RA RechtsprechungsAuswertung

Heft 07/2011

Öffentliches Recht

Zum Element der Kundgabe von Meinungen bei Versammlungen 387
Zur Frage, wann ein Widerspruch der Behörde zugegangen ist 390
Anforderungen an die Prognose der Zuverlässigkeit eines Gewerbetreibenden 393
Wiedergestattung der Gewerbeausübung nach langer Zeit 395
Chancengleichheit der Parteien (“Wahl-O-Mat”) 396

Zivilrecht

Klage auf künftige Leistung im Mietrecht 400
Organisationsverschulden des Anwalts bei Übertragung von Aufgaben an Referendar 403
Zur Ersatzfähigkeit von Ein- und Ausbaukosten bei mangelhaften Sachen 405
AGB-Kontrolle von Arbeitsverträgen 411

Strafrecht

Besonders schwerer Fall bei versuchtem Grunddelikt 414
Erhebliche dauernde Entstellung durch Narben 417
Kein Beweisverwertungsverbot bei “verdecktem Verhör” 419

Urteile in Fallstruktur

Öffentliches Recht: Verfassungsmäßigkeit der Sicherungsverwahrung 424
Zivilrecht: Handeln unter fremdem Namen bei ebay 433
Strafrecht: Garantenpflicht bei Suizid 439

JURA INTENSIV Verlags-GmbH & Co. KG

Öffentliches Recht

Standort: Versammlungsrecht Problem: Versammlungsbegriff; "Polizeifestigkeit"

BVERFG, BESCHLUSS VOM 10.12.2010
1 BVR 1402/06 (BAYVBL 2011, 368)

Problemdarstellung:

Nach st.Rspr. des BVerfG liegt eine Versammlung i.S.d. Art. 8 I GG nur vor, wenn eine örtliche Zusammenkunft mehrerer Personen zur gemeinschaftlichen, auf die Teilhabe an der öffentlichen Meinungsbildung gerichteten Erörterung oder Kundgebung gegeben ist (BVerfGE 104, 92 [104]; BVerfGK 11, 102 [108]). Speziell das Element der Meinungskundgabe grenzt die über Art. 8 I GG geschützte Versammlung von der bloßen Ansammlung ab, die lediglich über Art. 2 I GG geschützt ist.

Im vorliegenden Fall stellt das BVerfG klar, dass das Element der Meinungskundgabe zwar nach wie vor notwendige Voraussetzung für eine Versammlung ist, hieran jedoch keine allzu strengen Anforderungen gestellt werden dürfen. Insbesondere sei keine offene Kommunikation (z.B. durch Rufen von Parolen oder Zeigen von Transparenten) erforderlich. Vielmehr könne auch nonverbal kommuniziert werden, z.B. durch Gesten, Kleidung o.ä. Sogar die bloße Anwesenheit an einem Ort könne bereits genügen (z.B. bei einem Schweigemarsch).

Nebenbei bemerkt das Gericht, dass die Frage der Anmeldung für den Schutz des Art. 8 I GG völlig irrelevant sei. Mit anderen Worten genießt auch eine Versammlung den Schutz des Art. 8 I GG, die entgegen § 14 I VersG nicht (oder nicht rechtzeitig) angemeldet worden ist. Die Anmeldung ist also keine Frage des Schutzbereichs, sondern der Schranken (vgl. die Auflösungsmöglichkeit nach § 15 III VersG).

Darüber hinaus stellt das BVerfG nochmals klar, dass die Versammlungsgesetze des Bundes und - soweit vorhanden - der Länder Eingriffe in Art. 8 I GG grds. abschließend regeln, ein Rückgriff auf allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht also nicht möglich ist. Über diese "Polizeifestigkeit von Versammlungen" hatte die RA zuletzt immer wieder berichtet (vgl. Vertiefungshinweise).

Prüfungsrelevanz:

Die "Polizeifestigkeit von Versammlungen" und mit ihr der Versammlungsbegriff gehört zu den gegenwärtig am meisten diskutierten - und damit examensrelevantesten - Grundrechtsproblemen überhaupt. Deshalb lohnt nicht nur das Studium der vorliegenden Entscheidung, sondern auch der Vertiefungshinweise zu diesem Thema.

Vertiefungshinweise:

❑ Zum Versammlungsbegriff, besonders zu den Anforderungen an den gemeinsamen kommunikativen Zweck: *Wiefelspütz*, NJW 2002, 274

❑ Polizeifestigkeit der Versammlung: *VGH Mannheim*, RA 2010, 753 = VBlBW 2010, 468; *BVerfG*, RA 2005, 75 = NVwZ 2005, 80; *BVerwGE* 82, 34 [38]; *VGH Mannheim*, DVBl 1998, 837 [839]; RA 2007, 705; *OLG Celle*, RA 2006, 270 = NVwZ-RR 2006, 25; *Kötter/Nolte*, DÖV 2009, 399 *Meßmann*, JuS 2007, 524

❑ Versammlungsbegriff: *Wiefelspütz*, NJW 2002, 274 (zum kommunikativen Zweck); *VG Lüneburg*, RA 2007, 38 = NJW 2006, 3299; NdsVBl 2003, 249 (Skinhead-Konzert)

❑ Spaßveranstaltungen sind keine Versammlung: *VG Hamburg*, RA 2001, 450; *Deger*, NJW 1997, 923

❑ Aktuelle Probleme des Versammlungsrechts: *Leist*, NVwZ 2005, 500; *Kniesel/Poscher*, NJW 2004, 422, *Grigoleit/Battis*, NVwZ 2001, 121; *Wiefelspütz*, ZRP 2001, 60; *Kniesel*, NJW 2000, 2857

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs:* "XYZ"

❑ *Examenskurs:* "Waffen-SS"

Leitsätze (der Redaktion):

1. Eine Versammlung muss nicht notwendig eine Zusammenkunft von Menschen sein, bei der argumentiert und gestritten wird. Sie umfasst vielmehr vielfältige Formen gemeinsamen Verhaltens bis hin zu nicht verbalen Ausdrucksformen. Es genügt, dass die Teilnehmer nach außen Stellung nehmen und ihren Standpunkt bezeugen, und sei es nur durch ihre bloße Anwesenheit an einem bestimmten Ort.

2. Eine Versammlung verliert den Schutz des Art. 8 GG erst bei kollektiver Unfriedlichkeit. Ob sie anmeldepflichtig und dementsprechend angemeldet

ist oder nicht, ist insoweit irrelevant.
3. Die Versammlungsgesetze des Bundes und der Länder gehen als Spezialgesetze dem allgemeinen Polizeirecht vor ("Polizeifestigkeit von Versammlungen"). Folglich kann eine Person, solange sie sich in einer Versammlung befindet, nicht mit einem Platzverweis belegt werden.
4. Soll ein Platzverweis erteilt werden, müsste demgemäß entweder die Versammlung zuvor aufgelöst oder der betroffene Teilnehmer aus der Versammlung ausgeschlossen worden sein.

Sachverhalt:
Die Verfassungsbeschwerde richtete sich gegen die Auferlegung eines Bußgeldes wegen fahrlässiger Teilnahme an einer unerlaubten Ansammlung gem. § 113 OWiG.
Am Samstag, den 14. 8. 2004, fand in der Kleinstadt F. die angemeldete Demonstration unter freiem Himmel mit dem Motto „Keine schweigenden Provinzen - Linke Freiräume schaffen" statt. Anlässlich dieser Versammlung begab sich der Bf. zusammen mit circa 40 anderen Personen mit dem Kraftfahrzeug nach F. Die Gruppe postierte sich entlang der Route der angemeldeten Demonstration. Die Mitglieder der Gruppe hatten überwiegend kurz geschorenes Haar. Dazu trugen sie so genannte Bomberjacken und Springerstiefel sowie die für die rechte Szene (jedenfalls damals) typische Bekleidung der Marke L. Die Gruppe verfügte weder über Plakate oder Flugblätter noch über sonstige Hilfsmittel der Kommunikation.
Als die Polizeikräfte vor Ort der Gruppe gewahr wurden, ordnete der Einsatzleiter eine Identitätsfeststellung sowie einen Fahndungsabgleich des Initiators und Wortführers der Gruppe, Herrn L. S, an. Daraufhin sprach der Einsatzleiter gegenüber der Gruppe einen Platzverweis für die Stadt F. aus. Als diese darauf nicht reagierte und weiterdiskutierte, wiederholte der Einsatzleiter den Platzverweis, dem ein Teil der Gruppe Folge leistete. Nachdem weitere Polizeikräfte eingetroffen waren, sprach der Einsatzleiter unter gleichzeitiger Androhung von Zwangsmitteln den dritten Platzverweis aus. Diesem kamen die verbliebenen Personen - darunter auch der Bf. - nach, nachdem weitere Polizeikräfte in Stellung gebracht worden waren.
Mit angegriffenem Bußgeldbescheid vom 31.1.2005 setzte die Zentrale Bußgeldstelle des Zentraldienstes der Polizei des Landes Brandenburg gegen den Bf. wegen fahrlässiger Teilnahme an einer unerlaubten Ansammlung gem. § 113 OWiG eine Geldbuße samt zu zahlender Kosten in Höhe von ca. 175 Euro fest. Mit angegriffenem Urteil vom 13. 1. 2006 verurteilte das AG den Bf. wegen fahrlässiger Teilnahme an einer unerlaubten Ansammlung gem. § 113 OWiG i.V. mit § 16 I 1 des Brandenburgischen Polizeigesetzes (BbgPolG), der den Platzverweis regelt, zu einer Geldbuße in Höhe von 75 Euro.
Bei der kurzfristig von Herrn L. S anberaumten Zusammenkunft sei es darum gegangen, gegenüber den Teilnehmern der linken Demonstration "Gesicht zu zeigen". Man habe vor Ort stehen und den Teilnehmern der angemeldeten Demonstration beweisen wollen, dass es auch noch Rechte in F. gebe. Eine über die körperliche Präsenz hinausgehende Absprache bezüglich des Zwecks der Veranstaltung habe es nicht gegeben.
Nach Auffassung des AG war eine Auflösungsanordnung gem. § 15 III VersG entbehrlich gewesen, weil es sich bei der Zusammenkunft nicht um eine Versammlung i.S. des Art. 8 I GG, sondern um eine Ansammlung i.S. des § 113 I OWiG gehandelt habe.
Mit angegriffenem Beschluss vom 16. 5. 2006 verwarf das OLG den Antrag auf Zulassung der Rechtsbeschwerde als unbegründet, da eine Zulassung zur Fortbildung des Rechtes nicht erforderlich sei. Die Verfassungsbeschwerde führte zur Aufhebung des Urteils des AG wegen Verletzung des Grundrechts der Versammlungsfreiheit aus Art. 8 I GG und zur Zurückverweisung der Sache an das AG.

Aus den Gründen:
[13] Die Verfassungsbeschwerde ist in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang gem. § 93a II lit. b BVerfGG zur Entscheidung anzunehmen, da dies zur Durchsetzung der Grundrechte des Bf. angezeigt ist.
[14] Das BVerfG hat die maßgeblichen Fragen zu der Gewährleistung des Grundrechts der Versammlungsfreiheit aus Art. 8 GG bereits entschieden und dabei auch die zu berücksichtigenden Grundsätze entwickelt. Dies gilt namentlich für die Reichweite des Begriffs der Versammlung i.S. von Art. 8 I GG sowie für den Einfluss des Grundrechts auf die Auslegung und Anwendung von Bußgeldvorschriften (vgl. BVerfGE 69, 315 [343ff.] = NJW 1985, 2395; BVerfGE 87, 399 [406ff.] = NJW 1993, 581; BVerfGE 104, 92 [104] = NJW 2002, 1031).

A. Zulässigkeit
[15] 2. Soweit der Bf. eine Verletzung seines Grundrechts der Versammlungsfreiheit durch die fachgerichtlichen Entscheidungen rügt, ist die Verfassungsbeschwerde zulässig.

B. Begründetheit
[16] 3. In dem vorgenannten Umfang ist sie auch i.S. des § 93c I 1 BVerfGG offensichtlich begründet.
[17] Die angegriffene Entscheidung des AG verletzt den Bf. in seinem Grundrecht der Versammlungsfreiheit aus Art. 8 I GG.

I. Schutzbereich betroffen
[18] Der Schutzbereich der Versammlungsfreiheit ist - ausgehend von den der angegriffenen Entscheidung zu

Grunde gelegten Feststellungen - eröffnet.

1. Versammlung

[19] Eine Versammlung ist eine örtliche Zusammenkunft mehrerer Personen zur gemeinschaftlichen, auf die Teilhabe an der öffentlichen Meinungsbildung gerichteten Erörterung oder Kundgebung (vgl. BVerfGE 104, 92 [104] = NJW 2002, 1031; BVerfGK 11, 102 [108] = NVwZ 2007, 1180). Die Versammlungsfreiheit schützt Versammlungen und Aufzüge - im Unterschied zu bloßen Ansammlungen oder Volksbelustigungen - als Ausdruck gemeinschaftlicher, auf Kommunikation angelegter Entfaltung.

a. Gemeinsamer Zweck der Kommunikation

Dieser Schutz ist nicht auf Veranstaltungen beschränkt, auf denen argumentiert und gestritten wird, sondern umfasst vielfältige Formen gemeinsamen Verhaltens bis hin zu nicht verbalen Ausdrucksformen. Daher gehören auch solche Zusammenkünfte dazu, bei denen die Versammlungsfreiheit zum Zwecke plakativer oder aufsehenerregender Meinungskundgabe in Anspruch genommen wird (vgl. BVerfGE 69, 315 [342f.] = NJW 1985, 2395; BVerfGE 87, 399 [406] = NJW 1993, 581). Bei einer Versammlung geht es darum, dass die Teilnehmer nach außen - schon durch die bloße Anwesenheit, die Art des Auftretens und des Umgangs miteinander oder die Wahl des Ortes - im eigentlichen Sinne des Wortes Stellung nehmen und ihren Standpunkt bezeugen (vgl. BVerfGE 69, 315 [345] = NJW 1985, 2395).

b. Friedlichkeit

[20] Eine Versammlung verliert den Schutz des Art. 8 GG grundsätzlich nur bei kollektiver Unfriedlichkeit, mithin wenn sie im Ganzen einen unfriedlichen Verlauf nimmt oder der Veranstalter und sein Anhang einen solchen Verlauf anstreben oder zumindest billigen (vgl. BVerfGE 69, 315 [361] = NJW 1985, 2395). Der Schutz des Art. 8 GG besteht unabhängig davon, ob eine Versammlung anmeldepflichtig und dementsprechend angemeldet ist (vgl. BVerfGE 69, 315 [351] = NJW 1985, 2395; BVerfGK 4, 154 [158] = NVwZ 2005, 80; BVerfGK 11, 102 [108] = NVwZ 2007, 1180).

c. Subsumtion

[21] Ausgehend von diesen Kriterien spricht auf der Grundlage der Feststellungen in der angegriffenen Entscheidung alles dafür, dass vorliegend eine Versammlung gegeben war. Jedenfalls hat das AG den Versammlungscharakter der Zusammenkunft, an welcher der Bf. teilgenommen hat, mit verfassungsrechtlich nicht tragfähigen Gründen verneint.

[22] Das AG hat bei der Prüfung des Versammlungscharakters der Zusammenkunft nicht berücksichtigt, dass diese inhaltlich auf das Versammlungsmotto der angemeldeten Demonstration bezogen war. Der Bf. und die anderen Mitglieder der Gruppe wollten nach den tatsächlichen Feststellungen des AG mit der Zusammenkunft "Gesicht zeigen" und sich gegen die Aussage des von der angemeldeten Demonstration ausgerufenen Mottos stellen. Die Anwesenheit der von auswärts angereisten Gruppe zu diesem Zeitpunkt an diesem Ort war erkennbar geprägt von dem Willen der Auseinandersetzung mit dem politischen Gegner. Dies ergibt sich daraus, dass sich die Gruppe, die auf Grund der kurz geschorenen Haare und der szenetypischen Aufmachung vom objektiven Empfängerhorizont aus betrachtet als dem rechtsradikalen Spektrum angehörend identifizierbar war und als solche von den Polizeikräften auch identifiziert wurde, in zeitlicher und örtlicher Nähe zu der ausdrücklich linksgerichteten - der zweite Teil des Mottos lautete: „Linke Freiräume schaffen" - Versammlung postierte, nämlich an einer Straße entlang der Demonstrationsroute außerhalb des Stadtkerns der Kleinstadt F., kurz bevor sich die angemeldete Demonstration in Bewegung setzte.

[23] Die Versagung der Versammlungseigenschaft kann das AG verfassungsrechtlich tragfähig nicht darauf stützen, dass nach dem Willen der Gruppe weder mit den Teilnehmern der angemeldeten Demonstration noch mit der Öffentlichkeit eine verbale Kommunikation stattfinden sollte. Ein kollektiver Beitrag zur öffentlichen Meinungsbildung kann auch nonverbal, durch schlüssiges Verhalten wie beispielsweise durch einen Schweigemarsch, geäußert werden.

Nach den tatsächlichen Feststellungen des AG wollte die Gruppe mit ihrer Zusammenkunft ein Gegenbild zu der von der angemeldeten Demonstration propagierten Lebenswirklichkeit entwerfen. Überdies lautete der erste Teil des Mottos der angemeldeten Demonstration „Keine schweigenden Provinzen". Angesichts dieser Umstände hätte das AG sich damit auseinandersetzen müssen, dass der physischen Präsenz in einer die gegenteilige politische Ausrichtung zu erkennen gebenden Aufmachung gepaart mit dem Schweigen der Gruppe hier naheliegenderweise eine eigenständige Aussage zukommen kann. Sofern sich der von der Gruppe geleistete Beitrag zu der öffentlichen Meinungsbildung darin erschöpfte, Ablehnung gegenüber dem von der angemeldeten Demonstration proklamierten Versammlungsmotto zu bekunden, wäre dies unschädlich, da es auf die Wertigkeit der geäußerten Meinung nicht ankommt.

2. Anmeldung irrelevant

[24] Verfassungsrechtlich tragfähige Anhaltspunkte dafür, dass die - folglich auf der Grundlage der Feststellungen des AG als Gegendemonstration einzustufende - Zusammenkunft des Schutzes des Art. 8 GG wieder verlustig gegangen ist, sind der Entscheidung

des AG nicht zu entnehmen. Insbesondere lässt eine eventuell notwendige, aber unterbliebene Anmeldung nicht den Grundrechtsschutz der Zusammenkunft entfallen. Feststellungen zu einer kollektiven Unfriedlichkeit der Zusammenkunft hat das AG nicht getroffen.

II. Eingriff

[25] Hiervon ausgehend ist das Urteil des AG als Eingriff in die Versammlungsfreiheit des Bf. zu beurteilen.

III. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

[26] Dieser Eingriff ist verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigt. Die angegriffene Entscheidung lässt eine Rechtsgrundlage für die Verurteilung des Bf. im Bußgeldverfahren nicht erkennen.

[27] Das Grundgesetz erlaubt Beschränkungen von Versammlungen unter freiem Himmel nur nach Maßgabe des Art. 8 II GG. Danach kann die Versammlungsfreiheit für Versammlungen unter freiem Himmel durch Gesetz oder auf Grund dieses Gesetzes beschränkt werden. Gegenstand der verfassungsgerichtlichen Prüfung im vorliegenden Fall ist eine Verurteilung im Bußgeldverfahren wegen des Zuwiderhandelns gegen eine auf das allgemeine Polizeirecht gestützte Standardmaßnahme zur Gefahrenabwehr gem. § 113 OWiG i.V. mit § 16 I 1 BbgPolG.

1. Polizeifestigkeit von Versammlungen

[28] Versammlungsspezifische Maßnahmen der Gefahrenabwehr richten sich nach den hierfür speziell erlassenen Versammlungsgesetzen. Die dort geregelten, im Vergleich zu dem allgemeinen Polizeirecht besonderen Voraussetzungen für beschränkende Verfügungen sind Ausprägungen des Grundrechts der Versammlungsfreiheit. Dementsprechend gehen die Versammlungsgesetze als Spezialgesetze dem allgemeinen Polizeirecht vor, mit der Folge, dass auf Letzteres gestützte Maßnahmen gegen eine Person, insbesondere in Form eines Platzverweises, ausscheiden, solange sich diese in einer Versammlung befindet und sich auf die Versammlungsfreiheit berufen kann (vgl. BVerfGK 4, 154 [158] = NVwZ 2005, 80). Dieser Schutz endet erst mit der eindeutigen Auflösung der Versammlung oder dem eindeutigen Ausschluss des Teilnehmers von der Versammlung (vgl. BVerfGK 4, 154 [159] = NVwZ 2005, 80; BVerfGK 11, 102 [115f.] = NVwZ 2007, 1180).

2. Subsumtion

[29] Diese besonderen Voraussetzungen für den Erlass von Maßnahmen auf Grund des allgemeinen Polizeirechts sowohl gegen den Bf. als auch gegen die - als Gegendemonstration einzustufende - Zusammenkunft lagen indes nicht vor.

[30] Den Feststellungen des AG ist nicht zu entnehmen, dass die Zusammenkunft den verfassungsrechtlichen Anforderungen entsprechend aufgelöst oder der Bf. hiervon ausgeschlossen wurde. Vielmehr hat sich das AG gerade auf den Standpunkt gestellt, dass eine solche Auflösungsverfügung entbehrlich gewesen sei, weil es sich bei der Zusammenkunft bereits nicht um eine Versammlung i.S. des Art. 8 I GG gehandelt habe. Da sich ein Rückgriff auf die Bestimmungen des allgemeinen Polizeirechts, insbesondere die Vorschriften zum Platzverweis, aus Rücksicht auf die Versammlungsfreiheit verbietet, kann das gegen den Bf. verhängte Bußgeld nicht auf § 113 OWiG i.V. mit § 16 I 1 BbgPolG gestützt werden.

Standort: § 70 VwGO — Problem: "Machtbereich" der Behörde

OVG WEIMAR, BESCHLUSS VOM 07.02.2011
2 ZKO 621/09 (LKV 2011, 284)

Problemdarstellung:

Im vorliegenden Fall ging es um die Frage, wann ein Widerspruch im Sinne des § 70 I VwGO fristwahrend "erhoben" worden ist. Konkret hatte der Kläger - ein Verwaltungsbeamter - seinen Widerspruch gegen eine für ihn negative Besoldungsentscheidung seines Dienstherrn (angeblich) innerhalb der Frist der Dienstpost übergeben, indem er das Widerspruchsschreiben in das Fach für Dienstpost gelegt hatte. Tatsächlich ließ sich das Widerspruchsschreiben aber nirgends auffinden.

A. Das OVG definiert zunächst im Anschluss an das BVerwG die "Erhebung" des Widerspruchs als den Moment, in dem der Widerspruch "mit Wissen und Wollen des Widerspruchsführers in den Machtbereich der zuständigen Behörde gelangt ist" (vgl. BVerwGE 91, 334).

B. Sodann führt es aus, dass das Einlegen des Widerspruchsschreibens in ein Fach der Dienstpost hierzu nicht genüge. Ein solches sei nicht etwa einem Postfach vergleichbar (das nach allg.M. zum "Machtbereich" des Empfängers gehört), weil anders als bei diesem die Beförderung noch nicht abgeschlossen sei, sondern erst noch stattfinden müsse. Die Übergabe an die Dienstpost sei vielmehr mit der Übergabe an einen Postboten zu vergleichen.

C. Sodann stellt das Gericht klar, dass die Übergabe an einen Boten zur Fristwahrung auch nicht genüge. Dies widerspräche der Intention der §§ 69, 70 VwGO, die auf den Zugang des Widerspruchs bei der Behörde, nicht aber auf dessen Absendung abstellten. Zudem zeige die Lebenserfahrung, dass immer wieder Post verloren ginge, sodass von der Übergabe an einen

Boten auch nicht im Wege des Anscheinsbeweises auf den Zugang geschlossen werden könne.

D. Schließlich komme in einem solchen Fall auch keine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nach § 60 VwGO in Betracht. Das Fristversäumnis sei nicht unverschuldet, der Kläger habe auch als Laie erkennen können und müssen, dass die Einlegung des Widerspruchs in das Fach für Dienstpost zur Fristwahrung nicht genüge.

Prüfungsrelevanz:

Wie die Urteilsgründe zeigen, wird der Zugang des Widerspruchs ganz ähnlich wie der Zugang einer Willenserklärung behandelt: Es kommt darauf an, dass er rechtzeitig in den "Machtbereich" des Empfängers (also der Behörde) gelangt. Dass man ein Fach für Dienstpost nicht mit einem Postfach verwechseln darf, sollte man sich ebenfalls einprägen. Die Gerichte sind in diesem Punkt sehr streng. So hat der BGH in einem ähnlich gelagerten Fall auch die Fristwahrung verneint, als ein für das Landgericht bestimmter Schriftsatz in das Gerichtsfach des Landgerichts am Amtsgericht eingelegt wurde (BGH, NJW-RR 1989, 1625). Die Argumentation war ähnlich wie hier beim OVG: Weil der Schriftsatz erst noch vom AG zum LG befördert werden musste, sei das Gerichtspostfach des LG beim AG noch nicht dem "Machtbereich" des LG zuzurechnen.

Die hier wiedergegebenen Ausführungen dürften nicht nur für Widerspruchsfristen nach § 70 VwGO, sondern sinngemäß auch für Klagefristen nach § 74 I VwGO gelten, denn auch für deren Wahrung kommt es auf die "Erhebung" der Klage an.

Vertiefungshinweise:

❑ Kein Anscheinsbeweis des Zugangs durch Aufgabe zur Post: *BGH*, NJW-RR 1996, 939; NJW 2009, 512

Leitsätze:

1. Ein Widerspruch ist erst wirksam erhoben, wenn er bei der zuständigen Behörde fristgerecht eingegangen ist. Bei den Fächern für Dienstpost, die bei den Thüringer Behörden eingerichtet sind, handelt es sich nicht um eigens für die jeweiligen Thüringer Behörden eingerichtete Empfangseinrichtungen – vergleichbar Postfächern – mit der Folge, dass bereits mit dem dortigen Eingang der Schriftstücke der Zugang bei der Empfängerbehörde bewirkt wird.

2. Die Beweislast des Widerspruchsführers für den Zugang des Widerspruchs kehrt sich mit der glaubhaft gemachten oder bewiesenen Aufgabe des Widerspruchsschreibens als einfacher Brief an den behördeninternen Dienstkurier nicht um. Die Grundsätze des Anscheinsbeweises gelten für den Zugang nicht.

Sachverhalt:

Der Kl. begehrt die Zahlung eines Zuschusses nach § 4 der 2. BesÜV nebst Zinsen. Das VG Weimar hat die am 20. 12. 2007 erhobene Klage auf Zahlung des Zuschusses für die Jahre 1992 bis 1999 durch Urt. v. 28. 7. 2009 abgewiesen, weil die geltend gemachten Ansprüche verjährt seien und die Verjährungseinrede des Bekl. nicht treuwidrig erscheine. Der hiergegen gerichtete Antrag auf Zulassung der Berufung blieb ohne Erfolg.

Aus den Gründen:

Zu Recht hat das VG angenommen, dass der Kl. den Nachweis, rechtzeitig gegen den Bescheid vom 16. 8. 2000 Widerspruch eingelegt zu haben, nicht führen kann und dies zu seinen Lasten geht, weil er für den fristwahrenden Zugang des Widerspruchs beweispflichtig ist.

A. Fristwahrung durch "Erhebung" des Widerspruchs, § 70 I VwGO

Gemäß § 70 I VwGO ist der Widerspruch innerhalb eines Monats, nachdem der Verwaltungsakt dem Beschwerten bekannt gegeben worden ist, schriftlich oder zur Niederschrift bei der Behörde zu erheben, die den Verwaltungsakt erlassen hat oder die den Widerspruchsbescheid zu erlassen hat. Fristgerecht erhoben ist der Widerspruch, wenn er mit Wissen und Wollen des Widerspruchsführers vor Ablauf der gesetzlichen Frist in den Machtbereich der zuständigen Behörde gelangt (vgl. BVerwGE 91, 334).

B. Subsumtion

Der Zugang des Widerspruchs des Kl. vom 8. 10. 2000 gegen den Bescheid vom 16. 8. 2000 bei der damals zuständigen OFD Erfurt – Zentrale Gehaltsstelle (nunmehr Thüringer Landesfinanzdirektion – Zentrale Gehaltsstelle) lässt sich weder innerhalb der Monatsfrist des § 70 I 1 VwGO, die mit der am 18. 9. 2000 nachweisbaren Bekanntgabe des mit einer ordnungsgemäßen Rechtsmittelbelehrung versehenen Bescheids zu laufen begann und damit am 18. 10. 2000 endete, noch später feststellen. [...]

I. Übergabe an Dienstpost genügt nicht

Unerheblich ist in diesem Zusammenhang, ob und zu welchem Zeitpunkt etwa der Widerspruch des Kl. in das Fach für die Dienstpost bei der Polizeiinspektion E gelangt sein soll.

Mit dem Einlegen des Schriftstücks in ein für Behördenpost eingerichtetes Fach kann der Zugang der Erklärung bei der zuständigen Behörde, damals der OFD Erfurt – Zentrale Gehaltsstelle, nicht bewirkt werden.

Das Schriftstück wäre mit dieser Übergabe nicht schon in die tatsächliche Verfügungsgewalt der OFD Erfurt gelangt. Bei den Fächern für Dienstpost, die bei den Thüringer Behörden eingerichtet sind, handelt es sich nicht um eigens für die OFD bzw. nunmehr Thüringer Landesfinanzdirektion eingerichtete Empfangseinrichtungen – vergleichbar einem Postfach – mit der Folge, dass die OFD bzw. Thüringer Landesfinanzdirektion Gewahrsam an den Schriftstücken mit ihrem dortigen Eingang begründete bzw. begründet (Ellenberger, in: Palandt, BGB-Komm., 70. Aufl., § 130 Rn. 6). Die Dienstpostfächer bei den Thüringer Behörden sind Teil eines behördeninternen Postvertriebssystems. Hier laufen sämtliche Briefe ein, die dienstlich veranlasst und an andere Thüringer Behörden gerichtet sind. Sie werden vom behördeninternen Kurier abgeholt, gesammelt und an die jeweiligen Empfänger verteilt. Die Aufgabe von Sendungen an den behördeninternen Dienstkurier bewirkt ebenso wenig wie die Aufgabe von Sendungen an private Postdienstleister den Zugang der Sendung beim Empfänger.

II. Kein Anscheinsbeweis

Auch ein Anscheinsbeweis für den Zugang der Sendung besteht nicht. Zwar sind die Regeln über den Beweis des ersten Anscheins auch im Verwaltungsprozess anwendbar (vgl. st.Rspr. des BVerwG, BVerwGE 20, 229). Sie gelten aber nur bei typischen Geschehensabläufen, bei denen nach der Lebenserfahrung regelmäßig von einem bestimmten Ereignis auf einen bestimmten Erfolg geschlossen werden kann und umgekehrt.

Für Postsendungen trifft dies nicht zu. Nach den Erfahrungen des täglichen Lebens kommt es auch unter normalen Postverhältnissen immer wieder vor, dass abgeschickte Briefe den Empfänger nicht erreichen. Auch wenn dies, gemessen an der Gesamtzahl der Postsendungen, nur ein sehr geringer Prozentsatz ist, so lässt sich doch jedenfalls unter diesen Umständen weder sagen, dass der Zugang, noch, dass der Verlust typisch sei. Es gibt lediglich eine mehr oder minder hohe Wahrscheinlichkeit dafür, dass abgesendete Briefe auch ankommen. Der Anscheinsbeweis ist aber nicht schon dann geführt, wenn zwei verschiedene Möglichkeiten des Verlaufs erfahrungsgemäß in Betracht zu ziehen sind, von denen die eine wahrscheinlicher ist als die andere (vgl. st.Rspr. des BGH, BGHZ 24, 308). Nichts anderes gilt, wenn Briefe über den behördeninternen Kurierdienst versandt werden. Angesichts der auch hier bestehenden Unwägbarkeiten in den Arbeitsabläufen der beteiligten Behördenstellen – eine ordnungsgemäße Geschäftsorganisation unterstellt – kann nicht allein aus der Postaufgabe regelmäßig auf den Zugang der Sendungen geschlossen werden.

Es widerspräche auch der klaren gesetzlichen Regelungen in §§ 69, 70 VwGO, wenn für den Nachweis des Eingangs eines Widerspruchs der Nachweis der Postaufgabe als ausreichend anzusehen wäre und von der zuständigen Behörde verlangt würde, sie solle den "ersten Anschein" durch den i. d. R. gar nicht zu führenden Beweis der negativen Möglichkeit, dass ihr die Sendung nicht zugegangen sei, entkräften. Auf diese Weise würde die vom Widerspruchsführer zu beweisende Erhebung des Widerspruchs durch den bloßen Nachweis der Absendung des Widerspruchs ersetzt. Der Widerspruch würde entgegen §§ 69, 70 VwGO mit der Aufgabe zur Post oder zur Postsammelstelle als erhoben gelten und das Vorverfahren damit beginnen. Demgegenüber hat der Widerspruchsführer die Möglichkeit, dem ihm obliegenden Beweis des Zugangs durch die Wahl entsprechender Versendungsformen sicherzustellen. Macht er hiervon keinen Gebrauch, ist es nicht unbillig, wenn er die volle Gefahr trägt, dass sein Widerspruch bei der zuständigen Behörde nicht fristwahrend eingeht oder er den Zugang nicht beweisen kann (vgl. OVG Hamburg, NJW 2006, 2506).

III. Keine Wiedereinsetzung

Zu Recht hat das VG festgestellt, dass dem Kl. auch nicht Wiedereinsetzung in die versäumte Widerspruchsfrist zu gewähren ist. Die Rüge des Kl., die Ausschlussfrist des § 60 III VwGO greife entgegen der Annahme der ersten Instanz nicht, weil er sich auf höhere Gewalt berufen könne, bleibt ohne Erfolg.

Unter höherer Gewalt ist nach der Rechtsprechung des BVerwG, der sich der Senat anschließt, ein Ereignis zu verstehen, das unter den gegebenen Umständen auch durch die größte, nach den Umständen des gegebenen Falls vernünftigerweise von dem Betroffenen unter Anlegung subjektiver Maßstäbe – also unter Berücksichtigung seiner Lage, Erfahrung und Bildung – zu erwartende und zumutbare Sorgfalt nicht abgewendet werden konnte. Dabei ist anerkannt, dass eine Fristsäumnis dem Betroffenen nicht angelastet werden darf, wenn er durch das Verhalten seines Gegners an der rechtzeitigen Einlegung des Rechtsbehelfs gehindert worden ist (vgl. BVerwG, Buchholz 310 § 60 VwGO Nr. 54; BVerwGE 58, 100; 105, 288; Kopp/Schenke, VwGO, 16. Aufl., § 60 Rn. 28, § 58 Rn. 20).

Gemessen an diesen Maßstäben sind keine Umstände ersichtlich, aufgrund deren es dem Kl. infolge höherer Gewalt unmöglich war, Wiedereinsetzung in die versäumte Widerspruchsfrist vor Ablauf der Jahresfrist des § 60 III VwGO zu beantragen und die Erhebung des Widerspruchs gegen den Bescheid vom 16. 8. 2000 nachzuholen. [wird ausgeführt]

Standort: Gewerberecht Problem: Wiedergestattung nach Gewerbeuntersagung

OVG LÜNEBURG, BESCHLUSS VOM 03.02.2011
7 PA 101/10 (NVWZ-RR 2011, 318)
OVG LÜNEBURG, BESCHLUSS VOM 27.01.2011
7 PA 1/11 (NVWZ-RR 2011, 319)

Problemdarstellung:

Nach § 35 VI GewO ist die Ausübung eines Gewerbes auf Antrag wieder zu gestatten, wenn die Voraussetzungen für eine Gewerbeuntersagung nicht mehr vorliegen. Diese Norm hat in zweierlei Hinsicht Bedeutung:

A. Zunächst stellt sie klar, dass maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit einer Gewerbeuntersagung - anders als sonst bei Dauerverwaltungsakten - nicht der Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung vor Gericht, sondern die letzte Behördenentscheidung (also der Erlass des Verwaltungsakts oder des Widerspruchsbescheids, wenn ein Vorverfahren statthaft ist) ist. Sämtliche nach der Untersagung eintretende Verbesserungen der Umstände sind nicht gegen die Untersagungsverfügung, sondern (nur) in einem Neugestattungsverfahren verwendbar.

Prozessual sind die Konsequenzen klar: Entfallen die Voraussetzungen für eine Gewerbeuntersagung nachträglich, ist nicht die Gewerbeuntersagung anzufechten (§ 42 I 1. Fall VwGO), sondern ein Antrag auf Wiedergestattung zu stellen, wobei nach dessen Ablehnung durch die Behörde (und u.U. Durchführung eines Vorverfahrens) Verpflichtungsklage nach § 42 I 2. Fall VwGO auf Erlass eines Wiedergestattungsbescheids zu erheben ist.

B. Hier kommt die zweite Funktion des § 35 VI GewO ins Spiel: Er ist Anspruchsgrundlage auf Wiedergestattung, verleiht also zum einen die Klagebefugnis für die Verpflichtungsklage nach § 42 II VwGO und führt gleichzeitig zur Begründetheit derselben, wenn die Voraussetzungen für eine Gewerbeuntersagung tatsächlich entfallen sind.

C. Mit der Frage, wann dies der Fall ist, beschäftigen sich die beiden nachstehend wiedergegebenen Entscheidungen des OVG Lüneburg.

I. Voraussetzung für eine Gewerbeuntersagung ist nach § 35 I GewO die Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden. Somit sind die Voraussetzungen für eine Gewerbeuntersagung entfallen, wenn der Gewerbetreibende nicht mehr unzuverlässig ist.

II. Die Prüfung dieses Tatbestandsmerkmals bedarf einer Prognose. Keinesfalls dürfen schlechte Erfahrungen aus der Vergangenheit angeführt werden. Zu prüfen ist vielmehr allein, ob der Betroffene *in Zukunft* sein Gewerbe ordnungsgemäß führen wird.

III. Allerdings können schlechte Erfahrungen aus der Vergangenheit durchaus zur Grundlage dieser Prognose gemacht werden (in Worten des OVG Lüneburg: als "Indiz" gelten). Wie weit diese Indizwirkung geht, ist Gegenstand der ersten Entscheidung des OVG (7 PA 101/10). Sie stellt klar, dass die Behörde beweisbelastet bleibt, es also nicht etwa Sache des Gewerbetreibenden ist, eine Verbesserung nachzuweisen. Weiterhin führt das Gericht aus, dass auch "nachwachsende" Gründe berücksichtigungsfähig sind; sollte also zwar der Grund für die ursprüngliche Gewerbeuntersagung entfallen sein (im Fall: Steuerschulden), dafür aber ein neuer Grund die Unzuverlässigkeit begründen (im Fall: Begehung von Straftaten), bestünde kein Anspruch auf Wiedergestattung.

IV. Die zweiten Entscheidung des OVG Lüneburg (7 PA 1/11) verdeutlicht, dass gerade wegen der notwendigen Zukunftsprognose selbst die Indizwirkung vergangener Verfehlungen abnimmt, je länger diese zurückliegen (im Fall: über 20 Jahre).

Prüfungsrelevanz:

§ 35 GewO besitzt erhebliche Prüfungsrelevanz, und zwar sowohl bezüglich des § 35 I GewO als Ermächtigungsgrundlage für eine Gewerbeuntersagung als auch bezüglich des hier interessierenden § 35 VI GewO. Entscheidend für den Examenserfolg wird sein, dass im Gutachten die Notwendigkeit einer in die Zukunft gerichteten Prognoseentscheidung deutlich wird, wobei diese im Idealfall nicht nur behauptet, sondern mit der rein präventiven Funktion des § 35 GewO auch begründet wird. Obwohl es sich um eine Prognoseentscheidung handelt, billigt die Rspr. den Behörden insoweit keinen Beurteilungsspielraum zu. Die Prognose ist also in vollem Umfang gerichtlich überprüfbar (wobei - wie erwähnt - ein "non liquet" zu Lasten der Behörde geht).

Vertiefungshinweise:

❑ Gewerbeuntersagung bei Insolvenz: *OVG Koblenz*, NVwZ-RR 2011, 229

❑ Zur Gewerbeuntersagung in der Insolvenz: *OVG Lüneburg*, RA 2010, 4 = NVwZ-RR 2009, 922; GewArch 2009, 162; GewArch 2003, 383; *Hahn*, GewArch 2000, 361

❑ Zur Rolle der GbR im Gewerberecht: *OVG Lüneburg*, RA 2009, 295 (Gewerberechtsfähigkeit); NVwZ-RR 2003, 103 (Gewerbeuntersagung)

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs:* "Stuckateur"

1. Teil: Entscheidung des OVG Lüneburg vom 03.02.2011 (7 PA 101/10):

Leitsatz:

Auf die Wiedergestattung der Gewerbeausübung besteht ein Rechtsanspruch, wenn die Voraussetzungen für die Gewerbeuntersagung entfallen sind. Die Beweislast für eine Aufrechterhaltung der Untersagungsverfügung trägt die Gewerbeaufsichtsbehörde.

Sachverhalt:

Die Beschwerde der Kl. richtet sich gegen den Beschluss des VG, mit dem es ihr die Gewährung von Prozesskostenhilfe für die auf Wiedergestattung des Friseurhandwerkes gerichtete Klage versagt hat. Sie beabsichtigt mit einer Kollegin im Rahmen einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts die selbstständige Tätigkeit als Friseurin im Umfang eines "Ein-Stuhl-Platzes" wieder aufzunehmen, nachdem ihr bisheriger Arbeitgeber insolvent geworden ist.

Aus den Gründen:

Die Beschwerde der Ast. hat Erfolg.

A. Anspruchsgrundlage

Nach § 35 VI GewO ist die Wiedergestattung auszusprechen, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass eine Unzuverlässigkeit i.S. von § 35 I GewO nicht mehr vorliegt.

B. Tatbestand

I. Positive Zukunftsprognose

Diese Entscheidung erfordert - wie die Gewerbeuntersagung - eine Prognose über die Zuverlässigkeit des Ast. nach Wiederaufnahme der gewerblichen Tätigkeit.

1. Präventiver Charakter des § 35 GewO

Sie muss prospektiv, d.h. bezogen auf eine Gefährdung des redlichen Geschäftsverkehrs in der Zukunft, begründet werden, wobei allerdings in der Vergangenheit gezeigtes Verhalten als Indiz gewertet werden kann. Zu beachten ist dabei, dass durch die Gewerbeuntersagung und ihre Aufrechterhaltung nicht vergangenes Verhalten "gleichsam bestraft" werden soll (OVG Lüneburg, NVwZ-RR 2011, 319). Auf die Wiedergestattung besteht ein Rechtsanspruch (VGH Kassel, NVwZ-RR 1991, 146 = GewA 1990, 326; Landmann/Rohmer, GewO, § 35 Rdnr. 176; Tettinger/Wank, GewO, § 35 Rdnr. 206). Aus der Gewährleistung der Berufsfreiheit (Art. 12 I GG) ergibt sich, dass niemand länger von der Gewerbeausübung ferngehalten werden darf, als dies durch überwiegende Interessen der Allgemeinheit geboten ist (Kramer, GewA 2010, 273).

2. Beweislast bei Behörde

Die Wiedergestattung ist antragsabhängig (§ 35 VI GewO). Mit der Einführung des Antragserfordernisses für die Wiedergestattung 1973 hat der Gesetzgeber aber keine Umkehr der Beweislast verbinden wollen (Tettinger/Wank, § 35 Rdnr. 194 m.w.N.). Aus den Gesetzesmaterialien ergibt sich eindeutig, dass bei einer Aufrechterhaltung der Untersagungsverfügung die Behörde darzutun hat, dass der Ast. weiterhin unzuverlässig ist (BT-Dr 7/111, S. 6). Sie trägt die Beweislast für die Rechtmäßigkeit ihres Ablehnungsbescheids. Die Anforderungen an eine Ablehnung des Wiedergestattungsantrags sind - nach Ablauf der Jahresfrist (§ 35 VI 2 GewO) - daher nicht geringer als für die Untersagung des Gewerbes selbst.

II. Subsumtion

Hiervon ausgehend ist nach derzeitiger Aktenlage wenig wahrscheinlich, dass der Ablehnungsbescheid der Bekl. im Klageverfahren Bestand haben wird.

1. Gründe der Gewerbeuntersagung entfallen (hier: Schulden)

Der Kl. ist im September 1996 die Gewerbeausübung wegen wirtschaftlicher Leistungsunfähigkeit untersagt worden. Damals bestanden Beitrags- und Steuerrückstände gegenüber der gesetzlichen Rentenversicherung, der Berufsgenossenschaft und dem Finanzamt, die - auch im Wege der Zwangsvollstreckung - nicht beigetrieben werden konnten. Diese Verschuldungssituation ist inzwischen nicht mehr gegeben. Nach den wiederholten Mitteilungen des Finanzamtes bestehen die Steuerschulden, offenbar nach Verjährung, nicht mehr. Mit der Berufsgenossenschaft hat die Kl. einen Vergleich geschlossen, die nach einer Teilzahlung auf den Restbetrag ihrer Forderung verzichtete. Bei der Stadtkasse bestehen keine Verbindlichkeiten. Die gesetzliche Rentenversicherung hatte der Bekl. bereits mit Schreiben vom 24. 8. 2009 mitgeteilt, dass die noch bestehende Forderung über 12.142,12 Euro bis zum 30.9.2013 befristet niedergeschlagen sei. Einem auf diesem Schreiben befindlichen Vermerk des Sachbearbeiters ist zu entnehmen, dass die Gläubigerin eine - zuvor von der Kl. angebotene - Zahlung von monatlichen Raten von 200 Euro stillschweigend akzeptiert, so dass Vollstreckungen von dieser Seite, die einen geordneten Geschäftsbetrieb der Kl. beeinträchtigen könnten, nicht zu erwarten sind. Bei dieser Sachlage ist offensichtlich, dass die Gründe, die im September 1996 zur Gewerbeuntersagung geführt haben, nicht mehr vorliegen.

2. Nachwachsen von (neuen) Untersagungsgründen

Dass inzwischen andere - eine Aufrechterhaltung der

Gewerbeuntersagung rechtfertigende - Gründe "nachgewachsen" wären, ist von der Bekl. nicht ausreichend dargelegt worden.

a. Zwischenzeitliches Fehlverhalten bei abhängiger Beschäftigung

Durch die Gewerbeuntersagung vom September 1996 war der Kl. lediglich die selbstständige Ausübung des Friseurgewerbes untersagt, nicht eine angestellte Tätigkeit im Betrieb eines anderen. Die Gewerbeuntersagung ist kein Berufsverbot. Sie schließt zwar (auch) die Übernahme einer Geschäftsführertätigkeit aus, nicht aber eine mit Leitungsfunktion verbundene innerbetriebliche Tätigkeit. Der Vorwurf, dass die Kl., die bei der - inzwischen insolventen - Firma "B.-C." offenbar als Friseurmeisterin und Betriebsleiterin angestellt gewesen ist, Anteil an der Insolvenz ihres Arbeitgebers gehabt haben soll, insbesondere - worauf es allein ankäme - welche konkrete Verantwortung sie für die Nichtzahlung von Steuerschulden dieser Firma träfe, wird durch den Akteninhalt nicht konkret belegt. Dass sie ein vorausgefülltes Pfändungsprotokoll unterschrieben hat, nachdem der Vollstrecker des Finanzamtes in den Geschäftsräumen der "„B."- GmbH einen (vergeblichen) Pfändungsversuch unternommen hatte, reicht für diesen Nachweis allein nicht aus. Ebenso wenig aussagekräftig ist, dass das Finanzamt die Kl. als "Ansprechpartnerin" in der Firma notiert hatte, weil auch dies keinerlei Aufschluss darüber gibt, wer für die Bezahlung der Steuerschulden bzw. deren Nichtzahlung verantwortlich war. Für die Schulden ihres früheren Arbeitgebers haftet sie nicht.

b. Zwischenzeitliche (fahrlässige) Straftat

Nach einer Mitteilung der Staatsanwaltschaft D. ist die Kl. am 16. 2. 2010 vom AG E. wegen eines "fahrlässigen Vergehens gegen die Insolvenzordnung" zu einer Geldstrafe von 50 Tagessätzen verurteilt worden. Nur diese Mitteilung findet sich in der Akte. Das Urteil selbst ist von der Bekl. ebenso wenig beigezogen worden wie die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft. Das ist schon deshalb ein gravierender Mangel des behördlichen Verfahrens, weil § 35 III GewO, der auf das Wiedergestattungsverfahren entsprechend anzuwenden ist, eine Bindungswirkung des Urteils vorsieht. Soll Unzuverlässigkeit mit strafbaren Handlungen begründet werden, darf die Behörde sich nicht mit der Feststellung der erfolgten Bestrafungen allein auf Grund von Strafregisterauszügen begnügen, vielmehr muss sie den ihnen zu Grunde liegenden Sachverhalt in eigener Verantwortung daraufhin prüfen, ob er die Annahme der Unzuverlässigkeit rechtfertigt (vgl. BVerwG, Beschl. v. 17. 1. 1964 – VII B 159.63; Landmann/Rohmer, § 35 Rdnr. 37). [...]

Vorliegend ist die Kl. wegen einer Fahrlässigkeitstat bestraft worden. Zwar mag auch die fahrlässige Begehung von Straftaten im Rahmen der gewerberechtlichen Zuverlässigkeit von Bedeutung sein, es darf aber nicht aus dem Blick geraten, dass der Schuldvorwurf in einem solchen Fall geringer ist und der Gesetzgeber gewerberechtliche Folgen regelmäßig nur an Vorsatztaten knüpft (vgl. §§ 33c II 2, 34b IV Nr. 1, 34c II Nr. 1GewO). Offenbar handelt es sich zudem um einen einzelnen Verstoß, jedenfalls lassen sich den Akten weitere Verurteilungen nicht entnehmen. Dass diese Straftat allein eine Aufrechterhaltung der Gewerbeuntersagung rechtfertigen kann, ist daher, auch unter Berücksichtigung ihres Gewerbebezuges, wenig wahrscheinlich (vgl. Landmann/Rohmer, Rdnrn. 37 ff.; Tettinger/Wank, § 35 Rdnr. Rdnr. 37; Leisner, GewA 2008, 225 [229]).

C. Ergebnis

Bei dieser Sachlage kann der Kl. Prozesskostenhilfe nicht versagt werden (§ 166 VwGO i.V. mit § 114 S. 1 ZPO).

2. Teil: Entscheidung des OVG Lüneburg vom 27.02.2011 (7 PA 1/11):

Leitsatz:

Zur Wiedergestattung gewerblicher Betätigung nach Ablauf von mehr als 20 Jahren seit Erlass der Gewerbeuntersagung und zu den Bemessungsgrundsätzen bei Festsetzung einer Verwaltungsgebühr.

Sachverhalt:

Mit Bescheid vom 26. 4. 1990 untersagte der ehemalige Landkreis H. dem Kl. das damals von ihm ausgeübte Gewerbe "Elektroinstallation" sowie die Ausübung aller weiteren Gewerbe wegen steuerlicher Unzuverlässigkeit. Unter dem 3.3.2009 beantragte der Kl. eine Wiedergestattung des Gewerbes "Unabhängige Gebäudeenergieberatung, Ausarbeitung von Finanzierungsplänen, Baubegleitung", nachdem er offenbar lange Zeit arbeitslos gewesen war und im November 2008 bei der Handwerkskammer H. die Prüfung zum Gebäudeenergieberater (HWK) bestanden hatte. Die Bekl. lehnte den Wiedergestattungsantrag durch Bescheid ab. Dem Kl. fehle noch immer die erforderliche Zuverlässigkeit. Die Rückstände beim Finanzamt seien auf inzwischen über 148.000 Euro angestiegen; die letzte Zahlung dort habe er im April 1996 geleistet.

Seinen Antrag auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe hat das VG mit dem im Tenor bezeichneten Beschluss abgelehnt. Die gegen diesen Beschluss gerichtete Beschwerde des Kl. hatte Erfolg.

Aus den Gründen:

[Prozesskostenhilfe] wird nach § 166 VwGO i.V. mit § 114 S. 1 ZPO bewilligt, wenn die beabsichtigte

Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung hinreichende Aussicht auf Erfolg bietet. Die Anforderungen an die Erfolgsaussichten dürfen nicht überspannt werden. Es reicht in der Regel aus, wenn Letztere sich bei summarischer Prüfung als zumindest offen darstellen (vgl. Kopp/Schenke, VwGO, § 16 Rdnr. 8, m.w.N.). So liegt es hier.

A. Anspruchsgrundlage

Nach § 35 VI 1 GewO ist die Ausübung eines Gewerbes wieder zu gestatten, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass eine Unzuverlässigkeit im Sinne des Absatzes 1 jener Vorschrift nicht mehr vorliegt.

B. Tatbestand

I. Positive Zukunftsprognose

Der Untersagungsgrund der Unzuverlässigkeit aus steuerrechtlichen Gründen, um den es vorliegend geht, entfällt regelmäßig zwar erst dann, wenn der Ast. die Rückstände inzwischen abgebaut, Abzahlungsvereinbarungen eingehalten, neue Verpflichtungen erfüllt und keine weiteren Schulden hat auflaufen lassen (Landmann/Rohmer/Marcks, GewO, § 35 Rdnr. 174, m.w.N.). Es darf jedoch nicht aus dem Auge geraten, dass es bei der Gewerbeuntersagung nach § 35 I GewO um den Schutz der Allgemeinheit vor solchen Personen geht, bei denen damit zu rechnen ist, dass sie ihr Gewerbe (auch) in Zukunft nicht ordnungsgemäß ausüben werden. Das in der Vergangenheit gezeigte Verhalten dient für diese prognostische Entscheidung als - durchaus starkes - Indiz; nicht soll es durch die Gewerbeuntersagung aber gleichsam bestraft werden.

II. Insbesondere nach lange zurückliegender Untersagung

Dieser Zusammenhang macht deutlich, das ein Verhalten in der Vergangenheit, das sehr lange zurückliegt und seither durch eine wechselnde Erwerbsbiografie nachhaltig unterbrochen worden ist, nur noch bedingt Schlüsse auf ein zukünftiges gewerbliches Gebaren zulässt. Die hier zur seinerzeitigen Gewerbeuntersagung führende Schuldensituation ist vor mehr als 20 Jahren eingetreten. Wenn es zutrifft, dass der Kl., wie er vorträgt, danach in abhängiger Beschäftigung zu wenig oder wegen Arbeitslosigkeit gar nichts verdient hat und deshalb mit dem Finanzamt keine Abzahlungsvereinbarung schließen konnte, erklärte dies, dass die Rückstände nicht gesunken, sondern durch den fortwährenden Anfall von Säumniszuschlägen sogar stark gestiegen sind. Das kann den Kl. zwar nicht von seiner Verantwortlichkeit für das damalige Entstehenlassen der Steuerrückstände befreien. Es bietet jedoch möglicherweise keinen Grund für den Vorwurf, die Rückstände nicht abgebaut zu haben, und eine daraus gleichsam automatisch abgeleitete Schlussfolgerung, er werde auch als Gewerbetreibender mit Einnahmen sich wieder ohne weiteres steuerrechtswidrig verhalten.

Eine Gewerbeuntersagung ist auch dann nicht mehr rechtmäßig, wenn es inzwischen an der Erforderlichkeit oder Verhältnismäßigkeit mangelt (Marcks, § 35 Rdnr. 174). Insbesondere letzterer Gesichtspunkt ist in den Blick zu nehmen, wenn die Untersagung auf eine gleichsam lebenslängliche hinauszulaufen droht.

Das Fortbestehen auch erheblicher Steuerschulden aus (sehr) alter Zeit kann damit nicht schematisch als Begründung der Ablehnung einer Wiedergestattung dienen. Es wird vielmehr detailliert zu würdigen sein, wie der Kl. sich nach der Gewerbeuntersagung steuerlich und finanziell verhalten hat und welche Schlussfolgerungen daraus für die jetzt von ihm beabsichtigte gewerbliche Betätigung in Bezug auf seine Zuverlässigkeit zu ziehen sind. Zu berücksichtigen dürfte auch sein, dass es sich offensichtlich um einen Ein-Personen-Betrieb handeln wird, für den Waren nicht gekauft zu werden brauchen, der Kl. im Gegenteil mit seiner Dienstleistung in Vorlage treten würde. Ein Erfolg des Wiedergestattungsbegehrens ist danach nicht ausgeschlossen.

Standort: Parteienrecht — Problem: Chancengleichheit bei "Wahl-O-Mat"

VG KÖLN, BESCHLUSS VOM 18.03.2011
6 L 372/11 (NVwZ-RR 2011, 475)

Problemdarstellung:

Die Bundeszentrale für politische Bildung ist eine 1952 von der Bundesregierung ins Leben gerufene Einrichtung der Bundesregierung, deren Aufgabe darin besteht, das Verständnis der Bevölkerung für politische Sachverhalte zu fördern, ihr demokratisches Bewusstsein zu festigen und ihre Bereitschaft zur politischen Mitarbeit zu stärken. Im Rahmen dieser Tätigkeit unterhält sie u.a. einen Internetauftritt, zu dessen Angebot vor Wahlen ein sog. "Wahl-O-Mat" gehört, der Interessierten auf der Grundlage der Beantwortung einiger Fragen interaktiv aufzeigt, welche Partei ihrer politischen Gesinnung besonders nahesteht.

Dieser "Wahl-O-Mat" war Gegenstand der vorliegenden Entscheidung des VG Köln, denn eine kleine Partei (die "ddp") sah sich bei den Auswahlmöglichkeiten nicht hinreichend repräsentiert und dadurch in ihrer Chancengleichheit verletzt. Das VG Köln führt aus, dass...

...sich aus Art. 21 I i.V.m. Art. 3 I GG sehr wohl ein Anspruch aller Parteien - also auch der außerparla-

mentarischen, kleinen Parteien - auf Chancengleichheit im Rahmen von Wahlen ergebe,

...sich dieser Anspruch auch gegen die Bundeszentrale für politische Bildung richte, weil diese von der Bundesregierung unterhalten werde und somit eine staatliche Stelle sei,

...dass die Bundeszentrale für politische Bildung die Legitimation für ihr Informationshandeln jedoch ebenso wie die Bundesregierung selbst in Art. 65 GG finde und

...die konkrete Ausgestaltung des "Wahl-O-Mat" eine Ungleichbehandlung der Parteien nicht (bzw. nicht über das unvermeidliche Maß hinaus) erkennen lasse, sodass ein Verstoß gegen Art. 21 i.V.m. 3 I GG nicht gegeben sei.

Prüfungsrelevanz:

Die Entscheidung des VG Köln erging im Rahmen eines Eilantrages nach § 123 I VwGO auf Abschaltung der Internetseite mit dem "Wahl-O-Mat". Sie könnte in diesem Rahmen oder im Rahmen eines verfassungsrechtlichen Antrags vor dem BVerfG in Prüfungsaufgaben verwendet werden. In st.Rspr. erkennt das BVerfG das Recht der Parteien an, gestützt auf ihren Anspruch auf Chancengleichheit Organstreitverfahren nach Art. 93 I Nr. 1 GG durchzuführen (so z.B. in BVerfG, RA 2005, 112 = NVwZ 2004, 1473; BVerfG, NJW 1992, 2545; BVerfG, LKV 1996, 333; BVerfGE 66, 107, 115).

Die Prüfungsrelevanz der Entscheidung wird dadurch erhöht, dass die Bundeszentrale für politische Bildung mit ihrem Informationshandeln in der jüngeren Vergangenheit bereits das BVerfG beschäftigt hat. Dort ging es zwar nicht um den Internatauftritt und die Chancengleichheit von Parteien, aber um die mindestens ebenso examensrelevante Veröffentlichung einer Schrift mit grundrechtswidrigem Inhalt (vgl. dazu die Vertiefungshinweise).

Gut merken sollte man sich, dass die Informationskompetenz der Bundeszentrale für politische Bildung aus der "gubernativen Staatsleitungskompetenz" des Art. 65 GG folgt. Zwar spricht Art. 65 S. 2 GG nur vom Bundeskanzler (S. 1, 4), den Ministerien (S. 2) und der Bundesregierung (S. 3), die Bundeszentrale für politische Bildung wird jedoch vom Bundesministerium des Innern geführt und diesem von den Gerichten (hier das VG Köln, ebenso das BVerfG a.a.O.) in puncto Öffentlichkeitsarbeit gleichgestellt.

Vertiefungshinweise:

❑ Zu grundrechtswidrigen Äußerungen der Bundeszentrale für politische Bildung: *BVerfG*, RA 2010, 626 = NJW 2011, 511; *Bertram*, NJW 2011, 513

❑ Chancengleichheit der Parteien als Anspruchsgrundlage: *OVG Münster*, NJW 2002, 3417; *VGH München*, NVwZ 1991, 581; *Klenke*, NWVBl 1990, 334 [336]; *Hoefer*, NVwZ 2002, 695

❑ Allgemein zur Chancengleichheit der Parteien: *BVerfG*, RA 2005, 112 = NVwZ 2004, 1473; *BVerfGE* 85, 264 [296]; 107, 286 [294]

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs* : "Krampf mit dem Wahlkampf"

Leitsatz (der Redaktion):

Die Bundeszentrale für politische Bildung hat keinen Verstoß gegen die Chancengleichheit der Parteien aus Art. 3 I i.V.m. Art. 21 GG dadurch begangen, dass sie im Vorfeld der Landtagswahl vom 27.3.2011 in Rheinland-Pfalz einen "Wahl-O-Mat" in ihren Internetauftritt integriert hat.

Sachverhalt:

Der Landesverband Rheinland-Pfalz der "deutschen demokratischen partei" (ddp) beantragte, es der Bundeszentrale für politische Bildung in Bonn durch einstweilige Anordnung zu untersagen, die Internet-Seite mit dem „Wahl-O-Mat" bis zur Landtagswahl am 27.3.2011 zu betreiben.

Der "Wahl-O-Mat" ist ein von der Bundeszentrale für politische Bildung seit mehreren Jahren vor Wahlen im Internet angebotenes Frage- und Antwort-Programm, das interaktiv genutzt werden kann und zeigen soll, welche zu einer Wahl zugelassene Partei der eigenen politischen Position am nächsten steht. Mit ihrem Eilantrag machte die ddp geltend, dass die mit dem "Wahl-O-Mat" bei den Nutzern abgefragten 38 Thesen zur Landtagswahl in Rheinland-Pfalz einseitig an den Programmen der großen Parteien ausgerichtet seien. Darum verletzten sie die ddp in ihrem Recht auf Chancengleichheit.

Aus den Gründen:

Die Voraussetzungen für den Erlass einer einstweiligen Anordnung gem. § 123 I 2 VwGO liegen nicht vor.

A. Zulässigkeit/Statthaftigkeit

Nach dieser Vorschrift kann das VG eine einstweilige Anordnung zur Regelung eines vorläufigen Zustands in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis treffen, wenn diese Regelung zur Abwendung wesentlicher Nachteile oder zur Verhinderung drohender Gewalt oder aus anderen Gründen nötig erscheint. Dies setzt gem. § 123 III VwGO i.V. mit § 920 II ZPO voraus, dass der Ast. einen Anordnungsanspruch (ein subjektiv öffentliches Recht auf das begehrte Verwaltungshandeln) und einen Anordnungsgrund (die besondere Eilbedürftigkeit) glaubhaft macht.

B. Begründetheit

I. Vorwegnahme der Hauptsache

Ist der Antrag - wie vorliegend - auf eine (teilweise) Vorwegnahme der Hauptsache gerichtet, sind an die Glaubhaftmachung von Anordnungsgrund und Anordnungsanspruch erhöhte Anforderungen zu stellen. Der Erlass einer einstweiligen Anordnung kommt mit Blick auf Art. 19 IV GG allerdings in Betracht, wenn ein Obsiegen des Ast. in der Hauptsache bei summarischer Prüfung mit hoher Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist und dem Ast. ohne den Erlass einer einstweiligen Anordnung schwere und unzumutbare Nachteile entstünden, die auch bei einem späteren Erfolg in der Hauptsache nicht mehr beseitigt werden könnten (vgl. BVerwGE 109, 258; Kopp/Schenke, VwGO, 16. Aufl. [2009], § 123 Rdnr. 14, m.w.N.).

Auf dieser Grundlage beschränkt sich die Kammer nicht auf eine summarische Prüfung der Erfolgsaussichten in der Hauptsache, denn der behaupteten Verletzung der Chancengleichheit des Ast. könnte mit einer Hauptsacheentscheidung nach dem Wahltag nicht mehr wirksam begegnet werden. Das wäre mit Art. 19 IV GG unvereinbar.

II. Anordnungsanspruch

Gemessen hieran kommt der Erlass einer einstweiligen Anordnung nicht in Betracht. Der Ast. hat einen Anordnungsanspruch auf Deaktivierung der fraglichen Internetseite in Rheinland-Pfalz nicht glaubhaft gemacht. Eine Verletzung des verfassungsrechtlich gewährleisteten Rechts auf Chancengleichheit (Art. 21 I GG i.V.m. Art. 3 I GG) liegt nicht vor.

1. Betreiben des Internetauftritts an sich

Dabei ist im Ausgangspunkt zu beachten, dass die Bundeszentrale für politische Bildung (im Folgenden: Bundeszentrale) mit dem "Wahl-O-Mat" im Zusammenwirken mit der Landeszentrale für politische Bildung in Rheinland-Pfalz ihren verfassungsrechtlichen Informationsauftrag erfüllt. Hierfür kann sie sich auf die kompetenzielle Rechtsgrundlage in Art. 65 GG berufen. Dabei handelt es sich um die der Bundesregierung zukommende Aufgabe der Staatsleitung, die, ohne dass es darüber hinaus einer besonderen gesetzlichen Eingriffsermächtigung bedürfte, staatliches Informationshandeln legitimieren kann. Namentlich gestattet sie es der Bundesregierung, die Bürger mit solchen Informationen zu versorgen, deren diese zur Mitwirkung an der demokratischen Willensbildung bedürfen. Angesichts dessen ist es verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, dass die Bundesregierung eine Bundeszentrale für politische Bildung unterhält, die ihrerseits ein Internetangebot zur politischen Bildung betreibt.

2. Betreiben des "Wahl-O-Mat"

Eingebunden in einen Bildungsauftrag ist diese auch nicht von vornherein darauf verwiesen, alle von Art. 5 I GG geschützten Meinungen und alle über Art. 21 I GG geschützten Parteien formal gleich zu behandeln; vielmehr kann sie insoweit auch wertende Unterscheidungen treffen, hat dabei aber Ausgewogenheit und rechtsstaatliche Distanz zu wahren. Hierbei können insbesondere Kriterien wie Qualität und Repräsentativität eine maßgebliche Rolle spielen; insofern ist es der Bundeszentrale für politische Bildung nicht grundsätzlich verwehrt, Extremmeinungen am Rande des politischen Spektrums und solche, die von der Wissenschaft nicht ernst genommen werden, nicht zu berücksichtigen, sie als solche zu bezeichnen und sich demgegenüber auf die Präsentation von Hauptströmungen zu konzentrieren (vgl. BVerfG, NJW 2011, 511 m.Anm. Bertram).

a. Grundsatz der Chancengleichheit

Vor Wahlen hat die Bundeszentrale jedoch das Recht der Bewerber auf gleiche Chancen im Wettbewerb um die Wählerstimmen in besonderer Weise zu beachten. Sie ist verpflichtet, jeder Partei grundsätzlich die gleichen Möglichkeiten im Wahlkampf und im Wahlverfahren offen zu halten. Aus der besonderen verfassungsrechtlichen Bedeutung der Parteien, die sie von anderen Institutionen wesentlich unterscheidet, folgt der Anspruch auf Beachtung des Grundsatzes der Chancengleichheit ohne Weiteres als ein Bestandteil der demokratischen Grundordnung mit Verfassungsrang. Die politischen Parteien wirken bei der politischen Willensbildung des Volkes in einer herausgehobenen und von der Verfassung anerkannten Funktion mit. „Kernstück" dieser Mitwirkung ist die Teilnahme an Parlamentswahlen mit dem Ziel, durch die Entsendung von Abgeordneten an der Bildung funktionsfähiger Verfassungsorgane mitzuwirken (vgl. BVerfGE 44, 125 [145]). Wird die unverzichtbare Funktion der Parteien dadurch berührt, dass die Chancengleichheit auf Grund von redaktionsähnlichen Maßnahmen der Bundeszentrale verletzt wird, haben die Parteien eine durchsetzbare Rechtsposition zur Wahrung ihrer zentralen Aufgaben jedenfalls im unmittelbaren zeitlichen und sachlichen Zusammenhang mit einer Wahl (vgl. OVG Münster, NJW 2002, 3417 m.w.N.; Klenke, NWVBl 1990, 334 [336]; BremStGH, NVwZ-RR 1997, 329).

b. Subsumtion

Hiervon ausgehend verstößt das fragliche Internetangebot der Ag. nicht gegen Art. 21 I i.V. mit Art. 3 I GG.

aa. Auswahl der Thesen

Unberechtigt ist zunächst der Einwand des Ast., die

insgesamt 38 ausgewählten politischen Thesen, die der "Wahl-O-Mat" berücksichtige, seien willkürlich vorgegeben worden. Die fraglichen Thesen sind nach Lage der Akten in einem – von der Ag. eingehend wie nachvollziehbar dargestellten – mehrstufigen Verfahren durch parteipolitisch „unbefangene" Jugendliche erarbeitet und ausgewählt worden. Die Jugendlichen sind dabei von Experten aus dem Bundesland und erfahrenen Politikwissenschaftlern begleitet worden. In den Auswahlprozess sind zudem sämtliche zur Wahl zugelassenen Parteien und insbesondere auch der Ast. selbst eingebunden worden. Dass es im Rahmen dieses Auswahlverfahrens notwendigerweise zu einer Begrenzung der Anzahl der veröffentlichen Thesen und zu einer Beschränkung auf – von den Jugendlichen – als landespolitisch besonders bedeutsam erachtete Themen gekommen ist, ist verfassungsrechtlich unproblematisch. Mit Blick auf das Ziel des Angebots – die Förderung des Interesses Jugendlicher an Wahlen – ist es weder möglich noch geboten, alle politischen Positionen jeder zur Wahl zugelassenen Partei in den Thesenkatalog einzubeziehen.

bb. Anzeige der Parteien

Erfolglos bleibt auch der Einwand des Ast., der „Wahl-O-Mat" hebe vor Anzeige des Ergebnisses die Parteien SPD, CDU und FDP besonders hervor. Diese optische Hervorhebung (durch einen „umrandenten Kasten") ist zulässig. Sie dient allein der Kennzeichnung der Parteien, deren Abgeordnete schon jetzt im Landtag vertreten sind. Dabei handelt es sich um eine sinnvolle Information für die Nutzer, mit der eine Manipulation des Nutzer- und Wählerverhaltens nicht ansatzweise verbunden ist.

cc. Beschränkung auf acht Parteien

Nicht zu beanstanden ist schließlich auch die Beschränkung der Auswahlmöglichkeit auf acht Parteien. Die Befürchtung des Ast., damit könne das Nutzer- und Wählerverhalten beeinflusst werden, teilt die Kammer nicht. Jedem Nutzer ist es auf der Grundlage der auf der fraglichen Internetseite veröffentlichen Parteipositionen möglich, auch den Ast. in die „engere Wahl" von höchstens acht Parteien einzubeziehen. Eine gleichheitswidrige Bevorzugung anderer Parteien ist damit nicht verbunden. Dies gilt umso mehr, als die Nutzer die Parteiauswahl jederzeit ändern und so kurzfristig ein vergleichendes Ergebnis zu jeder der zur Wahl zugelassenen Partei erhalten können.

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.

Zivilrecht

Standort: ZPO I Problem: § 259 ZPO

BGH, URTEIL VOM 04.05.2011
VIII ZR 146/10 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Die Bekl. sind seit Oktober 2004 Mieter einer Wohnung der Kl. in H. Die monatliche Warmmiete beträgt 470,- €. In den Monaten Dezember 2006, Oktober 2007 und September 2008 zahlten die Bekl. die Miete nicht. Daraufhin kündigten die Kl. das Mietverhältnis außerordentlich und verlangten Räumung und Herausgabe der Wohnung bis spätestens 31.12.2008. Gleichzeitig forderten sie die Bekl. zur Zahlung der rückständigen Miete auf. Die Bekl. zahlten am 28.11.2008 die Miete für September 2008 nach und verblieben in der Wohnung. Weitere Zahlungen erfolgten nicht.

Mit ihrer am 31.01.2009 zugestellten Klage begehren die Kl. die Zahlung der ausstehenden Miete, sowie Räumung und Herausgabe der Wohnung. Vorsorglich erklären sie erneut die fristlose Kündigung wegen der zwischenzeitlich angefallenen Zahlungsrückstände. Außerdem begehren sie die Verurteilung der Bekl., ab Februar 2009 bis zur vollständigen Räumung und Herausgabe der Wohnung an die Kläger eine Nutzungsentschädigung in Höhe von 470 € pro Monat zu zahlen.

Die Bekl. sind der Ansicht, dass jedenfalls eine Verurteilung zur künftigen Zahlung einer monatlichen Nutzungsentschädigung nicht erfolgen könne.

Prüfungsrelevanz:

Das Urteil verbindet mietrechtliche Erwägungen mit der zivilprozessualen Frage, wann eine Klage auf künftige Leistung zulässig ist.

A. Kündigung

Ein Mietverhältnis kann gem. § 543 II 1 Nr. 3 b) BGB außerordentlich gekündigt werden, wenn sich der Mieter im Kündigungszeitpunkt mit mehr als zwei Monatsmieten im Rückstand befindet. Das war vorliegend der Fall. Das Berufungsgericht hatte jedoch die Aussprache der Kündigung als rechtsmissbräuchlich angesehen, da zwischen den einzelnen Nichtzahlungen der Bekl. erhebliche Zeiträume lagen. Da § 314 III BGB jedoch verlange, dass Dauerschuldverhältnisse in einer angemessenen Frist nach Kenntnis des Kündigungsgrundes gekündigt werden, sei hier vor der Kündigung eine Abmahnung zu verlangen gewesen.

Der Senat weist daraufhin, dass die Voraussetzungen für eine außerordentliche Kündigung jedenfalls im Zeitpunkt der erneuten Aussprache derselben in der Klageschrift erfüllt waren. Zu diesem Zeitpunkt hatten die Bekl. erneut die Miete für zwei Monate (Dezember 2008, Januar 2009) nicht gezahlt (§ 543 II 1 Nr. 3 b BGB), wobei mit der erstmaligen Kündigung und der Klageerhebung das Abmahnungserfordernis erfüllt ist.

In der Sache war dennoch fraglich, ob die Kündigung durchgriff, da zwischen den Parteien streitig war, ob die Kl. auch gegenüber allen Mietern gekündigt hatten (Rn. 12, 13 d. Urteils).

B. Klage auf künftige Leistung der Nutzungsentschädigung

Gem. § 259 ZPO ist eine Klage auf künftige Leistung zulässig, wenn die Besorgnis gerechtfertigt ist, dass der Schuldner sich der rechtzeitigen Erfüllung entziehen wird. Nach h.M. ist das anzunehmen, wenn der Schuldner ohne triftigen Grund die Erfüllung des Begehrens verweigert oder den Anspruch ernsthaft bestreitet *(Anders/Gehle*, Das Assessorexamen im Zivilrecht, Rn. L-5 m.w.N.). Der Senat sieht diese Voraussetzungen als erfüllt an, da die Bekl. einen Betrag haben auflaufen lassen, der die Bruttomonatsmiete von 470,- € mehrfach überstieg. Insofern ist zu befürchten, dass sie auch einer Forderung nach Nutzungsentschädigung nicht nachkommen werden.

Vertiefungshinweise:

❑ Zur Klage auf künftige Leistung: *BAG*, NZA 2008, 1257 (Klage auf zukünftige Vergütungsleistung); *BGH*, NJW 2003, 1395 (Klage auf künftige Nutzungsentschädigung); *Peter*, JuS 2011, 322; *Gsell*, JZ 2004, 110 (Klage auf Schadensersatz statt der Leistung)

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs:* "Keine Lust auf Schönheitsreparaturen"

❑ *Examenskurs:* "Die Traumwohnung"

Leitsatz:

Eine Klage des Vermieters auf zukünftige Leistung gemäß § 259 ZPO ist zulässig, wenn der Mieter einen Rückstand an Miete und Mietnebenkosten in einer die Bruttomiete mehrfach übersteigenden

Höhe hat auflaufen lassen.

Sachverhalt:
Die Beklagten sind seit 1. Oktober 2004 Mieter einer Wohnung der Kläger in H. . In dem mit der Rechtsvorgängerin der Kläger am 24. September 2004 geschlossenen Mietvertrag vereinbarten die Parteien eine monatliche Kaltmiete von 395 € zuzüglich Nebenkostenvorauszahlungen in Höhe von 75 €/Monat.
Die Beklagten zahlten die spätestens am dritten Werktag eines Monats zur Zahlung fälligen Mieten für die Monate Dezember 2006, Oktober 2007 und September 2008 nicht. Am 17. November 2008 erklärte die Rechtsvorgängerin der Kläger - gestützt auf den aufgelaufenen Mietrückstand von 1.410 € - ohne vorherige Abmahnung gegenüber den Beklagten die außerordentliche Kündigung des Mietverhältnisses und verlangte Räumung und Herausgabe der Wohnung bis spätestens 31. Dezember 2008. Mit Schreiben vom 20. November 2008 forderte die Rechtsvorgängerin der Kläger die Beklagten auf, die rückständigen Mieten zuzüglich nicht gezahlter Nebenkosten für die Jahre 2005 bis 2007 (insgesamt 2.888,29 €) bis spätestens 10. Dezember 2008 zu zahlen, und drohte an, Klage zu erheben, wenn der geforderte Betrag nicht fristgemäß eingehen sollte. Am 28. November 2008 zahlten die Beklagten die Miete für September 2008 einschließlich der Nebenkosten (470 €); weitere Zahlungen erfolgten nicht.
Mit der den Beklagten am 31. Januar 2009 zugestellten Klage vom 22. Januar 2009 nehmen die Kläger, die den Prozess als Rechtsnachfolger der ursprünglichen Klägerin aufgenommen haben, die Beklagten auf Zahlung von 3.147,05 € nebst Zinsen sowie Erstattung vorgerichtlicher Anwaltskosten in Höhe von 489,95 €, ferner auf Räumung und Herausgabe der Wohnung in Anspruch. Die geltend gemachte Forderung in Höhe von 3.147,05 € setzt sich zusammen aus den rückständigen Mieten für Dezember 2006 und Oktober 2007 zuzüglich nicht gezahlter Nebenkosten für die Jahre 2005 bis 2007 sowie Nutzungsentschädigung für die Monate Dezember 2008 und Januar 2009. Weiter begehren die Kläger die Verurteilung der Beklagten, ab Februar 2009 bis zur vollständigen Räumung und Herausgabe der Wohnung an die Kläger eine Nutzungsentschädigung in Höhe von 470 €/Monat nebst Zinsen zu zahlen. In der Klageschrift hat die Rechtsvorgängerin der Kläger - gestützt auf die im Einzelnen aufgeführten Zahlungsrückstände - vorsorglich erneut die fristlose Kündigung des Mietverhältnisses erklärt.
Das Amtsgericht hat der Klage stattgegeben. Hiergegen haben die Beklagten Berufung eingelegt, soweit sie zur Räumung und zur zukünftigen Leistung einer monatlichen Nutzungsentschädigung in Höhe von 470 € ab Februar 2009 verurteilt worden sind. Das Landgericht hat das erstinstanzliche Urteil insoweit abgeändert und die Klage auf Räumung und auf zukünftige Zahlung - letztere als unzulässig - abgewiesen. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision erstreben die Kläger die Wiederherstellung des amtsgerichtlichen Urteils.

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

A. Ausführungen des Berufungsgerichts
[6] Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung im Wesentlichen ausgeführt:
[7] Den Klägern stehe ein Räumungs- und Herausgabeanspruch gegen die Beklagten nicht zu, da die außerordentliche Kündigung vom 17. November 2008 rechtsmissbräuchlich sei. Zwar hätten sich die Beklagten im Kündigungszeitpunkt mit den Mietzahlungen für Dezember 2006, Oktober 2007 und September 2008, mithin mit mehr als zwei Monatsmieten, in Rückstand befunden, so dass die Kündigungsvoraussetzungen nach § 543 Abs. 1, 2 Satz 1 Nr. 3 Buchst. b BGB an sich erfüllt gewesen seien. Die Rechtsvorgängerin der Kläger hätte die Beklagten aber vor Ausspruch der Kündigung darauf hinweisen müssen, dass sie nicht länger bereit sei, weitere Zahlungsrückstände folgenlos hinzunehmen. Zwar bedürfe es im Falle eines Verzugs der Mietzahlung grundsätzlich keiner Abmahnung. Im Streitfall sei jedoch zu berücksichtigen, dass zwischen der Entstehung der Zahlungsrückstände ein Zeitraum von zehn beziehungsweise elf Monaten liege. Bei dieser Sachlage hätte die Rechtsvorgängerin der Kläger die Beklagten abmahnen müssen, denn nach § 314 Abs. 3 BGB könne ein Dauerschuldverhältnis nur innerhalb einer angemessenen Frist, nachdem der Kündigende vom Kündigungsgrund Kenntnis erlangt habe, gekündigt werden. Die Rechtsvorgängerin der Kläger habe jedoch zwischen dem zweiten und dritten Zahlungsrückstand einen Zeitraum von elf Monaten verstreichen lassen, ohne die rückständigen Mieten anzumahnen oder das Mietverhältnis zu kündigen. Die fehlende Abmahnung habe bei den Beklagten das Vertrauen entstehen lassen, dass auch weitere Nichtzahlungen nicht zum Anlass für eine Kündigung genommen würden.
[8] Die Klage auf Zahlung zukünftiger Nutzungsentschädigung sei unzulässig, da die Voraussetzungen des § 259 ZPO nicht gegeben seien. Weder hätten die Beklagten die Berechtigung der Mietforderungen der Kläger ernsthaft bestritten, noch seien Anhaltspunkte für eine dauerhafte Zahlungsunfähigkeit der Beklagten ersichtlich. Insbesondere könne aus der Nichtzahlung von drei Monatsmieten innerhalb eines Zeitraums von drei Jahren nichts für eine Zahlungsunfähigkeit der Beklagten hergeleitet werden.

B. Entscheidung des BGH

[9] Diese Beurteilung hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand. Auf der Grundlage der vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen kann ein Anspruch der Kläger auf Räumung und Herausgabe der Wohnung aus § 546 Abs. 1 BGB in Verbindung mit § 543 Abs. 1, 2 Satz 1 Nr. 3 Buchst. b BGB nichtverneint werden. Die Klage auf künftige Zahlung von Miete beziehungsweise Nutzungsentschädigung ist entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts zulässig; sie ist auch begründet.

I. Über Anwendbarkeit des § 314 III BGB muss nicht entschieden werden

[10] Es bedarf keiner Entscheidung, ob - wie es das Berufungsgericht annimmt und der Senat auch bisher offen lassen konnte (Senatsurteil vom 11. März 2009 - VIII ZR 115/08, NZM 2009, 314 Rn. 17 mwN) - § 314 Abs. 3 BGB bei der Wohnraummiete im Rahmen des außerordentlichen Kündigungsrechts wegen Zahlungsverzugs gemäß § 543 Abs. 1, 2 Satz 1 Nr. 3 Buchst. b BGB Anwendung finden kann. Denn den Klägern steht ungeachtet dessen das Recht zur fristlosen Kündigung aus der genannten Vorschrift zu. Ob damit allerdings der Räumungs- und Herausgabeanspruch der Kläger nach § 546 BGB begründet ist, entzieht sich derzeit einer abschließenden Beurteilung, da das Berufungsgericht keine Feststellungen dazu getroffen hat, ob die Rechtsvorgängerin der Kläger gegenüber allen mit ihr vertraglich verbundenen Mietern gekündigt hat, und hiervon die Wirksamkeit der Kündigung abhängt.

II. Kündigung der Kl. gem. § 543 I, II Nr. 3 b) BGB

[11] Gemäß § 543 Abs. 1, 2 Satz 1 Nr. 3 Buchst. b BGB liegt ein wichtiger Grund für eine außerordentliche fristlose Kündigung des Mietverhältnisses vor, wenn der Mieter in einem Zeitraum, der sich über mehr als zwei Termine erstreckt, mit der Entrichtung der Miete in Höhe eines Betrages in Verzug ist, der die Miete für zwei Monate erreicht. Das war nach den Feststellungen des Berufungsgerichts jedenfalls bei Ausspruch der weiteren fristlosen Kündigung in der Klageschrift der Fall, die sich unter anderem auf die in unmittelbarem zeitlichem Zusammenhang mit dieser Kündigung stehenden neuerlichen Mietrückstände für die Monate Dezember 2008 und Januar 2009 stützt. Allein dieser Zahlungsverzug erfüllt bereits die Voraussetzungen einer außerordentlichen Kündigung nach § 543 Abs. 1, 2 Satz 1 Nr. 3 Buchst. b BGB. Das Berufungsgericht hätte seiner Beurteilung diese Mietrückstände bei Beachtung der in der Zustellung der Klageschrift am 31. Januar 2009 liegenden Kündigung der Kläger bereits deshalb zu Grunde legen müssen, weil mit der von den Beklagten mit der Berufung nicht angegriffenen erstinstanzlichen Verurteilung zur Zahlung von 3.147,05 € rechtskräftig fest steht, dass die Beklagten der Klägerin im Kündigungszeitpunkt auch die in der Urteilssumme enthaltenen Mietzahlungen für Dezember 2008 und Januar 2009 schuldeten.

[12] b) Auf der Grundlage der vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen kann indessen nicht abschließend beurteilt werden, ob die von der Rechtsvorgängerin der Kläger ausgesprochene Kündigung wirksam ist, was voraussetzt, dass sie gegenüber allen Mietern erklärt worden ist (Senatsurteil vom 16. März 2005 - VIII ZR 14/04, WuM 2005, 341 unter II 1).

[13] Das Berufungsgericht hat hierzu keine Feststellungen getroffen. Dazu hätte Anlass bestanden, denn ausweislich des mit der Klageschrift vorgelegten Mietvertrags war jedenfalls zu Vertragsbeginn auch die Tochter der Beklagten Mieterin. (...)

III. Zulässigkeit der Klage auf künftige Leistung gem. § 259 ZPO

[14] Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts ist die auf künftige Leistung gerichtete Zahlungsklage zulässig.

[15] Gemäß § 259 ZPO kann Klage auf zukünftige Leistung erhoben werden, wenn die Besorgnis gerechtfertigt ist, dass der Schuldner sich der rechtzeitigen Leistung entziehen werde. Die Besorgnis der nicht rechtzeitigen Leistung der Beklagten besteht im Streitfall bereits deshalb, weil auf Grund der von den Beklagten mit der Berufung nicht angegriffenen Verurteilung zur Zahlung von 3.147,05 € nebst Zinsen durch das Amtsgericht rechtskräftig feststeht, dass die Beklagten den Klägern diesen Betrag schulden. Wenn aber die Beklagten einen Rückstand an Miete und Mietnebenkosten in einer die Bruttomonatsmiete von 470 € mehrfach übersteigenden Höhe haben auflaufen lassen, ist zu besorgen, dass die Beklagten künftige Nutzungsentgeltforderungen der Kläger - unabhängig davon, ob sie Miete oder Nutzungsentschädigung zum Gegenstand haben - nicht rechtzeitig erfüllen werden. Aus dem Senatsbeschluss vom 20. November 2002 (VIII ZB 66/02, NJW 2003, 1395) ergibt sich entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nichts anderes.

IV. Zurückverweisung gem. § 563 I ZPO

[16] Das Berufungsurteil kann nach allem keinen Bestand haben; es ist aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Die Sache ist hinsichtlich der Klage auf Räumung und Herausgabe der Mietwohnung gemäß § 563 Abs. 1 ZPO zu neuer Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, damit die erforderlichen Feststellungen zur Wirksamkeit der Kündigung getroffen werden können. Bezüglich der - zulässigen - Klage auf künftige Zahlung von Miete beziehungsweise Nutzungsentschädigung ist der Rechtsstreit zur Endentscheidung reif, so dass der Senat in

der Sache selbst zu entscheiden hat (§ 563 Abs. 3 ZPO). Da die Beklagten den von den Klägern geforderten Betrag von monatlich 470 € im Falle der Unwirksamkeit der Kündigung als Miete, andern-falls in gleicher Höhe als Nutzungsentschädigung (§ 546a Abs. 1 BGB) schulden, ist insoweit die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Amtsgerichts zurückzuweisen.

Standort: ZPO I — Problem: Zurechnung gem. § 85 II ZPO

OLG CELLE, BESCHLUSS VOM 09.12.2010
8 U 200/10 (NJOZ 2011, 1092)

Problemdarstellung:

Der Rechtsanwalt hatte seinen Referendar angewiesen, die Berufungsbegründungsschrift einer bereits fristgemäß für die Kl. eingelegten Berufung vorab an das Gericht zu faxen, um die Berufungsbegründungsfrist des § 520 II 1 ZPO zu wahren. Anschließend sollte der Referendar die Frist aus dem Fristenkalender streichen. Der Referendar schickte den Schriftsatz versehentlich nur mit der Post an das Gericht, ohne diesen vorab zu faxen, und löschte die Frist aus dem Kalender. Der Schriftsatz ging nach Ablauf der Frist bei Gericht ein. Mit ihrem Wiedereinsetzungsantrag versucht die Kl., den Rechtsstreit in den Stand vor der Fristversäumung zurück zu versetzen.

Prüfungsrelevanz:

Die Entscheidung ist insbesondere, aber nicht nur für Referendare (in der Anwalts- und Wahlstation) interessant.

Die Einlegung eines Rechtsmittels hängt nicht nur im Zivilprozessrecht häufig von der Wahrung zweier Fristen, nämlich der Einlegungs- und der Begründungsfrist ab. Gem. § 517 ZPO ist die Berufung regelmäßig innerhalb eines Monats einzulegen; gem. § 520 II 1 ZPO ist sie innerhalb von zwei Monaten ab Zustellung des Urteils zu begründen (aus § 130 Nr. 6 ZPO ergibt sich, dass die Übermittlung von Schriftsätzen per Telefax zulässig ist). Die Begründung ist gem. § 520 I ZPO obligatorisch, so dass gem. § 522 I 2 ZPO eine Verwerfung der Berufung als unzulässig erfolgt, wenn sie nicht oder nicht fristgerecht begründet wird (anders z.B. bei der Berufung gegen ein Strafurteil, die gem. § 317 StPO keine Begründung erfordert). Zwar ist die Begründungsfrist – wie sich z.B. aus der Möglichkeit einer Verlängerung in § 520 II 2 ZPO ersehen lässt – keine Notfrist. Dennoch kommt bei Fristversäumung eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gem. §§ 233 ff. ZPO in Betracht (*Anders/Gehle*, Rn. S-50 m.w.N.).

Das setzt allerdings voraus, dass die Frist unverschuldet versäumt wurde.

Die Kl. war nicht selbst dafür verantwortlich, dass der Schriftsatz verspätet bei Gericht einging. Jedoch muss sie sich grundsätzlich gem. § 85 II ZPO das Verschulden ihres Prozessbevollmächtigen zurechnen lassen. Verschulden Dritter, insbesondere des Büropersonals des Rechtsanwalts, hat sie dagegen nicht zu vertreten. Etwas anderes gilt nur, wenn das Handeln Dritter auf den Rechtsanwalt zurückzuführen ist, so dass wiederum § 85 II ZPO eingreift.

Dabei gilt, dass der Anwalt bestimmte Arbeiten an sein Büropersonal und auch an einen Referendar übertragen darf. Geht es dabei um die Wahrung von Fristen, sind bestimmte Voraussetzungen zu beachten: Zum einen erfordern derartige Aufgaben den Einsatz erfahrenen Personals. Zum anderen trifft den Anwalt eine Anweisungs- und im Zweifel eine Kontrollpflicht. So muss er sein Personal anweisen, nach einer Übermittlung per Fax anhand des Sendeprotokolls zu überprüfen, ob die Übermittlung vollständig und an den richtigen Empfänger erfolgt ist und erst danach die Frist im Kalender zu streichen (BGH, NJW-RR 2011, 138). Eine derartige Anweisung hatte der Rechtsanwalt dem Referendar nicht erteilt. Daher hätte er selbst kontrollieren müssen, ob das Fax beim richtigen Empfänger eingegangen ist, was ebenfalls nicht geschah.

Zudem kritisiert der Senat, dass die Aufgabe nicht einem erfahrenen Büroangestellten, sondern einem Referendar übertragen wurde. Die juristische Vorbildung versetze den Referendar noch nicht in die Lage, Aufgaben erfahrenen Büropersonals wahrzunehmen.

Die Kl. musste sich somit das Verschulden des Anwalts gem. § 85 II ZPO zurechnen lassen, so dass der Wiedereinsetzungsantrag keinen Erfolg haben konnte.

Vertiefungshinweise:

❑ Sorgfaltspflichten des Rechtsanwalts bei Aufgabenübertragung: *BVerfG* NJW 2008, 932; *BGH*, NJW-RR 2011, 138; NJW 2010, 2287 (Vertrauen des Rechtsanwalts in ordnungsgemäße Durchführung der Anweisung); NJW-RR 2010, 998 (Wiedereinsetzung); NJW 2004, 367

Kursprogramm:

❑ *Assessorkurs:* "Ein englisches Teeservice"

❑ *Assessorkurs:* "Wer nicht zahlt, der fliegt ..."

Leitsatz (der Redaktion):

Beauftragt ein Rechtsanwalt Büropersonal oder einen Referendar mit der Versendung fristwahren-

der Schriftsätze per Telefax, muss er diese anweisen, anhand des Sendeprotokolls den Eingang beim richtigen Empfänger zu kontrollieren und erst danach die entsprechende Frist aus einem Fristenkalender zu löschen. Unterlässt er eine derartige Anweisung, trifft ihn selbst eine Kontrollpflicht.

Sachverhalt:

Dem Prozessbevollmächtigten der Klägerin ist das am 17. September 2010 verkündete Urteil der Einzelrichterin der 13. Zivilkammer des Landgerichts Hannover am 29. September 2010 zugestellt worden. Mit Schriftsatz vom 28. Oktober 2010, eingegangen per Fax beim Oberlandesgericht am gleichen Tag, hat die Klägerin Berufung eingelegt. Mit Schriftsatz vom 29. November 2010, eingegangen beim Oberlandesgericht am 1. Dezember 2010, hat die Klägerin durch ihren Prozessbevollmächtigten die Berufung begründe. Eine vorherige Übersendung des Schriftsatzes per Fax erfolgte nicht. Die Berufungsbegründung vom 29. November 2010 enthält auch, insoweit anders als der Berufungsschriftsatz vom 28. Oktober 2010 sowie ein weiterer Schriftsatz vom gleichen Tag an das Landgericht Hannover, keinen maschinenschriftlichen Hinweis auf eine Vorabübersendung per Fax.

Der am 1. Dezember 2010 beim Oberlandesgericht eingegangene Schriftsatz mit der Berufungsbegründung hat die Frist des § 520 Abs. 2 Satz 1 ZPO nicht gewahrt. Dies nimmt auch die Klägerin nicht in Abrede. Mit ihrem Wiedereinsetzungsantrag vom 2. Dezember 2010, beim Oberlandesgericht per Fax eingegangen am 6. Dezember 2010, beantragt sie unter Vorlage einer Eidesstattlichen Versicherung des (damaligen) Referendars ihres Prozessbevollmächtigten Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. Er habe den Referendar angewiesen, die Berufungsbegründung vorab per Telefax an das Oberlandesgericht zu faxen und sodann die Frist im Fristenkalender zu streichen. Dies sei versehentlich unterblieben.

Aus den Gründen:

[3] Mit dieser Begründung kann Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht gewährt werden. Gemäß § 233 ZPO kann einer Partei auf Antrag Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gewährt werden, wenn sie ohne ihr Verschulden verhindert war, die Frist zur Begründung der Berufung einzuhalten. Die Partei hat dabei eigenes Verschulden sowie das Verschulden ihres bevollmächtigten Anwalts (§ 85 Abs. 2 ZPO) zu vertreten. Dagegen wird ihr ein Verschulden Dritter, insbesondere des Büropersonals ihres Anwalts, nicht zugerechnet.

A. Gesteigerte Anforderungen bei Aufgabenübertragung im Zusammenhang mit Fristen

[4] Dessen Verschulden wird für die Partei nur maßgeblich, wenn es auf ein eigenes Verschulden des Anwalts zurückzuführen ist und damit wiederum § 85 Abs. 2 ZPO Anwendung findet. Anerkanntermaßen darf der Anwalt bestimmte anfallende Arbeiten seinem Büropersonal übertragen. Auch eine Übertragung an einen Referendar ist nicht ausgeschlossen. Nicht ausgeschlossen ist auch die Übertragung von Aufgaben im Bereich der Fristenwahrung. Insoweit aber sind in Fällen wie dem Vorliegenden strenge Anforderungen zu stellen, sodass grundsätzlich nur der Einsatz langjährig erprobter und regelmäßig überwachter Angestellter in Betracht kommt. Allerdings gilt auch bei Mängeln im Bereich der Organisation, dass sie für eine Fristenversäumung nicht ursächlich sind, wenn der Anwalt im Einzelfall eine ausreichende Einzelanweisung an einen zuverlässigen Mitarbeiter erteilt hat, deren Befolgung die Fristwahrung sichergestellt hätte, der betreffende Mitarbeiter der Weisung aber nicht nachkommt. Dies ist aber wiederum mit einer Einschränkung dahingehend zu versehen, dass auch Einzelanweisungen die hinreichende Gewähr bieten müssen, dass eine Fristenversäumung zuverlässig verhindert wird (vgl. BGH, NJW 2004, 367, 369). Inhalt der behaupteten Anweisung an den Referendar war vorliegend nur das Faxen der Berufungsbegründung an das Oberlandesgericht und das anschließende Streichen der Frist im Fristenkalender. Dabei mag man den Vortrag im Wiedereinsetzungsschriftsatz, es gehe um den 29. Oktober 2010, noch für ein Versehen halten, auch wenn man erwarten durfte, dass ein Anwalt jedenfalls im Wiedereinsetzungsschriftsatz ausreichende Sorgfalt walten lässt. Weiter ist dem Wiedereinsetzungsschriftsatz ebenso wie der Eidesstattlichen Versicherung des Referendars nicht ausreichend deutlich zu entnehmen, dass eine ausreichend klare und unmissverständliche Anweisung dahingehend bestand, noch am gleichen, dem letzten Tag der Berufungsbegründungsfrist, die Berufungsbegründung an das Oberlandesgericht zu faxen. Allein dem Wort „vorab“ lässt sich dies nicht mit hinreichender Sicherheit entnehmen. Ungenügend war es aber insbesondere, dass nach Versenden der Berufungsbegründung der Referendar die Frist im Fristenkalender streichen sollte. Allein mit dem Versenden war es aber nicht getan. Dieses rechtfertigte für sich genommen noch nicht, die Frist als erledigt zu vermerken. Abzuwarten war vor dem Löschen der Frist das Erstellen des Sendeberichtes, weil erst dieser eine relative Sicherheit dafür bietet, dass das Fax den Empfänger auch, und zwar vollständig, erreicht hat. Es entspricht der ständigen obergerichtlichen Praxis, dass ein Anwalt seiner Pflicht zur wirksamen Ausgangskontrolle fristwahrender Schriftsätze nur dann genügt, wenn er seine Angestellten anweist, nach einer Übermittlung per Telefax anhand des Sendeprotokolls zu überprüfen, ob die Übermittlung vollständig und an den richtigen Empfänger

erfolgt ist und erst danach die Frist im Fristenkalender zu streichen (vgl. zuletzt BGH, XII ZB 117/10, Beschluss vom 22. September 2010, zit. nach juris). Ein solches Vorgehen ist vorliegend nicht behauptet worden.

B. Verschulden im konkreten Fall

[5] Daneben war der Prozessbevollmächtigte der Klägerin aufgrund der Besonderheiten des Einzelfalles auch verpflichtet, sich zu vergewissern, dass seiner (ohnehin unvollständigen) Weisung entsprochen worden war. Dies gilt zum einen, weil ersichtlich die Frist voll ausgeschöpft werden sollte. Das vollständige Ausschöpfen einer Frist steht einer Partei auch frei, aber die Sorgfaltsanforderungen steigen in dem Maße, in dem das Fristende bevorsteht. Aufmerksam werden musste der Prozessbevollmächtigte der Klägerin außerdem, weil der Berufungsbegründungsschriftsatz, wie er vom Referendar entworfen, vervielfältigt und vom Prozessbevollmächtigten der Klägerin unterschrieben worden war, anders als frühere Schriftsätze gerade keinen Hinweis darauf enthielt, dass der Schriftsatz vorab gefaxt werden sollte. Außerdem übertrug er die Arbeit nicht einer/einem erfahrenen Büroangestellten, sondern seinem Referendar. Diesen mag er zwar, wie er ohne weitere Angaben pauschal behauptet hat, eingewiesen haben. Dessen ungeachtet liegt der Ausbildungs- und Tätigkeitsschwerpunkt eines Referendars nicht darin, Bürotätigkeiten zu erledigen. Die juristische Vorbildung versetzt einen Referendar noch nicht in die Lage, ohne weiteres solche Aufgaben wahrzunehmen, die ansonsten erfahrenem Büropersonal vorbehalten sind. Nimmt man weiter hinzu, dass es an einer vollständigen Weisung fehlte und der Referendar nicht einmal angewiesen war, den Sendebericht abzuwarten, musste der Prozessbevollmächtigte der Klägerin sich über die Ausführung seiner Weisung vergewissern, damit nicht bereits ein alltägliches Ereignis, wie das Entgegennehmen zweier Telefonanrufe durch den Referendar, zur Nichtausführung der Weisung führt (s. a. BGH, MDR 2004, 1375).

[6] Nach Überzeugung des Senats hat der Prozessbevollmächtigte der Klägerin daher schuldhaft gehandelt. Dieses Verschulden muss sich die Klägerin gemäß § 85 Abs. 2 ZPO zurechnen lassen, sodass mangels Verschuldens eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht in Betracht kommt.

Standort: Kaufrecht — Problem: Ein- und Ausbaukosten

EUGH, URTEIL VOM 16.06.2011
C-65/09 UND C-87/09 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Dem EuGH stellte sich anhand zweier Fallgestaltungen die Frage nach der Ersatzfähigkeit von Ein- und Ausbaukosten mangelhafter Kaufsachen:

I. Rechtssache C-65/09

W bestellte beim Verkäufer polierte Bodenfliesen zum Preis von 1.382,27 €. Nachdem diese zu zwei Dritteln verlegt worden waren, stellte W auf der Oberfläche Schattierungen fest, die sich nicht entfernen ließen. Die Kosten für den notwendigen Austausch der Fliesen bezifferte ein Sachverständiger mit ca. 5.800,- €. W begehrt diesen Betrag neben der Lieferung mangelfreier Fliesen vom Verkäufer ersetzt.

II. Rechtssache C-87/09

P bestellte im Internet eine Spülmaschine. Nach dem ordnungsgemäßen Einbau zeigte sich ein Mangel, den P bei der Verkäuferin rügte. Diese bot den Austausch an. P verlangte zudem den Ausbau der mangelhaften Maschine und den Einbau des Ersatzgerätes auf Kosten der Verkäuferin. Dies lehnte die Verkäuferin ab. Nach erfolgloser Fristsetzung trat P vom Kaufvertrag zurück und verlangt nun Rückzahlung des Kaufpreises.

Prüfungsrelevanz:

Der Gerichtshof legt eine lange erwartete Entscheidung vor, die – trotz ihrer Folgeprobleme – Examensrelevanz haben wird.

Der BGH und das Amtsgericht Schorndorf hatten dem Gerichtshof anhand der o.g. Fallgestaltungen die Fragen vorgelegt, ob Art. 3 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie (1999/44/EG) dahingehend auszulegen sei, dass ein zur Ersatzlieferung verpflichteter Verkäufer die Kosten des Ausbaus der mangelhaften Sache und die Kosten des Einbaus der Ersatzsache tragen muss, sofern die betroffene Sache ihrer Art und ihrem Verwendungszweck nach einzubauen ist.

Der BGH hatte außerdem gefragt, ob die Regelung des § 439 III BGB mit der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie vereinbar sei, sofern auf die Vorschrift auch eine absolute Unverhältnismäßigkeit erfasse. Denn zumindest der Wortlaut des § 439 III BGB gestattet dem Verkäufer, die vom Verbraucher gewählte Art der Nacherfüllung (Nachbesserung, § 439 I Var. 1 BGB oder Nachlieferung, § 439 I Var. 2 BGB) mit dem Hinweis auf unverhältnismäßig hohe Kosten zu verweigern, selbst wenn sie im Einzelfall die einzig mögliche Art der Nacherfüllung darstellt (absolute Unverhältnismäßigkeit). Diese Frage hatte sich dem BGH aufgedrängt, da er in der zugrundeliegenden Entscheidung die Erstat-

tungsfähigkeit der Ein- und Ausbaukosten im Ergebnis bloß deswegen versagt hatte, weil sie i.S.d. § 439 III BGB absolut unverhältnismäßig waren.

Zunächst bejaht der Gerichtshof die erste Frage: Ein- und Ausbaukosten müssen nach seiner Ansicht vom Verkäufer getragen werden. Dabei beruft er sich in erster Linie auf Art. 3 Abs. 2, 3 der Richtlinie, wonach der Käufer bei Vertragswidrigkeit eines Verbrauchsgutes die unentgeltliche Herstellung des vertragsmäßigen Zustandes, also die unentgeltliche Nachbesserung oder –lieferung verlangen kann. Art. 3 Abs. 2, 3 der Richtlinie sollen den Verbraucher also vor drohenden finanziellen Belastungen schützen. Daher seien gerade auch die Ein- und Ausbaukosten typischerweise zu verbauender Kaufsachen zu ersetzen. Denn hätte der Verkäufer von vornherein ordnungsgemäß erfüllt, wären dem Käufer bloß einmalig Einbau- und überhaupt keine Ausbaukosten entstanden. Hierfür spreche auch, dass Art. 3 Abs. 3 der Richtlinie den Verbraucher von erheblichen Unannehmlichkeiten freistellen will, die ihm durch die Geltendmachung seiner Rechte entstehen könnten. Schließlich betont der Gerichtshof, dass dies unabhängig davon gelte, ob der Verkäufer nach dem Vertrag zum Einbau verpflichtet war. Zwar werde das Erfordernis des Einbaus durch die vertragliche Regelung, also den Kaufvertrag bestimmt. Jedoch ergäben sich Ansprüche wegen Schlechterfüllung eben nicht bloß aus eben diesem Vertrag, sondern gerade auch aus den Vorschriften über den Verbraucherschutz, mithin aus Art. 3 der Richtlinie.

Auf die zweite Frage (absolute Unverhältnismäßigkeit) antwortet der Gerichtshof, dass eine nationale Regelung wie § 439 III BGB dem Verkäufer zwar nicht das Recht gewähre, die einzig mögliche Art der Nacherfüllung zu verweigern. Doch zeigten Art. 4 und 5 der Richtlinie, dass gleichermaßen ein finanzieller Schutz des Verkäufers gewährleistet werden müsse. Dieser habe somit das Recht, die vom Käufer begehrte Nacherfüllungsleistung wertmäßig auf ein verhältnismäßiges Maß herabzusetzen (zum Umfang: Rn. 76 d. Urteils).

Die Entscheidung wirft einige Folgeprobleme auf, namentlich die Frage nach den richtigen Anspruchsgrundlagen. Der Anspruch des Käufers auf Nacherfüllung aus §§ 437 Nr. 1, 439 BGB erfasst nach derzeitig h.A. nämlich keinen Kostenerstattungsanspruch. Zwar stellt § 439 II BGB klar, dass der Käufer von den Kosten der Nacherfüllung weitgehend freigestellt werden soll. Doch stellt dies keine taugliche Anspruchsgrundlage für einen Ersatzanspruch in Geld dar, da im Kaufrecht eine Selbstvornahme nicht vorgesehen ist (MünchKommBGB/Westermann, § 439 Rn. 10 m.w.N.). Sollte sich diese Auffassung nicht grundlegend ändern, wäre dem Käufer nur mit einem Schadensersatzanspruch aus §§ 437 Nr. 3, 280 I, III, 281 BGB geholfen. Unklar ist außerdem, wie der Verkäufer, der im Hinblick auf § 439 III BGB eine wertmäßige Begrenzung des Nacherfüllungsverlangens hätte vornehmen können, seine insoweit überpflichtmäßige Leistung zurückfordern kann. Hier ist abzuwarten, welche Entwicklungen sich in Rechtsprechungen und Literatur ergeben.

Vertiefungshinweise:

❑ Zur Erstattung von Ein- und Ausbaukosten: *Cziupka*, VuR 2009, 137 (Zur Reichweite des Ersatzlieferungsanspruchs bei eingebauten Gegenständen); *Skamel*, NJW 2008, 2820 (Nacherfüllung und Schadensersatz beim Einbau mangelhafter Sachen); *BGH*, BeckRS 2009, 05318 (Vorlagebeschluss des BGH); *EuGH*; NJW 2008, 1433 ("Quelle-Urteil"; Kein Wertersatz für die Nutzung vertragswidrigen Verbrauchsguts)

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs:* "Der nostalgische Ofen"

❑ *Examenskurs:* "Augen auf beim Mustangkauf"

Leitsätze:

1. Art. 3 Abs. 2 und 3 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 ist dahin auszulegen, dass, wenn der vertragsgemäße Zustand eines vertragswidrigen Verbrauchsguts, das vor Auftreten des Mangels vom Verbraucher gutgläubig gemäß seiner Art und seinem Verwendungszweck eingebaut wurde, durch Ersatzlieferung hergestellt wird, der Verkäufer verpflichtet ist, entweder selbst den Ausbau dieses Verbrauchsguts aus der Sache, in die es eingebaut wurde, vor- zunehmen und das als Ersatz gelieferte Verbrauchsgut in diese Sache einzubauen, oder die Kosten zu tragen, die für diesen Ausbau und den Einbau des als Ersatz gelieferten Verbrauchsguts notwendig sind. Diese Verpflichtung des Verkäufers besteht unabhängig davon, ob er sich im Kaufvertrag verpflichtet hatte, das ursprünglich gekaufte Verbrauchsgut einzubauen.

2. Art. 3 Abs. 3 der Richtlinie 1999/44 ist dahin auszulegen, dass er ausschließt, dass eine nationale gesetzliche Regelung dem Verkäufer das Recht gewährt, die Ersatzlieferung für ein vertragswidriges Verbrauchsgut als einzig mögliche Art der Abhilfe zu verweigern, weil sie ihm wegen der Verpflichtung, den Ausbau dieses Verbrauchsguts aus der Sache, in die es eingebaut wurde, und den Einbau des als Ersatz gelieferten Verbrauchsguts in diese Sache vorzunehmen, Kosten verursachen würde,

die verglichen mit dem Wert, den das Verbrauchsgut hätte, wenn es vertragsgemäß wäre, und der Bedeutung der Vertragswidrigkeit unverhältnismäßig wären. Art. 3 Abs. 3 schließt jedoch nicht aus, dass der Anspruch des Verbrauchers auf Erstattung der Kosten für den Ausbau des mangelhaften Verbrauchsguts und den Einbau des als Ersatz gelieferten Verbrauchsguts in einem solchen Fall auf die Übernahme eines angemessenen Betrags durch den Verkäufer beschränkt wird.

Sachverhalt:

A. In der Rechtssache C-65/09

Herr Wittmer und Gebr. Weber schlossen einen Kaufvertrag über polierte Bodenfliesen zum Preis von 1 382,27 Euro. Nachdem Herr Wittmer rund zwei Drittel der Fliesen in seinem Haus hatte verlegen lassen, stellte er auf der Oberfläche Schattierungen fest, die mit bloßem Auge zu erkennen waren.

Daraufhin erhob Herr Wittmer eine Mängelrüge, die Gebr. Weber nach Rücksprache mit dem Hersteller der Fliesen zurückwies. In einem von Herrn Wittmer eingeleiteten selbständigen Beweisverfahren kam der Sachverständige zu dem Ergebnis, dass es sich bei den Schattierungen um feine Mikroschleifspuren handele, die nicht beseitigt werden könnten, so dass Abhilfe nur durch einen kompletten Austausch der Fliesen möglich sei. Die Kosten dafür bezifferte der Sachverständige mit 5 830,57 Euro.

18. Nachdem Herr Wittmer Gebr. Weber vergeblich zur Leistung aufgefordert hatte, erhob er gegen sie beim Landgericht Kassel Klage auf Lieferung mangelfreier Fliesen und Zahlung von 5 830,57 Euro. Das Landgericht Kassel verurteilte Gebr. Weber aus dem Gesichtspunkt der Minderung zur Zahlung von 273,10 Euro und wies die Klage im Übrigen ab. Auf die Berufung von Herrn Wittmer gegen die Entscheidung des Landgerichts Kassel verurteilte das Oberlandesgericht Frankfurt Gebr. Weber zur Lieferung neuer, mangelfreier Fliesen und zur Zahlung von 2 122,37 Euro für Ausbau und Entsorgung der mangelhaften Fliesen und wies die Klage im Übrigen ab.

Gebr. Weber legte gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Frankfurt Revision beim Bundesgerichtshof ein, der darauf hinweist, dass seine Entscheidung davon abhänge, ob das Berufungsgericht zu Recht angenommen habe, dass Herr Wittmer Erstattung der Kosten des Ausbaus der mangelhaften Fliesen verlangen könne. Da Herr Wittmer nach deutschem Recht keine Kostenerstattung verlangen könne, hänge die Antwort auf diese Frage von der Auslegung des Art. 3 Abs. 2 und 3 Unterabs. 3 der Richtlinie ab; gegebenenfalls sei § 439 BGB richtlinienkonform auszulegen.

Der Bundesgerichtshof führt hierzu aus, dass aus der Verwendung des Begriffs „Ersatzlieferung“ in Art. 3 Abs. 2 der Richtlinie gefolgert werden könnte, dass nicht nur ein vertragsgemäßes Verbrauchsgut zu liefern, sondern darüber hinaus das mangelhafte Verbrauchsgut zu ersetzen und damit zu entfernen sei. Zudem könnte die nach Art. 3 Abs. 3 gebotene Berücksichtigung der Art und des Verwendungszwecks des Verbrauchsguts im Zusammenhang mit der Pflicht zur Herstellung des vertragsgemäßen Zustands dafür sprechen, dass der Verkäufer im Zuge der Ersatzlieferung mehr als nur die Lieferung des vertragsgemäßen Verbrauchsguts, nämlich auch die Beseitigung des mangelhaften Verbrauchsguts schulde, um die art- und zweckentsprechende Verwendung des Ersatzes zu ermöglichen.

Diese Frage brauchte allerdings nach Ansicht des Bundesgerichtshofs nicht geprüft zu werden, wenn Gebr. Weber die Erstattung der Kosten des Ausbaus der vertragswidrigen Fliesen unter Berufung auf ihre Unverhältnismäßigkeit habe verweigern können. Nach § 439 Abs. 3 BGB könne der Verkäufer die vom Käufer gewählte Art der Nacherfüllung nicht nur dann verweigern, wenn ihm diese Art der Nacherfüllung im Vergleich zu der anderen Art der Nacherfüllung unverhältnismäßige Kosten verursache („relative Unverhältnismäßigkeit“), sondern auch dann, wenn die vom Käufer gewählte Art der Nacherfüllung, selbst wenn sie die einzig mögliche sei, schon für sich allein unverhältnismäßige Kosten verursache („absolute Unverhältnismäßigkeit“). In der vorliegenden Rechtssache sei die begehrte Nacherfüllung durch Lieferung vertragsgemäßer Fliesen ein solcher Fall der absoluten Unverhältnismäßigkeit, da Gebr. Weber dadurch neben den Kosten für die Lieferung in Höhe von rund 1 200 Euro Kosten für den Ausbau der vertragswidrigen Fliesen in Höhe von rund 2 100 Euro und damit insgesamt Kosten von rund 3 300 Euro entstünden, was über der Schwelle von 150 % des Wertes des mangelfreien Verbrauchsguts liege, anhand deren die Verhältnismäßigkeit eines solchen Begehrens im Voraus beurteilt werde.

Die dem Verkäufer durch das nationale Recht gewährte Möglichkeit, die Nacherfüllung wegen einer solchen absoluten Unverhältnismäßigkeit ihrer Kosten zu verweigern, könnte jedoch im Widerspruch zu Art. 3 Abs. 3 der Richtlinie stehen, der sich nach seinem Wortlaut nur auf die relative Unverhältnismäßigkeit zu beziehen scheine. Es sei aber nicht ausgeschlossen, dass eine auf absolute Unverhältnismäßigkeit gestützte Verweigerung in den Geltungsbereich des Begriffs „Unmöglichkeit“ in Art. 3 Abs. 3 falle, da nicht davon ausgegangen werden könne, dass die Richtlinie ausschließlich Fälle physischer Unmöglichkeit erfassen und den Verkäufer auch zu einer wirtschaftlich unsinnigen Nacherfüllung verpflichten wolle.

Der Bundesgerichtshof hat daher das Verfahren ausge-

setzt und dem Gerichtshof folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt:

1. Sind die Bestimmungen des Art. 3 Abs. 3 Unterabs. 1 und 2 der Richtlinie dahin auszulegen, dass sie einer nationalen gesetzlichen Regelung entgegenstehen, wonach der Verkäufer im Fall der Vertragswidrigkeit des gelieferten Verbrauchsguts die vom Verbraucher verlangte Art der Abhilfe auch dann verweigern kann, wenn sie ihm Kosten verursachen würde, die verglichen mit dem Wert, den das Verbrauchsgut ohne die Vertragswidrigkeit hätte, und der Bedeutung der Vertragswidrigkeit unzumutbar (absolut unverhältnismäßig) wären?

2. Falls die erste Frage zu bejahen ist: Sind die Bestimmungen des Art. 3 Abs. 2 und Abs. 3 Unterabs. 3 der Richtlinie dahin auszulegen, dass der Verkäufer im Fall der Herstellung des vertragsgemäßen Zustands des Verbrauchsguts durch Ersatzlieferung die Kosten des Ausbaus des vertragswidrigen Verbrauchsguts aus einer Sache, in die der Verbraucher das Verbrauchsgut gemäß dessen Art und Verwendungszweck eingebaut hat, tragen muss?

B. In der Rechtssache C-87/09

Frau Putz und Medianess Electronics schlossen über das Internet einen Kaufvertrag über eine neue Spülmaschine zum Preis von 367 Euro zuzüglich Nachnahmekosten von 9,52 Euro. Die Parteien vereinbarten eine Lieferung bis vor die Haustür von Frau Putz. Die Lieferung der Spülmaschine und die Kaufpreiszahlung erfolgten vereinbarungsgemäß.

Nachdem Frau Putz die Spülmaschine bei sich in der Wohnung hatte montieren lassen, stellte sich heraus, dass die Maschine einen nicht beseitigbaren Mangel aufwies, der nicht durch die Montage entstanden sein konnte.

Die Parteien einigten sich daher auf den Austausch der Spülmaschine. In diesem Rahmen verlangte Frau Putz von Medianess Electronics, dass sie nicht nur die neue Spülmaschine anliefert, sondern auch die mangelhafte Maschine ausbaut und die Ersatzmaschine einbaut, oder dass sie die Aus- und Einbaukosten trägt, was Medianess Electronics ablehnte. Da Medianess Electronics auf die Aufforderung, die Frau Putz an sie gerichtet hatte, nicht reagierte, trat Letztere vom Kaufvertrag zurück.

Frau Putz erhob gegen Medianess Electronics beim Amtsgericht Schorndorf Klage auf Rückerstattung des Kaufpreises Zug-um-Zug gegen Übergabe der mangelhaften Spülmaschine.

In der Vorlageentscheidung wird erläutert, dass nach deutschem Recht die Wirksamkeit des Rücktritts vom Kaufvertrag davon abhänge, ob Frau Putz Medianess Electronics erfolglos eine wirksame Frist zur Nacherfüllung gesetzt habe, indem sie nur das gefordert habe, was Medianess Electronics schulde. Mithin komme es für die Entscheidung des Rechtsstreits darauf an, ob Frau Putz habe verlangen dürfen, dass Medianess Electronics die mangelhafte Maschine ausbaue und die neue Maschine einbaue oder die Kosten dieser Vorgänge trage.

Das Amtsgericht Schorndorf stellt hierzu fest, dass der Verkäufer nach deutschem Recht auch dann nicht verschuldensunabhängig den Ausbau der mangelhaften Sache oder den Einbau der neuen Sache bzw. die entsprechenden Kosten zu übernehmen habe, wenn der Verbraucher die mangelhafte Sache vor dem Auftreten des Mangels bereits ihrer Bestimmung gemäß eingebaut habe. Eine solche Verpflichtung könnte sich aber aus der Richtlinie ergeben, da diese die Erreichung eines hohen Verbraucherschutzniveaus anstrebe und in Art. 3 Abs. 3 Unterabs. 3 vorsehe, dass die Ersatzlieferung ohne erhebliche Unannehmlichkeiten für den Verbraucher zu erfolgen habe.

Würden dem Käufer die Kosten des Einbaus der Ersatzsache nicht ersetzt, müsse er sie zweimal tragen, nämlich einmal für den Einbau der mangelhaften Sache und ein zweites Mal für den Einbau der Ersatzsache. Bei vertragsgemäßer Lieferung hätte er sie aber nur einmal aufbringen müssen. Es sei zwar denkbar, dass der Verkäufer nur im Fall des Verschuldens verpflichtet sei, die Kosten des Einbaus der Ersatzsache zu tragen. Der Umstand, dass dem Verbraucher kein Verschulden vorgeworfen werden könne und der Mangel eher dem Verkäufer zuzurechnen sei als dem Verbraucher, rechtfertige es jedoch, diesem einen Anspruch unabhängig von einem Verschulden des Verkäufers zu gewähren, für den es darüber hinaus leichter sei, den Hersteller in Regress zu nehmen.

Zum Ausbau der mangelhaften Sache stellt das vorlegende Gericht fest, dass der vertragsgemäße Zustand nicht nur umfasse, dass ein mangelfreies Vertragsgut geliefert werde, sondern ebenso, dass kein mangelhaftes Vertragsgut in der Wohnung des Käufers verbleibe, was für eine Auslegung spreche, wonach der Verkäufer zum Ausbau einer solchen Sache verpflichtet sei. Zudem könnte darin, dass eine mangelhafte Sache in der Wohnung des Verbrauchers verbleibe, eine erhebliche Unannehmlichkeit für diesen liegen. Schließlich scheine der in Art. 3 der Richtlinie verwendete Begriff „Ersatzlieferung“ darauf hinzuweisen, dass sich die Verpflichtung des Verkäufers nicht auf die bloße Lieferung einer mangelfreien Ersatzsache beschränke, sondern auch auf den Austausch der mangelhaften durch die mangelfreie Sache erstrecke.

Das Amtsgericht Schorndorf hat daher das Verfahren ausgesetzt und dem Gerichtshof folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt:

1. Sind die Bestimmungen des Art. 3 Abs. 2 und Abs. 3 Unterabs. 3 der Richtlinie dahin auszulegen, dass sie einer nationalen gesetzlichen Regelung entgegenstehen, die besagt, dass der Verkäufer im Fall

der Herstellung des vertragsgemäßen Zustands des Verbrauchsguts durch Ersatzlieferung die Kosten des Einbaus des nachgelieferten Verbrauchsguts in eine Sache, in die der Verbraucher das vertragswidrige Verbrauchsgut gemäß dessen Art und Verwendungszweck eingebaut hat, nicht tragen muss, wenn der Einbau ursprünglich nicht vertraglich geschuldet wurde?
2. Sind die Bestimmungen des Art. 3 Abs. 2 und Abs. 3 Unterabs. 3 der Richtlinie dahin auszulegen, dass der Verkäufer im Fall der Herstellung des vertragsgemäßen Zustands des Verbrauchsguts durch Ersatzlieferung die Kosten des Ausbaus des vertragswidrigen Verbrauchsguts aus einer Sache, in die der Verbraucher das Verbrauchsgut gemäß dessen Art und Verwendungszweck eingebaut hat, tragen muss?

Aus den Gründen:

A. Zur Verpflichtung des Verkäufers, die Ein- und Ausbaukosten zu tragen

I. Maßgebliche Normen
[43] Vorab ist darauf hinzuweisen, dass nach Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie der Verkäufer dem Verbraucher für jede Vertragswidrigkeit haftet, die zum Zeitpunkt der Lieferung des Verbrauchsguts besteht.
[44] Art. 3 Abs. 2 der Richtlinie nennt die Ansprüche, die der Verbraucher bei Vertragswidrigkeit des gelieferten Verbrauchsguts gegen den Verkäufer hat. Zunächst kann der Verbraucher die Herstellung des vertragsgemäßen Zustands des Verbrauchsguts verlangen. Kann er die Herstellung des vertragsgemäßen Zustands nicht erlangen, so kann er in einem zweiten Schritt eine Minderung des Kaufpreises oder die Vertragsauflösung verlangen.
[45] Zur Herstellung des vertragsgemäßen Zustands des Verbrauchsguts bestimmt Art. 3 Abs. 3 der Richtlinie, dass der Verbraucher vom Verkäufer die unentgeltliche Nachbesserung des Verbrauchsguts oder eine unentgeltliche Ersatzlieferung verlangen kann, sofern nicht die Erfüllung seiner Forderung unmöglich oder die Forderung unverhältnismäßig ist.

II. Wesentlich: Unentgeltlichkeit
[46] Wie der Gerichtshof bereits festgestellt hat, geht demnach aus dem Wortlaut von Art. 3 der Richtlinie wie auch im Übrigen aus den einschlägigen Vorarbeiten der Richtlinie hervor, dass der Unionsgesetzgeber die Unentgeltlichkeit der Herstellung des vertragsgemäßen Zustands des Verbrauchsguts durch den Verkäufer zu einem wesentlichen Bestandteil des durch die Richtlinie gewährleisteten Verbraucherschutzes machen wollte. Diese dem Verkäufer auferlegte Verpflichtung, die Herstellung des vertragsgemäßen Zustands des Verbrauchsguts unentgeltlich zu bewirken, sei es durch Nachbesserung, sei es durch Austausch des vertragswidrigen Verbrauchsguts, soll den Verbraucher vor drohenden finanziellen Belastungen schützen, die ihn in Ermangelung eines solchen Schutzes davon abhalten könnten, seine Ansprüche geltend zu machen (vgl. Urteil vom 17. April 2008, Quelle, C-404/06, Slg. 2008, 2685, Randnrn. 33 und 34).
[47] Wenn aber der Verbraucher im Fall der Ersatzlieferung für ein vertragswidriges Verbrauchsgut vom Verkäufer nicht verlangen könnte, dass er den Ausbau des Verbrauchsguts aus der Sache, in die es gemäß seiner Art und seinem Verwendungszweck eingebaut wurde, und den Einbau des als Ersatz gelieferten Verbrauchsguts in dieselbe Sache oder die entsprechenden Kosten übernimmt, würde diese Ersatzlieferung für ihn zu zusätzlichen finanziellen Lasten führen, die er nicht hätte tragen müssen, wenn der Verkäufer den Kaufvertrag ordnungsgemäß erfüllt hätte. Wenn dieser nämlich von vornherein ein vertragsgemäßes Verbrauchsgut geliefert hätte, hätte der Verbraucher die Einbaukosten nur einmal getragen und hätte keine Kosten für den Ausbau des mangelhaften Verbrauchsguts tragen müssen.
[48] Würde Art. 3 der Richtlinie dahin ausgelegt, dass er den Verkäufer nicht verpflichtet, den Ausbau des vertragswidrigen Verbrauchsguts und den Einbau des als Ersatz gelieferten Verbrauchsguts oder die entsprechenden Kosten zu übernehmen, hätte dies somit zur Folge, dass der Verbraucher, um die ihm durch den genannten Artikel verliehenen Rechte ausüben zu können, diese zusätzlichen Kosten tragen müsste, die sich aus der Lieferung eines vertragswidrigen Verbrauchsguts durch den Verkäufer ergeben.
[49] In diesem Fall würde die Ersatzlieferung für das Verbrauchsgut entgegen Art. 3 Abs. 2 und 3 der Richtlinie nicht unentgeltlich für den Verbraucher vorgenommen.

III. Systematik
[51] Im Übrigen ergibt sich entsprechend dem Vorbringen der Kommission aus der Systematik von Art. 3 Abs. 2 und 3 der Richtlinie, dass die beiden in diesem Artikel genannten Arten der Herstellung des vertragsgemäßen Zustands dasselbe Verbraucherschutzniveau gewährleisten sollen. Es steht aber fest, dass die Nachbesserung eines vertragswidrigen Verbrauchsguts im Allgemeinen an diesem Verbrauchsgut in der Situation erfolgt, in der es sich zum Zeitpunkt des Auftretens des Mangels befand, so dass der Verbraucher in diesem Fall nicht die Kosten für den Ausbau und den Neueinbau trägt.

IV. „Ohne erhebliche Unannehmlichkeiten“
[52] Ferner ist darauf hinzuweisen, dass nach Art. 3 Abs. 3 der Richtlinie die Nachbesserung eines vertragswidrigen Verbrauchsguts und die Ersatzlieferung nicht nur unentgeltlich, sondern auch innerhalb einer

angemessenen Frist und ohne erhebliche Unannehmlichkeiten für den Verbraucher zu erfolgen haben. Dieses dreifache Erfordernis ist Ausdruck des offenkundigen Willens des Unionsgesetzgebers, einen wirksamen Verbraucherschutz zu gewährleisten (vgl. in diesem Sinne Urteil Quelle, Randnr. 35).

[53] Angesichts dieses Willens des Gesetzgebers kann der Begriff „ohne erhebliche Unannehmlichkeiten für den Verbraucher" in Art. 3 Abs. 3 Unterabs. 3 der Richtlinie nicht die von der deutschen, der belgischen und der österreichischen Regierung vorgeschlagene enge Auslegung erfahren. So kann der Umstand, dass der Verkäufer das vertragswidrige Verbrauchsgut nicht ausbaut und das als Ersatz gelieferte Verbrauchsgut nicht einbaut, zweifellos eine erhebliche Unannehmlichkeit für den Verbraucher darstellen, insbesondere in Fällen wie denen der Ausgangsverfahren, in denen das als Ersatz gelieferte Verbrauchsgut, um seiner üblichen Bestimmung entsprechend verwendet werden zu können, zunächst eingebaut werden muss, was den vorherigen Ausbau des vertragswidrigen Verbrauchsguts erforderlich macht. Darüber hinaus ist in Art. 3 Abs. 3 Unterabs. 3 ausdrücklich bestimmt, dass „die Art des Verbrauchsgutes sowie der Zweck, für den der Verbraucher das Verbrauchsgut benötigte", zu berücksichtigen sind.

V. Insgesamt sachegerechtes Ergebnis

[56] In diesem Zusammenhang ist zu betonen, dass eine solche Auslegung auch nicht zu einem ungerechten Ergebnis führt. Selbst wenn nämlich die Vertragswidrigkeit des Verbrauchsguts nicht auf einem Verschulden des Verkäufers beruht, hat dieser doch aufgrund der Lieferung eines vertragswidrigen Verbrauchsguts die Verpflichtung, die er im Kaufvertrag eingegangen ist, nicht ordnungsgemäß erfüllt und muss daher die Folgen der Schlechterfüllung tragen. Dagegen hat der Verbraucher seinerseits den Kaufpreis gezahlt und damit seine vertragliche Verpflichtung ordnungsgemäß erfüllt (vgl. in diesem Sinne Urteil Quelle, Randnr. 41). Zudem kann der Umstand, dass der Verbraucher im Vertrauen auf die Vertragsmäßigkeit des gelieferten Verbrauchsguts das mangelhafte Verbrauchsgut vor Auftreten des Mangels gutgläubig gemäß seiner Art und seinem Verwendungszweck eingebaut hat, kein Verschulden darstellen, das dem betreffenden Verbraucher zur Last gelegt werden könnte.

[57] In einem Fall, in dem keine der beiden Vertragsparteien schuldhaft gehandelt hat, ist es demnach gerechtfertigt, dem Verkäufer die Kosten für den Ausbau des vertragswidrigen Verbrauchsguts und den Einbau des als Ersatz gelieferten Verbrauchsguts aufzuerlegen, da diese Zusatzkosten zum einen vermieden worden wären, wenn der Verkäufer von vornherein seine vertraglichen Verpflichtungen ordnungsgemäß erfüllt hätte, und zum anderen nunmehr notwendig sind, um den vertragsgemäßen Zustand des Verbrauchsguts herzustellen.

VI. Ergebnis

[62] Nach alldem ist Art. 3 Abs. 2 und 3 der Richtlinie dahin auszulegen, dass, wenn der vertragsgemäße Zustand eines vertragswidrigen Verbrauchsguts, das vor Auftreten des Mangels vom Verbraucher gutgläubig gemäß seiner Art und seinem Verwendungszweck eingebaut wurde, durch Ersatzlieferung hergestellt wird, der Verkäufer verpflichtet ist, entweder selbst den Ausbau dieses Verbrauchsguts aus der Sache, in die es eingebaut wurde, vorzunehmen und das als Ersatz gelieferte Verbrauchsgut in diese Sache einzubauen, oder die Kosten zu tragen, die für diesen Ausbau und den Einbau des als Ersatz gelieferten Verbrauchsguts notwendig sind. Diese Verpflichtung des Verkäufers besteht unabhängig davon, ob er sich im Kaufvertrag verpflichtet hatte, das ursprünglich gekaufte Verbrauchsgut einzubauen.

B. Zur Möglichkeit des Verkäufers, die Nacherfüllung wegen absoluter Unverhältnismäßigkeit der Kosten zu verweigern

I. Maßgebliche Normen

[66] Hierzu ist darauf hinzuweisen, dass nach Art. 3 Abs. 3 Unterabs. 1 der Richtlinie der Verbraucher zunächst vom Verkäufer die unentgeltliche Nachbesserung des Verbrauchsguts oder eine unentgeltliche Ersatzlieferung verlangen kann, sofern dies nicht unmöglich oder unverhältnismäßig ist.

[67] Nach Art. 3 Abs. 3 Unterabs. 2 der Richtlinie gilt eine Abhilfe als unverhältnismäßig, wenn sie dem Verkäufer Kosten verursachen würde, die angesichts des Wertes, den das Verbrauchsgut ohne die Vertragswidrigkeit hätte, unter Berücksichtigung der Bedeutung der Vertragswidrigkeit und nach Erwägung der Frage, ob auf die alternative Abhilfemöglichkeit ohne erhebliche Unannehmlichkeiten für den Verbraucher zurückgegriffen werden könnte, verglichen mit der alternativen Abhilfemöglichkeit unzumutbar wären.

[68] Daher ist festzustellen, dass zwar Art. 3 Abs. 3 Unterabs. 1 der Richtlinie an sich so offen gefasst ist, dass er auch Fälle der absoluten Unverhältnismäßigkeit erfassen kann, dass aber Art. 3 Abs. 3 Unterabs. 2 den Begriff „unverhältnismäßig" ausschließlich in Beziehung zur anderen Abhilfemöglichkeit definiert und damit auf Fälle der relativen Unverhältnismäßigkeit eingrenzt. Im Übrigen geht aus dem Wortlaut und der Systematik von Art. 3 Abs. 3 der Richtlinie eindeutig hervor, dass sich dieser auf die beiden Arten der in erster Linie vorgesehenen Abhilfe bezieht, d. h. die Nachbesserung des vertragswidrigen Verbrauchsguts und die Ersatzlieferung.

II. Verweigerung der Nacherfüllung bei absoluter Unverhältnismäßigkeit unzulässig

[71] Folglich zeigt sich, dass der Unionsgesetzgeber dem Verkäufer das Recht zur Verweigerung der Nachbesserung des mangelhaften Verbrauchsguts oder der Ersatzlieferung nur im Fall der Unmöglichkeit oder einer relativen Unverhältnismäßigkeit gewähren wollte. Erweist sich nur eine dieser beiden Abhilfen als möglich, kann der Verkäufer die einzige Abhilfe, durch die sich der vertragsgemäße Zustand des Verbrauchsguts herstellen lässt, somit nicht verweigern.

III. Jedoch betragsmäßige Beschränkung des Kostenerstattungsanspruchs

[73] Art. 3 Abs. 3 Unterabs. 2 der Richtlinie schließt folglich aus, dass eine nationale gesetzliche Regelung dem Verkäufer das Recht gewährt, die einzig mögliche Art der Abhilfe wegen ihrer absoluten Unverhältnismäßigkeit zu verweigern, doch erlaubt dieser Artikel einen wirksamen Schutz der berechtigten finanziellen Interessen des Verkäufers, der, wie in Randnr. 58 des vorliegenden Urteils festgestellt, zu dem in den Art. 4 und 5 der Richtlinie vorgesehenen hinzukommt.

[74] In diesem Zusammenhang ist im Hinblick auf die besonderen Situation, die das vorlegende Gericht prüft, in der die Ersatzlieferung für das vertragswidrige Verbrauchsgut als einzig mögliche Art der Abhilfe deswegen zu unverhältnismäßigen Kosten führen würde, weil das vertragswidrige Verbrauchsgut aus der Sache, in der es eingebaut wurde, ausgebaut und das als Ersatz gelieferte Verbrauchsgut eingebaut werden muss, darauf hinzuweisen, dass Art. 3 Abs. 3 der Richtlinie nicht ausschließt, dass der Anspruch des Verbrauchers auf Erstattung der Kosten für den Ausbau des vertragswidrigen Verbrauchsguts und den Einbau des als Ersatz gelieferten Verbrauchsguts, falls erforderlich, auf einen Betrag beschränkt wird, der dem Wert, den das Verbrauchsgut hätte, wenn es vertragsgemäß wäre, und der Bedeutung der Vertragswidrigkeit angemessen ist. Eine solche Beschränkung lässt das Recht des Verbrauchers, Ersatzlieferung für das vertragswidrige Verbrauchsgut zu verlangen, nämlich unberührt.

[75] In diesem Rahmen ist zu unterstreichen, dass Art. 3 einen gerechten Ausgleich zwischen den Interessen des Verbrauchers und denen des Verkäufers herstellen soll, indem er dem Verbraucher als schwächerer Vertragspartei einen umfassenden und wirksamen Schutz dagegen gewährt, dass der Verkäufer seine vertraglichen Verpflichtungen schlecht erfüllt, und zugleich erlaubt, vom Verkäufer angeführte wirtschaftliche Überlegungen zu berücksichtigen.

[76] Wenn das vorlegende Gericht prüft, ob im Ausgangsverfahren der Anspruch des Verbrauchers auf Erstattung der Kosten für den Ausbau des vertragswidrigen Verbrauchsguts und den Einbau des als Ersatz gelieferten Verbrauchsguts herabzusetzen ist, wird es somit zum einen dem Wert, den das Verbrauchsgut hätte, wenn es vertragsgemäß wäre, und die Bedeutung der Vertragswidrigkeit sowie zum anderen den Zweck der Richtlinie, der darin besteht, ein hohes Verbraucherschutzniveau zu gewährleisten, zu berücksichtigen haben. Die Möglichkeit, eine solche Herabsetzung vorzunehmen, darf dementsprechend nicht zur Folge haben, dass das Recht des Verbrauchers auf Erstattung dieser Kosten in Fällen, in denen er das vertragswidrige Verbrauchsgut gutgläubig vor Auftreten des Mangels gemäß seiner Art und seinem Verwendungszweck eingebaut hat, in der Praxis ausgehöhlt wird.

IV. Umfang der Herabsetzung

[77] Schließlich ist dem Verbraucher im Fall einer Herabsetzung des Anspruchs auf Erstattung der genannten Kosten die Möglichkeit zu gewähren, statt einer Ersatzlieferung für das vertragswidrige Verbrauchsgut gemäß Art. 3 Abs. 5 letzter Gedankenstrich der Richtlinie eine angemessene Minderung des Kaufpreises oder die Vertragsauflösung zu verlangen, da der Umstand, dass der Verbraucher die Herstellung des vertragsgemäßen Zustands des mangelhaften Verbrauchsguts nur erlangen kann, indem er einen Teil der Kosten selber trägt, für ihn eine erhebliche Unannehmlichkeit darstellt.

Standort: Arbeitsrecht/Schuldrecht — Problem: § 308 Nr. 4 BGB

BAG, URTEIL VOM 20.04.2011
5 AZR 191/10 (NJW 2011, 2153)

Problemdarstellung:

Der Kl. ist Arbeitnehmer des Bekl. Der Formulararbeitsvertrag sieht vor, dass der Bekl. dem Kl. zum Ausgleich der Arbeitnehmeranteile an den Sozialversicherungsbeiträgen eine Zulage in entsprechender Höhe gewährt. Ferner ist die Widerruflichkeit der vorgenannten Regelung vereinbart.

Im September 2007 widerrief der Bekl. die Zahlung der Zulage aus wirtschaftlichen Gründen. Hiergegen wendet sich der Kl. mit seiner Klage.

Prüfungsrelevanz:

Da es sich bei den Regelungen im vorliegenden Arbeitsvertrag um Allgemeine Geschäftsbedingungen i.S.d. § 305 I BGB handelte, war vom Senat eine Inhaltskontrolle vorzunehmen. § 310 IV 1, 2 BGB stellen klar, dass auch Arbeitsverträge einer Inhaltskon-

trolle zugänglich sind, wenn die Besonderheiten des Arbeitsrechts berücksichtigt werden. Die Vornahme einer AGB-Kontrolle ist in Klausuren insbesondere in Miet- und Arbeitsverträgen zu erwarten, da diese typischerweise durch Formularverträge geschlossen werden. Dabei bietet sich folgendes Prüfungsschema an:

1. Vorliegen von AGB gem. § 305 I BGB
2. Wirksame Einbeziehung gem. § 305 II BGB
3. Keine vorrangige Individualabrede gem. § 305 b und keine überraschende Klausel gem. § 305 c BGB (bzw. Auslegung einer mehrdeutigen Klausel)
4. Eröffnung der Inhaltskontrolle gem. § 307 III BGB (Abweichen von Rechtsvorschriften)
5. Kontrolle gem. § 309, § 308, § 307 II, I BGB
6. Rechtsfolge bei Unwirksamkeit: Anwendung der gesetzlichen Bestimmung gem. § 306 II BGB

Häufig wird eine Klausel an § 309 Nr. 7 oder 8 BGB zu messen sein. Deutlich seltener, aber dennoch klausurrelevant ist die Prüfung des § 308 BGB. Dabei ist zu beachten, dass § 308 BGB Klauselverbote mit Wertungsmöglichkeiten normiert. Anders als bei § 309 BGB führt ein zunächst festgestellter Verstoß der Klausel gegen ein Klauselverbot also nicht automatisch zu deren Unwirksamkeit. Vielmehr muss erst eine Abwägung aller Umstände im Einzelfall ergeben, dass die Klausel den Vertragspartner des Verwenders unangemessen benachteiligt.

Vorliegend hatte der Bekl. eine Klausel verwendet, die ihm ohne Angabe irgendwelcher Gründe den jederzeitigen Widerruf der Zulage gestattete. Dies widerspricht § 308 Nr. 4 BGB, wonach die einseitige Widerrufsmöglichkeit des Verwenders für den Vertragspartner zumutbar sein muss. Das setzt aber voraus, dass dieser jedenfalls erahnen können muss, aus welchen Gründen der Widerruf möglich sein soll. Sind – wie hier – jedoch weder Gründe angegeben noch solche erkennbar, ist der Widerrufsvorbehalt gem. §§ 308 Nr. 4, 306 II BG unwirksam.

Der Senat weist schließlich darauf hin, dass im Falle des § 308 Nr. 4 BGB , also bei der Vereinbarung einer einseitigen Leistungsbestimmung durch den Arbeitgeber, außerdem § 315 BGB beachtet werden muss. Während § 308 Nr. 4 BGB die Klausel als solche einer Prüfung unterzieht (Inhaltskontrolle), ordnet § 315 BGB an, dass die Ausübung eines solchen Bestimmungsrechts billigem Ermessen entsprechen muss (Ausübungskontrolle). Der Grundsatz der Bindungswirkung von Verträgen (pacta sunt servanda) wird also doppelt geschützt und bedarf auch in der Klausur besonderer Beachtung.

Vertiefungshinweise:

❑ Zur AGB-Kontrolle von Widerrufsvorbehalten: *BAG*, NZA-RR 2010, 457 (Widerruf der Dienstwagenüberlassung); *LAG Hamm*, BeckRS 2011, 71205 (Widerrufsrecht und betriebliche Übung); *Kroeschell*, NZA 2008, 1393; *Hunold*, NZA 2010, 1276 (Widerruf der Dienstwagenüberlassung)

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs:* "Keine Lust auf Schönheitsreparaturen"

❑ *Examenskurs:* "Die Traumwohnung"

Leitsätze:

1. Ein Widerrufsvorbehalt in einer Allgemeinen Geschäftsbedingung muss seit Inkrafttreten der §§ 305 ff. BGB den formellen Anforderungen von § 308 Nr. 4 BGB genügen. Der Verwender muss vorgeben, was ihn zum Widerruf berechtigen soll.

2. Fehlt die Angabe von Widerrufsgründen in einem vor dem 1. Januar 2002 abgeschlossenen Arbeitsvertrag, kommt eine ergänzende Vertragsauslegung in Betracht.

Sachverhalt:

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit des Widerrufs einer Zulage.

Der Kläger ist langjährig beim Beklagten als Tierarzt beschäftigt. Der Beklagte zahlt eine Vergütung, die der Beamtenbesoldungsgruppe A14 entspricht.

In § 3 des vom Beklagten formulierten Arbeitsvertrags haben die Parteien folgende Nebenabreden vereinbart:

„1. Zum Ausgleich der Arbeitnehmeranteile an den Sozialversicherungsbeiträgen wird eine nicht gesamtversogungsfähige Zulage in entsprechender Höhe gewährt.

2. Die Nebenabreden unter 1) und 2) sind widerruflich"

Der Beklagte passte die Zulage zunächst an die Erhöhungen der Sozialversicherungsbeiträge an. Diese Anpassung widerrief er zum 30. Juni 1992 und behielt sich dabei ausdrücklich vor, auch den „eingefrorenen" Bestand ganz oder teilweise zu widerrufen, wenn dies aus wirtschaftlichen Gründen geboten sei. Das Bundesarbeitsgericht bestätigte mit Urteil vom 10. Juli 1996 (- 5 AZR 977/94 -) die Wirksamkeit dieses Widerrufs. Mit Schreiben vom 10. September 2007 widerrief der Beklagte die Zulage aus wirtschaftlichen Gründen insgesamt.

Der Kläger hat geltend gemacht, der Widerruf sei unwirksam, und beantragt die Nachzahlung der Zulage in Höhe von insgesamt 2.503,26 Euro brutto.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen, das Landesarbeitsgericht hat ihr stattgegeben. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision begehrt der Beklagte die Zurückweisung der Berufung.

Aus den Gründen:

[8] Die Revision des Beklagten ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des Berufungsurteils (§ 562 Abs. 1 ZPO) und zur Zurückverweisung der Sache an das Landesarbeitsgericht zur neuen Verhandlung und Entscheidung (§ 563 Abs. 1 ZPO). Die Rechtswirksamkeit des Widerrufs kann noch nicht abschließend beurteilt werden. Es bedarf hierfür weiterer tatsächlicher Feststellungen durch das Landesarbeitsgericht.

A. Unwirksamkeit des formularmäßig vereinbarten Widerrufsvorbehalts gem. § 308 Nr. 4 BGB

[9] Die arbeitsvertragliche Regelung des Widerrufs in § 3 Abs. 3 ist gemäß § 308 Nr. 4 BGB unwirksam. Das haben die Vorinstanzen zutreffend erkannt.

[10] Der im Arbeitsvertrag der Parteien geregelte Widerrufsvorbehalt ist eine Allgemeine Geschäftsbedingung iSd. §§ 305 ff. BGB. Zwischen den Parteien steht außer Streit, dass der Arbeitsvertragstext beim Beklagten standardmäßig Verwendung fand. Der Widerrufsvorbehalt, der das Recht des Beklagten begründete, die versprochene Leistung einseitig zu ändern, stellt eine von Rechtsvorschriften abweichende Regelung iSv. § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB dar, weil ein Vertrag grundsätzlich bindend ist. Nach § 308 Nr. 4 BGB ist die Vereinbarung des Widerrufsrechts zumutbar, wenn der Widerruf nicht grundlos erfolgen soll, sondern wegen der unsicheren Entwicklung der Verhältnisse als Instrument der Anpassung notwendig ist. Das gilt auch im Arbeitsverhältnis. Ein Widerrufsvorbehalt muss seit Inkrafttreten der §§ 305 ff. BGB den formellen Anforderungen von § 308 Nr. 4 BGB gerecht werden. Bei den Widerrufsgründen muss zumindest die Richtung angegeben werden, aus der der Widerruf möglich sein soll, zB wirtschaftliche Gründe, Leistung oder Verhalten des Arbeitnehmers (BAGE 113, 140). Dabei ist zu beachten, dass der Verwender vorgibt, was ihn zum Widerruf berechtigen soll.

[11] Diesen Anforderungen entspricht § 3 Abs. 3 des Arbeitsvertrags nicht, denn darin wird kein Widerrufsgrund angegeben. Der Widerrufsvorbehalt ist seit dem 1. Januar 2003 (vgl. Art. 229 § 5 EGBGB) gemäß § 308 Nr. 4, § 306 BGB unwirksam.

B. Rechtsfolge

[12] Eine aus formellen Gründen unwirksame und vor dem 1. Januar 2002 vereinbarte Klausel entfällt nicht ersatzlos.

I. Ergänzende Vertragsauslegung bei „Alt-Klauseln“

[13] Da der Verwender bei Abschluss des Arbeitsvertrags die §§ 305 ff. BGB nicht berücksichtigen konnte und die Klausel nur unwirksam ist, weil sie in formeller Hinsicht den neuen Anforderungen nicht genügt, bedarf es zur Schließung der entstandenen Lücke der ergänzenden Vertragsauslegung (grundsätzlich zur Lückenschließung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen durch ergänzende Vertragsauslegung: BAGE 113, 140; BGHZ 137, 153; NJW 2008, 3422; BGHZ 185, 166). Andernfalls liefe die Anwendung der Anforderungen an die Vertragsformulierung auf einen vor dem 1. Januar 2002 abgeschlossenen Sachverhalt auf eine echte Rückwirkung des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes hinaus. Es ist deshalb zu fragen, was die Parteien vereinbart hätten, wenn ihnen die gesetzlich angeordnete Unwirksamkeit der Widerrufsklausel bekannt gewesen wäre (BAG 12. Januar 2005 - 5 AZR 364/04 - aaO; 11. Oktober 2006 - 5 AZR 721/05 - Rn. 33 f., aaO).

II. Abschließende Entscheidung hier nicht möglich

[18] Ausgehend von den zutreffenden Ausführungen des Arbeitsgerichts liegt es im Streitfall zumindest nahe, dass die Parteien bei Kenntnis der neuen gesetzlichen Anforderungen die Widerrufsmöglichkeit für den Fall wirtschaftlicher Verluste des Beklagten vorgesehen hätten. Eine solche Bestimmung wäre für den Kläger zumutbar gewesen und hätte ihn nicht benachteiligt. Bei Kenntnis der neuen gesetzlichen Anforderungen hätten redliche Parteien die Widerrufsmöglichkeit für den Fall wirtschaftlicher Verluste vereinbart, zumal der Beklagte schon anlässlich des Widerrufs der Dynamisierung der Zulage im Jahr 1992 auf die Möglichkeit eines weiteren Widerrufs aus wirtschaftlichen Gründen hingewiesen hatte. Danach ist der Vortrag des Beklagten erheblich. Doch hat das Berufungsgericht von der Feststellung der notwendigen Tatsachen abgesehen. Dies ist nachzuholen.

[19] Die Rechtskraft des Urteils vom 10. Juli 1996 (- 5 AZR 977/94 -) steht einer ergänzenden Vertragsauslegung und damit einem Widerruf der „eingefrorenen“ Zulage nicht entgegen.

III. § 315 BGB zu beachten

[20] Neben der Inhaltskontrolle steht weiterhin die Ausübungskontrolle im Einzelfall gemäß § 315 BGB. Die Erklärung des Widerrufs stellt eine Bestimmung der Leistung durch den Arbeitgeber nach § 315 Abs. 1 BGB dar. Der Widerruf muss im Einzelfall billigem Ermessen entsprechen. Daran hat die generelle Regelung der §§ 305 ff. BGB nichts geändert.

Strafrecht

Standort: § 263 II, III StGB — Problem: Regelbeispiel und Versuch

BGH, BESCHLUSS VOM 03.05.2011
3 STR 33/11 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Der Angeklagte hatte eigene Sachen in Brand gesetzt, und später seine Versicherung über das Vorliegen eines Versicherungsfalles getäuscht. Diese hatte jedoch die Schadenssumme nicht an den Angeklagten ausgezahlt.

Das Landgericht Mönchengladbach hatte den Angeklagten aufgrund der Täuschung der Versicherung wegen Betrugs in einem besonders schweren Fall, § 263 I, III 2 Nr. 5 StGB, verurteilt. Auf die Revision des Angeklagten hin stellt der BGH in der vorliegenden Entscheidung klar, dass dieser zwar das Regelbeispiel des § 263 III 2 Nr. 5 StGB voll verwirklicht habe. Der Tatbestand des Grunddelikts, § 263 I StGB, sei jedoch noch nicht vollendet, da die Versicherung nicht gezahlt habe und es deshalb an dem für die Vollendung von § 263 I StGB erforderlichen Vermögensschaden fehle. Deshalb komme nur eine Strafbarkeit wegen versuchten Betrugs in einem besonders schweren Fall, §§ 263 I, 22, 23 I, 263 III 2 Nr. 5 StGB, in Betracht. Die bloße Vollendung des Regelbeispiels ohne Vollendung des Grunddelikts reiche zur Begründung einer Vollendungsstrafbarkeit nämlich nicht aus.

Prüfungsrelevanz:

Zwar handelt es sich bei Regelbeispielen wie denen in §§ 243 I 2, 263 III 2 StGB nur um Strafzumessungsgesichtspunkte, die für die Prüfung der Strafbarkeit als solche deshalb streng genommen keine Rolle spielen. Trotzdem wird auch schon im ersten Examen vom Kandidaten insb. wegen der tatbestandsähnlichen Struktur der Regelbeispiele erwartet, dass diese erörtert werden. Die vom BGH ebenfalls angesprochene Problematik einer Verjährungsunterbrechung bei mehreren Beteiligten ist ein Problem, das ausschließlich im zweiten Examen Relevanz erlangen dürfte, dort aber in allen Arten von Klausuren und auch in der mündlichen Prüfung.

Da Regelbeispiele lediglich Strafzumessungsgesichtspunkte darstellen, enthalten sie - anders als Qualifikationen - keine eigenen Tatbestandsmerkmale, sondern lediglich tatbestandsähnliche Voraussetzungen. Deshalb sind sie auch im Gutachten nicht bereits im Tatbestand zu prüfen, sondern - wie alle Strafzumessungsgesichtspunkte - nach der Schuld.

Ein klassisches Examensproblem stellt die Frage dar, ob auch bereits der Versuch eines Regelbeispiels den erhöhten Strafrahmen eines besonders schweren Falles auslöst (vgl. hierzu die Darstellung im Skript StrafR BT I, Rn. 94 ff. und bei Fischer, § 46 Rn. 97 ff.). Problematisch ist dies in solchen Konstellationen, in denen das Grunddelikt nur versucht oder bereits vollendet ist und der Täter zur Verwirklichung des Regelbeispiels nur unmittelbar angesetzt, dieses aber noch nicht voll verwirklicht hat. Die herrschende Literatur lehnt in solchen Fällen die Anwendung des erhöhten Strafrahmens für einen besonders schweren Fall ab (Joecks, § 243 Rn. 42; Schönke/Schröder-Eser, § 243 Rn. 44; Wessels/Hillenkamp, BT II, Rn. 202; Otto, JURA 1989, 200, 201). Die Annahme eines Regelbeispiels sei nur dann gerechtfertigt, wenn sämtliche objektiven und subjektiven Voraussetzungen des Regelbeispiels vorlägen. Auch setze eine Versuchsstrafbarkeit gem. § 22 StGB stets voraus, dass der Täter "zur Verwirklichung des Tatbestands" unmittelbar ansetze. Da Regelbeispiele aber keine Tatbestände hätten, sondern allenfalls tatbestandsähnliche Voraussetzungen, könne diese Voraussetzung beim "Versuch" eines Regelbeispiels nie gegeben sein. Die Rechtsprechung und ein Teil der Literatur erachten jedoch bereits den Versuch des Regelbeispiels als ausreichend für die Verwirkung des höheren Strafrahmens eines besonders schweren Falls (BGH, RA 2010, 677, 678 f. = NStZ 2011, 167; NStZ 1984, 262, 263; NJW 1986, 940, 942; BayObLG, NStZ 1997, 442; Schäfer, JR 1986, 522, 523). Zwischen Regelbeispielen und echten Tatbeständen gebe es keinen tief greifenden Wesensunterschied, sodass sie gleich behandelt werden müssten mit der Folge, dass es auch den Versuch eines Regelbeispiels geben müsse. Auch sei der von § 22 StGB verwendete Begriff des "Tatbestandes" nicht legaldefiniert, sodass auch eine weite Auslegung der Norm unter Einbeziehung der "Quasi-Tatbestände" von Regelbeispielen denkbar sei.

Im vorliegenden Fall ging es jedoch gar nicht um die Frage, ob der bloße Versuch eines Regelbeispiels die strafschärfende Wirkung des besonders schweren Falles auslösen kann. Denn der Angeklagte hatte die Voraussetzungen des Regelbeispiels gem. § 263 III 2 Nr. 5 StGB bereits voll verwirklicht, da er einen Versiche-

rungsfall vorgetäuscht hatte, nachdem er zu diesem Zweck eine Sache von bedeutendem Wert in Brand gesetzt hatte. Im Gegensatz zum Regelbeispiel waren allerdings die Voraussetzungen des Grunddelikts, § 263 I StGB, noch nicht gegeben, denn die Versicherung hatte den Schaden gar nicht reguliert, sodass bei dieser auch nicht der für die Vollendung des Betrugs erforderliche Vermögensschaden eingetreten war. Der BGH stellt in der vorliegenden Entscheidung klar, dass in einer solchen Konstellation, in der zwar das Regelbeispiel voll verwirklicht wurde, nicht jedoch das Grunddelikt des Betruges, der Angeklagte auch nicht wegen vollendeten Betruges in einem besonders schweren Fall, §§ 263 I, III 2 Nr. 5 StGB, verurteilt werden kann. Denn die bloße Verwirklichung des Regelbeispiels ohne Vollendung des Grunddelikts reiche zur Annahme einer vollendeten Tat nicht aus. Stattdessen sei lediglich eine Strafbarkeit wegen versuchten Betrugs in einem besonders schweren Fall, §§ 263 I, 22, 23 I, 263 III 2 Nr. 5 StGB, gegeben.

Des Weiteren befasst sich der BGH mit den Voraussetzungen für eine Verjährungsunterbrechung gem. § 78c StGB bei mehreren Beteiligten.

Die Verjährung einer Straftat wird insb. unterbrochen durch eine richterliche Durchsuchungsanordnung, § 78c I 1 Nr. 5 StGB. Nach dieser Unterbrechung beginnt die Verjährungsfrist des entsprechenden Delikts von neuem, § 78c III 1 StGB. Gem. § 78c IV StGB wirkt diese Verjährungsunterbrechung jedoch nur gegenüber demjenigen, auf den sich die Unterbrechungshandlung (also im Falle des § 78c I 1 Nr. 5 StGB die Durchsuchungsanordnung) bezieht. In der vorliegenden Entscheidung stellt der BGH jedoch klar, dass sich insb. eine Durchsuchungsanordnung nicht nur auf denjenigen i.S.v. § 78c IV StGB bezieht, der von ihr unmittelbar betroffen ist, sondern auch auf andere Verfahrensbeteiligte, wenn die Handlung erkennbar bezweckt, auch deren Tatbeitrag aufzuklären (so bereits RGSt 36, 350, 351). Dies sein gerade bei Durchsuchungsbeschlüssen regelmäßig der Fall, da diese dazu dienten, Beweismaterial aufzufinden, das dann ja nicht nur denjenigen Beschuldigten belasten würde, dessen Räumlichkeiten durchsucht wurden, sondern auch die anderen Beteiligten. Im vorliegenden Fall richtete sich der fragliche Durchsuchungsbeschluss zwar nicht gegen den Angeklagten selbst, sondern gegen einen damaligen Mitbeschuldigten. Da der Angeklagte jedoch im Rubrum des Durchsuchungsbeschlusses als Mitbeschuldigter aufgeführt worden war und die fragliche Durchsuchung gerade den Zweck hatte, Dokumente aufzufinden, die den Angeklagten belasten sollten, bezog sich diese Maßnahme auch auf diesen. Deshalb wirkte die durch den Durchsuchungsbeschluss bewirkte Verjährungsunterbrechung auch gegenüber dem Angeklagten.

Vertiefungshinweise:

❑ Zum Versuch eines Regelbeispiels: *BGH*St 33, 374; *BGH*, RA 2010, 677 = NStZ 2011, 167; NStZ 2003, 602; NStZ-RR 2009, 206; wistra 2007, 111; *BayObLG*, NStZ 1997,442; *Zieschang*, JURA 1999, 561; *Zopfs*, GA 1995, 324

❑ Zur Verjährungsunterbrechung bei mehreren Beteiligten gem. § 78c IV StGB: *BGH*, StV 1995, 585; *OLG Hamburg*, wistra 1993, 272; *OLG Karlsruhe*, wistra 1987, 228

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs*: "Vorbei und dennoch getroffen"

❑ *Examenskurs*: "Kein Humor"

Leitsätze (der Redaktion):

1. Für eine Verurteilung wegen vollendeten Betruges in einem besonders schweren Fall genügt es nicht, dass die Voraussetzungen dieses Regelbeispiels verwirklicht sind. Sie setzt daneben u.a. voraus, dass der Grundtatbestand - hier: des § 263 Abs. 1 StGB - vollendet ist.

2. Gemäß § 78c Abs. 4 StGB wirkt die Verjährungsunterbrechung nur gegenüber demjenigen, auf den sich die Unterbrechungshandlung bezieht. Hierfür ist bei einer Durchsuchung oder Beschlagnahme jedoch nicht allein maßgebend, wer von dieser Maßnahme unmittelbar betroffen ist.

3. Bei mehreren Tatverdächtigen kann sich eine Unterbrechungshandlung, von der nur ein Beschuldigter unmittelbar betroffen ist, dennoch nach Lage der Umstände ebenfalls auf die übrigen Beteiligten beziehen, indem sie deren Verfolgung erkennbar in den Blick nimmt. Deshalb werden über unmittelbar Betroffene hinaus auch andere an der Straftat Beteiligte erfasst, wenn die Handlung erkennbar bezweckt, auch deren Tatbeitrag aufzuklären. Dies ist bei Beschlagnahme- und Durchsuchungsanordnungen regelmäßig der Fall.

Sachverhalt (vereinfacht):

Der Angeklagte hatte eigene Sachen in Brand gesetzt, um die entsprechenden Schäden über die von ihm abgeschlossene Feuerversicherung regulieren zu können und sich so zu bereichern. Die Versicherung hatte jedoch die entsprechenden Beträge nicht an den Angeklagten ausgezahlt, da dessen Verhalten vorher aufgedeckt worden war.

Während des Ermittlungsverfahrens war gegen den damaligen Mitbeschuldigten T ein Durchsuchungsbeschluss vom zuständigen AG Mönchengladbach erlassen worden.

Aus den Gründen:

[1] Das Landgericht hat den Angeklagten wegen Be-

truges zu einer Freiheitsstrafe von vier Jahren und drei Monaten verurteilt. Mit seiner hiergegen gerichteten Revision beanstandet der Angeklagte die Verletzung formellen und materiellen Rechts. Das Rechtsmittel hat mit der Sachrüge den aus der Entscheidungsformel ersichtlichen Teilerfolg; im Übrigen ist es unbegründet im Sinne des § 349 Abs. 2 StPO.

1. Zur Unterbrechung der Verjährung gem. § 78c I 1 Nr. 4 StGB

[2] Die Tat des Angeklagten ist nicht verjährt; denn die Verjährung ist durch den Durchsuchungsbeschluss des Amtsgerichts Mönchengladbach vom 19. Dezember 2005 unterbrochen worden (§ 78c Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 StGB). Dem steht nicht entgegen, dass der genannte Beschluss gegen den damaligen Mitbeschuldigten T ergangen ist und die Durchsuchung von dessen Wohnung, Neben- und Geschäftsräumen, Kraftfahrzeugen, sonstigen Sachen sowie dessen Person angeordnet hat.

a) Zur Wirkung der Verjährungsunterbrechung bei mehreren Beteiligten, § 78c IV StGB

[3] Gemäß § 78c Abs. 4 StGB wirkt die Verjährungsunterbrechung nur gegenüber demjenigen, auf den sich die Unterbrechungshandlung bezieht. Die Handlung muss daher gegen eine bestimmte Person als Täter oder Teilnehmer gerichtet sein. Dies ist zu bejahen, wenn sie dazu dient, das den Täter oder Teilnehmer betreffende Verfahren fortzusetzen.

[4] Hierfür ist es jedenfalls nicht allein maßgebend, wer von einer Durchsuchung oder Beschlagnahme unmittelbar betroffen ist. Dies zeigt sich schon daran, dass die Strafprozessordnung einerseits in § 103 StPO Durchsuchungen auch zu Lasten nicht tatverdächtiger Dritter zulässt, während andererseits § 78c Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 StGB jede Durchsuchungsanordnung für die Verjährungsunterbrechung genügen lässt. Sogar eine Maßnahme, die ausschließlich nicht tatverdächtige Dritte unmittelbar betrifft, ist daher grundsätzlich geeignet, die Verjährung gegenüber einem Beschuldigten zu unterbrechen (BGH, Beschluss vom 1. August 1995 - 1 StR 275/95, StV 1995, 585).

[5] Bei mehreren Tatverdächtigen kann sich eine Unterbrechungshandlung, von der nur ein Beschuldigter unmittelbar betroffen ist, dennoch nach Lage der Umstände ebenfalls auf die übrigen Beteiligten beziehen, indem sie deren Verfolgung erkennbar in den Blick nimmt (vgl. schon RG, Urteil vom 10. Juli 1903 - Rep. 2206/03, RGSt 36, 350, 351). Deshalb werden über unmittelbar Betroffene hinaus auch andere an der Straftat Beteiligte erfasst, wenn die Handlung erkennbar bezweckt, auch deren Tatbeitrag aufzuklären. Dies ist bei Beschlagnahme- und Durchsuchungsanordnungen regelmäßig der Fall. Diese Unterbrechungshandlungen beziehen sich - anders als etwa eine Beschuldigtenvernehmung (BGH, Beschluss vom 2. September 1992 - 3 StR 110/92, StV 1993, 71) - nicht ihrer Natur nach lediglich auf den unmittelbar Betroffenen. Sie dienen vielmehr in der Regel einer umfassenden Sachaufklärung und richten sich daher, soweit keine Einschränkung ersichtlich ist, grundsätzlich gegen alle Tatverdächtigen (OLG Karlsruhe, Beschluss vom 10. April 1987 - 3 Ss 190/86, wistra 1987, 228, 229; OLG Hamburg, Urteil vom 26. Mai 1993 - 1 Ss 8/93, wistra 1993, 272, 273; LK/Schmid, StGB, 12. Aufl., § 78c Rn. 7; Schönke/Schröder/Sternberg-Lieben/Bosch, StGB, 28. Aufl., § 78c Rn. 24 f.).

b) Zum Bezug des Durchsuchungsbeschlusses auf den Angeklagten

[6] Nach diesen Maßstäben bezog sich der amtsgerichtliche Durchsuchungsbeschluss hier auch auf den Angeklagten. Dieser war im Beschlussrubrum als Mitbeschuldigter aufgeführt. Ausweislich der Beschlussbegründung diente die Ermittlungsmaßnahme gerade dazu, Beweismittel aufzufinden, die Zahlungen des Angeklagten für eine Brandlegung und somit seine Beteiligung an der Straftat belegen.

2. Zur Annahme eines vollendeten Betrugs in einem besonders schweren Fall gem. § 263 I, III 2 Nr. 5 StGB

[7] Die rechtliche Würdigung des Landgerichts, der Angeklagte habe einen vollendeten Betrug in einem besonders schweren Fall nach § 263 Abs. 1, Abs. 3 Satz 2 Nr. 5 StGB begangen, hält sachlichrechtlicher Prüfung nicht stand.

[8] § 263 Abs. 3 StGB regelt besonders schwere Fälle des Betruges, wobei § 263 Abs. 3 Satz 2 StGB mehrere Regelbeispiele aufführt. Auch § 263 Abs. 3 Satz 2 Nr. 5 StGB ist als unselbstständiges, strafschärfendes Regelbeispiel zum Betrug konzipiert (vgl. LK/Tiedemann, StGB, 11. Aufl., § 263 Rn. 302). Für eine Verurteilung wegen vollendeten Betruges in einem besonders schweren Fall genügt - den allgemeinen Grundsätzen entsprechend (vgl. Fischer, StGB, 58. Aufl., § 46 Rn. 88 ff.) - deshalb nicht, dass die Voraussetzungen dieses Regelbeispiels verwirklicht sind (vgl. hierzu Fischer aaO § 263 Rn. 222 ff.). Sie setzt daneben u.a. voraus, dass der Grundtatbestand - hier: des § 263 Abs. 1 StGB - vollendet ist. Dies wird durch die Feststellungen nicht belegt. Danach fehlt es jedenfalls am Eintritt eines Vermögensschadens; denn die vom Angeklagten nach dem Brand in Anspruch genommene Versicherung leistete keine Zahlungen.

3. Zur Änderung des Schuldspruchs durch das Revisionsgericht

[9] Der Senat schließt aus, dass in einer neuen Hauptverhandlung weiter gehende Feststellungen getroffen werden können, welche die Strafbarkeit des Angeklag-

ten wegen vollendeten Betruges belegen. Er ändert deshalb den Schuldspruch in entsprechender Anwendung von § 354 Abs. 1 StPO selbst ab. Dem steht § 265 StPO nicht entgegen. Die Staatsanwaltschaft hat dem Angeklagten in ihrer Anklageschrift einen versuchten Betrug vorgeworfen. Das Landgericht hat das Hauptverfahren ohne abweichende rechtliche Würdigung eröffnet und erst am letzten Tag der Hauptverhandlung einen rechtlichen Hinweis dahin erteilt, es komme auch die Verurteilung wegen vollendeten Betruges in Betracht.

4. Zum Strafausspruch

[10] Aufgrund der Änderung des Schuldspruchs kann der Strafausspruch keinen Bestand haben. Die zugrunde liegenden Strafzumessungstatsachen werden allerdings von dem Wertungsfehler nicht erfasst; sie können deshalb bestehen bleiben. Ergänzende Feststellungen sind zulässig, soweit sie den bisherigen nicht widersprechen.

Standort: § 226 I Nr. 3 StGB — Problem: Erhebliche dauernde Entstellung

BGH, URTEIL VOM 20.04.2011
2 STR 29/11 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Der Angeklagte hatte den Nebenkläger mehrfach mit einem Messer in den Oberkörper gestochen; diesem musste deshalb insb. die Milz entfernt werden. Hierdurch blieben zahlreiche markante Narben im Oberkörperbereich zurück.

Das Landgericht Kassel hatte den Angeklagten wegen versuchten Totschlags, §§ 212 I, 22, 23 I StGB, und gefährlicher Körperverletzung, §§ 223 I, 224 I Nr. 2, 5 StGB, verurteilt. Hiergegen legte der Nebenkläger Revision ein, mit der er insbesondere rügte, dass der Angeklagte nicht auch wegen schwerer Körperverletzung, § 226 I Nr. 3 StGB, verurteilt worden war. Der BGH gab der Revision statt, da die beim Nebenkläger entstandenen Narben durchaus eine erhebliche dauerhafte Entstellung i.S.v. § 226 I Nr. 3 StGB darstellen könnten. Da das angefochtene Urteil jedoch keine genauen Angaben zur Charakterisierung der Narben enthielt, verwies der BGH zurück, damit das LG weitere diesbezügliche Feststellungen treffen kann.

Prüfungsrelevanz:

Körperverletzungs- und Tötungsdelikte sind immer wieder Gegenstand von Examensaufgaben in beiden Examen. Diese lassen sich nämlich zum einen sehr gut mit Problemen des Allgemeinen Teils kombinieren, und beinhalten zudem interessante tatbestandsspezifische Probleme. Gerade die Erfolgsqualifikationen der Körperverletzung, §§ 226; 227 StGB, bieten sich aus Prüfersicht als Grundlage für Examensaufgaben an. Dort besteht zum einen ein klassischer Streit hinsichtlich der Anforderungen an den erforderlichen Unmittelbarkeitszusammenhang. Aber auch die Voraussetzungen für die in § 226 I StGB genannten schweren Folgen sind im Einzelfall u.U. schwierig festzustellen und bieten sich deshalb als Inhalt einer Examensaufgabe an.

Gem. § 226 I Nr. 3 StGB wirkt es insbesondere qualifizierend, wenn die vom Täter begangene Körperverletzung zur Folge hat, dass die verletzte Person in erheblicher Weise dauernd entstellt wird. Eine Entstellung des Opfers ist erheblich, wenn dessen äußere Gesamterscheinung in ihrer ästhetischen Wirkung derart verändert ist, dass das Opfer erhebliche psychische Nachteile im Verkehr mit anderen Menschen zu erleiden hat (BGH, NJW 1967, 297; Schönke/Schröder-Stree/Sternberg-Lieben, § 226 Rn. 3). Dauernd ist die Entstellung, wenn damit gerechnet werden muss, dass das Opfer der entsprechenden Beeinträchtigung für unabsehbare Zeit ausgesetzt sein wird (BGHSt 24, 317; LK-Hirsch, § 226 Rn. 8).

Insgesamt ist hinsichtlich der Anforderungen an die erhebliche dauernde Entstellung i.S.v. § 226 I Nr. 3 StGB anerkannt, dass eine solche nur dann angenommen werden kann, wenn die Entstellung den geringsten der in § 226 I Nrn. 1, 2 StGB genannten Folgen an Gewicht in etwa gleichkommt (BGH, StV 1992, 115; NStZ 2006, 686; 2008, 32; Fischer, § 226 Rn. 9; Lackner/Kühl, § 226 Rn. 4; Küper, BT, S. 131). Dies betont auch der BGH in der vorliegenden Entscheidung und stellt klar, dass die Voraussetzungen einer erheblichen dauernden Entstellung auch bei deutlich sichtbaren Narben gegeben sein kann. Die vorliegende Entscheidung macht auch deutlich, dass eine Qualifikation gem. § 226 I Nr. 3 StGB auch dann gegeben sein kann, wenn der vernarbte Körperteil - wie der Oberkörper des Opfers im vorliegenden Fall - meist bekleidet und die Narben deshalb in der Regel bedeckt und somit nicht unmittelbar wahrnehmbar sind (so auch BGH, NJW 1988, 2747; NStZ 2006, 686).

Vertiefungshinweise:

❑ Zur erheblichen dauernden Entstellung i.S.v. § 226 I Nr. 3 StGB, insb. bei Narben: *BGH*, NStZ 2006, 686; 2008, 32; NJW 1967, 297; 1988, 2747; StV 1992, 115; *LG Berlin*, NStZ 1993, 286

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs*: "Brennender Zorn"

Leitsatz (der Redaktion):

Erheblich i.S.v. § 226 I Nr. 3 StGB ist eine Entstellung zwar nur dann, wenn sie zumindest dem Gewicht der geringsten Fälle nach § 226 I Nr. 1 und Nr. 2 StGB gleichkommt. Dies kann jedoch im Einzelfall bei besonders großen oder markanten Narben der Fall sein, ebenso bei einer Vielzahl von Narben in derselben Körperregion.

Sachverhalt:

Der Angeklagte hatte am Morgen des 16. August 2009 gegen 05.10 Uhr die Diskothek C. in K. verlassen, wo er Alkohol konsumiert und Cannabis geraucht hatte. Er hatte im Imbiss A. eine Mahlzeit eingenommen und sich danach zu Fuß auf den Weg nach Hause begeben. Er befand sich in einer aggressiven Grundstimmung. Unterwegs begegnete ihm der alkoholisierte Zeuge B, von dem er sich angesprochen und beleidigt fühlte. Der Angeklagte schlug und trat diesen. Der Zeuge B sann auf Rache, eilte zur nahe gelegenen Diskothek N., informierte dort den Nebenkläger und bewegte diesen dazu, den Angeklagten zur Rede zu stellen. Nachdem sich zwischen dem Nebenkläger und dem Angeklagten eine Schlägerei entwickelt hatte, fühlte sich der Nebenkläger unterlegen, versuchte zu fliehen, wurde aber vom Angeklagten am Kragen festgehalten und mit einem Springmesser zweimal in den linken Arm und siebenmal auf der linken Seite in den Oberkörper gestochen. Der Nebenkläger musste danach intensivmedizinisch behandelt werden; ihm wurde die Milz entfernt.

Aus den Gründen:

I. Entscheidung des Landgerichts; Revision

[1] Das Landgericht hat den Angeklagten wegen versuchten Totschlags in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung und wegen vorsätzlicher Körperverletzung zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren und fünf Monaten verurteilt. Es hat den Angeklagten ferner verurteilt, an den Nebenkläger ein Schmerzensgeld in Höhe von 12.000 Euro nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 1. Juni 2010 zu zahlen. Überdies hat es festgestellt, dass der Angeklagte verpflichtet ist, dem Nebenkläger sämtliche künftigen immateriellen Schäden zu ersetzen, die aus dem Vorfall vom 16. August 2009 in Kassel entstehen werden. Gegen den strafrechtlichen Teil dieses Urteils richtet sich die Revision des Nebenklägers, mit der dieser die Verurteilung des Angeklagten auch wegen einer tateinheitlich mit versuchtem Totschlag zu seinem Nachteil begangenen schweren Körperverletzung erstrebt. Das Rechtsmittel hat mit der Sachbeschwerde Erfolg. [...]

II. Entscheidung des BGH

[3] Die Revision ist begründet. Der Nebenkläger beanstandet mit der Sachbeschwerde zu Recht, dass das Landgericht § 226 Abs. 1 Nr. 3 StGB nicht erörtert hat.

1. Zum Vorliegen der Voraussetzungen des § 226 I Nr. 3 StGB

[4] Das Landgericht hat festgestellt, dass der Nebenkläger unter anderem sieben Stichverletzungen davongetragen hat, die den Oberkörper betrafen; außerdem entstanden Operationsnarben. Insgesamt handelt es sich um "eine Vielzahl markant bleibender Narben" und "überdauernde große Narben im Oberkörperbereich".

[5] Aufgrund dieser Feststellungen musste sich das Landgericht zur Erörterung der Frage gedrängt sehen, ob der Nebenkläger durch die Körperverletzung im Sinne von § 226 Abs. 1 Nr. 3 StGB in erheblicher Weise dauernd entstellt wurde. Erheblich ist eine Entstellung zwar nur dann, wenn sie zumindest dem Gewicht der geringsten Fälle nach § 226 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 StGB gleichkommt (BGHR StGB § 226 Abs. 1 Entstellung 1). Dies kann jedoch im Einzelfall bei besonders großen oder markanten Narben der Fall sein (BGHR StGB § 226 Abs. 1 Entstellung 2), ebenso bei einer Vielzahl von Narben in derselben Körperregion. Ob die Qualifikation der Tat auf das äußere Verletzungsbild des Nebenklägers mitsamt den Operationsnarben zutrifft, kann anhand der Urteilsgründe nicht nachgeprüft werden. Das Landgericht hat insoweit keine zur Charakterisierung der Narben ausreichenden Feststellungen getroffen. Dies wird der neue Tatrichter nachzuholen und sodann rechtlich zu beurteilen haben, ob von einer dauernden und erheblichen Entstellung des Nebenklägers auszugehen ist. Eine Bezugnahme auf Lichtbilder gemäß § 267 Abs. 1 Satz 3 StPO zur Ergänzung der textlichen Tatsachenfeststellungen ist dabei zulässig.

2. Zur Aufhebung der Gesamtstrafe

[6] Mit der Aufhebung des Schuldspruchs hinsichtlich der Tat zum Nachteil des Nebenklägers entfällt die hierfür festgesetzte Einzelstrafe. Der Wegfall dieser Einsatzstrafe macht die Aufhebung der Gesamtstrafe erforderlich.

Standort: StPO Problem: Kein Verwertungsverbot trotz "verdeckten Verhörs"

BGH, BESCHLUSS VOM 31.03.2011
3 STR 400/10 (NJW-SPEZIAL 2011, 408)

Problemdarstellung:

Der wegen Drogendelikten verfolgte H hatte in der gegen ihn geführten Hauptverhandlung behauptet, der Angeklagte habe bei den Drogendelikten mitgewirkt. Daraufhin meldete sich die Ehefrau des H als Zeugin bei der Polizei und bot an, bei der Überführung des Angeklagten mitzuwirken, indem sie mit diesem ein Gespräch führe, in dem sie ihn zu einem Geständnis bringen würde. Dieses Gespräch werde sie aufzeichnen und die Aufzeichnung der Polizei zur Verfügung stellen. Das zuständige Amtsgericht Düsseldorf ordnete daraufhin gem. § 100f StPO das Abhören und Aufzeichnen der außerhalb von Wohnungen geführten Gespräche zwischen dem Angeklagten und der Zeugin an. Die Zeugin traf sich mit dem Angeklagten und behauptete, ihr Mann habe ihr gestanden, dass er die ihm vorgeworfenen Taten begangen und der Angeklagte ihm dabei geholfen habe. Sie bat den Angeklagten darum, diese Angaben zu bestätigen oder zu widerlegen und versicherte, sie werde das Gespräch vertraulich behandeln. Daraufhin gestand der Angeklagte ihr gegenüber seine Beteiligung an den fraglichen Straftaten. Das Gespräch wurde - wie angeordnet - aufgezeichnet.

Das Landgericht Düsseldorf hatte den Angeklagten wegen unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge, § 29a I Nr. 2 BtMG, verurteilt und sich zum Nachweis der Schuld des Angeklagten insbesondere auf die Gesprächsaufzeichnung gestützt. Gegen dieses Urteil wandte sich der Angeklagte mit der Revision, mit der er insb. rügte, dass die fragliche Aufzeichnung rechtswidrig angefertigt worden sei und deshalb in dem Verfahren nicht hätte verwertet werden dürfen. Der BGH wies diese Revision als unbegründet zurück. Ein Beweisverwertungsverbot hinsichtlich der Aufzeichnung bestehe nicht.

Prüfungsrelevanz:

Ob Erkenntnisse, die in einem Ermittlungsverfahren durch einen verdeckt handelnden Polizeibeamten oder eine die Polizei unterstützende Privatperson gewonnen wurden, im Verfahren gegen den Beschuldigten verwertet werden können, ist ein im zweiten Examen immer wieder auftretendes Problem. In Klausuren können entsprechende Fälle sowohl in staatsanwaltschaftliche Aufgabenstellungen eingebaut werden (denn bei der Prüfung des für eine Anklageerhebung gem. §§ 170 I, 203 StPO erforderlichen hinreichenden Tatverdachts dürfen unverwertbare Beweismittel selbstverständlich nicht berücksichtigt werden) als auch in Urteils- oder Revisionsklausuren. Auch für Aktenvorträge und insbesondere das Prüfungsgespräch bieten sich solche Probleme an, da sie gerne als Aufhänger dazu herangezogen werden, um allgemeine Verfahrensgrundsätze zu besprechen. Auch im ersten Examen können solche Aufgabenstellungen in Zusatzfragen oder im Prüfungsgespräch auftauchen.

In der jüngeren Vergangenheit hat sich der BGH vor allem mit Fallkonstellationen befasst, in denen die Beschuldigten von verdeckten Ermittlern i.S.v. § 110a StPO oder anderen verdeckt handelnden Polizisten dazu gebracht wurden, ein Geständnis abzulegen (vgl. BGH, RA 2007, 543 = NStZ 2007, 714; RA 2010, 481 = NStZ 2010, 527). Die vorliegende Fallkonstellation unterscheidet sich von diesen insofern als es sich bei der Person, die den Angeklagten dazu brachte, die Taten zu gestehen, nicht um eine Polizistin handelte, sondern um die Ehefrau eines anderweitig Verfolgten, also eine Privatperson, die freiwillig und von sich aus mit der Polizei zusammenarbeitete. Die Probleme, die sich hinsichtlich der Verwertbarkeit der so erzielten Aussagen ergeben, sind aber in beiden Konstellationen die selben.

Der BGH prüft zunächst, ob die Gesprächsaufzeichnung vielleicht deshalb nicht verwertet werden kann, weil der Angeklagte nicht über sein Schweigerecht belehrt wurde. Gem. §§ 163a IV 2, 136 I 2 StPO muss der Beschuldigte nämlich bei jeder Vernehmung durch einen Polizeibeamten insb. über sein Schweigerecht belehrt werden. Der BGH betont jedoch, dass diese Vorschriften im vorliegenden Fall keine Anwendung fänden, da der Angeklagte ja nicht durch einen Polizeibeamten vernommen worden sei, denn bei der Zeugin habe es sich um eine Privatperson gehandelt. Selbst bei einer Vernehmung des Beschuldigten durch verdeckt handelnde Polizisten besteht eine entsprechende Belehrungspflicht nach ständiger Rechtsprechung nicht (BGH, RA 2007, 543, 545 f. = NStZ 2007, 714, 715; RA 2010, 481, 484 = NStZ 2010, 527, 528). Denn - dies betont der BGH auch in der vorliegenden Entscheidung - diese Belehrungspflicht soll nur sicherstellen, dass der Beschuldigte vor der irrtümlichen Annahme einer Aussagepflicht bewahrt wird. Da der Eindruck des Bestehens einer Aussagepflicht beim Beschuldigten aber nur dann entstehen kann, wenn er sich einem Amtsträger gegenüber sieht, ist eine Belehrung nur bei "offenen" Vernehmungen erforderlich, die im vorliegenden Fall aber gerade nicht gegeben war.

Da die Zeugin dem Angeklagten nicht offenbart hatte, dass sie mit der Polizei zusammenarbeitete und das Gespräch aufzeichnen würde, prüft der BGH noch, ob

nicht eine unzulässige Täuschung gem. §§ 163a III 2, 136a I 1 StPO vorliegt, die dazu führen würde, dass die so erlangte Aussage nicht verwertet werden dürfte, § 136a III 2 StPO. Der BGH betont jedoch, dass die Täuschungsvariante des § 136a I 1 StPO mit den anderen genannten verbotenen Vernehmungsmethoden (z.B. Misshandlung) verglichen werden müsse und nur dann unzulässig sei, wenn sie einen vergleichbar schweren Eingriff in die Rechte des Beschuldigten darstelle. Diese Wertung ergebe jedoch, dass nicht jedes listige Vorgehen der Polizei und insb. nicht der Einsatz verdeckt handelnder "Spitzel" der Polizei ein unzulässige Täuschung darstelle.

Schließlich prüft der BGH noch, ob sich die Mitwirkung der Zeugin als Verstoß gegen das Recht des Angeklagten auf ein faires Verfahren ("fair trial") darstellt. Dieses in Art 6 I EMRK ausdrücklich normierte Prinzip, das sich aber auch aus Art. 2 I i.V.m. Art. 20 II GG herleiten lässt (BVerfGE 63, 380, 390; 66, 313, 318; Meyer-Goßner, Einl. Rn. 19), beinhaltet insbesondere den Grundsatz, dass niemand gezwungen werden darf, sich selbst zu belasten ("nemo tenetur se ipsum accusare" oder Selbstbelastungsfreiheit). Dieses Recht kann auch dadurch in unzulässiger Weise umgangen werden, dass die Polizei einen verdeckt handelnden Polizisten oder eine Privatperson vorschickt, um den Beschuldigten so zu einer selbstbelastenden Aussage zu veranlassen. Der BGH stellt jedoch in der vorliegenden Entscheidung - in Übereinstimmung mit seiner bisherigen Rechtsprechung und insbesondere derjenigen des EGMR (vgl. BGHSt 34, 362; RA 2007, 543, 547 f. = NStZ 2007, 714, 715 f.; RA 2010, 481, 485 = NStZ 2010, 527, 528; EGMR, NJW 2010, 2013, 2015) - klar, dass solche verdeckten Ermittlungsmaßnahmen nur dann unzulässig sind, wenn der Beschuldigte durch Ausnutzung einer Zwangslage zu einem belastenden Verhalten genötigt wird. Dies ist z.B. dann der Fall, wenn bei einem in Untersuchungshaft einsitzenden Beschuldigten, der sich geweigert hatte, gegenüber der Polizei auszusagen, ein verdeckter Ermittler eingeschleust wird, der ein Vertrauensverhältnis zu dem Beschuldigten aufbaut und diesen so unter Druck setzen und zu einer Aussage nötigen kann (BGH, NJW 2007, 3138, 3140 ff.). Im vorliegenden Fall hatte der Angeklagte sich aber noch nicht auf sein Schweigerecht berufen. Und da die Zeugin und der Angeklagten auch nicht zusammen inhaftiert waren und sie auch nicht auf diesen Druck ausüben konnte, stelle sich dessen Befragung durch die Zeugin nicht als Verletzung der Selbstbelastungsfreiheit des Angeklagten und damit seines Rechts auf ein faires Verfahren dar.

Vertiefungshinweise:

❑ Zur Verwertbarkeit von Gesprächen "verdeckter Ermittler" mit dem Beschuldigten: *BGH*St 34, 362; 44, 129; 53, 294; *BGH*, RA 2007, 543 = NStZ 2007, 714; RA 2010, 481 = NStZ 2010, 527; NJW 2007, 3138; *Schneider*, NStZ 2004, 364

Kursprogramm:

❑ *Assesorkurs*: "Gottesfurcht"

Leitsätze (der Redaktion):

1. Die Belehrungspflichten der §§ 163a IV, 136 I StPO sind auf Befragungen eines Beschuldigten durch Privatpersonen nicht anwendbar.

2. Veranlasst eine Privatperson unter Verheimlichung ihres Ermittlungsinteresses einen Tatverdächtigen, mit ihr ein Gespräch über die Tat zu führen, so begründet dies auch keinen Verstoß gegen die unmittelbar oder entsprechend heranzuziehende Regelung der §§ 163a III, 136a I StPO.

3. Die Selbstbelastungsfreiheit, die zum Kernbereich des in Art. 6 Abs. 1 EMRK garantierten Rechts auf ein faires Strafverfahren gehört, kann auch dadurch in unzulässiger Weise unterlaufen werden, dass die Behörden in einem Fall, in dem der Beschuldigte, der sich für das Schweigen entschieden hat, eine Täuschung anwenden, um ihm belastende Äußerungen zu entlocken, die sie in der Vernehmung nicht erlangen konnten, damit diese sodann im Prozess als Beweis eingeführt werden können. Ob bei Anwendung einer Täuschung das Schweigerecht in einem solchen Maß beeinträchtigt wurde, dass eine Verletzung des Art. 6 Abs. 1 EMRK vorliegt, hängt indes von den Umständen des Einzelfalles ab.

Sachverhalt:

[3] Nach den Feststellungen des Landgerichts kamen der Ehemann der Zeugin E, der rechtskräftig wegen der verfahrensgegenständlichen Betäubungsmitteltat verurteilte H, und der Angeklagte mit dem gesondert Verfolgten S überein, diesem für unbekannte Hintermänner 2.500 kg Haschisch für 530 € pro Kilogramm zu liefern. Während H die persönlichen und telefonischen Verhandlungen mit dem Abnehmer S führte, hielt sich der Angeklagte, der sich gegenüber H bereit erklärt hatte, die Betäubungsmittel über spanische Drogenkreise zu beschaffen, im Hintergrund. Zur Ausführung des Geschäfts kam es letztendlich nicht, weil S die Kontakte zu seinen Hinterleuten verlor.

[4] Im Februar/März 2009 belastete H während der gegen ihn geführten Hauptverhandlung erstmals den Angeklagten, an dem Betäubungsmittelgeschäft beteiligt gewesen zu sein. Seine Ehefrau, die Zeugin E, erklärte sich daraufhin - aus eigenem Antrieb - gegenüber der Polizei bereit, an der Überführung des ihr vom Sehen her bekannten Angeklagten mitzuwirken,

diesen zur Rede zu stellen und das Gespräch heimlich aufzuzeichnen, um ihrem Ehemann die Vergünstigungen des § 31 BtMG zu sichern. Mit Beschluss vom 14. April 2009 ordnete das Amtsgericht Düsseldorf in dem gegen den Angeklagten eingeleiteten Ermittlungsverfahren gemäß § 100f StPO das Abhören und Aufzeichnen des nicht öffentlich gesprochenen Wortes für zwischen dem Angeklagten und der Zeugin außerhalb von Wohnungen geführte Gespräche an. Noch am selben Tag suchte die Zeugin den nicht inhaftierten Angeklagten auf und befragte ihn u.a. zu der verfahrensgegenständlichen Betäubungsmitteltat. Im Verlauf des Gesprächs belastete sich der Angeklagte selbst im Sinne der vom Landgericht getroffenen Feststellungen. Die Zeugin, die dieses Gespräch mittels von der Polizei ausgehändigter technischer Geräte heimlich aufzeichnete, spiegelte dem Angeklagten wahrheitswidrig vor, ihr Ehemann habe ihr im Rahmen einer unbewachten Unterhaltung in der Justizvollzugsanstalt die Tat und die Tatbeteiligung des Angeklagten geschildert und sie wolle nun vom Angeklagten wissen, ob ihr Ehemann die Wahrheit gesagt oder sie wieder belogen habe. Zudem sicherte sie - ebenfalls wahrheitswidrig - dem Angeklagten zu, das Gespräch vertraulich zu behandeln.

[5] Die Überzeugung von der Mittäterschaft des eine Tatbeteiligung bestreitenden Angeklagten hat das Landgericht neben den den Angeklagten belastenden Angaben des Zeugen H, denen es keine ausschlaggebende Bedeutung beigemessen hat, maßgeblich auf die von der Zeugin gefertigte Gesprächsaufzeichnung gestützt. Der Verwertung dieser Aufzeichnung hat der Angeklagte in der Hauptverhandlung widersprochen.

Aus den Gründen:

[1] Das Landgericht hat den Angeklagten wegen unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge zu einer Freiheitsstrafe von sieben Jahren und sechs Monaten verurteilt. Die hiergegen gerichtete Revision des Angeklagten, mit der er die Verletzung formellen und materiellen Rechts beanstandet, ist unbegründet im Sinne des § 349 Abs. 2 StPO. Das Urteil weist weder in verfahrensrechtlicher noch in sachlich-rechtlicher Hinsicht Rechtsfehler zum Nachteil des Angeklagten auf. Ergänzender Erörterung bedürfen lediglich die erhobenen Verfahrensrügen:

1. Zur Rüge der Unzulässigkeit der Verwertung der Tonaufzeichnung

[2] Die Beanstandung, die auf der Grundlage einer richterlichen Anordnung nach § 100f StPO aufgezeichneten Angaben des Angeklagten gegenüber der Zeugin E seien unter Verstoß gegen § 136, § 136a Abs. 1 Satz 2, § 163a Abs. 4 StPO sowie unter Verletzung des Gebots des fairen Verfahrens gewonnen worden und hätten deshalb in dem Strafverfahren gegen den Angeklagten nicht verwertet werden dürfen, ist unbegründet. [...]

[6] Das Landgericht hat das gemäß § 100f StPO heimlich aufgezeichnete Gespräch zwischen der Zeugin und dem Angeklagten mit Recht seiner Überzeugungsbildung zu Grunde gelegt. Die Erkenntnisse aus dem Gespräch unterlagen keinem Verwertungsverbot. Die gegenteilige Auffassung des Beschwerdeführers, die auf der Annahme beruht, die Angaben des Angeklagten seien rechtswidrig erlangt worden, trifft nicht zu. Auf die Erwägungen des Generalbundesanwalts zu dem in der Hauptverhandlung gegen die Verwertung der Aufzeichnung erhobenen Widerspruch kommt es daher nicht an.

a) Kein Verstoß gegen die Belehrungspflichten aus §§ 163a IV, 136 I StPO

[7] Die Angaben des Angeklagten gegenüber der Zeugin E sind nicht unter Verstoß gegen die Belehrungspflichten des § 163a Abs. 4, § 136 Abs. 1 StPO zu Stande gekommen.

[8] Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs sind diese Vorschriften auf Befragungen eines Beschuldigten durch Privatpersonen nicht anwendbar. Zum Begriff der Vernehmung im Sinne der StPO gehört vielmehr, dass der Vernehmende der Auskunftsperson in amtlicher Funktion gegenübertritt und in dieser Eigenschaft von ihr eine Auskunft verlangt. Da die Regelungen nach ihrem Sinn und Zweck den Beschuldigten vor der irrtümlichen Annahme einer Aussagepflicht im Rahmen einer Kraft staatlicher Autorität vorgenommenen Befragung bewahren sollen, sind sie auch dann nicht entsprechend anwendbar, wenn eine "vernehmungsähnliche" Situation durch eine Privatperson, die - wie hier - als Informantin der Polizei tätig wird, hergestellt wird. Aus den gleichen Gründen stellt sich das hier in Rede stehende Vorgehen auch nicht als unzulässige Umgehung des § 163a Abs. 4, § 136 Abs. 1 StPO dar (BGHSt 42, 139, 145; BGHSt 52, 11, 15 f.).

b) Keine Verstoß gegen §§ 163a III, 136a I StPO

[9] Veranlasst eine Privatperson unter Verheimlichung ihres Ermittlungsinteresses einen Tatverdächtigen, mit ihr ein Gespräch über die Tat zu führen, so begründet dies entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers auch keinen Verstoß gegen die unmittelbar oder entsprechend heranzuziehende Regelung der § 163a Abs. 3, § 136a Abs. 1 StGB [gemeint ist StPO, die Red.].

[10] Das vorliegend allein in Betracht kommende Verbot der Täuschung ist bei systematischer Betrachtung der anderen in § 136a Abs. 1 StPO aufgeführten verbotenen Vernehmungsmethoden einschränkend auszulegen (BGH, Beschluss vom 13. Mai 1996 - GSSt 1/96 aaO). Mit der Beeinträchtigung der Willensentschlie-

ßung durch Misshandlung, Ermüdung, körperlichen Eingriff, Verabreichung von Mitteln, Quälerei oder Hypnose lässt sich die unter wahrheitswidriger Zusicherung der Vertraulichkeit vorgenommene verdeckte Befragung des Angeklagten durch die Zeugin jedoch nicht vergleichen.

c) Kein Verstoß gegen die Selbstbelastungsfreiheit

[11] Schließlich verstößt nach dem Revisionsvorbringen das von den Ermittlungsbehörden gebilligte Vorgehen der Zeugin auch nicht gegen den Grundsatz, dass niemand gezwungen werden darf, sich selbst zu belasten ("nemo tenetur se ipsum accusare").

[12] Die Selbstbelastungsfreiheit gehört zum Kernbereich des in Art. 6 Abs. 1 EMRK garantierten Rechts auf ein faires Strafverfahren (EGMR, Urteil vom 5. November 2002 - 48539/99 - Fall Allen v. Großbritannien, StV 2003, 257, 259). Zwar dient das Recht zu schweigen und der Schutz vor Selbstbelastung ohne Rücksicht auf die Art der Straftat (EGMR, Urteil vom 10. März 2009 - 4378/02 - Bykov v. Russland, NJW 2010, 2013) nach der Rechtsprechung des EGMR in erster Linie dazu, den Beschuldigten vor unzulässigem Zwang der Behörde und vor Erlangung von Beweisen durch Methoden des Drucks zu schützen. Der EGMR hat jedoch anerkannt, dass die Freiheit einer verdächtigen Person zu entscheiden, ob sie in Polizeibefragungen aussagen oder schweigen will, auch dann unterlaufen wird, wenn die Behörden in einem Fall, in dem der Beschuldigte, der sich für das Schweigen entschieden hat, eine Täuschung anwenden, um ihm belastende Äußerungen zu entlocken, die sie in der Vernehmung nicht erlangen konnten, damit diese sodann im Prozess als Beweis eingeführt werden können (EGMR, Urteil vom 5. November 2002 - 48539/99 aaO). Ob bei Anwendung einer Täuschung das Schweigerecht in einem solchen Maß beeinträchtigt wurde, dass eine Verletzung des Art. 6 Abs. 1 EMRK vorliegt, hängt indes von den Umständen des Einzelfalles ab (EGMR, Urteil vom 5. November 2002 - 48539/99 aaO).

[13] So hat der EGMR die Verletzung des Rechts auf Selbstbelastungsfreiheit in einem Fall bejaht, in dem ein inhaftierter Beschuldigter, der sich durchgängig auf sein Schweigerecht berufen hatte, von einem in derselben Zelle einsitzenden, eigens von der Polizei instruierten und vorbereiteten Informanten unter Ausnutzung des entstandenen Vertrauensverhältnisses beharrlich zu dem ihm vorgeworfenen Tötungsdelikt befragt wurde und schließlich der vermeintlichen Vertrauensperson gegenüber selbstbelastende Angaben machte. Der EGMR hat unter diesen Umständen das Vorgehen der Polizei als funktionales Äquivalent einer Vernehmung angesehen, ohne dass die Sicherungen einer formalen Polizeibefragung, wie etwa die übliche Belehrung, gewährleistet waren (EGMR, Urteil vom 5. November 2002 - 48539/99 aaO, S. 260).

[14] Bei einer ähnlichen Sachverhaltsgestaltung hat der Bundesgerichtshof (BGH, Urteil vom 26. Juli 2007 - 3 StR 104/07, BGHSt 52, 11) ein Verwertungsverbot hinsichtlich der Erkenntnisse eines Verdeckten Ermittlers wegen Verstoßes gegen den Grundsatz der Selbstbelastungsfreiheit angenommen. Auch in diesem Fall wurde der Beschuldigte, obwohl er sich zuvor gegenüber den Ermittlungsbehörden auf sein Schweigerecht berufen hatte, von dem Verdeckten Ermittler unter Hinweis auf ein vorgetäuschtes Vertrauensverhältnis und unter Ausnutzung der den Beschuldigten belastenden Haft in einer vernehmungsähnlichen Situation intensiv zu selbstbelastenden Aussagen zu der ihm vorgeworfenen Tat gedrängt.

[15] Demgegenüber hat der EGMR eine Verletzung des Rechts auf Selbstbelastungsfreiheit in einem Fall verneint, in welchem es dem Beschuldigten, der sich weder in Haft befand noch bis dahin polizeilich vernommen worden war, freistand, sich mit dem Informanten der Polizei, der das verdeckt geführte Gespräch heimlich aufzeichnete, zu unterhalten (EGMR, Urteil vom 10. März 2009 - 4378/02 - Bykov v. Russland, NJW 2010, 2013, 2015).

[16] So liegt der Fall auch hier. Die von der Zeugin aufgezeichneten, den Angeklagten belastenden Angaben sind nach dem Revisionsvorbringen weder durch Zwang noch durch eine psychologischem Druck gleichkommende Täuschung, die eine Verletzung des Rechts des Angeklagten zu schweigen begründen könnte, zu Stande gekommen.

[17] Die Revision behauptet schon nicht, dass der Angeklagte vor dem Gespräch mit der Zeugin gegenüber den Ermittlungsbehörden von seinem Schweigerecht Gebrauch gemacht hat. Anhaltspunkte dafür, dass das vom Angeklagten ausdrücklich ausgeübte Recht zu schweigen durch den Einsatz der Zeugin als Informantin der Polizei gezielt unterlaufen wurde, bestehen daher nicht. Hinzu kommt, dass sich der Angeklagte im Zeitpunkt des Gesprächs mit der Zeugin in Freiheit befand. Selbst unter Berücksichtigung ihrer wahrheitswidrigen Angaben ergibt das Revisionsvorbringen deshalb nicht, dass sich der Angeklagte den drängenden Fragen der Zeugin, mit der ihn keine engere Beziehung verband, nicht hätte entziehen können. Unter diesen Umständen liegt es fern, dass eine psychologischem Druck gleichkommende Situation den Angeklagten zu den sich selbst belastenden Angaben veranlasst hat.

[18] Zudem wiegt das Vorgehen der Ermittlungsbehörden hier deshalb weniger schwer, weil sich die Zeugin von sich aus der Polizei als Informantin zur Verfügung gestellt hat, von dieser weder instruiert noch angeleitet, sondern nur mit technischen Mitteln zur Aufzeichnung des Gesprächs ausgestattet worden ist. Mit Blick auf die Anforderungen, die an ein faires

Verfahren zu stellen sind, ist ferner zu berücksichtigen, dass die Gesprächsaufzeichnung zwar das maßgebliche, aber nicht das einzige Beweismittel gewesen ist, auf das das Landgericht seine Überzeugung für die Mittäterschaft des Angeklagten gestützt hat. Schließlich hatte der Angeklagte in der Hauptverhandlung auch Gelegenheit, der Verwertung dieses Beweismittels zu widersprechen und nahm diese Möglichkeit auch in Anspruch.

2. Zur Rüge der Unzuständigkeit des Gerichts, § 338 Nr. 4 StPO

[19] Die Rüge, das Gericht habe seine örtliche Zuständigkeit zu Unrecht angenommen (§ 338 Nr. 4 i.V.m. §§ 7 ff. StPO), greift im Ergebnis ebenfalls nicht durch.

[20] Allerdings geht die vom Landgericht in dem den Zuständigkeitseinwand zurückweisenden Beschluss geäußerte und vom Generalbundesanwalt geteilte Auffassung fehl, der Erfolg der tatbestandlichen Handlung des Zeugen H sei in Düsseldorf eingetreten, weil sich der potentielle Abnehmer der Betäubungsmittel in Düsseldorf aufgehalten habe, als H mit ihm telefonisch das Betäubungsmittelgeschäft verabredet habe.

[21]Die örtliche Zuständigkeit des erkennenden Gerichts ergibt sich im vorliegenden Fall nicht aus § 7 Abs. 1 StPO, § 9 Abs. 1 3. Var. StGB, da in Düsseldorf kein zum Tatbestand des § 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG gehörender Erfolg eingetreten ist. Handeltreiben mit Betäubungsmitteln ist ein Tätigkeits- und kein Erfolgsdelikt. Für die Frage, ob der Gerichtsstand des Tatorts gemäß § 7 Abs. 1 StPO i.V.m. § 9 Abs. 1 StGB begründet ist, ist hier deshalb allein auf den Handlungsort abzustellen (BGH, Beschluss vom 17. Juli 2002 - 2 ARs 77/02, NJW 2002, 3486).

[22] Zwar ist im Falle der Mittäterschaft die Tat an jedem Ort begangen, an dem auch einer der Mittäter gehandelt hat (BGH, Urteil vom 4. Dezember 1992 - 2 StR 442/92, BGHSt 39, 88). Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs stellt sich aber das Zusammenwirken von Veräußerer und Erwerber von Betäubungsmitteln nicht als Mittäterschaft, sondern jeweils als selbständige Täterschaft dar, weil sich beide als Geschäftspartner gegenüberstehen und gegensätzliche Interessen verfolgen, so dass ihr Zusammenwirken allein durch die Art der Deliktsverwirklichung vorgegeben ist (BGH, Urteil vom 30. September 2008 - 5 StR 215/08, NStZ 2009, 221). Die örtliche Zuständigkeit des Landgerichts Düsseldorf kann deshalb für den gemeinschaftlich mit dem Zeugen H auf Veräußererseite handelnden Angeklagten auch nicht daraus hergeleitet werden, dass der Erwerber der Betäubungsmittel in Düsseldorf eine auf die Verwirklichung der Tat gerichtete Handlung vorgenommen hat.

[23] Das Landgericht Düsseldorf war aber gemäß § 7 Abs. 1 StPO, § 9 Abs. 1 1. Var. StGB örtlich zuständig, weil auch ein Handlungsort des Mittäters des Angeklagten im Bezirk des erkennenden Gerichts lag.

[24] In dem für die Beurteilung der Zuständigkeitsbestimmung maßgeblichen Zeitpunkt der Eröffnung des Hauptverfahrens (Meyer-Goßner, StPO, 53. Aufl., § 338 Rn. 31) bestanden - worauf das Landgericht in zweiter Linie abgestellt hat - hinreichende Anhaltspunkte dafür, dass sich der Zeuge H mit dem potentiellen Abnehmer des Rauschgifts zumindest einmal in Düsseldorf getroffen und dort auch Gespräche über das Betäubungsmittelgeschäft geführt hatte (SA Bl. 146 ff. und Bl. 168 ff.). Damit lagen bei Eröffnung des Hauptverfahrens zumindest hinreichend sichere Tatsachen dafür vor, dass der Mittäter des Angeklagten jedenfalls im Versuchsstadium des Delikts - was für die Zuständigkeitsbegründung ausreichend ist (BGH, Urteil vom 4. Dezember 1992 - 2 StR 442/92, BGHSt 39, 88) - im Bezirk des erkennenden Gerichts eine auf die Tatbestandsverwirklichung gerichtete Tätigkeit entfaltet hat. Damit war auch für den Angeklagten die örtliche Zuständigkeit des Landgerichts Düsseldorf begründet.

3. Zur Rüge der Mitwirkung befangener Richter, § 338 Nr. 3 StPO

[25] Die Rüge der Verletzung des § 338 Nr. 3 i.V.m. § 24 StPO ist unzulässig, weil die Revision den Inhalt der dienstlichen Stellungnahmen der abgelehnten Richter nicht mitteilt (Meyer-Goßner aaO, § 338 Rn. 29 mwN).

4. Zur Besetzungsrüge, § 338 Nr. 1 StPO

[26] Der Rüge der Verletzung des § 338 Nr. 1 StPO i.V.m. § 76 Abs. 2 GVG bleibt der Erfolg schon deshalb versagt, weil in der Hauptverhandlung ein auf die Verletzung des § 76 Abs. 2 GVG gestützter Besetzungseinwand nach § 222b StPO nicht erhoben worden ist (Meyer-Goßner aaO, § 222b Rn. 3a und 7).

Urteile in Fallstruktur

Standort: Öffentliches Recht Problem: Sicherungsverwahrung

BVERFG, URTEIL VOM 04.05.2011
2 BVR 2365/09 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Das BVerfG hatte sich mit der Verfassungsmäßigkeit der §§ 66 ff. StGB zu befassen, die bekanntlich die Sicherungsverwahrung von Straftätern regeln. Das mit Spannung erwartete Urteil enthält einige sehr examensrelevante Ausführungen:

A. Das BVerfG hält - entgegen der Rechtsprechung des EGMR - die deutsche Sicherungsverwahrung nicht für eine Strafe, sondern für eine Gefahrenabwehrmaßnahme. Erste Konsequenz dieser Einstufung ist, dass die Gesetzgebungskompetenz des Bundes problematisch ist, denn diese kann nach Art. 74 I 1 Nr. 1 GG allenfalls über das "Strafrecht" kommen. Das BVerfG geht hierauf allerdings nur kurz ein, weil es durch seine frühere Rechtsprechung bereits als geklärt ansieht, dass der Begriff "Strafrecht" in Art. 74 I Nr. 1 GG über die eigentlichen Strafnormen hinaus traditionell auch Maßregeln der Besserung und Sicherung umfasst, zu denen die Sicherungsverwahrung gehört.

B. Zweite Konsequenz ist, dass in materieller Hinsicht nicht etwa Art. 103 II GG, sondern allein Art. 2 II 2 GG zu prüfen ist, der bei Freiheitsentzug in Verbindung mit Art. 104 I GG als einheitliches Grundrecht geprüft wird. Hier sieht das BVerfG - nach unproblematischer Bejahung eines Eingriffs in den Schutzbereich - vor allem zwei Probleme:

I. Zum einen genügt es dem BVerfG nicht, dass der deutsche Gesetzgeber die Sicherungsverwahrung als Gefahrenabwehrmaßnahme einstuft. Vielmehr müsse sie auch so ausgestaltet werden. Wenn einem Straftäter nach Verbüßung seiner Strafe - also schuldunabhängig - weiterhin die Freiheit entzogen werde, so könne dies aus Gefahrenabwehrgesichtspunkten zwar zulässig sein; seine Verwahrung müsse sich dann aber elementar von einer Strafhaft unterscheiden (sog. "Abstandsgebot"). Beispielsweise müsse er in anderen Bereichen untergebracht werden und nicht, wie jetzt gängige Praxis, einfach neben den Strafgefangenen in der JVA. Es müsste ein weitgehend normaler Tagesablauf ermöglicht werden, Therapieangebote und Motivation der Betroffenen zur Annahme derselben müssten gesetzlich geregelt werden, die Fortdauer des Freiheitsentzugs müsse (einklagbar) immer wieder überprüft werden u.v.m. Diesen Anforderungen genügen §§ 66 ff. StGB nicht, sie sind somit unverhältnismäßig und damit verfassungswidrig.

II. Zum zweiten gefiel dem BVerfG nicht, dass die Sicherungsverwahrung unter bestimmten Voraussetzungen auch nachträglich angeordnet werden kann und die früher im Gesetz vorgeschriebene Höchstdauer der Sicherungsverwahrung von 10 Jahren rückwirkend durch ein richterliches Prüfverfahren nach 10 Jahren ersetzt worden ist. Zwar handelt es sich in Bezug auf bereits in Sicherungsverwahrung befindliche Personen nur um eine (grundsätzlich zulässige) "unechte" Rückwirkung; wegen des besonderen Vertrauensschutzes sei hier aber ausnahmsweise von einer unzulässigen Rückwirkung auszugehen, da den Sicherungsverwahrten die Hoffnung auf "Licht am Ende des Tunnels" genommen werde und die persönliche Freiheit ein besonders hohes Gut sei.

Prüfungsrelevanz:

Das Urteil könnte in eine verfassungsrechtlich ausgestaltete Examensklausur übernommen werden. Noch besser eignet es sich für mündliche Prüfungsgespräche.

Weite Passagen des Urteils beschäftigen sich übrigens mit der Europäischen Menschenrechtskonvention und der Frage, ob die Urteile des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) in Deutschland Bindungswirkung haben. Hintergrund ist, dass der EGMR die deutsche Sicherungsverwahrung - anders als das BVerfG - als Strafe angesehen hat und - da sie unabhängig von Schuld verhängt wird - zu einem Verstoß gegen Art. 5 I 1 EMRK gelangte. Das BVerfG vertritt allerdings in st.Rspr., dass die EMRK - da nicht selbst im Verfassungsrang stehend - nur eine Auslegungshilfe bei der Anwendung des Grundgesetzes sein könne. Da diese völkerrechtlichen Fragen nicht Gegenstand des Pflichtfachstoffs im Staatsexamen sind, wird auf diese Passagen in der nachfolgenden Falllösung nur in der gebotenen Kürze eingegangen.

Vertiefungshinweise:

- ❑ Aktuelle Rechtsprechung zur Sicherungsverwahrung: *BVerfGE* 109, 133; *EuGMR*, NJW 2010, 2495
- ❑ Urteilsanmerkungen: *Bachmann/Goeck*, NJ 2010, 457

❑ Zur beabsichtigten Neuregelung der Sicherungsverwahrung: *Kinzig*, NJW 2011, 177; *Klein/Grosse-Brömer*, ZRP 2010, 172; *Kreuzer*, ZRP 2011, 7

❑ Sicherungsverwahrung aus strafrechtlicher Sicht: *Ullenbruch,* NStZ 2008, 5; *Folkers*, NStZ 2006, 426; *Veh*, NStZ 2005, 307

❑ Speziell zur nachträglichen Sicherungsverwahrung: *Sydow/Würtenberger*, NVwZ 2001, 1201; *Poseck*, NJW 2004, 2559; *Peglau*, NJW 2004, 3599; *Ullenbruch*, NStZ 1998, 326

Leitsätze:

1. Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, die neue Aspekte für die Auslegung des Grundgesetzes enthalten, stehen rechtserheblichen Änderungen gleich, die zu einer Überwindung der Rechtskraft einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts führen können.

2a) Die Europäische Menschenrechtskonvention steht zwar innerstaatlich im Rang unter dem Grundgesetz. Die Bestimmungen des Grundgesetzes sind jedoch völkerrechtsfreundlich auszulegen. Der Konventionstext und die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte dienen auf der Ebene des Verfassungsrechts als Auslegungshilfen für die Bestimmung von Inhalt und Reichweite von Grundrechten und rechtsstaatlichen Grundsätzen des Grundgesetzes.

b) Die völkerrechtsfreundliche Auslegung erfordert keine schematische Parallelisierung der Aussagen des Grundgesetzes mit denen der EMRK.

c) Grenzen der völkerrechtsfreundlichen Auslegung ergeben sich aus dem Grundgesetz. Die Berücksichtigung der Europäischen Menschenrechtskonvention darf nicht dazu führen, dass der Grundrechtsschutz nach dem Grundgesetz eingeschränkt wird; das schließt auch die Europäische Menschenrechtskonvention selbst aus (vgl. Art. 53 EMRK). Dieses Rezeptionshemmnis kann vor allem in mehrpoligen Grundrechtsverhältnissen relevant werden, in denen das „Mehr" an Freiheit für den einen Grundrechtsträger zugleich ein „Weniger" für den anderen bedeutet. Die Möglichkeiten einer völkerrechtsfreundlichen Auslegung enden dort, wo diese nach den anerkannten Methoden der Gesetzesauslegung und Verfassungsinterpretation nicht mehr vertretbar erscheint.

3a) Der in der Sicherungsverwahrung liegende, schwerwiegende Eingriff in das Freiheitsgrundrecht (Art. 2 II 2 GG) ist nur nach Maßgabe strikter Verhältnismäßigkeitsprüfung und unter Wahrung strenger Anforderungen an die zugrundeliegenden Entscheidungen und die Ausgestaltung des Vollzugs zu rechtfertigen. Dabei sind auch die Wertungen des Art. 7 Abs. 1 EMRK zu berücksichtigen.

b) Die Sicherungsverwahrung ist nur zu rechtfertigen, wenn der Gesetzgeber bei ihrer Konzeption dem besonderen Charakter des in ihr liegenden Eingriffs hinreichend Rechnung und dafür Sorge trägt, dass über den unabdingbaren Entzug der „äußeren" Freiheit hinaus weitere Belastungen vermieden werden. Dem muss durch einen freiheitsorientierten und therapiegerichteten Vollzug Rechnung getragen werden, der den allein präventiven Charakter der Maßregel sowohl gegenüber dem Untergebrachten als auch gegenüber der Allgemeinheit deutlich macht. Die Freiheitsentziehung ist - in deutlichem Abstand zum Strafvollzug („Abstandsgebot", vgl. BVerfGE 109, 133 [166]) - so auszugestalten, dass die Perspektive der Wiedererlangung der Freiheit sichtbar die Praxis der Unterbringung bestimmt.

c) Das verfassungsrechtliche Abstandsgebot ist für alle staatliche Gewalt verbindlich und richtet sich zunächst an den Gesetzgeber, dem aufgegeben ist, ein entsprechendes Gesamtkonzept der Sicherungsverwahrung zu entwickeln und normativ festzuschreiben. Die zentrale Bedeutung, die diesem Konzept für die Verwirklichung des Freiheitsgrundrechts des Untergebrachten zukommt, gebietet eine gesetzliche Regelungsdichte, die keine maßgeblichen Fragen der Entscheidungsmacht von Exekutive oder Judikative überlässt, sondern deren Handeln in allen wesentlichen Bereichen determiniert.

d) Die Ausgestaltung des Abstandsgebots muss bestimmten verfassungsrechtlichen Mindestanforderungen genügen.

4. Der in der nachträglichen Verlängerung der Sicherungsverwahrung über die frühere Zehnjahreshöchstfrist hinaus und in der nachträglichen Anordnung der Sicherungsverwahrung liegende, schwerwiegende Eingriff in das Vertrauen des betroffenen Personenkreises ist angesichts des damit verbundenen schwerwiegenden Eingriffs in das Freiheitsgrundrecht (Art. 2 II 2 GG) verfassungsrechtlich nur nach Maßgabe strikter Verhältnismäßigkeitsprüfung und zum Schutz höchster Verfassungsgüter zulässig. Das Gewicht der berührten Vertrauensschutzbelange wird durch die Wertungen der Europäischen Menschenrechtskonvention in Art. 5 Abs. 1 und Art. 7 Abs. 1 EMRK verstärkt.

Sachverhalt:

In §§ 66 ff. StGB ist die Möglichkeit normiert, Straftäter nach Verbüßung ihrer Strafe unter bestimmten Voraussetzungen in staatliche Sicherungsverwahrung zu nehmen, wobei die Sicherungsverwahrung normalerweise im Strafurteil neben der Freiheitsstrafe angeordnet wird, in den Fällen des § 66b StGB aber auch

noch nachträglich angeordnet werden kann.
Früher war die Sicherungsverwahrung auf höchstens 10 Jahre beschränkt (§ 67a I StGB a.F.). Mit Gesetz vom 26. Januar 1998 (BGBl I S. 160) wurde dies jedoch geändert: An dies Stelle der Höchstdauer von 10 Jahren ist nach § 67d III 1 StGB eine gerichtliche Prüfung der (Un-)gefährlichkeit des Betroffenen für die Allgemeinheit getreten. Gemäß Art. 1a III EGStGB gilt diese Regelung in zeitlicher Hinsicht ausdrücklich uneingeschränkt - also auch für "Altfälle", in denen eine Sicherungsverwahrung bereits lief.
Die Beschwerdeführer sind ehemalige Straftäter, die in Sicherungsverwahrung genommen wurden. Sie meinen, die Sicherungsverwahrung in §§ 66 ff. StGB an sich verstoße schon gegen das Grundgesetz, weil erstens der Bund keine Gesetzgebungskompetenz für sie habe und sie zweitens grundrechtswidrig sei. Dabei sei zu berücksichtigen, dass die persönliche Freiheit auch in der Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte in Art. 5 I 1 EMRK geschützt sei. In Deutschland könne folglich nichts anderes gelten.
Jedenfalls verstoße aber die Möglichkeit der nachträglichen Anordnung (§ 66b StGB) und die rückwirkende Ersetzung der Höchstdauer von 10 Jahren durch ein gerichtliches Prüfverfahren gegen das verfassungsrechtliche Rückwirkungsverbot.

Sind die §§ 66 ff. StGB formell und materiell verfassungsgemäß?

[Anm.: Unterstellen Sie bei Ihrer Prüfung, dass der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) in einem Urteil tatsächlich einen Verstoß der §§ 66 ff. StGB gegen Art. 5 I 1 EMRK festgestellt hat. Sollten Sie im Gutachten zur Frage der Rückwirkung nicht mehr gelangen, ist diese ggf. hilfsweise zu erörtern.]

Lösung:
§§ 66 ff. StGB im allgemeinen und § 67d III 1 StGB i.V.m. Art. 1a III EGStGB im besonderen sind formell verfassungsgemäß, wenn der Bund die Vorschriften aufgrund seiner Gesetzgebungskompetenz nach ordnungsgemäßem Verfahren in der richtigen Form erlassen hat. Sie sind materiell verfassungsgemäß, wenn sie nicht gegen Grundrechte oder Staatsprinzipien von Verfassungsrang verstoßen.

A. Formelle Verfassungsmäßigkeit
In formeller Hinsicht ist zunächst die Gesetzgebungskompetenz des Bundes fraglich.

I. Grundsatz: Länderkompetenz
Grundsätzlich liegt die Gesetzgebungskompetenz bei den Ländern, Art. 70 GG. Bliebe es für die Regelung der Sicherungsverwahrung dabei, wäre sie - da durch den Bund erfolgt - formell verfassungswidrig.

II. Ausnahme: Bundeskompetenz aus Art. 74 I Nr. 1 GG
Der Bund hat jedoch aus Art. 74 I Nr. 1 GG die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz für das "Strafrecht". Fraglich ist, was unter "Strafrecht" in diesem Sinne zu verstehen ist.

1. Strafe/Repression
Zunächst fällt unzweifelhaft das Kriminalstrafrecht unter diese Regelung, also die Normen des StGB und des Nebenstrafrechts, die an ein Verhalten eine Sanktion in Form einer Repression anknüpfen (Degenhart, in: Sachs, GG, Art. 74 Rn 11) . Nach h.M. gehört hierzu auch das Ordnungswidrigkeitenrecht (BVerfGE 23, 113, 123; 45, 272, 288).
Insbesondere der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte ist der Auffassung, auch die Sicherungsverwahrung sei eine "Strafe" in diesem Sinne (JuS 2010, 1121 = NJW 2010, 2495). Sie habe wie eine Freiheitsstrafe eine Freiheitsentziehung zur Folge und werde in regulären Justizvollzugsanstalten vollzogen. Auch sei die tatsächliche Situation der Sicherungsverwahrten mit denen der Strafgefangenen identisch; es gebe insbesondere keine besonderen, auf Sicherungsverwahrte gerichteten Maßnahmen, Instrumente oder Einrichtungen, die zum Ziel hätten, ihre Gefährlichkeit zu verringern und damit ihre Haft auf die Dauer zu beschränken, die unbedingt erforderlich sei, um sie von der Begehung weiterer Straftaten abzuhalten.
Handelte es sich um eine Strafe, wäre die Gesetzgebungskompetenz des Bundes aus Art. 74 I Nr. 1 GG unzweifelhaft gegeben.

2. Gefahrenabwehr/Prävention
Die Sicherungsverwahrung ist nach hierzulande ganz h.M. aber keine Strafe, sondern schließt sich als "zweite Spur" (Degenhart, in: Sachs, GG, Art. 74 Rn 12) an diese an, um die Gemeinschaft vor (weiterhin) gefährlichen Straftätern zu schützen. Sie hat m.a.W. nicht repressiven, sondern präventiven Charakter. Daran hält auch das BVerfG fest:

"[101] Der Senat hat bereits in seinem Urteil vom 5. Februar 2004 ausgeführt, dass nicht die Schuld, sondern die in der Tat zutage getretene Gefährlichkeit bestimmend ist für Anordnung, zeitliche Dauer und vor allem die Ausgestaltung der Maßregel der Sicherungsverwahrung (BVerfGE 109, 133 [174]). Die Anlasstat ist bloßer Anknüpfungspunkt für das Merkmal der "Gefährlichkeit" im Sinne der Anordnungsvoraussetzungen der Sicherungsverwahrung, nicht deren Grund. Nach der Konzeption, die dem zweispurigen Sanktionensystem des Strafgesetzbuchs zugrunde liegt, dient der Freiheitsentzug des Sicherungsverwahrten nicht der Vergeltung zurückliegender Rechtsgutsverletzungen, sondern der Verhinderung

zukünftiger Straftaten. [...]"

Gefahrenabwehr ist grundsätzlich Aufgabe der Länder. Somit könnte man nach dieser Einordnung an der Gesetzgebungskompetenz des Bundes zweifeln.

3. Traditionelle Definition

Jedoch zählen Maßregeln der Besserung und Sicherung in Deutschland traditionell - d.h. spätestens seit der Reichsverfassung von 1871 (dort Art. 4 Nr. 13) zum "Strafrecht", mögen sie begrifflich auch keine "Strafen" darstellen. Diese in der Weimarer Reichsverfassung fortgeschriebene Tradition (Art. 7 Nr. 2 WRV) hatte der Parlamentarische Rat vor Augen, als er 1949 das Grundgesetz schuf. Weder aus den Motiven, noch aus dem Wortlaut des Art. 74 GG, noch aus seiner systematischen Beziehung zu anderen Verfassungsnormen ergibt sich, dass der Verfassungsgeber an dieser Tradition etwas ändern wollte.

"Strafrecht" i.S.d. Art. 74 I Nr. 1 GG darf also nicht in einem strengen Wortsinn verstanden werden, sondern muss historisch dahingehend ausgelegt werden, dass es auch die Maßregeln der Besserung und Sicherung umfassen sollte (BVerfGE109, 133, 170; 109, 190, 213; Kinzig, NJW 2001, 1455; Degenhart, in: Sachs, GG, Art. 74 Rn 12).

Somit kann jedenfalls an dieser Stelle dahinstehen, ob es sich um eine "Strafe" im engeren Sinn handelt oder nicht. Der Bund hat in jedem Fall die Gesetzgebungskompetenz für die Sicherungsverwahrung aus Art. 74 I Nr. 1 GG.

[Anm.: Die Gesetzgebungskompetenz für den Strafvollzug hat der Bund hingegen im Rahmen der Föderalismusreform 2006 verloren. Es ist somit Sache der Länder, die Ausgestaltung der Sicherungsverwahrung zu regeln. Das BVerfG spricht hier von einer "Kooperationspflicht" von Bund und Ländern:

"[129] Aus Sicht des Freiheitsschutzes spielt es insoweit keine Rolle, dass der Bundesgesetzgeber seit der Föderalismusreform im Jahr 2006 nicht mehr über die Gesetzgebungskompetenz für den Strafvollzug verfügt. Wenn er sich im Rahmen seiner Gesetzgebungskompetenz für das Strafrecht aus Art. 74 I Nr. 1 GG für ein zweispuriges Sanktionensystem und den Einsatz einer so einschneidenden freiheitsentziehenden Maßnahme wie der Sicherungsverwahrung entscheidet, muss er die wesentlichen Leitlinien des freiheitsorientierten und therapiegerichteten Gesamtkonzepts, das der Sicherungsverwahrung von Verfassungs wegen zugrundezulegen ist, selbst regeln und sicherstellen, dass diese konzeptionelle Ausrichtung der Sicherungsverwahrung nicht durch landesrechtliche Regelungen unterlaufen werden kann.

[130] Bundes- und Landesgesetzgeber stehen gemeinsam in der Pflicht, ein normatives Regelungskonzept zu schaffen, welches den dargelegten Anforderungen genügt. Ihre Aufgabe ist es, unter Berücksichtigung des verfassungsrechtlichen Kompetenzgefüges ein freiheitsorientiertes und therapiegerichtetes Gesamtkonzept der Sicherungsverwahrung zu entwickeln. Dabei ist der Bundesgesetzgeber angesichts seiner konkurrierenden Gesetzgebungszuständigkeit für den Bereich des Strafrechts nach § 74 I Nr. 1 GG darauf beschränkt - aber, wenn er am Institut der Sicherungsverwahrung grundsätzlich festhalten will, auch gehalten - die wesentlichen Leitlinien vorzugeben. [...] Darüber hinaus ist er zuständig für die Regelungen zur gerichtlichen Überprüfung der Fortdauer der Sicherungsverwahrung und für Verfahrensvorschriften. Die Landesgesetzgeber wiederum haben im Rahmen ihrer Gesetzgebungszuständigkeit das Abstandsgebot sichernde, effektive Regelungen für den Vollzug der Maßregel zu treffen, die einen freiheitsorientierten und therapiegerichteten Vollzug gewährleisten. Dabei ist vor allem sicherzustellen, dass die genannten Anforderungen nicht durch Gewährung zu weiter Spielräume in der Praxis umgangen werden können.]

III. Zwischenergebnis

Der Bund hatte die Gesetzgebungskompetenz zur Regelung der Sicherungsverwahrung. Hinsichtlich des Gesetzgebungsverfahrens (Art. 76 ff. GG) und der Form (Art. 82 GG) sind keine Verstöße ersichtlich. Solche werden von den Bf. auch nicht gerügt. Somit sind die angegriffenen Normen formell verfassungsgemäß.

B. Materielle Verfassungsmäßigkeit

Fraglich ist, ob die Sicherungsverwahrung gegen Grundrechte der Betroffenen und/oder sonstige Verfassungsprinzipien wie das Rückwirkungsverbot verstößt.

I. Verstoß gegen Art. 11 I GG

Die Sicherungsverwahrung nach §§ 66 ff. StGB könnte an Art. 11 I GG zu messen sein. Dieser schützt die Freizügigkeit. Darunter ist die freie Wahl des ständigen Aufenthaltsortes einer Person, also seines Wohnsitzes, zu verstehen. Wird jemand in Sicherungsverwahrung genommen, kann er seinen Lebensmittelpunkt nicht mehr frei bestimmen. Somit liegt eine Betroffenheit des Schutzbereichs von Art. 11 I GG nicht fern.

Jedoch ist Art. 11 I GG abzugrenzen von der Freiheit der Person aus Art. 2 II 2 GG.

Streitig ist insoweit, ob allein auf die zeitliche Dauer des Verweilens abzustellen ist (Jarass/Pieroth, GG, Art. 11 Rn 2) oder eine Einzelfallbetrachtung zu erfolgen hat (Kunig, JURA 1990, 306, 308 m.w.N.). Dies mag hier jedoch auf sich beruhen, da der Sonderfall freiheitsentziehender Maßnahmen des Staates wie die

Sicherungsverwahrung unstreitig ausschließlich an Art. 2 II 2 GG gemessen werden (BVerfG, NJW 2006, 668, 669; NJW 2006, 672, 672; NJW 2006, 677, 678). Dies ergibt sich aus Art. 104 GG, der auf Schrankenebene in Art. 104 II-IV GG qualifizierte Voraussetzungen hierfür enthält, die sinnlos wären, wollte man Art. 11 GG anwenden, der in Art. 11 II GG bereits eigene - völlig andere - qualifizierte Voraussetzungen enthält.
Somit ist der Schutzbereich von Art. 11 I GG nicht betroffen.

II. Verstoß gegen Art. 103 II GG
Indem der Gesetzgeber die früher geltende Höchstdauer der Sicherungsverwahrung von 10 Jahren in § 67d I StGB a.F. abgeschafft und durch eine richterliche Einzelfallprüfung in § 67d III 1 StGB ersetzt hat, könnte er gegen das qualifizierte Rückwirkungsverbot des Art. 103 II GG insoweit verstoßen haben, als Art. 1a III EGStGB diese Regelung auch auf solche Fälle erstreckt, in denen die Sicherungsverwahrung bereits läuft.
Nach Art. 103 II GG darf keine Strafe ohne Gesetz verhängt werden. Hier ist nun der oben bereits zur Gesetzgebungskompetenz erörterte, dort allerdings i.E. offen gelassene Streit zu entscheiden, ob es sich bei der Sicherungsverwahrung um eine "Strafe" handelt. Nur eine solche wäre an Art. 103 II GG zu messen. Das BVerfG bleibt - ungeachtet der a.A. des EGMR - jedoch bei seiner Ansicht, dass keine "Strafe" vorliege:
"[104] Freiheitsstrafe und Sicherungsverwahrung unterscheiden sich grundlegend in ihrer verfassungsrechtlichen Legitimation. Die Berechtigung des Staates, Freiheitsstrafen zu verhängen und zu vollziehen, beruht wesentlich auf der schuldhaften Begehung der Straftat. Nur weil der Täter in vorwerfbarer Weise Unrecht begangen hat, darf er zu einer Freiheitsstrafe verurteilt und deren Vollzug unterworfen werden. Dem liegt das Menschenbild des Grundgesetzes von einem zu freier Selbstbestimmung befähigten Menschen zugrunde, dem mit dem in der Menschenwürde wurzelnden Schuldprinzip Rechnung zu tragen ist (vgl. BVerfGE 123, 267 [413]). Das Schuldprinzip begrenzt in seiner strafzumessungsleitenden Funktion die Dauer der Freiheitsstrafe auf das der Tatschuld Angemessene. Die Schuld ist einer der legitimierenden Gründe und äußerste Grenze der Anordnung und des Vollzugs der Freiheitsstrafe. Die Berechtigung zur Anordnung und zum Vollzug freiheitsentziehender Maßregeln wie der Sicherungsverwahrung folgt demgegenüber aus dem Prinzip des überwiegenden Interesses (vgl. Radtke, in: Münchener Kommentar zum StGB, Bd. 1, 1. Aufl. 2003, Vor §§ 38 ff. Rn. 68). Anordnung und Vollzug sind nur dann legitim, wenn das Sicherheitsinteresse der Allgemeinheit das Freiheitsrecht des Betroffenen im Einzelfall überwiegt (vgl. BVerfGE 109, 133 [159]).
[105] Der Zweck der Freiheitsstrafe besteht dementsprechend vornehmlich in einer repressiven Übelszufügung als Reaktion auf schuldhaftes Verhalten, welche – jenseits anderer denkbarer zusätzlicher Strafzwecke, die die Verfassung nicht ausschließt – dem Schuldausgleich dient (BVerfGE 109, 133 [173]). Dagegen liegt der Zweck der Maßregel allein in der zukünftigen Sicherung der Gesellschaft und ihrer Mitglieder vor einzelnen, aufgrund ihres bisherigen Verhaltens als hochgefährlich eingeschätzten Tätern."
Somit ist Art. 103 II GG nicht verletzt.

III. Verstoß gegen Art. 2 II 2 i.V.m. 104 I 1 GG
Jedoch könnte die Sicherungsverwahrung nach §§ 66 ff. StGB insgesamt eine Verletzung des Grundrechts auf Freiheit der Person aus Art. 2 II 2 i.V.m. 104 I 1 GG darstellen. Dann müsste ein nicht gerechtfertigter Eingriff in den Schutzbereich dieses Grundrechts vorliegen.

1. Schutzbereich betroffen
Die Freiheit der Person gewährt das Recht, jeden beliebigen Ort aufzusuchen und dort zu verweilen (BVerfG, NJW 2002, 3161, 3161; NVwZ 2006, 579, 579; OVG Lüneburg, NVwZ-RR 2007, 103, 103). Art. 2 II 2 GG schützt also die körperliche Bewegungsfreiheit. Dass diese eingeschränkt wird, wenn jemand in staatliche Sicherungsverwahrung genommen wird, ist offensichtlich. Dass Art. 2 II 2 i.V.m. 104 I 1 GG vorliegend auch nicht von Art. 11 I GG verdrängt werden, wurde bereits oben ausgeführt.

[Anm.: Art. 104 I 1 GG wiederholt nur das, was sich aus Art. 2 II 2 GG ohnehin schon ergibt. Es handelt sich somit um eine überflüssige Verdoppelung, die zu Art. 2 II 2 GG hinzu zitiert wird, auf Schutzbereichsebene aber keine eigene Bedeutung hat (v.Münch/Kunig, GG, Art. 2 Rn 80; vgl. aber die Schrankenanforderungen des Art. 104 II-IV GG).]

2. Eingriff
Unter einem Eingriff ist jede spürbare Verkürzung des Schutzbereichs zu verstehen. Ausgenommen sind also lediglich Bagatellfälle. Davon kann bei der Sicherungsverwahrung keine Rede sein.

3. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung
Der Eingriff müsste von den Schranken des Grundrechts gedeckt sein.

a. Schranken
Auf Schrankenebene ist zwischen Freiheitsbeschränkung und Freiheitsentziehung zu unterscheiden.

aa. Freiheitsentziehung
Die Freiheitsentziehung ist eine qualifizierte Form der Freiheitsbeschränkung, für die Art. 104 II-IV GG besondere Schrankenanforderungen enthält, während eine Freiheitsbeschränkung lediglich dem einfachen Gesetzesvorbehalt des Art. 2 II 3 GG unterliegt.
Freiheitsentziehung ist die Aufhebung der körperlichen Bewegungsfreiheit nach jeder Richtung hin, also das Festhalten an einem eng umgrenzten Ort. Dazu gehört auch die Sicherungsverwahrung. Reine Freiheitsbeschränkungen liegen nur vor, wenn ein bestimmter Ort nicht erreicht werden kann oder der Betroffene zwar an einem bestimmten Ort festgehalten wird, dort aber noch hinreichende Bewegungsfreiheit genießt, wie z.B. die schulpflichtigen Kinder in der Schule oder die Einwohner einer infolge Seuchengefahr abgeriegelten Stadt.
Somit unterliegt die Sicherungsverwahrung einem (qualifizierten) Gesetzesvorbehalt nach Art. 104 I-IV GG.

bb. Qualifizierte Anforderungen des Art. 104 II-IV GG
An einem Parlamentsgesetz i.S.d. Art. 104 I GG fehlt es nicht, da die Sicherungsverwahrung und ihre Voraussetzungen im Einzelnen in §§ 66 ff. StGB geregelt sind. Fraglich ist jeodch, ob auch die qualifizierten Anforderungen des Art. 104 II-IV GG gewahrt sind. Einschlägig ist insoweit vor allem der Richtervorbehalt des Art. 104 II 1 GG. Danach darf nur ein Richter über Zulässigkeit und Fortdauer einer Freiheitsentziehung entscheiden.
Die Anordnung der Sicherungsverwahrung trifft nach § 66 I StGB "das Gericht". Auch über die Fortdauer nach 10 Jahren entscheidet gem. § 67d III StGB "das Gericht". Auch die übrigen, hier nicht streitgegenständlichen Vorschriften der §§ 66 ff. StGB über die Art und Weise der Sicherungsverwahrung stellen die maßgeblichen Entscheidungen sämtlich unter Richtervorbehalt.
Für Verstöße gegen die weiteren Regelungen in Art. 104 II-IV GG ist auch nichts ersichtlich. Somit stellen die §§ 66 ff. StGB eine taugliche Schranke des Grundrechts auf Freiheit der Person dar.

b. Schranken-Schranken
Dennoch muss die Schranke selbst auch wieder den übrigen Verfassungsprinzipien genügen. Dies ist hier bzgl. der §§ 66 III, 67d III StGB im Hinblick auf den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und bzgl. des Art. 1a II, III EGStGB a.F. im Hinblick auf das Rückwirkungsverbot fraglich.

aa. Verhältnismäßigkeit
Im Hinblick auf die Verhältnismäßigkeit müsste die Sicherungsverwahrung einem legitimen Zweck dienen und zu dessen Förderung geeignet, erforderlich und angemessen sein.

(1). Legitimer Zweck
Der legitime Zweck liegt - wie oben bereits ausgeführt - in der Gefahrenabwehr. Die Bevölkerung soll vor Straftätern geschützt werden, von denen sicher anzunehmen ist, dass sie auch nach Verbüßung ihrer Strafe wieder schwere Verbrechen begehen werden.

(2). Geeignetheit
Befindet sich der potenzielle Straftäter in staatlicher Sicherungsverwahrung, kann er während dieser Zeit keine weiteren Verbrechen begehen. Die Sicherungsverwahrung fördert also den Schutz der Bevölkerung.

(3). Erforderlichkeit
Erforderlich ist eine staatliche Maßnahme nur, wenn keine milderen, gleich effektiven Alternativen zur Verfügung stehen. Alternativen zur Sicherungsverwahrung lassen sich denken, z.B. Meldepflichten, Hausarrest, Fußfesseln o.ä. Allerdings sind diese allesamt nicht gleich effektiv wie eine Verwahrung in einer geschlossenen Anstalt.

(4). Angemessenheit
In der Angemessenheit ist auf die Zweck-Mittel-Relation einzugehen, also danach zu fragen, ob das Regelungsziel nicht außer Verhältnis zur Schwere des Eingriffs steht. In den Worten des BVerfG:
"[98] Die Freiheit der Person nimmt - als Grundlage und Voraussetzung der Entfaltungsmöglichkeiten des Bürgers - einen hohen Rang unter den Grundrechten ein. Das kommt darin zum Ausdruck, dass Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG sie als "unverletzlich" bezeichnet, Art. 104 Abs. 1 Satz 1 GG ihre Beschränkung nur aufgrund eines förmlichen Gesetzes zulässt und Art. 104 Abs. 2 bis 4 GG besondere Verfahrensgarantien statuiert (vgl. BVerfGE 35, 185 [190]; 109, 133 [157]). Präventive Eingriffe in das Freiheitsgrundrecht, die - wie die Sicherungsverwahrung - nicht dem Schuldausgleich dienen, sind nur zulässig, wenn der Schutz hochwertiger Rechtsgüter dies unter strikter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes erfordert. Dem Freiheitsanspruch des Untergebrachten ist das Sicherungsbedürfnis der Allgemeinheit entgegenzuhalten; beide sind im Einzelfall abzuwägen (vgl. BVerfGE 109, 133 [157]). Dabei müssen die Grenzen der Zumutbarkeit gewahrt bleiben."

(a). Abstandsgebot
Gerade wegen der Tatsache, dass die Betroffenen ihre Strafe bereits verbüßt haben, kann die Verhängung einer Sicherungsverwahrung nach Ansicht des BVerfG nur angemessen sein, wenn sie sich von der Freiheitsstrafe dadurch unterscheidet, dass ihre gesamte Ausgestaltung an ihrem präventiven Zweck ausge-

richtet ist (sog. "Abstandsgebot"):
"[101] Der in der Sicherungsverwahrung liegende Eingriff in das Freiheitsgrundrecht ist [...] äußerst schwerwiegend, weil er ausschließlich präventiven Zwecken dient und dem Betroffenen - da der Freiheitsentzug stets nur auf einer Gefährlichkeitsprognose, nicht aber auf dem Beweis begangener Straftaten beruht - im Interesse der Allgemeinheit gleichsam ein Sonderopfer auferlegt. Die Sicherungsverwahrung ist daher überhaupt nur dann zu rechtfertigen, wenn der Gesetzgeber bei ihrer Ausgestaltung dem besonderen Charakter des in ihr liegenden Eingriffs hinreichend Rechnung und dafür Sorge trägt, dass über den unabdingbaren Entzug der "äußeren" Freiheit hinaus weitere Belastungen vermieden werden. Dem muss durch einen freiheitsorientierten und therapiegerichteten Vollzug Rechnung getragen werden, der den allein präventiven Charakter der Maßregel sowohl gegenüber dem Untergebrachten als auch gegenüber der Allgemeinheit deutlich macht. Die Freiheitsentziehung ist - in deutlichem Abstand zum Strafvollzug („Abstandsgebot", vgl. BVerfGE 109, 133 [166]) - so auszugestalten, dass die Perspektive der Wiedererlangung der Freiheit sichtbar die Praxis der Unterbringung bestimmt. Hierzu bedarf es eines freiheitsorientierten Gesamtkonzepts der Sicherungsverwahrung mit klarer therapeutischer Ausrichtung auf das Ziel, die von dem Untergebrachten ausgehende Gefahr zu minimieren und auf diese Weise die Dauer der Freiheitsentziehung auf das unbedingt erforderliche Maß zu reduzieren."

Dies bedeutet nach Ansicht des BVerfG konkret, dass die Sicherungsverwahrung erstens sofort beendet werden müsse, wenn von dem Betroffenen keine Gefahr mehr ausgehe, und zweitens während der Sicherungsverwahrung alles getan werden müsse, um die Gefährlichkeit der Betroffenen zu beseitigen oder zu mindern:

"[106] Die kategorial unterschiedlichen Legitimationsgrundlagen und Zwecksetzungen des Vollzugs der Freiheitsstrafe und des Vollzugs der Sicherungsverwahrung führen insbesondere zu Differenzierungen auf zwei Ebenen:
[107] Da sich der Maßregelvollzug allein aus dem Prinzip des überwiegenden Interesses rechtfertigt, muss er umgehend beendet werden, wenn die Schutzinteressen der Allgemeinheit das Freiheitsrecht des Untergebrachten nicht länger überwiegen. Dabei trifft den Staat die Verpflichtung, im Vollzug von Anfang an geeignete Konzepte bereitzustellen, um die Gefährlichkeit des Verwahrten nach Möglichkeit zu beseitigen.
[108] Die Vollzugsmodalitäten sind außerdem an der Leitlinie zu orientieren, dass das Leben im Vollzug allein solchen Beschränkungen unterworfen werden darf, die zur Reduzierung der Gefährlichkeit erforderlich sind. Das Resozialisierungsgebot, dem das Bild des Grundgesetzes von einem zu freier Selbstbestimmung befähigten Menschen zugrunde liegt (BVerfGE 98, 169 [200]), gilt gleichermaßen für den Vollzug der Freiheitsstrafe und der Sicherungsverwahrung (BVerfGE 109, 133 [151]). Dies mag der Ausfüllung des Abstandsgebots gewisse faktische Grenzen setzen, ändert aber nichts an der Verschiedenartigkeit der Zielsetzungen von Strafhaft und Sicherungsverwahrung. Das gesamte System der Sicherungsverwahrung ist so auszugestalten, dass die Perspektive der Wiedererlangung der Freiheit sichtbar die Praxis der Unterbringung bestimmt."

[Anm.: Das BVerfG nimmt sich sodann die Freiheit heraus, seine genauen Vorstellungen von einem solchen, am Abstandsgebot orientierten Regelungskonzept auszubreiten: Danach komme die Sicherungsverwahrung stets nur als "ultima ratio " in Betracht (Rn. 112); eine umfassende, modernen wissenschaftlichen Anforderungen entsprechende Therapie sei anzubieten (Rn 113), wobei die Betroffenen zu motivieren seien, diese Angebote anzunehmen (Rn 114); der Vollzug müsse sich vom Strafvollzug unterscheiden, d.h. soweit möglich einen "normalen" Tagesablauf ermöglichen und am besten in gesonderten Gebäuden - jedenfalls aber in besonderen Abteilungen einer JVA - stattfinden (Rn 115). Kosten dürften insoweit keine Rolle spielen. Schließlich sei den Betroffenen ein Rechtsanspruch auf gerichtliche Kontrolle einzuräumen (Rn. 117), wobei mindestens jährlich sogar v.A.w. geprüft werden müsse, ob von dem Betroffenen noch eine Gefahr ausgehe (Rn 118).]

(b). Ausstrahlungswirkung der EMRK
Dabei kommt der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) eine besondere Bedeutung zu. Diese hat zwar in Deutschland (nur) den Rang eines einfachen Bundesgesetzes, stellt m.a.W. kein Verfassungsrecht dar, jedoch sind die in ihr verbürgten Grundrechte und Wertmaßstäbe nach st. Rspr. des BVerfG (vgl. BVerfGE 74, 358 [370]; 83, 119 [128]; 111, 307 [317]; 120, 180 [200 f.]; NJW 2001, 2245 ff.; NJW 2003, 344 [345]; NJW 2008, 2978 [2981]; NJW 2009, 1133 f.; EuGRZ 2010, 145 [147]) bei der Anwendung des Verfassungsrechts zu berücksichtigen. Konkret bedeutet dies, dass an die Verhältnismäßigkeit eines Eingriffs strengere Voraussetzungen zu knüpfen sind, wenn neben nationalen Grundrechten auch die EMRK betroffen ist, als wenn dies nicht der Fall wäre:
"[86] Die hier einschlägigen Grundrechte des Art. 2 II 2 in Verbindung mit Art. 104 I 1 GG und Art. 2 II 2 in Verbindung mit Art. 20 III GG sind völkerrechtsfreundlich auszulegen. Die Europäische Menschenrechtskonvention steht zwar innerstaatlich im Rang

eines Bundesgesetzes und damit unter dem Grundgesetz. Sie ist jedoch als Auslegungshilfe bei der Auslegung der Grundrechte und rechtsstaatlichen Grundsätze des Grundgesetzes heranzuziehen. Dies gilt auch für die Auslegung der Europäischen Menschenrechtskonvention durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte. Diese verfassungsrechtliche Bedeutung der Europäischen Menschenrechtskonvention und damit auch der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte beruht auf der Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes und seiner inhaltlichen Ausrichtung auf die Menschenrechte. Ihre Heranziehung als Auslegungshilfe verlangt allerdings keine schematische Parallelisierung der Aussagen des Grundgesetzes mit denen der Europäischen Menschenrechtskonvention, sondern ein Aufnehmen der Wertungen der Europäischen Menschenrechtskonvention, soweit dies methodisch vertretbar und mit den Vorgaben des Grundgesetzes vereinbar ist."

(c). Subsumtion

Hier ist Art. 5 I 1, 2 a) EMRK betroffen. Danach hat jede Person das Recht auf Freiheit und Sicherheit, wobei diese Freiheit nur in bestimmten Fällen und nur auf die gesetzlich vorgeschriebene Weise entzogen werden darf. Zu diesen Fällen gehört nach Art. 5 I 2 a) EMRK eine rechtmäßige Freiheitsentziehung nach Verurteilung durch ein zuständiges Gericht. Allerdings hat der EGMR bereits zur deutschen Sicherungsverwahrung mehrfach entschieden, dass diese nicht mit Art. 5 I 2 a) EMRK vereinbar - da nicht schuldbezogen - sei (EGMR, Urteil vom 17. Dezember 2009, Beschwerde-Nr. 19359/04, Rn. 97 ff., Rn. 100; Urteil vom 13. Januar 2011, Beschwerde-Nr. 6587/04, Rn. 84).

Das BVerfG sieht sich mit seinem Postulat des Abstandsgebots im Einklang mit dieser Rechtsprechung des EGMR, denn auch nach seiner Ansicht kann eine nicht schuldbezogene Sicherungsverwahrung ja nur bestehen, wenn sie konsequent auf Gefahrenabwehr ausgerichtet ist (dazu oben Punkt (a)). Sie muss sich deshalb elementar von einer Strafmaßnahme unterscheiden. Dies ist nach Ansicht des BVerfG gegenwärtig weder im Gesetz noch in der Praxis der Fall:

"[121] [Die §§ 66 ff. StGB] eröffnen in wesentlichen Kernbereichen - hinsichtlich Behandlung, Betreuung und Motivation des Untergebrachten und der Gewährung von Vollzugslockerungen - zu weite Beurteilungs- und Ermessensspielräume, ohne das Handeln der Vollzugsanstalten durch klare normative Vorgaben wirksam auf einen freiheitsorientierten und therapiegerichteten Vollzug der Sicherungsverwahrung zu verpflichten. Hinsichtlich des vorangehenden Strafvollzugs fehlt es an Regelungen zur Vermeidung der Sicherungsverwahrung. [...] Eine räumliche Trennung der Unterbringung vom Strafvollzug ist ebenso wenig vorgeschrieben wie die Beiordnung eines Beistands. Hinzu treten weitere normative Defizite. Das normative Gesamtkonzept muss zum Vollzug der Maßregel qualitative Anforderungen an die personelle und sachliche Ausstattung enthalten, die vom Landeshaushaltsgesetzgeber Beachtung verlangen und der Exekutive keine wesentlichen Gestaltungsspielräume überlassen. Ferner ist die gesetzliche Höchstfrist für die Überprüfung der Sicherungsverwahrung [...] in § 67e II StGB mit zwei Jahren zu lang bemessen."

(c). Ergebnis

"[128] Das Fehlen eines dem verfassungsrechtlichen Abstandsgebot entsprechenden gesetzlichen Gesamtkonzepts der Sicherungsverwahrung führt zur Verfassungswidrigkeit der [...] Vorschriften."

bb. Rückwirkungsverbot (hilfsweise)

Darüber hinaus könnten die nachträgliche Verhängung der Sicherungsverwahrung in den Fällen des § 66b StGB und die rückwirkend - d.h. gem. Art. 1a III EGStGB auch für laufende Fälle geltende - Ersetzung der Höchstdauer der Sicherungsverwahrung durch ein richterliches Prüfungsverfahren im Einzelfall in § 67d III 1 StGB gegen das (allgemeine) Rückwirkungsverbot aus Art. 20 III GG verstoßen. In einem Rechtsstaat muss Rechtssicherheit herrschen. Dazu gehört, dass Gesetze jedenfalls grundsätzlich nicht rückwirkend erlassen werden. Das allgemeine Rückwirkungsverbot ist also im Rechtsstaatsprinzip verankert.

(1). "Echte" und "unechte" Rückwirkung

Grundsätzlich unterscheidet das BVerfG nach "echter" und "unechter" Rückwirkung: Die "echte" Rückwirkung knüpft an einen bereits abgeschlossenen Sachverhalt an. Sie ist wegen des besonders hohen Vertrauensschutzes auf den Fortbestand des bestehenden Zustandes in der Regel unzulässig. Demgegenüber knüpft die "unechte" Rückwirkung an einen zwar in der Vergangenheit begonnenen, aber noch nicht beendeten Sachverhalt an. Hier muss noch mit Veränderungen gerechnet werden, sodass Art. 20 III GG einer "unechten" Rückwirkung in aller Regel nicht entgegen steht.

Danach liegt hier in Art. 1a III EGStGB eine "unechte" Rückwirkung vor, da die Sicherungsverwahrung der Betroffenen zwar begonnen hatte, im Zeitpunkt der Gesetzesänderung aber noch nicht abgeschlossen war. Gleiches gilt für § 66b StGB, der ebenfalls an einen nicht abgeschlossenen Fall anknüpft.

(2). Ausnahmsweise unzulässige "unechte" Rückwirkung

Das BVerfG hält aber gerade in diesem Fall auch die "unechte" Rückwirkung für unzulässig, weil ausnahmsweise das Vertrauen der Betroffenen darauf,

von einer Sicherungsverwahrung verschont zu bleiben (§ 66b StGB) bzw. aus dieser nach 10 Jahren bestimmt entlassen zu werden (Art. 1a III EGStGB) schwerer wiege als das staatliche Regelungsinteresse.

(a). Besondere Nähe zum strafrechtlichen Rückwirkungsverbot

Zur Begründung wagt das Gericht einen Spagat: Zwar sei die vorliegende Rückwirkung - da rechtlich keine Strafe - nicht am strengen Art. 103 II GG zu messen (s.o.); sie sei aber faktisch nicht weit von einer solchen entfernt, sodass auch hier strengere Maßstäbe an die Rückwirkung anzulegen seien als sonst bei einer "unechten" Rückwirkung:

"[141] Das Bundesverfassungsgericht hat schon in seiner Entscheidung vom 5. Februar 2004 den Aspekt der faktischen Wirkung einer Maßnahme zwar nicht als begrifflich relevant für das Tatbestandsmerkmal der Strafe in Art. 103 II GG angesehen, aber eine Berücksichtigungsmöglichkeit im Rahmen des Art. 2 II 2 in Verbindung mit Art. 20 III GG aufgezeigt (vgl. BVerfGE 109, 133 [185]). Das gilt auch für den Aspekt der Schwere der Maßnahme - hier: eine unbefristete Freiheitsentziehung -, die zwar kein geeignetes Definitionsmerkmal für den Begriff der Strafe im Sinne von Art. 103 GG (vgl. BVerfGE 109, 133 [175]), im Rahmen der Prüfung des Freiheitsgrundrechts jedoch nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ein zu berücksichtigendes Element darstellt (vgl. BVerfGE 109, 133 [160 f.]; 70, 297 [314 f.]). Zwar rechtfertigen diesbezügliche Ähnlichkeiten keine Einbeziehung der Sicherungsverwahrung in den Begriff der Strafe im Sinne des Art. 103 GG (BVerfGE 109, 133 [176]). Bereits das Grundgesetz selbst enthält nach der Rechtsprechung des Senats jedoch auch im Rahmen der Prüfung einer Verletzung von Art. 2 II in Verbindung mit Art. 20 III GG bei langjährigen, mit Freiheitsentzug verbundenen Maßregeln das Gebot zu berücksichtigen, ob beziehungsweise dass "der Untergebrachte die Sicherungsverwahrung [...] auch im Hinblick auf ihren tatsächlichen Vollzug als der Strafe vergleichbar empfinden dürfte" (vgl. BVerfGE 109, 133 [185]). Das Vertrauensschutzgebot besitzt insoweit eine enge Verwandtschaft und Strukturähnlichkeit mit dem "nulla-poena-Prinzip" (vgl. BVerfGE 109, 133 [171 f.])."

[Anm.: Das BVerfG geht damit einem Konflikt mit dem EGMR aus dem Weg, der zu Art. 5 I 2 a) EMRK bereits entschieden hatte, dass eine Rechtfertigung der rückwirkenden Verlängerung der Freiheitsentziehung nicht mehr in Betracht kommt (vgl. (EGMR, NJW 2010, 2495; DÖV 2011, 280).]

(b). Besonders schwere Folgen für die Betroffenen

Zudem stellt das BVerfG die besonders schweren Folgen für die Betroffenen heraus, die einer unzulässigen "echten" Rückwirkung gleichstehen:

[134] Die Vorschriften enthalten jeweils einen erheblichen Eingriff in das Grundrecht auf Freiheit der Person aus Art. 2 II 2 GG, der [...] eine zusätzliche Verschärfung erfährt, indem die Sicherungsverwahrung nachträglich entgegen der früheren, im Zeitpunkt der Anlasstaten geltenden Rechtslage über zehn Jahre hinaus unbefristet verlängert werden kann (so in der Konstellation von § 67d III 1 StGB), oder indem gegen sie nachträglich eine Unterbringung in der Sicherungsverwahrung angeordnet werden kann, obwohl im Urteil des erkennenden Gerichts davon abgesehen und dies auch nicht vorbehalten wurde (so in der Konstellation von § 66b II StGB). Hierin liegt ein Eingriff in das Vertrauen der in ihrem Freiheitsgrundrecht betroffenen Grundrechtsträger, unabhängig davon, ob man insoweit von einer "echten" oder einer "unechten" Rückwirkung beziehungsweise von einer Rückbewirkung von Rechtsfolgen oder einer tatbestandlichen Rückanknüpfung ausgeht (vgl. dazu bereits mit Blick auf § 67d III 1 i.V.m. Art. 1a III EGStGB a.F., BVerfGE 109, 133 [182 f.])."

cc. Ergebnis

Die Regeln über die Sicherungsverwahrung nach §§ 66 ff. StGB sind insgesamt unverhältnismäßig. Die Möglichkeit zur nachträglichen Verhängung nach § 66b StGB und die rückwirkende Abschaffung der Höchstdauer von 10 Jahren verstoßen zudem für laufende "Altfälle" gegen das Rückwirkungsverbot des Art. 20 III GG. Daher lässt sich der Eingriff in Art. Art. 2 II 1, 104 I 1 GG nicht rechtfertigen. Die §§ 66 ff. StGB sind materiell verfassungswidrig.

[Anm.: Für Neufälle können die Ersetzung der Höchstdauer von 10 Jahren durch ein richterliches Prüfverfahren und die Möglichkeit der nachträglichen Anordnung der Sicherungsverwahrung hingegen - unter strengsten Voraussetzungen - nach Ansicht des BVerfG wirksam sein:

"[132] Der mit den zur Überprüfung gestellten Vorschriften verbundene Eingriff in das Vertrauen des betroffenen Personenkreises auf ein Ende der Sicherungsverwahrung nach Ablauf von zehn Jahren (§ 67d III StGB) bzw. in das Vertrauen auf ein Unterbleiben der Anordnung einer Sicherungsverwahrung (§ 66b StGB) ist angesichts des damit verbundenen Eingriffs in das Freiheitsrecht dieses Personenkreises (Art. 2 II 2 GG) verfassungsrechtlich nur nach Maßgabe strikter Verhältnismäßigkeitsprüfung und zum Schutz höchster Verfassungsgüter zulässig. Das Gewicht der berührten Vertrauensschutzbelange wird überdies durch die Wertungen der Europäischen Menschenrechtskonvention verstärkt mit der Folge, dass eine rückwirkend angeordnete oder verlängerte Freiheits-

entziehung nur noch als zulässig angesehen werden kann, wenn der gebotene Abstand zur Strafe gewahrt wird, eine hochgradige Gefahr schwerster Gewalt- oder Sexualstraftaten aus konkreten Umständen in der Person oder dem Verhalten des Untergebrachten abzuleiten ist und die Voraussetzungen des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 EMRK erfüllt sind."]

Standort: Zivilrecht Problem: Handeln unter fremdem Namen

BGH, URTEIL VOM 11.05.2011
VIII ZR 289/09 (ZIP 2011, 1108)

Problemdarstellung:

Im März 2008 wurde unter dem Benutzernamen der Bekl. auf der Internetplattform eBay ein Angebot über eine umfangreiche Gastronomieeinrichtung zum Startpreis von 1,- € eingestellt. Hierbei handelte nicht die Bekl., sondern deren Ehemann, der die Nutzerdaten in Abwesenheit der Bekl. ohne deren Kenntnis erlangt hatte. Der Kl. gab ein Maximalgebot von 1.000,- € ab und wurde dadurch zum Höchstbietenden. Kurz darauf wurde die Auktion vorzeitig durch Rücknahme des Angebots beendet.

Der Kl. verlangt von der Bekl. Schadensersatz in Höhe von rund 32.000,- €. Diese Forderung begründet er mit dem objektiven Wert der nicht gelieferten Gegenstände abzüglich des von ihm gebotenen Kaufpreises.

Prüfungsrelevanz:

Die Entscheidung bietet den Prüfungsämtern eine gute Gelegenheit, Probleme des Allgemeinen Teils und die Kenntnis aktueller Rechtsprechung abzufragen.

Ein Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung aus §§ 280 I, III; 281 I 1 Var. 1 BGB konnte nur in Betracht kommen, wenn zwischen dem Kl. und der Bekl. überhaupt ein Schuldverhältnis (hier in Form eines Kaufvertrages gem. § 433 BGB) zustande gekommen war. Das war fraglich, da nicht die Bekl., sondern deren Ehemann unter Verwendung ihres eBay-Nutzerkontos gehandelt hatte. Die Abgabe einer Willenserklärung durch den Ehemann wirkt nur unter den Voraussetzungen des § 164 BGB für und gegen die Bekl. Der Ehemann hatte zwar eine eigene Willenserklärung abgegeben, jedoch nicht aufgedeckt, dass er mit den Daten seiner Frau handelte. Folglich war das Offenkundigkeitsprinzip des § 164 I 1 BGB nicht gewahrt, da er keine Erklärung im, sondern unter fremdem Namen abgegeben hatte. Hierbei ist zwischen einer Namens- und einer Identitätstäuschung zu unterscheiden. Erstere liegt vor, wenn der Geschäftsgegner keinem Identitätsirrtum unterliegt, weil es ihm bloß darauf ankommt, mit der handelnden Person zu kontrahieren (BeckOK/*Valenthin*, § 164 BGB Rn. 33 m.w.N.). Der Handelnde schließt dann ein Eigengeschäft. Eine Identitätstäuschung ist dagegen anzunehmen, wenn der Geschäftsgegner nicht mit der Person des Handelnden, sondern mit dem Träger des falsch angegebenen Namens kontrahieren möchte und dabei verkennt, dass die handelnde Person mit der des Namensträgers nicht identisch ist (BeckOK/*Valenthin*, § 164 Rn. 34 m.w.N.). In diesen Fällen kommen die Stellvertretungsregeln analog zur Anwendung, so dass das Geschäft zustande kommt, wenn der Handelnde Vertretungsmacht hatte oder der "Vertretene" das Geschäft analog § 177 I BGB durch Genehmigung an sich zieht.

Da sich die Vertragsparteien bei einem über eBay abgeschlossenen Rechtsgeschäft nicht gegenüberstehen und damit entscheidend auf das Profil (insbesondere die Bewertungen) des anderen Teils vertrauen müssen, besteht regelmäßig ein Interesse mit dem tatsächlichen Namensträger zu kontrahieren. Handelt dieser tatsächlich nicht, liegt eine Identitätstäuschung vor.

Damit stellte sich hier die Frage, ob die Bekl. sich das Handeln ihres Mannes nach Rechtsscheingrundsätzen zurechnen lassen musste. Der Senat verneint die Frage. Insbesondere liegen die Voraussetzungen einer Anscheinsvollmacht nicht vor, da der Ehemann nicht bereits mehrmals als "Vertreter" der Bekl. aufgetreten war und dieser außerdem keine Sorgfaltspflichtverletzung vorgeworfen werden konnte.

Vertiefungshinweise:

❑ Zur Haftung für das Verhalten Dritter: *BGH*, RA 2010, 324 = BGHZ 185, 330 (Haftung für unzureichend gesicherten WLAN-Anschluss); *BGH*, NJW 2009, 1960 („Halzband"); NJW-RR 2006, 701(Haftung nach §§ 661 a, 179 BGB); NJW-RR 1988, 814 (Scheinfirma); BGHZ 45, 193 (Stellvertretung ohne Vertretungswille des Handelnden)

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs:* "Die Internetauktion"

❑ *Examenskurs:* "Anonym im Web – airplane_jack und die Tücken elektronischer Märkte"

Leitsätze:

1. Werden unter Nutzung eines fremden eBay-Mitgliedskontos auf den Abschluss eines Vertrages gerichtete Erklärungen abgegeben, liegt ein Handeln unter fremdem Namen vor, auf das die Regeln über die Stellvertretung sowie die Grundsätze der Anscheins- oder der Duldungsvollmacht

entsprechend anzuwenden sind (im Anschluss an BGH 45, 193; NJW-RR 1988, 814; NJW-RR 2006, 701).
2. Ohne Vollmacht oder nachträgliche Genehmigung des Inhabers eines eBay-Mitgliedskontos unter fremdem Namen abgegebene rechtsgeschäftliche Erklärungen sind dem Kontoinhaber nur unter den Voraussetzungen der Duldungs- oder der Anscheinsvollmacht zuzurechnen. Für eine Zurechnung reicht es nicht bereits aus, dass der Kontoinhaber die Zugangsdaten nicht hinreichend vor dem Zugriff des Handelnden geschützt hat (Abgrenzung zu BGHZ 180, 134).
3. Eine von eBay gestellte und von jedem registrierten Nutzer akzeptierte Formularklausel, wonach Mitglieder grundsätzlich für sämtliche Aktivitäten haften, die unter Verwendung ihres Mitgliedskontos vorgenommen werden, begründet keine Haftung des Kontoinhabers gegenüber Auktionsteilnehmern.

Sachverhalt:
B unterhält beim Internetauktionshaus eBay ein passwortgeschütztes Konto unter dem Mitgliedsnamen "Babsi74". Unter diesem Mitgliedsnamen hat sie bei ihren 122 eBay-Geschäften ausnahmslos positive Bewertungen der anderen Mitglieder erhalten. Der Account der B wird daher auch von einem türkisfarbenen Stern geziert, den das Auktionshaus bei wenigstens 100 positiven Bewertungen vergibt.
Während B am Wochenende ihre Eltern besucht, findet ihr Ehemann E in der gemeinsamen Wohnung zufällig einen Zettel mit dem Passwort zum eBay-Account der B. Dies kommt ihm gelegen, da er einem befreundeten Gastwirt (G) zugesagt hatte, diesem beim Verkauf einiger Gastronomiegegenstände unter die Arme zu greifen. E hat zwar ebenfalls einen eBay-Account, allerdings weist dieser erst elf Bewertungen auf, von denen vier negativ sind. Unter dem Mitgliedsnamen „Babsi74“ stellt er am 03.03.2008 eine komplette "VIP-Gastronomieeinrichtung", die aus zahlreichen gebrauchten Einzelgegenständen besteht, mit einem Eingangsgebot von 1,00 € zum Verkauf in das Onlineportal ein. Die Auktion ist auf zehn Tage begrenzt.
Am 04.03.2008 entdeckt K das Angebot. Er wittert ein gutes Geschäft und gibt unter dem Eindruck der ausnahmslos positiven Bewertungen von „Babsi74“ unter seinem Mitgliedsnamen „Klever_Käufer“ ein Maximalgebot von 1.000 € ab. Hierdurch wird er zum Höchstbietenden. Als er eine halbe Stunde später den Stand der Auktion kontrollieren will, muss er feststellen, dass das Angebot vorzeitig beendet und entfernt wurde. Hierzu kam es, weil die Gastronomieeinrichtung einem Feuer im Wohnhaus des G zum Opfer gefallen und vollständig zerstört worden war, so dass dieser den E mit der Löschung des Angebots beauftragt hatte.
K erkundigt sich und bringt in Erfahrung, dass die Einrichtung vor der Zerstörung einen objektiven Wert von rund 33.000 € hatte. Daher schickt er eine Email an „Babsi74“ in der er diese zur Leistung von Schadensersatz über 32.000 €, nämlich dem objektiven Wert der Gastronomieeinrichtung abzüglich seines Maximalgebots von 1.000 €, auffordert. Dabei verweist er auf § 2 Ziffer 9 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen von eBay, denen jedes registrierte Mitglied zustimmen muss: "Mitglieder haften grundsätzlich für sämtliche Aktivitäten, die unter Verwendung ihres Mitgliedskontos vorgenommen werden."
B weist das Ansinnen des K entschieden zurück. Sie habe mit der Sache nichts zu tun. Die Tatsache, dass E zufällig Kenntnis von ihrem Passwort bekommen konnte, könne für sie nicht zum Nachteil ausgelegt werden. Passwörter verwahre sie für gewöhnlich an sicheren Orten; auch habe E – was zutrifft – noch nie ohne vorherige Absprache in oder unter ihrem Namen gehandelt.

Kann K von B Schadensersatz in der bezifferten Höhe verlangen?

Lösung:
A. Anspruch des K gegen B auf Schadensersatz gem. §§ 280 I, III; 281 I 1 Var. 1 BGB

K könnte gegen B einen Schadensersatzanspruch in Höhe von 32.820 € haben.

I. Schuldverhältnis
Zunächst müsste zwischen K und B ein Schuldverhältnis bestehen. Als solches kommt ein Kaufvertrag gem. § 433 BGB in Betracht. Ein Kaufvertrag kommt zustande durch zwei übereinstimmende, sich inhaltlich deckende und mit Bezug aufeinander abgegebene Willenserklärungen, Angebot und Annahme.

1. Willenserklärung des E als Vertreter von B gem. § 164 I 1 BGB
Ein Angebot könnte im Einstellen der Gastronomieeinrichtung zu sehen sein. B hat selbst nicht gehandelt. Jedoch könnte das Tätigwerden des E auch ihr gegenüber wirken, wenn E sie wirksam gem. § 164 I 1 BGB vertreten hat.

a) eigene Willenserklärung
Dazu müsste E gem. § 164 BGB eine eigene Willenserklärung abgegeben haben. In dem Einstellen des Angebots ist eine Willenserklärung zu sehen, die auch von E abgegeben wurde. Dabei handelt es sich auch um eine eigene Willenserklärung des E, da er nicht bloß eine fremde Willenserklärung als Bote übermit-

telte, sondern selbständig auf den Inhalt der Erklärung Einfluss nehmen konnte.
Eine eigene Willenserklärung liegt mithin vor.

b) im fremdem Namen (Offenkundigkeit)
Diese müsste E im fremdem Namen abgegeben haben. Problematisch ist insoweit aber, dass E die Erklärung nicht im Namen der B abgab. Vielmehr handelte E unter fremdem Namen, indem er die Gastronomieeinrichtung unter dem zu B gehörenden Pseudonym einstellte.
Im Falle eines Handelns unter fremden Namen ist zwischen einer Identitätstäuschung und einer bloßen Namenstäuschung zu unterscheiden. Von einer Identitätstäuschung ist dann auszugehen, wenn der Vertragspartner ein erkennbares Interesse an der Identität des Verkäufers hat, es ihm also gerade darauf ankommt, mit diesem einen Vertrag zu schließen. In einem solchen Fall entsteht auf Seiten des Vertragspartners eine Fehlvorstellung über den Handelnden, so dass die §§ 164 ff. analoge Anwendung finden (Palandt/*Heinrichs*, § 164 Rn. 10). Von einer Namenstäuschung andererseits ist auszugehen, wenn die Identität des Verkäufers für den Vertragspartner ohne Belang ist, er nur mit dem „vor ihm stehenden" kontrahieren will. In diesen Fällen wird keine Fehlvorstellung über die Identität des Handelnden hervorgerufen, von daher liegt ein Handeln in eigenem Namen vor.
E hat die eBay Kennung der B genutzt. Die einzigen Informationen, die ein bietender Interessent bei EBay über den Verkäufer erhält, ergeben sich aus dieser Nutzerkennung. Es ist für den Bietenden nicht ersichtlich, dass jemand anders als der Inhaber der Kennung hinter dem Angebot stehen könnte. Alles deutet nur auf den Kennungsinhaber als Anbietenden hin. Dem Bietenden wäre es überhaupt nicht möglich auch nur zu erkennen, dass ein Dritter bietet, geschweige denn, diesen zu identifizieren. Auch die nach Ende der Auktion mitgeteilten Daten gehören dem Inhaber der Kennung. Insoweit hatte K schon deshalb ein Interesse mit dem Inhaber der Kennung einen Vertrag zu schließen, um seinen Vertragspartner nach Ende der Auktion auch identifizieren zu können.
Gestützt wird dies auch durch das Bewertungssystem von eBay. Dieses hat gerade den Sinn eine Einschätzung der Vertrauenswürdigkeit des Anbietenden zu ermöglichen. Laut Sachverhalt war es für die Entscheidung des K mitzubieten auch gerade relevant, dass B viele gute Bewertungen erhalten hatte. Auch aus diesem Grund wollte K also gerade mit dem Inhaber der Kennung und nicht irgendeinem Dritten kontrahieren.
Schließlich würde ein anderes Ergebnis auch den Sinn des Bewertungssystems konterkarieren. Könnte jeder beliebige Dritte unter einem fremdem Pseudonym bieten, wäre es nur allzu leicht möglich, den „guten Ruf" Anderer auszunutzen. Eine Einschätzung der Vertrauenswürdigkeit des Anbieters durch die Bewertungen würde in diesem Fall kaum noch mit hinreichender Sicherheit ermöglicht (*OLG München*, MMR 2004, 625).
Folglich hatte K ein erhebliches Interesse daran, nur mit dem Inhaber der Kennung „Babsi74", also B, einen Vertrag zu schließen. Es liegt mithin ein Fall der Identitätstäuschung vor. Hierbei finden die §§ 164 ff. analoge Anwendung (Palandt/*Heinrichs*, § 164 Rn. 10).
Folglich ist das Offenkundigkeitsprinzip jedenfalls in analoger Anwendung der §§ 164 ff. BGB als gewahrt anzusehen, wenn auch E tatsächlich bloß unter fremdem Namen handelte.

c) im Rahmen der Vertretungsmacht
E müsste darüber hinaus auch mit Vertretungsmacht gehandelt haben. B hat E weder durch Rechtsgeschäft bevollmächtigt, noch hat sie das Geschäft analog § 177 I BGB durch Genehmigung an sich gezogen. Somit könnten allenfalls Rechtsscheingrundsätze zugunsten des K eingreifen.

aa) Duldungsvollmacht
"[15] Eine Duldungsvollmacht liegt vor, wenn der Vertretene es willentlich geschehen lässt, dass ein anderer für ihn wie ein Vertreter auftritt, und der Geschäftspartner dieses Dulden nach Treu und Glauben dahin versteht und auch verstehen darf, dass der als Vertreter Handelnde zu den vorgenommenen Erklärungen bevollmächtigt ist (st. Rspr.; vgl. etwa BGH, Urteile vom 14. Mai 2002 - XI ZR 155/01, NJW 2002, 2325 unter II 3 a bb (1); vom 10. März 2004 - IV ZR 143/03, NJW-RR 2004, 1275 unter II 3 c bb (1); Senatsurteil vom 10. Januar 2007 - VIII ZR 380/04, NJW 2007, 987 Rn. 19; jeweils mwN). Bei einem unter Verwendung einer fremden Identität getätigten Geschäft des Namensträgers finden diese Grundsätze mit der Maßgabe entsprechende Anwendung, dass hierbei auf dessen Verhalten abzustellen ist. Einen solchen Duldungstatbestand hat die Beklagte jedoch nach dem für das Revisionsverfahren maßgeblichen Sachverhalt nicht geschaffen. Nach den vom Berufungsgericht getroffenen und von der Revision nicht angegriffenen Feststellungen hatte die Beklagte ihrem Ehemann die Zugangsdaten für ihr Mitgliedskonto bei eBay nicht offen gelegt und von dessen Vorgehen auch keine Kenntnis; vielmehr hat dieser das von ihr eingerichtete Mitgliedskonto während einer Ortsabwesenheit der Beklagten ohne deren Wissen und Einverständnis unter Verwendung der ihm zufällig bekannt gewordenen Zugangsdaten zum Verkauf des Gaststätteninventars genutzt."
Somit liegt keine Duldungsvollmacht vor.

bb) Anscheinsvollmacht
Eventuell könnte sich K auf eine Anscheinsvollmacht berufen. Dann müsste B das Handeln des E zwar nicht gekannt haben, es aber bei Anwendung pflichtgemäßer Sorgfalt hätte erkennen und verhindern können, sofern K gutgläubig im Hinblick auf die Vertretungsmacht ist.

(1) Existenz der Anscheinsvollmacht
Das setzt allerdings zunächst voraus, dass die Anscheinsvollmacht als Rechtsfigur anzuerkennen ist. Dies ist umstritten.

(a) Anscheinsvollmacht abzulehnen
Nach einer Ansicht existiere die Anscheinsvollmacht nicht (*Flume,* AT II, § 49, 4; *Medicus,* AT, Rz. 970 f.). Das System der Rechtsscheinvollmachten im Zivilrecht sei abschließend gesetzlich normiert. Außerdem sei es systemwidrig, einen Sorgfaltsverstoß des Vertretenen für die Annahme von Vertretungsmacht und damit letztlich für einen Vertragsschluss genügen zu lassen. Denn ein Sorgfaltsverstoß stelle nichts anderes als Verschulden i.S.d. § 276 BGB dar. Verschulden führe aber allenfalls zu einer Schadensersatzverpflichtung, nicht aber zur Fiktion einer Willenserklärung oder einem Vertragsschluss.
Nach dieser Ansicht hätte E ohne Vertretungsmacht gehandelt.

(b) Anscheinsvollmacht zu bejahen
Nach anderer Ansicht ist die Existenz der Anscheinsvollmacht zu bejahen. Insbesondere gilt dies auch in den Fällen eines Handelns unter fremdem Namen, gerade auch bei Rechtsgeschäften im Internet oder im sonstigen digitalen Rechtsverkehr (*OLG München,* NJW 2004, 1328; *LG Aachen,* NJW-RR 07 565).
Dieser Ansicht folgend ist im weiteren zu fragen, ob die Voraussetzungen der Anscheinsvollmacht vorgelegen haben.

(c) Stellungnahme
Die erstgenannte Ansicht mag dogmatisch auf den ersten Blick einiges für sich haben. In der Tat mutet es zunächst systemfremd an, Verschulden für einen Vertragsschluss ausreichen zu lassen. Indes ordnet eben diese Rechtsfolge das Gesetz selbst in den normierten Rechtsscheinvollmachten (§§ 170 – 173 BGB) an. So hat der Vertreter gem. § 172 II BGB Vertretungsmacht, wenn der Vertretene es nach Widerruf der Vollmacht pflichtwidrig versäumt, sich die ausgestellte Vollmachtsurkunde zurückgeben zu lassen und der Vertreter unter Vorlage der Urkunde Rechtsgeschäfte tätigt. Darüber hinaus ist dem Rechtssystem, wenngleich auch nicht gesetzlich normiert, eine solche Folge nach h.M. im Rahmen des potentiellen Erklärungsbewusstseins bekannt, ebenso wie bei der Grundsätzen des Schweigens auf ein kaufmännisches Bestätigungsschreibens. In beiden Fällen werden Willenserklärungen infolge eines pflichtwidrigen Verhaltens fingiert.
Insbesondere bezüglich des Vergleichs mit den §§ 171, 172 BGB wird jedoch eingewandt, dass es sich im Gegensatz zur Duldungsvollmacht aber nicht um eine bewusste Kundgabe eines Willens handelt.
Demnach wäre auch die Interessenlage nicht mit den §§ 171, 172 BGB vergleichbar. Dabei muss jedoch bedacht werden, dass es sich bei der Anscheinsvollmacht um eine Rechtsscheinsvollmacht handelt. Die Vertretungsmacht ergibt sich also gerade daraus, dass das Vertrauen des Rechtsverkehrs geweckt wurde, indem ein bestimmter Rechtsschein zurechenbar gesetzt wurde. Aus Sicht des schutzwürdigen Dritten, also desjenigen der auf den Rechtsschein vertraut, ist es indes gleichgültig, ob eine bewusste Kundgabe erfolgte oder nicht. Dies wird er in aller Regel nicht wissen und auch nicht wissen können. Deswegen kann es für die Frage der Existenz einer Anscheinsvollmacht auch nicht auf die Frage ankommen, ob eine bewusste Kundgabe vorliegt. Für den gesetzten Rechtsschein ist dies ohne Belang.
Mithin ist der zu zweit genannten Meinung zu folgen. Die Rechtsfigur der Anscheinsvollmacht ist anzuerkennen.

(2) Voraussetzungen der Anscheinsvollmacht
Um eine Anscheinsvollmacht annehmen zu können, müsste der B zunächst ein Sorgfaltsverstoß vorgeworfen werden können.
B selbst wendet ein, E habe rein zufällig Kenntnis vom Passwort ihres Accounts erlangt. Anhaltspunkte dafür, dass B mit ihren Daten fahrlässig umgegangen ist, bestehen insoweit nicht. Auch musste B keinen erhöhten Sorgfaltsanforderungen gerecht werden, da E bislang noch nie unter ihrem Namen handelte. Das Risiko, dass Daten in einer ehelichen Wohnung aufgrund von Zufälligkeiten auch dem anderen Ehepartner in die Hände fallen können, ist von vornherein nicht zu begrenzen. Diese Zufälligkeit kann jedoch nicht zulasten der B gehen. Ein Sorgfaltsverstoß ist daher zu verneinen.
Zudem verlangt die Rechtsprechung und jedenfalls die h.M. im Schrifttum, dass der Vertreter bereits mehrfach als solcher aufgetreten ist und dadurch im Rechtsverkehr einen Vertrauenstatbestand geschaffen hat (MünchKommBGB/*Schramm*, § 167 Rn. 54 m.w.N.). Vorliegend handelte E jedoch das erste Mal unter dem Namen der B:
„[18] (...)Es fehlt daher an einem von der Beklagten geschaffenen Vertrauenstatbestand, auf den sich der Kläger hätte stützen können (vgl. hierzu auch Senatsurteile vom 13. Juli 1977 - VIII ZR 243/75, aaO; vom 10. Januar 2007 - VIII ZR 380/04, aaO; BGH, Urteil vom 16. März 2006 - III ZR 152/05, aaO). Auf das

Erfordernis einer gewissen Häufigkeit oder Dauer der unbefugten Verwendung ihres Mitgliedskontos kann nicht schon deswegen verzichtet werden, weil dieses im Internetverkehr aufgrund der bei eBay erfolgten Registrierung allein der Beklagten zugeordnet wird. Denn auch wenn den Zugangsdaten für die Internetplattform eBay eine Identifikationsfunktion zukommt, weil das Mitgliedskonto nicht übertragbar und das ihm zugeordnete Passwort geheim zu halten ist (vgl. BGH, Urteil vom 11. März 2009 - I ZR 114/06, BGHZ 180, 134 Rn. 18 - Halzband), kann hieraus angesichts des im Jahr 2008 gegebenen und auch derzeit vorhandenen Sicherheitsstandards im Internet auch bei einem eBay-Account (vgl. zu den vielfältigen Möglichkeiten des Ausspähens und "Diebstahls" von Zugangsdaten Borges, NJW 2005, 3313 ff.) nicht zuverlässig geschlossen werden, dass unter einem registrierten Mitgliedsnamen ausschließlich dessen tatsächlicher Inhaber auftritt (so auch OLG Hamm, aaO S. 611; OLG Köln, aaO; LG Bonn, aaO; aA Herresthal, aaO S. 708)."

Somit liegt auch keine Anscheinsvollmacht vor. E hat die B daher nicht wirksam gem. § 164 I 1 BGB vertreten.

[Anm.: In einer Klausur könnte selbstverständlich auch ein abweichender Prüfungsaufbau gewählt werden. Die Tatsache, dass die Voraussetzungen der Anscheinsvollmacht i.E. nicht vorliegen macht eine Entscheidung des Streits um die Existenz der Anscheinsvollmacht eigentlich entbehrlich. Daher hätte die Prüfung der Anscheinsvollmacht auch vorgezogen und ein Streitentscheid mit Blick auf das Ergebnis unterbleiben können.]

2. Zurechnung aufgrund unzureichender Sicherheitsvorkehrungen

Fraglich könnte allerdings sein, ob B sich – unabhängig von der Frage einer rechtsgeschäftlichen Vertretung nach §§ 164 ff. BGB – das Verhalten des E allein deswegen zurechnen lassen muss, weil sie keine ausreichenden Sicherheitsvorkehrungen gegen den Zugriff des E auf ihre Daten getroffen hatte. Wie oben geprüft, überschreitet die Tatsache, dass B den Zugriff auf ihren eBay-Account nicht vor dem Zugriff Dritter schützte, noch nicht die Schwelle der Fahrlässigkeit im Sinne einer Sorgfaltspflichtverletzung. Indes kann B auch nicht von jedem denkbaren Vorwurf freigesprochen werden. So wären hier jedenfalls theoretisch Sicherheitsvorkehrungen vorstellbar gewesen, die eine Kenntnisnahme des E von ihren Daten verhindert hätten.

In ähnlich gelagerten Fällen hat der BGH z.B. dem Inhaber eines WLAN-Anschlusses das Verhalten eines Dritten bereits deswegen zugerechnet, weil der Anschlussinhaber seinen Internetzugang nicht ausreichend gesichert hatte (sog. „Halz-band-Entscheidung", NJW 2009, 1960; außerdem RA 2010, 324 = BGHZ 185, 330). Jedoch lag in diesen Fällen kein rechtsgeschäftliches, sondern stets ein deliktisches Verhalten des Dritten vor (z.B. hatte im Fall RA 2010, 324 = BGHZ 185, 330 der Dritte unter der Verwendung des fremden Internetanschlusses unbefugt einen Musiktitel über eine Tauschbörse geladen und gleichzeitig angeboten).

Um der B das Verhalten des E nach diesen Grundsätzen zurechnen zu können, müsste die vorgenannte BGH-Rechtsprechung auf den vorliegenden Fall übertragbar sein:

„[19] (...) Diese für den Bereich der deliktischen Haftung entwickelten Grundsätze lassen sich jedoch nicht auf die Zurechnung einer unter unbefugter Nutzung eines Mitgliedskontos von einem Dritten abgegebenen rechtsgeschäftlichen Erklärung übertragen. Denn während im Deliktsrecht der Schutz absoluter Rechte Vorrang vor den Interessen des Schädigers genießt, ist bei der Abgabe von auf den Abschluss eines Vertrages gerichteten Erklärungen eine Einstandspflicht desjenigen, der eine unberechtigte Nutzung seines passwortgeschützten Mitgliedskontos ermöglicht hat, nur dann gerechtfertigt, wenn die berechtigten Interessen des Geschäftspartners schutzwürdiger sind als seine eigenen Belange (vgl. BGH, Urteil vom 11. März 2009 - I ZR 114/06, aaO Rn. 19). Dies ist nicht schon allein deswegen der Fall, weil der Kontoinhaber bei eBay ein passwortgeschütztes Mitgliedskonto eingerichtet und sich den Betreibern dieser Platt- form zur Geheimhaltung der Zugangsdaten verpflichtet hat (aA Herresthal, aaO S. 708 f.).

[20] Das Gesetz (vgl. §§ 164, 177, 179 BGB [analog]) weist das Risiko einer fehlenden Vertretungsmacht des Handelnden dem Geschäftsgegner und nicht demjenigen zu, in oder unter dessen Namen jemand als Vertreter oder scheinbarer Namensträger auftritt (vgl. Senatsurteil vom 13. Juli 1977 - VIII ZR 243/75, aaO). Eine Durchbrechung dieser Risikozuweisung ist nicht bereits dann gerechtfertigt, wenn der "Vertretene" das Handeln des Dritten bei pflichtgemäßer Sorgfalt hätte erkennen und verhindern können (vgl. Senatsurteil vom 13. Juli 1977 - VIII ZR 243/75, aaO). Vielmehr ist in diesen Fällen für eine Zurechnung der von dem Dritten abgegebenen Erklärungen weiter zu fordern, dass der Geschäftsgegner annehmen durfte, der "Vertretene" kenne und billige das Verhalten des Dritten. Nur unter dieser zusätzlichen Voraussetzung verdient ein vom "Vertretenen" oder Namensträger möglicherweise schuldhaft mit verursachter Rechts- schein im Rechtsverkehr in der Weise Schutz, dass das Handeln des Dritten dem "Vertretenen" zugerechnet wird (Senatsurteil vom 13. Juli 1977 - VIII ZR 243/75, aaO). Ein solcher Vertrauenstatbestand lässt sich - wie oben unter II 1 b cc (2) ausgeführt - jedoch nicht allein da-

raus ableiten, dass den Zugangsdaten eines bei eBay registrierten Mitgliedskontos eine Identifikationsfunktion zukommt (OLG Köln, aaO; OLG Hamm, aaO; LG Bonn, aaO; aA Herresthal, aaO S. 707 ff.).“

3. Zurechnung gem. § 2 Ziff. 9 der AGB

Schließlich ist zu fragen, ob sich B das Verhalten des E aufgrund von § 2 Ziff. 9 der AGB von eBay zurechnen lassen muss:

„[21] Eine Haftung der Beklagten lässt sich schließlich auch nicht aus § 2 Ziffer 9 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen von eBay ableiten. Diese sehen zwar vor, dass Mitglieder grundsätzlich für "sämtliche Aktivitäten" haften, die unter Verwendung ihres Mitgliedskontos vorgenommen werden. Da diese Allgemeinen Geschäftsbedingungen jedoch jeweils nur zwischen eBay und dem Inhaber eines Mitgliedskontos vereinbart sind, kommt ihnen keine unmittelbare Geltung zwischen Anbieter und Bieter zu. Sie können allenfalls für die Auslegung der vor ihrem Hintergrund erfolgten Erklärungen Bedeutung gewinnen. Die vom Ehemann der Beklagten unter ihrem Namen abgegebenen Erklärungen können aber der Beklagten nur über die - vorliegend nicht eingreifenden - Grundsätze der Duldungs- oder der Anscheinsvollmacht zugerechnet wer- den. Eine darüber hinausgehende Haftung könnte die Klausel nur dann begründen, wenn hier- in zugunsten zukünftiger Vertragspartner ein Vertrag zugunsten Dritter nach § 328 BGB oder ein Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte zu sehen wäre (zum Meinungsstand vgl. Borges, aaO S. 3315; vgl. ferner Herresthal, aaO S. 709 f.). Ob dies der Fall ist, bedarf keiner Entscheidung. Denn eine solche in ihrem Umfang unbegrenzte Haftungsverpflichtung des Kontoinhabers gegenüber beliebig vielen potentiellen Auktionsteilnehmern ginge weit über die Rechtsgrundsätze der Rechtsscheinhaftung hinaus und hielte einer Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB nicht stand, da sie bei der gebotenen kundenfeindlichsten Auslegung auch für die Fälle Geltung beanspruchen würde, in denen der Kontoinhaber die unbefugte Nutzung des Mitgliedskontos weder kannte noch diese hätte verhindern können (iE auch Borges, aaO, allerdings ohne AGB-rechtliche Anknüpfung). Die in § 2 Ziffer 9 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen von eBay vorgesehene Haftungsregelung kann daher allenfalls - ähnlich wie dies bei Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Herausgeber von EC-Karten der Fall ist (vgl. hierzu etwa BGH, Urteil vom 5. Oktober 2004 - XI ZR 210/03, BGHZ 160, 308, 312) - eine Einstandspflicht des Kontoinhabers gegenüber dem Plattformbetreiber für diesem entstandene Schäden begründen.“

II. Ergebnis

Die von E abgegebene Willenserklärung ist der B nicht zuzurechnen. Somit ist zwischen B und K kein Schuldverhältnis zustande gekommen. Damit scheidet auch eine Schadensersatzpflicht der B wegen Nichterfüllung aus §§ 280 I, III; § 281 I 1 Var. 1 BGB aus.

B. Anspruch des K gegen B auf Schadensersatz gem. §§ 280 I, 311 II, 214 II BGB (c.ic.)

Ein Anspruch des K gegen B aus culpa in contrahendo setzt voraus, dass zwischen K und B ein vorvertragliches Schuldverhältnis gem. § 311 II BGB zustande gekommen ist. Da B jedoch nicht selbst handelte, kann ein solches Schuldverhältnis nur durch Zurechnung des Verhaltens des E zustande gekommen sein. Wie bereits gezeigt, muss sich B das Verhalten des E jedoch nicht zurechnen lassen. Dies gilt erst recht für eine Stellvertretung durch E gem. § 164 I 1 BGB. Denn ein Schuldverhältnis gem. § 311 II BGB setzt gerade nicht die Abgabe von Willenserklärungen voraus. Die Anwendung von § 164 BGB im Bereich des § 311 II BGB dürfte daher schon rein dogmatisch ausgeschlossen sein.

C. Anspruch des K gegen B auf Schadensersatz gem. § 823 BGB

Schließlich kommt auch kein Anspruch des K gegen B aus § 823 I oder § 823 II BGB in Betracht. K trägt lediglich Vermögenseinbußen vor, die über § 823 I BGB nicht geschützt sind. Schutzgesetze i.S.d. § 823 II BGB, die auf Vermögensschutz abzielen (wie etwa § 263 StGB), sind nicht verletzt.

Standort: § 13 I StGB Problem: Suizid und Garantenpflicht

STA MÜNCHEN I, VERFÜGUNG VOM 30.07.2010
125 JS 11736/09 (NSTZ 2011, 345)

Problemdarstellung:

Die Mutter der Beschuldigten hatte, nachdem sie erfahren hatte, dass sie an Alzheimer-Demenz erkrankt war, den Entschluss gefasst, sich selbst zu töten. Sie hatte insofern Erkundigungen bei Sterbehilfe-Organisationen, Alzheimer-Spezialisten und einem Rechtsanwalt eingeholt und sich dazu entschlossen, ihrem Leben am 28.02.2009 durch die Einnahme tödlicher Medikamente ein Ende zu setzen. Hiervon hatte sie insbesondere ihre Kinder, die Beschuldigten, vorher informiert. Am fraglichen Tage fanden sich die Kinder bei ihrer Mutter ein und warteten im Nebenzimmer, während ihre Mutter nach Einnahme der tödlichen Medikamente einschlief und schließlich verstarb.

Die Staatsanwaltschaft München I hatte zunächst gegen die Beschuldigten insb. wegen Totschlags durch Unterlassen, §§ 212 I, 13 I StGB, ermittelt, weil diese keine Hilfe für ihre Mutter gerufen hatten, nachdem diese die Medikamente eingenommen hatte. Dieses Verfahren stelle die StA dann jedoch gem. § 170 II StPO ein, da sie keinen hinreichenden Tatverdacht gegen die Beschuldigten feststellen konnte. Diese hätten zwar als Kinder der Verstorbenen grundsätzlich eine Garantenstellung zum Schutze von deren Leben innegehabt. Da die Mutter jedoch als Folge eines eigenverantwortlichen Suizids gestorben war, hätte keine entsprechende Garantenpflicht der Beschuldigten zur Durchführung von Rettungshandlungen bestanden.

Prüfungsrelevanz:

Die Tötungsdelikte gehören zu den Tatbeständen, die in beiden Examen immer wieder zu prüfen sind. Gerade Fallkonstellationen aus dem Bereich der Sterbehilfe sind hier immer wieder zu lösen. In zwei aktuellen Urteilen (RA 2010, 505 = NJW 2010, 2963 und RA 2011, 33 = NJW 2011, 161) hatte sich der BGH mit der Frage befasst hatte, unter welchen Voraussetzungen ein Behandlungsabbruch bei einem komatösen Opfer gerechtfertigt sein kann. In der vorliegenden Entscheidung geht es um die Frage, ob eine strafrechtliche Pflicht dahin gehend bestehen kann, einen Suizidenten, der sich selbst eigenverantwortlich töten will, zu retten. Aufgrund der großen politischen und gesellschaftlichen Bedeutung der Sterbehilfe (im engeren und weiteren Sinne) und insb. weil sich die StA München I in der vorliegenden Verfügung letztlich in Widerspruch zur Rechtsprechung des BGH setzt, bietet sich diese als Grundlage von Examenssachverhalten an, auch wenn staatsanwaltschaftliche Verfügungen üblicherweise nicht zu den Entscheidungen gehören, die für Examensaufgaben ausgewertet werden.

Im Rahmen der Beteiligung an einer Selbsttötung stellt sich zunächst die Frage, ob derjenige, der einen Suizid fördert oder einen solchen nicht verhindert, als Täter eines Fremdtötungsdeliktes (ggf. durch Unterlassen) - zumindest gem. § 216 I StGB - bestraft werden kann oder ob es sich hierbei nicht eher um eine Beihilfe (ggf. durch Unterlassen) zur Selbsttötung handelt, die - mangels teilnahmefähiger Haupttat - gar nicht strafbar sein kann. Im Rahmen der insofern erforderlichen Abgrenzung besteht mittlerweile Einigkeit darüber, dass diese über das Kriterium der Tatherrschaft zu erfolgen hat. Dabei ist allenfalls noch streitig, ob das maßgebliche Kriterium insofern die Vornahme der letzen aktiven Handlung ist (so BGHSt 19, 135, 139 f.; Kutzer, NStZ 1994, 110, 112), das Bestehen einer "Quasi-Mittäterschaft" (so Lackner/Kühl, § 216 Rn. 3; Roxin, NStZ 1987, 345, 347) oder die Möglichkeit des Sterbewilligen, selbst die letzte Entscheidung über Leben und Tod zu treffen (so Schönke/Schröder-Eser, § 216 Rn. 11). Im vorliegenden Fall hatte die Mutter der Beschuldigten zumindest bis zu dem Zeitpunkt, in dem sie nach Einnahme der tödlichen Medikamente einschlief, eindeutig die Tatherrschaft inne. Deshalb hätte ein Nichteingreifen der Beschuldigten bis zu diesem Zeitpunkt allenfalls eine - straflose - Beihilfe durch Unterlassen zum Suizid darstellen können. Folgerichtig hatte die StA auch einen hinreichenden Tatverdacht gegen die Beschuldigten für diesen Zeitraum gar nicht erst geprüft.

Nachdem die Mutter jedoch eingeschlafen war, dürfte die Tatherrschaft auf die Beschuldigten übergegangen sein, sodass eine täterschaftliche Strafbarkeit für deren Nicht-Hilfeleisten ab diesem Zeitpunkt durchaus in Betracht kam. Da die Beschuldigten sämtlich Kinder der Verstorbenen und somit grundsätzlich als Garanten zu deren Schutz verpflichtet waren, stellte sich insbesondere die Frage, ob aus der entsprechenden Garantenstellung der Kinder auch die Garantenpflicht resultierte, den eigenverantwortlichen Suizid der Mutter zu verhindern. Der BGH hatte in der Vergangenheit angenommen, dass der Garant jedenfalls ab dem Zeitpunkt, ab dem er (insb. wegen einer Bewusstlosigkeit des Suizidenten) die Tatherrschaft innehat, auch die Pflicht hat, einen eigenverantwortlichen Suizid zu verhindern (BGHSt 2, 150 ; 32, 367, 373 f.; ähnlich SK-Horn, § 212 Rn. 18; § 216 Rn. 14). Das OLG München hingegen hatte in einer vergleichbaren Konstellation eine Garantenpflicht zur Rettung abgelehnt (OLG München, NJW 1987, 2940). In der vorliegenden Entscheidung schließt sich die StA München I der Rechtsauffassung des OLG München an und stellt in-

sofern klar, dass das Fehlen einer entsprechenden Hilfspflicht nicht nur eine Strafbarkeit wegen eines unechten Unterlassungsdelikts ausschließt, sondern auch eine solche wegen § 323c StGB.

Vertiefungshinweise:

❑ Zur Hilfspflicht bei eigenverantwortlicher Selbsttötung: *BGH*St 2, 150; 32, 262; 32, 307; *OLG München*, NJW 1987, 2940; *Engländer*, GA 2010, 15; *Kühl*, JURA 2009, 881; *Lüderssen*, JZ 2006, 689; *Steinhilber*, JA 2010, 430;

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs*: "Drama am See"

Leitsatz (der Redaktion):

Eine Garantenstellung verpflichtet nicht dazu, eine frei verantwortliche Selbsttötung zu verhindern.

Sachverhalt:

Bereits im Jahr 1995 hatte V eine erste schriftliche Patientenverfügung verfasst. Diese wurde in den Folgejahren immer wieder, letztmals am 05.02.2009, durch V bestätigt. Als im Jahr 2005 zunehmend Gedächtnisstörungen auftraen, suchte V verschiedene Nervenärzte auf. Im Jahr 2006 traf sie in Anbetracht ihres Krankheitsbildes die Entscheidung, ihrem Leben selbstbestimmt ein Ende zu setzen, um einen langsamen, demenzbedingten Verfall zu entgehen. Zu diesem Zeitpunkt wurden von ihr erstmals Informationen zur Rechtslage eingeholt und Kontakt zu Sterbehilfe-Organisationen aufgenommen.

Im Jahr 2007 wurde der Verdacht auf Alzheimer-Demenz schließlich bestätigt.

Am 27.07.2007 trat V der Vereinigung EX International – Vereinigung zur Hilfe selbstbestimmten menschenwürdigen Sterbens – bei und traf sich in der Folge mit einem Vertreter dieser Organisation. Am 19.11.2007 tat V ihren Sterbewunsch nochmals schriftlich gegenüber ihren Kindern kund. Im Hinblick auf eine geplante Selbsttötung in der Schweiz in Zusammenarbeit mit oben genannter Organisation traf V im Juli 2008 Vorkehrungen für ihre Bestattung und die Abwicklung ihrer Angelegenheiten nach ihrem Ableben. Nachdem jedoch die Sterbehilfe in der Schweiz nicht durchgeführt wurde, da dort der Geisteszustand der V für noch zu gut befunden wurde, entschloss sich V, zu Hause zu sterben.

Am 11.02.2009 begab sie sich in Begleitung ihrer Tochter B zu verantwortlichen Ärzten der Alzheimer-Ambulanz. Eine psychiatrische Erkrankung konnte dabei nicht festgestellt werden. Im Übrigen wurde über die Beweggründe und die Alternativen zum Sterbevorhaben ausführlich diskutiert. Der Entschluss der V stand jedoch auch nach diesem Gespräch fest. Am 18.02.2009 begab sich V außerdem zur Rechtsberatung bei einem Rechtsanwalt. Auch dieser hatte den Eindruck, dass es sich bei V um eine extrem einsichtige, wache und klare Patientin handelte. Einschränkungen hinsichtlich ihrer Freiverantwortlichkeit waren für den Rechtsanwalt nicht ersichtlich, vielmehr stellte dieser fest, er könne sich niemanden vorstellen, der noch entschlossener, überzeugter, fachlicher, kompetenter und auch emotional klarer und freiverantwortlicher gewesen wäre. Am 27.02.2009 verabschiedete sich die Verstorbene schließlich von den Ärzten der Alzheimer-Ambulanz. Am 25.02.2009 hatte sie sich die für ihre Selbsttötung notwendigen Medikamente selbst auf Grund eigener Verordnung in einer Apotheke besorgt. Den Zeitpunkt für ihre Selbsttötung setzte V auf den 28.02.2009 fest. Auch hierüber informierte sie ihre Kinder, insb. B.

Am Abend dieses Tages kam B in die Wohnung ihrer Mutter. Zunächst unterhielt man sich dort und aß gemeinsam. Sodann nahm V ein Mittel gegen Übelkeit ein. Zirka ½ Stunde später schluckte sie 16 Tabletten des Medikaments „Weimer quin forte" und 45 Tabletten des Medikaments „Luminal". Daraufhin trank man gemeinsam Sekt.

Nach ca. 10 Minuten wurde V müde, putzte sich die Zähne und zog sich ihr Nachthemd an. Anschließend begab sie sich zu Bett. B ging dann zu ihrer Mutter und verabschiedete sich.

Bei geöffneter Tür setzte sich B danach ins Wohnzimmer. Ab und an sah sie nach V, welche innerhalb kürzester Zeit tief und fest eingeschlafen war und ruhig und regelmäßig atmete. Als gegen 0.30 Uhr des 01.03.2009 die Atmung flach und unregelmäßig wurde, setzte sich B an das Bett ihrer Mutter und hielt deren Hand. Gegen 0.41 Uhr wurde aufgrund der fehlenden Atmung und des fehlenden Pulses letztendlich der Tod festgestellt. Versuche, V zu retten, wurden von B nicht unternommen.

Hat B sich dadurch strafbar gemacht, dass sie nach dem Einschlafen der V keine Maßnahmen ergriff, um diese zu retten?

[Bearbeitervermerk: Gehen Sie davon aus, dass der Tod der V mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit hätte verhindert werden können, wenn B rechtzeitig einen Notarzt gerufen hätte.]

Lösung:

A. Strafbarkeit gem. §§ 212 I, 13 I StGB

Dadurch, dass B keine Maßnahmen ergriff, um V zu retten, nachdem diese die tödlich wirkenden Medikamente eingenommen hatte, könnte B sich wegen Totschlags durch Unterlassen zum Nachteil der V gem.

§§ 212 I, 13 I StGB strafbar gemacht haben.

I. Tatbestand

1. Eintritt des tatbestandlichen Erfolgs
V ist tot, der tatbestandliche Erfolg des § 212 I StGB ist somit eingetreten.

2. Nichtvornahme der zur Erfolgsabwendung gebotenen Handlung
B müsste die zur Erfolgsanwendung gebotenen Handlung nicht vorgenommen haben.
Um den Erfolg, also den Tod der V, abzuwenden, wäre es seitens der B geboten gewesen, Hilfsmaßnahmen zu ergreifen, insb. einen Notarzt zu verständigen. Dies hat sie jedoch nicht getan.

3. Physisch-reale Möglichkeit der Handlungsvornahme
Die Vornahme der gebotenen Handlung - Verständigung eines Notarztes - wäre B auch physisch-real möglich gewesen.

4. Hypothetische Kausalität
Das Unterlassen der B müsste auch kausal für den Tod der V gewesen sein.
Ein Unterlassen ist dann kausal für einen Erfolg, wenn die gebotenen Handlung nicht hinzugedacht werden kann, ohne dass der Erfolg mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit entfiele (sog. "hypothetische Kausalität"; BGHSt 48, 77, 93; Fischer, Vor § 13 Rn. 39; Kühl, AT, § 18 Rn. 36).
Hätte B den Notarzt verständigt, so wäre V mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit gerettet worden. Die erforderliche Kausalität liegt somit vor.

5. Garantenstellung und -pflicht
Gem. § 13 I StGB kann sich wegen eines unechten Unterlassungsdelikts nur strafbar machen, wer dafür einzustehen hat, dass der Erfolg nicht eintritt (sog. Garantenstellung). B müsste also eine solche Garantenstellung zum Schutze des Lebens ihrer Mutter V gehabt haben.
Kinder haben als Verwandte gerader Linie grundsätzlich aus §§ 1601, 1618a BGB eine (Beschützer-) Garantenstellung, die sie dazu verpflichtet, insbesondere das Leben ihrer Eltern zu beschützen und deren Tod zu verhindern (BGHSt 19,167; Joecks, § 13 Rn. 23; Lackner/Kühl, § 13 Rn. 10; Schönke/Schröder-Stree, § 13 Rn. 18). Da B die Tocher der V ist, hatte sie somit eine Garantenstellung zum Schutze des Lebens der V.
Fraglich ist jedoch, ob die aus dieser Garantenstellung resultierende Handlungspflicht (die sog. Garantenpflicht) auch eine Verpflichtung der B dahin gehend begründet, einen eigenverantwortlichen Suizid der V zu verhindern.
Hierzu führt die StA München I aus: "2. [3] In vergleichbaren Fällen bejahte der BGH grundsätzlich eine Handlungspflicht des Garanten in dem Sinne, dass er zum Einschreiten, also zur Rettung, verpflichtet sei (vgl. BGHSt 2, 150 ff.). Ähnlich äußerte sich der BGH im sog. 'Wittig'-Fall, in dem er den Willen zum Freitod dem Grundsatz nach für unbeachtlich erklärte (vgl. BGHSt 32, 307 ff.).
[4] Dieser Grundsatz wurde jedoch in der späteren Rechtsprechung relativiert. Der BGH entschied, dass eine eigenverantwortlich gewollte und verwirklichte Selbsttötung nicht den Tatbestand eines Tötungsdelikts unterfalle (vgl. BGHSt 32, 262 ff.). Auch später entschied er, dass er der vorgenannten Entscheidung weiterhin zuneige und einem ernsthaften, freiverantwortlich gefassten Selbsttötungsentschluss eine stärkere rechtliche Bedeutung beimessen wolle (vgl. BGH NJW 1988, 1352). Abschließend geklärt hatte der BGH diese Frage jedoch mangels Entscheidungserheblichkeit dort nicht.
[5] Der frühere Grundsatz, dass eine absolute Rettungspflicht des Garanten bestehe, erfuhr später auch dadurch eine Einschränkung, dass eine Rettungspflicht sowohl nach § 13 StGB wie auch nach§ 323c StGB erst mit der Handlungs- bzw. Bewusstlosigkeit des Suizidenten einsetzen sollte (BGH NJW 1960, 1821 f.). Erst ab diesem Zeitpunkt gehe die Tatherrschaft auf den Garanten über, so dass aus der straflosen Beihilfe zum Selbstmord ein tatherrschaftliches Tötungsdelikt werde.
[6] Auch diese Konstruktion führt jedoch zu unauflösbaren Wertungswidersprüchen: Demnach dürfte ein Angehöriger oder Arzt straflos einen Suizidenten bei der Realisierung seines Tötungsentschlusses unterstützen – etwa indem er Gift besorgt – um dann nach Einnahme des Giftes zur Rettung verpflichtet zu sein.
[7] Vorzugswürdig erscheint deshalb die durch das OLG München im Fall „Hackethal" vertretene Ansicht, wonach bei einer gegebenen Garantenstellung die sich daraus ergebende Garantenpflicht durch den freiverantwortlich gefassten Selbsttötungswillen des Suizidenten eingeschränkt wird (vgl. NJW 1987, 2940 ff.).
3. [8] Entscheidend ist daher der sicher feststellbare oder mutmaßliche Wille des Suizidenten. Einem Angehörigen kann kein strafrechtlicher Vorwurf gemacht werden, wenn er den ernsthaften Todeswillen seines Angehörigen respektiert und nicht sofort bei Verlust der Handlungsfähigkeit und des Bewusstseins ärztliche Hilfe ruft, oder sonstige Rettungsmaßnahmen einleitet.
[9] Auch die neuere Rechtsprechung misst dem Selbstbestimmungsrecht eines Menschen demgemäß höhere Bedeutung bei als früher. Der 12. Zivilsenat des BGH hat insoweit entschieden, dass auch wenn ein Patient einwilligungsunfähig ist und sein Grundlei-

den einen irreversiblen tödlichen Verlauf genommen hat, lebenserhaltende oder lebensverlängernde Maßnahmen unterbleiben müssen, wenn dies einem zuvor – etwa in Form einer sogenannten Patientenverfügung – geäußerten Willen entspricht. Dies folge aus der Würde des Menschen, die es gebiete, sein im einwilligungsfähigen Zustand ausgeübtes Selbstbestimmungsrecht auch dann noch zu respektieren, wenn er zu einer eigenverantwortlichen Entscheidung nicht mehr in der Lage ist (vgl. BGHZ 154, BGHZ Band 154 Seite 205ff.). Dieser Entscheidung lässt sich auch für den strafrechtlichen Bereich entnehmen, dass die freiverantwortlich getroffene Entscheidung eines Menschen auch nach Eintritt der Handlungsunfähigkeit bzw. der Bewusstlosigkeit verbindlich sein soll.
4. [10] Voraussetzung für die Straflosigkeit ist demnach, dass die Entscheidung zum Freitod tatsächlich eigenverantwortlich und im Bewusstsein der vollen Tragweite des Tuns getroffen wurde.
[11] Diesbezüglich ergaben die Ermittlungen, dass die verstorbene Frau im vollem Besitz ihrer geistigen Kräfte ihre Selbsttötung freiverantwortlich plante und schließlich durchführte. [...] Hinweise darauf, dass die Verstorbene durch Dritte in einer Art und Weise beeinflusst wurde, die ihre freiverantwortliche Willensbetätigung ausgeschlossen oder auch nur beeinträchtigt hätte, sind – genauso wenig – wie dafür, dass die Verstorbene sich der Tragweite ihres Tuns nicht bewusst gewesen wäre – vorhanden. Insgesamt ist es bei dieser Sachlage den Beschuldigten als nahe Angehörige nicht zumutbar gewesen, die geäußerte Selbsttötungsabsicht der Mutter durch Rettungsmaßnahme unterlaufen zu müssen."
Eine Garantenpflicht der B zur Verhinderung des Suizides ihrer Mutter V bestand somit nicht.

II. Ergebnis
B ist nicht strafbar gem. §§ 212 I, 13 I StGB.

B. Strafbarkeit gem. § 221 I Nr. 2, III StGB
Dadurch, dass sie keine Maßnahmen zur Rettung der V ergriff, insb. keinen Notarzt verständigte, könnte B sich jedoch wegen Aussetzung mit Todesfolge gem. § 221 I Nr. 2, III StGB zum Nachteil der V strafbar gemacht haben.

I. Tatbestand
Der Tatbestand des Grunddelikts gem. § 221 I Nr. 2 StGB würde es insb. voraussetzen, dass B die V in einer hilflosen Lage im Stich ließ, obwohl sie diese in ihrer Obhut hatte oder ihr sonst beizustehen verpflichtet war.
Die i.R.v. § 221 I Nr. 2 StGB erforderliche Obhuts- oder Beistandspflicht entspricht von den Anforderungen her der für die unechten Unterlassungsdelikte erforderlichen Garantenstellung und -pflicht (BGH, NJW 1993, 6228; Joecks, § 221 Rn. 11 f.; SK-Horn/Wolters, § 221 Rn. 8; Wessels/Hettinger, BT 1, Rn. 202). Da im vorliegenden Fall aber eine Garantenpflicht der B zur Rettung des Lebens der V gerade nicht gegeben war (s.o.), fehlt es somit auch an der für § 221 I Nr. 2 StGB erforderlichen Obhuts- oder Beistandspflicht.

II. Ergebnis
B ist nicht strafbar gem. § 221 I Nr. 2, III StGB.

C. Strafbarkeit gem. § 323c StGB
Durch das Nichtergreifen von Rettungsmaßnahmen könnte sich B allerdings wegen unterlassener Hilfeleistung gem. § 323c StGB strafbar gemacht haben.

Zwar stellt ein eigenverantwortlicher Suizid - wie im vorliegenden Fall - nach h.M. einen Unglücksfall i.S.v. § 323c StGB dar (BGHSt 13, 162, 168 f.; 32, 367, 375; Fischer, § 323c Rn. 5; Wessels/Hettinger, BT 1, Rn. 60). Jedoch entfällt in diesem Fall wegen der Eigenverantwortlichkeit des Verhaltens des Suizidenten nicht nur die Garantenpflicht zur Verhinderung des Todes (s.o.), sondern konsequenterweise auch die Jedermanns-Hilfspflicht aus § 323c StGB (BGH, NStZ 1983, 117; Fischer, § 323c Rn. 5; Joecks, § 323c Rn. 21; SK-Rudolphi/Stein, § 323c Rn. 24).
Eine Strafbarkeit der B gem. § 323c StGB ist somit nicht gegeben.

D. Ergebnis
B hat sich nicht strafbar gemacht.