RA RechtsprechungsAuswertung

Heft 11+12/2011

Öffentliches Recht

Abstrakte Normenkontrolle gegen Umsetzung von Unionsrecht 615
Vorläufiger Rechtsschutz bei Wiedereinsetzung in die Frist der Hauptsache 619
Verhältnismäßigkeit des Abschleppens bei sicherer Rückkehrerwartung 621
Zur Klagebefugnis des Mieters im Baunachbarrecht 624

Zivilrecht

Haftung des Arbeitgebers für Sachschäden am Pkw des Arbeitnehmers 627
Ausgleichsansprüche nach Beendigung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft 631
Zur Transparenz Allgemeiner Geschäftsbedingungen (Überstundenklausel) 635
Kein Rechtsschutzbedürfnis des Untermieters für Vollstreckungserinnerung 639
Erhöhte Anforderungen an die Sorgfaltspflicht des Rechtsanwalts 642

Strafrecht

Zum Vermögensschaden i.S.d. § 263 StGB bei gutgläubigem Erwerb 645
Frist zur Stellung von Beweisanträgen 648
Beweisverwertungsverbot nach Verstoß gegen Richtervorbehalt 651

Urteile in Fallstruktur

Öffentliches Recht: Fünf-Prozent-Hürde bei Europawahlen 656
Zivilrecht: Verbrauchsgüterkauf 662
Strafrecht: Berufswaffenträger 668

JURA INTENSIV Verlags-GmbH & Co. KG

Öffentliches Recht

Standort: Abstrakte Normenkontrolle Problem: Umsetzung von Unionsrecht

BVERFG, BESCHLUSS VOM 4. OKTOBER 2011
1 BVL 3/08 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Das BVerfG hatte sich mit der Frage zu beschäftigen, unter welchen Voraussetzungen ein Instanzgericht (hier: Finanzgericht) einen konkreten Normenkontrollantrag nach Art. 100 GG an das BVerfG richten kann, wenn es sich bei dem zu kontrollierenden Gesetz um die Umsetzung eines EU-Rechtsakts, z.B. einer Richtlinie oder eines Beschlusses (hier noch: einer Entscheidung nach Art. 249 EGV a.F.) handelt.

A. Seit seiner sog. "Solange II"-Entscheidung (BVerfGE 73, 339) vertritt das BVerfG in st. Rspr., dass gegenwärtig durch die Europäische Union ein wirksamer Schutz der Grundrechte gewährleistet ist, der dem Grundrechtsschutz des Grundgesetzes im Wesentlichen gleich zu achten ist. Deshalb übt das BVerfG seine Gerichtsbarkeit über die Verfassungsmäßigkeit von Umsetzungsakten des Unionsrechts in nationales Recht nicht mehr aus; es überprüft dieses Recht mithin nicht mehr am Maßstab der Grundrechte.

B. Diese - zur Verfassungsbeschwerde nach Art. 93 I Nr. 4a GG ergangene - "Solange II"-Entscheidung hat anschließend zwei Relativierungen (oder, wenn man will: Präzisierungen) erfahren:

I. Die Europäische Union selbst könnte ihre Kompetenzen beim Erlass des umzusetzenden EU-Rechtsakts überschritten haben mit der Folge, dass schon die unionsrechtlichen Vorgaben rechtswidrig und in der weiteren Folge für den nationalen Gesetzgeber nicht bindend sind. Diese sog. "ultra-vires"-Kontrolle hat das BVerfG in seiner "Honeywell"-Entscheidung (RA 2010, 559 = EuZW 2010, 828) allerdings auf evidente Verstöße beschränkt. Dass die EU evident ihre Kompetenzen überschreitet, dürfte nur extrem selten anzunehmen sein.

II. Im vorliegenden Fall ging es um die zweite Einschränkung: Nicht selten erlaubt nämlich eine Vorgabe des EU-Rechts dem nationalen Gesetzgeber bei der Umsetzung einen gewissen Spielraum (Klassiker: bei der Umsetzung einer EU-Richtlinie, Art. 288 AEUV). Das BVerfG prüft dann sehr wohl, ob das GG bei der Umsetzung - also innerhalb des von der EU belassenen Spielraums - verletzt worden ist (vgl. z.B. BVerfG, RA 2005, 491 = NJW 2005, 2289 zum europäischen Haftbefehl). Nicht das (infolge unionsrechtlicher Vorgaben bindende) Ziel, immerhin aber der Weg dorthin unterliegen dann also der Prüfung des BVerfG.

C. Übertragen auf eine konkrete Normenkontrolle nach Art. 100 GG bedeutet dies zweierlei:

I. Ein Gericht darf nur vorlegen, wenn dem deutschen Gesetzgeber bei der Umsetzung des Unionsrechts überhaupt ein Spielraum verblieben ist. Herrscht hierüber Unklarheit, müsste zunächst ein Vorabentscheidungsverfahren zum EuGH eingeleitet werden (Art. 267 AEUV), um Klarheit zu schaffen. Darin liegt eine der entscheidenden Aussagen des vorliegenden Beschlusses: Zwar besteht nach Art. 267 AEUV eine *Pflicht* zur Vorlage zum EuGH ausschließlich für *letztinstanzliche* Gerichte. Wenn jedoch unklar ist, ob und inwieweit das Unionsrecht den Mitgliedstaaten einen Umsetzungsspielraum belässt, sind *auch Instanzgerichte* vor einer Vorlage an das BVerfG zur Einleitung eines Vorabentscheidungsverfahrens zum EuGH verpflichtet, wenn sie denn anschließend eine konkrete Normenkontrolle vor dem BVerfG durchführen wollen.

II. Steht fest, dass ein Umsetzungsspielraum besteht, hat das vorlegende Gericht zweitens darzulegen, inwieweit die Umsetzung durch den deutschen Gesetzgeber gegen das Grundgesetz (also z.B. Grundrechte, den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz oder - wie hier - das Rückwirkungsverbot) verstoßen soll.

Prüfungsrelevanz:

A. Die Frage nach dem Bestehen eines Umsetzungsspielraums (oben C.I.) ist in der Zulässigkeit des Normenkontrollantrags, genauer gesagt bei der "Entscheidungserheblichkeit" des vorgelegten Gesetzes i.S.d. Art. 100 I GG zu prüfen. Denn wenn das Unionsrecht umsetzende nationale Gesetz nach den oben skizzierten "Solange II"-Grundsätzen gar nicht am Maßstab des Grundgesetzes zu messen ist, weil kein Umsetzungsspielraum besteht, kann die Frage nach seiner Verfassungsmäßigkeit auch nicht für das Fachgericht entscheidungserheblich sein. Zwar billigt das BVerfG den Fachgerichten insoweit eine gewisse Einschätzungsprärogative zu (schon der Wortlaut des Art. 100 I GG suggeriert, dass nicht das BVerfG, sondern das vorlegende Gericht das Gesetz für entscheidungser-

heblich halten muss); eine solche soll aber - so das BVerfG in der vorliegenden Entscheidung ausdrücklich - gerade nicht für die Frage des Bestehens oder Nichtbestehens eines Umsetzungsspielraums gelten. Diese Ansicht läuft auf eine Vorlagepflicht zum EuGH auch für die Instanzgerichte hinaus, wenn das Bestehen des Umsetzungsspielraums nicht sonnenklar sein sollte. Dass Art. 267 AEUV eine solche Pflicht nur für letztinstanzliche Gerichte vorsieht, bereitet dem BVerfG kein Kopfzerbrechen, denn dass das EU-Recht keine Vorlagepflicht normiere, heiße ja nicht, dass eine solche nicht aus nationalem Recht folgen könne.

Ginge es in einer Klausur - anders als hier, wo eine Kommissionsentscheidung umzusetzen war - um die Umsetzung einer EU-Richtlinie, würde man allerdings im Normalfall vom Bestehen eines gewissen Umsetzungsspielraums ausgehen können, da Art. 288 AEUV diesen ausdrücklich gewährt. Eine Vorabentscheidung des EuGH dürfte also jedenfalls in diesen Fällen trotz der vorliegenden BVerfG-Entscheidung nicht erforderlich sein.

B. Unterstellt, dass ein Umsetzungsspielraum besteht, so wäre die Frage nach dessen verfassungswidriger Ausgestaltung (Verstoß gegen Grundrechte oder Staatsprinzipien, vgl. oben C.II.) schwerpunktmäßig in der Begründetheit zu erörtern. In der Zulässigkeit spielt dieser Aspekt nur im Rahmen der Begründungspflicht des vorlegenden Gerichts nach § 80 II 1 BVerfGG eine Rolle, wobei - anders als in der Praxis, wo das BVerfG auch insoweit strenge Anforderungen stellt - in Examensaufgaben hier in aller Regel kein Problem liegt, weil im Sachverhalt nur vorgegeben sein kann, ob ordnungsgemäß begründet worden ist oder nicht.

Vertiefungshinweise:

❑ Zur "ultra-vires"-Kontrolle von Unionsrecht durch das *BVerfG*: BVerfG, RA 2009, 481 = EuZW 2009, 552 (Lissabon); RA 2010, 559 = EuZW 2010, 828 (Honeywell); vgl. ferner *EuGH*, EuZW 2006, 17 = JuS 2006, 357 = NJW 2005, 3695 (Mangold)

❑ Überprüfung des Umsetzungsspielraums des nationalen Gesetzgebers anhand des Grundgesetzes: *BVerfGE* 125, 260, 308 = RA 2010, 121 (Vorratsdatenspeicherung); *BVerfG*, NJW 2005, 2289 = RA 2005, 491 (Europäischer Haftbefehl)

❑ Anwendungsvorrang des Unionsrechts: Grundlegend *EuGH*, NJW 1978, 1741; ferner *EuGH*, RA 1999, 2355 = NJW 1999, 405; *OVG Münster*, RA 2006, 705 = EuZW 2006, 603

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs:* "Die Umsatzsteuerrichtlinie"

Leitsätze:

1. Die Vorlage eines Gesetzes, das Recht der Europäischen Union umsetzt, nach Art. 100 Abs. I 1 GG an das Bundesverfassungsgericht ist unzulässig, wenn das vorlegende Gericht nicht geklärt hat, ob das von ihm als verfassungswidrig beurteilte Gesetz in Umsetzung eines dem nationalen Gesetzgeber durch das Unionsrecht verbleibenden Gestaltungsspielraums ergangen ist.

2. Das vorlegende Gericht muss hierfür gegebenenfalls ein Vorabentscheidungsverfahren zum Europäischen Gerichtshof nach Art. 267 I AEUV einleiten, unabhängig davon, ob es ein letztinstanzliches Gericht ist.

Sachverhalt:

Das Investitionszulagengesetz (InvZulG) regelt die Zahlung einer staatlichen Subvention (Investitionszulage) für bestimmte betriebliche Investitionen in Berlin und den neuen Bundesländern. Im Mai 1998 entschied die Europäische Kommission, dass nationale Beihilferegelungen mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar seien, die dem von der Kommission zuvor bestimmten Gemeinschaftsrahmen und den zugleich festgelegten zweckdienlichen Maßnahmen zur Verarbeitung und Vermarktung landwirtschaftlicher Erzeugnisse zuwiderliefen. Danach sind bestimmte Investitionen in landwirtschaftliche Betriebe, unter anderem in Müllereibetriebe, von der Förderung ausgeschlossen. Deutschland wurde in der am 2. Juli 1998 zugestellten Entscheidung aufgegeben, seine Beihilferegelungen binnen zwei Monaten entsprechend zu ändern oder aufzuheben. Die Vorgabe wurde durch die am 24. Dezember 1998 in Kraft getretene Neuregelung in § 2 Satz 2 Nr. 4 InvZulG umgesetzt. Nicht begünstigt waren danach bestimmte Wirtschaftsgüter im Bereich der Verarbeitung und Vermarktung landwirtschaftlicher Erzeugnisse, die nach dem 2. September 1998 angeschafft oder hergestellt worden waren.

Die Klägerin des Ausgangsverfahrens unterhält einen Mühlenbetrieb in den neuen Bundesländern. Auf der Grundlage der Neuregelung versagte ihr das Finanzamt die Gewährung einer Investitionszulage für Investitionen in Höhe von 3,9 Millionen DM mit der Begründung, diese seien erst nach dem 2. September 1998 durchgeführt worden. Mit ihrer hiergegen erhobenen Klage macht die Klägerin im Wesentlichen einen Verstoß gegen das verfassungsrechtliche Rückwirkungsverbot geltend. Die betreffenden Investitionsentscheidungen seien bereits vor dem 3. September 1998 und damit auch vor Verkündung der Neuregelung getroffen worden.

Das Finanzgericht hat dem BVerfG die Frage zur Prüfung vorgelegt, ob die Regelung in § 2 Satz 2 Nr. 4 InvZulG mit dem rechtsstaatlichen Rückwirkungsverbot vereinbar ist.

Aus den Gründen:

[43] Die Vorlage ist unzulässig, weil das vorlegende Gericht nicht hinlänglich geklärt hat, ob die dem Bundesverfassungsgericht zur Prüfung vorgelegte Norm des Investitionszulagengesetzes 1996 auf einer den deutschen Gesetzgeber bindenden Vorgabe des Gemeinschaftsrechts beruht, und im Hinblick hierauf die Entscheidungserheblichkeit der Vorlagefrage nicht hinreichend dargetan hat.

[44] Legt ein Gericht dem Bundesverfassungsgericht eine Norm vor, die in Umsetzung von Rechtsakten der Europäischen Union ergangen ist, ist diese Vorlage wegen der vom Bundesverfassungsgericht in solchen Fällen praktizierten Zurücknahme der Ausübung seiner Gerichtsbarkeit entscheidungserheblich, wenn das Gesetz in Ausfüllung eines nationalen Umsetzungsspielraums ergangen ist. Ob das Unionsrecht im jeweiligen Streitfall einen derartigen Umsetzungsspielraum lässt, hat das Fachgericht zu klären und sich mit den dabei auftretenden Fragen hinreichend substantiiert auseinanderzusetzen.

A. Entscheidungserheblichkeit, Art. 100 I GG

[45] Ein Gesetz, das Unionsrecht umsetzt, kann nur dann dem Bundesverfassungsgericht nach Art. 100 Abs. 1 Satz 1 GG zur Entscheidung über seine Verfassungsmäßigkeit vorgelegt werden, wenn es der Prüfung durch das Bundesverfassungsgericht unterliegt. Solange und soweit das Bundesverfassungsgericht seine Prüfung von Unionsrecht und von zwingendes Unionsrecht umsetzendem nationalem Recht am Maßstab des Grundgesetzes zurücknimmt, ist die Frage der Vereinbarkeit des Gesetzes mit dem Grundgesetz nicht entscheidungserheblich, da sie weder vom Bundesverfassungsgericht noch vom Vorlagegericht zu beantworten ist. Die Vorlage eines Gesetzes an das Bundesverfassungsgericht ist in einem solchen Fall unzulässig. Das Fachgericht hat daher vor einer Vorlage nach Art. 100 I 1 GG zu klären, ob das Unionsrecht dem nationalen Gesetzgeber einen die verfassungsgerichtliche Prüfung ermöglichenden Spielraum belässt.

I. Prüfungskompetenz des BVerfG bei der Umsetzung von EU-Rechtsakten (Solange II)

[46] Über die Anwendbarkeit von Unionsrecht in der Bundesrepublik Deutschland, das als Rechtsgrundlage für ein Verhalten deutscher Gerichte und Behörden in Anspruch genommen wird, übt das Bundesverfassungsgericht - jenseits des hier nicht in Rede stehenden Ultra-vires- und Verfassungsidentitätsvorbehalts (vgl. dazu BVerfGE 123, 267 [353 f.]; 126, 286 [302 f.]) - seine Gerichtsbarkeit nicht mehr aus und überprüft dieses Recht mithin nicht am Maßstab der Grundrechte des Grundgesetzes, solange die Europäische Union einen wirksamen Schutz der Grundrechte gegenüber der Hoheitsgewalt der Union generell gewährleistet, der dem vom Grundgesetz jeweils als unabdingbar gebotenen Grundrechtsschutz im Wesentlichen gleich zu achten ist, zumal den Wesensgehalt der Grundrechte generell verbürgt (vgl. BVerfGE 73, 339 [387]; 102, 147 [162 ff.]; 118, 79 [95]). Dies gilt auf der Grundlage von Art. 23 Abs. 1 GG nicht nur für Verordnungen, sondern auch für Richtlinien nach Art. 288 Abs. 3 AEUV und an die Bundesrepublik Deutschland gerichtete Beschlüsse der Kommission nach Art. 288 Abs. 4 AEUV (früher: Entscheidungen der Kommission nach Art. 249 Abs. 4 EGV). Auch eine innerstaatliche Rechtsvorschrift, die eine Richtlinie oder einen Beschluss in deutsches Recht umsetzt, wird insoweit nicht an den Grundrechten des Grundgesetzes gemessen, als das Unionsrecht keinen Umsetzungsspielraum lässt, sondern zwingende Vorgaben macht (vgl. BVerfGE 118, 79 [95 f.]; 125, 260 [306 f.]).

II. Bestehen eines Umsetzungsspielraums ggf. durch den EuGH zu klären

[47] Stellt sich einem Fachgericht die Frage der Vereinbarkeit eines für sein Verfahren entscheidungserheblichen, aus dem Unionsrecht abgeleiteten Gesetzes mit den Grundrechten, ist es daher zunächst seine Aufgabe - gegebenenfalls durch eine Vorlage an den Gerichtshof der Europäischen Union (im Folgenden: Europäischer Gerichtshof) nach Art. 267 Abs. 1 AEUV - zu klären, ob das Unionsrecht dem deutschen Gesetzgeber einen Umsetzungsspielraum belässt. Erst wenn dies feststeht, kann das den Umsetzungsspielraum ausfüllende Gesetz der Prüfung seiner Verfassungsmäßigkeit durch das Bundesverfassungsgericht unterliegen und damit eine Vorlage an das Bundesverfassungsgericht in Betracht kommen.

III. Vorlagepflicht auch für Instanzgerichte

[48] Die Pflicht des vorlegenden Gerichts zur Klärung der Verbindlichkeit der unionsrechtlichen Vorgaben für den deutschen Gesetzgeber folgt aus dem Erfordernis der Entscheidungserheblichkeit. Eine Vorlage gemäß Art. 100 Abs. 1 Satz 1 GG ist nur zulässig, wenn sie für die Entscheidung des Ausgangsverfahrens entscheidungserheblich ist. Insofern muss zum einen das vorgelegte Gesetz für das von dem vorlegenden Gericht zu entscheidende Verfahren entscheidungserheblich sein. Da das Bundesverfassungsgericht nur mit für das Ausgangsverfahren Entscheidungserheblichem befasst werden soll, setzt die Vorlage eines vom Gericht als verfassungswidrig beurteilten Gesetzes zum anderen voraus, dass das Bundesverfassungsgericht über die aufgeworfene Verfassungsrechtsfrage entscheiden kann. Letzteres ist nicht der Fall, wenn das Bundesverfassungsgericht sich mit Rücksicht auf der Europäischen Union übertragene Hoheitsrechte einer

Prüfung des deutschen Umsetzungsrechts am Maßstab des Grundgesetzes enthält. Dann vermag die Vorlage an das Bundesverfassungsgericht nichts zur Lösung des Ausgangsfalls beizutragen; das Ergebnis einer solchen Vorlage ist nicht entscheidungserheblich. [...]

1. Kein Widerspruch zu Art. 267 AEUV

[51] Eine Pflicht zur Vorlage zum Europäischen Gerichtshof besteht nach Unionsrecht ausschließlich für letztinstanzliche Gerichte, deren Entscheidungen selbst nicht mehr mit Rechtsmitteln des nationalen Rechts angefochten werden können (Art. 267 Abs. 3 AEUV). [...]

[52] Auch Instanzgerichte sind allerdings zu einer Klärung unionsrechtlicher Fragen durch eine Vorabentscheidung beim Europäischen Gerichtshof verpflichtet, wenn unklar ist, ob und inwieweit das Unionsrecht den Mitgliedstaaten einen Umsetzungsspielraum belässt, sofern Anlass zur Vorlage des nationalen Umsetzungsrechts wegen Unvereinbarkeit mit dem Grundgesetz nach Art. 100 Abs. 1 Satz 1 GG besteht.

[53] Dass Art. 267 Abs. 2 AEUV den nicht letztinstanzlichen nationalen Gerichten aus unionsrechtlicher Sicht insofern einen größeren Entscheidungsspielraum einräumt, widerspricht dem nicht, weil die hier in Rede stehende Vorlagepflicht ihre Grundlage im Vorbehalt der Entscheidungserheblichkeit nach Art. 100 Abs. 1 Satz 1 GG (s.o. aa) und damit im nationalen Verfassungsprozessrecht findet.

2. Kein Widerspruch zu Art. 100 GG

[57] Für die Beurteilung der Entscheidungserheblichkeit der Vorlagefrage im Rahmen einer konkreten Normenkontrolle ist grundsätzlich die Rechtsauffassung des vorlegenden Gerichts maßgebend, sofern diese nicht offensichtlich unhaltbar ist (vgl. BVerfGE 2, 181 [190 f., 193]; 88, 187 [194]; 105, 61 [67]). Dies folgt aus der in erster Linie den Fachgerichten vorbehaltenen Aufgabe zur Auslegung und Anwendung des einfachen Rechts wie auch des Unionsrechts.

[58] Für die Frage nach der Entscheidungserheblichkeit einer Vorlage, die Unionsrecht umsetzendes nationales Recht zum Gegenstand hat, ist eine so weitgehende Zurücknahme der Kontrolle der Rechtsauffassung des vorlegenden Gerichts jedoch nicht gerechtfertigt. [Dem BVerfG] steht insoweit vielmehr ein weitergehendes Überprüfungsrecht zu (vgl. BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 19. Juli 2011 - 1 BvR 1916/09 -, juris, Rn. 90). Andernfalls hätte es das Fachgericht in der Hand, auch mit einer nicht überzeugend begründeten Annahme eines dem nationalen Gesetzgeber verbleibenden Umsetzungsspielraums eine inhaltliche Prüfung durch das Bundesverfassungsgericht zu veranlassen, sofern sie sich nur nicht als offensichtlich unhaltbar erweist.

3. Kein Widerspruch zu Art. 101 I 2 GG

[59] Dem steht nicht entgegen, dass das Bundesverfassungsgericht das Unterlassen einer Vorlage zum Europäischen Gerichtshof durch ein letztinstanzliches Gericht im Rahmen einer auf einen Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG gestützten Verfassungsbeschwerde lediglich auf eine unhaltbare Handhabung der Vorlagepflicht nach Art. 267 Abs. 3 AEUV kontrolliert (vgl. zuletzt BVerfGE 126, 286 [315 ff.]; BVerfG, Beschlüsse des Ersten Senats vom 25. Januar 2011 - 1 BvR 1741/09 -, NJW 2011, S. 1427 [1431] [Tz. 104 f.] und vom 19. Juli 2011 - 1 BvR 1916/09 -, juris, Rn. 98). Denn in jenen Fällen geht es nicht um die Entscheidung über die Ausübung der verfassungsgerichtlichen Prüfung bei einer Normenkontrolle, sondern um die auch sonst nur in weiten Grenzen überprüfte Handhabung des Prozessrechts durch die Gerichte im Hinblick auf die Wahrung des gesetzlichen Richters.

B. Begründungspflicht, § 80 II 1 BVerfGG

[60] Mit der Pflicht des Gerichts, vor der Vorlage eines Unionsrecht umsetzenden Gesetzes an das Bundesverfassungsgericht die Verbindlichkeit der unionsrechtlichen Vorgaben zu klären, korrespondiert eine entsprechende Darlegungspflicht im Rahmen der Vorlage.

[61] Gemäß Art. 100 Abs. 1 Satz 1 GG in Verbindung mit § 80 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG muss das vorlegende Gericht darlegen, inwiefern seine Entscheidung von der Vorlage abhängt und dass das Gericht die gebotene Prüfung der Entscheidungserheblichkeit vorgenommen hat. Nach ständiger Rechtsprechung muss dem Beschluss mit hinreichender Deutlichkeit zu entnehmen sein, dass und aus welchen Gründen das Gericht bei der Gültigkeit der Vorschrift zu einem anderen Ergebnis kommen würde als im Fall ihrer Ungültigkeit (vgl. BVerfGE 86, 71 [77]; 88, 187 [194]; 105, 48 [56]; 105, 61 [67]). Das vorlegende Gericht muss im Hinblick auf die Entscheidungserheblichkeit der Vorlagefrage den verfassungsrechtlichen Prüfungsmaßstab nennen und die für seine Überzeugung von der Verfassungswidrigkeit maßgebenden Erwägungen nachvollziehbar und umfassend darlegen (vgl. BVerfGE 86, 71 [77 f.]; 88, 70 [74]; 88, 187 [194]; BVerfGK 14, 429 [432]). Dabei muss das Gericht auf naheliegende tatsächliche und rechtliche Gesichtspunkte eingehen. Insbesondere kann es erforderlich sein, die Gründe zu erörtern, die im Gesetzgebungsverfahren als für die gesetzgeberische Entscheidung maßgebend genannt worden sind (vgl. BVerfGE 86, 71 [77 f.]; BVerfGK 14, 429 [432]).

[62] Diese Maßstäbe gelten entsprechend für die Pflicht des Gerichts, seine - womöglich ohne Einleitung eines Vorabentscheidungsersuchens gewonnene - Annahme darzulegen, dass das einschlägige Unions-

recht dem nationalen Gesetzgeber in der in Streit stehenden Frage einen Umsetzungsspielraum belässt. Auch diesbezüglich hat es mit hinreichender Deutlichkeit die Gründe dafür aufzuzeigen, dass die Vorlage des Gesetzes entscheidungserheblich ist.

C. Subsumtion

[63] Das Finanzgericht hat die Entscheidungserheblichkeit der Vorlage schon nicht ausreichend dargelegt. Zudem hätte es durch ein Vorabentscheidungsersuchen an den Europäischen Gerichtshof klären lassen müssen, ob der Gesetzgeber bei Umsetzung der unionsrechtlichen Vorgaben einen Spielraum zu weitergehenden Übergangsregelungen hatte. [wird ausgeführt]

Standort: § 80 V 1 VwGO — Problem: Rechtsschutzinteresse

OVG MÜNSTER, BESCHLUSS VOM 24.05.2011
14 B 391/11 (NVwZ-RR 2011, 753)

Problemdarstellung:

Der Antrag auf Anordnung oder Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung eines Widerspruchs oder einer Anfechtungsklage gegen einen belastenden Verwaltungsakt nach § 80 V 1 VwGO ist selbst grundsätzlich nicht fristgebunden. Jedoch setzt er - wie alle gerichtlichen Anträge - das Bestehen eine allgemeinen Rechtsschutzinteresses voraus. Dieses besteht in aller Regel nicht, wenn der Antragsteller den streitgegenständlichen Verwaltungsakt hat bestandskräftig werden lassen, denn dann steht seine Vollstreckbarkeit fest, und es ist nicht (mehr) einzusehen, warum das Gericht diese einstweilen suspendieren sollte. Mittelbar wirkt sich eine Versäumung der Widerspruchs- und Klagefristen der §§ 70, 74 VwGO also doch auf den Antrag nach § 80 V VwGO aus.

Doch wie ist zu verfahren, wenn der Antragsteller zwar den streitgegenständlichen Verwaltungsakt hat bestandskräftig werden lassen, im Hauptsacheverfahren aber einen Wiedereinsetzungsantrag nach § 60 VwGO gestellt hat, über den noch nicht entschieden wurde? Nach h.M., der sich vorliegend auch das OVG Münster anschließt, kann ihm dann das allgemeine Rechtsschutzinteresse für einen Antrag nach § 80 V 1 VwGO nicht abgesprochen werden, sofern der Wiedereinsetzungsantrag in der Hauptsache mit überwiegender Wahrscheinlichkeit Erfolg haben wird.

Prüfungsrelevanz:

Dass die Fristen der §§ 70, 74 VwGO sich mittelbar auf den Antrag nach § 80 V 1 VwGO auswirken, hat sich mittlerweile bis zu den Justizprüfungsämtern herumgesprochen. Jedenfalls ist in letzter Zeit eine gewisse Häufung von Klausuren zu verzeichnen, in denen inzidenter in der Zulässigkeit des Aussetzungsantrags die Fristwahrung in der Hauptsache zu problematisieren war. Diese ist ggf. natürlich mit aller Sorgfalt zu prüfen, d.h. z.B. im Hinblick auf Drei-Tages-Fiktionen nach § 4 VwZG oder § 41 II VwVfG, Sonn- und Feiertagsregelungen wie §§ 57 II VwGO i.V.m. 222 II ZPO, Probleme mit der Rechtsbehelfsbelehrung nach § 58 II VwGO usw.

Ist nach dieser sorgfältigen Prüfung die Frist in der Hauptsache tatsächlich verstrichen, aber ein Wiedereinsetzungsantrag gestellt worden, gewinnt die vorliegende Entscheidung Bedeutung.

Vertiefungshinweise:

❑ Zur Wiedereinsetzung bei überholender Kausalität: *OVG Berlin-Brandenburg*, RA 2010, 312 = NVwZ-RR 2010, 376; *BVerfGE* 93, 99, 115 f.; *BVerwG* VwRR BY 2000, 235; NVwZ 2007, 3797; *BGH* NJW 2007, 2778

❑ Unverschuldetes Hindernis bei § 60 VwGO: *BVerwG* NVwZ-RR 2010, 36

❑ Wiedereinsetzung bei Versäumung der Berufungszulassungsantragsfrist: *VGH München* NVwZ-RR 2009, 901

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs:* "Schiefe Schieferplatten"

Leitsatz:

Zur Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes gegen einen bestandskräftigen Verwaltungsakt im Hinblick auf die Möglichkeit der Wiedereinsetzung in versäumte Frist für Anfechtungsklage.

Sachverhalt:

Die Ast. und ihre Stiefmutter begaben sich nach dem Tode des Vaters bzw. Ehemannes zu einem Bestattungsunternehmen. Dort wurde die Bestattung in Auftrag gegeben. Das Unternehmen reichte einen schriftlichen Bestattungsauftrag auf einem Formblatt bei der Ag., der Stadt als Friedhofsträgerin, ein, nach dem die Ast. die Bestattung in Auftrag gegeben habe und auch Bescheidempfängerin sein solle. Die Einzelheiten des Zustandekommens des Formblatts sowie die Frage, ob die Ast. oder ihre Stiefmutter den Auftrag unterzeichnet hat, sind streitig. Die Ag. erließ gegenüber der Ast. einen Bescheid über die Friedhofsgebühren, den diese nach Ablauf der Klagefrist unter Beantragung der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand anfocht. Das

VG hat dem Antrag auf Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes gegen die Vollziehung des Gebührenbescheides stattgegeben, indem es die aufschiebende Wirkung der Klage anordnete. Die von der Ag. dagegen erhobene Beschwerde blieb erfolglos.

Aus den Gründen:

Der erstinstanzliche Antrag der Ast., die aufschiebende Wirkung der Klage gegen den Gebührenbescheid der Ag. vom 18. 11. 2011 anzuordnen, ist zulässig.

A. Grundsatz: Allgemeines Rechtsschutzinteresse am Antrag nach § 80 V 1 VwGO entfällt mit Bestandskraft des Verwaltungsakts

Allerdings ist infolge der Verfristung der Klage der Gebührenbescheid bestandskräftig geworden. Das führt grundsätzlich zur Unzulässigkeit eines Antrags nach § 80 V VwGO (vgl. Puttler, in: Sodan/Ziekow, VwGO, 3. Aufl., § 80 Rdnr. 129; Schoch, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/ Pietzner, VwGO, Loseblslg. Stand: Mai 2010, § 80 Rdnr. 311).

B. Streitig, ob Ausnahme bei Wiedereinsetzung in den vorigen Stand

Das hindert aber die Zulässigkeit des Antrags nicht in jedem Falle, da die Bestandskraft durch Wiedereinsetzung in den vorigen Stand hinsichtlich der versäumten Klagefrist beseitigt werden kann (§ 60 VwGO). Allerdings tritt diese Wirkung erst mit Gewährung der Wiedereinsetzung ein, so dass die Bestandskraft des angefochtenen Verwaltungsakts zur Zeit unbestreitbar ist und somit in Betracht kommt, einstweiligen Rechtsschutz nur im Wege einer einstweiligen Anordnung nach § 123 VwGO zu gewähren (so für den automatischen Suspensiveffekt nach § 80 I VwGO: Finkelnburg/Dombert/Külpmann, Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsstreitverfahren, 5. Aufl., Rdnr. 651; a.A. Kopp/Schenke, VwGO, 16. Aufl., § 80 Rdnr. 50), die es auch in dieser Konstellation jedenfalls für erwägbar halten, Rechtsschutz nach § 80 V VwGO zu gewähren).

C. Stellungnahme des OVG Münster

Hier ist gegenüber einer einstweiligen Anordnung grundsätzlich gem. § 123 V VwGO vorrangiger Rechtsschutz nach § 80 V VwGO zu gewähren.

I. Vorrang des Aussetzungsverfahrens

In der Hauptsache ist zur Beseitigung des durch den Gebührenbescheid erfolgten Eingriffs eine Anfechtungsklage zu erheben, was schon allein für Rechtsschutz nach § 80 V VwGO spricht (vgl. zur Abgrenzung der beiden Institute: Puttler, in: Sodan/Ziekow, VwGO, 3. Aufl., § 123 Rdnr. 28; Eyermann/Happ, VwGO, 13. Aufl., § 123 Rdnr. 9).

Speziell bei dem hier in Rede stehenden Fall eines gem. § 80 II Nr. 1 VwGO ohnehin auch vor Bestandskraft vollziehbaren Verwaltungsakts wäre es gekünstelt, in der Zeit bis zur Wiedereinsetzung für den vorläufigen Rechtsschutz die Maßstäbe der einstweiligen Anordnung anzulegen, aber nach Gewährung der Wiedereinsetzung Rechtsschutz nach Maßgabe des § 80 V VwGO zu gewähren. Vielmehr ist der Wiedereinsetzungsmöglichkeit und damit dem möglichen Wegfall der Bestandskraft im Rahmen der zu treffenden gerichtlichen Entscheidung, ob die Vollziehung ausgesetzt werden soll, Rechnung zu tragen.

II. Allerdings gewisse Wahrscheinlichkeit einer positiven Wiedereinsetzungsentscheidung erforderlich

Das VG hat dabei zu Recht für diese Frage der Zulässigkeit des Antrags trotz eingetretener Bestandskraft des Verwaltungsakts denselben Maßstab überwiegender Wahrscheinlichkeit angelegt, wie er für die Begründetheit des Antrags anzulegen ist, ob nämlich ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit des angegriffenen Verwaltungsakts entsprechend § 80 IV 3 VwGO im Sinne einer überwiegenden Wahrscheinlichkeit bestehen.

III. Subsumtion

Eine solche überwiegende Wahrscheinlichkeit der Beseitigung der eingetretenen Bestandskraft durch Wiedereinsetzung in den vorigen Stand im Hauptsacheverfahren besteht. Der Senat braucht nicht zu entscheiden, ob er im Gegensatz zum VG voraussichtlich keine Wiedereinsetzung gewähren würde. Das ist nämlich unerheblich. Erheblich ist alleine die Prognose, ob der Ast. mit überwiegender Wahrscheinlichkeit Wiedereinsetzung gewährt werden wird. Es widerspräche dem Rechtsgedanken des § 60 V VwGO, der die Gewährung der Wiedereinsetzung für unanfechtbar erklärt, wenn das Rechtsmittelgericht im Hauptsacheverfahren zwar an die Wiedereinsetzung durch das VG gebunden wäre, im parallelen Nebenverfahren des einstweiligen Rechtsschutzes aber dessen positive Beurteilung der Wiedereinsetzung ohne Weiteres durch eine negative Beurteilung des Rechtsmittelgericht ersetzen könnte. Vielmehr hat es sich auf die Prognose zu beschränken, ob das VG auch angesichts des Beschwerdevorbringens voraussichtlich Wiedereinsetzung gewähren wird und ob – falls dies zu verneinen ist – dann das BeschwGer. voraussichtlich Wiedereinsetzung gewähren würde.

Mit überwiegender Wahrscheinlichkeit wird das VG Wiedereinsetzung gewähren. Es hat diese Absicht im angegriffenen Beschluss angekündigt, und es ist nicht zu erwarten, dass es auf Grund des Vorbringens der Ag. im Beschwerdeverfahren seine Auffassung ändern wird. [wird ausgeführt]

Standort: Abschleppen von KfZ Problem: Verhältnismäßigkeit

OVG HAMBURG, URTEIL VOM 08.06.2011
5 BF 124/08 (DVBL 2011, 1114 L)

Problemdarstellung:

Das OVG Hamburg hatte sich mit der Frage zu beschäftigen, ob das Abschleppen eines KfZ verhältnismäßig ist, wenn sicher mit einer baldigen Rückkehr des Falschparkers zu seinem Fahrzeug und demzufolge mit einer baldigen freiwilligen Beendigung des Parkverstoßes zu rechnen ist (im Fall hatte eine Mutter angegeben, sie wolle "nur eben ihr Kind im Kindergarten abgeben"). Das OVG verneint die Frage im Ergebnis, wenn nicht besondere Umstände (Rettungsweg verstellt etc.) hinzu treten.

A. Das OVG Hamburg hatte sich schon früher als besonders falschparkerfreundlich hervorgetan. In einer vielbeachteten Entscheidung von 2001 (OVG Hamburg, RA 2001, 691 = NJW 2001, 3647) hatte es entschieden, dass vor Einleitung des Abschleppvorgangs seitens des Amtswalters ein Anruf beim Fahrer erfolgen und fünf Minuten zugewartet werden muss, wenn dieser in seinem Fahrzeug einen Zettel mit Mobilfunknummer und Aufenthaltsort hinterlassen hat. Bei einem Anruf handle es sich im Vergleich zum Abschleppen um ein milderes und sogar noch effektiveres, schnelleres Mittel. Einschränkend wies das Gericht allerdings darauf hin, dass es sich nicht um einen vorrätig gehaltenen Zettel handeln dürfe ("Komme sofort, Handynummer [...]"), sondern dieser erkennen lassen müsse, dass er für den konkreten Einzelfall angefertigt worden sei, er insbesondere den Aufenthaltsort des Fahrers erkennen lassen müsse, da für den Amtswalter sonst nicht hinreichend sicher erkennbar sei, ob der Falschparker innerhalb von fünf Minuten überhaupt zu seinem KfZ zurückkehren könne.

B. Im vorliegenden Fall hatte der Polizeibeamte - wohl in Kenntnis dieser Rechtsprechung - mehr als fünf Minuten zugewartet, bevor er abschleppen ließ. Jedoch entschied das OVG Hamburg dennoch zugunsten der Falschparkerin. Anders als beim abwesenden Falschparker, der nur einen Hinweiszettel hinterlasse, sei die Falschparkerin hier ja zunächst anwesend gewesen. Für den Polizisten war nach dem Gespräch mit ihr klar, dass sie nur ihr Kind in den Kindergarten bringen und danach zu ihrem Fahrzeug zurückkehren werde. Dieses im Vergleich zu einem hinterlassenen Zettel höhere Maß an Sicherheit der Rückkehr hätte ein längeres Zuwarten geboten, meint das Gericht.

Prüfungsrelevanz:

Dass Abschleppfälle zu den beliebtesten Prüfungsmaterien überhaupt gehören, ist allgemein bekannt. Deshalb sind Kenntnisse bis ins Detail in diesem Bereich unerlässlich. Das OVG Hamburg fügt der Vielzahl problematischer Abschleppvorgänge (vgl. Vertiefungshinweise) eine weitere Facette hinzu. Allerdings sollte man die Ausführungen des Gerichts nicht kritiklos übernehmen:

A. Die Annahme, ein längeres Abwarten (oder überhaupt ein Abwarten) sei hier geboten gewesen, gibt zu denken, denn es lag ja sogar ein vorsätzlicher Parkverstoß vor. Man könnte meinen, dass jedenfalls in solchen Fällen schon aus spezialpräventiven Gründen ein Abschleppen gerechtfertigt sein könnte. Ferner könnte man an Generalprävention denken, denn wenn sich herumspräche, dass man gegenüber einem Polizeibeamten ruhig erwidern könne, man wolle jetzt im Halteverbot stehen bleiben, ohne befürchten zu müssen, abgeschleppt zu werden, würde dies Parkverstößen Tür und Tor öffnen.

B. Das OVG hat damit zwar kein Problem: Präventionsgesichtspunkte könnten nichts daran ändern, dass das Abschleppen unverhältnismäßig gewesen sei, meint das Gericht im 2. Leitsatz.

C. Mit diesen Ausführungen setzt sich das OVG Hamburg - ohne dies auch nur mit einem Wort zu erwähnen - allerdings in völligen Widerspruch zum BVerwG, das dem OVG Hamburg schon in einem Revisionsverfahren aus dem Jahre 2002 ins Gebetbuch geschrieben hatte, dass Abschleppmaßnahmen sehr wohl aus präventiven Motiven heraus gerechtfertigt werden können. Wörtlich heißt es in dieser BVerwG-Entscheidung: "Im Übrigen kann nicht zweifelhaft sein und bedarf nicht erst eines in einem Revisionsverfahren gewonnenen Erkenntnisses, dass eine regelmäßige Abschlepppraxis in zulässiger Weise auch spezial- und generalpräventive Zwecke verfolgen darf." (BVerwG, RA 2002, 689 = DVBl 2002, 1560).

Man fragt sich, ob der 5. Senat des OVG Hamburg dieses Urteil des BVerwG nicht gelesen hat, oder ob er es bewusst ignoriert. Die Ausführungen zur Unzulässigkeit präventiver Motive beim Abschleppen mögen dem OVG jedenfalls im Hinblick auf die richterliche Unabhängigkeit gestattet sein, werden revisionsrechtlich aber aller Voraussicht nach keinen Bestand haben.

Vertiefungshinweise:

❑ Urteilsbesprechung: *Klüver*, DVBl 2011, 1247

❑ Wartezeit für Abschleppen nach zunächst legalem Parken: *VGH Mannheim*, RA 2008, 136 = NJW 2007, 2058 (3 Tage genug); NJW 1991, 1698 (2 Tage zu kurz); VBlBW 2004, 29 (11 Tage genug); *OVG Münster*, NVwZ-RR 1996, 59 (2 Tage genug); *VGH Kassel*,

NJW 1997, 1023 (3 Werktage genug); *OVG Hamburg*, DÖV 1995, 783 (3 Werktage und ein Feiertag genug)

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

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs:* "Das mobile Halteverbot"

❑ *Examenskurs:* "Die defekte Parkuhr"

Leitsätze:

1. Ist aufgrund der konkreten Umstände des Einzelfalls sicher, dass der Fahrer eines verkehrsordnungswidrig abgestellten Fahrzeugs in Kürze die Störung/Behinderung selbst beseitigen wird, so ist eine Abschleppanordnung in der Regel nicht verhältnismäßig, da durch das Abschleppen des Fahrzeugs die Störung/Behinderung erkennbar allenfalls um einige Minuten verkürzt werden könnte. Dies gilt selbst dann, wenn sich der Störer vorsätzlich über eine ihm gegenüber mündlich ergangene Anordnung hinwegsetzt.

2. Eine Abschleppanordnung darf nicht aus Gründen der General- oder Spezialprävention getroffen werden.

Sachverhalt:

Die Klägerin hatte ihren Pkw mit dem amtlichen Kennzeichen [...] verbotswidrig auf dem Gehweg geparkt, um eines ihrer Kinder in den 20-30 m entfernten Kindergarten zu bringen. Der Polizeibedienstete O. forderte die Klägerin zunächst zum Wegfahren auf. Nachdem diese dies verweigerte und sich in den Kindergarten begab, ordnete er das Abschleppen des Fahrzeugs an. Noch bevor das Abschleppfahrzeug eingetroffen war, entfernte die zurückgekehrte Klägerin ihr Fahrzeug. Gegen den ihr erteilten Kostenbescheid erhob sie Klage.

Aus den Gründen:

[23] Die vom Berufungsgericht zugelassene und auch sonst zulässige Berufung der Klägerin hat Erfolg. Auf ihre rechtzeitig erhobene Klage sind der Kostenfestsetzungsbescheid der Polizei vom 12. Juli 2004 sowie der Widerspruchsbescheid vom 29. Juni 2006 aufzuheben, da sie rechtswidrig sind und die Klägerin in ihren Rechten verletzen (§ 113 I 1 VwGO).

A. Rechtmäßigkeit des Abschleppens als Voraussetzung für die Rechtmäßigkeit des Kostenbescheids

Die Beklagte kann von der Klägerin die Kosten des abgebrochenen Abschleppvorgangs nicht gemäß § 7 Abs. 3 SOG verlangen, weil die Abschleppanordnung, die der Polizeibedienstete O. getroffen hat, nicht rechtmäßig war. Zwar hatte die Klägerin verkehrsordnungswidrig geparkt und hiermit wohl eine Störung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung bewirkt. Doch war die Abschleppanordnung zur Beseitigung der Störung aufgrund der konkreten Umstände des Einzelfalles nicht erforderlich.

I. Falschparken durch die Kl.

Die Klägerin parkte [...] teilweise auf dem Gehweg. Hierdurch dürfte es jedenfalls auch zur Möglichkeit einer Behinderung anderer Verkehrsteilnehmer gekommen sein. Die Klägerin hat in der Klageschrift selbst angegeben, ihr Fahrzeug "teilweise auf dem Gehweg abgestellt" zu haben. In der mündlichen Verhandlung beim Verwaltungsgericht sprach sie davon, das Fahrzeug habe "nur mit den beiden rechten Reifen auf dem Gehweg gestanden". Angesichts der geringen Breite des Gehwegs kann dies den Verkehrsverstoß aber nicht als unbedeutend erscheinen lassen. Selbst wenn es möglich gewesen sein sollte, unter Benutzung des zwischen der gepflasterten Zufahrt zum Kita-Spielplatz und der Straßeneinmündung befindlichen Grünbereichs rechts des Gehwegs am Fahrzeug der Klägerin vorbei zu gelangen, [...] müssen sich z. B. Rollstuhlfahrer und auch Fußgänger mit Kinderwagen ein (nur vielleicht mögliches) Ausweichen über eine zum Betreten/Befahren nicht vorgesehene Grünfläche nicht zumuten lassen. Die Ausführungen der Klägerin über die Schwierigkeiten, die sie als Mutter mit Kindern (gehabt) habe, können ihren Verkehrsverstoß und die damit verbundene Behinderung anderer Verkehrsteilnehmer (darunter wohl ebenfalls Mütter mit Kindern) nicht relativieren.

II. Verhältnismäßigkeit der Abschleppanordnung

Die heute kaum noch mögliche exakte Klärung der damaligen Parkposition ist indes entbehrlich, da auch dann, wenn der Pkw der Klägerin andere Verkehrsteilnehmer tatsächlich behinderte, die Anordnung, den Pkw abschleppen zu lassen, rechtswidrig war. Gemäß § 7 Abs. 1 SOG darf eine Maßnahme im Wege der unmittelbaren Ausführung nur getroffen werden, wenn auf andere Weise eine Gefahr nicht abgewehrt bzw. eine Störung nicht beseitigt werden kann. Diese Voraussetzungen waren hier jedoch nicht gegeben.

Zwar hat der Senat keinen Zweifel daran, dass die Klägerin vom Polizeibediensteten O. unmissverständlich aufgefordert worden war, ihr teilweise auf dem Gehweg geparktes Fahrzeug umgehend wegzufahren. Sie trug in der Klagebegründung selbst vor, dass sie von dem Polizisten aufgefordert worden sei, ihr Fahrzeug zu entfernen. Selbst wenn Herr O. nur gesagt haben sollte, hier könne sie nicht stehen bleiben, ist dies nicht anders denn als konkrete Aufforderung zu verstehen, ihr Auto an einen zulässigen Platz zu fah-

ren. Mit ihrer Weigerung, dieser Aufforderung umgehend nachzukommen, hat sich die Klägerin auch in erstaunlich hartnäckiger Weise über Vorschriften und Gebote hinweggesetzt.

[28] Auf dieses Verhalten durfte aber seitens des Polizeibediensteten hier nicht mit einer Abschleppanordnung reagiert werden. Denn nach den konkreten Umständen war mit einer Rückkehr der Klägerin aus dem Kindergarten St. innerhalb kurzer Zeit zu rechnen.

1. Bei unsicherer Rückkehr

Der vorliegende Fall unterscheidet sich damit von der Konstellation, in der der gegen ein verkehrsordnungswidriges Verhalten einschreitende Bedienstete einen Versuch unternimmt, den für das falsch parkende Fahrzeug Verantwortlichen zu erreichen, um diesem die Gelegenheit zu geben, das Fahrzeug selbst wegzufahren, bevor eine Abschleppanordnung ergeht. Wird der Verantwortliche, der z. B. einen konkreten und situationsbezogenen Hinweis auf seine Erreichbarkeit gegeben hat, angerufen, weiß der Einschreitende dennoch nicht, ob (bzw. wann) der Fahrer überhaupt erscheinen wird und dementsprechend wie lange das Auto noch behindernd stehen wird. Da die Nachforschungspflicht für die einschreitenden Bediensteten einen zusätzlichen Aufwand bedeutet und auch die Kontrolle erfordert, ob der Verantwortliche auch tatsächlich erscheint, hat die Rechtsprechung (vgl. OVG Hamburg, Urt. v. 14.8.2001, NJW 2001, 3647 ff.; Urt. v. 22.2. 2005, NJW 2005, 2247 ff.) Kriterien entwickelt, die diese Pflichten auf ein zumutbares Maß reduzieren - in der Regel nur ein Benachrichtigungsversuch; lediglich fünf Minuten Wartezeit ab dem Anruf bis zum Eintreffen des Verantwortlichen - und die Effektivität der polizeilichen Arbeit nicht über Gebühr erschweren.

2. Bei sicherer Rückkehr

Diese Kriterien lassen sich auf den vorliegenden Fall jedoch nicht unverändert übertragen. Hier war das baldige (Wieder-)Erscheinen der Klägerin, wie bereits dargelegt, bei realistischer Betrachtung sicher. Dabei ist es nicht entscheidend, ob mit der Rückkehr der Klägerin nach spätestens exakt fünf Minuten zu rechnen war, da ihre baldige Rückkehr als solche eben nicht ungewiss war. Im vorliegenden Fall war die Dauer der Störung nicht unabsehbar, sondern zeitlich erkennbar eng begrenzt.

Nach den Notizen des Polizeibediensteten O. hatte die Klägerin ihr Fahrzeug um 8.30 Uhr geparkt. Selbst wenn der um 8.37 Uhr angeforderte Abschleppwagen bereits vor Rückkehr der Klägerin aus dem Kindergarten eingetroffen wäre, wäre die Phase des Falschparkens - absehbar - allenfalls um einige Minuten verkürzt worden. Weiß der einschreitende Bedienstete, dass eine Störung durch die verantwortliche Person, deren Aufenthaltsort er zudem kennt, in Kürze selbst beseitigt wird, so ist es aber in der Regel nicht mehr verhältnismäßig, wenn durch das Abschleppen des Fahrzeugs die Störung/Behinderung erkennbar allenfalls um einige Minuten verkürzt werden kann. Dies muss selbst dann gelten, wenn sich eine Störerin wie hier vorsätzlich über eine ihr gegenüber mündlich ergangene Anordnung hinwegsetzt. Etwas anderes wird lediglich bei besonderer Dringlichkeit der Beseitigung der Gefahr bzw. der Störung (etwa bei Behinderung von Notfall- oder Rettungseinsätzen) zu gelten haben. [...]

3. Keine andere Beurteilung durch Präventionsgedanken

Wie der Senat schon im Zulassungsbeschluss vom 19. Januar 2011 unter Hinweis auf eine entsprechende Passage im Urteil des Oberverwaltungsgerichts vom 22. Februar 2005 (NJW 2005, 2247, 2250) ausgeführt hat, erlauben es weder § 27 VwVG noch § 7 Abs. 1 SOG, gegen hartnäckige Parksünder Abschleppanordnungen aus Gründen der General- oder Spezialprävention zu erlassen, wenn eine Möglichkeit besteht, die Störung auf andere Weise zu beseitigen. Eine Abschleppanordnung darf keinen Sanktionscharakter haben, sondern lediglich zu dem Zweck angeordnet werden, eine unmittelbar bevorstehende Gefahr abzuwehren oder eine Störung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung zu beseitigen, und zwar nur dann, wenn dieser Zweck auf andere Weise nicht zu erreichen ist.

Gegen hartnäckige Parksünder, die sich sogar noch einer ausdrücklichen polizeilichen Aufforderung wegzufahren widersetzen, wird in Fällen wie dem vorliegenden nur mit konsequenter Ahndung der Verstöße mit den Mitteln des Ordnungswidrigkeitsrechts, durch die Erhebung von Verwarnungsgeldern (vgl. § 1 I 2 BKatV) und schließlich die Verhängung von Geldbußen reagiert werden können. Dabei können die Verwarnungsgelder bei vorsätzlicher Begehung der Ordnungswidrigkeit - wie im Fall der Klägerin - auch über die im Bußgeldkatalog genannten Beträge hinaus erhöht werden, da diese Beträge Regelsätze sind, die von fahrlässiger Begehung und gewöhnlichen Tatumständen ausgehen (§ 1 II BKatV). Schließlich kann bei wiederholten Verstößen gegen verkehrsrechtliche Vorschriften auch die Eignung zum Führen von Kraftfahrzeugen in Frage gestellt werden (vgl. § 2 IV 1, § 3 I StVG).

Standort: Baurecht Problem: Klagebefugnis des Mieters

VG KOBLENZ, BESCHLUSS VOM 09.05.2011
7 L 365/11 (NVwZ-RR 2011, 752 L)

Problemdarstellung:

Im vorliegenden Verfahren ging es um die Frage, ob auch lediglich obligatorisch berechtigte Anwohner (Mieter, Pächter) klagebefugt i.S.d. § 42 II VwGO sein können, wenn sie sich mit einer Anfechtungsklage gegen einen Baugenehmigung wehren wollen (im Fall: Eilrechtsschutz mit einem Antrag nach § 80 V 1 VwGO; dort gilt § 42 II VwGO jedoch analog). Das VG stellt mit der ganz h.M. fest, dass dies jedenfalls im Bauplanungsrecht nicht der Fall ist. Denn das Bauplanungsrecht ist grundstücks- und nicht personenbezogen und soll die Grundstücke einer im Verhältnis zueinander verträglichen Nutzung zuführen. An diesem Ausgleichverhältnis nimmt nur der Grundstückseigentümer teil; nur ihm stehen daher Abwehrrechte zu. Dies gilt namentlich auch für den besonders examensrelevanten Bereich der §§ 29 ff. BauGB.

Anders mag es bei der Normenkontrolle nach § 47 I Nr. 1 VwGO liegen. Diese setzt nach § 47 II VwGO auch eine Antragsbefugnis voraus, und dort hat das BVerwG (NVwZ 2000, 806) entschieden, dass sich auch obligatorisch Berechtigte auf § 1 VII BauGB als subjektiv-öffentliches Recht berufen können mit der Folge, dass sie im Normenkontrollverfahren antragsbefugt sind. § 1 VII BauGB schützt jedoch - anders als das Bauplanungsrecht - nicht nur den Nachbarn, sondern generell die "privaten Belange". Zudem wird in der Begründetheit des Normenkontrollverfahrens nach § 47 I Nr. 1 VwGO der gesamte Bebauungsplan überprüft, während Prüfprogramm der Anfechtungsklage (und eines Aussetzungsantrags nach §§ 80 V, 80a VwGO) ausschließlich die Frage ist, ob die angefochtene Baugenehmigung im Hinblick auf nachbarschützende Vorschriften rechtswidrig ist.

Prüfungsrelevanz:

Man sollte sich also merken, dass bei § 47 II VwGO über § 1 VII BauGB auch Mieter und Pächter antragsbefugt sein können, bei § 42 II VwGO über §§ 29 ff. BauGB aber nur der dinglich berechtigte Eigentümer.

Inhaber anderer, dem Eigentum ähnlicher dinglicher Rechte wird man allerdings dem Eigentümer gleichstellen müssen, soweit die dinglichen Rechtspositionen eine vergleichbare Rechtsstellung beinhalten (bejaht z.B. für ein Anwartschaftsrecht [Kopp/Schenke, VwGO, § 42 Rn 97], ein Erbbaurecht [BVerwG, NVwZ 1989, 1167] oder ein Nießbrauchsrecht [BVerwG, NVwZ 1983, 672]; verneint hingegen für den bloßen Käufer [BVerwG, NJW 1994, 1234] und den Grundschuldinhaber [Kopp/Schenke, a.a.O.]).

Vertiefungshinweise:

❑ Kein Nachbarrechtsschutz für Mieter: *BVerwG*, NJW 1989, 2766; NVwZ 1983, 672; NJW 1988, 1228

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs:* "Alles nur eine Frage der Form"
❑ *Examenskurs:* "Windkraft contra Nachbarschaft"

Leitsatz:

Dem Mieter eines Gebäudes fehlt die Klagebefugnis - und damit zugleich die Antragsbefugnis im Eilverfahren -, sich unter Berufung auf nachbarschützende Vorschriften des Bauplanungsrechts gegen die einem Dritten erteilte Baugenehmigung zu wenden. Die Klagebefugnis kann nicht aus einer vom Normenkontrollgericht bejahten Antragsbefugnis des Mieters in Bezug auf den einschlägigen Bebauungsplan abgeleitet werden, da sich die Anforderungen an beide Prozessvoraussetzungen unterscheiden (hier: Verneinung der Klagebefugnis eines Vereins, der in gemieteten Räumen ein Wohnheim für geistig Behinderte betreibt, gegen die Genehmigung zur Errichtung eines 400 m entfernten Wohnheims für psychisch Behinderte.

Sachverhalt:

Der Antragsteller, Mieter eines Nachbarwohnhauses, zielt mit seinen Eilanträgen auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes gegen die von der Antragsgegnerin erteilte Genehmigung zur Errichtung eines Wohnheimes für psychisch behinderte Personen in der Gemarkung C. [...]. Die Anträge haben keinen Erfolg. Sie sind unzulässig und unbegründet.

A. Zulässigkeit

Unzulässig sind alle in der Antragsschrift vom 20. April 2011 gestellten Anträge des Antragstellers. Für die Anträge [...] fehlt dem Antragsteller die erforderliche Antragsbefugnis.

I. Antragsbefugnis = Klagebefugnis in der Hauptsache

Kern seines Begehrens ist der erste Antrag, mit dem er erreichen möchte, dass sein Widerspruch gegen die nach § 212a I BauGB sofort vollziehbare Baugenehmigung aufschiebende Wirkung erhält. Die beiden folgenden Anträge knüpfen an diesen Antrag an, da sie rechtlich die Suspendierung der Baugenehmigung vom 13. April 2010 voraussetzen. Mit Blick auf die Akzessorietät des vorläufigen Rechtsschutzes ist es

aber nur dann gerechtfertigt, dem Widerspruch des Antragstellers Suspensiveffekt beizumessen, wenn er im Hauptsacheverfahren klagebefugt wäre. Dies ist nicht der Fall. Denn es ist eindeutig und offensichtlich zu verneinen, dass durch die angegriffene Baugenehmigung Rechtssätze verletzt werden, die zumindest auch dem Schutz des Antragstellers dienen (vgl. Kopp/Schenke, VwGO, 16. Aufl. 2009, § 42 Rdnr. 66 ff.).

II. Kein Drittschutz aus Bauplanungsrecht für Mieter
Auf bauplanungsrechtliche Vorschriften kann sich der Antragsteller nicht berufen, da er lediglich Mieter der Gebäude [...] ist, in denen er seinerseits ein Wohnheim für geistig Behinderte unterhält. Der nachbarschützende Gehalt bauplanungsrechtlicher Normen beschränkt sich auf die Eigentümer der Nachbargrundstücke und ihnen gleichgestellte dinglich Berechtigte; er erfasst nicht lediglich obligatorisch zur Nutzung Berechtigte wie etwa Mieter (vgl. VGH Baden-Württemberg, Beschluss vom 27. Juni 2006 - 8 S 997/06 -; BVerwG, Beschluss vom 11. Juli 1989 - 4 B 33/89 -; beide nach juris). Denn das Bauplanungsrecht ist grundstücks- und nicht personenbezogen und soll die Grundstücke einer im Verhältnis zueinander verträglichen Nutzung zuführen. An diesem Ausgleichverhältnis nimmt in erster Linie der Grundstückseigentümer teil; nur ihm stehen aus dem Ausgleichsverhältnis resultierende Abwehrrechte zu (vgl. BVerwG, Beschluss vom 11. Juli 1989, a. a. O.).

III. Kein Drittschutz aus Bauordnungsrecht ersichtlich
Für eine Verletzung nachbarschützender Vorschriften des Bauordnungsrechts zu Lasten des Antragstellers ist weder etwas vorgetragen worden noch ersichtlich.

IV. Keine Parallele zu § 47 II VwGO
Das Zwischenurteil des Oberverwaltungsgerichts Rheinland-Pfalz vom 24. Februar 2011 (1 C 10276/11.OVG) steht den vorstehenden Darlegungen nicht entgegen. In diesem Zwischenurteil hat das Oberverwaltungsgericht die Antragsbefugnis des Antragstellers im Normenkontrollverfahren gegen den einschlägigen Bebauungsplan - anders als im vorangegangenen Eilverfahren (vgl. Beschluss vom 13. Oktober 2010 - 1 B 11092/10.OVG -) - bejaht. Dieses Zwischenurteil hindert die Kammer nicht an der Verneinung der Antragsbefugnis des Antragstellers im vorliegenden Verfahren.
Das Zwischenurteil entfaltet hier weder formelle noch materielle Bindungswirkung. Denn für die Frage, wann ein Nachteil im Sinne von § 47 Abs. 2 Satz 1 VwGO vorliegt, der Voraussetzung für einen Normenkontrollantrag ist, gelten andere Maßstäbe als für die Rechtsbeeinträchtigung im Sinne von § 42 Abs. 2 VwGO, die Voraussetzung für eine Anfechtungsklage ist (vgl. BVerwG, Beschluss vom 11. Juli 1989, a. a. O.). Folglich ist bei Bejahung eines Nachteils im Sinne von § 47 Abs. 2 Satz 1 VwGO nicht automatisch zugleich eine Rechtsbeeinträchtigung nach § 42 Abs. 2 VwGO anzunehmen. Diese Differenzierung beruht auf dem unterschiedlichen Prüfprogramm der beiden Rechtsbehelfe. Bei einem bauplanungsrechtlichen Normenkontrollverfahren wird der jeweilige Bebauungsplan insgesamt, etwa daraufhin geprüft, ob das Abwägungsgebot eingehalten ist. Bei einer Drittanfechtungsklage gegen eine Baugenehmigung stehen hingegen ausschließlich die Auswirkungen des Vorhabens auf den klagenden Nachbarn im Umfang der baurechtlichen Genehmigung zur Prüfung.

B. Begründetheit
Die Anträge sind überdies unbegründet.

I. Interessenabwägung
Bei der vom Gericht in Bezug auf den ersten - leitenden - Antrag nach §§ 80a und 80 Abs. 5 der Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) hin zu treffenden Entscheidung sind einerseits das Interesse des Beigeladenen, von der ihm erteilten Baugenehmigung ohne zeitliche Verzögerung Gebrauch machen zu können, und das nach § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 VwGO mit zu berücksichtigende öffentliche Interesse an der Vollziehung von Verwaltungsakten, die Investitionen oder die Schaffung von Arbeitsplätzen betreffen (BT-Drs. 13/7589, S. 30), sowie andererseits das Interesse des Antragstellers, für die Dauer seines Rechtsbehelfsverfahrens von der Vollziehung des angefochtenen Verwaltungsaktes verschont zu bleiben, gegeneinander abzuwägen.

II. Summarische Prüfung der Hauptsache als wesentliches Indiz
Bei dieser Interessenabwägung sind die Erfolgsaussichten des Rechtsbehelfs dann von Bedeutung, wenn das Ergebnis des Hauptsacheverfahrens eindeutig vorauszusehen ist. Ist der Rechtsbehelf offensichtlich begründet, so ist eine Anordnung der aufschiebenden Wirkung geboten, weil ein schutzwürdiges Interesse an der sofortigen Vollziehung des Verwaltungsaktes dann nicht besteht. Umgekehrt überwiegen die Interessen des Bauherrn und der Allgemeinheit an der sofortigen Vollziehung, wenn sich bereits bei summarischer Prüfung erkennen lässt, dass der eingelegte Rechtsbehelf aller Voraussicht nach ohne Erfolg bleiben wird. Sind die Erfolgsaussichten offen, hängt das Ergebnis der Abwägung vom Gewicht der betroffenen Interessen und den Folgen der Entscheidung ab.

III. Subsumtion
Unter Beachtung dieser Maßstäbe kann der Antragsteller mit seinem Antrag auf Anordnung der aufschie-

benden Wirkung nicht durchdringen, weil die Baugenehmigung vom 13. April 2010 nach der im vorliegenden Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes vorzunehmenden summarischen Prüfung keine baurechtlichen oder sonstigen öffentlich-rechtlichen Vorschriften verletzt, die zumindest auch seinem Schutz zu dienen bestimmt sind. Es bestehen keine gewichtigen Zweifel an der nachbarrechtlichen Unbedenklichkeit der bewussten Baugenehmigung, die es trotz der gesetzlichen Regelung in § 212a Abs. 1 BauGB rechtfertigen könnten, die Umsetzung der Baugenehmigung zu hindern (vgl. OVG Saarland, Beschluss vom 31. März 2006 - 2 W 38/05 -, nach juris). [wird ausgeführt]

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: Arbeitsrecht Problem: § 670 BGB analog

BAG, URTEIL VOM 22.06.2011
8 AZR 102/10 (NJW-SPEZIAL 2011, 658)

Problemdarstellung:

Der Kl. war bei der Bekl. als Oberarzt beschäftigt. Am 06.01.2008 hatte er Rufbereitschaftsdienst, den er von seinem Wohnort aus wahrnahm. Gegen 9:00 Uhr wurde er zu einem Einsatz im Krankenhaus aufgefordert. Auf der Fahrt dorthin erlitt er mit seinem Pkw einen Unfall.

Der Kl. begehrt von der Bekl. den Ersatz der Reparaturkosten. Die Bekl. meint, eine Erstattung der Reparaturkosten komme nicht in Betracht, da – was zutreffend ist – sämtliche auf das Arbeitsverhältnis anwendbare, tarifliche und betriebliche Regelungen die Wegstrecke vom Wohn- zum Arbeitsort nicht als Arbeitszeit einordnen.

Prüfungsrelevanz:

Die vorliegende Entscheidung eignet sich bestens zur Umsetzung als Examensklausur, weil sie zwei zentrale Probleme der Arbeitgeberhaftung für Sachschäden des Arbeitnehmers aufgreift.

Zur Kompensation von Sachschäden, die ein Arbeitnehmer im Zusammenhang mit einer betrieblichen Tätigkeit erleidet, existiert keine (direkte) Anspruchsgrundlage. Ein Schadensersatzanspruch (aus § 280 I BGB i.V.m. dem Arbeitsverhältnis) scheitert regelmäßig am fehlenden Verschulden des Arbeitgebers. Die Rechtsprechung erkennt daher einen verschuldensunabhängigen Ersatzanspruch des Arbeitnehmers analog § 670 BGB an. Voraussetzung ist, dass der Schaden dem Betätigungsbereich des Arbeitgebers zuzurechnen ist und der Arbeitnehmer ihn nicht selbst tragen muss, weil er hierfür bereits eine besondere Vergütung erhält (z.B. eine Risiko- oder Gefahrenzulage, eine Kilometerpauschale). Klausurträchtig dürften Fallkonstellationen sein, in denen Schäden an der Kleidung des Arbeitnehmers oder an dessen Pkw entstehen. Insbesondere im letzten Fall stellt sich die Frage, inwieweit der Pkw-Einsatz dem Arbeitgeber zugerechnet werden kann.

Nach der Rechtsprechung muss sich der Arbeitgeber den Einsatz des privaten Pkw zurechnen lassen, wenn er diesen angeordnet oder ihn jedenfalls gebilligt hat. Letzteres ist anzunehmen, wenn der Arbeitgeber anderenfalls ein Fahrzeug hätte zur Verfügung stellen müssen oder im Einzelfall den Arbeitnehmer angewiesen hätte, den eigenen Pkw einzusetzen.

Vorliegend war der Einsatz des Pkw dem Arbeitgeber zuzurechnen.

Die Tatsache, dass die Fahrtzeiten im Rahmen der Rufbereitschaft nicht als Arbeitszeiten gelten, spielt keine Rolle (vgl. schon BAG, NJW 2007, 1486). Diese Frage mag Auswirkungen auf die (Höhe der) Vergütung für die aufgewendete Zeit haben; im Hinblick auf die Ersatzpflicht analog § 670 BGB ist alleine entscheidend, ob die Fahrt dem Betätigungsbereich des Arbeitgebers zuzuordnen ist. Da eine ausdrückliche Anordnung nicht vorlag, kam bloß eine Billigung durch den Arbeitgeber in Betracht. Diese erkennt der Senat zu Recht darin, dass der Kl. es für „erforderlich" i.S.d. § 670 BGB halten durfte, seinen Pkw einzusetzen. Es war ihm gestattet, die Rufbereitschaft nicht am Arbeitsplatz zu verbringen, sofern er diesen innerhalb einer angemessenen Zeitspanne erreichen konnte. Erfolgt nun der Abruf zur Arbeit, darf der Arbeitnehmer annehmen, dass er den schnellstmöglichen Weg wählen kann, um zur Arbeitsstelle zu gelangen. Insofern unterscheidet sich die Rufbereitschaft vom normalen Arbeitsbeginn, bei dem der Arbeitgeber nur ein Interesse am pünktlichen Erscheinen des Arbeitnehmers haben kann.

Da das Unfallrisiko auch nicht durch eine besondere Vergütung abgegolten war, bestand ein Ersatzanspruch dem Grunde nach.

Allerdings ist auch im Rahmen des Anspruchs aus § 670 BGB analog die Schadensminderungspflicht nach § 254 BGB zu beachten. Das Landesarbeitsgericht hatte hierzu keine Feststellungen getroffen. In der Klausur eröffnet sich an dieser Stelle aber die Möglichkeit, ein etwaiges Mitverschulden des Arbeitnehmers zu prüfen. Dabei ist unbedingt zu berücksichtigen, dass das Mitverschulden letztlich die Frage betrifft, inwiefern der Arbeitnehmer gegenüber dem Arbeitgeber haftet. Diese Haftungsbeziehung ist maßgeblich durch die Grundsätze des innerbetrieblichen Schadensausgleichs geprägt, wonach z.B. eine Haftung des Arbeitnehmers für leichte Fahrlässigkeit ausscheidet. Im Rahmen von § 670 BGB analog kommt eine Anspruchsminderung nach § 254 BGB folglich nur in Betracht, wenn der Arbeitnehmer mindestens normal fahrlässig gehandelt hätte. Der anspruchsmin-

dernde Mitverschuldensbeitrag muss dann aus einer Quotelung gewonnen werden.

Vertiefungshinweise:

❑ Zur Haftung des Arbeitgebers für Schäden am Pkw des Arbeitnehmers: *BAG*, NZA 2011, 406; NJW 2007, 1486; *Bernd*, NJW 1997, 2213

❑ Zum innerbetrieblichen Schadensausgleich: *LAG Köln*, BeckRS 2011, 70015 (zur Wirksamkeit einer vertraglichen Regelung, die von den Grds. des innerbetrieblichen Schadensausgleichs abweicht); *LAG Hamm*, BeckRS 2011, 69528; *LAG Hamburg*, BeckRS 2009, 73181 (innerbetrieblicher Schadensausgleich i.R.d. § 670 BGB analog); *Langenbucher*, ZfA 1997, 523

❑ Besprechung der Entscheidung: *Range-Ditz*, ArbRB 2011, 331

Leitsätze (der Redaktion):

1. Ist dem Arbeitnehmer freigestellt, wie er im Falle der Rufbereitschaft zur Arbeitsstelle gelangt, darf er regelmäßig die Benutzung seines privaten Pkw als schnellstmögliches Fortbewegungsmittel für erforderlich halten. Unerheblich ist, ob die Zeit für die Zurücklegung des Weges von einschlägigen arbeitsrechtlichen Regelungen als Arbeitszeit eingeordnet und / oder vergütet wird.

2. Durfte der Arbeitnehmer den Pkw-Einsatz für erforderlich halten, haftet der Arbeitgeber für entstandene Schäden analog § 670 BGB, wenn nicht das Unfallrisiko bereits durch eine besondere Vergütung abgegolten ist.

3. Der Arbeitnehmer muss sich sein Mitverschulden nach § 254 BGB anspruchsmindernd entgegenhalten lassen, sofern dieses nach dem Maßstab des innerbetrieblichen Schadensausgleichs im Verhältnis zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber Berücksichtigung findet.

Sachverhalt:

Die Parteien streiten über einen Anspruch auf Erstattung des am Personenkraftwagen des Klägers entstandenen Schadens.

Der Kläger war vom 1. Juli 2006 bis zum 30. September 2008 in der von der Beklagten betriebenen Klinik als Oberarzt beschäftigt. Gemäß § 2 des Arbeitsvertrags vom 9. Mai 2006 fanden auf sein Arbeitsverhältnis ua. der Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst (TVöD) nebst dem Besonderen Teil Krankenhäuser (BT-K) und die diesen ergänzenden, ändernden oder ersetzenden Tarifverträge in der für den Bereich der Vereinigung der kommunalen Arbeitgeberverbände (VKA) jeweils geltenden Fassung Anwendung.

Am Sonntag, dem 6. Januar 2008, hatte der Kläger Rufbereitschaftsdienst, den er von seinem Wohnort in A aus wahrnahm. Während dieses Dienstes wurde er mehrmals ua. gegen 9:00 Uhr zum Einsatz im Krankenhaus aufgefordert. Auf der Fahrt dorthin hatte er einen Unfall.

Mit Schreiben vom 14. Januar 2008 an seinen Vorgesetzten W sowie den stellvertretenden Verwaltungsleiter der Klinikumsverwaltung F beantragte der Kläger die Erstattung von Pkw-Reparaturkosten.

Der beiden Schreiben beigefügte Kostenvoranschlag der Autohaus V weist voraussichtliche Reparaturkosten von 6.690,80 Euro (einschließlich Mehrwertsteuer) aus. Zu einer Schadensregulierung durch die Beklagte oder deren Versicherung kam es in der Folgezeit nicht.

Der Kläger meint, die Beklagte sei dazu verpflichtet, ihm die veranschlagten Reparaturkosten von netto 5.622,52 Euro sowie die Kosten für die Erstellung des Kostenvoranschlags (75,00 Euro) zu ersetzen und eine Schadenspauschale (30,00 Euro) zu zahlen, da es sich bei der Fahrt von seinem Wohnort in die Klinik um eine Dienstfahrt gehandelt habe. Mit der Entgegennahme des Anrufs, mit welchem er in die Klinik gerufen worden sei, habe er seinen Dienst aufgenommen. Dies folge ua. daraus, dass es sich bei den Bereitschaftsdienstzeiten um Arbeitszeit iSd. bei der Beklagten bestehenden Betriebsvereinbarung vom 23. Dezember 2005 zur Bereitschaftsdienstregelung handele.

Aus den Gründen:

[13] Die zulässige Revision des Klägers ist begründet. Mit der gegebenen Begründung durfte das Landesarbeitsgericht die Klage nicht abweisen.

A. Ausführungen des LAG

[14] Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung des Klägers zurückgewiesen und einen Ersatzanspruch nach § 670 BGB abgelehnt, da der Kläger sein Fahrzeug zu dem Zeitpunkt, zu dem sich der Unfall ereignet haben soll, nicht im Betätigungsbereich des Arbeitgebers, sondern in seinem eigenen Betätigungsbereich eingesetzt habe. Es sei die Angelegenheit des Klägers gewesen, wie er während der von ihm geleisteten Rufbereitschaft im Falle des Abrufs der Arbeitsleistung zur Arbeitsstelle gelange. Die Fahrt habe - ungeachtet der Betriebsvereinbarung zur Bereitschaftsdienstregelung und zur Flexibilisierung des Arbeitszeitrechts vom 23. Dezember 2005 und des Schreibens des Vorgesetzten des Klägers, W, - nicht während der Arbeitszeit stattgefunden. Obgleich nach § 8 Abs. 3 TVöD die aufgewendete Wegezeit während der Rufbereitschaft wie Arbeitszeit zu vergüten sei, werde die Wegezeit selbst nicht zur Arbeitszeit.

[15] Da der Kläger frei darüber habe entscheiden können, an welchem Ort er sich während seiner Rufbereitschaft aufhalte und wie er im Falle des Abrufs zur Arbeitsstelle gelangen könne, sei seine Fahrt zur Arbeits-

stelle nach erfolgtem Abruf nicht mehr als im Betätigungsbereich des Arbeitgebers liegend anzusehen. Die Notwendigkeit der Fahrzeugnutzung sei allein durch die Entscheidung des Klägers bedingt gewesen, wo er sich während der Rufbereitschaft aufhalten wolle. Erst die Ausübung dieser Aufenthaltsbestimmung habe ergeben, ob und inwieweit der Kläger im Falle seines Abrufs einen mehr oder weniger weiten Weg zur Arbeitsstelle zurücklegen musste und ob er hierfür ein Fahrzeug benötigte.

[16] Die Rufbereitschaft stelle auch gemäß den einschlägigen tariflichen Bestimmungen und der Betriebsvereinbarung zur Bereitschaftsdienstregelung und zur Flexibilisierung des Arbeitszeitrechts vom 23. Dezember 2005 keine Arbeitszeit dar.

B. Entscheidung des BAG

[18] Die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts hält einer revisionsrechtlichen Überprüfung nicht stand.

I. Anspruchsgrundlage ist § 670 BGB analog

[19] Zutreffend geht das Landesarbeitsgericht zunächst davon aus, dass als Anspruchsgrundlage für das Klagebegehren ein Aufwendungsersatzanspruch nach § 670 BGB (analog) in Betracht kommt.

[20] Nach § 670 BGB hat der Beauftragte gegen den Auftraggeber Anspruch auf den Ersatz von Aufwendungen, die er zum Zwecke der Ausführung des Auftrags gemacht hat und die er den Umständen nach für erforderlich halten durfte. Ein Arbeitnehmer hat in entsprechender Anwendung des § 670 BGB Anspruch auf Ersatz von Schäden, die ihm bei Erbringung der Arbeitsleistung ohne Verschulden des Arbeitgebers entstehen. Voraussetzung der Ersatzfähigkeit eines Eigenschadens ist, dass der Schaden nicht dem Lebensbereich des Arbeitnehmers, sondern dem Betätigungsbereich des Arbeitgebers zuzurechnen ist und der Arbeitnehmer ihn nicht selbst tragen muss, weil er dafür eine besondere Vergütung erhält (st. Rspr., vgl. BAG 28. Oktober 2010 - 8 AZR 647/09 - EzA BGB 2002 § 670 Nr. 4).

[21] Sachschäden des Arbeitnehmers, mit denen nach Art und Natur des Betriebs oder der Arbeit zu rechnen ist, insbesondere Schäden, die notwendig oder regelmäßig entstehen, sind arbeitsadäquat und im Arbeitsverhältnis keine Aufwendungen im Sinne des § 670 BGB. Handelt es sich dagegen um außergewöhnliche Sachschäden, mit denen der Arbeitnehmer nach der Art des Betriebs oder der Arbeit nicht ohne weiteres zu rechnen hat, so liegt eine Aufwendung nach § 670 BGB vor (vgl. BAG 20. April 1989 - 8 AZR 632/87 - AP BGB § 611 Gefährdungshaftung des Arbeitgebers Nr. 9 = EzA BGB § 670 Nr. 20).

[22] In entsprechender Anwendung des § 670 BGB muss der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer an dessen Fahrzeug entstandene Unfallschäden ersetzen, wenn das Fahrzeug mit Billigung des Arbeitgebers in dessen Betätigungsbereich eingesetzt wurde. Um einen Einsatz im Betätigungsbereich des Arbeitgebers handelt es sich ua., wenn ohne den Einsatz des Arbeitnehmerfahrzeugs der Arbeitgeber ein eigenes Fahrzeug einsetzen und damit dessen Unfallgefahr tragen müsste (BAG 28. Oktober 2010 - 8 AZR 647/09 - EzA BGB 2002 § 670 Nr. 4) oder wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer auffordert, das eigene Fahrzeug für eine Fahrt zu nutzen (BAG 23. November 2006 - 8 AZR 701/05 - AP BGB § 611 Haftung des Arbeitgebers Nr. 39 = EzA BGB 2002 § 670 Nr. 2).

II. Betätigungsbereich des Arbeitgebers betroffen

[23] Im Streitfalle war die Gefahr eines Eigenschadens am Pkw bei Zurücklegung der Wegstrecke zwischen Wohnung und Arbeitsort nicht dem Lebensbereich des Klägers, sondern dem Betätigungsbereich der Beklagten zuzurechnen. Deshalb scheidet ein Aufwendungsersatzanspruch des Kläger wegen der Beschädigung seines Pkw in entsprechender Anwendung des § 670 BGB nicht grundsätzlich aus.

1. Grundsatz: Arbeitnehmer muss Schäden, die auf dem Weg entstehen, selbst tragen

[24] Nach allgemeinen arbeitsrechtlichen Grundsätzen hat der Arbeitnehmer - soweit keine abweichende Vereinbarung existiert - seine Aufwendungen für die Fahrten zwischen Wohnung und Arbeitsstätte selbst zu tragen (BAG 21. Juli 1993 - 4 AZR 471/92 - AP TVG § 1 Tarifverträge: Versicherungsgewerbe Nr. 9). Die Fahrten zwischen Wohnung und Arbeitsplatz sind erforderliche Handlungen des Arbeitnehmers, um die geschuldete Tätigkeit am Arbeitsplatz aufnehmen zu können.

2. Andere Bewertung bei Rufbereitschaft

[25] Dieser Grundsatz wird vorliegend allerdings dadurch abgeändert, dass der Kläger am 6. Januar 2008 im Rahmen der von der Beklagten angeordneten Rufbereitschaft zur Arbeitsleistung in das Klinikum abgerufen wurde. Dabei spielt es keine Rolle, ob sich die Fahrzeit des Klägers zum Krankenhaus rechtlich als Arbeitszeit darstellt.

a) (Nicht-)Einordnung als „Arbeitszeit“ unerheblich

[26] Es besteht weder der Grundsatz, dass Eigenschäden eines Arbeitnehmers während der Arbeitszeit immer die Erstattungspflicht des Arbeitgebers auslösen, noch ist eine Erstattungspflicht des Arbeitgebers stets ausgeschlossen, nur weil der Schaden außerhalb der Arbeitszeit eingetreten ist. So hat es der Senat für einen Entschädigungsanspruch wegen eines Schadens an einem vom Arbeitnehmer benutzten Privatwagen als allein entscheidungserheblich angesehen, ob ein Vorgesetzter den Arbeitnehmer angewiesen hatte, das

eigene Fahrzeug für die Fahrt zur Arbeitsstelle (Baustelle) zu benutzen. Ist die Nutzung auf Verlangen des Arbeitgebers erfolgt, fällt die Fahrt - auch wenn diese außerhalb der Arbeitszeit stattfindet - in den Risikobereich des Arbeitgebers. Ist es dem Arbeitnehmer hingegen freigestellt, ob er zur Arbeitsstelle zu Fuß geht, mit öffentlichen Verkehrsmitteln fährt oder im eigenen Interesse sein Fahrzeug nutzt, erfolgt die Nutzung des Pkw nicht im Betätigungsbereich des Arbeitgebers (vgl. BAG 23. November 2006 - 8 AZR 701/05 - AP BGB § 611 Haftung des Arbeitgebers Nr. 39 = EzA BGB 2002 § 670 Nr. 2). Für die Ersatzpflicht spielt die Frage, ob der Schaden während der Arbeitszeit eingetreten ist, mithin keine Rolle. Entscheidend ist vielmehr, ob der Schaden im Betätigungsbereich des Arbeitgebers eingetreten ist.

[27] Nach der bisherigen Rechtsprechung des Senats ist ein Schaden im Betätigungsbereich des Arbeitgebers eingetreten, wenn ohne den Einsatz des Arbeitnehmerfahrzeugs der Arbeitgeber ein eigenes Fahrzeug hätte einsetzen müssen (BAG 28. Oktober 2010 - 8 AZR 647/09 - EzA BGB 2002 § 670 Nr. 4; 23. November 2006 - 8 AZR 701/05 - AP BGB § 611 Haftung des Arbeitgebers Nr. 39 = EzA BGB 2002 § 670 Nr. 2; 17. Juli 1997 - 8 AZR 480/95 - AP BGB § 611 Gefährdungshaftung des Arbeitgebers Nr. 14 = EzA BGB § 611 Arbeitgeberhaftung Nr. 6) oder wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer aufgefordert hat, das eigene Fahrzeug für eine Fahrt zu nutzen (BAG 23. November 2006 - 8 AZR 701/05 - aaO).

b) Anweisung bzw. Billigung der Fahrzeugnutzung (Erforderlichkeit i.S.d. § 670 BGB)

[28] Dass die Beklagte den Kläger angewiesen hatte, für die Fahrten während der Rufbereitschaft den eigenen Pkw zu verwenden, hat das Landesarbeitsgericht nicht festgestellt. Der Kläger durfte es jedoch für erforderlich halten, sein Privatfahrzeug für die Fahrt von seinem Wohnort zu seiner Arbeitsstätte zu benutzen, um rechtzeitig am Arbeitsort zu erscheinen.

aa) Aufenthaltsort während der Rufbereitschaft frei wählbar

[30] Rufbereitschaft ist dadurch gekennzeichnet, dass der Arbeitnehmer seinen Aufenthaltsort so wählen muss, dass er auf Abruf die Arbeit innerhalb einer Zeitspanne aufnehmen kann, die den Einsatz nicht gefährdet (BAG 20. Mai 2010 - 6 AZR 1015/08 - AP TVG § 1 Tarifverträge: Deutsche Bahn Nr. 36). Damit stellt sie keine Freizeit des Arbeitnehmers im eigentlichen Sinne dar. Dass dies auch die Tarifvertragsparteien so sehen, folgt bereits daraus, dass der Rufbereitschaft leistende Arbeitnehmer für diese eine tägliche Pauschale erhält (§ 8 Abs. 3 TVöD-K). Während der Rufbereitschaft hat der Arbeitnehmer - wie während seiner eigentlichen Arbeitszeit - die Verpflichtung, Weisungen seines Arbeitgebers nachzukommen. So hat er sich auf dessen Aufforderung zur Arbeitsstelle zu begeben und dort seine Arbeitsleistung zu erbringen. Da es im Regelfalle nicht in seinem Belieben steht, wann er diese vom Arbeitgeber „abgerufene" Arbeitsleistung erbringt, sondern weil er dies innerhalb einer den Arbeitseinsatz nicht gefährdenden Zeit tun muss, steht es ihm somit auch nicht frei, wie er sich zur Arbeitsstelle begibt. Er hat regelmäßig die Pflicht, sich auf „schnellstmöglichem Wege" dorthin zu begeben. Dies gilt insbesondere für den Kläger als Arzt, da dessen Tätigkeit im Krankenhaus nach erfolgtem Abruf während der Rufbereitschaft in der Regel keinen beliebigen Aufschub erlaubt.

bb) Interesse des Arbeitgebers an schnellstmöglichem Erscheinen

[31] Damit unterscheidet sich der Weg zur Arbeitsstelle während der Rufbereitschaft grundlegend von dem allgemeinen Weg zur Arbeit. Bei Letzterem ist der Arbeitnehmer frei, wann, wie und von wo aus er diesen antritt. Der Arbeitgeber hat lediglich ein berechtigtes Interesse daran, dass der Arbeitnehmer pünktlich an der Arbeitsstelle erscheint. Bei der Rufbereitschaft hingegen hat der Arbeitgeber deren Dauer angeordnet, hat Anspruch auf Mitteilung, wo sich der Arbeitnehmer aufhält und bestimmt den Zeitpunkt, ab welchem dieser sich auf den Weg zur Arbeitsaufnahme machen muss. Daraus ergibt sich ein besonderes Interesse des Arbeitgebers daran, dass der Arbeitnehmer innerhalb einer angemessenen Zeitspanne ab dem Abruf der Arbeit dieselbe aufnimmt. Wäre dies nicht der Fall, hätte der Arbeitgeber keine Rufbereitschaft angeordnet.

[32] Hält es nunmehr der Arbeitnehmer für erforderlich, mit seinem Privatfahrzeug im Rahmen der Rufbereitschaft zum Arbeitsort zu fahren, weil dies aus seiner Sicht der schnellste Weg ist, um rechtzeitig dort zu erscheinen, so handelt er regelmäßig auch im Interesse des Arbeitgebers. Etwas anderes könnte nur dann gelten, wenn die Benutzung des Privatwagens nicht auch den Interessen des Arbeitgebers dient, weil der Arbeitnehmer zB zu Fuß oder mit öffentlichen Verkehrsmitteln schneller zur Arbeit gelangen könnte als mit seinem Privat-Pkw oder weil er sich in einer den Sinn und Zweck der Rufbereitschaft gefährdenden Entfernung vom Arbeitsort aufhält und nur deshalb auf sein Privatfahrzeug angewiesen ist. Nur in einem solchen Falle, in dem die Nutzung des Privatfahrzeugs ausschließlich den Interessen des Arbeitnehmers dient, scheidet eine Entschädigung des Arbeitgebers für Schäden am Privatfahrzeug des Arbeitnehmers aus. Dass ein solcher Ausnahmefall vorliegend gegeben war, ist weder von den Parteien vorgetragen noch aufgrund des festgestellten Sachverhalts ersichtlich. Letztlich ist sogar davon auszugehen, dass die Beklag-

te die Benutzung des Privatwagens für die Fahrt vom Wohn- zum Arbeitsort durch den Kläger gebilligt hat. Zwar ist nicht vorgetragen, sie habe davon Kenntnis gehabt, dass er im Falle seiner Rufbereitschaft den Weg von zu Hause zum Dienst mit seinem Privat-Pkw zurücklegen werde. Allerdings musste sie hiervon ausgehen, da eine Beförderung durch öffentliche Verkehrsmittel gerade zu Nachtzeiten oder an Wochenenden außerhalb von Städten und Ballungsräumen den kurzfristigen Arbeitsantritt nicht gewährleistet. Davon, dass auch die Beklagte im Interesse der Patienten ihres Krankenhauses an einem „schnellstmöglichen" Arbeitsantritt des Klägers nach erfolgtem Abruf interessiert war, ist auszugehen.

c) Zwischenergebnis: Anspruch aus § 670 BGB analog besteht dem Grunde nach

[33] Da die Benutzung des Privatwagens durch den Kläger aufgrund der von der Beklagten angeordneten Rufbereitschaft - auch - in deren gesteigertem Interesse lag, fällt sie letztlich in deren Risikobereich. Dies hat zur Folge, dass grundsätzlich ein Anspruch des Klägers in entsprechender Anwendung des § 670 BGB gegen die Beklagte auf Erstattung des an seinem Privatfahrzeug entstandenen Unfallschadens gegeben ist.

III. Anspruchsminderung nach § 254 BGB i.V.m. Grds. des innerbetrieblichen Schadensausgleichs

[34] Ob der dem Grunde nach gegebene Aufwendungsersatzanspruch des Klägers nach § 254 Abs. 1 BGB gemindert oder gar ausgeschlossen ist, kann der Senat nicht nach § 563 Abs. 3 ZPO entscheiden. Insoweit bedurfte es der Zurückverweisung der Sache an das Landesarbeitsgericht gemäß § 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO.

[35] Grund für einen Erstattungsanspruch entsprechend § 670 BGB ist, dass der Arbeitgeber das Schadensrisiko nicht auf den Arbeitnehmer abwälzen darf, wenn er sich dessen eingebrachter Sachen als Arbeitsmittel bedient. Andererseits soll der Arbeitnehmer durch die Einbringung eigener Sachmittel nicht besser gestellt sein, als er bei der Beschädigung betriebseigener Sachmittel stünde. Ein Ersatzanspruch kann daher nur in dem Umfange bestehen, in dem der Arbeitgeber eine Beschädigung seiner eigenen Sachmittel hinzunehmen hätte (innerbetrieblicher Schadensausgleich) (vgl. BAG 28. Oktober 2010 - 8 AZR 647/09 - EzA BGB 2002 § 670 Nr. 4).

[36] Bei der Bewertung, wann und ggf. in welchem Umfange Verschulden des Arbeitnehmers den Ersatzanspruch ausschließt oder mindert, kommen die Grundsätze über den innerbetrieblichen Schadensausgleich zur Anwendung. Unter Zugrundelegung des Rechtsgedankens des § 254 BGB bedeutet dies, dass im Falle leichtester Fahrlässigkeit eine Mithaftung des Arbeitnehmers entfällt. Bei normaler Schuld des Arbeitnehmers (mittlere Fahrlässigkeit) ist der Schaden grundsätzlich anteilig unter Berücksichtigung der Gesamtumstände des Einzelfalles nach Billigkeitsgrundsätzen und Zumutbarkeitsgesichtspunkten zu verteilen und bei vorsätzlicher oder grob fahrlässiger Schadensverursachung ist der Ersatzanspruch des Arbeitnehmers grundsätzlich ganz ausgeschlossen (vgl. BAG 28. Oktober 2010 - 8 AZR 647/09 - mwN, EzA BGB 2002 § 670 Nr. 4).

Standort: Zivilrecht — Problem: Ausgleichsansprüche

BGH, URTEIL VOM 06.07.2011
XII ZR 190/08 (NJW 2010, 2880)

Problemdarstellung:

Der Kl. und die Bekl. lebten 13 Jahre lang in einer nicht-ehelichen Lebensgemeinschaft aus der 1995 eine Tochter hervorgegangen ist. Anfang 1994 erwarb die Bekl. ein Grundstück zu Alleineigentum, auf dem die Parteien anschließend ein Wohnhaus errichteten. Der Kl., der selbständiger Handwerker ist, wirkte an der Errichtung des Hauses mit, indem er Eigenkapital, Baumaterial und Werkleistungen im Umfang von insgesamt 51 % des Immobilienwertes einbrachte. Vor der Errichtung hatten die Parteien durch notariellen Vertrag Ansprüche des Kl. für den Fall des Scheiterns der Lebensgemeinschaft geregelt. Dieser Vertrag sollte jedoch nur gelten, solange aus der Lebensgemeinschaft keine Kinder hervorgehen.

Nach der Trennung im Jahr 2003 verlangte der Kl. von der Bekl. eine Ausgleichszahlung von ca. 65.000 €, das entspricht 51 % des Wertes der Immobile (230.000 €) unter Berücksichtigung der Darlehensverbindlichkeiten der Bekl. (100.000 €).

Prüfungsrelevanz:

Nachdem der XII. Zivilsenat seine Rechtsprechung zum Ausgleich nichtehelicher Lebenspartner im Jahr 2008 geändert hatte (vgl. BGH, RA 2010, 461 = NJW 2010, 2202; KG, RA 2010, 175 = NJW-RR 2010, 295; BGH RA 2008, 574 = NJW 2008, 3277), ist die Problematik für die Prüfungsämter wieder interessant geworden. Hierzu dürfte auch die vorliegende Entscheidung beitragen.

Die Grundproblematik besteht darin, dass die Beteiligten regelmäßig keine (ausdrücklichen) vertraglichen Abreden für den Fall des Scheiterns der Lebensgemeinschaft treffen, obwohl z.T. erhebliche Vermögenswerte verschoben werden. Das Gesetz hält aber

nur für den Ausgleich zwischen ehemaligen Ehepartnern Abwicklungsmodelle bereit (z.B. den Anspruch auf Zugewinnausgleich nach § 1378 BGB). Für nichteheliche Lebenspartner müssen alternative Lösungen gefunden werden. Die vorliegende Entscheidung zeigt deutlich, dass diese in den Ansprüchen aus §§ 730 ff. BGB, § 313 BGB und § 812 I 2 Var. 2 BGB zu suchen sind. Daneben ist immer an einen Anspruch aus §§ 530, 531 BGB zu denken, wobei Zuwendungen in der nichtehelichen (und erst recht in der ehelichen) Beziehung regelmäßig keine Schenkungen, sondern ersatzlose Zuwendungen sind (anders bei Zuwendungen der Schwiegereltern, die an der Leistung nicht partizipieren, BGH, NJW 2010, 2202 = RA 2010, 461). Mit der vorliegenden Entscheidung konkretisiert der Senat die Anforderungen an die o.g. Anspruchsgrundlagen. Dies lässt sich wie folgt zusammenfassen.

- §§ 730 ff. BGB: Entscheidend für das Vorliegen einer GbR i.S.d. § 705 BGB ist, ob die Partner die Absicht verfolgten, mit dem Erwerb eines Vermögensgegenstandes, einen – wenn auch nur wirtschaftlich – gemeinschaftlichen Wert zu schaffen, der von ihnen für die Dauer der Partnerschaft nicht nur gemeinsam genutzt werden, sondern ihnen nach ihrer Vorstellung auch gemeinsam gehören soll. Dieser Gesellschaftszweck ist nicht erfüllt, wenn der Vermögensgegenstand nach dem gemeinsamen Parteiwillen formal-dinglich einem Partner zur Alleinberechtigung zustehen soll (so auch schon KG, RA 2010, 175 = NJW-RR 2010, 295).
- § 313 I, III BGB: Ein Anspruch wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage kommt in Betracht, wenn der gemeinschaftsbezogenen Zuwendung die Erwartung zugrunde lag, die Lebensgemeinschaft werde Bestand haben. Das wird nicht selten der Fall sein, so dass die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 313 BGB häufig bejaht werden können. Der Senat betont aber, dass auf Rechtsfolgenseite eine Rückgewähr der eingebrachten Leistung nur gerechtfertigt ist, wenn die Beibehaltung der durch die Leistung geschaffenen Vermögensverhältnisse unzumutbar ist. Das hängt vom Einzelfall ab. Relevante Faktoren sind die Dauer der Lebensgemeinschaft, das Alter der Parteien, Art und Umfang der erbrachten Leistungen, die noch vorhandene Vermögensmehrung, die Einkommens- und Vermögensverhältnisse. In der vorliegenden Entscheidung stellt der Senat insbesondere darauf ab, inwieweit die Vermögensmehrung noch tatsächlich vorhanden ist (Rn. 24 ff.).
- § 812 I 2 Var. 2 BGB: Zur Annahme einer Leistungskondiktion wegen Zweckverfehlung ist eine Zweckabrede erforderlich. Eine solche kann stillschweigend vereinbart worden sein, wenn der eine Teil mit seiner Leistung einen bestimmten Erfolg bezweckt und der andere Teil dies erkennt und die Leistung entgegennimmt. Das Berufungsgericht hatte im vorliegenden Fall eine Zweckabrede u.a. mit der Begründung verneint, dass die Möglichkeit des Scheiterns einer Beziehung nie ausgeschlossen werden könne. Dies lässt der Senat jedoch nicht gelten. Allein die Möglichkeit des Scheiterns ändert nichts an der Tatsache, dass eine Leistung in der Erwartung des Besehens der Lebensgemeinschaft erfolgt.

Entsprechende Fallkonstellationen sind als Prüfungsaufgaben zu erwarten. Da hierzu regelmäßig dezidierte Entscheidungen ergehen, dürfen die Prüfungsämter nicht nur oberflächliche Kenntnisse der Problematik erwarten. Hier empfiehlt es sich, die Rechtsprechung zu kennen.

Vertiefungshinweise:

❑ Rechtsprechung: *BGH*, NJW 2010, 2202 = RA 2010, 461 (Zuwendungen der Schwiegereltern an den nichtehelichen Lebenspartner der Tochter sind Schenkungen gem. §§ 516, 518 BGB); *KG*, NJW-RR 2010, 295 = RA 2010, 175; *BGH*, NJW 2009, 3277; NJW 2008, 2333 (neLG begründet kein BesitzR i.S.v. § 986 BGB)

❑ Literatur: *Wellenhofer*, JuS 2008, 280; *Löhnig*, JA 2008, 895

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs:* „Das junge Glück“

Leitsätze:

1. Bei der Prüfung der Frage, ob wegen einer in einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft erfolgten gemeinschaftsbezogenen Zuwendung (hier: Leistungen für ein Wohnhaus) ein Ausgleichsanspruch nach den Grundsätzen über den Wegfall der Geschäftsgrundlage besteht, gebieten es Treu und Glauben nicht zwangsläufig, die Vermögenszuordnung im Hinblick auf die während des Zusammenlebens günstigeren Einkommensverhältnisse des Zuwendenden beizubehalten. Wesentliche Bedeutung kommt vielmehr auch dem Umstand zu, inwieweit die Vermögensmehrung noch vorhanden ist.

2. Die im Rahmen eines Anspruchs nach § 812 Abs. 1 Satz 2 Alt. 2 BGB behauptete Zweckabrede, der Leistende habe die Erwartung gehegt, an dem mit seiner Hilfe ausgebauten Haus langfristig partizipieren zu können, kann nicht mit der Begründung abgelehnt werden, die Möglichkeit des Scheiterns einer Beziehung könne nie ausgeschlossen werden. Einer solchen Zweckabrede steht auch weder entgegen, dass der Leistungsempfänger Alleineigentümer der Immobilie ist, noch dass das Errichten eines Eigenheims der Befriedigung des Wohnbedarfs und damit letztlich dem Unterhalt der Familie gedient hat.

Sachverhalt:
Die Parteien streiten um Ansprüche nach Beendigung einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft.
Sie lebten ca. 13 Jahre lang bis Juli 2003 zusammen und haben eine gemeinsame Tochter, die im Februar 1995 geboren wurde. Anfang 1994 erwarb die Beklagte ein Grundstück zu Alleineigentum, auf dem ein Familienheim errichtet werden sollte. Am 11. Januar 1994 schlossen die Parteien eine notarielle Vereinbarung, in der sie die Ansprüche des Klägers im Falle einer Trennung regelten. Die Vereinbarung sah vor, dass die Beklagte an den Kläger einen Wertausgleich für die eingebrachten Bar-, Sach- und Arbeitsleistungen zu erbringen hat; zur Absicherung des Anspruchs wurde ein Wohnrecht vereinbart. Die Regelung sollte gelten, so lange aus der Beziehung keine gemeinsamen Kinder hervorgehen. In der Präambel war festgelegt, dass das Hausgrundstück gemeinsam finanziert und mit persönlichen Leistungen des Klägers fertig gestellt werden soll.
Der Rohbau wurde von einem Bauunternehmen erstellt und in der Folgezeit unter Mitwirkung des Klägers, der als selbständiger Handwerker tätig ist, ausgebaut. Grundstück und Rohbau wurden im Wesentlichen über Kredite finanziert, die die Beklagte allein aufnahm. Das Haus wurde bereits vor der Fertigstellung Ende 1994 bezogen. Nach der Geburt der Tochter wurde das Wohnrecht eingetragen.
Der Kläger hat die Beklagte auf Zahlung von 60.000 € zuzüglich Zinsen in Anspruch genommen. Zur Begründung hat er vorgetragen, Eigenmittel in Höhe von 29.143,64 € (in Teilbeträgen von 2 x 15.000 DM und 27.000 DM, insgesamt 57.000 DM) aufgebracht zu haben; ferner habe er Baumaterial im Wert von rund 22.820 € und Arbeitsleistungen im Wert von 63.400 € in das Haus investiert. Ausgehend von einem Wert des Hausgrundstücks bei der Trennung von 230.000 € und unter Berücksichtigung noch valutierender Darlehen in Höhe von 100.800 € stehe ihm ein Anspruch in Höhe von 51 % des Restbetrages von 129.200 € (= 65.892 €) zu.
Die Beklagte ist der Klage entgegengetreten. Sie hat den behaupteten Umfang der Leistungen des Klägers bestritten und geltend gemacht, auch selbst am Ausbau des Hauses mitgearbeitet zu haben.
Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Die Berufung des Klägers blieb erfolglos. Mit der vom Senat zugelassenen Revision verfolgt der Kläger sein Klagebegehren weiter.

Aus den Gründen:
[7] Die Revision ist begründet.

A. Ausführungen des Berufungsgerichts
[8] Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung im Wesentlichen ausgeführt: Ein Anspruch des Klägers ergebe sich nicht aus dem notariellen Vertrag vom 11. Januar 1994, denn die Regelung habe nur so lange gelten sollen, wie aus der Beziehung keine Kinder hervorgegangen seien. (...)
[9] Auch ein Anspruch nach § 812 Abs. 1 Satz 2 Alt. 2 BGB sei nicht gegeben; eine Zweckabrede über die Erwartungen des Klägers lasse sich nicht feststellen. Soweit er geltend mache, die Leistungen wegen des Wohnrechts und der damit verbundenen langfristigen Nutzungsmöglichkeit erbracht zu haben, sei es nicht zu einer Übereinstimmung mit der Beklagten gekommen. Die Grundlage für das Wohnrecht sei mit der Geburt des Kindes entfallen. Wenn der Kläger gleichwohl in der irrigen Annahme eines Wohnrechts Leistungen erbracht habe, so habe die Beklagte nicht von dieser Vorstellung ausgehen müssen. Ebenso wenig stehe fest, dass der Kläger in der Erwartung geleistet habe, im Rahmen der nichtehelichen Lebensgemeinschaft länger als tatsächlich geschehen in dem Haus leben zu können. Die Möglichkeit des Scheiterns einer Beziehung könne nie ausgeschlossen werden. (...)
[10] Schließlich scheide auch ein Anspruch nach den Grundsätzen über den Wegfall der Geschäftsgrundlage hinsichtlich der Zahlungen und der Materialeinkäufe aus, weil dem Kläger die Beibehaltung der hierdurch geschaffenen Vermögensverhältnisse zuzumuten sei. Die Leistungen seien über den Zeitraum von achteinhalb Jahren betrachtet nicht so erheblich, dass dem Kläger hierfür ein Ausgleich zuzubilligen sei, denn der prozentuale Anteil seines Beitrags zu den Gesamtkosten sei nicht höher gewesen als sein Anteil am Gesamteinkommen der Parteien. (...)

B. Entscheidung des BGH
[11] Diese Ausführungen halten der rechtlichen Nachprüfung nicht in allen Punkten stand.

I. Kein Anspruch aus notariellem Vertrag
[12] Zutreffend ist das Berufungsgericht allerdings davon ausgegangen, dass sich der Klageanspruch nicht aus dem notariellen Vertrag vom 11. Januar 1994 ergibt. Denn die seinerzeit getroffene Vereinbarung sollte nur gelten, so lange aus der Beziehung keine gemeinsamen Kinder hervorgehen. Die Regelung stand folglich unter einer auflösenden Bedingung, die mit der Geburt der gemeinsamen Tochter eingetreten ist. Die Wirkung der Abrede war damit beendet (§ 158 Abs. 2 BGB). Gegen diese rechtliche Beurteilung erinnert auch die Revision nichts.

II. Kein Anspruch aus §§ 730 ff. BGB
[13] Zu Recht hat das Berufungsgericht auch einen Ausgleichsanspruch nach den Vorschriften über die bürgerlich-rechtliche Gesellschaft verneint.

1. Anforderungen an den Vertragsschluss

[14] Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kann ein Ausgleich nach den §§ 730 ff. BGB in Betracht kommen, wenn die Partner einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft ausdrücklich oder durch schlüssiges Verhalten einen Gesellschaftsvertrag geschlossen haben (vgl. BGHZ 84, 388, 390 = FamRZ 1982, 1065; Urteil vom 24. Juni 1985 - II ZR 255/84 - FamRZ 1985, 1232; vom 25. Februar 1991 - II ZR 46/90 - NJW-RR 1991, 898; vom 4. November 1991 - II ZR 26/91 - FamRZ 1992, 906; vom 25. September 1997 - II ZR 269/96 - FamRZ 1997, 1533 und Senatsurteil BGHZ 177, 193 = FamRZ 2008, 1822). Eine rein faktische Willensübereinstimmung reicht für eine nach gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen zu beurteilende Zusammenarbeit dagegen nicht aus (Senatsurteil BGHZ 165, 1, 10 = FamRZ 2006, 607, 609). Die Anwendung gesellschaftsrechtlicher Regelungen kann in Frage kommen, wenn die Partner die Absicht verfolgt haben, mit dem Erwerb eines Vermögensgegenstandes, etwa einer Immobilie, einen - wenn auch nur wirtschaftlich - gemeinschaftlichen Wert zu schaffen, der von ihnen für die Dauer der Partnerschaft nicht nur gemeinsam genutzt werden, sondern ihnen nach ihrer Vorstellung auch gemeinsam gehören sollte.

2. Subsumtion

[16] Der konkludente Abschluss eines Gesellschaftsvertrages kann nach den vorliegenden Umständen nicht angenommen werden. Wenn die Parteien, wie hier, einen Zweck verfolgen, der nicht über die Verwirklichung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft hinausgeht, bestehen grundsätzlich Zweifel an dem erforderlichen Rechtsbindungswillen. Denn in diesem Punkt haben die Partner regelmäßig keine über die Ausgestaltung ihrer Gemeinschaft hinausgehenden rechtlichen Vorstellungen (Senatsurteil BGHZ 177, 193 = FamRZ 2008, 1822 Rn. 22). Hinzu kommt, dass die Parteien bereits am 11. Januar 1994 eine Regelung über den Ausgleich der Leistungen des Klägers getroffen hatten, wenn auch unter der Bedingung der Kinderlosigkeit der Beziehung. Dass sie nach der Geburt des Kindes andere Vorstellungen über ihr Zusammenwirken entwickelt hätten, ist nicht erkennbar.

[17] Abgesehen davon ist das Berufungsgericht aber auch zu Recht davon ausgegangen, dass die formal-dingliche Alleinberechtigung der Beklagten von dem Kläger bewusst akzeptiert worden ist, um das Haus im Fall einer Insolvenz vor dem Zugriff von Gläubigern zu schützen. Da der Kläger mithin bereit war, einen Wert zu schaffen, der den Partnern nicht gemeinsam gehören sollte, kann auch aus diesem Grund nicht auf einen konkludent zustande gekommenen Gesellschaftsvertrag geschlossen werden.

III. Fehlerhafte Erwägungen bei Prüfung des Anspruchs aus § 313 BGB

[22] Das Berufungsgericht hat einen Anspruch nach den Grundsätzen über den Wegfall der Geschäftsgrundlage zu Unrecht mit der Begründung verneint, dem Kläger sei auf der Grundlage seines eigenen Vorbringens unter Berücksichtigung der vorliegenden Umstände noch zuzumuten, keinen Ausgleich zu erhalten. Dabei hat es bezüglich der finanziellen Leistungen maßgeblich auf die Dauer der Nutzung des Hausgrundstücks durch den Kläger sowie darauf abgestellt, dass er über das höhere Einkommen verfügt habe, weshalb es gerechtfertigt sei, dass er mehr zu den Gesamtkosten der ehelichen Lebensgemeinschaft beigetragen habe.

[23] Bei der Abwägung, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang Zuwendungen zurückerstattet oder Arbeitsleistungen ausgeglichen werden müssen, ist zu berücksichtigen, dass der Partner es einmal für richtig erachtet hat, dem anderen diese Leistungen zu gewähren. Ein korrigierender Eingriff ist grundsätzlich nur gerechtfertigt, wenn dem Leistenden die Beibehaltung der durch die Leistung geschaffenen Vermögensverhältnisse nach Treu und Glauben nicht zuzumuten ist. Insofern ist es sachgerecht, auf den Maßstab der Unbilligkeit zurückzugreifen, der für den Ausgleich von Zuwendungen unter Ehegatten gilt, die im Güterstand der Gütertrennung leben. Das Merkmal der Unbilligkeit impliziert zugleich, dass ein Ausgleich nur wegen solcher Leistungen in Betracht kommt, denen nach den jeweiligen Verhältnissen erhebliche Bedeutung zukommt. Maßgebend ist eine Gesamtabwägung der Umstände des Einzelfalls (Senatsurteil BGHZ 177, 193 = FamRZ 2008, 1822 Rn. 44).

[24] Ob und gegebenenfalls inwieweit ein Anspruch besteht, hängt mithin insbesondere von der Dauer der Lebensgemeinschaft, dem Alter der Parteien, Art und Umfang der erbrachten Leistungen, der Höhe der dadurch bedingten und noch vorhandenen Vermögensmehrung sowie von den Einkommens- und Vermögensverhältnissen ab (vgl. etwa Senatsurteil BGHZ 84, 361, 368).

[25] (...) Wesentliche Bedeutung kommt vielmehr auch dem Umstand zu, inwieweit eine Vermögensmehrung noch vorhanden ist.

[26] Nach dem Vorbringen der Beklagten belief sich der Wert des Hauses zur Zeit der Trennung auf ca. 230.000 €, während die Darlehen noch in Höhe von 100.800 € valutierten. Ausgehend hiervon hat die Beklagte einen Vermögenszuwachs von rund 130.000 € zu verzeichnen. Ob es dem Kläger mit Rücksicht darauf zuzumuten ist, keinen Ausgleich zu erlangen, obwohl er seinem Vorbringen zufolge nur über eine geringe Altersversorgung verfügt, hat das Berufungsgericht nicht in seine Beurteilung einbezogen. (...)

[27] Hinsichtlich der Frage, inwieweit wegen Arbeitsleistungen ein Ausgleich zu gewähren ist, muss zusätzlich beachtet werden, dass für die erbrachten Lei-

stungen keine Bezahlung, sondern nur eine angemessene Beteiligung an dem gemeinsam Erarbeiteten verlangt werden kann. Der Ausgleichsanspruch ist dabei in zweifacher Weise begrenzt: zum einen durch den Betrag, um den das Vermögen des anderen zur Zeit des Wegfalls der Geschäftsgrundlage noch vermehrt ist, zum anderen durch die ersparten Kosten einer fremden Arbeitskraft (Senatsurteil BGHZ 177, 193 = FamRZ 2008, 1822 Rn. 45).

IV. Anspruch aus § 812 I 2 Var. 2 BGB zu Unrecht abgelehnt

[29] Die Revision wendet sich ferner mit Erfolg dagegen, dass das Berufungsgericht einen Anspruch nach § 812 Abs. 1 Satz 2 Alt. 2 BGB abgelehnt hat.

[33] Eine (...) Zweckabrede hat das Berufungsgericht nicht festgestellt. Die Ausführungen hierzu halten der revisionsrechtlichen Nachprüfung allerdings ebenfalls nicht stand.

[34] Soweit das Berufungsgericht sich darauf gestützt hat, die Beklagte habe nicht erkennen können, dass der Kläger seinem Vorbringen zufolge mit Rücksicht auf das als fortbestehend angenommene Wohnrecht geleistet habe, erscheint diese Beurteilung nicht zweifelsfrei. Es trifft zwar zu, dass das Wohnrecht der Absicherung der Ansprüche des Klägers aus dem notariellen Vertrag vom 11. Januar 1994 dienen sollte, der mit dem Eintritt der auflösenden Bedingung seine Wirkung verloren hatte. Ungeachtet dessen ist das Wohnrecht aber erst nach der Geburt des Kindes im Grundbuch eingetragen und erst im Zuge der Auseinandersetzungen der Parteien nach der Trennung gelöscht worden. Deshalb kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Beklagte das Wohnrecht als Zweck der Leistungen des Klägers erkannt und diese entgegengenommen hat, ohne zu widersprechen. Letztlich kann das aber dahinstehen.

[35] Die Auffassung des Berufungsgerichts, es lasse sich schon nicht feststellen, dass der Kläger in Übereinstimmung mit der Beklagten in der Erwartung einer langfristigen Nutzung des Hauses geleistet habe, begegnet jedenfalls durchgreifenden rechtlichen Bedenken. Es ist zwar richtig, dass die Möglichkeit des Scheiterns einer Beziehung nicht ausgeschlossen werden kann. Das ändert aber nichts daran, dass einer erheblichen Zuwendung an den Partner regelmäßig die Erwartung zugrunde liegen wird, die Lebensgemeinschaft werde Bestand haben und der Zuwendende werde auch selbst langfristig an dem betreffenden Vermögenswert teilhaben. Die gegenteilige Annahme lässt sich nicht mit der Ausgleichsvereinbarung vom 11. Januar 1994 begründen. Eine solche Regelung kommt - ebenso wie ein Ehevertrag - grundsätzlich nicht aufgrund der konkreten Erwartung des Scheiterns der Beziehung zustande, sondern aus der Befürchtung, dass dieser Fall möglicherweise eintreten werde. Es wäre im Übrigen nicht verständlich, dass der Kläger über mehrere Jahre hinweg Zeit und Geld in den Ausbau des Hauses investiert hat, wenn er von einem Scheitern der Beziehung ausgegangen wäre.

V. Ergebnis

[42] Das angefochtene Urteil kann danach keinen Bestand haben. Der Senat ist nicht in der Lage, in der Sache abschließend zu entscheiden, da es hierzu weiterer Feststellungen bedarf.

Standort: Schuldrecht/Arbeitsrecht Problem: Transparenzgebot gem. § 307 I 2 BGB

BAG, URTEIL VOM 17.08.2011
5 AZR 406/10 (DB 2011, 2550)

Problemdarstellung:

Der Kl. war seit 2006 bei der Bekl. als Rechtsanwalt zu einem Bruttojahresgehalt von ca. 80.000,- € zzgl. variabler Boni beschäftigt. Im Formulararbeitsvertrag war geregelt, dass durch die Bruttovergütung „etwaig notwendig werdende Über- oder Mehrarbeit abgegolten“ sei. Im Rahmen des Abschlusses des Arbeitsvertrags hatte die Bekl. außerdem zugesagt, nach ca. eineinhalb Jahren Gespräche mit dem Kl. darüber aufzunehmen, ob und wann diesem eine Partnerschaft bei der Bekl. in Aussicht gestellt werden könne. Am 30.09.2008 teilte die Bekl. dem Kl. schließlich mit, dass eine Aufnahme als Partner nicht in Betracht komme. Das Arbeitsverhältnis ist zwischenzeitlich beendet worden. Der Kl. begehrt die Vergütung von ca. 930 geleisteten Überstunden, die mit je 42,- € zu vergüten seien, mithin knapp 40.000,- €.

Prüfungsrelevanz:

Die Entscheidung beschäftigt sich mit der durchaus klausurrelevanten Frage nach einem Anspruch auf Überstundenvergütung.

Dem Anspruch des Kl. könnte zunächst die Klausel des Arbeitsvertrages entgegenstehen, wonach Überstunden bereits durch das regelmäßige Gehalt abgegolten seien. Die Klausel müsste jedoch wirksam sein, also einer Inhaltskontrolle nach §§ 305 ff. BGB standhalten. Das Vorliegen von AGB gem. § 305 I BGB sowie deren Einbeziehung gem. § 305 II BGB war unproblematisch. Wenig Aufmerksamkeit schenkt der Senat der Frage der Kontrollfähigkeit der Klausel i.S.d. §§ 307 ff. BGB (Rn. 13). In der Klausur dürften hierzu Ausführungen erwartet werden: Die Kontrollfähigkeit könnte in Zweifel gezogen werden, weil es sich um eine Preisabrede, also über kontrollfreie Ver-

einbarung über die Hauptleistungspflichten der Parteien handeln könnte (vgl. Palandt/Heinrichs, § 307 Rn. 59). Indes wird es sich bei einer derartigen Klausel wohl um eine kontrollfähige Preisnebenabrede handeln (vgl. ErfK/Preis, §§ 305 – 310 BGB Rn. 91; Palandt/Heinrichs, § 307 Rn. 60). Letztendlich wird über eine solche Klausel nicht primär die Vergütung geregelt, sondern dem Verwender die Möglichkeit eröffnet, Über- und Mehrarbeit anzuordnen. Erst durch die konkrete Anordnung und den daraus resultierenden Umfang der Überstunden ergibt sich eine mittelbare Auswirkung auf die Vergütung.

Damit musste die Klausel den Anforderungen der §§ 307 ff. BGB genügen. Nach Ansicht des Senats ist sie intransparent, weil unbestimmt gem. § 307 I 2 BGB. Der Arbeitnehmer muss abschätzen können, in welchem Umfang Überstunden auf ihn zukommen. Das lässt die Klausel aber nicht erkennen. Sie setzt auch keine Obergrenze für die „etwaig notwendig werdende Über- und Mehrarbeit“ fest, sondern lässt durch das Wort „Mehrarbeit“ erkennen, dass sogar die zeitlichen Beschränkungen des ArbZG außer Betracht bleiben sollen (vgl. zum Begriff ErfK/Preis, §§ 305 – 310 BGB Rn. 91). Die Klausel ist damit unwirksam.

Das wirft die Frage nach der Anspruchsgrundlage für eine Überstundenvergütung auf. Eine konkrete gesetzliche Regelung gibt es nicht, so dass nur auf die allgemeine Regelung des § 612 I BGB zurückzugreifen ist. Danach kann eine Vergütung für eine Dienstleistung verlangt werden, wenn diese den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist. Ein allgemeiner Rechtsgrundsatz, wonach jede Mehrarbeitszeit zu vergüten ist, gibt es jedoch bei Diensten höherer Art nicht (ErfK/Preis, § 612 BGB Rn. 18).

Schließlich ergibt sich ein Anspruch des Kl. auch nicht aus der Rechtsfigur der sog. „fehlgeschlagenen - subjektiven - Vergütungserwartung“. Danach wäre ein nachträglicher Vergütungsanspruch zu bejahen, wenn die Dienstleistung in der dem Begünstigten erkennbaren Erwartung erfolgte, dass die insoweit nicht vergütete Tätigkeit zukünftig durch die Übertragung von Vermögensanteilen (hier: Anteile an der Partnerschaftsgesellschaft oder LLP der Bekl.) abgegolten werde (vgl. ErfK/Preis, § 612 BGB Rn. 21 ff.). Da die Bekl. aber bloß Gespräche über eine Aufnahme als Partner zugesagt hatte, konnte in der Tätigkeit des Kl. auch nicht die Erwartung einer zukünftigen Beteiligung an Vermögensanteilen der Bekl. erkannt werden.

Vertiefungshinweise:

❑ Zur pauschalierten Überstundenabgeltung: *Lindemann*, BB 2006, 826

❑ Zur AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht: *Zundel*, NJW 2006, 1237

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs:* „Die überflüssige Frieda“

❑ *Examenskurs:* „Keine Lust auf Schönheitsreparaturen“

Leitsatz:

Eine Allgemeine Geschäftsbedingung verletzt das Bestimmtheitsgebot (§ 307 Abs. 1 Satz 2 BGB), wenn sie vermeidbare Unklarheiten und Spielräume enthält. Lässt sich eine Klausel unschwer so formulieren, dass das Gewollte klar zu erkennen ist, führt eine Formulierung, bei der das Gewollte allenfalls durch eine umfassende Auslegung ermittelbar ist, zu vermeidbaren Unklarheiten.

Sachverhalt:

Die Parteien streiten - soweit für die Revision von Interesse - über die Vergütung von Überstunden.

Der 1968 geborene Kläger war seit dem 16. Oktober 2006 bei der Beklagten als Rechtsanwalt beschäftigt. Im Arbeitsvertrag vom 16. Juli/8. August 2006 heißt es ua.:

“§ 3 Vergütung

(3) Durch die zu zahlende Bruttovergütung ist eine etwaig notwendig werdende Über- oder Mehrarbeit abgegolten.”

Mit Schreiben vom 3. August 2006 hatte die Beklagte dem Kläger auf dessen Anfrage Folgendes bestätigt:

“Ferner ist es unser gemeinsames Verständnis, dass die Partner nach etwa einem bis anderthalb Jahren mit Ihnen Gespräche darüber aufnehmen werden, ob und ggf. ab welchem Zeitpunkt Ihnen eine Partnerschaft in Aussicht gestellt werden kann.“

Ab März 2007 erhielt der Kläger ein Jahresgehalt iHv. 80.000,00 Euro brutto. Ende März 2008 gewährte ihm die Beklagte für das Jahr 2007 einen Bonus iHv. 8.000,00 Euro brutto. In einem Personalgespräch am 30. September 2008 teilte die Beklagte dem Kläger mit, eine Aufnahme als Partner komme nicht in Betracht.

Mit Schreiben vom 29. Oktober 2008 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis zum 31. Januar 2009. Auf die Kündigungsschutzklage des Klägers hat das Arbeitsgericht mit rechtskräftig gewordenem Anerkenntnisurteil vom 27. Februar 2009 festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch diese Kündigung nicht aufgelöst worden ist. Es endete aufgrund einer ordentlichen Kündigung der Beklagten vom 18. März 2009 mit Ablauf des 30. Juni 2009.

Mit einer am 2. März 2009 im Kündigungsschutzprozess eingereichten Klageerweiterung hat der Kläger zuletzt noch Überstundenvergütung für die Zeit vom 16. Oktober 2006 bis zum 30. September 2008 iHv. 39.362,26 Euro brutto geltend gemacht und vorgetragen, in diesem Zeitraum ausweislich einer Stunden-

liste sowie von ihm geführter Zeitnachweise unter Einschluss der Lektüre von Fachliteratur und des Besuchs eines Notargrundkurses 930,33 Überstunden geleistet zu haben, die mit 42,31 Euro brutto je Stunde zu vergüten seien. Er hat die Auffassung vertreten, § 3 Abs. 3 des Arbeitsvertrags sei jedenfalls nach § 307 BGB unwirksam. Die Beklagte habe bereits mit dem Arbeitsvertrag Überstunden angeordnet, zudem seien die angestellten Anwälte aufgefordert worden, deutlich mehr als 40 Wochenstunden zu arbeiten. Die Partner hätten darauf geachtet, dass kein Leerlauf entstehe und ein kontinuierlicher Fluss von zwei bis zweieinhalb Überstunden pro Arbeitstag nicht abriss. Jedenfalls habe die Beklagte die Leistung von Überstunden geduldet. Eine Verwirkung des Anspruchs auf Überstundenvergütung scheitere schon daran, dass er bis zum 30. September 2008 fest von einer zeitnahen Aufnahme in die Partnerschaft ausgegangen sei. Die in Aussicht gestellte Partnerschaft sei die Gegenleistung für die erbrachten Überstunden gewesen. Erst nachdem die Beklagte sich einseitig von ihrer Zusage gelöst habe, sei der Anlass, Überstundenvergütung nicht geltend zu machen, entfallen.

Aus den Gründen:

[9] Die Revision der Beklagten ist begründet. Das Landesarbeitsgericht hat der Berufung des Klägers gegen das die Klage abweisende Schlussurteil des Arbeitsgerichts zu Unrecht teilweise stattgegeben. Der Kläger hat keinen Anspruch auf die Vergütung von Überstunden.

A. Unwirksamkeit der Klausel § 3 Abs. 3 des Arbeitsvertrages

[10] Das ergibt sich allerdings nicht bereits aus § 3 Abs. 3 des Arbeitsvertrags. Danach ist durch die zu zahlende Bruttovergütung eine etwaig notwendig werdende Über- oder Mehrarbeit abgegolten. Die Klausel ist unwirksam, § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB.

[12] Die in § 3 Abs. 3 des Arbeitsvertrags geregelte Pauschalabgeltung von Überstunden ist mangels hinreichender Transparenz unwirksam.

I. Transparenz- und Bestimmtheitsgebot gem. § 307 I 2 BGB

[13] Unbeschadet der Frage, ob eine Regelung wie die streitbefangene die Hauptleistungspflichten der Parteien betrifft, unterliegt sie jedenfalls gem. § 307 Abs. 3 Satz 2 BGB der Transparenzkontrolle nach § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB. Danach kann sich die zur Unwirksamkeit einer Allgemeinen Geschäftsbedingung führende unangemessene Benachteiligung aus der mangelnden Klarheit und Verständlichkeit der Bedingung ergeben. Dieses Transparenzgebot schließt das Bestimmtheitsgebot ein. Es müssen die tatbestandlichen Voraussetzungen und Rechtsfolgen so genau beschrieben werden, dass für den Verwender keine ungerechtfertigten Beurteilungsspielräume entstehen. Der Vertragspartner des Klauselverwenders soll ohne fremde Hilfe Gewissheit über den Inhalt der vertraglichen Rechte und Pflichten erlangen können und nicht von der Durchsetzung bestehender Rechte abgehalten werden. Eine Klausel muss im Rahmen des rechtlich und tatsächlich Zumutbaren die Rechte und Pflichten des Vertragspartners des Klauselverwenders so klar und präzise wie möglich umschreiben. Sie verletzt das Bestimmtheitsgebot, wenn sie vermeidbare Unklarheiten und Spielräume enthält (BAG 31. August 2005 - 5 AZR 545/04 - Rn. 45, BAGE 115, 372; BGH 26. Oktober 2005 - VIII ZR 48/05 - Rn. 23, BGHZ 165, 12).

[14] Eine die pauschale Vergütung von Überstunden regelnde Klausel ist nur dann klar und verständlich, wenn sich aus dem Arbeitsvertrag selbst ergibt, welche Arbeitsleistungen in welchem zeitlichen Umfang von ihr erfasst werden sollen. Der Arbeitnehmer muss bereits bei Vertragsschluss erkennen können, was ggf. „auf ihn zukommt“ und welche Leistung er für die vereinbarte Vergütung maximal erbringen muss (BAG 1. September 2010 - 5 AZR 517/09 - Rn. 15, AP BGB § 307 Nr. 47 = EzA BGB 2002 § 307 Nr. 50; 20. April 2011 - 5 AZR 200/10 - Rn. 16, DB 2011, 1639 - jeweils mwN; vgl. auch ErfK/Preis 11. Aufl. §§ 305 - 310 BGB Rn. 91; HWK/Gotthardt 4. Aufl. Anh. §§ 305 - 310 BGB Rn. 39).

II. Klausel enthält vermeidbare Unklarheiten

[15] § 3 Abs. 3 des Arbeitsvertrags ist nicht klar und verständlich. Diese Klausel soll etwaig notwendig werdende Arbeitsstunden erfassen, die die vereinbarten 40 Wochenstunden überschreiten. Deren Umfang ist im Arbeitsvertrag ebenso wenig bestimmt wie die Voraussetzungen, unter denen Überstunden „etwaig notwendig“ sein sollen. Insbesondere lässt sich weder der Klausel selbst noch den arbeitsvertraglichen Bestimmungen im Übrigen eine Begrenzung auf die nach § 3 ArbZG zulässige Höchstarbeitszeit (zu einer solchen Auslegungsmöglichkeit BAG 28. September 2005 - 5 AZR 52/05 - BAGE 116, 66) entnehmen. Aus dem Wortlaut des § 3 Abs. 3 ergibt sich eine derartige Beschränkung jedenfalls nicht. Die Verwendung des Begriffs „Mehrarbeit“ deutet im Gegenteil darauf hin, dass auch eine Überschreitung der gesetzlichen Arbeitszeit von der Klausel erfasst sein soll (zum Verständnis der im Arbeitszeitgesetz nicht verwendeten Begriffe Über- und Mehrarbeit siehe ErfK/Preis § 611 BGB Rn. 486; HWK/Thüsing § 611 BGB Rn. 134). Zudem haben die Parteien die Klausel übereinstimmend nicht mit einer Beschränkung auf die nach § 3 ArbZG zulässige Höchstarbeitszeit verstanden. Erst im Laufe des Verfahrens ist die Beklagte zu einem solchen Verständnis der Klausel gekommen.

[16] Selbst wenn man der Auffassung der Beklagten

folgte, § 3 Abs. 3 des Arbeitsvertrags könne dahingehend ausgelegt werden, mit der vereinbarten Vergütung sollten (nur) bis zu acht Überstunden wöchentlich abgegolten sein, bliebe die Klausel intransparent. Sie enthielte vermeidbare Unklarheiten und Spielräume. Die Auslegungsbedürftigkeit einer Allgemeinen Geschäftsbedingung führt zwar nicht gleichsam automatisch zu deren Intransparenz (vgl. ErfK/Preis §§ 305-310 BGB Rn. 44; Däubler/Bonin/Deinert/Bonin AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht 3. Aufl. § 307 BGB Rn. 157 - jeweils mwN). Lässt sich aber eine Klausel unschwer so formulieren, dass das Gewollte klar zu erkennen ist, führt eine Formulierung, bei der das Gewollte allenfalls durch eine umfassende Auslegung ermittelbar ist, zu vermeidbaren Unklarheiten. Wäre eine Einschränkung des Umfangs der Abgeltungsklausel auf bis zu acht Stunden wöchentlich gewollt gewesen, so hätte die Beklagte das unschwer im Klauseltext durch die Aufnahme dieser Zahl oder zumindest mit einem ausdrücklichen Hinweis auf das Arbeitszeitgesetz und eine danach zulässige wöchentliche Höchstarbeitszeit formulieren können.

B. Kein Anspruch des Kl. aus § 612 I BGB

[17] Mithin enthält der Arbeitsvertrag weder eine positive noch eine negative Regelung zur Vergütung von Überstunden. Anspruchsgrundlage für das Begehren des Klägers kann deshalb, wie das Landesarbeitsgericht insoweit zutreffend erkannt hat, nur § 612 Abs. 1 BGB sein. Dessen Voraussetzungen liegen aber nicht vor.

[18] Nach § 612 Abs. 1 BGB gilt eine Vergütung als stillschweigend vereinbart, wenn die Dienstleistung den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist.

[19] (...) Es fehlt jedenfalls an der weiteren Voraussetzung des § 612 Abs. 1 BGB, dass die Leistung der streitgegenständlichen Überstunden den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten war.

I. „Vergütungserwartung“ i.S.d. § 612 I BGB ist festzustellen

[20] Die nach § 612 Abs. 1 BGB erforderliche - objektive - Vergütungserwartung wird zwar in weiten Teilen des Arbeitslebens gegeben sein. Einen allgemeinen Rechtsgrundsatz, dass jede Mehrarbeitszeit oder jede dienstliche Anwesenheit über die vereinbarte Arbeitszeit hinaus zu vergüten ist, gibt es jedoch gerade bei Diensten höherer Art nicht (ErfK/Preis § 612 BGB Rn. 18; HWK/Thüsing § 612 BGB Rn. 23 - jeweils mwN; vgl. auch - zu leitenden Angestellten - BAG 17. November 1966 - 5 AZR 225/66 - BAGE 19, 126 und - zu Chefärzten - BAG 17. März 1982 - 5 AZR 1047/79 - BAGE 38, 194). Die Vergütungserwartung ist deshalb stets anhand eines objektiven Maßstabs unter Berücksichtigung der Verkehrssitte, der Art, des Umfangs und der Dauer der Dienstleistung sowie der Stellung der Beteiligten zueinander festzustellen, ohne dass es auf deren persönliche Meinung ankäme (BAG 11. Oktober 2000 - 5 AZR 122/99 - zu IV 4 a der Gründe, BAGE 96, 45). Sie kann sich insbesondere daraus ergeben, dass im betreffenden Wirtschaftsbereich Tarifverträge gelten, die für vergleichbare Arbeiten eine Vergütung von Überstunden vorsehen. Darlegungs- und beweispflichtig für das Bestehen einer Vergütungserwartung ist nach allgemeinen Grundsätzen derjenige, der eine Vergütung begehrt.

II. Subsumtion

[21] Aus dem Sachvortrag des Klägers lässt sich das Bestehen einer Vergütungserwartung nicht begründen. Auf einen Tarifvertrag, der eine Vergütungspflicht für Überstunden angestellter Rechtsanwälte vorsieht, beruft sich der Kläger nicht. Er hat auch nicht einmal ansatzweise Tatsachen dafür vorgetragen, angestellte Rechtsanwälte in vergleichbarer Stellung als potentielle Partner der Arbeitgeberin und mit einem vergleichbaren, deutlich herausgehobenen Gehalt würden Überstunden nur gegen zusätzliche Vergütung leisten oder Überstunden stets vergütet erhalten. Ebenso wenig hat der Senat Anhaltspunkte für eine entsprechende Verkehrssitte. Dieses Ergebnis bestätigt die subjektive Einstellung des Klägers, der nach seinem Vortrag für Überstunden keine Vergütung im Sinne einer Geldzahlung erwartete. Er erhoffte sich vielmehr die Aufnahme in die Partnerschaft und dass sich damit die Leistung von Überstunden „bezahlt“ machen werde.

C. Kein Anspruch des Kl. aus „fehlgeschlagener Vergütungserwartung“

[22] Eine Vergütungspflicht der Beklagten für die vom Kläger geleisteten Überstunden ergibt sich nicht in entsprechender Anwendung des § 612 Abs. 1 BGB nach den Grundsätzen der von der Rechtsprechung entwickelten Rechtsfigur der fehlgeschlagenen - subjektiven - Vergütungserwartung. Danach wird ein (nachträglicher) Vergütungsanspruch bejaht, wenn die dem durch die Dienstleistungen Begünstigten erkennbare Erwartung des die Dienste Leistenden bestand, durch eine in Zukunft erfolgende Übertragung eines Vermögens oder Vermögensbestandteils würden die in der Vergangenheit geleisteten Dienste abgegolten werden, sofern für die geleisteten Dienste entweder keine oder doch nur eine deutlich unterwertige Bezahlung erfolgte und ein unmittelbarer Zusammenhang zwischen der unterwertigen oder fehlenden Zahlung und der Erwartung bestand (BAG 14. Juli 1966 - 5 AZR 2/66 - AP BGB § 612 Nr. 24; 13. Mai 1969 - 5 AZR 457/68 - AP BGB § 612 Nr. 25; vgl. auch ErfK/Preis § 612 BGB Rn. 21 ff.; DFL/Kamanabrou 4. Aufl. § 612 BGB Rn. 16 ff. - jeweils mwN).

[23] Diese Voraussetzungen liegen im Streitfall nicht

vor. Wenn der Kläger in der Hoffnung, seine Aufnahme in die Partnerschaft zu befördern, Überstunden leistete, handelte er gleichsam auf eigenes Risiko. Die Beklagte hat zwar mit der Klausel des § 3 Abs. 3 des Arbeitsvertrags ihre Erwartung zum Ausdruck gebracht, der Kläger werde bei Bedarf „kostenlos" Überstunden leisten. Sie hat dafür aber nicht die Aufnahme in die Partnerschaft als sicher oder auch nur wahrscheinlich hingestellt. In ihrem Schreiben vom 3. August 2006 ist nur von der Aufnahme von Gesprächen der Parteien darüber die Rede, ob und ggf. wann dem Kläger eine Partnerschaft in Aussicht gestellt werden könnte. Dass die Beklagte davon unabhängig zumindest die Aufnahme in die Partnerschaft mit der Leistung von Überstunden verknüpft hätte, etwa indem sie solche vom Kläger unter Hinweis auf die von ihm angestrebte Partnerschaft verlangte oder eine Aufnahme in die Partnerschaft bei der Nichtleistung von Überstunden als gefährdet darstellte, kann dem Sachvortrag des Klägers nicht entnommen werden.

Standort: ZPO II Problem: Vollstreckungserinnerung gem. § 766 I ZPO

BGH, BESCHLUSS VOM 07.07.2011
V ZB 9/11 (MDR 2011, 1263)

Problemdarstellung:

Der Schuldner ist Eigentümer eines Grundstücks, das er an M vermietet hat. M hat das Grundstück wiederum an U untervermietet. Mit Beschluss vom 03.08.2004 ordnete das Amtsgericht als Vollstreckungsgericht die Zwangsverwaltung des Grundstücks an (vgl. §§ 866 I, 869 ZPO i.V.m. § 1, 146 ff. ZVG). U rügt einen Mangel der Zustellung des Vollstreckungstitels und begehrt die Aufhebung des Beschlusses über die Zwangsverwaltung.

Prüfungsrelevanz:

Das Vorbringen des U ist als Vollstreckungserinnerung gem. § 766 I ZPO auszulegen, da ein „Mangel der Zustellung des Vollstreckungstitels" eine formelle Einwendung gegen eine Zwangsvollstreckungsmaßnahme (hier: der Beschluss des Vollstreckungsgerichts) darstellt.

Zwar erreicht die Examensbedeutung der Erinnerung nach § 766 I ZPO nicht diejenige der klausurträchtigen Rechtsbehelfe wie § 767 ZPO oder § 771 ZPO. Doch ist auch die Erinnerung als Klausurthema interessant, da sie sich zur Verbindung mit der sofortigen Beschwerde nach §§ 793, 567 ZPO anbietet. Das führt letztendlich zur (verschachtelten) Prüfung von zwei Rechtsbehelfen.

Für die Erinnerung ist funktional der Richter am Amtsgericht als Vollstreckungsgericht im Bezirk des Vollstreckungsverfahrens zuständig (§ 20 Nr. 17 RpflG; §§ 766 I, 764 II, 802 ZPO). Analog § 569 II, II ZPO erfordert die Erinnerung einen formgerechten Antrag. Zudem muss die Erinnerungsbefugnis vorliegen, was bei einem Beteiligten der Zwangsvollstreckung regelmäßig der Fall ist. Hier konnten bereits Zweifel an der Erinnerungsbefugnis des U aufkommen, da dieser nicht der Adressat der Zwangsvollstreckungsmaßnahme war. Insofern ist auch umstritten, ob der Untermieter des Vollstreckungsschuldners gem. § 9 Nr. 2 ZVG Beteiligter eines Zwangsverwaltungsverfahrens ist (zum Streitstand: Böttcher, § 9 ZVG Rn. 15 m.w.N.). Diese Frage musste der Senat jedoch nicht beantworten, da es bereits am erforderlichen Rechtsschutzbedürfnis fehlte. Denn die Rechtsstellung des Untermieters wird durch die Anordnung der Zwangsverwaltung nicht berührt. Diese führt gem. § 152 ZVG nur dazu, dass der Zwangsverwalter anstelle des Schuldners dessen Rechte als Vermieter wahrzunehmen hat. Damit muss der Zwangsverwalter die Rechte und Pflichten des Schuldners aus bestehenden Mietverträgen wahrnehmen. Eine Rechtsbeziehung des Schuldners besteht aber nur gegenüber seinen Mietern, nicht jedoch gegenüber Untermietern. Diese stehen alleine mit dem Mieter als Untervermieter in einer rechtlichen Beziehung.

Die Rechtsstellung des Untermieters könnte allenfalls dann berührt sein, wenn der Zwangsverwalter ausnahmsweise auf die Erträge aus der Untermiete zugreifen könnte. Allerdings kommt das regelmäßig nicht in Frage, weil diese Erträge dem Mieter als Untervermieter nicht aber dem Zwangsvollstreckungsschuldner zustehen. Nur wenn ausnahmsweise der Untermietvertrag gem. § 138 I BGB sittenwidrig und nichtig ist, erstreckt sich die Beschlagnahme auch auf die Untermiete. Das ist aber höchstens anzunehmen, wenn der Untermietvertrag ausschließlich dazu dient, Mietforderungen dem Zugriff von Gläubigern zu entziehen (vgl. BGH, WM 2005, 610). Ein solcher Fall lag hier nicht vor und wäre im Übrigen als materielle Einwendung auch nicht mit der Erinnerung geltend zu machen.

Die Erinnerung des U war daher unzulässig und somit zurückzuweisen.

Vertiefungshinweise:

❑ Zur Erinnerung gem. § 766 ZPO: *Becker*, JuS 2011, 37; *Kaiser*, NJW 2010, 2330 (Rechtsbehelfe bei der Zwangsvollstreckung aus Zug-um-Zug-Titeln)

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs:* „Die folgenschwere Untervermietung“
❑ *Assessorkurs:* „Ein toller Mantel“
❑ *Assessorkurs:* „Grundstücksauseinandersetzung“
❑ *Assessorkurs:* „Der Zwangsverwalter“

Leitsatz:
Die Erinnerung des Untermieters oder Unterpächters eines Mieters oder Pächters des Schuldners gegen die Anordnung der Zwangsverwaltung ist unzulässig, weil das erforderliche Rechtsschutzinteresse fehlt.

Sachverhalt:
Mit Beschluss vom 3. August 2004 ordnete das Amtsgericht - Vollstreckungsgericht - auf Antrag der Beteiligten zu 2 die Zwangsverwaltung der eingangs genannten Grundstücke des Beteiligten zu 3 an. Der Zwangsverwalter verklagte die Beteiligte zu 1 auf Herausgabe von Gewerberäumen auf den Grundstücken, die diese von einer Mieterin des Beteiligten zu 3, der Firma H. GmbH & Co. KG, gemietet haben will.
Die Beteiligte zu 1 hat mit anwaltlichem Schriftsatz vom 14. Juli 2009 beantragt, die Zwangsverwaltung wegen eines Mangels der Zustellung des Vollstreckungstitels aufzuheben. Das Amtsgericht - Vollstreckungsgericht - hat diesen Antrag als Erinnerung nach § 766 ZPO gewertet und diese zurückgewiesen. Die sofortige Beschwerde der Beteiligten zu 1 hat das Landgericht zurückgewiesen. Mit der zugelassenen Rechtsbeschwerde möchte die Beteiligte zu 1 weiterhin die Aufhebung der Zwangsverwaltung erreichen. Die Gläubigerin beantragt, das Rechtsmittel zurückzuweisen.

Aus den Gründen:

A. Ausführungen des Beschwerdegerichts
[3] Das Beschwerdegericht hält die sofortige Beschwerde für unbegründet. Die Erinnerung sei schon nicht zulässig. Ob ein Untermieter Beteiligter eines Zwangsverwaltungsverfahrens sei, werde unterschiedlich beurteilt. Die besseren Argumente sprächen dafür, das zu verneinen. Eine Beteiligung des Untermieters an dem Zwangsverwaltungsverfahren sei nicht gerechtfertigt, weil ihn nichts mit dem Schuldner verbinde.

B. Entscheidung des BGH
[4] Diese Überlegung hält im Ergebnis einer rechtlichen Prüfung stand. Das Rechtsmittel der Beteiligten zu 1 ist unbegründet.

I. Beteiligtenfähigkeit des Untermieters wegen § 9 Nr. 2 ZVG?
[5] Ob ein Untermieter oder Unterpächter des Schuldners nach § 9 Nr. 2 ZVG Beteiligter eines Zwangsverwaltungsverfahrens ist, wird unterschiedlich beurteilt. Teilweise wird die Frage bejaht (Böttcher, ZVG, 5. Aufl., § 9 Rn. 15; Stöber, ZVG, 19. Aufl., § 9 Anm. 2.10; Hintzen in Hintzen/Wolf, Handbuch zu Zwangsvollstreckung, Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung, Rn. 11.68; Storz/Kiderlen, Praxis des Zwangsversteigerungsverfahrens, 11. Aufl., Anm. B 1.3.1). Zur Begründung wird auf die Notwendigkeit eines Schutzes des Untermieters vor einem böswilligen oder saumseligen Hauptmieter verwiesen (Burchard, ZZP 32 [1904], 89, 129 f.). Teilweise wird die Frage verneint (Rellermeyer in Dassler/Schiffhauer/Hintzen/Engels/Rellermeyer, ZVG, 13. Aufl., § 9 Rn. 20; Jaeckel/Güthe, ZVG, 7. Aufl., § 9 Anm. 8 aE; Steiner/Hagemann, ZVG, 9. Aufl., § 9 Rn. 87). Die Beteiligtenstellung sei dem Mieter oder Pächter mit § 9 Nr. 2 ZVG nur eingeräumt worden, um ihm die Möglichkeit zu verschaffen, in der Zwangsversteigerung für ihn günstigere Bedingungen zu erreichen (vgl. Begründung der Vorschrift in der Denkschrift zum ZVG bei Hahn, Die gesammten [sic] Materialien zu den Reichsjustizgesetzen, Bd. 5, 1897, S. 36 f. = Verhandlungen des Reichstags, 9. Legislaturperiode, IV. Session 1895/1897, Anlageband 5, Aktenstück 607 S. 2839). Der Untermieter oder Unterpächter stehe dagegen in keiner rechtlichen Beziehung zum Schuldner.
[6] Diese Frage muss hier nicht entschieden werden.

II. Fehlendes Rechtsschutzbedürfnis
[7] Die Erinnerung des Untermieters oder Unterpächters eines Mieters oder Pächters des Schuldners gegen die Anordnung der Zwangsverwaltung ist jedenfalls deshalb unzulässig, weil ihr das erforderliche Rechtsschutzinteresse fehlt.

1. Keine (unmittelbare) Berührung des Rechtsschutzbedürfnisses durch Anordnung der Zwangsverwaltung
[8] Die Rechtsstellung des Untermieters oder Unterpächters wird durch die Anordnung oder Nichtanordnung der Zwangsverwaltung unmittelbar nicht berührt. Die Anordnung der Zwangsverwaltung führt nach § 152 ZVG dazu, dass der Zwangsverwalter anstelle des Schuldners dessen Rechte als Vermieter oder Verpächter bestehender Miet- und Pachtverträge wahrzunehmen und dessen Pflichten gegenüber Mietern oder Pächtern zu erfüllen hat. Das mag für diese eine Beeinträchtigung sein, weil der Zwangsverwalter, anders als ein „normaler“ Vermieter oder Verpächter, verpflichtet ist, den größtmöglichen Ertrag aus dem Grundstück „herauszuholen“ (so OLG Düsseldorf, ZfIR 1999, 324, 325). Für Untermieter oder Unterpächter dieser Mieter oder Pächter trifft das aber nicht zu. Für sie ändert sich durch die Anordnung der

Zwangsverwaltung nichts. Ihr Vertragspartner bleibt der Mieter oder Pächter des Schuldners. Die von Burchard beklagte Gefährdung von Rechten des Untermieters (ZZP 32 [1904], 89, 129) könnte auch nur im Zwangsversteigerungs-, nicht jedoch im Zwangsverwaltungsverfahren eintreten, um das es hier geht.

[9] Ein Rechtsschutzinteresse des Untermieters oder Unterpächters an einer Erinnerung gegen die Anordnung der Zwangsverwaltung für das gemietete Grundstück ergibt sich auch nicht aus einer mittelbaren Beeinträchtigung seiner Rechtsstellung. Diese ist zwar von dem Bestand des Hauptmiet- oder -pachtverhältnisses abhängig. Das ist aber keine Folge der Anordnung oder Nichtanordnung der Zwangsverwaltung, sondern eine Schwäche, die einer Untermiete oder Unterpacht stets und unabhängig von einer Zwangsverwaltung anhaftet, weil sie nur eine abgeleitete Rechtsstellung vermitteln. Diese verändert sich durch die Zwangsverwaltung nicht, weil der Zwangsverwalter nach § 152 ZVG dem Hauptmieter oder -pächter gegenüber nur die Rechte geltend machen kann, die dem Schuldner gegen diesen zustehen. Mit deren Geltendmachung muss ein Untermieter oder Unterpächter auch rechnen, wenn der Vermieter des Hauptmieters ein „normaler“ Vermieter ist.

2. Keine Ausnahme

[10] Nichts anderes ergibt sich entgegen der Ansicht der Beteiligten zu 1 daraus, dass die Erträge aus einem Untermiet- oder Unterpachtvertrag auf Grund der Anordnung der Zwangsverwaltung beschlagnahmt und von dem Zwangsverwalter einzuziehen sein können.

a) Ausnahme im Einzelfall gerechtfertigt, wenn vertragliche Regelung sittenwidrig

[11] Das ist nur bei einer hier nicht gegebenen Sondersituation der Fall. Erträge aus einem Untermiet- oder Unterpachtverhältnis werden von der Beschlagnahme nach § 17 ZVG regelmäßig nicht erfasst. Sie stehen vielmehr dem Mieter oder Pächter, nicht dem Eigentümer zu (Senat, Urteil vom 4. Februar 2005 - V ZR 294/03, WM 2005, 610, 612). Anders ist es, wenn die Mieten oder Pachten dem Hauptmieter (-pächter) nur der Form nach zugeordnet werden, wirtschaftlich hingegen dem Eigentümer zustehen. Dann wären die auf den Hauptmieter oder -pächter nur verlagerten Mieten oder Pachten von der Beschlagnahme erfasst. Als Folge dessen unterlägen sie auch dem Zugriff des Zwangsverwalters, der sie einziehen könnte und müsste. Eine solche Verlagerung von Mieten hat der Senat zwar in dem Fall angenommen, dass der Hauptpachtvertrag nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig war, weil er dazu diente, die Mieten oder Pachten planmäßig und mit eingeweihten Helfern dem Zugriff der Gläubiger zu entziehen (Senat, Urteil vom 4. Februar 2005 - V ZR 294/03, WM 2005, 610, 611). Eine derartige Verlagerung von Mieteinnahmen macht die Beteiligte zu 1 hier aber nicht geltend.

b) Jedenfalls: Erinnerung falscher Rechtsbehelf

[12] Ob ein solcher Sonderfall vorliegt, wäre auch nicht im Verfahren über eine Erinnerung gegen die Anordnung der Zwangsverwaltung zu prüfen. Das Erinnerungsverfahren dient der Überprüfung der formellen Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung, aber nicht dazu, die ausnahmsweise Einbeziehung an sich von der Zwangsverwaltung nicht Betroffener festzustellen. Diese Feststellung könnte zudem nicht mit den in dem streng formalisierten Zwangsvollstreckungsverfahren zur Verfügung stehenden begrenzten Mitteln, sondern, wie in den vergleichbaren Fällen der §§ 767, 768 und 771 ZPO, nur in einem Verfahren vor dem Prozessgericht getroffen werden. Das ist gewöhnlich der Einziehungsprozess, den der Zwangsverwalter gegen den Untermieter führen muss, wenn er meint, der Schuldner habe in Wirklichkeit ihm zustehende Mieteinnahmen auf einen Untermieter verlagert. Die - in solchen Fällen meist zumindest zweifelhafte - Wirksamkeit des eigenen Mietvertrags des Hauptmieters kann aber auch in einem Rechtsstreit über die Herausgabe des beschlagnahmten Grundstücks geklärt werden, wie ihn der Zwangsverwalter hier gegen die Beteiligte zu 1 eingeleitet hat. Denn das Besitzrecht des Untermieters (hier der Beteiligten zu 1) gegenüber dem Eigentümer (bzw. seinem Insolvenzverwalter) aus dem Untermietvertrag besteht nur, wenn auch der Hauptmietvertrag Bestand hat (vgl. BGH, Urteil vom 9. Juli 2007 - II ZR 233/05, NJW 2007, 2913, 2915 Rn. 18).

Standort: ZPO I Problem: Verschulden des Rechtsanwalts (§ 85 II ZPO)

BGH, BESCHLUSS VOM 17.08.2011
I ZB 21/11 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Der Kl. war das erstinstanzliche, klageabweisende Urteil des Landgerichts am 03.12.2010 zugestellt worden. Sie beauftragte den Rechtsanwalt R mit der Durchführung des Berufungsverfahrens. Die Rechtsanwaltsfachangestellte W legte dem R im Dezember die Berufungseinlegungsschrift zur Unterschrift vor. R erkannte, dass diese fälschlicherweise an das Landgericht adressiert war und wies die W an, anstelle der Adresse des Landgerichts diejenige des Oberlandesgerichts als korrektem Adressaten einzusetzen. Dennoch unterschrieb R die Berufungsschrift. W vergaß die korrekte Adresse einzusetzen und schickte den Schriftsatz an das Landgericht, wo er am 30.12.2010 einging. Mit Verfügung vom 04.01.2011 leitete der Kammervorsitzende des Landgerichts den Schriftsatz an das Oberlandesgericht weiter. Dort ging er am 06.01.2011 ein. Das Oberlandesgericht hat die Berufung am 17.01.2011 wegen Verspätung als unzulässig verworfen (§ 522 I 2 ZPO). Die Kl. begehrt Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.

Prüfungsrelevanz:

Auch im Referendarexamen dürfen die Prüfungsämter Grundkenntnisse der ZPO erwarten. Hierzu zählen die Vorschriften über die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gem. §§ 233 ff. ZPO ebenso wie die klausurrelevante Norm des § 85 II ZPO, die den Mittelpunkt dieser Entscheidung bilden.

Gem. § 233 ZPO ist einer Partei Wiedereinsetzung zu gewähren, wenn sie ohne Verschulden eine Notfrist versäumt hat.

Notfristen sind solche Fristen, die im Gesetz entsprechend bezeichnet werden und weder verkürzt noch verlängert werden können – hierunter fällt z.B. die Monatsfrist zur Berufungseinlegung gem. § 517 ZPO. Diese Frist beginnt mit der Zustellung des anzufechtenden Urteils und wird gewahrt durch Einreichung der Berufungsschrift zum Berufungsgericht (sog. iudex ad quem). Da die Berufungsschrift beim Oberlandesgericht als Berufungsgericht für landgerichtliche Urteile (vgl. § 119 I Nr. 2 GVG) erst am 06.01.2011 einging, war die am 03.12.2010 beginnende Berufungsfrist des § 517 ZPO verstrichen.

Fraglich war, ob die Kl. hieran ein Verschulden traf. Da sie nicht selbst gehandelt hatte, kam allenfalls eine Zurechnung des Verschuldens des R nach § 85 II ZPO in Betracht. Verschulden Dritter, insbesondere des Büropersonals des Rechtsanwalts, muss die Partei dagegen grundsätzlich nicht vertreten. Hier kam es also darauf an, ob bloßes Verschulden der W vorlag oder ob es sich um ein Verschulden des R handelte. Grundsätzlich fehlt es an einem der Partei zurechenbaren Verschulden des Anwalts, wenn dieser einer Kanzleikraft, die sich bislang als zuverlässig erwiesen hat, eine konkrete Einzelanweisung erteilt, die bei Befolgung zur Fristwahrung geführt hätte. Denn ein Rechtsanwalt darf grundsätzlich darauf vertrauen, dass eine bislang zuverlässige Kanzleikraft eine konkrete Einzelanweisung befolgt.

Das gilt nach Ansicht des Senats im vorliegenden Fall aber nicht: Denn hier hatte R bereits erkannt, dass der W ein Fehler unterlaufen war. Dennoch hatte er die fehlerhaft adressierte Berufungsschrift unterschrieben. In diesem Fall darf der Rechtsanwalt nicht auf die Befolgung seiner Anweisung vertrauen, sondern muss zusätzliche Maßnahmen treffen um sicherzustellen, dass eine Korrektur des Fehlers erfolgt. Dies wäre ihm auch leicht möglich gewesen: Entweder hätte er die Adresse selbst (handschriftlich) korrigieren können, oder er hätte die Unterschrift erst nach Korrektur und nochmaliger Vorlage des Schriftsatzes leisten können. Da er dies nicht tat, war sein Vertrauen in de fehlerfreie Ausführung der Anweisung nicht schutzwürdig. Folglich lag ein Verschulden des R vor, dass sich die Kl. gem. § 85 II ZPO zurechnen lassen muss.

Die Wiedereinsetzung war folglich zu versagen.

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 bei nicht befolgter, allgemeiner Anweisung); NJW 2004, 367

Kursprogramm:

❑ *Assessorkurs:* „Ein englisches Teeservice“
❑ *Assessorkurs:* „Wer nicht zahlt, der fliegt ...“

Leitsatz:

Der Grundsatz, dass ein Rechtsanwalt darauf vertrauen darf, dass eine bislang zuverlässige Kanzleikraft eine konkrete Einzelweisung befolgen wird, gilt insoweit nicht, als der Rechtsanwalt von der ihm selbst ohne weiteres möglichen Beseitigung eines von ihm erkannten Fehlers absieht.

Sachverhalt:

Das Landgericht Hamburg hat die auf Unterlassung,

Auskunftserteilung und Freihaltung der Klägerin von den Kosten der außergerichtlichen Rechtsverfolgung bis zum Betrag von 2.067,60 € gerichtete Klage mit Urteil vom 2. Dezember 2010 abgewiesen. Die Klägerin hat gegen das ihr am 3. Dezember 2010 zugestellte Urteil mit versehentlich an das Landgericht Hamburg adressiertem Schriftsatz vom 30. Dezember 2010 Berufung eingelegt. Der Schriftsatz ist am 30. Dezember 2010 bei der Gemeinsamen Annahmestelle beim Amtsgericht Hamburg eingegangen, die auch für die Entgegennahme von an das Landgericht Hamburg und das Oberlandesgericht Hamburg gerichteten Schriftstücken zuständig ist. Der Vorsitzende der Zivilkammer 15 des Landgerichts Hamburg hat die Berufungsschrift mit Verfügung vom 4. Januar 2011 an das Oberlandesgericht Hamburg weitergeleitet, wo sie am 6. Januar 2011 eingegangen ist. Die Geschäftsstelle des Oberlandesgerichts Hamburg hat der Klägerin mit Schreiben vom 7. Januar 2011 außer dem Aktenzeichen des Berufungsverfahrens auch mitgeteilt, dass die Berufung dort am 30. Dezember 2010 eingegangen sei. Demgegenüber hat der Vorsitzende des Berufungssenats der Klägerin mit Schreiben vom 17. Januar 2011 mitgeteilt, dass der Senat die Verwerfung der Berufung als unzulässig beabsichtige, weil die Berufungsschrift beim Oberlandesgericht erst am 6. Januar 2011 und damit nach Ablauf der Berufungsfrist eingegangen sei.

Die Klägerin hat daraufhin am 31.01.2011 Wiedereinsetzung in den vorigen Stand beantragt. Zur Begründung hat sie vorgetragen, die stets gründlich und ordentlich arbeitende Rechtsanwaltsfachangestellte W. habe beim auftragsgemäßen Erstellen der Berufungsschrift am 30. 12.2010 als Empfänger versehentlich das Landgericht Hamburg eingesetzt. Rechtsanwalt Dr. S. habe diesen Fehler bemerkt und Frau W. deshalb angewiesen, die erste Seite des Schriftsatzes vor seiner Einreichung bei Gericht gegen eine Fassung mit dem Oberlandesgericht Hamburg als Adressat auszutauschen. Im Vertrauen darauf, dass Frau W. dieser Anweisung Folge leisten werde, habe er den Schriftsatz auf der zweiten Seite unterschrieben. Frau W. habe die ihr erteilte Anweisung in der Hektik vor Jahresende allerdings vergessen und die von Rechtsanwalt Dr. S. bereits unterschriebene Berufungsschrift daher in ihrer ursprünglichen Form am 30.12.2010 bei der Gemeinsamen Annahmestelle abgegeben.

Das Berufungsgericht hat den Wiedereinsetzungsantrag der Klägerin zurückgewiesen und deren Berufung als unzulässig verworfen. Hiergegen wendet sich die Klägerin mit ihrer Rechtsbeschwerde.

Aus den Gründen:

A. Ausführungen des Berufungsgerichts

[4] Der Antrag sei (...) unbegründet, weil die Fristversäumung wesentlich und vorrangig auf einem Ausführungsfehler von Rechtsanwalt Dr. S. und einem Organisationsmangel im Büro der Klägervertreter beruht habe und die Klägerin sich beides gemäß § 85 Abs. 2 ZPO wie eigenes Verschulden zurechnen lassen müsse. Selbst wenn Frau W. eine vertrauenswürdige Mitarbeiterin gewesen sei, bei der von einer ordnungsgemäßen Ausführung ihr erteilter Anordnungen habe ausgegangen werden können, und Rechtsanwalt Dr. S. klare Anweisungen gegeben habe, stelle es wegen der besonderen Bedeutung der richtigen Adressierung einer Berufungsschrift bereits ein erhebliches Anwaltsverschulden dar, dass Rechtsanwalt Dr. S. den ihm vorgelegten Schriftsatz trotz Erkennens seiner Fehladressierung unterschrieben und damit eine formal wirksame Prozesserklärung abgegeben habe, die in dieser Form an das Gericht habe weitergeleitet und dort trotz Fehladressierung als formwirksame Berufungsschrift habe behandelt werden können. Zudem hätte es wegen des von Rechtsanwalt Dr. S. bemerkten gravierenden Fehlers bei der Adressierung und der von ihm vorgenommenen Unterzeichnung anwaltlicher Sorgfalt entsprochen, nicht schlicht auf eine ordnungsgemäße Ausführung der Anweisung zu vertrauen, sondern deren Umsetzung nochmals zu überprüfen.

B. Entscheidung des BGH

[6] Die gegen diese Beurteilung gerichtete Rechtsbeschwerde der Klägerin ist gemäß § 574 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, § 238 Abs. 2 Satz 1, § 522 Abs. 1 Satz 4 ZPO statthaft, den Erfordernissen des § 575 ZPO entsprechend form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden und auch im Übrigen zulässig, weil die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Rechtsbeschwerdegerichts erfordert (§ 574 Abs. 2 Nr. 2 ZPO). In der Sache hat sie allerdings keinen Erfolg.

[7] Das Berufungsgericht ist entgegen der Ansicht der Rechtsbeschwerde mit Recht davon ausgegangen, dass die Klägerin die Frist für die bei ihm einzulegende Berufung gegen das klagabweisende Urteil erster Instanz versäumt hat. Die insoweit maßgebliche Monatsfrist des § 517 ZPO hat mit der Zustellung des in vollständiger Form abgefassten Urteils des Landgerichts am 3. Dezember 2010 zu laufen begonnen und ist am 3. Januar 2011 abgelaufen, ohne dass beim Berufungsgericht eine Berufungsschrift der Klägerin eingegangen war. (...)

I. Wiedereinsetzung gem. § 324 ZPO bei schuldloser Fristversäumung

[11] Das Berufungsgericht hat der Klägerin die innerhalb der Frist des § 234 ZPO beantragte Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu Recht versagt. Die Versäumung der Berufungsfrist beruht auf einem Ver-

schulden des Rechtsanwalts Dr. S., das sich die Klägerin gemäß § 85 Abs. 2 ZPO zurechnen lassen muss.

II. Verschuldens des Rechtsanwalts

1. Maßstab

[12] Die Frage, ob einen Prozessbevollmächtigten ein entsprechendes Verschulden trifft, ist nach einem objektiv-typisierten Maßstab zu beantworten, wobei auf die Person des Bevollmächtigten abzustellen ist (BAGE 54, 105, 108 f. = NJW 1987, 1355; Zöller/Vollkommer, ZPO, 28. Aufl., § 85 Rn. 13; Musielak/Weth aaO § 85 Rn. 18, jeweils mwN). Verschuldensmaßstab ist dabei nicht mehr wie unter der Geltung des auf unabwendbare Zufälle abstellenden § 233 Abs. 1 ZPO aF die äußerste und größtmögliche Sorgfalt, sondern die von einem ordentlichen Rechtsanwalt zu fordernde übliche Sorgfalt (vgl. BGH, Beschluss vom 5. Februar 1992 XII ZB 92/91, NJW 1992, 2488, 2489; Beschluss vom 31. März 2010 XII ZB 166/09, FamRZ 2010, 879 Rn. 15; Zöller/Vollkommer aaO § 85 Rn. 13; Musielak/Weth aaO § 85 Rn. 18, jeweils mwN). Die Anforderungen an die Sorgfaltspflicht des Rechtsanwalts dürfen dabei nicht überspannt werden; ihre Beachtung muss im Einzelfall auch zumutbar sein, da andernfalls das Recht auf wirkungsvollen Rechtsschutz und zumutbaren Zugang zu den Gerichten verletzt wird (vgl. BVerfGE 79, 372, 378; BVerfG [Kammer], NJW 2007, 3342; BGH, Beschluss vom 4. Juli 2002 V ZB 16/02, BGHZ 151, 221, 227 f.; Zöller/Vollkommer aaO § 85 Rn. 13 mwN). Dementsprechend fehlt es grundsätzlich an einem der Partei zuzurechnenden Verschulden ihres Anwalts an der Fristversäumung, wenn der Anwalt einer Kanzleikraft, die sich bislang als zuverlässig erwiesen hat, eine konkrete Einzelanweisung erteilt, die bei Befolgung die Fristwahrung gewährleistet hätte; ein Rechtsanwalt darf grundsätzlich darauf vertrauen, dass eine bislang zuverlässige Kanzleikraft eine konkrete Einzelanweisung befolgt (BGH, Beschluss vom 13. April 2010 VI ZB 65/08, NJW 2010, 2287 Rn. 5 f. mwN). Die Ausführung einer erteilten konkreten Einzelanweisung muss nur dann überprüft werden, wenn abzusehen ist, dass die Weisung nicht befolgt wird (vgl. BGH, Beschluss vom 25. Juni 2009 V ZB 191/08, NJW 2009, 3036 Rn. 12 f.).

2. Subsumtion

[13] Das Berufungsgericht ist von diesen Grundsätzen ausgegangen und hat sie auf den Streitfall auch nicht in einer Weise angewandt, bei der die Anforderungen an die Sorgfaltspflichten des Rechtsanwalts überspannt werden. Es hat ein Verschulden des Rechtsanwalts Dr. S. mit Recht bereits darin erblickt, dass dieser die erkanntermaßen fehladressierte Berufungsschrift unterzeichnet hat, ohne sie dabei entweder selbst handschriftlich zu korrigieren oder immerhin zusätzliche Maßnahmen zu treffen bzw. zu veranlassen, um sicherzustellen, dass Frau W. die ihr von ihm zum Zwecke der Korrektur des Fehlers erteilte Einzelweisung tatsächlich befolgte.

[15] Die für Rechtsanwalt Dr. S. insoweit gegebene Möglichkeit, den Fehler bei der Adressierung der Berufungsschrift nach seiner Entdeckung bereits selbst ohne jeden weiteren Aufwand durch eine entsprechende handschriftliche Korrektur zu beseitigen, setzte hier allerdings auch den Vertrauensgrundsatz außer Kraft. Dieser Grundsatz soll wie oben in Randnummer 12 dargelegt verhindern, dass das Recht auf wirkungsvollen Rechtsschutz und zumutbaren Zugang zu den Gerichten verletzt wird. Für seine Anwendung ist daher kein Raum, wenn der Rechtsanwalt von der ihm selbst ohne weiteres möglichen Beseitigung eines erkannten Fehlers absieht und stattdessen darauf vertraut, dass sein Personal den Fehler aufgrund einer erteilten Einzelweisung beseitigen wird.

III. Ergebnis

[16] Nach allem ist die Rechtsbeschwerde der Klägerin unbegründet und daher mit der Kostenfolge aus § 97 Abs. 1 ZPO zurückzuweisen.

Strafrecht

Standort: § 263 I StGB Problem: Vermögensschaden bei gutgläubigem Erwerb

BGH, BESCHLUSS VOM 08.06.2011
3 STR 115/11 (WISTRA 2011, 387)

Problemdarstellung:

Der Ehemann der Angeklagten verkaufte zwei von ihm gemietete Autos unter Vorlage gefälschter Zulassungsbescheinigungen an Dritte, denen er den Eindruck vermittelte, er sei Eigentümer der Fahrzeuge. Hierbei unterstützte ihn die Angeklagte.

Das Landgericht Hannover verurteilte die Angeklagte insb. wegen Beihilfe zum Betrug, §§ 263 I, 27 StGB. Auf deren Revision hin hob der BGH das Urteil auf. Das LG habe keine hinreichenden Feststellungen zu der Frage getroffen, ob die Käufer der Autos nicht gutgläubig gem. §§ 929 S. 1, 932 BGB Eigentum an diesen erworben hätten. In diesem Fall sei es nämlich nicht selbstverständlich, dass den Käufern ein Vermögensschaden entstanden sei. Die bloße Möglichkeit eines Herausgabeprozesses gegen den ursprünglichen Eigentümer der Autos sei hierfür nämlich nicht ausreichend. Ohne Vermögensschaden scheide aber das Vorliegen eines Betrugs aus, sodass die Angeklagte sich auch mangels Haupttat auch nicht wegen Beihilfe strafbar gemacht haben könne.

Prüfungsrelevanz:

Der Tatbestand des Betruges, § 263 I StGB, gehört zu den in beiden Examen am häufigsten geprüften Delikten. Beim Prüfling werden hier nicht nur die Kenntnis des Deliktsaufbaus und der einschlägigen Definitionen, sondern auch die Beherrschung von Detailproblemen als selbstverständlich vorausgesetzt. Das im vorliegenden Fall relevante Problem, ob bei einem gutgläubigen Eigentumserwerb ein Vermögensschaden i.S.v. § 263 I StGB gegeben ist, stellt insofern einen Klassiker dar. Insbesondere aufgrund der Tatsache, dass bei dieser Fragestellung inzident die zivilrechtlichen Voraussetzungen für einen gutgläubigen Eigentumserwerb zu prüfen sind und sich solche themenübergreifenden Konstellationen bei den Prüfern besonderer Beliebtheit erfreuen, ist davon auszugehen, dass das vorliegende Urteil für Examensaufgaben in beiden Examen Verwendung finden wird.

Eine Strafbarkeit wegen Betruges gem. § 263 I StGB setzt insb. voraus, dass der Täter das Vermögen des Opfers beschädigt. Ein solcher Vermögensschaden liegt vor, wenn das Vermögen des Opfers durch die Tat verringert wurde, d.h. wenn das Opfer nach der Tat weniger Vermögen hat also vorher, was durch eine Gesamtsaldierung, also eine Addition sämtlicher Vermögenspositionen des Opfers vor und nach der Tat, zu ermitteln ist (BGH, NStZ 2004, 205, 206; Schönke/Schröder-Cramer/Perron, § 263 Rn. 99; Krey/Hellmann, BT 2, Rn. 457). Ein Vermögensschaden ist also nicht gegeben, wenn eine Minderung des Opfervermögens durch die Erlangung eines Äquivalents wieder ausgeglichen wurde, da dann das Vermögen des Opfers nach der Tat wieder so groß ist wie davor.

Täuscht der Verkäufer einer beweglichen Sache den Käufer über sein Eigentum an dieser und zahlt der Käufer daraufhin den Kaufpreis, erwirbt jedoch trotz des fehlenden Eigentums des Verkäufers wegen der Gutgläubigkeit des Käufers gem. §§ 932 ff. BGB das Eigentum an der Kaufsache, so stellt sich die Frage, ob das gutgläubig erworbene Eigentum ein Äquivalent darstellt, das den Verlust des Kaufpreises ausgleicht. In diesem Fall wäre nämlich kein Vermögensschaden beim Käufer und somit auch keine Strafbarkeit des Verkäufers gem. § 263 I StGB gegeben (vgl. hierzu die Darstellung im Skript StrafR BT I, Rn. 222).

Nach der "Makeltheorie" des RG ist das lediglich gutgläubig erworbene Eigentum mit einem sittlichen Makel behaftet und deshalb gegenüber dem vom Berechtigten erworbenen Eigentum minderwertig. Weil der gutgläubige Erwerber somit kein vollwertiges Äquivalent erlangen kann, erleidet er stets einen Vermögensschaden (RGSt 73, 61). Diese Auffassung wird heute nicht mehr vertreten, da zivilrechtlich zwischen dem gutgläubig und dem vom Berechtigten erworbenen Eigentum kein Unterschied besteht, sodass für die Annahme einer generellen Minderwertigkeit des ersteren keine Grundlage besteht. Die Rechtsprechung verweist jedoch darauf, dass auch das Vorliegen einer bloßen Vermögensgefährdung für das Vorliegen eines Vermögensschadens ausreichen kann (sog. "schadensgleiche Vermögensgefährdung" oder "Gefährdungsschaden", vgl. BVerfG, RA 2009, 521, 527 f. = NJW 2009, 2370; BGH, RA 2009, 257, 260 = NJW 2009, 2390, 2391; Fischer, § 263 Rn. 156). Deshalb sei bei lediglich gutgläubig erworbenem Eigentum ein Vermögensschaden durchaus denkbar, wenn dieses Eigentum aufgrund des gutgläubigen Erwerbs mit einer kon-

kreten Vermögensgefahr belastet sei. Dies sei in verschiedenen Fallgruppen denkbar, etwa bei der Gefahr des Ansehensverlustes im sozialen Umfeld, der Gefahr einer Strafverfolgung (insb. wegen Hehlerei) und der Gefahr eines Herausgabeprozesses gegen den Alteigentümer (BGHSt 15, 83, 87; BGH, StV 2003, 447, 448; JR 1990, 517, 518). Die herrschende Literatur stimmt zwar der Argumentation der Rechtsprechung dem Grunde nach zu, betont jedoch, dass ein Gefährdungsschaden stets das Vorliegen einer konkreten Vermögensgefährdung voraussetze und diese in den von der Rechtsprechung genannten Fallgruppen nicht selbstverständlich sei. Außer in den Fällen eines merkantilen Minderwerts der Sache durch den gutgläubigen Eigentumserwerbs und einer faktischen Herausgabepflicht könne allenfalls das Prozessrisiko zu einem Vermögensschaden des gutgläubigen Erwerbers führen, aber nur dann, wenn aufgrund besonderer Umstände auch ausnahmsweise die Wahrscheinlichkeit dafür besteht, dass der Erwerber den Prozess verlieren wird (Lackner/Kühl, § 263 Rn. 43; Krey/Hellmann, BT 2, Rn. 478 f.; Rengier, BT 1, § 13 Rn. 91).

Diesen Gedanken greift der BGH auch in der vorliegenden Entscheidung auf und führt aus, dass der pauschale Verweis auf ein Prozessrisiko des gutgläubigen Erwerbers zur Begründung eines Vermögensschadens nicht ausreiche.

Vertiefungshinweise:

❑ Zum Vermögensschaden bei gutgläubig erworbenem Eigentum: *RG*St 73, 61; *BGH*St 15, 83; *BGH*, StV 2003, 447; wistra 2003, 230; *Satzger*, JURA 2009, 518

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs*: "Die erschlichene Wohnungseinrichtung"

Leitsätze (der Redaktion):

1. Es ist nicht selbstverständlich, dass bei einem getäuschten Käufer im Falle eines gutgläubigen Eigentumserwerbs wegen des nicht unerheblichen Prozessrisikos jedenfalls unter dem Gesichtspunkt der schadensgleichen Vermögensgefährdung ein Vermögensschaden i.S.v. § 263 I StGB eintritt.

2. Im Hinblick auf das Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG ist es erforderlich, eigenständige Feststellungen zum Vorliegen des Vermögensschadens zu treffen, um so dieses Tatbestandsmerkmal von den übrigen Tatbestandsmerkmalen des § 263 I StGB sowie die Fälle des versuchten von denen des vollendeten Betruges hinreichend deutlich abzugrenzen. Nur so lässt sich auch eine tragfähige Aussage zur Stoffgleichheit zwischen der vom Opfer erlittenen Vermögenseinbuße und dem vom Täter erstrebten rechtswidrigen Vermögensvorteil treffen. Von einfach gelagerten und eindeutigen Fallgestaltungen abgesehen bedeutet dies, dass der Schaden der Höhe nach zu beziffern und seine Ermittlung in wirtschaftlich nachvollziehbarer Weise in den Urteilsgründen darzulegen ist.

Sachverhalt:

Der Ehemann der Angeklagten hatte sich entschlossen, sich in den Besitz von Kraftfahrzeugen gehobener Fahrzeugklassen zu bringen, um sie unter Vorlage unechter Urkunden zu veräußern.

In Ausführung dieses Entschlusses mietete er am 4. März 2009 durch Vorspiegeln seiner tatsächlich nicht vorhandenen Absicht, das Kraftfahrzeug ordnungsgemäß zurückzugeben, bei einem gewerblichen Vermieter einen Pkw der Marke Daimler Benz 350S im Wert von 55.000 €. Er ließ sich von einem Dritten passende unechte Zulassungsbescheinigungen auf gestohlenen Blankoformularen herstellen. Am 13. März 2009 verkaufte er das Fahrzeug weiter. Die Angeklagte unterstützte ihren Ehemann in Kenntnis der Herkunft des Kraftfahrzeugs bei den Verkaufsgesprächen, indem sie dem Käufer und dessen Ehefrau suggerierte, sie und ihr Ehemann lebten in guten finanziellen Verhältnissen und seien rechtmäßig im Eigenbesitz des Fahrzeugs. Der Käufer, dem sie den Pkw überließen, zahlte einen Kaufpreis in Höhe von 39.100 €.

Der Ehemann der Angeklagten mietete in weiterer Umsetzung seines Tatentschlusses am 23. März 2009 ein Kraftfahrzeug der Marke Porsche Carrera im Wert von 68.550 €. Am 26. März 2009 verkaufte er den Pkw an einen Dritten. Die Angeklagte, die über den Tatentschluss ihres Ehemanns informiert war, unterstützte ihn bei den Verkaufsverhandlungen, indem sie dem Käufer im Verein mit ihrem Ehemann zunächst am Telefon und anschließend anlässlich einer persönlichen Begegnung vorspiegelte, der zweite Schlüssel des Kraftfahrzeugs könne dem Käufer nicht überlassen werden, weil sie ihn zuhause vergessen habe. Der Käufer, dem der Pkw übergeben wurde, zahlte einen Kaufpreis von 57.000 €.

Aus den Gründen:

1. Entscheidung des Landgerichts; Rechtsmittel

[1 - 5] Das Landgericht hat die Angeklagte wegen Beihilfe zum Betrug in Tateinheit mit "Urkundenfälschung" (aus den Gründen ergibt sich: in Tateinheit mit Beihilfe zur Urkundenfälschung) in zwei Fällen zu einer Jugendstrafe von einem Jahr verurteilt, deren Vollstreckung es zur Bewährung ausgesetzt hat. Weiter hat es der Angeklagten zur Auflage gemacht, 400 Stunden gemeinnützige Arbeit nach Weisung der Jugendgerichtshilfe abzuleisten. Es hat festgestellt, dass

die Angeklagte aus den Taten 39.700 € erlangt hat, dem Verfall von Wertersatz aber Ansprüche Verletzter im Sinne des § 73 Abs. 1 Satz 2 StGB entgegenstehen. Hiergegen wendet sich die Angeklagte mit der auf eine Verfahrensrüge und die Beanstandung der Verletzung sachlichen Rechts gestützten Revision. Das Rechtsmittel hat mit der Sachrüge Erfolg. Auf die Verfahrensrüge kommt es daher nicht an. [...]

2. Entscheidung des BGH; zum Fehlen hinreichender Feststellungen für die Annahme eines Vermögensschadens

[6] Die getroffenen Feststellungen tragen den Schuldspruch wegen Beihilfe zum Betrug in Tateinheit mit Beihilfe zur Urkundenfälschung in zwei Fällen nicht; sie sind zum objektiven Tatbestand der Betrugstaten unzureichend. Es fehlen Angaben zu Art und Höhe des den Käufern der Kraftfahrzeuge entstandenen Schadens. Eine Schädigung der Käufer in Höhe des vollen von ihnen entrichteten Kaufpreises, auf den das Landgericht jeweils Bezug nimmt, setzte voraus, dass sie im Gegenzug kein Eigentum an den Kraftfahrzeugen erlangten. Dazu, insbesondere zu den Voraussetzungen des § 932 Abs. 2 BGB unter besonderer Berücksichtigung des Gutglaubenserwerbs von Kraftfahrzeugen bei Vorlage unechter Zulassungsbescheinigungen (BGH, Urteil vom 23. Mai 1966 - VIII ZR 60/64, BB 1966, 720 f.; OLG München, Urteil vom 26. Mai 2011 - 23 U 434/11, juris Rn. 20 ff.; MünchKommBGB/Oechsler, 5. Aufl., § 932 Rn. 56), legt das Landgericht nichts dar.

[7] Dies entzieht nicht nur dem Strafausspruch, sondern bereits dem Schuldspruch die Grundlage. Entgegen der Ansicht des Generalbundesanwalts kann dieser nicht deswegen bestehen bleiben, weil bei den Käufern auch im Falle ihres gutgläubigen Eigentumserwerbs wegen des nicht unerheblichen Prozessrisikos jedenfalls unter dem Gesichtspunkt der schadensgleichen Vermögensgefährdung ein Betrugsschaden eingetreten sei (BGH, Urteil vom 8. Mai 1990 - 1 StR 52/90, JR 1990, 517, 518; Beschluss vom 15. Januar 2003 - 5 StR 525/02, wistra 2003, 230 f.). Denn nach der neueren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Vermögensnachteil im Sinne des § 266 Abs. 1 StGB, die in gleicher Weise für das Merkmal des Vermögensschadens nach § 263 Abs. 1 StGB relevant ist, ist es im Hinblick auf das Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG erforderlich, eigenständige Feststellungen zum Vorliegen des Vermögensschadens zu treffen, um so dieses Tatbestandsmerkmal von den übrigen Tatbestandsmerkmalen des § 263 Abs. 1 StGB sowie die Fälle des versuchten von denen des vollendeten Betruges hinreichend deutlich abzugrenzen. Nur so lässt sich auch eine tragfähige Aussage zur Stoffgleichheit zwischen der vom Opfer erlittenen Vermögenseinbuße und dem vom Täter erstrebten rechtswidrigen Vermögensvorteil treffen. Von einfach gelagerten und eindeutigen Fallgestaltungen abgesehen bedeutet dies, dass der Schaden der Höhe nach zu beziffern und seine Ermittlung in wirtschaftlich nachvollziehbarer Weise in den Urteilsgründen darzulegen ist (BVerfG, Beschluss vom 23. Juni 2010 - 2 BvR 2559/08 u.a., BVerfGE 126, 170, 211 f.).

[8] Daran fehlt es hier. Weder ist ersichtlich, nach welchen wirtschaftlich nachvollziehbaren Maßstäben ein bezifferbarer Vermögensschaden allein in dem Bestehen eines zivilrechtlichen Prozessrisikos liegen kann, wenn nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme im Strafverfahren feststeht oder nicht ausschließbar ist, dass der getäuschte Käufer gutgläubig Eigentum an dem Fahrzeug erworben hat, noch werden Parameter für die Berechnung der Höhe eines solchen Schadens erkennbar.

3. Aufhebung und Zurückverweisung; Hinweis

[9] Aufgrund der unzureichenden Feststellungen unterliegt das landgerichtliche Urteil der Aufhebung, soweit es die Angeklagte betrifft, ohne dass es noch auf die Rügen der Revision betreffend die Anwendung der § 17 Abs. 2, § 8 Abs. 2 Satz 1 JGG und den Angriff gegen die der Revision unterliegende (BGH, Beschluss vom 17. Februar 2010 - 2 StR 524/09, BGHSt 55, 62 Rn. 7 ff.) Entscheidung nach § 111i Abs. 2 StPO ankäme. Auf die Ausführungen in der Antragsschrift des Generalbundesanwalts wird insoweit hingewiesen. Von der Aufhebung nicht betroffen ist die in den Gründen des landgerichtlichen Urteils enthaltene Entscheidung nach § 101 Abs. 7 Satz 2 bis 4 StPO, die einer Überprüfung lediglich auf sofortige Beschwerde zugänglich (BGH, Beschluss vom 24. Juni 2009 - 4 StR 188/09, BGHSt 54, 30 ff.) und nicht Gegenstand der Revision der Angeklagten ist. Eine Erstreckung der Aufhebung auf den wegen anderer Taten verurteilten Mitangeklagten scheidet aus, § 357 Satz 1 StPO.

[10] Für die neue Hauptverhandlung weist der Senat darauf hin, dass das Verschlechterungsverbot des § 358 Abs. 2 Satz 1 StPO das Landgericht nicht hindert, aufgrund der neu zu treffenden Feststellungen zu einer Verschärfung des Schuldspruchs zu gelangen. Das Landgericht wird - gegebenenfalls nach Erteilung eines entsprechenden Hinweises nach § 265 Abs. 1 StPO - das der Angeklagten zur Last gelegte Tun unter dem Gesichtspunkt der Hehlerei nach § 259 Abs. 1 StGB in der Variante der Absatzhilfe zu untersuchen haben.

Standort: § 244 III, VI StPO Problem: Ablehnung von Beweisanträgen

BGH, BESCHLUSS VOM 20.07.2011
3 STR 44/11 (NJW 2011, 2821)

Problemdarstellung:

Nachdem die Hauptverhandlung gegen den Angeklagten wegen erpresserischen Menschenraubs, § 239a I StGB, sich bereits mehr als zwei Jahre hingezogen hatte, beschloss die zuständigen Kammer beim Landgericht Hannover am 26.11.2009 mit Hinweis auf das bisherige Vorgehen des Verteidigers eines Mitangeklagten, über nach dem 01.12.2009 gestellte Beweisanträge erst im Urteil zu entscheiden und diese ggf. wegen Verschleppungsabsicht abzulehnen. Dies bekräftigte die Kammer durch einen weiteren Beschluss vom 19.04.2010. Entsprechend der Ankündigung lehnte sie einen an diesem Tag vom Angeklagten und Mitangeklagten gemeinschaftlich gestellten Beweisantrag auf Vernehmung eines Zeugen erst im Urteil mit der Begründung ab, dieser sei mit Verschleppungsabsicht gestellt, und verurteilte des Angeklagten wegen erpresserischen Menschenraubs. Auf die Revision des Angeklagten hob der BGH dieses Urteil auf. Dass die Kammer über den fraglichen Beweisantrag erst im Urteil und nicht durch Beschluss entschieden habe, stelle einen Verfahrensfehler dar, auf dem das Urteil auch beruhe.

Prüfungsrelevanz:

Die in der vorliegenden Entscheidung vom BGH beantwortete Frage, ob es überhaupt zulässig ist, dass ein Strafgericht den Prozessbeteiligten eine Frist für die Stellung von Beweisanträgen setzt und in welcher Form es in diesem Fall über die nach Ablauf der Frist gestellten Beweisanträge entscheiden muss, ist gerade in der jüngeren Vergangenheit von der Rechtsprechung mehrfach diskutiert worden. Da der BGH im vorliegenden Beschluss seine bisherige Rechtsprechung weiter präzisiert, bietet dieser sich für die Verwertung in Examensaufgaben an, auch wenn er inhaltlich wenig Neues bringt. Diese recht speziellen prozessualen Probleme sind im ersten Examen eher nicht zu erwarten, im zweiten Examen bieten sie sich jedoch für Urteils-, Anwalts- oder Revisionsklausuren sowie für Aktenvorträge und das Prüfungsgespräch an.

Gem. § 244 II StPO hat das Gericht im Strafprozess die Beweisaufnahme von Amts wegen auf alle Beweismittel zu erstrecken, die für die Entscheidung von Bedeutung sind. Einen Beweisantrag darf es deshalb nur unter den engen Voraussetzungen des § 244 III-V StPO ablehnen. Eine Ablehnung ist jedoch insb. dann zulässig, wenn der Antrag zum Zwecke der Prozessverschleppung gestellt wurde, § 244 III 2 StPO.

Beweisanträge können grundsätzlich bis zur Urteilsverkündung gestellt werden (BGHSt 16, 389, 391; 21, 118, 124; BGH, NStZ 2005, 395). Dass das Gericht den Prozessbeteiligten eine Frist setzen kann, innerhalb derer diese ihre Beweisanträge stellen müssen, sieht die StPO nicht vor. Tatsächlich verbietet § 246 I StPO sogar die Ablehnung eines Beweisantrages mit der Begründung, das Beweismittel oder die zu beweisende Tatsache seien zu spät vorgebracht worden. Trotzdem hat der BGH aus der Befugnis des Vorsitzenden, die Hauptverhandlung durch geeignete Maßnahmen vorzubereiten und deren Durchführung sicherzustellen, §§ 213 ff., 238 I StPO, auch die Befugnis abgeleitet, durch eine Fristsetzung für eventuelle Beweisanträge die weitere Beweisaufnahme zu fördern, wenn die vom Gericht für geboten gehaltene Beweiserhebung abgeschlossen ist (BGH, 2009, 605, 607). Der BGH hat jedoch betont, dass diese Fristsetzungsbefugnis vorsichtig und zurückhaltend zu handhaben sei und als Voraussetzungen für ihre Zulässigkeit verlangt, dass regelmäßig zehn Verhandlungstage verstrichen sein müssen, das gerichtliche Beweisprogramm erledigt ist und bestimmte Anzeichen für Verschleppungsabsicht im bisherigen Verteidigungsverhalten gegeben sein müssen (BGH, NJW 2009, 605, 607). Mit diesen Einschränkungen ist allerdings eine Fristsetzung auch verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden (BVerfG, NJW 2010, 2036).

Der BGH betont jedoch in der vorliegenden Entscheidung, dass auch in dem Fall, dass das Gericht in zulässiger Weise eine Frist zur Beweisantragstellung gesetzt hat, über die Beweisanträge, selbst wenn sie nach Ablauf der Frist gestellt wurden, immer noch in der gem. § 244 VI StPO vorgeschriebenen Form, d.h. durch Beschluss in der Hauptverhandlung, entscheiden werden muss (ebenso BGH, NJW 2005, 2466, 2467). Lediglich in Extremfällen wie etwa bei exzessiver Stellung von Beweisanträgen, kann es ausnahmsweise gerechtfertigt sein, über diese nicht mehr in der Hauptverhandlung, sondern erst im Urteil zu entscheiden (BGH, NJW 2005, 2466, 2468 f.). Einen solchen Extremfall sah der BGH im vorliegenden Fall allerdings nicht als gegeben und hielt deshalb die Bescheidung des fraglichen Beweisantrags erst im Urteil für einen Verfahrensfehler, auf dem das Urteil auch beruhe, sodass er dieses aufhob.

Vertiefungshinweise:

❑ Zur Fristsetzung für die Stellung von Beweisanträgen: *BVerfG*, NJW 2010, 592; 2010, 2036; *BGH*St 51, 333; *BGH*, NStZ 2010, 161 f.; 2007, 716; NJW 2009, 605

❑ Zur Form bei der Ablehnung eines Beweisantrags:

BGH, NStZ 2010, 161; NJW 2005, 2466

Leitsätze (der Redaktion):

1. Zwar kann das Gericht unter bestimmten Voraussetzungen eine Frist setzen, in der Beweisanträge zu stellen sind, und eine verspätete Antragstellung als Indiz für eine Verschleppungsabsicht im Sinne des § 244 III 2 StPO werten. Doch enthebt dies das Gericht auch bei Anträgen, die nach Ablauf der Frist gestellt sind, nicht von der Pflicht, über diese in der gesetzlich vorgesehenen Weise, d.h. gem. § 244 VI StPO durch Beschluss, zu entscheiden.

2. Lediglich in extrem gelagerten Fällen kann eine Bescheidung von Beweisanträgen in der Hauptverhandlung ausnahmsweise entbehrlich sein kann. Dies betrifft vor allem den Sonderfall massenhaft gestellter Beweisanträge, die erkennbar darauf abzielen, das Tatgericht allein schon durch die notwendige (einkalkuliert negative) Bescheidung der Anträge und nicht durch Beweiserhebungen nach Maßgabe der Anträge am Abschluss des Verfahrens zu hindern. Für diese Konstellation ist zu erwägen, dass den Verfahrensbeteiligten eine Frist zur Entgegennahme von Beweisanträgen gesetzt und mit eingehender Begründung die pauschale Ablehnung nach Fristablauf gestellter Anträge wegen Verschleppungsabsicht vorab beschlossen werden kann.

Sachverhalt:

Die Hauptverhandlung gegen den Angeklagten begann am 8. November 2007. Am 26. November 2009 verkündete der Vorsitzende seine Entscheidung, den Prozessbeteiligten "für das Stellen von Beweisanträgen eine Frist bis zum 02.12.2009" zu setzen. Die Kammer behalte sich vor, danach gestellte Beweisanträge ohne gesonderten Beschluss erst im Urteil zu bescheiden und sie insbesondere wegen Verschleppungsabsicht abzulehnen. In einem ebenfalls am 26. November 2009 verkündeten Beschluss führte die Kammer unter anderem näher aus, dass das Verhalten der Verteidiger des Mitangeklagten den Verdacht nahe lege, ein Beweisantrag sei mit Verschleppungsabsicht gestellt worden. In einem weiteren Beschluss vom 19. April 2010 teilte die Kammer mit, weitere Beweisanträge erst in den Urteilsgründen zu bescheiden, "sofern der jeweilige Antragsteller nicht substantiiert darlegt, warum ihm eine frühere Antragstellung nicht möglich gewesen ist oder dies sonst ersichtlich ist". In den Gründen des Beschlusses legte die Kammer unter Darstellung des bisherigen Verfahrensablaufs dar, dass es dem Wahlverteidiger des Mitangeklagten bei einer Antragstellung um Prozessverschleppung gegangen sei. Am selben Hauptverhandlungstag beantragte ein Verteidiger des Mitangeklagten, den Zeugen D (zu einer die Glaubwürdigkeit eines Mittäters betreffenden Hilfstatsache) zu vernehmen. Diesem Antrag schloss sich der Verteidiger des Angeklagten an. Die Kammer lehnte den Antrag erst in den Urteilsgründen mit der Begründung ab, er sei zur Prozessverschleppung gestellt worden.

Aus den Gründen:

[1] Das Landgericht hat den Angeklagten wegen erpresserischen Menschenraubs in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung zu der Freiheitsstrafe von zwölf Jahren verurteilt und den Maßstab für die Anrechnung in den Niederlanden erlittener Untersuchungshaft auf 1:1 bestimmt. Der Angeklagte beanstandet mit seiner Revision die Verletzung formellen sowie materiellen Rechts. Das Rechtsmittel hat mit einer Verfahrensrüge Erfolg.

I. Entscheidungsgründe des BGH

1. Zum Inhalt der Revision

[2 - 4] Die Revision beanstandet zu Recht, dass die Kammer über einen Beweisantrag entgegen § 244 Abs. 6 StPO nicht in der Hauptverhandlung, sondern erst im Urteil entschieden hat. [...]

2. Zur Zulässigkeit der erhobenen Verfahrensrüge

[5] Die Rüge, welche die in der Hauptverhandlung unterbliebene Bescheidung des Beweisantrags betrifft, ist zulässig erhoben. Ihre Zulässigkeit setzt nicht voraus, dass die durch den Vorsitzenden bestimmte Frist zunächst nach § 238 Abs. 2 StPO beanstandet wird. Eine derartige Beanstandung kann regelmäßig nur dann Voraussetzung einer Revisionsrüge sein, wenn sich diese gegen eine sachleitende Anordnung des Vorsitzenden richtet (vgl. KK/Schneider, StPO, 6. Aufl., § 238 Rn. 29; LR/Becker, StPO, 26. Aufl., § 238 Rn. 43). Gegenstand der Rügen ist hier jedoch nicht die Fristsetzung zur Stellung von Beweisanträgen durch den Vorsitzenden als solche, sondern die unterbliebene Bescheidung des Antrags in der Hauptverhandlung.

[6] Dieses Unterlassen selbst bedurfte keiner Beanstandung nach § 238 Abs. 2 StPO. Für das tatsächlich als Beweisantrag zu qualifizierende Beweisbegehren auf Vernehmung des Zeugen D ergibt sich dies bereits daraus, dass dessen Ablehnung nach § 244 Abs. 6 StPO einen Gerichtsbeschluss erfordert hätte.

3. Zur Begründetheit der Rüge

[7] Die genannte Verfahrensrüge ist begründet.

a) Zur Erforderlichkeit eines Ablehnungsbeschlusses

[8] Die vor der Urteilsverkündung unterbliebene Bescheidung des Antrags war fehlerhaft. Der Beweisantrag auf Vernehmung des Zeugen D hätte gemäß §

244 Abs. 6 StPO nur durch einen in der Hauptverhandlung bekannt gemachten Gerichtsbeschluss abgelehnt werden dürfen. Hiervon durfte die Kammer nicht absehen.

[9] Der Bundesgerichtshof hat zwar in verschiedenen Entscheidungen die Möglichkeit aufgezeigt, unter bestimmten Voraussetzungen eine Frist zu setzen, in der Beweisanträge zu stellen sind, und eine verspätete Antragstellung als Indiz für eine Verschleppungsabsicht im Sinne des § 244 Abs. 3 Satz 2 Var. 6 StPO zu werten (vgl. BGH, Beschlüsse vom 9. Mai 2007 - 1 StR 32/07, BGHSt 51, 333, 344 f.; vom 19. Juni 2007 - 3 StR 149/07, NStZ 2007, 716; vom 23. September 2008 - 1 StR 484/08, BGHSt 52, 355, 361 ff.; vom 10. November 2009 - 1 StR 162/09, NStZ 2010, 161 f.; s. auch BVerfG, Beschlüsse vom 6. Oktober 2009 - 2 BvR 2580/08, NJW 2010, 592 ff.; vom 24. März 2010 - 2 BvR 2092/09 (u.a.), NJW 2010, 2036 f.). Doch enthebt dies das Gericht auch bei Anträgen, die nach Ablauf der Frist gestellt sind, nicht von der Pflicht, über diese in der gesetzlich vorgesehenen Weise zu entscheiden (vgl. etwa BGH, Beschluss vom 10. November 2009 - 1 StR 162/09, aaO).

[10] Ob gleichwohl darüber hinaus in extrem gelagerten Fällen eine Bescheidung von Beweisanträgen in der Hauptverhandlung ausnahmsweise entbehrlich sein kann (so BGH, Beschluss vom 14. Juni 2005 - 5 StR 129/05, NJW 2005, 2466, 2468 f.), muss der Senat hier nicht entscheiden. Der zitierte Beschluss betrifft den Sonderfall massenhaft gestellter Beweisanträge, die erkennbar darauf abzielten, das Tatgericht allein schon durch die notwendige (einkalkuliert negative) Bescheidung der Anträge und nicht durch Beweiserhebungen nach Maßgabe der Anträge am Abschluss des Verfahrens zu hindern (vgl. LR/Becker, StPO, 26. Aufl., § 244 Rn. 283). Für diese Konstellation hat der 5. Strafsenat erwogen, dass den Verfahrensbeteiligten eine Frist zur Entgegennahme von Beweisanträgen gesetzt und mit eingehender Begründung die pauschale Ablehnung nach Fristablauf gestellter Anträge wegen Verschleppungsabsicht vorab beschlossen werden könne; die nach Fristablauf angebrachten Anträge überprüfe das Tatgericht dann vornehmlich unter Aufklärungsgesichtspunkten, bescheide sie aber - so sie nicht doch Anlass zu weiterer Beweiserhebung unter diesem Gesichtspunkt bieten - wie Hilfsbeweisanträge erst im Urteil, wobei auch der Ablehnungsgrund der Verschleppungsabsicht nicht ausgeschlossen sei. Der 5. Strafsenat hat allerdings ausdrücklich darauf hingewiesen, dass diese Verfahrensweise in der Regel allenfalls dann in Betracht gezogen werden könne, wenn zuvor gestellte Beweisanträge wiederholt wegen Verschleppungsabsicht abgelehnt werden mussten.

[11] Damit ist der hier zu beurteilende Sachverhalt schon im Ansatz nicht vergleichbar. Zudem hat sich die Kammer in ihren Beschlüssen vom 26. November 2009 und 19. April 2010 ausführlich lediglich mit dem Verteidigungsverhalten des Mitangeklagten, nicht aber dem des Angeklagten befasst. Eine "'vor die Klammer gezogene' Vorabinformation über die zukünftigen Ablehnungsgründe" (BGH, Beschluss vom 14. Juni 2005 - 5 StR 129/05, aaO) ergibt sich hieraus in Bezug auf eine etwaige Prozessverschleppung durch den Angeklagten oder seinen Verteidiger nicht.

b) Zum Beruhen des Urteils auf dem Fehler

[12] Das Urteil beruht auf dem Verfahrensfehler, da die Entscheidung ohne die Gesetzesverletzung möglicherweise anders ausgefallen wäre. Es ist nicht auszuschließen, dass der Angeklagte und sein Verteidiger den Vorwurf der Prozessverschleppung hätten entkräften oder weitere Anträge hätten stellen können, wenn sie den Ablehnungsgrund gekannt hätten (vgl. BGH, Beschlüsse vom 22. April 1986 - 4 StR 161/86, NStZ 1986, 372; vom 7. Dezember 1979 - 3 StR 299/79 (S), BGHSt 29, 149, 152). Da sich die Kammer in ihren Beschlüssen im Wesentlichen mit der Verschleppungsabsicht der Verteidigung des Mitangeklagten befasste, konnten der Angeklagte und sein Verteidiger in der Hauptverhandlung nicht auf die erst in den Urteilsgründen genannten Gesichtspunkte, die sie betrafen, reagieren.

[13] Dass die begehrte Beweiserhebung im Falle ihrer Durchführung ohne Einfluss auf das Urteil geblieben wäre, vermag der Senat nicht festzustellen, weil er das Beweisergebnis nicht vorwegnehmen kann (vgl. KK/Kuckein, StPO, 6. Aufl., § 337 Rn. 38). Anders als bei anderen Anträgen hat die Kammer gerade nicht darauf abgestellt, dass die Tatsachen, für die der Zeuge D benannt worden ist, für die Entscheidung ohne Bedeutung gewesen wären und das Urteil nicht geändert hätten.

II. Aufhebung des Urteils

[14] Das Urteil ist auf die dargelegte zulässige und begründete Verfahrensrüge hin aufzuheben. Eine nähere Erörterung der in die gleiche Richtung zielenden und ebenfalls begründeten Rüge, dass weder der Vorsitzende noch die Kammer über den Beweisermittlungsantrag auf Vernehmung von Rechtsanwalt K entschieden hat, ist daher entbehrlich. Auf die weiteren Verfahrensrügen kommt es ebenso wenig an wie auf die Sachrüge, die keinen Rechtsfehler zum Nachteil des Angeklagten ergeben hat.

Standort: § 105 I StPO Problem: Beweisverwertungsverbot

BGH, BESCHLUSS VOM 30.08.2011
3 STR 210/11 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Der Angeklagte hatte im Ausland mehr als zwei Kilo Marihuana und Haschisch erworben, die bei einer Durchsuchung seines Zimmers sowie des Zimmers seiner Freundin gefunden wurden. Obwohl die Polizei bereits am Mittag des Tages, an dem die Durchsuchungen durchgeführt wurden, erfahren hatte, dass der Angeklagte die Drogen in den genannten Zimmern deponieren würde, hatte sie keinen richterlichen Durchsuchungsbeschluss beantragt, sondern erst in der Nacht - nach Ende des richterlichen Eildienstes - von der zuständigen Staatsanwältin eine Durchsuchungsanordnung beantragt und erhalten.

Das Landgericht Düsseldorf hatte den Angeklagten insb. wegen Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge, § 30 I Nr. 4 BtMG, verurteilt. Sein Urteil hatte es insbesondere auf die bei den Durchsuchungen gefundenen Drogen als Beweismittel gestützt, obwohl der Angeklagte der Verwertung dieser Beweismittel widersprochen hatte. Auf die Revision des Angeklagten hin hob der BGH dieses Urteil auf. Die Durchsuchung sei unter Umgehung des Richtervorbehalts des § 105 I StPO erfolgt; die entsprechende Eilzuständigkeit der Staatsanwaltschaft sei zu Unrecht angenommen worden, da tatsächlich Gefahr im Verzug nicht gegeben war. Aus diesem Verfahrensverstoß resultiere auch ein Beweisverwertungsverbot bzgl. der rechtswidrig erlangten Beweismittel. Insofern spiele es auch keine Rolle, dass die Strafverfolgungsorgane u.U. auch bei rechtmäßiger Vorgehensweise einen (richterlichen) Durchsuchungsbeschluss hätten erwirken können.

Prüfungsrelevanz:

Die in der vorliegenden Entscheidung vom BGH angestellte Prüfung des Vorliegens eines Beweisverwertungsverbotes gehört im zweiten Examen in eigentlich allen denkbaren Klausurstellungen (staatsanwaltschaftliche Abschlussverfügung, Anwalts-, Urteils- und Revisionsklausur) zu den Standardproblemen. Auch im ersten Examen sind solche Fragestellungen immer wieder Gegenstand von Zusatzfragen in Klausuren oder im Prüfungsgespräch.

Zahlreiche Vorschriften der StPO stellen die Anordnung einer Ermittlungsmaßnahme - insb. dann, wenn diese die Grundrechte des Beschuldigten oder Dritter tangiert - unter einen richterlichen Anordnungsvorbehalt und erlauben lediglich bei "Gefahr im Verzug" eine Anordnung der Maßnahme durch die Staatsanwaltschaft oder sogar durch deren Ermittlungspersonen (d.h. durch die Polizei, vgl. § 152 GVG). In der jüngeren Vergangenheit ist wiederholt von der Rechtsprechung die Frage aufgeworfen worden, ob in Fällen, in denen die Strafverfolgungsorgane zu Unrecht eine Gefahr im Verzug angenommen und somit den Richtervorbehalt für die Anordnung der Maßnahme tatsächlich unterlaufen hatten, das so erlangt Beweismittel einem Beweisverwertungsverbot unterliegt. Während es in den aktuellen Fällen meist um den in § 81a II StPO enthaltenen Richtervorbehalt für die Anordnung einer körperlichen Untersuchung des Beschuldigten (insb. für eine Blutentnahme) ging, betrifft die vorliegende Entscheidung den Richtervorbehalt gem. § 105 I StPO. Wesentliche Unterschiede hinsichtlich der relevanten Wertungen dürften sich hierdurch jedoch nicht ergeben. Vergleichbare Fälle wären auch zu anderen Vorschriften denkbar, die einen Richtervorbehalt mit einer Ausnahme für Gefahr im Verzug enthalten (z.B. §§ 100b I, 100f II 2 StPO). Gerade aufgrund der Aktualität der Problematik und der Tatsache, dass vorliegend auch mal eine andere Ermächtigungsgrundlage als § 81a StPO im Zentrum der Überlegungen steht, ist zu erwarten, dass diese Entscheidung Einzug in Prüfungsaufgaben finden wird.

Gem. § 105 I StPO dürfen Durchsuchungen grundsätzlich nur durch einen Richter angeordnet werden; bei Gefahr im Verzug darf jedoch ausnahmsweise auch die Staatsanwaltschaft eine entsprechende Anordnung vornehmen, im Falle einer Durchsuchung beim Verdächtigen dürfen dies bei Gefahr im Verzug sogar die Ermittlungspersonen. Gefahr im Verzug ist dann anzunehmen, wenn die vorherige Einholung der richterlichen Anordnung - insb. wegen der damit verbundenen Verzögerung - den Erfolg der Durchsuchung gefährden würde (BVerfGE 103, 142, 154; BGHSt 51, 285, 288). Da die zuständigen Polizisten im vorliegenden Fall den Antrag auf Anordnung der Durchsuchung erst nachts stellten, als kein richterlicher, sondern nur noch ein staatsanwaltschaftlicher Notdienst gegeben war, hatten sie Gefahr im Verzug angenommen, da ein Abwarten bis zum Dienstantritt des zuständigen Richters am nächsten Morgen dem Angeklagten die Zeit gegeben hätte, die Drogen fortzuschaffen.

Der BGH betont jedoch in der vorliegenden Entscheidung, dass es nicht im Belieben der Strafverfolgungsbehörden steht, wann sie eine Antragstellung in Erwägung ziehen, und sie deshalb nicht so lange mit dem Antrag an den Ermittlungsrichter warten dürfen, bis Gefahr im Verzug tatsächlich eingetreten ist (ebenso

BVerfGE 103, 142, 155; BVerfG, NJW 2005, 1637). Im vorliegenden Fall hätte sich der Polizei spätestens am Nachmittag die Erforderlichkeit der Durchsuchungen aufdrängen müssen, sodass sie dann eine entsprechenden Anordnung durch den zuständigen Richter auch noch rechtzeitig hätte erwirken können. Deshalb sei die Annahme der Eilzuständigkeit der Staatsanwaltschaft im Ergebnis fehlerhaft gewesen.

Das BGH befasst sich weiter mit der Frage, ob diese verfahrensfehlerhafte Verkennung des Richtervorbehalts auch ein Verbot der Verwertung der durch die fehlerhafte Durchsuchung erlangten Beweismittel zur Folge hat. In § 105 StPO selbst ist nämlich die Rechtsfolge bei einem Verstoß gegen die dort genannten Voraussetzungen nicht geregelt. Rechtsprechung und herrschende Literatur gehen davon aus, dass auch ohne entsprechende gesetzliche Regelung die Verletzung einer Verfahrensvorschrift ein Verwertungsverbot hinsichtlich des so erlangten Beweismittels nach sich ziehen kann (sog. unselbstständiges Beweisverwertungsverbot, vgl. die Darstellung bei Meyer-Goßner, StPO, Einl. Rn 55 f.). Allerdings führt nicht jeder Verfahrensverstoß automatisch zu einem Beweisverwertungsverbot (BVerfG, NStZ 2006, 46; Meyer-Goßner, StPO, Einl. Rn 55), sondern es ist nach den Umständen des Einzelfalls, insbesondere der Art der verletzten Vorschrift und dem Gewicht des Verfahrensverstoßes sowie der Bedeutung der im Einzelfall betroffenen Rechtsgüter, zu beurteilen, ob die verfahrenswidrig erlangten Beweismittel verwertbar sind (BVerfG, RA 2010, 551, 557 = NJW 2010, 2864, 2866; NJW 2008, 3053, 3054; BGHSt 51, 285, 290; OLG Hamburg, NJW 2008, 2597, 2598; OLG Stuttgart, NStZ 2008, 238, 239). Ein Beweisverwertungsverbot ist jedoch anzunehmen bei schwer wiegenden, bewussten oder willkürlichen Verfahrensverstößen, bei denen die grundrechtlichen Sicherungen planmäßig oder systematisch außer Acht gelassen worden sind (BVerfGE 113, 29, 61; BVerfG, DAR 2011, 457, 459; NJW 2006, 2684, 2686). Im vorliegenden Fall stellt die Missachtung des Richtervorbehalts nach Auffassung des BGH einen so schwer wiegenden Verfahrensverstoß dar, dass dieser zur Unverwertbarkeit der so erlangten Beweismittel führt.

Im Rahmen der für die Beurteilung des Vorliegens eines unselbstständigen Beweisverwertungsverbots erforderlichen Interessenabwägung wird häufig auch darauf abgestellt, ob das Beweismittel nicht auch durch eine rechtmäßige Ermittlungsmaßnahme hätte erlangt werden können und im Fall eines solchen hypothetisch rechtmäßigen Ermittlungsverlaufs ein Beweisverwertungsverbot abgelehnt (BGHSt 26, 298, 302; 28, 122, 127; OLG Düsseldorf, NStZ 2001, 657). In der vorliegenden Entscheidung betont der BGH jedoch, dass dies bei der hier vorliegenden schwer wiegenden Verkennung eines Richtervorbehalts nicht beachtlich sei, da ansonsten der gesetzliche Richtervorbehalt zu leicht unterlaufen werden könne und damit praktisch leer liefe.

Vertiefungshinweise:

❑ Zum Beweisverwertungsverbot bei Missachtung des Richtervorbehalts aus § 81a II StPO: *BVerfG*, RA 2010, 551 = NJW 2010, 2864; *OLG Bamberg*, RA 2009, 529 = NJW 2009, 2146; *OLG Hamm*, RA 2009, 597 = NStZ-RR 2009, 243; *OLG Karlsruhe*, StV 2009, 516; *OLG Oldenburg,* NJW 2009, 3591; *Peglau*, NJW 2010, 2850

❑ Zur Berücksichtigung eines hypothetisch rechtmäßigen Ermittlungsverlaufs bei Prüfung des Vorliegens eines Beweisverwertungsverbots: *BGH*St 31, 304; 51, 285; *BGH*, NStZ 1989, 375; *OLG Düsseldorf*, NStZ 2001, 657; *Beulke*, JURA 2008, 653

Kursprogramm:

❑ *Assessorkurs*: "Der Autoliebhaber"

Leitsätze (der Redaktion):

1. Die Eilzuständigkeit der Staatsanwaltschaft zur Anordnung einer Durchsuchung gem. § 105 I 2 2.Hs. StPO wegen Gefahr im Verzug darf angenommen werden, falls die vorherige Einholung der richterlichen Anordnung den Erfolg der Durchsuchung gefährdet. Es steht aber nicht im Belieben der Strafverfolgungsbehörden, wann sie eine Antragstellung in Erwägung ziehen. Sie dürfen nicht so lange mit dem Antrag an den Ermittlungsrichter warten, bis die Gefahr eines Beweismittelverlusts tatsächlich eingetreten ist, und damit die von Verfassungs wegen vorgesehene Regelzuständigkeit des Richters unterlaufen. Für die Frage, ob die Ermittlungsbehörden eine richterliche Entscheidung rechtzeitig erreichen können, kommt es auf den Zeitpunkt an, zu dem die Staatsanwaltschaft oder ihre Hilfsbeamten die Durchsuchung für erforderlich halten.

2. Die Annahme eines Beweisverwertungsverbots ist von Verfassungs wegen zumindest bei schwer wiegenden, bewussten oder willkürlichen Verfahrensverstößen, bei denen die grundrechtlichen Sicherungen planmäßig oder systematisch außer Acht gelassen worden sind, geboten. Einen solchen Verfahrensverstoß stellt es dar, wenn die Ermittlungsbehörden aus Nachlässigkeit nicht frühest möglich eine richterliche Durchsuchungsanordnung einholen.

3. Dem - für andere Fallgestaltungen zur Einschränkung der Annahme von Beweisverwertungsverboten entwickelten - Aspekt eines möglichen

hypothetisch rechtmäßigen Ermittlungsverlaufs kann bei solcher Verkennung des Richtervorbehalts keine Bedeutung zukommen.

Sachverhalt:

a) Nach den Feststellungen des Landgerichts erwarb der Angeklagte unter anderem vor dem 17. Februar 2010 insgesamt 1.938,95 Gramm Marihuana und 377,16 Gramm Haschisch, die er zum Teil in dem von ihm in der elterlichen Wohnung genutzten Zimmer deponierte. Dort bewahrte er außerdem für seinen Zugriff einen Schlagring auf, der zur Verletzung von Personen geeignet und vom Angeklagten dazu bestimmt war. Die restlichen Betäubungsmittel lagerte er mit Wissen seiner früheren Freundin in deren Zimmer, das sich in der von ihrem Vater gemieteten Wohnung befand und in dem sich der Angeklagte regelmäßig - gelegentlich auch über Nacht - aufhielt. Neun Zehntel der Betäubungsmittel waren zum gewinnbringenden Weiterverkauf bestimmt.

b) Das Landgericht hat seine Überzeugung von diesem Sachverhalt trotz des Widerspruchs des Angeklagten gegen die Beweisverwertung in der Hauptverhandlung auf die bei den Durchsuchungen der genannten Räume in der Nacht vom 17. auf den 18. Februar 2010 erlangten Erkenntnisse und ergänzend - die im Zimmer der Freundin deponierten Betäubungsmittel betreffend - auf deren Zeugnis in der Hauptverhandlung gestützt. Zu diesen Durchsuchungen kam es wie folgt:

Die polizeilichen Ermittlungen gegen den Angeklagten wurden im November 2009 aufgrund eines anonymen telefonischen Hinweises aufgenommen. Im Januar 2010 folgten Erkenntnisse aus der Vernehmung einer Vertrauensperson. Auf richterliche Anordnung wurde ab Januar 2010 die Telekommunikation des Angeklagten überwacht. In der ersten Februarhälfte ergaben mitgeschnittene Telefonate Anhaltspunkte dafür, der Angeklagte sei am 11./12. Februar 2010 zwecks Beschaffung von Betäubungsmitteln in die Niederlande gefahren und habe dort eine Anzahlung geleistet, habe die ihm angebotenen Betäubungsmittel aber wegen ihrer schlechten Qualität nicht in die Bundesrepublik Deutschland eingeführt. Am Mittag des 17. Februar 2010 ergab die Überwachung der Telekommunikation, dass der Angeklagte mit der Mitangeklagten K sowie seiner früheren Freundin noch an diesem Tag erneut in die Niederlande mit dem Ziel der Beschaffung von Betäubungsmitteln fahren werde. Ab dem frühen Abend hielten sich Einsatzkräfte der Polizei für eine spätere Wohnungsdurchsuchung bereit und observierten den Angeklagten, der - wie die Mitangeklagte K und seine frühere Freundin - nach der Wiedereinreise kurz nach 22.00 Uhr desselben Tages vorläufig festgenommen wurde. Der sachbearbeitende Polizeibeamte kontaktierte zwischen 22.00 Uhr und 23.00 Uhr die diensthabende Staatsanwältin, die Durchsuchungen in den Wohnungen der vorläufig Festgenommenen wegen Gefahr im Verzug anordnete. Die Anordnung wurde in unmittelbarem Zusammenhang mit ihrem Erlass nicht schriftlich dokumentiert. Der sachbearbeitende Polizeibeamte hatte sich vor dem Ende des richterlichen Bereitschaftsdienstes bei dem Amtsgericht Düsseldorf um 21.00 Uhr nicht um den Erlass von Durchsuchungsbeschlüssen durch den Ermittlungsrichter bemüht, weil er die bis zum Nachmittag des 17. Februar 2010 erlangten Erkenntnisse für zu vage hielt, im Verlauf des 17. Februar 2010 mit sonstigen Dingen befasst war und die Erfahrung gemacht hatte, Durchsuchungsbeschlüsse aufgrund von Erkenntnissen aus der Telekommunikationsüberwachung würden nicht "auf Halde produziert".

Aus den Gründen:

1. Entscheidung des Landgerichts

[1 - 5] Das Landgericht hat den Angeklagten wegen Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in Tateinheit mit Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge und wegen bewaffneten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von sechs Jahren und sechs Monaten verurteilt. Der Angeklagte rügt mit seiner Revision die Verletzung formellen und materiellen Rechts. Das Rechtsmittel ist unbegründet im Sinne des § 349 Abs. 2 StPO, soweit es sich gegen den Schuldspruch wegen Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in Tateinheit mit Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge sowie die hierfür verhängte Einzelstrafe richtet. Dagegen kann die Verurteilung wegen bewaffneten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge keinen Bestand haben. Insoweit rügt der Beschwerdeführer zu Recht, dass sich das Landgericht bei seiner Überzeugungsbildung auf Beweise gestützt hat, die es nicht hätte verwerten dürfen, da sie bei Wohnungsdurchsuchungen gewonnen worden waren, die unter Verstoß gegen den Richtervorbehalt der Art. 13 Abs. 2 GG und § 105 Abs. 1 Satz 1 StPO durchgeführt worden und daher rechtswidrig waren. [...]

2. Entscheidung des BGH; Zum Vorliegen eines Beweisverwertungsverbots

[6] Vor diesem Hintergrund unterliegen die aus den Durchsuchungen erlangten Erkenntnisse - entgegen der Ansicht des Landgerichts - einem Beweisverwertungsverbot.

a) Zur Rechtswidrigkeit der Durchsuchungen vom 17.02.2010

[7] Die in der Nacht vom 17. auf den 18. Februar 2010 durchgeführten Durchsuchungen waren wegen Miss-

achtung des Richtervorbehalts rechtswidrig. Eine gemäß Art. 13 Abs. 2 GG, § 105 Abs. 1 Satz 1 StPO grundsätzlich erforderliche richterliche Durchsuchungsanordnung lag nicht vor. Die Anordnung der diensthabenden Staatsanwältin beruhte nicht auf einer rechtmäßigen Inanspruchnahme ihrer sich aus § 105 Abs. 1 Satz 1 StPO ergebenden Eilkompetenz.

[8] Zwar darf Gefahr im Verzug angenommen werden, falls die vorherige Einholung der richterlichen Anordnung den Erfolg der Durchsuchung gefährdet (BVerfG, Urteil vom 20. Februar 2001 - 2 BvR 1444/00, BVerfGE 103, 142, 154; BGH, Urteil vom 18. April 2007 - 5 StR 546/06, BGHSt 51, 285, 288). Es steht aber nicht im Belieben der Strafverfolgungsbehörden, wann sie eine Antragstellung in Erwägung ziehen. Sie dürfen nicht so lange mit dem Antrag an den Ermittlungsrichter warten, bis die Gefahr eines Beweismittelverlusts tatsächlich eingetreten ist, und damit die von Verfassungs wegen vorgesehene Regelzuständigkeit des Richters unterlaufen (BVerfG, Urteil vom 20. Februar 2001 - 2 BvR 1444/00, BVerfGE 103, 142, 155; Beschluss vom 4. Februar 2005 - 2 BvR 308/04, NJW 2005, 1637, 1638 f.). Für die Frage, ob die Ermittlungsbehörden eine richterliche Entscheidung rechtzeitig erreichen können, kommt es auf den Zeitpunkt an, zu dem die Staatsanwaltschaft oder ihre Hilfsbeamten die Durchsuchung für erforderlich halten (BGH, Urteil vom 18. April 2007 - 5 StR 546/06, BGHSt 51, 285, 288 f.).

[9] Dies war hier nach jeglicher kriminalistischer Erfahrung spätestens am Nachmittag des 17. Februar 2010 der Fall, als sich die für diesen Abend geplante Beschaffungsfahrt in die Niederlande konkret abzeichnete. Dass noch im Verlauf des 17. Februar 2010 vom Angeklagten und seiner früheren Freundin bewohnte Zimmer zu durchsuchen seien, drängte sich auf. Nur durch einen alsbaldigen Zugriff wäre auszuschließen gewesen, dass mögliche Mittäter in den Wohnungen befindliche Betäubungsmittel beseitigten. Dementsprechend hielten sich bereits ab dem frühen Abend des 17. Februar 2010 Polizeikräfte zur Durchführung der Durchsuchungen bereit. Schon daher konnte die erst nach 22.00 Uhr erlassene Durchsuchungsanordnung der Staatsanwaltschaft - jenseits jeder fehlenden Dokumentation - nicht mehr auf Gefahr im Verzug gestützt werden. Hinzu kommt, dass dem sachbearbeitenden Polizeibeamten bereits seit Januar 2010 Erkenntnisse vorlagen, die zu einer richterlichen Anordnung der Überwachung der Telekommunikation geführt hatten, so dass sich die Notwendigkeit einer alsbaldigen Wohnungsdurchsuchung evident ergab, mithin nicht einer überraschenden Verfahrenssituation entsprang.

b) Zum Bestehen eines Beweisverwertungsverbots wegen der Rechtswidrigkeit der Durchsuchungen

[10] Das Fehlen einer richterlichen Durchsuchungsanordnung führt hier zu einem Beweisverwertungsverbot hinsichtlich der bei der Durchsuchung gewonnenen Beweismittel.

[11] Die Annahme eines Beweisverwertungsverbots ist von Verfassungs wegen zumindest bei schwerwiegenden, bewussten oder willkürlichen Verfahrensverstößen, bei denen die grundrechtlichen Sicherungen planmäßig oder systematisch außer Acht gelassen worden sind, geboten (BVerfG, Beschluss vom 12. April 2005 - 2 BvR 1027/02, BVerfGE 113, 29, 61; Beschluss vom 16. März 2006 - 2 BvR 954/02, NJW 2006, 2684, 2686; Beschluss vom 20. Mai 2011 - 2 BvR 2072/10, DAR 2011, 457, 459). Ein solcher schwerwiegender Verstoß liegt aufgrund der oben geschilderten Umstände vor. Die Feststellungen des Landgerichts, der sachbearbeitende Polizeibeamte sei am Nachmittag des 17. Februar 2010 stark beansprucht gewesen, habe seine Erkenntnisse zugleich noch für zu vage gehalten und schlechte Erfahrungen mit der Beschaffung von Anordnungen auf Vorrat gemacht, ändern an dieser Bewertung nichts. Wenn sich der sachbearbeitende Polizeibeamte Gedanken darum machte, ob ein Ersuchen um Erlass eines Durchsuchungsbeschlusses erfolgversprechend sei, war er - von einem sonst möglicherweise bestehenden Organisationsmangel abgesehen - ersichtlich nicht durch eine Überlastung daran gehindert, die Gesetzmäßigkeit seines Vorgehens zu überprüfen. Seine Annahme, die von ihm gewonnenen Erkenntnisse hätten zwar im Januar 2010 für den Erlass einer Anordnung auf der Grundlage der §§ 100a, 100b StPO ausgereicht, eine Anordnung nach §§ 102, 105 StPO am Nachmittag des 17. Februar 2010 trotz der weiteren Verdichtung des Tatverdachts aber (noch) nicht getragen, ist nicht nachzuvollziehen. Da am Nachmittag des 17. Februar 2010 feststand, dass mit hoher Wahrscheinlichkeit noch am selben Tag eine vorläufige Festnahme des Angeklagten erfolgen werde, die eine Durchsuchung nach sich ziehen werde, konnte auch ein "Erfahrungswert" des sachbearbeitenden Polizeibeamten zu Vorratsbeschlüssen des Ermittlungsrichters offensichtlich keine Verbindlichkeit beanspruchen.

c) Zur Unbeachtlichkeit eines hypothetisch rechtmäßigen Ermittlungsverlaufs

[12] Dem - für andere Fallgestaltungen zur Einschränkung der Annahme von Beweisverwertungsverboten entwickelten - Aspekt eines möglichen hypothetisch rechtmäßigen Ermittlungsverlaufs (BGH, Urteil vom 17. März 1983 - 4 StR 640/82, BGHSt 31, 304, 306; Urteil vom 15. Februar 1989 - 2 StR 402/88, NStZ 1989, 375, 376; Beschluss vom 18. November 2003 - 1 StR 455/03, BGHR StPO § 105 Abs. 1 Durchsuchung 4) kann bei solcher Verkennung des Richtervorbehalts keine Bedeutung zukommen (BGH, Urteil

vom 18. April 2007 - 5 StR 546/06, BGHSt 51, 285, 295 f.). Die Einhaltung der durch Art. 13 Abs. 2 GG und § 105 Abs. 1 Satz 1 StPO festgelegten Kompetenzregelung könnte in diesen Fällen bei Anerkennung des hypothetisch rechtmäßigen Ersatzeingriffs als Abwägungskriterium bei der Prüfung des Vorliegens eines Beweisverwertungsverbots stets unterlaufen und der Richtervorbehalt sogar letztlich sinnlos werden. Bei Duldung grober Missachtungen des Richtervorbehalts entstünde gar ein Ansporn, die Ermittlungen ohne Einschaltung des Ermittlungsrichters einfacher und möglicherweise erfolgversprechender zu gestalten. Damit würde das wesentliche Erfordernis eines rechtstaatlichen Ermittlungsverfahrens aufgegeben, dass Beweise nicht unter bewusstem Rechtsbruch oder gleichgewichtiger Rechtsmissachtung erlangt werden dürfen (BGH, Urteil vom 18. April 2007 - 5 StR 546/06, BGHSt 51, 285, 296). [...]

3. Aufhebung des Gesamtstrafenausspruchs und Zurückverweisung

[15] Die Verurteilung wegen bewaffneten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge kann danach keinen Bestand haben. Damit entfällt der Gesamtstrafenausspruch.

[16] Eine eigene Sachentscheidung nach § 354 Abs. 1 StPO ist dem Senat nicht möglich. Er kann den Angeklagten nicht vom Vorwurf des bewaffneten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge freisprechen, denn es ist nicht völlig auszuschließen, dass in der neuen Hauptverhandlung auch ohne Verwertung aller anlässlich der Durchsuchungen gewonnenen Erkenntnisse noch Feststellungen getroffen werden können, die einen Schuldspruch tragen.

Urteile in Fallstruktur

Standort: Öffentliches Recht Problem: 5%-Hürde bei Europawahl

BVERFG, URTEIL VOM 09.11.2011
2 BVC 4/10 U.A. (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Das BVerfG hat entschieden, dass die bei Europawahlen geltende Fünf-Prozent-Sperrklausel des § 2 VII EuWG gegen die Grundsätze der Wahlrechtsgleichheit und der Chancengleichheit der politischen Parteien verstößt, und sie daher für nichtig erklärt.

A. Das BVerfG bestätigt seine st.Rspr., wonach die Wahlrechtsgleichheit des Art. 38 I 1 GG neben der sog. "Zählwertgleichheit" (jede Stimme zählt gleich viel) auch eine "Erfolgswertgleichheit" enthalte, wonach sich jede Stimme auch gleich auswirken müsse, soweit das geltende Wahlrecht dies zulasse. Letztere wird infolge der Fünf-Prozent-Sperrklausel tangiert, denn Stimmen für Parteien unterhalb der Fünf-Prozent-Sperrklausel haben keinen Erfolg.

B. Art. 38 I 1 GG gelte - obschon nur auf Bundestagswahlen bezogen - auch für die Europawahl.

C. Eine solche Ungleichbehandlung könne nur, aber immerhin durch "wichtigen Grund" gerechtfertigt werden.

I. Bisher hatte das BVerfG einen solchen "wichtigen Grund" bei der Europawahl bejaht (BVerfGE 51, 222), und dies im Wesentlichen damit begründet, dass die Sperrklausel geeignet und erforderlich sei, um durch Vermeidung einer übermäßigen Parteienzersplitterung im Europäischen Parlament dessen Fähigkeit zu einer überzeugenden Mehrheitsbildung und damit zur Erledigung der dem Europäischen Parlament seinerzeit zugewiesenen Aufgaben zu sichern (vgl. BVerfGE 51, 222 [246 f.]).

II. Das sahen nun fünf der acht Richter anders. Zwar sei zu erwarten, dass ohne Sperrklausel in Deutschland die Zahl der nur mit einem oder zwei Abgeordneten im Europäischen Parlament vertretenen Parteien zunehme. Es sei jedoch nicht erkennbar, dass dadurch die Funktionsfähigkeit des Europäischen Parlaments mit der erforderlichen Wahrscheinlichkeit beeinträchtigt werde. Die Fraktionen hätten es in der Vergangenheit stets vermocht, trotz der großen Bandbreite der verschiedenen politischen Strömungen alle Parteien zu integrieren. Es sei davon auszugehen, dass auch weitere Kleinparteien sich den bestehenden Fraktionen anschließen könnten. Die etablierten Fraktionen seien auch in der Lage, Meinungen zu bündeln und in angemessener Zeit zu stabilen Mehrheitsentscheidungen zu kommen.

III. Das Europäische Parlament sei auch nicht mit dem Deutschen Bundestag vergleichbar, sodass es keinen Wertungswiderspruch darstelle, dass das BVerfG dort die Fünf-Prozent-Sperrklausel (§ 6 VI 1 1. Hs BWahlG) für verfassungsgemäß halte (vgl. zuletzt BVerfGE 95, 408, 419). Das Europäische Parlament habe wesentlich weniger Kompetenzen. Insbesondere wähle es keinen "Kanzler" und damit i.E. auch keine Regierung.

IV. Dem Urteil sind Sondervoten der Richter Di Fabio und Mellinghoff beigefügt. Diese sehen die Zersplitterungsgefahr nach wie vor als Rechtfertigungsgrund an. Dass die Fraktionen es in der Vergangenheit verstanden hätten, der Zersplitterungsgefahr zu begegnen, bedeute nicht, dass es eine solche nicht gebe und dass es zulässig sei, diese durch Wegfall der Fünf-Prozent-Sperrklausel zu erhöhen.

Prüfungsrelevanz

Die Entscheidung ist im Rahmen einer Wahlprüfungsbeschwerde nach § 26 III EuWG i.V.m. Art. 41 II GG ergangen, lässt sich also für Klausuren, vor allem aber für mündliche Prüfungen gut verwenden.

Darüber, ob nun die Zersplitterungsgefahr weiterhin eine Fünf-Prozent-Sperrklausel rechtfertigt oder nicht, wird man streitig diskutieren können (und sollte dies in einer Klausur auch tun, zumal zwei Sondervoten vorliegen).

Für Kommunalwahlen besteht inzwischen übrigens weithin Einigkeit, dass dort eine Fünf-Prozent-Sperrklausel ebenfalls nicht verfassungsgemäß ist (vgl. nur BVerfG, NVwZ 2008, 407). Dogmatischer Aufhänger ist dort allerdings nicht Art. 38 I 1 GG, sondern der baugleiche Art. 28 I 2 GG. Nach der vorliegenden Entscheidung lässt sich also festhalten, dass die Rspr. die Fünf-Prozent-Sperrklausel bei Bundestags- und Landtagswahlen für verfassungsgemäß, bei Europa- und Kommunalwahlen hingegen für verfassungswidrig hält.

Vertiefungshinweise:

❑ Zur Verfassungswidrigkeit der 5%-Sperrklausel für Kommunalwahlen: *BVerfG*, NVwZ 2008, 407; RA

2003, 473 = DVBl 2003, 929; VerfGH NRW, RA 1999, 534 = DVBl 1999, 1271; *ThürVerfGH*, RA 2009, 1 = NVwZ-RR 2009, 1 ❑ 5%-Sperrklausel und Mindeststärke einer Fraktion: *OVG NRW*, RA 2007, 6 = NWVBl 2007, 25

❑ 5%-Sperrklausel für Minderheitenpartei (SSW): *BVerfG*, RA 2005, 384 = NVwZ 2005, 568; *OVG Schleswig*, NVwZ-RR 2003, 161

❑ Weitere Rechtsprechung zur 5%-Sperrklausel: *BVerfGE* 95, 408; *BVerfG*, RA 2003, 473 = DVBl 2003, 929; *VerfGH NRW*, RA 1999, 361 und 534 = DVBl 1999, 1271

❑ Literatur zu den Wahlrechtsgrundsätzen: *Burkiczak*, JuS 2009, 805; *Ehlers*, Jura 1999, 660; *Kunig*, Jura 1994, 554

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs:* "Wer die Wahl hat..."

Leitsatz:

Der mit der Fünf-Prozent-Sperrklausel in § 2 VII EuWG verbundene schwerwiegende Eingriff in die Grundsätze der Wahlrechtsgleichheit und Chancengleichheit der politischen Parteien ist unter den gegebenen rechtlichen und tatsächlichen Verhältnissen nicht zu rechtfertigen.

Sachverhalt:

Auf die Bundesrepublik Deutschland entfallen gegenwärtig 99 Sitze im Europäischen Parlament. Diese werden nach dem Gesetz über die Wahl der Abgeordneten des Europäischen Parlaments aus der Bundesrepublik Deutschland (im Folgenden: EuWG) in allgemeiner, unmittelbarer, freier, gleicher und geheimer Wahl für fünf Jahre gewählt. § 2 EuWG sieht eine Verhältniswahl mit Listenwahlvorschlägen vor (§ 2 I EuWG), wobei die für die jeweiligen Listen abgegebenen Stimmen gemäß dem Verfahren nach Sainte-Laguë/Schepers in Sitze umgerechnet werden (§ 2 III EuWG).

An der Sitzverteilung nehmen jedoch nur Listen teil, auf die mindestens fünf Prozent der im Wahlgebiet abgegebenen gültigen Stimmen entfallen sind. Der entsprechende § 2 VII EuWG lautet:

§ 2 Wahlsystem, Sitzverteilung

(7) Bei der Verteilung der Sitze auf die Wahlvorschläge werden nur Wahlvorschläge berücksichtigt, die mindestens 5 vom Hundert der im Wahlgebiet abgegebenen gültigen Stimmen erhalten haben.

Der Bundesgesetzgeber möchte auf diese Weise einer Zersplitterung des Europäischen Parlaments vorbeugen und so dessen Arbeitsfähigkeit gewährleisten. Der Wahlberechtigte W, Anhänger einer kleinen Partei, meint hingegen, auf diese Weise habe er keine realistische Chance darauf, dass seine Stimme am Ende auch im Europäischen Parlament repräsentiert werde. Dieses umfasse gegenwärtig ohnehin schon 736 Mitglieder, die in 162 Fraktionen organisiert seien. Eine "Zersplitterung" liege also ohnehin vor, dennoch arbeite das Europäische Parlament effektiv genug. Er fühlt sich ungerecht behandelt und rügt einen Verstoß gegen die Gleichheit der Wahl aus Art. 38 I 1 GG.

Dieser Ansicht schließt ist auch die kleine Partei P, die um ihre Chancengleichheit aus Art. 21 i.V.m. 3 I GG fürchtet.

Haben W und P Recht?

Lösung:

W und P haben Recht, sofern § 2 VII EuWG gegen den Grundsatz der gleichen Wahl aus Art. 38 I 1 GG bzw. gegen die Chancengleichheit der Parteien aus Art. 21 i.V-m. 3I GG verstößt.

1. Teil: Verstoß gegen Art. 38 I 1 GG

Ein Verstoß gegen die gleiche Wahl i.S.d. Art. 38 I 1 GG liegt vor, wenn § 2 VII EuWG eine nicht zu rechtfertigende Ungleichbehandlung der Wählerstimmen regelt.

A. Anwendbarkeit

Zunächst müsste Art. 38 I 1 GG jedoch auf Europawahlen überhaupt anwendbar sein. Nach seinem Wortlaut ("Die Abgeordneten des Deutschen Bundestages...") und seiner systematischen Stellung im III. Abschnitt des Grundgesetzes ("Der Bundestag") ist dies nicht der Fall.

Jedoch vertritt das BVerfG in st.Rspr., dass es sich bei den in Art. 38 I 1 GG geregelten Wahlrechtsgrundsätzen um allgemeine Grundsätze handle, die für jede Wahl gelten, sofern das Grundgesetz nicht - wie in Art. 28 I 2 GG für Landes-, Kreis- und Gemeindewahlen - eine besondere Regelung enthalte (BVerfGE 47, 253 [276 f.] m.w.N.). Diese Ansicht bekräftigt das BVerfG vorliegend in kurzen Sätzen:

"Das Bundesverfassungsgericht hat im Rahmen einer Wahlprüfungsbeschwerde nach § 26 III EuWG nicht nur die Einhaltung der Vorschriften des für die Europawahl geltenden Wahlrechts durch die zuständigen Wahlorgane und den Deutschen Bundestag zu gewährleisten, sondern prüft auch, ob die Vorschriften des Europawahlgesetzes mit den Vorgaben der Verfassung in Einklang stehen. Insoweit gilt für die Europawahl nichts anderes als für die Wahl zum Deutschen Bundestag (vgl. dazu BVerfGE 121, 266 [295]; 123, 39 [68]). Das Europawahlgesetz ist deutsches Bundesrecht und als solches am Grundgesetz und den darin enthaltenen Grundsätzen der Wahlrechtsgleichheit und

Chancengleichheit der politischen Parteien zu messen."

[Anm.: Dieser Prüfung sollte nicht allzu breiter Raum eingeräumt werden, obwohl das Ergebnis aus dogmatischen Gründen angreifbar ist (Wortlaut, systematische Stellung). Es entspricht aber st.Rspr. des BVerfG und - soweit ersichtlich - der allg.M. in der Kommentarliteratur (vgl. nur Sachs-Magiera, GG, Art. 38 Rn 77). In Prüfungsaufgaben kann nicht erwartet werden, dass diese in Frage gestellt werden.]

B. Gleiches

Die Gleichheit der Wahl i.S.d. Art. 38 I 1 GG gebietet, dass alle Wahlberechtigten das aktive und passive Wahlrecht möglichst in formal gleicher Weise ausüben können und ist im Sinne einer strengen und formalen Gleichheit zu verstehen (vgl. BVerfGE 51, 222 [234]; 78, 350 [357 f.]; 82, 322 [337]; 85, 264 [315]). Diesbezüglich ist wie folgt zu differenzieren:

I. Zählwertgleichheit

Zunächst ist jede Stimme gleich zu zählen. Dadurch wird etwa ein Standeswahlrecht vermieden, bei dem die Stimmen bestimmter Personengruppen oder Gesellschaftsschichten mehr zählen als die Stimmen anderer. Diese sog. "Zählwertgleichheit" ist absolut gewährleistet, d.h. jede Ungleichbehandlung in diesem Bereich wäre ohne die Möglichkeit einer Rechtfertigung verfassungswidrig. Eine solche steht bei der Fünf-Prozent-Sperrklausel des § 2 VII EuWG aber nicht in Rede.

II. Erfolgswertgleichheit

Vielmehr geht es um die sog. "Erfolgswertgleichheit" wonach sich jede Stimme grundsätzlich auch gleich auf die Zusammensetzung des gewählten Parlaments auswirken muss.

1. Mehrheitswahl

In einer Mehrheitswahl gibt es keine Erfolgswertgleichheit. Gewählt ist, wer die Mehrheit der Stimmen auf sich vereinigt. Alle anderen Stimmen haben also zwangsläufig keinen Wahlerfolg. Da Art. 38 III GG es dem einfachen Gesetzgeber überlässt, das Wahlsystem näher zu regeln, und ihm damit auch die Möglichkeit eröffnet, ein reines Mehrheitswahlsystem einzuführen, kann die Erfolgswertgleichheit nicht absolut gewährleistet sein. Art. 38 I 1 GG würde sonst Mehrheitswahlelemente von Verfassungs wegen ausschließen, ohne dass dafür ein Grund oder eine Absicht in den Motiven der Verfassungsgeber ersichtlich ist. Das BVerfG spricht daher von einer "Erfolgschance": Nur, soweit es um eine Verhältniswahl geht, realisiert sich diese zu einer echten Erfolgswertgleichheit. In den Worten des BVerfG:

"Aus dem Grundsatz der Wahlgleichheit folgt für das Wahlgesetz, dass die Stimme eines jeden Wahlberechtigten grundsätzlich [...] die gleiche rechtliche Erfolgschance haben muss. Alle Wähler sollen mit der Stimme, die sie abgeben, den gleichen Einfluss auf das Wahlergebnis haben. Bei der Verhältniswahl verlangt der Grundsatz der Wahlgleichheit darüber hinaus, dass jeder Wähler mit seiner Stimme auch den gleichen Einfluss auf die Zusammensetzung der zu wählenden Vertretung haben muss (vgl. BVerfGE 16, 130 [139]; 95, 335 [353]). Ziel des Verhältniswahlsystems ist es, dass alle Parteien in einem möglichst den Stimmenzahlen angenäherten Verhältnis in dem zu wählenden Organ vertreten sind. Zur Zählwertgleichheit tritt im Verhältniswahlrecht die Erfolgswertgleichheit hinzu (vgl. BVerfGE 120, 82 [103]).

2. Verhältniswahl

Nach § 2 I EuWG werden die deutschen Abgeordneten im Europaparlament nach den Grundsätzen der Verhältniswahl gewählt. Somit ist auch eine Erfolgswertgleichheit gewährleistet:

"Aufgrund der durch europäisches Recht (Art. 1 Abs. 1 des Direktwahlaktes) vorgegebenen und in § 2 I EuWG angeordneten Verhältniswahl ist der deutsche Gesetzgeber bei der Ausgestaltung des Europawahlgesetzes verpflichtet, für die Wahl der deutschen Abgeordneten des Europäischen Parlaments grundsätzlich sowohl die Zähl- als auch die Erfolgswertgleichheit der Wählerstimmen sicherzustellen."

[Anm.: Daran ändern nach Ansicht des BVerfG auch unionsrechtliche Vorgaben nichts:

"Das Verfassungsgebot der Erfolgswertgleichheit für die Wahl des deutschen Kontingents von Abgeordneten des Europäischen Parlaments wird nicht dadurch in Frage gestellt, dass gemäß der im Unionsvertrag (Art. 14 Abs. 2 UAbs. 1 Satz 3 EUV-Lissabon) vorgesehenen degressiv proportionalen Kontingentierung der auf die Mitgliedstaaten entfallenden Sitze erhebliche Unterschiede im Stimmgewicht der Unionsbürger aus den einzelnen Mitgliedstaaten bestehen (vgl. BVerfGE 123, 267 [373 f.]), das Primärrecht der Union selbst also Unterschiede im Erfolgswert der Stimmen für die Wahl zum Europäischen Parlament vorgibt. Die unionsrechtlich vorgegebenen Unterschiede im Stimmgewicht betreffen allein das Verhältnis zwischen den Wählern aus unterschiedlichen Mitgliedstaaten. Sie bringen zum Ausdruck, dass das Europäische Parlament als supranationales Vertretungsorgan auch nach dem Vertrag von Lissabon - wenngleich nunmehr unter besonderer Betonung der Unionsbürgerschaft - eine Vertretung der miteinander vertraglich verbundenen Völker bleibt (vgl. BVerfGE 123, 267 [371 ff.]). Diese Besonderheit verlangt weder noch rechtfertigt sie Abstriche vom wahlrechtli-

chen Grundsatz der Erfolgswertgleichheit der Stimmen im Verhältnis zwischen den Teilnehmern an der Wahl des deutschen Abgeordnetenkontingents."]

C. Ungleichbehandlung

"Die Fünf-Prozent-Sperrklausel in § 2 VII EuWG bewirkt eine Ungleichgewichtung der Wählerstimmen. Während der Zählwert aller Wählerstimmen von der Fünf-Prozent-Sperrklausel unberührt bleibt, werden die Wählerstimmen hinsichtlich ihres Erfolgswerts ungleich behandelt, je nachdem, ob die Stimme für eine Partei abgegeben wurde, die 5 % der Stimmen oder mehr auf sich vereinigen konnte, oder für eine Partei, die an der Fünf-Prozent-Sperrklausel gescheitert ist. Diejenigen Wählerstimmen, welche für Parteien abgegeben worden sind, die mindestens 5 % der Stimmen erhalten haben, haben unmittelbaren Einfluss auf die Sitzverteilung nach dem Verhältnisausgleich. Dagegen bleiben diejenigen Wählerstimmen, die für Parteien abgegeben worden sind, die an der Sperrklausel gescheitert sind, ohne Erfolg."

[Anm.: Diese Ungleichbehandlung ist erheblich: Bei der Europawahl 2009 hatten in Deutschland von den gültigen Stimmen rund 2,8 Millionen, mithin circa 10 % der gültig abgegebenen Wahlstimmen keinen Erfolgswert.]

D. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Fraglich ist, ob sich diese Ungleichbehandlung verfassungsrechtlich rechtfertigen lässt.

I. Zwingender Grund erforderlich

Dazu bedarf es nach st.Rspr. des BVerfG eines zwingenden Grundes:

"Der Grundsatz der Wahlrechtsgleichheit unterliegt [...] keinem absoluten Differenzierungsverbot. Allerdings folgt aus dem formalen Charakter der Grundsätze der Wahlgleichheit und der Chancengleichheit der Parteien, dass dem Gesetzgeber bei der Ordnung des Wahlrechts nur ein eng bemessener Spielraum für Differenzierungen verbleibt. Bei der Prüfung, ob eine Differenzierung innerhalb der Wahlrechtsgleichheit gerechtfertigt ist, ist grundsätzlich ein strenger Maßstab anzulegen (vgl. BVerfGE 120, 82 [106]). Differenzierungen bedürfen zu ihrer Rechtfertigung stets eines besonderen, sachlich legitimierten, "zwingenden" Grundes (vgl. BVerfGE 6, 84 [92]; 51, 222 [236]; 95, 408 [418]). Das bedeutet nicht, dass sich die Differenzierung als von Verfassungs wegen notwendig darstellen muss. Differenzierungen im Wahlrecht können vielmehr auch durch Gründe gerechtfertigt werden, die durch die Verfassung legitimiert und von einem Gewicht sind, das der Wahlgleichheit die Waage halten kann (vgl. BVerfGE 1, 208 [248]; 6, 84 [92]; 95, 408 [418])."

II. Subsumtion

Fraglich ist, ob ein solcher "zwingender Grund" hier vorliegt. Ein solcher könnte darin liegen, dass eine Zersplitterung des Europäischen Parlaments verhindert werden muss, um eine effektive Parlamentsarbeit nicht zu gefährden. Dass die Gefahr einer Zersplitterung einen "zwingenden Grund" darstellen kann, ist allgemein anerkannt und wird vom BVerfG auch nochmals ausdrücklich bestätigt:

"Hierzu zählen insbesondere die mit der Wahl verfolgten Ziele. Dazu gehört die Sicherung des Charakters der Wahl als eines Integrationsvorgangs bei der politischen Willensbildung des Volkes (BVerfGE 95, 408 [418]) und, damit zusammenhängend, die Sicherung der Funktionsfähigkeit der zu wählenden Volksvertretung (vgl. BVerfGE 1, 208 [247 f.]; 4, 31 [40]; 6, 84 [92 ff.]; 51, 222 [236]; 82, 322 [338]; 95, 408 [418]; 120, 82 [111]). Eine große Zahl kleiner Parteien und Wählervereinigungen in einer Volksvertretung kann zu ernsthaften Beeinträchtigungen ihrer Handlungsfähigkeit führen. Eine Wahl hat aber nicht nur das Ziel, überhaupt eine Volksvertretung zu schaffen, sondern sie soll auch ein funktionierendes Vertretungsorgan hervorbringen (vgl. BVerfGE 51, 222 [236])."

1. Ansicht des BVerfG

Jedoch sieht das Gericht mehrheitlich eine solche Gefahr bei Europawahlen nicht:

"Die Einschätzung des Gesetzgebers, dass das Europäische Parlament mit dem Wegfall der Fünf-Prozent-Sperrklausel in seiner Funktionsfähigkeit beeinträchtigt werde, kann sich nicht auf ausreichende tatsächliche Grundlagen stützen und trägt den spezifischen Arbeitsbedingungen des Europäischen Parlaments sowie seiner Aufgabenstellung nicht angemessen Rechnung."

a. Europäisches Parlament ohnehin schon zersplittert, funktioniert aber trotzdem

"Faktisch kann der Wegfall von Sperrklauseln und äquivalenter Regelungen zwar eine spürbare Zunahme von Parteien mit einem oder zwei Abgeordneten im Europäischen Parlament bewirken. Jedoch fehlt es an greifbaren Anhaltspunkten dafür, dass damit strukturelle Veränderungen innerhalb des Parlaments einhergehen, die eine Beeinträchtigung seiner Funktionsfähigkeit hinreichend wahrscheinlich erwarten lassen. [...] Im Europäischen Parlament sind bereits gegenwärtig mehr als 160 Parteien vertreten. Unter ihnen sind viele, die nur über einen oder zwei Sitze verfügen. Dass zahlreiche kleine Parteien Abgeordnete entsenden, ist im Unionsrecht angelegt. Für die bevölkerungsschwächeren Mitgliedstaaten sind überproportionale Mandatskontingente vorgesehen, auch um diesen eine repräsentative Abbildung nationaler Mehr-

heitsverhältnisse zu ermöglichen; die unterschiedlichen politischen Strömungen aus den Mitgliedstaaten mit kleinerer Bevölkerungszahl sind aber zwangsläufig oft nur durch einzelne Abgeordnete vertreten. Die Festlegung auf das Verhältniswahlsystem (Art. 1 Abs. 1 des Direktwahlaktes) führt, da sich in allen Mitgliedstaaten mehrere Parteien zur Wahl stellen, tendenziell zur Entsendung von Parteien mit geringer Mandatszahl. Es ist nicht erkennbar, dass durch die Zunahme von Parteien mit einem oder zwei Abgeordneten im Europäischen Parlament dessen Funktionsfähigkeit mit der erforderlichen Wahrscheinlichkeit beeinträchtigt würde."

b. Integrationskraft der Fraktionen

"Die im Europäischen Parlament gebildeten Fraktionen verfügen [darüber hinaus] über eine erhebliche Integrationskraft, die durch den Einzug weiterer Parteien ebenso wenig grundsätzlich in Frage gestellt werden dürfte wie ihre Absprachefähigkeit. [...] Da keine der im Europäischen Parlament vertretenen Parteien oder der dort gebildeten Fraktionen über eine Mehrheit der Abgeordneten verfügt und eine solche Mehrheit auch nicht zu erwarten ist, müssen die Fraktionen zur Mehrheitsgewinnung Absprachen treffen und Bündnisse eingehen. Wäre dieser Weg parlamentarischer Willensbildung durch das Hinzutreten einer beachtlichen Zahl von Kleinparteien spürbar erschwert, könnte dies zu einer Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit des Europäischen Parlaments - hier zunächst isoliert verstanden als die Fähigkeit, in angemessener Zeit zu einer Mehrheitsentscheidung in einer bestimmten Frage zu kommen - führen. Für eine dahingehende Prognose fehlt es indes auch unter Berücksichtigung der Ergebnisse der mündlichen Verhandlung an den nötigen tatsächlichen Erkenntnissen."

c. Keine Vergleichbarkeit mit dem Deutschen Bundestag

"Die Fünf-Prozent-Sperrklausel findet bei der Wahl zum Deutschen Bundestag ihre Rechtfertigung im Wesentlichen darin, dass die Bildung einer stabilen Mehrheit für die Wahl einer handlungsfähigen Regierung und deren fortlaufende Unterstützung nötig ist und dieses Ziel durch eine Zersplitterung des Parlaments in viele kleine Gruppen gefährdet wird. Der Gesetzgeber darf daher das mit der Verhältniswahl verfolgte Anliegen, dass die politischen Meinungen in der Wählerschaft im Parlament weitestgehend repräsentiert werden, in gewissem Umfang zurückstellen (vgl. BVerfGE 120, 82 [111] m.w.N.). Eine vergleichbare Interessenlage besteht auf europäischer Ebene nach den europäischen Verträgen nicht. Das Europäische Parlament wählt keine Unionsregierung, die auf seine fortlaufende Unterstützung angewiesen wäre. Ebenso wenig ist die Gesetzgebung der Union von einer gleichbleibenden Mehrheit im Europäischen Parlament abhängig, die von einer stabilen Koalition bestimmter Fraktionen gebildet würde und der eine Opposition gegenüberstünde. Erst recht gilt dies für Informations- und Kontrollrechte des Parlaments, die auch in den nationalen Parlamenten herkömmlich als Minderheitenrechte ausgestaltet sind. Deshalb fehlt es an zwingenden Gründen, in die Wahl- und Chancengleichheit durch Sperrklauseln einzugreifen."

2. Ansicht der Sondervoten

Die Sondervoten der Richter Di Fabio und Mellinghoff bejahen hingegen eine Rechtfertigung:

a. Vergleich mit der Mehrheitswahl

Sie verkennen nicht die Ungleichbehandlung beim Erfolgswert, halten diese aber für weniger tragisch als die Senatsmehrheit, insbesondere wenn man sie mit einer Mehrheitswahl vergleiche:

"Die Fünf-Prozent-Sperrklausel ist keine bereits dem Grunde nach verbotene Differenzierung, weil sie jedem Wähler das gleiche Stimmgewicht lässt und jeder Wähler dieselbe Chance hat, mit seiner Stimme Kandidaten einer Partei zum Einzug in das Parlament unter Überwindung der Fünf-Prozent-Hürde zu verhelfen. Die Sperrklausel ist vielmehr eine ergänzende Regelung zum Verhältniswahlrecht. [...] Die häufig auch vom Senat bemühte Formulierung, dass eine große Zahl von abgegebenen Stimmen - bei der Europawahl etwa 10 % - wegen der Sperrklausel ohne Mandatserfolg blieben, relativiert sich im Gewicht jedenfalls ganz erheblich, wenn man sie mit dem Mehrheitswahlsystem vergleicht. Bei einem einstufigen Mehrheitswahlsystem gewinnt der Bewerber mit den relativ meisten Stimmen das Mandat, was dazu führen kann, dass die absolute Mehrheit der in einem Wahlkreis abgegebenen Stimmen ohne Mandat und damit „unberücksichtigt" bleibt, also nicht etwa nur 10 % der abgegebenen Stimmen wie bei der Europawahl 2009 durch die Sperrklausel verursacht, sondern sogar mehr als 50 % der im Wahlkreis abgegebenen Stimmen ohne jede Mandatswirkung bleiben."

b. Zersplitterungsgefahr

Zudem sehen die Sondervoten im Wegfall der Fünf-Prozent-Sperrklausel zumindest eine Erschwernis der effektiven Parlamentsarbeit:

"Die Fünf-Prozent-Sperrklausel ist gemessen an ihrer Eingriffsintensität auch sachlich gerechtfertigt, um für das deutsche Kontingent eine zu weitgehende Zersplitterung der im Europaparlament vertretenen politischen Parteien zu verhindern. [...] Die Wahrung der Funktionsfähigkeit ist gerade im Verbundparlament keine Frage des Entweder-Oder, sondern eines Mehr oder Weniger an Handlungsfähigkeit. [...] Ein sachlicher Grund für die Rechtfertigung der Fünf-Prozent-Sperr-

klausel besteht hier bereits in der Verringerung möglicher Funktionsbeeinträchtigungen."

c. Keine abweichende Beurteilung durch die Integrationskraft der Fraktionen:
"Für das Parlament kommt es im institutionellen Zusammenspiel mit Kommission und Rat darauf an, eine mehrheitsfähige Willensbildung in den eigenen Reihen herbeizuführen. Wenn dies auch unter Bedingungen großer Heterogenität bislang gelungen ist, so kann dieser Umstand kein Argument dafür sein, dass die Verhinderung einer zusätzlichen Zergliederung die Sperrklausel nicht rechtfertigen könne. Es gilt hier nicht die Devise: Wer mit Kalamitäten bislang nolens volens zurechtgekommen sei, dem könne man auch ruhig noch mehr zumuten. Jede weitere politische Fragmentierung erhöht den zeitlichen und personellen Aufwand, Konsens herbeizuführen, und verkleinert größere politische Richtungen mit Wiedererkennungswert für die Wähler."

3. Stellungnahme
Die Ansicht der Senatsmehrheit überzeugt. Insbesondere das Argument, dass das Europäische Parlament auch in seiner gegenwärtigen Zusammensetzung schon zersplittert ist, ohne dass es zu einer Funktionsbeeinträchtigung gekommen ist, vermögen die Sondervoten nicht zu widerlegen. Zwar mag es sein, dass noch mehr Zersplitterung eine weitere Erschwernis bedeutet; dass diese von den Fraktionen nicht aufgefangen werden könnte, legen die Sondervoten aber nicht dar. Zudem ist daran zu erinnern, dass die Wahlrechtsgleichheit ein besonders wichtiger Grundsatz ist, sodass Ungleichbehandlungen zu ihrer Rechtfertigung eines strengen, "zwingenden" Grundes bedürfen. Mögliche Erschwernisse allein genügen für einen "zwingenden" Grund nicht.
Zudem überzeugt der von den Sondervoten gezogene Vergleich mit dem Mehrheitswahlsystem nicht: Nur weil dort die Auswirkungen auf den Erfolgswert noch drastischer sind, bedeutet dies nicht, dass die Auswirkungen der Fünf-Prozent-Sperrklausel auf Verhältniswahlen hingenommen werden müssen, ohne dass es dafür einen zwingenden Grund gibt.

4. Zwischenergebnis
Somit lässt sich die Ungleichbehandlung nicht rechtfertigen. Ein Verstoß gegen Art. 38 I 1 GG liegt vor.

2. Teil: Verstoß gegen die Chancengleichheit der Parteien
Fraglich ist, ob auch P mit der Behauptung Recht hat, der Grundsatz der Chancengleichheit der Parteien aus Art. 21 i.V.m. 3 I GG sei verletzt.

A. Vergleichende Wertung mit Art. 38 I 1 GG
Das BVerfG vertritt hierzu in st.Rspr. eine Parallelwertung zu Art. 38 I 1 GG: Ist die Gleichheit der Wahl verletzt, wird dadurch nicht nur jeder Wahlberechtigte in seinen Rechten aus Art. 38 I 1 GG, sondern zugleich auch jede Partei in ihren Rechten aus Art. 21 i.V.m. 3 I GG verletzt:
"Der aus Art. 21 I, Art. 3 I GG abzuleitende Grundsatz der Chancengleichheit der Parteien [...verlangt], dass jeder Partei, jeder Wählergruppe und ihren Wahlbewerbern grundsätzlich die gleichen Möglichkeiten im gesamten Wahlverfahren und damit gleiche Chancen bei der Verteilung der Sitze eingeräumt werden. Das Recht der politischen Parteien auf Chancengleichheit hängt eng mit den Grundsätzen der Allgemeinheit und Gleichheit der Wahl zusammen, die ihre Prägung durch das Demokratieprinzip erfahren. Deshalb ist in diesem Bereich - ebenso wie bei der durch die Grundsätze der Allgemeinheit und Gleichheit der Wahl verbürgten gleichen Behandlung der Wähler - Gleichheit in einem strikten und formalen Sinn zu fordern. Wenn die öffentliche Gewalt in den Parteienwettbewerb in einer Weise eingreift, die die Chancen der politischen Parteien verändern kann, sind ihrem Ermessen daher besonders enge Grenzen gezogen (BVerfGE 120, 82 [105])."

B. Subsumtion
Oben wurde bereits ein Verstoß gegen Art. 38 I 1 GG festgestellt. Nichts anderes gilt somit für Art. 21 i.V.m. 3 I GG: Auch hier lässt sich die Ungleichbehandlung der Parteien bei der Erfolgswertgleichheit nicht rechtfertigen, ein Verstoß ist also auch insoweit gegeben. Das BVerfG hält dies in einem knappen Ergebnissatz fest:
"Zwischen Wahlrechtsgleichheit und Chancengleichheit der Parteien besteht ein enger Zusammenhang. Die verfassungsrechtliche Rechtfertigung von Einschränkungen folgt den gleichen Maßstäben (vgl. BVerfGE 82, 322 [338]; 95, 408 [417]; 111, 54 [105]; 124, 1 [20])."

[Anm.: Für den Prüfungsaufbau bedeutet dies, dass mit der Prüfung des Art. 38 I 1 GG begonnen und dort der Schwerpunkt gesetzt werden sollte. Im Hinblick auf Art. 21 i.V.m. 3 I GG genügen dann wenige Verweissätze.]

3. Teil: Gesamtergebnis
W und P haben Recht. § 2 VII EuWG verstößt sowohl gegen Art. 38 I 1 GG als auch gegen Art. 21 i.V.m. 3 I GG.

Standort: Zivilrecht Problem: Verbrauchsgüterkauf

BGH, URTEIL VOM 13.07.2011
VIII ZR 215/10 (BB 2011, 1793)

Problemdarstellung:

Die Kl. kaufte von der Bekl., die sich mit der Herstellung und Veräußerung von Druckerzeugnissen befasst, einen gebrauchten Pkw unter Ausschluss jeglicher Gewährleistungsrechte. Wenige Tage nach der Übergabe erklärte die Kl. schriftlich die Anfechtung des Kaufvertrages, da die Bekl. einen Mangel arglistig verschwiegen habe. Nun verlangt sie den Kaufpreis von 7.540 € zurück.

Prüfungsrelevanz:

Der Senat legt ein Urteil vor, das sich gleich mit mehreren Problem des Kaufrechts auseinandersetzt. Die Umsetzung als Examensklausur ist zu erwarten.

Für die Tatbestandsvoraussetzungen einer arglistigen Täuschung nach § 123 BGB ist die Kl. darlegungspflichtig. Da ihr Vortrag die Voraussetzungen einer arglistigen Täuschung aber nicht annähernd ausfüllt, greift eine Anfechtung nach §§ 123, 142 BGB nicht durch. Die Erklärung der Kl. ist insbesondere unter Berücksichtigung des Rückzahlungsverlangens jedoch als Rücktrittserklärung gem. § 349 BGB auszulegen (bzw. in eine solche Erklärung gem. § 140 BGB umzudeuten).

Einem Rücktritt mit anschließender Rückabwicklung nach §§ 437 Nr. 2, 323, 346 I BGB könnte jedoch der umfassende Gewährleistungsausschluss entgegenstehen, sofern sich die Bekl. hierauf berufen kann. Das wäre nicht der Fall, wenn es sich bei dem Rechtsgeschäft um einen Verbrauchsgüterkauf nach § 474 I BGB handeln würde. Bei einem solchen Geschäft verbietet § 475 I 1 BGB eine vertragliche Beschneidung der Gewährleistungsrechte des Käufers. Fraglich ist allerdings, ob die Bekl. bei dem vorliegenden Kaufvertrag als Unternehmerin gem. § 14 BGB handelte, da ihr eigentliches Geschäftsfeld nicht im Fahrzeughandel liegt. Insofern galt es zunächst zu erkennen, dass die Unternehmereigenschaft nach § 14 BGB (ebenso wie die Verbrauchereigenschaft nach § 13 BGB) kein Status ist, der einer Person dauerhaft anhängt, sondern sich aus dem konkret getätigten Rechtsgeschäft ergibt. Im vorliegenden Fall bejaht der Senat zu Recht die Unternehmereigenschaft der Bekl. Dies lässt sich mit zwei Erwägungen untermauern:

- Zum einen hat die Rechtsprechung bereits für den Verbraucherdarlehensvertrag gem. § 491 BGB entschieden, dass der Darlehensgeber auch dann Unternehmer ist, wenn er sich (eigentlich) nicht unternehmerisch mit der Vergabe von Krediten beschäftigt.

- Zum anderen gilt gem. §§ 343, 344 HGB die Vermutung, dass das von einem Kaufmann getätigte Rechtsgeschäft zu seinem Handelsgewerbe zu rechnen ist. Hieraus lässt sich ableiten, dass der gewerbetreibende Unternehmer alle Rechtsgeschäfte als zu seiner gewerblichen Tätigkeit zugehörig gelten lassen muss, solange er die Vermutung des § 344 HGB nicht widerlegt hat.

Damit zählt auch der branchenfremde Verkauf eines Pkw zur gewerblichen Tätigkeit der Bekl. i.S.d. § 14 BGB. Sie hat damit als Unternehmerin gehandelt, so dass der Gewährleistungsausschluss gem. § 475 I 1 BGB nicht eingreift.

Das Rückzahlungsverlangen der Kl. war hier i.E. dennoch abzulehnen, da sie der Bekl. keine Nachfrist gem. § 323 I BGB gesetzt hatte und diese auch nicht entbehrlich war (vgl. § 323 II, § 440 BGB).

Vertiefungshinweise:

❑ Zur Unternehmer- bzw. Verbrauchereigenschaft: Witt, NJW 2011, 3402 (Besprechung der Entscheidung); Najdecki, ZGS 2009, 155; Szczesny, NJW 2007, 2586; Mankowski, CR 2006, 132 (Unternehmereigenschaft des ebay-Verkäufers); Schmidt, BB 2005, 837 (generelle Bergriffserläuterung)

❑ Zur Entbehrlichkeit der Nachfristsetzung: Martis, MDR 2010, 1293; Koch, NJW 2010, 1636

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs:* „Augen auf beim Mustangkauf“

❑ *Examenskurs:* „Das verschmähte Gefährt“

❑ *Assessorkurs:* „Der verunfallte Rolls-Royce“

Leitsätze:

1. Der Verkauf beweglicher Sachen durch eine GmbH an einen Verbraucher fällt, auch soweit es sich um branchenfremde Nebengeschäfte handelt, im Zweifel unter die Bestimmungen der §§ 474 ff. BGB zum Verbrauchsgüterkauf (im Anschluss an BGHZ 179, 126).

2. Beim Verbrauchsgüterkauf ist bei einem behebbaren Sachmangel eine Fristsetzung zur Nacherfüllung als Voraussetzung für einen Rücktritt vom Vertrag auch im Falle eines - unwirksamen - formularmäßigen Gewährleistungsausschlusses nicht entbehrlich (Aufgabe des Senatsurteils BGHZ 170, 31).

Sachverhalt:

Die B-GmbH betreibt eine Druckerei, in der sie für Kunden und im Eigeninteresse verschiedenste Druck-

werke herstellt. Daneben bietet sie den Vertrieb der Druckerzeugnisse an Zwischenhändler und Verlagshäuser als Dienstleistung an. Zum Betrieb der B-GmbH gehören auch mehrere Fahrzeuge.
Als aufgrund der Finanzkrise die Nachfrage schwindet, benötigt die B-GmbH eines ihrer Fahrzeuge – einen Renault Espace – nicht mehr und beabsichtigt dieses zu verkaufen. Als Interessent meldet sich K. K fragt den Geschäftsführer G der B-GmbH nach eventuellen Vorschäden oder Auffälligkeiten des Fahrzeugs. G weist daraufhin, dass der Pkw ausschließlich von den Angestellten der B-GmbH genutzt wurde, so dass er keinen unmittelbaren Fahreindruck habe. Seines Wissens nach gab es jedoch nie irgendwelche Probleme mit dem Fahrzeug. Am 29.12.2010 verkauft die B-GmbH dem K das Fahrzeug schließlich „unter Ausschluss jeglicher Gewährleistung" für 7.540,- €.
Im Januar stellt K ein Klappergeräusch im Motorraum fest. In einem Telefonat weist K den G auf den Mangel hin und verlangt sein Geld zurück. Hiermit ist G nicht einverstanden. Aus Kulanz sei die B-GmbH aber bereit sich an den Mangelbeseitigungskosten zu beteiligen.
Am 10.01.2011 erklärt K schriftlich die Anfechtung des Kaufvertrages mit der Begründung, G habe ihn im Zuge der Verkaufsgespräche über den Zustand des Pkw „böswillig hinters Licht geführt". Hierauf reagiert die B-GmbH mit Anwaltsschreiben vom 18.01.2011, indem sie die Existenz des von K behaupteten Mangels in Abrede stellt. Außerdem sei nicht geklärt, ob der Mangel nicht erst nach der Übergabe des Pkw an K aufgetreten sei. Am 29.12.2010 habe sich der Pkw in tadellosem Zustand befunden. Schließlich könne das Begehren des K jedenfalls wegen des umfassenden Gewährleistungsausschlusses keinen Bestand haben.
Kann K den gezahlten Kaufpreis zurückverlangen?

[Anm.: Es ist davon auszugehen, dass der Mangel behebbar ist und der Wagen keinen Unfallschaden erlitten hat.]

Lösung :

A. Anspruch des K aus §§ 437 Nr. 2, 323 I, 346 BGB
K könnte gegen die B-GmbH (B) ein Anspruch aus §§ 437 Nr. 2, 323 I, 346 BGB auf Rückzahlung des Kaufpreises (Zug um Zug gegen Rückgabe des Pkw gem. § 348 BGB) haben.

I. Bestehen eines Kaufvertrages
Das setzt zunächst voraus, dass zwischen K und B ein Kaufvertrag nach § 433 BGB zustande gekommen ist.
Am 29.12.2010 haben K und B einen Kaufvertrag über den Pkw geschlossen. Dieser könnte allerdings durch die Anfechtung des K am 10.01.2011 gem. § 142 I BGB rückwirkend beseitigt worden sein. Dann müsste die Anfechtung des K wirksam sein, d.h. dem K müsste ein Anfechtungsgrund zustehen und er müsste die Anfechtung gegenüber dem richtigen Gegner innerhalb der richtigen Frist erklärt haben.

1. Anfechtung wegen arglistiger Täuschung gem. § 123 I Var. 1 BGB
K trägt vor, G als Vertreter der B-GmbH (vgl. § 35 GmbHG) habe ihn „hinters Licht geführt". Insofern könnte sich K auf eine arglistige Täuschung i.S.d. § 123 I Var. 1 BGB berufen.
Eine solche setzt voraus, dass der Anfechtungsgegner beim Anfechtenden zumindest mit Eventualvorsatz durch Vorspiegelung von Tatsachen eine Täuschung, also eine Fehlvorstellung über Tatsachen hervorruft. Die Aussagen des G zum Zustand des Pkw können jedoch nicht als Vorspiegelung von Tatsachen eingestuft werden. Zum einen ist schon nicht belegt, dass die Behauptungen des G, mit dem Pkw habe es nie Probleme gegeben, nicht den Tatsachen entsprechen. Insofern ist tatsächlich denkbar, dass der Mangel erst nach Übergabe auftrat, der Pkw im maßgeblichen Zeitpunkt also mangelfrei war. Zum anderen verweist G darauf, dass er einen unmittelbaren Eindruck gar nicht wiedergeben könne, da er den Pkw nie gefahren sei. Damit macht G hinreichend deutlich, dass er gar keine verbindliche Erklärung zum Zustand des Pkw abgeben kann.
Vor diesem Hintergrund scheidet eine arglistige Täuschung aus

2. Anfechtung wegen Irrtums über eine verkehrswesentliche Sacheigenschaft gem. § 119 II Var. 2 BGB
Jedoch könnte sich K in einem Irrtum über eine verkehrswesentliche Eigenschaft des Pkw gem. § 119 II Var. 2 BGB befunden haben.
Allerdings ist zu beachten, dass nach dem Gefahrübergang – also nach der Übergabe der Sache (§ 446 S. 1 BGB) – die Regelungen des kaufrechtlichen Gewährleistungsrechts in §§ 437 ff. BGB den Irrtumsregeln des § 119 II Var. 2 BGB vorgehen (Palandt/Heinrichs, § 119 Rn. 28). Das hat seinen Grund darin, dass der Gesetzgeber mit der Regelung über Sachmängel in § 434 BGB bereits gewisse Irrtümer über die Sacheigenschaft vertypt hat. Liegt ein Mangel nach § 434 BGB vor, soll dieser ausnahmslos nach den Gewährleistungsvorschriften der §§ 437 ff. BGB behandelt werden, damit nicht dessen spezielle Regelungen (wie z.B. das Recht der zweiten Andienung gem. § 439 BGB oder die kurze Verjährung nach § 438 BGB) unterlaufen werden.
Da der Pkw vorliegend bereits übergeben wurde, kann K sich nicht auf § 119 II BGB berufen.

3. Ergebnis

Da die Anfechtung nicht wirksam ist, liegt ein Kaufvertrag als tatbestandliche Voraussetzung für den Gewährleistungsanspruch aus §§ 437 Nr. 2, 323 I, 346 I BGB vor.
Fraglich ist allerdings, ob ein derartiger Anspruch dem Begehren des K gerecht wird. Ein erfolgreicher Rücktritt nach §§ 437 Nr. 2, 323 BGB würde zur Rückabwicklung gem. § 346 I BGB führen. K könnte folglich den gezahlten Kaufpreis zurückverlangen. Das Ergebnis würde also dem von K formulierten Begehren entsprechen. Jedoch hat K ausdrücklich die Anfechtung erklärt. Diese Erklärung ist einer Auslegung nach §§ 133, 157 BGB insoweit nicht mehr zugänglich, als der eindeutige Wortlaut die Auslegungsgrenze markiert (vgl. Palandt/Heinrichs, § 133 Rn. 14; vgl. auch BGH, NJW 2010, 2503). Eine Auslegung als Rücktrittsbegehren kommt damit nicht in Betracht. Indes muss berücksichtigt werden, dass K juristischer Laie ist und bei der Anfechtungserklärung auch nicht durch einen Rechtsanwalt unterstützt wurde. Daher kann die Erklärung gem. § 140 BGB in ein Rücktrittsbegehren umgedeutet werden. Dies lässt sich auch damit rechtfertigen, dass die Voraussetzungen der §§ 437 ff. BGB tendenziell käuferfreundlich ausgestaltet sind, während der Anspruchsteller bei einer Rückabwicklung nach § 812 BGB (als Folge einer wirksamen Anfechtung) z.B. erhöhte Beweisanstrengungen unternehmen muss.

II. Mangel gem. § 434 BGB
Der Pkw müsste an einem Mangel gem. § 434 BGB leiden.

1. Beschaffenheitsvereinbarung gem. § 434 I 1 BGB
Es könnte ein Mangel nach § 434 I 1 BGB vorliegen, wenn K und B sich über die Beschaffenheit des Pkw geeinigt hätten. Eine solche Vereinbarung könnte darin zu sehen sein, dass G dem K auf Nachfrage zusagte, dass es mit dem Wagen in der Vergangenheit keine Probleme gegeben habe. Bei lebensnaher Auslegung könnte hierin die Aussage zu sehen sein, dass sich der Pkw in einem ordentlichen, mangelfreien Zustand befinde.
Eine Beschaffenheitsvereinbarung nach § 434 I 1 BGB setzt wie ein herkömmlicher Vertrag zwei übereinstimmende Willenserklärungen voraus. Bei seiner Aussage zum Zustand des Pkw hat G aber deutlich gemacht, dass er selbst keine Eindrücke vom Pkw gewinnen konnte. Vielmehr seien „seines Wissens“ nach nie Probleme aufgetreten. Damit bring G zum Ausdruck, dass er keine rechtsverbindliche Auskunft tätigen, sondern allenfalls das Wissen Dritter weitergeben möchte. Die Aussage des G ist daher nicht als Willens-, sondern nur als Wissenserklärung zu werten (vgl. hierzu BGH, NJW 2008, 1517 „lt. Fahrzeugbrief“).
Damit liegt keine Beschaffenheitsvereinbarung vor.

2. Mangel gem. § 434 I 2 Nr. 2 BGB
Ein Mangel nach § 434 I 2 Nr. 2 BGB setzt voraus, dass sich die Sache nicht für die gewöhnliche Verwendung eignet oder eine Beschaffenheit nicht aufweist, die bei Sachen gleicher Art üblich ist und daher vom Käufer erwartet werden kann.
Ob sich das Klappergeräusch im Motor auf die Fahrtauglichkeit, also die gewöhnliche Verwendung des Pkw auswirkt, ist dem Sachverhalt nicht zu entnehmen. Jedoch ist ein solches Geräusch auch bei gebrauchten Pkw unüblich und muss daher vom Käufer nicht erwartet werden. Mithin liegt ein Mangel i.S.d. § 434 I 2 Nr. 2 BGB vor.

III. Bei Gefahrübergang
Der Mangel müsste bereits bei Gefahrübergang, also bei der Übergabe des Pkw an K am 29.12.2010 vorgelegen haben.
Ob das Klappergeräusch schon am 29.12.2010 vorlag, lässt sich dem Sachverhalt nicht entnehmen. Zwar dürfte es nahe liegen, dass das Geräusch bereits am 29.12.2010 vorlag, wenn es jedenfalls wenige Tage später erkennbar wird und K mit dem Fahrzeug zwischenzeitlich sachgemäß umging. Jedoch ist es nicht völlig ausgeschlossen, dass sich der mangelhafte Zustand erst nach der Übergabe entwickelt hat. Zudem bestreitet B mit seinem Schreiben vom 18.01.2011 das Vorliegen des Mangels zum Zeitpunkt der Übergabe. Grundsätzlich müsste K nach der Regelung des § 363 BGB nun beweisen, dass der Mangel bereits am 29.12.2010 vorlag. Allerdings könnte zugunsten des K die Beweislastumkehr des § 476 BGB eingreifen.

1. Anwendbarkeit des § 476 BGB
Die Anwendbarkeit des § 476 BGB setzt voraus, dass es sich bei dem hier vorliegenden Rechtsgeschäft um einen Verbrauchsgüterkauf gem. § 474 I BGB handelt. Das ist der Fall, wenn ein Verbraucher von einem Unternehmer eine bewegliche Sache kauft.

a) Verbrauchereigenschaft des K
K ist gem. § 13 BGB Verbraucher, da er den Kaufvertrag aus rein privaten Gründen, d.h. weder zu einem gewerblichen, noch zu einem selbständigen beruflichen Zweck abschließt.

b) Unternehmereigenschaft der B
B müsste Unternehmerin gem. § 14 BGB sein. Das ist der Fall, wenn sie bei Abschluss des Rechtsgeschäfts in Ausübung ihrer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit handelte.
Grundsätzlich geht B einer gewerblichen und auch selbständigen beruflichen Tätigkeit nach, da sie als GmbH mit Gewinnerzielungsabsicht Druckerzeugnis-

se herstellt und vertreibt. Fraglich ist aber, ob sie auch bei Abschluss des Kaufvertrages mit K als Unternehmerin handelte. Hieran könnten Zweifel bestehen, da es sich bei dem Kaufvertrag über einen Pkw um ein für B branchenfremdes Nebengeschäft handelt, sie also ggf. nicht „in Ausübung ihrer gewerblichen Tätigkeit" handelte. Damit stellt sich die Frage, ob ein Unternehmer seine Unternehmereigenschaft verliert, wenn er ausnahmsweise ein Rechtsgeschäft tätigt, das nicht zum Kern seines Unternehmens zählt.

aa) Vergleich mit § 491 BGB

„[18] Der Bundesgerichtshof hat für den Verbraucherdarlehensvertrag bereits entschieden, dass Darlehensgeber im Sinne des § 491 BGB auch ein Unternehmer sein kann, dessen unternehmerische Tätigkeit sich nicht auf die Kreditvergabe bezieht. Notwendig ist nur, dass er bei Abschluss des Darlehensvertrages in Ausübung seiner gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit handelt. Bei Kaufleuten wie einer GmbH streitet gemäß §§ 343, 344 HGB eine Vermutung für einen unmittelbaren Bezug des Darlehensvertrags zur gewerblichen Tätigkeit des Darlehensgebers (BGH, Urteil vom 9. Dezember 2008 - XI ZR 513/07, BGHZ 179, 126 Rn. 14 ff., 22)."

bb) Keine Widerlegung der Vermutung der §§ 343, 344 HGB

"[19] Für den Verbrauchsgüterkauf gilt nichts anderes. Auch der Verkauf beweglicher Sachen durch eine GmbH an einen Verbraucher gehört im Zweifel zum Betrieb des Handelsgewerbes der GmbH (§ 344 Abs. 1 HGB) und fällt damit, auch soweit es sich um branchenfremde Nebengeschäfte handelt, unter die Bestimmungen der §§ 474 ff. BGB für den Verbrauchsgüterkauf, sofern die gesetzliche Vermutung des § 344 Abs. 1 HGB nicht widerlegt ist. Die Anwendung der §§ 343, 344 HGB bei der Prüfung, ob bei Kaufleuten ein Unternehmergeschäft im Sinne der §§ 14, 474 BGB vorliegt, entspricht nicht nur der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Verbraucherdarlehensvertrag, sondern auch der ganz einhelligen Auffassung im Schrifttum (MünchKommBGB/Micklitz, 5. Aufl., § 14 Rn. 16 ff.; Soergel/Pfeiffer, BGB, 13. Aufl., § 13 Rn. 36, § 14 Rn. 10; Soergel/Wertenbruch, aaO, § 474 Rn. 23 und 34 mit einer - hier nicht einschlägigen - Einschränkung; Staudinger/Habermann, BGB, Neubearb. 2004, § 14 Rn. 35; Staudinger/Matusche-Beckmann, BGB, Neubearb. 2004, § 474 Rn. 15; Bamberger/Roth/Schmidt-Räntsch, BGB, 2. Aufl., § 14 Rn. 8; Palandt/Heinrichs, BGB, 70. Aufl., § 14 Rn. 2; Erman/Saenger, BGB, 12. Aufl., § 14 Rn. 8 ff., 11)."

cc) Keine generelle Beschränkung der §§ 474 ff. BGB auf professionelle Verkäufer

"[20] Die von der Revision für den Verkauf von Gebrauchtfahrzeugen durch eine Handelsgesellschaft geforderte Beschränkung des Anwendungsbereichs der §§ 474 ff. BGB auf professionelle Verkäufer, das heißt den engeren Kreis gewerblicher Kraftfahrzeughändler, ist abzulehnen (ebenso MünchKommBGB/S. Lorenz, aaO, § 474 Rn. 21; Bamberger/Roth/Faust, aaO, § 474 Rn. 12 aE; aA Brüggemeier, WM 2002, 1376, 1385). Sie findet in der gesetzlichen Regelung keine Stütze und liefe auch dem weiten Schutzzweck der §§ 474 ff. BGB zuwider, bei denen es auf die Schutzbedürftigkeit des Käufers und nicht auf die des Verkäufers ankommt (vgl. BGH, Urteil vom 9. Dezember 2008 - XI ZR 513/07, aaO Rn. 18 f. zum Verbraucherdarlehensvertrag)."

cc) Ergebnis: B handelte als Unternehmerin

"[21] Das Berufungsgericht ist auf dieser Grundlage rechtsfehlerfrei zu dem Ergebnis gelangt, dass die Beklagte beim Abschluss des Kaufvertrags vom 29. Dezember 2006 als Unternehmer im Sinne der §§ 14, 474 BGB gehandelt hat. Feststellungen, aufgrund derer die Vermutung des § 344 Abs. 1 HGB als widerlegt anzusehen wäre, hat das Berufungsgericht nicht getroffen. Dagegen bringt die Revision nichts vor. Es kann dahingestellt bleiben, ob Verkaufsgeschäfte einer GmbH überhaupt außerhalb der gewerblichen Tätigkeit der ein Handelsgewerbe betreibenden GmbH liegen können. Die Revision jedenfalls vermag keinen vom Berufungsgericht etwa übergangenen Sachvortrag aufzuzeigen, aufgrund dessen der Verkauf des Kraftfahrzeugs an die Klägerin - entgegen der Vermutung des § 344 Abs. 1 HGB - nicht zum Betrieb des Handelsgewerbes der Beklagten gehören sollte."

c) Bewegliche Sache

Bei dem Pkw handelt es sich um eine bewegliche Sache.

Damit liegt ein Verbrauchsgüterkauf gem. § 474 I BGB vor und § 476 BGB ist anwendbar.

2. Voraussetzungen des § 476 BGB

Der Mangel zeigte sich innerhalb von sechs Monaten seit Gefahrübergang. Die Anwendbarkeit des § 476 BGB ist auch nicht wegen der Art der Sache oder der Art des Mangels ausgeschlossen. Zwar ist es bei einem gebrauchten Pkw nicht sachgerecht, jede Mangelerscheinung (z.B. Verschleiß- oder Ermüdungserscheinung, vlg. BeckOK/Faust, § 476 BGB Rn. 20 m.w.N.) mittels § 476 BGB dem Gefahrenbereich des Verkäufers zuzuschreiben. Doch handelt es sich bei dem Klappergeräusch im Motor um einen Mangel, der nicht alleine auf das Alter des Pkw zurückgeführt werden kann.

Folglich ist gem. § 476 BGB zu vermuten, dass der Mangel bereits am 29.12.2010 vorlag.

[Anm.: Die Reichweite des § 476 BGB ist allerdings zwischen Literatur und Rechtsprechung umstritten. Die Rechtsprechung nimmt an, dass das bloße Auftreten des Mangels innerhalb der 6-Monatsfrist noch nicht genügt, um die Rechtsfolgen des § 476 BGB auszulösen, wenn die Sache bei Gefahrübergang noch funktionierte. Vielmehr bleibe der Käufer weiterhin beweisbelastet hinsichtlich eines sog. Grundmangels. Nach der Rechtsprechung wirkt § 476 BGB damit in rein zeitlicher Hinsicht (vgl. BeckOK/Faust, § 476 BGB Rn. 8 ff.). Diese Ansicht ist abzulehnen, da sie den Schutzzweck des § 476 BGB verkehrt und mit der zugrundeliegenden Regelung des Art. 5 III der Richtlinie 1999/44/EG nicht vereinbar ist (vgl. MünchKommBGB/Lorenz, § 476 Rn. 4 m.w.N.).
Diese Streitigkeit stellt einen „Klassiker" dar, der in Examensklausuren erwartet werden kann. Hier wird allein aus Gründen der Übersichtlichkeit der herrschenden Literaturansicht gefolgt.].

3. Ergebnis
Zugunsten des K greift die Beweislastumkehr des § 476 BGB. Demnach wird vermutet, dass der Mangel bereits am 29.12.2010 vorlag. B hat auch keine Umstände vorgetragen, die diese Vermutung widerlegen könnten.

IV. Weitere Voraussetzungen des § 323 I BGB
Es müssten die Voraussetzungen des Rücktritts nach § 323 I BGB erfüllt sein. Dem steht der umfassende Gewährleistungsausschluss nicht entgegen. Wie gezeigt, liegt ein Verbrauchsgüterkauf gem. § 474 I BGB vor. Damit sind insbesondere Regelungen, die die Käuferrechte aus §§ 437 ff. BGB ausschließen oder beschränken gem. § 475 I 1 BGB unwirksam.

1. Nicht (wie geschuldet) erbrachte Leistung
B müsste eine fällige, noch mögliche Leistung nicht oder nicht wie geschuldet erbracht haben.
Nach dem Gefahrübergang bezieht sich der Leistungsbegriff des § 323 BGB regelmäßig auf die Nacherfüllung gem. § 439 BGB, so dass der B vorgeworfen werden könnte, die Nacherfüllung nicht erbracht zu haben. K hat die Nacherfüllung jedoch nie begehrt, sondern von Anfang an auf die Rückabwicklung des Vertrages gedrängt. Als Bezugspunkt für die Leistung i.S.d. § 323 BGB scheidet die Nacherfüllung daher aus. Dennoch hat B eine Leistung nicht wie geschuldet erbracht, indem er eine mangelhafte Sache übergab und damit gegen seine Pflicht aus § 433 I 2 BGB verstieß.

2. Fristsetzung
K müsste der B eine angemessene Nachfrist gesetzt haben. Dies ist nicht passiert; vielmehr begehrte K ohne Weiteres die Rückzahlung des Kaufpreises. Fraglich ist, ob die Nachfristsetzung entbehrlich ist.

a) Entbehrlichkeit gem. § 323 II BGB
Die Fristsetzung könnte gem. § 323 II Nr. 1 BGB entbehrlich sein, wenn B die Nacherfüllung ernsthaft und endgültig verweigerte.

aa) Telefonat der Parteien im Januar 2010
"[26] Hinsichtlich des Telefonats, das die Parteien Anfang Januar (…) geführt haben, bevor der Zedent mit Schreiben vom 10. Januar 2007 die Anfechtung des Kaufvertrags wegen arglistiger Täuschung erklärte, hat das Berufungsgericht offen gelassen, ob der Geschäftsführer der Beklagten eine Nacherfüllung abgelehnt hat. Aus dem insoweit unstreitigen Sachverhalt ergibt sich, dass die Beklagte in diesem Telefonat eine Nacherfüllung nicht verweigert hat. Für die Annahme einer ernsthaften und endgültigen Erfüllungsverweigerung reicht es nicht aus, dass der Geschäftsführer der Beklagten in diesem Telefonat - von sich aus - angeboten hat, sich aus Kulanz an den Kosten einer etwaigen Mangelbeseitigung beteiligen zu wollen. In diesem Angebot ist schon deshalb keine Verweigerung der Nacherfüllung zu sehen, weil der Zedent den Geschäftsführer der Beklagten in diesem Telefonat nicht aufgefordert hat, den beanstandeten Mangel zu beseitigen, sondern stattdessen Rückabwicklung des Vertrages verlangt hat. Letzteres hat die Beklagte mit Recht abgelehnt. Denn dem Zedenten stand ein Rücktrittsrecht im Zeitpunkt des Telefonats aufgrund des Vorrangs der Nacherfüllung nicht zu."

bb) Schreiben der B vom 18.01.2011
„[27] Zu Unrecht hat das Berufungsgericht aus dem Schreiben der Beklagten vom 18. Januar (...) eine ernsthafte und endgültige Erfüllungsverweigerung hergeleitet. Dass die Beklagte in diesem Schreiben den Mangel bestritt, reicht, wie ausgeführt, nicht aus, um eine ernsthafte und endgültige Erfüllungsverweigerung anzunehmen, zumal die Beklagte auch in dem vorangegangenen Anfechtungsschreiben des Zedenten nicht zur Mangelbeseitigung aufgefordert worden war. Eine Verweigerung der Nacherfüllung liegt auch nicht darin, dass die Beklagte in ihrem Schreiben - ebenso wie in dem vorangegangenen Telefonat - eine Rückabwicklung des Vertrages ablehnte. Denn dazu war sie weiterhin berechtigt, weil dem Zedenten auch zu diesem Zeitpunkt ein Recht zum Rücktritt vom Vertrag nicht zustand."

cc) wegen Unwirksamkeit eines Haftungsausschlusses gem. § 475 I 1 BGB
Fraglich könnte allerdings sein, ob die Unwirksamkeit des Haftungsausschlusses gem. § 475 I 1 BGB (siehe schon oben) den Käufer von der Nachfristsetzung freistellt. Dies ließe sich mit folgender Überlegung recht-

fertigen: Durch die Klausel wird die Haltung der B ausgedrückt, für das verkaufte Fahrzeug generell keine Gewährleistung erbringen zu wollen. Dies könnte einer vorweggenommenen Verweigerung i.S.d. § 323 II Nr. 1 BGB entsprechen. Wie gezeigt, ist die Klausel jedoch gem. § 475 I 1 BGB unwirksam, so dass grundsätzlich auch die in ihr zum Ausdruck kommende Verweigerungshaltung gegenstandslos ist. Die Klausel könnte jedoch auch als allgemeine Geschäftsbedingung gem. §§ 305 ff. BGB einzuordnen sein. Bei AGB gilt der Grundsatz, dass der Verwender sich auf die Unwirksamkeit der Klausel nicht berufen darf:

„[30] Es kann dahingestellt bleiben, ob der Gewährleistungsausschluss im vorliegenden Fall individualvertraglich vereinbart wurde oder ob es sich um eine von der Beklagten gestellte Allgemeine Geschäftsbedingung handelt. § 475 Abs. 1 BGB differenziert nicht zwischen Individualvereinbarungen und Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Die Vereinbarung eines Gewährleistungsausschlusses beim Verbrauchsgüterkauf zieht in beiden Fällen nur die Rechtsfolge nach sich, dass sich der Unternehmer gegenüber dem Verbraucher auf den Gewährleistungsausschluss nicht berufen kann (§ 475 Abs. 1 BGB), führt aber nicht ohne Weiteres dazu, dass der Verbraucher mindern, zurücktreten oder Schadensersatz statt der Leistung verlangen könnte, ohne dem Verkäufer zuvor Gelegenheit zur Nacherfüllung gegeben zu haben. Eine so weitgehende Rechtsfolge lässt sich aus der gesetzlichen Regelung nicht ableiten. § 475 Abs. 1 BGB macht zwar den Weg dafür frei, dass der Verbraucher die ihm wegen eines Mangels gesetzlich zustehenden Rechte geltend machen kann, entbindet den Verbraucher aber nicht davon, die gesetzlichen Voraussetzungen dieser Rechte zu erfüllen.

[31] Die Grundsätze des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen rechtfertigen keine andere Beurteilung. Die Sanktion für die Verwendung unwirksamer Formularklauseln besteht darin, dass sich der Verwender mit der für ihn ungünstigeren Regelung des dispositiven Gesetzesrechts begnügen muss, die der ersatzlose Wegfall der unzulässigen Klausel zur Folge hat, geht aber nicht so weit, dass dem Verwender die Berufung auf das dispositive Gesetzesrecht verwehrt wäre (Senatsurteil vom 24. März 2010 - VIII ZR 177/09, BGHZ 185, 114 Rn. 23). Die Beklagte ist deshalb auch dann, wenn es sich bei dem vereinbarten Gewährleistungsausschluss um eine Formularklausel handeln sollte, nicht daran gehindert, sich darauf zu berufen, dass der Kläger dem gesetzlichen Erfordernis einer Fristsetzung zur Nacherfüllung nicht nachgekommen ist. Ob es einer Fristsetzung zur Nacherfüllung als Voraussetzung für einen Rücktritt vom Kaufvertrag ausnahmsweise nicht bedarf, ist nicht aus dem Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen herzuleiten, sondern richtet sich nach den Bestimmungen in § 323 Abs. 2 und § 440 BGB, in denen die Voraussetzungen, unter denen eine Fristsetzung zur Nacherfüllung für einen Rücktritt vom Kaufvertrag ausnahmsweise entbehrlich ist, abschließend geregelt sind."

c) Gem. § 440 BGB

Die Nachfristsetzung war auch nicht wegen § 440 BGB entbehrlich, da die Nacherfüllung weder von B verweigert, noch fehlgeschlagen, noch dem K unzumutbar war.

V. Ergebnis

Mangels Fristsetzung steht dem K kein Anspruch aus §§ 437 Nr. 2, 323 I, 346 I BGB gegen B zu.

B. Anspruch des K aus § 812 I 2 Var. 1 BGB

Auch ein Anspruch aus § 812 I 2 Var. 1 BGB auf Rückzahlung des Kaufpreises steht dem K nicht zu, da er den Kaufvertrag gem. § 433 BGB nicht wirksam angefochten hat. Folglich besteht nach wie vor ein Rechtsgrund für die Vermögensverschiebung. Außerdem verdrängen §§ 437 ff. BGB ab dem Zeitpunkt des Gefahrübergangs auch die bereicherungsrechtlichen Rückabwicklungsregelungen. Auch hier ergäben sich nämlich Wertungswidersprüche, bspw. im Bereich der Verjährung.

Standort: § 244 I Nr. 1a StGB Problem: Berufswaffenträger

OLG NAUMBURG, URTEIL VOM 19.05.2011
1 SS 10/11 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Bei den Angeklagten handelte es sich um zwei Polizisten, die zur Sicherung einer Unfallstelle eingesetzt waren und dort Waschmittel im Wert von mehreren hundert Euro, die von dem verunfallten Laster gefallen waren, in ihren Dienstwagen luden, ums sie selbst zu verbrauchen. Da sie im Dienst waren, trugen die Angeklagten im Tatzeitpunkt auch ihre schussbereiten Dienstwaffen bei sich.

Das Amtsgericht hatte die Angeklagten wegen mittäterschaftlichen Diebstahls mit Waffen, §§ 242 I, 244 I Nr. 1a, 25 II StGB, verurteilt. Auf die Berufung der Angeklagten hin hatte das Landgericht Dessau-Roßlau das Urteil des AG aufgehoben und die Angeklagten nur wegen des Grunddelikts des einfachen Diebstahls in Mittäterschaft, §§ 242 I, 25 II StGB, verurteilt. Den Angeklagten könne nämlich das für die Qualifikation erforderliche Bewusstsein, ihre Dienstwaffen gebrauchsbereit bei sich zu führen, nicht nachgewiesen werden. Nunmehr hob das Oberlandesgericht Naumburg auf die Revision der Staatsanwaltschaft hin das Berufungsurteil auf, da nach Auffassung des OLG keine Anhaltspunkte dafür zu sehen seien, dass das entsprechende Bewusstsein bei den Angeklagten fehle.

Prüfungsrelevanz:

Vermögensdelikte, und hier gerade der Diebstahl mit den entsprechenden Qualifikationstatbeständen, §§ 242 I; 244 I; 244a StGB, sind besonders häufig Gegenstand von Prüfungsaufgaben in beiden Examen. Gerade der Qualifikationstatbestand des Diebstahls mit Waffen, § 244 I Nr. 1a StGB, ist hier immer wieder zu diskutieren. In der letzten Zeit war i.R.v. § 244 I Nr. 1a StGB häufiger das Problem zu diskutieren, wie der Begriff des "anderen gefährlichen Werkzeugs" im Sinne dieser Norm zu definieren ist (vgl. hierzu die Darstellung im Skript StrafR BT I, Rn. 126). Aber auch das im vorliegenden Fall relevante Problem der Anwendung dieses Qualifikationstatbestandes auf Berufswaffenträger wird nicht nur - wie die vorliegende Entscheidung zeigt - von der Rechtsprechung immer wieder problematisiert, sondern auch zum Gegenstand von Klausurproblemen, Vorträgen oder Prüfungsgesprächen in beiden Examen gemacht. Dieselbe Problemstellung kann auch im Rahmen der Qualifikation gem. § 250 I Nr. 1a StGB - die § 244 I Nr. 1a StGB vom Wortlaut her entspricht - anzusprechen sein.

Gem. § 244 I Nr. 1a StGB stellt es einen qualifizierten Fall des Diebstahls dar, wenn der Täter bei der Tat "eine Waffe oder ein anderes gefährliches Werkzeug bei sich führt". Während der Wortlaut keine Anhaltspunkte dafür bietet, dass dieser Tatbestand in bestimmten Fällen eine Einschränkung erfahren sollte, geht eine Mindermeinung dennoch davon aus, dass der Qualifikationstatbestand bei Berufswaffenträgern teleologisch zu reduzieren sei und diese deshalb aus dem Anwendungsbereich der Norm ausgenommen werden müssten (Haft, JuS 1988, 364, 369; Lenckner, JR 1982, 424, 427; Scholderer, StV 1988, 429, 431). Die herrschende Meinung, insb. die Rechtsprechung, lehnt diese Reduktion zwar ab, betont jedoch, dass u.U. der subjektive Tatbestand der Qualifikation bei Berufswaffenträgern problematisch sei, das es sich bei diesen nicht von selbst verstehe, dass sie auch das für § 244 I Nr. 1a StGB erforderliche Bewusstsein hätten, die Waffe bei sich zu führen (BVerfG, NStZ 1995, 76; BGH, NJW 1981, 117; OLG Hamm, NStZ 2007, 473, 474; Schönke/Schröder-Eser/Bosch, § 244 Rn. 6; Fischer, § 244 Rn. 12; Geppert, JURA 1992, 496, 498) (vgl. zu diesem Problem auch die Darstellung im Skript StrafR BT I, Rn. 105).

In der vorliegenden Entscheidung folgt das OLG Naumburg der herrschenden Meinung, stellt jedoch klar, dass das erforderliche Bewusstsein des Beisichführens auch bei Berufswaffenträgern grundsätzlich kein Problem darstelle, sondern vielmehr besondere Umstände - etwa eine außergewöhnliche Vergesslichkeit des Täters oder dessen Belastung mit privaten Problemen - vorliegen müssten, damit ernsthafte Zweifel an diesem Bewusstsein angezeigt seien.

Vertiefungshinweise:

❑ Zur Anwendbarkeit von § 244 I Nr. 1a StGB auf Berufswaffenträger: *BVerfG*, NStZ 1995, 76; *OLG Hamm*, NStZ 2007, 473; *Geppert*, JURA 1992, 496; *Otto*, JURA 1989, 202; *Schroth*, NJW 1998, 2865

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs*: "Der Elektromeister"

Leitsätze:

1. Das Bewusstsein, ein gefährliches Werkzeug i. S. d. § 244 Abs. 1 Nr. 1 a) StGB bei sich zu führen, liegt bei Schusswaffen nahe. Dies gilt im besonderen bei berufsmäßigen Waffenträgern, die im Hinblick auf die von ihnen zu führenden Waffen und den von diesen ausgehenden Gefahren nicht nur

geschult werden, sondern die durch die ihnen im Zusammenhang mit dem Führen einer Dienstwaffe durch Dienstanweisungen auferlegten Pflichten gedanklich ständig mit der Dienstwaffe befasst sind. Es ist daher bei ihnen davon auszugehen, dass ihnen im Dienst das Mitführen ihrer Dienstwaffe permanent bewusst ist.
2. Allerdings können sich im Einzelfall auch bei berufsmäßigen Waffenträgern Zweifel am notwendigen Bewusstsein, eine Waffe bei sich zu führen, ergeben. Hierzu bedarf es aber besonderer Umstände, die durch das Tatgericht festzustellen sind.

Sachverhalt:
Am 30. Juni 2008 ereignete sich gegen 18.00 Uhr auf der Bundesautobahn 9 in Höhe Kilometer 84 in Fahrtrichtung München ein Verkehrsunfall, an dem unter anderem ein mit Waschmitteln und Reinigungsprodukten beladener Lastkraftwagen beteiligt war.
Die ab 22.00 Uhr als Polizeibeamte zur Sicherung der Unfallstelle eingesetzten A und B beluden anlässlich ihres Einsatzes, einvernehmlich handelnd und die Handlungen des jeweils anderen billigend, noch an der Unfallstelle, aber auch noch nach der Verbringung des Aufliegers auf den Hof des Bergeunternehmens, den Kofferraum ihres Dienstwagens mit aus dem Unfallereignis herrührenden Reinigungs- und Waschmittelprodukten im Warenwert von 677,00 Euro, um diese für sich bzw. ihre Kollegen zu verwenden.
Während ihres routinemäßigen, ohne besondere Vorkommnisse verlaufenden Einsatzes trugen die nicht als besonders vergesslich geltenden und nicht durch besondere persönliche Umstände belasteten A und B gemäß der für sie geltenden Dienstanweisung ihre geladenen und schussbereiten Dienstwaffen - Pistolen des Typs Sig Sauer P 225 - im Halfter bei sich.

Haben A und B sich nach dem StGB strafbar gemacht?

Lösung:

A. Strafbarkeit gem. §§ 242 I, 244 I Nr. 1a, 25 II StGB
Dadurch, dass sie die Waschmittel in den Kofferraum ihres Dienstwagens luden, könnten A und B sich wegen mittäterschaftlichen Diebstahls mit Waffen gem. §§ 242 I, 244 I Nr. 1a, 25 II StGB strafbar gemacht haben.

I. Tatbestand

1. Grunddelikt: §§ 242 I, 25 II StGB
A und B müssten zunächst den Tatbestand des Grunddelikts, des mittäterschaftlichen Diebstahls gem. §§ 242 I, 25 II StGB, verwirklicht haben.

a. Fremde bewegliche Sache
Bei den von A und B erbeuteten Waschmitteln müsste es sich um taugliche Tatobjekte für einen Diebstahl handeln, also um fremde bewegliche Sachen.
Sache i.S.v. § 242 I StGB ist jeder körperliche Gegenstand (Schönke/Schröder-Eser/Bosch, § 242 Rn. 9). Beweglich ist eine Sache, wenn sie tatsächlich fortgeschafft werden kann (Schönke/Schröder-Eser/Bosch, § 242 Rn. 11; Krey/Hellmann, BT II, Rn. 2). Fremd ist die Sache, wenn sie zumindest auch im Eigentum eines anderen steht (Fischer, § 242 Rn. 5).
Waschmittel sind körperliche Gegenstände, die auch tatsächlich fortgeschafft werden konnten. Da die Waschmittel auch im Eigentum des Transportunternehmens oder des Auftraggebers derjenigen Spedition standen, zu der der verunfallte Lkw gehörte, waren sie für A und B auch fremd.
Die Waschmittel sind also fremde bewegliche Sachen.

b. Wegnahme
A und B müssten die Waschmittel auch weggenommen haben.
Eine Wegnahme i.S.v. § 242 I StGB setzt den Bruch fremden und die Begründung neuen, nicht notwendig tätereigenen, Gewahrsams voraus (Fischer, § 242 Rn. 16; Schönke/Schröder-Eser/Bosch, § 242 Rn. 22).

aa. Bestehen fremden Gewahrsams
Ursprünglich müsste also fremder Gewahrsam an den Waschmitteln bestanden haben.
Gewahrsam ist die tatsächliche Sachherrschaft eines Menschen über eine Sache, getragen von einem natürlichen Herrschaftswillen, wobei das Vorliegen dieser Elemente nach der Verkehrsanschauung zu bestimmen ist (Joecks, § 242 Rn. 12 ff.; Schönke/Schröder-Eser/Bosch, § 242 Rn. 23).
Bei einer Transportfahrt wie im vorliegenden Fall hat jedenfalls der Fahrer die tatsächliche Sachherrschaft über die transprotierten Waren und auch einen entsprechenden Herrschaftswillen, sodass dieser nach der Verkehrsanschauung Gewahrsam hat (OLG Karlsruhe, wistra 2003, 36; Fischer, § 242 Rn. 14; Schönke/Schröder-Eser/Bosch, § 242 Rn. 33). Da auch nicht ersichtlich ist, dass der Fahrer durch den Unfall den Gewahrsam an den Waschmitteln verloren hätte, bestand im Zeitpunkt des Mitnehmens der Waschmittel immer noch Gewahrsam des Fahrers an diesen, für A und B mithin fremder Gewahrsam.

bb. Begründung neuen Gewahrsams
A und B müssten auch neuen Gewahrsam an den Waschmitteln begründet haben.
Neuen Gewahrsam hat der Täter dann begründet, wenn er die Sachherrschaft derart erlangt hat, dass er sie ohne Behinderung durch den früheren Gewahrsamsinhaber ausüben und dieser seinerseits ohne Beseiti-

gung der Sachherrschaft des Täters nicht mehr über die Sache verfügen kann (BayObLG, NJW 1995, 3000, 3001; Schönke/Schröder-Eser/Bosch, § 242 Rn. 38).
Nachdem sie die Waschmittel in den Kofferraum ihres Dienstwagens gelegt hatten, konnten A und B problemlos ihre Sachherrschaft ausüben, während der frühere Gewahrsamsinhaber (der Fahrer des Lkw) nicht mehr auf die Waschmittel zugreifen konnte. A und B haben also neuen Gewahrsam begründet.

cc. Gewahrsamsbruch
Die von A und B vorgenommene Gewahrsamsverschiebung (s.o.) müsste auch einen Gewahrsamsbruch darstellen.
Fremder Gewahrsam wird gebrochen, wenn die Gewahrsamsverschiebung gegen oder ohne den Willen des bisherigen Gewahrsamsinhabers erfolgt (Joacks, § 242 Rn. 10; Lackner/Kühl, § 242 Rn. 14).
Da der Lkw-Fahrer nicht damit einverstanden war, dass A und B die Waschmittel in ihr Dienstfahrzeug luden, haben diese die Gewahrsamsverschiebung ohne dessen Willen vorgenommen und somit seinen Gewahrsam gebrochen.

A und B haben also die Waschmittel weggenommen.

c. Mittäterschaft, § 25 II StGB
A und B müssten den Diebstahl auch als Mittäter, also gemeinschaftlich i.S.v. § 25 II StGB, begangen haben.
Mittäterschaft setzt unstreitig ein arbeitsteiliges Zusammenwirken aufgrund eines gemeinsamen Tatentschlusses voraus. Streitig ist jedoch, wie die Mittäterschaft von der Teilnahme abzugrenzen ist. Nach herrschender Literatur kann Täter nur derjenige sein, der die Tatherrschaft nebst einem entsprechenden Bewusstsein innehat, also eine Zentralfigur des Geschehens darstellt (sog. Tatherrschaftslehre; Rönnau, JuS 2007, 514; Zöller, JURA 2007, 305, 311). Nach der Rechtsprechung reicht für eine Täterschaft grundsätzlich jeder Beitrag aus, sofern er mit Täterwillen geleistet wird, wobei dessen Vorliegen anhand bestimmter Indizien zu prüfen ist, insb. Grad des eigenen Interesses am Taterfolg, Umfang der Tatbeteiligung, Tatherrschaft und Tatherrschaftswille (sog. modifizierte Animus-Theorie; BGHSt 45, 270, 296; BGH, NStZ 2006, 94).
A und B hatten sich gemeinsam zur Wegnahme der Waschmittel entschlossen und haben bei dieser auch arbeitsteilig zusammengewirkt. Dabei hatten A und B auch beiden Tatherrschaft, was sich insb. daraus ergibt, dass beide die Tathandlung des § 242 I StGB, die Wegnahme, selbst vorgenommen haben. Da sie die weggenommenen Waschmittel für sich selbst nutzen wollten, hatten sie auch ein erhebliches Interesse am Taterfolg, was in Verbindung mit der bestehenden Tatherrschaft deutlich macht, dass sie auch mit Täterwillen handelten. Nach beiden Meinungen ist somit ein mittäterschaftlicher Diebstahl gegeben.

d. Vorsatz
A und B handelten auch vorsätzlich.

e. Absicht rechtswidriger Zueignung
A und B müssten auch in der Absicht gehandelt haben, die Waschmittel sich oder einem Dritten rechtswidrig zuzueignen.

aa. Zueignungsabsicht
A und B müssten zunächst mit Zueignungsansicht, d.h. mit Aneignungsabsicht und Enteignungswillen, gehandelt haben.
Aneignungsabsicht ist die Absicht, die Sache oder den in ihr verkörperten Sachwert wenigstens vorübergehend dem eigenen Vermögen oder dem Vermögen eines Dritten einzuverleiben (BGHSt 35, 152, 156; Wessels/Hillenkamp, BT 2, Rn. 136). Enteignungswille ist der Wille, den Berechtigten auf Dauer aus der Eigentümerposition zu verdrängen, d.h. ihm die Sache selbst oder den in ihr verkörperten Sachwert auf Dauer zu entziehen (Schönke/Schröder-Eser/Bosch, § 242 Rn. 47; Krey/Hellmann, BT 2, Rn. 56).
A und B hatten die Absicht, zumindest einen Teil der Waschmittel selbst zu nutzen, also ihrem Vermögen einzuverleiben. Da sie auch nicht den Willen hatten, dem Berechtigten die Waschmittel zurückzugeben, wollten sie diesen auch auf Dauer aus der Eigentümerposition verdrängen. A und B haben also mit Zueignungsabsicht gehandelt.

bb. Rechtswidrigkeit der beabsichtigten Zueignung
Die von A und B beabsichtigte Zueignung müsste auch rechtswidrig sein.
Rechtswidrig ist die beabsichtigte Zueignung, wenn der Täter keinen fälligen und durchsetzbaren Anspruch auf Übereignung der weggenommenen Sache hat (Schönke/Schröder-Eser/Bosch, § 242 Rn. 59; Krey/Hellmann, BT 2, Rn. 92).
Da A und B keinen Anspruch auf Übereignung der Waschmittel hatten, war die von ihnen beabsichtigte Zueignung auch rechtswidrig.

cc. Vorsatz bzgl. Rechtswidrigkeit der beabsichtigten Zueignung
A und B wussten, dass sie keinen Anspruch auf Übereignung der Waschmittel hatten, sodass sie auch mit Vorsatz bzgl. der Rechtswidrigkeit der beabsichtigten Zueignung gehandelt haben.

A und B haben somit den Tatbestand des mittäterschaftlichen Diebstahls, §§ 242 I, 25 II StGB, erfüllt.

2. Qualifikation: § 244 I Nr. 1a StGB

A und B könnten auch den Qualifikationstatbestand des § 244 I Nr. 1a StGB verwirklicht haben. Dann müssten sie bei der Begehung der Tat eine Waffe oder ein anderes gefährliches Werkzeug bei sich geführt haben.

a. Beisichführen einer Waffe bei der Tat

A und B müssten bei der Tat eine Waffe bei sich geführt haben.

Waffe i.S.v. § 244 I Nr. 1a StGB ist jeder bewegliche Gegenstand, der dazu bestimmt ist, als Angriffs- oder Verteidigungsmittel gegen Menschen eingesetzt zu werden und so erhebliche Verletzungen zuzufügen (sog. "Waffe im technischen Sinne"; BGH, NJW 2003, 1677, 1678; Schönke/Schröder-Eser/Bosch, § 244 Rn. 3). Die schussbereiten Dienstwaffen von A und B sind dazu bestimmt, Menschen erheblich zu verletzen und stellen deshalb Waffen i.S.v. § 244 I Nr. 1a StGB dar.

A und B müssten diese Waffen auch bei sich geführt haben.

Der Täter führt eine Waffe bei sich, wenn sich diese in Griffweite befindet oder er sich ihrer jederzeit ohne nennenswerten Zeitaufwand bedienen kann (BGH, NStZ 1997, 137; Fischer, § 244 Rn. 27). A und B trugen die Waffen direkt am Körper, führten sie also bei sich.

b. Teleologische Reduktion von § 244 I Nr. 1a StGB bei Berufswaffenträgern

Allerdings handelt es sich bei A und B um Polizisten, die im Tatzeitpunkt auch im Dienst und deshalb dienstrechtlich dazu verpflichtet waren, ihre Dienstwaffen bei sich zu führen. Fraglich ist, ob die Qualifikation gem. § 244 I Nr. 1a StGB auch dann Anwendung finden kann, wenn der Täter dienstlich oder anderweitig beruflich dazu verpflichtet ist, eine Waffe bei sich zu führen.

aa. Mindermeinung

Eine Mindermeinung will den Tatbestand des § 244 I Nr. 1a StGB in der Weise teleologisch reduzieren, dass dieser bei Berufswaffenträgern keine Anwendung finden soll (Haft, JuS 1988, 364, 369; Lenckner, JR 1982, 424, 427; Scholderer, StV 1988, 429, 431).

Da A und B beruflich zum Tragen der Waffen verpflichtet waren, wäre die Qualifikation gem. § 244 I Nr. 1a StGB nach dieser Auffassung bei diesen somit nicht anwendbar und A und B hätten bereits den Tatbestand nicht verwirklicht.

bb. Herrschende Meinung

Nach herrschender Meinung, insb. der Rechtsprechung, findet § 244 I Nr. 1a StGB auch auf Berufswaffenträger Anwendung; allenfalls seien besondere Anforderungen an das Bewusstsein des Beisichführens, also den entsprechenden Vorsatz, zu stellen (BVerfG, NStZ 1995, 76; BGH, NJW 1981, 117; OLG Hamm, NStZ 2007, 473, 474; Schönke/Schröder-Eser/Bosch, § 244 Rn. 6; Fischer, § 244 Rn. 12).

Dieser Rechtsprechung folgt auch das OLG Naumburg im vorliegenden Urteil: "Für berufsmäßige Waffenträger, die während ihres Dienstes einen Diebstahl begehen, ergibt sich aus § 244 Abs. 1 Nr. 1a StGB keine Einschränkung. Zwar führt der Täter hier die Waffe in Erfüllung einer Dienstpflicht; er ist dadurch aber nicht weniger gefährlich als ein anderer Täter, der eine Waffe bei sich führt (vgl. Fischer, StGB § 244 Rdn. 12 m.w.N.)."

Nach dieser Auffassung steht es also der Verwirklichung des objektiven Tatbestandes des § 244 I Nr. 1a StGB nicht entgegen, dass A und B dienstlich zum Tragen der Waffen verpflichtet waren.

cc. Stellungnahme

Die Mindermeinung stützt sich auf die Überlegung, dass die die erhöhte abstrakte Gefährlichkeit, die sich daraus ergibt, dass ein Dieb eine Waffe bei sich führt und die den Grund für die qualifizierte Strafe des § 244 I Nr. 1a StGB darstellt, nicht gegeben sei, wenn der Täter die Waffe nicht aus deliktischen, sondern aus dienstlichen oder anderweitigen beruflichen Gründen bei sich führe. Gerade bei einem Polizisten sei es praktisch ausgeschlossen, dass dieser - selbst wenn er bei einem Diebstahl betroffen werde - von seiner Dienstwaffe Gebrauch mache, um seine Beute zu sichern oder der Festnahme zu entgehen, was aber gerade der Strafgrund des Qualifikationstatbestandes sei. Außerdem begegne die Auslegung der herrschenden Meinung verfassungsrechtlichen Bedenken, da für § 244 StGB - anders als z.B. bei § 250 StGB - kein minder schwerer Fall vorgesehen sei, über den der geringeren Verwerflichkeit des Beisichführens einer Dienstwaffe bei Berufswaffenträgern Rechnung getragen werden könnte. Die herrschende Meinung betont hingegen, dass derjenige Täter, der die Waffe aus dienstlichen Gründen bei sich führe, nicht allein deshalb weniger gefährlich sei als derjenige, der dies aus deliktischen Motiven tue. Immerhin sei ein Berufswaffenträger in der Regel auch an der Waffe ausgebildet, sodass er diese besonders effektiv einzusetzen verstehe. Auch habe er im Falle einer Entdeckung der Tat nicht nur mit strafrechtlichen, sondern auch mit beruflichen Konsequenzen zu rechnen, sodass er mehr zu verlieren habe und deshalb eher zum Einsatz der Waffe geneigt sei. Dass ein Berufswaffenträger u.U. bei der Begehung des Diebstahls nicht die Absicht habe, die Waffe zu verwenden, könne ihn nicht entlasten, da § 244a I Nr. 1 a StGB - anders als § 244 I Nr. 1b StGB - eine Verwendungsabsicht auch nicht voraussetze. Schließlich sei bei einem Vergehen wie §

244a StGB - anders als bei einem schweren Verbrechen wie § 250 StGB - auch ein minder schwerer Fall nicht erforderlich, um dem eventuell geringeren Unwertgehalt bei Berufswaffenträgern Rechnung zu tragen. Dies könne bereits über die normale Strafzumessung geschehen. Der herrschenden Meinung ist deshalb zu folgen. Eine teleologische Reduktion des § 244a I Nr. 1a StGB für Berufswaffenträger ist nicht vorzunehmen, sodass der Tatbestand auch auf A und B anzuwenden ist.

c. Vorsatz

A und B müssten auch vorsätzlich bezüglich des Beisichführens einer Waffe bei der Tat gehandelt haben.

Gerade bei Berufswaffenträgern, für die es ja - zumindest während des Dienstes - ganz normal ist, eine Waffe bei sich zu führen, ist es nicht selbstverständlich, dass diese sich dieses Umstands auch stets bewusst sind, so dass die Prüfung des Vorsatzes in diesen Fällen besonderer Sorgfalt bedarf.

Hierzu führt das OLG Naumburg aus: "Die Annahme des Landgerichts, die Angeklagten hätten bei der Tat ihre Dienstwaffen nicht bewusst gebrauchsbereit bei sich gehabt, hält dagegen rechtlicher Überprüfung nicht stand.

Subjektiv setzt das Beisichühren im Fall des § 244 Abs. 1 Nr. 1a StGB voraus, dass der Täter die Waffe oder das gefährliche Werkzeug bewusst gebrauchsbereit bei sich hat (BGH NStZ-RR 97, 50; 03, 12; 05, 340; OLG Schleswig NStZ 04, 212,213). Eine Verwendungsabsicht, auch in der Form des Vorbehalts, ist insoweit nicht erforderlich (BGH NStZ-RR 05, 168,169).

Vielmehr reicht das allgemeine, noch auf keinen bestimmten Zweck gerichtete Bewusstsein, ein funktionsbereites Werkzeug zur Verfügung zu haben, das geeignet ist, erhebliche Verletzungen zu verursachen, aus (vgl. OLG Schleswig aaO).

Das Bewusstsein, das Werkzeug als gefährlich bei sich zu führen, liegt bei Schusswaffen nahe (vgl. BGH NStZ-RR 05, 340) und gilt nach Auffassung des Senats im besonderen für berufsmäßige Waffenträger, die im Hinblick auf die Waffen und den von ihnen ausgehenden Gefahren nicht nur geschult, sondern durch die Auferlegung von Pflichten im Zusammenhang mit dem Führen einer Dienstwaffe durch Dienstanweisungen über das Führen der Waffen gedanklich ständig mit ihnen befasst sind, so dass bei ihnen von einem permanenten Bewusstsein im Hinblick auf das Führen bei einer im Dienst mit geführten Waffe auszugehen ist.

Allerdings können sich im Einzelfall auch bei berufsmäßigen Waffenträgern Zweifel am notwendigen Bewusstsein, eine Waffe zu tragen, ergeben. Hierzu bedarf es aber besonderer Umstände, die durch das Tatgericht festzustellen sind.

Solche besonderen Umstände hat das Landgericht nicht festgestellt. Danach waren die nicht als besonders vergesslich geltenden Angeklagten zur Zeit der Tat weder durch persönliche Umstände, noch durch die Situation vor Ort in irgend einer Weise beeinträchtigt. Es lag vielmehr ein routinemäßiger Einsatz ohne besondere Vorkommnisse vor, der zu Zweifeln am notwendigen Bewusstsein, eine Waffe zu tragen, keinen Anlass bot."

A und B hatten also auch Vorsatz bzgl. der Verwirklichung der qualifizierenden Umstände.

II. Rechtswidrigkeit und Schuld

A und B handelten auch rechtswidrig und schuldhaft.

III. Ergebnis

A und B sind strafbar gem. §§ 242 I, 244 I Nr. 1a, 25 II StGB.

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

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

C. Ergebnis

A und B sind strafbar gem. §§ 242 I, 244 I Nr. 1a, 25 II StGB.

Literaturauswertung

Öffentliches Recht

Autor/Titel:	Schenke, Wolf Rüdiger: "Rechtsschutz gegen doppelfunktionale Maßnahmen der Polizei"
Fundstelle:	NJW 2011, 2838 (Heft 39)
Inhalt:	"Doppelfunktionale Maßnahmen" der Polizei sind solche, die einerseits der Gefahrenabwehr dienen (Prävention) und gleichzeitig der Strafverfolgung (Repression). Sie bereiten Schwierigkeiten, weil einerseits die Polizei- und Ordnungsgesetze der Länder für den präventiven Teil anwendbar sind, hingegen die StPO für den repressiven Teil. Auch existiert für letzteren eine abdrängende Sonderzuweisung zu den ordentlichen Gerichten nach §§ 23 ff. EGGVG. Der Autor widmet sich vor allem der Abgrenzung zwischen Prävention und Repression, wobei er nicht - wie viele andere Autoren - nach dem Schwerpunkt differenziert. Vielmehr befürwortet er eine doppelte Rechtswegeröffnung. Auch wenn es sich dabei um eine m.M. handelt, ist der Beitrag doch sehr lesenswert und hilft, die "doppelfunktionalen Maßnahmen" besser zu verstehen und ihre Handhabung im Examen zu erleichtern.

Autor/Titel:	Poscher, Ralf / Rustenberg, Benjamin: "Die Klausur im Polizeirecht"
Fundstelle:	JuS 2011, 889 (Heft 10 ff.)
Inhalt:	Erster Teil einer Fortsetzungsreihe zur Klausur im besonders prüfungsrelevanten Gebiet des Polizeirechts. Die Autoren legen besonderen Wert darauf, die polizeirechtlichen Probleme mit dem Gutachtenaufbau zu kombinieren, stellen also nicht nur die materielle Rechtslage dar, sondern binden die Prüfung in den Gutachtenaufbau ein. In diesem ersten Teil widmen sie sich vor allem der Frage nach der Ermächtigungsgrundlage (und dabei vor allem der Generalklausel und ihrer Subsidiarität zu den sog. "Standardmaßnahmen" sowie der formellen Rechtmäßigkeit einer Polizeiverfügung. Zusammen mit den Folgebeiträgen wird sich ein Kompendium ergeben, dass zur wiederholenden Nacharbeit bestens geeignet ist.

Zivilrecht

Autor/Titel:	Forster, Doris: "Ein kleiner Irrtum am Anfang wird am Ende ein großer"
Fundstelle:	JURA 2011, 778 (Heft 10)
Inhalt:	Klausur zu Problemen des Allgemeinen Teils des BGB: Stellvertretung, Irrtümer, Zugang von Willenserklärungen. Die Klausur hat das Niveau einer universitären Semesterabschlussklausur, eignet sich aber als kleine Fingerübung auch für Examenskandidaten bestens zur kurzen Wiederholung der gängigen AT-Probleme.

Autor/Titel:	Sautter, Andrea: "Detektivkosten nach Tanken ohne Bezahlung"
Fundstelle:	JuS 2011, 900 (Heft 10)
Inhalt:	Das Tanken ohne Bezahlung ist in den Juristenausbildung in erster Linie ein strafrechtliches Problem (vgl. etwa Lange/Trost, JuS 2003, 961). Der BGH hatte vor kurzem aber auch Gelegenheit, zu den zivilrechtlichen Folgen eines solchen Verhaltens Stellung zu nehmen (BGH, JuS 2011, 929). Die Autorin nimmt diesen Fall zum Anlass, diverse BGB-Probleme in diesem Zusammenhang zu erläutern, darunter solche des Allgemeinen Teils (Vertragsschluss an der Zapfsäule?), des Schuldrechts (Detektivkosten als Verzugsschaden?) und des Deliktsrechts (§ 823 I BGB), das natürlich ins Strafrecht übergreift (§§ 823 II BGB i.V.m. 263 I, 246 StGB). Der Schwierigkeitsgrad ist mittelhoch, also eine Klausur für Fortgeschrittene, jedoch unter Examensniveau.

Strafrecht

Autor/Titel:	Satzger, Helmut: "Wann 'entspricht' ein Unterlassen einem Tun? - Zur Entsprechungsklausel in § 13 StGB
Fundstelle:	JURA 2011, 749 (Heft 10)
Inhalt:	Die Strafbarkeit wegen eines unechten Unterlassungsdelikts setzt gem. § 13 I StGB a.E. stets voraus, dass die Verwirklichung des Tatbestandes durch ein Unterlassen derjenigen durch ein Tun entspricht. Der Verfasser befasst sich in seinem Aufsatz mit den verschiedenen Theorien zur Auslegung dieser "Entsprechungsklausel" und der Frage, unter welchen Voraussetzungen die Entsprechung in einem Gutachten problematisiert werden muss. Im Hinblick auf die Examensvorbereitung ist der Aufsatz vor allem deshalb interessant, weil ausführlich auf examensrelevante Tatbestände (§§ 211, 263 I, 249 I StGB) und die dortigen Anforderungen an die Entsprechungsklausel eingegangen wird. Wer wenig Zeit hat und sich für die wissenschaftlichen Grundlagen der Auslegung der Entsprechungsklausel nicht interessiert, sollte zumindest die letzten fünf Seiten des Aufsatzes lesen.

Autor/Titel:	Rönnau, Thomas: "Grundwissen - Strafrecht: Der Verfügungsbegriff beim Betrug"
Fundstelle:	JuS 2011, 982 (Heft 11)
Inhalt:	Das beim Betrug zu prüfende Tatbestandsmerkmal der Vermögensverfügung bereitet vielen Prüflingen nicht nur deshalb Schwierigkeiten, weil es nicht ausdrücklich in § 263 I StGB gefordert wird, sondern auch, weil der strafrechtliche Verfügungsbegriff sich wesentlich vom zivilrechtlichen unterscheidet. In dem Aufsatz geht der Verfasser kurz und übersichtlich auf die Definition dieses Tatbestandsmerkmales ein, zeigt Probleme und Lösungsansätze auf und befasst sich auch mit den Sonderfällen des Sach- und Dreiecksbetrugs. Aufgrund der Kürze ist der Beitrag etwas zu knapp zum Erlernen dieses sehr examensrelevanten Themas, zur Wiederholung allerdings aus demselben Grunde ideal.