RA RechtsprechungsAuswertung

Heft 06/2011

Öffentliches Recht

Ungeschriebene Entbehrlichkeit des Vorverfahrens bei Funktionslosigkeit 323
Anscheinsstörer bei tatsächlich gegebener Gefahr 328
Zur Präklusion nach § 47 IIa VwGO 333
Zu den Belehrungen nach § 3 II 2, 2. Hs BauGB und § 47 IIa VwGO 336
Zum Begriff des "Ortsteils" bei § 34 I BauGB 339

Zivilrecht

Zum Erfüllungsort der Nacherfüllung 342
Zum Verzugseintritt und zur Erstattungsfähigkeit von Detektivkosten 348
Zur Verjährung von Ersatzansprüchen des Mieters nach § 548 BGB 351
Zur Haftung des Grundstücksverkäufers für Angaben seines Maklers 354

Strafrecht

Voraussetzungen und Rechtsfolgen eines Erlaubnistatbestandsirrtums 359
Verbrechensverabredung im Internet-Chat 364
Strafrahmen bei Postpendenz 370

Urteile in Fallstruktur

Öffentliches Recht: Einschaltung eines "Sozialdetektivs" 372
Zivilrecht: Ausgleichsanspruch analog § 906 II 2 BGB 377
Strafrecht: Zur Verdeckungsabsicht beim Mord 381

Literaturauswertung 386

JURA INTENSIV Verlags-GmbH & Co. KG

Öffentliches Recht

Standort: § 68 VwGO Problem: Ungeschriebene Entbehrlichkeit des Vorverfahrens

BVERWG, URTEIL VOM 15.09.2010
8 C 21/09 (NVWZ 2011, 501)

Problemdarstellung:

Im vorliegenden Fall ging es um die Frage, ob die Durchführung eines Vorverfahrens nach § 68 I 1 VwGO über die in § 68 I 2 VwGO geregelten Fälle hinaus entbehrlich sein, es neben den gesetzlichen Regelungen also auch ungeschriebene Ausnahmen vom Vorverfahren geben kann.

A. Das BVerwG vertritt in st.Rspr., dass dies bei der sog. "*rügelosen Einlassung*" der Fall sein soll, wenn also der Kläger kein Vorverfahren durchführt hat, die Beklagte dies vor Gericht aber nicht rügt, sondern sich zur Sache (d.h. zur Begründetheit) einlässt.

B. Im vorliegenden Fall hatte die Beklagte das Fehlen des Vorverfahrens allerdings ausdrücklich gerügt. Das BVerwG fügt seiner Rspr. nunmehr einen zweiten Ausnahmefall hinzu: Ein Vorverfahren sei ferner dann entbehrlich, wenn seine Zwecke bereits erreicht oder endgültig verfehlt worden seien, weil es dann "*funktionslos*" würde. Hierzu im Einzelnen:

I. Die Zwecke des Vorverfahrens liegen nach allg.M. in der Rechtsschutzfunktion für den Widerspruchsführer, in der Selbstkontrolle der Verwaltung und in der Entlastung der Gerichte.

II. Keiner dieser Zwecke könne laut BVerwG mehr erreicht werden, wenn bereits eine verbindliche Weisung der Aufsichtsbehörde darüber vorliege, wie in der Sache zu entscheiden sei, und die Ausgangsbehörde zugleich Widerspruchsbehörde sei (§ 73 I 2 Nr. 2, 3 VwGO). Denn die nachgeordneten Behörden seien an diese Weisung gebunden, würden ihre Sachentscheidung also nicht mehr selbst kontrollieren (können). Ferner hätte der Widerspruchsführer keine Aussicht auf Erfolg seines Widerspruchs, wenn die Weisung für ihn nachteilig sei, und da er mit seiner (ohne Widerspruch erhobenen) Klage bereits demonstriert habe, dass er vor einem Prozess nicht zurückschrecke, könne auch die Entlastung der Gerichte als dritte Funktion nicht mehr bewirkt werden.

C. Diese Rechtsprechung wird in der Literatur einhellig abgelehnt, und zwar hinsichtlich der "rügelosen Einlassung" ebenso wie hinsichtlich der hier einschlägigen "Funktionslosigkeit". In § 68 I 2 VwGO heißt es ausdrücklich, dass ein Vorverfahren nur entbehrlich sein kann, wenn "ein *Gesetz* dies bestimmt" oder eine der Ausnahmen nach § 68 I 2 Nr. 1, 2 VwGO vorliegt. Mit der explizit geregelten Notwendigkeit einer gesetzlichen Ausnahmeregelung sei es der Rspr. verwehrt, eigene, ungeschriebene Ausnahmen zu erfinden. Die gegenteilige Rechtsprechung des BVerwG erfolge "contra legem" und sei schlicht verfassungswidrig, weil sie gegen die Gesetzesbindung der Rechtsprechung aus Art. 20 III GG verstoße (vgl. zu alledem die Vertiefungshinweise, vor allem die ablehnenden Urteilsanmerkungen von Schoch, NVwZ 2011, 506 ff.).

D. Das BVerwG erwähnt im vorliegenden Urteil die gegenteilige Literaturansicht, hält nach ausführlicher Auslegung des § 68 I VwGO nach Wortlaut, Gesetzeshistorie, Systematik und Teleologie jedoch an seiner Rechtsprechung fest. So ausführlich die Entscheidungsgründe an dieser Stelle auch sein mögen, auf den entscheidenden Punkt - die ausdrücklich geregelte Notwendigkeit einer *gesetzlichen* Ausnahmeregelung - gehen sie leider (oder - wie Schoch a.a.O. meint -: bewusst) nicht ein.

Prüfungsrelevanz:

Wäre ein Vorverfahren nach § 68 I 1 VwGO durchzuführen, liegt aber ein Fall der "rügelosen Einlassung" oder der Funktionslosigkeit vor, muss in einem Gutachten streitig dargestellt werden, ob das Vorverfahren aus ungeschriebenen Gründen entbehrlich sein kann. Die besseren Argumente sprechen dabei eindeutig für die ablehnende Literaturmeinung. Unter Wiedergabe der in der vorliegenden Entscheidung enthaltenen Argumente kann aber selbstverständlich auch dem BVerwG gefolgt werden.

Als Beispiel für die "Funktionslosigkeit" des Vorverfahrens sollte man sich den vorliegenden Fall merken, in dem Ausgangs- und Widerspruchsbehörde identisch und bereits durch eine Weisung der Aufsichtsbehörde in ihrer Entscheidung gebunden sind.

Vertiefungshinweise:

- ❑ Ablehnende Urteilsanmerkung: *Schoch*, NVwZ 2011, 506
- ❑ Gegenteilige Entscheidung der Vorinstanz: *VGH*

Mannheim, DVBl 2009, 602

❑ Entbehrlichkeit des Vorverfahrens bei zuvor eingetretener Zweckerreichung oder -verfehlung: *BVerwG*, NJW 1967, 1627; NVwZ 1982, 436; NJW 1989, 1438; NJW-RR 1990, 1351; NVwZ 1995, 76; NVwZ 1995, 495

❑ Entbehrlichkeit des Vorverfahrens bei rügeloser Einlassung: *BVerwG*, NVwZ 1984, 507; NVwZ 1986, 374

❑ Keine ungeschriebenen Ausnahmen vom Vorverfahren: *Dolde/Porsch*, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, § 68 Rdnrn. 20 ff.; *Geis*, in: Sodan/Ziekow, VwGO, 3. Aufl. [2010], § 68 Rdnrn. 158 ff.; *Funke-Kaiser*, in: Bader u.a., VwGO, 4. Aufl. [2007], § 68 Rdnrn. 29 ff.; *Rennert*, in: Eyermann/Fröhler, VwGO, 13. Aufl. [2010], § 68 Rdnrn. 29 ff.; *Redeker/v.Oertzen*, VwGO, 15. Aufl. [2010], § 68 Rdnr. 4

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs:* "Der Löwe ist los!"

Leitsatz:

Ein Widerspruchsverfahren nach § 68 VwGO ist über die gesetzlich ausdrücklich geregelten Fälle hinaus ausnahmsweise auch dann entbehrlich, wenn dessen Zweck bereits Rechnung getragen ist oder dieser ohnehin nicht mehr erreicht werden kann. Dies gilt jedenfalls dann, wenn die Ausgangsbehörde zugleich Widerspruchsbehörde ist und den Bescheid auf Grund einer sie bindenden Weisung der (Rechts-)Aufsichtsbehörde erlassen hat.

Sachverhalt:

Die Kl. - eine Steuerberatergesellschaft - begehrt von der Bekl. - einer Steuerberaterkammer - die Festsetzung einer angemessenen Vergütung für eine von ihr durchgeführte Abwicklung der Praxis eines am 19.12.1998 verstorbenen Steuerberaters.

Zum Praxisabwickler war sie von der Bekl. mit Urkunde vom 24. 12. 1998 gem. § 70 StBerG bestellt worden. Mit Vertrag vom 26.8.1999 verkauften die Erben des verstorbenen Steuerberaters die Praxis zu einem Kaufpreis von 150.000 DM. Der Verkaufserlös wurde in voller Höhe an sie ausgezahlt. Mit Schreiben vom 23.7.1999 stellte die Kl. für ihre Abwicklertätigkeit den Erben des verstorbenen Steuerberaters einen Betrag von 347.693,66 DM in Rechnung, wobei sie geltend machte, die Praxis des verstorbenen Steuerberaters habe sich in einem chaotischen Zustand befunden, so dass ein Einsatz von drei Steuerberatern und fünf Diplom-Betriebswirten sowie weiterer Mitarbeiter erforderlich gewesen sei, um die Praxis-Unterlagen den betreffenden Akten zuzuordnen, die Rückstände aufzuarbeiten und die laufenden Aufträge fortzuführen. Da hierauf von den Erben lediglich ein Teilbetrag von 60.000 DM gezahlt wurde, erhob die Kl. gegen diese beim LG M. Klage auf Zahlung einer Praxisabwickler-Vergütung in Höhe von 273.223,71 DM zuzüglich Zinsen.

Nachdem Vergleichsbemühungen des LG gescheitert waren, regte das LG an, die Kl. möge einen Antrag bei der Bekl. auf Festsetzung der angemessenen Vergütung gem. §§ 70, 69 StBerG stellen. Diesem kamen die Kl. schließlich nach. Die Bekl. lehnte die die Festsetzung mit Schreiben vom 11.4.2005 mit der Begründung ab, für eine Festsetzung der Abwicklervergütung durch sie sei kein Raum, weil § 69 IV 5 StBerG nicht die Fälle betreffe, in denen – wie hier – die Bestellung des Praxisabwicklers auf Antrag der Erben erfolgt sei.

Daraufhin wandte sich das LG mit Schreiben vom 29.6.2005 an das Finanzministerium des Landes Baden-Württemberg als Aufsichtsbehörde der Bekl., das unter dem 4.8.2005 ausführte, es teile die Rechtsauffassung des LG. Die Bekl. habe die Vergütung des Praxisabwicklers festzusetzen. Eine Differenzierung danach, ob die Abwickler-Bestellung auf Antrag oder von Amts wegen erfolgt sei, sehe das Gesetz nicht vor.

Mit Bescheid vom 11.11.2005, dem keine Rechtsbehelfsbelehrung beigefügt wurde, setzte die Bekl. daraufhin die Höhe der angemessenen Vergütung auf 30.000 Euro fest. Zwar sei sie nach wie vor der Auffassung, sie sei nicht zur Festsetzung der angemessenen Vergütung verpflichtet; im Interesse des Fortgangs der Angelegenheit habe ihr Präsidium jedoch dessen ungeachtet entschieden, der Bitte des Finanzministeriums zu entsprechen und eine Festsetzung vorzunehmen.

Nachdem die Bemühungen des LG, in dem noch rechtshängigen Verfahren mit den Erben eine vergleichsweise Einigung herbeizuführen, gescheitert waren, hat die Kl. auf Anregung des LG am 27. 4. 2006 Klage beim VG K. erhoben und beantragt, die Bekl. zu verpflichten, die ihr zustehende Vergütung für die Praxisabwicklung unter Abänderung des Bescheides der Bekl. vom 11. 11. 2005 auf 139.746 Euro zuzüglich Zinsen festzusetzen. Die Bekl. hat demgegenüber insbesondere geltend gemacht, die Klage sei mangels vorheriger Durchführung des nach § 68 I 1 VwGO erforderlichen Widerspruchsverfahrens unzulässig, was sie, die Bekl., ausdrücklich rüge.

Das VG hat die Klage mit Urteil vom 15. 3. 2007 als unzulässig abgewiesen und ausgeführt, es fehle an dem nach § 68 VwGO erforderlichen Vorverfahren. Die hiergegen eingelegte Berufung blieb vor dem VGH ohne Erfolg. Die vom VGH zugelassene Revision der Kl. führte zur Aufhebung und Zurückverweisung.

Aus den Gründen:

[17] Die Revision der Kl. ist auch begründet. Das angefochtene Urteil des VGH verletzt Bundesrecht (§ 137 I Nr. 1 VwGO) und beruht hierauf; es erweist sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig (§ 144 IV VwGO).

A. Grundsätzliche Notwendigkeit eines Vorverfahrens

I. Verpflichtungsklage

[18] Allerdings ist der VGH zu Recht davon ausgegangen, dass das Begehren der Kl., die Bekl. zur Festsetzung der angemessenen Vergütung nach § 70 III i.V.m. § 69 IV 5 StBerG zu verpflichten, auf den Erlass eines begünstigenden Verwaltungsaktes gerichtet ist. Die dafür allein statthafte Klageart ist nach § 42 I Alt. 2 VwGO die Verpflichtungsklage. Vor Erhebung der Verpflichtungsklage sind, wenn der Antrag auf Vornahme des Verwaltungsakts ganz oder - wie im vorliegenden Fall - teilweise abgelehnt worden ist, nach § 68 II i.V. mit Abs. 1 S. 1VwGO Rechtmäßigkeit und Zweckmäßigkeit in einem Vorverfahren nachzuprüfen. Die erfolglose Durchführung des Vorverfahrens muss im Hinblick auf die Zulässigkeit der Klage von Amts wegen geprüft werden (st. Rspr., vgl. u.a. BVerwGE 26, 161; 61, 360; 66, 342; Geis, in: Sodan/Ziekow, VwGO, 3. Aufl. [2010], § 68 Rdnrn. 33 ff. m.w.N.).

II. Fehlende Rechtsbehelfsbelehrung ändert nichts

[19] Ein Widerspruch gegen den Bescheid der Bekl. vom 11.11.2005 war auch nicht wegen des Fehlens einer Rechtsbehelfsbelehrung entbehrlich. Die verfahrensrechtlichen Folgen einer unrichtigen oder unterbliebenen Rechtsbehelfsbelehrung sind in § 58 VwGO abschließend geregelt. Ist die Rechtsmittelbelehrung unterblieben, ist nach § 58 II VwGO die Einlegung des Rechtsbehelfs - abweichend von der sonst maßgeblichen Monatsfrist des § 70 I VwGO - innerhalb eines Jahres zulässig. Dass ein Rechtsbehelf entbehrlich wird, wenn über ihn nicht belehrt wird, ist dort nicht bestimmt. Damit bleibt es auch im Falle einer fehlenden oder unrichtigen Rechtsmittelbelehrung bei der Notwendigkeit eines Widerspruchsverfahrens nach §§ 68 ff. VwGO (BVerwGE 95, 321 = NVwZ 1995, 495).

B. Vorverfahren nicht durchgeführt

[20] Innerhalb der nach § 58 II VwGO maßgeblichen Jahresfrist hat die Kl. keinen Widerspruch gegen den Bescheid vom 11.11.2005 eingelegt. Auch nachdem die Bekl. mit ihrem Klageerwiderungsschriftsatz vom 8.6.2006 und damit noch vor Ablauf der Jahresfrist das Fehlen eines Widerspruchsverfahrens ausdrücklich gerügt hatte, hat die Kl. unter Berufung auf mehrere Entscheidungen des BVerwG zur ausnahmsweisen Entbehrlichkeit eines Widerspruchsverfahrens von der (nachträglichen) Einlegung eines Widerspruchs Abstand genommen und keine Aussetzung des Klageverfahrens nach § 75 S. 3 VwGO (analog) oder nach § 94 VwGO (vgl. dazu BVerwGE 66, 342 [345]; Kopp/Schenke, VwGO, 16. Aufl. [2009], § 68 Rdnr. 4 m.w. N.; Geis, in: Sodan/Ziekow, Rdnr. 118) beantragt.

C. Entbehrlichkeit

I. Gesetzliche Regelung, § 68 I 1 1. Hs VwGO

[21] Das Widerspruchsverfahren war im vorliegenden Fall auch nicht gem. § 68 I 2 Alt. 1 VwGO durch Gesetz ausgeschlossen.

II. Oberste Bundes- oder landesbehörde, § 68 I 1 2. Hs Nr. 1 VwGO

[22] Da der von der Kl. begehrte Verwaltungsakt nicht von einer obersten Bundes- oder Landesbehörde, sondern von einer Körperschaft des öffentlichen Rechts zu erlassen war/ist, war ein Widerspruchsverfahren auch nicht nach § 68 I 2 Alt. 2 Nr. 1 VwGO entbehrlich.

III. Zweckerreichung oder -verfehlung bereits eingetreten

[23] 2.2. Der VGH hat jedoch verkannt, dass die Klage trotz fehlenden Widerspruchsverfahrens nach § 68 VwGO dennoch zulässig ist.

1. Rechtsprechung

[24] Nach der Rechtsprechung des BVerwG ist über die gesetzlich ausdrücklich geregelten Fälle hinaus ein Vorverfahren ausnahmsweise dann entbehrlich, wenn dem Zweck des Vorverfahrens bereits Rechnung getragen ist oder der Zweck des Vorverfahrens ohnehin nicht mehr erreicht werden kann (vgl. dazu u.a. BVerwGE 15, 306 [310]; 27, 181 [185]; 64, 325 [330] = Buchholz 407.4 § 17 FStrG Nr. 47 = NJW 1982, 1546 = NVwZ 1982, 436 L; BVerwG, Buchholz 130 § 9 RuStAG Nr. 10 = NJW 1989, 1438 = NVwZ 1989, 672 L, und BVerwG, Buchholz 436.36 § 46 BAföG Nr. 16 = NVwZ 1995, 76).

2. Literatur

[25] Diese Rechtsprechung ist zwar im Fachschrifttum auf Kritik gestoßen (vgl. dazu u.a. Ulrich Meier, Die Entbehrlichkeit des Widerspruchsverfahrens, 1992, S. 69 ff.; Funke-Kaiser, in: Bader u.a., VwGO, 4. Aufl. [2007], § 68 Rdnrn. 29 ff.; Rennert, in: Eyermann/Fröhler, VwGO, 13. Aufl. [2010], § 68 Rdnrn. 29 ff.; Redeker/v.Oertzen, VwGO, 15. Aufl. [2010], § 68 Rdnr. 4, jew. m.w.N.). Ihr wird vor allem eine Unvereinbarkeit mit dem gesetzlichen Wortlaut und der Systematik sowie dem Zweck der Regelungen der §§ 68 ff. VwGO vorgeworfen.

3. Stellungnahme

[26] Der Senat hält jedoch nach erneuter Prüfung der Sach- und Rechtslage an der bisherigen Rechtsprechung fest, wonach ein Widerspruchsverfahren nach § 68 VwGO ausnahmsweise dann entbehrlich ist, wenn dessen Zweck bereits Rechnung getragen ist oder der Zweck des Vorverfahrens ohnehin nicht mehr erreicht werden kann. Dies gilt jedenfalls dann, wenn die Ausgangsbehörde - wie hier nach § 73 I 2 Nr. 3 VwGO - zugleich Widerspruchsbehörde ist und den in Rede stehenden Bescheid auf Grund einer sie bindenden Weisung der (Rechts-)Aufsichtsbehörde erlassen hat, so dass sie bei Fortbestehen der Weisung den Ausgangsbescheid in einem Widerspruchsverfahren ohnehin nicht mehr ändern könnte.

a. Wortlaut

[27] Der Wortlaut des § 68 I VwGO steht einer solchen Auslegung nicht entgegen. Aus dem Normtext des § 68 I VwGO ("sind [...] nachzuprüfen") folgt nur, dass die Durchführung eines Vorverfahrens für die Bet. nicht disponibel ist (vgl. BVerwGE 66, 342 [345]). Die Zulässigkeit von (weiteren) Ausnahmen von der Notwendigkeit eines Widerspruchsverfahrens über die in §§ 68 ff. VwGO explizit normierten hinaus hängt davon ab, ob diese abschließenden Charakter (numerus clausus) haben oder nicht. Diese Frage lässt sich anhand des Wortlautes nicht eindeutig entscheiden. Ihre Beantwortung hängt letztlich vom Sinn der in Rede stehenden Regelung(en) ab. Dieser kann angesichts der Offenheit des Wortlautes nur anhand des Regelungszusammenhangs und der Regelungssystematik, der Gesetzeshistorie sowie der mit der Regelung ersichtlich intendierten Zwecksetzung(en) festgestellt werden.

b. Historie

[28] Die Entstehungsgeschichte der Regelungen der §§ 68 ff. VwGO ist hinsichtlich der Voraussetzungen einer (ausnahmsweisen) Entbehrlichkeit eines Vorverfahrens nicht ergiebig. Die Frage, ob ein Vorverfahren nach §§ 68 ff. VwGO - über die im Gesetz normierten Fälle hinaus - ausnahmsweise auch in weiteren Fällen entbehrlich sein kann, ist, soweit ersichtlich, weder in der Begründung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung (BT-Dr 3/55, S. 38 und S. 72 ff.) noch in den Gesetzesberatungen im Parlament thematisiert worden. Im Verlauf der Beratungen des Rechtsausschusses des Bundestages wurde von dem Vertreter der Bundesregierung allerdings darauf hingewiesen, dass der Regierungsentwurf hinsichtlich der Regelung zum Vorverfahren "nicht etwas völlig Neues enthalte, sondern an alte Vorbilder anknüpfe und versuche, diese in ein möglichst gutes Gleis zu bringen" (vgl. die Nachw. bei v. Mutius, Das Widerspruchsverfahren der VwGO als Verwaltungsverfahren und Prozessvoraussetzung, 1969, S. 102 ff.). Damit war auch - jedenfalls implizit - die vor Inkrafttreten der VwGO zu den Vorgängerregelungen ergangene Rechtsprechung einbezogen. Da sich in den Gesetzgebungsmaterialien keine Hinweise darauf finden, dass der Gesetzgeber der VwGO in der Frage der Entbehrlichkeit eines Vorverfahrens eine Korrektur der damals bereits vorliegenden Rechtsprechung des BVerwG zu den Voraussetzungen einer Entbehrlichkeit des Vorverfahrens (vgl. u.a. BVerwGE 1, 72 = NJW 1954, 854; BVerwGE 1, 247 [249] = NJW 1955, 317 und BVerwGE 10, 82 = NJW 1960, 883) vornehmen wollte, liegt der Schluss nahe, dass die §§ 68 ff. VwGO auch insoweit "nicht etwas völlig Neues" in Kraft setzten, sondern "an alte Vorbilder" anknüpfen wollten. Jedenfalls ergibt sich damit aus der Gesetzgebungsgeschichte im Rahmen der so genannten historischen Auslegung der hier in Rede stehenden Vorschriften kein hinreichender Anhaltspunkt dafür, dass die damals bereits ergangene und vorliegende Rechtsprechung des BVerwG zur ausnahmsweisen Entbehrlichkeit eines Vorverfahrens in den Fällen, in denen dessen Zweck bereits Rechnung getragen ist oder der Zweck des Vorverfahrens ohnehin nicht mehr erreicht werden kann, durch den Gesetzgeber der neuen VwGO korrigiert werden sollte.

c. Systematik

[29] Gegenteiliges ergibt sich auch nicht aus der Gesetzessystematik, namentlich aus dem Regelungszusammenhang, in dem die in § 68 I 2 Alt. 1, § 68 I 2 Alt. 2 Nrn. 1 und 2 sowie in § 75 VwGO normierten Ausnahmen von der Notwendigkeit eines Widerspruchsverfahrens stehen. Für die in diesen Vorschriften normierten Abweichungen („Ausnahmen") waren jeweils spezifische Gründe und Motive des Gesetzgebers maßgebend. Zwischen der in § 68 I 1 VwGO normierten Grundregelung und den zitierten Vorschriften besteht ein Regel-Ausnahme-Verhältnis. Ausnahmevorschriften sind einer erweiternden Auslegung, insbesondere im Wege der Analogie, nicht zugänglich (vgl. dazu u.a. BVerwG, NVwZ-RR 1997, 472; NJW 2006, 77 [98] und BVerwGE 124, 110 [121 ff.]). Um eine solche Erweiterung durch Analogiebildung geht es aber nicht, wenn sich aus Sinn und Zweck der Regelung eine weitere, wenn auch im Gesetz nicht ausdrücklich normierte Ausnahme vom Erfordernis des Widerspruchsverfahrens ergibt und der Regeltatbestand deshalb einschränkend ausgelegt werden muss. Dies gilt namentlich für den in der Rechtsprechung des BVerwG konkretisierten Fall, dass der Gesetzeszweck ein Widerspruchsverfahren deshalb nicht (mehr) gebietet und erfordert, weil im konkreten Fall dem Zweck des Vorverfahrens bereits Rechnung getragen ist oder der Zweck des Vorverfahrens ohnehin nicht mehr erreicht werden kann.

d. Teleologie

[30] Das Vorverfahren soll zum einen im öffentlichen Interesse eine Selbstkontrolle der Verwaltung durch die Widerspruchsbehörde ermöglichen. Außerdem soll es zu einem möglichst effektiven individuellen Rechtsschutz beitragen; für den Rechtsuchenden soll eine gegenüber der gerichtlichen Kontrolle zeitlich vorgelagerte und gegebenenfalls erweiterte Rechtsschutzmöglichkeit eröffnet werden, was insbesondere etwa bei der Kontrolle von Ermessensentscheidungen z.B. im Hinblick auf die im Widerspruchsverfahren für die Widerspruchsbehörde gegebene Möglichkeit einer Prüfung auch der Zweckmäßigkeit des Verwaltungsakts von Bedeutung sein kann. Schließlich soll das Vorverfahren im öffentlichen Interesse die Gerichte entlasten und damit Ressourcen schonen helfen („Filterwirkung"). Diese dreifache normative Zwecksetzung eines Widerspruchsverfahrens ist allgemein anerkannt (vgl. dazu die Nachweise zur Rechtsprechung und Fachliteratur u.a. bei Kopp/Schenke, VwGO, 16. Aufl. [2009], Vorb. § 68 Rdnr. 1).

aa. Keine Disponibilität

Da das Widerspruchsverfahren weder allein den Interessen der Verwaltung noch allein denen des Betroffenen, sondern mehreren Zwecken und damit insgesamt jedenfalls auch dem öffentlichen Interesse an einer über den Gesichtspunkt des Individualrechtsschutzes hinausgehenden (Selbst-)Kontrolle der Verwaltung und einer Entlastung der Verwaltungsgerichte dient, steht es weder im Belieben der Verwaltungsbehörden noch in dem des jeweiligen Rechtschutzsuchenden, hierauf umstandslos zu verzichten.

bb. Funktionslosigkeit

Wenn allerdings die genannten Zweck(e) eines Vorverfahrens schon auf andere Weise erreicht worden sind oder nicht mehr erreicht werden können, wäre ein Widerspruchsverfahren funktionslos und überflüssig (st. Rspr., vgl. die Nachweise oben). Ob diese Voraussetzung im konkreten Fall vorliegt, bestimmt sich freilich nicht nach der subjektiven Einschätzung der Behörde oder des Rechtsschutzsuchenden. Vielmehr ist auf einen objektivierten Beurteilungsmaßstab abzustellen.

[31] Ungeachtet der Frage, ob im verwaltungsgerichtlichen Verfahren bereits ein hilfsweises Einlassen in der Sache durch die beklagte Behörde ausreicht, um von einem Erreichen der dem Gesetz zu Grunde liegenden Regelungszwecke der §§ 68 ff. VwGO auszugehen, können die vom Gesetz normierten Zwecke eines Vorverfahrens unabhängig von der subjektiven Einschätzung der Prozessbeteiligten objektiv jedenfalls dann nicht (mehr) erreicht werden, wenn die Behörde durch die zuständige Aufsichtsbehörde zu ihrer Entscheidung verbindlich angewiesen worden ist (vgl. BVerwG, NJW 1989, 1438). Denn im Rahmen eines (nachgeholten) Widerspruchsverfahrens bestünde dann die in § 72 VwGO vorgesehene Abhilfemöglichkeit nicht mehr, so dass angesichts der rechtlichen Bindung der Behörde durch die aufsichtsbehördliche Weisung die von §§ 68 ff. VwGO bezweckte "Selbstkontrolle der Verwaltung" (durch die Widerspruchsbehörde) nicht mehr erreichbar wäre. Damit könnte das Widerspruchsverfahren auch nicht mehr den weiteren normativen Zweck erfüllen, für den Rechtsuchenden eine gegenüber der gerichtlichen Kontrolle zeitlich vorgelagerte und gegebenenfalls erweiterte Rechtsschutzmöglichkeit zu eröffnen. Angesichts der rechtlichen Bindung der Widerspruchsbehörde wäre auch der mit dem Widerspruchsverfahren intendierte dritte normative Zweck nicht mehr erreichbar, die Gerichte zu entlasten ("Filterwirkung").

[32] Ein solcher Fall liegt hier vor. Denn das Finanzministerium des Landes Baden-Württemberg hatte in seiner Eigenschaft als Rechtsaufsichtsbehörde der beklagten Steuerberaterkammer diese nach § 88 III 1 StBerG zur mit dem Bescheid vom 11. 11. 2005 dann auch erfolgten Festsetzung der angemessenen Abwicklervergütung angewiesen. Hieran war die Bekl. gebunden [wird ausgeführt].

D. Ergebnis

[41] Da der VGH die Berufung wegen des fehlenden Widerspruchsverfahrens und der daraus abgeleiteten Unzulässigkeit der Klage abgewiesen hat, beruht sein Urteil auf dem festgestellten Verstoß gegen Bundesrecht und stellt sich i.S. des § 144 IV VwGO auch nicht aus anderen Gründen als richtig dar. Der Senat kann auf der Grundlage der vom BerGer. getroffenen Feststellungen nicht entscheiden, ob die auf die Verpflichtung der Bekl. zur Festsetzung einer angemessenen Vergütung in der im Klageantrag genannten Höhe gerichtete Klage trotz ihrer Zulässigkeit abzuweisen ist. Die dafür notwendige Sachprüfung muss zunächst vom BerGer. vorgenommen werden.

[42] Auf die Revision der Kl. war deshalb das Urteil des BerGer. aufzuheben und die Sache zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung an den VGH Mannheim zurückzuverweisen (§ 144 III 1 Nr. 2 VwGO).

Standort: Polizeirecht Problem: Anscheinsstörer bei tatsächlicher Gefahr; Sistierung

VGH MANNHEIM, URTEIL VOM 14.12.2010
1 S 338/10 (DVBL 2011, 245)

Problemdarstellung:

Im vorliegenden Fall hatte die Polizei die Klägerin an einem illegal entzündeten Straßenfeuer angetroffen und sie auf die Wache verbracht, um dort erkennungsdienstliche Maßnahmen durchzuführen (Lichtbilder zu fertigen, Fingerabdrücke zu nehmen, sie zu durchsuchen und die gewonnenen Daten mit polizeilichen Daten abzugleichen), obwohl die Klägerin den Polizisten vor Ort bereits auf Verlangen ihren Ausweis ausgehändigt und unwiderlegbar behauptet hatte, das Feuer nicht entzündet zu haben, sondern nur zufällig an diesem vorbeigekommen zu sein. Der VGH Mannheim hatte im Rahmen einer Fortsetzungsfeststellungsklage analog § 113 I 4 VwGO Gelegenheit, die Rechtmäßigkeit dieser Maßnahmen zu überprüfen.

A. Das Gericht stellt zunächst fest, dass es sich um zwei Maßnahmen handelte, nämlich einmal die Identitätsfeststellung vor Ort (Aufforderung, sich auszuweisen) und die späteren Maßnahmen auf der Wache, die im Fachjargon "Sistierung" genannt werden (von lat. "sistere", was wörtlich stehen oder stellen, im übertragenen Sinne aber auch festnehmen, festhalten und feststellen bedeuten kann).

B. Die Datenerhebung vor Ort hielt der VGH für rechtmäßig. Zwar war die Klägerin nicht Störerin (genauer: es konnte ihr nicht nachgewiesen werden), aber es hatte vor Ort den Anschein als sei sie es, und da die Störereigenschaft ebenso wie die Gefahrprognose im Polizei- und Ordnungsrecht aus objektiver ex-ante-Sicht vorzunehmen ist, genügt eine Anscheinsstörereigenschaft, um richtiger Adressat einer polizeilichen Maßnahme zu sein (vgl. dazu näher die Ausführungen zur Prüfungsrelevanz unten).

C. Die anschließende Sistierung war demgegenüber unverhältnismäßig, da die Personalien der Klägerin nach Aushändigung des Ausweises feststanden und keine Anhaltspunkte dafür bestanden, dass weitere erkennungsdienstliche Maßnahmen notwendig waren, um die Klägerin von weiteren Taten abzuhalten.

Prüfungsrelevanz:

A. Vielfach stellt sich in Examensaufgaben das Problem der objektiven ex-ante-Prognose im Polizeirecht bereits bei der Prüfung des Merkmals "Gefahr": Vor Ort hatte es z.B. den Anschein, als sei im herrenlosen Koffer eine Bombe, später stellt sich heraus, dass es tatsächlich nur eine Attrappe war. Oder: Vor Ort hatte es den Anschein, als habe ein Chemieunfall das Grundwasser vergiftet, später stellt sich heraus, dass das Grundwasser nicht betroffen war usw. In diesen Fällen muss im Gutachten bereits beim Tatbestandsmerkmal "Gefahr" ausgeführt werden, dass es eben nicht auf eine ex-post-Betrachtung der Gefahrenlage, sondern eine objektive ex-ante-Prognose ankommt. Stellte sich danach für einen neutralen Beobachter vor Ort die Situation mit hinreichender Wahrscheinlichkeit als gefährlich dar, genügt diese sog. "Anscheinsgefahr", um ein Einschreiten zu rechtfertigen. War eine Gefährdungslage vor Ort nicht wahrscheinlich, aber immerhin möglich, spricht man von einem "Gefahrenverdacht", der (nur, aber immerhin) Gefahrerforschungs- und unterbrechungsmaßnahmen rechtfertigen kann. Nur wenn es auch ex ante selbst an der Möglichkeit einer Gefährdungslage fehlte (sog. "Scheingefahr"), liegt keine tatbestandliche Gefahr vor.

B. Der vorliegende Fall ist insofern besonders, als hier tatsächlich eine Gefahr vorlag (durch das Straßenfeuer), nur nicht klar war, ob die Klägerin als *Störerin* für dieses verantwortlich war. Dann gilt beim Merkmal "richtiger Adressat" (Störer) aber nichts anderes als oben zur Gefahr ausgeführt: Dort ist ebenso eine objektive ex-ante-Prognose anzustellen. Man spricht dann vom "Anscheinsstörer" oder "Verdachtsstörer". Ersterer kann regulär zur Gefahrenabwehr verpflichtet werden, letzterer muss immerhin Gefahrerforschungseingriffe dulden (nach h.M. wegen § 26 II 3 VwVfG allerdings nicht selbst vornehmen).

C. Eine weitere Besonderheit lag darin, dass es sich hier nicht - wie sonst häufig bei Klausurproblemen mit Anschein oder Verdacht - um einen Fall zur Generalklausel, sondern zu einer Standardmaßnahme handelte. Letztlich spielt dies aber keine Rolle, denn hier wie dort gelten die oben dargestellten Grundsätze uneingeschränkt.

Vertiefungshinweise:

❑ Zu den Begriffen Anscheinsgefahr, Gefahrenverdacht, Scheingefahr: *OVG Berlin,* RA 2002, 574 = NVwZ-RR 2002, 623; *BVerwGE* 39, 190; *OVG NRW*, NWVBl 1996, 340; *Erichsen*, Jura 1995, 219

❑ Zur Kostenlast von Verdachts- und Anscheinsstörern: *BGH*, DVBl 1992, 1158; NJW 1994, 2355; *OVG NRW*, RA 2001, 65 = NWVBl 2001, 142; *OVG Hamburg*, DVBl 1986, 734; *Schoch*, JuS 1995, 504; Seibert, DVBl 1992, 664

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs:* "Der Großbrand"

❑ *Examenskurs:* "Die Gartenlaube"

❑ *Examenskurs:* "Die Hormonkälber"

Leitsätze:

1. Wer sich in engem zeitlichem Zusammenhang mit vorherigen Ausschreitungen an einem widerrechtlich auf einer öffentlichen Straße entzündeten Feuer aufhält, kann unter Berücksichtigung der Besonderheiten des Einzelfalls jedenfalls als Anscheinsstörer angesehen werden.

2. Die Personenfeststellung kann ein geeignetes Mittel zur Gefahrenabwehr sein, weil sie potenzielle Störer aus ihrer Anonymität reißen und so von der Begehung von (weiteren) Störungen abhalten kann.

3. Vom Umfang her umfasst die Personenfeststellung alle, aber auch nur diejenigen Angaben über eine Person, die es ermöglichen, sie von anderen Personen zu unterscheiden und Verwechslungen auszuschließen. Die Vorlage eines gültigen Personalausweises oder Passes genügt in jedem Fall, sofern keine konkreten Anhaltspunkte für dessen Fälschung, Verfälschung oder sonstige Unstimmigkeiten wie etwa der Verdacht des unrechtmäßigen Besitzes vorliegen.

4. Die Personenfeststellung nach § 26 BadWürttPolG erfordert bei Vorlage eines gültigen Ausweispapiers regelmäßig keinen Datenabgleich mit polizeilichen Dateien.

Sachverhalt:

Am 1.5.2008 fand in F. das so genannte Sp.-Fest statt. Für dieses Fest war die W.-Straße zwischen Se.- und B.-Straße mit Genehmigung der Stadt F. von 11 bis 24 Uhr gesperrt. Nach 22 Uhr versammelten sich mehr als 100 Personen im Bereich W.-Straße Ecke B.-Straße, aus deren Mitte heraus auf der Fahrbahn ein großes Feuer entzündet wurde, das bis gegen 2 Uhr morgens durch Nachlegen insbesondere von Holz in Brand gehalten wurde. Gegen 2:25 Uhr wurde eine männliche Person, die von der Polizei als Hauptverursacher des Feuers angesehen wurde, in einiger Entfernung von der Feuerstelle festgenommen. Die Kl. befand sich in der Zeit zwischen 2:15 Uhr und 2:25 Uhr in unmittelbarer Nähe des Feuers. Zu diesem Zeitpunkt schritten Polizeibeamte, die das Geschehen bis dahin aus einiger Entfernung beobachtet hatten, gegen die um das Feuer herumstehenden Personen ein.

Im Zuge dessen wurden die Kl., nachdem sie der Polizei auf Aufforderung ihren Personalausweis ausgehändigt hatte, auf das etwa 300m entfernte Polizeirevier F.-Nord mitgenommen. Dort wurden ihre Personalien mit dem Inhalt polizeilicher Dateien abgeglichen, Lichtbilder von ihr gefertigt und sie wurde körperlich durchsucht. Die Kl. durfte das Polizeirevier gegen 3:05 Uhr wieder verlassen.

Am 26. 5. 2008 hat die Kl. Klage zum VG erhoben, zu deren Begründung sie vorgetragen hat: Über die polizeilichen Maßnahmen gegen sie sei in der regionalen Presse berichtet worden. Sie fühle sich daher in ihrem beruflichen Ansehen als Lehrerin und Stadträtin beschädigt. Die gegen sie ergriffenen Maßnahmen seien rechtswidrig. Die Voraussetzungen für die Personenfeststellung seien nicht erfüllt. Denn von ihr sei keine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung ausgegangen. Sie habe das Feuer weder entzündet noch Brennmaterial nachgelegt. Als sie an die Feuerstelle gekommen sei, habe das Feuer bereits seit mehreren Stunden gebrannt, ohne dass die Polizei eingeschritten sei. Eine von dem Feuer ausgehende Störung der öffentlichen Ordnung sei ihr deshalb nicht zuzurechnen. Der Bekl. ist der Klage entgegengetreten.

Das VG hatte festgestellt, dass die vom Polizeivollzugsdienst gegen die Kl. ergriffenen Maßnahmen der Anfertigung von Lichtbildern, der körperlichen Durchsuchung, des mit diesen Maßnahmen verbundenen Festhaltens auf dem Polizeirevier sowie der Speicherung von Lichtbildern von der Kl. rechtswidrig waren. Im Übrigen hat es die Klage abgewiesen. Die zugelassene Berufung der Kl. hatte teilweise Erfolg.

Aus den Gründen:

Die Kl. begehrt im Berufungsverfahren Rechtsschutz gegen die - erledigte - Personenfeststellung und die damit verbundene Sistierung.

A. Zulässigkeit

I. Verwaltungsrechtsweg

Die Zulässigkeit des Verwaltungsrechtswegs ist nach § 17a V GVG vom VGH nicht mehr zu prüfen. Im Übrigen hat das VG den Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten nach § 40 I 1 VwGO zu Recht als gegeben angesehen. Entscheidend ist, ob das Schwergewicht des polizeilichen Handelns auf der Strafverfolgung oder auf der Gefahren-

abwehr liegt. Für die Abgrenzung der beiden Aufgabengebiete ist maßgebend, wie sich der konkrete Sachverhalt einem verständigen Bürger in der Lage des Betroffenen bei natürlicher Betrachtungsweise darstellt (BVerwGE 47, 255 = NJW 1973, 893; BVerwGE 66, 192 = NJW 1983, 772 = NVwZ 1983, 286 L; VGH Mannheim, VBlBW 1989, 16).

Hier erfolgte die Personenfeststellung nach den übereinstimmenden Bekundungen der Bet. primär zum Zweck der Gefahrenabwehr. Der Bekl. hat die Personenfeststellung ausschließlich auf die Ermächtigungsgrundlage des § 26 BadWürttPolG gestützt. Auch die Kl. hat dies so verstanden, obwohl ihr - ebenso wie ihrem Begleiter, dem Zeugen E - ausweislich ihrer Einlassung in der mündlichen Verhandlung vor dem VG bei der Sistierung eröffnet worden war, es bestehe der Verdacht auf Landfriedensbruch. Nachdem indes [...] kein strafrechtliches Ermittlungsverfahren gegen die Kl. eingeleitet wurde, war es aus ihrer Perspektive naheliegend, davon auszugehen, dass die gegen sie ergriffenen Maßnahmen primär der Gefahrenabwehr dienen sollten.

II. Statthafte Klageart

Bei der Personenfeststellung nach § 26 BadWürttPolG handelt es sich um eine polizeiliche Standardmaßnahme, die ihrer Rechtsnatur nach ein Verwaltungsakt ist (vgl. Würtenberger/Heckmann, BadWürttPolizeiR, 6. Aufl., Rdnrn. 315 ff., 334; Rachor, in: Lisken/Den-inger, Hdb. d. PolizeiR, 4. Aufl., F Rdnrn. 29 ff., 32; Drews/Wacke/Vogel/Martens, Gefahrenabwehr, 9. Aufl., S. 215 f.). Die Klage ist, da sich der streitige Verwaltungsakt bereits vor Klageerhebung mit Abschluss der Personenfeststellung erledigt hat (§ 43 II BadWürttVwVfG), in analoger Anwendung des § 113 I 4 VwGO als Fortsetzungsfeststellungsklage statthaft (st. Rspr.; BVerwGE 26, 161 [165]; VGH Mannheim, NVwZ-RR 2004, 572).

III. Klagebefugnis

Als Adressatin der angegriffenen Maßnahme ist die Kl. klagebefugt (§ 42 II VwGO analog).

IV. Fortsetzungsfeststellungsinteresse

Die Kl. hat auch das erforderliche Feststellungsinteresse, das in den Fällen einer vorprozessualen Erledigung mit dem in § 43 I VwGO vorausgesetzten Interesse identisch ist (vgl. BVerwGE 109, 203) und anerkennenswerte schutzwürdige Belange rechtlicher, wirtschaftlicher und ideeller Natur umfasst (vgl. BVerwGE 74, 1).

Das berechtigte Interesse der Kl. an der von ihr begehrten Feststellung ergibt sich jedenfalls aus der erstrebten Rehabilitation. Ein solches Interesse ist nach einer erledigten polizeilichen Maßnahme dann als berechtigt anzuerkennen, wenn mit ihr ein Eingriff in grundrechtlich geschützte Rechtspositionen verbunden und sie geeignet war, das Ansehen des Betroffenen in der Öffentlichkeit herabzusetzen (vgl. VGH Mannheim, VBlBW 2010, 468; BVerwG, NVwZ 1991, 270; VGH München, BayVBl 1993, 429). Dies ist hier zu bejahen, nachdem die in die allgemeine Handlungsfreiheit und in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung eingreifende Personenfeststellung Gegenstand einer öffentlichen Berichterstattung in der Regionalpresse unter voller Namensnennung und unter Hervorhebung der Stellung der Kl. als Stadträtin war.

B. Begründetheit

1. Teil: Identitätsfeststellung

I. Formelle Rechtmäßigkeit

Gegen die formelle Rechtmäßigkeit der Personenfeststellung bestehen keine Bedenken. Die Zuständigkeit des Polizeivollzugsdienstes folgt aus § 60 III BadWürttPolG. Eine Anhörung der Kl. war nach § 28 II Nr. 1 BadWürttVwVfG entbehrlich. Weil der Verwaltungsakt mündlich erlassen wurde, war auch keine Begründung erforderlich (vgl. § 39 I BWwVfG).

II. Materielle Rechtmäßigkeit

1. Tatbestand

Die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 26 I Nr. 1 BadWürttPolG lagen vor. Nach dieser Vorschrift kann die Polizei die Identität einer Person feststellen, um im einzelnen Falle eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung abzuwehren oder eine Störung der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung zu beseitigen.

a. Gefahr für die öffentliche Sicherheit

Hier war bereits eine Störung der öffentlichen Sicherheit eingetreten, die zum Zeitpunkt des Ein-

schreitens der Polizei noch anhielt. Zutreffend hat das VG ausgeführt, dass das Feuer auf der öffentlichen Straße und der Zustand der mit Glasscherben, Flaschen und anderen Gegenständen übersäten Abschnitte der W.- und B.-Straße eine noch anhaltende Störung der öffentlichen Sicherheit darstellte, die ein polizeiliches Einschreiten mit dem Ziel der Störungsbeseitigung erforderte. Zudem bestand die Gefahr, dass weitere Personen an die Feuerstelle zurückkehren und das Feuer in Gang halten bzw. an anderen Orten neue Feuer entzünden.

b. Richtiger Adressat

Die Kl. wurde zu Recht jedenfalls als Anscheinsstörerin angesehen.

aa. Anscheinsstörer

Die Personenfeststellung nach § 26 I Nr. 1 BadWürttPolG darf nur gegenüber einem Störer nach §§ 6, 7 BadWürttPolG getroffen werden, gegenüber dem Nichtstörer nach § 9 Bad-WürttPolG nur unter den qualifizierten Voraussetzungen des polizeilichen Notstandes (Wolf/Stephan/ Deger, BadWürtt-PolizeiG, 6. Aufl., § 26 Rdnr. 11; Belz/Mußmann, BWPolizeiG, 7. Aufl., § 26 Rdnr. 5; Würtenberger/Heckmann, § 26 Rdnr. 324). Verhaltensstörer i. S. des § 6 BadWürttPolG ist auch der Anscheinsstörer. Anscheinsstörer ist, wer ex post betrachtet nicht wirklich eine Gefahr verursacht, aber ex ante betrachtet bei einem fähigen, besonnenen und sachkundigen Polizeibeamten den Eindruck der Gefahrverursachung erweckt (Rachor, in: Lisken/Denninger, L Rdnr. 42). Zu unterscheiden sind zwei Fallgruppen.

(1). Herrschende Meinung

Die herrschende Meinung versteht unter einem Anscheinsstörer eine Person, die entweder durch ihr Verhalten eine Anscheinsgefahr oder hinsichtlich einer real bestehenden Gefahr durch ihr Verhalten einen Verursacherschein gesetzt hat (vgl. VGH Mannheim, NVwZ-RR 1990, 602 m.w.N.; Belz/Mußmann, § 6 Rdnr. 10). Der Begriff Anscheinsstörer wird in der zweiten Fallgruppe auf Konstellationen angewandt, in denen die Gefahr wahrscheinlich ist oder gar feststeht, in denen aber hinsichtlich des Verantwortlichen nur eine Möglichkeit oder ein Verdacht besteht. Ist nicht die Existenz einer Gefahr, sondern deren Urheber ungeklärt, besteht also der Verdacht einer Gefahrverursachung, soll der Betreffende als Anscheinsverursacher in Anspruch genommen werden können.

(2). Mindermeinung

In der Literatur wird in dieser Fallgruppe darüber hinaus teilweise verlangt, dass die Person den Anschein durch ihr Verhalten bzw. eine ihr zuzuordnende Sache unmittelbar verursacht hat (so etwa Schenke/Ruthig, Rechtsscheinhaftung im Polizei- und Ordnungsrecht? - Zur polizeirechtlichen Verantwortlichkeit des sog. Anscheinsstörers, VerwArch 87 (1996), 329 <331>). Auch nach dieser Auffassung setzt die unmittelbare Verursachung indes nicht zwingend einen Verstoß gegen eine bestimmte Rechtsnorm voraus. Es genügt, wenn ein Verhalten objektiv geeignet ist, bei Dritten den Eindruck zu erwecken, es drohe ein Schaden für ein polizeilich geschütztes Rechtsgut (Irreführungsrisiko). Selbst wer nicht weiß, dass er von der Polizei beobachtet wird, übernimmt das Risiko dafür, dass aus seinem Verhalten in der Öffentlichkeit auf seine Störereigenschaft geschlossen wird.

(3). Subsumtion

Daran gemessen ist die Störereigenschaft hier selbst bei Zugrundelegung der engeren Auffassung von Schenke/Ruthig zu bejahen, so dass der Senat offen lassen kann, ob der Begriff des Anscheinsstörers in diesem Sinne einzugrenzen ist. Das VG hat zutreffend ausgeführt, dass das Feuer von Personen, die sich um die Feuerstelle versammelt hatten, gegen 22 Uhr entzündet und bis gegen 2 Uhr unterhalten wurde. Von den um das Feuer versammelten Personen waren Aggressionen gegenüber sich nähernden Polizeibeamten ausgegangen (Werfen von Bierflaschen und anderen Gegenständen). Als die Kl. gegen 2:15 Uhr an der Feuerstelle angetroffen wurde, war für Außenstehende nicht zweifelsfrei erkennbar, wie lange sie sich dort bereits befand und ob sie zu dem Kreis der Personen gehörte, der für die Störung der öffentlichen Sicherheit verantwortlich war. [Wird ausgeführt.]

2. Verhältnismäßigkeit

a. Geeignetheit

Die Personenfeststellung war zur Gefahrenabwehr geeignet. Der potenzielle Störer wird durch die Feststellung seiner Personalien aus der Anony-

mität gerissen und weiß, dass er fortan für jede weitere ihm zuzurechnende Störung verantwortlich gemacht werden kann (vgl. VGH München, BayVBl 1993, 429). Die Personenfeststellung ist daher ein geeignetes Mittel, potenzielle Störer von der Begehung weiterer Störungen abzuhalten.
Hier ging es darum, das weitere Unterhalten des Feuers und das etwaige Entzünden weiterer Feuer sowie die befürchtete Störung der Löscharbeiten durch weitere Ausschreitungen - etwa Flaschenwürfe - zu unterbinden. Es liegt nahe, dass derartige Störungen eher aus der Anonymität heraus verübt werden und dass ein potenzieller Störer, dessen Personalien festgestellt sind, sich weiterer Störungen, die ihn dann dem Risiko der Strafverfolgung aussetzen, eher enthalten wird.

b. Erforderlichkeit
Die Personenfeststellung war auch erforderlich. Entgegen der Auffassung der Kl. wäre eine bloße Gefährderansprache oder ein auf die polizeiliche Generalklausel gestützter Platzverweis (gesetzlich normiert wurde der Platzverweis erst in dem durch das Änderungsgesetz vom 18. 11. 2008 eingefügten § 27a I BadWürttPolG) kein gleichermaßen geeignetes Mittel zur Gefahrenabwehr bzw. Störungsbeseitigung gewesen.
Zwar wäre ein isolierter Platzverweis möglicherweise zur Räumung der Feuerstelle ebenso geeignet gewesen, doch hätte dann die ex ante in nicht zu beanstandender Weise prognostizierte Gefahr bestanden, dass die des Platzes Verwiesenen sich in die umliegenden Straßen begeben, in denen sich noch Gäste des Straßenfestes und voraussichtlich auch zahlreiche der Personen aufhielten, die sich zuvor um das Feuer aufgehalten und die Störungen der öffentlichen Sicherheit verursacht hatten, und dort Verbündete für eine Rückkehr an den Ort des Feuers zu suchen und zu finden, so dass es dann zu einer in jedem Fall zu vermeidenden Konfrontation mit den inzwischen vor Ort tätigen Polizeibeamten hätte kommen können. Bei einem isolierten, nicht mit einer Personenfeststellung einhergehenden Platzverweis wäre den des Platzes Verwiesenen weiterhin ein Handeln aus der Anonymität heraus möglich gewesen, was eine zugleich effektive und den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wahrende Gefahrenabwehr bzw. Störungsbeseitigung wiederum erschwert hätte.

c. Angemessenheit
Angesichts des mit der bloßen Personenfeststellung verbundenen geringfügigen Eingriffs in die Rechtssphäre des Betroffenen (vgl. Wolf/Stephan/Deger, § 26 Rdnr. 11; Würtenberger/Heckmann, Rdnr. 328; Rachor, in: Lisken/Denninger, F Rdnr. 375) war diese Maßnahme schließlich verhältnismäßig im engeren Sinne.

2. Teil: Sistierung
Die auf die § 26 II 3 BadWürttPolG gestützte Sistierung zum Zweck der Personenfeststellung war demgegenüber rechtswidrig.

I. Ermächtigungsgrundlage
Nach dieser Vorschrift, die vorliegend i. d. F. vom 1.7.2004 anzuwenden ist, kann der Betroffene festgehalten und zur Dienststelle gebracht werden, wenn die Identität auf andere Weise nicht oder nur unter erheblichen Schwierigkeiten festgestellt werden kann.
Die Vorschrift erlaubt die so genannte Sistierung, die eine Freiheitsbeschränkung i. S. des Art. 2 II 2, 104 I GG darstellt, etwa dann, wenn die Personenfeststellung an Ort und Stelle unangemessen oder unmöglich ist, weil der Betroffene sich strikt weigert, das Publikum aufgebracht ist oder eine unfriedliche Menge die Beamten behindert oder bedroht (Wolf/Stephan/De-ger, § 26 Rdnr. 26; ähnlich: Belz/Mußmann, § 26 Rdnr. 29). Die Voraussetzungen ("nicht oder nur unter erheblichen Schwierigkeiten") decken sich mit denen des § 163 b I 2 StPO. Sie stellen eine gesetzliche Konkretisierung des Übermaßverbotes dar und sollen sicherstellen, dass ein Eingriff in die persönliche Freiheit nur in Fällen erfolgt, in denen er zur Feststellung der Identität unerlässlich ist (vgl. BVerfG, NVwZ 1992, 767; NStZ-RR 2006, 381).

II. Tatbestand

1. Konkrete Gefährdungslage
Verhältnismäßigkeit bedeutet bei Freiheitsbeschränkungen zur Identitätsfeststellung für alle Maßnahmen, die über das bloße Anhalten und die Aufforderung, sich auszuweisen, hinausgehen, dass Anhaltspunkte für eine konkrete Gefährdungslage gegeben sein müssen (Degenhart, in: Sachs, GG, 5. Aufl., Art. 104 Rdnr. 17).

2. Identitätsfeststellung
Vom Umfang her umfasst die Personenfeststel-

lung alle, aber auch nur diejenigen Angaben über eine Person, die es ermöglichen, sie von anderen Personen zu unterscheiden und Verwechslungen auszuschließen. Die Vorlage eines gültigen Personalausweises oder Passes genügt in jedem Fall, sofern keine konkreten Anhaltspunkte für dessen Fälschung, Verfälschung oder sonstige Unstimmigkeiten wie etwa der Verdacht des unrechtmäßigen Besitzes vorliegen (vgl. Rachor, in: Lisken/Denninger, F Rdnr. 373; Wolf/Stephan/ Deger, § 26 Rdnr. 26; Griesbaum, in: KK-StPO, 6. Aufl., § 163 b Rdnr. 13 m.w.N.; BVerfG, NVwZ 1992, 767). Ein Datenabgleich mit polizeilichen Dateien, wie er hier auf dem Polizeirevier durchgeführt wurde, ist danach regelmäßig nicht Bestandteil der Personenfeststellung nach § 26 BadWürttPolG, sondern ein sich an die Personenfeststellung anschließender selbstständiger Folgeeingriff, der nach Maßgabe des § 39 BadWürttPolG zulässig ist.

3. Subsumtion

Daran gemessen folgt hier die Rechtswidrigkeit der Sistierung schon daraus, dass die Personenfeststellung bereits am Ort des Geschehens erfolgt war. Die Kl. hatte den Polizeibeamten auf entsprechende Aufforderung ihren gültigen Personalausweis ausgehändigt. Konkrete Anhaltspunkte für dessen Fälschung, Verfälschung oder sonstige Unstimmigkeiten lagen nicht vor. Der in der mündlichen Verhandlung vor dem VG als Zeuge vernommene Polizeikommissar S hatte nach Vorlage des Ausweises keine Zweifel an der Identität der Kl. Die Identität der Kl. war folglich durch ihren Personalausweis zweifelsfrei belegt. Ein Datenabgleich zum Zweck der Identitätsfeststellung war bei dieser Sachlage nicht erforderlich. [...]

Standort: § 47 VwGO — Problem: Präklusion nach § 47 IIa VwGO

BVERWG, URTEIL VOM 18.11.2010
4 CN 3.10 (BAYVBL 2011, 379)
BVERWG, URTEIL VOM 27.10.2010
BVERWG 4 CN 4.09 (BAYVBL 2011, 380)

Problemdarstellung:

In den nachstehend wiedergegebenen Urteilen des BVerwG ging es um die Präklusion von Einwendungen nach § 47 IIa VwGO. Nach dieser Vorschrift ist der Antrag einer natürlichen oder juristischen Person, der einen Bebauungsplan zum Gegenstand hat, unzulässig, wenn der Antragsteller nur Einwendungen geltend macht, die er im Rahmen der öffentlichen Auslegung nach § 3II BauGB nicht geltend gemacht hat, aber hätte geltend machen können, und wenn auf diese Rechtsfolge im Rahmen der Beteiligung hingewiesen worden ist.

A. Bei § 47 IIa VwGO handelt es sich nach st.Rspr. des BVerwG - anders als bei anderen Präklusionsnormen, die nur die Begründetheit betreffen (z.B. § 767 II, III ZPO) um eine echte Zulässigkeitsvoraussetzung. Es fehlt die Antragsbefugnis i.S.d. § 47 II VwGO, wenn lediglich präkludierte Einwendungen erhoben werden. Die Antragsbefugnis ist m.a.W. zweistufig zu prüfen: Werden überhaupt subjektiv-öffentliche Rechte des Antragstellers geltend gemacht (1. Stufe) und sind diese nicht präkludiert (2. Stufe).

B. Die Vorschrift hat erhebliche Bedeutung, da in praxi vor allem eine Norm als subjektiv-öffentliches Recht gegen Bebauungspläne in Betracht kommt, nämlich § 1 VII BauGB, und die darin enthaltene Rüge, private Belange seien bei der Aufstellung des Bebauungsplans nicht oder nicht ausreichend gewürdigt worden, eine der Präklusion zugängliche Einwendung darstellt.

C. Manche halten § 47 IIa VwGO für verfassungsrechtlich bedenklich, insbesondere im Hinblick auf die Garantie effektiven Rechtsschutzes aus Art. 19 IV GG und das Willkürverbot des Art. 3 I GG. Das BVerwG teilt diese Bedenken allerdings nicht, wie es (knapp) darlegt.

D. Die Präklusion ist an eine Reihe von Voraussetzungen geknüpft, auf die das BVerwG hier näher eingeht:

I. Eine Präklusion kann nur bei ordnungsgemäßer Bekanntmachung der öffentlichen Auslegung eintreten; wäre nicht öffentlich bekannt gemacht, hätte der Bürger keine Möglichkeit, von der öffentlichen Auslegung zu erfahren, und deswegen wiederum keine Möglichkeit, seine Einwendungen rechtzeitig vorzubringen. Im vorliegenden Fall hatte die Gemeinde die öffentliche Auslegung an einer Gemeindetafel bekannt gemacht. Die Vorinstanz (und andeutungsweise auch das BVerwG) hielt dies für ausreichend, wenn nur eine Tafel dieser Art existiert.

II. Die Kläger des vorliegenden Verfahrens meinten, es könnten ferner nur Einwendungen präkludiert werden, deren Bestehen für die planaufstellende Gemeinde nicht offensichtlich seien. Setzte sich die Gemeinde nämlich bei der Planerstellung über offensichtlich bestehende Bedenken hinweg, bringe auch ein Dialog mit ihr darüber im Rahmen der Planauslegung nichts; vielmehr könne der Plan direkt mit einer Normenkontrolle nach § 47 I Nr. 1 VwGO einer gerichtlichen Überprüfung zugeführt werden. Das BVerwG hält davon allerdings nichts: § 47a IIa VwGO differenziere nicht zwischen "offensichtlichen " und sonstigen Einwendungen.

III. Schließlich muss über die Präklusionsgefahr ausdrücklich belehrt worden sein. Problematisch ist, dass sowohl § 3 II 2 BauGB als auch § 47a II VwGO selbst eine solche Belehrung fordern, die Vorschriften aber einen unterschiedlichen Wortlaut haben. Zwar ist es eindeutig so, dass nur eine Belehrung i.S.d. § 47 IIa VwGO zur Rechtsfolge der Präklusion nach § 47 IIa VwGO führen kann. Das BVerwG hält es aber für i.E. unschädlich, wenn statt dessen der Wortlaut des § 3 II 2 BauGB gewählt worden ist, weil der unterschiedliche Wortlaut erstens auf einem Redaktionsversehen des Gesetzgebers beruhe und zweitens für den Bürger daraus kein Nachteil entstehen könne.

Prüfungsrelevanz:

Die Entscheidungen sind für Normenkontrollklausuren zu Bebauungsplänen interessant, in die Präklusionsprobleme eingebaut sind. Da diese - wie die vorliegenden Entscheidungen zeigen - leicht mit Bekanntmachungs- und Belehrungsproblemen verbunden werden können und zudem noch eine Inzidenterprüfung von Grundrechten ermöglichen, handelt es sich um eine für Prüfer verlockende Materie.

Die Verfassungsmäßigkeit des § 47 IIa VwGO im Hinblick auf Art. 19 IV GG und Art. 3 I GG sollte allerdings nur geprüft werden, wenn diese im Sachverhalt von einer Partei besonders gerügt wird, da es st.Rspr. des BVerwG entspricht, dass diese gegeben ist. Ausführungen hierzu ohne Anlass sind m.a.W. überflüssig.

Vertiefungshinweise:

❑ Präklusion auch bei offensichtlichen Einwendungen: *BVerwG*, NVwZ 2004, 1120

❑ Anforderungen an ordnungsgemäße Bekanntmachung des Planentwurfs: *BVerwGE* 104, 337, 341

❑ Anforderungen an die Belehrung nach § 47 IIa VwGO: *OVG Münster*, ZfBR 2008, 801 = BRS 73 Nr. 56

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs*: "Alles nur eine Frage der Form"

1. Teil: Urteil des BVerwG vom 18.11.2010 (4 CN 3.10)

Leitsatz:

Ein Normenkontrollantrag ist auch dann nach § 47 Abs. 2a VwGO unzulässig, wenn der Antragsteller im Rahmen der öffentlichen Auslegung Einwendungen nicht oder nicht rechtzeitig geltend gemacht hat, die sich der planenden Gemeinde nach Lage der Dinge aufdrängen mussten.

Sachverhalt:

Die Antragsteller wenden sich gegen den Bebauungsplan Nr. 14 der Antragsgegnerin. Sie sind - zusammen mit weiteren Personen - Miteigentümer des im Plangebiet gelegenen Grundstücks mit der Flurstücksbezeichnung A, das mit mehreren Wohngebäuden bebaut ist. An das Grundstück grenzen südlich zwei hintereinander liegende Grundstücke (Flurstücke A und A) an, für die der Bebauungsplan je ein Baufenster festsetzt. Die öffentliche Auslegung des Plans wurde am 11. 10. 2007 durch Anschlag an der Gemeindetafel öffentlich bekannt gemacht. In der Bekanntmachung heißt es u. a.:

"In der Zeit der Auslegungsfrist können alle Bürger

den Planentwurf mit Begründung einsehen und Anregungen (schriftlich oder zur Niederschrift) vorbringen. Es wird darauf hingewiesen, dass nicht fristgerecht abgegebene Stellungnahmen bei der Beschlussfassung unberücksichtigt bleiben können. Weiter wird darauf hingewiesen, dass ein Antrag nach § 47 der Verwaltungsgerichtsordnung unzulässig ist, soweit mit ihm Einwendungen geltend gemacht werden, die vom Antragsteller im Rahmen der Auslegung nicht oder verspätet geltend gemacht wurden, aber hätten geltend gemacht werden können."

Die Antragsteller haben während des Auslegungszeitraums (19. 10. bis 19. 11. 2007) keine Einwendungen erhoben. Am 10. 12. 2007 beschloss der Rat der Antragsgegnerin den Bebauungsplan als Satzung. Die Schlussbekanntmachung erfolgte am 18. 01. 2008.

Die Antragsteller haben am 15. 01. 2009 Normenkontrollantrag gestellt. Sie halten den Bebauungsplan für abwägungsfehlerhaft. Der Rat der Antragsgegnerin habe weder in Rechnung gestellt, dass die Bebauung, die auf den südlich gelegenen Grundstücken ermöglicht werde, ihnen die an dieser Stelle besonders eindrucksvolle Aussicht auf den Forggensee sowie die dahinter liegende Bergkulisse einschließlich des Schlosses Neuschwanstein nehme, noch berücksichtigt, dass die beiden Grundstücke in einem Landschaftsschutzgebiet lägen.

Der VGH hat den Normenkontrollantrag als unzulässig abgelehnt. Die Antragsteller seien mit ihren Einwendungen gemäß § 47 Abs. 2a VwGO präkludiert, weil sie nur Einwendungen vorbrächten, die sie im Rahmen der öffentlichen Auslegung des angefochtenen Bebauungsplans nicht geltend gemacht hätten, aber hätten geltend machen können. Mit ihrer Revision wenden sich die Antragsteller gegen die vom Verwaltungsgerichtshof vorgenommene Auslegung des § 47 Abs. 2a VwGO.

Aus den Gründen:

Die Revision, über die der Senat mit Einverständnis der Beteiligten ohne mündliche Verhandlung entscheidet (§ 101 Abs. 2 i. V. m. §§ 141, 125 Abs. 1 Satz 1 VwGO), ist unbegründet. Das angefochtene Urteil verstößt nicht gegen Bundesrecht.

A. Präklusion gem. § 47 IIa VwGO

Der VGH hat den Normenkontrollantrag zu Recht als unzulässig abgelehnt.

I. Regelungsgehalt

Gemäß § 47 Abs. 2a VwGO ist der Antrag einer natürlichen oder juristischen Person, der einen Bebauungsplan zum Gegenstand hat, unzulässig, wenn die den Antrag stellende Person nur Einwendungen geltend macht, die sie im Rahmen der öffentlichen Auslegung (§ 3 Abs. 2 BauGB) nicht geltend gemacht hat, aber hätte geltend machen können, und wenn auf diese Rechtsfolge im Rahmen der Beteiligung hingewiesen worden ist.

1. Erstreckung auf offensichtliche Fehler des B-Plans

Die Einwendungen, die die Antragsteller im Normenkontrollverfahren dem umstrittenen Bebauungsplan entgegengehalten haben, hätten sie bereits anlässlich der öffentlichen Auslegung geltend machen können. Ob die Antragsgegnerin die Belange, die aus Sicht der Antragsteller gegen den Bebauungsplan sprechen, von sich aus hätte erkennen und in die Abwägung einstellen müssen, kann offen bleiben; denn § 47 Abs. 2a VwGO erfasst auch Einwendungen, die sich der planenden Gemeinde nach Lage der Dinge hätten aufdrängen müssen.

a. Wortlautargument

§ 47 Abs. 2a VwGO unterscheidet seinem Wortlaut nach nicht danach, ob die Einwendungen Belange betreffen, die für die planende Stelle ohne Weiteres als abwägungserheblich ersichtlich sind, oder Belange, die erst dadurch ins Blickfeld rücken, dass sie im Rahmen der Öffentlichkeitsbeteiligung von den Betroffenen geltend gemacht werden.

b. Teleologie

Der Verzicht auf diese Differenzierung ist nach Sinn und Zweck der Norm beabsichtigt. Die Regelung hat zum Ziel, die jeweiligen Interessen rechtzeitig dem Abwägungsmaterial hinzuzufügen und im Hinblick auf die grundsätzliche Aufgabenverteilung zwischen Plangeber und den Verwaltungsgerichten zu verhindern, dass sachliche Einwendungen ohne Not erst im gerichtlichen Verfahren geltend gemacht werden (BTDrucks 16/2496 S. 18). Dieses Ziel ist nicht nur für den Fall relevant, dass abwägungsbeachtliche Belange erst aufgrund ihrer Geltendmachung durch Betroffene für die Gemeinde sichtbar werden. Denn es ist nicht ausgeschlossen, dass auch auf der Hand liegende Belange von der Gemeinde übersehen und nicht - wie geboten - in die Abwägung eingestellt werden. Mit der Forderung, dass solche Belange im Rahmen der Öffentlichkeitsbeteiligung ebenfalls geltend zu machen sind, will der Gesetzgeber eine lückenlose Zusammenstellung des Abwägungsmaterials gewährleisten und das öffentliche Interesse an der Vermeidung von - der Investitions- und Rechtssicherheit abträglichen - Abwägungsfehlern schützen (vgl. BTDrucks 16/2496 S. 11).

Auch hätte § 47 Abs. 2a VwGO keinen eigenständigen, über den bisherigen Rechtszustand hinausgehenden Regelungsgehalt, wenn er nur Einwendungen erfasste, mit denen für die Gemeinde nicht sichtbare, der Planung widerstreitende Belange geltend gemacht würden. Bereits vor Inkrafttreten des § 47 Abs. 2a

VwGO zum 01. 01. 2007 hatte der Senat die Unzulässigkeit eines Normenkontrollantrags wegen fehlender Antragsbefugnis (§ 47 Abs. 2 Satz 1 VwGO) angenommen, wenn der Antragsteller einen Verstoß gegen das Abwägungsgebot wegen der Missachtung oder Fehlgewichtung eines Belangs rügte, der für die Gemeinde bei der Entscheidung über den Bebauungsplan nicht erkennbar war (vgl. BVerwG, Urt. v. 30. 04. 2004 - 4 CN 1.03). Eine weitergehende Bedeutung kommt der Präklusionsnorm des § 47 Abs. 2a VwGO mithin nur dann zu, wenn sie auch Einwendungen einschließt, die sich aufdrängende Belange zum Gegenstand haben. Anhaltspunkte dafür, dass sich der Gesetzgeber auf die Bestätigung der Senatsrechtsprechung beschränken wollte, sind nicht ersichtlich.

2. Verfassungsmäßigkeit

Zu Unrecht vertreten die Antragsteller die Auffassung, eine Auslegung des § 47 Abs. 2a VwGO, die sämtliche Einwendungen einbeziehe, sei verfassungsrechtlich unzulässig, weil sie schwere Verstöße gegen § 1 Abs. 7 BauGB legalisiere und deshalb mit Art. 19 Abs. 4 und 103 Abs. 1 GG nicht vereinbar sei.

a. Kein Verstoß gegen Art. 19 IV GG

In der Rechtsprechung des BVerwG ist geklärt, dass der Ausschluss von Einwendungen, die in einem behördlichen Verfahren nicht oder verspätet erhoben worden sind, in einem nachfolgenden gerichtlichen Verfahren sowohl im Hinblick auf das Gebot effektiven Rechtsschutzes (Art. 19 Abs. 4 GG) als auch im Hinblick auf die Eigentumsgarantie (Art. 14 Abs. 1 GG) - der Schutzbereich des Art. 103 Abs. 1 GG ist nicht betroffen - unbedenklich ist, wenn der Gesetzgeber damit ein legitimes Ziel verfolgt, die Obliegenheit zur Mitwirkung im behördlichen Verfahren für den betroffenen Bürger typischerweise erkennbar und nicht geeignet ist, den gerichtlichen Rechtsschutz zu vereiteln oder in unzumutbarer, aus Sachgründen nicht mehr zu rechtfertigender Weise zu erschweren (BVerwG, Urt. v. 24. 05. 1996 - 4 A 38.95 - Buchholz 407.4 § 17 FStrG Nr. 119 S. 137; Beschl. v. 17. 10. 2005 - 7 BN 1.05 - Buchholz 445.3 Landeswasserrecht Nr. 4 Rn. 7).

aa. Legitimer Zweck

Das Ziel des § 47 Abs. 2a VwGO, die jeweiligen Interessen rechtzeitig dem Abwägungsmaterial zuzuführen und im Hinblick auf die grundsätzliche Aufgabenverteilung zwischen Plangeber und den Verwaltungsgerichten zu verhindern, dass sachliche Einwendungen ohne Not erst im gerichtlichen Verfahren geltend gemacht werden, ist legitim.

bb. Geeignetheit

Aufgrund der in § 3 Abs. 2 Satz 2 Halbs. 2 BauGB und § 47 Abs. 2a VwGO normierten Hinweispflichten ist sichergestellt, dass die betroffenen Bürger sowohl über ihre Obliegenheit zur Erhebung von Einwendungen im Rahmen der Öffentlichkeitsbeteiligung als auch über die Folgen der Nichtbeachtung informiert werden.

cc. Angemessenheit

Eine unverhältnismäßig hohe Hürde für die Erlangung gerichtlichen Rechtsschutzes richtet § 47 Abs. 2a VwGO nicht auf. Weder die Obliegenheit, überhaupt Einwendungen zu erheben, noch die einmonatige Frist des § 3 Abs. 2 Satz 2 Halbs. 2 i. V. m. Abs. 2 Satz 1 BauGB, binnen derer die Einwendungen zu erheben sind, erschweren den Zugang zum Gericht in unzumutbarer Weise. Dies liegt an den geringen Anforderungen, die an Einwendungen zu stellen sind. Einwendungen sind sachliches, auf die Verhinderung oder die Modifizierung des Plans abzielendes Gegenvorbringen (vgl. BVerwG, Urt. v. 17. 07. 1980 - 7 C 101.78 - BVerwGE 60, 297, 300). Sie müssen zwar erkennen lassen, in welcher Hinsicht aus Sicht des Einwendenden Bedenken gegen die in Aussicht genommene Planung bestehen könnten, und so konkret sein, dass die Gemeinde erkennen kann, in welcher Weise sie bestimmte Belange einer näheren Betrachtung unterziehen soll (vgl. BVerwG, Urt. v. 30. 01. 2008 - 9 A 27.06 - NVwZ 2008, 678, 679). Der Betroffene kann sich jedoch darauf beschränken, in groben Zügen darzulegen, welche Beeinträchtigungen er befürchtet. Eine weitergehende Begründung darf ihm ebenso wenig abverlangt werden wie eine rechtliche Einordnung seiner Einwendungen (vgl. BVerwG, Urt. v. 24. 07. 2008 - 4 A 3001.07 - BVerwGE 131, 316).

b. Kein Verstoß gegen Art. 3 I GG

§ 47 Abs. 2a VwGO verstößt ferner nicht gegen den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG. Dass derjenige Antragsteller, der im Rahmen der öffentlichen Auslegung Einwendungen hätte geltend machen können, dies aber nicht oder nicht rechtzeitig getan hat, anders behandelt wird als derjenige, der - aus welchen Gründen auch immer - im Rahmen der öffentlichen Auslegung keine Einwendungen geltend machen konnte, bezieht seine sachliche Rechtfertigung daraus, dass in dem einen Fall das Schweigen zurechenbar ist, in dem anderen dagegen nicht.

B. Voraussetzungen des § 47 IIa VwGO

I. Öffentliche Auslegung des Planentwurfs

Die öffentliche Auslegung des Planentwurfs (§ 3 Abs. 2 Satz 1 BauGB) und die ortsübliche Bekanntmachung ihres Orts und ihrer Dauer (§ 3 Abs. 2 Satz 2 Halbs. 1 BauGB) sind ordnungsgemäß erfolgt.

II. Bekanntmachung

Die Antragsgegnerin hat sich für die Bekanntmachung durch Anschlag an der Gemeindetafel entschieden. Die Antragsteller rügen diese Art der Bekanntmachung zu Unrecht als bundesrechtswidrig.

Das BauGB regelt nicht, welche Art der Bekanntmachung ortsüblich ist, sondern überlässt dies dem Landes- oder Ortsrecht. Soweit der VGH in Anwendung von Landes- oder Ortsrecht entschieden hat, dass die Antragsgegnerin die Auslegung des Planentwurfs mittels eines Aushangs an der Gemeindetafel habe bekanntmachen dürfen, ist der Senat hieran gebunden (§ 173 VwGO i. V. m. § 560 ZPO).

Zu prüfen hat er jedoch, ob das Landes- bzw. Ortsrecht mit dem grundgesetzlich verankerten Rechtsstaatsgebot vereinbar ist. Dieses Gebot verlangt in seiner Ausprägung als Gebot zur Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes, dass die Möglichkeit, einen ausgelegten Planentwurf zur Kenntnis zu nehmen, nicht unverhältnismäßig oder unzumutbar eingeschränkt sein darf (BVerwG, Urt. v. 23. 04. 1997 - 11 A 7.97 - BVerwGE 104, 337, 341; Beschl. v. 08. 03. 2007 - 9 B 18.06 - Buchholz 11 Art. 20 GG Nr. 187 Rn. 6). Ein Verstoß dagegen ist weder dargelegt noch ersichtlich. Bekanntmachungen durch Anschlag an einer (einzigen) Verkündungstafel sind grundsätzlich mit dem Rechtsstaatsgebot vereinbar (Beschl. v. 08. 03. 2007 a.a.O.). Auch vorliegend ist die Wahl dieser Art der Bekanntmachung nicht zu beanstanden. Es sind keine Anhaltspunkte dafür erkennbar, dass die Antragsgegnerin im Hinblick auf die örtlichen Gegebenheiten (Größe und räumliche Ausdehnung des Gemeindegebiets, Siedlungsstruktur, innergemeindliche Verkehrsverbindungen und -beziehungen) weitere Möglichkeiten zur Kenntnisnahme der ortsüblichen Bekanntmachung hätte eröffnen müssen. Die Antragsgegnerin musste sich auch nicht deshalb für eine andere Form der Bekanntmachung - etwa über das Internet - entscheiden, weil sich etliche Eigentümer von Grundstücken im Gemeindegebiet nur zeitweilig dort aufhalten. Es ist deren Sache, sich über die Art der Bekanntmachung sie möglicherweise betreffender örtlicher Angelegenheiten zu informieren und - z. B. bei längeren Abwesenheitszeiten - in geeigneter Weise, insbesondere durch die Beauftragung dritter Personen, dafür Sorge zu tragen, dass sie von Bekanntmachungen Kenntnis erhalten (vgl. OVG Hamburg, Urt. v. 04. 11. 1999 - 2 E 29/96 N - juris).

III. Belehrung

Auf die Rechtsfolge des § 47 Abs. 2a VwGO sind die Antragsteller im Rahmen der Bekanntmachung der Auslegung des Planentwurfs hingewiesen worden. Der Umstand, dass der Hinweis vom Text der Vorschrift abweicht und sich stattdessen am Wortlaut des § 3 Abs. 2 Satz 2 Halbs. 2 BauGB orientiert, steht dem Eintritt der Präklusionswirkung gemäß § 47 Abs. 2a VwGO nicht entgegen. Zur Begründung verweist der Senat auf die Gründe seiner Entscheidung vom 27.10.2010 - BVerwG 4 CN 4.09 (nachstehend abgedruckt).

2. Teil: Urteil des BVerwG vom 27.10.2010 4 CN 4.09

Leitsatz:

Auch eine am Wortlaut des § 3 Abs. 2 Satz 2 Halbs. 2 BauGB orientierte Belehrung löst die Präklusionswirkung des § 47 Abs. 2a VwGO aus, da sie nicht geeignet ist, bei Betroffenen einen rechtserheblichen Irrtum hervorzurufen und sie davon abzuhalten, während des Planaufstellungsverfahrens Einwendungen zu erheben.

Sachverhalt:

Die Antragstellerinnen wenden sich gegen den Ausschluss zentrenrelevanten Einzelhandels in einem im Januar 2008 beschlossenen und bekannt gemachten Änderungsbebauungsplan der Antragsgegnerin. Bei der öffentlichen Auslegung des Planentwurfs gab die Antragsgegnerin folgenden Hinweis:

"Stellungnahmen zur Planung können während des Auslegungszeitraumes schriftlich oder mündlich zur Niederschrift bei der Stadt Mannheim abgegeben werden. Nicht fristgerecht abgegebene Stellungnahmen können bei der Beschlussfassung über den Bebauungsplan unberücksichtigt bleiben. Ein Antrag nach § 47 Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) ist unzulässig, soweit mit ihm Einwendungen geltend gemacht werden, die vom Antragsteller im Rahmen der Auslegung nicht oder verspätet geltend gemacht wurden, aber hätten geltend gemacht werden können."

Die Antragstellerinnen haben während des Auslegungszeitraums keine Einwendungen erhoben. Der VGH hat ihren Normenkontrollantrag als unzulässig abgelehnt. Die Antragstellerinnen seien mit ihren Einwendungen nach § 47 Abs. 2a VwGO in formeller Hinsicht präkludiert.

Gegen diesen Beschluss haben die Antragstellerinnen die vom VGH zugelassene Revision eingelegt. Sie halten die erfolgte Belehrung nach § 3 Abs. 2 Satz 2 Halbs. 2 BauGB im Hinblick auf die abweichende Rechtsfolge nach § 47 Abs. 2a VwGO für unzureichend, da sie verschleiere, dass es möglich sei, sich mit der Erhebung nur einer einzigen Einwendung später sämtliche Rechtsschutzmöglichkeiten offen zu halten.

Aus den Gründen:

Die Revision der Antragstellerinnen ist unbegründet. Der Beschluss des VGH, mit dem dieser den Normenkontrollantrag als unzulässig abgewiesen hat, steht mit

Bundesrecht im Einklang. Die Antragsteller sind mit ihren erstmals im Normenkontrollverfahren erhobenen Einwendungen nach § 47 Abs. 2a VwGO präkludiert.

A. Keine Präklusion nach § 47 IIa VwGO ohne ordnungsgemäße Belehrung

Die Präklusionswirkung gemäß § 47 Abs. 2a VwGO tritt nur ein, wenn in der Bekanntmachung der Auslegung auf diese Rechtsfolge hingewiesen wurde und die Bekanntmachung sowie der Hinweis ordnungsgemäß waren. Das ist hier der Fall. Dem Eintritt der Präklusionswirkung gemäß § 47 Abs. 2a VwGO steht nicht entgegen, dass die Antragsgegnerin während der öffentlichen Auslegung des Planentwurfs in ihrer Belehrung den in § 3 Abs. 2 Satz 2 Halbs. 2 BauGB vorgesehenen Wortlaut verwendet hat.

B. Unterschiedlicher Wortlaut in § 3 II 2 2. Hs BauGB und § 47 IIa VwGO

Allerdings ist der Revision zuzugeben, dass der Wortlaut von § 3 Abs. 2 Satz 2 Halbs. 2 BauGB einerseits und derjenige von § 47 Abs. 2a VwGO andererseits dahin verstanden werden können, dass sie unterschiedliche Rechtsfolgen umschreiben (ebenso VGH München, DVBl 2010, 387 = BauR 2010, 745).

Nach § 3 Abs. 2 Satz 2 Halbs. 2 BauGB [...] ist bei der öffentlichen Auslegung des Planentwurfs darauf hinzuweisen, dass ein Antrag nach § 47 VwGO unzulässig ist, *soweit* [Hervorhebung v.d.Red.] mit ihm Einwendungen geltend gemacht werden, die vom Antragsteller im Rahmen der Auslegung nicht oder verspätet geltend gemacht wurden, aber hätten geltend gemacht werden können.

Demgegenüber ist nach § 47 Abs. 2a VwGO [...] der Antrag einer natürlichen Person, der einen Bebauungsplan zum Gegenstand hat, unzulässig, wenn die den Antrag stellende Person *nur* [Hervorhebung v.d.Red.] Einwendungen geltend macht, die sie im Rahmen der öffentlichen Auslegung gemäß § 3 Abs. 2 BauGB nicht oder verspätet geltend gemacht hat, aber hätte geltend machen können, und wenn auf diese Rechtsfolge im Rahmen der Beteiligung hingewiesen worden ist. Hierzu ist in der Rechtsprechung des Senats geklärt, dass § 47 Abs. 2a VwGO für die Zulässigkeit nur verlangt, dass der Antragsteller bei der Planaufstellung überhaupt rechtzeitig Einwendungen erhebt und jedenfalls eine dieser Einwendungen im Normenkontrollverfahren geltend macht. Er ist nicht gehindert, sich im Normenkontrollverfahren auch auf solche Einwendungen zu berufen, die er zuvor nicht geltend gemacht hat (BVerwG, Urt. v. 24. 03. 2010 - 4 CN 3.09 - BauR 2010, 1051).

C. Auslegung

Der Wortlaut des § 3 Abs. 2 Satz 2 Halbs. 2 BauGB kann dagegen dahin ausgelegt werden, dass ein Normenkontrollantrag teilweise - nämlich hinsichtlich der nicht rechtzeitig erhobenen Einwendungen - unzulässig ist. Dass ein solches Verständnis naheliegt, wird durch die Gesetzgebungsmaterialien noch verstärkt. Denn während des Gesetzgebungsverfahrens ist die Notwendigkeit gesehen worden, den (im Gesetzentwurf der Bundesregierung mit § 3 Abs. 2 Satz 2 Halbs. 2 BauGB noch identischen) Wortlaut für § 47 Abs. 2a VwGO in der genannten Weise zu ändern. Diese Änderung geht auf eine Beschlussempfehlung des Ausschusses für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung zurück und sollte dazu dienen, das Gewollte präziser zum Ausdruck zu bringen, nämlich dass der Antrag unzulässig ist, wenn der Antragsteller ausschließlich Einwendungen geltend macht, die er im Rahmen der Beteiligung nicht oder verspätet geltend gemacht hat, aber hätte geltend machen können (vgl. Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung, BTDrucks 16/3308 S. 20).

I. Unterschiedlicher Wortlaut ist Redaktionsversehen

Der Vertreter des Bundesinteresses hat im Revisionsverfahren hierzu ergänzend vorgetragen, mit der Änderung habe zur Vermeidung von Missverständnissen klargestellt werden sollen, dass die Präklusion nicht zu einer Teilunzulässigkeit des Normenkontrollantrags führen könne. Eine solche - von der ursprünglichen Fassung des Gesetzentwurfs nicht beabsichtigte - Fassung hätte zu prozessrechtlichen Problemen führen können, da z. B. das Verhältnis eines teilweise unzulässigen Normenkontrollantrags zur Qualität der Normenkontrolle als Verfahren der objektiven Rechtskontrolle unklar geblieben wäre. Dass diese Änderung des Wortlauts von § 47 Abs. 2a VwGO nicht auch für die Regelung in § 3 Abs. 2 Satz 2 Halbs. 2 BauGB übernommen worden ist, dürfte als Redaktionsversehen anzusehen sein (so auch Korbmacher, in: Brügelmann, BauGB § 3 Rn. 69).

II. Keine potenziellen Nachteile für den Bürger

Die von der Antragsgegnerin verwendete, am Wortlaut von § 3 Abs. 2 Satz 2 Halbs. 2 BauGB orientierte Belehrung ist jedoch nicht geeignet, bei Betroffenen einen rechtserheblichen Irrtum hervorzurufen und sie davon abzuhalten, während des Planaufstellungsverfahrens Einwendungen zu erheben.

Ob der Hinweis über die Obliegenheit, Einwendungen zu erheben, ordnungsgemäß ist, beurteilt sich nach den Grundsätzen, die in der Rechtsprechung für Rechtsbehelfsbelehrungen entwickelt worden sind (BVerwG, Beschl. v. 31. 10. 1989 - 4 NB 7.89 - BRS 49 Nr. 31 = Buchholz 406.11 § 2a BBauG Nr. 11 zu § 155a BBauG 1979). Eine derartige Belehrung darf keinen irreführenden Zusatz haben und darf insbesondere nicht geeignet sein, einen Betroffenen vom rechtzeitigen Geltendmachen von Einwendungen oder Rügen

abzuhalten. Nur ein Irrtum über Voraussetzungen oder Rechtsfolgen einer Einwendung oder eines Rechtsbehelfs, die den Betroffenen davon abhalten, sich überhaupt, rechtzeitig und in der richtigen Form zu äußern, ist geeignet der Belehrung ihre Wirksamkeit zu nehmen (vgl. BVerwG, Urt. v. 21. 03. 2003 - BVerwG 4 C 2.01 - Buchholz 310 § 58 VwGO Nr. 83 zum Vertretungszwang). Dies ist hier nicht der Fall.

Die von der Antragsgegnerin verwendete Belehrung ist nicht geeignet, einen von den Festsetzungen eines künftigen Bebauungsplans Betroffenen in diesem Sinn in die Irre zu führen. Vielmehr macht sie dem Betroffenen deutlich, dass er Einwendungen erheben muss, um sich die Möglichkeit eines späteren Normenkontrollantrags zu erhalten (ebenso OVG Münster, Beschl. v. 29. 8. 2008 - 7 B 915/08). Eine dem Wortlaut des § 3 Abs. 2 Satz 2 Halbs. 2 BauGB folgende Belehrung lässt im Vergleich zum Wortlaut des § 47 Abs. 2a VwGO erst recht keinen Zweifel daran, dass Einwendungen erhoben werden müssen, um einen Rechtsverlust zu vermeiden. Dagegen ist es nicht Aufgabe einer derartigen Belehrung, den Betroffenen bereits im Einzelnen darüber zu belehren, unter welchen Voraussetzungen ein späterer Normenkontrollantrag zulässig oder unzulässig sein könnte. Umso weniger hat eine derartige Belehrung - entgegen der Auffassung der Antragstellerinnen - die Aufgabe, gleichsam taktische Erwägungen zu erleichtern, ob es sinnvoll und Erfolg versprechend ist, einzelne Einwendungen während des Verfahrens nach § 3 BauGB gezielt zurückzuhalten und sie erst im Normenkontrollverfahren geltend zu machen. Die Einführung der Präklusionswirkung soll vielmehr dem Umstand Rechnung tragen, dass bereits im Aufstellungsverfahren Mitwirkungsbefugnisse bestehen, die dem Ziel dienen, die jeweiligen Interessen rechtzeitig dem Abwägungsmaterial zuzuführen. Im Hinblick u. a. auf die Aufgabenverteilung zwischen Plangeber und Verwaltungsgerichten sollen sachliche Einwendungen nicht ohne Not erst im gerichtlichen Verfahren geltend gemacht werden (BVerwG, Urt. v. 24. 03. 2010 - a. a. O. und v. 26. 04. 2007 - 4 CN 3.06 - BVerwGE 128, 382). Mit der Belehrung braucht der Betroffene daher nicht darauf hingewiesen zu werden, dass sein Normenkontrollantrag auch dann zulässig sein kann, wenn er einzelne Einwendungen - be-wusst - nicht erhebt.

Es spricht entgegen der Auffassung der Antragstellerinnen auch nichts dafür, dass die am Wortlaut des § 3 Abs. 2 Satz 2 Halbs. 2 BauGB orientierte Belehrung einen Betroffenen insgesamt davon abhalten könnte, Einwendungen zu erheben, weil ihm dies im Hinblick auf die Komplexität der Materie ohne Anwalt nicht möglich wäre. Vielmehr kann davon ausgegangen werden, dass der von einer gemeindlichen Bauleitplanung Betroffene eigenständig in der Lage ist, die aus seiner Sicht gegen diese Planung sprechenden Gesichtspunkte und seine Betroffenheit so zu benennen, dass sie von der Gemeindeverwaltung und dem Rat der Gemeinde verstanden und im Rahmen der Abwägung berücksichtigt werden können. Einwendungen müssen so konkret sein, dass die Behörde erkennen kann, in welcher Weise sie bestimmte Belange einer näheren Betrachtung unterziehen soll (BVerwG, Beschl. v. 16. 10. 2001 - 4 VR 20.01 - Buchholz 407.4 § 17 FStrG Nr. 165 S. 83 und v. 9. 10. 2008 - 9 PKH 2.08 - Buchholz 407.4 § 17a FStrG Nr. 1 Rn. 4). Rechtskenntnisse werden vom Bürger in diesem Zusammenhang aber nicht erwartet.

Standort: Baurecht — Problem: "Ortsteil" i.S.d. § 34 BauGB

VGH MANNHEIM, URTEIL VOM 18.01.2011
8 S 600/09 (NVwZ-RR 2011, 393)

Problemdarstellung:

Im vorliegenden Urteil nimmt der VGH Mannheim in sehr lehrreicher Weise dazu Stellung, wann ein "im Zusammenhang bebauter Ortsteil" i.S.d. § 34 I BauGB - und damit ein sog. "Innenbereich" vorliegt.

I. Von einer "*zusammenhängenden Bebauung*" spricht man, wenn diese den Eindruck der Geschlossenheit und Zusammengehörigkeit vermittelt (BVerwGE 31, 20 [21f.]). Im Idealfall heißt das: Haus an Haus. Einzelne Baulücken schaden jedoch nicht; je mehr Lücken, umso weniger geschlossen wird allerdings tendenziell der Eindruck sein. Das BVerwG lehnt es in st.Rspr. ab, einen festen Abstand zu benennen, ab dem eine Baulücke so groß ist, dass sie einem geschlossenen Eindruck entgegen steht. Vielmehr sei immer der optische Gesamteindruck im einzelnen Baugebiet entscheidend. Deshalb finden sich unterschiedliche Entscheidungen hierzu. Folgendes kann man sich jedoch als Faustformel merken: Ein Abstand vom um die 100m ist noch keine Lücke, die einer zusammenhän-

genden Bebauung entgegen steht. Bei einem Abstand von über 200m wird man sich hingegen in aller Regel im Außenbereich (§ 35 BauGB) befinden (vgl. Vertiefungshinweise). Zu ähnlichen Werten kommt man mit der Faustformel, "zwei bis drei Bauplätze" dürften es maximal sein (Dürr, in: Brügelmann, BauGB, § 34 Rdnr. 12). Aber nochmals: In einem Gutachten ist immer davon auszugehen, dass eine Gesamtbetrachtung nötig ist, die o.g. Werte sollen lediglich eine Orientierungshilfe sein.

II. Beim "*Ortsteil*" verhält es sich ähnlich: Das BVerwG bietet nur eine schwammige Definition

("ein Bebauungskomplex im Gebiet einer Gemeinde, der nach der Zahl der vorhandenen Bauten ein gewisses Gewicht besitzt und Ausdruck einer organischen Siedlungsstruktur ist", BVerwGE 31, 20 [21f.]), legt sich aber in st.Rspr. nicht fest, wie viele Bauten vorhanden sein müssen, damit ein "gewisses Gewicht" in diesem Sinne vorliegt. Deshalb gibt es auch hier unterschiedliche Entscheidungen. Eine Orientierungshilfe mag hier die Zahl 5 bieten: Unter fünf nicht, über fünf wohl, genau fünf vielleicht (vgl. Vertiefungshinweise). In einem Gutachten sollte man immer darauf hinweisen, dass über das Merkmal "Ortsteil" zur Splittersiedlung abgegrenzt wird. Ob eine Splittersiedlung dann bei fünf oder sechs Häusern aufhört, ist Ermessenssache und wird sicherlich so oder so vertretbar sein. Im Zweifel sollte man klausurtaktisch entscheiden: Enthält die Klausur erkennbar Probleme zu § 34 BauGB oder § 35 BauGB?

Prüfungsrelevanz:

Die Entscheidung ist für alle baurechtlichen Klausuren interessant, in denen es um die Abgrenzung von Innen- und Außenbereich nach §§ 34, 35 BauGB geht. Da Außenbereich negativ definiert wird ("alles, was nicht Innenbereich ist"), wird man immer "in Richtung Innenbereich" prüfen, also die Frage aufwerfen müssen, was unter einem "im Zusammenhang bebauten Ortsteil zu verstehen ist. Das vorliegende Urteil des VGH Mannheim enthält zu dieser Abgrenzung praktisch alles, was die Rechtsprechung jemals hervorgebracht hat.

Vertiefungshinweise:

- Zur Frage, welche Baulücken einem geschlossenen Eindruck entgegen stehen: *VGH Mannheim*, BauR 1987, 59 (90m nicht entgegen); *BVerwG*, NVwZ-RR 1992, 227 (130m wohl nicht entgegen); *VGH Mannheim*, DÖV 2004, 759 (280 m, 240 m und 210 m stehen entgegen)
- Zur Frage, wie viele Gebäude einen Ortsteil ausmachen: *BVerwG*, NVwZ-RR 1994, 555 (4 Gebäude genügen nicht); *BVerwG*, BRS 22 Nr. 76 [123] (5 Gebäude können genügen); *VGH Mannheim*, BauR 1984, 496; *VGH Mannheim*, VBlBW 1999, 139 (6 Gebäude genügen)

Kursprogramm:

- "Die Eissporthalle"
- "Die unerwünschte Gokartbahn"

Leitsätze:

1. Für das Vorliegen eines Ortsteils i.S. des § 34 I 1 BauGB ist unerheblich, ob die vorhandene Bebauung einen homogenen Eindruck vermittelt oder ob die Anordnung der Gebäude eine Regel erkennen lässt.

2. Zum Vorliegen eines Ortsteils bei einem Bebauungskomplex aus fünf Wohngebäuden, einem Betriebsgebäude eines Getränkegroßhandels und neun Wirtschaftsgebäuden oder Schuppen landwirtschaftlicher Betriebe.

Sachverhalt:

Die Bet. streiten darüber, ob die Errichtung eines Wohnhauses auf dem Anwesen Z. im gleichnamigen Weiler der Beigel. bauplanungsrechtlich zulässig ist.

Die Beigel. ist eine Gemeinde im Landkreis X. mit 40 Weilern auf 1.716 ha Fläche und 3.100 Einwohnern, von denen knapp 60% im Hauptort leben. Der Weiler Y. mit 57 Einwohnern umfasst 17 bebaute Anwesen auf ca. 20 ha Fläche. Außer einem Flächennutzungsplan existiert keine Bauleitplanung. Das ca. 2 ha große Anwesen A. (Baugrundstück) ist im Norden mit einem Wohnhaus bebaut, das vom Kl. mit seiner Ehefrau sowie von seinen Eltern bewohnt wird. Gegenüber liegt der Milchviehbetrieb des Bruders R des Kl. auf dem Anwesen Z. Die Eltern haben beide Anwesen im April 2002 an den Bruder R übertragen, der den landwirtschaftlichen Betrieb mit seiner Ehefrau fortführt und noch Pensionspferde hält. Als Gegenleistung verpflichtete er sich u.a., dem Kl. eine ca. 1.000 bis 1.200 qm große Fläche des Baugrundstücks unentgeltlich zu übereignen, falls eine Baugenehmigung zur Errichtung eines Wohngebäudes erlangt werden kann; einer entsprechenden Bauvoranfrage stimmte er zu.

Am 12. 12. 2006 beantragte der Kl. die Erteilung eines Bauvorbescheids mit der Feststellung, dass die Errichtung eines Wohnhauses mit Doppelgarage im Süden des Baugrundstücks zulässig sei. Die Beigel. versagte ihr Einvernehmen, weil eine Wohnbebauung im Außenbereich unzulässig sei. Der Bekl. lehnte daraufhin den Antrag mit Bescheid vom 3.5.2007 ab. Das Regierungspräsidium T. wies den Widerspruch des Kl. zurück. Dagegen hat der Kl. beim VG Klage erhoben. Die Klage wurde abgewiesen. Die vom VGH zugelassene Berufung des Kl. hatte Erfolg.

Aus den Gründen:
Die Klage ist als Verpflichtungsklage zulässig und begründet. Die Versagung des begehrten Bauvorbescheids ist rechtswidrig und verletzt dadurch den Kl. in seinen Rechten. Denn er hat nach § 57 I i.V. mit § 58 I 2 BadWürttBauO Anspruch auf Erteilung des beantragten Bauvorbescheids. [...]

A. Anspruchsgrundlage
Nach § 57 I BadWürttBauO kann auf schriftlichen Antrag des Bauherrn ein schriftlicher Bescheid zu einzelnen Fragen des Vorhabens erteilt werden (Bauvorbescheid). Auf seine Erteilung besteht ein Anspruch, wenn dem genehmigungspflichtigen Vorhaben, soweit es "abgefragt" wird, keine von der Baurechtsbehörde zu prüfenden öffentlich-rechtlichen Vorschriften entgegenstehen (§ 57 II i.V. mit § 58 I 2 BadWürttBauO). Die mit dem Bauvorbescheidantrag des Kl. gestellte Frage zielt nur auf die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit des Vorhabens (§§ 29 ff. BauGB), allerdings beschränkt auf die Art der baulichen Nutzung, die überbaubare Grundstücksfläche und die Sicherung der Erschließung i.S. des § 34 I 1 BauGB. Denn das Baugesuch enthält darüber hinaus keine Angaben, insbesondere nicht zum Maß der baulichen Nutzung und der Bauweise. Eine solche Beschränkung der Bauvoranfrage ist zulässig (vgl. Sauter, BadWürttBauO, § 57 Rdnr. 6 m.w. Nachw.).

B. Tatbestand
Das nicht im Geltungsbereich eines Bebauungsplans (§ 30 BauGB) oder eines Aufstellungsbeschlusses (§ 33 BauGB) zu verwirklichende Vorhaben ist nach § 34 I 1 und II 1 BauGB bauplanungsrechtlich zulässig. Sein Standort liegt innerhalb eines im Zusammenhang bebauten Ortsteils i.S. des § 34 I 1 BauGB.

I. Zusammenhängende Bebauung

1. Definition
Ein Bebauungszusammenhang i.S. des § 34 I 1 BauGB ist eine aufeinander folgende Bebauung, die trotz vorhandener Baulücken nach der Verkehrsanschauung den Eindruck der Geschlossenheit und Zusammengehörigkeit vermittelt (BVerwGE 31, 20 [21f.]). Dabei kommt es nur auf äußerlich erkennbare, mit dem Auge wahrnehmbare bereits vorhandene Gegebenheiten an (BVerwG, NJW 1992, 328; NVwZ 1991, 879), so dass etwa Darstellungen im Flächennutzungsplan ebenso unerheblich sind wie eine erst künftig geplante Bebauung (BVerwG, BauR 2000, 1171 m.w. Nachw.).
Maßstabsbildend sind im Regelfall nur bauliche Anlagen, die nach Art und Gewicht geeignet sind, ein Gebiet als Ortsteil mit bestimmtem städtebaulichen Charakter zu prägen (BVerwG, NVwZ 1993, 985) und zwar unabhängig, ob sie genehmigt oder nur zweifelsfrei geduldet sind (BVerwGE 31, 20 [22]) oder ob sie einem bestimmten städtebaulichen Ordnungsbild entsprechen (BVerwG, NVwZ 1993, 985). Das sind grundsätzlich nur Bauwerke, die dem ständigen Aufenthalt von Menschen dienen (BVerwG, BauR 2000, 1310 m.w. Nachw.), wozu im Einzelfall auch landwirtschaftlichen oder erwerbsgärtnerischen Zwecken dienende Betriebsgebäude gehören können (VGH Mannheim, BauR 2007, 1383). Bauwerke, die - wie eine Scheune oder ein Stall - nur vorübergehend genutzt werden, gehören in der Regel nicht dazu, unabhängig davon, welchen Zwecken sie dienen (BVerwG, BauR 2000, 1310).
Wie räumlich eng die maßstabsbildende Bebauung sein muss, um sich als zusammenhängend darzustellen, ist nicht nach geographischmathematischen Maßstäben, sondern auf Grund umfassender Wertung und Bewertung des Sachverhalts im Einzelfall zu entscheiden (BVerwGE 31, 20 [21f.]). Dabei können auch Flächen ohne solche Bebauung dem Bebauungszusammenhang zuzurechnen sein, wenn sie den optischen Eindruck der Geschlossenheit nicht unterbrechen (BVerwGE 31, 20; 31, 29 [22] = BauR 1972, 222). Das gilt zum einen für freie Flächen, die - gedanklich - übersprungen werden können, weil die Verkehrsanschauung das unbebaute Grundstück im Sinne eines verbindenden Elements als eine sich zur Bebauung anbietende Lücke erscheinen lässt (BVerwGE 75, 34 = NVwZ 1987, 406). Insoweit gibt es jedoch keinen bestimmten Höchstwert für die Ausdehnung einer Baulücke (BVerwG, NVwZ-RR 1992, 227 m.w.N.). Ihr Vorliegen wird aber umso unwahrscheinlicher, je größer die unbebaute Fläche ist. [...]
Insoweit ist auch zu berücksichtigen, ob es sich um eine ländlich oder städtisch geprägte Umgebung handelt (BVerwG, NVwZ-RR 1992, 227). Außer Baulücken sind dem Bebauungszusammenhang noch Flächen zuzurechnen, auf denen sich nicht maßstabsbildende Bautätigkeit in sichtbarer Veränderung der Geländeoberfläche niedergeschlagen hat (BVerwG, NVwZ-RR 1993, 275 = BauR 1993, 303) oder die wegen ihrer natürlichen Beschaffenheit (z. B. Gewässer) oder Zweckbestimmung (z. B. Sportplätze, Erholungsflächen) der Bebauung entzogen sind (BVerwGE 31, 20).
Ein derart gebildeter Bebauungszusammenhang reicht so weit, wie die Bebauung den Eindruck der Geschlossenheit vermittelt. Eine anschließende Fläche, die unbebaut ist oder trotz Vorhandenseins von Baulichkeiten nicht zur Prägung der Siedlungsstruktur beiträgt, kann ihm aber noch bis zu einer sich aus der örtlichen Situation ergebenden natürlichen Grenze zuzuordnen sein, wenn das Landschaftsbild Besonderheiten aufweist (BVerwG, NJW 1976, 1855 m. w.N.). Fehlt es daran, endet der Bebauungszusammenhang aber mit dem letzten Haus, so dass die Grenze zum Außenbe-

reich auch vor- und zurückspringen kann (BVerwGE 28, 268 [272]; VGH Mannheim, ZfBR 1995, 58).

2. Subsumtion
Gemessen daran liegt der bislang unbebaute Standort des Vorhabens nach den beim Augenschein getroffenen Feststellungen und Eindrücken innerhalb eines Zusammenhangs maßstabsbildender Bebauung an der Gemeindeverbindungsstraße, die trotz Baulücken nach der Verkehrsanschauung den Eindruck von Geschlossenheit und Zusammengehörigkeit vermittelt. [wird ausgeführt.]

II. Ortsteil
Der beschriebene Bebauungszusammenhang bildet auch einen Ortsteil i.S. von § 34 I 1 BauGB

1. Definition
Ortsteil im Sinne dieser Vorschrift ist - in Entgegensetzung zur unerwünschten Splittersiedlung (§ 35 III 1 Nr. 7 BauGB) - ein Bebauungskomplex im Gebiet einer Gemeinde, der nach der Zahl der vorhandenen Bauten ein gewisses Gewicht besitzt und Ausdruck einer organischen Siedlungsstruktur ist (BVerwGE 31, 22). Das nach der Zahl vorhandener Bauten "gewisse Gewicht" ist im Vergleich mit anderen Ansiedlungen und im Gegenvergleich mit der unerwünschten Splittersiedlung zu bestimmen (BVerwG, BRS 25 Nr. 41 [112]).
Räumlicher Bezugsrahmen ist wegen der Funktion des § 34 BauGB als "Planersatz" oder "Planergänzung" und seines Zusammenhangs mit der gemeindlichen Planungshoheit nur die Siedlungsstruktur der jeweiligen Gemeinde (BVerwG, NVwZ 1999, 527; NVwZ-RR 2001, 83, m.w.N.). Eine feste Mindestzahl an Gebäuden lässt sich daher nicht festlegen (BVerwG, BRS 22 Nr. 76 [123]). [...]
Die Anforderung der organischen Siedlungsstruktur schließt nur das ein, was in Entgegensetzung zur unerwünschten Splittersiedlung dem inneren Grund für die Rechtsfolge des § 34 BauGB entspricht, nämlich "die nach der Siedlungsstruktur angemessene Fortentwicklung der Bebauung innerhalb des gegebenen Bereiches" (BVerwGE 31, 22 [27]). Daran fehlt es bspw. bei einer Anhäufung behelfsmäßiger Bauten. Auch eine völlig regellose und in dieser Anordnung geradezu funktionslose Bebauung mag ebenso wie - unter entsprechenden Voraussetzungen - eine bandartige oder einzeilige Bebauung die Annahme einer organischen Siedlungsstruktur ausschließen können. Eine bandartige und zudem einzeilige Bebauung widerspricht den Anforderungen an eine organische Siedlungsstruktur aber nicht, wenn sie auf die Funktion und den Nutzungszweck der Bebauung zurückgeht und darin ihre Rechtfertigung findet (BVerwGE 31, 22 [27]).
Ob die vorhandene Bebauung nach Art und Zweckbestimmung einheitlich ist, ob sie einem bestimmten städtebaulichen Ordnungsbild entspricht, eine bestimmte städtebauliche Ordnung verkörpert, als städtebauliche Einheit in Erscheinung tritt, sich als Schwerpunkt der baulichen Entwicklung eines Gemeinwesens darstellt oder ein gewisses eigenständiges Leben gestattet, ist ebenso unerheblich wie Entstehungsgeschichte und Gründe für die Genehmigung der Bebauung. Daher können etwa auch Gebäude, die i.S. des § 35 I Nr. 1 BauGB einem landwirtschaftlichen Betrieb dienen, zur Entwicklung eines im Zusammenhang bebauten Ortsteils beitragen (BVerwGE 31, 22 [27]; BVerwG, BauR 2007, 1383). Unerheblich ist demzufolge auch, ob die Bebauung - wie das VG geprüft hat - einen homogenen Eindruck vermittelt oder ob die Anordnung der Gebäude eine Regel erkennen lässt.

2. Subsumtion
Ausgehend davon bildet - zumindest - die entlang der Gemeindeverbindungsstraße i.S. des § 34 I 1 BauGB zusammenhängende (s.o.) Bebauung auf den Anwesen Z. und A. einen Ortsteil. Ob auch die weiteren Gebäude nördlich des Anwesens A. oder die Gebäude auf den nordöstlich und östlich abgesetzten Anwesen des Weilers zu diesem Ortsteil gehören, bedarf aus Anlass des vorliegenden Falls keiner Entscheidung. [wird ausgeführt]

Zivilrecht

Standort: Kaufrecht — Problem: Erfüllungsort

BGH, URTEIL VOM 13.04.2011
VIII ZR 220/10 (BECKRS 2011, 13399)

Problemdarstellung:

Die in Frankreich wohnhaften Kl. erwarben bei der im rheinland-pfälzischen P. ansässigen Bekl. einen Camping-Faltanhänger zum Preis von 7.370 €. In der Auftragsbestätigung ist unter der Rubrik „Lieferung" auf-

geführt: „ab P., Selbstabholer“. Dennoch lieferte die Bekl. den Anhänger an den Wohnort der Kl. In der Folgezeit rügten die Kl. verschiedene Mängel und forderten die Bekl. schließlich unter angemessener Fristsetzung auf, den Anhänger abzuholen und die Mängel zu beseitigen. Dem kam die Bekl. nicht nach, da sie der Ansicht ist, dass die Kl. den Anhänger zu ihrem Firmensitz in P. bringen müssten. Daraufhin traten die Kl. unter erneuter Fristsetzung vom Kaufvertrag zurück und begehren nun die Rückzahlung des Kaufpreises.

Prüfungsrelevanz:

Der Senat widmet sich der Frage, wo der Erfüllungsort für die Nacherfüllung gem. §§ 437 Nr. 1, 439 BGB liegt. Diese umstrittene Frage war bislang nicht höchstrichterlich geklärt.

Den Kl. könnte ein Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises aus §§ 437 Nr. 2, 323, 346 BGB zustehen, wenn die Kaufsache schon bei Gefahrübergang mangelhaft war und die Bekl. trotz Fristsetzung einer (Nacherfüllungs-)Pflicht aus dem Vertrag nicht oder nicht wie geschuldet nachgekommen ist. Die gem. § 323 I BGB erforderliche Fristsetzung kann allerdings nur in Gang gesetzt werden, wenn die Kl. eine etwa erforderliche Mitwirkungshandlung erbracht haben. Diese könnte hier in der Obliegenheit bestehen, die Kaufsache zum Zwecke der Nacherfüllung an den Firmensitz der Bekl. zu verbringen. Eine solche Obliegenheit läge wiederum vor, wenn der Erfüllungsort der Nacherfüllung – gemeint ist der Leistungsort, also der Ort, an dem die geschuldete Leistungshandlung zu erbringen ist, vgl. § 447 BGB – beim Firmensitz der Bekl. (als Schuldnerin) läge. Für die Bestimmung des Erfüllungsortes der Primärleistungspflicht hält das Gesetz in § 269 BGB eine Regelung bereit, die jedoch kein Äquivalent im Kaufrecht gefunden hat, so dass die Bestimmung für diesen Bereich umstritten war.

Nach einer Ansicht sei auf den bestimmungsgemäßen Belegenheitsort der Sache abzustellen (OLG Celle, NJOZ 2010, 612; OLG München [15. Zivilsenat], NJW 2006, 449 [450]; MünchKommBGB/Westermann, § 439 Rn. 7; Huber, NJW 2002, 1004 [1006]). Nach anderer Ansicht sei der ursprüngliche Erfüllungsort der Primärleistungspflicht auch für den Nachbesserungsanspruch aus § 439 I BGB als Erfüllungsort maßgebend (OLG München [20. Zivilsenat], NJW 2007, 3214; MünchKommBGB/Krüger, § 269 Rn. 37; Lorenz, NJW 2009, 1633 [1635]).

Der Senat entscheidet, dass die Regelung des § 269 BGB auch im Kaufrecht anwendbar ist, so dass der Erfüllungsort insbesondere aus einer Vereinbarung oder den Umständen des Schuldverhältnis zu entnehmen ist, im Zweifel aber beim Wohn- oder Firmensitz des Schuldners liegen soll (§ 269 I, II BGB). Diesem Ergebnis stünden weder das Merkmal der „Lieferung“ in § 439 I BGB, noch die Kostentragungsregelung des § 439 II BGB entgegen. Denn beide Regelungen enthielten keine Aussage darüber, wo die streitige Verpflichtung zu erfüllen ist. Zudem widerspräche dieses Ergebnis auch nicht der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie (RL 1999/44/EG), wonach die Nacherfüllung „ohne erhebliche Unannehmlichkeiten für den Verbraucher“ erfolgen müsse (Art. 3 Abs. 3, 4 der Richtlinie). Denn auch diese Vorgabe verlange nicht, den Käufer vor sämtlichen Schwierigkeiten der Nacherfüllung zu schützen, sondern nur vor solchen, die ein gewisses Maß übersteigen.

Somit war hier gem. § 269 BGB zunächst zu ermitteln, ob eine Abrede über den Erfüllungsort der Nacherfüllung bestand. Eine solche kann aber nicht ohne weiteres in der Vereinbarung „ab P., Selbstabholer“ und auch nicht in der tatsächlichen Verbringung der Sache zu den Kl. gesehen werden (Rn. 9, 54 d. Urteils). Es kommt damit auf die Umstände des Schuldverhältnisses an. Hat die Nacherfüllung eine Mängelbeseitigung durch den Einsatz technisch geschulten Personals und Werkstatttechnik zum Inhalt, ist eine Verbringung zum Schuldner der Nacherfüllung notwendig. Das ist für die Kl. auch keine erhebliche Unannehmlichkeit, da der Sitz des Bekl. – mag auch eine Landesgrenze überschritten werden – nicht derart weit vom Wohnsitz der Kl. entfernt liegt, dass ein Transport als unzumutbar einzustufen wäre.

Der Erfüllungsort lag daher beim Firmensitz des Bekl. Folglich hatten die Kl. die Frist des § 323 I BGB nicht in Gang gesetzt. Ein Rückzahlungsbegehren gem. §§ 437 Nr. 2, 323, 346 BGB schied aus.

Vertiefungshinweise:

❑ Zum Erfüllungsort der Nachbesserung gem. § 439 BGB: *OLG Celle*, NJOZ 2010, 612; *OLG München*, NJW 2007, 3214; *OLG München*, NJW 2006, 449; *OLG Köln*, NJW-RR 2006, 677; *Huber,* NJW 2002, 1006; *Ball,* NZV 2004, 217, *Skamel,* DAR 2004, 565; *Pils,* JuS 2008, 767; *Reinking*, NJW 2008, 3608

❑ Zum Erfüllungsort der Nachbesserung bei Werkleistungen: *BGH,* NJW-RR 2008, 724

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs:* “Augen auf beim Mustangkauf”

❑ *Examenskurs:* “Der nostalgische Ofen”

Leitsätze:

1. Der Erfüllungsort der Nacherfüllung hat im Kaufrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches keine eigenständige Regelung erfahren. Für seine Bestimmung gilt daher die allgemeine Vorschrift des

§ 269 Abs. 1 BGB.
2. Danach sind in erster Linie die von den Parteien getroffenen Vereinbarungen entscheidend. Fehlen vertragliche Abreden über den Erfüllungsort, ist auf die jeweiligen Umstände, insbesondere die Natur des Schuldverhältnisses, abzustellen. Lassen sich auch hieraus keine abschließenden Erkenntnisse gewinnen, ist der Erfüllungsort letztlich an dem Ort anzusiedeln, an welchem der Verkäufer zum Zeitpunkt der Entstehung des Schuldverhältnisses seinen Wohnsitz oder seine gewerbliche Niederlassung (§ 269 Abs. 2 BGB) hatte.

Sachverhalt:
Die in Frankreich wohnhaften Kläger erwarben mit Kaufvertrag vom 23. Februar 2008 bei der in P. ansässigen Beklagten einen neuen Camping-Faltanhänger zum Preis von 7.370 €. In der Auftragsbestätigung vom 25. Februar 2008 ist unter der Rubrik "Lieferung" aufgeführt: "ab P., Selbstabholer". Dennoch lieferte die Beklagte den Anhänger am 30. April 2008 an den Wohnort der Kläger.
Die Kläger, die den Anhänger in einem Urlaub nutzten, rügten in der Folgezeit verschiedene Mängel. Mit Schreiben ihres Prozessbevollmächtigten vom 4. Juni 2008 forderten sie die Beklagte unter Fristsetzung zum 18. Juni 2006 auf, den Faltanhänger abzuholen und die Mängel zu beseitigen. Ein daraufhin vereinbarter Abholtermin bei den Klägern scheiterte. Der Anhänger war entsprechend den Gepflogenheiten in Frankreich, nach denen ein Anhänger über das Zugfahrzeug zugelassen wird, nicht angemeldet, so dass für den Transport ein - von den Mitarbeitern der Beklagten nicht mitgeführtes - rotes Überführungskennzeichen erforderlich gewesen wäre.
Mit Schreiben ihres Prozessbevollmächtigten vom 10. Juli 2008 setzten die Kläger der Beklagten erneut eine Frist zur Abholung des Faltanhängers bis zum 14. Juli 2008. Nach fruchtlosem Ablauf der Frist erklärten die Kläger mit Schreiben vom 14. Juli 2008 die "Wandlung" des Kaufvertrags.
Das Landgericht hat der auf Rückzahlung des Kaufpreises (nebst Zinsen) Zug um Zug gegen Rückgabe des Faltanhängers sowie auf Erstattung von vorgerichtlichen Anwaltskosten gerichteten Klage im Wesentlichen stattgegeben. Auf die Berufung der Beklagten hat das Oberlandesgericht das Urteil abgeändert und die Klage abgewiesen. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision erstreben die Kläger die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils.

Aus den Gründen:
[5] Die Revision hat keinen Erfolg.

A. Ausführungen des Berufungsgerichts

[6] Das Berufungsgericht (OLG Koblenz, DAR 2011, 84 f.) hat zur Begründung seiner Entscheidung im Wesentlichen ausgeführt:
[7] Die Kläger seien nicht wirksam vom Kaufvertrag zurückgetreten. Dabei könne dahinstehen, ob der Anhänger Sachmängel aufgewiesen habe, die die Kläger zum Rücktritt vom Kaufvertrag berechtigt hätten. Jedenfalls scheitere der Rücktritt daran, dass die Kläger der Beklagten den Anhänger nicht an deren Firmensitz zur Nachbesserung zur Verfügung gestellt und damit eine ihnen im Rahmen der Nacherfüllung obliegende Mitwirkungshandlung unterlassen hätten.
[8] Bei dem Nacherfüllungsanspruch handele es sich um den modifizierten Erfüllungsanspruch aus dem Kaufvertrag. Die Lieferung einer mangelhaften Kaufsache führe nicht zur Erfüllung im Sinne des § 362 Abs. 1 BGB. Vielmehr verwandele sich der ursprüngliche Anspruch des Käufers auf Übereignung der Kaufsache in einen Nacherfüllungsanspruch nach § 437 Nr. 1, § 439 BGB, wobei dem Käufer ein Wahlrecht zwischen Nachbesserung und Nachlieferung zustehe. Auf der Grundlage dieses dogmatischen Ansatzes sei der für den Primärleistungsanspruch des Käufers geltende Erfüllungsort regelmäßig auch für den Nacherfüllungsanspruch maßgebend.
[9] Erfüllungsort für die Nacherfüllung sei damit der nach der Auftragsbestätigung vom 25. Februar 2008 maßgebliche Erfüllungsort der kaufvertraglichen Leistungsverpflichtung, also der Firmensitz der Beklagten. Die entgegen dieser Vereinbarung von der Beklagten vorgenommene Lieferung des Anhängers nach Frankreich und die von ihr zunächst erklärte Bereitschaft, den Anhänger zur Nachbesserung am Wohnsitz der Kläger abzuholen, rechtfertigten nicht die Annahme, die Parteien hätten vereinbart, den Erfüllungsort für den Nacherfüllungsanspruch an den Wohnsitz der Kläger zu verlegen.

B. Entscheidung des BGH

[10] Diese Beurteilung hält rechtlicher Nachprüfung im Ergebnis stand. Die Revision ist daher zurückzuweisen.

I. Kein Anspruch der Kl. auf Rückgewähr gem. §§ 437 Nr. 2, 323, 346 BGB

[12] Mit Recht hat das Berufungsgericht angenommen, dass die Kläger nicht gemäß § 437 Nr. 2, § 323 Abs. 1, § 346 BGB die Rückabwicklung des Kaufvertrags verlangen können. Zwar ist für das Revisionsverfahren davon auszugehen, dass der Camping-Faltanhänger im Sinne des § 434 Abs. 1 BGB mangelhaft war und die Mängel die Erheblichkeitsgrenze des § 323 Abs. 5 Satz 2 BGB überschritten. Der von den Klägern mit Schreiben vom 14. Juli 2008 erklärte Rücktritt vom Vertrag ist jedoch unwirksam,

weil die Kläger den Anhänger nicht zur Vornahme der Nacherfüllung (§ 439 BGB) an den Firmensitz der Beklagten verbracht haben.

II. Kl. trifft Mitwirkungsobliegenheit bei der Nacherfüllung

[13] Das Recht des Käufers, wegen Mängeln der Kaufsache nach § 437 Nr. 2, §§ 440, 323 BGB vom Vertrag zurückzutreten, setzt nach dem in § 323 Abs. 1 BGB zum Ausdruck kommenden Vorrang der Nacherfüllung grundsätzlich voraus, dass der Käufer dem Verkäufer zuvor eine angemessene Frist zur Nacherfüllung nach § 439 BGB gesetzt hat (Senatsurteil vom 10. März 2010 - VIII ZR 310/08, NJW 2010, 1448 Rn. 10 mwN). Dabei kann der Käufer gemäß § 439 Abs. 1 BGB nach seiner Wahl Nacherfüllung durch Beseitigung des Mangels oder durch Lieferung einer mangelfreien Sache verlangen. Zwar haben die Kläger der Beklagten eine Frist zur Beseitigung der gerügten Mängel gesetzt. Sie sind hiermit jedoch ihrer Obliegenheit, der Beklagten Gelegenheit zur Nacherfüllung zu geben (vgl. dazu Senatsurteil vom 10. März 2010 - VIII ZR 310/08, aaO Rn. 12 mwN), nicht in gehöriger Weise nachgekommen, da sie den Faltanhänger für die Mängelbeseitigung nicht zum Sitz der Beklagten verbracht, sondern die Beklagten zur Abholung des Anhängers in Frankreich aufgefordert haben.

1. Nacherfüllung muss am Erfüllungsort erbracht werden

[14] Die Verpflichtung des Verkäufers zur Nacherfüllung ist auf die Vornahme der hierzu erforderlichen Handlungen am Erfüllungsort begrenzt. Erfüllungsort der Nacherfüllung war vorliegend - wie das Berufungsgericht im Ergebnis zutreffend angenommen hat - der Firmensitz der Beklagten in P. Die Beklagte war also nicht verpflichtet, den Faltanhänger bei den Klägern in Frankreich abzuholen.

2. Streitstand

[15] Die Frage, an welchem Ort seit dem Inkrafttreten des Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26. November 2001 (BGBl. I S. 3138) am 1. Januar 2002 im Kaufrecht der Verkäufer die von ihm geschuldete Nacherfüllung zu erbringen hat, ist höchstrichterlich bislang nicht geklärt. In der Instanzrechtsprechung und im Schrifttum werden hierzu unterschiedliche Ansichten vertreten.

a) Eine Ansicht: Belegenheitsort der Sache

[16] Vielfach wird der Erfüllungsort für die Nacherfüllung nach § 439 BGB mit dem bestimmungsgemäßen aktuellen Belegenheitsort der Sache gleichgesetzt (OLG München [15. Zivilsenat], NJW 2006, 449, 450; OLG Celle, Urteil vom 10. Dezember 2009 - 11 U 32/09, juris Rn. 25 ff.; AG Menden, NJW 2004, 2171 f.; AnwK/Büdenbender, BGB, 2005, § 439 Rn. 25; Bamberger/Roth/Faust, BGB, 2. Aufl., § 439 Rn. 13; Erman/Grunewald, BGB, 12. Aufl., § 439 Rn. 5; HK-BGB/Saenger, 6. Aufl., § 439 Rn. 3; MünchKommBGB/Westermann, 5. Aufl., § 439 Rn. 7; Staudinger/Matusche-Beckmann, BGB, Neubearb. 2004, § 439 Rn. 9; Schmidt in Prütting/Wegen/Weinreich, BGB, 5. Aufl., § 439 Rn. 20; jurisPK-BGB/Pammler, 5. Aufl., § 439 Rn. 41; Huber, NJW 2002, 1004, 1006; Reineke/Tiedke, Kaufrecht, 8. Aufl., Rn. 417; Thürmann, NJW 2006, 3457, 3458; Terrahe, VersR 2004, 680, 681; Tiedke/Schmitt, DStR 2004, 2016, 2017 f.; Witt, ZGS 2008, 369, 370, 372; Zwarg, Der Nacherfüllungsanspruch im BGB aus der Sicht eines verständigen Käufers, 2010, S. 102 f.; im Grundsatz auch Palandt/Grüneberg, BGB, 70. Aufl. § 269 Rn. 15). Vereinzelt wird erwogen, auf den Belegenheitsort der Sache nur im Anwendungsbereich der Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Mai 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter (Verbrauchsgüterkaufrichtlinie, ABl. EG Nr. L S. 12) abzustellen (Huber/Faust, Schuldrechtsmodernisierung, 2002, § 13 Rn. 26 ff.; vgl. auch Schrewe, Der Abhilfeanspruch des Käufers, 2010, S. 213 f.).

b) Andere Ansicht: Erfüllungsort der Primärleistungspflicht

[17] Nach der Gegenansicht ist der ursprüngliche Erfüllungsort der Primärleistungspflicht auch für den Nachbesserungsanspruch aus § 439 Abs. 1 BGB als Erfüllungsort maßgebend (OLG München [20. Zivilsenat], NJW 2007, 3214 f.; Jauernig/Berger, BGB, 13. Aufl., § 439 Rn. 11; MünchKommBGB/ Krüger, aaO, § 269 Rn. 37; Lorenz, NJW 2009, 1633, 1635; Muthorst, ZGS 2007, 370 ff.; Reinking, NJW 2008, 3608 ff.; Skamel, ZGS 2006, 227 ff.; Unberath/Cziupka, JZ 2008, 867 ff.; Haas in Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wendtland, Das neue Schuldrecht, 2002, Kap. 5 Rn. 154; Kandler, Kauf und Nacherfüllung, 2004, S. 442 ff.; Leible in Gebauer/Wiedmann, Zivilrecht unter europäischem Einfluss, 2010, Kap. 10 Rn. 90; Oechsler, Vertragliche Schuldverhältnisse, 2007, § 2 Rn. 139; Reinking/Eggert, Der Autokauf, 10. Aufl., Rn. 353 ff.; Schürholz, Die Nacherfüllung im neuen Kaufrecht, 2005, S. 54 ff.). Dabei werden teilweise für nicht oder nur schwer zu transportierende Gegenstände Ausnahmen zugelassen (Reinking, aaO, S. 3611; Kandler, aaO, S. 444; vgl. auch MünchKommBGB/Krüger, aaO).

c) Differenzierende Ansichten

[18] Teilweise wird auch eine differenzierende Be-

trachtungsweise gefordert, die die Beurteilung des Erfüllungsorts maßgebend von den jeweiligen Umständen des Einzelfalls (so Palandt/Grüneberg, aaO), insbesondere von der Interessenlage und der Verkehrsanschauung (Pils, JuS 2008, 767, 769 f.), abhängig macht. Hierbei sollen vor allem die Art der Sache, insbesondere deren Transportfähigkeit und Transportüblichkeit sowie die Verhältnismäßigkeit der Transportkosten (Pils, aaO), oder etwa der Umfang der Instandsetzungsmaßnahmen (Palandt/Grüneberg, aaO) ausschlaggebend sein.

[19] Eine weitere speziell für den Bereich des Autokaufs vertretene Auffassung sieht in Anwendung der in § 269 Abs. 1 BGB genannten Kriterien bei einem Nachbesserungsverlangen wegen der dabei voraussichtlich erforderlichen Diagnose- und Instandsetzungsmaßnahmen regelmäßig den Betriebssitz des Händlers als Erfüllungsort an (OLG Köln, Schaden-Praxis 2007, 302 f.; OLG München [20. Zivilsenat], NJW 2007, 3214, 3215; Palandt/Weidenkaff, aaO, § 439 Rn. 3a; Ball, NZV 2004, 217, 220 f.; Reinking/Eggert, aaO Rn. 358; Reinking, ZfS 2003, 57, 60; Skamel, ZGS 2006, 227, 228). Bei der Ersatzlieferung liege der Erfüllungsort, wenn sich den Umständen nichts anderes entnehmen lasse, ebenfalls am (Betriebs-)Sitz des Verkäufers; insoweit gelte die Auffangregelung des § 269 Abs. 1 BGB, wonach im Zweifel der Sitz des Schuldners maßgebend sei (Ball, aaO; iE auch Reinking, ZfS 2003, 57, 60).

d) Entscheidung des Senats: Anwendung von § 269 BGB auch im Bereich der Nacherfüllung

[20] Der Senat hat die Frage des Erfüllungsorts der Nacherfüllung im neuen Kaufrecht bislang offen lassen können (Senatsurteil vom 15. Juli 2008 - VIII ZR 211/07, BGHZ 177, 224 Rn. 27). Er entscheidet sie nunmehr dahin, dass der Erfüllungsort für die Nacherfüllung nach der allgemeinen Vorschrift des § 269 BGB zu bestimmen ist.

aa) Keine vorrangige kaufrechtliche Regelung des Erfüllungsortes der Nacherfüllung

[21] § 269 BGB als Bestimmung des allgemeinen Schuldrechts ist anwendbar, weil das Kaufrecht des BGB keine spezielle Regelung zum Erfüllungsort der Nacherfüllung enthält. Eine solche lässt sich auch nicht aus der Entstehungsgeschichte oder der Systematik der aktuellen Gesetzesfassung ableiten.

(1) „Lieferung“ (§ 439 I BGB)

[22] Die in § 439 Abs. 1 BGB verwendete Formulierung, wonach der Käufer im Rahmen der Nacherfüllung die "Lieferung" einer mangelfreien Sache verlangen kann, lässt nicht den Schluss zu, der Gesetzgeber habe hierdurch zum Ausdruck bringen wollen, dass die Nacherfüllung stets eine Bringschuld sei, deren Erfüllungsort beim Käufer liege (so aber Staudinger/Matusche-Beckmann, aaO). Zwar weicht der Wortlaut des § 439 Abs. 1 BGB insoweit von der Terminologie des § 433 Abs. 1 BGB ab, welcher den Verkäufer verpflichtet, dem Käufer die Sache zu "übergeben" und das Eigentum an der Sache zu "verschaffen". Dieser begrifflichen Unterscheidung kommt jedoch schon deswegen keine signifikante Aussagekraft zu, weil der Gesetzgeber bei der Novellierung des Kaufrechts auch im Zusammenhang mit dem ursprünglichen Erfüllungsanspruch des Käufers aus § 433 Abs. 1 BGB die Formulierung "Lieferung" gebraucht (BT-Drucks. 14/6040, S. 231; vgl. dazu Muthorst, aaO S. 371) und damit zu erkennen gegeben hat, dass er diesem Begriff keine über die Verschaffung der Sache hinausgehende Bedeutung zugemessen hat. Zudem sagt die Formulierung "Lieferung" ohnehin nichts darüber aus, an welchem Ort die Lieferverpflichtung zu erfüllen ist (Reinking, NJW 2008, 3608, 3609).

(2) Transportkostenregelung in § 439 II BGB

[23] Auch aus der Bestimmung des § 439 Abs. 2 BGB, nach der der Verkäufer die zum Zwecke der Nacherfüllung erforderlichen Aufwendungen, insbesondere Transport-, Wege-, Arbeits- und Materialkosten, zu tragen hat, lässt sich keine Regelung über den Erfüllungsort bei der Nacherfüllung ableiten. Die Kostenregelung des § 439 Abs. 2 BGB beruht ausweislich der Begründung des Gesetzentwurfs zur Modernisierung des Schuldrechts auf Art. 3 Abs. 4 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie, nach dem die Nacherfüllung für den Verbraucher unentgeltlich, insbesondere ohne Versand-, Arbeits- und Materialkosten durchzuführen ist (BT-Drucks. 14/6040, S. 231). Dafür, dass der Gesetzgeber über die Umsetzung der Richtlinie hinaus eine eigenständige Regelung des Erfüllungsorts für Nacherfüllungsansprüche treffen wollte, bestehen keine tragfähigen Anhaltspunkte (vgl. OLG München, NJW 2007, 3214, 3215; Reinking, NJW 2008, 3608, 3609; Haas, aaO). Entgegen einzelnen Stimmen im Schrifttum und in der Instanzrechtsprechung kann die Kostentragungsregelung des § 439 Abs. 2 BGB auch nicht als Auslegungshilfe für die Bestimmung des bei der Nacherfüllung maßgeblichen Erfüllungsorts herangezogen werden.

(3) Vergleich mit dem Erfüllungsort des Rückgewähranspruchs (§ 346 BGB)

[28] Schließlich lassen sich die zum Erfüllungsort der Rückgewähransprüche nach erfolgtem Rücktritt gemäß § 437 Nr. 2, §§ 440, 346 BGB, der vielfach an dem Ort angesiedelt wird, an dem sich die Sache vertragsgemäß befindet (vgl. Palandt/Grüneberg, aaO, § 269 Rn. 16; MünchKommBGB/Krüger, aaO, § 269

Rn. 41; zum alten Schuldrecht auch Senatsurteil vom 9. März 1983 - VIII ZR 11/82, BGHZ 87, 104, 109), entwickelten Grundsätze nicht auf die Nacherfüllung nach § 439 BGB übertragen (aA wohl Thürmann, aaO). Das Rücktrittsrecht und das Nacherfüllungsrecht sind in ihrem dogmatischen Ausgangspunkt und ihren Rechtsfolgen so verschieden, dass es an einer Vergleichbarkeit der beiden Rechte fehlt. Während Nachbesserung und Ersatzlieferung der Herbeiführung des Leistungserfolgs im Rahmen des fortbestehenden Vertrags dienen, geht es beim Rücktritt um die Rückabwicklung des Vertrags (vgl. etwa Reinking, NJW 2008, 3606, 3609; Skamel, ZGS 2006, 227, 229 f.). Dasselbe gilt für die Regelung des § 357 Abs. 2 BGB, die für den Widerruf ausdrücklich eine Rücksendepflicht des Verbrauchers statuiert. Das Widerrufsrecht nach § 355 BGB ist ein besonders ausgestaltetes Rücktrittsrecht (vgl. Senatsurteil vom 17. März 2004 - VIII ZR 265/03, BB 2004, 1246 unter II 2 b mwN). Auch hier gilt daher, dass sich der Vertrag im Falle der Ausübung eines Widerrufsrechts in ein Rückabwicklungsverhältnis umwandelt (Senatsurteil vom 17. März 2004 - VIII ZR 265/03, aaO), weswegen keine Vergleichbarkeit mit der Nacherfüllung nach § 439 Abs. 1 BGB besteht (Reinking, NJW 2008, 3608, 3609).

bb) Folge: Anwendung des § 269 I BGB

[29] Da die Frage des Erfüllungsorts bei der Nacherfüllung im Kaufrecht keine eigenständige Regelung erfahren hat, ist für dessen Bestimmung die allgemeine Vorschrift des § 269 Abs. 1 BGB maßgebend (OLG Köln, aaO; Ball, aaO; Haas, aaO; vgl. im Ansatz auch OLG München, NJW 2006, 449, 450; AnwK/Büdenbender, aaO; Erman/Grunewald, aaO; Unberath/Cziupka, aaO S. 872; Skamel, DAR 2004, 565, 568; für das Werkvertragsrecht vgl. BGH, Urteil vom 8. Januar 2008 - X ZR 97/95, NJW-RR 2008, 724 Rn. 11). Danach sind in erster Linie die von den Parteien getroffenen Vereinbarungen entscheidend. Fehlen - wie hier - vertragliche Abreden über den Erfüllungsort, ist auf die jeweiligen Umstände, insbesondere auf die Natur des Schuldverhältnisses abzustellen. Lassen sich auch hieraus keine abschließenden Erkenntnisse gewinnen, ist der Erfüllungsort letztlich an dem Ort anzusiedeln, an welchem der Schuldner zur Zeit der Entstehung des Schuldverhältnisses seinen Wohnsitz beziehungsweise seine gewerbliche Niederlassung (§ 269 Abs. 2 BGB) hatte.

[30] Zu den beim Fehlen vertraglicher Vereinbarungen maßgebenden Umständen zählen anerkanntermaßen die Ortsgebundenheit und Art der vorzunehmenden Leistung (Jauernig/Stadler, aaO, § 269 Rn. 8; MünchKommBGB/Krüger, aaO, § 269 Rn. 18; jurisPK-BGB/Kerwer, aaO, § 269 Rn. 16; BeckOK BGB/Unberath, 18. Edition, Stand 1. Februar 2009, § 269 Rn. 13; vgl. hierzu auch BGH, Urteil vom 22. Oktober 1987 - I ZR 224/85, NJW 1988, 966 zum Erfüllungsort eines Anspruchs auf Erteilung eines Buchauszugs), die Verkehrssitte, örtliche Gepflogenheiten und eventuelle Handelsbräuche (Erman/Ebert, aaO, § 269 Rn. 12; Palandt/Grüneberg, aaO Rn. 12; Staudinger/Bittner, BGB, Neubearb. 2009, § 269 Rn. 18).

[31] Diese Maßstäbe finden auch beim Nacherfüllungsanspruch Anwendung. Sein Erfüllungsort entzieht sich einer allgemeinen Festlegung. Insbesondere kann nicht mit dem Argument, er sei im Hinblick auf die dogmatische Verwandtschaft von Erfüllungs- und Nacherfüllungsanspruch (§ 433 Abs. 1 Satz 1, § 439 BGB) stets mit dem Erfüllungsort des Anspruchs aus § 433 Abs. 1 Satz 1 BGB identisch, auf eine an den jeweiligen Umständen ausgerichtete Prüfung verzichtet werden. Umgekehrt kann der Erfüllungsort der Nacherfüllung beim Kauf - anders als der Bundesgerichtshof dies für das Werkvertragsrecht entschieden hat (BGH, Urteil vom 8. Januar 2008 - X ZR 97/05, aaO Rn. 13) - nicht generell mit dem Belegenheitsort der beweglichen Sache gleichgesetzt werden. Entgegen einer teilweise vertretenen Auffassung (OLG München, NJW 2006, 449, 450; vgl. auch OLG Celle, aaO Rn. 27 für den Fahrzeugkauf) ist für die Ermittlung des Erfüllungsorts nicht allein der Umstand entscheidend, dass die Kaufsache nach Abschluss des Kaufvertrags dem Käufer übergeben wurde und sich daher - für beide Vertragsparteien vorhersehbar - bestimmungsgemäß nicht mehr beim Verkäufer befindet. Eine solche Anknüpfung ist schon deswegen nicht tragfähig, weil damit nur ein einzelner Gesichtspunkt und nicht - wie von § 269 Abs. 1 BGB gefordert - alle prägenden Umstände des betroffenen Schuldverhältnisses als Beurteilungsgrundlage herangezogen werden.

cc) Kein Verstoß gegen Art. 3 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie, „ohne erhebliche Unannehmlichkeiten“

[35] Die Bestimmung des Erfüllungsorts nach § 269 Abs. 1 BGB unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls steht auch mit Art. 3 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie in Einklang. Die Richtlinie erfordert es nicht, als Erfüllungsort der Nacherfüllung stets den Belegenheitsort der Sache anzusehen. Die nach der Richtlinie eröffneten Wertungsspielräume werden im Rahmen der nach § 269 Abs. 1 BGB zu berücksichtigenden Umstände bei richtlinienkonformer Auslegung gewahrt und sachgerecht ausgeschöpft.

[38]Die weitere Vorgabe der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie, dass die Nacherfüllung ohne erhebliche Unannehmlichkeiten für den Verbraucher erfolgen muss, eröffnet gewisse Wertungsspielräume, die auch bei der Bestimmung des Erfüllungsorts zu beachten

sind.

(1) Begriff der „erheblichen Unannehmlichkeiten“

[39] Der europäische Gesetzgeber hat den Begriff "erhebliche Unannehmlichkeiten der Nacherfüllung" nicht definiert. (...) Er soll sowohl praktische Hindernisse bei der Durchführung der Nacherfüllung als auch Unannehmlichkeiten im Allgemeinen erfassen (Slg. 2008, I-2685 Rn. 47).

[41] Es ist (...) auf den allgemeinen Sprachgebrauch zurückzugreifen. (...)

[42] Erhebliche Unannehmlichkeiten können sich damit auch daraus ergeben, dass der Verbraucher die Sache zur Vornahme der Nacherfüllung zum Verkäufer bringen oder an diesen versenden muss. Zwar hat die Kosten eines solchen Transports oder Versands der Verkäufer zu tragen. Der Käufer muss jedoch in gewissem Umfang Zeit und Mühe aufwenden, um Verpackung und Transport vorzunehmen oder zu organisieren. Diese Leistungen können nicht von vornherein und in allen Fällen als lediglich unerhebliche Unannehmlichkeiten qualifiziert werden (Erman/Grunewald, aaO; Staudinger/Matusche-Beckmann, aaO; MünchKommBGB/Westermann, aaO; aA Ball, aaO S. 221; Skamel, ZGS 2006, 227, 229; Muthorst, aaO S. 373; Reinking, NJW 2008, 3608, 3610). Denn abhängig von der Art der Kaufsache, dem Ort, an dem sie sich - ihrem Zweck entsprechend - befindet, und der vom Käufer gewählten Form der Nacherfüllung können hiermit durchaus erhebliche Mühen für den Käufer verbunden sein.

(2) Keine Freistellung des Käufers von sämtlichen Unannehmlichkeiten

[43] Allerdings erfordert die Richtlinie nicht, den Verbraucher vor sämtlichen Unannehmlichkeiten zu schützen, was sich eindeutig aus dem Zusatz "erheblich" ergibt (in der englischen Fassung "significant"; in der französischen Fassung "majeur"). Ein gewisses Maß an Unannehmlichkeiten ist dem Verbraucher mithin zumutbar.

[44] Der Aufwand des Käufers für die Durchführung oder die Organisation des Rücktransports einer gekauften Sache an den Sitz des Verkäufers zum Zwecke der Nacherfüllung überschreitet nicht zwingend die Erheblichkeitsschwelle.

3. Subsumtion

[53] Ausgehend von den dargestellten Grundsätzen ist die Rechtsansicht des Berufungsgerichts, der Erfüllungsort des vorliegend geltend gemachten Nachbesserungsanspruchs befinde sich am Sitz der Beklagten in P., im Ergebnis zutreffend.

[55] (...) Das Nacherfüllungsverlangen der Kläger betrifft Mängel eines Camping-Faltanhängers, deren Beseitigung - ähnlich wie die Vornahme von Reparaturen bei Kraftfahrzeugen - den Einsatz von geschultem Personal und Werkstatttechnik erfordert. Dies macht grundsätzlich die Verbringung des Anhängers in eine mit geeigneten Vorrichtungen ausgestattete Werkstatt des Verkäufers notwendig. Dass vorliegend eine Mängelbehebung auch vor Ort möglich gewesen wäre, ist nicht ersichtlich. Für die Kläger stellt es auch keine erhebliche Unannehmlichkeit dar, den Anhänger an den Firmensitz der Beklagten zu verbringen. Der Sitz der Beklagten liegt nicht so weit vom Wohnort der Kläger entfernt, dass ein Transport des Anhängers zwischen diesen beiden Orten (oder wenigstens dessen Organisation) den Klägern nicht zuzumuten wäre. Auch beim Kauf des Anhängers hatten sie sich ursprünglich für eine Selbstabholung entschieden. Nach den Umständen ist die von den Klägern verlangte Nacherfüllung daher am Sitz der Beklagten zu erfüllen, so dass die Kläger den Anhänger zum Zwecke der Nacherfüllung dorthin hätten verbringen müssen.

Standort: Schuldrecht — Problem: Rechtsverfolgungskosten

BGH, URTEIL VOM 04.05.2011
VIII ZR 171/10 (BECKRS 2011, 14956)

Problemdarstellung:

Der Bekl. tankte bei der Kl., die eine Selbstbedienungstankstelle betreibt, Dieselkraftstoff für 10,01 €. An der Kasse zahlte er für einen Schokoriegel und zwei Vignetten, erwähnte den Tankvorgang jedoch nicht. Als die Kl. feststellte, dass Kraftstoff

nicht bezahlt worden war, schaltete sie zur Ermittlung der Identität des Bekl. ein Detektivbüro ein. Hierfür sind ihr Kosten in Höhe von 137 € entstanden, die sie vom Bekl. ersetzt verlangt.

Prüfungsrelevanz:

Die hier verlangten Detektivkosten rechnen im weiteren Sinne zu den Kosten der Rechtsverfolgung (vgl. MünchKommBGB/Oekter, § 249 Rn. 179). Sie sind als Schaden gem. §§ 249 ff. BGB ersatzfähig, soweit sie notwendig waren und vom Geschädigten für sachdienlich gehalten werden durften (BeckOK/Unberath, § 286 BGB Rn. 72). Streng genommen handelt es sich dabei um Aufwendungen, da die Vermögenseinbuße letztendlich auf einem Willensentschluss des Geschädigten beruht. Bei wertender Betrachtung ist aber zu erkennen, dass derartige Vermögenseinbußen ganz überwiegend auf das Verhalten des Schädigers zurückzuführen sind. Der Geschädigte darf sich daher regelmäßig zur Inanspruchnahme professioneller Rechtsverfolgung „herausgefordert" fühlen, tut dies im Ergebnis also unfreiwillig. Insofern kommt auch eine Geltendmachung der Rechtsverfolgungskosten als Schaden i.S.d. §§ 249 ff. BGB in Betracht.

Eine solche „Herausforderung" erkennt die Rechtsprechung insbesondere an, wenn die Verzugsschwelle überschritten ist. Daher ist die richtige Anspruchsgrundlage regelmäßig in §§ 280 I, II; 286 BGB zu finden.

Auch vorliegend kam ein solcher Anspruch zugunsten der Kl. in Betracht. Das hierfür erforderliche Schuldverhältnis konnte vom Senat bejaht werden: Bereits mit dem Einfüllen des Kraftstoffs in den Tank des Pkw kommt ein Kaufvertrag zustande. Denn hierdurch nimmt der Kunde das Angebot des Tankstellenbetreibers jedenfalls konkludent an. Auf den Zugang der Annahmeerklärung ist gem. § 151 BGB zu verzichten. Für diese Wertung spricht insgesamt, dass schon durch das Einfüllen des Kraftstoffs in den Tank ein kaum umkehrbarer Zustand geschaffen wird, durch den Betreiber zumal seine Pflicht aus § 433 I 1, 2 BGB erfüllt (so insgesamt schon OLG Köln, NJW 2002, 1059; OLG Hamm, NStZ 1983, 266 [267]; OLG Düsseldorf, NStZ 1982, 249; MünchKommBGB/Kramer, § 145 Rn. 13)

Mangels entgegenstehender Abreden wird der Kaufpreis sofort fällig (§ 271 BGB).

Jedoch war – da eine Mahnung offenkundig nicht erfolgte – fraglich, ob der Bekl. bereits in Verzug geraten war. Der Senat spricht sich dafür aus, bei Tankvorgängen an Selbstbedienungstankstellen auf das Erfordernis einer Mahnung zu verzichten (§ 286 II Nr. 4 BGB). Es handele sich um ein anonymes Massengeschäft, bei dem der Betreiber den nicht bezahlenden Kunden nur mit erheblichen Mühen ausfindig machen kann. Eine gesonderte Zahlungsaufforderung sei angesichts dieser Situation nicht zu verlangen.

Schließlich waren auch die Detektivkosten ersatzfähig, da sie geeignet und zweckmäßig waren um den Bekl. zu ermitteln. Die Kosten (137 €) übersteigen auch nicht den Rahmen der Erforderlichkeit (vgl. § 249 II 1 BGB), da es nicht darauf ankommt, ob sie mit dem Kaufpreis (10 €) in einem ausgewogenen Verhältnis stehen. Vielmehr ist zu fragen, ob sie sich im Rahmen dessen halten, was ein verständiger Mensch in gleicher Lage aufgewandt hätte. Dies war hier zu bejahen.

Eine insgesamt interessante und lebensnahe Entscheidung, deren Umsetzung als Examensklausur zu erwarten ist.

Vertiefungshinweise:

❑ Zum Vertragsschluss beim Tankvorgang: *OLG Köln*, NJW 2002, 1059; *OLG Hamm*, NStZ 1983, 266; *OLG Düsseldorf*, NStZ 1982, 249

❑ Zum Schuldnerverzug: *Linhart*, JuS 2007, 734 (Klausur); *Derleder/Hoolmans*, NJW 2004, 2787; *Wirth*, JuS 2002, 764 (Verhältnis von Annahmeverzug und Schuldnerverzug)

❑ Schadensersatz für Rechtsverfolgungskosten: *BGH*, NJW 2006, 1065 und NJW-Spezial 2006, 160; *OLG Düsseldorf*, NJW-RR 2003, 566; *Schmitt*, r + s 2011, 148 (Kosten für die Einholung der Deckungszusage durch Rechtsanwalt); *Röhl*, MDR 2008, 664 (Kosten eines Inkassobüros); *Hildenbrand*, NJW 1995, 1994

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs:* "Der nostalgische Ofen"

Leitsätze:

1. Ein Kunde, der an einer Selbstbedienungstankstelle Kraftstoff in seinen Tank füllt, schließt bereits zu diesem Zeitpunkt mit dem Tankstellenbetreiber beziehungsweise unter dessen Vermittlung mit dem Mineralölunternehmen einen Kaufvertrag über die entnommene Menge Kraftstoff.

2. Entrichtet der Kunde einer Selbstbedienungstankstelle den Kaufpreis für den getankten Kraftstoff nicht, so gerät er mit dem Verlassen des Tankstellengeländes in Verzug, ohne dass es hierzu einer Mahnung bedarf.

Sachverhalt:

Die Klägerin, Betreiberin einer Selbstbedienungstankstelle, nimmt den Beklagten auf Erstattung von Kosten in Anspruch, die sie aufgewendet hat, um nach einem

unbezahlten Tankvorgang die Identität des Beklagten zu ermitteln.
Der Beklagte tankte am 7. März 2008 an der von der Klägerin betriebenen Selbstbedienungstankstelle Dieselkraftstoff zum Preis von 10,01 €. Den Kraftstoff verkauft die Klägerin in Kommission für die O. Deutschland GmbH. Der Beklagte bezahlte an der Kasse lediglich einen Schokoriegel und zwei Vignetten zu einem Gesamtpreis von 25,30 €.
Die Klägerin schaltete, nachdem sie bemerkt hatte, dass der Kraftstoff nicht bezahlt worden war, ein Detektivbüro zur Ermittlung des dafür verantwortlichen Tankkunden ein. Hierfür sind ihr Kosten in Höhe von 137 € entstanden. Mit der Beitreibung des Kaufpreises und der Detektivkosten beauftragte sie einen Rechtsanwalt. Dafür sind Rechtsanwaltsgebühren in Höhe von 39 € angefallen. Die Klägerin begehrt die Erstattung dieser Kosten sowie eine Auslagenpauschale von 25 €.
Das Amtsgericht hat die Klage abgewiesen, das Landgericht hat ihr auf die Berufung der Klägerin stattgegeben. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision erstrebt der Beklagte die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils.

Aus den Gründen:
[5] Die Revision hat keinen Erfolg.

A. Ausführungen des Berufungsgerichts
[6] Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung - soweit für das Revisionsverfahren noch von Bedeutung - im Wesentlichen ausgeführt:
[9] (...) [Der] Klägerin [stehe] der geltend gemachte Anspruch (...) aus § 280 Abs. 2, § 286 Abs. 1, 2 Nr. 4 BGB zu. Der Kaufpreis für den Kraftstoff sei nach Beendigung des Tankvorgangs gemäß § 271 Abs. 1 BGB sofort fällig. Gemäß § 286 Abs. 2 Nr. 4 BGB sei eine Mahnung für den Verzugseintritt entbehrlich. Die besonderen Gründe für den sofortigen Verzugseintritt lägen darin, dass bei Selbstbedienungstankstellen dem Gläubiger die Identität des Schuldners regelmäßig unbekannt und auch nicht ohne weiteres zu ermitteln sei. Zudem sei zu berücksichtigen, dass bei Selbstbedienungstankstellen, anders als bei anderen Barverkaufsgeschäften, dem Gläubiger bei Nichtzahlung aufgrund seiner Vorleistung die Ware nicht erhalten bleibe.
[10] Die Detektivkosten seien erforderlich und angesichts des von der Klägerin dargelegten Umfangs der Tätigkeit angemessen. Sie stünden auch nicht außer Verhältnis zur Höhe des ausstehenden Tankbetrages. Abgesehen davon, dass es nicht möglich sei, eine abstrakte Bagatellgrenze festzulegen, bei deren Unterschreitung die Ermittlung und Verfolgung des Tankschuldners unterbleiben müsse, sei der darin liegende Verzicht auf die Eintreibung von Bagatellbeträgen den Tankstellenpächtern nicht zuzumuten. Für ein Mitverschulden der Klägerin, welches darin liegen könne, dass deren Angestellte es unterlassen habe, den Beklagten nach einem etwaigen Tankvorgang zu befragen, fehle es an einem Beweisangebot des Beklagten.

B. Entscheidung des BGH
[11] Diese Beurteilung hält rechtlicher Nachprüfung stand. (...)

I. Anspruch aus §§ 280 I, II; 286 BGB
[12] Der Beklagte war mit der Bezahlung des am 7. März 2008 getankten Kraftstoffs in Verzug geraten, als er das Tankstellengelände verließ, ohne den Kraftstoff zu bezahlen.

1. Schuldverhältnis/Vertragsschluss bereits mit Einfüllen des Kraftstoffs in den Tank
[13] Ein Kunde, der an einer Selbstbedienungstankstelle Kraftstoff in seinen Tank füllt, schließt bereits zu diesem Zeitpunkt mit dem Tankstellenbetreiber oder - je nach der Ausgestaltung des Vertragsverhältnisses zwischen Tankstellenbetreiber und Mineralölunternehmen - durch Vermittlung des Tankstellenbetreibers mit dem Mineralölunternehmen einen Kaufvertrag über die entnommene Menge Kraftstoff (OLG Düsseldorf, NStZ 1982, 249; OLG Hamm, NStZ 1983, 266, 267; OLG Koblenz, NStZ-RR 1998, 364; OLG Köln, NJW 2002, 1059 f.; Palandt/Ellenberger, BGB, 70. Aufl., § 145 Rn. 8; Staudinger/Bork, BGB, Neubearb. 2010, § 145 Rn. 8; Soergel/Wolf, BGB, 13. Aufl., § 145 Rn. 8; MünchKommBGB/Kramer, 5. Aufl., § 145 Rn. 13, Fn. 57; Erman/Armbrüster, BGB, 12. Aufl., § 145 Rn. 10; Brox/Walker, Allgemeiner Teil des BGB, 34. Aufl., Rn. 167; Köhler, BGB Allgemeiner Teil, 32. Aufl., § 8 Rn. 12; Herzberg, NJW 1984, 896, 897; ders., NStZ 1983, 251 f.; Borchert/Hellmann, NJW 1983, 2799, 2800 f.).
[14] Entgegen der Ansicht der Revision (ebenso Deutscher, NStZ 1983, 507 f.; vgl. auch Gauf, NStZ 1983, 505, 507) findet der Kaufvertragsschluss in diesem Fall nicht erst an der Kasse statt. Die insoweit von der Revision aufgezeigte Parallele zum Einkauf in Selbstbedienungsläden (vgl. hierzu Erman/Armbrüster, aaO, § 145 Rn. 10; Staudinger/Bork, aaO Rn. 7 f.; Schulze, AcP 201 (2001), 232, 233 ff. mwN) trägt nicht, denn es besteht in beiden Fällen eine unterschiedliche Interessenlage, die auch zu einer anderen rechtlichen Bewertung führt.
[15] In einem Selbstbedienungsladen kann die vom Kunden aus dem Regal entnommene Ware problemlos wieder zurückgelegt und anschließend an einen anderen Kunden verkauft werden. Nach der Verkehrsanschauung führt deshalb allein die Entnahme der Ware aus dem Regal noch nicht zu den Bindungswirkungen eines Kaufvertrages.

[16] An der Selbstbedienungstankstelle wird durch das Einfüllen des Kraftstoffs in den Tank hingegen ein praktisch unumkehrbarer Zustand geschaffen, so dass es dem Interesse beider Parteien entspricht, dass bereits zu diesem Zeitpunkt ein Kaufvertrag zustande kommt. Der Tankstellenbetreiber hat bei Abschluss des Tankvorgangs durch das Überlassen des Kraftstoffs bereits die Hauptpflicht des Verkäufers jedenfalls zur Besitzverschaffung (§ 433 Abs. 1 Satz 1 BGB) erfüllt und wird hierzu ohne eine vertragliche Bindung regelmäßig nicht bereit sein. Ebenso hat aber auch der redliche Kunde ein Interesse daran, den Kraftstoff aufgrund eines - mit dem Einfüllen des Kraftstoffs in den Tank - geschlossenen Vertrages zu erlangen und ihn behalten zu dürfen, ohne dass dies davon abhängt, ob der Tankstellenbetreiber anschließend bereit ist, mit ihm einen Kaufvertrag abzuschließen (vgl. dazu Herzberg, aaO). Aus der Sicht eines objektiven Betrachters in der Lage des jeweiligen Erklärungsgegners ist damit zum Zeitpunkt der Entnahme des Kraftstoffs durch den Kunden ein Kaufvertrag zu Stande gekommen, ohne dass es hierzu weiterer Willenserklärungen - etwa an der Kasse - bedarf.

2. Verzug gem. § 286 BGB

a) Fälliger, durchsetzbarer Anspruch

[17] Mit Abschluss des Kaufvertrages durch den Tankvorgang war der Kaufpreis fällig (§ 271 Abs. 1 BGB).

b) Entbehrlichkeit der Mahnung gem. § 286 II Nr. 4 BGB

[18] Zutreffend ist auch die Beurteilung des Berufungsgerichts, dass der Beklagte zur Zeit der Beauftragung des Detektivbüros mit der Kaufpreiszahlung bereits in Verzug geraten war. Einer Mahnung bedurfte es hierzu entgegen der Auffassung der Revision nicht (§ 286 Abs. 1, 2 Nr. 4 BGB).

aa) Zweck der Mahnung

[19] Die Mahnung hat das Ziel, den Schuldner aufzufordern, die geschuldete Leistung zu erbringen (Palandt/Grüneberg, aaO, § 286 Rn. 16). Sie ist gemäß § 286 Abs. 2 Nr. 4 BGB entbehrlich, wenn aus besonderen Gründen unter Abwägung der beiderseitigen Interessen der sofortige Verzugseintritt gerechtfertigt ist. Der Gesetzgeber wollte mit dieser Vorschrift unter anderem Fälle erfassen, in denen ein die Mahnung verhinderndes Verhalten des Schuldners vorliegt (BT-Drucks. 14/6040, S. 146). Um einen derartigen Fall handelt es sich hier.

bb) Mahnung vorliegend entbehrlich

[20] Beim Tanken an einer Selbstbedienungstankstelle handelt es sich um ein anonymes Massengeschäft. Deshalb ist dem Tankstellenbetreiber eine Mahnung des Kunden, sobald dieser das Tankstellengelände verlassen hat, ohne erheblichen Aufwand nicht mehr möglich, da die Personalien des Kunden und dessen Anschrift dem Tankstellenbetreiber in aller Regel unbekannt sind. Damit ist auf Seiten des Tankstellenbetreibers ein gewichtiges Interesse gegeben, dass der Verzug ohne Mahnung eintritt (ebenso LG München II, Urteil vom 14. November 2006 - 2 S 3176/06, ADAJUR 88081; AG Dachau, Urteil vom 18. März 2010 - 2 C 93/09, ADAJUR 88609; AG Augsburg, Urteil vom 15. Januar 2010 - 14 C 3145/09, ADAJUR 88642; AG Starnberg, Urteil vom 16. März 2009 - 6 C 116/09, ADAJUR 88626; AG Fürstenfeldbruck, Urteil vom 4. Mai 2007 - 4 C 378/07, ADAJUR 88610; AG Landsberg am Lech, Urteil vom 30. November 2006 - 1 C 821/06, ADAJUR 88588). Dem steht auf Seiten des Schuldners, der durch das Wegfahren diese Situation herbeigeführt hat, kein schutzwürdiges Interesse entgegen. Es ist für den Kunden vielmehr offensichtlich, dass er unverzüglich nach dem Tanken den Kaufpreis zu entrichten hat. Denn durch die Entnahme des Kraftstoffs hat er, ohne sich seinem Vertragspartner vorzustellen, mit diesem einen Kaufvertrag geschlossen und die danach vom Verkäufer geschuldete Leistung zumindest zu einem wesentlichen Teil bereits erhalten. Zu einer derartigen Vorleistung ist der Verkäufer, was dem redlichen Kunden auch erkennbar ist, nur bereit, wenn der Kunde unverzüglich den Kaufpreis entrichtet. Eine gesonderte Zahlungsaufforderung ist in dieser Situation weder erforderlich noch üblich.

[21] Mit dieser typischerweise gegebenen und den Beteiligten bewussten Interessenlage ist die Auffassung der Revision nicht zu vereinbaren, der Kunde einer Selbstbedienungstankstelle müsse nur auf Nachfragen an der Kasse sein Tanken offenbaren. Ob die Klägerin, wie die Revision meint, bereits zuvor Anlass oder Gelegenheit zu einer Mahnung hatte, ist ebenfalls unerheblich. Denn jedenfalls nachdem der Beklagte, ohne zu bezahlen, die Tankstelle verlassen hatte, war der Klägerin eine Mahnung ohne erheblichen Aufwand nicht mehr möglich, so dass der Beklagte sich, ohne dass es einer Mahnung bedurfte, in Verzug befand (§ 286 Abs. 1, 2 Nr. 4 BGB).

3. Vertretenmüssen gem. § 286 IV BGB

[22] Umstände, welche die Annahme rechtfertigen könnten, dass die Leistung infolge eines Umstands unterblieben ist, den der Beklagte nicht zu vertreten hat (§ 286 Abs. 4 BGB), liegen nach den rechtsfehlerfreien Ausführungen des Berufungsgerichts nicht vor.

4. Rechtsfolge: Ersatz der Rechtsverfolgungskos-

ten

[23] Als Folge des Verzuges kann die Klägerin den Ersatz ihrer Rechtsverfolgungskosten verlangen (§ 280 Abs. 1, 2, § 286 BGB). Der geltend gemachte Schadensersatzanspruch besteht entgegen der Auffassung der Revision in voller Höhe.

[24] Der Geschädigte kann im Wege des Schadensersatzes solche Aufwendungen ersetzt verlangen, die zur Wahrung und Durchsetzung seiner Rechte erforderlich und zweckmäßig waren (Senatsurteile vom 6. Oktober 2010 - VIII ZR 271/09, WuM 2010, 740 Rn. 9; vom 30. April 1986 - VIII ZR 112/85, NJW 1986, 2243 unter B II 2 b; BGH, Urteil vom 8. November 1994 - VI ZR 3/94, BGHZ 127, 348, 350; MünchKommBGB/Oetker, 5. Aufl., § 249 Rn. 175).

[25] Danach hat der Beklagte der Klägerin nicht nur die vorgerichtlichen Anwaltskosten, sondern auch die Detektivkosten zu ersetzen. Die Beauftragung des Detektivbüros war geeignet und zweckmäßig, um die Person des Tankkunden zu ermitteln, der sich von der Tankstelle entfernt hatte, ohne den Kaufpreis für den Kraftstoff zu entrichten. Die Kosten halten sich auch im Rahmen der Angemessenheit.

[26] Entgegen der Ansicht der Revision ist dafür nicht primär auf das Verhältnis der Ermittlungskosten zur Höhe des Kaufpreises abzustellen, sondern darauf, ob die Aufwendungen sich im Rahmen dessen halten, was ein verständiger Mensch in gleicher Lage aufgewandt hätte. Nach den von der Revision nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts war die Einschaltung eines Detektivbüros erforderlich, um die Identität des Beklagten zu ermitteln. Angesichts des festgestellten Umfangs der Ermittlungen, die unter anderem eine mehrstündige Videoauswertung erforderten, kann die Klägerin nicht darauf verwiesen werden, dies mit eigenem Personal zu leisten. Sie konnte sich hierzu vielmehr fremder Hilfe bedienen und auch ein Detektivbüro einschalten (vgl. BGH, Urteil vom 24. April 1990 - VI ZR 110/89, BGHZ 111, 168, 175). Übergangenen Sachvortrag zu einem günstigeren Weg der Ermittlung des Beklagten zeigt die Revision nicht auf. Auf die Alternative, von Ermittlungen wegen des unbezahlt getankten Kraftstoffs abzusehen, muss die Klägerin sich, wie das Berufungsgericht mit Recht angenommen hat, auch in Anbetracht des relativ geringfügigen Betrages von 10,01 € nicht verweisen lassen.

II. Ergebnis

[11] Dem Kläger steht der geltend gemachte Anspruch aus § 280 Abs. 1, 2, § 286 Abs. 1, 2 Nr. 4 BGB zu, so dass offen bleiben kann, ob die Annahme des Berufungsgerichts, der geltend gemachte Anspruch bestehe auch aus § 280 Abs. 1 BGB, zutreffend ist.

Standort: Mietrecht — Problem: Verjährung (§ 548 BGB)

BGH, URTEIL VOM 04.05.2011
VIII ZR 195/10 (BECKRS 2011, 13570)

Problemdarstellung:

Der Kl. war Mieter einer Wohnung der Bekl. in F. Vor der Beendigung des Mietverhältnisses am 31.12.2006 ließ der Kl. gem. § 13 des Formularmietvertrages Schönheitsreparaturen zu Kosten von 2.700 € durchführen. Später erfuhr er, dass die entsprechende Klausel des Mietvertrags unwirksam war, da sie einen starren Fristenplan zur Vornahme der Schönheitsreparaturen vorsah (BGH, NJW 2004, 2586). Mit seiner am 04.01.2011 erhobenen Klage begehrt er die Rückzahlung der für die Reparaturen aufgewandten Kosten. Die Bekl. beruft sich auf Verjährung.

Prüfungsrelevanz:

Das Mietrecht enthält in § 548 BGB für gewisse Ansprüche des Vermieters (insb. wegen Veränderungen, Verschlechterungen der Mietsache) und des Mieters (insb. wegen Aufwendungsersatz) eine kurze Verjährungsfrist von sechs Monaten. Für den Mieter beginnt der Fristlauf mit der Beendigung des Mietverhältnisses (§ 548 II BGB). Unter die Vorschrift fallen gesetzliche Verwendungs- und Aufwendungsersatzansprüche jeder Art, z.B. solche aus § 536 a II oder § 539 BGB, aus Auftrag, Geschäftsführung ohne Auftrag, ungerechtfertigter Bereicherung und Eigentümer-Besitzer-Verhältnis (Blank/Börstinghaus, Miete, § 548 Rn. 24).

In Rechtsprechung und Literatur war seit der Entscheidung des Senats zur Unwirksamkeit formularmäßig vereinbarter Schönheitsreparaturklauseln bei starrem Fristenplan (BGH, NJW 2004, 2586) umstritten, ob unter die Vorschrift auch Ersatzansprüche des Mieters wegen Schönheitsreparaturen fallen, die er in Unkenntnis der Unwirksamkeit einer entsprechenden Klausel vorgenommen hatte. Da der Senat mit seiner o.g. Entscheidung der Vermögensverschiebung aufgrund einer Renovierungsklausel die Rechtsgrundlage entzogen hatte, sind Ersatzansprüche des Mieters im Bereicherungsrecht zu finden. Damit stellt sich die Frage, ob ein bereicherungsrechtlicher Rückforderungsanspruch unter den Begriff der „Aufwendungen" in § 548 II BGB subsumierbar ist.

So war vertreten worden, dass nicht § 548 II BGB, sondern die allgemeine, dreijährige Verjährungsfrist

(§ 195 BGB) Anwendung finden solle. Denn anderenfalls könnten die Ansprüche des Mieters verjähren, bevor dieser von ihnen überhaupt Kenntnis genommen hat (z.B. Palandt/Weidenkaff, § 548 Rn. 10).

Mit Blick auf den Zweck des § 548 BGB hatten Vertreter einer Gegenansicht auch bereicherungsrechtliche Ansprüche des Mieters wegen zu Unrecht vorgenommener Schönheitsreparaturen unter die kurze Verjährung gefasst. Denn auch diesbezüglich sei eine schnelle Klärung der wechselseitigen Ansprüche geboten (z.B. Blank/Börstinghaus, Miete § 548 Rn. 24).

Der Senat folgt der zweitgenannten Ansicht – die Ansprüche des Kl. waren daher im Zeitpunkt der Klageerhebung bereits verjährt. Ohne Rücksicht auf die rechtliche Einordnung sind nach Ansicht des Senats sämtliche Aufwendungsersatzansprüche von § 548 II BGB erfasst. Auf die Kenntnis von der Anspruchsentstehung komme es – anders als bei der regelmäßigen Verjährung (vgl. § 199 BGB) – nicht an, da § 548 II BGB keine Kenntnis des Gläubigers verlange. Die kurze Verjährung finde ihre Rechtfertigung darin, dass nach Beendigung des Mietverhältnisses alsbald Klarheit über ausstehende Ansprüche erreicht werden soll.

Die Entscheidung belegt einmal mehr, dass Examenskandidaten die Rechtsprechung des BGH zum Mietrecht jedenfalls überschlägig im Auge behalten müssen. Hier wäre die Kenntnis von der Unwirksamkeit starrer Fristenpläne in Formularmietverträgen Voraussetzung für eine korrekte Lösung gewesen.

Vertiefungshinweise:

❑ Allgemeines zum Mietrecht: *BGH*, NJW 2011, 843 (Vorbehaltlose Erstattung von Betriebskosten ist kein deklaratorisches Schuldanerkenntnis); *Gietl/Löhning*, JuS 2011, 202 (Grundfälle zum Mietrecht); *Peter*, JuS 2011, 322 (Klage auf zukünftige Leistung von Miete); *Bergmann*, JuS 2010, 234 (Examensklausur im Mietrecht); *Gsell*, NZM 2010, 71 (Schadensersatz und Aufwendungsersatz im Mietrecht)

❑ Aktuelle Rechtsprechungsentwicklung: *Börstinghaus*, NZM 2011, 101

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs:* "Keine Lust auf Schönheitsreparaturen"

Leitsatz:

Ersatzansprüche des Mieters wegen Schönheitsreparaturen, die er während des Mietverhältnisses in der irrigen Annahme einer entsprechenden Verpflichtung ausgeführt hat, verjähren nach § 548 Abs. 2 BGB binnen sechs Monaten ab Beendigung des Mietverhältnisses.

Sachverhalt:

Der Kläger und seine Ehefrau waren vom 1. November 2000 bis zum 31. Dezember 2006 Mieter einer Wohnung der Beklagten in F. Der Mietvertrag enthält in § 13 eine Formularklausel, die den Mietern die Durchführung von Schönheitsreparaturen nach einem starren Fristenplan auferlegt.

Der Kläger und seine Ehefrau ließen die Wohnung vor der Rückgabe am Ende des Mietverhältnisses zu Kosten von 2.687 € renovieren. Später erfuhren sie, dass sie zur Ausführung dieser Arbeiten wegen der Unwirksamkeit der Schönheitsreparaturklausel nicht verpflichtet gewesen waren. Der Kläger hat sich von seiner Ehefrau deren Ansprüche auf Erstattung von Renovierungskosten abtreten lassen.

Mit der am 22. Dezember 2009 eingereichten und am 4. Januar 2010 zugestellten Klage hat der Kläger Zahlung von 2.687 € nebst Zinsen begehrt. Das Amtsgericht hat die Klage abgewiesen, das Landgericht hat die Berufung des Klägers zurückgewiesen. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Kläger sein Klagebegehren weiter.

Aus den Gründen:

[4] Die Revision hat keinen Erfolg.

A. Ausführungen des Berufungsgerichts

[5]Das Berufungsgericht (LG Freiburg, NZM 2011, 71) hat zur Begründung seiner Entscheidung ausgeführt:

[6] Das Amtsgericht habe die Klage zu Recht abgewiesen, weil der vom Kläger geltend gemachte Anspruch auf Ersatz der rechtsgrundlos erbrachten Renovierungsleistungen gemäß § 548 Abs. 2 BGB in sechs Monaten seit Rückgabe der Mietsache verjähre und dieser Zeitraum bei Klageerhebung bereits abgelaufen gewesen sei.

[7] § 548 Abs. 2 BGB umfasse nach seinem Wortlaut sämtliche Aufwendungen des Mieters auf die Mietsache, nicht nur solche mit Fremdgeschäftsführungswillen, sondern auch bereicherungsrechtliche Ansprüche wegen einer Endrenovierung, die der Mieter aufgrund vermeintlicher Verpflichtung durchgeführt habe. Dieser Bereicherungsanspruch unterliege somit einer kürzeren Verjährung als der Anspruch auf Rückgewähr von Mietzahlungen. Dies sei aber, obwohl es sich bei der Vornahme von Schönheitsreparaturen wirtschaftlich um Entgelt für die Gebrauchsüberlassung handele, im Hinblick auf den Rechtsgedanken des § 548 Abs. 2 BGB gerechtfertigt. Entscheidender Gesichtspunkt sei der Zustand der Mietsache im Zeitpunkt der Vertragsbeendigung.

[8] Der Anwendung des § 548 Abs. 2 BGB auf den vorliegenden Fall stehe auch nicht entgegen, dass der

Rückforderungsanspruch auf diese Weise verjähren könne, ehe sich der Mieter seines Anspruchs überhaupt bewusst werde. § 548 Abs. 2 BGB unterscheide nicht zwischen bekannten und unbekannten Ansprüchen. Eine solche Einschränkung sei auch nach dem Sinn und Zweck der Vorschrift nicht geboten. Denn dieser Zweck bestehe vor allem darin, Ansprüche des Mieters, bei denen es auf den Zustand der Wohnung ankomme, einer kurzfristigen Klärung zuzuführen.

B. Entscheidung des BGH

[9] Diese Beurteilung hält revisionsrechtlicher Nachprüfung stand, so dass die Revision zurückzuweisen ist. Das Berufungsgericht hat zu Recht angenommen, dass der vom Kläger wegen der rechtsgrundlos durchgeführten Schönheitsreparaturen geltend gemachte Anspruch der kurzen Verjährungsfrist des § 548 Abs. 2 BGB unterliegt, die hier vor Einreichung der Klage abgelaufen war.

[10] Gemäß § 548 Abs. 2 BGB verjähren Ansprüche des Mieters auf Ersatz von Aufwendungen oder auf Gestattung der Wegnahme einer Einrichtung in sechs Monaten nach der Beendigung des Mietverhältnisses. In der Rechtsprechung der Instanzgerichte und in der Literatur ist streitig, ob unter diese Vorschrift auch Ersatzansprüche des Mieters wegen Schönheitsreparaturen fallen, die er in Unkenntnis der Unwirksamkeit einer Renovierungsklausel ausgeführt hat.

I. Literaturansicht: Allgemeine Verjährungsfrist maßgeblich

[11] Teilweise wird die Auffassung vertreten, dass § 548 Abs. 2 BGB auf derartige Ansprüche des Mieters weder direkt noch analog Anwendung finde, sondern die allgemeine Verjährungsfrist von drei Jahren maßgeblich sei (Eisenschmid, WuM 2010, 459, 469 f.; Blank, NZM 2010, 97, 102 und WuM 2010, 234 f.; Jacoby, ZMR 2010, 335, 338; Wiek, WuM 2010, 535, 536 f.; Palandt/Weidenkaff, BGB, 70. Aufl., § 548 Rn. 10). Dies wird vor allem damit begründet, dass § 548 Abs. 2 BGB die kurze Verjährung nur für Ansprüche des Mieters wegen Aufwendungen - im Sinne freiwilliger Vermögensopfer - anordne; für Schadensersatzansprüche sowie für Bereicherungsansprüche aufgrund einer Leistungskondiktion gelte die Vorschrift hingegen nicht. Es bestehe auch kein Anlass, die Position des vertragstreuen Mieters zu schwächen, der in Unkenntnis der Unwirksamkeit der vom Vermieter verwendeten Allgemeinen Geschäftsbedingungen eine Renovierung ausgeführt habe (Wiek, aaO S. 537; Blank, WuM 2010, aaO). Im Übrigen ergebe sich ein Wertungswiderspruch, weil für Ersatzansprüche des Mieters wegen nachvertraglich getätigter Aufwendungen die Regelverjährung anzuwenden sei (Wiek, aaO). Schließlich wird darauf hingewiesen, dass die Rechtsfolge des § 548 Abs. 2 BGB nicht auf Ersatzansprüche des Mieters für während der Mietzeit vorgenommene Schönheitsreparaturen passe, die am Ende des Mietverhältnisses bereits abgewohnt seien (Jacoby, aaO S. 337).

II. Gegenansicht: § 548 II BGB anwendbar

[12] Die auch vom Berufungsgericht vertretene Gegenmeinung sieht Schönheitsreparaturen als "Aufwendungen" im Sinne des § 548 Abs. 2 BGB an und wendet deshalb auf daraus resultierende Ersatzansprüche die kurze Verjährung an (LG Kassel, NZM 2010, 860, 861 f.; Blank/Börstinghaus, Miete, 3. Aufl., § 548 Rn. 24; Schmidt-Futterer/Streyl, Mietrecht, 10. Aufl., § 548 BGB Rn. 49; Staudinger/Emmerich, BGB, Neubearb. 2011, § 548 Rn. 10; Bamberger/Roth/Ehlert, BGB, 2. Aufl., § 548 Rn. 37; Roth, NZM 2011, 62, 64; Gsell, NZM 2010, 71, 76; Lehmann-Richter, NZM 2009, 761, 763; Kinne, GE 2009, 358, 360 f.; Paschke, WuM 2008, 647, 652; Klimke/Lehmann-Richter, WuM 2006, 653, 655). Diese Auffassung stellt vor allem auf den Zweck des § 548 BGB ab, der auf eine möglichst schnelle Klärung der wechselseitigen Ansprüche im Zusammenhang mit dem Zustand der Mietsache gerichtet sei. Der Be-griff der Aufwendung sei deshalb weit zu verstehen und erfasse sämtliche vermögenswerte Maßnahmen, die den Bestand der Mietsache erhalten, wiederherstellen oder verbessern (Schmidt-Futterer/Streyl, aaO Rn. 48).

III. Stellungnahme des Senats

[13] Der letztgenannten Ansicht gebührt der Vorzug. Der Senat hat bereits zu § 558 BGB aF, der Vorgängervorschrift des jetzigen § 548 BGB, entschieden, dass mit dem damals verwendeten Begriff der "Verwendungen" alle Aufwendungen zu verstehen sind, die das Grundstück in seinem Bestand verbessern (Senatsurteil vom 2. Oktober 1985 - VIII ZR 326/84, NJW 1986, 254 unter 2 a). Für den Begriff der "Aufwendungen" im jetzigen § 548 BGB gilt nichts anderes, da mit der entsprechenden Änderung durch das Mietrechtsreformgesetz keine inhaltliche Änderung beabsichtigt war (vgl. BT-Drucks. 14/4553, S. 45; Schmidt-Futterer/Streyl, aaO).

1. Schönheitsreparaturen sind Aufwendungen

[14] Vom Mieter durchgeführte Schönheitsreparaturen dienen der Verbesserung der Mietsache und sind deshalb Aufwendungen im Sinne des § 548 Abs. 2 BGB. Ansprüche, die der Mieter wegen der Durchführung solcher Arbeiten gegen den Vermieter erhebt, fallen somit unter die kurze Verjährung des § 548 Abs. 2 BGB. Auf die rechtliche Einordnung des vom Mieter geltend gemachten Anspruchs kommt es dabei nicht an. Denn die kurze Verjährungsfrist findet auch dann

Anwendung, wenn der Mieter den Anspruch auf Ersatz seiner Aufwendungen nicht oder nicht nur auf gesetzliche Vorschriften des Mietrechts stützt, sondern sich auf mietvertragliche Vereinbarungen, Geschäftsführung ohne Auftrag oder ungerechtfertigte Bereicherung beruft (Senatsurteil vom 13. Februar 1974 - VIII ZR 233/72, NJW 1974, 743 unter III).

2. Kurze Verjährungsfrist gerechtfertigt

[15] Die kurze Verjährung des § 548 Abs. 2 BGB findet ihre Rechtfertigung zum einen darin, dass nach Beendigung des Mietverhältnisses alsbald Klarheit über bestehende Ansprüche im Zusammenhang mit dem Zustand der Mietsache erreicht werden soll (BT-Drucks. 14/4553, S. 45). Zum anderen dient die in § 548 Abs. 2 BGB getroffene Spezialregelung auch dem Zweck, das laufende Mietverhältnis nicht unnötig mit Auseinandersetzungen zu belasten (Senatsurteil vom 28. Mai 2008 - VIII ZR 133/07, NZM 2008, 519 Rn. 16; Gsell, aaO S. 77). Hieraus folgt, dass sämtliche Ansprüche, die der Mieter wegen der Durchführung von Schönheitsreparaturen gegen den Vermieter erhebt, nach § 548 BGB und nicht nach §§ 199, 195 BGB verjähren, mithin auch der Anspruch aus ungerechtfertigter Bereichung nach § 812 Abs. 1 BGB (Leistungskondiktion), der dem Mieter, der aufgrund einer unwirksamen Vertragsklausel renoviert hat, nach der Rechtsprechung des Senats zusteht (vgl. Senatsurteil vom 27. Mai 2009 - VIII ZR 302/07, BGHZ 181, 188 Rn. 24). Auch für einen etwaigen Schadensersatzanspruch aus § 280 Abs. 1, § 241 Abs. 2, § 311 Abs. 2 BGB, der bei schuldhafter Verwendung unwirksamer Schönheitsreparaturklauseln in Betracht kommen kann, findet die kurze Verjährung des § 548 Abs. 2 BGB Anwendung.

3. Subsumtion: Anspruch des Kl. verjährt

[16] Die Verjährung des vom Kläger geltend gemachten Anspruchs begann deshalb mit dem Ablauf des Monats Dezember 2006 als dem Zeitpunkt der Beendigung des Mietverhältnisses und lief Ende Juni 2007 ab. Darauf, dass die Beklagten von der Unwirksamkeit der in § 13 des Mietvertrags vorgesehenen Renovierungsklausel erst später erfahren haben und das Senatsurteil zum Bereicherungsanspruch des Mieters erst am 27. Mai 2009 ergangen ist, kommt es nicht an. Zwar beginnt die regelmäßige Verjährung gemäß § 199 Abs. 1 Nr. 1 BGB erst, wenn der Gläubiger Kenntnis von den den Anspruch begründenden Umständen erlangt hat oder ohne grobe Fahrlässigkeit hätte erlangen müssen. Im Rahmen der kurzen Verjährung des § 548 Abs. 2 BGB kommt es aber nicht auf die Kenntnis des Gläubigers an, sondern allein auf die Beendigung des Mietverhältnisses. Eine Ausnahme hat der Senat nur insoweit bejaht, als es um die Kenntnis von einer Grundstücksveräußerung als tatsächlicher Voraussetzung für die Beendigung des Mietverhältnisses ging (Senatsurteil vom 28. Mai 2008 - VIII ZR 133/07, aaO Rn. 18). Eine weitere Ausnahme bezüglich der Kenntnis der tatsächlichen Umstände, aus denen sich der geltend gemachte Anspruch ergibt, ist nicht geboten.

Standort: Maklervertrag — Problem: Zurechnung

OLG STUTTGART, BESCHLUSS VOM 24.01.2011
13 U 148/10 (MDR 2011, 284)

Problemdarstellung:

Der Kl. beauftragte einen Makler mit der Vermittlung einer Immobilie. Dabei sollte ausschließlich der Makler die Vertragsgespräche mit potentiellen Käufern führen und Besichtigungstermine vornehmen. Im Rahmen eines solchen Besichtigungstermins entdeckte der Bekl. Feuchtigkeitsspuren im Keller des zu veräußernden Hauses. Der Makler erklärte auf Nachfrage, dass es sich dabei um einen Druckwasserschaden handele. Obwohl er keine genaue Kenntnis hatte, erklärte er außerdem, dass sich der Schaden jedoch aufgrund zwischenzeitlich durchgeführter Straßenbauarbeiten erledigt habe.

Im Folgenden kam es zwischen dem Kl. und dem Bekl. zum Abschluss des Kaufvertrages, in dem die Gewährleistung ausgeschlossen wurde.

Nachdem der Bekl. in das Haus eingezogen war, stellte er weitere Druckwasserschäden im Keller fest. Gegenüber dem verbleibenden Kaufpreiszahlungsanspruch des Kl. rechnete er nach erfolgloser Fristsetzung mit einem Schadensersatzanspruch in Höhe von ca. 3.000 € auf.

Der Kl. begehrt die Zahlung des gesamten, restlichen Kaufpreises.

Prüfungsrelevanz:

Obwohl klassischerweise eine Problematik des zweiten Staatsexamens, sind Probleme im Zusammenhang mit Maklerverträgen in jüngerer Zeit auch wieder im ersten Examen abgeprüft worden. Examenskandidaten sollten sich auch diesem Thema wieder nähern. Die vorliegende Entscheidung stellt heraus, unter welchen Voraussetzungen dem Auftraggeber (hier: der Kl.) Angaben des Maklers zugerechnet werden.

Unproblematisch war – unter Mithilfe des Maklers –

ein Vertrag zwischen Kl. und Bekl. gem. §§ 433, 311 b I BGB zustande gekommen, aus dem der Kl. die Zahlung des Kaufpreises verlangen konnte. Jedoch könnte dem Bekl. ein Schadensersatzanspruch aus §§ 437 Nr. 3, 280 I, III, 281 BGB (als sog. „kleiner" Schadensersatz statt der Leistung) zustehen. Offensichtlich war die Immobilie aufgrund der Feuchtigkeitsschäden bereits bei Gefahrübergang mangelhaft gem. § 434 BGB, was auch auf eine Pflichtverletzung des Kl. zurückzuführen war.

Indes hatten die Parteien im Kaufvertrag die Haftung des Kl. ausgeschlossen. Dies ist allerdings gem. § 444 BGB unbeachtlich, wenn der Kl. den Mangel an der Kaufsache arglistig verschwiegen hatte. Da die Parteien im Rahmen der Vertragsgespräche keinen Kontakt hatten, kommt insbesondere ein arglistiges Handeln des Maklers in Betracht. Ein solches liegt nämlich bereits vor, wenn Angaben ohne tatsächliche Grundlagen „ins Blaue hinein" getätigt werden (BGHZ 63, 382; BGH, NJW 2006, 2839). Fraglich ist allerdings, ob sich der Kl. das Verhalten des Maklers gem. § 278 BGB zurechnen lassen muss. Hierzu müsste der Makler Erfüllungsgehilfe des Kl., also mit Wissen und Wollen des Kl. in dessen Pflichtenkreis tätig geworden sein.

Dabei ist zu beachten, dass der Makler nicht schlechthin Erfüllungsgehilfe des Auftraggebers (Kl.) ist. Zwar ist die Selbständigkeit des Maklers unschädlich, denn in Abgrenzung zu § 831 BGB erfasst die Vorschrift des § 278 BGB gerade auch weisungsunabhängige, selbständige Personen. Jedoch könnte der Makler eine eigene Leistung erbringen, die gerade nicht zum Pflichtenkreis des Auftraggebers (Kl.) zählt. Ob dem so ist, hängt von der spezifischen Maklerleistung ab. Insoweit ist eine Unterscheidung zwischen dem Nachweis- und dem Vermittlungsmakler hilfreich. Der Nachweismakler, der den Parteinen nur diejenigen Informationen verschafft, die sie zur Aufnahme der Verhandlungen über den Hauptvertrag benötigen, erbringt nur eine eigene Leistung gegenüber dem Auftraggeber. Diese zählt nicht zum Pflichtenkreis des Auftraggebers aus dem Hauptvertrag. Anders sieht die Lage beim Vermittlungsmakler aus, der unmittelbar auf die Willensentschließung des Vertragspartners (hier: des Bekl.) einwirken muss, um dessen Bereitschaft zum Abschluss des Hauptvertrages zu fördern. Hier sind regelmäßig Handlungen vorzunehmen, die originär den Auftraggeber treffen, also zu dessen Pflichtenkreis zählen. Ist dies der Fall, handelt der Makler als Erfüllungsgehilfe des Auftraggebers gem. § 278 BGB.

Da dem Makler hier die Durchführung von Vertragsverhandlungen und Besichtigungsterminen oblag, war er als Erfüllungsgehilfe des Kl. einzuordnen. Auf den Haftungsausschluss konnte sich der Kl. gem. § 444 BGB mithin nicht berufen. Der Kaufpreiszahlungsanspruch war folglich in Höhe der Aufrechnung gem. § 389 BGB erloschen; die Klage war abzuweisen.

Vertiefungshinweise:

❑ Arglistiges Handeln bei Angaben „ins Blaue hinein": *BGH*, NJW 2006, 2839

❑ Allgemeines zum Maklervertrag: *Fischer*, NJW 2009, 3210; *Althammer*, JA 2006, 594; *Weishaupt*, JuS 2003, 1166

❑ Examensrelevante Rechtsprechung zum Maklerrecht: *BGH*, NJW 2009, 2810 (Provisionsanspruch bei Mängeln des Hauptvertrages); RA 2008, 283 = NJW-RR 2008, 564 (Nichtigkeitsmängel und Durchführungsmängel des Hauptvertrages); NJW 2006, 3062 (zur Kausalitätsvermutung); NZM 2005, 955 (Aufklärungspflicht des Maklers; Haftung aus c.i.c); WM 2005, 2277 (Konkludentes Provisionsversprechen); NJW-RR 2005, 1506 (zur Fälligkeit der Provision)

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs:* "Der Makler"

Leitsätze:

1. Beschränkt sich die Tätigkeit eines Grundstückmaklers auf das Anbieten reiner Maklerdienste ohne Einbindung in die Erfüllung von Haupt- oder Nebenpflichten des Verkaufsinteressenten, kommt eine Zurechnung seines Verhaltens nach § 278 BGB sowie seiner Kenntnis nach § 166 Abs. 1 BGB analog auch dann nicht in Betracht, wenn der Makler den Kaufinteressenten arglistig täuscht.

2. Ist dagegen einem Grundstücksmakler von dem späteren Verkäufer die Führung der wesentlichen Vertragsverhandlungen überlassen worden, so ist er von ihm im Regelfall zur Erfüllung der vorvertraglichen Sorgfaltspflichten herangezogen worden; dies rechtfertigt die Zurechnung einer arglistigen Täuschung gemäß § 278 BGB, § 166 Abs. 1 BGB analog (vgl. BGH, 24. November 1995, V ZR 40/94, NJW 1996, 451).

3. Kenntnis und schuldhafte Unkenntnis des Käufers von einem Sachmangel finden auf Schadensersatzansprüche wegen Gewährleistung nur nach Maßgabe des § 442 Abs. 1 BGB Berücksichtigung; für eine Heranziehung des § 254 Abs. 1 BGB ist daneben kein Raum (vgl. BGH, 28. Juni 1978, VIII ZR 112/77, NJW 1978, 2240).

Sachverhalt:

Der Kl. nimmt den Bekl. auf Zahlung des restlichen Kaufpreises aus einem Grundstückskaufvertrag in Anspruch.

Der Kaufvertrag war durch Vermittlung eines Maklers, den der Kl. beauftrag hatte, zustande gekommen. Während der vom Makler durchgeführten Vertragsverhandlungen und Besichtigungstermine hatten die Parteien keinen Kontakt. Bei der Besichtigung antwortete der Makler auf die Frage des Kl., warum ein Regal im Keller morsch sei, dass in der Vergangenheit zwar Druckwasser aufgetreten, dieses Problem jedoch aufgrund durchgeführter Straßenbauarbeiten behoben sei. Ob diese Antwort auf einer entsprechenden Angabe des Verkäufers gegenüber dem Makler beruhte oder ein Missverständnis zwischen Verkäufer und Makler vorlag, ließ sich nicht aufklären.
Da die Druckwasserschäden auch nach Abschluss des Kaufvertrages weiterhin auftraten erklärte der Bekl. die Aufrechnung mit Schadensersatzansprüchen in Höhe von 3.219,31 €. Der Kl. verweist auf den im Kaufvertrag vereinbarten Gewährleistungsausschluss.

Aus den Gründen:
[2] Die Berufung des Klägers gegen das klageabweisende Urteil der Einzelrichterin der 2. Zivilkammer des Landgerichts Ravensburg vom 1. Juli 2010 bietet keine hinreichende Aussicht auf Erfolg. Zutreffend hat das Landgericht Ravensburg entschieden, dass dem Kläger gegen den Beklagten kein Anspruch auf Zahlung des restlichen Kaufpreises in Höhe von 3.219,31 € gemäß § 433 Abs. 2 BGB (...) zusteht.

A. Haftungsausschluss gem. § 444 BGB irrelevant
[4] Zutreffend wurde im erstinstanzlichen Urteil ausgeführt, dass sich der Kläger auf den kaufvertraglich vereinbarten Gewährleistungsausschluss nicht berufen kann, da dem Beklagten vor Abschluss des Kaufvertrages der Mangel am Haus, dass im Keller ein bis zweimal jährlich Druckwasser auftritt, arglistig verschwiegen wurde, § 444 BGB.

I. Arglistiges Verschweigen des Mangels
[5] Zutreffend hat das Landgericht Ravensburg festgestellt, dass dem Beklagten dieser Mangel vor Abschluss des Kaufvertrages verschwiegen wurde. Unstreitig ist, dass der Kläger als Verkäufer des Hausanwesens vor der notariellen Beurkundung des Kaufvertrages keinen Kontakt zu dem Beklagten hatte, vielmehr die Verkaufsgespräche ausschließlich der Maklerfirma … GmbH - der Streitverkündeten - überließ, und auch im Termin zur notariellen Beurkundung des Kaufvertrages den Beklagten nicht bezüglich dieses Mangels unterrichtete. Darüber hinaus hat das Landgericht Ravensburg festgestellt, dass die Mitarbeiterin der beauftragten Maklerfirma, die Zeugin …, dem Beklagten gegenüber auf dessen Nachfrage bei der Besichtigung des Kellers vor Abschluss des Kaufvertrages, was es mit dem im Keller befindlichen morschen Regal auf sich habe, sinngemäß geantwortet habe, dass in der Vergangenheit zwar Druckwasser aufgetreten sei, dieses Problem jedoch aufgrund der durchgeführten Straßenbauarbeiten behoben sei. Konkrete Anhaltspunkte, die Zweifel an der Richtigkeit oder Vollständigkeit dieser Feststellungen begründeten, wurden weder von dem Kläger aufgezeigt noch sind diese ersichtlich, so dass diese Feststellungen bindend sind, § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO.
[9] Die unzutreffende Mitteilung an den Beklagten, dass der in der Vergangenheit vorhandene Mangel, dass im Keller Druckwasser auftrete, aufgrund der zwischenzeitlich erfolgten Straßenbauarbeiten beseitigt sei und somit das Verschweigen des fortbestehenden Mangels erfolgte arglistig.

II. Arglist auch bei Angaben „ins Blaue hinein“
[10] Arglistig handelt, wer unrichtige Erklärungen in Kenntnis ihrer Unrichtigkeit abgibt; bedingter Vorsatz reicht hierfür aus. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs handelt ein Verkäufer bereits dann arglistig, wenn er zu Fragen, deren Beantwortung erkennbar maßgebliche Bedeutung für den Kaufentschluss seines Kontrahenten hat, ohne tatsächliche Grundlagen ins Blaue hinein unrichtige Angaben macht (BGHZ 63, 382; NJW 2006, 2839).

III. Eigene Haftung des Kl. oder Zurechnung gem. § 278 BGB

1. Eigene Haftung des Kl.
[11] Sollte der Kläger den Zeugen … - wie von dem Beklagten behauptet - dahingehend unzutreffend unterrichtet haben, dass die Druckwasserproblematik aufgrund der zwischenzeitlich durchgeführten Straßenbauarbeiten beseitigt sei, so hätte er selbst den Beklagten arglistig getäuscht bzw. den Mangel arglistig verschwiegen. Der Kläger hat während seiner Anhörung selbst ausgesagt, keine sichere Kenntnis darüber gehabt zu haben, ob die erst vor kurzem durchgeführten Straßenbauarbeiten die Druckwasserproblematik tatsächlich beseitigt habe, sondern dass er dies lediglich gehofft habe, weil seit Beginn der Straßenbauarbeiten kein Druckwasser im Keller seines Hausanwesens mehr aufgetreten sei. Somit wäre die in § 4 des Kaufvertrages abgegebene Erklärung, dass ihm von versteckten Mängel nichts bekannt sei, unzutreffend. Zudem könnte er - sollte er die Maklerfirma unzutreffend informiert haben - auch nicht davon ausgehen, dass der Beklagte durch den Makler über die fortbestehende Druckwasserproblematik informiert worden wäre. Ob der Kläger jedoch tatsächlich den Zeugen … unzutreffend informiert hatte oder ob der Zeuge … die zutreffende Unterrichtung durch den Kläger aufgrund eines Kommunikationsversehens dahingehend miss-

verstanden habe, dass die Druckwasserproblematik aufgrund der Straßenbauarbeiten zwischenzeitlich beseitigt sei, konnte im erstinstanzlichen Verfahren nicht geklärt werden.

2. Jedenfalls Zurechnung der Aussagen des Maklers

[12] Selbst wenn der Kläger den Zeugen … zutreffend informiert haben sollte und dieser lediglich aufgrund eines Kommunikationsversehens davon ausgegangen sei, dass die frühere Druckwasserproblematik aufgrund der vor Kurzem durchgeführten Straßenbauarbeiten beseitigt sei, wäre der Beklagte durch die Maklerfirma … GmbH arglistig getäuscht worden, was dem Kläger gemäß §§ 278, 166 Abs. 1 BGB zuzurechnen wäre.

a) Anforderungen an § 278 BGB vor dem Hintergrund einer Maklertätigkeit

[13] Grundsätzlich gilt, dass eine Kaufvertragspartei im Rahmen von Vertragsverhandlungen nach § 278 BGB in aller Regel nicht für einen von ihr eingeschalteten Makler einstehen muss. Dabei steht nicht die selbständige Stellung des Maklers einer Einschätzung als Erfüllungsgehilfe entgegen - auch sonst hindert die Selbständigkeit nicht die Anwendung des § 278 BGB - sondern der Umstand, dass der Makler durch seine Vermittlungstätigkeit eine eigene Leistung gegenüber dem Auftraggeber erbringt, die nicht ohne weiteres zugleich die Verpflichtung des Auftraggebers gegenüber dem späteren Vertragspartner erfüllt. Auch aus dessen Sicht erscheint der Makler nicht generell als Hilfsperson des Kontrahenten, sondern - je nach Sachlage - als Dritter, der durch seine Tätigkeit die Parteien zusammenbringt.

[14] Dies gilt jedoch nur, wenn sich der Makler vereinbarungsgemäß darauf beschränkt, seine spezifischen Maklerdienste anzubieten. Übernimmt er demgegenüber mit Wissen und Wollen einer der späteren Vertragsparteien Aufgaben, die typischerweise ihr obliegen, so wird er in deren Pflichtenkreis tätig. Er ist dann nicht mehr allein Makler, sondern zugleich Hilfsperson dessen, in dessen Pflichtenkreis er Aufgaben wahrnimmt. Dies rechtfertigt die Anwendung des § 278 BGB.

[15] Wann dies anzunehmen ist, kann nur aufgrund einer Gesamtwürdigung der konkreten Maklertätigkeit beantwortet werden. Die Rechtsprechung hat es dabei vermieden, allgemeingültige Rechtssätze zur Differenzierung aufzustellen, und die konkreten Einzelfallumstände, die einer wertenden Betrachtung unterzogen werden müssen, in den Vordergrund gerückt. Dabei haben sich verschiedene Fallgruppen herausgebildet, in denen dem Makler die Stellung eines Erfüllungsgehilfen zuerkannt worden ist. So ist die Zurechnung bejaht worden, wenn der Makler als beauftragter Verhandlungsführer oder Verhandlungsgehilfe des Schuldners aufgetreten ist. Für den Bereich des § 123 BGB - und damit übertragbar auf den des § 278 BGB - ist das Einstehenmüssen des Geschäftsherrn auch dann bejaht worden, wenn der am Zustandekommen des Geschäfts Beteiligte, also etwa auch ein Makler, wegen seiner engen Beziehung zum Geschäftsherrn als dessen Vertrauensperson erscheint. Dabei ist nicht entscheidend, ob ihm für die Verhandlung Vertretungsmacht eingeräumt worden ist. Vielmehr kommt es darauf an, ob bei wertender Beurteilung der tatsächlichen Umstände sein Verhalten dem Geschäftsherrn zuzurechnen ist. Dies kann zum Beispiel der Fall sein, wenn der Makler als Repräsentant seines Auftraggebers, wie dessen bevollmächtigter Vertreter, aufgetreten ist, als derjenige, mit dem dies wie mit dem Eigentümer selbst verhandelt werden könne.

[16] Angesichts der erforderlichen wertenden Beurteilung der Einzelfallumstände verbietet sich jede schematische Lösung der Zurechnungsproblematik. Ausgangspunkt der Überlegungen muss jedoch stets die Konzeption des § 278 BGB bleiben, der die Zurechnung davon abhängig macht, dass jemand mit Wissen und Wollen des Geschäftsherrn zur Erfüllung von Pflichten tätig wird, die dem Geschäftsherrn obliegen. Der Makler muss also - von der Vertragspartei zurechenbar veranlasst - Aufgaben übernommen haben, die dem Pflichtenkreis dieser Partei zuzuordnen sind. Bleibt die Tätigkeit des Maklers dahinter zurück, beschränkt er sich auf das Anbieten reiner Maklerdienste, ohne sich in die Erfüllung von Haupt- oder Nebenpflichten einer Vertragspartei einbinden zu lassen, kommt eine Zurechnung nach § 278 BGB nicht in Betracht (BGH NJW 1996, 451 m.w.N.; 1995, 2550; OLG Hamburg, Urteil vom 20.7.2001 - 1 U 152/00).

b) Subsumtion

[17] Ausgehend von diesen Grundsätzen ist dem Kläger das Verhalten, insbesondere die unzutreffende Mitteilung, dass die Druckwasserproblematik aufgrund der Straßenbauarbeiten beseitigt sei, der beauftragten Maklerfirma gemäß § 278 BGB zuzurechnen; das Verhalten der Mitarbeiter der Maklerfirma, der Zeugen … und …, ist wiederum ihr gemäß § 278 BGB zuzurechnen. Unstreitig führte die Maklerfirma für den Kläger die gesamten Verkaufsgespräche mit dem Beklagten und wurde somit als Verhandlungsgehilfin des Klägers tätig. Die Parteien traten erstmals während des Termins zur notariellen Beurkundung des Kaufvertrages miteinander in Kontakt. Somit überließ es der Kläger der Maklerfirma, seine vorvertragliche Nebenpflicht, den Beklagten - auch ungefragt - über die Druckwasserproblematik zu unterrichten, der Maklerfirma. Somit wurde die Maklerin mit Wissen und Wollen des Klägers zur Erfüllung von Pflichten tätig,

die dem Kläger selbst oblagen, so dass ihre Tätigkeit vor Abschluss des Kaufvertrages weit über die spezifischen Maklerdienste hinausging. Dass die Maklerfirma als Doppelmaklerin tätig wurde und zugleich auch von dem Beklagten eine Provision erhielt, ist insoweit unerheblich, da sie sich im Verhältnis zum Beklagten auf ihre spezifischen Maklerdienste beschränkte und sich der Beklagte selbst um den Abschluss des Kaufvertrages bemühte.

[19] Selbst wenn der Zeuge … aufgrund eines Kommunikationsversehens den Kläger dahingehend verstanden haben sollte, dass die in der Vergangenheit regelmäßig auftretende Druckwasserproblematik aufgrund der nun durchgeführten Straßenbauarbeiten beseitigt sei, hätte er diese Information nicht ohne weitere Aufklärung des Sachverhalts dem Verkaufsgespräch mit dem Beklagten - durch entsprechende Information der Zeugin …, die das Gespräch mit dem Beklagten führte - zugrunde legen dürfen. Da die Maklerfirma - wie oben aufgezeigt - sich nicht auf ihre spezifischen Maklerdienste beschränkte, sondern als Verhandlungsgehilfin des Klägers tätig wurde, trafen sie bezüglich der Sorgfalt, mit der Informationen über die (angebliche) Mangelfreiheit geprüft und an den Kaufinteressenten weitergegeben werden, dieselben Pflichten wie den Verkäufer selbst. Bei fortbestehender Druckwasserproblematik bestand daher für die Maklerin gegenüber Kaufinteressenten eine Offenbarungspflicht, da es sich um einen wesentlichen Mangel der Kaufsache handelte, die für den Vertragszweck von erkennbar erheblicher Bedeutung ist (Brandenburgisches Oberlandesgericht, Urteil vom 10.4.2008 - 5 U 10/07). Angesichts der Bedeutung der Druckwasserproblematik durfte daher der Zeuge … die (vermeintliche) Aussage des Klägers, dass der Feuchtigkeitseintritt aufgrund der nun durchgeführten Straßenbauarbeiten behoben sei, nicht ohne weiteres hinnehmen, sondern hätte diese (vermeintliche) Behauptung zumindest kritisch hinterfragen müssen. Der Zeuge … hat dagegen selbst ausgesagt, insoweit keine weiteren Fragen an den Kläger gerichtet zu haben, obwohl sich die Frage aufdrängte, aufgrund welcher Umstände der Kläger als Laie die sichere Kenntnis erlangen könnte, dass kürzlich durchgeführte Straßenbauarbeiten die Druckwasserproblematik dauerhaft beseitigt haben würde. Somit erfolgte die durch den Zeugen … veranlasste Information des Beklagten, dass eine frühere Druckwasserproblematik durch die zwischenzeitlich erfolgten Straßenbauarbeiten beseitigt sei, ohne tatsächliche Grundlagen ins Blaue hinein, so dass er arglistig handelte.

B. Ergebnis

[21] Wie oben aufgezeigt, wurde die Maklerfirma und der für sie tätig werdende Zeuge … eigenverantwortlich für den Kläger als Geschäftsherrn tätig, indem sie für ihn als Verhandlungsgehilfen auftraten. Somit ist dem Kläger die Arglist des Zeugen … als dessen Wissensvertreter zuzurechnen.

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 (*zugleich Öffentliches Recht*)
REDAKTEURE:	Rechtsanwalt Wofgang Schmidt & Martin Jansen (*Zivilrecht*); Rechtsanwalt Uwe Schumacher (*Strafrecht*) 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 *früherer* 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 *laufenden* Jahrgangs ist nur i.V.m. einem Abonnement möglich.

Strafrecht

Standort: §§ 16, 17 StGB — Problem: Erlaubnistatbestandsirrtum

BGH, BESCHLUSS VOM 01.03.2011
3 STR 450/10 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Der Angeklagte hatte sich bei seinem Nachbarn beschwert, weil dieser mit einigen Gästen eine nächtliche Feier veranstaltete, bei der diese insbesondere laute Musik spielten. Daraufhin sorgte der Nachbar zunächst für Ruhe und der Angeklagte legte sich schlafen. Als der Angeklagte einige Zeit später durch laute Musik aus der Nachbarwohnung geweckt wurde, ging er erneut zu seinem Nachbarn. Dieser war jedoch eingeschlafen, sodass der Angeklagten sich lediglich zwei Gästen gegenüber sah. Als er diese aufforderte, die Musik leiser zu stellen, entwickelte sich ein "Handgemenge und Schubsen" zwischen dem Angeklagten und einem der Gäste. Als der andere plötzlich auf ihn "zuschoss", befürchtete der Angeklagte, aus der Wohnung "hinauskatapultiert zu werden, und stach die Gäste mit einem Klappmesser nieder, das er zu seiner Sicherheit bei sich führte.

Das Landgericht Bückeburg hatte den Angeklagten aufgrund der Messerstiche wegen gefährlicher Körperverletzung, §§ 223 I, 224 I Nr. 2, 5 StGB, verurteilt. Der Angeklagte könne sich insbesondere nicht auf eine Rechtfertigung aus Notwehr, § 32 StGB, berufen, da im Zeitpunkt der Messerstiche kein gegenwärtiger rechtswidriger Angriff auf ihn und somit keine Notwehrlage vorgelegen habe. Auch entfalle die Strafbarkeit des Angeklagten nicht als Folge einer Putativnotwehr (also eines Erlaubnistatbestandsirrtums), da selbst im Falle des Vorliegens der angenommenen Notwehrlage die Stiche nicht ohne vorherige Androhung des Messereinsatzes gerechtfertigt gewesen wären. Der BGH hob das Urteil auf die Revision des Angeklagten hin auf. Zum einen habe sich dieser doch in einer Notwehrlage befunden, da der Versuch der Gäste, ihn aus der Wohnung zu drängen, nicht gerechtfertigt gewesen sei, sodass er einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff (im Sinne einer versuchten Nötigung, §§ 240 I, 22, 23 I StGB) darstelle. Da es auch nicht selbstverständlich sei, dass der Angeklagte den Messereinsatz hätte androhen müssen, komme durchaus eine Rechtfertigung in Betracht. Selbst wenn eine solche nicht gegeben sei, hätte das Vorliegen eines die Strafbarkeit wegen vorsätzlicher Tat ausschließenden Erlaubnistatbestandsirrtums vom Landgericht gründlicher geprüft werden müssen. Schließlich komme selbst für den Fall, dass kein Erlaubnistatbestandsirrtum vorliege, immer noch eine Entschuldigung des Angeklagten gem. § 33 StGB in Betracht.

Prüfungsrelevanz:

Fälle, in denen die Voraussetzungen von Rechtfertigungsgründen und ganz besonders Irrtümer über deren Vorliegen zu prüfen sind, gehören - gerade was die insofern erforderliche Abgrenzung zwischen Erlaubnis-, Erlaubnistatbestands- und Doppelirrtum angeht - zu den ganz großen "Klassikern" in beiden Examen. Die vorliegende BGH-Entscheidung zeigt sehr schön, wie wichtig es in solchen Konstellationen ist, gründlich zu prüfen und nicht vorschnell eine bestimmte Konstellation anzunehmen. Insofern ist es höchst wahrscheinlich, dass der vorliegende Fall Teil eines Klausursachverhaltes werden wird, und es ist als sicher anzusehen, dass er in mündlichen Prüfungen auftauchen wird. Dies umso mehr, da der BGH auch noch - wenn auch am Rande - die ebenfalls sehr examensrelevante Konstellation des intensiven Notwehrexzesses anspricht.

Glaubt ein Täter, der tatsächlich nicht gerechtfertigt ist, irrig an das Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes, so kann sich dieser Irrtum als Erlaubnisirrtum, als Erlaubnistatbestandsirrtum oder als Doppelirrtum darstellen, je nachdem ob der Irrtum des Täters einen Wertungs- oder einen Sachverhaltsirrtum oder eine Kombination aus beidem darstellt (vgl. hierzu die Darstellung bei Joecks, § 16 Rn. 27 ff. und im Skript StrafR AT I, Rn. 419 ff.).

Hält sich der Täter deshalb irrig für gerechtfertigt, weil er einen Rechtfertigungsgrund annimmt, der tatsächlich gar nicht anerkannt ist, oder weil er die Grenzen eines anerkannten Rechtfertigungsgrundes zu seinen Gunsten überdehnt, so stellt dieser reine Wertungsirrtum einen sog. Erlaubnisirrtum dar (Joecks, § 16 Rn. 28 f.; Lackner/Kühl, § 17 Rn. 19). Der Erlaubnisirrtum ist letztlich ein Verbotsirrtum i.S.v. § 17 StGB (weswegen er teilweise auch als "umgekehrter" oder "indirekter" Verbotsirrtum bezeichnet wird, vgl. Schönke/Schröder-Cramer/Sternberg-Lieben, § 17 Rn. 10). Ein solcher Irrtum lässt also die Schuld entfallen, wenn er unvermeidbar ist, § 17 S. 1 StGB; anderenfalls kann lediglich die Strafe gemildert werden, § 17 S. 2 StGB (BGHSt 45, 219, 225; Heinrich, AT II, Rn.

1144; Kühl, AT, § 13 Rn. 4).

Ein Erlaubnistatbestandsirrtum (i.R.v. § 32 StGB auch "Putativnotwehr" genannt) liegt vor, wenn der Täter irrig Umstände annimmt, bei deren tatsächlichen Vorliegen er wirklich gerechtfertigt wäre (Joecks, § 16 Rn. 31; Lackner/Kühl, § 17 Rn. 9). Meist werden entsprechende Examensfälle zum Erlaubnistatbestandsirrtum i.R.v. § 32 StGB dann so gebildet, dass objektiv bereits keine Notwehrlage gegeben ist und der Täter eine solche irrig annimmt. Denkbar sind aber auch Fälle, in denen eine Notwehrlage tatsächlich vorliegt, die zwar die Notwehrhandlung des Täters nicht rechtfertigt, dieser sich aber einen Sachverhalt vorstellt, bei dessen Vorliegen seine Handlung dann doch durch Notwehr gerechtfertigt wäre (z.B.: Der tatsächlich vorliegende Angriff ist nur ein sog. "Bagatellangriff", der sofortige Verletzungen des Angreifers nicht rechtfertigt, der Täter geht jedoch vom Vorliegen eines intensiveren Angriffs aus, der auch diese Verletzungen rechtfertigen würde). Die Behandlung des Erlaubnistatbestandsirrtums stellt ein klassisches Examensproblem dar, bei dem sogar im zweiten Examen noch die Kenntnis des Meinungsspektrums in der Literatur erwartet wird: Die *Vorsatztheorie* sieht im Unrechtsbewusstsein ein Vorsatzelement, den sog. "dolus malus", und lässt konsequenterweise bei einem Erlaubnistatbestandsirrtum, bei dem dieses Element fehlt, gem. § 16 I 1 StGB den Vorsatz entfallen (Lesch, JA 1996, 346, 351; Otto, JURA 1990, 645, 647). Die *Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen* hält das Nichtvorliegen von Rechtfertigungsgründen für ein (ungeschriebenes) objektives Tatbestandsmerkmal, auf das sich auch der Vorsatz des Täters beziehen müsse; handelt der Täter in einem Erlaubnistatbestandsirrtum, so fehle der entsprechende Vorsatz und der Täter könne gem. § 16 I 1 StGB nicht wegen vorsätzlicher Tat bestraft werden (Kindhäuser, Vor §§ 32-35, Rn. 37 ff.; Kaufmann, JZ 1954, 653). Die *strenge Schuldtheorie* wendet aufgrund des einschlägigen Wortlauts auf den Erlaubnistatbestandsirrtum - ebenso wie auf den Erlaubnisirrtum (s.o.) - § 17 StGB an, sodass die Rechtsfolgen eines solchen Irrtums entscheidend von dessen Vermeidbarkeit abhängen (NK-Paeffgen, Vor §§ 32 bis 35, Rn. 123; Dornseifer, JuS 1982, 761, 765). Nach der *eingeschränkten Schuldtheorie* ist§ 16 I StGB analog auf den Erlaubnistatbestandsirrtum anzuwenden, da die entsprechende Konstellation dem Tatbestandsirrtum gem. § 16 I StGB ähnlicher sei als dem Verbotsirrtum gem. § 17 StGB. Innerhalb dieser Meinung ist wiederum streitig, ob analog § 16 I 1 StGB beim Erlaubnistatbestandsirrtum das Vorsatzunrecht (und damit der Vorsatz) entfällt (so die *Lehre vom Ausschluss des Vorsatzunrechts*, vgl. Joecks, § 27 Rn. 14; Schönke/Schröder-Cramer/Sternberg-Lieben, § 15 Rn. 35; § 16 Rn. 18; Geppert, JURA 2007, 33, 36 f.) oder erst die Vorsatzschuld (so die *rechtsfolgenverweisende Variante der eingeschränkten Schuldtheorie*, vgl. Fischer, § 16 Rn. 22; Heinrich, AT II, Rn. 1134; Wessels/Beulke, AT, Rn. 478 f.). Der BGH war in der Vergangenheit der eingeschränkten Schuldtheorie gefolgt, hatte sich hinsichtlich der genauen Auswirkungen allerdings nicht ganz genau festgelegt, wobei er aber eher der rechtsfolgenverweisenden Variante zugeordnet wurde (vgl. BGHSt 31, 264, 286 f.; 45, 378, 384).In der vorliegenden Entscheidung führt der BGH aus, dass bei einem Erlaubnistatbestandsirrtum eine Strafbarkeit "wegen vorsätzlicher Tatbegehung [...] nach § 16 Abs. 1 Satz 1 StGB ausgeschlossen" sei, was eher auf eine direkte Anwendung des § 16 I StGB im Sinne der Vorsatztheorie oder der Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen hindeutet. Da allerdings diese Meinungen und die eingeschränkte Schuldtheorie nur bei Teilnehmern zu unterschiedlichen Ergebnissen führen würden und solche im vorliegenden Fall gar nicht existierten, ist zweifelhaft, ob der BGH sich tatsächlich für eine bestimmte Auffassung entscheiden wollte - noch dazu, da er selbst gar keine Sachentscheidung getroffen, sondern die Sache zurückverwiesen hat.

Ein Doppelirrtum (i.R.v § 32 StGB auch "Putativnotwehrexzess" genannte) ist gegeben, wenn der Täter infolge eines Sachverhaltsirrtums irrig Umstände annimmt, die eine Rechtfertigungslage begründen würden, er aber eine Handlung vornimmt, die selbst beim Vorliegen der angenommenen Rechtfertigungslage nicht gerechtfertigt wäre, was der Täter aber aufgrund eines weiteren Wertungsirrtums nicht erkennt (Wessels/Beulke, AT, Rn. 485). Hierbei handelt es sich also um eine Kombination aus dem für einen Erlaubnistatbestandsirrtum typischen Sachverhaltsirrtum und dem den Erlaubnisirrtum kennzeichnenden Wertungsirrtum - deshalb auch die Bezeichnung als "Doppel"-Irrtum. Da das Hinzukommen eines Sachverhaltsirrtums zu einer rechtlichen Fehlbewertung den Täter aber nicht privilegieren kann, ist der Doppelirrtum ebenso zu behandeln wie der Erlaubnisirrtum, d.h. gem. § 17 StGB (Schönke/Schröder-Sternberg/Lieben, § 16 Rn. 19; Heinrich, AT II, Rn. 1151; Geppert, JURA 2007, 33, 40; Kudlich, JuS 2003, 243, 245).

Im vorliegenden Fall rügte der BGH insbesondere, dass das LG vorschnell das Vorliegen einer Notwehrlage und damit eine Rechtfertigung des Angeklagten verworfen hatte. Nimmt der Täter zwar einen intensiveren Angriff an als er tatsächlich vorliegt, ergibt sich jedoch auch aus der tatsächlich vorliegenden Lage eine Rechtfertigung des Täters aus Notwehr, so stellt sich die Frage nicht, wie sich dieser Irrtum auswirkt, da der Täter sowieso gerechtfertigt ist. Da das Herumschubsen des Angeklagten durch die Gäste des Nachbarn bereits einen gegenwärtigen rechtswidrigen An-

griff darstellte und somit eine Notwehrlage tatsächlich gegeben war, war es insofern letztlich unerheblich, dass der Angeklagte vielleicht irrtümlich davon ausgegangen war, dass er aus der Wohnung "herauskatapultiert" werden sollte. Der BGH führt weiter aus, dass im Rahmen der Erforderlichkeit der Notwehrhandlung zwar grundsätzlich der Einsatz einer Waffe oder eines vergleichbaren Werkzeuges (wie eines Messers) erst angedroht werden müsse. Das Ausbleiben einer entsprechenden Drohung stehe jedoch der Erforderlichkeit nicht entgegen, wenn der Täter sich plötzlich in einer Kampfsituation befinde und deshalb nicht mehr die Zeit für eine Androhung habe. Auch auf die Gebotenheit des Einsatzes eines Messers gegen einen unbewaffneten Angreifer, die für eine Rechtfertigung erforderlich ist, geht der BGH ein. Die Gebotenheit fehle bei der Notwehr - anders als beim Notstand, § 34 StGB - jedoch nicht bereits bei einem Überwiegen des verletzten gegenüber dem verteidigten Rechtsgut, sondern erst bei einem unerträglichen Missverhältnis der entsprechenden Rechtsgüter. Interessant ist, dass der BGH in der vorliegenden Entscheidung die Konstellation eines Bagatellangriffs als Unterfall dieses unerträglichen Missverhältnisses darstellt, obwohl hierin meist zwei verschiedene Konstellationen fehlender Gebotenheit der Notwehrhandlung gesehen werden (vgl. hierzu die Darstellung im Skript StrafR At I, Rn. 228 ff.).

Der BGH stellt weiter klar, dass für den Fall, dass die Verteidigungshandlung des Angeklagten tatsächlich die Grenzen der Notwehr überschreiten würde, zu prüfen wäre, ob er sich irrig einen Sachverhalt vorstellte, bei dessen Vorliegen die Messerstiche dann doch gerechtfertigt wären. In diesem Fall wäre nämlich ein Erlaubnistatbestandsirrtum gegeben, der dann die Strafbarkeit wegen vorsätzlicher Tat ausschließen würde. Der BGH betont weiter ausdrücklich, dass im Rahmen der bei einem Erlaubnistatbestandsirrtum noch zu prüfenden Fahrlässigkeitsdelikte eine Entschuldigung des Angeklagten gem. § 33 StGB in Betracht zu ziehen sei. Diese Norm komme auch ohne Vorliegens eines Irrtums zur Anwendung, wenn der Angeklagte also in einer bestehenden Notwehrlage erkannt habe, dass seine Verteidigung über das insofern Erforderliche hinausgehe (sog. intensiver Notwehrexzess). Dass der BGH im vorliegenden Fall ausführt, dass § 33 StGB bei einem Erlaubnistatbestandsirrtum Anwendung finden kann, ist insofern bemerkenswert als die Rechtsprechung diese Vorschrift bei der Putativnotwehr dann jedenfalls nicht anwendet, wenn der Täter bereits das Vorliegen der Notwehrlage irrig annimmt (BGH, NStZ 2002, 141; 2003, 559; NStZ-RR 2002, 203). Da jedoch im vorliegenden Fall eine Notwehrlage tatsächlich vorlag - wenn auch u.U. nicht genau die, an deren Vorliegen der Angeklagte glaubte - ist dem BGH zufolge die Anwendung des § 33 StGB selbst dann möglich, wenn der Täter im Ergebnis einem Erlaubnistatbestandsirrtum unterliegt.

Vertiefungshinweise:

❑ Zur Abgrenzung von Erlaubnis- und Erlaubnistatbestandsirrtum: *BGH*St 22, 223; 45, 219; *BGH*, RA 2010, 741 = JuS 2011, 369; *Geppert*, JURA 2007, 33; *Hoyer*, JR 2000, 473

❑ Zu den Rechtsfolgen des Erlaubnistatbestandsirrtums: *BGH*St 31, 264; 45, 378; *Dornseifer*, JuS 1982, 761; *Geppert*, JURA 2007, 33; *Kaufmann*, JZ 1954, 653; *Lesch*, JA 1996, 346; *Otto*, JURA 1990, 645

❑ Zum intensiven Notwehrexzess: BGH, NStZ 2003, 599; NStZ-RR 2002, 203; 2009, 70

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs*: "Vorbei und dennoch getroffen"

Leitsatz (der Redaktion):

Hält sich der Angegriffene im Falle einer irrig angenommen Notwehrlage im Rahmen dessen, was in der von ihm angenommenen Situation zur Abwendung des Angriffs objektiv erforderlich und geboten gewesen wäre, so beurteilt sich sein Handeln nach den Grundsätzen des Erlaubnistatbestandsirrtums. Seine Bestrafung wegen vorsätzlicher Tatbegehung ist nach § 16 I 1 StGB ausgeschlossen. Bei Vermeidbarkeit des Irrtums kommt gemäß § 16 I 2 StGB die Bestrafung wegen einer Fahrlässigkeitstat in Betracht.

Sachverhalt:

Dem Angeklagten mussten im Jahre 2005 wegen arterieller Durchblutungsstörungen am rechten Bein ein Bypass gelegt und zwei Zehen amputiert werden. Seitdem ist er auf die Einnahme blutgerinnungshemmender Medikamente angewiesen. Gleichwohl wurden in der Folge an der Arteria fermoralis superficialis langstreckige Verschlüsse und ein teilthrombosiertes Aneurisma mit einem Durchmesser von ca. 5 cm diagnostiziert, die dringend der operativen Behandlung bedürfen.

Der als unauffällig und ruhig beschriebene Angeklagte wohnte in einem größeren Wohnkomplex in B., in welchem es regelmäßig zu Ruhestörungen, Körperverletzungen, Drogendelikten und entsprechenden Polizeieinsätzen kam. Auf derselben Etage wohnte auch der als Hausmeister fungierende Zeuge W, zu dem er ein von gegenseitigem Verständnis geprägtes Verhältnis hatte.

In der Tatnacht gegen 23.00 Uhr vernahm der nach dem Konsum von acht Flaschen Bier alkoholisierte Angeklagte erheblichen Lärm aus der Wohnung des

Zeugen W, in der sich mehrere Personen aufhielten, die bei offener Wohnungstür Alkohol und Drogen konsumierten, grölten und laute Musik spielten. Auf die Bitte des Angeklagten sorgte der Zeuge W für Ruhe, worauf der Angeklagte sich schlafen legte. Gegen 0.45 Uhr erwachte der Angeklagte, weil erneut laute Musik aus der geöffneten Wohnungstür des Zeugen W drang. Schlaftrunken und erheblich verärgert entschloss sich der Angeklagte, dessen Wohnung aufzusuchen, um für Ruhe zu sorgen und nötigenfalls den Stecker der Musikanlage zu ziehen. Die Einschaltung der Polizei hielt er nicht für angebracht, weil er mit dem Zeugen stets hatte reden können. Im Bewusstsein der erlebten Polizeieinsätze und aus Angst vor den unbekannten Gästen des Zeugen steckte er zu seinem Schutz ein zusammengeklapptes Taschenmesser mit einer 7 cm langen, spitz zulaufenden Klinge in die vordere Tasche der von ihm getragenen Jogginghose.
Der Zeuge W war indes nach Alkoholkonsum zwischenzeitlich eingeschlafen. In dessen Wohnung fand der Angeklagte lediglich noch die Zeugen Br und Bi ansprechbar. Im Wohnungsflur stehend forderte er den Zeugen Br auf, die Musik leiser zu stellen. Dieser trat auf den Angeklagten zu, verwickelte ihn zunächst in eine verbale Auseinandersetzung und versuchte schließlich, ihn aus der Wohnung zu drängen. Hieraus entwickelte sich "ein Handgemenge und ein Schubsen". Nun entschloss sich der im Wohnzimmer befindliche Zeuge Bi, in das Geschehen "einzugreifen". Er stand auf und "schoss regelrecht" am Zeugen Br vorbei in Richtung des Angeklagten, wobei er "mit den Armen gestikulierte". Obwohl die beiden Zeugen "zu keinem Zeitpunkt" beabsichtigten, den Angeklagten, der die Wohnung nicht freiwillig verlassen wollte, zu schlagen oder zu verletzen, fühlte dieser sich nun bedroht. Er fürchtete, gewaltsam aus der Wohnung des Zeugen W "herauskatapultiert" zu werden und infolge dessen zu stürzen oder gegen die Wand des Etagenflurs zu prallen, was ihm wegen seines Gesundheitszustandes Angst bereitete. Er "meinte", einem solchen Angriff durch ungezielte Messerstiche in Richtung der Zeugen "begegnen zu dürfen". Deshalb zog er das Klappmesser hervor, öffnete es gleichzeitig und stach in unmittelbarer zeitlicher Abfolge zweimal ungezielt, aber heftig in Richtung der Zeugen. Der Zeuge Bi wurde an der linken Halsseite getroffen und erlitt dort eine etwa 3 cm tiefe Stichwunde. Der Zeuge Br erhielt einen Stich in den rechten Oberbauch, der zwischen den Leberlappen hindurchging.

Aus den Gründen:

I. Entscheidung des Landgerichts

[1] Das Landgericht hat den Angeklagten wegen gefährlicher Körperverletzung in zwei tateinheitlichen Fällen zu der Freiheitsstrafe von zwei Jahren verurteilt, deren Vollstreckung es zur Bewährung ausgesetzt hat. Hiergegen wendet sich der Angeklagte mit seiner auf die Rüge der Verletzung materiellen Rechts gestützten Revision. Das Rechtsmittel hat Erfolg.

II. Entscheidung des BGH

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

a) Zum Fehlen ausreichender Feststellungen für die Annahme eine Strafbarkeit gem. §§ 223 I, 224 I Nr. 2, 5 StGB

[2] Die lückenhaften Feststellungen tragen nicht den Schuldspruch wegen gefährlicher Körperverletzung (§ 224 Abs. 1 Nr. 2 und 5 StGB). [...]

b) Würdigung des Landgerichts

[7] Das Landgericht ist der Ansicht, der Angeklagte habe rechtswidrig gehandelt, weil er sich nicht auf eine Notwehrlage (§ 32 StGB) habe berufen können. Die Zeugen hätten keinen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff auf ihn geführt, sondern nur versucht, ihn aus der Wohnung des Zeugen W zu drängen. Hierzu seien sie berechtigt gewesen, weil sich der Angeklagte dort ohne Erlaubnis des Inhabers aufgehalten habe. Zwar habe der Angeklagte in Putativnotwehr gehandelt, weil er irrig angenommen habe, er werde nun - mit der möglichen Folge erheblicher Verletzungen - aus der Wohnung "herauskatapultiert". Putativnotwehr müsse sich jedoch im Rahmen dessen halten, was bei gegebener Notwehrlage gerechtfertigt wäre. Die Messerstiche seien aber bereits nicht das mildeste Mittel gewesen, um den (befürchteten) Angriff abzuwehren; der Angeklagte hätte den unbewaffneten Zeugen den Einsatz des Messers zunächst androhen müssen. Jedenfalls seien sie aber nicht geboten gewesen, da sie in einem krassen Missverhältnis zu dem vom Angeklagten als gefährdet angesehenen Rechtsgut stünden. Auf eine Überschreitung der Grenzen der Notwehr aus Verwirrung, Furcht oder Schrecken könne sich der Angeklagte nicht berufen, da § 33 StGB im Falle bloßer Putativnotwehr keine Anwendung finde.

c) Zur Fehlerhaftigkeit der Würdigung des Angeklagten

[8] Diese Erwägungen sind nicht frei von Rechtsfehlern.

aa) Zum Vorliegen einer Notwehrlage

[9] Entgegen der Ansicht des Landgerichts befand sich der Angeklagte auch objektiv insoweit in einer Notwehrlage, als der Zeuge Br versuchte, ihn mittels körperlicher Gewalt zum Verlassen der Wohnung des Zeugen W zu zwingen, denn hierdurch hat er den Angeklagten rechtswidrig angegriffen (§ 240 StGB; § 32 Abs. 2 StGB). Das Handeln des Zeugen Br war ins-

besondere nicht durch Nothilfe zugunsten des Zeugen W gerechtfertigt, denn der Angeklagte ist weder widerrechtlich in dessen Wohnung eingedrungen noch hat er unberechtigt darin verweilt (§ 123 Abs. 1 StGB). Inhaber des Hausrechts war der Zeuge W. Dass dessen Wille einem Betreten seiner Wohnung durch den Angeklagten aus gegebenem Anlass entgegenstand, hat das Landgericht nicht festgestellt. Angesichts des Verhaltens des Zeugen W anlässlich der vorangegangenen Ruhestörung und seines sachlichen Verhältnisses zum Angeklagten liegt dies auch nicht nahe. Schon deshalb konnte die vom Zeugen Br als Drittem (vgl. hierzu Fischer, StGB, 58. Aufl., § 123 Rn. 29) an den Angeklagten gerichtete Aufforderung, die Wohnung zu verlassen, rechtlich keine Wirkung entfalten.

[10] In einer objektiven Notwehrlage befand sich der Angeklagte naheliegend aber auch gegenüber dem Zeugen Bi. Zwar hat das Landgericht nicht ausdrücklich festgestellt, mit welchem Ziel sich dieser dazu entschloss, in das Geschehen "einzugreifen", jedoch geht es nach dem Gesamtzusammenhang des Urteils von der nahe liegenden Annahme aus, er habe den Zeugen Br bei der Entfernung des Angeklagten aus der Wohnung körperlich unterstützen wollen.

bb) Zum Inhalt des Irrtums des Angeklagten

[11] Danach irrte der Angeklagte entgegen der Ansicht des Landgerichts nicht über die tatsächlichen Voraussetzungen einer Notwehrlage. Vielmehr schloss er aus dem Eingreifen des Zeugen Bi irrig auf eine unmittelbar bevorstehende Intensivierung des bereits in Gang befindlichen rechtswidrigen Angriffs, der er durch den bislang geleisteten bloßen körperlichen Widerstand nicht mehr begegnen zu können glaubte.

(1) Zu den möglichen Folgen des Irrtums

[12] Hält sich der Angegriffene in einem solchen Falle im Rahmen dessen, was in der von ihm angenommenen Situation zur Abwendung des Angriffs objektiv erforderlich und geboten gewesen wäre, so beurteilt sich sein Handeln zunächst allein nach den Grundsätzen des Erlaubnistatbestandsirrtums. Seine Bestrafung wegen vorsätzlicher Tatbegehung ist nach § 16 Abs. 1 Satz 1 StGB ausgeschlossen. Bei Vermeidbarkeit des Irrtums kommt gemäß § 16 Abs. 1 Satz 2 StGB die Bestrafung wegen einer Fahrlässigkeitstat in Betracht (Fischer aaO § 16 Rn. 22; § 32 Rn. 51). Zu prüfen bleibt dann indes, ob der (vermeidbare) Irrtum auf einem der in § 33 StGB genannten asthenischen Affekte - Verwirrung, Furcht oder Schrecken - beruht, denn hierdurch entfiele schuldhaftes Handeln. Anders als in dem Fall, dass der Täter die Fortsetzung eines bereits beendeten Angriffs annimmt (hierzu BGH, Urteil vom 24. Oktober 2001 - 3 StR 272/01, NStZ 2002, 141), ist die Anwendung dieser Vorschrift nicht ausgeschlossen, denn die objektive Notwehrlage dauert fort (vgl. BGH, Beschluss vom 11. Juli 1986 - 3 StR 269/86, NStZ 1987, 20).

[13] Ist sich der Angegriffene demgegenüber bewusst, dass seine Verteidigungshandlung über das hinausgeht, was zur Abwehr des (angenommenen) Angriffs im Sinne von § 32 Abs. 2 StGB erforderlich gewesen wäre, so bleibt es bei einer vorsätzlichen rechtswidrigen Tat. Indes kommt ihm auch in diesem Falle der Schuldausschließungsgrund des § 33 StGB dann zugute, wenn er aus den in der Vorschrift genannten Gründen zur Überschreitung der Grenzen der Notwehr hingerissen worden ist (BGH, Beschluss vom 21. Juni 1989 - 3 StR 203/89, NStZ 1989, 474; Fischer aaO § 33 Rn. 8).

(2) Zur Natur des Irrtums des Angeklagten

[14] Welche der genannten Möglichkeiten vorliegend in Betracht kommt, lässt sich anhand der Feststellungen nicht abschließend beurteilen.

[15] Ob die Messerstiche im Sinne von § 32 Abs. 2 StGB erforderlich gewesen wären, um einen Angriff abzuwehren, wie der Angeklagte ihn befürchtete, kann der Senat mangels zureichender Darlegungen zur inneren Tatseite nicht überprüfen. Zwar geht das Landgericht zutreffend davon aus, dass der Einsatz einer lebensgefährlichen Waffe jedenfalls gegenüber einem unbewaffneten Angreifer grundsätzlich zunächst anzudrohen ist. Indes teilt es nicht mit, ob der Angeklagte überhaupt von einer Kampflage ausging, in der es noch möglich und Erfolg versprechend gewesen wäre, zunächst mit dem Messer zu drohen (hierzu Fischer aaO § 32 Rn. 33 mwN). Angesichts der Feststellung, der Zeuge Bi sei regelrecht auf den Angeklagten zugeschossen, versteht sich dies nicht von selbst.

[16] Der Auffassung des Landgerichts, die Messerstiche wären jedenfalls nicht im Sinne von § 32 Abs. 1 StGB geboten gewesen, kann sich der Senat nicht anschließen. Der Angegriffene muss von einer erforderlichen Verteidigungshandlung nicht bereits dann absehen, wenn zwischen der dem Angreifer dadurch drohenden Rechtsgutverletzung und dem angegriffenen eigenen Rechtsgut ein Ungleichgewicht besteht. Rechtsmissbräuchlich und damit nicht mehr geboten ist eine Verteidigungshandlung vielmehr erst dann, wenn die jeweils bedrohten Rechtsgüter zueinander in einem unerträglichen Missverhältnis stehen, etwa wenn die - wie hier - Leib oder Leben des Angreifers gefährdende Handlung der Abwehr eines evident bagatellhaften, bloßem Unfug nahe kommenden Angriffs dient (vgl. Fischer aaO § 32 Rn. 39). Bei dem vom Angeklagten befürchteten "Hinauskatapultieren" mit der Gefahr nicht unerheblicher Verletzungen infolge eines Sturzes oder eines Aufpralls auf der Wand kann davon keine Rede sein.

2. Zur Schuldfähigkeit des Angeklagten

[17] Unabhängig davon hat der Schuldspruch auch deshalb keinen Bestand, weil die Feststellungen nicht die Annahme des Landgerichts tragen, der Angeklagte sei bei der Begehung der ihm vorgeworfenen Tat schuldfähig gewesen (§ 20 StGB).

[18] Sachverständig beraten hat das Landgericht festgestellt, dass der aus dem Schlaf gerissene Angeklagte zur Tatzeit infolge einer Blutalkoholkonzentration von 1,66 ‰ und eines beträchtlichen Erregungszustandes "in der Fähigkeit, das Unrecht seiner Handlungen einzusehen und nach der Einsicht zu handeln, erheblich eingeschränkt" war. Ist indes die Fähigkeit des Täters, das Unrecht seiner Tat einzusehen, erheblich vermindert, so kommt es für die Beurteilung seiner Schuldfähigkeit entscheidend darauf an, ob ihm deswegen diese Einsicht fehlt oder ob er gleichwohl über sie verfügt. Hat der Täter nicht die Einsicht in das Unerlaubte seines Handelns und kann ihm dies auch nicht vorgeworfen werden, so handelt er nach § 17 Satz 1 StGB ohne Schuld (vgl. Fischer aaO § 21 Rn. 3 mwN). Dazu, ob der Angeklagte ungeachtet der festgestellten erheblichen Beeinträchtigung seiner Einsichtsfähigkeit das Unerlaubte seines Handelns erkannte, verhält sich das Urteil nicht.

3. Hinweis an das neue Tatsachengericht

[19] Die nunmehr zur Entscheidung berufene Strafkammer wird - nötigenfalls unter Heranziehung des Zweifelssatzes - sowohl den objektiven Sachverhalt als auch die subjektiven Vorstellungen des Angeklagten genauer festzustellen haben, um eine ausreichende Grundlage für die Bewertung zu schaffen, ob die Tat des Angeklagten gerechtfertigt oder entschuldigt ist.

Standort: § 30 II StGB Problem: Verbrechensverabredung im Internet-Chat

BGH, Beschluss vom 16.03.2011
5 StR 581/10 (bisher unveröffentlicht)

Problemdarstellung:

Der Angeklagte hatte im Rahmen einer Internetplattform für "pädophil orientierte Menschen" mehrfach an Chat-Gesprächen teilgenommen, bei denen er - wie die anderen Chat-Teilnehmer auch - lediglich unter einem Pseudonym aufgetreten war. Im Rahmen eines Chat-Gesprächs mit einem Niederländer, der unter dem Chat-Namen "kees" auftrat, vereinbarten die beiden, dass sie ein Schulkind entführen, zu einem gemieteten Ferienhaus bringen und dort zunächst sexuell missbrauchen und dann töten würden. Ein weiterer Kontakt des Angeklagten mit "kees" oder gar eine Umsetzung des Planes erfolgte jedoch nie. In einem anderen Gespräch mit einem Chat-Teilnehmer, der den Chat-Namen "Big Buddy" benutzte, wurde vereinbart, dass die beiden den fünfjährigen Sohn von "Big Buddy" gemeinsam sexuell missbrauchen würden. Auch dieser Plan wurde jedoch nicht ausgeführt.

Das Landgericht Kiel hatte den Angeklagten hinsichtlich des Gesprächs mit "kees" wegen Verabredung zum Mord, §§ 30 II, 211 StGB, und hinsichtlich des Gesprächs mit "Big Buddy" wegen Sichbereiterklärens zur besonders schweren Vergewaltigung, §§ 30 II, 177 I, IV Nr. 2 StGB, verurteilt. Diese Verurteilung hob der BGH auf die Revision des Angeklagten hin auf. Den Feststellungen lasse sich nicht entnehmen, dass der Angeklagte sich tatsächlich ernstlich zu den entsprechenden Taten habe verabreden bzw. bereiterklären wollen und dass es ihm nicht nur um die Darstellung seiner Fantasien ging. Außerdem sei der Angeklagte jedenfalls strafbefreiend gem. § 31 I StGB zurückgetreten sei.

Prüfungsrelevanz:

Während die Sexualstraftaten, §§ 174 ff. StGB, in den meisten Bundesländern nicht zum Prüfungsstoff des ersten Examens gehören, ist der Tatbestand des Mordes, § 211 StGB, in beiden Examen immer wieder Gegenstand von Prüfungsaufgaben. In Klausuren kommen in beiden Examen auch häufig Konstellationen vor, in denen sich mehrere Beteiligte dazu verabreden, ein Verbrechen durchzuführen, und diesen Plan dann auch tatsächlich in die Tat umsetzen. In solchen Sachverhalten ist dann zwar stets bereits durch die entsprechende Verabredung eine Strafbarkeit gem. § 30 II StGB gegeben. Diese spielt jedoch im Ergebnis normalerweise keine Rolle, da die Verbrechensverabredung jedenfalls als mitbestrafte Vortat auf Konkurrenzeben zurücktritt, wenn auch nur ein Versuch des verabredeten Verbrechens begangen wird (BGH, StV 2000, 137; Fischer, § 30 Rn. 17). Deshalb ist auf die Prüfung des § 30 II StGB meist nicht viel Zeit zu verwenden, die kurze Anmerkung, dass eine entsprechende Strafbarkeit gegeben ist, das Delikt jedoch zurücktritt, genügt hier in der Regel. Manchmal werden die Fälle jedoch bewusst so gebildet, dass es trotz entsprechender Verabredung nicht zur Ausführung des Verbrechens kommt. In solchen Konstellationen ist dann natürlich die Verbrechensverabredung als solche im Detail zu prüfen.

In der vorliegenden Entscheidung geht der BGH auf die Anforderungen an die Strafbarkeit einer Verbrechensverabredung ein, insbesondere wenn die potenziellen Mittäter nicht unter ihrem wahren Namen sondern unter "Decknamen" oder Pseudnoymen miteinander in Kontakt treten. Gerade deshalb, weil eine mehr oder weniger anonyme Kommunikation über ICQ, Chats oder Internet-Foren heute alltäglich ist, hat

diese Fragestellung eine besonders große praktische Bedeutung, was gerne von Prüfern als Begründung herangezogen wird, um solche Probleme auch in Prüfungsaufgaben einzubauen. Auch die Tatsache, dass der BGH sich erstmalig mit dieser Frage befasst, legt es nahe, dass das vorliegende Urteil für Prüfungsaufgaben verwertet werden wird.

Gem. § 30 II StGB macht sich insbesondere strafbar, wer sich bereit erklärt oder mit einem anderen verabredet, ein Verbrechen zu begehen (vgl. zum Prüfungsaufbau das Skript StrafR AT II, Rn. 212 ff.). Eine Verabredung i.S.v. § 30 II StGB ist die ernst gemeinte Übereinstimmung von zwei oder mehr Personen, mittäterschaftlich ein bestimmtes Verbrechen auszuführen (BGH, NJW 2009, 1221; NStZ 2009, 497; Lackner/Kühl, § 30 Rn. 6; Jescheck/Weigend, AT, § 65 III 1; Dessecker, JA 2005, 549, 551). Wichtig ist insofern für die Strafbarkeit insbesondere, dass mindestens zwei Personen ernstlich dazu entschlossen sind, das verabredete Verbrechen zu begehen (BGH, NStZ 2009, 497; Fischer, § 30 Rn. 12a; Lackner/Kühl, § 30 Rn. 6; LK-Schünemann, § 30 Rn. 63; a.A.: Schönke/Schröder-Cramer/Heine, § 30 Rn. 29).

Wie der BGH in der vorliegenden Entscheidung feststellt, lässt Wortlaut des § 30 II StGB offen, in welchem Umfang die sich Verabredenden die Identität des jeweils anderen kennen müssen. Deshalb sei es zwar nicht ausgeschlossen, dass eine Verabredung zwischen Personen, die sich lediglich über einen Tarnnamen in einem Internet-Chat-Forum kennen, gem. § 30 II StGB strafbar sei. Jedoch müsse über eine Auslegung des entsprechenden Tatbestandes ermittelt werden, ob in solchen Konstellationen eventuell Einschränkungen vorzunehmen seien. Der BGH führt insofern aus, dass der Strafgrund der Verbrechensverabredung in der Willensbindung der Beteiligten durch die entsprechende Verabredung liege. Diese begründe nämlich eine "quasi-vertragliche" Bindung der Beteiligten und deshalb auch einen Motivationsdruck, der dazu führe, dass es für die Beteiligten nach der Verabredung kaum noch ein "Zurück" gebe, sodass bereits vor Eintritt in das Versuchsstadium eine Gefahr für das durch die verabredete Tat geschützte Rechtsgut entstehe (vgl. auch Fischer, § 30 Rn. 2; LK-Schünemann, § 30 Rn. 11; Roxin, StrafR AT II, S. 303). Dieser strafbegründende Motivationsdruck sei jedoch nur dann gegeben, wenn die an der Verabredung Beteiligten von dem jeweils anderen auch die Vornahme der versprochenen verbrecherischen Handlungen wirklich einfordern könnten. Dies sei zwar auch möglich, wenn mehrere Personen unter Verwendung von Tarnnamen miteinander kommunizieren, z.B. innerhalb einer verbrecherischen Organisation. Bei einer Kommunkation über einen Internet-Chat sei es jedoch - wenn den Beteiligten nicht die wahre Identität des unter einem Chat-Namen auftretenden Kommunikationspartners bekannt ist - ausgeschlossen, dass auf den jeweils anderen Druck hinsichtlich der Ausführung des verabredeten Verbrechens ausgeübt werde. Deswegen sei eine entsprechende Verabredung - sofern nicht auch gleich ein konkreter persönlicher Kontakt vereinbart wird - zumindest in Fällen ausgeschlossen, in denen eine gleichzeitige Anwesenheit der Mittäter in der Ausführungsphase erforderlich sei. Da sich der Angeklagte und "kees" nicht persönlich kannten, die von ihnen geschilderte Tat aber eine gleichzeitige Anwesenheit am Tatort voraussetzen würde, hatte der BGH das entsprechende Gespräch zwischen diesen nicht als Verabredung i.S.v. § 30 II StGB angesehen. Jedenfalls, so führt der BGH aus, sei der Angeklagte von einer Verabredung gem. § 31 I StGB zurückgetreten, da er keine weiteren Anstrengungen unternommen habe, um die besprochene Tat auszuführen. Interessant ist insofern vor allem, dass der BGH die Voraussetzungen eines Rücktritts gem. § 31 I Nr. 2 StGB prüft, obwohl diese Vorschrift eigentlich nur der Rücktritt von einem Bereiterklären regelt und nicht denjenigen von einer Verbrechensverabredung, der von § 31 I Nr. 3 StGB erfasst wird.

Da sich nicht nachweisen ließ, dass "Big Buddy" auch ernsthaft vorhatte, die besprochene Vergewaltigung seines Sohnes tatsächlich durchzuführen, hatte das LG insofern keine Verabredung, sondern lediglich ein Sichbereiterklären des Angeklagten angenommen, da dieses bereits vorliegt, wenn der Täter vorbehaltlos seine Bereitschaft zur Begehung eines Verbrechens einem anderen gegenüber kundtut (Schönke/Schröder-Cramer/Heine, § 30 Rn. 23; Gropp, AT, § 9 Rn. 102). Der BGH lässt insofern offen, ob die anonyme Kundgabe in einem Internet-Chat tatsächlich für ein Sichbereiterklären ausreichen kann, da der Angeklagte auch hiervon jedenfalls gem. § 31 I Nr. 2 StGB zurückgetreten sei.

Vertiefungshinweise:

❑ Zur Verbrechensverabredung: *BGH*, NJW 2009, 1221; NStZ 2009, 497; NStZ-RR 2002, 74; *Dessecker*, JA 2005, 549; *Geerds*, JR 1999, 426

Leitsatz:

Internetchat und Verbrechensverabredung.

Sachverhalt:

1. Fall II.14 der Urteilsgründe:

Der Angeklagte befand sich unter der anonymen Bezeichnung "No Limit" an einem nicht näher feststellbaren Tag im Sommer 2009 zwischen 12.50 Uhr und 19.59 Uhr auf der genannten Internetplattform in einem auf seiner Festplatte in einer Textdatei gespei-

chert gebliebenen Chatgespräch mit einem nicht identifizierten und für den Angeklagten nicht identifizierbaren, in den Niederlanden ansässigen Mann, der im Chat als "kees" auftrat und den der Angeklagte aus einem früheren Chatkontakt kannte. In dem Gespräch tauschten die Partner Gedanken über Pläne zu Kindesmissbrauch mit extremen sexuellen und sadistischen Begleitumständen aus:

Beide erwogen, um einen geeigneten kindlichen Sexualpartner zu finden, ein Kind von der Straße zu nehmen; man müsse letztlich ein Kind finden, das allein an einsamer Stelle auf dem Schulweg sei. Im Hinblick auf noch unverplante Resturlaube konstatierten der Angeklagte und "kees", dass man die Pläne wohl Ende September in die Tat umsetzen könne. Nach dem Austausch dreier kinderpornografischer Abbildungen konkretisierten sie ihr Vorhaben. Der Niederländer favorisierte, den zu entführenden Jungen an den Hoden aufzuhängen; der Junge sollte dann in seiner Qual seine Hoden selbst abschneiden. Der Angeklagte wollte den Jungen würgen, während er ihn "ficke". Beide vergewisserten sich gegenseitig, dass sie es ernst meinten und dass "idealerweise" ein acht Jahre alter Junge aus einer ländlichen Gegend des nördlichen Mecklenburg-Vorpommern entführt und über einige Stunden gequält werden sollte. Der Tod des Jungen sollte durch "kees" herbeigeführt werden, indem er seinen Penis dem Kind so tief in den Mund stecken würde, dass es - während der Angeklagte den Analverkehr ausübe - daran ersticken würde. Der Leichnam könnte dann im Meer versenkt werden.

Zur Ausführung des Vorhabens erwogen der Angeklagte und "kees", in den Niederlanden ein Fahrzeug zu mieten, dieses in Deutschland mit gestohlenen Kennzeichen zu versehen und ein Ferienhaus an der Nordsee zu mieten. Der Angeklagte übermittelte "kees" das Internetangebot eines Ferienhauses in Neßmersiel. Er hielt es für sinnvoll, dass er das Ferienhaus vorab buche. Als konkrete Tatzeit wurde - im Hinblick auf die in Mecklenburg-Vorpommern am 30. Oktober 2009 endenden Schulferien - der November 2009 in Aussicht genommen. Ein verabredetes weiteres Chatgespräch fand nicht mehr statt.

2. Fall II.15 der Urteilsgründe:

Der Angeklagte befand sich in einer nicht näher bestimmbaren Nacht des Jahres 2009 zwischen 23.25 Uhr und 4.37 Uhr mit einem Mann im Chatkontakt, der die anonyme Bezeichnung "Big Buddy" führte. Beide sprachen darüber, den fünf Jahre alten Sohn des "Big Buddy" gemeinsam und gleichzeitig oral und anal an einem Wochenende während der Herbstferien in einer "Seedatsche" zu missbrauchen und ihm sexuell motivierte Schmerzen zuzufügen. Der Angeklagte äußerte den Wunsch, "das Tatopfer beim 'Ficken' in den Magen zu boxen und ihm Stecknadeln unter die Fußnägel zu stecken". Auf die Ermahnung des Chatpartners, dass der Angeklagte ja die Grenzen kenne, konzedierte dieser, "dass der Junge das Ganze schon überleben werde, dass 'der Arsch' aber wund sein und der Junge auch Griffmarken aufweisen werde". Der Angeklagte erklärte zum Abschluss des Kontakts, dass "Big Buddy" ihm im Fall der Verwirklichung des Vorhabens "einen Lebenstraum erfüllen" würde.

Aus den Gründen:

I. Entscheidung des Landgerichts

[1] Das Landgericht hat den Angeklagten wegen Verabredung eines Mordes (tateinheitlich eines Missbrauchs eines Kindes mit Todesfolge und einer Vergewaltigung mit Todesfolge) in Tateinheit mit Besitz und mit Verbreitung kinderpornografischer Schriften (Fall II.14), wegen Sichbereiterklärens zu einer besonders schweren Vergewaltigung sowie tateinheitlich einem besonders schweren sexuellen Missbrauch eines Kindes (Fall II.15), wegen Verabredung eines schweren sexuellen Missbrauchs eines Kindes (Fall II.2), wegen gefährlicher Körperverletzung (Fall II.1), wegen schweren sexuellen Missbrauchs eines Kindes (Fall II.13), wegen Besitzes kinderpornografischer Schriften (Fall II.3) und wegen 19 Fällen verschiedener Varianten von Vergehen nach § 184b StGB zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von elf Jahren verurteilt und hat die Unterbringung des Angeklagten in der Sicherungsverwahrung angeordnet.

II, Entscheidung des BGH

[2] Die Revision des Angeklagten erzielt auf die nicht ausgeführte Sachrüge den aus der Beschlussformel ersichtlichen Teilerfolg. Im Übrigen ist sie unbegründet im Sinne des § 349 Abs. 2 StPO.

1. Zu den Fällen II.1 bis II.3 und II.13

[3] Der Gegenstand der Schuldsprüche gegen den im Juni 2002 wegen Verbreitung pornografischer Schriften zu einer zur Bewährung ausgesetzten Freiheitsstrafe verurteilten, mit einer Geldauflage und Therapieweisung belegten Angeklagten, einen früheren Betriebsleiter, umfasst überwiegend Straftaten, die er im Rahmen einer Internetplattform für "pädophil orientierte Menschen" namens "Zauberwald" begangen hat (unten 2 und 3). [...]

2. Zu den Fällen II.4 bis II.12 und II.16 bis II.25

[8] Hinsichtlich der Fälle II.4 bis 12 und 16 bis 25 der Urteilsgründe, in denen das Landgericht die Erlangung und Weiterleitung kinderpornografischer Dateien im Rahmen von Chatkontakten des Angeklagten mit unbekannt gebliebenen Partnern ausgeurteilt und Freiheitsstrafen jeweils zwischen vier und acht Monaten festgesetzt hat, war lediglich die Tenorierung klarzu-

stellen. Hinsichtlich der Fälle II.4 und 5 der Urteilsgründe billigt der Senat die vom Landgericht gefundene, mit den Entscheidungen der Oberlandesgerichte Schleswig (NStZ-RR 2007, 41, 42) und Hamburg (NJW 2010, 1893, 1895) übereinstimmende Rechtsauffassung (vgl. dazu Laufhütte/Roggenbuck, aaO, § 184b Rn. 10 mN).

3. Zu den Fällen II.14 und II. 15

[9] Die beiden schwersten Schuldsprüche der Verabredung eines Mordes (Fall II.14 der Urteilsgründe) und des Sichbereiterklärens zu einer besonders schweren Vergewaltigung (Fall II.15 der Urteilsgründe) halten der sachlichrechtlichen Prüfung nicht stand.

a) Zum Fall II.14

[10] Fall II.14 der Urteilsgründe (Verabredung zum Mord u.a.; Freiheitsstrafe neun Jahre) [...]

bb) Würdigung des Landgerichts

[14] Das Schwurgericht hat die Einlassung des Angeklagten, seine Chatgespräche seien reine Fiktion gewesen, beweiswürdigend durch die große Anzahl der Realitätskennzeichen und durch den Umstand als widerlegt angesehen, dass der Angeklagte diverse Grundschulen in Mecklenburg-Vorpommern im Internet daraufhin untersucht habe, wie weit sie von örtlichen Polizeirevieren entfernt seien. Zudem habe der Angeklagte im eingestandenen Fall II.2 der Urteilsgründe nicht in Frage gestellt, dass nach der Präsentation des Bauernhofes im Harz als Tatort das dort verabredete Treffen tatsächlich stattfinden sollte.

cc) Zum Fehlen einer Strafbarkeit wegen Verbrechensverabredung

[15] Die Feststellungen tragen die Annahme des Schwurgerichts nicht, der Angeklagte habe sich mit dem unbekannt gebliebenen Chatpartner "kees" zu einem Verbrechen (u.a. des Mordes) gemäß § 30 Abs. 2 Variante 3 i.V.m. § 211 StGB verabredet.

(1) Zu den Anforderungen an eine Verbrechensverabredung i.S.v. § 30 II StGB

[16] Eine Strafbarkeit setzt die vom ernstlichen Willen getragene Einigung von mindestens zwei Personen voraus, an der Verwirklichung eines bestimmten Verbrechens mittäterschaftlich mitzuwirken (BGH, Urteile vom 4. Februar 2009 - 2 StR 165/08, BGHSt 53, 174, 176 mN, und vom 13. November 2008 - 3 StR 403/08, NStZ 2009, 497). Der Gesetzeswortlaut lässt offen, in welchem Umfang ein Verabredender die Identität seines präsumtiven Mittäters kennen muss. Dies schließt die Annahme einer Verabredung zwischen Personen, die sich lediglich über einen Tarnnamen in einem Internetchatforum kennen, nicht aus. Allerdings hat sich die bisherige Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, soweit ersichtlich, ausschließlich mit Fällen von den präsumtiven Mittätern bekannten Identitäten der jeweils anderen befasst (vgl. Roxin, JA 1979, 169; 171 f.; Schünemann in LK, 12. Aufl. § 30 Rn. 60 und 62; BGH, Urteile vom 28. Juni 2007 - 3 StR 140/07, BGHR StGB § 30 Abs. 2 Verabredung 7, vom 13. November 2008 - 3 StR 403/08, NStZ 2009, 497 und vom 4. Februar 2009 - 2 StR 165/08, BGHSt 53, 174).

[17] Die Strafwürdigkeit der Verbrechensverabredung erklärt sich aus der Willensbindung der Beteiligten (Roxin, Strafrecht AT II [2003], S. 303 Rn. 43), durch die bereits vor Eintritt in das Versuchsstadium eine Gefahr für das durch die vorgestellte Tat bedrohte Rechtsgut entsteht (vgl. Fischer, StGB, 58. Aufl., § 30 Rn. 2). Der von einer solchen quasi-vertraglichen Verpflichtung ausgehende Motivationsdruck sorgt oft dafür, dass es von einer bindenden Verabredung für einen Beteiligten kaum noch ein Zurück gibt, so dass bei Angriffen auf die wertvollsten und schutzbedürftigsten Rechtsgüter schon der Abschluss der Deliktsvereinbarung durch eine Strafdrohung verhindert werden muss (Schünemann in LK, 12. Aufl., § 30 Rn. 11). Eine solche auf die Begehung des intendierten Verbrechens bezogene bindende Verabredung erfordert, dass jeder an ihr Beteiligte in der Lage sein muss, bei dem jeweils anderen präsumtiven Mittäter die von jenem zugesagten verbrecherischen Handlungen (vgl. Schröder, JuS 1967, 289, 291) auch einfordern zu können. Dies kann auch zwischen Personen geschehen, die lediglich unter Verwendung eines Tarnnamens kommunizieren. Solches wird sogar in etlichen Fallkonstellationen, in denen es gilt, hierdurch eine Entdeckung zu vermeiden, für die sich Verabredenden sinnvoll sein und nötigt nicht dazu, dass - etwa bei unbekannt bleiben wollenden Angehörigen verbrecherischer Organisationen - Zweifel an der Ernsthaftigkeit der Verabredung überwunden werden müssten. Gleiches wird naheliegend anzunehmen sein, wenn anonym getroffene Absprachen durch weitere Vorbereitungshandlungen oder deren Verabredung bestätigt worden sind. In Fällen, in denen die verabredete Tat - wie vorliegend - die gleichzeitige Präsenz der Mittäter bei Tatbegehung voraussetzt, ist eine verbleibende völlige Anonymität freilich ausgeschlossen. Deren spätere Auflösung muss Teil des konkreten Tatplans sein. Schon hierfür fehlt es an vollständigen Feststellungen.

(2) Zur Fehlerhaftigkeit der Würdigung des Landgerichts

[18] Insbesondere ist das Landgericht bei der von ihm zu beurteilenden Fallkonstellation, in der es darum geht, Verbrechensfantasie von wirklichem verbrecherischen Willen und dessen Umsetzung abzugrenzen, dem Gebot der erschöpfenden Beweiswürdigung nicht

umfassend gerecht geworden (vgl. BGH, Urteil vom 16. November 2006 - 3 StR 139/06, NJW 2007, 384, 387, insoweit in BGHSt 51, 144 nicht abgedruckt; Brause, NStZ 2007, 505, 506). Seine Erwägungen vermögen deshalb nicht mehr als einen Verdacht der Verabredung zu einem Mord zu begründen (vgl. auch BGH, Beschluss vom 12. Dezember 2001 - 5 StR 520/01, StV 2002, 235). Die Schwurgerichtskammer hat in ihren beweiswürdigenden Erwägungen mehrere die Absprache zwischen dem Angeklagten und "kees" betreffenden Umstände, die gegen deren Ernstlichkeit als Verbrechensverabredung zu erwägen gewesen wären, nicht erkennbar bedacht.

[19] Die Absprache wurde in lediglich einem Chatgespräch getroffen zwischen Partnern, die sich nicht persönlich kannten und deren Identität nicht ohne Mitwirkung des anderen zu ermitteln war. Über einen direkten kommunikativen Zugang zu "kees" verfügte der Angeklagte nicht. Die abgesprochene Fortsetzung der Kommunikation unterblieb genauso wie die vom Angeklagten zugesagte Buchung des Ferienhauses. Das Landgericht hat sich auch nicht mit dem zentralen Einwand des Angeklagten auseinandergesetzt, er habe sich seinen Chatpartnern immer wieder durch das Wechseln seines Nicknamens entzogen, bevor es richtig konkret hätte werden können. Es hat zudem in seiner Beweiswürdigung zur Bestimmung des Tatzeitraums des Falles II.15 der Urteilsgründe den Charakter der vom Angeklagten im Sommer 2009 geführten Chatgespräche als eskalierende Fantasien - in Abgrenzung zu denen im eingestandenen Fall II.2 der Urteilsgründe - bezeichnet, ohne auf diese Gegensätzlichkeit für die hier zur nämlichen Zeit stattgefundene Tathandlung zurückzukommen.

[20] Der vom Landgericht herangezogene Umstand, der Angeklagte habe im eingestandenen Fall der Verabredung eines schweren sexuellen Missbrauchs eines Kindes (Fall II.2 der Urteilsgründe) - indes dort ohne den Ausdruck ausufernd perversen sexuellen Geschehens - die Ernstlichkeit der Mitteilung des präsumtiven Tatorts nicht in Frage gestellt, ist kein den Angeklagten selbständig belastendes Indiz, weil dieser in jenem anders gelagerten Fall sogar weitergehend die Anmietung der Ferienwohnung im Harz eingestanden hatte.

[21] Schließlich stößt der von der Schwurgerichtskammer als tragend herangezogene Umstand des Detailreichtums in der hier zu beurteilenden Fallkonstellation der gebotenen Abgrenzung bloßer Verbrechensfantasie von verbrecherischem Willen auf durchgreifende Bedenken. Ähnlich wie in Fällen, in denen Angaben von Mittätern zu ihren Tatgenossen durch die Wiedergabe selbst erlebter Tatdetails nicht wesentlich gestützt werden (BGH, StV 2006, 683), eignen sich detaillierte Angaben eines Fantasiebegabten über ein Verbrechen nicht unbedingt zur Entscheidung der Frage, ob sie noch Fiktion oder bereits Ausdruck verbrecherischen Willens sind. Das gilt jedenfalls in Fällen der vorliegenden Art, nämlich des Austauschs perverser, den eigenen Sexualtrieb und den des Kommunikationspartners aufstachelnder und befriedigender sexualbezogener Fantasien. Für die Bewertung, ob sich die Ausführungen des Angeklagten noch im Bereich solcher Fantasien bewegen, hätte der Umstand nicht unberücksichtigt bleiben dürfen, dass der Angeklagte bislang gegenüber Kindern nicht sexuell übergriffig geworden ist.

(3) Zum Vorliegen eines Rücktritts gem. § 31 I Nr. 2 StGB

[22] Der Senat sieht davon ab, den Sachverhalt neu als Verbrechensverabredung aufklären zu lassen. Hierfür erforderliche zusätzliche selbstbelastende Bekundungen des Angeklagten erscheinen ausgeschlossen. Auch unter anderen Tatbestandsvarianten des § 30 StGB wird sich eine Strafbarkeit nicht begründen lassen. Die hier soeben dargelegten Defizite in der Beweiswürdigung legen es nahe, dass ein neu berufenes Tatgericht auch zu keiner Verurteilung nach § 30 Abs. 1 Satz 1 StGB wegen strafbarer versuchter Anstiftung (vgl. Roxin, JA 1979, 169, 170) oder wegen Sichbereiterklärens im Sinne des § 30 Abs. 2 StGB (vgl. BGH, Urteil vom 4. Februar 2009 - 2 StR 165/08, BGHSt 53, 174, 177; BGH, Beschluss vom 11. August 1999 - 5 StR 217/99, BGHR StGB § 30 Abs. 2 Verabredung 5; Fischer, aaO, § 30 Rn. 10) kommen wird.

[23] Ausschlaggebend für eine zu unterlassende Zurückverweisung ist indes jedenfalls, dass die Annahme einer Straflosigkeit nach § 31 Abs. 1 Nr. 2 StGB unumgänglich sein wird.

[24] Der Angeklagte muss, um nach dieser Vorschrift Straflosigkeit zu erlangen, sein Vorhaben lediglich aufgegeben haben. Insoweit verlangt das Gesetz weniger als die bis Ende 1974 geltende Vorgängerregelung des § 49a Abs. 3 Nr. 3 StGB, wonach ein Widerruf der Erklärung geboten war, durch die der Täter sich zu einem Verbrechen bereit erklärt hatte. Die Aufgabe des Vorhabens ist vom Tatgericht - wie andere innere Tatsachen - beweiswürdigend aus den gesamten Umständen festzustellen. Das Erfordernis einer Erkennbarkeit nach außen ist - entgegen der im Gesetzgebungsverfahren geäußerten Vorstellung (BT-Drucks. IV/650, 155) - dem Gesetzeswortlaut nicht zu entnehmen (Roxin, aaO, S. 324 Rn. 98 bis 100; im Ergebnis ebenso die weit überwiegende Meinung in der Literatur: vgl. nur Schünemann, aaO, § 31 Rn. 16 f.; aA Lackner/Kühl, StGB, 27. Aufl., § 31 Rn. 4 mN weiterer gegenteiliger Auffassungen). Die Aufgabe eines Entschlusses und deren äußere Erkennbarkeit sind ebenso zweierlei wie das Fassen eines Tatentschlusses und dessen Hervortreten nach außen (Roxin, aaO, Rn. 100). Es spricht gegen eine freiwillige Auf-

gabe des Vorhabens, wenn ein Beschuldigter bei Tatvorbereitungen entdeckt wird oder scheitert, während der Abbruch Erfolg versprechender Vorbereitungen oder ein Untätigbleiben, wo nach der Bereiterklärung wenigstens vorbereitende Aktivitäten zu erwarten gewesen wären, auf einen freiwilligen Rücktritt deuten (Roxin, aaO). Nur Letzteres ist nach den getroffenen Feststellungen anzunehmen. Der Angeklagte ist entgegen der Verabredung in keinen Chatverkehr mehr mit "kees" eingetreten und hat es entgegen der Ankündigung unterlassen, das Ferienhaus für die in Aussicht genommene Tatzeit zu buchen.

[25] Der Tatvorwurf der Verbrechensverabredung hat demnach im Fall II.14 der Urteilsgründe zu entfallen. Das neu berufene Tatgericht wird lediglich noch eine Strafe hinsichtlich der tateinheitlich ausgeurteilten Vergehen gemäß § 184b Abs. 2 und 4 Satz 1 ("Erwerb" verdrängt "Besitz" nach Satz 2) StGB festzusetzen haben.

b) Zum Fall II.15

[26] Fall II.15 der Urteilsgründe (Verabredung zur besonders schweren Vergewaltigung u.a.; Freiheitsstrafe vier Jahre) [...]

bb) Würdigung des Landgerichts

[28] Das Landgericht hat sich beweiswürdigend davon überzeugt, dass der Angeklagte zur Begehung des genügend konkretisierten Vergewaltigungs- und Missbrauchsverbrechens fest entschlossen war. Es vermochte sich aber nicht davon zu überzeugen, dass auch der Chatpartner des Angeklagten fest vorhatte, sich an dem Verbrechen zum Nachteil seines Sohnes als Mittäter zu beteiligen. Die Schwurgerichtskammer hat deshalb die Annahme einer Verbrechensverabredung abgelehnt und den Angeklagten wegen eines Sichbereiterklärens im Sinne des § 30 Abs. 2 StGB schuldig gesprochen.

cc) Zum Fehlen des Vorsatzes des Angeklagten bzw. Vorliegens eines Rücktritts

[29] Die vom Landgericht hierfür vorgenommene Prüfung des Vorsatzes des Angeklagten ist lückenhaft.

[30] Das Landgericht hat zwar plausible und nachvollziehbare Erwägungen angestellt, die belegen, dass der vom Angeklagten erstrebte Analverkehr einem in der Realität zu verwirklichenden Wunsch des Angeklagten entspringt.

[31] Der Schuldspruch hat aber jedenfalls deshalb keinen Bestand, weil das Landgericht auch hier keine tragfähige Begründung für den Ausschluss eines strafbefreienden Rücktritts (§ 31 StGB) gefunden hat. Es würde einem neu berufenen Tatgericht nach Prüfung der Voraussetzungen des § 31 Abs. 1 Nr. 2 StGB nicht mehr möglich sein, zu einem Schuldspruch wegen des Sichbereiterklärens zu einer besonders schweren Vergewaltigung zu kommen. Insoweit wird auf die obigen Erwägungen zu II.14 der Urteilsgründe (oben Tz. 22) verwiesen und darauf, dass in der bisherigen Beweiswürdigung die zentralen Einwände des Angeklagten unberücksichtigt geblieben sind. Diese könnten nicht anders als ein Aufgeben des Vorhabens bewertet werden.

[32] Die Frage, ob es für die vom Tatgericht angenommene Strafbarkeit angesichts der vollständigen Anonymität zwischen den Chatpersonen auch an ausreichenden Feststellungen dafür fehlte, dass der Angeklagte im Rahmen des Chatkontaktes die Annahme des Anerbietens tatsächlich schon ernstlich erstrebt hat (vgl. Fischer, aaO, § 30 Rn. 10), bedarf danach keiner Vertiefung.

[33] Der Senat sieht auch in diesem Fall davon ab, die Sache neu aufklären und bewerten zu lassen. Weitere selbstbelastende Bekundungen des Angeklagten erscheinen auch insoweit genauso ausgeschlossen wie die Erlangung zusätzlicher belastender Indizien. Der vom Angeklagten willentlich als Textdatei auf seinem Computer gespeicherte Chatverkehr mit "Big Buddy" unterfälllt ohne Weiteres der Strafbarkeit nach § 184b Abs. 4 Satz 2 StGB. Der Senat stellt den Schuldspruch dementsprechend um. Die Vorschrift des § 265 Abs. 1 StPO steht dem nicht entgegen, weil der insoweit geständige Angeklagte sich nicht anders hätte verteidigen können.

4. Zur Aufhebung der Gesamtfreiheitsstrafe und der Anordnung der Sicherungsverwahrung

[34] Der Wegfall von drei der vier höchsten Einzelstrafen nötigt zur Aufhebung der erkannten Gesamtfreiheitsstrafe und des maßgeblich auf den zugehörigen Verurteilungen beruhenden Maßregelausspruchs. Dieser hat zu entfallen. Eine Festsetzung von Strafen, die die Voraussetzungen des § 66 Abs. 2 StGB erfüllen könnten, ist nach den Schuldspruchänderungen und den bei der Bemessung der neuen Strafen zu beachtenden Maßstäben sicher auszuschließen. Die Festsetzung der Strafen in den Fällen II.13 bis 15 und der Gesamtfreiheitsstrafe wird auf der Grundlage der bisher getroffenen Feststellungen vorzunehmen sein. Diese können freilich um solche ergänzt werden, die den bisher getroffenen Feststellungen nicht widersprechen.

5. Zur Zurückverweisung an eine allgemeine Strafkammer

[35] Nachdem ein die Zuständigkeit des Schwurgerichts nach § 74 Abs. 2 GVG begründendes Verbrechen nicht mehr Verfahrensgegenstand ist, wird sich eine allgemeine Strafkammer des Landgerichts mit der Sache zu befassen haben (vgl. BGH, Urteil vom 7. September 1994 - 2 StR 264/94, NJW 1994, 3304, 3305, insoweit nicht in BGHSt 40, 251 abgedruckt).

Standort: §§ 242 I, 259 I StGB Problem: Strafrahmen bei Postpendenz

BGH, BESCHLUSS VOM 24.02.2011
4 STR 651/10 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Der Angeklagte hatte wiederholt gestohlenes Buntmetall im Interesse der Diebe verkauft, wobei sich aber nicht mehr feststellen ließ, ob er nicht sogar vielleicht auch schon an den jeweiligen Diebstahlstaten mitgewirkt hatte.

Da sich nicht mit Sicherheit feststellen ließ, ob der Angeklagte bereits an den Vortaten i.S.v. §§ 242 I, 243 I StGB mitgewirkt hatte, hatte das Landgericht Dortmund diesen nicht wegen Beteiligung am Diebstahl, sondern nur wegen gewerbsmäßiger Hehlerei, §§ 259 I, 260 I Nr. 1 StGB, verurteilt, und hierbei den Strafrahmen des § 260 I StGB zugrunde gelegt. Auf die Revision des Angeklagten hin entschied der BGH, dass der Schuldspruch zwar als Folge der in diesem Fall gegebenen Postpendenz richtig sei (lediglich ein ausdrücklicher Freispruch hinsichtlich der Diebstahlstaten fehle), dass das LG jedoch im Sinne einer Wahlfeststellung den Strafrahmen des § 243 I 1 StGB und nicht den den § 260 I StGB hätte anwenden müssen.

Prüfungsrelevanz:

Die Konstellationen von Postpendenz und Wahlfeststellung sind in Prüfungsaufgaben des zweiten Examens immer wieder zu finden, und zwar sowohl in staatsanwaltschaftlichen als auch in Urteils- und Revisionsklausuren. Auch im ersten Examen werden solche Fallgestaltungen immer wieder in Klausursachverhalte aufgenommen und - gerade von richterlichen Prüfern - in Prüfungsgesprächen abgefragt. Insofern sind im ersten Examen zumindest Grundkenntnisse und im zweiten Examen eine gründliche Vorbereitung auf diese Sachverhaltskonstellationen unerlässlich.

In der vorliegenden Entscheidung diskutiert der BGH die Konstellation der sog. Postpendenz (vgl. hierzu auch die Darstellung im Skript StrafR AT II, Rn. 483): Eine solche ist gegeben, wenn von zwei strafbaren Sachverhalten der zeitlich frühere (die "Vortat") nur möglicherweise, der spätere (die "Nachtat") jedoch mit Sicherheit gegeben ist, die Strafbarkeit wegen der Nachtat aber von der Vortatbegehung abhängt. Klassisch ist dies, wenn es - wie auch im vorliegenden Fall - um das Verhältnis von Diebstahl, § 242 I StGB, und Hehlerei, § 259 I StGB, geht. Dort ist es möglich, dass mit Sicherheit feststeht, dass der Täter Diebesgut in Kenntnis seiner Herkunft verkauft, also eine Hehlereihandlung vorgenommen, hat, jedoch ungewiss ist, ob er nicht auch schon den Diebstahl begangen hatte. Bei einer entsprechenden (Mit-) Täterschaft am Diebstahl würde dann aber eigentlich eine Strafbarkeit wegen Hehlerei ausscheiden, da der Tatbestand des § 259 I StGB als Tatobjekt eine Sache voraussetzt, "die *ein anderer* gestohlen [...] hat". In dieser Konstellation wird der Täter über eine sog. Postpendenzfeststellung eindeutig wegen der Nachtat, also Hehlerei, bestraft (BGH, NStZ 1988, 456; Fischer, § 1 Rn. 30; Norouzi, JuS 2008, 113, 115; Stuckenberg, JA 2001, 221, 225). Dies gilt auch, wenn es - wie im vorliegenden Fall - um das Verhältnis von Diebstahl in einem besonders schweren Fall, §§ 242 I, 243 I StGB, als Vortat und gewerbsmäßiger Hehlerei, §§ 259 I, 260 I Nr. 1 StGB, als Nachtat geht.

Hinsichtlich des bei einer Postpendenz anzuwendenden Strafrahmens verweist der BGH auf die Konstellation der "echten" oder "ungleichartigen" Wahlfeststellung (vgl. hierzu die Darstellung im Skript StrafR AT II, Rn. 485 ff.): Hier lässt sich nicht mehr feststellen, welches von mehreren Delikten der Täter verwirklicht hat. Wenn der Täter jedoch mit Sicherheit eines der in Betracht kommenden Delikte begangen hat und diese rechtsethisch und psychologisch vergleichbar sind, dann hat das Gericht die Möglichkeit, offen zu lassen, welcher Tatbestand verwirklicht wurde und den Angeklagten wahlweise wegen des einen oder des anderen Delikts zu verurteilen (BGHSt 9, 390, 394; BGH, NStZ 2000, 473; Fischer, § 1 Rn. 26; Heinrich, AT II, Rn. 1470). Anders als bei der Postpendenz, bei der lediglich eine "einseitige" Sachverhaltsungewissheit in dem Sinne besteht, dass die Nachtatbegehung sicher und nur die Vortatbegehung ungewiss ist, ist bei der echten Wahlfeststellung völlig ungewiss, welcher der in Betracht kommen Sachverhalte der richtige ist. Die für die Wahlfeststellung erforderliche rechtsethische Vergleichbarkeit setzt nur voraus, dass die entsprechenden Delikte im allgemeinen Rechtsempfinden eine ähnliche sittliche Bewertung erfahren, nicht jedoch, dass sie identische Strafrahmen aufweisen (BGHSt 9, 390, 394; 21, 351; Schönke/Schröder-Eser, § 1 Rn. 71). Deshalb ist eine echte Wahlfestellung auch zwischen Delikten mit unterschiedlichen Strafrahmen möglich. In einem solchen Fall erfolgt die Bestimmung der konkreten Strafe nach dem Grundsatz "in dubio pro reo" aus dem Delikt mit dem geringsten Strafrahmen (BGHSt 15, 266; 25, 186; Fischer, § 1 Rn. 31). In der vorliegenden Entscheidung stellt der BGH klar, dass dieser Grundsatz auch bei der Postpendenz gilt, wenn der Strafrahmen der Vortat geringer wäre als der der Nachtat.

Für die Abfassung eines Urteils in einer Aufgabenstellung im zweiten Examen ist der Hinweis des BGH wichtig, dass bei einer Postpendenzfeststellung ein

ausdrücklicher Freispruch wegen der Vortat erfolgen muss (vgl. BGH, NStZ 1998, 635).

Vertiefungshinweise:

❑ Zur Postpendenz: *BGH*, NStZ 1988, 456; wistra 1995, 311; *Norouzi*, JuS 2008, 113; *Stuckenberg*, JA 2001, 221

Kursprogramm:

❑ *Assessorkurs*: "Berger"

Leitsatz (der Redaktion):

Auf die Postpendenzfeststellung finden die Grundsätze der Wahlfeststellung Anwendung, bei der die Strafe dem Gesetz entnommen werden muss, das die - aufgrund konkreter Betrachtung zu ermittelnde - mildeste Strafe zulässt .

Sachverhalt:

Das Landgericht hat sich in den Fällen II.1, II.2, II.5, II.7, II.8, II.18, II.29 und II.33 der Urteilsgründe davon überzeugt, dass der Angeklagte G - was vom konkreten Anklagesatz der Anklageschrift der Staatsanwaltschaft Dortmund vom 11. Mai 2009 umfasst ist - jeweils zuvor auf einem Gelände der V-AG gestohlenes Buntmetall im Interesse der Mitangeklagten an Schrotthändler veräußerte. Eine - ihm mit der Anklageschrift jeweils als mittäterschaftlich begangener schwerer Bandendiebstahl zur Last gelegte - "Beteiligung" bzw. "Mitwirkung" an den Diebstählen hat es dagegen nicht bzw. "nicht sicher" feststellen können.

Aus den Gründen:

I. Entscheidung des Landgerichts

[1] Das Landgericht hat den Angeklagten wegen schweren Bandendiebstahls in 13 Fällen, wegen "gewerbsmäßigen Diebstahls" in einem weiteren Fall sowie wegen gewerbsmäßiger Hehlerei in acht Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von vier Jahren und sechs Monaten verurteilt. Die Revision des Angeklagten, mit der er die Verletzung materiellen Rechts rügt, hat in dem aus der Beschlussformel ersichtlichen Umfang Erfolg; im Übrigen ist das Rechtsmittel unbegründet im Sinne des § 349 Abs. 2 StPO.

II. Entscheidung des BGH in der Sache

[2] Der Schuldspruch wegen gewerbsmäßiger Hehlerei in den Fällen II.1, II.2, II.5, II.7, II.8, II.18, II.29 und II.33 der Urteilsgründe ist frei von den Angeklagten beschwerenden Rechtsfehlern. [...]

[4] Bei einer derartigen Fallgestaltung der Nichterweislichkeit der Mittäterschaft bei der Vortat und der zweifelsfreien Feststellung einer Hehlereihandlung ist eine Verurteilung wegen der dem Diebstahl folgenden "Nachtat" der Hehlerei im Wege der Postpendenzfeststellung möglich und geboten (vgl. BGH, Urteil vom 14. September 1989 - 4 StR 170/89, BGHR vor § 1/Wahlfeststellung Postpendenz 3).

[5] Da Gegenstand der Anklage in den Fällen II.1, II.2, II.5, II.7, II.8, II.18, II.29 und II.33 jeweils zwei Taten waren, nämlich das Diebstahlsgeschehen in der Nacht und der Verkauf der Beute am folgenden Tag, eine Beteiligung des Angeklagten G an den Diebstahlstaten aber nicht nachgewiesen werden konnte, war er insoweit freizusprechen (vgl. BGH, Urteil vom 21. Juni 1995 - 2 StR 157/95; Beschluss vom 14. Juli 1998 - 4 StR 214/98, NStZ 1998, 635, zur Erforderlichkeit eines Teilfreispruchs bei eindeutiger Verurteilung nach Anklage von Alternativtaten). Dies holt der Senat nach.

III. Zur Strafzumessung in diesen Fällen

[6] Die Einzelstrafen in den Fällen II.1, II.2, II.5, II.7, II.8, II.18, II.29 und II.33 haben jedoch keinen Bestand.

[7] Auf die Postpendenzfeststellung finden die Grundsätze der Wahlfeststellung Anwendung (vgl. LK-Dannecker, StGB, 12. Aufl. Anh. § 1, Rn. 104), bei der die Strafe dem Gesetz entnommen werden muss, das die - aufgrund konkreter Betrachtung zu ermittelnde - mildeste Strafe zulässt (BGH, Beschluss vom 19. Januar 2000 - 3 StR 500/99, NStZ 2000, 473, 474). Da das Landgericht für die genannten Taten rechtsfehlerfrei eine bandenmäßige Verbindung zwischen dem Angeklagten G und den Mitangeklagten verneint hat, wäre bei erwiesener Mittäterschaft an den Diebstählen die Strafe aus § 243 Abs. 1 StGB zu schöpfen gewesen, der einen Strafrahmen von drei Monaten bis zu zehn Jahren Freiheitsstrafe eröffnet. Das Landgericht ist jedoch vom Strafrahmen des § 260 Abs. 1 StGB ausgegangen, der bei gleicher Strafobergrenze eine Mindeststrafe von sechs Monaten vorsieht. Es hat sich bei der Strafzumessung auch an dieser Mindeststrafe orientiert. Der Senat kann daher nicht mit der erforderlichen Sicherheit ausschließen, dass die Einzelstrafen in den Fällen II.1, II.2, II.5, II.7, II.8, II.18, II.29 und II.33 noch niedriger ausgefallen wären, wenn das Landgericht den zutreffenden Strafrahmen zugrunde gelegt hätte. [...]

Urteile in Fallstruktur

Standort: Öffentliches Recht Problem: "Sozialdetektiv"

OVG WEIMAR, URTEIL VOM 25.11.2010
3 KO 527/08 (NVWZ-RR 2011, 323)

Problemdarstellung:

Im vorliegenden Fall hatte eine für die Gewährung von Sozialleistungen zuständige Behörde einen "Sozialdetektiv" eingeschaltet, um heimlich Ermittlungen über die Lebensgewohnheiten einer Leistungsbezieherin anzustellen. Die Behörde hegte den Verdacht, dass diese zu Unrecht Leistungen beantragt bzw. bezogen haben könnte. Der Fall warf eine Vielzahl examensrelevanter Probleme auf:

A. In der Zulässigkeit stellte sich die Frage, wie noch gerichtlicher Rechtsschutz gewährt werden kann, nachdem die Maßnahme abgeschlossen ist (die Klägerin hatte erst nach Einstellung der Ermittlungen gegen sie von diesen erfahren). Das OVG entschied sich für eine Feststellungsklage nach § 43 VwGO. Eine Fortsetzungsfeststellungsklage nach § 113 I 4 VwGO, an die bei Erledigung auch zu denken wäre, schied demgegenüber aus, weil es sich bei der streitgegenständlichen Überwachungsmaßnahme nicht um einen Verwaltungsakt handelte.

B. Weiter war fraglich, ob nach Erledigung noch ein Feststellungsinteresse i.S.d. § 43 I VwGO bestehen kann. Das OVG bejaht dieses aus dem Rehabilitationsinteresse der Klägerin und dem Gebot effektiven Rechtsschutzes, Art. 19 IV GG: Vor Erledigung konnte wegen der Heimlichkeit der Maßnahme kein Rechtsschutz erlangt werden, dann müsse dies zumindest nachträglich möglich sein.

C. In der Begründetheit stellten sich zwei Fragen: Ist eine Ermächtigungsgrundlage für derartige Ermittlungen erforderlich, und wenn ja, worin könnte diese liegen? Hier war auf die "Wesentlichkeitstheorie" des BVerfG einzugehen, wonach jedenfalls grundrechtsrelevante Maßnahmen dem Vorbehalt des Gesetzes aus Art. 20 III GG unterliegen, und die Wesentlichkeit im Hinblick auf einen Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung aus Art. 2 I i.V.m. 1 I GG zu bejahen.

Sodann prüft das OVG die einzig als Ermächtigungsgrundlage in Betracht kommende Norm - § 62 SGB VIII - durch. Dabei stellte sich die Frage, ob die "Unmöglichkeit" der Datenerhebung auf andere, d.h. offene Weise auch gegeben sein kann, wenn der Betroffene die notwendigen Angaben verweigert. Das OVG tendiert dazu, diese Frage zu verneinen, lässt sie i.E. jedoch offen, weil die Behörde im konkreten Fall jedenfalls nicht ausreichend versucht hatte, mit der Betroffenen ins Gespräch zu kommen.

Prüfungsrelevanz:

Die Entscheidung bietet eine Kombination aus verwaltungs-, verwaltungsprozess- und verfassungsrechtlichen Problemen. Sie könnte wie hier im Rahmen einer verwaltungsgerichtlichen Feststellungsklage oder als Verfassungsbeschwerde zum Recht auf informationelle Selbstbestimmung in eine Examensklausur übernommen werden. In letzterem Falle böte es sich an, den Fall mit weiteren Grundrechtsproblemen zu garnieren, etwa dem Eindringen des Sozialdetektivs in die Wohnung der Betroffenen (Art. 13 I GG).

Vertiefungshinweise:

❑ Feststellungsinteresse bei erledigtem Rechtsverhältnis: *BVerwG*, NJW 1997, 2534

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs*: "Reiten im Walde"

Sachverhalt:

Die Klägerin (Kl.) ist Mutter zweier 1998 und 2001 geborener Mädchen. Seit 1.5.2001 übernahm die beklagte Stadt (Bekl.) als zuständige Stelle den "Kindertagesstättenbeitrag" für die ältere Tochter, parallel dazu bezog die Kl. von der Bekl. weitere Sozialleistungen.

Da die Bekl. den Verdacht hegte, dass die Kl. mit Herrn F, dem Vater der Kinder, in einer eheähnlichen Lebensgemeinschaft zusammenlebte, beauftragte sie einen Außendienstmitarbeiter mit der Vornahme verdeckter Ermittlungen. Er kontrollierte in der Zeit von Mai bis September 2002 durch Observierungen und durch Befragungen von Mitbewohnern der Kl. im selben Haus die Aufenthalte des Herrn F. Dabei kam er zu dem Ergebnis, dass Herr F sich durchgehend bei der Kl. aufhielt und deshalb von einer Lebensgemeinschaft auszugehen sei. Mit Bescheid vom 1.10. 2002 stellte die Bekl. daher die Übernahme des "Kindertagesstättenbeitrags" ein. Auf den Widerspruch der Kl. gegen diese Entscheidung hin erging ein Abhilfebe-

scheid und die Zahlungen wurden sodann wieder aufgenommen.
Die Kl. hat am 14.2.2003 Klage vor dem VG erhoben, mit der sie begehrt, die Rechtswidrigkeit der Ermittlungen des Außendienstarbeiters festzustellen. Sie fühlt sich bespitzelt und zu Unrecht des Verdachts des Sozialbetrugs ausgesetzt.

Hat die Klage Erfolg?

[Anm.: Auszug aus dem SGB VIII in der für den Fall maßgeblichen Fassung:

§ 62 - Datenerhebung
(1) Sozialdaten dürfen nur erhoben werden, soweit ihre Kenntnis zur Erfüllung der jeweiligen Aufgabe erforderlich ist.
(2) Sozialdaten sind beim Betroffenen zu erheben. Er ist über die Rechtsgrundlage der Erhebung sowie die Zweckbestimmungen der Erhebung und Verwendung aufzuklären, soweit diese nicht offenkundig sind.
(3) Ohne Mitwirkung des Betroffenen dürfen Sozialdaten nur erhoben werden, wenn [...]
2. ihre Erhebung beim Betroffenen nicht möglich ist oder die jeweilige Aufgabe ihrer Art nach eine Erhebung bei anderen erfordert, die Kenntnis der Daten aber erforderlich ist für
a) die Feststellung der Voraussetzungen oder für die Erfüllung einer Leistung nach diesem Buch [...].]

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

A. Zulässigkeit

I. Verwaltungsrechtsweg
Der Verwaltungsrechtsweg ist nach § 40 I 1 VwGO eröffnet. Vorliegend handelt es sich um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit, da die streitentscheidende Norm des § 62 SGB VIII mit der für die Erhebung der Sozialdaten zuständigen Behörde zwingend einen Hoheitsträger berechtigt. Die Streitigkeit ist auch nichtverfassungsrechtlicher Art. Abdrängende Sonderzuweisungen sind nicht ersichtlich, insbesondere liegt kein Fall des § 51 SGG vor.

II. Statthafte Klageart
Die statthafte Klageart richtet sich nach dem Begehren der Kl., § 88 VwGO. Diese begehrt wörtlich, "die Rechtswidrigkeit der Ermittlungen des Außendienstarbeiters festzustellen". Hierbei könnte es sich um eine Feststellungsklage, gerichtet auf Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses gem. § 43 I 2. Fall VwGO handeln.

1. Definition des Rechtsverhältnisses
Unter einem Rechtsverhältnis i.S.d. § 43 I VwGO ist die konkrete, auf öffentlich-rechtlichen Normen beruhende Beziehung zwischen Personen oder einer Person und einer Sache zu verstehen.

2. Subsumtion
Dass die Observation der Kl. und ihres sozialen Umfelds auf öffentlich-rechtlichen Normen beruhte, namentlich der Erhebung von Sozialdaten nach § 62 SGB VIII diente, wurde bereits zum Verwaltungsrechtsweg ausgeführt. Beteiligte Personen sind hier die Kl. selbst und die Bekl. als Rechtsträgerin der ermittelnden Behörde. Schließlich ist das Rechtsverhältnis auch konkret. Die Kl. hat den fraglichen Ermittlungszeitraum (Mai bis September 2002) und die Ermittlungstätigkeit (Observierung des Herrn F und Befragungen von Mitbewohnern) hinreichend genau beschrieben.

3. Zwischenergebnis
Die Kl. möchte sinngemäß festgestellt haben, dass die Bekl. nicht zu dieser Ermittlungstätigkeit befugt war. Somit handelt es sich bei ihrem Begehren um eine negative Feststellungsklage, gerichtet auf Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses. Dass dieses in der Vergangenheit liegt, weil die Ermittlungstätigkeit der Bekl. bereits abgeschlossen ist, ist insoweit ohne Belang. § 43 I VwGO differenziert nicht zwischen gegenwärtigen, vergangenen oder zukünftigen Rechtsverhältnissen.

III. Feststellungsinteresse
Jedoch könnte die Tatsache, dass das streitige Rechtsverhältnis bereits vergangen ist, das nötige Feststellungsinteresse nach § 43 I VwGO entfallen lassen.

1. Allgemeines und qualifiziertes Feststellungsinteresse
Bei gegenwärtigen Rechtsverhältnissen ist das Feststellungsinteresse weit zu interpretieren. Es erklärt sich bei gegenwärtiger Beschwer letztlich von selbst, warum der Kl. klagt. Deshalb genügt in diesen Fällen jedes rechtliche, tatsächliche, wirtschaftliche oder ideelle Interesse.
Bei in der Vergangenheit liegenden Rechtsverhältnissen muss der Kl. sich jedoch fragen lassen, warum er die Gerichte noch mit einem erledigten Vorgang behelligt. In diesen Fällen ist auf die anerkannten Fallgruppen des Fortsetzungsfeststellungsinteresses nach § 113 I 4 VwGO zurückzugreifen. Bei der auf Feststellung der Rechtswidrigkeit eines erledigten Verwaltungsakts gerichteten Klagen ist dort anerkannt, dass jedenfalls eine Wiederholungsgefahr und ein Rehabilitationsinteresse trotz Erledigung ein legitimes Feststellungsinteresse begründen. In diesen Fällen

wirkt die rechtlich abgeschlossene Beschwer faktisch in die Gegenwart fort. Nichts anderes gilt in solchen Fällen bei erledigten Rechtsverhältnissen i.S.d. § 43 I VwGO.
Dabei wird man an das Rehabilitationsinteresse wegen der Garantie effektiven Rechtsschutzes aus Art. 19 IV GG keine allzu strengen Anforderungen stellen dürfen, wenn - wie hier - eine heimliche Observation erfolgte, um Rechtsschutz während der laufenden Ermittlung also mangels Kenntnis gar nicht nachgesucht werden konnte.

2. Subsumtion
Zu diesem Ergebnis kommt vorliegend auch das OVG Weimar, das zwar keine Wiederholungsgefahr sieht, wohl aber - unter ausdrücklichem Hinweis auf Art. 19 IV GG - ein Rehabilitationsinteresse bejaht:
"Bedenken gegen [die] Zulässigkeit ergeben sich im Hinblick auf das erforderliche Feststellungsinteresse nicht daraus, dass von den abgeschlossenen Ermittlungen des Außendienstmitarbeiters möglicherweise keine nachwirkende Diskriminierung (mehr) ausgeht. In der Rechtsprechung des BVerwG ist anerkannt, dass ein schutzwürdiges Interesse an der Rechtswidrigkeitsfeststellung nicht nur in den Fällen in Betracht kommt, in denen abträgliche Nachwirkungen der erledigten Verwaltungsmaßnahme fortbestehen. Vielmehr kann auch die Art des Eingriffs, insbesondere im grundrechtlich geschützten Bereich, auf Grund des verfassungsrechtlich garantierten Anspruchs auf effektiven Rechtsschutz (Art. 19 IV GG) erfordern, das Feststellungsinteresse anzuerkennen (vgl. nur BVerwG, NJW 1997, 2534).
Hiervon ausgehend steht ein berechtigtes Interesse an der Feststellung der Rechtswidrigkeit des Einsatzes verdeckter Ermittler bereits demjenigen zu, in dessen Privatsphäre der Ermittler zur Datenerhebung eingedrungen ist. Auf eine fortwirkende diskriminierende Wirkung des Einsatzes kommt es nicht an (vgl. BVerwG, NJW 1997, 2534)."

[Anm.: Bei zukünftigen Rechtsverhältnissen sind die Anforderungen an das Feststellungsinteresse noch strenger, weil der Rechtsschutz nach der VwGO grundsätzlich repressiv ausgestaltet ist. Hier muss ein Abwarten des Eintritts des Rechtsverhältnisses unzumutbar sein, weil schwere, unabwendbare Folgen drohen, um ausnahmsweise eine vorbeugende Feststellungsklage zuzulassen.]

IV. Klagebefugnis
Streitig ist, ob analog § 42 II VwGO auch bei Feststellungsklagen eine Klagebefugnis zu fordern ist. Diese Frage kann jedoch auf sich beruhen, wenn eine solche jedenfalls gegeben ist.
Nach § 42 II VwGO muss die Kl. geltend machen können, in einem ihrer subjektiv-öffentlichen Rechte verletzt zu sein. Hier erscheint es möglich, dass die streitgegenständliche Ermittlungstätigkeit sie in ihrem allgemeinen Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 I i.V.m. 1 I GG verletzt hat. Dieses schützt u.a. die Privatsphäre und die informationelle Selbstbestimmung (Datenschutz). Somit ist sie jedenfalls klagebefugt.

V. Keine Subsidiarität
Die Feststellungsklage ist gem. § 43 II VwGO subsidiär zu Leistungs- und Gestaltungsklagen. Eine solche konnte hier aber nicht erhoben werden. Insbesondere kommt keine Anfechtungsklage nach § 42 I 1. Fall VwGO als Gestaltungsklage in Betracht, da es sich bei der Überwachung erstens nicht um einen Verwaltungsakt handelte und diese zweitens - wie erwähnt - bereits abgeschlossen war.

[Anm.: Wäre eine Anfechtungsklage ernsthaft in Betracht gekommen, hätte i.Ü. schon oben beim Klagebegehren überlegt werden müssen, ob der wörtlich auf Feststellung gerichtete Antrag nicht als Anfechtungsbegehren ausgelegt oder umgedeutet werden kann. Im konkreten Fall hatte das OVG der sich zunächst unklar ausdrückenden Kl. einen entsprechenden Hinweis nach § 86 I VwGO erteilt.]

VI. Beklagter
Die Klage ist nach dem allgemeinen Rechtsträgerprinzip gegen den Rechtsträger der handelnden Behörde zu richten. Dies ist hier die beklagte Stadt als die Gebietskörperschaft, für welche der ermittelnde Außendienstmitarbeiter tätig wurde.

VII. Beteiligten- und Prozessfähigkeit
Die Klägerin ist nach §§ 63 Nr. 1, 61 Nr. 1 1. Fall VwGO beteiligtenfähig und nach § 62 I VwGO prozessfähig, die beklagte Stadt nach §§ 63 Nr. 2, 61 Nr. 1 2. Fall VwGO und § 62 III VwGO.

VIII. Zwischenergebnis
Die Klage ist zulässig.

B. Begründetheit
Die Klage ist begründet, wenn das streitige Rechtsverhältnis nicht besteht, hier also die beklagte Stadt nicht berechtigt war, die Klägerin und ihr soziales Umfeld durch einen Außendienstmitarbeiter von Mai bis September 2002 überwachen zu lassen.

I. Ermächtigungsgrundlage

1. Erforderlichkeit
Fraglich ist, ob die Bekl. zur Überwachung der Kl. einer gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage bedurfte. Dies ist nach dem Vorbehalt des Gesetzes aus Art. 20

III GG und der sog. "Wesentlichkeitstheorie" des BVerfG jedenfalls für wesentliche Maßnahmen der Fall, wobei die Grundrechtsrelevanz die Wesentlichkeit indiziert. Das OVG bejaht hier die Wesentlichkeit im Hinblick auf den bereits oben zur Klagebefugnis angedeuteten Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht der Kl.:

"Das durch Art. 2 I GG i.V.m. Art. 1 I GG geschützte allgemeine Persönlichkeitsrecht gewährleistet die Befugnis des Einzelnen, grundsätzlich selbst über die Preisgabe und Verwendung seiner persönlichen Daten zu bestimmen. Dieses Recht auf informationelle Selbstbestimmung umfasst insbesondere die Befugnis des Einzelnen, selbst zu entscheiden, wann und innerhalb welcher Grenzen persönliche Lebenssachverhalte offenbart werden. Die Erhebung persönlicher Daten bedarf als Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht insbesondere einer verfassungsgemäßen gesetzlichen Grundlage (Art. 2 I, 20 III GG), die ihre Zulässigkeit auf die konkrete aufgabenbezogene Erforderlichkeit beschränkt. Für die Tätigkeit der Sozialleistungsträger im Allgemeinen und der Jugendhilfeträger im Besonderen gilt nichts anderes (vgl. nur: Proksch, in: FK-SGB VIII, § 62; Schoch, in: ZfSH/SGB 2005, 67 Rdnr. 1). Der verfassungsrechtlich begründete Gesetzesvorbehalt wird für den Bereich der Sozialverwaltung durch § 35 I 1 SGB I konkretisiert. Hiernach hat jeder Anspruch darauf, dass die ihn betreffenden Sozialdaten (§ 67 I SGB X) von den Sozialleistungsträgern nicht unbefugt erhoben, verarbeitet oder genutzt werden (Sozialgeheimnis)."

2. Vorhandensein

Als gesetzliche Ermächtigungsgrundlage in diesem Sinne kommen hier allenfalls die Regelungen des § 62 SGB VIII in Betracht.

[Anm.: Das OVG geht an dieser Stelle noch auf das streitige Verhältnis des § 62 SGB VIII zu anderen sozialrechtlichen Datenerhebungsvorschriften ein, insbesondere auf §§ 67 ff. SGB X. Diese sozialrechtsspezifischen Ausführungen sind wenig examensrelevant, sodass von ihrem Abdruck hier abgesehen wurde. Im Ergebnis meint das OVG jedenfalls, § 62 SGB VIII sei wegen § 37 S. 1 SGB I vorrangig gegenüber §§ 67 ff. SGB X.]

II. Formelle Rechtmäßigkeit

Laut Sachverhalt hat die zuständige Behörde gehandelt. Verfahrens- oder Formvorschriften, die hier verletzt sein könnten, sind nicht ersichtlich.

III. Materielle Rechtmäßigkeit

In materieller Hinsicht müsste zunächst der Tatbestand der Ermächtigungsgrundlage erfüllt sein.

1. Erforderlichkeit der Datenerhebung

Nach § 62 I SGB VIII dürfen Sozialdaten nur erhoben werden, soweit ihre Kenntnis zur Erfüllung der jeweiligen Aufgabe erforderlich ist. Hierzu führt das OVG aus:

"Es ist bereits zweifelhaft, ob vorliegend die nach § 62 I SGB VIII für die Erhebung von Sozialdaten erforderliche Grundvoraussetzung, dass deren Kenntnis zur Erfüllung der jeweiligen Aufgabe 'erforderlich' ist, erfüllt war.

Der Begriff der Erforderlichkeit bezieht sich auf die konkrete Aufgabe und stellt das verfassungsrechtliche Erfordernis der strikten Zweckbindung und Einzelfallorientierung der Datenerhebung sicher. Demgemäß dürfen stets nur die Sozialdaten erhoben werden, deren Kenntnis für die jeweilige konkrete Entscheidung oder Leistung der Behörde unentbehrlich ist (vgl. nur: Proksch, in: FK-SGB VIII, 6. Aufl. [2009], § 62 Rdnrn. 4 ff.; Kunkel, in: LPK-SGB VIII, 3. Aufl. [2006], § 62 Rdnr. 4). Vorliegend bestehen nicht unerhebliche Rechtmäßigkeitsbedenken bereits gegen die Geeignetheit und damit auch die Erforderlichkeit der Datenerhebung insofern, als die bloßen Kontakte zwischen der Kl. und Herrn F in zeitlicher und örtlicher Hinsicht, deren Feststellung die streitgegenständliche Datenerhebung zum Gegenstand hatte, für die Beantwortung der Frage des Bestehens einer eheähnlichen Lebensgemeinschaft - zumal angesichts unterschiedlicher Wohnsitze - von vornherein nichts hergeben."

2. Verdeckte Datenerhebung unzulässig

Jedenfalls aber hält das OVG eine verdeckte Datenerhebung für unzulässig:

"Nach § 62 II 1 SGB VIII sind Sozialdaten beim Betroffenen, d.h. dem Inhaber der Daten bzw. demjenigen, auf den sich die Daten beziehen (vgl. § 67 I 1 SGB X), zu erheben. Die Datenerhebung beim Betroffenen verlangt, dass die Daten bei ihm selbst, mit seinem Willen und seiner Kenntnis bzw. Mitwirkung, d.h. mit ihm, nicht ohne oder gegen ihn erhoben werden. Dies bedeutet, dass die Daten grundsätzlich nicht über ihn oder an ihm vorbei, etwa 'hinter seinem Rücken', oder sonst ohne sein Wissen erhoben werden dürfen (Proksch, in: FK-SGB VIII, § 62 Rn 7). [...]

Die mit den streitgegenständlichen Ermittlungen einhergehende Datenerhebung erfolgte nicht bei der Kl. als Betroffener im vorbezeichneten Sinne, sondern vielmehr ohne ihre Mitwirkung. Denn die Ermittlungsmaßnahmen des Außendienstmitarbeiters der Bekl. bestanden (im Wesentlichen) in Beobachtungen von Kontakten der Kl. mit dem Vater ihrer Kinder in und außerhalb ihrer Wohnung sowie in diesbezüglichen Befragungen dritter Personen ohne Willen oder Kenntnis der Kl. und damit gewissermaßen 'hinter ihrem Rücken'."

3. Keine Ausnahme nach § 62 III SGB VIII

"Eine solche Fremderhebung von Sozialdaten ist nur ausnahmsweise, nämlich unter den tatbestandlichen Voraussetzungen des § 62 III SGB VIII zulässig. Nach der einzigen hier in Betracht kommenden Ausnahmebestimmung des § 62 III Nr. 2 SGB VIII dürfen Sozialdaten ohne Mitwirkung des Betroffenen erhoben werden, wenn ihre Erhebung bei diesem nicht möglich ist (Alt. 1) oder die jeweilige Aufgabe ihrer Art nach eine Erhebung bei anderen erfordert (Alt. 2), die Kenntnis der Daten aber erforderlich ist für die Feststellung der Voraussetzungen oder für die Erfüllung einer Leistung nach dem SGB VIII."

a. Unmöglichkeit

"Nach der überwiegend vertretenen Auffassung im Schrifttum erfasst die Unmöglichkeit der Datenerhebung beim Betroffenen i.S. von § 62 III Nr. 2 Alt. 1 SGB VIII nur Fälle der objektiven und subjektiven Unmöglichkeit, also diejenigen Fälle, in denen der Betroffene nicht erreichbar oder, selbst wenn er die Informationen erteilen wollte, dazu nicht in der Lage ist, nicht hingegen Fälle der verweigerten Mitwirkung, weil solche ausschließlich nach den Vorschriften der §§ 60 ff. SGB I über die Verletzung der Mitwirkungspflichten gelöst werden sollen (vgl. Proksch, in: FK-SGB VIII, 6. Aufl. [2009], § 62 Rdnr. 19; Mann, in: Schellhorn/Fischer/Mann, 3. Aufl. [2007], § 62 Rdnrn. 35 und 39; Rombach, in: Hauck SGB VIII, K, § 62 Rdnr. 9; Mrozynski, SGB VIII, 4. Aufl. [2004], § 62 Rdnr. 13; Maas, in: Jans/Happe /Saurbier/Maas, Kinder- und JugendhilfeR, Erl. Art. 1 § 62 Rdnr. 47 a).
Demgegenüber wird teilweise vertreten, dass die Erhebung beim Betroffenen auch dann i.S. von § 62 III Nr. 2 Alt. 1 SGB VIII unmöglich sei, wenn dieser sich weigere, (zutreffende und vollständige) Angaben zu machen, so dass der Jugendhilfeträger statt der Versagung oder Entziehung der Leistungen gem. § 66 SGB I auch die Daten ohne Mitwirkung des Betroffenen erheben dürfe (vgl. Kunkel, in: LPK-SGB VIII, 3. Aufl. [2006], § 62 Rdnr. 13)."
Das vorliegende Verfahren bietet keinen Anlass, die aufgeworfene Streitfrage abschließend zu beantworten. Denn auf der Grundlage beider Ansichten lagen die Voraussetzungen für eine Fremderhebung von Sozialdaten hier nicht vor. Weder ist ersichtlich, dass die Kl. zum Zeitpunkt der Durchführung der Ermittlungsmaßnahmen aus bestimmten Gründen nicht in der Lage war, die durch die Datenerhebung gewonnenen Informationen der Bekl. mitzuteilen, noch bestehen (hinreichende) Anhaltspunkte dafür, dass sie hierzu nicht bereit war. Letzteres könnte nur angenommen werden, wenn die Bekl. zuvor (nachhaltig) erfolglos versucht hätte, von der Kl. entsprechende Informationen zu erhalten, oder Tatsachen die Annahme rechtfertigten, dass solche Versuche von vornherein nicht erfolgversprechend gewesen wären. Beides lässt sich nicht feststellen. [...] Anhaltspunkte dafür, dass die Bekl. die Kl. [...] zu Tatsachen befragte, die Rückschlüsse auf die konkrete Ausgestaltung der Beziehung zwischen der Kl. und Herrn F und die Bewertung dieses Verhältnisses ermöglicht hätten, liegen jedoch nicht vor. Ferner fehlen jegliche Hinweise darauf, dass eine solche Befragung von vornherein nicht erfolgversprechend war, weil die Kl. sich geweigert hätte, nähere Angaben zu ihren Kontakten mit Herrn F, insbesondere in zeitlicher und örtlicher Hinsicht, zu machen."

b. Nach Art der Aufgabe

"Auch die zweite Tatbestandsalternative des § 62 III Nr. 2 SGB VIII, wonach die jeweilige Aufgabe ihrer Art nach eine Datenerhebung bei anderen erfordert, scheidet vorliegend aus. [...] Sie setzt voraus, dass die ordnungsgemäße Aufgabenerfüllung ohne die Information durch Dritte typischerweise nicht möglich ist (vgl. Proksch, in: FK-SGB VIII, 6. Aufl. [2009], § 62 Rdnr. 20). Maßgeblich ist die Art der Aufgabe, aus der allein sich die Erforderlichkeit der Datenerhebung ohne Mitwirkung der betr. Person begründen muss. Diese Erforderlichkeit lässt sich nur bejahen, wenn der Betroffene, etwa im Hinblick auf die Art der Daten, selbst zur Erteilung von Informationen nicht in der Lage ist, insbesondere nicht über sie oder diesbezügliche Unterlagen verfügt und solche auch nicht selbst beibringen kann (vgl. Proksch, in: FK-SGB VIII, 6. Aufl. [2009], § 62 Rdnr. 20). Anhaltspunkte dafür, dass die Kl. zur Mitteilung der erhobenen Daten an die Bekl. selbst nicht in der Lage gewesen wäre, sind - wie bereits ausgeführt - nicht ersichtlich."

C. Ergebnis

Die Tatbestandsvoraussetzungen der Ermächtigungsgrundlage waren nicht erfüllt. Die Bekl. war nicht berechtigt, die streitgegenständlichen Ermittlungen anzustellen. Die Klage ist somit auch begründet. Sie hat Erfolg.

Standort: Zivilrecht Problem: Ausgleichsanspruch analog § 906 II 2 BGB

BGH, URTEIL VOM 01.04.2011
V ZR 193/10 (NJW-SPEZIAL 2011, 333)

Problemdarstellung:

Die Bekl. und ihr Ehemann bewohnen ein Reihenhaus, in welchem die Bekl. ein Dachgeschosszimmer als Schlafzimmer benutzt. Das Bett der Bekl. verfügt über zwei elektrische Motoren zum Verstellen der Liegefläche. Aufgrund einer nicht geklärten Ursache entwickelte sich von diesen Motoren ausgehend ein Brand, der auch die angrenzenden Nachbarhäuser beschädigte. Hierfür zahlte die Kl. als Gebäudeversicherer den Nachbarn eine Entschädigung. Nun nimmt sie die Bekl. aus übergegangenem Recht aus § 906 II 2 BGB analog i.V.m. § 86 I VVG n.F. auf Regress in Anspruch.

Prüfungsrelevanz:

Der nachbarrechtliche Ausgleichsanspruch analog § 906 II 2 BGB ist Examenskandidaten häufig unbekannt. Insbesondere in jüngerer Zeit hat er durch die Rechtsprechung jedoch eine Aufwertung erfahren, so dass die Examensrelevanz nicht zu unterschätzen ist (vgl. z.B. den „Feuerwerksraketenfall", BGH, RA 2009, 678 = NJW 2009, 3787). Das bestätigt auch die vorliegende Entscheidung des Senats, die den Anwendungsbereich dieses Anspruchs nochmals betont.

Der Anspruch analog § 906 II 2 BGB ist verschuldensunabhängig ausgestaltet und kommt deswegen zum Tragen, wenn ein Verschulden des Grundstücksinhabers bzw. –nutzers nicht feststellbar ist, dieser mithin nicht gem. §§ 823 ff. BGB haftet. Anderenfalls scheitert der Anspruch am Subsidiaritätserfordernis (BGH, NJW 2004, 3328). Da hier kein Verschulden vorlag, kam ein Anspruch aus § 906 II 2 BGB analog in Betracht. Die Voraussetzungen lauten:

1. Privatwirtschaftliche Nutzung eines Grundstücks
2. Einwirkungen auf ein anderes Grundstück
3. Störereigenschaft des Nutzers (i.S.d. § 1004 BGB)
4. Keine Duldungspflicht, jedoch faktischer Duldungszwang
5. Keine Zumutbarkeit der Einwirkung.

Das Berufungsgericht hatte hier die Ansicht vertreten, ein gegen die Bekl. gerichteter Anspruch analog § 906 II 2 BGB scheide aus, da nicht sie, sondern ihr Ehemann Eigentümer des Grundstücks sei. Folglich bestimme sie nicht über die konkrete Nutzungsart des Grundstücks und sei daher auch nicht taugliche Schuldnerin des nachbarrechtlichen Ausgleichsanspruchs.

Dem stellt sich der Senat entgegen. Schuldner des Anspruchs ist, wer die Nutzungsart des beeinträchtigenden Grundstücks (mit-)bestimmt, wobei die Eigentumsverhältnisse nicht entscheidend sind. Bei der Bekl. genügte also die Tatsache, dass sie das Dachgeschosszimmer, von dem der Brand ausging, und damit einen Teil des Grundstücks nutzte.

Außerdem betont der Senat, dass die Störereigenschaft i.S.d. § 1004 BGB nicht per se aus der Nutzereigenschaft folgt. Auch knüpft die Störereigenschaft nicht allein an das Eigentum oder den Besitz am beeinträchtigenden Grundstück an. Ausreichend ist aber, dass die Beeinträchtigung des Nachbargrundstücks jedenfalls mittelbar auf den Willen des Eigentümers oder Besitzers zurückzuführen ist. Das ist der Fall, wenn eine Sicherungspflicht, also eine Pflicht zur Verhinderung möglicher Beeinträchtigungen besteht. Da die Bekl. das Bett als Gefahrenquelle benutzte und beherrschte, traf sie eine solche Sicherungspflicht. Der Senat überträgt damit die im Deliktsrecht anerkannte Haftung aufgrund einer Verkehrssicherungspflicht auf den Anspruch aus § 906 II 2 BGB analog.

Ein solcher Anspruch lag i.E. vor, so dass die Kl. bei der Bekl. Regress nehmen konnte (§ 86 I VVG n.F.).

Vertiefungshinweise:

❑ Zur Haftung aus § 906 II 2 BGB analog: *BGH*, RA 2009, 678 = NJW 2009, 3787 („Feuerwerksraketenfall"); NJW 2008, 992 (Zum Umfang des Anspruchs)

❑ Zum Anspruch aus § 1004 BGB: *BGH*, RA 2008, 490 (Heide Simonis - Entscheidung); *Gercke*, JuS 2007, 834; *Lettl,* JuS 2005, 871; *Neuner*, JuS 2005, 487

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs:* "Die Partyprinzessin"

Leitsätze (der Redaktion):

1. Ein nachbarrechtlicher Ausgleichsanspruch analog § 906 II 2 BGB entsteht unabhängig von den Eigentumsverhältnissen am emittierenden Grundstück gegen denjenigen, der dieses Grundstück (wenn auch nur) mitbestimmend nutzt.

2. Aus der Eigenschaft als Nutzer folgt nicht automatisch die Eigenschaft als Störer i.S.d. § 1004 I BGB. Die Störereigenschaft ist anzunehmen, wenn den Nutzer eine Sicherungspflicht trifft.

Sachverhalt:

M und F bewohnen mit ihrem Sohn ein Reihenhaus, das dem M gehört. In diesem Haus nutzt F ein Dachgeschosszimmer als Schlafzimmer. Das gleiche Zim-

mer wird teilweise auch von M als Arbeitszimmer genutzt.
In den frühen Morgenstunden des 06.03.2008 brach im Haus ein Brand aus, der auch auf das Wohnhaus des angrenzenden Nachbarn N übergriff und an dessen Eigentum einen Schaden von rund 80.000 € verursachte.
Die genaue Brandursache konnte nicht ermittelt werden. Der von der Polizei hinzugezogene Sachverständige schloss weder einen elektrischen Defekt noch eine fahrlässige Handlung der F als Brandursache aus. Fest steht allerdings, dass das Feuer in dem von F genutzten Dachgeschosszimmer entstand. Das Zentrum des Brandgeschehens befand sich im Bereich des Kopfendes eines Bettelements, welches über zwei elektrische Motoren zum Verstellen der Liegefläche verfügte. Für den Schaden des N kam dessen Gebäudeversicherung (V) auf.

Kann V den aufgewendeten Geldbetrag von F ersetzt verlangen?

Aus den Gründen:
V könnte gegen F einen auf sie gem. § 86 I VVG übergegangenen Ersatzanspruch haben.

A. Leistung der Versicherung
V hat den Schaden des N reguliert und damit eine Versicherungsleistung erbracht.

B. Ersatzanspruch des Versicherungsnehmers N
Dem N müsste ein Ersatzanspruch gegen F zustehen. Anerkannt ist, dass hierunter nicht nur reine Schadensersatzansprüche i.S.d. §§ 249 ff. BGB, sondern sämtliche Ersatzansprüche im weiteren Sinn, also auch Bereicherungs- und Ausgleichsansprüche fallen (MünchKommVVG/Möller/Segger, § 86 Rn. 55).

I. Schadensersatzanspruch des N gegen F aus § 823 I BGB
Zunächst könnte dem N ein Anspruch aus § 823 I BGB zustehen.
Durch den Brand wurde das Wohnhaus des N beschädigt, der mithin eine Eigentumsverletzung erlitt. Dies ist auch kausal auf das Verhalten der F zurückzuführen. Denn diese schuf mit dem Bett jedenfalls eine Gefahrenquelle, die ihr die Einwirkung auf Rechtsgüter Dritter ermöglichte.
Jedoch müsste F die Rechtsgutverletzung auch zu verschulden haben. Der Sachverständige konnte vorliegend jedoch nicht zweifelsfrei ein fahrlässiges Verhalten der F i.S.v. § 276 II BGB feststellen. Da § 823 BGB jedoch keine Verschuldensvermutung enthält, sondern die positive Feststellung des Verschuldens verlangt, genügt die bloße Möglichkeit einer fahrlässigen Brandverursachung durch F nicht. Somit scheidet ein Anspruch aus § 823 I BGB mangels Verschulden aus.

II. Schadensersatzanspruch des N gegen F aus § 823 II BGB
Gleiches gilt für etwaige Ansprüche aus § 823 II BGB, da diese – unabhängig vom jeweiligen Schutzgesetz – auch die Verwirklichung zivilrechtlichen Verschuldens verlangen (MünchKommBGB/Wagner, § 823 Rn. 359 f.).

III. Nachbarrechtlicher Ausgleichsanspruch des N gegen F gem. § 906 II 2 BGB
N könnte ein nachbarrechtlicher Ausgleichsanspruch gegen F gem. § 906 II 2 BGB zustehen.
Ein solcher Anspruch bestünde, wenn N eine Beeinträchtigung seines Grundstücks i.S.d. § 906 II 1 BGB zu dulden hätte, sofern die ortsübliche Benutzung oder der Ertrag seines Grundstücks über das zumutbare Maß hinaus beeinträchtigt wären. Dann müsste die Einwirkung auf das Grundstück des N sich im Rahmen einer ortsüblichen Benutzung des anderen Grundstücks halten und nicht durch wirtschaftlich zumutbare Maßnahmen abzuwehren sein. Hiervon kann bei einem Gebäudebrand keine Rede sein. Eine Duldungspflicht i.S.d. § 906 II 1 BGB besteht nicht. Indes ist anerkannt, dass zur Begründung einer Duldungspflicht auch auf Pflichten außerhalb des § 906 II 1 BGB abgestellt werden kann (MünchKommBGB/Säcker, § 906 Rn. 122), so z.B. auf Duldungspflichten aus § 1004 II BGB, aus behördlicher Anlagengenehmigung (z.B. § 14 I BImSchG), bei lebenswichtigen Betrieben, hoheitlicher Tätigkeit oder Pflichten im Naturschutzinteresse. Auch solche Pflichten kommen hier nicht in Betracht, so dass kein Anspruch des N aus § 906 II 2 BGB besteht.

IV. Nachbarrechtlicher Ausgleichsanspruch des N gegen F analog § 906 II 2 BGB
Jedoch könnte ein Anspruch des N aus analoger Anwendung des § 906 II 2 BGB resultieren. Ein solcher Anspruch kommt in Betracht, wenn der Grundstückseigentümer entweder auf Grund einer sonstigen rechtlichen Duldungspflicht oder auf Grund besonderer tatsächlicher Umstände gezwungen ist, bestimmte Immissionen zu dulden, bzw. wenn er rechtswidrige Einwirkungen deshalb nicht rechtzeitig über §§ 1004, 862 BGB unterbindet, weil ihm die Immissionen ohne Verschulden verborgen bleiben (BeckOK/Fritzsche, § 906 BGB Rn. 81 m.w.N.)

[Anm.: Ein Anspruch analog § 906 II 2 BGB kommt außerdem in Betracht, wenn die Immissionen von wägbaren, d.h. steuer- und kontrollier-

baren Stoffen ausgehen (vgl. BGH, RA 2009, 678 = NJW 2009, 3787).]

1. Privatwirtschaftliche Nutzung durch den Anspruchsgegner und sachlicher Zusammenhang der Nutzung zum Grundstück

a) Nutzung
Die Immissionen müssten von einer privatwirtschaftlichen Nutzung des Grundstücks ausgehen und zu dieser in einem sachlichen Bezug stehen.
Der Brand resultiert vorliegend aus der Nutzung eines Bettes mit elektrischen Motoren. Hierbei handelt es sich um eine privatwirtschaftliche Nutzung.
Diese weist einen hinreichenden sachlichen Zusammenhang zum Grundstück auf, da die Nutzung eines Bettes nur im Rahmen des eigenen (oder angemieteten) Wohnraumes vorstellbar ist und nicht nur zufällig im Grundstücksbereich stattfindet.

[Anm.: Das Merkmal der Privatwirtschaftlichkeit dient der Abgrenzung zu öffentlich-rechtlichen Erstattungsansprüchen, wie beispielsweise dem enteignungsgleichen Eingriff.]

b) Richtige Anspruchsgegnerin
F müsste richtige Anspruchsgegnerin sein. Das ist der Fall, wenn sie die Nutzungsart des emittierenden Grundstücks bestimmt. Dabei spielt keine Rolle, dass F nicht (Mit-)Eigentümerin des Grundstücks ist. Ausreichend ist insofern, dass vom Anspruchsgegner ein jedenfalls mitbestimmender Einfluss auf das gesamte Grundstück ausgeht:
„[10] Dass die Beklagte auf die Nutzung des Grundstücks (mit-)bestimmenden Einfluss ausübte, unterliegt mangels anderer Feststellungen des Berufungsgerichts und anderer Anhaltspunkte keinem Zweifel. Denn anders ist schon nicht zu erklären, dass sie - gewollt - einen der Räume in dem Dachgeschoss des Hauses als Schlafzimmer für sich allein nutzte und mit der Nutzung desselben Raumes als Arbeitszimmer durch ihren Ehemann einverstanden war. Im Übrigen ist von der Beklagten in den Tatsacheninstanzen ihr (mit-)bestimmender Einfluss auf die Nutzungsart des Grundstücks nicht in Frage gestellt worden, sondern nur ihre Störereigenschaft."
Somit ist F die richtige Anspruchsgegnerin.

2. Einwirkungen auf ein anderes Grundstück
Indem der Brand das Haus des N beschädigte, liegt eine Einwirkung auf dessen Grundstück vor.

3. Störereigenschaft des Nutzers (i.S.d. § 1004 BGB)
F müsste auch Störer i.S.d § 1004 BGB sein.

a) Störereigenschaft folgt aus Sicherungspflicht
„[12] Die Störereigenschaft i.S. der §§ 1004 Abs. 1, 862 Abs. 1 BGB folgt nach ständiger Rechtsprechung des Senats (s. nur Urteil vom 30. Mai 2003 - V ZR 37/02, BGHZ 155, 99, 105 mwN) nicht allein aus dem Eigentum oder Besitz an dem Grundstück, von dem die Einwirkung ausgeht, und setzt auch keinen unmittelbaren Eingriff voraus; erforderlich, aber auch ausreichend ist vielmehr, dass die Beeinträchtigung des Nachbargrundstücks wenigstens mittelbar auf den Willen des Eigentümers oder Besitzers zurückgeht. Ob dies der Fall ist, kann nicht begrifflich, sondern nur in wertender Betrachtung von Fall zu Fall festgestellt werden. Entscheidend ist, ob es jeweils Sachgründe gibt, dem Grundstückseigentümer oder -besitzer die Verantwortung für ein Geschehen aufzuerlegen. Dies ist dann zu bejahen, wenn sich aus der Art der Nutzung des Grundstücks, von dem die Einwirkung ausgeht, eine "Sicherungspflicht", also eine Pflicht zur Verhinderung möglicher Beeinträchtigungen, ergibt (Senat, Urteil vom 28. November 2003 - V ZR 99/03, NJW 2004, 603, 604; Urteil vom 14. November 2003 - V ZR 102/03, BGHZ 155, 33, 42; Urteil vom 12. Dezember 2003 - V ZR 98/03, NJW 2004, 1035, 1036). Das Bestehen einer Sicherungspflicht in diesem Sinn ist Voraussetzung für die Störereigenschaft auch bei Immissionen aufgrund eines technischen Defekts (Senat, Urteil vom 14. November 2003 - V ZR 102/03, BGHZ 155, 33, 42)."

b) Sicherungspflichtigkeit der F
Fraglich ist, ob eine derartige Sicherungspflicht der F besteht, da als Brandursache sowohl ein technischer Defekt, als auch eine fahrlässige Handlung der F in Frage kommt. Ein Anspruch des N gegen F besteht jedenfalls, wenn F in beiden Konstellationen Störer wäre.
Das wäre unproblematisch anzunehmen, wenn F den Brand fahrlässig i.S.d. § 276 II BGB verursacht hätte.
Aber selbst wenn der Brand auf einen technischen Defekt zurückzuführen ist, wäre F Störer:
„[16] Der Senat hat bereits entschieden, dass der Eigentümer eines Hauses, welches infolge eines technischen Defekts seiner elektrischen Geräte in Brand gerät, Störer ist (Urteil vom 1. Februar 2008 - V ZR 47/07, NJW 2008, 992, 993 mwN). Ob das auch für jeden Nutzer eines Hauses gilt, der dessen Nutzungsart bestimmt und deshalb grundsätzlich als Störer in Betracht kommt, kann offen bleiben. Für die Beklagte jedenfalls gilt nichts anderes. Denn sie war es, die die Gefahrenquelle, das Bettelement, benutzte und beherrschte. Sie war für den ordnungsgemäßen Zustand sämtlicher Teile, insbesondere der Elektromotoren

und der elektrischen Leitungen, verantwortlich. Da der Brand nicht Folge eines von niemandem zu beherrschenden Naturereignisses war, sondern auf Umständen beruhte, auf die die Beklagte Einfluss nehmen konnte, auch wenn konkret kein Anlass für ein vorbeugendes Tätigwerden bestanden haben mag, ist es gerechtfertigt, sie als Störer i.S.v. § 1004 Abs. 1 BGB anzusehen (vgl. Senat, Urteil vom 11. Juni 1999 - V ZR 377/98, BGHZ 142, 66, 70)."
Somit handelte F auch als Störer i.S.d. § 1004 I BGB.

4. Keine Duldungspflicht, jedoch faktischer Duldungszwang
Eine Duldungspflicht im Sinne des § 906 BGB besteht zwar nicht (s.o.), jedoch könnte zu Lasten des N ein faktischer Duldungszwang bestehen, der einer rechtlichen Duldungspflicht i.S.d.§ 906 II 1 BGB gleichzustellen ist.
Ein solcher faktischer Duldungszwang könnte sich hier daraus ergeben, dass N grundsätzlich gegen F einen Abwehranspruch gehabt hätte, an dessen Geltendmachung jedoch aus besonderen, tatsächlichen Gründen gehindert war.

[Anm.: § 906 II 1, 2 BGB ist demnach insbesondere im Zusammenhang mit § 1004 BGB zu sehen. Denn der Abwehranspruch aus § 1004 BGB kann aus vielerlei tatsächlichen oder rechtlichen Gründen ausgeschlossen sein, was in nachbarrechtlichen Konstellationen zwangsläufig dazu führt, dass dem Betroffenen trotz des Vorliegens einer ortsunüblichen, wesentlichen Beeinträchtigung eine faktische Duldung abverlangt wird.]

a) Ursprüngliches Bestehen eines Abwehranspruchs nach § 1004 BGB
Als Abwehranspruch käme ein solcher aus § 1004 I BGB in Betracht, sofern N im Vorfeld hätte verlangen können, dass F es zu unterlassen hat, sein Grundstück einer Schädigung durch Brand auszusetzen. Dann müssen die Voraussetzungen des § 1004 I BGB erfüllt sein.
Zunächst müsste eine hinreichend konkrete Gefährdung des Eigentums des N feststellbar sein. Diese besteht zwar noch nicht in dem Umstand, dass F ein Bett mit elektrischen Motoren benutzt. Denn dies ist weder generell verboten, noch resultiert hieraus bei abstrakter Betrachtung eine Gefahr für das Eigentum des N. Jedoch trat eine hinreichend konkrete Gefährdung des Eigentums des N jedenfalls in dem Moment ein, in dem das Feuer ausbrach und auf das Wohnhaus des N übergriff.
Somit entstand dem N durch das Ausbrechen des Feuers ein Abwehranspruch gegen F als Störer i.S.d. § 1004 I BGB (hierzu oben 3.).

b) Unmöglichkeit, den Anspruch zu realisieren
N hatte jedoch tatsächlich keine Möglichkeit mehr, seinen Anspruch geltend zu machen. In dem Zeitpunkt, in dem er das Feuer wahrnehmen konnte und damit erstmals in die Möglichkeit versetzt wurde, ein Abwehrverlangen zu formulieren, war jedenfalls ein Teilschaden bereits eingetreten. Ein Abwehranspruch war daher nicht mehr realisierbar. Folglich bestand ein faktischer Duldungszwang, der einer Duldungspflicht i.S.d. § 906 II 1 BGB gleichzustellen ist.

5. Keine Zumutbarkeit der Einwirkung
Die Einwirkung durch den Brand führte zu einer Substanzverletzung des Wohnhauses des N in Höhe eines Schadens von 80.000 €, so dass jede Zumutbarkeitsschwelle überschritten ist.

6. Rechtsfolge
N steht ein nachbarrechtlicher Ausgleichsanspruch analog § 906 II 2 BGB zu. Dieser ist auf „angemessenen Ausgleich in Geld" gerichtet. Anders als vergleichbare Ansprüche (etwa § 14 I BImSchG) spricht § 906 II BGB nicht von „Schadensersatz", so dass §§ 249 ff. BGB nicht entsprechend anwendbar sind (Beck OK/Fritzsche, § 906 BGB Rn. 86, 77). Als Folgeanspruch aus § 906 II 1 BGB orientiert sich der Umfang am Maß der Beeinträchtigung; ersatzfähig sind somit diejenigen Beeinträchtigungen, die unzumutbar i.S.d § 906 II 2 BGB sind. Nach ständiger Rechtsprechung entsteht bei Eingriffen in die Sachsubstanz jedoch ein Ausgleichsanspruch in der Höhe eines vollen Schadensersatzes (*BGH*, NJW 1999, 2896; NJW-RR 1997, 1374; NJW 1983, 872).
Folglich kann N Ausgleich seines gesamten Schadens in Höhe von 80.000 € verlangen.

C. Rechtsfolge: Anspruchsübergang gem. § 86 I VVG (cessio legis)
Der dem N entstandene Anspruch geht gem. § 86 I VVG auf V über, die mithin analog § 906 II 2 BGB i.V.m. § 86 I VVG Regress bei F nehmen kann.

Standort: § 211 StGB Problem: Verdeckungsabsicht

BGH, URTEIL VOM 17.05.2011
1 STR 50/11 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Die Angeklagte war in den Besitz der ec-Karte der mit ihr befreundeten Eheleute P gelangt. Zunächst füllte sie Überweisungsformulare mit den Kontodaten der Eheleute P aus und unterschrieb diese mit "P", um so vom Konto der Eheleute P Geld abbuchen zu lassen, mit dem die Angeklagte eine Geldstrafe ihrer Schwester bezahlen wollte. Zudem ging sie in die kontoführende Bank und ließ sich dort wiederholt größere Bargeldbeträge auszahlen. Später stellte sich heraus, dass die Überweisung der Geldstrafe nicht erfolgt war, da das Konto im Zeitpunkt des entsprechenden Auftrags nicht hinreichend gedeckt gewesen war. Zwischenzeitlich hatten sich die Eheleute P bei der Bank gemeldet und mitgeteilt, dass die entsprechenden Überweisungen und Auszahlungen nicht von ihnen in Auftrag gegeben worden waren. Herr P äußerte insofern den Verdacht, dass die Angeklagte diese Handlungen vorgenommen haben könnte. Um herauszufinden, wer insbesondere das in bar ausgezahlte Geld entgegen genommen hatte, meldete sich ein Mitarbeiter der Bank bei der Angeklagten und forderte diese unter einem Vorwand auf, bei der Bank zu erscheinen. Auch die Schwester der Angeklagten bat diese, zur Bank zu gehen, um die Zahlung der Geldstrafe vielleicht doch noch erwirken zu können. Trotzdem ging die Angeklagte nicht zu den entsprechenden Terminen, da sie eine Aufdeckung ihres Tuns befürchtete. Am 25.06.2008 besuchte die Angeklagte Frau P, um von dieser zu erfahren, was die Eheleute P bzgl. der Abhebungen schon konkret wussten. Als es während des Gespräches wegen dieser Abhebungen zum Streit kam, nahm die Angeklagte einen scharfkantigen Gegenstand und schlug mit diesem Frau P nieder. Dann ergriff sie noch ein Messer, mit dem sie Frau P erstach.

Das Landgericht Nürnberg-Fürth hatte die Angeklagte bzgl. der Abhebungen insb. wegen Betrugs, § 263 I StGB, verurteilt, und bzgl. der Tötung der Frau P wegen Totschlags, § 212 I StGB. Eine Strafbarkeit wegen Mordes, § 211 StGB, hatte das LG abgelehnt. Insbesondere sei eine Verdeckungsabsicht der Angeklagten im Sinne des § 211 II StGB ausgeschlossen, da diese nicht nur von Frau P verdächtigt worden sei, die Betrugstaten begangen zu haben, sondern insb. auch von Herrn P sowie dem Mitarbeiter der Bank. Die Tötung von Frau P sei deshalb gar nicht dazu geeignet, die vorher begangenen Taten zu verdecken, sodass auch entsprechende Verdeckungsabsicht ausscheide. Auf die Revision der Staatsanwaltschaft hin hob der BGH das Urteil auf. Eine Verdeckungsabsicht sei auch dann noch möglich, wenn eine Tat bereits aufgedeckt worden sei, sofern die Täterin die Absicht habe, ihre Beteiligung oder Identität zu verdecken oder den Nachweis der Tat zu erschweren. Dies sei im vorliegenden Fall aber durchaus denkbar, sodass das Vorliegen einer Verdeckungsabsicht durch das Tatsachengericht gründlicher hätte geprüft werden müssen. Auch die Mordmerkmale der Habgier und der niedrigen Beweggründe hätten ernsthaft in Betracht gezogen werden müssen.

Prüfungsrelevanz:

Tötungsdelikte sind immer wieder Gegenstand von Examensaufgaben in beiden Examen. Hierbei sind nicht nur das - streitige - Verhältnis von Mord und Totschlag und die sich hieraus ergebenden Konsequenzen für die Anwendung von § 28 StGB auf Teilnehmer zu diskutieren, sondern auch die Voraussetzungen der einzelnen Mordmerkmale.

Schwerpunkt der Ausführungen des BGH in der vorliegenden Entscheidung ist das Mordmerkmal der Verdeckungsabsicht. Gem. § 211 II StGB begeht der Täter insbesondere dann einen Mord, wenn er einen anderen Menschen tötet, "um eine Straftat zu verdecken". Die klassische (und einfachste) Konstellation einer Tötung in Verdeckungsabsicht ist dann gegeben, wenn der Täter einen Zeugen tötet, um zu verhindern, dass dieser eine vom Täter oder einem Dritten begangene Straftat bei den zuständigen Behörden anzeigt. Im vorliegenden Fall war es allerdings so, dass die Angeklagte schon zumindest ahnte, dass bereits Ermittlungen wegen der von ihr mit der ec-Karte des Opfers begangenen Straftaten durchgeführt wurden. Deswegen war problematisch, ob sie das Opfer tatsächlich tötete, "um eine Straftat zu verdecken", obwohl sie doch wusste oder zumindest ahnte, dass ihre Taten bereits "aufgedeckt" worden waren. Außerdem musste der Angeklagten auch klar sein, dass ihr Opfer nicht die einzige Person war, die bereits von diesen Taten

wusste, sodass auch im Falle der Tötung dieses Opfers aller Wahrscheinlichkeit nach immer noch weitere Ermittlungen durchgeführt würden.

Der BGH führt in der vorliegenden Entscheidung seine bisherige Rechtsprechung (vgl. insb. BGHSt 50, 11 = RA 2005, 311 = NJW 2005, 1203) fort. Nach dieser ist eine Verdeckungsabsicht auch dann noch möglich, wenn der Täter weiß, dass seine Tat bereits entdeckt wurde. Glaubt der Täter immerhin, mit der Tötung eine günstige Beweisposition aufrecht erhalten oder seine Lage verbessern zu können, so reicht das für die Annahme der Verdeckungsabsicht aus, selbst wenn er bereits als Täter der Vortat verdächtigt wird. Lediglich dann, wenn der Täter sich ausschließlich der Festnahme entziehen will, scheidet eine Verdeckungsabsicht aus. Der BGH betont ausdrücklich, dass Verdeckungsabsicht stets "aus der Sicht des Täters" zu beurteilen sei, was vielleicht eine etwas unglückliche Formulierung dafür ist, dass es sich bei der Verdeckungs*absicht* natürlich um ein subjektives Tatbestandsmerkmal handelt. Da im vorliegenden Fall jedoch nicht klar war, ob die Angeklagte wirklich wusste, dass auch Herr P ihre früheren Handlungen bei der Bank angezeigt hatte, lag es nahe, dass sie durch die Tötung von Frau P tatsächlich ihre eigene Verurteilung zumindest erschweren wollte. Das würde allerdings für eine Verdeckungsabsicht ausreichen.

Vertiefungshinweise:

❑ Zur Verdeckungsabsicht i.S.v. § 211 StGB, insb. bei bereits "aufgedeckter" Tat: *BGH*, RA 2005, 311 = NJW 2005, 1203; NStZ-RR 1997, 293; *Fischinger*, JA 2005, 490; *Kudlich*, JuS 2005, 659; *Steinberg*, JR 2007, 293

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs*: "Tod in der Fußgängerzone"

Leitsatz:

Zu den Anforderungen an das Vorliegen von Verdeckungsabsicht (im Anschluss an BGHSt 50, 11).

Sachverhalt (gekürzt):

A gelangte in den Besitz der EC-Karte der Eheleute P bei der Deutschen Bank. Sie wurde von ihrer Schwester beauftragt, Ratenzahlungen für eine gegen diese verhängte Geldstrafe an die Landesjustizkasse Bamberg zu überweisen. A füllte am 22. April 2008 für das ihr aus der EC-Karte bekannte Konto der Eheleute P zwei Überweisungsformulare zu Gunsten der Landesjustizkasse Bamberg über jeweils 50 Euro aus, unterzeichnete sie mit dem Namenszug "P" und gab sie bei der Deutschen Bank ab. Da dieses Konto zu diesem Zeitpunkt nicht die erforderliche Deckung aufwies, wurden beide Überweisungen nicht ausgeführt. Als A erfuhr, dass den Eheleuten P 15.000 Euro auf ihr Konto gutgeschrieben wurden, beschloss sie, mit der EC-Karte Geld für sich abzuheben. Am 19. Mai 2008 suchte sie die Filiale der Deutschen Bank auf und gab sich gegenüber dem Bankangestellten B als Frau P aus. Sie teilte dem Bankangestellten mit, 2.000 Euro abheben zu wollen. B erstellte zunächst aufgrund eines Versehens einen Auszahlungsbeleg über 1.000 Euro, der von A mit dem Namenszug "P" unterzeichnet wurde. Anschließend erstellte B einen zweiten Auszahlungsbeleg über weitere 1.000 Euro, den A wiederum mit dem Namenszug "P" unterzeichnete. B zahlte ihr sodann 2.000 Euro in bar aus. Zwanzig Minuten später ging A erneut in diese Filiale und teilte B mit, weitere 5.000 Euro abheben zu wollen. B erstellte einen Auszahlungsbeleg über diesen Betrag, den A mit dem Namenszug "P" unterzeichnete. Sie erhielt daraufhin von B 5.000 Euro in bar. Noch am Nachmittag dieses Tages beglich A Mietrückstände in Höhe von über 3.000 Euro.

Am 21. Mai 2008 erstattete Herr P bei der Polizei in Erlangen Anzeige wegen des Abhandenkommens der EC-Karte und der unberechtigten Abhebungen. Auch sprach er bei dem Mitarbeiter W bei der Filiale der Deutschen Bank vor und erfuhr, dass die Abhebungen von einer dunkelhäutigen jüngeren Frau vorgenommen worden waren. Am 16. Juni 2008 äußerte Herr P sowohl gegenüber den Mitarbeitern der Deutschen Bank als auch gegenüber der Polizei den Verdacht, dass A die Abhebungen vorgenommen haben könnte. Am 17. Juni 2008 erfuhr die Schwester der A, dass die beiden Ratenzahlungen auf die gegen sie zu vollstreckende Geldstrafe nicht eingegangen waren. Ihr Ehemann ging deshalb zur Filiale der Deutschen Bank und legte dem Mitarbeiter W die zwei Durchschläge der Überweisungsträger vor, die A ihrer Schwester gegeben hatte und auf denen das Konto der Eheleute P als Abbuchungskonto eingetragen war. W schöpfte wegen der Kontoidentität sofort den Verdacht, dass es zwischen den gescheiterten Überweisungen und den Abhebungen einen Zusammenhang gebe. Bei einer persönlichen Vorsprache der Schwester der A wurde diese vom Bankangestellten B als Abheberin ausgeschlossen. W erfuhr von ihr vielmehr, dass sie A mit den Überweisungen beauftragt hatte. Er rief daraufhin mehrfach A an und bat sie am 24. Juni 2008 zu einem Gespräch in die Bankfiliale. Gleichzeitig forderte die Schwester der A diese auf, den Termin bei der Deutschen Bank unbedingt wahrzunehmen, um die Sache mit den fehlgeschlagenen Überweisungen aufzuklären, da sie die Sorge hatte, in Haft zu müssen.

A befürchtete jetzt, dass ihr Versuch, unberechtigte Überweisungen vom Konto der Eheleute P auszuführen, vor der Aufdeckung stand. Noch mehr befürchtete sie aber, dass auch ihre Barabhebungen ans Licht kä-

men. Dabei hatte sie zum einen Angst vor einer Bestrafung zum anderen auch vor dem dann aufgedeckten Vertrauensbruch gegenüber Schwester und Bekannten. Deshalb und um weitere Ermittlungen gegen sie zu verhindern, ging sie weder am 24. Juni 2008 noch am 26. Juni 2008 zu Besprechungsterminen mit W.

Am 25. Juni 2008 war A wegen der Ermittlungen zu den Abhebungen nervös und befürchtete, dass über die von ihr für ihre Schwester durchgeführten Überweisungen auch ihre Barabhebungen von insgesamt 7.000 Euro aufgedeckt würden. Sie wollte deshalb von Frau P herausbekommen, was diese über die Sache weiß, ob sie selbst unter Verdacht stehe und welche Beweise vorliegen. Am Nachmittag kam A in die Wohnung der Eheleute P und hielt sich mit Frau P in der Küche auf. Als beide über die unberechtigten Abhebungen sprachen, entstand ein Streit. A geriet dabei in Wut, schlug Frau P einen scharfkantigen Gegenstand mehrfach auf den Kopf und stach mit einem Messer mehrmals auf diese ein, um sie zu töten. Die beigefügten Verletzungen führten nach ca. zehn bis fünfzehn Minuten zum Tod von Frau P.

Erst danach sah A die Chance, die Überweisungsversuche an die Landesjustizkasse zu erklären und damit die weiteren Ermittlungen gegen sich zu beenden. Sie suchte deshalb am 3. Juli 2008 W auf und gab vor, dass sich die Kontonummer der Eheleute P auf den Überweisungsbelegen befinde, da Frau P ihrer - der A - Schwester noch einen Gefallen schuldig gewesen sei und deshalb für sie die Überweisungen unterschrieben habe. Jetzt könne man Frau P aber nicht mehr fragen, da sie mittlerweile verstorben sei. A wollte damit erreichen, dass die Ermittlungen gegen sie wegen der unberechtigten Kontoverfügungen beendet werden.

Wie hat A sich durch ihr Verhalten am 25.06.2008 strafbar gemacht?

[Anm: §§ 227, 258 StGB sind nicht zu prüfen.]

Lösung:

A. Strafbarkeit gem. § 211 StGB

Durch die Schläge mit dem scharfkantigen Gegenstand und die Messerstiche könnte A sich wegen Mordes gem. § 211 StGB zum Nachteil von Frau P strafbar gemacht haben.

I. Tatbestand

1. Tötung der Frau P

A müsste den tatbestandlichen Erfolg des § 211 II StGB, den Tod der Frau P, durch eine eigene Handlung herbeigeführt haben.

Durch die Schläge und die Messerstiche hat A der Frau P so schwer wiegende Verletzungen beigefügt, dass diese an diesen gestorben ist. A hat somit Frau P getötet.

2. Heimtücke

A könnte Frau P heimtückisch getötet haben.

Heimtückisch i.S.v. § 211 II StGB handelt, wer die Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers bewusst in feindlicher Willensrichtung zur Tötung ausnutzt (BGHSt 11, 139, 143; 30, 105, 119; BGH, NJW 2006, 1008, 1010; Fischer, § 211 Rn. 34; Joecks, § 211 Rn. 26). Arglos in diesem Sinne ist das Opfer, wenn es sich im Zeitpunkt der ersten mit Tötungsvorsatz vorgenommenen Handlung keines Angriffs von Seiten des Täters versieht (BGH, NStZ 2006, 96; 2009, 29). Wehrlos ist das Opfer, wenn es aufgrund der Arglosigkeit keine oder nur eine eingeschränkte Verteidigungsmöglichkeit besitzt (BGH, StV 2007, 229).

Frau P müsste also im Zeitpunkt der ersten von A mit Tötungsvorsatz vorgenommenen Handlung, d.h. bei Ausführung des ersten Schlages mit dem scharfkantigen Gegenstand, arglos gewesen sein. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass sich A und Frau P unmittelbar vor diesem Angriff wegen der unberechtigten Abhebungen der A gestritten hatten. Insofern ist fraglich, ob Frau P nicht vielleicht doch mit einem Angriff seitens der A rechnete. In diesem Fall wäre sie allerdings nicht mehr arglos.

Bei einer unmittelbar vorausgegangenen Feindseligkeit oder heftigen Auseinandersetzung ist das Opfer immer noch arglos, wenn es trotz der Auseinandersetzung nicht konkret mit einem Angriff auf seine körperliche Unversehrtheit rechnet (BGH, NStZ 2009, 30, 31; NStZ-RR 2006, 235, 236; 2007, 174; Fischer, § 211 Rn. 37), nicht jedoch, wenn es durch die vorausgehende Konfrontation "gewarnt" war (BGH, NStZ 2008, 273, 274 f.; NStZ-RR 2004, 234).

Im vorliegenden Fall ist es - insbesondere aufgrund der Tatsache, dass A und Frau B miteinander bekannt waren und wohl auch freundschaftliche Beziehungen unterhielten - gut denkbar, dass Frau P trotz des vorausgegangenen Streites nicht mit einem körperlichen Angriff der A rechnete. Es ist jeodch nicht auszuschließen, dass die Auseinandersetzung zwischen A und Frau P, die dem tödlichen Angriff der A vorausging, besonders heftig war und Frau P deshalb doch mit einem körperlichen Angriff der A rechnete. Wegen der bestehenden Unsicherheiten ist nach dem Grundsatz "in dubio pro reo" zugunsten der A davon auszugehen, dass Frau P im Zeitpunkt des Angriffs der A mit einem solchen rechnete und deshalb nicht mehr arglos war. Eine heimtückische Tötung ist somit nicht gegeben.

3. Grausamkeit

A könnte Frau P grausam getötet haben.

Grausam tötet, wer seinem Opfer in gefühlloser, unbarmherziger Gesinnung Schmerzen oder Qualen körperlicher oder seelischer Art zufügt, die nach Stärke oder Dauer über das für die Tötung erforderliche Maß hinausgehen (BGH, NStZ 2008, 29; NStZ-RR 2006, 236, 237; Fischer, § 211 Rn. 56).
Zwar erfolgt die Tötung der Frau P durch mehrfache Schläge mit einem scharfkantigen Gegenstand und Messerstiche und ist somit durchaus brutal. Allerdings lässt sich dem Sachverhalt nicht entnehmen, dass hierdurch bei Frau P unnötige Schmerzen erzeugt worden wären. Auch handelte es sich bei der Tötung der Frau P um eine Spontantat. A war im Zeitpunkt ihres tödlichen Angriffs erregt und wütend. Somit lässt sich auch eine gefühllose, unbarmherzige Gesinnung der A nicht feststellen. Eine grausame Tötung ist somit nicht gegeben.

4. Vorsatz
A handelte vorsätzlich hinsichtlich der Tötung der P.

5. Habgier
A könnte Frau P aus Habgier getötet haben.
Habgier ist das abstoßende Gewinnstreben um jeden Preis; sie liegt also vor, wenn sich die Tat als Folge eines noch über bloße Gewinnsucht hinaus gesteigerten Gewinnstrebens darstellt (BGH, NStZ 2003, 307; NJW 2001, 763; Fischer, § 211 Rn. 10; Kargl, StraFo 2001, 365, 367).
Der BGH merkt hierzu an: "[25] Wenn die Angeklagte [Frau] P tötete, um hinsichtlich der unberechtigten Geldabhebungen keine Rückzahlung leisten zu müssen, käme im Übrigen auch das Mordmerkmal Habgier in Betracht."
Da sich dem Sachverhalt aber nicht entnehmen lässt, ob A mit der Tötung von Frau P tatsächlich (auch) das Ziel verfolgte, keine Rückzahlungen leisten zu müssen, ist nach dem Grundsatz "in dubio pro reo" eine Habgier der A abzulehnen.

6. Verdeckungsabsicht
A könnte allerdings gehandelt haben, um andere Straftaten - nämlich die durch die Benutzung der ec-Karte der Eheleute P begangenen Delikte, insb. § 263 I StGB - zu verdecken.
Hierzu führt der BGH aus: "1. [14] In Verdeckungsabsicht handelt, wer als Täter ein Opfer deswegen tötet, um dadurch eine vorangegangene Straftat als solche oder auch Spuren zu verdecken, die bei einer näheren Untersuchung Aufschluss über bedeutsame Tatumstände geben könnten (vgl. u.a. BGHSt 50, 11 ff. mit Anm. u.a. Steinberg JR 2007, 291; Kudlich JuS 2005, 659; Fischinger JA 2005, 490). Allerdings scheidet begrifflich eine Tötung zur Verdeckung einer Straftat dann aus, wenn diese bereits aufgedeckt ist und der Täter dies weiß (vgl. BGH, GA 1979, 108). Es kommt nicht darauf an, ob die vorangegangene Straftat oder seine Tatbeteiligung daran schon objektiv aufgedeckt waren oder ob objektiv von dem Opfer eine Aufdeckung zu befürchten war, solange der Täter nur subjektiv meint, zur Verdeckung dieser Straftat über die Leiche dieses möglichen Zeugen zu müssen (vgl. Geppert JK 10/05, StGB § 211/45). Auch nach Bekanntwerden einer Straftat kann ein Täter dann noch in Verdeckungsabsicht handeln, wenn er zwar weiß, dass er als Täter dieser Straftat verdächtigt wird, die genauen Tatumstände aber noch nicht in einem die Strafverfolgung sicherstellenden Umfang aufgedeckt sind (vgl. Senatsurteil vom 1. Februar 2005 aaO). Verdeckungsabsicht ist aus der Sicht des Täters zu beurteilen. Glaubt er mit der Tötung eine günstige Beweisposition aufrecht erhalten oder seine Lage verbessern zu können, so reicht das für die Annahme der Verdeckungsabsicht aus, selbst wenn er bereits als Täter der Vortat verdächtigt wird (vgl. LK-Jähnke, StGB, 11. Aufl., § 211 Rn. 16 mit Hinweis auf BGHSt 28, 18), da die Tatumstände - nach seinem Wissen - noch nicht in einem die Strafverfolgung sicherstellenden Umfang aufgedeckt waren (vgl. BGHSt 15, 291, 296). Verdeckungsabsicht ist nicht dadurch ausgeschlossen, dass die Tat als solche bereits entdeckt ist, dem Täter es jedoch noch darauf ankommt, seine eigene Täterschaft zu verbergen; Voraussetzung ist jedoch, dass er sich oder seine Tat noch nicht voll erkannt bzw. nicht voll überführungsfähig glaubt und daher mit der Vorstellung von Entdeckungsvereitelung handelt (Schönke/Schröder-Eser, StGB, § 211 Rn. 34 mwN).
[15] Der Umstand, dass die unberechtigten Abhebungen bereits entdeckt waren, schließt daher die Annahme der Verdeckungsabsicht i.S.d. § 211 StGB nicht aus, wenn es der Angeklagten darauf ankam, ihre Täterschaft nicht ans Licht kommen zu lassen (vgl. BGH, NJW 1952, 531 mwN). In Verdeckungsabsicht tötet, wer die Vortat überhaupt als auch, wer lediglich die eigene Täterschaft verbergen will, die den Strafverfolgungsbehörden nach seiner Vorstellung bisher nicht bekannt ist (vgl. BGH, NJW 1988, 2682 mwN; NStZ-RR 1997, 132 mwN). Ein Täter, der sich jedoch 'nur' der Festnahme entziehen will, will 'weder Tat noch Täter' zudecken (vgl. BGH, NJW 1991, 1189).
[16] Dass die Angeklagte wegen des Streits über die unberechtigten Abhebungen in Wut geraten ist, würde der Annahme von Verdeckungsabsicht nicht ohne weiteres entgegenstehen (vgl. auch BGH, NJW 1999, 1039 mit Anm. Momsen in JR 2000, 26, 30 f. und Schroth NStZ 1999, 554; vgl. hierzu auch Altvater NStZ 2000, 18 f.). Reagiert der Täter allerdings allein auf wuterregende Vorhaltungen des Opfers, so kann es bei einer dadurch ausgelösten Tötung an der Verdeckungsabsicht fehlen. Das Mordmerkmal der Verdeckungsabsicht kann im Übrigen auch bei einem in einer unvorhergesehenen Augenblicksituation spontan

gefassten Tötungsentschluss gegeben sein. Die Absicht zur Verdeckung einer anderen Tat erfordert keine Überlegung des Täters im Sinne eines abwägenden Reflektierens über die eigenen Ziele (vgl. hierzu Senatsurteil vom 3. Juli 2007 - 1 StR 3/07 Rn. 39 insoweit in BGHSt 51, 367 nicht abgedruckt).
2. [17] Diese Grundsätze hat das Landgericht nicht zur Grundlage seiner Beweiswürdigung gemacht. Es hätte sich nicht mit dem Hinweis begnügen dürfen, dass diese Tötung nicht geeignet war, die weitere Aufdeckung dieser Taten zu verhindern. Dieses objektive Kriterium ist zwar als gewichtiges Indiz gegen eine Verdeckungsabsicht in eine Beweiswürdigung einzustellen, zumal da im vorliegenden Fall das Landgericht mangels einer entsprechenden Einlassung der Angeklagten nur Schlussfolgerungen hinsichtlich der Motivation der Angeklagten ziehen konnte. Die maßgebliche Beurteilungsgrundlage ist aber nicht die objektive Sachlage, sondern die Vorstellung des Täters hiervon; die äußeren Gegebenheiten sind allerdings insofern von Belang, als sie Rückschlüsse auf die innere Einstellung des Täters zulassen. Der Hinweis auf die objektive Sachlage ersetzt aber nicht eine Würdigung aller maßgeblichen - auch für die Verdeckungsabsicht der Angeklagten sprechenden - Umstände. An einer solchen Würdigung fehlt es hier.
[18] Für die weitere Feststellung der Strafkammer, dass die Angeklagte von der Ungeeignetheit der Tötung zur Verdeckung wusste, fehlt es an einer Begründung.
[19] Das Landgericht hätte in der erforderlichen Gesamtwürdigung insbesondere folgende Indizien erörtern müssen, die für eine Verdeckungsabsicht sprechen und gegen die Feststellung, die Angeklagte habe die Tat für ungeeignet gehalten, die Aufdeckung zu verhindern:
[20] Die Angeklagte ging nicht zu dem Termin bei W , 'um weitere Ermittlungen gegen sich zu verhindern'. Sie befürchtete, dass ihre Überweisungen und Barabhebungen ans Licht kämen. Sie suchte nach der Tat W auf und versuchte, die von ihr gefälschte Unterschrift als von der Toten geleistet hinzustellen, um damit zu erreichen 'dass die Ermittlungen gegen sie wegen der unberechtigten Kontoverfügungen beendet werden'. Die Angeklagte war zum Tatopfer gegangen, um herauszubekommen, was diese über eine Täterschaft der Angeklagten wusste. Anlass des Streites war das Gespräch über die unberechtigten Abhebungen. Den Urteilsfeststellungen lässt sich nicht entnehmen, dass die Angeklagte wusste, dass [Herr] P auch der Polizei seinen Tatverdacht gegen die Angeklagte mitgeteilt hatte. Die Angeklagte wusste - entgegen ihrer Einlassung -, dass W mit ihr die Überweisungen und Abhebungen klären wollte. Die Angeklagte handelte in dem Gespräch mit W nach der Tötung von [Frau] P, um 'weitere Ermittlungen gegen sie wegen der unberechtigten Überweisungen und wegen der unberechtigten Abhebungen zu stoppen'. Die Angeklagte sah 'als einzigen Ausweg aus ihrer Zwangslage die Tötung von [Frau] P', wobei ihre Zwangslage darin bestand, die unberechtigten Kontoverfügungen erklären zu müssen. Der zur Feststellung der Schuldfähigkeit der Angeklagten gehörte Sachverständige Dr. Wö verneinte eine Affekttat. 'Vielmehr ergebe sich die konkrete Konfliktlage zwischen der Angeklagten und [Frau] P aus den von der Angeklagten zuvor durchgeführten unberechtigten Kontoverfügungen, deren Aufdeckung sie befürchtete'.
[21] All diese Indizien sind geeignet, eine Verdeckungsabsicht der Angeklagten zu belegen, da sie dagegen sprechen, dass die Angeklagte subjektiv die Tötung der [Frau] P für ungeeignet hielt, die weitere Aufdeckung ihrer vorausgehenden Taten zu verhindern."
A hat also mit Verdeckungsabsicht gehandelt.

7. Sonstige niedrige Beweggründe
A könnte auch aus sonstigen niedrigen Beweggründen i.S.v. § 211 II StGB gehandelt haben.
Die Beweggründe der Täterin sind dann niedrig i.S.v. § 211 II StGB, wenn sie nach allgemeiner sittlicher Anschauung verachtenswert sind und auf tiefster Stufe stehen (BGH, NStZ 2002, 369; 2006, 97; Schönke/Schröder-Eser, § 211 Rn. 18; Wessels/Hettinger, BT 1, Rn. 95).
Der BGH merkt hierzu an: "[24] Bei einer Tötung aus Wut oder Verärgerung kommt es darauf an, ob diese Antriebsregungen ihrerseits auf einer niedrigen Gesinnung beruhen (vgl. BGH, Urteil vom 11. Oktober 2005 - 1 StR 195/05 mwN). Dies wäre aber im Hinblick auf berechtigte Vorhaltungen wegen der Geldabhebungen nicht ausgeschlossen. Die Absicht, die Überführung durch Beseitigung eines Belastungszeugen zu erschweren, weist - wenn sie nach den Umständen für die Annahme eines Verdeckungsmordes nicht ausreicht - vielfach auf niedrige Beweggründe hin. Neben der Verdeckungsabsicht ist die Annahme niedriger Beweggründe jedoch nicht gerechtfertigt, wenn die zur Begründung dieses Merkmals herangezogenen Motive des Täters über die Verdeckungsabsicht hinaus keinen weiteren Unrechtsgehalt aufweisen (vgl. BGH, NStZ-RR 1999, 235)."
A hatte Frau P in Verdeckungsabsicht getötet (s.o.). Da nicht ersichtlich ist, dass A darüber hinaus gehende Motive mit einem weiteren Unrechtsgehalt aufwies, sind niedrige Beweggründe nicht gegeben.

II. Rechtswidrigkeit und Schuld
A handelte auch rechtswidrig und schuldhaft.

III. Ergebnis
A ist strafbar gem. § 211 StGB.

B. Strafbarkeit gem. §§ 223 I, 224 I Nr. 2, 5 StGB
Die mitverwirkliche gefährliche Körperverletzung gem. §§ 223 I, 224 I Nr. 2, 5 StGB tritt als notwendiges Durchgangsstadium einer Tötung hinter dem Mord zurück.

C. Gesamtergebnis
A ist strafbar wegen Mordes gem. § 211 StGB.

Literaturauswertung

Öffentliches Recht

Autor/Titel:	Warg, Gunter: "Fehlerhafte Außenvertretung der Gemeinde durch den Bürgermeister beim Erlass von Verwaltungsakten"
Fundstelle:	NWVBl 2011, 214 (Heft 6)
Inhalt:	Der beitrag ist sehr lehrreich zur Kompetenzverteilung zwischen Bürgermeister und Rat innerhalb einer Gemeinde. Diese Ausführungen mögen am Landesrecht NRW orientiert sein, der Schwerpunkt des Beitrags - zur Fehlerfolge bei Kompetenzüberschreitung des Bürgermeisters - ist hingegen verallgemeinerungsfähig. Der Autor kommt zu dem Ergebnis, dass die interne Unzuständigkeit des Bürgermeisters im Außenverhältnis vollkommen irrelevant ist, d.h. den von ihm erlassenen Verwaltungsakt nicht rechtswidrig (und schon gar nicht nichtig) macht.

Zivilrecht

Autor/Titel:	Weber, Jörg-Andreas: "Google Street View und ähnliche Geo-Datendienste im Internet aus zivilrechtlicher Sicht"
Fundstelle:	NJOZ 2011, 673
Inhalt:	Der Beitrag beschäftigt sich mit den Möglichkeiten, zivilrechtlichen Schutz gegen die Datenerhebung durch „Google Street View" zu erlangen. Aufgrund der großen Medienwirksamkeit dürfte dieses Thema auch im Examen, wohl insbesondere in der mündlichen Prüfung eine Rolle spielen. Der Beitrag ist zu empfehlen, da er die relevanten Aspekte anhand der einschlägigen Anspruchsgrundlagen darstellt.

Strafrecht

Autor/Titel:	Rönnau, Thomas: "Grundwissen - Strafrecht: Sozialadäquanz"
Fundstelle:	JuS 2011, 311 (Heft 4)
Inhalt:	Dass eine Handlung, die sich im Rahmen des sozial Üblichen bewegt, selbst dann nicht zu einer Strafbarkeit führt, wenn durch sie der Wortlaut eines Straftatbestandes verwirklicht wird, dürfte mittlerweile anerkannt sein. In diesem - kurzen - Aufsatz schildert der Verfasser nicht nur die historische Entwicklung dieser Konstellation der sog. Sozialadäquanz, er liefert auch Hinweise zur Verortung des Problems im Gutachten und nennt klassische Beispielsfälle.

Autor/Titel:	Jesse, Björn: "Geringwertigkeit des Erlangten und unbenannter besonders schwerer Fall von Diebstahl und Betrug"
Fundstelle:	JuS 2011, 313 (Heft 4)

Autor/Titel:	Jesse, Björn: "Geringwertigkeit des Erlangten und unbenannter besonders schwerer Fall von Diebstahl und Betrug"
Inhalt:	Gem. § 243 II StGB ist ein besonders schwerer Fall des Diebstahls gem. § 243 I 2 Nr. 1 - 6 StGB ausgeschlossen, wenn sich die Tat auf eine geringwertige Sache bezieht. Dasselbe gilt gem. § 263 IV StGB für Regelbeispiele des Betrugs in einem besonders schweren Fall, § 263 III 2 Nr. 1 - 5 StGB. In diesem Aufsatz befasst sich der Verfasser schwerpunktmäßig mit der Frage, ob in den Fällen der Geringwertigkeit auch ein unbenannter besonders schwerer Fall gem. §§ 243 I 1; 263 III 1 StGB ausscheidet und kommt - unter Anwendung der klassischen Auslegungsmethoden - zu dem gut begründeten Ergebnis, dass dies nicht so ist.