die Kl. ihrer Arbeit nachging. § 6 des Formularmietvertrages war mit "Aufrechnung, Zurückbehaltung" überschrieben. Die Klausel bestimmte in Nr. 2: "2. Zurückbehaltung und Aufrechnung wegen Ansprüchen aus einem anderen Schuldverhältnis sind ausgeschlossen, es sei denn, es handele sich um unbestrittene oder rechtskräftig festgestellte Forderungen. Ersatzansprüche nach § 538 BGB [Anm.: jetzt § 536 a I 1. Fall BGB] sind ausgeschlossen, es sei denn, der Vermieter hat vorsätzlich oder grob fahrlässig gehandelt. Gleiches gilt für Schadensersatzansprüche des Mieters bei nicht rechtzeitiger Freimachung oder Fertigstellung der Mietsache."

Im August 1996 löste sich der in Kippstellung befindliche Fensterflügel im Arbeitszimmer der Kl. aus dem Rahmen, traf diese auf den Hinterkopf und verletzte sie erheblich. Mit der im August 1999 eingegangenen Klage hat die Kl. Feststellung einer Schadensersatzpflicht der Bekl. begehrt. Das Landgericht und das Oberlandesgericht haben die Klage abgewiesen.

Aus den Gründen:

[6] Die Revision hat Erfolg (...).

A. Ausführungen des Berufungsgerichts

[7] Das Oberlandesgericht, dessen Entscheidung in ZMR 2008, 787 veröffentlicht ist, hat die Berufung der Klägerin gegen das klagabweisende Urteil hinsichtlich der Beklagten zu 4 als Vermieterin der Gewerberäume zurückgewiesen (...).

[8] Die Klage gegen die Beklagte zu 4 habe das Landgericht allerdings zu Recht abgewiesen. Zwar sei ein Anspruch der Klägerin gegen die Beklagte zu 4 aus § 538 Abs. 1 BGB a.F. durchaus zu erwägen. Die Klägerin sei zwar nicht selbst Partei des Mietvertrages, jedoch in den Schutzbereich des von ihrer Arbeitgeberin mit der Beklagten zu 4 am 8. Dezember 1992 abgeschlossenen Mietvertrages mit einbezogen worden. Die Haftung der Beklagten zu 4 sei allerdings in § 6 Nr. 2 des Mietvertrages wirksam auf die hier unzweifelhaft nicht vorliegenden Fälle vorsätzlichen oder grob fahrlässigen Handels des Vermieters beschränkt worden. Die Haftung des Vermieters nach § 538 BGB a. F. könne grundsätzlich vertraglich ausgeschlossen oder begrenzt werden und zwar auch durch Formularvertrag wegen Mängeln der Mietsache, die nicht vorsätzlich oder grob fahrlässig herbeigeführt seien. Der vorliegende Haftungsausschluss für fahrlässiges Handeln des Vermieters sei im Gewerberaummietrecht zulässig. Zwar habe der Bundesgerichtshof für die Wohnraummiete einen Haftungsausschluss für leichte Fahrlässigkeit für unwirksam erachtet, wenn es sich um die Verletzung vertragswesentlicher Pflichten, also um Kardinalpflichten des Vermieters handele, auf deren Erfüllung der Mieter angewiesen sei. Das sei der Fall, wenn sich der Mieter von diesem Schadensrisiko nicht durch Abschluss eines allgemein angebotenen Versicherungsvertrages schützen könne. Davon könne bei Wohnraummietverträgen, nicht aber bei Gewerberaummietverträgen ausgegangen werden. Eine Unwirksamkeit des Haftungsausschlusses in § 6 Nr. 2 Satz 2 des Mietvertrages ergebe sich auch nicht aus einer Verletzung des in § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB geregelten Transparenzgebots. Die mietvertragliche Ausschlussklausel sei hinreichend klar und verständlich formuliert. Die von der Klägerin in Bezug genommene Rechtsprechung zu Klauseln, in denen auf gesetzliche Vorschriften Bezug genommen werde, ohne diese in ihrem Inhalt zu beschreiben, sei nicht einschlägig. Die Klausel sei nicht einschränkend auf materielle Folgeschäden unter Ausschluss von Gesundheitsschäden auszulegen.

[9] Eine Haftung der Beklagten zu 4 aus § 836 Abs. 1 BGB scheitere daran, dass sie den ihr gemäß § 836 Abs. 1 Satz 2 BGB obliegenden Entlastungsbeweis geführt habe. Sie habe die zur Abwendung der Gefahr im Verkehr erforderliche Sorgfalt beachtet (...).

B. Entscheidung des BGH

[10] Diese Ausführungen des Berufungsgerichts halten der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

I. Schadensersatz gem. § 536 a I BGB

[11] Auf der Grundlage der Feststellungen des Berufungsgerichts ist die Beklagte zu 4 der Klägerin gemäß § 538 Abs. 1 1. Alt. BGB a.F. (jetzt § 536 a Abs.1 1. Alt. BGB) für den Schaden aus dem Unfallgeschehen vom 15. August 1996 ersatzpflichtig.

1. Mangel gem. § 536 I BGB = Konstruktionsfehler

[13] Die Fenster in den gemieteten Gewerberäumen waren mit einem Konstruktionsfehler behaftet, der eine Abweichung der Istbeschaffenheit von der vertraglich vorgesehenen Sollbeschaffenheit und somit einen Fehler der Mietsache begründet. Indem der Beschlagbolzen des Fensterflügels durch einen Konstruktionsfehler nicht hinreichend gegen ein Herausdrehen gesichert war, war diese Sollbeschaffenheit nicht sicher gestellt. Weil sich der Fehler des Beschlagbolzens auf die Belüftung der Büroräume und somit auf den konkreten Mietgebrauch auswirkte, begründete er einen Mangel der Mietsache im Sinne des § 538 Abs.1 BGB a.F. (vgl. Senatsurteil vom 15. Oktober 2008 - XII ZR 1/07 - NJW 2009, 664 Tz. 18 ff.).

2. Anfänglicher Mangel

[14] Der Mangel der Mietsache war bereits bei Fertigstellung und Übergabe der Mietsache sowie bei Abschluss des Mietvertrages vorhanden. Damit handelt es sich um einen anfänglichen Mangel im Sinne des § 538 Abs. 1 1. Alt. BGB a.F., der eine Garantiehaftung des Vermieters auslöst. Entscheidend für die Einstufung als anfänglicher Mangel ist nicht, wann durch den vorhandenen Mangel ein Schaden entstanden ist, sondern ob der Mangel selbst bereits bei Vertragsabschluss vorhanden war. Das ist auch dann der Fall, wenn der Mangel und die daraus folgende Gefahr der Mieterin bei Vertragsabschluss noch nicht bekannt waren (RGZ 81, 200, 202). Die Abgrenzung zwischen der auf einem anfänglichen Mangel beruhenden Garantiehaftung und der verschuldensabhängigen Haftung aufgrund eines nachträglich entstandenen Mangels kann allerdings schwierig sein, wenn - wie hier - ein Bauteil der Mieträume erst später funktionsuntüchtig geworden ist. Beruht dies allein auf Alterungs- oder Verschleißprozessen, entsteht der Mangel erst später mit dem Verschleiß. Nicht jedes später funktionsuntüchtig werdende Bauteil kann also bereits als im Zeitpunkt des Vertragsschlusses latent mangelhaft angesehen werden. War ein Bauteil aufgrund seiner fehlerhaften Beschaffenheit bei Vertragsabschluss allerdings bereits in diesem Zeitpunkt für die Gebrauchstauglichkeit der Mietsache ungeeignet und damit unzuverlässig, liegt ein anfänglicher Mangel vor (Hübner/ Griesbach/Schreiber in Lindner-Figura/Oprée/Stellmann

Geschäftsraummiete 2. Aufl. Kap. 14 Rdn. 316; Staudinger/Emmerich BGB [2006] § 536 a Rdn. 3, 8; BGH Urteil vom 27. März 1972 - VIII ZR 177/70 - NJW 1972, 944, 945; BVerfG NJW-RR 1999, 519, 520).

[15] Anfänglich ist ein Mangel also dann, wenn sich die Schadensursache in die Zeit vor Vertragsschluss zurückverfolgen lässt. Ein Baufehler ist auch dann ein anfänglicher Mangel, wenn er den Mietgebrauch erst später konkret beeinträchtigt oder für einen Schaden des Mieters ursächlich wird (vgl. BGH Urteil vom 22. Januar 1968 - VIII ZR 195/65 - NJW 1968, 885, 886; Wolf/Eckert/Ball Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts 10. Aufl. Rdn. 332; Bub/Treier/Kraemer Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete 3. Aufl. Kap. III Rdn. 1380). Ausreichend ist mithin, wenn bei Vertragsschluss die Gefahrenquelle vorhanden war oder die Schadensursache vorlag (Schmidt-Futterer/Eisenschmid Mietrecht 9. Aufl. § 536 a Rdn. 7). Wenn der Mieter bei Kenntnis des Zustands der Mietsache von dem Vermieter Abhilfe verlangen könnte, liegt bereits in diesem Zeitpunkt ein Mangel vor.

[16] Danach lag im vorliegenden Fall ein anfänglicher Mangel vor, weil das spätere Schadensereignis und die Verletzung der Klägerin auf einen Konstruktionsmangel zurückzuführen sind, der dem Beschlag des Fensterflügels schon bei Vertragsschluss anhaftete. Das Schadensereignis ist nicht etwa auf bloßen Verschleiß zurückzuführen, sondern darauf, dass die Konstruktion zwangsläufig zu dem späteren Schaden führte und lediglich der Schadenseintritt noch ungewiss war. Insofern unterscheidet sich der Fall von dem der Entscheidung des BGH vom 26. März 1957 (VIII ZR 6/56 - LM Nr. 3 zu § 538 BGB) zugrunde liegenden Fall. Dort lag allein durch die unzweckmäßige Verlegung der Wasserleitung für sich genommen noch kein Mangel vor.

3. Kein Verschulden erforderlich

[17] Weil der Schadensersatzanspruch somit auf der Garantiehafung der Vermieterin aus § 538 Abs. 1 1. Alt. BGB a.F. beruht, kommt es nicht darauf an, ob die Beklagte zu 4 auch ein Verschulden an dem Mangel der Mietsache trifft.

4. Anspruchsberechtigung der Kl. aufgrund der Einbeziehung in den Mietvertrag

[18] Der Klägerin steht ein Anspruch auf Schadensersatz nach § 538 Abs. 1 BGB a.F. zu, obwohl sie selbst nicht Mieterin der Gewerberäume der Beklagten zu 4 ist. Denn sie ist als Angestellte der Mieterin in den Schutzbereich des Mietvertrages mit der Beklagten zu 4 einbezogen.

a) Anforderungen an Einbeziehung

[19] In der Rechtsprechung ist anerkannt, dass auch

dritte, an einem Vertrag nicht unmittelbar beteiligte Personen in den Schutzbereich des Vertrages einbezogen werden können. Ihnen gegenüber ist der Schuldner zwar nicht zur Leistung, wohl aber unter Umständen zum Schadensersatz verpflichtet. Zu den Verträgen mit Schutzwirkung für Dritte gehört insbesondere auch der Mietvertrag (BGHZ 49, 350, 353 = WM 1968, 438, 439 m.w.N.). Die Einbeziehung Dritter in die Schutzwirkung eines Vertrages beruht darauf, dass die dritte Person

wie der Mieter selbst mit der Leistung des Vermieters in Berührung kommt, also eine gewisse Leistungsnähe vorliegt. Weiter ist erforderlich, dass der Mieter der dritten Person etwa aufgrund eines Arbeitsverhältnisses Schutz und Fürsorge zu gewährleisten hat, was ein Einbeziehungsinteresse des Dritten begründet und dies für den Vermieter erkennbar ist. Dann entspricht es Sinn und Zweck des Vertrages sowie Treu und Glauben, dass dem Dritten der Schutz des Vertrages in gleicher Weise zugute kommt wie dem Gläubiger selbst (BGHZ 49, 350, 353 f. = NJW 1968, 885, 887; Schmidt-Futterer/Eisenschmid aaO § 536 a Rdn. 77).

b) Subsumtion

[20] Auf der Grundlage dieser ständigen Rechtsprechung ist die Klägerin in den Schutzbereich des Vertrages ihrer Arbeitgeberin mit der Beklagten zu 4 einbezogen. Als Arbeitnehmerin hatte sie zu den angemieteten Büroräumen eine ebenso starke Leistungsnähe wie die Vermieterin selbst. Die Mieterin ist ihr aufgrund des Dienstverhältnisses zu Schutz und Fürsorge verpflichtet, was ein Interesse an der Einbeziehung der Klägerin in die Schutzwirkungen des Vertrages begründet. Schadensersatzansprüche nach § 538 Abs. 1 BGB a.F. stehen somit auch der Klägerin persönlich zu.

II. Kein Ausschluss

[21] Die Garantiehafung der Beklagten zu 4 aus § 538 Abs. 1 1. Alt. BGB a.F. ist entgegen der Rechtsauffassung des Berufungsgerichts nicht wirksam vertraglich ausgeschlossen worden.

[22] Der im Vertrag zwischen der Beklagten zu 4 und der Arbeitgeberin der Klägerin vereinbarte - grundsätzlich zulässige - Haftungsausschluss scheidet hier bereits an § 3 AGBG a.F. (jetzt § 305 c BGB).

[24] Die grundsätzlich zulässige Abänderung dispositiver gesetzlicher Regelungen durch allgemeine Geschäftsbedingungen findet ihre Grenzen in den Vorschriften des früheren AGB-Gesetzes (jetzt §§ 305 ff. BGB). Zwar sind die Klauselverbote der §§ 10, 11 AGBG a.F. (jetzt §§ 308, 309 BGB) nach § 24 Satz 1 AGBG a.F. (jetzt § 310 Abs. 1 Satz 1 BGB) nicht anwendbar, wenn sie im Rahmen eines gewerblichen Mietvertrages gegenüber einem Unternehmer verwendet werden. Auch in solchen Fällen kann die Inhalt-

skontrolle nach § 9 AGBG a.F. (jetzt § 307 BGB) allerdings zur Unwirksamkeit einer allgemeinen Geschäftsbedingung führen, insbesondere wenn sich die Regelung noch weiter als im Rahmen der mietrechtlichen Praxis erforderlich vom gesetzlichen Leitbild entfernt und zu einer unangemessenen Verschärfung der vertraglichen Pflichten zu Lasten des Mieters führt oder wenn ein Verstoß gegen das Transparenzgebot des § 9 AGBG a.F. (vgl. Ulmer/Brandner/Hensen AGB-Gesetz 9. Aufl. § 9 Rdn. 87 ff.; jetzt § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB) vorliegt. Außerdem müssen sich allgemeine Geschäftsbedingungen an § 3 AGBG a.F. (jetzt § 305 c BGB) messen lassen, wonach überraschende oder mehrdeutige Klauseln nicht Vertragsbestandteil werden. Die nach den Feststellungen des Berufungsgerichts vorliegende Formularvereinbarung verstößt gegen diese Vorschriften.

1. Überraschende Klausel i.S.v. § 305 c I BGB

[25] Eine Klausel in allgemeinen Geschäftsbedingungen ist überraschend im Sinne von § 3 AGBG a.F. (jetzt § 305 c Abs. 1 BGB), wenn sie nach ihrem Inhalt oder nach den Umständen, insbesondere nach dem äußeren Erscheinungsbild des Vertrages, so ungewöhnlich ist, dass der Vertragspartner des Verwenders nicht mit ihr zu rechnen brauchte.

a) Ausschluss der Garantiehaftung nicht überraschend

[26] Der Ausschluss der Garantiehaftung für anfängliche Mängel der Mietsache ändert zwar die gesetzlich in § 538 Abs. 1 1. Alt. BGB a.F. vorgegebene Rechtslage ab. Eine solche vertragliche Vereinbarung ist aber - wie auch der Rechtsprechung des Senats zu entnehmen ist - durchaus gebräuchlich und nicht ungewöhnlich. Der Bundesgerichtshof und auch der Senat haben wiederholt über die Wirksamkeit allgemeiner Geschäftsbedingungen mit Ausschluss der Garantiehaftung für anfängliche Mängel der Mietsache entschieden (Senatsurteile vom 3. Juli 2002 - XII ZR 327/00 - NJW 2002, 3232, 3233; vom 27. Januar 1993 - XI ZR 141/91 - NJW-RR 1993, 519, 520 und vom 4. Oktober 1990 - XII ZR 46/90 - NJW-RR 1991, 74, 75). Die Arbeitgeberin der Klägerin als Mieterin musste folglich bei Abschluss des Vertrages auch mit einer sol-

chen Klausel rechnen, was der in den Schutzbereich des Mietvertrages einbezogenen Klägerin zuzurechnen ist.

b) Überraschendes Moment durch Stellung der Klausel im Gesamtwerk der AGB

[27] Ein Überraschungseffekt im Sinne von § 3 AGBG a.F. (jetzt § 305 c BGB) kann sich aber auch aus der Stellung der Klausel im Gesamtwerk der allgemeinen Geschäftsbedingungen ergeben. Dabei kommt es allerdings nicht darauf an, an welcher Stelle des Klauselwerks die entsprechende Klausel steht, weil alle Bestimmungen grundsätzlich gleich bedeutsam sind und nicht durch die Platzierung einer Vorschrift im Klauselwerk auf deren Bedeutung geschlossen werden kann. Aus der Stellung der Klausel kann sich ein Überraschungseffekt vielmehr dann ergeben, wenn diese in einem systematischen Zusammenhang steht, in dem der Vertragspartner sie nicht zu erwarten braucht (Senatsurteil vom 9. Dezember 2009 - XII ZR 109/08 - NJW 2010, 671 Tz. 16 f.). Das ist hier allerdings der Fall. Der Ausschluss der Garantiehaftung für anfängliche Mängel ist in § 6 Nr. 2 des Formularmietvertrages geregelt, der mit "§ 6 Aufrechnung, Zurückbehaltung" überschrieben ist. In Nummer 1 der Vorschrift ist eine Mietminderung für vorhandene Mängel ausgeschlossen und das Recht der Mieterin zur Aufrechnung und Zurückbehaltung des Mietzinses geregelt. Nummer 2 der Vorschrift schränkt ergänzend auch das Zurückbehaltungsrecht und die Aufrechnung mit streitigen und noch nicht rechtskräftig festgestellten Forderungen aus einem anderen Rechtsverhältnis ein. Innerhalb dieses Regelungszusammenhangs sind sodann auch "Ersatzansprüche nach § 538 BGB" a.F. ausgeschlossen. Diese Stellung ist so ungewöhnlich, dass die Mieterin als Vertragspartnerin des Verwenders der AGB nicht damit rechnen musste. Nach § 305 c Abs. 1 BGB ist die Vorschrift deswegen nicht Vertragsbestandteil geworden.

2. Weitere Prüfung

[28] Ob die genannte Klausel auch der Inhaltskontrolle des § 9 AGBG (jetzt § 307 BGB) standhält, kann deswegen dahinstehen.

Standort: ZPO**Problem: Schadensschätzung nach "kalter Räumung"**

BGH, URTEIL VOM 14.07.2010
VIII ZR 45/09 (WuM 2010, 578)

Problemdarstellung:

Der Kl. war Mieter einer Wohnung der Bekl. Ab dem 19.02.2005 war er für mehrere Monate mit unbekanntem Aufenthalt ortsabwesend. Nachdem die Mietzahlungen für die Monate März und April 2005 ausblieben kündigte die Bekl. das Mietverhältnis gem. § 543 II Nr. 3 a) BGB fristlos durch Einwurf des Kündigungsschreibens in den Wohnungsbriefkasten des Kl. Eine Räumungsklage erhob sie nicht. Am 19.05.2005 nahm die Bekl. die Wohnung in Besitz, entsorgte einen Großteil der Wohnungseinrichtung und lagerte die nicht entsorgten Gegenstände ein. Der Kl. verlangt Schadensersatz für abhanden gekommene, beschädigte oder verschmutzte Gegenstände in Höhe von 61.812,65 €.

Das Amtsgericht hat die eigenmächtige Räumung durch die Bekl. als rechtswidrig angesehen, den geltend gemachten Schaden zum überwiegenden Teil jedoch nicht für ausreichend dargelegt erachtet. Unter Klageabweisung im Übrigen hat es dem Kl. einen Betrag von 130,70 € zuerkannt.

Prüfungsrelevanz:

Nur auf den ersten Blick handelt es sich bei der vorliegenden Entscheidung um eine mietrechtliche Problematik: Denn unproblematisch war die Frage, ob die bekl. Vermieterin dem Grunde nach für die Entsorgung bzw. Beschädigung der Gegenstände haftet. Die nicht durch einen Räumungstitel gedeckte, eigenmächtige Inbesitznahme stellt eine verbotene Eigenmacht gem. § 858 I BGB dar. So bejahen die Instanzgerichte und der Senat übereinstimmend eine Ersatzpflicht der Bekl. aus § 280 I; § 823 I BGB (in Bezug auf den Besitz) und § 823 II i.V.m. § 858 I BGB. Der Senat erlaubt sich darüber hinaus den Hinweis, dass eine unerlaubte Selbsthilfe gem. § 229 BGB vorlag, die zu einer verschuldensunabhängigen Ersatzpflicht der Bekl. gem. § 231 BGB führt. Dies gilt selbst dann, wenn der Aufenthaltsort des Mieters unbekannt und/oder das Mietverhältnis wirksam gekündigt und dadurch ein vertragliches Besitzrecht des Mieters entfallen ist (BGH, WM 1977, 1126; OLG Celle, WuM 1995, 188).

Die Instanzgerichte waren allerdings davon ausgegangen, dass der Kl. seiner Darlegungs- und Beweislast im Hinblick auf den behaupteten Schaden nicht nachgekommen ist. Auch sei eine Schadensschätzung gem. § 287 ZPO unzulässig, wenn sie mangels greifbarer, vom Kläger vorzutragender Anhaltspunkte völlig in

der Luft hänge. Der Kl. hätte also Angaben zu Qualität, Alter, Marke und Neuwert der betreffenden Gegenstände machen und diese gegebenenfalls unter Beweis stellen müssen.

Nach Ansicht des Senats überspannt das Berufungsgericht damit jedoch die Anforderungen an die Darlegungs- und Beweislast, sowie an die Schätzung gem. § 287 ZPO. Das Berufungsgericht habe verkannt, dass aus der eigenmächtigen Inbesitznahme eine Obhutspflicht der Bekl. i.S.v. § 241 II BGB erwachse und sie sich im Falle einer Unmöglichkeit der Herausgabe u.a. gem. § 280 BGB ersatzpflichtig mache – insofern sei allerdings die Beweislastumkehr des § 280 I 2 BGB zu beachten. Damit trifft nicht den Kl. sondern die bekl. Vermieterin die Darlegungs- und Beweislast (so auch BGH, WM 1980, 438).

Außerdem habe das Berufungsgericht die Wirkung des § 287 ZPO unterschätzt, der nicht nur die Beweisführung sondern auch die Darlegungslast erleichtert. Steht – wie hier – der geltend gemachte Ersatzanspruch dem Grunde nach fest und bedarf es lediglich der Ausfüllung zur Höhe darf die Klage nicht (beinahe) vollständig abgewiesen werden. In der Regel sei es nicht gerechtfertigt, dem jedenfalls in irgendeiner Höhe Geschädigten jedweden Ersatz zu versagen.

Für Klausuren (des zweiten Staatsexamens) dürfte also zu raten sein, auch bei lückenhafter Darlegung des Geschädigten, an die Schadensschätzung nach § 287 ZPO zu denken, wenn feststeht, dass ein irgendwie gearteter Schaden vorliegt.

Vertiefungshinweise:

- Schadensschätzung bei Kfz-Unfall: BGH, BB 2010, 2185 (Schätzungsermessen bzgl. Gleichwertigkeit der Reparaturmöglichkeit); BGH, VersR 2010, 1054
- Schadensschätzung beim Haushaltsführungsschaden: Schröder, SVR 2010, 98 (Rechtsprechungsübersicht); Heß/Burmann, NZV 2010, 8

Kursprogramm:

- Examenskurs: "Keine Lust auf Schönheitsreparaturen"
- Examenskurs: "Geschäftshaus"

Leitsätze:

1. Die nicht durch einen gerichtlichen Titel gedeckte eigenmächtige Inbesitznahme einer Wohnung und deren eigenmächtiges Ausräumen durch einen Vermieter stellt eine unerlaubte Selbsthilfe dar, für deren Folgen der Vermieter verschuldensunabhängig nach § 231 BGB haftet (Bestätigung der Senats-

urteile vom 6. Juli 1977 - VIII ZR 277/75, WM 1977, 1126, und vom 1. Oktober 2003 - VIII ZR 326/02, WuM 2003, 708).

2. Der Vermieter, der eine Wohnung in Abwesenheit des Mieters ohne Vorliegen eines gerichtlichen Titels durch verbotene Eigenmacht in Besitz nimmt, hat sich aufgrund der ihn treffenden Obhutspflicht nicht nur zu entlasten, soweit ihm die Herausgabe nachweislich vorhandener Gegenstände unmöglich wird oder nachweislich eine Verschlechterung an herauszugebenden Gegenständen eintritt. Er muss aufgrund seiner Obhutspflicht die Interessen des an einer eigenen Interessenwahrnehmung verhinderten Mieters auch dadurch wahren, dass er bei der Inbesitznahme ein aussagekräftiges Verzeichnis der verwahrten Gegenstände aufstellt und deren Wert schätzen lässt. Kommt er dem nicht nach, hat er zu beweisen, in welchem Umfang Bestand und Wert der der Schadensberechnung zugrunde gelegten Gegenstände von den Angaben des Mieters abweichen, soweit dessen Angaben plausibel sind (Anschluss an BGHZ 3, 162).

3. Zu den Anforderungen an eine Schadensschätzung gemäß § 287 ZPO.

Sachverhalt:

Der Kläger war Mieter einer in W. gelegenen Wohnung der Beklagten. Ab dem 19. Februar 2005 war er für mehrere Monate mit unbekanntem Aufenthalt ortsabwesend. Aufgrund einer Vermisstenmeldung aus seinem Verwandtenkreis wurde seine Wohnung am 23. Februar 2005 auf polizeiliche Anordnung geöffnet und am 18. März 2005 noch einmal von der Polizei durchsucht. Die über diese Vorgänge informierte Beklagte kündigte, nachdem die Mieten für die Monate März und April 2005 nicht gezahlt worden waren und auch sie den Aufenthalt des Klägers nicht hatte in Erfahrung bringen können, das Mietverhältnis am 20. April 2005 durch Einwurf des Kündigungsschreibens in den Wohnungsbriefkasten des Klägers fristlos. Eine Räumungsklage erhob sie nicht. Am 19. Mai 2005 öffnete sie die nach der polizeilichen Durchsuchung wieder verschlossene Wohnung und nahm sie in Besitz. Dabei entsorgte sie insbesondere einen großen Teil der Wohnungseinrichtung. Weitere in der Wohnung befindliche Gegenstände lagerte sie ein, wobei streitig ist, ob alle dort vorgefundenen und nicht entsorgten Gegenstände eingelagert wurden.

Der Kläger beansprucht - gestützt auf ein von ihm eingeholtes Sachverständigengutachten - für ihm durch Entsorgung oder auf sonstige Weise abhandlungsgewordene, beschädigte oder verschmutzte Gegenstände Schadensersatz in Höhe von 61.812,65 € zuzüglich der ihm entstandenen Gutachterkosten in Höhe von 1.247 €. Daneben hat er aus der Nebenkostenabrechnung für 2004 das für ihn ausgewiesene Guthaben von

379,34 € beansprucht. Die Beklagte rechnet hiergegen mit einem Mietrückstand von 249,23 € sowie Entrümpelungskosten von 1.722,73 € auf.

Das Amtsgericht, das die eigenmächtige Räumung der Wohnung zwar als rechtswidrig angesehen, den geltend gemachten Schaden zum überwiegenden Teil jedoch nicht für ausreichend dargelegt erachtet hat, hat dem Kläger einen Betrag von 130,70 € zuerkannt (379,93 € Nebenkostenguthaben abzüglich 249,23 € Mietrückstand) und die Klage im Übrigen abgewiesen. Das Berufungsgericht hat die Berufung des Klägers zurückgewiesen. Hiergegen wendet sich der Kläger mit seiner vom Senat zugelassenen Revision.

Die Revision hat Erfolg.

Aus den Gründen:

A. Ausführungen des Berufungsgerichts

Das Amtsgericht habe zu Recht ausreichende Angaben zur Nachvollziehbarkeit der jeweils angesetzten Werte vermisst. Denn nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs sei eine Schadensschätzung gemäß § 287 ZPO unzulässig, wenn sie mangels greifbarer, vom Kläger vorzutragender Anhaltspunkte völlig in der Luft hänge. Der Kläger hätte deshalb mindestens weitere Angaben zu Qualität, Alter, gegebenenfalls Marke und Neuwert der betreffenden Gegenstände machen und diese Angaben bei Bestreiten unter Beweis stellen müssen. Es hätten auch keinerlei unstreitige Merkmale vorgelegen, die den angegebenen Wert der jeweiligen Gegenstände nachvollziehbar erscheinen ließen. Ebenso wenig sei zu berücksichtigen gewesen, dass die Gegenstände für den Kläger gegebenenfalls einen höheren ideellen Wert besessen hätten. Soweit das Amtsgericht die Klage ansonsten hinsichtlich einzelner Schadenspositionen abgewiesen habe, weil nach dem Beweisergebnis bereits deren Vorhandensein in der Wohnung zum Zeitpunkt der Räumung nicht feststellbar gewesen sei, sei die Beweiswürdigung ebenfalls nicht zu beanstanden.

B. Entscheidung des BGH

[7] Diese Beurteilung hält revisionsrechtlicher Nachprüfung nicht stand.

I. Schadensersatz dem Grunde nach

[8] Das Berufungsgericht hat - von seinem Standpunkt aus folgerichtig - zwar keine eigenen Feststellungen zum Grund des erhobenen Anspruchs auf Ersatz eines dem Kläger entstandenen Räumungsschadens getroffen. Es hat jedoch durch seine Bezugnahme auf Tatbestand und Entscheidungsgründe des erstinstanzlichen Urteils ersichtlich die insoweit vom Amtsgericht getroffenen Feststellungen einschließlich dessen Wertung gebilligt, dass die Beklagte durch die eigenmächtige Räumung der Wohnung ohne Vollstreckungstitel

an sich gemäß § 280 Abs. 1, § 823 Abs. 1 und 2 BGB zum Schadensersatz verpflichtet sei. Denn sie habe sich hierzu durch das Verschwinden des Klägers nicht herausgefordert fühlen und insbesondere auch dessen Verschwinden seit Februar 2005 nicht dahin verstehen dürfen, dass er den Besitz an der Wohnung aufgegeben habe. Dies begegnet keinen revisionsrechtlichen Bedenken.

[9] Die nicht durch einen gerichtlichen Titel gedeckte eigenmächtige Inbesitznahme einer Wohnung und deren eigenmächtiges Ausräumen durch den Vermieter stellen jedenfalls solange, wie der Mieter seinen an der Wohnung bestehenden Besitz nicht erkennbar aufgegeben hat, eine verbotene Eigenmacht im Sinne von § 858 Abs. 1 BGB und zugleich eine unerlaubte Selbsthilfe im Sinne von § 229 BGB dar, für deren Folgen der Vermieter über die vom Amtsgericht herangezogenen Vorschriften hinaus sogar verschuldensunabhängig nach § 231 BGB haftet (Senatsurteile vom 6. Juli 1977 - VIII ZR 277/75, WM 1977, 1126, unter II 2; vom 1. Oktober 2003 - VIII ZR 326/02, WuM 2003, 708, unter III; Sternel, Mietrecht Aktuell, 4. Aufl., Rdnr. XIII 25; vgl. ferner OLG Köln, NJW 1996, 472, 473; Horst, NZM 1998, 139, 140; Herrlein/Kandelhard, Mietrecht, 3. Aufl., § 546 Rdnr. 34; Lehmann-Richter, NZM 2009, 177, 178). Das gilt selbst dann, wenn der gegenwärtige Aufenthaltsort des Mieters unbekannt und/oder das Mietverhältnis wirksam gekündigt und dadurch ein vertragliches Besitzrecht des Mieters entfallen ist (OLG Celle, WuM 1995, 188; Herrlein/Kandelhard, aaO; Staudinger/Rolfs, BGB (2006), § 546 Rdnr. 39; Bamberger/Roth/Ehlert, BGB, 2. Aufl., § 546 Rdnr. 22; Horst, aaO, S. 140 f.; vgl. ferner Senatsurteil vom 6. Juli 1977 aaO, unter II 1 b aa). Vielmehr ist der Vermieter auch in diesen Fällen verpflichtet, sich - gegebenenfalls nach öffentlicher Zustellung der Räumungsklage - einen Räumungstitel zu beschaffen und zwecks rechtmäßiger Besitzverschaffung aus diesem vorzugehen (OLG Celle, aaO; Staudinger/Rolfs, aaO; Horst, aaO, S. 140).

II. Anforderungen an Schadensdarlegung und Schadensschätzung

[12] Hingegen begegnet die Auffassung des Berufungsgerichts, der Kläger habe seinen Schaden nicht in einer zur Schadensschätzung nach § 287 ZPO tauglichen Weise dargelegt, durchgreifenden rechtlichen Bedenken. Die Revision rügt nicht nur mit Recht, dass das Berufungsgericht die Darlegungs- und Beweislast hinsichtlich Bestand und Zustand der in der geräumten Wohnung vorhandenen Gegenstände verkannt habe. Vielmehr hat das Berufungsgericht auch die Anforderungen an die vorzunehmende Schadensschätzung selbst überspannt.

1. Kl. nicht uneingeschränkt darlegungs- und beweisbelastet

[13] Soweit es den Bestand, den Zustand und die sonstigen wertbildenden Merkmale der zum Zeitpunkt der Räumung in der Wohnung des Klägers befindlichen Gegenstände anbelangt, hat das Berufungsgericht den Kläger als uneingeschränkt darlegungs- und beweisbelastet angesehen und die bei der ganz überwiegenden Zahl der Schadenspositionen bereits hierauf gestützte Klageabweisung des Amtsgerichts gebilligt. Dem kann nicht gefolgt werden.

a) Obhutspflicht gem. § 241 II BGB

[14] Den Vermieter, der eine Wohnung in der geschehenen Weise ohne Vorliegen eines gerichtlichen Titels in verbotener Eigenmacht in Besitz nimmt, trifft für die darin befindlichen Gegenstände eine - bei Wirksamkeit der ausgesprochenen Kündigung hier zumindest nachvertragliche - Obhutspflicht im Sinne von § 241 Abs. 2 BGB (vgl. Senatsurteil vom 1. Oktober 2003, aaO). Diese hat nicht nur zur Folge, dass der Vermieter die nachweislich in Obhut genommenen Gegenstände vollständig und in einem gegenüber dem Zustand bei Inobhutnahme nicht verschlechterten Zustand wieder herausgeben muss. Im Falle einer Unmöglichkeit der Herausgabe oder einer im Vergleich zum übernommenen Zustand nachweislich eingetretenen Verschlechterung der herauszugebenden Gegenstände hat er sich darüber hinaus - wie § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB zeigt - zu entlasten, so dass ihn und nicht den Mieter insoweit die Darlegungs- und Beweislast trifft (vgl. BGH, Urteil vom 5. Oktober 1989 - III ZR 126/88, WM 1990, 438, unter III 1).

[15] Vorliegend reicht - was das Berufungsgericht verkannt hat - die Umkehr der Darlegungs- und Beweislast zu Lasten der Beklagten aber noch weiter und erstreckt sich zugleich auf den Bestand, den Zustand und die wertbildenden Merkmale der Gegenstände, die sich in der durch verbotene Eigenmacht (§ 858 BGB) in Besitz genommenen Wohnung befunden haben. Denn zu den Obhutspflichten der Beklagten bei Inbesitznahme der Wohnung und der darin befindlichen (Einrichtungs-) Gegenstände hat auch die Pflicht gehört, die Interessen des durch Ortsabwesenheit und mangelnde Kenntnis von der Inbesitznahme an einer eigenen Interessenwahrnehmung verhinderten Klägers zu wahren. Die Beklagte hätte deshalb nicht nur dafür Sorge tragen müssen, dass an den in Besitz genommenen Gegenständen während der Dauer ihrer Obhut oder der anschließenden Einlagerung keine Beschädigungen oder Verluste eintreten. Es hätte ihr vielmehr schon bei Inbesitznahme obliegen, ein aussagekräftiges Verzeichnis der verwahrten Gegenstände aufzustellen und deren Wert schätzen zu lassen, um dem Kläger eine Sicherung seiner Ansprüche zu ermöglichen (vgl. BGHZ 3, 162, 172 f.).

b) Obhutsverpflichtung nicht erfüllt

[16] Den hieran zu stellenden Anforderungen werden - wie die Revision mit Recht rügt - weder das von den Mitarbeitern der Beklagten gefertigte Protokoll über die Wohnungsöffnung und -inbesitznahme noch die bei dieser Gelegenheit gefertigten Lichtbilder gerecht. Dass die Beklagte ihrer Pflicht zur Verzeichnisaufnahme sonst in einer vergleichbaren Weise hinreichend nachgekommen ist, hat das Berufungsgericht bislang nicht festgestellt. Ebenso wenig hat es Feststellungen dazu getroffen, ob eine solche Verzeichnisaufnahme ausnahmsweise entbehrlich war, weil es sich - wie die Revisionserwiderung geltend macht - ersichtlich um verbrauchte und damit offenkundig wertlose (Einrichtungs-)Gegenstände gehandelt habe, an deren Dokumentierung der Mieter bereits auf den ersten Blick schlechthin kein Interesse haben konnte.

c) Schadensersatzverpflichtung der Bekl. aufgrund der Beweisnot des Kl.

[17] Für den Fall einer jedenfalls für die revisionsrechtliche Nachprüfung zu unterstellenden Verletzung ihrer Inventarisierungs- und Schätzungspflicht ist die Beklagte deshalb zugleich verpflichtet, den Schaden auszugleichen, der darin liegt, dass der Kläger hinsichtlich Bestand, Zustand und Wert seiner (Einrichtungs-)Gegenstände zur Zeit der Inbesitznahme durch die Beklagte in Beweisnot geraten ist. Denn um dem Kläger eine vom Bestand und Wert der Sachen ausgehende Schadensberechnung auf den Zeitpunkt, als die Beklagte den Besitz ergriffen hat, zu ermöglichen, war sie verpflichtet, bei der Inbesitznahme ein vollständiges Bestandsverzeichnis aufzustellen und den Wert der darin aufgenommenen Gegenstände feststellen zu lassen. Wenn sie dem nicht nachgekommen ist, geht der dem Kläger aus einer Verletzung dieser Pflicht zustehende Schadensausgleich deshalb auch dahin, dass die Beklagte ihrerseits verpflichtet ist zu beweisen, in welchem Umfang Bestand und Wert der der Schadensberechnung zugrunde gelegten Gegenstände von den Angaben ab- weichen, die der Kläger hierzu gemacht hat (vgl. BGHZ 3, 162, 176), soweit die vom Kläger angesetzten Werte plausibel sind.

2. Schadensschätzung gem. § 287 ZPO

[18] Das Berufungsgericht hat - wie die Revision ebenfalls mit Recht rügt - auch die an eine Schadensschätzung nach § 287 ZPO zu stellenden Anforderungen verkannt.

a) Ansicht des Berufungsgerichts: "überspannt" Voraussetzungen

[19] Die Annahme des Berufungsgerichts, ohne weitere Angaben des Klägers "mindestens ... zu Qualität, Alter, ggf. Marke und Neuwert" der zum Ersatz gestellten Gegenstände hinge eine Schadensschätzung

gemäß § 287 ZPO mangels greifbarer Anhaltspunkte völlig in der Luft und sei deshalb unzulässig, überspannt die rechtlichen Anforderungen an die Vornahme einer solchen Schätzung. Zwar gehört die Entscheidung der Frage, ob genügende Unterlagen für die Schätzung vorhanden sind, dem Gebiet der Tatsachewürdigung an, das dem Tatrichter vorbehalten ist und nur eingeschränkter revisionsrechtlicher Nachprüfung unterliegt. Allerdings hat das Berufungsgericht dabei übersehen, dass § 287 ZPO dem Geschädigten nicht nur die Beweisführung, sondern auch die Darlegungslast erleichtert. Steht - wie hier - der geltend gemachte Anspruch auf Schadensersatz dem Grunde nach fest und bedarf es lediglich der Ausfüllung zur Höhe, darf die Klage grundsätzlich nicht vollständig abgewiesen werden. Vielmehr muss der Tatrichter den Schaden im Rahmen des Möglichen schätzen. Selbst wenn der Vortrag des Geschädigten zu den Umständen, die seine Vorstellungen zur Schadenshöhe rechtfertigen sollen, Lücken oder Unklarheiten enthält, ist es in der Regel nicht gerechtfertigt, dem jedenfalls in irgendeiner Höhe Geschädigten jedweden Ersatz zu versagen. Der Tatrichter muss in diesem Fall vielmehr nach pflichtgemäßem Ermessen beurteilen, ob nach § 287 ZPO nicht wenigstens die Schätzung eines Mindestschadens möglich ist, und darf eine solche Schätzung erst dann gänzlich unterlassen, wenn sie mangels jeglicher konkreter Anhaltspunkte völlig in der Luft hänge und daher willkürlich wäre (Senatsurteil vom 24. Juni 2009 - VIII ZR 332/07, WM 2009, 1811, Tz. 16; BGH, Urteil vom 23. Oktober 1991 - XII ZR 144/90, WM 1992, 36, unter 3 a m.w.N.).

b) Schätzung nach freiem Ermessen

[22] Darüber hinaus hat das Berufungsgericht nicht beachtet, dass es im Rahmen einer solchen Schätzung selbst nicht vorgetragene Tatsachen nach freiem Ermessen berücksichtigen und, soweit dies erforderlich ist, vor einer vollständigen Abweisung der Klage auch über den Sachvortrag hinaus in eine Aufklärung durch Sachverständigengutachten eintreten muss (Senatsurteil vom 24. Juni 2009, aaO, Tz. 20 m.w.N.). Das gilt hier umso mehr, als sich die der Schadensschätzung zu Grunde zu legenden Gegenstände jedenfalls zum weit- aus überwiegenden Teil anhand der bei den Akten befindlichen Lichtbilder, welche die Mitarbeiter der Beklagten bei Inbesitznahme der Wohnung gefertigt haben, identifizieren lassen. Es liegt deshalb zumindest nicht fern, dass anhand dieser Lichtbilder und der vom Kläger dazu vorgelegten Kaufbelege und sonstigen Unterlagen auf der Grundlage entsprechender Marktkenntnisse, die sich das Berufungsgericht gegebenenfalls mit sachverständiger Hilfe hätte verschaffen müssen, ein bestimmter in die Schadensschätzung einzustellender Marktwert hätte ermittelt lassen.

c) Zugrundelegung eines mittleren Wertes

[23] Ebenso wenig hat das Berufungsgericht bedacht, dass bei feststehendem Verlust eines Gegenstandes, für den Ersatz zu leisten ist, mangels näherer Anhaltspunkte ein mittlerer und nicht notwendig der denkbar geringste Wert zu schätzen sein kann (BGH, Urteil vom 7. Juli 1970 – VI ZR 233/69, NJW 1970, 1970, unter B II 2 b aa m.w.N.). Soweit für die zum Ersatz gestellten gebrauchten Gegenstände kein Markt (mehr) besteht und deshalb kein Marktwert festgestellt werden kann, hätte das Berufungsgericht - und zwar selbst unter Berücksichtigung nicht vorgetragener Tatsachen (vgl. Senatsurteil vom 24. Juni 2009, aaO) - außerdem erwägen müssen, ob der betreffende Schaden nicht durch Ansatz desjenigen Preises zu schätzen

ist, der - unter Abzug eines angemessenen Ausgleichs neu für alt - bei der Beschaffung eines gleichwertigen Ersatzgegenstandes angefallen wäre (vgl. BGHZ 115, 364, 368).

III. Zurückverweisung

[24] Nach alledem kann das Berufungsurteil keinen Bestand haben; es ist aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Der Senat kann in der Sache selbst nicht abschließend entscheiden, weil weitere Feststellungen zum Umfang und zum Wert der im Zuge der Wohnungsräumung bei dem Kläger abhanden gekommenen oder beschädigten Gegenstände zu treffen sind. Die Sache ist daher an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 ZPO).

*Strafrecht***Standort: § 177 I Nr. 2 StGB****Problem: Frühere Gewaltanwendung als Drohung**

BGH, BESCHLUSS VOM 24.06.2010
4 STR 260/10 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Der betrunkene Angeklagte wollte mit seiner Freundin schlafen, was diese jedoch ablehnte. Daraufhin warf er mit einem Kerzenständer nach ihr und traf sie an der Schulter. Er ging in die Küche, rauchte dort eine Zigarette und kam nach einiger Zeit ins Schlafzimmer zurück. Da die Freundin jetzt Angst hatte, dass der Angeklagte noch einmal gewalttätig werden würde, wehrte sie sich nicht mehr gegen ihn, sodass dieser den Geschlechtsverkehr vollziehen konnte.

Das Landgericht Bochum hatte den Angeklagten aufgrund seines Verhaltens wegen Vergewaltigung, § 177 I Nr. 2, II 2 Nr. 1 StGB, in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung, §§ 223 I, 224 I Nr. 2 StGB, verurteilt. Auf die Revision des Angeklagten hin hob der BGH das Urteil auf, soweit eine Vergewaltigung angenommen worden war. Der Tatbestand des § 177 I Nr. 2 StGB setze nämlich voraus, dass der Täter dem Opfer mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben drohe. Im vorliegenden Fall habe der Angeklagte jedoch zumindest keine ausdrücklichen Drohungen ausgesprochen. Es sei zwar so, dass eine frühere, bereits abgeschlossene Gewaltanwendung - in diesem Fall der Wurf mit dem Kerzenständer - als konkludente Drohung mit weiterer Gewaltanwendung fortwirken könne. Das Urteil des LG enthalte jedoch keine ausreichenden Feststellungen um zu belegen, dass der Angeklagte eine entsprechende schlüssige Drohung auch in seinen Vorsatz aufgenommen habe.

Prüfungsrelevanz:

Zwar ist der in der vorliegenden Entscheidung vom BGH geprüfte Tatbestand des § 177 I Nr. 2 StGB in den meisten Bundesländern kein Prüfungsstoff. Das maßgebliche Problem, ob eine abgeschlossene Gewaltanwendung als Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib und Leben fortwirken kann, stellt sich jedoch bei allen Delikten, deren Tatbestand eine entsprechende Drohung als Tathandlung vorsieht, also insb. bei den hochgradig examensrelevanten §§ 249 I; 252; 253 I, 255 StGB. Der vorliegende Beschluss liefert insofern zwar keine neuen Erkenntnisse oder gar eine Veränderung der bisherigen Rechtsprechung, präzisiert

jedoch die Anforderungen insb. an den Tätersvorsatz, sodass er durchaus als Vorlage zu neuen Fällen für Klausuren, Kurzvorträge oder Prüfungsgespräche zu den genannten Tatbeständen geeignet ist.

Der Tatbestand der sexuellen Nötigung, § 177 I Nr. 2 StGB, sieht - ebenso wie der des Raubes, § 249 I StGB, des räuberischen Diebstahls, § 252 StGB, und der räuberischen Erpressung, §§ 253 I, 255 StGB - als Tatmittel insb. die Drohung des Täters mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben vor. Daneben kommt bei der sexuellen Nötigung als Tatmittel auch Gewalt in Betracht, § 177 I Nr. 1 StGB, während die §§ 249 I; 252; 253 I, 255 StGB insofern Gewalt gegen eine Person verlangen. Alle diese Tatbestände haben weiterhin gemein, dass der Einsatz des Tatmittels zu einem bestimmten Zweck erfolgen muss (z.B. bei § 177 I StGB zur Ermöglichung sexueller Handlungen und bei § 249 I StGB zur Ermöglichung oder Erleichterung einer Wegnahme). Wendet der Täter zunächst Gewalt an, aber ohne die Absicht, hierdurch sexuelle Handlungen bzw. eine Wegnahme zu ermöglichen, so kann diese Gewaltanwendung also nicht zur Verwirklichung der Tatbestände der §§ 177 I; 249 I StGB führen. Dies gilt hinsichtlich der Tathandlung der Gewalt auch dann, wenn sich der Täter nach Abschluss der Gewaltanwendung doch dazu entschließt, sexuelle Handlungen vorzunehmen bzw. etwas wegzunehmen.

In solchen Fällen ist es jedoch denkbar, dass die bereits abgeschlossene Gewaltanwendung durch den Täter als (konkludente) Drohung mit weiterer Gewaltanwendung fortwirkt und der Täter somit bei Vornahme sexueller Handlungen bzw. Wegnahme fremder beweglicher Sachen nach Abschluss der Gewalt die Tatbestände der §§ 177 I; 249 I StGB dann in der Drohungsvariante verwirklicht. Die Rechtsprechung ist bisher bei der Annahme einer solchen als Drohung fortwirkenden (abgeschlossenen) Gewaltanwendung recht großzügig gewesen (vgl. BGH, NStZ 2000, 87; 2004, 556; NStZ-RR 2003, 42; 2004, 333). Erst in der letzten Zeit hat der BGH hier Einschränkungen vorgenommen, insb. bei einer längeren zeitlichen Zäsur zwischen der Gewaltanwendung und der weiteren Handlung (BGH, NStZ 2007, 468). In der Literatur ist diese Rechtsprechung kritisiert worden, weil sie die Grenzen der entsprechenden Tatbestände zu stark verschwimmen lasse und insb. die in den Tatbeständen jeweils geforderte Mittel-Zweck-Relation letztlich leer

laufen lasse (vgl. Fischer, § 249 Rn. 14).

In der vorliegenden Entscheidung führt der BGH die bisherige Rechtsprechung, dass eine abgeschlossene Gewaltanwendung als Drohung fortwirken kann, zwar fort. Er betont jedoch, dass der Täter in solchen Fällen diese "Fortwirkung" aber in seinen Vorsatz aufnehmen muss. Da im vorliegenden Fall aber gerade aufgrund der erheblichen Alkoholisierung des Angeklagten im Tatzeitpunkt nicht selbstverständlich sei, dass ihm dies eingeleuchtet habe, reichten die insofern nur oberflächlichen Feststellungen des LG zur Annahme des subjektiven Tatbestandes nicht aus. Deshalb hat der BGH die Sache auch zur erneuten Verhandlung zurückverwiesen.

Vertiefungshinweise:

□ Zum Fortwirken früherer Gewalt als Drohung: BGHSt 48, 365; BGH, NStZ 1999, 510; 2000, 87, 2004, 556; 2007, 468; NStZ-RR 1997, 298; 2003, 42; 2004, 333; Walter, NStZ 2004, 623

Leitsatz (der Redaktion):

Eine frühere Gewalteinwirkungen kann als (konkludente) Drohung gegenüber dem Opfer zu beurteilen sein, den körperlich wirkenden Zwang erneut anzuwenden, falls das weitere Vorgehen des Täters auf Widerstand stoßen sollte. So kann vorangegangene Gewalt in diesem Sinne fortwirken, wenn das Opfer angesichts der früheren Gewaltanwendung und der gegebenen Kräfteverhältnisse aus Furcht vor weiteren Gewalttätigkeiten von einer Gegenwehr absieht, sofern der Täter zumindest erkennt und billigt, dass das Opfer sein Verhalten als Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben empfindet.

Sachverhalt:

Der Angeklagte kehrte "an einem nicht mehr bestimm- baren Tag im Jahre 2004" in betrunkenem Zustand in die gemeinsam mit seiner Freundin, der Zeugin B, bewohnte Wohnung zurück. Der Angeklagte wollte mit der Zeugin geschlechtlich verkehren, legte sich zu ihr ins Bett und begann sie zu streicheln. Die Zeugin erklärte dem Angeklagten mehrfach, dass er sie in Ruhe lassen solle und sie dies nicht wolle. Wütend geworden beschimpfte er die Zeugin und ergriff sodann einen schweren Kerzenständer aus Metall, den er in ihre Richtung warf, wobei ihm bewusst war, dass er die Zeugin treffen könnte. So geschah es auch; der Kerzenständer traf Frau B an der linken Schulter, was ihr Schmerzen bereitete. Der Angeklagte nahm dies wahr, es war ihm jedoch gleichgültig. Er begab sich in die Küche, hörte dort Musik und rauchte eine Zigarette. Nach einer nicht mehr genau bestimm- baren Zeitspanne von höchstens 30 Minuten kehrte er in das Schlaf-

zimmer zurück. "Unter dem Eindruck des zuvor erfolgten Wurfs mit dem Kerzenständer und aus Angst vor weiterer Gewalt widersetzte sich die Zeugin B dem Angeklagten nicht mehr. Der Angeklagte, dem bewusst war, dass die Zeugin B nach wie vor innerlich nicht gewillt war, mit ihm geschlechtlich zu verkehren, aber aus Angst vor weiterer Gewalt den Geschlechtsverkehr zuließ, drang mit seinem Penis in die Scheide der Zeugin B ein und vollzog mit ihr den Beischlaf bis zum Samenerguss".

Aus den Gründen:

[1, 2] Das Landgericht hat den Angeklagten wegen Vergewaltigung in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung, Raubes in Tateinheit mit (vorsätzlicher) Körperverletzung, (vorsätzlicher) Körperverletzung und Bedrohung zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von zwei Jahren verurteilt. Mit seiner Revision rügt der Angeklagte die Verletzung sachlichen Rechts. Das Rechtsmittel hat in dem aus dem Beschlusstenor ersichtlichen Umfang Erfolg; im Übrigen ist es unbegründet im Sinne des § 349 Abs. 2 StPO. [...]

2. Zur Strafbarkeit gem. § 177 StGB

[3] Die Würdigung des Landgerichts, der Angeklagte habe sich hierdurch (neben einer tateinheitlich begangenen gefährlichen Körperverletzung gemäß § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB) der Vergewaltigung gemäß § 177 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 StGB schuldig gemacht, hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand. Die den getroffenen Feststellungen zu Grunde liegende Beweiswürdigung ist lückenhaft und daher sachlich-rechtlich fehlerhaft. [...]

[4] Im Ansatz zutreffend ist das Landgericht davon ausgegangen, dass frühere Gewalteinwirkungen als (konkludente) Drohung gegenüber dem Opfer zu beurteilen sein können, den körperlich wirkenden Zwang erneut anzuwenden, falls das weitere Vorgehen des Täters auf Widerstand stoßen sollte. So kann vorangegangene Gewalt in diesem Sinne fortwirken, wenn das Opfer angesichts der früheren Gewaltanwendung und der gegebenen Kräfteverhältnisse aus Furcht vor weiteren Gewalttätigkeiten von einer Gegenwehr absieht, sofern der Täter zumindest erkennt und billigt, dass das Opfer sein Verhalten als Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben empfindet (vgl. BGH, Urteil vom 10. Oktober 2002 - 2 StR 153/02, NStZ-RR 2003, 42, 43 m.w.N.). Zu den zur subjektiven Tatseite getroffenen Feststellungen lässt das Urteil jedoch Beweisgründe und Beweiswürdigung vermissen; dieser Mangel ist auf Sachrüge zu beachten (BGH, Beschluss vom 7. Mai 1998 - 4 StR 88/98, NStZ-RR 1999, 45; vgl. auch BGH, Beschlüsse vom 29. Juni 1999 - 4 StR 271/99, NZV 2000, 88 und vom 21. September 2005 - 2 StR 311/05, NStZ 2007, 538).

[5] Das Landgericht hat in der rechtlichen Würdigung

ausgeführt, der Angeklagte habe billigend in Kauf genommen, dass seine erneute Annäherung von der Zeugin B als eine konkludente Drohung empfunden werde. Die Beweisergebnisse, die den Tatrichter zu dieser Würdigung geführt haben, teilt er jedoch im angefochtenen Urteil nicht mit. Mit seiner umfangreichen Beweiswürdigung zum Fall III. 1 der Urteilsgründe belegt das Landgericht lediglich, dass die Zeugin auf Grund der von ihr empfundenen Angst weiteren Widerstand nicht zu leisten in der Lage war und den Geschlechtsverkehr gegen ihren Willen erduldet. Nicht belegt hat es in der Beweiswürdigung jedoch, aus welchen Gründen es zu der Überzeugung gelangt ist, der Angeklagte habe billigend in Kauf genommen, dass die Zeugin die erneute Annäherung als eine konkludente Drohung empfand und infolge der Anwendung dieses Nötigungsmittels die Durchführung des Geschlechtsverkehrs duldet (vgl. zur finalen Verknüpfung BGH, Beschluss vom 5. Oktober 2004 - 3 StR 256/04, NStZ 2005, 268, 269 m.w.N.); dies ist insbesondere bei erheblicher Alkoholisierung kritisch zu prüfen (vgl. Fischer, StGB 57. Auflage § 177 Rdn. 52 m.w.N.).

[6] Nach den Umständen des Falles liegt auch nicht auf der Hand, dass der Vorsatz des Angeklagten hier die finale Verknüpfung von Nötigungsmittel und Nötigungserfolg umfasst hat. Zwar hatte die Zeugin sich auch früher schon geweigert, mit dem Angeklagten geschlechtlich zu verkehren, wenn dieser abends betrunken nach Hause kam. Hier besteht aber die Besonderheit, dass der Angeklagte, nachdem er die Zeugin mit dem Kerzenständer an der Schulter getroffen hatte, sich bis zu 30 Minuten in der Küche aufhielt. Es versteht sich nicht von selbst, dass der Angeklagte, als er sodann in das Schlafzimmer zurückkehrte, in sein Bewusstsein aufgenommen hatte, Frau B werde sein Erscheinen nunmehr als eine konkludente Drohung mit erneuter Gewaltanwendung empfinden und nur deshalb den zuvor abgelehnten Geschlechtsverkehr über sich ergehen lassen.

[7] In diesem Zusammenhang erweist sich die Beweiswürdigung auch insoweit als lückenhaft, als das Landgericht zwar wiederholt ausführt, die Zeugin habe es auch bei früherer Gelegenheit abgelehnt, mit dem Angeklagten geschlechtlich zu verkehren, wenn er Alkohol zu sich genommen habe. Die Strafkammer teilt aber nicht mit, welche Folgen diese Ablehnungen jeweils hatten. Das weitere Verhalten der Zeugin und des Angeklagten kann durchaus Rückschlüsse auf die subjektive Tatseite für das hier zu beurteilende Geschehen zulassen.

[8] Der aufgezeigte Rechtsfehler nötigt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils, soweit der Angeklagte im Fall III. 1 der Urteilsgründe wegen Vergewaltigung in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung verurteilt worden ist. Dies zieht die Aufhebung der Gesamtfrei-

heitsstrafe nach sich.

3. Zur Unterbringung des Angeklagten gem. § 64 StGB

[9] Als durchgreifend rechtsfehlerhaft erweist sich auch, dass das Landgericht nicht geprüft hat, ob der Angeklagte nach § 64 StGB in einer Entziehungsanstalt unterzubringen ist, obwohl seine Feststellungen zu einer solchen Prüfung drängten.

[10] Der Generalbundesanwalt hat sich hierzu in seiner Antragschrift vom 31. Mai 2010 wie folgt verhalten:

“Der wegen Körperverletzungsdelikten und - wenn auch nicht gravierend - wegen Eigentumsdelikten einschlägig vorbestrafte Angeklagte konsumierte seit seinem siebzehnten Lebensjahr zunächst Cannabis, später Heroin und Kokain. Nach zwei ambulanten Drogentherapien und der Teilnahme am Methadon-Programm, jeweils einhergehend mit Rückfällen, erfolgte im Jahr 2004 eine Suchtverlagerung auf Alkohol. Hierbei konsumierte der Angeklagte anlässlich sich häufender Kneipenaufenthalte etwa zehn bis fünfzehn halbe Liter eines Biermischgetränks sowie Wein und Schnaps, wobei sich das Konsumverhalten ab dem Jahr 2008 noch steigerte.

Bei den Taten III. 1. und 4. war der Angeklagte alkoholisiert. Auch zuvor war es bereits regelmäßig zu tätlichen Auseinandersetzungen zwischen dem Angeklagten und der Geschädigten gekommen, wenn dieser Alkohol zu sich genommen hatte. Die Tat III. 2. beging der Angeklagte, um sich Geldmittel zur Finanzierung seines Alkoholkonsums zu verschaffen. Hierfür hatte er sich trotz ihrer bedrängten finanziellen Verhältnisse bereits des Öfteren eigenmächtig Gelder der Geschädigten angeeignet oder diese zur Herausgabe aufgefordert. Ein solches Verhalten des Angeklagten war auch Anlass für die der Tat III. 3. vorausgegangene Auseinandersetzung.

Die getroffenen Feststellungen legen demnach nahe, dass zumindest die verfahrensgegenständlichen Taten III. 1., 2. und 4. auf einen Hang des Angeklagten zurückgehen, berausende Mittel im Übermaß zu sich zu nehmen.

Eine “Gefährlichkeit” im Sinne des § 64 StGB würde auch nicht daran scheitern, dass es sich bei den Anlässen durchgängig um Beziehungstaten zum Nachteil der Geschädigten B handelt und möglicherweise auch nur solche zukünftig zu erwarten sind. Denn der Täter braucht für eine Unterbringung nach § 64 StGB nicht für die Allgemeinheit gefährlich zu sein (BGH, Beschluss vom 14. April 2010 - 2 StR 112/10).

Da der Angeklagte grundsätzlich therapiebereit ist - auch wenn sich das Urteil zur Art der beabsichtigten Therapie nicht verhält -, bestehen zumindest Anhaltspunkte für eine hinreichend konkrete Erfolgsaussicht der Maßregel (§ 64 Satz 2 StGB).

Dass nur der Angeklagte Revision eingelegt hat, steht einer etwaigen Nachholung der Unterbringungsanordnung nicht entgegen (BGHSt 37, 5). Der Beschwerdeführer hat die Nichtanwendung des § 64 StGB nicht von seinem Rechtsmittel ausgenommen“.

Dem tritt der Senat bei; er kann ausschließen, dass die Einzelstrafen für die Fälle III. 2, 3 und 4 der Urteilsgründe milder ausgefallen wären, wenn das Tatgericht die Unterbringung in einer Entziehungsanstalt angeordnet hätte.

Standort: § 136 I 2 StPO

Problem: Anforderungen an die Belehrung

BGH, URTEIL VOM 29.04.2010

3 STR 63/10 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Gegen den Angeklagten war wegen Mordes ermittelt worden. Bei einer Vernehmung durch die Polizei hatte der zuständige Polizist ihn wie folgt belehrt: "Ich weise dich darauf hin, dass du hier als Beschuldigter vor der Polizei keine Angaben machen brauchst und jederzeit einen Rechtsanwalt mit der Wahrnehmung deiner Interessen beauftragen kannst." In der nun folgenden Vernehmung hatte der Angeklagte sich dahingehend eingelassen, er könne sich zwar nicht daran erinnern, das Opfer getötet haben, könne aber aufgrund der von ihm im Tatzeitpunkt konsumierten Drogen auch nicht ausschließen, dass er die Tötung begangen habe und sich nur nicht daran erinnern könne. In der Hauptverhandlung hatte er sich zur Tat nicht mehr geäußert. Den Antrag der Staatsanwaltschaft, die vernehmenden Polizeibeamten als Zeugen zu vernehmen bzgl. des Inhalts der früheren Aussage des Angeklagten, wies das Landgericht Stade gem. § 244 III 2 2.Fall StPO zurück. Es bestünde nämlich aufgrund einer fehlerhaften Belehrung des Angeklagten ein Beweisverwertungsverbot hinsichtlich seiner früheren Aussage gegenüber der Polizei, sodass dieses Beweismittel "aus rechtlichen Gründen ohne Bedeutung" sei.

Das LG sprach den Angeklagten aus tatsächlichen Gründen frei, weil ihm die Begehung der Tat nicht nachzuweisen sei. Der hiergegen gerichteten Revision der Staatsanwaltschaft gab der BGH statt. Die Belehrung des Angeklagten bei seiner polizeilichen Vernehmung habe den Anforderungen des § 136 I 2 StPO genügt, sodass eine - mittelbare - Verwertung von dessen früherer Aussage durch Vernehmung der Polizisten als Zeugen zulässig gewesen sei. Das LG hätte deshalb dem Beweisantrag der Staatsanwaltschaft stattgeben müssen. Auf diesem Fehler beruhe auch das Urteil, da es bei Verwertung der entsprechenden Aussagen möglich erscheine, dass das Gericht sich von der Schuld des Angeklagten doch hätte überzeugen können.

Prüfungsrelevanz:

Die Prüfung, ob ein Beweismittel verwertet werden kann oder ob insofern ein Beweisverwertungsverbot

besteht, stellt im zweiten Examen einen absoluten Standardstoff dar, der in sämtlichen denkbaren Klausurvarianten (Abschlussverfügung der StA, Urteil, Revision und Anwaltsklausur) sowie in Aktenvorträgen und im Prüfungsgespräch relevant werden kann. Besonders häufig ist hier - wie im vorliegenden Fall - die Möglichkeit eines Beweisverwertungsverbots wegen Verstoßes gegen eine Belehrungspflicht zu diskutieren. Auch im ersten Examen treten Fragen zu Beweisverwertungsverboten in mündlichen Prüfungen oder als Zusatzfragen in Klausuren häufiger auf.

Gem. § 136 I 2 StPO muss der Beschuldigte bei seiner ersten richterlichen Vernehmung insbesondere darüber belehrt werden, dass es ihm freisteht, nicht zur Sache auszusagen. Gem. § 163a III 2, IV 2 StPO gilt dies auch bei einer staatsanwaltschaftlichen oder polizeilichen Vernehmung. Ist ein Beschuldigter, der seine Rechte nicht kannte, zu Unrecht nicht belehrt worden, so können - bei entsprechendem Widerspruch des Beschuldigten in der Hauptverhandlung - seine in der früheren Vernehmung gemachten Angaben nicht verwertet werden, selbst wenn die Belehrung nachgeholt wird (BGHSt 38, 214, 224 f.; 47, 172, 173; 51, 367, 376; Meyer-Goßner, § 136 Rn 20). Dieses sog. unselbstständige Beweisverwertungsverbot verbietet auch die Vernehmung der Verhörsperson als Zeuge über den Inhalt der früheren Aussage des Beschuldigten.

Im vorliegenden Fall war der Angeklagte (als Beschuldigter im Ermittlungsverfahren) zwar hinsichtlich seines Schweigerechtes belehrt worden. Der zuständige Polizist hatte allerdings dem Angeklagten erklärt, er müsse "vor der Polizei" nichts aussagen. Nach der Auffassung des LG konnte so beim Beschuldigten der Eindruck erweckt werden, dass er bei einer späteren Vernehmung durch die Staatsanwaltschaft oder den Richter aber doch verpflichtet sei, auszusagen. Gerade dieser Irrtum könnte ihn aber dazu veranlassen haben, überhaupt gegenüber der Polizei auszusagen, damit eine entsprechende Weigerung im Falle einer späteren Aussage insb. gegenüber dem Richter nicht gegen ihn verwertet werden könne. Deshalb sei die Belehrung unrichtig gewesen und hinsichtlich der so erlangten Aussage bestünde ein Beweisverwertungsverbot. Der BGH betont jedoch in der vorliegenden Entscheidung, dass es Zweck der erforderlichen Belehrung des Beschuldigten sei, sicherstellen, dass er vor der irrigen

Annahme einer Aussagepflicht bewahrt werde, zu der gerade durch das Auftreten einer Amtsperson als Vernehmendem veranlasst werden könnte (ebenso bereits BGHSt 14, 358, 364). Es sei zwar ratsam, die Belehrung mit dem Wortlaut des § 136 I 2 StPO zu erteilen. Dies sei jedoch nicht zwingend. Maßgeblich sei lediglich, dass die Belehrung dem Beschuldigten Klarheit über seine Aussagefreiheit verschaffe und eine diesbezügliche etwaige Fehlvorstellung ausschließe (so auch BGH, NJW 1966, 1718, 1719). Diese Anforderungen seien jedoch auch durch die Belehrung im vorliegenden Fall erfüllt. Anhaltspunkte dafür, dass der Beschuldigte geglaubt habe, er sei verpflichtet, bei einer späteren Vernehmung durch die Staatsanwaltschaft oder das Gericht auszusagen, ergäben sich nicht. Deshalb sei auch kein Beweisverwertungsverbot hinsichtlich der früheren Aussage des Beschuldigten gegeben.

Der BGH stellt weiter klar, dass für den Fall, dass ein Beweisverwertungsverbot tatsächlich besteht, der entsprechende Beweisantrag nicht - wie es das LG Stade aber getan hatte - gem. § 244 III 2 2. Fall StGB abzuweisen sei, sondern gem. § 244 II 1 StPO. Im Falle eines Beweisverwertungsverbot sei das fragliche Beweismittel nämlich nicht ohne Bedeutung, sondern die Beweisaufnahme unzulässig.

Vertiefungshinweise:

□ Zur Formulierung der Belehrung gem. § 136 I 2 StPO: BGHSt 42, 139; BGH, NJW 1966, 1718; Meyer, JR 1967, 308

Leitsatz (der Redaktion):

Durch die Belehrung über seine Aussagefreiheit soll gegenüber dem Beschuldigten eindeutig klar gestellt werden, dass es ihm freisteht, nicht auszusagen, obwohl ihn ein Richter, Staatsanwalt oder Polizeibeamter in amtlicher Eigenschaft befragt. Für den Regelfall empfiehlt es sich zwar, die Belehrung in den Worten des § 136 I 2 StPO zu erteilen. Zwingend ist dies indes nicht. Es stellt vielmehr nicht ohne Weiteres einen Verfahrensfehler dar, wenn die Worte des Gesetzes nicht benutzt werden. Maßgebend ist, dass die Belehrung dem Beschuldigten Klarheit über seine Aussagefreiheit verschafft und eine diesbezügliche etwaige Fehlvorstellung ausschließt.

Sachverhalt:

Das spätere Opfer, die zum Zeitpunkt der Tat im August 1987 16 Jahre alte Schülerin A, lernte den Angeklagten etwa Ende des Jahres 1986 kennen. Die beiden übten mehrfach den Geschlechtsverkehr aus. Im Gegensatz zu dem späteren Opfer war der Angeklagte nicht an einer dauerhaften Beziehung interessiert; er

hatte vielmehr ein intimes Verhältnis mit seiner damaligen Freundin B begonnen und wollte dieses fortsetzen. Am Abend des 22. August 1987 besuchte A eine Diskothek in Be. Gegen 22:30 Uhr traf sie dort den Angeklagten. Dieser entfernte sich gegen 23:40 Uhr aus der Diskothek; auch die Schülerin verließ das Lokal zu einem nicht sicher feststellbaren Zeitpunkt. Die Zeugin B bemerkte gegen 0:20 Uhr, dass der PKW des Angeklagten sich nicht mehr dort befand, wo dieser ihn zuvor abgestellt hatte. Gegen 1:45 Uhr näherte sich der Angeklagte mit seinem Fahrzeug und erklärte der Zeugin, er habe sich mit dem Opfer in seinem Wagen unterhalten. Die Zeugin und der Angeklagte fuhrten sodann nach Hause.

Am nächsten Morgen wurde die unbedeckte Leiche der Schülerin auf einem Feldweg gefunden. Die Hände waren am Rücken mit einem Hanfseil gefesselt, das sodann um die Unterschenkel geführt und verknotet war. Zum Zeitpunkt der Fesselung hatte das Opfer noch gelebt. Die Leiche wies mehr als 60 Stich- und Schnittverletzungen auf. Die Kleidungsstücke waren in der unmittelbaren Umgebung verstreut. Etwa vier-einhalb Meter von der Leiche entfernt lag eine Socke, die nicht dem Opfer gehörte; in einer Entfernung von etwa 1,5 bis 3,2 Metern befanden sich weitere Gegenstände, darunter eine Damenbinde.

Noch im Jahre 1987 konnte an der Socke ein Blut-Speichelgemisch mit Merkmalen der Blutformel des Opfers festgestellt werden. Im Jahre 1999 wurden an der Socke DNA-Merkmale des Angeklagten sowie sein vollständiges DYS-Merkmalenmuster nachgewiesen. Im Jahre 2008 gelang an dem Fesselungsmaterial im Bereich der Hand- und Fußfesseln die Bestimmung von DNA-Merkmalen des Angeklagten sowie seines vollständigen DYS-Musters. Dieses Muster wurde auch bei Spermatozoenköpfen nachgewiesen, die sich in Abstrichen aus Scheide und Enddarm des Opfers befanden. An der Slipeinlage waren keine Hinweise auf Sperma bzw. Zellen männlicher Herkunft festzustellen.

Der Angeklagte hat im Jahre 1987 bei der Polizei angegeben, er habe mit dem späteren Opfer gemeinsam die Diskothek verlassen und in seinem Auto einverständlich den Geschlechtsverkehr bis zum Samenerguss in die Scheide ausgeführt. Danach habe die Sechzehnjährige das Fahrzeug verlassen. Er habe sich schlecht gefühlt, weil er seine Freundin betrogen habe. Deshalb sei er mit dem Wagen herumgefahren. Später sei er zur Diskothek zurückgekehrt und mit seiner Freundin nach Hause gefahren.

Das Landgericht hat sich nicht davon zu überzeugen vermocht, dass der Angeklagte, der sich in der Hauptverhandlung nicht eingelassen hat, das Opfer getötet hat. Zur Begründung hat es im Wesentlichen darauf abgestellt, das DNA-Material des Angeklagten könne durch eine Sekundärübertragung an das Fesselungs-

material und die Socke gelangt sein. Mehrere Zeugen hätten bekundet, das Opfer in der fraglichen Nacht nach 1:45 Uhr gesehen zu haben. Die Angaben des Angeklagten zu einem einvernehmlichen Geschlechtsverkehr mit dem Opfer seien nicht zu widerlegen. Dies gelte auch, wenn man in Betracht ziehe, dass weder an der in der Nähe der Leiche gefundenen Slipeinlage noch an dem sichergestellten Slip Sperma oder sonstige Zellen männlicher Herkunft nachgewiesen werden konnten. Dies sei zwar zu erwarten gewesen, wenn der Slip oder die Slipeinlage nach dem einvernehmlichen Geschlechtsverkehr getragen worden wäre. Feststellungen hierzu hätten indes nicht getroffen werden können. Es sei nicht auszuschließen, dass das Opfer die Slipeinlage nach dem Geschlechtsverkehr gewechselt habe.

Die Staatsanwaltschaft hat die Vernehmung mehrerer Polizeibeamten zum Beweis für den Inhalt der Einlassung des Angeklagten bei seiner polizeilichen Vernehmung am 6. Juli 2008 beantragt. Das Landgericht hat diesen Antrag mit der Begründung zurückgewiesen, die Beweiserhebung sei "aus rechtlichen Gründen ohne Bedeutung". Es bestehe ein Beweisverwertungsverbot, weil der Angeklagte über seine Aussagefreiheit fehlerhaft belehrt worden sei. Der als Zeuge gehörte Vernehmungsbeamte S habe bestätigt, den Angeklagten den Angaben in dem Vernehmungsprotokoll entsprechend wie folgt belehrt zu haben: "Wie auch schon vor dem Vorgespräch, belehre ich dich hier noch einmal formell. Ich teile dir mit, dass du hier des Mordes an der A, begangen am 23.08.1987, beschuldigt wirst. Ich weise dich darauf hin, dass du hier als Beschuldigter vor der Polizei keine Angaben machen brauchst und jederzeit einen Rechtsanwalt mit der Wahrnehmung deiner Interessen beauftragen kannst." Diese Belehrung lege den Schluss nahe, dass der Beschuldigte zwar vor der Polizei keine Angaben machen müsse, vor einer anderen Stelle, wie der Staatsanwaltschaft oder dem Gericht aber doch. Die Strafkammer vermöge nicht auszuschließen, dass der Entschluss des Beschuldigten, bei der Polizei Angaben zu machen, von der Erwägung beeinflusst gewesen sei, dass er letztlich eben doch Angaben machen müsse.

Aus den Gründen:

Das Landgericht hat den Angeklagten vom Vorwurf des Mordes aus tatsächlichen Gründen freigesprochen. Hiergegen richtet sich die Revision der Staatsanwaltschaft, die die Zurückweisung eines Beweisantrags beanstandet und mit der Rüge der Verletzung materiellen Rechts die Beweiswürdigung des Landgerichts angreift. Das vom Generalbundesanwalt vertretene Rechtsmittel hat mit der Verfahrensrüge Erfolg. [...]

I. Zur Verfahrensrüge

[7 - 9] Die Revision dringt mit der - entgegen der Auf-

fassung der Verteidigung unter Wahrung der sich aus § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO ergebenden Anforderungen in zulässiger Weise erhobenen - Rüge der Verletzung des § 244 Abs. 3 Satz 2 StPO durch; denn das Landgericht hat einen Beweisantrag der Staatsanwaltschaft rechtsfehlerhaft zurückgewiesen. [...]

2. Beweisverwertungsverbot ist Ablehnungsgrund gem. § 244 III 1 StPO und nicht gem. § 244 III 2 2. Fall StPO

[10] Rechtsfehlerhaft ist bereits die Annahme des Landgerichts, ein Beweisverwertungsverbot führe dazu, dass die begehrte Beweiserhebung aus rechtlichen Gründen ohne Bedeutung und deshalb der Ablehnungsgrund nach § 244 Abs. 3 Satz 2 2. Alt. StPO gegeben sei. Eine Tatsache ist aus Rechtsgründen zunächst dann ohne Bedeutung, wenn sie weder allein noch in Verbindung mit weiteren Tatsachen geeignet ist, unmittelbar ein Tatbestandsmerkmal des dem Angeklagten vorgeworfenen Delikts auszufüllen oder für den Rechtsfolgenausspruch direkt Relevanz zu gewinnen (Fischer in KK 6. Aufl. § 244 Rdn. 142), oder darüber hinaus eine Verurteilung schon aus anderen - bereits erwiesenen - Gründen nicht möglich ist, etwa wegen Vorliegens von Prozesshindernissen, Strafausschließungs- oder Strafaufhebungsgründen (Meyer-Goßner, StPO 52. Aufl. § 244 Rdn. 55). Ein solcher Fall liegt hier nicht vor. Ein Beweisverwertungsverbot führt vielmehr zur Unzulässigkeit der beantragten Beweiserhebung und damit zu dem zwingenden Ablehnungsgrund des § 244 Abs. 3 Satz 1 StPO.

3. Zum Fehlen eines Beweisverwertungsverbots im vorliegenden Fall

[11] Die von der Staatsanwaltschaft begehrte Beweiserhebung war hier nicht unzulässig; denn ein Beweisverwertungsverbot bestand nicht. Zwar begründet eine unterbliebene Beschuldigtenbelehrung grundsätzlich ein Verwertungsverbot für Äußerungen, die der Beschuldigte in der ohne Belehrung durchgeführten Vernehmung gemacht hat (BGHSt 38, 214, 218 ff.); auch fehlerhafte Belehrungen können je nach Gestaltung des Einzelfalls dazu führen, dass die Einlassung unverwertbar ist. Jedoch wurde der Angeklagte hier vor seiner polizeilichen Aussage ordnungsgemäß über seine Aussagefreiheit belehrt.

a) Zu den Anforderungen an eine Belehrung gem. §§ 136 I 2, 163a IV 2 StPO

[12] Die Anforderungen an die der Polizei bei der Vernehmung des Beschuldigten nach § 163 a Abs. 4 Satz 2 StPO obliegende Belehrung über seine Aussagefreiheit entsprechen denjenigen an eine richterlichen Vernehmung nach § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO. Deshalb gilt:

[13] Durch die Belehrung über seine Aussagefreiheit

soll gegenüber dem Beschuldigten eindeutig klargestellt werden, dass es ihm freisteht, nicht auszusagen, obwohl ihn ein Richter, Staatsanwalt oder Polizeibeamter in amtlicher Eigenschaft befragt. Das Belehrungsgebot will sicherstellen, dass der Beschuldigte vor der irrtümlichen Annahme einer Aussagepflicht bewahrt wird, zu der er möglicherweise gerade durch die Konfrontation mit dem amtlichen Auskunftsverlangen veranlasst werden könnte (BGHSt 42, 139, 147). Für den Regelfall empfiehlt es sich zwar, die Belehrung in den Worten des § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO zu erteilen. Zwingend ist dies indes nicht. Es stellt vielmehr nicht ohne Weiteres einen Verfahrensfehler dar, wenn die Worte des Gesetzes nicht benutzt werden. Maßgebend ist, dass die Belehrung dem Beschuldigten Klarheit über seine Aussagefreiheit verschafft und eine diesbezügliche etwaige Fehlvorstellung ausschließt (BGH NJW 1966, 1718, 1719 zur Belehrung nach § 243 Abs. 4 Satz 1 StPO aF; Meyer-Goßner, StPO 52. Aufl. § 136 Rdn. 8; Rogall in SK-StPO § 136 Rdn. 33).

b) Zur Erfüllung dieser Anforderungen im vorliegenden Fall

[14] Diesen Anforderungen ist hier Genüge getan. Die Auslegung der von dem Polizeibeamten verwendeten Belehrungsformel ergibt, dass Unklarheiten darüber, dass es dem Angeklagten freistand, in der anschließenden polizeilichen Vernehmung Angaben zu machen oder dies zu unterlassen, nicht auftreten konnten. Der Wortlaut ist insoweit eindeutig; dem entgegen stehende Umstände sind nicht ersichtlich. Für die Annahme des Landgerichts, wegen der - über den Gesetzeswortlaut hinausgehenden - Wendung "hier als Beschuldigter vor der Polizei" sei die Möglichkeit nicht auszuschließen, der Angeklagte habe dies dahin missverstehen können, in einer späteren Vernehmung durch einen Staatsanwalt oder Richter doch zur Aussage verpflichtet zu sein und aus diesem Grund bereits bei der Polizei Angaben gemacht, bestehen auf der Grundlage des festgestellten Sachverhalts keine zureichenden tatsächlichen Anhaltspunkte. Der Wortlaut der Belehrung trägt diese Schlussfolgerung nicht. Weitere tatsächliche Umstände, die auf einen derartigen Gehalt der erteilten Belehrung hindeuten könnten, werden von der Strafkammer nicht aufgezeigt; sie sind auch ansonsten nicht ersichtlich. Unter diesen Umständen erweist sich die Erwägung der Strafkammer als reine Spekulation. Es ist vielmehr davon auszugehen, dass der Angeklagte in einer Art und Weise belehrt worden ist, die bei ihm einen Zweifel oder ein Missverständnis über Bedeutung und Umfang seiner Aussagefreiheit nicht aufkommen ließ.

4. Zum Beruhen des Urteils auf dem Fehler

[15] Das Urteil beruht auf dem aufgezeigten Verfah-

rensfehler (§ 337 StPO). Ausweislich des in dem Beweisanspruch angeführten Protokolls hat der Angeklagte in der Vernehmung vom 6. Juli 2008 unter anderem auf die Fragen, ob er A getötet habe, geantwortet "Nein. Ich kann es mir nicht vorstellen." und "Ich kann mir das nicht vorstellen und ich glaube es auch nicht." Auf die Frage, ob er sicher sei, nach dem Genuss von Alkohol und LSD noch Herr seiner Sinne gewesen zu sein, hat der Angeklagte angegeben "Keine Ahnung." Die Frage, ob es sein könne, dass er das Opfer ermordet habe und sich wegen des Drogenkonsums jetzt nicht daran erinnere, hat er unter anderem wie folgt beantwortet "Es könnte sein, ich kann es nicht ausschließen, es passt nicht in meine zeitliche Reihenfolge." Danach ist es nicht ausgeschlossen, dass das Landgericht sich davon überzeugt hätte, der Angeklagte habe das Opfer getötet, wenn sich diese Angaben in der Beweisaufnahme bestätigt hätten und die Strafkammer sie in ihre Beweiswürdigung einbezogen hätte.

II. Zur Sachrüge, insb. zur Beweiswürdigung

[16] Danach kommt es auf die Begründetheit der Sachrüge nicht mehr an. Der Senat muss deshalb nicht entscheiden, ob die Beweiswürdigung des Landgerichts nach den Maßstäben revisionsgerichtlicher Überprüfung (BGH NJW 2005, 2322, 2326) durchgreifende Rechtsfehler enthält. Er weist jedoch darauf hin, dass die Beweiswürdigung in dem angefochtenen Urteil folgenden rechtlichen Bedenken unterliegt:

1. Keine Würdigung des Fundorts des Spermas

[17] Das Landgericht hat sich mit dem schwerwiegenden Verdachtsmoment nicht auseinandergesetzt, dass Spermatozoenköpfe des Angeklagten nicht nur im Bereich der Scheide, sondern auch des Enddarms des Opfers gefunden wurden, obwohl der Angeklagte im Jahre 1987 bei seiner polizeilichen Vernehmung angegeben hat, mit dem späteren Opfer lediglich den vaginalen, nicht aber den analen Geschlechtsverkehr ausgeführt zu haben.

2. Keine Würdigung des Fehlens von Spermaspuren im Fahrzeug

[18] Die Strafkammer hat nicht erörtert, dass bei einer Untersuchung des Fahrzeuginneren mittels UV-Licht keine sichtbaren Anhaftungen von Sperma gefunden wurden, obwohl der Angeklagte nach seinen polizeilichen Angaben mit dem auf dem Beifahrersitz liegenden späteren Opfer ungeschützt den Geschlechtsverkehr bis zum Samenerguss ausgeführt haben will und für eine Reinigung des Fahrzeugs nach der Tatnacht sprechende Anzeichen nicht festgestellt wurden.

3. Keine ausreichende Beweiswürdigung

[19] Das Tatgericht hat nicht in die Beweiswürdigung

eingestellt, dass der Angeklagte mit dem Opfer intim bekannt war, zwei weiteren früheren Freundinnen einvernehmlich die Hände fesselte, bevor er mit ihnen sexuell verkehrte, und das Opfer lebend gefesselt wurde, ohne dass Abwehrspuren festzustellen waren.

4. Unterstellung eines lebensfernen Sachverhalts

[20] Bei seinen Erwägungen zur Möglichkeit der Sekundärübertragung von DNA-Material des Angeklagten - insbesondere auf die viereinhalb Meter von der Leiche entfernt aufgefundene Socke, obwohl diese nach den Feststellungen bei der gerichtsmedizinischen Untersuchung von dem Obduzenten nicht berührt wurde - hat das Landgericht zu Gunsten des Angeklagten ohne ausreichende tatsächliche Anhaltspunkte einen zwar theoretisch denkbaren, aber nicht lebensnahen Sachverhalt unterstellt (Meyer-Goßner aaO § 261 Rdn. 16, 38).

5. Keine ausreichende Würdigung der gefundenen Slipeinlage

[21] Die mehrdeutige Erwägung des Landgerichts, es sei nicht auszuschließen, dass das Opfer die Slipeinlage nach dem Geschlechtsverkehr gewechselt habe, entbehrt nach den bisherigen Feststellungen einer tragfähigen Grundlage. Sollte das Landgericht gemeint haben, die aufgefundene Slipeinlage sei von dem Opfer erst nach dem Geschlechtsverkehr getragen worden, hätten nach den Ausführungen des Sachverständi-

gen, denen die Strafkammer folgt, an dieser Spermaspuren des Angeklagten vorhanden sein müssen. Sollten die Ausführungen des Landgerichts dahin zu verstehen sein, dass das Opfer die aufgefundene Slipeinlage vor dem Geschlechtsverkehr mit dem Angeklagten trug, hätte die Strafkammer in ihre Erwägungen einbeziehen müssen, dass sich an dem Fundort der Leiche nur diese Slipeinlage, nicht aber jene befand, welche das Opfer nach dem unterstellten Wechsel verwendete, und an dem aufgefundenen Slip ebenfalls keine Spermaspuren gefunden wurden.

6. Keine Gesamtwürdigung der festgestellten Beweistatsachen

[22] Schließlich hat das Landgericht keine Gesamtwürdigung aller relevanten Umstände vorgenommen, sondern sich darauf beschränkt, die einzelnen Beweistatsachen jeweils gesondert zu erörtern und auf ihren jeweiligen Beweiswert zu prüfen, obwohl zahlreiche gewichtige, für und gegen die Täterschaft des Angeklagten sprechende Beweisanzeichen vorlagen (BGHR StPO § 261 Beweismwürdigung, unzureichende 1; BGH NStZ 2002, 48; Meyer-Goßner aaO § 267 Rdn. 33).

III. Zurückverweisung

[23] Der Senat macht von der Möglichkeit des § 354 Abs. 2 Satz 1 2. Alt. StPO Gebrauch und verweist die Sache an das Landgericht Verden zurück.

Standort: § 81a II StPO

Problem: Verkennung des Richtervorbehalts

BVERFG, BESCHLUSS VOM 11.06.2010
2 BvR 1046/08 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Der Ehemann der Beschwerdeführerin, der von dieser getrennt lebte, rief die Polizei an und meldete dort, dass seine Frau mit ihrem Pkw gefahren sei, obwohl sie nach Alkohol gerochen habe. Daraufhin begaben sich Polizeibeamte zur Wohnung der Beschwerdeführerin, wo sie deren Pkw vorfanden. Da die Beschwerdeführerin die Wohnungstür nicht öffnete, besorgten sich die Polizisten beim Vermieter einen Nachschlüssel und drangen in die Wohnung ein. Nachdem ein Atemluftalkoholtest bei der Beschwerdeführerin positiv ausgefallen war, wurde sie auf ein Polizeirevier gebracht, wo die Polizeibeamten eine Blutentnahme anordneten, die durch einen Arzt durchgeführt wurde und eine Blutalkoholkonzentration von 1,69 ‰ ergab. Daraufhin wurde der Führerschein der Beschwerdeführerin sichergestellt.

Das Amtsgericht Schwabach erließ gegen die Beschwerdeführerin einen Strafbefehl wegen fahrlässiger

Trunkenheit im Verkehr, § 316 II StGB. Der Verteidiger der Beschwerdeführerin legte hiergegen Einspruch ein und beantragte die Herausgabe des Führerscheins sowie die Vernichtung der Blutproben, da sowohl bei der Durchsuchung der Wohnung als auch bei der Blutentnahme der Richtervorbehalt missachtet worden sei und die so erlangten Beweismittel deshalb nicht verwertet werden dürften. Diesen Antrag wies das AG Schwabach zurück und ordnete die vorläufige Entziehung der Fahrerlaubnis des Beschwerdeführerin und die Beschlagnahme ihres Führerscheins an, § 111a I, III StPO. Die hiergegen gerichtete Beschwerde wies das Landgericht Nürnberg-Fürth zurück. Es stelle keinen Fehler dar, dass die Polizisten vor der Anordnung der Durchsuchung der Wohnung und der körperlichen Untersuchung der Beschwerdeführerin entgegen §§ 105 I, 81a II StPO keine richterliche Anordnung eingeholt hätten, da hier Gefahr im Verzug und deshalb eine eigene Eilkompetenz der Polizisten bestanden habe. Die sei in Fällen wie dem vorliegen stets der Fall, da eine zeitnahe Blutentnahme generell zur Beweissicherung im Interesse einer effektiven Strafverfolgung erforderlich sei und eine Einschaltung des

Richters insofern zu einer nicht hinnehmbaren Verzögerung führe.

Die Beschwerdeführerin legte hiergegen Verfassungsbeschwerde ein, mit der sie insb. rügte, in ihrem Recht aus Art. 19 IV GG verletzt zu sein. Der Beschwerde gab das BVerfG teilweise statt. Hinsichtlich der Anordnung der Blutentnahme gem. § 81a II StPO stelle es eine Verletzung der Rechtsweggarantie gem. Art. 19 IV GG dar, dass das LG keine konkrete Einzelfallprüfung hinsichtlich des Vorliegens von Gefahr im Verzug durchgeführt habe.

Prüfungsrelevanz:

Die prozessuale Einleitung der im diesem Fall diskutierten Probleme über eine Verfassungsbeschwerde ist in einer strafrechtlichen Examensaufgabe nicht zu erwarten. Allerdings befasst sich das BVerfG in der vorliegenden Entscheidung vorrangig mit strafprozessualen und weniger mit verfassungsrechtlichen Fragestellungen. Die von ihm durchgeführte Prüfung der Voraussetzungen für eine Gefahr im Verzug i.S.v. § 81a II StPO und der sich hieraus ergebenden Eilkompetenz der Polizei zur Anordnung einer körperlichen Untersuchung des Beschuldigten sowie die vom BVerfG auch aufgeworfene Frage, ob im Falle einer irrigen Annahme einer solchen Kompetenz durch die Polizei ein Beweisverwertungsverbot hinsichtlich der so erlangten Beweismittel besteht, dürften aufgrund der Tatsache, dass diese Probleme in der letzten Zeit in der strafrechtlichen Rechtsprechung wiederholt - mit unterschiedlichen Ergebnissen - diskutiert wurden, eine sehr hohe Examensrelevanz haben. Gerade die Prüfung des Bestehens eines Beweisverwertungsverbotes gehört im zweiten Examen zu den Standardproblemen. Im ersten Examen sind solche Fragen häufiger Gegenstand von Zusatzfragen in Klausuren oder im Prüfungsgespräch.

Gem. § 81a I StPO können körperliche Untersuchungen des Beschuldigten, etwa die Entnahme einer Blutprobe, zur Feststellung verfahrensrelevanter Tatsachen angeordnet werden. Die entsprechende Anordnung ist gem. § 81a II StPO grundsätzlich von einem Richter zu treffen, bei Gefährdung des Untersuchungserfolgs durch Verzögerung ("Gefahr im Verzug") können dies aber auch die Staatsanwaltschaft oder deren Ermittlungspersonen, also insb. die Polizeibeamten (vgl. § 152 GVG).

In der Praxis ist § 81a StPO besonders wichtig, wenn es um die Entnahme einer Blutprobe zum Nachweis der Blutalkoholkonzentration wegen des Verdachts der Begehung einer Verkehrsstraftat gem. §§ 315c I Nr. 1a; 316 StGB geht. In solchen Fällen ist es bei der Polizei üblich, das Vorliegen von Gefahr im Verzug mit der Begründung anzunehmen, bei Alkoholstraftaten sei wegen des stetig fortschreitenden Alkoholab-

baus im Körper des Täters ein Abwarten bis zu einer richterlichen Entscheidung nicht tunlich, da bei einer längeren Zeitdauer bis zur Blutentnahme der Blutalkoholgehalt im Tatzeitpunkt und damit auch die Begehung der Straftat nicht mehr sicher nachweisbar seien (ähnlich Laschewski, NZV 2007, 581). Mit einer vergleichbaren Begründung hatte auch das LG Nürnberg-Fürth die Beschwerde der Beschwerdeführerin zurückgewiesen und außerdem betont, dass einem Richter in der Regel Schriftstücke als Grundlage seiner Entscheidung vorgelegt werden müssten, die in einem Fall wie dem vorliegenden noch gar nicht angefertigt worden seien. Auch stehe einem Richter eine gewisse Zeitspanne zu, um seine Entscheidung zu fällen, die er dann auch noch schriftlich niederlegen müsse, was eine weitere Verzögerung bewirke.

Die Rechtsprechung hat diese Argumentation jedoch - gerade in der jüngsten Vergangenheit - wiederholt als zu pauschal und deshalb falsch gewertet. Sie hat - ebenso wie das BVerfG in der vorliegenden Entscheidung - betont, dass § 81a II StPO stets eine Einzelfallentscheidung voraussetze (BVerfG, NJW 2007, 1345; OLG Bamberg, RA 2009, 529 = NJW 2009, 2146; OLG Hamm, RA 2009, 597 = NSTZ-RR 2009, 243). Das BVerfG stellt weiter klar, dass es aufgrund der im Rahmen von § 81a StPO zu prüfenden einfachen Voraussetzungen nicht stets erforderlich sei, dem Richter schriftliche Unterlagen vorzulegen und dieser die erforderliche Anordnung ja auch mündlich treffen könne, sodass eine erhebliche Verzögerung durch die Einholung einer richterlichen Anordnung eben nicht zu erwarten sei.

Im Falle des fehlerhaften Unterbleibens einer richterlichen Anordnung stellt sich weiter die Frage, ob die so erlangte Blutprobe einem Beweisverwertungsverbot unterliegt. In § 81a StPO selbst ist die Rechtsfolge bei einem Verstoß gegen die dort genannten Voraussetzungen nämlich nicht geregelt. Rechtsprechung und herrschende Literatur gehen jedoch davon aus, dass auch ohne ausdrückliche gesetzliche Anordnung die Verletzung einer Verfahrensvorschrift ein Verwertungsverbot hinsichtlich des so erlangten Beweismittels nach sich ziehen kann (sog. unselbstständiges Beweisverwertungsverbot, vgl. die Darstellung bei Meyer-Goßner, StPO, Einl. Rn. 55 f.). Allerdings führt nicht jeder Verfahrensverstoß automatisch zu einem Beweisverwertungsverbot (BVerfG, NSTZ 2006, 46; Meyer-Goßner, StPO, Einl. Rn. 55), sondern es ist nach den Umständen des Einzelfalls, insbesondere der Art der verletzten Vorschrift und dem Gewicht des Verfahrensverstößes sowie der Bedeutung der im Einzelfall betroffenen Rechtsgüter zu beurteilen, ob die verfahrenswidrig erlangten Beweismittel verwertbar sind (BVerfG, NJW 2008, 3053, 3054; BGHSt 51, 285, 290; OLG Hamburg, NJW 2008, 2597, 2598;

OLG Stuttgart, NStZ 2008, 238, 239). Diese Rechtsprechung setzt das BVerfG in der vorliegenden Entscheidung fort, ohne insofern eine Tendenz erkennen zu lassen. Dies ist bedauerlich, da die Strafgerichte je nach den Umständen des konkreten Einzelfalls in der Vergangenheit beim Verstoß gegen den Richtervorbehalt des § 81a II StPO teilweise vom Vorliegen eines Beweisverwertungsverbots ausgegangen waren (OLG Hamm, RA 2009, 597, 601 ff. = NStZ-RR 2009, 243) und teilweise ein solches verneint hatten (OLG Bamberg, RA 2009, 529, 533 ff. = NJW 2009, 2146, 2148 f.).

Vertiefungshinweise:

Zu § 81a II StPO: *BVerfG*, NJW 2007, 1345; NJW 2008, 3053; *OLG Bamberg*, RA 2009, 529; *OLG Celle*, NJW 2009, 3524; *OLG Hamm*, RA 2009, 597 = NStZ-RR 2009, 243; *OLG Karlsruhe*, StV 2009, 516; *OLG Oldenburg*, NJW 2009, 3591; *OLG Stuttgart*, NStZ 2008, 238; *LG Hamburg*, NZV 2008, 213; *Fikentscher/Dingelstadt*, NStZ 2009, 124; *Laschewski*, NZV 2008, 636; *Leipold/Beukelmann*, NJW 2008, 377; *Zopfs*, NJW 2009, 244

Leitsätze (der Redaktion):

1. Nach § 81a II StPO steht die Anordnung der Blutentnahme grundsätzlich dem Richter zu. Die Ermittlungsbehörden müssen zunächst regelmäßig versuchen, eine Anordnung des zuständigen Richters zu erlangen, bevor sie selbst eine Blutentnahme anordnen. Nur bei Gefährdung des Untersuchungserfolgs durch die mit der Einholung einer richterlichen Entscheidung einhergehenden Verzögerung besteht auch eine Anordnungskompetenz der Staatsanwaltschaft und - nachrangig - ihrer Ermittlungspersonen. Die Gefahrenlage muss dann mit auf den Einzelfall bezogenen Tatsachen begründet werden, die in den Ermittlungsakten zu dokumentieren sind, sofern die Dringlichkeit nicht evident ist.

2. Die Annahme, dass richterliche Eilentscheidungen generell nur nach Vorlage schriftlicher Unterlagen getroffen werden könnten und dass diese wegen des zur Prüfung des Sachverhalts sowie zur Erstellung des Beschlusses notwendigen Zeitraums zwangsläufig mit der Gefährdung des Untersuchungszwecks einherginge, würde dazu führen, dass Entscheidungen des Ermittlungsrichters zur Blutentnahme bei Verdacht auf Trunkenheit im Verkehr in der überwiegenden Zahl der Fälle nicht mehr erholt werden würden. Der Richtervorbehalt in § 81a Abs. 2 StPO würde bei rein abstrakter Bestimmung der Gefährdungslage im Regelfall bedeutungslos werden. Dies wird weder der gesetzlichen Intention noch der Bedeutung des Richtervor-

behalts für den Grundrechtsschutz des Einzelnen gerecht. Die Gefährdung des Untersuchungserfolgs durch die vorherige Einholung einer richterlichen Anordnung ist daher in jedem Einzelfall konkret zu überprüfen und festzustellen.

3. Die zu prüfenden tatsächlichen und rechtlichen Fragen bei § 81a StPO sind beim Verdacht einer alkoholbedingten Fahruntüchtigkeit in der Regel weniger komplex. In Ausnahmefällen kann deshalb die Anordnung durch den Richter auch lediglich mündlich erfolgen.

4. Der Verstoß gegen § 81a StPO gebietet es nicht zwingend, ein Verwertungsverbot hinsichtlich des gewonnenen Beweismittels anzunehmen. Dies ist im Einzelfall von dem dafür zuständigen Strafgericht zu prüfen.

Sachverhalt:

Am 21. Dezember 2007 (Freitag) gegen 17.12 Uhr verständigte der getrennt von der Beschwerdeführerin lebende Ehemann die Polizei, dass die Beschwerdeführerin mit ihrem PKW gefahren sei, obwohl sie nach Alkohol gerochen und glasige Augen gehabt habe. Er teilte mit, dass sie ein Alkoholproblem habe. Gegen 17.40 Uhr trafen Polizeibeamte bei der Wohnung der Beschwerdeführerin ein. Da die Beschwerdeführerin die Wohnungstür nicht öffnete, verschaffte sich ein Polizeibeamter bei der im Anwesen wohnenden Vermieterin einen Zweitschlüssel für die Wohnung der Beschwerdeführerin.

Die Beschwerdeführerin wurde nach einem Atemalkoholtest um 17.55 Uhr, bei dem ein Wert von 1,01 mg/l ermittelt wurde, zur Polizeiinspektion Feucht bei Nürnberg gebracht. Die Blutentnahme wurde von einem Polizeibeamten gegen 18.30 Uhr angeordnet und von einem Arzt um 18.40 Uhr beziehungsweise 19.04 Uhr durchgeführt. Die Proben ergaben eine Blutalkoholkonzentration von 1,69 ‰ und 1,56 ‰. Der Führerschein wurde sichergestellt. Die Beschwerdeführerin gab an, nach ihrer Fahrt keinen weiteren Alkohol zu sich genommen zu haben.

Der Ehemann wurde an diesem Tag gegen 18.13 Uhr als Zeuge vernommen. Er sagte aus, dass er wegen der erheblichen Parfümierung zwar keinen Alkoholgeruch wahrgenommen, allerdings auffällig glasige Augen gesehen habe. Er habe daraufhin den gemeinsamen Sohn nicht an seine Frau übergeben. Er übergab den Ermittlungsbeamten eine gerichtlich protokollierte Umgangsvereinbarung vom 10. März 2006, in der sich die Beschwerdeführerin verpflichtet hatte, während der Anwesenheit des Kindes keinen Alkohol zu sich zu nehmen und das Kind auch nicht im alkoholisierten Zustand abzuholen. Außerdem sagte die Beschwerdeführerin in der Vereinbarung zu, eine Alkoholtherapie durchzuführen.

Das Amtsgericht Schwabach erließ am 13. Februar

2008 einen Strafbefehl wegen fahrlässiger Trunkenheit im Verkehr. Hiergegen legte die Beschwerdeführerin Einspruch ein.

Mit Schriftsatz vom 28. Februar 2008 beantragte der Verteidiger der Beschwerdeführerin beim Amtsgericht Schwabach die Herausgabe des Führerscheins sowie die Feststellung, dass die Durchsuchung und die Blutentnahme rechtswidrig gewesen seien. Ferner beantragte er die Vernichtung der an diesem Tag entnommenen Blutproben. Die Anträge wurden auf die Verletzung von Art. 13 GG, Art. 19 Abs. 4 GG und Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG gestützt. Der Richtervorbehalt sei missachtet worden. Gefahr im Verzug habe nicht vorgelegen. Eine entsprechende Dokumentation fehle. Es habe kein ausreichender Tatverdacht für die Maßnahmen bestanden. Wegen des schwerwiegenden Verstoßes gegen die genannten Grundrechte bestehe ein Verwertungsverbot. Im Übrigen habe die Beschwerdeführerin nach der Fahrt und vor dem

Eintreffen der Polizei eine Flasche Rotwein getrunken.

Mit Beschluss vom 12. März 2008 entzog das Amtsgericht Schwabach gemäß § 111a Abs. 1 StPO vorläufig die Fahrerlaubnis und bestätigte die Beschlagnahme des Führerscheins nach § 111a Abs. 3 StPO. Zugleich wurde die Rechtmäßigkeit der Durchsuchung und der Blutentnahme festgestellt. Der Antrag auf Vernichtung der Blutproben wurde zurückgewiesen.

Nach den bisherigen Ermittlungen bestehe ein hinreichender Tatverdacht wegen fahrlässiger Trunkenheit im Verkehr. Die Behauptung eines Nachtrunkes widerspreche den von der Beschwerdeführerin bei der Entnahme der Blutprobe gemachten Angaben.

Gefahr im Verzug habe sowohl hinsichtlich der Durchsuchung als auch der Blutentnahme bestanden. Wegen der von der Rechtsprechung festgelegten Grenzwerte für die absolute Fahruntüchtigkeit sei die exakte und zeitnahe Feststellung der Blutalkoholkonzentration von zentraler Bedeutung. Jede Verzögerung führe insoweit zu Ungenauigkeiten bei der Rückrechnung. Die richterliche Anordnung habe wegen dieses Zeitdrucks nicht eingeholt werden können, ohne den Zweck der Maßnahmen zu gefährden.

Eine Dokumentation sei nicht erforderlich gewesen, da mit der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts von einer solchen abgesehen werden könne, wenn die Voraussetzungen für die Eilmaßnahmen offenkundig seien. Dies sei bei Trunkenheitsfahrten der Fall.

Die Beschwerde wurde vom Landgericht Nürnberg-Fürth mit Beschluss vom 28. April 2008 als unbegründet verworfen.

Ein ausreichender Tatverdacht habe nach dem Hinweis des Ehemanns der Beschwerdeführerin bestanden.

Die Dokumentation des Sachverhalts in den polizeili-

chen Vermerken vom 21. und 22. Dezember 2008 befinde sich in den Ermittlungsakten und sei zeitnah gefertigt worden.

Unmittelbar nach der Anzeige des Ehegatten sei für die Polizeibeamten noch nicht absehbar gewesen, dass eine richterliche Anordnung der Durchsuchung erforderlich werden würde. Die Notwendigkeit einer Durchsuchung habe sich erst unmittelbar nach Eintreffen bei der Wohnung gegen 17.40 Uhr gestellt, als der PKW der Beschwerdeführerin aufgefunden worden sei und die Beschwerdeführerin die Wohnungstür nicht geöffnet habe. Zu diesem Zeitpunkt habe die Gefahr bestanden, dass die Beschwerdeführerin den Untersuchungserfolg durch einen Nachtrunk gefährden würde. Diese Gefahr sei offensichtlich gewesen und auch dokumentiert worden.

Die Notwendigkeit der Blutentnahme habe sich erst gegen 18.15 Uhr ergeben. Nach dem Atemalkoholtest musste die Beschwerdeführerin auf die Polizeiinspektion verbracht werden, wobei aufgrund der Fahrtstrecke von einem Eintreffen in der Polizeiinspektion gegen 18.15 Uhr auszugehen sei. Zu dieser Zeit sei der Ehemann in seiner Wohnung als Zeuge vernommen worden. Erst nach Abschluss dieser Vernehmung sei die Einschätzung des polizeilichen Sachbearbeiters, dass eine Blutprobe entnommen werden müsse, zu erwarten gewesen. Zu diesem Zeitpunkt hätte die Einholung einer richterlichen Anordnung der Blutentnahme den Ermittlungserfolg gefährdet. Die zeitnahe Blutentnahme sei generell zur Beweissicherung im Interesse einer effektiven Strafverfolgung erforderlich. Schließlich weist das Landgericht darauf hin, dass, obwohl richterliche Anordnungen auch mündlich, telefonisch oder per Telefax ergehen könnten, eine eigenständige richterliche Entscheidung in der Regel nur aufgrund schriftlicher Unterlagen ergehen dürfe, auf die sich der Richter in der Prüfung stützen und berufen könne. Es sei dem Richter auch eine angemessene Prüfungszeit zuzubilligen. Die richterliche Entscheidung sei zudem gemäß § 34, § 35 Abs. 2 StPO im Regelfall schriftlich zu begründen und bekannt zu geben. Selbst zur Tageszeit an einem Wochentag seien damit notwendigerweise Zeitverzögerungen verbunden, die eine nicht hinnehmbare Verzögerung der Untersuchungshandlung bedeuteten.

Am 20. März 2008 wurde die Beschwerdeführerin wegen fahrlässiger Trunkenheit im Verkehr zu einer Geldstrafe verurteilt. Die Fahrerlaubnis wurde entzogen und eine Sperrfrist für die Wiedererlangung der Fahrerlaubnis von sechs Monaten ausgesprochen.

In der Berufungsverhandlung vom 21. Oktober 2008 wurde das Strafverfahren mit Zustimmung der Staatsanwaltschaft gemäß § 153a Abs. 2 StPO gegen die Zahlung einer Geldauflage vorläufig eingestellt. Der Beschluss, mit dem die vorläufige Einziehung der Fahrerlaubnis angeordnet worden war, wurde aufge-

hoben. Nach Zahlung der Geldauflage wurde das Verfahren mit Beschluss vom 8. April 2009 endgültig eingestellt.

Aus den Gründen:

A. Inhalt der Verfassungsbeschwerde

[1 - 17] Die Verfassungsbeschwerde betrifft die Durchsuchung einer Wohnung und die Anordnung einer Blutentnahme ohne richterliche Anordnung aufgrund von Gefahr im Verzug. [...]

II. Rechtsauffassung der Beschwerdeführerin

[18] Die Beschwerdeführerin beruft sich auf ihre Grundrechte aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG, Art. 13 Abs. 1 und Abs. 2 GG sowie aus Art. 19 Abs. 4 GG.

[19] Das Landgericht nehme den Tatverdacht aufgrund der Aussage des Ehemanns unkritisch an. Der Richtervorbehalt sei missachtet worden, weil keine Gefahr im Verzug bestanden habe. Es sei nicht einmal der Versuch unternommen worden, eine richterliche Entscheidung herbeizuführen. Das Landgericht verkenne, dass die Dokumentation der Durchsuchung nicht auf eigenen Beobachtungen der Polizeibeamtin beruhe, weil diese erst nach Betreten der Wohnung dort eingetroffen sei. Aufgrund der unzureichenden Dokumentation der Umstände, die das Vorliegen der Gefahr im Verzug begründen könnten, sei die nachträgliche richterliche Kontrolle erschwert. Unabhängig von dieser Frage sei die Durchsuchung wegen des nur schwachen Tatverdachts und der Schwere des Eingriffs nicht zulässig gewesen.

[20] Hinsichtlich der Blutentnahme habe ausreichend Zeit bestanden, eine richterliche beziehungsweise staatsanwaltschaftliche Weisung zu erhalten.

III. Stellungnahme des Bayerischen Justizministeriums

[21] Das Bayerische Staatsministerium der Justiz und für Verbraucherschutz hält die Verfassungsbeschwerde für unzulässig und unbegründet. Sie sei wegen der Einstellung des Strafverfahrens mangels Rechtsschutzbedürfnisses unzulässig. Die Blutentnahme stelle zudem keinen gravierenden Eingriff in Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG dar. Im Übrigen habe die Eilzuständigkeit der Ermittlungsbehörden für die Durchsuchung und die Anordnung der Blutentnahme in evidenter Weise bestanden, so dass eine Dokumentation entbehrlich gewesen sei.

[22] Dem Bundesverfassungsgericht haben die Akten der Staatsanwaltschaft Nürnberg-Fürth vorgelegen.

B. Entscheidung des BVerfG

[23] Die Kammer nimmt die Verfassungsbeschwerde zur Entscheidung an, weil dies zur Durchsetzung der Grundrechte der Beschwerdeführerin angezeigt ist (§ 93a Abs. 2 Buchstabe b BVerfGG), und gibt ihr teil-

weise statt. Zu dieser Entscheidung ist sie berufen, weil die maßgeblichen verfassungsrechtlichen Fragen bereits durch das Bundesverfassungsgericht entschieden sind (vgl. BVerfGE 96, 44 <51 ff.>; 103, 142 <150 ff.>; BVerfGK 10, 270 <271 f.>) und die Verfassungsbeschwerde teilweise zulässig und begründet ist (§ 93b Satz 1 i.V.m. § 93c Abs. 1 Satz 1 BVerfGG).

I. Zur Verletzung des Grundrechts der Beschwerdeführerin aus Art. 19 IV GG

[24] Die angegriffenen Entscheidungen der Gerichte verletzen die Beschwerdeführerin in ihrem Recht aus Art. 19 Abs. 4 GG, soweit sie das Bestehen der polizeilichen Eilkompetenz mit einer Begründung angenommen haben, die den einfachrechtlichen Richtervorbehalt des § 81a Abs. 2 StPO bei Blutentnahmen zur Feststellung der Blutalkoholkonzentration im Regelfall "leer laufen" lassen würden. Die Erledigung des Eingriffs steht dem Rechtsschutzbedürfnis und damit der Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde nicht entgegen (vgl. BVerfGK 10, 270 <272>).

[25] Das Recht auf effektiven Rechtsschutz garantiert bei Rechtsverletzungen durch die öffentliche Gewalt den Zugang zu den Gerichten, die Prüfung des Streitbegehrens in einem förmlichen Verfahren sowie die verbindliche gerichtliche Entscheidung. Art. 19 Abs. 4 GG umfasst zwar nicht das Recht auf Überprüfung der richterlichen Entscheidung; sehen die Prozessordnungen allerdings eine weitere gerichtliche Instanz vor, so sichert Art. 19 Abs. 4 GG die Effektivität des Rechtsschutzes auch insoweit (vgl. BVerfGE 107, 395 <401 ff.> m.w.N.). Die Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes ist nur dann gegeben, wenn das zur nachträglichen Überprüfung berufene Gericht die Voraussetzungen des Exekutivakts vollständig eigenverantwortlich nachprüft. Jedenfalls soweit das Handeln der Exekutive auf der Inanspruchnahme einer originär gerichtlichen Eingriffsbefugnis beruht, erstreckt sich das Gebot effektiven Rechtsschutzes in diesen Fällen auch auf Dokumentations- und Begründungspflichten der anordnenden Stelle, die eine umfassende und eigenständige nachträgliche gerichtliche Überprüfung der Anordnungsvoraussetzungen ermöglichen sollen. Kommt die anordnende Stelle diesen Pflichten nicht nach oder lässt das überprüfende Gericht den gerichtlichen Rechtsschutz "leer laufen", indem es dem Betroffenen eine eigene Sachprüfung versagt, kann dies eine Verletzung von Art. 19 Abs. 4 GG begründen (vgl. BVerfGE 103, 142 <156 ff.>; BVerfGK 2, 310 <315 f.>; 10, 270 <272 f.>; 12, 374 <376 f.>). Diese Maßstäbe gelten grundsätzlich auch für Maßnahmen, die nicht - wie die Wohnungsdurchsuchung - einem verfassungsrechtlichen, sondern nur einem einfachgesetzlichen Richtervorbehalt unterliegen (vgl. BVerfGK 5, 74 <81>; 10, 270 <272 f.>; 12, 374 <376

f.>).

[26] Auch im Fall der Blutentnahme nach § 81a Abs. 1 und Abs. 2 StPO muss eine effektive nachträgliche Kontrolle der nichtrichterlichen Eilanordnung gewährleistet sein (vgl. BVerfGK 10, 270 <273>; 12, 374 <376 f.>). Nach § 81a Abs. 2 StPO steht die Anordnung der Blutentnahme grundsätzlich dem Richter zu (vgl. BVerfGK 10, 270 <274>). Der Richtervorbehalt zielt auf eine vorbeugende Kontrolle der konkreten strafprozessualen Maßnahme durch eine unabhängige und neutrale Instanz (vgl. BVerfGE 96, 44 <51 ff.>; 103, 142 <151>; BVerfGK 10, 270 <273 f.>). Die Ermittlungsbehörden müssen zunächst regelmäßig versuchen, eine Anordnung des zuständigen Richters zu erlangen, bevor sie selbst eine Blutentnahme anordnen. Nur bei Gefährdung des Untersuchungserfolgs durch die mit der Einholung einer richterlichen Entscheidung einhergehenden Verzögerung besteht auch eine Anordnungscompetenz der Staatsanwaltschaft und - nachrangig - ihrer Ermittlungspersonen (vgl. BVerfGK 10, 270 <274>). Die Gefahrenlage muss dann mit auf den Einzelfall bezogenen Tatsachen begründet werden, die in den Ermittlungsakten zu dokumentieren sind, sofern die Dringlichkeit nicht evident ist (vgl. BVerfGK 10, 270 <274>).

[27] Die Fachgerichte haben den Prüfungsauftrag nicht in einer diesen Anforderungen gerecht werden Weise wahrgenommen. Insbesondere das Landgericht erschöpft die Prüfung im Wesentlichen mit der Darlegung seiner generalisierenden Rechtsauffassung zur Gefährdung der Beweissicherung bei der Feststellung der Blutalkoholkonzentration. Die weitere Annahme des Landgerichts, dass richterliche Eilentscheidungen generell nur nach Vorlage schriftlicher Unterlagen getroffen werden könnten und dass diese wegen des zur Prüfung des Sachverhalts sowie zur Erstellung des Beschlusses notwendigen Zeitraums zwangsläufig mit der Gefährdung des Untersuchungszwecks einhergingen, würde dazu führen, dass Entscheidungen des Ermittlungsrichters zur Blutentnahme bei Verdacht auf Trunkenheit im Verkehr in der überwiegenden Zahl der Fälle nicht mehr erholt werden würden. Der Richtervorbehalt in § 81a Abs. 2 StPO würde bei rein abstrakter Bestimmung der Gefährdungslage im Regelfall bedeutungslos werden. Dies wird weder der gesetzlichen Intention noch der Bedeutung des Richtervorbehalts für den Grundrechtsschutz des Einzelnen gerecht (vgl. dazu OLG Stuttgart, Beschluss vom 26. November 2007 - 1 Ss 532/07 -, NStZ 2008, S. 238; Thüringer Oberlandesgericht, Beschluss vom 25. November 2008 - 1 Ss 230/08 -, juris Rn. 18 ff.; OLG Bamberg, Beschluss vom 19. März 2009 - 2 Ss 15/09 -, NJW 2009, S. 2146 <2147 f.>; OLG Hamm, Beschluss vom 28. April 2009 - 2 Ss 117/09 -, juris Rn. 17 ff.; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 2. Juni 2009 - 1 Ss 183/08 -, StV 2009, 516 <517>; OLG Celle, Be-

schluss vom 6. August 2009 - 32 Ss 94/09 -, NJW 2009, S. 3524 <3525>; OLG Celle, Beschluss vom 15. September 2009 - 322 SsBs 197/09 -, juris Rn. 9 ff.; OLG Oldenburg, Beschluss vom 12. Oktober 2009 - 2 SsBs 149/09 -, NJW 2009, S. 3591 <3592>; OLG Frankfurt, Beschluss vom 14. Oktober 2009 - 1 Ss 310/09 -, juris Rn. 8; a.A.: LG Hamburg, Beschluss vom 12. November 2007 - 603 Qs 470/07 -, NZV 2008, S. 213 <214 f.>). Die Gefährdung des Untersuchungserfolgs durch die vorherige Einholung einer richterlichen Anordnung ist daher in jedem Einzelfall konkret zu überprüfen und festzustellen.

[28] Die Beschwerdeführerin hat ihrerseits hinreichend substantiiert vorgetragen, dass eine Gefährdung des Untersuchungserfolgs bei Erholung einer richterlichen Anordnung nicht zu befürchten gewesen wäre. Die Gerichte hätten dieses konkrete Vorbringen würdigen müssen.

[29] Die Annahme des Landgerichts, dass sich die Notwendigkeit der Blutentnahme erst nach der Zeugenaussage des Ehemannes und dem Eintreffen auf der Polizeiinspektion gegen 18.15 Uhr gezeigt habe, lässt wesentliche Tatsachen außer Acht. Das Gericht prüft nicht, ob von dem Ermittlungsrichter eine kurze schriftliche Entscheidung unter Einschaltung der Staatsanwaltschaft auch ohne schriftliche Antragsunterlagen in einem angemessenen Zeitraum hätte erwartet werden können und abgewartet werden müssen. Die Erforderlichkeit der Blutentnahme stellte sich bereits unmittelbar nach dem Atemalkoholtest gegen 17.55 Uhr heraus. Auf die Zeugenvernehmung des Ehemanns kam es zu diesem Zeitpunkt nicht mehr entscheidend an, da sich der Tatverdacht bereits aus dessen Anruf bei der Polizeiinspektion und dem Atemalkoholtest ergeben hatte. Von diesem Zeitpunkt an bis zur Anordnung der Blutentnahme gegen 18.30 Uhr und deren Durchführung gegen 18.40 Uhr hätte ausreichend Zeit für den Versuch bestanden, eine richterliche Anordnung oder zumindest eine staatsanwaltliche Weisung zu erhalten, ohne den Ermittlungserfolg zu gefährden.

[30] Das Gericht prüft auch nicht, ob der Zeitraum zwischen 17.55 Uhr und 18.30 Uhr für den Ermittlungsrichter ausgereicht hätte, um eine eigenständige Prüfung des Sachverhalts durchzuführen, einen kurzen Beschluss zu verfassen und diesen zu übermitteln. Im Gegensatz zu einer Durchsuchung sind die zu prüfenden tatsächlichen und rechtlichen Fragen bei § 81a StPO beim Verdacht einer alkoholbedingten Fahruntüchtigkeit in der Regel weniger komplex. Im vorliegenden Fall gilt dies insbesondere für die Beurteilung des Tatverdachts, nachdem bereits ein Atemalkoholwert und ein klares Ermittlungsbild vorlag, aber auch für die Prüfung der Verhältnismäßigkeit. In Ausnahmefällen kann die Anordnung durch den Richter auch lediglich mündlich erfolgen (vgl. BVerfG, Beschluss

der 3. Kammer des Zweiten Senats vom 23. Juli 2007 - 2 BvR 2267/06 -, juris). Ferner dürfte davon auszugehen sein, dass an einem Werktag zur Tagzeit noch ein Ermittlungsrichter, zumindest aber noch ein richterlicher Eil- oder Notdienst im Bezirk des Landgerichts Nürnberg-Fürth zu erreichen gewesen sein wäre (vgl. BVerfGE 103, 142 <156>; BVerfGK 9, 287 <290>). Ob in diesem Einzelfall gleichwohl eine erhebliche Verzögerung durch die Einholung einer richterlichen Anordnung hätte eintreten können (z.B. wegen vorrangiger Eilentscheidungen), kann nicht beurteilt werden, da die Beamten schon keinen Versuch unternommen haben, einen richterlichen Beschluss zu erholen.

[31] In den Entscheidungen wird auch nicht thematisiert, ob die Ermittlungsbehörden sich zunächst um eine richterliche Entscheidung und nachrangig um eine staatsanwaltschaftliche Weisung bemühen mussten. In den Ermittlungsakten, insbesondere in dem Vermerk des Polizeibeamten zur Blutentnahme vom 11. Januar 2008, aber auch in den Vermerken vom 21. und 22. Dezember 2007 finden sich keine Hinweise darauf, dass solche Versuche unternommen worden sind. Von der Evidenz der Gefährdungslage und damit der Entbehrlichkeit der Dokumentation kann in Anbetracht des zur Verfügung stehenden Zeitrahmens und des ermittelten Atemalkoholwerts, der nicht in der Nähe eines "Grenzwerts" lag, nicht ausgegangen werden. Ein Nachtrunk war zu diesem Zeitpunkt nicht behauptet und auch nicht mehr zu befürchten, da sich die Beschwerdeführerin bis zur Blutentnahme in der Kontrolle der Ermittlungsbehörden befand (vgl. BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Zweiten Senats vom 21. Januar 2008 - 2 BvR 2307/07 -, juris Rn. 6).

[32] Von Verfassungen wegen ist sicherzustellen, dass die Fachgerichte den ihnen vorliegenden Einzelfall prüfen und nicht aus generellen Erwägungen den Richtervorbehalt "leer laufen" lassen. Die Gerichte haben mit der Weigerung, die Anordnungscompetenz der Ermittlungspersonen konkret zu überprüfen, der Beschwerdeführerin den effektiven Rechtsschutz durch eine eigene Sachprüfung versagt. Es kann wegen diesem Verstoß gegen Art. 19 Abs. 4 GG dahinstehen, ob die Fachgerichte daneben die Bedeutung von Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG verkannt haben (vgl. BVerfGK 10, 270 <274>).

[33] Die Verfassungsbeschwerde ist unzulässig, soweit die gerichtlichen Entscheidungen wegen der vorläufigen Entziehung der Fahrerlaubnis nach § 111a Abs. 1 Satz 1 StPO und der Bestätigung der Beschlagnahme des Führerscheins nach § 111a Abs. 3 Satz 1 StPO angegriffen werden. Die Beschwerdeführerin hat nicht vorgetragen, wieso die Voraussetzungen für diese Maßnahmen nicht vorgelegen haben. Ihre tatsächlichen und rechtlichen Ausführungen beschränken sich allein auf die Rechtswidrigkeit der Durchsuchung

und der Blutentnahme. Die rechtlichen und tatsächlichen Anforderungen der §§ 81a, 102 ff. StPO und des § 111a StPO decken sich keineswegs. Das Vorliegen eines Beweisverwertungsverbotes wird von der Beschwerdeführerin lediglich behauptet, ohne sich mit der Rechtsprechung der Fachgerichte und des Bundesverfassungsgerichts (vgl. BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Zweiten Senats vom 28. Juli 2008 - 2 BvR 784/08 -, NJW 2008, S. 3053 m.w.N.) auseinanderzusetzen.

[34] Die Verfassungsbeschwerde ist unbegründet, soweit es um die Durchsuchung der Wohnung der Beschwerdeführerin geht.

[35] Ein Tatverdacht im Sinne von § 102 StPO hat nach Aktenlage unzweifelhaft vorgelegen. Es ist verfassungsrechtlich auch nicht zu beanstanden, wenn das Landgericht davon ausgeht, dass sich die Notwendigkeit der Durchsuchung erst zu dem Zeitpunkt gestellt habe, als das Auto der Beschwerdeführerin vor dem Anwesen aufgefunden wurde und sie die Wohnung nicht freiwillig öffnete. Nach dem Anruf des Ehemanns war für die Ermittlungsbeamten noch nicht ersichtlich, ob die Beschwerdeführerin überhaupt in ihrer Wohnung angetroffen werden könne und inwieweit sie sich kooperativ verhalten werde. Die Annahme des Vorliegens der Gefahr im Verzug durch das Landgericht lässt keine Willkür erkennen, denn durch die Einholung einer richterlichen Anordnung oder einer staatsanwaltschaftlichen Weisung hätte sich notwendigerweise eine zeitliche Verzögerung - sei es auch nur von wenigen Minuten - ergeben. In diesem kurzen Zeitfenster hätte die Beschwerdeführerin mit einem Nachtrunk, wie dies auch später durch den Verteidiger geltend gemacht wurde, den Ermittlungszweck gefährden können. Die Vorgehensweise der Ermittlungsbeamten ist auch in einer Weise dokumentiert worden, die eine umfassende gerichtliche Überprüfung ermöglicht hat. Der Vermerk der Polizeibeamten ist zeitnah zu der Maßnahme gefertigt worden, nämlich am 22. Dezember 2008. Dass die Verfasserin des Vermerks erst nach Betreten der Wohnung durch die ersten Polizeibeamten dort eintraf, ist für die Beurteilung dieser Frage unerheblich. Es ist nicht erforderlich, dass jeder an einer Maßnahme beteiligte Polizeibeamte seine Wahrnehmungen persönlich schriftlich niederlegt. Insoweit ist es für die gerichtliche Überprüfung ausreichend, wenn diese von einem Beamten zusammenfassend dargestellt werden. Aus dieser Dokumentation geht zwar nicht hervor, ob die Kontaktaufnahme zu einem Ermittlungsrichter oder einem Staatsanwalt überhaupt versucht wurde. Eine detaillierte Dokumentation zu dieser Frage war auch entbehrlich, weil die Dringlichkeit der Maßnahme offenkundig war (vgl. BVerfGK 2, 310 <316>; 5, 74 <79>; Beschluss der 3. Kammer des Zweiten Senats vom 23. Juli 2007 - 2 BvR 2267/06 -, juris): Es handelte sich

um einen einfachen Sachverhalt, bei dem sich die tatsächlichen Anhaltspunkte für den Tatverdacht, der Ablauf der Maßnahmen und die Umstände, die den Eilfall begründeten, aus der Dokumentation ergeben. An der Verhältnismäßigkeit der Maßnahme bestehen keine Zweifel.

[36] Soweit die Beschwerdeführerin die Vernichtung der Blutproben beantragt, ist die Verfassungsbeschwerde offensichtlich unbegründet. Der Verstoß gegen § 81a StPO gebietet es nicht zwingend, ein Ver-

wertungsverbot hinsichtlich des gewonnenen Beweismittels anzunehmen (vgl. BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Zweiten Senats vom 28. Juli 2008 - 2 BvR 784/08 -, NJW 2008, S. 3053). Dies ist im Einzelfall von dem dafür zuständigen Strafgericht zu prüfen (BVerfGK 10, 270 <274>). Die Aufbewahrung der Blutproben gemäß § 81a Abs. 3 StPO bis zum Abschluss des Strafverfahrens begegnet keinen verfassungsrechtlichen Bedenken. [...]

Urteile in Fallstruktur

Standort: Öffentliches Recht

Problem: Ultra-Vires-Kontrolle

BVERFG, BESCHLUSS VOM 06.07.2010
2 BvR 2661/06 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

In der vorliegenden, sog. "Honeywell"-Entscheidung des BVerfG ging es primär um die sog. "Ultra-Vires"-Kontrolle der Rechtshandlungen der Europäischen Union (EU) durch das BVerfG, d.h. um die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen das BVerfG feststellen kann, dass ein Handeln der EU-Organe die Kompetenzen der EU so eindeutig überschreitet, dass es für die Bundesrepublik Deutschland nicht bindend ist ("ultra vires" = "ohne Vollmacht").

Anlass für diese Fragestellung war die sog. "Mangold"-Entscheidung des EuGH vom 22.11.2005 (siehe Vertiefungshinweise), in welcher der EuGH u.a. ein Verbot der Diskriminierung wegen des Alters als allgemeinen ungeschriebenen Grundsatz des Europarechts entwickelt hatte. Diese Auffassung hat der EuGH in der Folgezeit mehrfach bestätigt. Sie wird insbesondere in der deutschen Literatur heftig angegriffen, weil der EuGH damit eindeutig die ihm durch das Europarecht gezogenen Grenzen überschritten, namentlich Rechtsfortbildung ohne entsprechende Ermächtigung betrieben habe.

Das BVerfG hatte im Lissabon-Urteil (RA 2009, 481 = EuZW 2009, 552) noch betont, dass es sich die "Ultra-Vires"-Kontrolle vorbehalte. In der vorliegenden "Honeywell"-Entscheidung nimmt es seine Kontrollbefugnis nun jedoch sehr deutlich zurück. Es stellt klar, dass es primär Sache des EuGH sei, Rechtsakte der EU zu überprüfen, auch bzgl. der einzuhaltenden Kompetenzen. Daher müsse zunächst der EuGH im Rahmen des Vorabentscheidungsverfahrens nach Art. 267 AEUV eingeschaltet werden, bevor ein nationales Gericht eine Kompetenzüberschreitung der EU feststellen dürfe. Ferner müsse der Kompetenzverstoß offensichtlich (evident) und erheblich (qualifiziert) sein. Einen solchen erheblichen und offenkundigen Verstoß konnte das BVerfG in der Mangold-Entscheidung des EuGH nicht entdecken.

Prüfungsrelevanz:

Das Urteil war mit großer Spannung erwartet worden, schien doch ein Schlagabtausch mit dem EuGH bevorzustehen: Die "Ultra-Vires"-Kontrolle des BVerfG

stand im Widerspruch zum absoluten Anwendungsvorrang des Unionsrechts, wie ihn der EuGH vertritt. Das BVerfG rudert jedoch - mit Ausnahme des Richters Landau, welcher der Entscheidung ein ablehnendes Sondervotum beigefügt hat - einige hundert Meter zurück. Die "Ultra-Vires"-Kontrolle dürfte sich mit dieser Entscheidung faktisch erledigt haben. Zwar hat das BVerfG sie nicht grundsätzlich aufgegeben, die Anforderungen jetzt aber so hoch geschraubt, dass es eine solche "evidente und qualifizierte" Kompetenzüberschreitung kaum einmal geben dürfte.

Der "Aufhänger" der Entscheidung, das ungeschriebene europarechtliche Verbot der Altersdiskriminierung, hat sich inzwischen übrigens erledigt, weil es jetzt positiv normiert ist, und zwar in Art. 21 I der Grundrechte-Charta, die ihrerseits über Art. 6 I EUV seit Lissabon Bestandteil des primären Unionsrechts ist. Dieser Aspekt der Entscheidung bleibt daher in der nachfolgenden Falllösung unberücksichtigt.

Vertiefungshinweise:

- ☐ Das angegriffene Urteil des BAG: *BAG*, JuS 2007, 294 = NJW 2006, 3599 = NZA 2006, 1162
- ☐ "Mangold"-Entscheidung des EuGH: *EuGH*, EuZW 2006, 17 = JuS 2006, 357 = NJW 2005, 3695
- ☐ Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts: Grundlegend *EuGH*, NJW 1978, 1741; ferner *EuGH*, RA 1999, 2355 = NJW 1999, 405; *OVG Münster*, RA 2006, 705 = EuZW 2006, 603
- ☐ Höchstaltersgrenze für Polizeibeamte: *BVerwG*, RA 2010, 227 = NVwZ 2010, 251; *Kühlung/Bertelsmann*, NVwZ 2010, 87
- ☐ Altersgrenze bei Feuerwehr: *EuGH*, NVwZ 2010, 244
- ☐ Altersgrenze für Richter: *VG Gelsenkirchen*, NVwZ-RR 2009, 691
- ☐ Altersgrenze für Kassenärzte: *BVerfG*, RA 2001, 373 = DVBl 2001, 979; *Ericksen*, Jura 1995, 542

Kursprogramm:

- ☐ *Examenskurs*: "Machtwort aus Brüssel"

Leitsätze:

1. Eine Ultra-vires-Kontrolle durch das Bundesverfassungsgericht kommt nur in Betracht, wenn ein Kompetenzverstoß der europäischen Organe

hinreichend qualifiziert ist. Das setzt voraus, dass das kompetenzwidrige Handeln der Unionsgewalt offensichtlich ist und der angegriffene Akt im Kompetenzgefüge zu einer strukturell bedeutsamen Verschiebung zu Lasten der Mitgliedstaaten führt.

2. Vor der Annahme eines Ultra-vires-Akts ist dem Gerichtshof der Europäischen Union im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens nach Art. 267 AEUV die Gelegenheit zur Vertragsauslegung sowie zur Entscheidung über die Gültigkeit und die Auslegung der fraglichen Handlungen zu geben, soweit er die aufgeworfenen Fragen noch nicht geklärt hat.

Zur Sicherung des verfassungsrechtlichen Vertrauensschutzes ist zu erwägen, in Konstellationen der rückwirkenden Nichtanwendbarkeit eines Gesetzes infolge einer Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union innerstaatlich eine Entschädigung dafür zu gewähren, dass ein Betroffener auf die gesetzliche Regelung vertraut und in diesem Vertrauen Dispositionen getroffen hat.

3. Nicht jede Verletzung der unionsrechtlichen Vorlagepflicht stellt einen Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG dar. Das Bundesverfassungsgericht beanstandet die Auslegung und Anwendung von Zuständigkeitsnormen nur, wenn sie bei verständiger Würdigung der das Grundgesetz bestimmenden Gedanken nicht mehr verständlich erscheinen und offensichtlich unhaltbar sind. Dieser Willkürmaßstab wird auch angelegt, wenn eine Verletzung von Art. 267 Abs. 3 AEUV in Rede steht (Bestätigung von BVerfGE 82, 159 [194]).

Sachverhalt:

Die Beschwerdeführerin (Bf.) ist ein Unternehmen der Automobilzulieferung, das im Februar 2003 mehrere befristete Arbeitsverträge mit zuvor arbeitslosen Personen schloss, ohne für die Befristung einen sachlichen Grund zu haben. Nach § 14 III des Teilzeit- und Befristungsgesetzes (TzBfG) kann von dem Grundsatz, dass es zur Begründung befristeter Arbeitsverhältnisse eines sachlichen Grundes bedarf, abgewichen werden, wenn der Arbeitnehmer - neben anderen Voraussetzungen - bei Beginn des Arbeitsverhältnisses das 52. Lebensjahr bereits vollendet hatte.

Der Kläger des Ausgangsverfahrens, der diese Voraussetzungen erfüllte, wurde von der Bf. auf dieser Grundlage befristet eingestellt, machte jedoch später gegenüber der Bf. die Unwirksamkeit der Befristung seines Arbeitsvertrags geltend. Sein Begehren auf Feststellung des Fortbestehens des Arbeitsverhältnisses und auf Weiterbeschäftigung hatte vor dem Bundesarbeitsgericht Erfolg.

Das Bundesarbeitsgericht stellte fest, dass das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien nicht durch Befri-

stung geendet habe. Nationale Gerichte dürften § 14 III TzBfG nicht anwenden, weil sie insoweit an das Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 22. November 2005 in der Rechtssache Mangold gebunden seien (Slg. 2005, S. I-9981). Danach sei eine nationale Regelung wie § 14 III TzBfG mit der Antidiskriminierungsrichtlinie 2000/78/EG und dem allgemeinen Grundsatz des Verbots der Altersdiskriminierung unvereinbar. Da das Urteil des Europäischen Gerichtshofs unmissverständlich sei, bedürfe es keiner erneuten Vorlage. Obwohl die im Streit stehende Befristungsabrede vor dem Mangold-Urteil getroffen wurde, lehnte das Bundesarbeitsgericht es ab, § 14 III TzBfG aus Gründen des Vertrauensschutzes anzuwenden.

Die Bf. sieht sich durch das Urteil des BAG in ihrer Vertragsfreiheit und in ihrem Recht auf den gesetzlichen Richter verletzt. Eine Verletzung ihrer Vertragsfreiheit macht sie aus zwei unterschiedlichen Blickwinkeln geltend. Sie ergebe sich zunächst daraus, dass das Bundesarbeitsgericht sich maßgeblich auf das Mangold-Urteil des Europäischen Gerichtshofs gestützt habe, mit welchem dieser seine Kompetenzen in mehrfacher Hinsicht überschritten habe. Eine Verletzung ihrer Vertragsfreiheit folgt nach Ansicht der Bf. des Weiteren daraus, dass das BAG keinen hinreichenden Vertrauensschutz gewährt habe. Drittens hätte das Bundesarbeitsgericht dem Europäischen Gerichtshof die Frage vorlegen müssen, ob nicht Grundsätze des gemeinschaftsrechtlichen oder des nationalen Vertrauensschutzes eine zeitliche Einschränkung des Mangold-Urteils geböten.

Hat die gegen das Urteil des BAG erhobene Verfassungsbeschwerde der Bf. Erfolg?

[Bearbeitervermerk: Unterstellen Sie, dass die von der Bf. behauptete Kompetenzüberschreitung des EuGH in seiner "Mangold"-Entscheidung tatsächlich in der Fachliteratur sehr umstritten ist, wobei gute Argumente dafür und dagegen angeführt werden können.]

[Anm.: § 14 TzBfG lautet in der aktuellen Fassung in Auszügen:

"§ 14 Zulässigkeit der Befristung

(1) Die Befristung eines Arbeitsvertrages ist zulässig, wenn sie durch einen sachlichen Grund gerechtfertigt ist. [...]

(3) Die kalendermäßige Befristung eines Arbeitsvertrages ohne Vorliegen eines sachlichen Grundes ist bis zu einer Dauer von fünf Jahren zulässig, wenn der Arbeitnehmer bei Beginn des befristeten Arbeitsverhältnisses das 52. Lebensjahr vollendet hat und unmittelbar vor Beginn des befristeten Arbeitsverhält-

nisses mindestens vier Monate beschäftigungslos im Sinne des § 119 I Nr. 1 des Dritten Buches Sozialgesetzbuch gewesen ist, Transferkurzarbeitergeld bezogen oder an einer öffentlich geförderten Beschäftigungsmaßnahme nach dem Zweiten oder Dritten Buch Sozialgesetzbuch teilgenommen hat. Bis zu der Gesamtdauer von fünf Jahren ist auch die mehrfache Verlängerung des Arbeitsvertrages zulässig.”

Den Originalentscheidungen des BAG und BVerfG lag noch § 14 III TzBfG a.F. zugrunde, in dessen Satz 4 ebenfalls eine Ausnahme vom Erfordernis eines sachlichen Grundes für die Befristung von Arbeitsverhältnissen nach Vollendung des 52. Lebensjahres enthalten war. Der Fall soll jedoch anhand der aktuellen Gesetzeslage gelöst werden.]

Lösung:

Die Verfassungsbeschwerde (Vb.) hat Erfolg, soweit sie zulässig und begründet ist.

A. Zulässigkeit

I. Zuständigkeit

Gem. Art. 93 I Nr. 4a GG i.V.m. §§ 13 Nr. 8a, 90 ff. BVerfGG ist das BVerfG für die Entscheidung über die Vb. zuständig.

II. Beteiligtenfähigkeit

Nach Art. 93 I Nr. 4a GG i.V.m. § 90 I BVerfGG kann “jedermann” Verfassungsbeschwerde erheben. “Jedermann” ist, wer grundrechtsfähig ist. Dazu gehören neben natürlichen auch juristische Personen wie die Bf.

[Anm.: Vertretbar ist es, schon hier auf Art. 19 III GG einzugehen und die Anwendbarkeit der hier einschlägigen Grundrechte auf die Bf. “dem Wesen nach” zu prüfen. Da juristische Personen sich jedoch unstreitig zumindest auf die Justizgrundrechte berufen können, sind sie unstreitig auch grundrechtsfähig. Ob sie sich auf die konkreten, im vorliegenden Fall einschlägigen Grundrechte berufen können, ist demgegenüber eher eine Frage der Beschwerdebefugnis, sollte daher (erst) dort geprüft werden. Für die Beteiligtenfähigkeit bleibt dann nur die (hier unproblematische) Abgrenzung zu den Grundrechtsverpflichteten, also zum Staat und seinen Organen.]

III. Tauglicher Beschwerdegegenstand

Tauglicher Beschwerdegegenstand kann nach Art. 93 I Nr. 4a GG i.V.m. § 90 I BVerfGG jeder Akt der öffentlichen Gewalt sein. Die öffentliche Gewalt teilt sich gem. Art. 20 II GG in Exekutive, Legislative und Judikative. A hat ein Urteil des BAG, also eines Organs der Rechtspflege, angegriffen. Dieser stellt mit-

hin einen tauglichen Beschwerdegegenstand dar. Dass das BAG dabei ganz wesentlich auf Unionsrecht Bezug genommen hat, das für sich genommen grds. kein Akt der nationalen öffentlichen Gewalt und damit kein tauglicher Beschwerdegegenstand ist, interessiert an dieser Stelle nicht, meint das BVerfG:

“[45] Das angegriffene Urteil des Bundesarbeitsgerichts ist als eine Maßnahme der deutschen öffentlichen Gewalt tauglicher Gegenstand einer Verfassungsbeschwerde (§ 90 I BVerfGG). Die Pflicht des Bundesverfassungsgerichts zur Wahrung des Grundgesetzes besteht gegenüber allen Maßnahmen der deutschen öffentlichen Gewalt, grundsätzlich auch solchen, die die innerstaatliche Geltung von Gemeinschafts- und Unionsrecht begründen (vgl. BVerfGE 89, 155 [171]; 123, 267 [329]), Gemeinschafts- und Unionsrecht umsetzen (vgl. BVerfGE 113, 273 [292]; 118, 79 [94]) oder vollziehen. Ob und inwieweit die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit solcher Maßnahmen durch das Bundesverfassungsgericht beschränkt ist, ist eine Frage der Begründetheit der Verfassungsbeschwerde, soweit wie hier diesbezüglich offene Fragen zu klären sind.”

IV. Beschwerdebefugnis

Ferner müsste die Bf. beschwerdebefugt i.S.d. § 90 I BVerfGG sein.

1. Möglichkeit einer Grundrechtsverletzung

Dazu müsste er zunächst geltend machen können, in einem Grundrecht oder einem in Art. 93 I Nr. 4a GG genannten Recht verletzt zu sein. Zur Geltendmachung in diesem Sinne genügt die Möglichkeit einer Verletzung dieser Rechte.

Hier kommt eine Verletzung der Bf. in ihren Grundrechten auf Berufsfreiheit (Art. 12 I 1 GG), allgemeiner Handlungsfreiheit (Art. 2 I GG) und ihres Anspruchs auf den gesetzlichen Richter (Art. 101 GG) in Betracht. Jedoch stellt sich die Frage, ob sie sich auf diese Rechte überhaupt berufen kann. Wäre dies nicht der Fall, könnten sie auch nicht durch das BAG-Urteil verletzt sein.

Für inländische juristische Personen wie die Bf. bestimmt Art. 19 III GG, dass diesen Grundrechte nur insoweit zustehen, als sie “dem Wesen nach” auf sie anwendbar sind. Dies wiederum setzt voraus, dass - mit dem BVerfG - ein “personales Substrat” erkennbar ist, d.h. eine Grundrechtsverkürzung gegenüber der juristischen Person auf die hinter ihr stehenden natürlichen Personen “durchschlagen” würde.

Dies ist hinsichtlich der Art. 12 I 1 GG und 2 I GG für ein Wirtschaftsunternehmen wie die Bf. der Fall. Eine Beeinträchtigung ihrer Vertragsautonomie, hier infolge der vom BAG festgestellten, von der Bf. ungewollten Fortdauer der befristet abgeschlossenen Arbeitsverträge denkbar, beeinträchtigt letztlich die für sie

handelnden Personen (Vorstände, Geschäftsführer etc.) in ihrer Handlungsfreiheit und diejenigen, welche sie tragen (Gesellschafter, Aktionäre etc.) in ihrer erwerbswirtschaftlichen Betätigung.

Auf Justizgrundrechte wie Art. 101 GG ist die Beschränkung des Art. 19 III GG, der sich nach Wortlaut und Systematik nur auf die vor ihm stehenden Grundrechte, nicht aber auf die dahinter stehenden grundrechtsgleichen Rechte bezieht, ohnehin nicht anwendbar.

2. Selbst, gegenwärtig und unmittelbar betroffen

Wie sich aus § 90 I BVerfGG weiter ergibt, muss die Bf. ferner selbst, gegenwärtig und unmittelbar vom angegriffenen Hoheitsakt betroffen sein. An der eigenen, unmittelbaren Betroffenheit der Bf. besteht kein Zweifel, weil das Urteil des BAG ihr gegenüber ergangen ist. Die darin ausgesprochene Fortgeltung des Arbeitsverhältnisses des Klägers des Ausgangsverfahrens dauert noch fort, ist also für die Bf. noch gegenwärtig. Weitere Zwischenakte sind nicht ersichtlich, sodass die Verurteilung ihr gegenüber auch eine unmittelbare Beschwer nach sich gezogen hat.

V. Rechtswegerschöpfung und Grundsatz der Subsidiarität

Das BAG ist die letzte Instanz in arbeitsgerichtlichen Sachen. Die Bf. hat den Rechtsweg gem. § 90 II 1 BVerfGG also erschöpft. Weitere prozessuale Mittel zur Vermeidung einer Vb. standen ihr nicht offen.

VI. Form und Frist

Von der Einhaltung der Formalien nach § 23 BVerfGG und der Monatsfrist des § 93 I BVerfGG ist mangels gegenteiliger Anhaltspunkte im Sachverhalt auszugehen. Die Vb. ist somit zulässig.

B. Begründetheit

Die Vb. ist begründet, soweit die Bf. durch das angegriffene Urteil in einem Grundrecht oder grundrechtsgleichen Recht verletzt ist.

I. Verstoß gegen Art. 12 I 1 GG

Zunächst könnte eine Verletzung ihrer Berufsfreiheit aus Art. 12 I 1 GG vorliegen. Dann müsste das BAG mit seinem Urteil in nicht zu rechtfertigender Weise in den Schutzbereich dieses Urteils eingegriffen haben.

1. Schutzbereich betroffen

Art. 12 I 1 GG schützt die Berufsfreiheit umfassend, d.h. im Hinblick auf Berufswahl und Berufsausübung. Zu letzterer zählt auch die Frage, mit wem und wie lange ein Unternehmen Arbeitsverträge abschließt. Das BVerfGG begründet dies in kurzen Worten:

“[50] Sowohl die durch Art. 2 Abs. 1 GG gewährleistete Privatautonomie als auch die Garantie der freien

Berufsausübung nach Art. 12 Abs. 1 GG schließen das Recht ein, Arbeitsverhältnisse durch die Abgabe übereinstimmender Willenserklärungen zu begründen, auszugestalten und zu befristen (vgl. allgemein für die Gestaltung von Arbeitsverträgen BVerfG, NJW 2007, S. 286).“

2. Eingriff

Unter einem Eingriff in Art. 12 I 1 GG ist ein staatliches Verhalten mit “berufsregelnder Tendenz” zu verstehen, also ein solches, mit welchem in die Berufsfreiheit final eingegriffen werden soll (subjektiv berufsregelnde Tendenz) oder zumindest faktisch mit einiger Schwere eingegriffen wird (objektiv berufsregelnde Tendenz). Hier zielt das BAG-Urteil final darauf ab, die Bf. zur Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses mit dem Kläger des Ausgangsverfahrens zu verpflichten. Somit ist es gerade Ziel der Entscheidung, diese von der Bf. ungewünschte Rechtsfolge herbeizuführen (genauer: festzustellen). Somit kommt dem Urteil schon subjektiv berufsregelnde Tendenz zu.

3. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Der Eingriff ist verfassungsrechtlich gerechtfertigt, wenn er von den Schranken des Grundrechts gedeckt ist.

a. Schranken

Die Berufsfreiheit unterliegt gem. Art. 12 I 1 GG der Schranke eines (einfachen) Gesetzesvorbehalts.

aa. § 14 I TzBfG als Schranke

Ein Gesetz in diesem Sinne ist § 14 I 1 des Teilzeit- und Befristungsgesetzes (TzBfG). Die darin enthaltene Beschränkung der Möglichkeit, befristete Arbeitsverträge abzuschließen, indem für solche grds. ein sachlicher Grund gefordert wird, bei dessen Nichtvorliegen infolge Unwirksamkeit der Befristungsabrede ein unbefristetes Arbeitsverhältnis zustande kommt, verkürzt die Vertragsfreiheit der Bf. als Arbeitgeberin.

bb. Ausnahme: Unanwendbarkeit des § 14 I TzBfG nach § 14 III TzBfG

Jedoch ist fraglich, ob diese Schranke hier anwendbar ist. Nach § 14 III TzBfG ist dies nicht der Fall, wenn der betreffende Arbeitnehmer - wie hier der Kläger des Ausgangsverfahrens - das 52. Lebensjahr vollendet hat und weitere, hier laut Sachverhalt ebenfalls gegebene Voraussetzungen vorliegen. Nach nationalem Recht ließe sich also keine taugliche Schranke finden.

cc. Unterausnahme: Unanwendbarkeit des § 14 III TzBfG im Lichte des Unionsrechts

Allerdings könnte die Ausnahmenvorschrift des § 14 III TzBfG im Lichte des Unionsrechts unanwendbar sein

mit der Folge, dass die Schranke des § 14 I TzBfG doch wieder Anwendung fände. Hier stellt sich die Frage, wann und in welchem Umfang Unionsrecht zur Unanwendbarkeit nationaler Normen führen kann.

(1). Anwendungsvorrang des Unionsrechts

BVerfG und EuGH gehen vom grundsätzlichen Anwendungsvorrang des Unionsrechts vor dem Gemeinschaftsrecht aus. Diesen bekräftigt das BVerfG in seinem vorliegenden Urteil nochmals:

“[53] Das Recht der Europäischen Union kann sich nur wirksam entfalten, wenn es entgegenstehendes mitgliedstaatliches Recht verdrängt. Der Anwendungsvorrang des Unionsrechts führt zwar nicht dazu, dass entgegenstehendes nationales Recht nichtig wäre. Mitgliedstaatliches Recht kann vielmehr weiter seine Geltung entfalten, wenn und soweit es jenseits des Anwendungsbereichs einschlägigen Unionsrechts einen sachlichen Regelungsbereich behält. Im Anwendungsbereich des Unionsrechts dagegen ist entgegenstehendes mitgliedstaatliches Recht grundsätzlich unanwendbar. Der Anwendungsvorrang folgt aus dem Unionsrecht, weil die Union als Rechtsgemeinschaft nicht bestehen könnte, wenn die einheitliche Wirksamkeit des Unionsrechts in den Mitgliedstaaten nicht gewährleistet wäre (vgl. grundlegend EuGH, Urteil vom 15. Juli 1964, Rs. 6/64, *Costa/ENEL*, Slg. 1964, S. 1251 Rn. 12). Der Anwendungsvorrang entspricht auch der verfassungsrechtlichen Ermächtigung des Art. 23 Abs. 1 GG, wonach Hoheitsrechte auf die Europäische Union übertragen werden können (vgl. BVerfGE 31, 145 [174]; 123, 267 [402]). Art. 23 Abs. 1 GG erlaubt mit der Übertragung von Hoheitsrechten - soweit vertraglich vorgesehen und gefordert - zugleich deren unmittelbare Ausübung innerhalb der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen. Er enthält somit ein Wirksamkeits- und Durchsetzungsversprechen, dem der unionsrechtliche Anwendungsvorrang entspricht.”

(2). Grenze: “Ultra-Vier”-Lehre des BVerfG

Allerdings kann Unionsrecht das nationale Recht nur verdrängen, soweit es selbst wirksam ist. Mit anderen Worten entfaltet unwirksames Unionsrecht keine Bindungswirkung, auch keinen Anwendungsvorrang. Insbesondere dann, wenn der Unionsrechtsgeber keine eigene Kompetenz zum Erlass des Unionsrechts hatte (“*ultra vier*” bedeutet wörtlich “ohne Vollmacht”), könnte eine solche Unwirksamkeit des Unionsrechts vorliegen. Eine solche Kompetenz müsste der Union von den Mitgliedsstaaten verliehen worden sein, da die Europäische Union keine “Kompetenz-Kompetenz” besitzt, sich also nicht selbst Kompetenzen verschaffen kann (sog. “Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung”, vgl. Art. 5 I 1, II 1 EUV. Das BVerfG bekräftigt dies:

“[54] Anders als ein bundesstaatlicher Geltungsvorrang, wie ihn Art. 31 GG für die deutsche Rechtsordnung vorsieht, kann der Anwendungsvorrang des Unionsrechts nicht umfassend sein (vgl. BVerfGE 73, 339 [375]; 123, 267 [398]).

[55] Das Unionsrecht bleibt als autonomes Recht von der vertraglichen Übertragung und Ermächtigung abhängig. Die Unionsorgane bleiben für die Erweiterung ihrer Befugnisse auf Vertragsänderungen angewiesen, die von den Mitgliedstaaten im Rahmen der für sie jeweils geltenden verfassungsrechtlichen Bestimmungen vorgenommen und verantwortet werden (vgl. BVerfGE 75, 223 [242]; 89, 155 [187 f., 192, 199]; 123, 267 [349]; vgl. auch BVerfGE 58, 1 [37]; 68, 1 [102]; 77, 170 [231]; 104, 151 [195]; 118, 244 [260]). Es gilt das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung (Art. 5 I 1 und II 1 EUV). Das Bundesverfassungsgericht ist deshalb berechtigt und verpflichtet, Handlungen der europäischen Organe und Einrichtungen darauf zu überprüfen, ob sie aufgrund ersichtlicher Kompetenzüberschreitungen oder aufgrund von Kompetenzausübungen im nicht übertragbaren Bereich der Verfassungsidentität (Art. 79 Abs. 3 i.V.m. Art. 1 und Art. 20 GG) erfolgen (vgl. BVerfGE 75, 223 [235, 242]; 89, 155 [188]; 113, 273 [296]; 123, 267 [353 f.]), und gegebenenfalls die Unanwendbarkeit kompetenzüberschreitender Handlungen für die deutsche Rechtsordnung festzustellen.”

(3). Subsumtion

Die Bf. beruft sich hier auf eine solche Kompetenzüberschreitung durch ein Organ der Europäischen Union, nämlich des EuGH. Das BAG sei von der Unanwendbarkeit des § 14 III TzBfG nur deshalb ausgegangen, weil der EuGH in seinem Urteil vom 22. November 2005 in der Rechtssache *Mangold* festgestellt habe, dass eine solche nationale Regelung mit der Antidiskriminierungsrichtlinie 2000/78/EG und dem allgemeinen Grundsatz des Verbots der Altersdiskriminierung unvereinbar sei. Gerade diese Feststellung sei aber falsch, der EuGH hätte dies nicht entscheiden dürfen.

Das BVerfG tritt dem jedoch nicht bei. Es schränkt seine eigene “*Ultra-Vier*”-Lehre mit dem vorliegenden Urteil ganz erheblich ein. So dürfe das BVerfG nur Verstöße gegen die Kompetenzen der Europäischen Union und ihrer Organe nur unter zwei kumulativen Voraussetzungen prüfen: Erstens, wenn dem EuGH zuvor im Wege der Vorabentscheidung nach Art. 267 AEUV Gelegenheit gegeben worden sei, seine Sicht der Dinge darzulegen, und danach noch immer Anlass zur Annahme eines Kompetenzverstößes bestehe; und zweitens, wenn ein Kompetenzverstoß evident vorliege und dadurch das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung in erheblicher, qualifizierter Weise verletzt worden sei:

“[56] Die Pflicht des BVerfG, substantiierten Rügen eines Ultra-vires-Handelns der europäischen Organe und Einrichtungen nachzugehen, ist mit der vertraglich dem Gerichtshof übertragenen Aufgabe zu koordinieren, die Verträge auszulegen und anzuwenden und dabei Einheit und Kohärenz des Unionsrechts zu wahren (vgl. Art. 19 Abs. 1 UAbs. 1 Satz 2 EUV, Art. 267 AEUV).

[57] Wenn jeder Mitgliedstaat ohne weiteres für sich in Anspruch nähme, durch eigene Gerichte über die Gültigkeit von Rechtsakten der Union zu entscheiden, könnte der Anwendungsvorrang praktisch unterlaufen werden, und die einheitliche Anwendung des Unionsrechts wäre gefährdet. Würden aber andererseits die Mitgliedstaaten vollständig auf die Ultra-vires-Kontrolle verzichten, so wäre die Disposition über die vertragliche Grundlage allein auf die Unionsorgane verlagert, und zwar auch dann, wenn deren Rechtsverständnis im praktischen Ergebnis auf eine Vertragsänderung oder Kompetenzausweitung hinausliefe. Dass in den - wie nach den institutionellen und prozeduralen Vorkehrungen des Unionsrechts zu erwarten - seltenen Grenzfällen möglicher Kompetenzüberschreitung seitens der Unionsorgane die verfassungsrechtliche und die unionsrechtliche Perspektive nicht vollständig harmonieren, ist dem Umstand geschuldet, dass die Mitgliedstaaten der Europäischen Union auch nach Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon Herren der Verträge bleiben und die Schwelle zum Bundesstaat nicht überschritten wurde (vgl. BVerfGE 123, 267 [370 f.]). Die nach dieser Konstruktion im Grundsatz unvermeidlichen Spannungslagen sind im Einklang mit der europäischen Integrationsidee kooperativ auszugleichen und durch wechselseitige Rücksichtnahme zu entschärfen.”

(a). Ultra-Vier-Kontrolle erst nach Vorabentscheidung

“[60] Das bedeutet für die vorliegend in Rede stehende Ultra-vires-Kontrolle, dass das Bundesverfassungsgericht die Entscheidungen des Gerichtshofs grundsätzlich als verbindliche Auslegung des Unionsrechts zu beachten hat. Vor der Annahme eines Ultra-vires-Akts der europäischen Organe und Einrichtungen ist deshalb dem Gerichtshof im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens nach Art. 267 AEUV die Gelegenheit zur Vertragsauslegung sowie zur Entscheidung über die Gültigkeit und die Auslegung der fraglichen Rechtsakte zu geben. Solange der Gerichtshof keine Gelegenheit hatte, über die aufgeworfenen unionsrechtlichen Fragen zu entscheiden, darf das Bundesverfassungsgericht für Deutschland keine Unanwendbarkeit des Unionsrechts feststellen (vgl. BVerfGE 123, 267 [353]).”

Eine Vorabentscheidung des EuGH ist hier gerade

nicht eingeholt worden. Somit ist dem BVerfG bereits unter diesem Aspekt eine Ultra-Vier-Kontrolle verwehrt.

(b). Ultra-Vier-Kontrolle bei evidentem, qualifiziertem Verstoß

“[61] Eine Ultra-vires-Kontrolle durch das Bundesverfassungsgericht kommt darüber hinaus nur in Betracht, wenn ersichtlich ist, dass Handlungen der europäischen Organe und Einrichtungen außerhalb der übertragenen Kompetenzen ergangen sind (vgl. BVerfGE 123, 267 [353, 400]). Ersichtlich ist ein Verstoß gegen das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung nur dann, wenn die europäischen Organe und Einrichtungen die Grenzen ihrer Kompetenzen in einer das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung spezifisch verletzenden Art überschritten haben (Art. 23 Abs. 1 GG), der Kompetenzverstoß mit anderen Worten hinreichend qualifiziert ist. Dies bedeutet, dass das kompetenzwidrige Handeln der Unionsgewalt offensichtlich ist und der angegriffene Akt im Kompetenzgefüge zwischen Mitgliedstaaten und Union im Hinblick auf das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung und die rechtsstaatliche Gesetzesbindung erheblich ins Gewicht fällt (vgl. Kokott, AöR 1994, S. 207 [220]: “erhebliche” Kompetenzüberschreitungen; Isensee, in: FS Stern, 1997, S. 1239 [1255]: “im Falle krasser und evidenter Kompetenzüberschreitung”; Pernice, in: Dreier, GG, 2. Aufl. 2006, Bd. II, Art. 23 Rn. 32: “schwerwiegend, evident und generell”; Scholz, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 23 Rn. 40: ”offensichtlich, anhaltend und schwerwiegend”).”

Hier ist laut Bearbeitervermerk davon auszugehen, dass die “Mangold”-Entscheidung des EuGH in der Fachliteratur hinsichtlich der Frage der Kompetenzüberschreitung sehr umstritten ist. Jedenfalls ein evidenter Verstoß gegen unionsrechtliche Kompetenzen liegt aber nicht vor, wenn dies zumindest von einer vertretenen Meinung mit guten Argumenten verneint wird.

[Anm.: Auch das BVerfG wollte in seiner Originalentscheidung nicht so weit gehen, dem EuGH einen evidenten Kompetenzverstoß zu unterstellen. Es äußert deutlich seine Bedenken gegen die Entscheidung, zieht sich am Ende aber doch zurück. Der entscheidende, von einer ausführlichen Begründung begleitete Passus lautet:

“[68] Im Hinblick auf die zugrundegelegte Rechtsprechung des Gerichtshofs ist eine Rechtsfortbildung ultra vier, die zur - allein vom Bundesverfassungsgericht feststellbaren (vgl. BVerfGE 123, 267 [354]) - Unanwendbarkeit der betreffenden Rechtsgrundsätze in Deutschland führen müsste, nicht ersichtlich. Es kann dahinstehen, ob sich das in der Man-

gold-Entscheidung gefundene Ergebnis durch anerkannte juristische Auslegungsmethoden nach gewinnen lässt und ob gegebenenfalls bestehende Mängel offenkundig wären. Jedenfalls handelt es sich um keine das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung in offensichtlicher und strukturwirksamer Weise verletzende Überschreitung der durch Zustimmungsgesetz auf die Europäische Union übertragenen Hoheitsrechte. [Unterstreichungen v.d.Red.]

dd. Zwischenergebnis

Die "Mangold"-Entscheidung des EuGH, wonach § 14 III TzBfG im Lichte des Unionsrechts unanwendbar sei, ist für BAG und BVerfG bindend. Sie verstößt insbesondere selbst zumindest nicht evident und qualifiziert gegen das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung aus Art. 5 I 1, II 1 EUV und ist daher nicht ihrerseits unbeachtlich.

Ist § 14 III TzBfG somit nicht anwendbar, kann er die Anwendbarkeit des § 14 I TzBfG auch nicht ausschließen. Diese Norm kommt mithin als taugliche Schranke der Berufsfreiheit der Bf. in Betracht.

b. Schranken-Schranken

Jedoch müsste die Schranke selbst verfassungsgemäß und darüber hinaus auf den konkreten Fall verfassungsgemäß angewendet worden sein.

aa. Verfassungsmäßigkeit des § 14 I TzBfG

In formeller Hinsicht bestehen gegen die Verfassungsmäßigkeit des § 14 I TzBfG keine Bedenken. Der Bund hat die Gesetzgebungskompetenz aus Art. 72 I, 74 I Nr. 12 GG (Arbeitsrecht), Verfahrens- oder Formfehler sind nicht ersichtlich.

In materieller Hinsicht stellt sich allein die Frage nach der Verhältnismäßigkeit der Norm, die vom Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 III GG gefordert wird. Danach müsste die Regelung zur Erreichung eines legitimen Zwecks geeignet, erforderlich und angemessen sein.

Legitimer Zweck des Erfordernisses eines sachlichen Grundes für die Befristung eines Arbeitsverhältnisses ist der Schutz der Arbeitnehmer vor willkürlicher zeitlicher Beschränkung ihrer Arbeitsverhältnisse, durch die das gesamte Kündigungsschutzrecht umgangen werden könnte. Die Regelung ist dazu auch geeignet und mangels ersichtlicher milderer, gleich effektiver Mittel auch erforderlich.

Die Angemessenheit ist anhand der sog. "Drei-Stufen-Theorie" des BVerfG zu bestimmen. Diese differenziert nach der Schwere des Eingriffs und fordert umso strengere Rechtfertigungsgründe, je schwerer der Eingriff wiegt. Auf der ersten Stufe, der "Berufsausübung", auf der es nur um das "Wie" der Berufsfreiheit geht, genügen bereits vernünftige Gemeinwohlgründe. Geht es auf der zweiten Stufe um

subjektive Berufswahlkriterien, also solche, die das "Ob" der Berufsfreiheit von personenbezogenen Voraussetzungen abhängig machen, sind bereits besonders wichtige Gemeinwohlgründe erforderlich. Und wird auf der dritten Stufe die Berufswahl gar von objektiven, von der Person des Betroffenen unabhängigen Kriterien abhängig gemacht, müssen überragend wichtige Gemeinwohlgründe zur Rechtfertigung vorliegen (vgl. zu alledem BVerfGE 7, 377 [378]).

Hier geht es allerdings nur um die unterste Stufe, also die Berufsausübung. Die Beschränkung der Möglichkeit, nach Belieben befristete Arbeitsverträge abzuschließen, stellt die Berufsausübung der Arbeitgeber nicht insgesamt in Frage, sondern beschränkt lediglich die Ausübung ihrer Tätigkeiten. Die o.g. Gründe des Arbeitnehmerschutzes sind vernünftige Gründe im Sinne der Drei-Stufen-Theorie. Sie beschneiden die wirtschaftliche Macht des regelmäßig stärkeren Arbeitgebers, ohne diesen ihrerseits übermäßig zu belasten. Zum einen sieht § 14 I TzBfG selbst eine ganze Reihe von "sachlichen Gründen" vor, zum anderen enthalten die weiteren Absätze der Norm weitere Regelungen, die einem Interessenausgleich dienen.

Somit ist § 14 I TzBfG verfassungsgemäß.

bb. Verfassungsmäßige Anwendung

Fraglich bleibt, ob das BAG § 14 I TzBfG auch verfassungsgemäß angewendet hat. Unstreitig kann die Bf. im konkreten Fall keinen "sachlichen Grund" für eine Befristung vorweisen. Jedoch beruft sie sich auf Vertrauensschutz. Sie meint, da die "Mangold"-Entscheidung des EuGH erst nach Abschluss des hier streitgegenständlichen Arbeitsvertrages ergangen sei, hätte das BAG jedenfalls in diesem Fall § 14 III TzBfG noch anwenden und damit das Erfordernis eines sachlichen Grundes nach § 14 I TzBfG unangewendet lassen müssen.

Darin folgt das BVerfG der Bf. jedoch nicht. Zwar sei der Vertrauensschutz ein spezifisches Verfassungsprinzip, dessen Einhaltung das BVerfG auf Normanwendungsebene prüfen müsse (das BVerfG ist ja auf die Prüfung spezifischer Verfassungsverstöße beschränkt; es ist keine "Superrevisionsinstanz", welche eine (nochmalige) Prüfung des einfachen Rechts vorzunehmen hätte); jedoch sei eine Unanwendbarkeit des § 14 III TzBfG auch rückwirkend geboten, weil der EuGH dies zwingend vorgegeben habe:

"[81] Zu den wesentlichen Elementen des Rechtsstaatsprinzips zählt die Rechtssicherheit. Der rechtsunterworfenen Bürger soll nicht durch die rückwirkende Beseitigung erworbener Rechte in seinem Vertrauen auf die Verlässlichkeit der Rechtsordnung enttäuscht werden (vgl. BVerfGE 45, 142 [167]; 72, 175 [196]; 88, 384 [403]; 105, 48 [57]).

[82] Das Vertrauen in den Fortbestand eines Gesetzes

kann nicht nur durch die rückwirkende Feststellung seiner Nichtigkeit durch das Bundesverfassungsgericht (vgl. BVerfGE 99, 341 [359 f.]), sondern auch durch die rückwirkende Feststellung seiner Nichtanwendbarkeit durch den Gerichtshof berührt werden. Die Schutzwürdigkeit des Vertrauens in ein unionsrechtswidriges Gesetz bestimmt sich insbesondere danach, inwieweit vorhersehbar war, dass der Gerichtshof eine derartige Regelung als unionsrechtswidrig einordnet. Es ist ferner von Belang, dass eine Disposition im Vertrauen auf eine bestimmte Rechtslage vorgenommen, das Vertrauen mit anderen Worten betätigt wurde (vgl. BVerfGE 13, 261 [271]).

[83] Die Möglichkeiten mitgliedstaatlicher Gerichte zur Gewährung von Vertrauensschutz sind unionsrechtlich vorgehängt und begrenzt. Entscheidungen des Gerichtshofs im Vorlageverfahren nach Art. 267 AEUV wirken grundsätzlich *ex tunc*. Die Auslegung des Unionsrechts durch den Gerichtshof ist deshalb von den mitgliedstaatlichen Gerichten auch auf Rechtsverhältnisse anzuwenden, die vor Erlass der Vorabentscheidung begründet wurden. Der Gerichtshof schränkt nur ausnahmsweise in Anbetracht der erheblichen Schwierigkeiten, die seine Entscheidung bei in gutem Glauben begründeten Rechtsverhältnissen für die Vergangenheit hervorrufen kann, die Rückwirkungen seiner Entscheidung ein (vgl. EuGH, Urteil vom 27. März 1980, Rs. C-61/79, Denkavit, Slg. 1980, S. 1205 Rn. 16 f.; stRspr).

[84] Vertrauensschutz kann von den mitgliedstaatlichen Gerichten demnach nicht dadurch gewährt werden, dass sie die Wirkung einer Vorabentscheidung zeitlich beschränken, indem sie die nationale Regelung, deren Unvereinbarkeit mit Unionsrecht festgestellt wurde, für die Zeit vor Erlass der Vorabentscheidung anwenden. Eine solche primärwirksame Wirkung des Vertrauensschutzes lässt der Gerichtshof regelmäßig nicht zu, da er im Hinblick auf die einheitliche Geltung des Unionsrechts davon ausgeht, dass nur er selbst die Wirkung der in seinen Entscheidungen vorgenommenen Auslegung zeitlich beschränken könne (vgl. EuGH, Urteil vom 27. März 1980, a.a.O., Rn. 18; stRspr)."

4. Zwischenergebnis

Der Eingriff in die Berufsfreiheit ist gerechtfertigt. Die Bf. ist nicht in Art. 12 I 1 GG verletzt.

B. Verletzung von Art. 2 I GG

Es bleibt eine Verletzung der allgemeinen Handlungsfreiheit der Bf. aus Art. 2 I GG denkbar. Dieses Grundrecht tritt jedoch hinter speziellen Freiheitsgrundrechten zurück, sofern deren Schutzbereich betroffen ist. Da die Vertragsautonomie im Hinblick auf Arbeitsverträge bereits von Art. 12 I 1 GG erfasst wird, bleibt für eine Anwendbarkeit von Art. 2 I GG

kein Raum. Dies sieht auch das BVerfG so:

"[50] Die Vertragsfreiheit als wesentlicher Ausdruck der Privatautonomie wird allgemein durch das Grundrecht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit nach Art. 2 Abs. 1 GG geschützt (vgl. BVerfGE 72, 155 [170]; 81, 242 [254 ff.]; 89, 214 [231 ff.]; 103, 89 [100 f.]). Geht es um die Handlungsfreiheit gerade im Bereich der beruflichen Betätigung, die ihre spezielle Gewährleistung in Art. 12 I GG findet, scheidet die gegenüber anderen Freiheitsrechten subsidiäre allgemeine Handlungsfreiheit als Prüfungsmaßstab allerdings aus (vgl. BVerfGE 89, 1 [13]; 117, 163 [181]). Dies gilt insbesondere im Bereich des Individualarbeitsvertragsrechts (vgl. BVerfGE 57, 139 [158]; BVerfGK 4, 356 [363 f.])."

Somit kann die Bf. auch aus Art. 2 I GG keine Grundrechtsverletzung ableiten.

III. Verletzung von Art. 101 I GG

Das angegriffene Urteil des BAG könnte schließlich die Bf. in ihrem grundrechtsgleichen Recht aus Art. 101 I 2 GG verletzen, weil das BAG den EuGH nicht um Vorabentscheidung nach Art. 267 AEUV ersucht hat.

1. EuGH als gesetzlicher Richter

"[88] Der Gerichtshof ist gesetzlicher Richter im Sinne des Art. 101 I 2 GG. Es stellt einen Entzug des gesetzlichen Richters dar, wenn ein deutsches Gericht seiner Pflicht zur Anrufung des Gerichtshofs im Wege des Vorabentscheidungsverfahrens nach Art. 267 Abs. 3 AEUV nicht nachkommt (vgl. BVerfGE 73, 339 [366 ff.]; 75, 223 [233 ff.]; 82, 159 [192 ff.])."

2. Willkürliche Verletzung einer Vorlagepflicht

"Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts stellt allerdings nicht jede Verletzung der unionsrechtlichen Vorlagepflicht zugleich einen Verstoß gegen Art. 101 I 2 GG dar. Denn das Bundesverfassungsgericht beanstandet die Auslegung und Anwendung von Zuständigkeitsnormen nur, wenn sie bei verständiger Würdigung der das Grundgesetz bestimmenden Gedanken nicht mehr verständlich erscheinen und offensichtlich unhaltbar sind (vgl. BVerfGE 29, 198 [207]; 82, 159 [194])."

Fraglich ist somit, ob a) eine Vorlagepflicht des BAG zum EuGH bestand, und ob diese b) willkürlich verletzt wurde.

a. Vorlagepflicht aus Art. 267 III AEUV

"[89] Dieser Willkürmaßstab wird auch angelegt, wenn eine Verletzung von Art. 267 III AEUV in Rede steht. Das Bundesverfassungsgericht ist unionsrechtlich nicht verpflichtet, die Verletzung der unionsrecht-

lichen Vorlagepflicht voll zu kontrollieren und an der Rechtsprechung des Gerichtshofs zu Art. 267 III AEUV auszurichten (vgl. BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Zweiten Senats vom 6. Mai 2008 - 2 BvR 2419/06 -, NVwZ-RR 2008, S. 658 [660]; anders BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 25. Februar 2010 - 1 BvR 230/09 -, NJW 2010, S. 1268 [1269]). Art. 267 Abs. 3 AEUV fordert kein zusätzliches Rechtsmittel zur Überprüfung der Einhaltung der Vorlagepflicht (vgl. Kokott/Henze/Sobotta, Die Pflicht zur Vorlage an den Europäischen Gerichtshof und die Folgen ihrer Verletzung, JZ 2006, S. 633 [635]). Ein letztinstanzliches Gericht nach Art. 267 Abs. 3 AEUV ist definitionsgemäß die letzte Instanz, vor der der Einzelne Rechte geltend machen kann, die ihm aufgrund des Unionsrechts zustehen (vgl. EuGH, Urteil vom 30. September 2003, Rs. C-224/01, Köbler, Slg. 2003, S. I-10239 Rn. 34). So behalten die Fachgerichte bei der Auslegung und Anwendung von Unionsrecht einen Spielraum eigener Einschätzung und Beurteilung, der demjenigen bei der Handhabung einfachrechtlicher Bestimmungen der deutschen Rechtsordnung entspricht. Das Bundesverfassungsgericht, das nur über die Einhaltung der Grenzen dieses Spielraums wacht, wird seinerseits nicht zum „obersten Vorlagenkontrollgericht“ (vgl. BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Zweiten Senats vom 9. November 1987 - 2 BvR 808/82 -, NJW 1988, S. 1456 [1457]).“

b. Willkür

“[90] Die Vorlagepflicht nach Art. 267 Abs. 3 AEUV wird insbesondere in den Fällen offensichtlich unhaltbar gehandhabt, in denen ein letztinstanzliches Hauptsachegericht eine Vorlage trotz der - seiner Auffassung nach bestehenden - Entscheidungserheblichkeit der unionsrechtlichen Frage überhaupt nicht in Erwägung zieht, obwohl es selbst Zweifel hinsichtlich der richtigen Beantwortung der Frage hegt (grundsätzliche Verkennung der Vorlagepflicht). Gleiches gilt in den Fällen, in denen das letztinstanzliche Hauptsachegericht in seiner Entscheidung bewusst von der Rechtsprechung des Gerichtshofs zu entscheidungserheblichen Fragen abweicht und gleichwohl nicht oder nicht neuerlich vorlegt (bewusstes Abweichen ohne Vorlagebereitschaft). Liegt zu einer entscheidungserheblichen Frage des Unionsrechts einschlägige Rechtsprechung des Gerichtshofs noch nicht vor oder hat eine vorliegende Rechtsprechung die entscheidungserhebliche Frage möglicherweise noch nicht erschöpfend be-

antwortet oder erscheint eine Fortentwicklung der Rechtsprechung des Gerichtshofs nicht nur als entfernte Möglichkeit, wird Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG nur verletzt, wenn das letztinstanzliche Hauptsachegericht den ihm in solchen Fällen notwendig zukommenden Beurteilungsrahmen in unvertretbarer Weise überschritten hat (Unvollständigkeit der Rechtsprechung). Dies kann insbesondere dann der Fall sein, wenn mögliche Gegenauffassungen zu der entscheidungserheblichen Frage des Unionsrechts gegenüber der vom Gericht vertretenen Meinung eindeutig vorzuziehen sind (vgl. BVerfGE 82, 159 [194 ff.]). Zu verneinen ist in diesen Fällen ein Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG deshalb bereits dann, wenn das Gericht die entscheidungserhebliche Frage in zumindest vertretbarer Weise beantwortet hat.

[91] Das angegriffene Urteil verletzt nicht Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG, denn das Bundesarbeitsgericht hat durch die Entscheidung, das Verfahren nicht an den Gerichtshof vorzulegen, die Beschwerdeführerin nicht ihrem gesetzlichen Richter entzogen.

[92] Das Bundesarbeitsgericht hätte insbesondere nicht wegen Unvollständigkeit der Rechtsprechung des Gerichtshofs eine Vorabentscheidung herbeiführen müssen. Unter der Annahme, dass der Gerichtshof die Unanwendbarkeit des § 14 III 4 TzBfG in der Mangold-Entscheidung mit der gebotenen Eindeutigkeit festgestellt habe und die nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs bestehenden Voraussetzungen für eine zeitliche Begrenzung von Entscheidungswirkungen nicht erfüllt seien, sah das Bundesarbeitsgericht sich nicht als verpflichtet an, dem Gerichtshof durch eine Vorlage die Gelegenheit zur nachträglichen Gewährung von Vertrauensschutz zu eröffnen. Dies stellt ein vertretbares Ergebnis dar. Die Gegenauffassung der Beschwerdeführerin, dass der Gerichtshof die Frage des rückwirkenden Vertrauensschutzes in der Rechtssache Mangold offen gelassen habe und die Rechtsprechung des Gerichtshofs zur zeitlichen Begrenzung von Entscheidungswirkungen sich nicht auf die vorliegende Fallgestaltung beziehe, ist der Auffassung des Bundesarbeitsgerichts nicht eindeutig vorzuziehen. Das Bundesarbeitsgericht durfte vielmehr davon ausgehen, dass § 14 Abs. 3 Satz 4 TzBfG nach der Mangold-Entscheidung unangewendet bleiben musste.“

IV. Ergebnis

Somit ist die Vb. insgesamt unbegründet. Sie hat keinen Erfolg.

Standort: Zivilrecht**Problem: Räumungsklage**

BGH, URTEIL VOM 14.07.2010
VIII ZR 267/09 (WuM 2010, 571)

Problemdarstellung:

Der Bekl. mietete mit Vertrag vom 15.11.2005 ein Wohnung von der Kl. zu einer monatlichen Miete von 580 €. Die Miete wurde zuletzt von der zuständigen ARGE bezahlt.

Im Dezember 2006 kündigte die Kl. wegen eines Zahlungsrückstandes von 4.290 € das Mietverhältnis fristlos und erhob anschließend Räumungsklage. Da die Mietrückstände innerhalb der Zweimonatsfrist des § 569 Abs. 3 Nr. 2 BGB von der ARGE ausgeglichen wurden, erklärten die Parteien übereinstimmend den Rechtsstreit in der Hauptsache für erledigt. Gem. § 91 a I 1 ZPO wurden dem Bekl. die Kosten des Rechtsstreits von ca. 1.600 € auferlegt, die er jedoch nicht bezahlte. Um ihren Kostenerstattungsanspruch durchzusetzen (der aus §§ 280 I, II; 286 BGB folgt und damit zusammenhängt, dass die Kl. gem. § 12 I 1 GKG mit Klageeinreichung die Gerichtsgebühren auszulegen hatte), betrieb sie die Zwangsvollstreckung, die jedoch erfolglos verlief. Unter Einbeziehung von Zinsen und Zwangsvollstreckungskosten schuldet der Bekl. der Kl. noch einen Betrag von ca. 2.100 €.

Mit Schreiben vom 13.11.2008 kündigte die Kl. das Mietverhältnis fristgemäß zum 28.02.2009 mit der Begründung, dass der Kl. die Kosten aus dem ursprünglichen Räumungsprozess nicht bezahlt habe.

Prüfungsrelevanz:

Erneut wartet der achte Zivilsenat mit einer mietrechtlichen Entscheidung auf, die sich zur Umsetzung als Examensklausur eignet. Zwar geht es wieder einmal um die Wirksamkeit einer vermietetseitigen Kündigung, doch spielen AGB-Klauseln ausnahmsweise keine Rolle (so aber noch in *BGH*, RA 2010, 430 [Fachhandwerkerklausel]). Dafür setzt die Bearbeitung ein gewisses zivilprozessuales Basiswissen voraus.

Im Detail geht es um die Frage, ob die von der kl. Vermieterin ausgesprochene ordentliche Kündigung des Mietverhältnisses wegen eines Zahlungsrückstandes wirksam war. Im Gegensatz zu den herkömmlichen Fällen schuldet der Mieter hier keine Miete, sondern die Begleichung von Prozesskosten aus einem bereits erledigten Räumungsprozess.

In Übereinstimmung mit dem Berufungsgericht verneint der Senat die Wirksamkeit der Kündigung, da die Voraussetzungen des § 573 II Nr. 1 BGB (schuldhaft, nicht unerhebliche Verletzung der vertraglichen Pflichten des Mieters) nicht vorlagen. Denn da die

vom Bekl. geschuldeten Prozesskosten aus einem Rechtsstreit resultierten, der eine außerordentliche Kündigung zum Gegenstand hatte, musste die Wertung des § 569 III Nr. 2 BGB beachtet werden (der auf die ordentliche Kündigung nach § 573 BGB eigentlich nicht anwendbar ist, vgl. *BGH*, WuM 2005, 250). Danach wird eine gem. § 543 II 1 Nr. 3 BGB erklärte außerordentliche, fristlose Kündigung unwirksam, wenn der rückständige Teil der Miete innerhalb von zwei Monaten nach Eintritt der Rechtshängigkeit des Räumungsanspruchs gezahlt wird. Der Gesetzgeber hat diese sog. "Schonfrist" also vom Ausgleich der Mietrückstände - und der Entschädigung gem. § 546 a BGB -, nicht aber von der Zahlung angefallener Prozesskosten abhängig gemacht. Könnte demnach eine außerordentliche, fristlose Kündigung gem. § 543 II 1 Nr. 3 BGB wegen rückständiger Prozesskosten keinen Bestand haben, muss dies auch für eine nachträglich erklärte ordentliche Kündigung nach § 573 BGB gelten. Denn anderenfalls würde die in § 569 BGB zum Ausdruck kommende gesetzgeberische Intention, einer Obdachlosigkeit finanziell schwacher Mieter entgegen zu wirken, unterlaufen.

Vertiefungshinweise:

□ Übersicht über Rechtsprechung und Literatur zum Wohnraummietrecht: *Börstinghaus*, ZAP Fach 4 R, 667; *Herrlein*, NJW 2009, 1250

□ Assessorexamensklausur: *Lendermann*, JuS 2008, 536

□ Zur verbotenen Eigenmacht bei der Räumung: *Lucky*, Grundeigentum 2008, 28

□ Staatliche Stellen als Erfüllungsgehilfen: *BGH*, RA 2009, 776 = NJW 2009, 3781; *Wiek*, WuM 2010, 204; *Paschke*, Grundeigentum 2010, 102

Kursprogramm:

□ *Examenskurs*: "Keine Lust auf Schönheitsreparaturen"

□ *Examenskurs*: "Geschäftshaus"

□ *Assessorkurs*: "Das Geschäftslokal"

Leitsätze:

Ein Vermieter, dessen außerordentliche Kündigung eines Wohnraummietverhältnisses wegen Zahlungsverzugs des Mieters deswegen unwirksam geworden ist, weil er hinsichtlich der Mietrückstände und der fälligen Entschädigung (§ 546a BGB) binnen zwei Monaten nach Erhebung der Räumungsklage von einer öffentlichen Stelle befriedigt worden ist, kann eine erneute Kündigung des Mietverhältnisses regelmäßig nicht darauf stüt-

zen, dass der zahlungsunfähige Mieter nicht auch die im erledigt erklärten Räumungsprozess angefallenen Verfahrenskosten ausgeglichen hat.

Sachverhalt:

Der Beklagte (B) mietete mit Vertrag vom 15. November 2005 ein Wohnhaus der Klägerin (K) in L. zu einer monatlichen Nettomiete von 530 € zuzüglich Nebenkosten an. Die Nebenkostenvorauszahlungen belaufen sich derzeit auf 50 € monatlich. Zurzeit wird die Miete von der ARGE Arbeit und Grundsicherung für den Landkreis L. (im Folgenden: ARGE) bezahlt. Im Dezember 2006 kündigte die Klägerin wegen eines Zahlungsrückstands in Höhe von 4.290 € das Mietverhältnis fristlos und erhob anschließend Räumungsklage. Die Mietrückstände wurden von der ARGE innerhalb der Zweimonatsfrist des § 569 Abs. 3 Nr. 2 BGB ausgeglichen. Im Hinblick auf die hierdurch eingetretene Unwirksamkeit der ausgesprochenen Kündigung erklärten die Parteien den Räumungsrechtsstreit in der Hauptsache für erledigt. Die ihm vom Amtsgericht auferlegten Prozesskosten in Höhe von 1.620,66 € bezahlte der Beklagte nicht. Eine von der Klägerin betriebene Zwangsvollstreckung verlief bislang erfolglos. Der Beklagte hat zwischenzeitlich die eidesstattliche Versicherung abgegeben.

Zusätzlich zu den Prozesskosten im vorangegangenen Räumungsstreit sind der Klägerin im August 2008 Kosten für die am 11. August 2008 in Auftrag gegebene außergerichtliche Geltendmachung der Augustmiete entstanden. Die von der ARGE übernommene Mietzahlung für August 2008 war nicht - wie im Mietvertrag vereinbart - bis zum dritten Werktag bei der Klägerin eingegangen. Im Auftrag der Klägerin mahnte ihr Prozessbevollmächtigter mit Anwaltsschreiben vom 13. August 2008 die Zahlung der Augustmiete an. Diese war jedoch bereits am 11. August 2008 auf dem Konto der Klägerin gutgeschrieben worden.

Mit Anwaltsschreiben vom 13. November 2008 kündigte die Klägerin das Mietverhältnis fristgemäß zum 28. Februar 2009 mit der Begründung, der Beklagte habe seine Pflichten aus dem Mietverhältnis schuldhaft verletzt, indem er die Mieten für März 2008 und August 2008 verspätet erbracht und zudem die aus dem ursprünglichen Räumungsprozess entstandenen Kosten nicht beglichen habe, die durch Zinsen und Vollstreckungskosten zum 13. November 2008 auf 2.137,38 € angewachsen seien.

Der Beklagte hat der Kündigung widersprochen. Die Klägerin hat daraufhin Räumungsklage erhoben und zugleich Erstattung angefallener außergerichtlicher Anwaltskosten in Höhe von 84,54 € (für das Mahnschreiben vom 13. August 2008) und von weiteren 603,93 € (für das Kündigungsschreiben vom 13. November 2008) - jeweils nebst Zinsen - verlangt.

Ist die zulässige Klage begründet?

[Anm.: In der Originalentscheidung wendete sich die Revision nur noch gegen die Ansicht des Berufungsgerichts, die unterbliebene Bezahlung der im früheren Räumungsprozess angefallenen und vom Bekl. zu tragenden Prozesskosten rechtfertige weder eine ordentliche, noch eine fristlose Kündigung des Mietverhältnisses. Der Senat musste sich daher nicht mehr mit der Frage auseinandersetzen, ob die verspäteten Mietzahlungen im Jahr 2008 eine Kündigung rechtfertigen können; hierzu ausführlich die Vorinstanz LG Lüneburg, Urt. v. 16.09.2009, 6 S 62/09]

Lösung:

Die Klage ist begründet, soweit die Klägerin (K) vom Beklagten (B) die Räumung des Wohnhauses und die Erstattung außergerichtlicher Anwaltskosten verlangen kann.

A. Anspruch auf Räumung gem. § 546 I BGB

Die K könnte einen Anspruch auf Räumung aus § 546 I BGB haben. Dann müsste das zwischen K und B bestehende Mietverhältnis beendet sein.

I. Beendigung durch Kündigung im Dezember 2006

Die von der K im Dezember 2006 erklärte Kündigung war unwirksam und hat das Mietverhältnis daher nicht beendet. Zwar lagen im Zeitpunkt der Kündigungserklärung die Voraussetzungen für eine außerordentliche, fristlose Kündigung gem. § 543 II 1 Nr. 3 BGB vor. Doch hat die ARGE die rückständige Miete gem. § 569 III Nr. 2 BGB innerhalb der sog. "Schonfrist" von zwei Monaten seit Rechtshängigkeit des Räumungsanspruchs beglichen. Damit ist die Kündigung gem. § 569 III Nr. 2 BGB unwirksam geworden.

[Anm.: Die Zahlungen der ARGE muss der Vermieter als Erfüllung durch den Mieter anerkennen. Allerdings wird eine staatliche Stelle, die aus Gründen der Daseinsfür - und Vorsorge für die Miete eines Bürgers aufkommt, seit einer Entscheidung des Senats im Jahr 2009 nicht (mehr) als Erfüllungsgehilfe des Mieters i.S.d. § 278 BGB angesehen (ausführlich BGH, RA 2009, 776 = NJW 2009, 3781). Leistet die staatliche Einrichtung die Miete nicht oder nur verspätet, kommt eine Kündigung des Vermieters aus § 543 I 1 bzw. § 543 II 1 Nr. 3 BGB nicht in Betracht. Denn in diesem Fall hat nicht der Mieter den "wichtigen Grund" i.S.d. § 543 I 1 BGB verschuldet (und hierauf kommt es gem. § 543 I 2 BGB an), sondern die staatliche Einrichtung. In Ermangelung einer Zurechnungsmöglichkeit begründet dies keinen Kündigungsgrund i.S.d. § 543 I BGB. Vorliegend übernahm die ARGE die Mietzahlungen allerdings erst nach dem Zahlungsverzug im Dezember 2006, so dass es auf

eine Zurechnung gem. § 278 BGB nicht ankam - der Bekl. hatte den Zahlungsverzug zu vertreten.]

II. Beendigung durch Kündigung vom 13.11.2008

Das Mietverhältnis könnte jedoch durch die Kündigung der K vom 13.11.2008 beendet worden sein. Diese Kündigung wird von der K zum einen mit den nicht gezahlten Prozesskosten aus dem vorangegangenen Räumungsrechtsstreit (1.), zum anderen mit den verspäteten Mietzahlungen im Jahr 2008 (2.) begründet.

1. Nicht gezahlte Prozesskosten als Kündigungsgrund

Die von B nicht beglichenen Prozesskosten des Räumungsrechtsstreits aus dem Jahr 2006/2007 könnten einen Kündigungsgrund darstellen.

a) Ordentliche Kündigung gem. § 573 II Nr. 1 BGB

Entsprechend den Ausführungen der K könnte der Tatbestand einer ordentlichen Kündigung gem. § 573 II Nr. 1 BGB erfüllt sein. Dann müsste die schriftliche Kündigung auf einer schuldhaften und nicht unerheblichen Verletzung der vertraglichen Pflichten Mieters beruhen.

aa) Schriftform gem. § 126 BGB

Die Kündigung müsste gem. § 568 I BGB schriftlich erfolgt sein. Dies ist der Fall.

bb) Verletzungshandlung

Der Mieter (B) müsste eine Haupt- oder Nebenpflicht des Mietvertrags verletzt haben (Palandt/Weidenkaff, § 573 Rn. 13).

(a) Zahlung der Prozesskosten als mietvertragliche Pflicht

Dies setzt zunächst voraus, dass die Verpflichtung zur Zahlung der Prozesskosten überhaupt eine Pflicht aus dem Mietvertrag darstellt. Diese Problematik ist bislang weder in der Rechtsprechung noch in der Literatur erörtert worden. Jedoch ist bereits die vergleichbare Frage diskutiert worden, ob die unterbliebene Erstattung der im früheren Räumungsprozess angefallenen und vom Mieter aufgrund eines Prozessvergleichs zu tragenden Verfahrenskosten eine Verletzung mietvertraglicher Pflichten darstellt (hierzu *LG Duisburg*, WuM 1992, 189). Die Frage wird unterschiedlich beantwortet:

(aa) 1. Ansicht: Keine Verletzung einer mietvertraglichen Pflicht

Nach einer Ansicht bestehe jedenfalls kein solcher Zusammenhang zwischen der Verpflichtung zur Zahlung der Prozesskosten und dem Mietverhältnis, der die Anwendbarkeit des § 573 BGB eröffnen würde (*LG Duisburg*, WuM 1992, 189; Staudinger/Rolfs, § 573 Rn. 62).

(bb) 2. Ansicht: Verletzung einer mietvertraglichen Pflicht

Nach anderer Ansicht sei der Anwendungsbereich des § 573 II Nr. 1 BGB eröffnet, hilfsweise sei die Generalklausel des § 573 I BGB einschlägig (*MünchKommBGB/Häublein*, § 573 Rn. 10).

(cc) Stellungnahme

Vorzugswürdig erscheint die letztgenannte Ansicht. Zwar können die Prozesskosten, die dem B vor dem Hintergrund des § 91 a I 1 ZPO (im Hinblick auf die allgemeine Kostenregelung des § 91 I ZPO) auferlegt worden sind, in materieller Hinsicht nur über eine Verzugsschadensersatzanspruch gem. §§ 280 I, II; 286 BGB geltend gemacht werden. Doch steht auch dieser Anspruch im Zusammenhang mit dem Mietverhältnis: "[19] (...) Die Verpflichtung zur Tragung der durch den Räumungsprozess verursachten Kosten steht damit in innerem Zusammenhang mit dem Mietverhältnis. Die - zwischenzeitlich behobene - Verletzung der Mietzahlungspflicht setzt sich in der unterbliebenen Erstattung der im früheren Räumungsverfahren entstandenen Prozesskosten fort. Stellte man mit der Revisionserwiderung ausschließlich darauf ab, dass die rechtlichen Folgen des Verzugs in einer gesetzlichen Bestimmung (§ 286 BGB) und nicht im Mietvertrag selbst geregelt sind, würde man den aufgezeigten rechtlichen und tatsächlichen Zusammenhang zwischen Mietzahlungspflicht und Verzugsfolgen außer Acht lassen und einen einheitlichen natürlichen Lebenssachverhalt ohne zwingenden Grund in Teilaspekte aufspalten (vgl. auch Staudinger/Rolfs, aaO, Rdnr. 32, der Verstöße gegen gesetzliche Bestimmungen zu den von § 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB erfassten Pflichtverletzungen zählt). Die innere Verknüpfung zwischen Hauptverbindlichkeit und hierauf zu zahlenden Zinsen und Kosten wird letztlich auch durch die allgemeine Vorschrift des § 367 Abs. 1 BGB bestätigt, die solche Verbindlichkeiten zu einer einheitlichen Schuld ("ganze Schuld") zusammenfasst. Dass die Kostentragungspflicht des Beklagten nicht nur auf § 280 Abs. 2, § 286 BGB, sondern auch auf einer gerichtlichen Kostenentscheidung nach § 91a ZPO beruht, ändert an deren Einordnung als mietvertragliche Pflicht ebenfalls nichts. Denn ein prozessualer Kostenerstattungsanspruch verdrängt einen materiell-rechtlichen Anspruch auf Kostenersatz nicht (vgl. etwa Zöller/Herget, ZPO, 28. Aufl., Vor § 91 Rdnr. 11 m.w.N.)."

[Anm. zur Kostentragungspflicht gem. §§ 91 ff. ZPO: Nach der Grundnorm des § 91 I ZPO richtet sich die Kostenverteilung bei einem Rechtsstreit nach dem Ob-siegen bzw. Unterliegen. § 91 a ZPO bildet eine Sondernorm, die eingreift, wenn der Rechtsstreit nach Rechtshängigkeit von beiden Parteien (übereinstimmend) in der Hauptsache für erledigt erklärt wird. Die

Parteien verzichten dann auf eine Hauptsacheentscheidung und begehren lediglich eine sachgerechte Kostenfolge. Diese ist gem. § 91 a I 1 ZPO als eine Billigkeitsentscheidung ausgestaltet, die sich am bisherigen Sach- und Streitstand ausrichtet. Letztendlich findet also trotz des Verzichts auf eine Hauptsacheentscheidung eine materiell-rechtliche Prüfung des Prozessstoffes statt, da dieser für die Kostenentscheidung nach § 91 a ZPO maßgeblich ist.]

Im Ergebnis ist damit der zweiten Ansicht zu folgen. Die Verpflichtung zur Zahlung von Prozesskosten ist demnach als mietvertragliche Pflicht i.S.d. § 573 II Nr. 1 BGB einzuordnen. Es liegt folglich eine Verletzungshandlung vor.

cc) Schuldhafte und erhebliche Pflichtverletzung Die Pflichtverletzung ist außerdem schuldhaft i.S.d. § 276 I BGB - wenn auch bedingt durch eine finanzielle Notlage - verursacht worden.

Zudem ist die Pflichtverletzung als nicht unerheblich einzustufen, da angesichts der von B geschuldeten Summe von 2.100 € nicht von einer nur ganz geringfügigen Beeinträchtigung der Vermieterin K gesprochen werden kann (vgl. Palandt/Weidenkaff, § 573 Rn. 15, 16).

dd) Gesamtabwägung

Zwar indiziert die Erfüllung des Tatbestands des § 573 II Nr. 1 BGB einen ordentlichen Kündigungsgrund, jedoch rekurriert die Vorschrift ebenso wie die Generalklausel des § 573 I BGB auf ein "berechtigtes" Vermieterinteresse an der Kündigung. Insofern kann eine Gesamtabwägung der widerstreitenden Interessen dennoch zu einer Unwirksamkeit der Kündigung führen. Dies könnte sich vorliegend daraus ergeben, dass die Umstände der erstmaligen Kündigung im Dezember 2006 in den Abwägungsvorgang eingestellt werden:

" [20] (...) Die Beurteilung, ob die Pflichtverletzung des Beklagten die Erheblichkeitsschwelle des § 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB erreicht und damit ein berechtigtes Interesse des Vermieters an der Beendigung des Mietverhältnisses im Sinne von § 573 Abs. 1 BGB begründet, darf - wie das Berufungsgericht zutreffend ausgeführt hat - nicht losgelöst von der in § 569 Abs. 3 Nr. 2 BGB zum Ausdruck gekommenen Wertung des Gesetzgebers erfolgen."

(a) Gesetzgeberische Intention

"[21] Nach dem Willen des Gesetzgebers soll eine auf einen Zahlungsverzug gestützte außerordentliche Kündigung des Mietverhältnisses aus wichtigem Grund (§ 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 BGB) unwirksam werden, wenn der Vermieter spätestens bis zum Ablauf von zwei Monaten nach Eintritt der Rechtshängigkeit des

Räumungsanspruchs hinsichtlich der fälligen Miete und der fälligen Entschädigung nach § 546a BGB befriedigt wird oder sich eine öffentliche Stelle zur Befriedigung verpflichtet (§ 569 Abs. 3 Nr. 2 Satz 2 BGB). Mit dieser Sonderregelung verfolgt der Gesetzgeber das im allgemeinen Interesse liegende Ziel, eine Obdachlosigkeit finanziell schwacher Mieter zu vermeiden (vgl. BT-Drs. 14/4553, S. 64). Um den Sozialhilfebehörden ein hierauf gerichtetes Tätigwerden zu erleichtern, hat er die schon in der Vorgängerregelung des § 554 Abs. 2 BGB aF vorgesehene Schonfrist für die Nachholung der Zahlung der rückständigen Miete und der fälligen Nutzungsentschädigung um einen Monat verlängert (BT-Drs. 14/4553, aaO)."

(b) Unvereinbarkeit mit der gesetzgeberischen Intention

"[22] Mit dieser Intention des Gesetzgebers wäre es nicht zu vereinbaren, wenn zwar eine berechnete außerordentliche Kündigung des Mietverhältnisses wegen Zahlungsverzugs aufgrund einer von der Sozialhilfebehörde innerhalb der Schonfrist herbeigeführten Befriedigung des Vermieters nachträglich unwirksam wird, jedoch dem Vermieter die Möglichkeit verbliebe, das Mietverhältnis gleichwohl erneut zu kündigen, weil der Mieter wirtschaftlich nicht in der Lage ist, die Prozesskosten des erledigten Räumungsrechtsstreits zu begleichen. Denn der Gesetzgeber hat die Unwirksamkeit einer außerordentlichen Kündigung nach § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 BGB nur von dem Ausgleich der Mietrückstände und der Zahlung der fälligen Nutzungsentschädigung, nicht aber darüber hinaus von der Bezahlung angefallener Verzugszinsen oder Prozesskosten abhängig gemacht (vgl. hierzu etwa MünchKommBGB/Häublein, aaO, §569 Rdnr. 31 f.; Palandt/Weidenkaff, aaO, § 569 Rdnr. 19; Schmidt-Futterer/Blank, aaO, § 569 BGB Rdnr. 38; Blank/Börstinghaus, aaO, Rdnr. 48 m.w.N.; LG Berlin, MDR 1989, 357; vgl. ferner Staudinger/Emmerich, aaO, § 569 Rdnr. 42 m.w.N., sowie - für Verzugszinsen - LG Berlin, ZMR 1989, 94). Hierdurch hat der Gesetzgeber zum Ausdruck gebracht, dass aus seiner Sicht dem Vermieter eine Fortsetzung des Mietverhältnisses auch dann zuzumuten ist, wenn seine im Zusammenhang mit dem Zahlungsverzug entstandenen sonstigen Forderungen nicht oder nicht in voller Höhe befriedigt werden. Dieser gesetzgeberischen Wertung muss bei der Beurteilung, ob ein berechtigtes Interesse zur Kündigung im Sinne von § 573 Abs. 1 BGB vorliegt, oder ob eine Pflichtverletzung des Mieters als nicht unerheblich einzustufen ist (§ 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB), Rechnung getragen werden. Denn andernfalls würde das vom Gesetzgeber angestrebte Ziel, einer Obdachlosigkeit finanziell schwacher Mieter entgegen zu wirken, unterlaufen."

(c) Anwendbarkeit des § 569 BGB auf vorliegende Situation

“[24] Einer Berücksichtigung der mit der Bestimmung des § 569 Abs. 3 Nr. 2 BGB verfolgten Intention des Gesetzgebers steht auch nicht die Rechtsprechung des Senats zur Unanwendbarkeit dieser Bestimmung auf eine ordentliche Kündigung des Mietverhältnisses nach § 573 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB entgegen. Der Senat hat mit Urteil vom 16. Februar 2005 (VIII ZR 6/04, WuM 2005, 250, unter II 2) entschieden, dass in den Fällen, in denen ein Vermieter ein Wohnraummietverhältnis nach § 543 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1 Nr. 3, § 569 Abs. 3 Nr. 1 BGB wegen Zahlungsverzugs des Mieters fristlos und hilfsweise auch fristgemäß nach § 573 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB kündigt, der nachträgliche Ausgleich der Rückstände innerhalb der Schonfrist des § 569 Abs. 3 Nr. 2 BGB zwar die fristlose Kündigung unwirksam werden lässt, nicht aber ohne weiteres auch die daneben ausgesprochene fristgemäße Kündigung. Vorliegend steht aber nicht die Gleichbehandlung einer ordentlichen Kündigung mit einer außerordentlichen Kündigung bei nachträglicher Befriedigung des Vermieters innerhalb der Schonfrist des § 569 Abs. 3 Nr. 2 BGB in Frage, sondern die hiervon zu unterscheidende Konstellation, ob ein nach § 569 Abs. 3 Nr. 2 BGB fortgesetztes Mietverhältnis durch eine erneute Kündigung beendet werden kann, die allein auf Zahlungsrückstände gestützt wird, deren Begleichung der Gesetzgeber gerade nicht zur Bedingung für die zuvor erfolgte Fortführung des Mietverhältnisses gemacht hat (vgl. hierzu auch LG Berlin, GE 1994, 399, 401 für den Fall einer ordentlichen Kündigung, die nach Unwirksamwerden einer außerordentlichen Kündigung ausgesprochen und ebenfalls auf den - zwischenzeitlich geheilten - Zahlungsverzug gestützt worden ist).”

(e) Zwischenergebnis

“[25] In Anbetracht der aufgezeigten Zielsetzungen und Wertungen des Gesetzgebers kommt dem unterbliebenen Ausgleich der im erledigten Räumungsstreit entstandenen, zum Zeitpunkt der Kündigung auf 2.137,38 € angewachsenen Prozesskostenforderung nicht das erforderliche Gewicht für eine ordentliche Kündigung des Mietverhältnisses nach § 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB zu. Die in der ausgebliebenen Zahlung der Rechtsverfolgungs- und Zwangsvollstreckungskosten liegende Pflichtverletzung übersteigt unter Berücksichtigung der beiderseitigen Interessenlage und der vom Gesetzgeber anerkannten Schutzbedürftigkeit des auf staatliche Transferleistungen angewiesenen Mieters nicht die Schwelle einer unerheblichen Pflichtverletzung. Aus denselben Gründen fehlt es an einem berechtigten Interesse für eine ordentliche Kündigung nach § 573 Abs. 1 BGB.”

b) Außerordentliche Kündigung gem. § 543 BGB

Unabhängig von der Frage, ob die K überhaupt eine außerordentliche, fristlose Kündigung i.S.d. § 543 BGB erklärt hat, wäre eine solche vorliegend ebenfalls unwirksam:

“[26] (...) Denn angesichts der aufgezeigten gesetzgeberischen Zielsetzungen und Wertungen macht der Umstand, dass der zahlungsunfähige Mieter nicht in der Lage ist, die Prozesskosten des früheren Räumungsrechtsstreits zu tragen, die Fortsetzung des Mietverhältnisses für den Vermieter nicht unzumutbar. Infolge der Übernahme der Mietverbindlichkeiten durch die ARGE ist der Vermieter hinreichend vor weiteren Zahlungsausfällen geschützt (...).”

c) Zwischenergebnis

Die Kündigung vom 13.11.2008 hat das Mietverhältnis nicht beendet.

2. Verspätete Mietzahlungen im Jahr 2008 als Kündigungsgrund

Fraglich ist ob die Verspätungen bei der Mietzahlung in den Monaten März und August 2008 die Kündigung rechtfertigen können.

a) Ordentliche Kündigung gem. § 573 II Nr. 1 BGB

Die Verspätung der Mietzahlung könnte eine schuldhaft und erhebliche Verletzung der mietvertraglichen Pflichten darstellen. Zwischen den Parteien war vereinbart, dass die Miete bis zum dritten Werktag eines jeden Monats auf dem Konto der Vermieterin eingegangen sein muss. Jedenfalls im März und im August 2008 ist die Miete verspätet bei der K eingegangen, so dass eine mietvertragliche Pflicht verletzt wurde. Dies müsste B verschuldet haben. Jedoch beruht die Verspätung nicht auf einem Unterlassen des B, sondern auf einem Verhalten der ARGE. Dieses muss sich der B jedoch nicht gem. § 278 BGB zurechnen lassen, da staatliche Einrichtungen der Daseinsfürsorge nicht privatautonom vom Mieter eingesetzt werden, sondern hoheitlich tätig werden und damit nicht als Erfüllungshelfer einzustufen sind (vgl. schon oben Anm. 1 und BGH, RA 2009, 776 = NJW 2009, 3781).

Eine ordentliche Kündigung des Mietverhältnisses scheidet schon deswegen aus.

Außerdem rechtfertigt der zweimalige Zahlungsverzug unabhängig von der Frage des Verschuldens nicht die ordentliche Kündigung des Mietverhältnisses, da hiermit ein “berechtigtes Interesse” des Vermieters nicht begründet werden kann. Die Verspätungen sind nämlich nicht Ausdruck von Zahlungsunwilligkeit bzw. -unfähigkeit des Mieters, sondern beruhen auf der Organisation der ARGE.

[Anm.: Der Senat musste den Grundsatz der o.g. Entscheidung BGH, RA 2009, 776 = NJW 2009, 3781

hier tatsächlich nicht anwenden, da sich die Revision - wie eingangs erwähnt - nicht auf die verspäteten Mietzahlungen erstreckte.]

b) Außerordentliche Kündigung gem. § 543 I BGB

Auch eine außerordentliche Kündigung gem. § 543 I BGB ist nicht gerechtfertigt, da die zweifache Verspätung der Miete schon keinen "wichtigen Grund" i.S.d. § 543 I BGB begründen kann. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass die Miete durch die ARGE geleistet wird und demnach für die Zukunft von einer stetigen Erfüllung der Mietzahlungspflicht auszugehen ist.

c) Zwischenergebnis

Auch die verspäteten Mietzahlungen rechtfertigen keine Kündigung des Mietverhältnisses.

Der Räumungsanspruch ist unbegründet.

B. Erstattung außergerichtlicher Rechtsanwaltskosten

Ein Anspruch auf Erstattung der außergerichtlich angefallenen Rechtsanwaltskosten könnte der K gem. §§ 280 I, II; 286 BGB zustehen (zur Erstattung von Rechtsverfolgungskosten als Schadensersatz vgl. Palandt/Heinrichs, § 286 Rn. 47 ff.).

I. Mahnkosten von 84,54 €

Zwischen K und B besteht ein (ungekündigtes) Schuldverhältnis in Form eines Mietvertrags gem. § 535 BGB. B war außerdem mit der Mietzahlung in Verzug, da er (bzw. die ARGE) die Miete in den Monaten März und August 2008 nicht bis zum dritten Werktag des Monats auf das Konto der K leistete; einer gesonderten Mahnung bedurfte es daher gem. § 286 II Nr. 1 BGB nicht. Die Pflichtverletzung ist von B jedoch nicht zu vertreten, da er sich das Verhalten der ARGE nicht gem. § 278 BGB zurechnen lassen muss (vgl. BGH, RA 2009, 776 = NJW 2009, 3781).

II. Kosten für das Kündigungsschreiben vom 13.11.2008 von 603,93 €

Die Kosten für das Kündigungsschreiben vom 13.11.2008 sind ebenfalls nicht ersatzfähig, da die Kündigung unwirksam ist (s.o.).

Ein Anspruch auf Erstattung der Rechtsanwaltskosten scheidet damit insgesamt aus.

C. Gesamtergebnis

Die Klage ist unbegründet.

Standort: § 243 I 2 Nr. 2 StGB

Problem: Verschlossenes Behältnis

BGH, BESCHLUSS VOM 05.08.2010

2 STR 385/10 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Die Angeklagte, eine Schalterangestellte in einer Postfiliale, nahm in einem unbeobachteten Moment den Tresorschlüssel eines Kollegen an sich, den sie selbst nicht benutzen durfte. Mit dem Schlüssel öffnete sie den Tresor, entnahm diesem insgesamt 113.000,- € und flüchtete zusammen mit einem Komplizen.

Das Landgericht Gießen hatte die Beteiligten wegen mittäterschaftlichen Diebstahls in einem besonders schweren Fall, §§ 242 I, 25 II, 243 I 2 Nr. 2 StGB, verurteilt. Die hiergegen gerichtete Revision des Komplizen, mit der dieser insbesondere die Annahme eines besonders schweren Falles gem. § 243 I 2 Nr. 2 StGB durch das LG gerügt hatte, wies der BGH als unbegründet zurück. Ebenso wie das LG steht auch der BGH auf dem Standpunkt, dass das Regelbeispiel des Diebstahls besonders gesicherter Sachen gem. § 243 I 2 Nr. 2 StGB auch dann verwirklicht ist, wenn der Täter das Behältnis mit dem dafür vorgesehenen Schlüssel öffnet, jedenfalls soweit dieser nicht dazu berechtigt ist, den entsprechenden Schlüssel zu benutzen.

Prüfungsrelevanz:

Der Tatbestand des Diebstahls gehört sicher zu den in beiden Examen am häufigsten zu prüfenden Delikten. Insofern gehören natürlich auch Detailfragen zu den insofern existierenden Regelbeispielen, § 243 I 2 StGB, und Qualifikationen, §§ 244 f. StGB, zum notwendigen Examenswissen. Das im vorliegenden Fall vom BGH diskutierte Regelbeispiel gem. § 243 I 2 Nr. 2 StGB ist hierbei besonders häufig zu prüfen.

Gem. § 243 I 2 Nr. 2 StGB ist ein besonders schwerer Fall des Diebstahls in der Regel dann gegeben, wenn der Täter eine Sache stiehlt, die durch ein verschlossenes Behältnis oder eine andere Schutzvorrichtung gegen Wegnahme besonders gesichert ist (vgl. hierzu auch die Ausführungen im Skript StrafR BT I, Rn. 79 ff.). Ein Behältnis i.S.v. § 243 I 2 Nr. 2 StGB ist ein zur Aufnahme von Sachen dienendes und sie umschließendes Raumgebilde, das nicht dazu bestimmt ist, von Menschen betreten zu werden, z.B. eine Geldkassette oder ein Wandtresor (BGHSt 1, 158, 163; Fischer, § 243 Rn. 14; Krey/Hellmann, BT II, Rn. 126). Verschlossen ist das Behältnis, wenn es gegen unberechtigten Zugriff gesichert ist (Lackner/Kühl, § 243 Rn. 15; Rengier, BT I, § 3 Rn. 13).

Das Regelbeispiel des § 243 I 2 Nr. 2 StGB ist jedenfalls dann verwirklicht, wenn der Täter das verschlos-

sene Behältnis mit Gewalt öffnet, um an den Inhalt zu gelangen (z.B. Aufbrechen der Geldkassette mit einem Stemmeisen, Öffnen des Tresors mit Hilfe eines Schweißgeräts); ein gewaltsames Vorgehen ist jedoch nicht zwingend erforderlich (LK-Ruß, § 243 Rn. 18; Krey/Hellmann, BT II, Rn. 126; Maurach/Schroeder/Maiwald, BT I/1, § 33 Rn. 91).

Überwindet der Täter den Verschluss mit einem Schlüssel, den er befugtermaßen besitzt, so ist nach einer Mindermeinung das Regelbeispiel des § 243 I 2 Nr. 2 StGB verwirklicht (Fischer, § 243 Rn. 17; Schmid, JR 1982, 119). § 243 I 2 Nr. 2 StGB stelle nämlich keine Anforderungen an die Art des Vorgehens, sodass auch ein völlig gewaltfreies Vorgehen einen besonders schweren Fall darstellen könne. Der gesteigerte Unwertgehalt im Vergleich zu einem "normalen" Diebstahl ergebe sich in diesen Fällen daraus, dass das Tatobjekt an einem besonders sicheren Ort aufbewahrt werde, gerade um es vor einer Wegnahme zu schützen. Nach herrschender Meinung scheidet § 243 I 2 Nr. 2 StGB jedoch aus, wenn der berechtigte Besitzer des Schlüssels diesen benutzt, um das Behältnis zu öffnen und so auf das Tatobjekt zugreifen zu können (OLG Hamm, NJW 1982, 777; Lackner/Kühl, § 243 Rn. 15; Wessels/Hillenkamp, BT II, Rn. 225). Die Sicherung des Tatobjekts gegen Wegnahme könne in diesem Fall keinen besonders schweren Fall begründen, da der Täter je gerade zu dem Personenkreis gehört, der auf dieses Zugriff haben soll, sodass die Sache nicht gegen eine Wegnahme durch diesen Täter gesichert werden sollte. Allerdings sei man ja auch bei Ablehnung des Regelspiels nicht daran gehindert, u.U. einen unbenannten besonders schweren Fall gem. § 243 I 1 StGB anzunehmen. Auch könne das besondere Unrecht eines solchen Vorgehens durch die zusätzliche Annahme einer Untreue, § 266 I 2. Fall StGB, gewürdigt werden.

Im vorliegenden Fall war der Schlüssel, den die Täterin benutzte, um an das Geld zu gelangen, jedoch nicht ihr anvertraut worden, sondern einem Kollegen, sodass sie auch nicht dazu befugt war, diesen Schlüssel zu benutzen. In dieser Konstellation, die von der Rechtsprechung bisher noch nicht entschieden worden ist, ist - so der wesentliche Inhalt der vorliegenden BGH-Entscheidung - das Regelbeispiel des § 243 I 2 Nr. 2 StGB allerdings verwirklicht.

Vertiefungshinweise:

Zu § 243 I 2 Nr. 2 StGB bei Verwendung eines Schlüssels: BGHSt 29, 319; OLG Hamm, NJW 1982, 777; Murmann, NJW 1995, 935

Kursprogramm:

Examenskurs: "Der Missbrauch des Sparbuchs"

Leitsatz:

Der Täter stiehlt auch dann eine durch ein verschlossenes Behältnis besonders gesicherte Sache, wenn er als Unberechtigter den ordnungsgemäß dafür vorgesehenen Schlüssel verwendet.

Sachverhalt (vereinfacht):

A und N hatten sich dazu entschlossen, Geld aus der Postfiliale in S. zu entwenden. N war dort als Angestellte am Schalter eingesetzt. Dort bat sie am 22. Juli 2008 entsprechend dem gemeinsamen Tatplan ihren Kollegen R darum, sie beim Bedienen eines Kunden am Schalter zu vertreten. Diese Ablenkung nutzte sie dazu aus, um unbeobachtet den in der offenen Kasse am Schalter ihres Kollegen R liegenden Schlüssel zum Haupttresor an sich zu nehmen, den sie grundsätzlich nicht benutzen durfte. Sie öffnete damit den Tresor und entnahm daraus 113.000 € Bargeld. Den Schlüssel ließ sie im Tresor stecken, verließ mit der Beute die Postfiliale und floh zusammen mit A in dessen Fahrzeug.

Strafbarkeit von A und N?

Lösung:

A. Strafbarkeit der N

I. Strafbarkeit gem. § 242 I StGB bzgl. des Schlüssels
Dadurch, dass sie den Schlüssel an sich nahm, könnte sich N wegen Diebstahls gem. § 242 I StGB an dem Schlüssel strafbar gemacht haben.

1. Tatbestand

a. Fremde bewegliche Sache

Bei dem Schlüssel müsste es sich um eine fremde bewegliche Sache handeln.

Eine Sache i.S.v. § 242 I StGB ist jeder körperliche Gegenstand (Schönke/Schröder-Eser, § 242 Rn. 9; Wessels/Hillenkamp, BT II, Rn. 63). Beweglich ist eine Sache, wenn sie tatsächlich fortgeschafft werden kann (Schönke/Schröder-Eser, § 242 Rn. 11; Krey/Hellmann, BT II, Rn. 2). Fremd ist die Sache dann, wenn sie im Eigentum einer anderen Person als des Täters steht (Fischer, § 242 Rn. 5; Joecks, Vor § 242 Rn. 9 f.). Der Schlüssel war ein körperlicher Gegenstand, der tatsächlich fortgeschafft werden konnte und somit eine bewegliche Sache. Da der Schlüssel im Eigentum der Post stand war er für N auch fremd und stellte somit ein taugliches Tatobjekt für einen Diebstahl dar.

b. Wegnahme

N müsste den Schlüssel weggenommen haben.

Wegnahme i.S.v. § 242 I StGB ist der Bruch fremden und die Begründung neuen, nicht notwendig tätereigenen, Gewahrsams (Fischer, § 242 Rn. 10; Schönke/Schröder-Eser, § 242 Rn. 22).

Zunächst müsste also fremder Gewahrsam, insb. Gewahrsam des R, bestanden haben.

Gewahrsam in diesem Sinne ist die tatsächliche Sachherrschaft eines Menschen über eine Sache getragen von einem natürlichen Herrschaftswillen, wobei das Vorliegen dieser Elemente nach der Verkehrsanschauung zu beurteilen ist (BGHSt 40, 8, 23; Schönke/Schröder-Eser, § 242 Rn. 23). Solange der Schlüssel in der Kasse des R lag, konnte dieser jederzeit darauf zugreifen, sodass er die tatsächliche Sachherrschaft daran hatte. Da er für diesen Schlüssel verantwortlich war und diesen auch nicht Dritten preisgeben wollte, hatte R auch einen entsprechenden Herrschaftswillen. Ursprünglich bestand also Gewahrsam des R an dem Schlüssel, mithin für N fremder Gewahrsam.

N müsste auch neuen Gewahrsam begründet haben.

Die Täterin hat dann neuen Gewahrsam begründet, wenn sie oder ein Dritter die Sachherrschaft derart erlangt hat, dass sie diese ohne Behinderung durch den früheren Gewahrsamsinhaber ausüben und dieser seinerseits ohne Beseitigung der neuen Sachherrschaft nicht mehr über die Sache verfügen kann (BayObLG, NJW 1995, 3000, 3001; Schönke/Schröder-Eser, § 242 Rn. 38). Spätestens in dem Moment als N den Schlüssel an sich nahm sind diese Voraussetzungen gegeben.

Diese Gewahrsamsverschiebung müsste auch einen Gewahrsamsbruch darstellen.

Ein Gewahrsamsbruch liegt dann vor, wenn die Gewahrsamsverschiebung gegen oder ohne Willen des früheren Gewahrsamsinhabers erfolgt (Joecks, § 242 Rn. 10; Lackner/Kühl, § 242 Rn. 14). Da R nicht damit einverstanden war, dass N den Schlüssel mitnahm, ist auch ein Gewahrsamsbruch gegeben.

c. Vorsatz

N handelte auch vorsätzlich.

d. Absicht rechtswidriger Zueignung

N müsste auch in der Absicht rechtswidriger Zueignung gehandelt haben, d.h. sie müsste zunächst einmal überhaupt mit Zueignungsabsicht gehandelt haben.

Zueignungsabsicht setzt eine Aneignungsabsicht und einen Enteiungswillen voraus.

aa. Aneignungsabsicht

N müsste zunächst mit Aneignungsabsicht bzgl. des Schlüssels gehandelt haben.

Aneignungsabsicht ist die Absicht, die Sache selbst oder den in ihr verkörperten Sachwert wenigstens vorübergehend dem eigenen Vermögen oder dem Ver-

mögen eines Dritten einzuverleiben (BGHSt 35, 152, 156; Fischer, § 242 Rn. 35; Wessels/Hillenkamp, BT II, Rn. 136).

N hatte die Absicht, den Schlüssel zur Öffnung des Tresors zu benutzen, wollte also jedenfalls den Wert der Sache zumindest vorübergehend ihrem Vermögen einverleiben.

N hat also mit Zueignungsabsicht gehandelt.

bb. Enteiungswille

N müsste aber auch mit Enteiungswillen gehandelt haben.

Enteiungswille ist der Wille, den Berechtigten auf Dauer aus seiner Eigentümerposition zu verdrängen, d.h. ihm die Sache selbst oder den in ihr verkörperten Sachwert auf Dauer zu entziehen (Schönke/Schröder-Eser, § 242 Rn. 47; Krey/Hellmann, BT II, Rn. 56).

N hat den Schlüssel nach Beutung im Tresor stecken lassen, wo der Berechtigte R diesen ohne Weiteres zurückerlangen würde. Nach dem Grundsatz "in dubio pro reo" ist deshalb zugunsten der N davon auszugehen, dass sie dies auch schon von vornherein vorhatte. Sie hatte also keinen Willen zur dauerhaften Enteiung bzgl. der Sache selbst.

Der in einem Schlüssel verkörperte Sachwert (lucrum ex re) besteht in der Möglichkeit, mit diesem ein bestimmtes Schloss öffnen zu können. Da N den weggenommenen Schlüssel aber nicht vor Rückgabe beschädigen wollte, hätte er diesen Wert immer noch gehabt. Die Tatsache, dass sich im Zeitpunkt der Rückgabe des Schlüssels in dem Tresor, zu dem der Schlüssel passt, kein Geld mehr befinden sollte, würde nicht den Wert des Schlüssels selbst mindern, da in diesem ja nicht "gespeichert" wird, wieviel Geld sich im Tresor befindet. N hatte also auch nicht vor, dem Schlüssel einen in ihm verkörperten Sachwert zu entziehen.

N hatte keinen Enteiungswillen bzgl. des Schlüssels. N hat nicht mit Zueignungsabsicht gehandelt.

2. Ergebnis

N hat sich nicht wegen Diebstahls an dem Schlüssel strafbar gemacht.

II. Strafbarkeit gem. §§ 242 I, 243 I 2 Nr. 2 StGB bzgl. des Geldes

N könnte sich jedoch dadurch, dass sie das Geld aus dem Tresor mitnahm, wegen Diebstahls in einem besonders schweren Fall gem. §§ 242 I, 243 I 2 Nr. 2 StGB hieran strafbar gemacht haben.

1. Tatbestand

a. Fremde bewegliche Sache

Bei den erbeuteten Geldscheinen müsste es sich um fremde bewegliche Sachen handeln.

Die Geldscheine sind bewegliche Sachen. Da sie auch im Eigentum der Post und nicht in dem der N standen, waren sie für diese auch fremd.

b. Wegnahme

N müsste die Geldscheine weggenommen haben. Solange sich die Geldscheine im Tresor befanden, hatte der entsprechende Filialleiter der Postfiliale die tatsächliche Sachherrschaft daran und auch einen entsprechenden Herrschaftswillen, sodass ursprünglich für N fremder Gewahrsam an den Geldscheinen bestand. Durch das Mitnehmen hat N allerdings neuen, eigenen, Gewahrsam an den Scheinen begründet. Da dies auch gegen den Willen des Filialleiters geschah, hat sie den fremden Gewahrsam gebrochen. N hat also die Geldscheine weggenommen.

c. Vorsatz

N handelte auch vorsätzlich.

d. Absicht rechtswidriger Zueignung

N müsste auch in der Absicht rechtswidriger Zueignung gehandelt haben.

aa. Zueignungsabsicht

N hatte die Absicht, die Geldscheine ihrem eigenen Vermögen und dem ihres Partners A einzuverleiben. Sie hat also mit Aneignungsabsicht gehandelt. Auch wollte sie die Scheine nicht zurückgeben, sodass sie den Berechtigten auch dauerhaft aus der Eigentümerposition verdrängen wollte. Somit ist auch ein Enteignungswille der N vorhanden, sodass sie mit Zueignungsabsicht gehandelt hat.

bb. Rechtswidrigkeit der beabsichtigten Zueignung

Die von N beabsichtigte Zueignung müsste auch rechtswidrig sein.

Rechtswidrig ist die vom Täter beabsichtigte Zueignung dann, wenn der Täter keinen fälligen und durchsetzbaren Anspruch auf Übereignung der weggenommenen Sache hat (Schönke/Schröder-Eser, § 242 Rn. 59; Krey/Hellmann, BT II, Rn. 92).

Da N keinen Anspruch auf Übereignung des Geldes hatte, war die von ihr beabsichtigte Zueignung auch rechtswidrig.

cc. Vorsatz bzgl. Rechtswidrigkeit der beabsichtigten Zueignung

N wusste, dass sie keinen Anspruch auf Zueignung der Geldscheine hatte, sodass sie hinsichtlich der Rechtswidrigkeit der beabsichtigten Zueignung vorsätzlich handelte.

Die Absicht rechtswidriger Zueignung ist somit bei N gegeben.

2. Rechtswidrigkeit und Schuld

N handelte auch rechtswidrig und schuldhaft.

3. Besonders schwerer Fall, § 243 StGB

Bei dem von N begangenen Diebstahl könnte es sich um einen besonders schweren Fall gem. § 243 StGB handeln.

a. § 243 I 2 Nr. 2 StGB

Zunächst müssten die Voraussetzungen des § 243 I StGB vorliegen. Hier könnte eines der Regelbeispiele gegeben sein, nämlich § 243 I 2 Nr. 2 StGB.

Dann müsste N eine Sache gestohlen haben, die durch ein verschlossenes Behältnis oder eine andere Schutzvorrichtung gegen Wegnahme besonders gesichert war.

Hierzu führt der BGH aus: “[3] Diese Handlung hat das Landgericht zu Recht als Diebstahl im besonders schweren Fall im Sinne der §§ 242 Abs. 1, 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2, 25 Abs. 2 StGB bewertet. Das Regelbeispiel des Diebstahls aus einem verschlossenen Behältnis ist erfüllt.

[4] Dies entspricht dem Wortlaut und dem Zweck des § 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 StGB. Dient das Behältnis nach seiner erkennbaren Zweckbestimmung wenigstens unter anderem auch zur Sicherung der darin aufbewahrten Sache gegen Diebstahl, wie es bei einem Tresor idealtypisch der Fall ist, dann ist das verschlossene Behältnis ein Spezialfall einer Schutzvorrichtung im Sinne der Vorschrift. Das Regelbeispiel setzt voraus, dass das Behältnis verschlossen ist. Weitere Sicherungen, etwa durch Wegschließen des Schlüssels, sind danach zu seiner Erfüllung nicht mehr erforderlich. Der Täter muss - sofern er nicht sogar die Sache mitsamt dem Behältnis stiehlt - die Sicherung überwinden, wobei es aber nicht darauf ankommt, wie er das bewirkt (vgl. BT-Drucks. IV/650 S. 403; Fischer, StGB, 57. Aufl., § 243 Rn. 17). § 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 StGB betont nämlich die besondere Sicherung des Diebstahlobjekts, während § 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 StGB besondere Arten der Tatausführung bei einer allgemeinen Sicherung des Gegenstands hervorhebt; auf eine besondere Gestaltung der Tathandlung über das Überwinden der Sicherung hinaus kommt es dagegen bei § 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 StGB nicht an (vgl. OLG Frankfurt, NJW 1988, 3028). Daher scheidet die Anwendung des Regelbeispiels für einen besonders schweren Fall des Diebstahls wegen der Wegnahme einer Sache aus einem verschlossenen Behältnis auch dann nicht aus, wenn der Verschluss mit dem dafür vorgesehenen Schlüssel geöffnet wird. Allenfalls dann, wenn der Benutzer des Schlüssels zu dessen Verwendung befugt ist, könnte für ihn die Eigenschaft des Behältnisses als besondere Diebstahlssicherung entfallen (vgl. OLG Hamm, JR 1982, 119 mit abl. Anm. Schmid; Schmitz in MünchKomm, StGB,

2003, § 243 Rn. 35). Jedenfalls wenn ein Unbefugter den Schlüssel an sich nimmt und er damit das Behältnis öffnet, überwindet er die Diebstahlssicherung, die sich aus dem Verschlusszustand des Behältnisses ergibt (vgl. OLG Karlsruhe, NStZ-RR 2010, 48; Fischer, StGB, § 243 Rn. 17; LK/Vogel, StGB, 12. Aufl., § 243 Rn. 32)."

N hat also die Voraussetzungen des Diebstahls besonders gesicherter Sachen gem. § 243 I 2 Nr. 2 StGB erfüllt.

b. Kein Ausschluss der Regelwirkung

Der BGH führt weiter aus: "[5] Die Erfüllung des Regelbeispiels führt grundsätzlich zur Anwendung des Ausnahmestrafrahmens. Das Landgericht hat rechtsfehlerfrei angenommen, dass auch nach den Umständen des konkreten Falles kein Grund dafür besteht, die Regelwirkung hier entfallen zu lassen."

Auch bezieht sich die Tat nicht auf eine geringwertige Sache, sodass auch nicht gem. § 243 II StGB die Regelwirkung entfällt.

4. Ergebnis

N ist strafbar gem. §§ 242 I, 243 I 2 Nr. 2 StGB.

III. Strafbarkeit gem. § 246 I StGB

Die mitverwirklichte Unterschlagung gem. § 246 I StGB an dem Geld tritt hinter dem schwerer bestraften Diebstahl zurück, § 246 I StGB a.E.

B. Strafbarkeit des A

I. Strafbarkeit gem. §§ 242 I, 25 II, 243 I 2 Nr. 2 StGB bzgl. des Geldes

Dadurch dass A die Tat zusammen mit N geplant hat und das Fluchtfahrzeug fuhr, könnte er sich wegen mittäterschaftlichen Diebstahls in einem besonders schweren Fall gem. §§ 242 I, 25 II, 243 I 2 Nr. 2 StGB strafbar gemacht haben.

1. Tatbestand

a. Fremde bewegliche Sachen

Die Geldscheine sind bewegliche Sachen (s.o.). Da sie nicht im Eigentum des A stehen (s.o.), sind sie für diesen auch fremd und somit taugliche Tatobjekte für einen Diebstahl des A.

b. Wegnahme

A müsste die Geldscheine auch weggenommen, d.h. fremden Gewahrsam daran gebrochen und neuen begründet haben.

aa. Durch A selbst

A selbst hat keinen fremden Gewahrsam an dem Geld gebrochen und dieses somit auch nicht weggenommen.

men.

bb. Durch N, gem. § 25 II StGB zurechenbar

Allerdings hat N die Geldscheine weggenommen (s.o.). Wenn A Mittäter der N wäre, dann würde ihm deren Wegnahme gem. § 25 II StGB zugerechnet.

Eine Mittäterschaft i.S.v. § 25 II StGB verlangt ein arbeitsteiliges Zusammenwirken aufgrund eines gemeinsamen Tatentschlusses (Joecks, § 25 Rn. 61; Wessels/Beulke, AT, Rn. 524).

(1) Arbeitsteiliges Zusammenwirken

A und N müssten zunächst arbeitsteilig zusammengewirkt haben.

A und N haben die Tat zusammen geplant und sich auch die Arbeit bei der Ausführung aufgeteilt, da N die eigentliche Wegnahmehandlung vorgenommen und A den Abtransport der Beute durchgeführt hat.

Da A jedoch die eigentliche Tathandlung - die Wegnahme - nicht selbst vorgenommen hat, ist fraglich, ob er wirklich Mittäter oder nicht vielleicht nur Gehilfe, also Teilnehmer, an einem Diebstahl der N war. Diese Abgrenzung von Mittäterschaft und Beihilfe wird unterschiedlich durchgeführt.

(a) Tatherrschaftslehre

Nach der Tatherrschaftslehre ist Täter derjenige, der Tatherrschaft hat, d.h. der als Zentralgestalt des Geschehens den tatbestandsmäßigen Geschehensablauf steuernd in den Händen hält und nach seinem Gutdünken hemmen oder ablaufen lassen kann (Rönnau, JuS 2007, 514; Zöllner, JURA 2007, 305, 311).

A war zwar nicht selber in der Postfiliale anwesend. Da er jedoch direkt vor der Tür wartete, hätte er auch jederzeit hineinlaufen und die Wegnahme durch N verhindern können. Außerdem hätte er sich weigern können, N mit der Beute abzutransportieren. Er konnte also den Geschehensablauf hemmen und hielt somit als Zentralgestalt des Geschehens dieses - zusammen mit N - in den Händen. A hatte Tatherrschaft und ist deshalb nach dieser Meinung auch selber Täter.

(b) Modifizierte Animus-Theorie

Nach der modifizierte Animus-Theorie der Rechtsprechung ist derjenige Täter, der Täterwillen hat, d.h. der die Tat als eigene will; als Indizien für das Vorliegen des Täterwillens sind der Grad des eigenen Tatinteresses, der Umfang der Tatbeteiligung sowie Tatherrschaft und Tatherrschaftswille heranzuziehen (BGHSt 36, 363, 367; 45, 270, 296).

A hatte nicht nur Tatherrschaft (s.o.) und einen entsprechenden Tatherrschaftswillen, er wollte außerdem auch einen Anteil an der Beute für sich, sodass er auch ein erhebliches Tatinteresse hatte. A hat also mit Täterwillen gehandelt, sodass er auch nach dieser Meinung Mittäter der N ist.

(c) Zwischenergebnis

Nach beiden Auffassungen ist ein arbeitsteiliges Zusammenwirken von N und A i.S.v. § 25 II StGB gegeben.

(2) Gemeinsamer Tatentschluss

A und N handelten auch aufgrund eines gemeinsamen Tatentschlusses.

A ist also Mittäter der N, sodass ihm deren Wegnahme gem. § 25 II StGB zuzurechnen ist.

c. Vorsatz

A handelte vorsätzlich hinsichtlich aller objektiver Umstände, insb. auch bzgl. der Mittäterschaft.

d. Absicht rechtswidriger Zueignung

Ebenso wie N hatte auch A die Absicht, die Geldscheine seinem eigenen Vermögen und dem der N einzuverleiben unter dauerhaftem Ausschluss des Berechtigten. Auch A hatte keinen Anspruch auf diese Zueignung, was A auch wusste.

A hat also in der Absicht rechtswidriger Zueignung gehandelt.

2. Rechtswidrigkeit und Schuld

A handelte auch rechtswidrig und schuldhaft.

3. Besonders schwerer Fall, § 243 StGB

Auch für A könnte sich der begangene Diebstahl als besonders schwerer Fall darstellen. Allerdings hat A nicht selbst eine besonders gesicherte Sache weggenommen. Die Voraussetzungen des Regelbeispiels hat also nur N erfüllt und nicht A selbst.

Ob die Beteiligung an einem Diebstahl einen besonders schweren Fall darstellt, ist für jeden Beteiligten gesondert zu prüfen (BGH, wistra 2007, 183; Fischer, § 243 Rn. 29, § 46 Rn. 105). Dies bedeutet jedoch nicht zwingend, dass jeder Beteiligte das Regelbeispiel selbst verwirklichen muss. Bei tatbezogenen Regelbeispielen, also solchen, die die Strafschärfung an das Tatobjekt oder die Ausführungshandlung knüpfen, genügt ein entsprechender Vorsatz des jeweiligen Beteiligten bzgl. der Verwirklichung des Regelbeispiels durch den Tatnächsten, damit sich der Diebstahl auch für den Tatferneren als besonders schwerer Fall darstellt (Schönke/Schröder-Eser, § 243 Rn. 47; SK-Hoyer, § 243 Rn. 57).

Bei § 243 I 2 Nr. 2 StGB handelt es sich um ein solches tatbezogenes Regelbeispiel. Da A wusste, dass N dieses verwirklichen würde, und auch bei A kein Ausschluss der Regelwirkung anzunehmen ist, ist auch bei ihm ein besonders schwerer Fall des Diebstahls gegeben.

4. Ergebnis

A ist strafbar gem. §§ 242 I, 25 II, 243 I 2 Nr. 2 StGB.

II. Strafbarkeit gem. §§ 246 I, 25 II StGB

Die mitverwirklichte mittäterschaftliche Unterschlagung, §§ 246 I, 25 II StGB, tritt hinter den schwerer bestraften Diebstahl in Mittäterschaft zurück, § 246 I StGB a.E.

C. Gesamtergebnis

A und N sind strafbar wegen mittäterschaftlichen Diebstahls in einem besonders schweren Fall, §§ 242 I, 25 II, 243 I 2 Nr. 2 StGB.

*Literaturauswertung**Öffentliches Recht*

Autor/Titel:	Weber, Sebastian: "Bauvorbescheid und vorläufiger Rechtsschutz"
Fundstelle:	DVB1 2010, 958 (Heft15)
Inhalt:	In Rspr. und Lit. ist umstritten, ob § 212a BauGB sich auch auf einen Bauvorbescheid erstreckt (so die m.M.) oder nicht (so die h.M.). Von dieser Frage des Bestehens oder Nichtbestehens der aufschiebenden Wirkung eines Nachbarrechtsbehelfs hängen auch die vorläufigen Rechtsschutzmöglichkeiten des Nachbarn gegen einen Bauvorbescheid ab. Diese Problematik ist viel diskutiert worden und allgemein bekannt. Der Autor stellt in seinem Beitrag jedoch eine andere Frage, nämlich die, ob ein Bauherr nach § 123 I 2 VwGO einen ihm verweigerten Bauvorbescheid im vorläufigen Rechtsschutzwege erstreiten kann. Er tritt dabei unter Verweis auf Art. 19 IV GG der h.M. entgegen, die dies wegen einer unzulässigen Vorwegnahme der Hauptsache (jedenfalls in aller Regel) nicht für möglich hält.

Autor/Titel:	Geiger, Harald: "Die Konkurrentenklage im Verwaltungsprozessrecht"
Fundstelle:	BayVB1 2010, 517 (Heft 17)
Inhalt:	Der Beitrag passt hervorragend zum BVerwG-Urteil vom Urteil vom 25.02.2010 (2 C 22/09), den Schadensersatzanspruch aus Art. 33 II GG betreffend, welches in diesem Heft abgedruckt ist. Dort werden Grundkenntnisse des beamtenrechtlichen Konkurrentenstreits (insbesondere des Grundsatzes der Ämterstabilität) quasi vorausgesetzt, in dem Beitrag von Geiger werden sie sehr anschaulich vermittelt. Der Autor beschränkt sich dabei übrigens nicht auf das Beamtenrecht, sondern streift andere Konkurrenzsituationen, etwa im Baurecht, Personenbeförderungsrecht (Taxikonzessionen) oder Wasserrecht.

Zivilrecht

Autor/Titel:	Mohr, Jochen: "Normativer Schadensbegriff und Berechnung des Schadensersatzes nach den Grundsätzen der Naturalrestitution"
Fundstelle:	JURA 2010, 645 (Heft 9)
Inhalt:	Der Beitrag (aus einer Fortsetzungsreihe) erläutert den normativen Schadensbegriff und grenzt diesen von anderen Begrifflichkeiten im Schadensrecht ab, die häufig verwechselt werden. Die sehr anschauliche, einfach zu verstehende Darstellung des Autors ist gut geeignet, um sich den schwierigen Einzelfragen im Schadensrecht zu nähern.

Strafrecht

Autor/Titel:	Ransiek, Andreas: "Das unechte Unterlassungsdelikt"
Fundstelle:	JuS 2010, 678 (Heft 8)
Inhalt:	Der dritte Teil der Aufsatzserie (vgl. JuS 2010, 490 585) befasst sich vor allem mit Problemen aus dem Bereich Täterschaft und Teilnahme im Zusammenhang mit Unterlassungsdelikten. Neben der Diskussion, ob und wenn ja wann die Konstellationen der Mit- und mittelbaren Täterschaft beim Unterlassungsdelikt überhaupt denkbar sind, befasst sich der Autor ausführlicher mit der Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme eines nicht hindernden Garanten neben einem Begehungstäter. Abschließend geht er auch noch auf Besonderheiten der Versuchsprüfung beim Unterlassungsdelikt ein. Während die Darstellung der Problematik der Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme unter Darstellung der verschiedenen Auffassungen sehr anschaulich gerät, sind die Ausführungen zum Versuch viel zu kurz. So wird etwa auf die Frage des unmittelbaren Ansatzens zum Versuch beim Unterlassen nur ganz rudimentär eingegangen. Insofern wäre vielleicht noch ein viertes Kapitel angezeigt gewesen.

Autor/Titel:	Rönnau, Thomas: "Grundwissen - Strafrecht: Vorsatz"
Fundstelle:	JuS 2010, 675 (Heft 8)
Inhalt:	Der Verfasser nimmt den Titel des Aufsatzes sehr ernst und befasst sich hier nur mit den absoluten Grundlagen des Vorsatzes, nämlich seiner Herleitung und Definition, dem maßgeblichen Zeitpunkt für sein Vorliegen sowie den verschiedenen Vorsatzformen. Die Ausführungen sind nachvollziehbar und überzeugend, ob und inwiefern diese Punkte in der gutachterlichen Fallbearbeitung aber überhaupt relevant werden, wird nicht dargestellt. Als Einführung in das Thema aber durchaus geeignet.

Autor/Titel:	Murmann, Uwe: "Untreue (§ 266 StGB) und Risikogeschäfte"
Fundstelle:	JURA 2010, 561 (Heft 8)
Inhalt:	Ob und wann sog. "Risikogeschäfte", also z.B. riskante Spekulationen mit fremden Geld, dem Straftatbestand der Untreue, § 266 StGB, unterfallen, ist von Rechtsprechung und Literatur in der jüngeren Vergangenheit häufig diskutiert worden, nicht zuletzt wegen der zahlreichen aktuellen Fälle, die ja auch ein großes Echo in den Medien gefunden haben. Der Autor bemüht sich zunächst, den Begriff des "Risikogeschäftes" anhand von Beispielen aus der Rechtsprechung zu entwickeln. Dann befasst er sich mit den Anforderungen an die für eine Strafbarkeit gem. § 266 I 2. Fall StGB erforderlichen Pflichtverletzung, wobei er insbesondere zivilrechtliche Kriterien zur Bestimmung pflichtwidrigen Verhaltens heranzieht. Schließlich diskutiert er auch noch die Anforderungen an einen Vermögensnachteil i.S.v. § 266 I StGB sowie an den Vorsatz. Ein sehr lesenswerter Aufsatz zu einem Problemkreis, der höchste Examenrelevanz besitzt.