

## Öffentliches Recht

**Standort: Art. 5 I 2 GG**

**Problem: Zeitungsverkauf als Sondernutzung**

BVERFG, BESCHLUSS VOM 12.04.2007  
1 BvR 78/02 (NVwZ 2007, 1306)

**Problemdarstellung:**

Straßenrechtlicher Gemeingebrauch ist jedermann unentgeltlich, erlaubnis- und anzeigefrei gestattet. Demgegenüber bedarf die Sondernutzung einer öffentlichen Verkehrsfläche nach den Straßen- und Wegegesetzen der Länder einer Sondernutzungserlaubnis, die vor der beabsichtigten Sondernutzung zu beantragen ist und für die ggf. Gebühren erhoben werden können.

Im vorliegenden Fall hielt die bekl. Stadt das Verkaufen von Zeitungen an Sonntagen durch Händler von "Hand zu Hand" auf ihren Straßen für Sondernutzung, während die klagende Vertriebsgesellschaft meinte, die damit verbundene Erlaubnispflicht verletze sie in ihrer Pressefreiheit.

Das BVerfG sah dies anders. Es führt zunächst aus, dass sich die Pressefreiheit zwar auch auf pressebezogene Hilfstätigkeiten wie den Verkauf von Zeitungen erstreckt; auch handle es sich bei der Erlaubnispflicht um einen Eingriff; dieser sei aber verfassungsgerechtlich gerechtfertigt. Bei den Regelungen über die Sondernutzung handle es sich um "allgemeine Gesetze" i.S.d. Art. 5 II GG. Diese müssten zwar ihrerseits "im Lichte der Pressefreiheit ausgelegt und angewendet werden" (sogen. "Wechselwirkungslehre" des BVerfG). Ob dies geschehen sei oder nicht, sei angesichts des den Behörden bei der Erteilung oder Verweigerung der Sondernutzungserlaubnis zustehenden Ermessens aber keine Frage der Verfassungsmäßigkeit der Norm, sondern ihrer Anwendung im Einzelfall. Man könne jedenfalls nicht pauschal sagen, dass die Notwendigkeit, für den Verkauf von Zeitungen eine Erlaubnis einzuholen, sich nicht sachlich rechtfertigen ließe.

**Prüfungsrelevanz:**

Die Wechselwirkungslehre des BVerfG, nach der die Art. 5 I GG beschränkenden Gesetze ihrerseits wieder im Lichte der Meinungs- und Pressefreiheit ausgelegt und angewendet werden müssen, ist ein echter "Klassiker" in beiden juristischen Staatsexamina. Interessant sind auch die Ausführungen zum weiten, sich auf Hilfstätigkeiten erstreckenden Schutzbereich der Pressefreiheit und zum ebenso weiten Eingriffsbegriff. Auf den ersten Blick hätte sich im vorliegenden Fall unter

Anwendung der Bagatellformel ein Eingriff in die Pressefreiheit durchaus jedenfalls dann verneinen lassen, wenn ein Anspruch auf die Erteilung der Sondernutzungsgenehmigung besteht, denn dann erschöpfte sich die Belastung im der Stellung eines entsprechenden Antrags. Die Rspr. verfolgt allerdings generell die Tendenz, Antrags- und Genehmigungspflichten stets als Grundrechtseingriff zu werten, unabhängig davon, ob und unter welchen Voraussetzungen ein Anspruch auf Erteilung einer Genehmigung besteht (vgl. BVerwG, RA 2001, 185 = DVBl 2001, 485 zum Fall der Genehmigungspflicht des sog. "Schächtens" von Opfertieren). Außerdem kann die straßenrechtliche Erteilung der Sondernutzungserlaubnis mit Kosten und Gebühren verbunden sein, in deren Erhebung spätestens ein die Bagatellschwelle überschreitender Eingriff läge.

**Vertiefungshinweise:**

- Entscheidung des VG in dieser Sache: VG Karlsruhe, RA 2002, 47 = NJW 2002, 160
- Verteilen von Flugblättern als zulässige Sondernutzung: BVerfG, NVwZ 1992, 53
- Wahlwerbung als Sondernutzung: VG Gießen, RA 2001, 445 = NVwZ-RR 2001, 418
- Anspruch auf Erteilung der Sondernutzungserlaubnis im Hinblick auf die Pressefreiheit: VGH München, NVwZ-RR 2000, 726
- Zur Sondernutzungserlaubnis für einen Informationsstand: VG Frankfurt a.M., NVwZ-RR 1998, 88
- Kriterien für Vergabe einer Sondernutzungserlaubnis: VGH Mannheim, RA 2001, 190 = NVwZ-RR 2001, 159

**Kursprogramm:**

- Examenskurs : "Soldaten sind Mörder"

**Leitsätze:**

- 1. Ein Eingriff in die Pressefreiheit des Art. 5 I 2 GG durch das Erfordernis einer straßenrechtlichen Sondernutzungserlaubnis für den Zeitungsverkauf liegt auch dann vor, wenn ein Anspruch auf Erteilung der Erlaubnis besteht.**
- 2. Die straßen- und wegerechtlichen Vorschriften der Länder über die Sondernutzung (hier: § 16 StrG BW) sind im Lichte des Art. 5 I 2 GG auszule-**

## **gen und anzuwenden, wenn und soweit sie in das Grundrecht auf Pressefreiheit eingreifen.**

### **Sachverhalt:**

Die Verfassungsbeschwerde richtet sich gegen die Einordnung des Straßenverkaufs von Sonntagszeitungen als erlaubnispflichtige Sondernutzung an öffentlichen Straßen.

Die Beschwerdeführerin ist Teil des Vertriebsnetzes des Axel Springer Verlags für Sonntagszeitungen. Sie liefert die Zeitungen "Bild am Sonntag", "Welt am Sonntag" und "Euro am Sonntag" an ambulante Straßenverkäufer, die die Zeitungen im Auftrag der Beschwerdeführerin aus mitgeführten Tragetaschen an Passanten verkaufen. Angesichts der gegenüber Werktagen geringeren Anzahl fester Verkaufsstellen für Sonntagszeitungen hat diese Vertriebsform für den Absatz von Sonntagszeitungen erhebliche Bedeutung.

Die Stadt Mannheim erließ am 21. Februar 1995 eine Satzung über Sondernutzungen an öffentlichen Straßen. Darin heißt es:

*§ 2 Sondernutzungen: Sondernutzung ist jede Benutzung der Straße über den gemeinen Gebrauch hinaus, sofern dieser dadurch beeinträchtigt wird oder beeinträchtigt werden kann.*

*§ 3 Erlaubnispflicht: (1) Sondernutzungen bedürfen vorbehaltlich des § 4 der Erlaubnis der Stadt Mannheim entsprechend § 16 Straßengesetz.*

§ 7 der Satzung sieht für Sondernutzungen eine Gebührenpflicht nach Maßgabe des Gebührenverzeichnisses vor. Nach Ziff. 4.7 dieses Verzeichnisses fällt für "sonstigen Straßenverkauf von kurzfristiger Dauer" eine Gebühr in Höhe von 80 bis 160 DM täglich an. Für Fußgängerzonen gilt ergänzend die Satzung über Sondernutzungen in der Fußgängerzone der Innenstadt vom 21. Mai 1985 in der Fassung vom 19. Oktober 1999.

Seit Frühjahr 1998 wurden die Straßenverkäufer der Beschwerdeführerin wiederholt aufgefordert, den Zeitungverkauf zu unterlassen. Die Stadtverwaltung Mannheim teilte mit Schreiben vom 3. Juni 1998 mit, der Straßenverkauf sei als Sondernutzung im Sinne von § 16 Abs. 1 des Straßengesetzes des Landes Baden-Württemberg (StrG) anzusehen und daher erlaubnispflichtig; ein etwaiger Antrag auf eine solche Erlaubnis würde gegebenenfalls abschlägig beschieden.

Die Beschwerdeführerin erhob daraufhin Feststellungsklage beim Verwaltungsgericht Karlsruhe dahin, dass der Straßenverkauf von Sonntagszeitungen am Sonntag aus einer vom Verkäufer mitgeführten Umhängetasche im Bereich der Stadt Mannheim in Fußgängerzonen, auf Bürgersteigen, im Zentrum und in zentral gelegenen Stadtteilbereichen sowie in Parks und auf Fußgängerplätzen keine erlaubnispflichtige

Sondernutzung an öffentlichen Straßen darstellt.

Diese Klage wies das Verwaltungsgericht Karlsruhe mit dem angegriffenen Urteil vom 13. Juli 2001 ab. Die Berufung gegen dieses Urteil ließ der Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg mit Beschluss vom 30. November 2001 nicht zu. Gegen den Beschluss des Verwaltungsgerichtshofs Baden-Württemberg und das Urteil des Verwaltungsgerichts Karlsruhe richtet sich die Verfassungsbeschwerde. Die Beschwerdeführerin rügt eine Verletzung ihres Grundrechts aus Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG.

### **Aus den Gründen:**

Die Verfassungsbeschwerde ist nicht zur Entscheidung anzunehmen. Die Annahmenvoraussetzungen des § 93 a Abs. 2 BVerfGG liegen nicht vor.

#### *A. Keine grundsätzliche Bedeutung*

Die Verfassungsbeschwerde hat keine grundsätzliche Bedeutung, weil Schutzbereich und Grenzen der Pressefreiheit in einer für die Beurteilung des vorliegenden Falles ausreichenden Weise durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts geklärt sind (vgl. insbesondere BVerfGE 57, 295; 66, 116; 97, 391; 100, 313).

#### *B. Keine Durchsetzung von Rechten der Bf.*

Die Annahme ist auch nicht zur Durchsetzung der in § 90 Abs. 1 BVerfGG genannten Rechte der Beschwerdeführerin angezeigt. Gegenstand der Verfassungsbeschwerde ist das bloße Bestehen eines Erlaubnisvorbehalts, nicht aber die etwaige Versagung einer gegebenenfalls noch zu beantragenden Erlaubnis oder die für ein Erlaubnisverfahren festzusetzende Verwaltungsgebühr. Die gegen das Bestehen des Erlaubnisvorbehalts gerichtete Verfassungsbeschwerde hat in der Sache keine Aussicht auf Erfolg. Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG ist nicht verletzt.

#### *I. Schutzbereich betroffen*

Der Gewährleistungsbereich der Pressefreiheit ist allerdings berührt. Dieses Grundrecht sichert die Voraussetzungen und Hilfstätigkeiten für die Herstellung und Aufrechterhaltung des auf Verwirklichung der Meinungsäußerungs- und Informationsfreiheit gerichteten Kommunikationsprozesses (vgl. BVerfGE 57, 295 [319]; 97, 391 [399]; 100, 313 [365]). Die Tätigkeit der Presse fällt damit von der Beschaffung von Informationen bis zur Verbreitung der Nachricht in den Schutzbereich des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG (vgl. BVerfGE 10, 118 [121]; 66, 116 [133]; st.Rspr.).

#### *1. Erstreckung auf pressebezogene Hilfstätigkeiten*

Auch inhaltsferne pressetechnische Hilfstätigkeiten, einschließlich der Tätigkeiten zur Erhaltung der wirtschaftlichen Grundlagen der Unabhängigkeit des Presseunternehmens als notwendige Voraussetzung einer

freien Presse (BVerfGE 64, 108 [114]), sowie solche von Dritten selbständig ausgeübte Tätigkeiten, die typischerweise pressebezogen sind, in enger organisatorischer Bindung an die Presse erfolgen und für das Funktionieren einer freien Presse notwendig sind, werden vom Schutz des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG erfasst (BVerfGE 77, 346 [354]).

### *2. Zeitungsverkauf als Hilfstätigkeit in diesem Sinne*

Der Straßenverkauf von Zeitungen ist typischerweise pressebezogen und erfolgt bei der vorliegend geplanten Nutzung des Vertriebsnetzes des Verlages auch in enger organisatorischer Bindung an die Presse. Der Vertrieb von Presseerzeugnissen gehört zu den für das Funktionieren einer freien Presse notwendigen Tätigkeiten, und zwar sowohl im Hinblick auf die Verbreitung von Nachrichten als Teil des Kommunikationsprozesses selbst als auch im Hinblick auf die Erhaltung der wirtschaftlichen Voraussetzungen für den Bestand einer freien Presse.

### *II. Eingriff*

Die Entscheidungen der Gerichte greifen in dieses Grundrecht ein. Das von den Gerichten bejahte Erfordernis, vor Aufnahme des Straßenverkaufs um eine Erlaubnis der Stadt Mannheim nachzusuchen, erschwert – auch dann, wenn ein Rechtsanspruch auf Erteilung der Erlaubnis besteht – den Vertrieb der Zeitungen auf dem von der Beschwerdeführerin gewählten Weg. Die darin liegende Beeinträchtigung ist ein Eingriff in das Grundrecht (vgl. BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 18. Oktober 1991 - 1 BvR 1377/91 -, NVwZ 1992, S. 53; siehe auch Beschluss des Vorprüfungsausschusses vom 22. Dezember 1976 - 1 BvR 306/76 -, NJW 1977, S. 671).

### *III. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung*

Der Eingriff ist verfassungsrechtlich auf der Grundlage des § 16 Abs. 1 StrG gerechtfertigt.

#### *1. Schranken*

Die Pressefreiheit ist gemäß Art. 5 Abs. 2 GG durch die allgemeinen Gesetze beschränkt. Dies sind solche Gesetze, die sich nicht gegen das in Art. 5 Abs. 1 GG geschützte Grundrecht an sich oder gegen die Äußerung einer bestimmten Meinung oder gegen die Tätigkeit eines bestimmten Presseorgans richten, die vielmehr dem Schutz eines schlechthin, ohne Rücksicht auf bestimmte Kommunikationsinhalte, zu schützenden Rechtsguts dienen. Die allgemeinen Gesetze müssen ihrerseits unter Berücksichtigung des Schutzgehalts von Art. 5 Abs. 1 GG ausgelegt und angewandt werden (vgl. BVerfGE 111, 147 [155]; stRspr).

§ 16 Abs. 1 StrG ist ein allgemeines Gesetz in diesem Sinne (vgl. zur Vorgängerregelung in § 18 a.F. des baden-württembergischen Straßengesetzes BVerfG, Beschluss des Vorprüfungsausschusses vom 22. De-

zember 1976 – 1 BvR 306/76 –, NJW 1977, S. 671, zur hamburgischen Regelung BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 18. Oktober 1991 - 1 BvR 1377/91 -, NVwZ 1992, S. 53). Schutzzweck des Erlaubnisvorbehalts ist es insbesondere, Gefahren für die Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs möglichst auszuschließen oder doch erheblich zu mindern (vgl. BGH, NJW 1979, S. 1610 f.; BVerwG, NJW 1978, S. 1933). Darüber hinaus soll dem Bedürfnis Rechnung getragen werden, beim Zusammentreffen gegenläufiger Straßennutzungsinteressen verschiedener Straßenbenutzer den erforderlichen Interessenausgleich zu schaffen (vgl. BVerwG, NJW 1981, S. 472). Damit geht es um die Abwehr von Gefahren, die nicht nur und nicht einmal typischerweise von der Ausübung der Grundrechte aus Art. 5 Abs. 1 GG, sondern von allen möglichen Tätigkeiten ausgehen können. Dabei wirkt der straßenrechtliche Erlaubnisvorbehalt presseinhaltsneutral.

#### *2. Schranken-Schranken*

Der Bedeutung der Pressefreiheit hat § 2 des baden-württembergischen Landespressegesetzes durch die Regelung Rechnung getragen, nach der die Presse-tätigkeit einschließlich der Errichtung eines Verlagsunternehmens oder eines sonstigen Betriebes des Presse-gewerbes nicht von irgendeiner Zulassung abhängig gemacht werden darf. Es ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, dass die Gerichte in den angegriffenen Entscheidungen diese Norm nicht angewandt haben und insofern davon ausgegangen sind, dass eine spezifische Art des Verkaufs einer Zeitung, hier der Straßenverkauf, von dieser Norm nicht erfasst ist (zur Reichweite der presserechtlichen Zulassungsfreiheit allgemein s. Bullinger, in: Löffler, Presserecht, 5. Aufl. 2006, Rn. 17 ff., 34 ff. zu § 2 LPG).

#### *a. Verfassungsmäßigkeit der Schranke*

Den aus Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG folgenden verfassungsrechtlichen Anforderungen genügt § 16 Abs. 1 StrG allerdings nur, wenn die Vorschrift dahin ausgelegt wird, dass die Erlaubnis für den hier in den Schutzbereich der Pressefreiheit fallenden Straßenverkauf von Zeitungen nur versagt werden darf, wenn dies zur Erreichung der von § 16 Abs. 1 StrG verfolgten Zwecke erforderlich und in Abwägung mit den Belangen der Pressefreiheit auch angemessen ist.

#### *aa. Wechselwirkungslehre des BVerfG*

Wird der Ausübung grundrechtlicher Befugnisse durch Gesetz ein Genehmigungsverfahren vorgeschaltet, so darf die Bestimmung der Voraussetzungen, unter denen eine Erlaubnis erteilt wird, nicht dem Belieben der Verwaltung überlassen bleiben (vgl. - am Beispiel der Verteilung von Informationsbriefen - BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 18. Oktober 1991 - 1 BvR 1377/91 -, NVwZ 1992, S. 53).

Erstreckt der Erlaubnistatbestand sich auf ein Verhalten, das unter einem besonderen Grundrechtsschutz, hier dem der Pressefreiheit, steht, ist ergänzend die Ausstrahlungswirkung dieses Grundrechts zu beachten.

Dies erfordert vorliegend eine Berücksichtigung des Umstandes, dass der Zweck öffentlicher Straßen sich nicht in der Ermöglichung der Fortbewegung erschöpft, sondern grundsätzlich auch die Kontaktaufnahme und Kommunikation mit anderen Verkehrsteilnehmern umfasst. Auch wegen dieser grundrechtlichen Einwirkungen, aber auch aus allgemeinen rechtsstaatlichen Erwägungen muss sich in der Regel aus der Rechtsvorschrift selbst ergeben, von welchen Voraussetzungen die Erteilung der Erlaubnis abhängt oder aus welchen Gründen sie versagt werden darf (vgl. BVerfGE 20, 150 [158 ff.]; 46, 120 [157]; 49, 89 [145]). Wann ein solcher Anspruch bei der Nutzung von Straßen für Kommunikationszwecke besteht, ist unter Berücksichtigung des Art. 5 Abs. 1 GG zu bestimmen. Mögliche Versagungsgründe müssen presseinhaltsneutral sein. Die Erlaubnisnorm muss dem Betroffenen bei Vorliegen der Voraussetzungen ferner einen Anspruch auf Erteilung der Erlaubnis gewähren (vgl. allgemein BVerfGE 58, 300 [347]).

#### *bb. Subsumtion*

Im vorliegenden Fall sind weder in § 16 StrG noch in den Satzungen der Stadt Mannheim die Voraussetzungen der Erteilung oder Versagung einer Sondernutzungserlaubnis ausdrücklich geregelt. Allerdings enthält § 16 Abs. 2 Satz 1 StrG die Maßgabe, dass hierüber "nach pflichtgemäßem Ermessen" zu entscheiden ist. Ferner regeln die Satzungen der Stadt Mannheim aufgrund einer Ermächtigung in § 16 Abs. 7 StrG in ihrem jeweiligen § 4 Tatbestände der erlaubnisfreien Sondernutzung, von denen die hier verfahrensgegenständliche Tätigkeit aber nicht erfasst ist.

Die Regelung ist einer Anwendung zugänglich, die verfassungsrechtlichen Anforderungen genügt. Der Begriff des pflichtgemäßen Ermessens erlaubt eine Auslegung in dem Sinne, dass ein Anspruch auf die Erlaubniserteilung besteht, wenn die Versagung nicht zur Erreichung der von § 16 StrG verfolgten Zwecke erforderlich und unter Berücksichtigung des Grundrechts der Pressefreiheit angemessen ist. Mit dem Wortlaut des § 16 Abs. 2 Satz 1 StrG ist diese Auslegung vereinbar, denn auch bei Anerkennung eines Anspruchs auf Erteilung der Erlaubnis unter den genannten Voraussetzungen entfällt das behördliche Ermessen nicht vollständig, es beschränkt sich nur auf die Fälle, in denen entweder die Sondernutzung nicht den grundrechtsrelevanten Bereich betrifft – etwa bei einer Sondernutzung durch öffentliche Stellen – oder in denen trotz Grundrechtsberührung nach dem genannten Maßstab ein Versagungsgrund besteht: Dann kann die Behörde nach ihrem Ermessen von dem

Recht zur Versagung der Erlaubnis Gebrauch machen. Dies vorausgesetzt, genügt die Vorschrift den verfassungsrechtlichen Anforderungen. Das Verwaltungsgericht durfte § 16 Abs. 1 StrG und die einschlägigen Satzungsvorschriften so deuten, dass die Tätigkeit der Beschwerdeführerin unter dem Vorbehalt der Sondernutzungserlaubnis steht.

*b. Verfassungsmäßigkeit der Anwendung der Schranke*  
Angesichts der grundlegenden Bedeutung der Pressefreiheit muss das grundrechtsbeschränkende Gesetz seinerseits im Lichte des beschränkten Grundrechts ausgelegt werden (vgl. BVerfGE 7, 198 [208]; 82, 43 [50]; 111, 147 [155]). Die Einschränkung der Pressefreiheit muss geeignet sein, den mit dem Erlaubnisvorbehalt erstrebten Schutz zu bewirken, und der Erfolg, der damit erreicht wird, muss in angemessenem Verhältnis zu den Einbußen stehen, welche die Beschränkung der Pressefreiheit mit sich bringt.

#### *aa. Legitimer Zweck*

Der Erlaubnisvorbehalt dient legitimen Zwecken, nämlich der Wahrung der Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs und der Koordination etwaiger verschiedener, unter Umständen durch Spezialgrundrechte gewährleisteter Nutzungsinteressen am Straßenraum.

Kein legitimes Interesse ist allerdings der vom Verwaltungsgericht angesprochene Schutz konkurrierender Gewerbetreibender angesichts von diesen entrichteter hoher Mieten in der Fußgängerzone von Mannheim. Derartigen Zwecken dient das Straßengesetz nicht.

#### *bb. Geeignetheit*

Der Erlaubnisvorbehalt ist zur Erreichung des Zwecks geeignet. Insoweit reicht es aus, wenn der verfolgte Zweck zumindest gefördert wird (vgl. BVerfGE 67, 157 [175 f.]; 96, 10 [23]). Der Erlaubnisvorbehalt ermöglicht es der zuständigen Behörde, etwa drohende Gefahren vor deren Eintritt zu prüfen und ihnen gegebenenfalls durch Versagung der Erlaubnis oder durch Auflagen entgegenzutreten oder verschiedene, einander widerstreitende Nutzungsinteressen zu einem sachgerechten Ausgleich zu bringen.

Das Verwaltungsgericht hat in verfassungsrechtlich unbedenklicher Weise festgestellt, dass Fallgestaltungen denkbar sind, in denen der Straßenverkauf von Sonntagszeitungen die Sicherheit und Leichtigkeit des Straßenverkehrs oder andere Nutzungsinteressen beeinträchtigen könnte. Möglich erscheinen insbesondere Gefahren für die Sicherheit des Straßenverkehrs, etwa soweit das Gericht sich darauf stützt, Kraftfahrer könnten je nach den konkreten Gegebenheiten durch die Zeitungsverkäufer von der Beobachtung des Verkehrsgeschehens abgelenkt werden. Der Erlaubnisvorbehalt ermöglicht es, den Straßenverkauf in seiner konkret beabsichtigten Form auf derartige Gefahren

hin zu überprüfen und gegebenenfalls zu unterbinden oder nur mit Auflagen etwa für die Standorte der Zeitungsverkäufer zuzulassen.

Darüber hinaus kommt in Betracht, dass verschiedene, gleichzeitig beabsichtigte Nutzungen miteinander zu koordinieren sind. Auch insoweit sind Fälle denkbar, in denen eine andere Sondernutzung durch die Anwesenheit von Zeitungsverkäufern beeinträchtigt werden kann, so dass es einer Vorabkoordination bedarf.

#### *cc. Erforderlichkeit*

Die Maßnahme ist zur Erreichung der verfolgten Zwecke erforderlich. Zwar könnte der Sachverhalt auch dahin geregelt werden, dass der Straßenverkauf erlaubnisfrei zugelassen wird und lediglich bei Feststellung konkreter Gefahren untersagt werden kann. Dieses Mittel wäre aber zur Zielerreichung nicht in gleicher Weise geeignet wie der Erlaubnisvorbehalt, da die Untersagung erst bei Eintritt der Gefahr möglich wäre, die bei Geltung des Erlaubnisvorbehalts von vornherein unterbunden würde. Insbesondere die Möglichkeit, etwaigen Gefahren durch zielgerichtete Auflagen vorzubeugen, entfielen, wenn die Behörde keine Möglichkeit zur Vorabkontrolle hätte.

#### *dd. Angemessenheit*

Schließlich stellt der Erlaubnisvorbehalt für die Beschwerdeführerin keine unangemessene Belastung dar. Der Straßenverkauf der Zeitungen ist nicht grundsätzlich verboten, sondern nur von einer Kontrollerlaubnis abhängig. Deren Beantragung erfordert zwar eine gewisse Vorausplanung von Seiten der Beschwerdeführerin. Da der Straßenverkauf aber ohnehin nicht spontan, sondern längerfristig an jedem Sonntag stattfinden soll und auch erheblichen organisatorischen Aufwand verursacht, ist die zusätzliche Belastung, die durch den

Erlaubnisvorbehalt eintritt, verhältnismäßig gering und tritt in der Abwägung hinter das Interesse an der Vermeidung von Gefahren für die Sicherheit und Leichtigkeit des Straßenverkehrs und an der Koordination konkurrierender Nutzungswünsche zurück.

Die Behauptung der Beschwerdeführerin, angesichts der zu erwartenden Verwaltungsgebühr sei der Straßenverkauf der Zeitungen für sie nicht mehr wirtschaftlich, beruht auf der Annahme, sie habe für jeden ihrer Straßenverkäufer täglich eine Gebühr in Höhe von 80 bis 160 DM zu zahlen. Da eine Erlaubnis noch nicht einmal beantragt worden ist, lässt sich gegenwärtig nicht sicher beurteilen, in welcher Höhe eine Gebühr zu erwarten ist. Die Satzung der Stadt Mannheim sieht einen Rahmen für die Gebühr vor, bei dessen Ausfüllung das Grundrecht der Pressefreiheit aus Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG zu berücksichtigen ist. Es ist nicht ohne weiteres ersichtlich, nicht einmal nahe liegend, dass die Gebühr, wie die Beschwerdeführerin meint, für jeden ihrer Straßenverkäufer gesondert zu erheben ist.

Der vorliegende Fall unterscheidet sich im Übrigen wesentlich von dem von der Beschwerdeführerin herangezogenen Vergleichsfall (BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 18. Oktober 1991 – 1 BvR 1377/91 –, NVwZ 1992, S. 53). Dort ging es um die Untersagung der Verteilung von Flugblättern durch Mitglieder eines Vereins. Der Erlaubnisvorbehalt betraf anders als im vorliegenden Fall unmittelbar die Meinungsäußerung in der von dem Verein gewählten Art. Im Übrigen besteht ein Unterschied darin, dass der Verkauf einer Zeitung wegen des erforderlichen Vertragsschlusses den Straßenraum in stärkerer Weise in Anspruch nimmt als das bloße Verteilen von Flugblättern.

### **Standort: Versammlungsrecht**

### **Problem: Teilnehmerzahl; Polizeifestigkeit**

VGH MANNHEIM, URTEIL VOM 25.04.2007  
1 S 2828/06 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

#### **Problemdarstellung:**

Der VGH Mannheim hatte anlässlich einer von rechtsgerichteten Personen am Volkstrauertag auf einem Friedhof abgehaltenen "Mahnwache" zwei interessante versammlungsrechtliche Fragen zu beantworten:

I. Zunächst ging es um die Frage, ob zwei Personen für eine Versammlung ausreichen. Vielfach wird vertreten, es müsse sich um mindestens drei Personen handeln. Der VGH Mannheim lässt zwei Personen genügen, wobei der Senat diese seine Ansicht als "mittlerweile überwiegend" bezeichnet.

II. Sodann ging es um die Frage, ob und wann bei Vorliegen einer Versammlung auf Ermächtigungsgrundlagen aus dem landesrechtlichen Polizei- und

Ordnungsrecht zurückgegriffen werden kann (Inge-wahrsamnahme, Platzverweis, Beschlagnahme von Plakaten usw.). Das Gericht folgt der insoweit ganz h.M., nach der das VersG ein Einschreiten gegen Versammlungen abschließend regelt, d.h. einen Rückgriff auf das allgemeine Polizei- und Ordnungsrecht sperrt. Über diese "Polizeifestigkeit von Versammlungen" hat die RA erst kürzlich berichtet (vgl. Vertiefungshinweise).

#### **Prüfungsrelevanz:**

Die notwendige Anzahl von Versammlungsteilnehmern ist seit jeher umstritten. Von Randmeinungen abgesehen, die von "mindestens sechs" [Frohwein, NJW 1969, 1081] bis zu einer "relativ kleinen Anzahl" (Maunz/Dürig-Herzog, GG, Art. 8 Rn 47) reichen, stehen zwei oder drei Personen zur Diskussion. Der

Wortsinn lässt - wie auch der VGH einräumt - an mehr als zwei Personen denken, denn zwei sind begrifflich keine Versammlung, sondern ein Paar. Trifft man sich mit einem Freund, käme niemand auf die Idee zu sagen, er "versammle" sich. Gleichwohl sind solche Fälle vorstellbar, etwa wenn zu einer geplanten Kundgebung neben dem Redner nur ein Zuhörer erscheint. Eine h.M. ist kaum auszumachen, zumal eine Entscheidung des BVerfG zu diesem Thema fehlt. Für eine Prüfungsaufgabe kann daher nur empfohlen werden, fallorientiert zu lösen: Liegen die Probleme des Falles erkennbar im versammlungsrechtlichen Bereich, sollte man eine Versammlung im Zweifel nicht an der Teilnehmerzahl scheitern lassen.

Hinsichtlich der Polizeifestigkeit der Versammlung kann das Verbot eines Rückgriffs auf das allgemeine Polizei- und Ordnungsrecht bei Vorliegen einer Versammlung als nahezu unstrittig gelten. Es muss daher nicht streitig dargestellt (wohl aber argumentativ begründet) werden, solange der Sachverhalt hierzu nicht besonderen Anlass bietet. Allerdings ist fraglich, ob bestimmte Standardmaßnahmen nicht als sog. "Minusmaßnahmen" in Betracht kommen, wenn die Voraussetzungen des VersG vorliegen (Beispiel: Kann man Platzverweise gegen einzelne Randalierer aussprechen, wenn die Voraussetzungen des § 15 III VersG für die Auflösung der ganzen Versammlung gegeben wären?). Der VGH musste dies hier nicht entscheiden, da die Voraussetzungen des VersG für ein Einschreiten nicht vorlagen. BVerwG und BVerfG sind - wie die in den Vertiefungshinweisen aufgeführten Entscheidungen zeigen - diesbezüglich jedenfalls sehr konservativ. Gegen die Zulassung solcher "Minusmaßnahmen" spricht jedenfalls, dass die Grenze zwischen Versammlungs- und Polizeirecht verwischt, d.h. die Polizeifestigkeit der Versammlung aufgeweicht wird, und dass speziell § 15 I, III VersG mit der Möglichkeit, statt eines Verbots oder einer Auflösung mit Auflagen zu operieren, den Behörden bereits einen hinreichenden Handlungsspielraum für weniger einschneidende Maßnahmen zur Verfügung stellt. Außerdem gibt es genügend Möglichkeiten, die Versammlung zu beenden oder einzelne aus ihr auszuschließen (z.B. § 18 III VersG). Anschließend - also nachdem die Versammlung insgesamt beendet oder jedenfalls der Betroffene aus ihr ausgeschlossen worden ist, kann unproblematisch nach Polizei- und Ordnungsrecht vorgegangen werden: Wo keine Versammlung (mehr), da keine Sperrwirkung des VersG.

#### Vertiefungshinweise:

- Polizeifestigkeit von Versammlungen: *BVerfG*, RA 2005, 75 = NVwZ 2005, 80; *BVerwGE* 82, 34 [38]; *VGH Mannheim*, DVBl 1998, 837 [839]; *OLG Celle*, RA 2006, 270 = NVwZ-RR 2006, 254
- Verhältnis von Versammlungs- und Straßenrecht:

*VG Berlin*, RA 2004, 472 = NVwZ 2004, 761

- Notwendige Personenanzahl für eine Versammlung: *BayObLG*, BayVBl 1979, 378, 379 (drei); *OLG Düsseldorf*, JR 1982, 299, 300 (zwei) mit abl. Anm. *Merten*

#### Kursprogramm:

- Examenskurs : "Waffen-SS"
- Examenskurs : "Kapitulation"

#### Leitsätze:

- 1. Bereits zwei Personen können eine Versammlung im verfassungs- und versammlungsrechtlichen Sinne bilden.**
- 2. Eine stille Mahnwache, bei der politische Plakate mit rechtsgerichtetem Inhalt gezeigt werden, kann nicht allein unter Hinweis auf den Charakter und die Würde des Volkstrauertags verboten werden; dies gilt auch dann, wenn die Mahnwache in der Nähe einer offiziellen Gedenkfeier veranstaltet wird.**

#### Sachverhalt:

Die Beteiligten streiten um die Rechtmäßigkeit polizeilicher Maßnahmen anlässlich öffentlicher Gedenkfeiern zum Volkstrauertag 2003 und 2004 auf dem Bergfriedhof in Tübingen.

#### A. Vorgeschichte

Die Beklagte veranstaltet gemeinsam mit dem Volksbund Deutscher Kriegsgräberfürsorge alljährlich am Volkstrauertag - in Anlehnung an die zentrale Gedenkstunde im Deutschen Bundestag - auf dem Bergfriedhof in Tübingen eine öffentliche Gedenkfeier in der dortigen Kapelle mit anschließender Kranzniederlegung am Mahnmal. Die Veranstaltung beginnt jeweils um 11:15 Uhr. Nach dem Willen der Veranstalter darf seit dem Jahre 1987 nur ein Kranz niedergelegt werden. Bereits seit Jahren möchte der Kläger, der sich am äußersten rechten Rand des politischen Spektrums bewegt, bei dieser Gelegenheit auf seine Anliegen und Ansichten aufmerksam machen. Dabei war er anfangs bestrebt, an der Veranstaltung auf dem Friedhof teilzunehmen, und versuchte einmal, diese durch lautes Rufen zu stören, nachdem ihm die Teilnahme untersagt worden war. In einer 2001 abgegebenen Erklärung versicherte er, die Veranstaltung fortan nicht mehr zu stören.

#### B. Geschehen 2003

Am Volkstrauertag 2003 fuhr der Kläger gegen 10:40 Uhr zusammen mit einem Begleiter mit einem Fahrzeug auf einen freien Parkplatz gegenüber dem Haupteingang des Bergfriedhofs. Sie führten Plakate mit sich und stellten sich mit diesen unmittelbar gegenüber dem Haupteingang auf. Auf den Plakaten war zu lesen:

“Man darf in der BRD (schon lange) nicht mehr die Wahrheit sagen? BRAVO Hohmann, General Günzel, PFUI Merkel, Stoiber, Struck“ (Plakat 1). “Russ-Scherer, Weimer: Hängt die Heimkehrertafel wieder auf!” (Plakat 2). “Viele Politiker u. Medien sind so dumm, da sie nicht mehr wissen wo Ostdeutschland liegt. Zählen Sie auch dazu?” (Plakat 3). “Deutsche sind keine Antisemiten? Wegen Goebbels und Hitler - wohl aber judenkritisch wegen USrael, Sharon, Spiegel, Friedman und vielen Lea Rosh's!“ (Plakat 4). Nachdem ein Vertreter der Beklagten den Kläger vergeblich aufgefordert hatte, die Plakate zu entfernen, ordnete er einen Platzverweis und die Beschlagnahme der Plakate bis zum Ende der Gedenkveranstaltung an. Der Kläger verließ daraufhin den Parkplatz, hielt sich jedoch weiterhin auf dem Gelände des Bergfriedhofs auf.

### C. Geschehen 2004

Am Volkstrauertag 2004 begab sich der Kläger mit zwei weiteren Personen zum Haupteingang des Bergfriedhofs. Dabei klemmte er Faltblätter zur Ausländerpolitik, hrsg. vom “Schutzbund für das deutsche Volk e.V.”, unter die Scheibenwischer von Fahrzeugen, die auf den Parkplätzen abgestellt waren. Ein Vertreter des Ordnungsamts der Beklagten forderte den Kläger auf, die Verteilung der Flugblätter zu unterlassen, und fügte hinzu, er solle den Totensonntag nicht jedes Mal für seine Aktionen missbrauchen. Hierauf entgegnete der Kläger ausweislich des Polizeiberichts: “Sie missbrauchen den Volkstrauertag für ihre Juden- und Kommunistenpropaganda.” Daraufhin wurde die Beschlagnahme der Flugblätter angeordnet. Als sich der Kläger der Wegnahme der Flugblätter widersetzte und laut zu schreien anfang, wurde angeordnet, dass der Kläger bis zum Ende der Feierstunde in Gewahrsam genommen werde. Er wurde mit einfacher körperlicher Gewalt in das Dienstfahrzeug des Polizeivollzugsdienstes verbracht und zum Polizeirevier Tübingen gefahren, wo er in der Gewahrsamseinrichtung eingeschlossen und um 12:16 Uhr wieder auf freien Fuß gesetzt wurde. Die beiden Begleiter des Klägers begaben sich währenddessen zum Haupteingang des Bergfriedhofs, wo sie sich wiederum mit politischen Plakaten aufstellten. Diese entsprachen inhaltlich zum einen im Wesentlichen den oben erwähnten Plakaten 1-3; zum anderen stand auf einem vierten Plakat: “Wer wie die BRD Machthaber ein Verbrechen im Nachhinein als Recht behandelt, hat kein Recht andere zu verurteilen.” Nach längerer Diskussion mit dem Vertreter des Ordnungsamts der Beklagten wurden die Plakate wieder entfernt und in den PKW verbracht.

### D. Prozessgeschichte

Mit Schreiben vom 29.01.2004 hat der Kläger Klage zum Verwaltungsgericht Sigmaringen erhoben, die er mit Schreiben vom 11.11.2005 erweitert hat; er hat die

Feststellung der Rechtswidrigkeit der gegen ihn gerichteten polizeilichen Maßnahmen in den Jahren 2003 und 2004 sowie im Wege einer vorbeugenden Unterlassungsklage die Unterlassung ähnlicher polizeilicher Maßnahmen in der Zukunft begehrt. Das VG hat die Klage abgewiesen. Die vom VG zugelassene Berufung des Klägers hatte Erfolg.

### Aus den Gründen:

Die nach Zulassung durch den Senat statthafte und auch ansonsten zulässige Berufung ist begründet. Das Verwaltungsgericht hätte die - im Berufungsverfahren sachdienlich im Hauptantrag verfolgte - Fortsetzungsfeststellungsklage nicht abweisen dürfen.

#### A. Zulässigkeit der Klage

Diese Klage ist nach vorprozessualer Erledigung der streitigen Verwaltungsakte in analoger Anwendung des § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO statthaft und auch im Übrigen zulässig. Insbesondere steht dem Kläger ein Fortsetzungsfeststellungsinteresse zur Seite. Er kann sich jedenfalls auf eine Wiederholungsgefahr berufen. Daneben kann er auch geltend machen, dass sich die zur gerichtlichen Überprüfung gestellten Maßnahmen typischerweise schnell erledigen, so dass angesichts der Grundrechtsbetroffenheit die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG die Eröffnung der Klagemöglichkeit gebietet (vgl. Senatsurteil vom 14.04.2005 - 1 S 2362/04 -, VBIBW 2005, 431 m.w.N.). Der Klageantrag ist mit der Klarstellung, dass auch die Rechtswidrigkeit der Ingewahrsamnahme im Jahre 2004 festgestellt werden soll, zulässig. Darin liegt nicht etwa eine unzulässige Klageerweiterung in der Berufungsinstanz. Denn bei sachdienlicher Auslegung des ursprünglichen Klagebegehrens ergibt sich mit hinreichender Deutlichkeit, dass der Kläger bereits vor dem Verwaltungsgericht auch die Ingewahrsamnahme zum Klagegegenstand gemacht hat.

#### B. Begründetheit der Klage

Die Klage ist auch begründet. Die polizeilichen Maßnahmen gegenüber dem Kläger waren rechtswidrig. Sie sind von einer Ermächtigungsgrundlage nicht gedeckt.

#### I. Ermächtigungsgrundlage

##### 1. Vorrang des Versammlungsgesetzes

Der Anwendungsbereich des Polizeigesetzes, auf das die Beklagte die Maßnahmen gestützt hat, war unmittelbar nicht eröffnet. Die Voraussetzungen für ein Einschreiten auf der Grundlage des vorrangigen Versammlungsgesetzes, in dessen Folge dann auch Maßnahmen aufgrund des Polizeigesetz ergehen dürfen (siehe etwa BVerfG, Kammerbeschluss vom 26.10.2004 - 1 BvR 1726/01 -, NVwZ 2005, 80 [81] m.w.N.; vgl. auch § 1 Abs. 1 Nr. 2 der Verordnung des

Innenministeriums über Zuständigkeiten nach dem Versammlungsgesetz -VersGZuVO- vom 25.05.1977, GBl. S. 196, zuletzt geändert durch Verordnung vom 17.06.1997, GBl. 278), lagen nicht vor.

#### *a. Versammlung*

Die als eine Art "Mahnwache" einzuordnenden Aktionen des Klägers und seiner jeweiligen Begleiter erfüllten in beiden Jahren den verfassungsrechtlichen Begriff der Versammlung i.S.v. Art. 8 Abs. 1 GG, der sich mit dem versammlungsrechtlichen Begriff deckt. Eine Versammlung ist danach eine örtliche Zusammenkunft mehrerer Personen zur gemeinschaftlichen, auf die Teilhabe an der öffentlichen Meinungsbildung gerichteten Erörterung oder Kundgebung (vgl. BVerfG, Beschluss vom 24.10.2001 - 1 BvR 1190/90 u.a. -, BVerfGE 104, 92 [104]).

#### *aa. Teilnahme an öffentlicher Meinungsbildung*

Durch Meinungskundgabe mittels Plakaten und Flugblättern zielte das Auftreten auf die öffentliche Meinungsbildung.

#### *bb. Personenzahl*

Eine geringe Teilnehmerzahl steht der Annahme einer Versammlung nicht entgegen. Ein Sich-Versammeln als Zusammenkunft "mehrerer Personen" ist bereits bei nur zwei Teilnehmern gegeben (vgl. zur mittlerweile überwiegenden Auffassung in der verfassungs- und versammlungsrechtlichen Literatur zuletzt Sachs in: Stern, Staatsrecht, Bd. IV 1, 2006, § 107, S. 1196 ff., mit umfangreichen Nachweisen [in Fn. 122], auch zur Gegenansicht [in Fn. 123]; zur strafrechtl. und OWi- Rspr. [mind. 3 Personen] Wache in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtl. Nebengesetze, Bd. 4, V 55 [Dez. 2005], § 1, Rn. 23 m.N.). Der mögliche Wortsinn als Grenze der Interpretation ist damit - im Gegensatz zur Annahme einer "Ein-Mann-Versammlung", die ggfs. als Demonstration nur von Art. 5 Abs. 1 GG geschützt ist - nicht überschritten. Eine unterschiedliche rechtliche Einordnung einer Veranstaltung mit zwei und einer mit drei Personen unter Verweis auf ein - vages - Sprachgefühl und "natürliches Verständnis" überzeugt angesichts des auch individualbezogenen Schutzzwecks des Art. 8 GG und des daraus zu folgernden Verbots einer staatlichen Isolierung des Einzelnen nicht; dies gilt auch dann, wenn ein - bezogen auf den verfolgten Zweck - enger Versammlungsbegriff zugrunde gelegt wird. Gegen diese weite Auslegung des Grundrechtstatbestands spricht schließlich nicht die damit nach Maßgabe des Gesetzesvorbehalts in Art. 8 Abs. 2 GG einhergehende Möglichkeit der Auferlegung versammlungsrechtlicher Pflichten (siehe hierzu Gusy in: v.Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 1, 5. Aufl. 2005, Art. 8 Rn. 15; Hoffmann-Riem in: Denninger [Hg.], AK-GG, 3. Aufl. [GW 2001], Art. 8 Rn. 18). Denn auch der vorliegende Fall zeigt, dass sich der

Regelungsbedarf bei öffentlichen und öffentlichkeitswirksamen Veranstaltungen mit zwei oder mit drei Personen nicht grundlegend unterscheidet. Fehlt insbesondere Veranstaltungen mit nur wenigen Personen die Öffentlichkeitswirkung, etwa weil sie als Zwiegespräch schon ihrer Natur nach nicht öffentlich sind, ist das Versammlungsgesetz mit seinen besonderen Pflichten, etwa der Anmeldepflicht, nicht einschlägig. Einer unterschiedlichen verfassungsrechtlichen und einfachrechtlichen Begriffsbildung bedarf es folglich nicht.

#### *b. Im Zeitpunkt des Einschreitens*

Der zeitliche Geltungsbereich des Versammlungsgesetzes war ebenfalls eröffnet. Er setzt - vorbehaltlich einer abweichenden ausdrücklichen Regelung (siehe insbes. § 17a VersG) - nach der Rechtsprechung des Senats im Interesse einer klaren Zäsur den Beginn der Versammlung voraus (Urteil vom 26.01.1998 - 1 S 3280/96 -, NVwZ 1998, 761 [763]). Dies war im Zeitpunkt des behördlichen Einschreitens nicht nur am Volkstrauertag 2003, sondern auch am Volkstrauertag 2004 schon bei der Verteilung der Flugblätter der Fall. Denn dies war bereits Teil der damaligen Mahnwache und diente nicht lediglich deren Vorbereitung.

#### *2. Polizeifestigkeit der Versammlung*

Gegen die dem Anwendungsbereich des Versammlungsgesetzes unterfallenden Veranstaltungen des Klägers konnte vor dem Erlass einer versammlungsrechtlichen Auflösungs- bzw. Auflagenverfügung nicht auf der Grundlage des Polizeigesetzes eingeschritten werden. Die Beklagte hat die versammlungsrechtlichen Ermächtigungsgrundlagen mit ihren mündlich ergangenen Verfügungen ausweislich der Polizeiberichte und der Einlassungen im gerichtlichen Verfahren nicht ausdrücklich in Anspruch genommen. Es kann dahinstehen, ob es gleichwohl möglich wäre, im Erlass eines Platzverweises bzw. der Anordnung der Ingewahrsamnahme zugleich eine Auflösungsverfügung oder jedenfalls in der Beschlagnahmeanordnung auch eine Auflagenverfügung jeweils nach § 15 Abs. 2 VersG in der bis zum 31.03.2005 gültigen Fassung (vgl. nunmehr § 15 Abs. 3 VersG i.d.F. des Gesetzes vom 24.03.2005, BGBl. I S. 969) zu sehen. Denn auch als versammlungsrechtliche Entscheidungen - die fehlende Wesensänderung durch den Austausch der Rechtsgrundlagen unterstellt - könnten diese Maßnahmen keinen rechtlichen Bestand haben.

#### *II. Tatbestand*

Zwar stünde deren Rechtmäßigkeit nicht bereits die Zuständigkeitsordnung entgegen, denn die Beklagte ist als Große Kreisstadt nicht nur Ortspolizeibehörde, sondern auch Versammlungsbehörde (§ 1 Abs. 1 Nr. 1 VersGZuVO, § 62 Abs. 3 PolG, § 13 Abs. 1 Nr. 1, § 16 Abs. 1 LVG). Die tatbestandlichen Voraussetzun-

gen des § 15 Abs. 2 VersG a.F. waren jedoch nicht gegeben; diese decken sich bezüglich der durch den Verweis auf § 15 Abs. 1 VersG in Bezug genommenen Schutzgüter der öffentlichen Sicherheit und Ordnung im Übrigen mit der polizeirechtlichen Beurteilung.

### *1. Fehlende Anmeldung*

Allein die Tatsache, dass die Versammlung entgegen § 14 Abs. 1 VersG nicht angemeldet war, könnte eine Auflösung nicht rechtfertigen (vgl. BVerfG, Beschluss vom 14.05.1985 - 1 BvR 233/81 u.a. -, BVerfGE 69, 315 [351]).

### *2. Öffentliche Sicherheit gefährdet*

Eine Störung der öffentlichen Sicherheit war nicht gegeben und stand auch nicht unmittelbar bevor.

#### *a. Verstoß gegen die Friedhofsordnung*

Das den Veranstaltern der Gedenkfeier auf dem Friedhofsgelände gemäß § 5 Abs. 4 der Friedhofssatzung der Beklagten eingeräumte Sondernutzungsrecht gibt diesen das Recht, die Feier nach eigenen Vorstellungen zu gestalten und unbehelligt von Einwirkungen Dritter abzuhalten (vgl. OVG Rh.-Pf., Urteil vom 10.09.1986 - 11 A 53/84 -, NVwZ 1987, 1099 [1100]). Dies war hier gewährleistet, da der Kläger und seine Begleiter sich nicht auf dem Friedhof selbst aufhielten und dort der Gedenkfeier ihren Stempel aufzudrücken versuchten, sondern gegenüber dem Haupteingang auf der anderen Straßenseite standen. Eine Einwirkung von außen auf das Geschehen auf dem Friedhof war - jedenfalls in erheblicher Weise - nicht gegeben. Für geplante akustische Störungen durch Sprechchöre, Lautsprechereinsatz oder Ähnliches gab es keine Hinweise. Allein die Tatsache, dass die Teilnehmer der Gedenkfeier auf dem Weg von der Kapelle zum Mahnmal beim Passieren des Eingangsbereichs die Plakate des Klägers in beträchtlicher Entfernung hätten sehen können, ist nicht von Relevanz. Es kann in keiner Weise davon ausgegangen werden, dass ihnen während der Feier die Meinungskundgabe des Klägers in irgendeiner unzulässigen Weise aufgedrängt worden wäre. Für die vom Verwaltungsgericht angenommene weitere räumliche und zeitliche Ausstrahlungswirkung des aus dem Sondernutzungsrecht fließenden Gestaltungsrechts fehlt es an jeglicher rechtlichen Grundlage; denn die allein auf der Grundlage der Friedhofssatzung gewährte Sondernutzung ermöglichte nicht die Einrichtung einer über den eigentlichen Veranstaltungsort hinausreichenden, von konkreten störenden Einwirkungen unabhängigen „Bannmeile“. Eine „negative Meinungsfreiheit“, verstanden als das Recht, von der Konfrontation mit abweichenden fremden Meinungen in jeglicher Weise verschont zu bleiben, gibt es nicht.

Auch im Jahr 2004 gab es schließlich keine hinreichend verlässlichen Anhaltspunkte, die die Prognose

hätte rechtfertigen können, dass der Kläger entgegen seinen Bekundungen in den eidesstattlichen Versicherungen wie in früheren Jahren auf das Gelände des Friedhofs vordringen würde. Nach den Mitteilungen der Beklagten im Klageverfahren war schon in den Jahren 2001 und 2002 kein Anlass für ein polizeiliches Einschreiten gegeben. Allein die lautstarke Auseinandersetzung um eine polizeiliche Anordnung gab für weitergehende Befürchtungen keine hinreichende Tatsachengrundlage; insbesondere spricht alles dafür, dass die in der damaligen Beschlagnahmeverfügung liegende Wegnahmeanordnung kurzfristig und damit rechtzeitig vor Beginn der Gedenkfeier vollstreckt werden konnte, so dass weitere akustische Störungen nicht mehr zu besorgen waren.

#### *b. Verstoß gegen das Feiertagsgesetz*

Die Versammlungen mit dem vom Kläger verfolgten Anliegen verstießen nicht gegen die Vorschriften des Gesetzes über die Sonntage und die Feiertage (Feiertagsgesetz - FTG) vom 08.05.1995 (GBl. S. 450). Der Volkstrauertag genießt zwar über den allgemeinen Schutz des Sonntags hinaus einen besonderen gesetzlichen Schutz; dieser hinderte das Auftreten des Klägers jedenfalls in der vom ihm gewählten konkreten Art und Weise aber nicht.

Nach § 8 Abs. 3 FTG können u.a. am Volkstrauertag öffentliche Veranstaltungen und Vergnügungen, auch soweit sie nach § 7 Abs. 2 FTG - diese Bestimmung bezweckt den Schutz der Hauptgottesdienstzeiten - nicht verboten sind, von der Kreispolizeibehörde auf Antrag der Ortspolizeibehörde verboten werden, wenn sie nach den besonderen örtlichen Verhältnissen Anstoß zu erregen geeignet sind. Wie der Vergleich mit § 7 Abs. 2 FTG deutlich macht, nimmt § 8 Abs. 3 FTG die in § 7 Abs. 2 Nr. 1 FTG ausdrücklich - in Abgrenzung zu öffentlichen Veranstaltungen und Vergnügungen - erwähnten öffentlichen Versammlungen von dieser Verbotsmöglichkeit aus. Darüber hinaus geht auch die Beklagte nicht davon aus, dass die Aktionen des Klägers von vornherein mit dem Charakter und der Würde des Volkstrauertags als eines Tags des stillen Gedenkens (siehe hierzu auch § 10 Abs. 1, § 11 FTG) unvereinbar seien; denn gegen das Zeigen der Plakate in der Innenstadt hat sie nach ihrer Einlassung in der mündlichen Verhandlung vor dem Verwaltungsgericht nichts einzuwenden. Ob und inwieweit die Eigenart des Volkstrauertags die Versammlungsfreiheit einzuschränken geeignet ist, bedarf hier keiner weiteren Vertiefung (siehe hierzu etwa OVG Rh.-Pf., Beschluss vom 24.11.2006 - 7 B 11487/06 - [juris]).

#### *c. Verstoß gegen Straßen- und Wegerecht*

Ein Verstoß gegen die öffentliche Sicherheit lag schließlich auch nicht darin, dass ausweislich eines Fotos im Jahre 2003 ein Plakat gegen das Kraftfahrzeug gelehnt auf dem Boden stand. Zwar überschreitet

die Verwendung von Plakatständern den straßenrechtlichen Gemeingebrauch auch auf Gehwegen und in Fußgängerbereichen (vgl. BVerwG, Urteil vom 24.08.1994 - 11 C 57.92 -, NVwZ-RR 1995, 129 m.N.). Demgegenüber liegt im Verhalten des Klägers ebenso wenig eine genehmigungspflichtige Sondernutzung wie im Verteilen von nicht gewerblichen Flugblättern (siehe BVerwG, Urteil vom 07.06.1978 - 7 C 5.78 -, BVerwGE 56, 63 [66 f.]). Dahinstehen kann, ob das Befestigen der Faltblätter unter den Scheibenschwischen geparkter Kraftfahrzeuge als unzumutbare Belästigung einzustufen ist und deswegen einen zivilrechtlichen Abwehrensanspruch des Kfz-Halters zur Folge hat (siehe hierzu Dahlen, MDR 1991, 1130; Köhler in: Hefermehl u.a. [Hg.], Wettbewerbsrecht, 25. Aufl. 2007, § 7 Rn. 31). Denn insoweit stünde einem polizeilichen Einschreiten die Subsidiaritätsklausel des § 2 Abs. 2 PolG entgegen. Im Übrigen hätte allein ein solcher Rechtsverstoß weder die Auflösung der Versammlung noch die Anordnung der Beseitigung der Plakate gerechtfertigt.

### 3. Öffentliche Ordnung gefährdet

Auf einen Verstoß gegen die öffentliche Ordnung konnten die polizeilichen Maßnahmen ebenso wenig gestützt werden.

#### a. Auslegung im Lichte der Meinungsfreiheit

Die Maßnahmen knüpfen an den Inhalt der mit den Plakaten und Flugblättern kundgetanen Meinungsäußerungen an, die nach Ansicht des Verwaltungsgerichts mit dem Anliegen des Volkstrauertags nicht in Einklang stehen. Danach sind die Anordnungen, auch wenn sie zugleich auf eine Beschränkung der Versammlungsfreiheit abzielen, am Maßstab des Art. 5 GG zu messen.

Eine inhaltliche Begrenzung von Meinungsäußerungen hat sich, auch wenn sie sich nur auf bestimmte Zeiten und Orte beschränkt, im Rahmen der Schranken des Art. 5 Abs. 2 GG zu bewegen. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (siehe insbesondere Beschluss vom 23.06.2004 - 1 BvQ 19/04 -, BVerfGE 111, 147 [155 f.]) haben die hier einschlägigen „allgemeinen Gesetze“ ihre Ausformung insbesondere in der Strafrechtsordnung gefunden, während auf den Begriff der öffentlichen Ordnung mangels tatbestandlicher Eingrenzung nicht zurückgegriffen werden darf. Die Grenzen des Strafrechts überschreiten aber die Äußerungen auf den Plakaten offensichtlich nicht. Beim Inhalt des Faltblatts ist hierfür gleichfalls nichts

ersichtlich. Auch die Strafverfolgungsbehörden haben keinen Anlass zu Ermittlungen gegen den Kläger gesehen. Schließlich bildet die öffentliche Ordnung keine verfassungsunmittelbare Grundrechtsschranke (vgl. Beschluss vom 23.06.2004 - 1 BvQ 19/04 -, BVerfGE 111, 147 [157 f.]). Die Sperrwirkung der Vorschriften, die der Abwehr von Beeinträchtigungen der Grundlagen einer freiheitlichen demokratischen Ordnung mit den Mitteln des Rechtsstaats dienen sollen, steht der Annahme entgegen, sonstige Maßnahmen könnten ohne Beachtung des Vorbehalts des Gesetzes mit dem Schutz der Wertordnung des Grundgesetzes gerechtfertigt werden.

#### b. Keine Provokationswirkung

Das Verwaltungsgericht verweist des Weiteren auf eine „provokante Art und Weise der Meinungsäußerung“ und nimmt Bezug auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (vgl. Beschluss vom 23.06.2004 - 1 BvQ 19/04 -, BVerfGE 111, 147 [156 f.] m.N. aus der Rspr. der 1. Kammer des 1. Senats). Danach können Beschränkungen der Art und Weise der Durchführung von Versammlungen - des äußeren Versammlungsgeschehens - auch zur Abwehr von Gefahren für die öffentliche Ordnung angeordnet werden. Hiernach ist es rechtlich unbedenklich, wenn aggressives und provokatives, die Bürger einschüchterndes Verhalten der Versammlungsteilnehmer verhindert werden soll, durch das ein Klima der Gewaltdemonstration und potenzieller Gewaltbereitschaft erzeugt wird. Die öffentliche Ordnung kann des Weiteren verletzt sein, wenn Rechtsextremisten einen Aufzug an einen speziell der Erinnerung an das Unrecht des Nationalsozialismus und den Holocaust dienenden Feiertag so durchführen, dass von seiner Art und Weise Provokationen ausgehen, die das sittliche Empfinden der Bürgerinnen und Bürger erheblich beeinträchtigen. Gleiches gilt, wenn ein Aufzug sich durch sein Gesamtgepräge mit den Riten und Symbolen der nationalsozialistischen Gewaltherrschaft identifiziert und durch Wachrufen der Schrecken des vergangenen totalitären und unmenschlichen Regimes andere Bürger einschüchtert. Von einem auch nur annähernd vergleichbaren Verhalten kann im vorliegenden Fall keine Rede sein; denn der Kläger beschränkte sich jeweils auf eine stille „Mahnwache“, die als solche in keiner Weise aggressiv und Angst einflößend wirkte. Nicht die Art und Weise der Meinungsäußerung des Klägers war je nach Empfängerhorizont geeignet zu provozieren, sondern deren Inhalt.

**Standort: VwGO****Problem: Klage auf Baugenehmigung nach Bescheidungsurteil**

VGH MÜNCHEN, URTEIL VOM 26.01.2007  
1 BV 02.2147 (NVwZ-RR 2007, 736)

**Problemdarstellung:**

In diesem baurechtlichen Fall geht es um die Frage, wie ein Kläger (Kl.), der ein rechtskräftiges Bescheidungsurteil nach § 113 V 2 VwGO erstritten hat (hier: Neubescheidung seines Baugenehmigungsantrags), seinen Anspruch auf Neubescheidung durchsetzen kann, und welche Gegenrechte der Behörde zustehen.

I. Grundsätzlich sieht § 172 VwGO die Möglichkeit vor, ein Zwangsgeld gegen die ihrer Neubescheidungspflicht nicht nachkommenden Behörde zu erwirken. Abgesehen von dessen bescheidener Höhe (max. 10.000 Euro), die eine wirklich hartnäckige Behörde kaum beeindruckt wird, bringt dieser Weg dem Kl. die erhoffte Genehmigung immer noch nicht ein (und - um Missverständnisse zu vermeiden - auch nicht die 10.000 Euro, denn die fließen nicht ihm, sondern der Staatskasse zu).

II. Deshalb hält es der VGH München im vorliegenden Urteil für zulässig, eine erneute Verpflichtungsklage auf Erlass der begehrten Neubescheidung zu erheben. Ein allgemeines Rechtsschutzinteresse für diese bestehe; § 172 VwGO sei wegen seiner erwähnten Uneffektivität jedenfalls dann kein das Rechtsschutzinteresse entfallen lassender "einfacherer, besserer und schnellerer Weg", wenn die Behörde sich hartnäckig weigere, ihren Pflichten nachzukommen. Eine ganz andere - vom VGH nicht angesprochene - Frage ist natürlich, was dem Kl. dieser Weg letztendlich bringen soll. Abgesehen davon, dass er wiederum über Jahre durch die Instanzen führt, stünde am Ende bestenfalls erneut ein Titel, den es zu vollstrecken gälte. Weigerte sich die Behörde auch hier, wird man ihm wohl kaum empfehlen können, noch eine dritte Klage durchzuführen usw.

III. Hält man eine erneute Verpflichtungsklage mit dem VGH aber dennoch für zulässig, stellt sich die weitere Frage, ob sich die Behörde in dieser auf Maßnahmen berufen kann, die sie in der Zwischenzeit ergriffen hat, um den Anspruch des Klägers aus dem ersten Urteil untergehen zu lassen (hier: Erlass eines neuen Bebauungsplans und einer Veränderungssperre, um die Baugenehmigung nicht erteilen zu müssen). Die Beantwortung dieser Frage hängt davon ab, welche Bindungswirkung man einem Bescheidungsurteil beimisst. Dies ist umstritten: Nach einer Ansicht soll die Rechtskraftbindung eines Bescheidungsurteils nach § 113 V 2 VwGO (anders als die eines Vornahmemeurteils nach § 113 V 1 VwGO) Änderungen der Sach- und Rechtslage überhaupt nicht entgegen stehen, mit der Folge, dass die Behörde diese von Amts-

wegen berücksichtigen könnte (und müsste). Nach anderer Ansicht muss bei einem Bescheidungs- wie Vornahmemeurteil jede Änderung erst im Wege einer Vollstreckungsgegenklage (§§ 173 VwGO i.V.m. 767 ZPO) geltend gemacht werden, bevor sie beachtlich ist.

IV. Der VGH München tendierte ersichtlich zur zweiten Ansicht (die eine Mindermeinung ist), stand aber nun vor dem Problem, dass eine Vollstreckungsgegenklage im vorliegenden Fall gar nicht möglich war, weil der Kl. sein erstes Bescheidungsurteil ja gar nicht durch Vollstreckung, sondern mittels einer neuen Klage durchzusetzen versuchte - eine Vorgehensweise, die der VGH im ersten Schritt (s.o. II.) für zulässig gehalten hatte. Um sich aus dieser Patsche zu helfen, vertritt der Senat die Ansicht, dass es in dieser Spezialkonstellation ausnahmsweise keiner Vollstreckungsgegenklage bedürfe. Dies hatte den weiteren Vorteil, dass das Gericht den Meinungsstreit offen lassen konnte, denn ob die Vollstreckungsgegenklage generell (h.M.) oder nur in diesem Spezialfall (Tendenz des VGH München) entbehrlich sein soll, konnte dahin stehen.

**Prüfungsrelevanz:**

Das Urteil bietet einen Ausflug in das Verwaltungsprozessrecht einschließlich des Vollstreckungsrechts auf höchster Ebene. Es ist wegen der Schwierigkeit der behandelten Materie wohl eher für Referendare als für Kandidaten im ersten Staatsexamen von Bedeutung. Allerdings zeigt das Urteil auch, wie leicht sich die verwaltungsprozessualen Probleme mit materiellem Recht (hier: Baurecht) kombinieren lassen - ein Umstand, der die Examensrelevanz des Urteils weiter erhöht.

**Vertiefungshinweise:**

Vollstreckung von Bescheidungsurteilen nach § 172 VwGO: *OVG Lüneburg*, NVwZ-RR 2006, 742

Keine Bindungswirkung eines Bescheidungsurteils nach Änderung der Sach- oder Rechtslage: *BVerwG*, NJW 1996, 737; *VGH Kassel*, NVwZ 1999, 805

**Leitsätze:**

**1. Lehnt die Bauaufsichtsbehörde den Antrag des Bauherrn, ihm in Erfüllung eines rechtskräftigen Bescheidungsurteils die beantragte Baugenehmigung zu erteilen, förmlich ab, dann darf der Bauherr den geltend gemachten "Erfüllungsanspruch" mit einer Verpflichtungsklage weiterverfolgen; er muss sich nicht auf einen Vollstreckungsantrag gem. § 172 VwGO verweisen lassen.**

**2. Zu der Frage, wie sich eine nachträgliche Änderung der Rechtslage durch das Inkrafttreten einer**

**Veränderungssperre oder eines Bebauungsplans auf die Verpflichtung der Behörde aus einem rechtskräftigen Bescheidungsurteil auswirkt.**

**3. Ein zur Unwirksamkeit einer Bebauungsplanfestsetzung führender Fehler kann nicht behoben werden, indem die fehlerhafte Festsetzung (hier: die Festsetzung eines Mischgebiets) geändert wird; zur Behebung des Mangels muss die Festsetzung insgesamt neu getroffen werden.**

**4. Das Ausnahmeermessen gem. § 31 I BauGB ist kein Ersatz für unterbliebene oder fehlgeschlagene bauplanungsrechtliche Festsetzungen auf der Grundlage von § 1 VI und IX BauNVO.**

#### *Sachverhalt:*

Der Kl. begehrt eine Baugenehmigung für die Änderung eines "Restaurant-Cafes mit Billard" in eine "Kleingastronomie" und eine "Billard-Spielhalle". Mit der Klage verfolgt er seinen Bauantrag weiter, für den er in einem ersten Klageverfahren ein rechtskräftiges Bescheidungsurteil erstritten hat. Als Reaktion auf dieses Urteil erließ die Beigel. zunächst eine Veränderungssperre; dann änderte sie den vom VG im Vorprozess für unwirksam gehaltenen Bebauungsplan. Der Bekl. lehnte die Erteilung der Baugenehmigung zunächst unter Berufung auf diese bauplanungsrechtlichen Schritte ab; nunmehr beruft er sich auf eine weitere Veränderungssperre der Beigel.

Das VG wies die Klage ab. Die vom VG zugelassene Berufung des Kl. hatte Erfolg.

#### *Aus den Gründen:*

Die Berufung hat Erfolg. Das angefochtene Urteil muss geändert werden, weil die Klage zulässig (I.) und begründet (II.) ist.

#### *I. Zulässigkeit der Klage*

1. Die Klage ist zulässig. Das Rechtsschutzinteresse für die Verpflichtungsklage (§ 42 I Alt. 2 VwGO) ist gegeben; der Kl. muss sein Anliegen nicht im Vollstreckungsverfahren (§ 172 VwGO) verfolgen.

#### *1. Klägerbegehren*

Der Kl. will mit der Verpflichtungsklage erreichen, dass der Bekl. verurteilt wird, die ihm durch das Urteil des VG vom 16.11.2000 rechtskräftig auferlegte Verpflichtung, über den Bauantrag vom Oktober 1998 unter Beachtung der Rechtsauffassung des VG neu zu entscheiden, durch Erteilung der Baugenehmigung zu erfüllen. Nach Auffassung des Kl. kann die erneute Entscheidung des Landratsamts nur zu diesem Ergebnis führen.

#### *2. Allg. Rechtsschutzinteresse*

Das Rechtsschutzinteresse für diese Klage fehlt entgegen der Auffassung der Beigel. nicht deswegen, weil der Kl. zur Durchsetzung der Verpflichtung des Bekl.

die Androhung und Festsetzung eines Zwangsgeldes beantragen kann (§ 172 VwGO).

#### *a. § 172 VwGO möglich*

Zwar stand dem Kl. als Vollstreckungsgläubiger diese Möglichkeit wohl offen; entgegen einer teilweise vertretenen Auffassung (Stürer, in: FS Menger, S. 779 [794] m.w.N.; Pietzner, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, § 172 Rdnr. 34) hätte der Kl. wohl nicht auf die Erhebung einer Verpflichtungsklage verwiesen werden dürfen, wenn er nach Erlass des Ablehnungsbescheids vom 8.5.2001 und Zurückweisung seines Widerspruchs zur Vollstreckung des Bescheidungsurteils (neben einer Anfechtung der neuen Ablehnungsbescheide) gem. § 172 VwGO die Festsetzung eines Zwangsgeldes gegen den Bekl. beantragt hätte.

#### *b. Kein Vorrang des § 172 VwGO vor erneuter Klage*

Der Kl. war aber wohl nicht gezwungen, diesen Weg zu beschreiten. Jedenfalls dann, wenn die Behörde - wie hier - auf das Begehren, über einen Bauantrag entsprechend einer rechtskräftig festgestellten Verpflichtung neu zu entscheiden, nicht nur nicht reagiert, sondern den Antrag erneut ablehnt, erscheint der Vollstreckungsantrag nicht als der einfachere, schnellere sowie kostengünstigere und damit unter dem Gesichtspunkt des Rechtsschutzinteresses vorrangige Weg zur Durchsetzung des "Erfüllungsanspruchs". Da der Vollstreckungsgläubiger bei dieser Ausgangslage jedenfalls gegen den neuen negativen Bescheid und dessen Bestätigung durch die Widerspruchsbehörde Klage erheben muss, um den Eintritt der Bestandskraft zu verhindern, erscheint es sachgerecht, dass der Gläubiger auch den Anspruch auf Erteilung der Genehmigung, der ihm seiner Auffassung nach auf Grund des im Vorprozess ergangenen Urteils zusteht, nicht im Vollstreckungsverfahren durchsetzen muss, sondern auch diesen Anspruch im Klagewege - und damit in einem neuen Erkenntnisverfahren - weiterverfolgen darf.

#### *II. Begründetheit der Klage*

Die Klage ist begründet. Der Bekl. ist zur Erteilung der im Oktober 1998 beantragten Baugenehmigung zu verpflichten (§ 113 V 1 VwGO), weil hinsichtlich der im rechtskräftigen Urteil vom 16.11.2000 bejahten Genehmigungsvoraussetzungen keine bei der erneuten Entscheidung über den Bauantrag zu berücksichtigende, zu einer negativen Beurteilung des Vorhabens führende Änderung der Rechtslage eingetreten ist (1.) und weil das Vorhaben auch bezüglich der im Vorprozess noch nicht rechtskräftig festgestellten Genehmigungsvoraussetzungen nicht i.S. von Art. 72 I 1 Halbs. 1 BayBauO den nach Art. 73 I BayBauO im vereinfachten Baugenehmigungsverfahren zu prüfenden Vorschriften widerspricht (2.).

### 1. Keine Änderung der Rechtslage

Zu dem für das Berufungsurteil maßgebenden Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung sind Prüfungsmaßstab für die allein strittige bauplanungsrechtliche Zulässigkeit hinsichtlich der Art der baulichen Nutzung §§ 34 II und 31 I BauGB sowie § 8 III Nr. 3 BauNVO. Dies ergibt sich allerdings nicht schon daraus, dass der Bekl. und die Beigel. gehindert wären, dem Kl. in diesem Verfahren eine Änderung der bauplanungsrechtlichen Lage, die zu einer negativen Beurteilung der im Vorprozess bejahten Genehmigungsvoraussetzungen führt, entgegenzuhalten (a). Die genannten Vorschriften sind vielmehr deswegen (wieder) Prüfungsmaßstab, weil die bauplanungsrechtlichen Schritte, welche die Beigel. als Reaktion auf das rechtskräftige Bescheidungsurteil unternommen hat, um das Vorhaben zu verhindern, nicht wirksam geworden sind bzw. dem Kl. gegenüber ohne Folgen bleiben (b).

#### a. Grundsätzliche Zulässigkeit gegenläufiger Maßnahmen

Der Bekl. und die Beigel. dürften in diesem Verfahren dem rechtskräftig festgestellten Anspruch des Kl. auf erneute Entscheidung über seinen Bauantrag unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts eine Änderung der bauplanungsrechtlichen Lage durch das Inkrafttreten einer Veränderungssperre oder eines Bebauungsplans entgegenhalten. Dies gilt ohne Weiteres, wenn man der verbreiteten Auffassung folgt, dass die Bindungswirkung eines rechtskräftigen Bescheidungsurteils mit einer entscheidungserheblichen Änderung der Sach- und Rechtslage entfallt (aa). Aber auch wenn man diese Ansicht bei einer Änderung, welche die gesetzlichen Voraussetzungen der erneuten Behördenentscheidung betrifft, nicht teilt und insoweit hinsichtlich der Bindungswirkung keinen Unterschied zwischen einem Bescheidungsurteil und einem Verpflichtungsurteil macht, ergibt sich in diesem Fall nichts Anderes (bb).

#### aa. Erste Ansicht: Beachtlichkeit von Änderungen bei Bescheidungsurteilen

Nach einer verbreiteten Auffassung zum Umfang der Bindungswirkung eines rechtskräftigen Bescheidungsurteils wäre eine durch Bauleitplanung der Beigel. bewirkte Änderung der für die Beurteilung des Vorhabens maßgeblichen bauplanungsrechtlichen Vorschriften in diesem Verfahren ohne Weiteres zu berücksichtigen. Nach dieser Auffassung entfällt die Bindungswirkung eines rechtskräftigen Bescheidungsurteils nämlich, wenn sich die entscheidungserhebliche Sach- und Rechtslage nachträglich geändert hat (BVerwG, NJW 1996, 737 = BayVBl 1995, 605). Ein rechtskräftiges Bescheidungsurteil habe keine weitergehende Bindungswirkung als ein zurückweisendes Urteil gem. §§ 130 II, 144 III 1 Nr. 2 VwGO; aus diesem Grund

lasse eine Änderung der Rechtslage, welche die Voraussetzungen der von der Behörde auf Grund des Urteils zu treffenden Ermessensentscheidung betrifft, die Bindungswirkung ohne Weiteres entfallen (VGH Kassel, NVwZ 1999, 805; Pietzner, in: Schoch/Schmid-Aßmann/Pietzner, VwGO, § 172 Rdnr. 34; Kilian, in: Sodan/Ziekow, VwGO, 2. Aufl., § 121 Rdnr. 86 jeweils m.w.N.).

#### bb. Zweite Ansicht: Nur Vollstreckungsgegenklage möglich

Eine Rechtsänderung infolge der Bauleitplanung der Beigel. wäre - als Einwand gegen den zu vollstreckenden Anspruch - aber auch dann (ausnahmsweise) in diesem Klageverfahren zu berücksichtigen, wenn man der nach Auffassung des Senats vorzugswürdigen Ansicht folgt, dass sich die Bindungswirkung eines Bescheidungsurteils nicht von der eines Verpflichtungsurteils unterscheidet, soweit es um die rechtlichen Voraussetzungen der erneuten Behördenentscheidung geht. Nach dieser Auffassung muss die Behörde den Einwand, dass die Voraussetzungen des zu erfüllenden Anspruchs infolge einer Rechtsänderung entfallen seien, zwar auch bei einem Bescheidungsurteil grundsätzlich im Wege der Vollstreckungsgegenklage geltend machen.

#### cc. Sonderfall: Durchsetzung des Urteils nicht durch Zwangsvollstreckung, sondern durch neues Klageverfahren

Da sich der Kl. in diesem Fall jedoch nicht auf das Vollstreckungsverfahren gem. § 172 VwGO verweisen lassen muss, sondern seinen titulierten Anspruch mit der Verpflichtungsklage durchsetzen darf (wie unter I. dargelegt wurde), dürften auch der Bekl. und der Beigel. für das Geltendmachen von Einwendungen gegen diesen Anspruch nicht auf die Vollstreckungsgegenklage verwiesen werden.

Nach der Rechtsprechung des BVerwG darf die Bauaufsichtsbehörde einer durch Urteil rechtskräftig festgestellten Verpflichtung zur Erteilung einer Baugenehmigung (§ 113 V 1 VwGO) eine von der Gemeinde durch Bauleitplanung herbeigeführte Änderung der Rechtslage entgegenhalten. Die Behörde darf sich ihrer Verpflichtung aus dem Urteil aber nicht im Vollstreckungsverfahren entziehen, indem sie die Erteilung der Genehmigung unter Berufung auf die geänderte Rechtslage ablehnt bzw. gegen eine Zwangsgeldandrohung (§ 172 VwGO) Beschwerde einlegt. Da es sich um eine Einwendung gegen den zu vollstreckenden Anspruch handelt, muss die Behörde grundsätzlich Vollstreckungsgegenklage (§ 173 VwGO und § 767 ZPO) erheben (BVerwGE 70, 227; BVerwG, NVwZ 2003, 214).

Nach Auffassung des Senats spricht viel dafür, dass dies auch dann gilt, wenn einer durch ein rechtskräftiges Bescheidungsurteil festgestellten Verpflichtung

der Behörde zur erneuten Entscheidung über den Bauantrag des Kl. unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts (§ 113 V 2 VwGO) eine Änderung der bauplanungsrechtlichen Lage durch das Inkrafttreten einer Veränderungssperre oder eines Bebauungsplans entgegengehalten werden soll. Auch bei einem Bescheidungsurteil handelt es sich um ein Endurteil (§§ 107, 113 VwGO). Soweit ein Bescheidungsurteil die Voraussetzungen der Ermessensentscheidung bejaht, zu deren Erlass die Behörde verpflichtet wird, unterscheidet sich seine Rechtskraftwirkung (§ 121 VwGO) nicht von der eines Verpflichtungsurteils. Dementsprechend wäre der Einwand des Bekl. und der Beigel., dass die im Vorprozess angenommenen Voraussetzungen des Anspruchs auf erneute Entscheidung über den Bauantrag (Beurteilung des Vorhabens hinsichtlich der Art der baulichen Nutzung nach §§ 34 II und 31 I BauGB sowie § 8 III Nr. 3 BauNVO) mit dem Inkrafttreten zunächst der am 10.1.2001 bekannt gemachten Veränderungssperre, dann der am 12.4. sowie am 4.11.2002 bekannt gemachten ersten Änderung des Bebauungsplans und schließlich der am 16.12.2006 bekannt gemachten neuen Veränderungssperre entfallen seien, nicht in einem Vollstreckungsverfahren zu berücksichtigen. Da dieser Einwand die von der Bindungswirkung des Bescheidungsurteils erfassten Rechtsvoraussetzungen des rechtskräftig festgestellten Anspruchs betrifft und nicht seine Durchsetzung im Wege der Vollstreckung, muss der Einwand vielmehr in einem Klageverfahren geltend gemacht werden; denn das Entfallen eines in einem Erkenntnisverfahren rechtskräftig festgestellten Anspruchs infolge einer Rechtsänderung kann nur in einem Klageverfahren festgestellt werden (BVerwG, NVwZ-RR 2002, 314; vgl. auch Eyermann/Rennert, VwGO, 12. Aufl., § 121 Rdnr. 32 - Berücksichtigung neuer Umstände bei einem Bescheidungsurteil "ohne Weiteres" zulässig, wenn diese den offen gebliebenen Spielraum der Behörde betreffen).

Jedoch muss das Klageverfahren nicht stets das Verfahren einer Vollstreckungsgegenklage sein. Verfolgt

der Vollstreckungsgläubiger, wie hier, den ihm auf Grund eines Bescheidungsurteils zustehenden Anspruch zulässigerweise im Wege einer Verpflichtungsklage, dann darf der Vollstreckungsschuldner seine Einwände gegen diesen Anspruch auch in diesem Klageverfahren geltend machen. Den Vollstreckungsschuldner auch bei dieser Ausgangslage, bei der über die Durchsetzung des titulierten Anspruchs nicht im Vollstreckungsverfahren, sondern in einem Erkenntnisverfahren entschieden wird, auf die Vollstreckungsgegenklage zu verweisen, widerspricht den Grundsätzen der Waffengleichheit und der Prozessökonomie.

#### *b. Unwirksamkeit der Änderungsmaßnahmen*

Die Vorschriften des § 34 II BauGB sowie des § 31 I BauGB i.V. mit § 8 III Nr. 3 BauNVO sind wieder Prüfungsmaßstab für die bauplanungsrechtliche Beurteilung der Spielhalle, weil der Bebauungsplan "I-A" unwirksam ist, wie bereits das VG im Urteil vom 16.11.2000 festgestellt hat, weil die als Reaktion hierauf erlassene erste Veränderungssperre außer Kraft getreten ist, weil die erste Bebauungsplanänderung, mit der die Beigel. die Mängel der ursprünglichen Fassung dieses Bebauungsplans beheben wollte, nicht wirksam geworden ist und weil die Veränderungssperre, welche die neuesten bauplanungsrechtlichen Schritte der Beigel. sichern soll, dem Vorhaben des Kl. infolge einer mehr als vier Jahre währenden faktischen Zurückstellung des Bauantrags nicht mehr entgegengehalten werden kann. [Wird ausgeführt.]

#### *2. Anspruch auf Erteilung der Baugenehmigung*

Ist aber - als Folge des unter 1. Ausgeführten - die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit der Spielhalle hinsichtlich der allein strittigen Art der baulichen Nutzung auch zum Zeitpunkt der zweiten mündlichen Verhandlung vom 12.1.2007 nach §§ 34 II BauGB und § 31 I BauGB sowie § 8 III Nr. 3 BauNVO zu beurteilen, dann hat der Kl. einen Anspruch auf Erteilung der Baugenehmigung. Die Voraussetzungen dieser Vorschriften sind erfüllt. [Wird ausgeführt.]

**Standort: POR****Problem: Zurückbehaltungsrecht an sichergestellter Sache**

OVG HAMBURG, BESCHLUSS VOM 22.5.2007  
3 Bs 94/07 (NJW 2007, 3513)

**Problemdarstellung:**

Im Polizei- und Ordnungsrecht der Länder ist vielfach geregelt, dass die zuständige Behörde ein Zurückbehaltungsrecht an einer sichergestellten Sache geltend machen kann, bis der Eigentümer die Kosten der Sicherstellung beglichen hat. Im nachstehenden Fall wendete nun der Eigentümer eines sichergestellten Fahrzeugs ein, der Gesetzeszweck - die Realisierung der Sicherstellungskosten - sei bei ihm ohnehin nicht zu erreichen, weil er völlig vermögenslos sei. Deshalb müsse das Fahrzeug an ihn herausgegeben werden, die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts sei rechtsmissbräuchlich bzw. jedenfalls ermessensfehlerhaft.

Dem tritt das OVG Hamburg entgegen. Das Gesetz sehe für den Fall, dass die Kosten der Sicherstellung nicht beglichen werden, sogar die Verwertung der Sache durch die Behörde zum Zwecke der Kosteneintreibung vor (i.d.R. durch Versteigerung); um dies zu ermöglichen, sei es unerlässlich, dass sie sich noch im Besitz der Sache befinde, was wiederum voraussetze, dass sie auch bei Vermögenslosigkeit des Kostenschuldners ihr Zurückbehaltungsrecht ausüben dürfe.

Neben dieser Sicherungsfunktion sei es legitim, in die Ermessensentscheidung über die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts auch ein Druckelement aufzunehmen: Der Kostenschuldner soll angehalten werden, die Kosten zu begleichen. Dies kann auch bei Vermögenslosen sinnvoll sein, weil sie sich eventuell Geld beschaffen könnten.

Keine Rolle dürften hingegen General- oder Spezialpräventive Überlegungen spielen. Das Zurückbehaltungsrecht habe - jedenfalls nach den Motiven des hamburgischen Gesetzgebers - keine erzieherische Funktion.

**Prüfungsrelevanz:**

Zurückbehaltungsrechte an sichergestellten Sachen sind in vielen Polizei- und Ordnungsgesetzen der Länder geregelt (vgl. neben dem hier einschlägigen § 14 HmbSOG z.B. §§ 46 PolG NRW, 28 BbgPolG, 48 SOG LSA, 25 ThürOBG, 29 NdsSOG). Ihre Ausübung, die übrigens keinen Verwaltungsakt darstellt, sondern eine Willenserklärung, steht im Ermessen der Behörde. Im Rahmen der Ermessensprüfung ist ggf. zu erörtern, ob Ermessensfehler begangen worden sind: Ob sich die Behörde von zulässigen Kriterien hat leiten lassen - nach Ansicht des OVG Hamburg Druck- und Sicherungs-, nicht aber Präventivfunktion -, wäre unter *Ermessensfehlgebrauch* zu erörtern. Läge ein besonderer Ausnahmefall vor, in dem der Kostenschuldner die

Kosten nicht begleichen kann, dennoch aber auf die Sache dringend angewiesen ist, kann das Beharren auf dem Zurückbehaltungsrecht unverhältnismäßig sein, was zu einer *Ermessensüberschreitung* führt. Macht sich die Behörde schließlich über den Einzelfall gar keine Gedanken, sondern übt sie ihr Zurückbehaltungsrecht ausnahmslos aus, liegt ein *Ermessensnichtgebrauch* vor. All diese Fehler werden im vorliegenden Beschluss auch angesprochen.

Wichtig ist noch der Hinweis, dass die Sicherstellung einer Sache nicht mit der Anwendung von Verwaltungszwang, insbesondere mit einer Ersatzvornahme, verwechselt werden darf. Im Bereich des Verwaltungszwangs regeln die entsprechenden Polizei- bzw. Verwaltungsvollstreckungsgesetze der Länder ein Zurückbehaltungsrecht - soweit ersichtlich - nämlich gerade nicht! Die Abgrenzung zwischen Sicherstellung und Ersatzvornahme kann (gerade beim hier einschlägigen Fall des Abschleppens eines Pkw mit anschließender Verwahrung) schwierig sein (vgl. dazu die Vertiefungshinweise).

**Vertiefungshinweise:**

- Ausübung des Zurückbehaltungsrechts an sichergestellter Sache: *OVG Münster*, DVBl 1983, 1074
- Tragung der Kosten für Verwahrung eines KfZ: *VGH Mannheim*, NJW 2007, 1375
- Zur Abgrenzung von Sicherstellung und Ersatzvornahme: *OVG Münster*, RA 2000, 349 = NWVBl 2000, 216; *Schenke*, NJW 1983, 369, 372

**Kursprogramm:**

- Examenskurs* : "Das Halteverbot"
- Examenskurs* : "Die defekte Parkuhr"

**Leitsätze:**

- 1. Die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts an einem sichergestellten Fahrzeug nach § 14 Abs. 3 Satz 5 HmbSOG steht im Ermessen der Behörde. Es stellt keinen Ermessensfehler dar, dass die Behörde eine Interessenabwägung im Einzelfall erst dann vornimmt, wenn der Kostenpflichtige konkrete Gründe vorträgt, die es seines Erachtens unzumutbar machen, sich das Zurückbehaltungsrecht entgegen halten zu lassen.**
- 2. Die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts wird nicht dadurch unzulässig, dass der Kostenpflichtige geltend macht, zur Begleichung der Kosten nicht in der Lage zu sein und den drohenden Eigentumsverlust durch Verwertung des sichergestellten Fahrzeugs nicht abwenden zu können. Dies gilt auch dann, wenn die Verwertung wegen des gerin-**

gen Werts des Fahrzeugs nur einen Teil der Kostenforderung decken kann.

**3. Die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts kann im Einzelfall gegen das Übermaßverbot verstoßen, wenn der Kostenpflichtige glaubhaft macht, die Kosten nicht kurzfristig begleichen zu können und das sichergestellte Fahrzeug aus zwingenden Gründen dringend und unverzüglich zu benötigen.**

**Sachverhalt:**

Der Antragsteller möchte im Wege des vorläufigen Rechtsschutzes erreichen, dass ihm sein wegen verbotswidrigen Parkens abgeschlepptes und bei der Verwahrstelle der Antragsgegnerin sichergestelltes Fahrzeug wieder ausgehändigt wird, ohne dass er zuvor die Kosten der Sicherstellung und Verwahrung begleichen muss.

Der Antragsteller trägt vor, ein Zurückbehaltungsrecht der Antragsgegnerin an seinem Fahrzeug bestehe nicht. Dessen Ausübung komme im vorliegenden Fall einer unzulässigen Rechtsausübung gleich, da der Zweck des Zurückbehaltungsrechts, eine zügige Bezahlung der offenen Kosten zu gewährleisten und Außenstände zu verhindern, wegen der Einkommens- und Vermögenslosigkeit des Antragstellers und seiner damit verbundenen Unfähigkeit, das Fahrzeug auszulösen, nicht erreichbar sei. Vielmehr führe die Vorgehensweise der Antragsgegnerin faktisch zur Verwertung des Fahrzeugs nach § 14 Abs. 4 HmbSOG und komme damit nicht bloß, wie dies dem Wesen des Zurückbehaltungsrechts entspreche, der Geltendmachung einer Einrede gleich, sondern einer unzulässigen Aufrechnung.

**Aus den Gründen:**

Die von dem Antragsteller mit der Beschwerde vom 10. April 2007 dargelegten Gründe, die das Beschwerdegericht gemäß § 146 Abs. 4 Satz 6 VwGO ausschließlich zu prüfen hat, führen nicht zum Erfolg der Beschwerde. Aus ihnen ergibt sich nicht, dass das Verwaltungsgericht den begehrten vorläufigen Rechtsschutz zu Unrecht versagt hätte.

**A. Bestehen eines Zurückbehaltungsrechts**

Die Ausübung eines Zurückbehaltungsrechts gemäß § 14 Abs. 3 Satz 5 HmbSOG wird nicht schon dadurch unzulässig, dass der Gebührenpflichtige erklärt, zur Begleichung der Kosten nicht in der Lage zu sein (vgl. dazu auch die nachfolgenden Ausführungen). In dem Fall, dass sich diese Situation nicht ändert, bietet § 14 Abs. 4 Satz 2 HmbSOG allerdings die Möglichkeit der Verwertung, falls die weitere Aufbewahrung der sichergestellten Sache mit unverhältnismäßig großen Kosten verbunden ist; gerade bei einem geringwertigen Fahrzeug kann sich für die Antragsgegnerin eine solche Vorgehensweise anbieten, um wenigstens einen Teil der offenen Kosten decken zu können. Soweit

dadurch der Herausgabeanspruch des Fahrzeughalters bzw. -eigentümers bzgl. des Fahrzeugs nicht mehr bloß mit einer Einrede der Antragsgegnerin behaftet ist, sondern erlischt, ist dies eine in § 14 Abs. 5 HmbSOG vorausgesetzte Rechtsfolge des Verwertungsrechts.

**B. Ermessensausübung**

Der Antragsteller trägt weiter vor, die Antragsgegnerin habe von dem ihr nach § 14 Abs. 3 (Satz 5) HmbSOG eröffneten Ermessen keinen Gebrauch gemacht, sondern sich offenbar rechtsirrig als gebunden angesehen.

**I. Ermessensnichtgebrauch**

Diese Rüge greift ebenfalls nicht durch. Es trifft zwar vom rechtlichen Ansatz her zu, dass die Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechts nach § 14 Abs. 3 Satz 5 HmbSOG im Ermessen der Antragsgegnerin steht, auch wenn es sich dabei nicht um einen Verwaltungsakt handelt, sondern um eine öffentlich-rechtliche Willenserklärung, die auf einer gleichgeordneten rechtlichen Ebene erfolgt (vgl. OVG Münster, Urt. v. 26.5.1983, DVBl. 1983 S. 1074; Schwemer/Heinze, Hamburger SOG 2005, § 14 Rdnr. 16); die Weigerung, ein sichergestelltes Fahrzeug herauszugeben, ist rechtswidrig, wenn die Antragsgegnerin von dem ihr eingeräumten Ermessen nicht (rechtmäßig) Gebrauch gemacht hat.

Im vorliegenden Fall ist bei der Antragsgegnerin jedoch kein Ermessensausfall festzustellen. Sie hat (vgl. ihren Schriftsatz vom 16.3.2007 und zuletzt die Beschwerdeerwiderung vom 26. April 2007) die Umstände des vorliegenden Einzelfalls berücksichtigt und sich entschlossen, das Zurückbehaltungsrecht weiterhin auszuüben; dies beruht nicht zuletzt darauf, dass der Antragsteller nach ihrer Würdigung nicht glaubhaft gemacht hat, zwingend auf das VW-Wohnmobil angewiesen zu sein.

Der Umstand, dass die Antragsgegnerin im Übrigen in Fällen der Sicherstellung verkehrswidrig abgestellter Fahrzeuge zunächst generell ihr Zurückbehaltungsrecht ausübt (bzw. den Betreiber der Verwahrstelle entsprechend anweist) und daran festhält, solange ihr keine Besonderheiten des Einzelfalls bekannt werden, die eine abweichende Bewertung gebieten, bedeutet ebenfalls keinen Ermessensausfall und ist auch nicht sonst ermessensfehlerhaft. Die Antragsgegnerin darf zunächst vom Regelfall ausgehen und bei ihrer Entscheidung für die Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts an die typischen Gegebenheiten dieser Fallgruppe anknüpfen, die üblicherweise nicht erkennen lassen, weshalb die sofortige Zahlung der Sicherstellungs- und Verwahrungskosten Zug um Zug gegen die Herausgabe des Fahrzeugs unzumutbar sein sollte (vgl. OVG Münster, Urt. v. 26.5.1983, a.a.O. S. 1074 f.). Dementsprechend ist es rechtlich nicht zu beanstanden, dass die Antragsgegnerin erst dann eine

Interessenabwägung im Einzelfall vornimmt, wenn der Betroffene konkrete Gründe vorträgt, die es seines Erachtens unzumutbar machen, sich das Zurückbehaltungsrecht entgegen halten zu lassen.

## II. Ermessensfehlgebrauch

Der Antragsteller trägt mit der Beschwerde vor, die Antragsgegnerin könne ihr Ermessen nur dahin rechtmäßig ausüben, dass sie von dem Zurückbehaltungsrecht nicht mehr weiter Gebrauch mache und ihm das Fahrzeug zurückgebe. Die weitere Ausübung des Zurückbehaltungsrechts sei für das Erreichen des gesetzlich vorgesehenen Zwecks untauglich, da die Antragsgegnerin ihre Forderung auf solche Weise nicht durchsetzen könne; selbst eine anschließende Verwertung des Fahrzeugs führe auf Grund seines hohen Alters nicht zum Ausgleich der Kosten. Eine weitere Aufrechterhaltung des Zurückbehaltungsrechts sei daher unverhältnismäßig und rechtsmissbräuchlich.

Auch dieses Argument greift nicht durch. Die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts an dem sichergestellten Fahrzeug soll es der Antragsgegnerin in der Tat ermöglichen, ihre Kostenforderung effizienter durchzusetzen und Einnahmeverluste vorzubeugen (vgl. die Begründung zum Gesetzentwurf, Bürgerchaftsdrucksache 17/2810 vom 27.5.2003, Seite 4). Das Zurückbehaltungsrecht hat dabei eine Druck- und eine Sicherungsfunktion (vgl. OVG Münster, Urt. v. 26.5.1983, a.a.O., S. 1075). Es ist grundsätzlich mit diesem Zweck vereinbar, wenn die Antragsgegnerin auch in solchen Fällen weiter von ihrem Zurückbehaltungsrecht Gebrauch macht, in denen der Kostenpflichtige geltend macht, die Kosten nicht begleichen zu können.

### 1. Druckfunktion

Zum einen - dies entspricht der Druckfunktion - ist es möglich, dass der Kostenpflichtige sich das nötige Geld unter dem Druck der Situation doch noch anderweitig besorgt, etwa durch Darlehen von Freunden oder Verwandten, und das Fahrzeug gegen Begleichung aller Kosten auslöst; dem entspricht es, dass der Antragsteller nach seinem Vortrag in entsprechenden Fällen in der jüngeren Vergangenheit das erforderliche Geld bereits auf solche Weise aufgebracht hat.

### 2. Sicherungsfunktion

Zum anderen - dies entspricht der Sicherungsfunktion - bleibt der Antragsgegnerin ansonsten die Möglichkeit, das Fahrzeug nach § 14 Abs. 4 Satz 2 HmbSOG zu verwerten und aus dem Erlös zumindest einen Teil ihrer Kostenforderung sofort decken zu können. Würde sie demgegenüber das Fahrzeug ohne vorherige Begleichung der Kosten an einen erklärtermaßen Zahlungsunfähigen herausgeben, so wäre es so gut wie sicher, dass ihre Kostenforderung auf absehbare Zeit vollständig unbeglichen bliebe; dies würde dem ge-

nannten Gesetzeszweck zuwiderlaufen. Daran würde auch eine Sicherungsübereignung des Fahrzeugs unter Aushändigung des Fahrzeugbriefs an die Antragsgegnerin nichts ändern, da sich daraus (gerade bei erkennbar alten und geringwertigen Fahrzeugen) keine mit einer Versteigerung des Fahrzeugs aus eigenem unmittelbaren Verwahrungsbesitz heraus vergleichbaren Verwertungsmöglichkeiten ergeben würden.

### 3. Keine General- oder Spezialprävention

Alldem steht nicht entgegen, dass die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts im Einzelfall gegen das Übermaßverbot verstoßen kann. Maßgeblich ist dabei insbesondere, ob der Kostenpflichtige glaubhaft macht, die Kosten nicht kurzfristig begleichen zu können und das Fahrzeug aus zwingenden Gründen dringend und unverzüglich zu benötigen (vgl. die o.g. Bürgerchaftsdrucksache 17/2810, a.a.O.). Dagegen dürfte es keine rechtlich tragfähige Erwägung sein, die Sicherstellung des Fahrzeugs aus „generalpräventiven“ Gründen in dem Sinne aufrecht zu erhalten, dass andere Verkehrsteilnehmer sich dadurch veranlasst sehen sollen, die Verkehrsregeln einzuhalten (so aber wohl der angefochtene Beschluss des Verwaltungsgerichts, BA S. 4 unten), da eine solche Zielrichtung nicht dem o.g. Zweck der gesetzlichen Regelung in § 14 Abs. 3 Satz 5 HmbSOG entsprechen dürfte. Aus dem gleichen Grund erschiene es zweifelhaft, das Zurückbehaltungsrecht geltend zu machen, um den im konkreten Fall betroffenen Verkehrsteilnehmer aus gleichsam „spezialpräventiven“ Gründen zur künftigen Beachtung der Verkehrsregeln zu veranlassen. Eine gemessen an dem o.g. Gesetzeszweck im Einzelfall unangemessen schwerwiegende Folge der weiteren Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts wird nicht dadurch angemessen, dass dies auf Dritte oder auf den im Einzelfall Betroffenen „abschreckend wirkt“.

Nach diesen Maßstäben verstößt die Antragsgegnerin im vorliegenden Fall nicht gegen das Übermaßverbot, indem sie ihr Zurückbehaltungsrecht weiterhin ausübt: Der Antragsteller hat einen zwingenden und unverzüglichen Bedarf an dem Fahrzeug nicht glaubhaft gemacht. Die Antragsgegnerin und das Verwaltungsgericht haben dies zutreffend ausgeführt, ohne dass die Beschwerde dem etwas entgegen zu setzen hätte.

## III. Ermessensüberschreitung

Soweit der Antragsteller schließlich geltend macht, die Verfahrensweise der Antragsgegnerin verstoße gegen den Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) und gegen das Eigentumsrecht (Art. 14 Abs. 1 GG), da sie gerade bei finanziell leistungsschwachen Bürgern ausnahmslos den Verlust des Eigentums an dem Fahrzeug verursache, führt auch dies nicht zum Erfolg.

### 1. Art. 3 I GG

Der Gleichheitssatz verlangt, wesentlich Gleiches

gleich und wesentlich Ungleiches ungleich zu behandeln. Damit ist es vereinbar, wenn die Antragsgegnerin gegenüber den Eigentümern bzw. Haltern von Fahrzeugen, die wegen verkehrswidrigen Abstellens sichergestellt worden sind, ihr Zurückbehaltungsrecht einheitlich ausübt und dies grundsätzlich nicht von den Einkommens- oder Vermögensverhältnissen des Betroffenen abhängig macht.

Die betreffenden Sachverhalte - Sicherstellung von verbotswidrig geparkten Fahrzeugen, Aushändigung des Fahrzeugs nur gegen Begleichung der Kosten - sind im wesentlichen gleich; der Umstand, dass ein zahlungsfähiger Bürger die Höhe der Kosten der Sicherstellung und Verwahrung finanziell als weniger schmerzhaft empfinden wird als ein „armer“ Bürger, und er das Fahrzeug u.U. leichter auslösen kann, steht dem nicht entgegen. Dem entspricht es, dass der Gleichheitssatz es auch nicht gebietet, bei der Höhe der Gebühren der Sicherstellung und Verwahrung selbst nach den Einkommens- oder Vermögensverhältnissen der Betroffenen zu unterscheiden (zu den demgegenüber im Bereich der öffentlichen Daseinsvorsorge gegebenen Möglichkeiten und Grenzen einer gebührenrechtlichen Anknüpfung an die Einkommens-

höhe vgl. BVerfG, Beschl. v. 10.3.1998, BVerfGE Bd. 97 S. 332, 344 ff., am Beispiel von Kindergartengebühren). Wesentlich ungleiche Sachverhalte, die es rechtfertigen oder gebieten könnten, gegenüber einem finanziell leistungsschwachen Bürger trotz Gefährdung der Kostenforderung auf die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts an dem Fahrzeug zu verzichten - und ihn damit ungleich, nämlich besser zu behandeln als andere Kostenpflichtige - dürften nur in den o. g. Fällen vorliegen, in denen sonst angesichts besonderer Umstände des Einzelfalls gegen das Übermaßverbot verstoßen würde.

## 2. Art. 14 I GG

Die Verfahrensweise der Antragsgegnerin verstößt auch nicht gegen das Eigentumsrecht. Der Eigentumsverlust einer polizeirechtlich sichergestellten Sache durch Versteigerung ist zwar ein Eingriff in das Eigentumsrecht aus Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG; diese Art des Eigentumsverlustes wird jedoch im Sinne von Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG durch eine gesetzliche Regelung (§ 14 Abs. 4 Satz 2 HmbSOG) nach Maßgabe der dort normierten Voraussetzungen und Grenzen ermöglicht.

*Zivilrecht***Standort: Werkvertrag****Problem: Geschuldete Gegenleistung/Erfüllung**

BGH, URTEIL VOM 17.07.2007

X ZR 31/06 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

**Problemdarstellung:**

Die Bekl. wurde im August 2004 von der H. mit Ausbaggerungsarbeiten in einem Hafenbecken und mit der Entsorgung des Baggergutes beauftragt. Die Bekl. ihrerseits beauftragte die Kl. damit, das Baggergut zu entsorgen. Die Bekl. schrieb unter dem 09.08.2004 an die Kl., "... Gemeinsam wird hiermit festgelegt, dass Sie die am 20.09.2004 erfolgenden und entsprechend alle weiteren Zahlungen von H. zur sofortigen Zahlung unserer an Sie gestellten Rechnungen verwenden." Die Kl. transportierte das Baggergut in der Folgezeit zu ihrer Deponie, wobei diese zur Endlagerung noch ausgebaut werden musste. Die Kl. erteilte der Bekl. für ihre Leistungen drei Teilrechnungen. Diese Beträge hatte die Bekl. ihrerseits in ihrer an H. gestellten Abschlagsrechnung berücksichtigt. Die H. entrichtete an die Bekl. etwa 4/5 des Werklohnes. Die Kl. machte die ausbleibende Zahlung des Werklohnes seitens der Bekl. dafür verantwortlich, dass sie die Deponie nicht wie geplant weiter ausbauen könne, um die Endlagerung des Baggergutes vornehmen zu können. Im Juni 2005 lagerte die Kl. im direkten Auftrag von der H. den Rest des noch im Hafenbecken befindlichen Baggergutes um und erhielt dafür Werklohn von H., mit dem Erfolg dass H. die Schlussrechnung der Bekl. nur noch in Höhe eines geringfügigen Betrags annahm.

Die Kl. erhob bereits im Oktober 2004 Klage auf Zahlung der gesamten Rechnungsbeträge nebst Zinsen. Das Landgericht verurteilte die Bekl. zur Zahlung von ca. 185.000 € nebst Zinsen. Dies deshalb, weil das Schreiben der Kl. vom 09.08.2004 nach den Grundsätzen des kaufmännischen Bestätigungsschreibens Vertragsinhalt geworden sei und die Bekl. verpflichtet sei, die von H. erhaltenen Abschlagszahlungen an die Kl. weiterzuleiten. Die Klage wurde im Übrigen abgewiesen. Die von der Bekl. eingelegte Berufung hatte gleich wie die Widerklage der Bekl. keinen Erfolg. Die Bekl. verfolgt in der Revision ihren Klageabweisungsantrag weiter.

**Prüfungsrelevanz:**

Die hier zugrundeliegende Entscheidung befasst sich im Ergebnis mit einem klassischen Problem aus dem Schuldrecht AT. Es stellt sich die Frage, wann Erfül-

lung im Sinne des § 362 I BGB eintritt. Die Sachlage war im vorliegenden Fall insoweit kompliziert, als dass die Auftraggeberin H. die Bekl. mit den Ausbaggerungsarbeiten und der Entsorgung des Gutes betraute, die Bekl. ihrerseits die Kl. mit dem Abtransport des Gutes beauftragte und sodann die Auftraggeberin H. selbst die Kl. aufgrund einer eigenen Vereinbarung zum Abtransport und zur Endlagerung des Gutes verpflichtete. Damit lag ein Dreiecksverhältnis der Vertragsbeziehungen vor. Es stellte sich nun die Frage, ob die Erfüllung der Pflichten seitens der Kl. Gegenüber der H. gleichzeitig Erfüllungswirkung gegenüber dem Bekl. entfaltet.

Gem. § 362 I BGB erlischt ein Schuldverhältnis dann, wenn die geschuldete Leistung an den Gläubiger der Leistung bewirkt wird, wobei unter "Schuldverhältnis" in diesem Sinne die einzelne Leistungspflicht einer Partei zu verstehen ist (vgl. BGHZ 10, 391). Also ist entscheidend, dass die Leistung einem bestimmten Schuldverhältnis zugeordnet werden kann. In den Fällen, in denen der Schuldner aus mehreren Schuldverhältnissen verpflichtet ist, reicht die bloße Bewirkung der Leistung allerdings nicht aus, da die Leistung verschiedenen Schuldverhältnissen zugeordnet werden könnte. Um ein solches Problemfeld rankte sich diese Entscheidung. Der erkennende Senat betonte, dass in den Fällen, in denen der Nachunternehmer (Kl.) Teile seiner dem Hauptunternehmer (Bekl.) noch geschuldeten Leistung aufgrund eines gesonderten Vertrages direkt für dessen Auftraggeber (H.) erbringt, kann dies nicht bestimmungsgemäß zugleich dem Nachunternehmer-Vertragsverhältnis zugeordnet werden. Mit der Fälligkeit des Nachunternehmer-Werklohns würde dann grundsätzlich zugleich die Vergütung des Hauptunternehmers durch seinen Auftraggeber fällig, wobei diese Folge im Vertragsverhältnis zwischen Hauptunternehmer und Auftraggeber seitens des Nachunternehmers und des Auftraggeber regelmäßig nicht herbeigeführt werden soll. Möglich ist aber, dass der Nachunternehmer teilweise in Erfüllung seiner Verbindlichkeit gegenüber dem Hauptunternehmer geleistet hat. Der zwischen der Kl. und der Bekl. geschlossene Werkvertrag hat teilbare Leistungen zum Gegenstand. Der Umstand, dass die Kl. einen Teil der Leistung direkt für den Auftraggeber ihres Vertragspartners erbracht hat, hat zur Folge, dass im Ergebnis das gesamte Baggergut entsorgt und damit die werkunternehmerischen Pflichten erfüllt sind. Deshalb hat die

Kl. für den Teil, den sie für die Bekl. erbracht hat, entsprechende Werklohnansprüche gegen diese, während ihr die Erfüllung des Teils, den sie direkt für H. erbracht hat, im Verhältnis zur Bekl. unmöglich geworden ist (§ 275 I BGB). Ob sie auch insoweit Werklohnansprüche gegen die Bekl. hat und sich nur ersparte Aufwendungen und die von H. erhaltene Vergütung anrechnen lassen muss, hängt davon ab, ob die Voraussetzungen von § 326 II BGB vorliegen. Weil das BerGer. zu diesen Aspekten keine Feststellungen getroffen hatte, war die Sache an das BerGer. zurückzuverweisen.

#### Vertiefungshinweise:

Widerrufsrecht im Werkvertrag: *BGH*, RA 2007, 317 (Haustürgeschäft); *BGH*, RA 2006, 114 = *IBR* 2006, 126 (Ratenlieferungsvertrag / Teilzahlungsgeschäft); *BGH*, RA 2006, 151 = *NJW* 2006, 497 (Haustürgeschäft)

Zurechnung einer Haustürsituation bei Vertragschluss auch ohne Kenntnis des vertretenen Vertragspartners: *BGH*, *NJW* 2006, 497

Zum Werklohn nach Kündigung: *BGH*, RA 2006, 527 = *NJW* 2006, 2476

Zur Erfüllung: *Schreiber*, *Jura* 1996, 328; *Fabienke*, *JR* 1999, 47; *Muscheler/Bloch*, *JuS* 2000, 729

#### Kursprogramm:

Examenskurs: "Die Aluminiumfassade"

Examenskurs: "Die neue Kanzlei"

Assessorkurs: "Der Ehelohn"

#### Leitsätze:

**a. Erbringt ein Nachunternehmer noch ausstehende Teile seiner dem Hauptunternehmer geschuldeten Leistung aufgrund eines gesondert geschlossenen Vertrages direkt für dessen Auftraggeber, reicht der Eintritt des Leistungserfolgs als solcher nicht aus, um insoweit zugleich eine Bewirkung der Leistung des Nachunternehmers an den Hauptunternehmer anzunehmen.**

**b. Bei der Ermittlung der dem Nachunternehmer gegen den Hauptunternehmer noch zustehenden Restvergütung ist regelmäßig zu berücksichtigen, ob und inwieweit der Nachunternehmer seinen Anspruch auf die Gegenleistung behalten haben könnte, aber sich den vom Auftraggeber erhaltenen Werklohn anrechnen lassen muss, bzw. ob umgekehrt der Nachunternehmer für dem Hauptunternehmer entgangenen Gewinn und ggfs. für weitere Schäden aufzukommen hat.**

#### Sachverhalt:

Die Bekl. wurde Anfang August 2004 von den H. (H.) mit Ausbaggerungsarbeiten im K. Hafenbecken und

der Entsorgung des Baggerguts beauftragt. Die Bekl., die nur die Baggerarbeiten selbst ausführen wollte, beauftragte ihrerseits die Kl. damit, das Baggergut zu entsorgen. In diesem Zusammenhang schrieb die Kl. der Bekl. unter dem 09.08.2004:

"... Aufgrund der Vorgaben des Auftraggebers, der H. K., werden alle Rechnungen an H. immer im Folgemonat des Rechnungseingangs am 20. des Monats bezahlt. Dies bedeutet, dass die Leistungen bis 31.08.2004 bei H. abgerechnet und vorliegen müssen, um am 20.09.2004 die erste Zahlung zu erhalten. Diese, wie alle weiteren Abrechnungen, werden von Ihnen an die H. erstellt und Sie erhalten die Zahlungen von H.. Gemeinsam wird hiermit festgelegt, dass Sie die am 20.09.2004 erfolgenden und entsprechend alle weiteren Zahlungen von H. zur sofortigen Zahlung unserer an Sie gestellten Rechnungen verwenden."

Es fielen 4.445,11 t Baggergut an, die die Kl. zu ihrer Deponie in G. transportierte. Das Baggergut musste noch mit Massezusätzen aufbereitet werden, weil es ohne diese nicht endlagerungsfähig war. Um die danach zu erwartende Gesamtmenge in G. endlagern zu können, hatte die Kl. zunächst in Absprache mit der zuständigen Behörde den Ausbau der Deponie geplant. Die Kl. stellte der Bekl. für ihre Leistungen drei Teilrechnungen vom 20.08. sowie 02.09. und 20.09.2004 über insgesamt 357.704,54 €, wobei sich die Rechnung vom 02.09.2004 im Wesentlichen auf die Entsorgung von 2.400 t Baggergut bezog. Diese Leistung hatte die Bekl. ihrerseits in ihrer ersten H. gestellten Abschlagsrechnung vom 27.08.2004 mit 184.579,20 € inkl. MwSt. berücksichtigt. Auf diese Abschlagsrechnung, die sich insgesamt auf 300.297,99 € belief, zahlte H. an die Bekl. 267.571,20 €. Zur ordnungsgemäßen Endlagerung des Baggerguts kam es in der Folge zunächst nicht. Die Kl. machte die ausbleibende Zahlung des Werklohns seitens der Bekl. dafür verantwortlich, das von ihr mit dem Ausbau der Deponie beauftragte Unternehmen nicht mehr bezahlen zu können, weshalb dieses die Arbeiten einstellte.

Im Juni 2005 lagerte die Kl. im direkten Auftrag von H. 3.121,30 t des in G. befindlichen, konditionierten Baggerguts um und erhielt von H. dafür 211.393,42 € inkl. MwSt. Die Schlussrechnung der Bekl. erkannte H. nur noch in Höhe eines geringfügigen Restbetrages an.

Bereits im Oktober 2004 hatte die Kl. Klage auf Zahlung der gesamten Rechnungsbeträge über 357.704,54 € nebst Zinsen erhoben. Das Landgericht hat die Bekl. mit der Begründung zur Zahlung von 184.579,20 € nebst Zinsen verurteilt, der Inhalt des Schreibens der Kl. vom 09.08.2004 sei nach den Grundsätzen des kaufmännischen Bestätigungsschreibens Vertragsinhalt geworden und die Beklagte sei verpflichtet, diesen Betrag aus der von H. erhaltenen Abschlagszahlung an die Kl. weiterzuleiten. Im Übrigen hat es die Klage mangels Fälligkeit der weiteren Klageforderung abge-

wiesen. Gegen das Urteil hat die Bekl. Berufung mit dem Ziel der vollständigen Klageabweisung eingelegt und außerdem widerklagend beantragt, die Kl. zu verurteilen, ihr eine prüfbare Schlussrechnung über die von der Kl. im Zusammenhang mit dem Verbringen des Baggerguts erbrachten Leistungen zu erteilen. Das Berufungsgericht hat die Berufung zurück und die Widerklage abgewiesen. Mit der vom Senat im Umfang der Zurückweisung ihrer Berufung zugelassenen Revision verfolgt die Bekl. ihren Klageabweisungsantrag weiter. Die Kl. beantragt, das Rechtsmittel zurückzuweisen.

#### *Aus den Gründen:*

Die zulässige Revision führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das BerGer..

#### *I. Entscheidung und Begründung des BerGer.*

Das BerGer. hat sich die Entscheidungsgründe des landgerichtlichen Urteils zu eigen gemacht und zur Begründung ergänzend ausgeführt:

Durch die Umlagerung von 3.121,30 t sei die ordnungsgemäße Entsorgung des gesamten Baggerguts bewirkt und die geschuldete Werkleistung damit vollständig fertig gestellt worden.

Dass die Kl. die geschuldete endgültige Entsorgungsleistung in einem gesonderten Vertragsverhältnis entgeltlich für H. erbracht habe, bedeute nicht, dass ihr deshalb die (vollständige) Erbringung der gegenüber der Bekl. geschuldeten Leistung nachträglich unmöglich und diese von ihrer Pflicht zur Zahlung des Werklohns nach § 326 I, § 275 I und IV BGB frei geworden wäre. Vielmehr habe die Kl. zugleich den Anspruch der Bekl. auf ordnungsgemäße Entsorgung des Baggerguts gemäß § 362 I BGB erfüllt; unter Leistung im Sinne dieser Vorschrift sei nicht die Leistungshandlung, sondern der Eintritt des Leistungserfolges zu verstehen, der hier darin liege, dass die Bekl. nunmehr ebenso wie H. von einer eventuellen öffentlichrechtlichen Inanspruchnahme als Abfallerzeuger bzw. -besitzer (§ 11 I KrW/AbfG) befreit sei.

Die Werklohnforderung der Kl. sei jedenfalls in Höhe des ausgeurteilten Betrags fällig: Von dem Gesamtrechnungsbetrag von 357.704,54 € sei zunächst ein von H. ausgehandelter Nachlass von 2,75% (9.836,37 €) abzu ziehen, den auch die Kl. zugunsten der Bekl. zu berücksichtigen habe. Selbst wenn mit 77.696,69 € des Weiteren der Betrag abgezogen werde, den die Kl. selbst infolge der mit H. vereinbarten Umlagerung eines Teils des Entsorgungsguts der Kl. gutzuschreiben bereit sei (von H. gezahlter Werklohn für die Umlagerung des Baggerguts, soweit es die Menge von 4.445,11 t überstieg) und selbst wenn zugunsten der Kl. angenommen werde, dass die von H. vorgenommene Kürzung der ersten Abschlagsrechnung der Bekl. über 32.726,79 € in vollem Umfang Rechnungsposi-

tionen der Kl. betroffen habe, verbleibe immer noch ein fälliger Betrag von 237.444,19 €.

Die Bekl. könne sich nicht mit Erfolg auf das Fehlen einer prüffähigen Schlussrechnung berufen, weil ihr mit den drei erteilten Teilrechnungen in einer Weise Aufschluss über die berechneten Leistungen verschafft worden sei, die ihren Informations- und Kontrollbedürfnissen genüge.

#### *II. Entscheidung des BGH in der Revision*

Die dagegen gerichteten Angriffe der Berufung haben Erfolg. Auf der Grundlage der bislang getroffenen Feststellungen ist die Verurteilung der Bekl. nicht gerechtfertigt.

#### *1. Feststellungen zu einer Vorleistungspflicht der Bekl. aus Vereinbarung vom 09.08.2004 fehlen*

Soweit das BerGer. im Anschluss an das Landgericht eine "Vorleistungspflicht" der Bekl. aus dem Schreiben der Kl. vom 09.08.2004 hergeleitet hat, fehlen Feststellungen dazu, dass die darin ausbedungene Weiterleitung von H. geleisteter Zahlungen Vertragsinhalt geworden ist. Den Feststellungen im Berufungsurteil zufolge hat die Bekl. der Kl. am 04.08.2004 den Auftrag zur Entsorgung des Baggerguts einschließlich der erforderlichen Vor- und Nebenleistungen erteilt. Dass dabei bereits über die Weiterleitung der von H. geleisteten Zahlungen in einer Weise verhandelt worden war, dass der Inhalt des Schreibens vom 09.08.2004 nach den Grundsätzen des kaufmännischen Bestätigungsschreibens Vertragsinhalt werden konnte (vgl. dazu Baumbach/Hopt, HGB, 32. Aufl., § 346 Rdn. 17 ff.), ist weder dem vom BerGer. in Bezug genommenen landgerichtlichen Urteil zu entnehmen, noch hat es dies selbst festgestellt. Der Wortlaut des für die Modifikation der Zahlungsverpflichtung entscheidenden Passus ("Gemeinsam wird hiermit festgelegt ...") spricht weniger für die Bestätigung eines vorverhandelten Vertragsinhalts, als vielmehr für eine nachgeschobene Klausel.

Selbst auf der Grundlage seiner Rechtsauffassung hätte das BerGer. Kl. im Übrigen nicht mehr zubilligen dürfen, als diese der Bekl. berechnet hatte, nämlich 157.800 € zzgl. MwSt. und nicht mit 159.120 € + MwSt. den Betrag, den die Beklagte H. in Rechnung gestellt hatte.

#### *2. Erfüllung ist nicht eingetreten, § 362 I BGB*

Nicht beigetreten werden kann der Auffassung des BerGer., die Kl. habe den vertraglichen Anspruch der Bekl. auf Entsorgung des Baggerguts im Zuge der Umlagerung der Teilmenge von 3.121,30 t vollständig erfüllt.

#### *a. Bewirken der Leistung genügt nicht zur Zuordnung der Leistungspflichten*

Nach § 362 BGB erlischt das Schuldverhältnis, wenn

die geschuldete Leistung an den Gläubiger bewirkt wird. Unter "Schuldverhältnis" ist dabei die einzelne Leistungspflicht einer Partei zu verstehen (BGHZ 10, 391, 395). Zwar tritt die Erfüllungswirkung regelmäßig als objektive Folge der Leistungsbewirkung ein, ohne dass weitere Umstände hinzutreten müssten, wenn der Schuldner den geschuldeten Leistungserfolg herbeiführt. Voraussetzung ist aber, dass die Leistung einem bestimmten Schuldverhältnis zugeordnet werden kann, was etwa der Fall ist, wenn es sich dabei um die allein geschuldete handelt und keine andere, gleichartige Schuld besteht, auf welche die Leistung daneben oder statt dessen erbracht worden sein könnte und der Schuldner keine Bestimmung trifft (vgl. BGH, Urt. v. 03.12.1990 II ZR 215/89, NJW 1991, 294 f.; Münch-KommBGB/Wenzel, § 362 Rdn. 12; Staudinger/Olzen, Vor §§ 362 ff. Rdn. 14). Unproblematisch lässt sich der Erlöschenstatbestand ferner feststellen, wenn der Schuldner (einem einzigen Gläubiger) aus mehreren Schuldverhältnissen verpflichtet ist und das Geleistete zur Tilgung aller Verbindlichkeiten ausreicht (BGH, aaO). Eine rechtsgeschäftliche Einigung oder einseitige Tilgungsbestimmung des Schuldners ist in solchen Fällen nicht notwendig.

Es ist indes anerkannt, dass es besondere Sachverhaltsgestaltungen geben kann, in denen die bloße Bewirkung der Leistung für deren eindeutige Zuordnung nicht genügt (vgl. Olzen, aaO Rdn. 14 a. E.), etwa, weil die Leistung nicht ausreicht, um alle vernünftigerweise in Betracht kommenden Verbindlichkeiten abzudecken (Wenzel, aaO), aber auch dann, wenn aufgrund der Interessenlage der Beteiligten Zweifel daran bestehen, dass eine Leistung mehreren Schuldverhältnissen zugeordnet werden kann. Um einen solchen Fall handelt es sich, was das BerGer. nicht hinreichend berücksichtigt hat, hier.

#### *b. Leistungsmehrheit war geschuldet*

Die von der Kl. für H. erbrachte, abfallrechtskonforme Entsorgung eines Teils des Baggerguts durch Umlagerung auf eine andere Deponie, war nicht die allein geschuldete Leistung, sondern die Kl. war zugleich weiterhin gegenüber der Bekl. verpflichtet, das gesamte Baggergut ordnungsgemäß endzulagern. Durch die Teilumlagerung ist zwar im Ergebnis das gesamte Baggergut ordnungsgemäß entsorgt worden, weil die Umlagerung ersichtlich so bemessen war, dass der in G. verbliebene Rest die Kapazität der dortigen Deponie nicht mehr überschritt. Das von der Kl. zusätzlich infolge der Beauftragung durch H. Geleistete hat dementsprechend, äußerlich betrachtet, ausgereicht, um alle Verbindlichkeiten abzudecken. Jedoch bestanden diese nicht, wie in der vom Bundesgerichtshof im Urteil vom 03.12.1990 erörterten Fallgestaltung, gegenüber einem einzigen Gläubiger, sondern gegenüber zwei unterschiedlichen. Diese waren zudem in Bezug auf die von der Kl. für H. geleisteten Arbeiten als

Gläubiger und Schuldner vertraglich verbunden, weil die Bekl. mit der Entsorgungsleistung, um deren Erfüllung es hier geht, als Hauptunternehmerin gegenüber H. in der Pflicht stand.

#### *c. Erfüllungswirkung tritt nur gemäß der Vereinbarung mit dem Auftraggeber ein*

Erbringt der Nachunternehmer Teile seiner dem Hauptunternehmer noch geschuldeten Leistung aufgrund eines gesonderten Vertrages direkt für dessen Auftraggeber, kann dies entgegen der Ansicht des BerGer. nicht bestimmungsgemäß zugleich dem Nachunternehmer-Vertragsverhältnis zugeordnet werden. Mit der Fälligkeit des Nachunternehmer-Werklohns würde dann grundsätzlich - vorbehaltlich etwaiger Gegenrechte bzw. Schadensersatzansprüche zugleich die Vergütung des Hauptunternehmers durch seinen Auftraggeber fällig. Diese Rechtsfolge im Vertragsverhältnis zwischen Hauptunternehmer und Auftraggeber wollen Nachunternehmer und Auftraggeber regelmäßig nicht herbeiführen, wenn sie gesondert eine teilweise Leistungserbringung durch den Nachunternehmer vereinbaren. Ein Auftraggeber, der sich veranlasst sieht, zur Herbeiführung des ausstehenden werkvertraglichen Erfolgs einen weiteren Vertrag mit dem Subunternehmer seines eigentlichen Vertragspartners abzuschließen, will naturgemäß vermeiden, für die in der Folge vom Subunternehmer für ihn ausgeführte und diesem vergütete Leistung zugleich dem Hauptunternehmer zur Zahlung verpflichtet zu sein, und zwar auch dann, wenn das Risiko einer weiteren Inanspruchnahme wegen möglicher Gegenrechte oder Schadensersatzansprüche herabgesetzt erscheinen mag. Der Auftraggeber wird insbesondere mit Blick auf die Voraussetzungen für etwaige Schadensersatzansprüche rechtliche Unwägbarkeiten sehen, denen er nach den Regeln wirtschaftlicher Vernunft und unternehmerischer Vorsicht und für seine Vertragspartner erkennbar möglichst vorbeugen will. Mit Blick auf die vergütungsrechtlichen Konsequenzen der Erfüllung der Verpflichtungen des Werkunternehmers entspricht es dem - für die Beteiligten erkennbaren - Willen des Auftraggebers allein, dass der Nachunternehmer der einen Teil der Leistung direkt für ihn ausführt und dafür von ihm vergütet wird, diesen Teil nicht zugleich für den Hauptunternehmer erbringt, um diesem (weiterhin) den Einwand der fehlenden Leistungserbringung entgegenhalten zu können. Aus der maßgeblichen Sicht des Auftraggebers erbringt der Nachunternehmer, zumal, wenn es sich dabei, wie hier, um ein formkaufmännisches Unternehmen (§ 6 I HGB) handelt, die konkret abgesprochene Leistung deshalb stillschweigend nur für ihn und nicht auch für den Hauptunternehmer. Ob etwas anderes gelten kann, wenn der Nachunternehmer Abweichendes gegenüber dem Hauptunternehmer verlautbart, etwa durch eine zusätzliche Tilgungsbestimmung, oder ob eine solche Be-

stimmung unter dem Gesichtspunkt des widersprüchlichen bzw. treuwidrigen Verhaltens unwirksam wäre, kann dahinstehen, weil die Beklagte im Streitfall erst im Rahmen der mit H. geführten Auseinandersetzung von der Teilumlagerung erfahren hat.

#### *d. Zahlungsanspruch besteht in Höhe der gegenüber der Bekl. erbrachten Teilleistung*

Hat der Nachunternehmer nach den vorstehenden Ausführungen teilweise nicht an den Hauptunternehmer geleistet, so folgt daraus nicht, dass ihm gegen den Letzteren überhaupt keine Werklohnansprüche zustehen können. Der im Streitfall geschlossene Werkvertrag hat teilbare Leistungen zum Gegenstand. Der Umstand, dass die Kl. einen Teil des Leistungsprogramms direkt für den Auftraggeber ihres Vertragspartners erbracht hat, hat, wie bereits ausgeführt, zur Folge, dass im Ergebnis das gesamte Baggergut entsorgt und damit die werkunternehmerischen Pflichten erfüllt sind. Deshalb hat die Kl. für den Teil, den sie für die Bekl. erbracht hat, entsprechende Werklohnansprüche gegen diese, während ihr die Erfüllung des Teils, den sie direkt für H. erbracht hat, im Verhältnis zur Bekl. unmöglich geworden ist (§ 275 I BGB). Ob sie auch insoweit Werklohnansprüche gegen die Bekl. hat und sich nur ersparte Aufwendungen und die von H. erhaltene Vergütung anrechnen lassen muss, hängt davon ab, ob die Voraussetzungen von § 326 II BGB vorliegen. Zu alledem hat das BerGer., worauf zurückzukommen sein wird (vgl. nachstehend unter 4.), keine Feststellungen getroffen.

#### *3. Ein Fall der Durchgriffsfälligkeit gem. § 641 II BGB besteht nicht*

Entgegen der Ansicht des BerGer. steht der ausgeteilte Betrag der Kl. auch nicht unter dem Gesichtspunkt der Durchgriffsfälligkeit (§ 641 II BGB) zu. Der Rechtsstreit ist auch unter diesem Gesichtspunkt der Höhe nach nicht zur Endentscheidung reif. Die von H. an die Bekl. geleistete Abschlagzahlung bezog sich zwar u. a. auch auf von der Kl. erbrachte Entsorgungsleistungen. Im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung vor dem BerGer. waren diese auch vollständig erbracht. Jedoch hatte H. die Abschlagrechnung um rd. 11% gekürzt, so dass jedenfalls Feststellungen dazu hätten getroffen werden müssen, ob diese Kürzungen auch die Leistungen der Kl. betrafen. Im Übrigen kann nach allgemeinen Grundsätzen (§ 242 BGB) einer Partei auch unter dem Gesichtspunkt der Durchgriffsfälligkeit nicht etwas zugesprochen werden, wenn sie es umgehend an die zahlungspflichtige Gegenpartei zurückerstatten muss. Im Streitfall bestand, wie nachstehend dargelegt, Anlass, dies zu prüfen.

#### *4. Zurückverweisung an das BerGer.*

Der Rechtsstreit muss nach allem an das BerGer. zurückverwiesen werden, das auch über die Kosten des

Revisionsverfahrens einschließlich des Verfahrens über die Nichtzulassung der Revision zu entscheiden haben wird. Für die neue Verhandlung weist der Senat auf Folgendes hin:

Ob bzw. in welcher Höhe der Kl. Werklohn gegen die Bekl. zusteht, hängt zum einen davon ab, welchen Teil des gesamten Leistungsprogramms die Kl. für H. und welchen sie für die Bekl. erbracht hat und, wie bereits erwähnt (oben II.2.d), zum anderen davon, ob die Bekl. die Verzögerung und die Teilbeauftragung der Kl. durch H. zu vertreten hat oder umgekehrt.

#### *a. Gewichtung der Teilleistungen nach dem Rechtsgedanken des § 441 I 1, 2. Hs. BGB*

Für die Gewichtung der Teile, die die Kl. für H. bzw. die Bekl. erbracht hat, liegt es in entsprechender Anwendung von § 441 I 1, 2. Halbs. BGB (vgl. Palandt-Heinrichs, 66. Aufl., § 275 Rdn. 7) nahe, auf das Mengenverhältnis des umgelagerten Teils des Entsorgungsguts zu dem in G. verbliebenen abzustellen. Bemessungsgrundlage für die Ermittlung des verbliebenen und des umgelagerten Teils dürfte nach dem als Vertragsgrundlage eingereichten Telefax (Anlage BK 1, GA Bl. 197 f.) nicht das Nettogewicht des abgebagerten Guts (4.445,11 t), sondern die Bruttomenge unter Einschluss der zugesetzten Massen sein, weil der Entsorgungspreis pro Tonne Baggergut die Zusätze ersichtlich einbezog.

Ob die Vor- und Nebenleistungen (Baustelleneinrichtung, Einrichtung und Rückbau des Zwischenlagers, wetterfeste Plane, Pumpleistungen) quotial umzulegen oder dem Vertragsverhältnis zur Kl. bzw. dem zu H. zuzuordnen sind, hängt davon ab, ob diese Leistungen auf das Entsorgungsgut insgesamt zu beziehen sind oder nur auf Teile davon. Dazu werden Feststellungen zu treffen sein.

#### *b. Ermittlung der tatsächlichen Höhe des Werklohnanspruchs*

Steht der Teil fest, den die Kl. für die Bekl. erbracht hat, hängt die tatsächliche Höhe ihres Werklohnanspruchs von Folgendem ab:

Ist die Bekl. zumindest weit überwiegend dafür verantwortlich, dass H. die Kl. selbst beauftragt hat, dann kann die Kl. im Ausgangspunkt von der Bekl. den gesamten Werklohn verlangen (§ 326 II 1 BGB). Eine zumindest überwiegende Verantwortung der Bekl. kommt in Betracht, wenn sie vorleistungspflichtig und die Kl. infolge der Nichterfüllung dieser Pflicht nicht in der Lage war, das Baggergut vertragsgerecht zu entsorgen. Dazu ist der von den Parteien geschlossene Vertrag auszulegen und dabei ist insbesondere zu prüfen, ob das Schreiben der Kl. vom 09.08.2004 Vertragsinhalt geworden ist (vgl. oben II.1). Auch wenn die Bekl. zumindest überwiegend für die Verzögerung verantwortlich ist, muss sich die Kl. bezüglich des Teils, den sie für H. erbracht hat, den dafür von H. ge-

zahlten Werklohn anrechnen lassen. Außerdem muss sie sich eventuelle ersparte Aufwendungen anrechnen lassen (§ 326 II 2 BGB). Dafür könnten ersparte Kosten für den geplanten Ausbau der Deponie in G. infrage kommen, sofern diese Ersparnis größer ist, als der zusätzliche Aufwand, der ihr dadurch entstanden ist, dass sie einen Teil des Baggerguts umgelagert hat.

*c. Berücksichtigung der Verantwortlichkeit der Kl. für die Verzögerung*

Ist umgekehrt die Kl. selbst für die Verzögerung und damit dafür verantwortlich, dass H. sie zum Zwecke der Ersatzvornahme (§ 637 BGB) beauftragt hat, be-

hält die Kl. zwar im Ausgangspunkt ihren Werklohnanspruch für den Teil, den sie für die Bekl. erbracht hat. Es kommen dann jedoch Schadensersatzansprüche bzw. Gegenrechte der Bekl. gegen die Kl. in Betracht (§§ 275, 280, 283 ff. BGB). Diese können daraus resultieren, dass der Bekl. Gewinn entgangen ist, nachdem H. ihr über die einmalige Abschlagzahlung von 267.571,20 € hinaus nur noch eine geringfügige Schlusszahlung geleistet hat. Im Übrigen kann die Bekl. sich selbst gegenüber H. durch die Verzögerung schadensersatzpflichtig gemacht und die Kl. dafür gegenüber der Bekl. einzustehen haben.

**Standort: ZPO I**

**Problem: Fristen/Anwaltliche Sorgfalt**

BGH, BESCHLUSS VOM 16.10.2007

VI ZB 65/06 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

**Problemdarstellung:**

Die Kl. macht gegen den Bekl. Schadensersatzansprüche wegen eines Verkehrsunfalls geltend. Gegen das ihrem Rechtsbeistand am 13.03.2006 zugestellte Urteil des Amtsgerichts, in dem die Klage abgewiesen wurde, hat die Kl. mit Schriftsatz vom 13.04.2006 Berufung eingelegt. Mit weiterem Schriftsatz vom 15.05.2006, der am gleichen Tag bei Gericht einging, hat sie um Fristverlängerung von einem Monat bis zum 15.06.2006 zur Berufungsbegründung gebeten, wobei sie eine Einwilligung des Prozessgegners nicht vortragen hat. Die Verlängerung der Frist erfolgte am 16.05.2006 bis zum 13.06.2006, weil die Zustellung des Urteils am 13.03.2006 erfolgt sei. Es wurde eine Mitteilung an die Parteivertreter per Telefax verfügt, welche am 23.05.2006 ausgeführt wurde.

Die Berufungsbegründung ging am 16.06.2006 (Tag nach Fronleichnam) bei Gericht ein. Die Prozessbevollmächtigten der Kl. sind der Auffassung, sie hätte von einer Fristverlängerung bis zum 15.06.2006 ausgehen können, vorsorglich sei der Antrag auf Wiedereinsetzung gewährt worden. Der Wiedereinsetzungsantrag wurde zurückgewiesen und die Berufung wurde als unzulässig verworfen. Dagegen wendet sich die Rechtsbeschwerde.

**Prüfungsrelevanz:**

Wieder einmal hatte sich der erkennende Senat mit der Frage auseinanderzusetzen, welche Anforderungen an die anwaltliche Sorgfalt zu richten sind; dies gilt insbesondere für die Einhaltung von Fristen. Entgegen dem Beschluss BGH, RA 2007, 321 (BGH, Beschluss vom 08.05.2007 - VI ZB 74/06) war hier Streitgegenstand nicht allein die Frage, ob die Frist zur Berufungsbegründung eingehalten ist. Die Besonderheit dieser Entscheidung ist darin ersichtlich, dass die Berufungsklägerin einen Antrag auf Verlängerung eben-

dieser Frist gestellt hatte und im Vertrauen auf die Gewährung derselben im Ergebnis die durch gerichtliche Verfügung anberaumte - im Vergleich zum Antrag - kürzere Frist versäumt hat.

Gem. § 520 II 1 ZPO beträgt die Frist zur Berufungsbegründung zwei Monate beginnend mit der Zustellung des in vollständiger Form abgefassten Urteils. Vorliegend stellte sich die Frage, ob die schriftlich eingereichte Berufungsbegründung rechtzeitig i.d.S. erfolgt war. Über die Verlängerung der Frist zur Berufungsbegründung wurde durch Verfügung entschieden. Diese Verfügung wurde dem Berufungskläger per Telefax zugeleitet. Entgegen der Auffassung der Berufungsklägerin brauchte diese Verfügung nicht förmlich zugestellt zu werden; dies deshalb, weil keine Frist in Lauf gesetzt wurde (so auch BGHZ 93, 300). Es verbleibt in diesen Fällen bei dem Grundsatz das die formlose Mitteilung ausreichend ist gem. § 329 II 1 ZPO.

Dem Wiedereinsetzungsantrag wurde ebenfalls nicht stattgegeben. Entgegen der Rechtsauffassung der Antragstellerin muss sie sich ein Verschulden ihrer Prozessvertreter gem. § 85 II ZPO zurechnen lassen. Dies liegt daran, dass die Prozessvertreter nicht dargelegt haben, inwieweit sie durch eine ordnungsgemäße Organisation der Fristenkontrolle in der Kanzlei die Besonderheiten des Verfahrens der beantragten Fristverlängerung berücksichtigt hatten. Grundsätzlich gelten für die Kontrolle von Fristen bei Fristverlängerung entsprechende Voraussetzungen wie für die unmittelbare Fristenkontrolle.

Es muss also das mutmaßliche Ende der Berufungsbegründungsfrist in den Fristenkalender eingetragen werden. Die Eintragung von hypothetischen Fristen birgt die Gefahr, dass sie leicht darüber hinwegtäuschen kann, dass das wirkliche Fristende auf einen anderen Tag als angenommen fällt. Dementsprechend darf eine beantragte Fristverlängerung nicht in der Weise vorgemerkt werden, dass schon mit der Antragstellung der Endpunkt der Frist im Kalender eingetra-

gen wird, als ob sie bereits zu diesem Zeitpunkt bewilligt worden sei. Es ist möglich, dass dem Antrag nicht vollumfänglich, sondern nur partiell stattgegeben wird. Der Eintrag des endgültigen Fristablaufs ist deshalb erst dann zulässig, wenn die Verlängerung tatsächlich gewährt worden ist (vgl. Senatsbeschluss vom 20.06.2006 - VI ZB 14/06). Es muss sichergestellt werden, dass vor dem beantragten Fristablauf das wirkliche Ende der Frist festgestellt wird (so auch Senatsbeschluss vom 20.06.2006 - VI ZB 14/06). Dazu kann es erforderlich sein, Rücksprache mit dem Gericht zu halten. Da hier keine Tatsachen diesbezüglich vorgetragen wurden, hatte die Rechtsbeschwerde keinen Erfolg.

#### **Vertiefungshinweise:**

Zu Organisationspflichten eines Rechtsanwaltes bei Übermittlung fristwahrender Schriftsätze per Telefax: *BGH*, NJW 1993, 732; *BGH*, NJW-RR 2001, 889; *Müller*, NJW 1998, 497; *ders.* NJW 2000, 322; *BGH*, RA 2007, 321

Zur Berufung: *Rimmelspacher*, NJW 2002, 1897; *Stackmann*, NJW 2002, 781; *BGH*, RA 2006, 334

Zur anwaltlichen Sorgfalt (Ausgangskontrolle): *BGH*, RA 2007, 530

#### **Kursprogramm:**

*Assessorkurs*: "Ein englisches Teeservice"

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

#### **Leitsätze:**

**a. Bei Beschlüssen, die das Verfahren ganz oder teilweise abschließen sollen oder von deren Rechtskraft weitergehende Wirkungen abhängen, muss sich aus der Urschrift ergeben, zwischen welchen Parteien die Entscheidung ergangen ist.**

**b. Der Eintrag des endgültigen Ablaufs der Berufungsbegründungsfrist im Fristenkalender ist erst zulässig, wenn eine beantragte Fristverlängerung tatsächlich gewährt worden ist.**

#### **Sachverhalt:**

Die Kl. macht gegen die Beklagten Schadensersatzansprüche wegen eines Verkehrsunfalls geltend. Gegen das ihren Prozessbevollmächtigten am 13.03.2006 zugestellte Urteil des Amtsgerichts, mit dem die Klage abgewiesen wurde, hat sie mit Schriftsatz vom 13.04.2006 Berufung eingelegt. Mit weiterem Schriftsatz vom 15.05.2006, der am selben Tage bei dem Berufungsgericht eingegangen ist, hat sie um "Fristverlängerung um einen Monat, bis zum 15.06.2006" zur Berufungsbegründung gebeten. Eine Einwilligung des Prozessgegners hat sie nicht vorgetragen. Am 16.05.2006 wurde die Berufungsbegründungsfrist bis zum 13.06.2006 verlängert, weil die Zustellung des

Urteils am 13.03.2006 erfolgt sei, und eine Mitteilung an die Parteivertreter per Telefax verfügt. Ausweislich eines Vermerks in den Akten wurde diese Verfügung am 23.05.2006 ausgeführt.

Die Berufungsbegründung ging am 16.06.2006 (dem Tag nach Fronleichnam) bei dem Berufungsgericht ein. Nach dem Hinweis, dass die Berufungsbegründung verspätet eingegangen sei, haben die Prozessbevollmächtigten der Kl. ausgeführt, sie hätten die Fristverlängerung bis zum 15.06.2006 beantragt, weil der 13.05.2006 ein Samstag gewesen sei. Dass die Berufungsbegründungsfrist nur bis 13.05.2006 verlängert worden sei, sei nicht mitgeteilt worden. Sie hätten daher davon ausgehen können, dass die Fristverlängerung, wie beantragt, bis zum 15.06.2006 gewährt worden sei. Vorsorglich haben sie Wiedereinsetzung in den vorigen Stand beantragt. Mit dem angefochtenen Beschluss hat das BerGer. den Wiedereinsetzungsantrag zurückgewiesen und die Berufung als unzulässig verworfen. Ohne Einwilligung des Gegners habe die Begründungsfrist um einen Monat, also bis 13.06.2006, verlängert werden können. Diese rechtlichen Erwägungen ergäben sich aus dem Gesetz. Die Nichtkenntnis von einer gerichtlichen Entscheidung fingiere keine antragsgemäße Entscheidung. Die Klägervertreter seien daher verpflichtet gewesen, sich innerhalb der Begründungsfrist nach der beantragten Entscheidung zu erkundigen.

#### **Aus den Gründen:**

##### *1. Rechtsbeschwerde ist unzulässig*

Die Rechtsbeschwerde ist statthaft (§ 574 I Nr. 1, § 522 I 4, § 238 II 1 ZPO). Sie ist jedoch nicht zulässig, weil es an den Voraussetzungen des § 574 II ZPO fehlt. Das BerGer. hat im Ergebnis zu Recht den Wiedereinsetzungsantrag der Kl. zurückgewiesen und ihre Berufung als unzulässig verworfen. Fragen von grundsätzlicher Bedeutung stellen sich nicht.

##### *a. Entscheidung ist formell fehlerhaft; § 313 I Nr. 1 ZPO ist entsprechend anwendbar*

Die angefochtene Entscheidung ist nicht bereits deswegen aufzuheben, weil aus ihrer Urschrift die Parteien des Rechtsstreits nicht ersichtlich sind. Zwar ist der Beschluss formell fehlerhaft zustande gekommen, weil ein vollständiges Rubrum entsprechend § 313 I Nr. 1 ZPO fehlt. Bei Beschlüssen, die das Verfahren ganz oder teilweise abschließen sollen oder von deren Rechtskraft weitergehende Wirkungen abhängen, muss sich aus der Urschrift selbst ergeben, zwischen welchen Parteien die Entscheidung ergangen sein soll. Auch wenn § 329 I 2 ZPO nicht auf § 313 I Nr. 1 ZPO verweist, ist allgemein anerkannt, dass auch für Beschlüsse die letztgenannte Vorschrift entsprechend anwendbar ist (vgl. *BGH*, Beschlüsse vom 24.01.2001 - XII ZB 75/00 - *VersR* 2002, 464; vom 27.06.2003 -

IXa ZB 72/03 - NJW 2003, 3136, 3137; OLG Köln BB 2001, 1498; OLG Jena, OLGR 2003, 122). Trotz dieses Rechtsmangels liegt aber ein wirksamer Beschluss vor, bei dem unter Berücksichtigung des Urteils erster Instanz sowie des Berufungsverfahrens ohne weiteres ersichtlich ist, zwischen welchen Parteien der Rechtsstreit stattgefunden hat und hinsichtlich welcher Parteien der angefochtene Beschluss erlassen ist. Besondere Umstände, die hier eine Feststellung der Parteien erschweren würde, liegen nicht vor. Deshalb ist nicht allein wegen des fehlerhaften Rubrums eine Aufhebung des Beschlusses erforderlich.

*b. Zugang der Verfügung ist durch Telefax erfolgt; keine förmliche Zustellung nötig, § 329 II 1 ZPO*

Wie vom BerGer. angenommen, lief die Berufungsbegründungsfrist mit dem 13.06.2006 ab, weil die Frist nur bis zu diesem Zeitpunkt verlängert worden ist (vgl. BGH, Beschluss vom 15.08.2007 - XII ZB 82/07 - Rn. 8). Die Verfügung vom 16.05.2006 ist kein gerichtlicher Vorgang geblieben, auch wenn die Kl. geltend macht, diese Verfügung sei ihren Prozessbevollmächtigten nicht zugegangen. Ausweislich seines Schriftsatzes vom 10.08.2006 wurde die Verfügung jedenfalls dem Beklagtenvertreter per Fax zugeleitet. Die Verlängerung bedurfte, auch soweit sie hinter dem Antrag der Klägervertreter zurückblieb, keiner förmlichen Zustellung, weil sie keine Frist in Lauf setzte (BGHZ 93, 300, 305), so dass nach § 329 II 1 ZPO die formlose Mitteilung genügte. Die Teilablehnung der Fristverlängerung kann außerdem nach § 225 III ZPO nicht angefochten werden.

*c. Keine Gewährung der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, § 233 ZPO*

Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerdeführerin sind keine Umstände vorgetragen, aus denen sich ergeben könnte, dass sie bzw. ihre Prozessbevollmächtigten, deren Verschulden ihr gemäß § 85 II ZPO zuzurechnen ist, ohne Verschulden verhindert war, die Berufungsbegründungsfrist einzuhalten (vgl. §§ 233, 236 II ZPO).

*aa. Vertrauen der Prozessbevollmächtigten in die beantragte Verlängerung war berechtigt*

Zwar kann der Kl. kein Verschulden ihrer Prozessvertreter insoweit angelastet werden, als diese auf die Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist in der beantragten Weise vertrauten, nachdem sie einen ersten Verlängerungsantrag unter Darlegung eines erheblichen Grundes im Sinne des § 520 II 3 ZPO gestellt hatten (vgl. Senatsbeschlüsse vom 18.09.2001 - VI ZB 26/01 - VersR 2001, 1579, 1580; vom 13.12.2005 - VI ZB 52/05 - VersR 2006, 568; vom 20.06.2006 - VI ZB 14/06 - juris Rn. 6, jeweils m.w.N.). Demgemäß waren die Prozessbevollmächtigten der Kl. grundsätzlich auch nicht verpflichtet, sich innerhalb des Laufs der

Berufungsbegründungsfrist beim Gericht zu erkundigen, ob der Verlängerungsantrag rechtzeitig eingegangen ist und ob ihm stattgegeben werde (Senatsbeschluss vom 13.12.2005 - VI ZB 52/05 - aaO; BGH, Beschlüsse vom 12.03.1986 - VIII ZB 6/86 - VersR 1986, 787, 788; vom 11.11.1998 - VIII ZB 24/98 - VersR 1999, 1559, 1560).

*bb. Keine ordnungsgemäße Organisation der Fristenkontrolle nach Fristverlängerungsantrag*

Die Prozessbevollmächtigten der Kl. haben aber weder dargetan noch glaubhaft gemacht, dass sie durch eine ordnungsgemäße Organisation der Fristenkontrolle in ihrer Kanzlei dafür Sorge getragen haben, dass nach einem Fristverlängerungsantrag die Frist nicht versäumt wird.

Für die Kontrolle von Fristen bei Fristverlängerungsanträgen gelten grundsätzlich entsprechende Voraussetzungen wie für die unmittelbare Fristenkontrolle von Berufung und Berufungsbegründung. Danach ist es erforderlich, das mutmaßliche Ende einer Berufungsbegründungsfrist bei oder alsbald nach Einreichung einer Berufungsschrift im Fristenkalender einzutragen. Dieser Vermerk muss später anhand der gerichtlichen Eingangsbestätigung überprüft werden, damit sichergestellt ist, dass keine hypothetische, sondern die wirkliche Frist eingetragen wird (vgl. Senatsbeschluss vom 20.06.2006 - VI ZB 14/06 - aaO Rn. 7; BGH, Beschluss vom 14.07.1999 - XII ZB 62/99 - NJW-RR 1999, 1663 m.w.N.). Die Eintragung nur vorläufig berechneter bzw. hypothetischer Fristen birgt nämlich eine Gefahrenquelle, weil sie leicht darüber hinwegtäuschen kann, dass das wirkliche Fristende auf einen anderen Tag als angenommen fällt. Dementsprechend darf eine beantragte Fristverlängerung nicht in der Weise vorgemerkt werden, dass schon mit der Antragstellung der Endpunkt der Frist im Kalender eingetragen wird, als ob sie bereits zu diesem Zeitpunkt bewilligt worden sei. Auch hierbei handelt es sich nämlich zunächst um eine hypothetische Frist, da der Vorsitzende die Frist auch auf einen kürzeren Zeitraum als beantragt bewilligen kann. Der Eintrag des endgültigen Fristablaufs ist deshalb erst dann zulässig, wenn die Verlängerung tatsächlich gewährt worden ist (vgl. Senatsbeschluss vom 20.06.2006 - VI ZB 14/06 - aaO; BGH, Beschlüsse vom 14.07.1999 - XII ZB 62/99 - aaO; vom 10.01.2001 - XII ZB 127/00 - BGH-Report 2001, 483, 484; vom 13.12.2001 - VII ZB 19/01 - BGH-Report 2002, 246, 247). In jedem Fall ist durch geeignete Maßnahmen sicherzustellen, dass vor dem beantragten Fristablauf das wirkliche Ende der Frist - gegebenenfalls durch Rückfrage bei Gericht - festgestellt wird (vgl. Senatsbeschluss vom 20.06.2006 - VI ZB 14/06 - aaO; BGH, Beschlüsse vom 14.07.1999 - XII ZB 62/99 - aaO; vom 10.01.2001 - XII ZB 127/00 - aaO; vom 13.12.2001 - VII ZB 19/01 - aaO; vom 15.08.2007 - XII ZB 82/07 - Rn. 16).

Die Begründung des Wiedereinsetzungsgesuchs enthält keinen Vortrag dazu, dass im Büro der Prozessbevollmächtigten der Kl. solche organisatorischen Maßnahmen vorgesehen waren. Diese durften aber entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde auf die Gewährung der beantragten Fristverlängerung nicht so lange vertrauen, wie sie keine anders lautende Nachricht von dem Gericht erhielten (vgl. Senatsbeschluss vom 20.06.2006 - VI ZB 14/06 - aaO Rn. 8). Sie hätten sich vielmehr rechtzeitig über das wirkliche Ende der Frist, gegebenenfalls durch Rückfrage bei Gericht, Gewissheit verschaffen müssen, nachdem keine entsprechende Verfügung zugegangen war. Der Umstand, dass nach § 224 III ZPO entgegen der Auffassung des BerGer. die neue Frist von dem Ablauf der vorigen Frist an berechnet wird, hier also von dem Tag

an, an dem die gesetzliche Berufungsbegründungsfrist unter Berücksichtigung des ursprünglichen Fristendes an einem Sonnabend abgelaufen wäre (§ 222 II ZPO), ändert hieran nichts. Diese Besonderheit hätte die Prozessbevollmächtigten allenfalls zu einer besonderen Sorgfalt bei der Fristenkontrolle veranlassen können.

#### *d. Berufung ist unzulässig*

Da dem Antrag auf Wiedereinsetzung nicht stattgegeben war, hat das BerGer. die Berufung der Klägerin wegen Versäumung der Berufungsbegründungsfrist zu Recht als unzulässig verworfen.

#### *2. Nebenentscheidungen*

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 I ZPO.

### **Standort: Schuldrecht**

### **Problem: Verzugsvoraussetzungen**

BGH, URTEIL VOM 25.10.2007

III ZR 91/07 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

#### **Problemdarstellung:**

Die Kl. betreibt eine Praxis für Physiotherapie, in der sie die Bekl. in der Zeit vom 23.07. bis 09.08.2004 als Privatpatientin behandelte. Dafür stellte die Kl. 543,- € in Rechnung. Die Rechnung schloss mit dem Hinweis: "Den Rechnungsbetrag überweisen Sie bitte bis zum 05.10.2004 auf das rechts unten angegebene Konto." Die Bekl. beglich die Rechnung zunächst nicht. Ende September zog die Bekl. um und stellte insoweit einen Nachsendeauftrag. Die Kl. versandte danach zwei weitere Zahlungsaufforderungen an die Bekl. - allerdings an die alte Adresse-. Die Bekl. bestreitet den Zugang dieser Aufforderungen an die neue Adresse. Auf das anwaltliche Schreiben vom 03.02.2006 hin beglich die Bekl. die Hauptforderung.

Mit der Klage hat die Kl. Ausgleich vorgerichtlicher Rechtsanwaltsgebühren von 70,20 €, ihrer Kosten für eine Anfrage beim Einwohnermeldeamt von 3,58 €, sowie Zinsen in Höhe von 45,42 € für die Zeit vom 03.11.2004 bis zum 10.03.2006, insgesamt 119,20 €, zuzüglich Prozesszinsen gefordert. Die Bekl. hat den bezifferten Zinsanspruch in Höhe von 3,17 € für die Zeit vom 07.02. bis zum 10.03.2006 anerkannt. Die weitergehende Klage haben das Amtsgericht und das Landgericht abgewiesen. Mit der vom BerGer. zugelassenen Revision verfolgt die Kl. in diesem Umfang ihre Klageanträge weiter.

#### **Prüfungsrelevanz:**

Der erkennende Senat befasste sich hier mit den Verzugsvoraussetzungen gem. §§ 280 I, II, 288 I BGB i.V.m. § 286 BGB. Die Kl. hatte der Bekl. eine Rechnung übersandt, die eine einseitig gesetzte Be-

stimmung eines Zahlungsziels beinhaltete.

Grundsätzlich kommt der Schuldner dann in Verzug, wenn er auf eine Mahnung des Gläubigers nicht leistet, § 286 I 1 BGB. Eine Mahnung ist die an den Schuldner gerichtete Aufforderung des Gläubigers, die geschuldete Leistung zu erbringen (Palandt-Heinrichs, § 286 Rn 16).

Der Mahnung bedarf es allerdings unter anderem dann nicht, wenn für die Leistung eine Zeit nach dem Kalender bestimmt ist, § 286 II Nr. 1 BGB. Dazu müsste eine vertragliche Vereinbarung vorliegen, eine lediglich einseitige Bestimmung durch den Gläubiger genügt nicht (LG Paderborn, MDR 1983, 225). Anderes gilt nur in den Fällen, in denen dem Gläubiger ein Leistungsbestimmungsrecht gem. § 315 BGB zusteht (BGH, NJW 2005, 1772; NJW 2006, 3271). Voraussetzung dazu ist, dass eine ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarung zwischen den Parteien diesbezüglich getroffen wurde (Palandt-Grüneberg, § 315 Rn 4).

Es liegt auch kein Fall des § 286 III 1 BGB vor. Demnach kommt ein Schuldner einer Entgeltforderung spätestens dann in Verzug, wenn er nicht innerhalb von 30 Tagen nach Fälligkeit und Zugang einer Rechnung oder gleichwertigen Zahlungsaufstellung leistet. Allerdings gilt dies bei einem Verbraucher nur dann, wenn er auf diese Folgen in der Rechnung oder Zahlungsaufstellung hingewiesen wurde, § 286 III 2 BGB. Ein früherer oder späterer Hinweis genügt nicht (Palandt-Heinrichs, § 286 Rn 28). Ein solcher Hinweis fehlte hier. Also kam es entscheidend darauf an, ob die Kl. die Bekl. bereits vor dem Schreiben vom 03.02.2006 gemahnt hat. In Betracht kam insoweit das Setzen der Zahlungsfrist in der Rechnung vom 14.09.2004. Hierin ist im Hinblick auf die Fristsetzung keine befristete Mahnung ersichtlich. Eine befristete Mahnung liegt dann vor, wenn der Gläubiger

die Leistung zu einem bestimmten Termin oder binnen einer bestimmten Frist verlangt (vgl. JuS 1986, 709; MünchKomm- Ernst, § 286 Rn 48 ). In dieser Aufforderung war allein die Einräumung eines Zahlungsziels ersichtlich. Zwar kann eine Mahnung mit der die Fälligkeit begründenden Handlung verbunden werden (Vgl. BGH, WM 1970, 1141) und kann deshalb auch in einer Rechnung enthalten sein. Allerdings sind dies die Ausnahmefälle. Die erstmalige Zusendung einer Rechnung wurde bisher nicht als Mahnung verstanden. Dies ist erst Recht vor dem Hintergrund zu sehen, dass dem Gläubiger gem. § 286 III 1 BGB besondere Belehrungspflichten gegenüber Verbrauchern gem. § 13 BGB auferlegt werden. Also kann eine einseitige Bestimmung eines Zahlungsziels ohne Hinweis auf einen Verzugsseintritt oder ähnliche Zusätze nur als Angebot zu einer Stundung interpretiert werden. Dieses Angebot hätte die Bekl. gem. § 151 BGB annehmen können.

Nicht gehört wurde die Revision mit dem Einwand, dass sich die Bekl. so behandeln lassen müssen, als hätten sie die Rechnungen der Kl. erreicht. Zwar muss ein Schuldner im Falle eines Umzugs gewährleisten, dass ihn rechtsgeschäftliche Erklärungen eines Vertragspartners erreichen, allerdings genügt dazu jedenfalls bei Verbrauchern nach Rechtsansicht des erkennenden Senats ein Nachsendeauftrag bei der Post.

#### **Vertiefungshinweise:**

- Zu den Verzugsvoraussetzungen: *BGH*, RA 2003, 530 = *NJW* 2003, 1601; *OLG Karlsruhe*, RA 2005, 156 = *NJW* 2005, 515
- Zur Zuvielforderung: *BGH*, RA 2006, 669 = *NJW* 2006, 3271
- Zur Kündigung wegen Zahlungsverzugs: *BGH*, RA 2006, 339; = *NJW* 2006, 1585 (Mietvertrag)

#### **Kursprogramm:**

- Examenskurs*: "Der defekte Synthesizer"
- Assessorkurs*: "Hundeleben"

#### **Leitsatz:**

**Die Übersendung einer Rechnung mit der einseitigen Bestimmung eines Zahlungsziels durch den Gläubiger vermag ohne die erforderliche Belehrung des Verbrauchers (§ 286 III 1 BGB) einen Verzug des Schuldners nicht zu begründen.**

#### **Sachverhalt:**

Die Kl. betreibt eine Praxis für Physiotherapie. Die Bekl. nahm in der Zeit vom 23.07. bis 09.10.2004 als Privatpatientin Leistungen der Kl. in Anspruch, für die ihr die Kl. unter dem 14.09.2004 insgesamt 543,- € berechnete. Die Rechnung schließt mit dem Hinweis: "Den Rechnungsbetrag überweisen Sie bitte bis zum

05.10.2004 auf das rechts unten angegebene Konto."

Ein Rechnungsausgleich erfolgte zunächst nicht. Ende September 2004 zog die Bekl. um und erteilte der Post einen Nachsendeauftrag. Die Kl. versandte unter dem 25.10. und 09.11.2005 erfolglos weitere Zahlungsaufforderungen an die - fehlerhaft bezeichnete - frühere Adresse der Bekl. Die Bekl. hat den Zugang der Mahnungen bestritten. Mit Schreiben vom 03.02.2006 bestellte sich der spätere Prozessbevollmächtigte der Kl. für diese und verlangte von der Bekl. bis zum 13.02.2006 Zahlung der Hauptsumme sowie Erstattung von Verzugskosten. Daraufhin zahlte die Bekl. am 10.03.2006 die Hauptsumme von 543,- € an die Kl..

Mit der Klage hat die Kl. Ausgleich vorgerichtlicher Rechtsanwaltsgebühren von 70,20 €, ihrer Kosten für eine Anfrage beim Einwohnermeldeamt von 3,58 € sowie Zinsen in Höhe von 45,42 € für die Zeit vom 03.11.2004 bis zum 10.03.2006, insgesamt 119,20 €, zuzüglich Prozesszinsen gefordert. Die Bekl. hat den bezifferten Zinsanspruch in Höhe von 3,17 € für die Zeit vom 07.02. bis zum 10.03.2006 anerkannt. Insofern ist gegen sie Teilanerkennsurteil ergangen. Die weitergehende Klage haben das Amtsgericht und das Landgericht abgewiesen. Mit der vom BerGer. zugelassenen Revision verfolgt die Kl. in diesem Umfang ihre Klageanträge weiter.

#### **Aus den Gründen:**

Die Revision bleibt ohne Erfolg.

#### **I. Entscheidung und Begründung des BerGer.**

Nach Ansicht des BerGer. befand sich die Bekl. bis zum Zugang des anwaltlichen Mahnschreibens vom 03.02.2006 nicht in Verzug (§ 286 BGB). Mit der ganz herrschenden Meinung und der ständigen gerichtlichen Praxis genüge für eine Anwendung des § 286 II Nr. 1 BGB - abgesehen von einem Leistungsbestimmungsrecht des Gläubigers gemäß § 315 BGB - die einseitige Bestimmung eines Zahlungstermins durch den Gläubiger nicht. Die Übersendung der Rechnung vom 14.09.2004 mit höflicher Zahlungsbitte sei auch nicht als befristete Mahnung (§ 286 I 1 BGB) anzusehen, obwohl die Verbindung der Rechnung mit einer Mahnung grundsätzlich zulässig gewesen wäre. Zudem hätte die Kl. gemäß § 286 III 1 BGB den Verzug durch einen entsprechenden Hinweis begründen können. Hieraus ergebe sich, dass dem Gläubiger einer Entgeltforderung praktikable Wege zur effektiven Verfolgung seiner Ansprüche ohne übermäßigen Aufwand zur Verfügung ständen, so dass eine weite Auslegung des § 286 II Nr. 1 BGB auch unter Berücksichtigung seiner Interessen nicht erforderlich scheine.

#### **II. Entscheidung des BGH in der Revision**

Diese Ausführungen halten den Angriffen der Revision stand. Mangels sonstiger Pflichtverletzungen der

Bekl. könnte die Kl. Ersatz ihrer Aufwendungen sowie die mit dem Hauptantrag geforderten Zinsen zutreffend nur als Verzögerungsschaden wegen Verzugs der Bekl. verlangen (§ 280 I, II, § 288 I BGB i.V.m. § 286 BGB). Für einen Schuldnerverzug genügt jedoch die Übersendung einer Rechnung mit der einseitigen Bestimmung eines Zahlungsziels seitens des Gläubigers regelmäßig nicht. Die Bekl. ist deswegen erst durch Zugang des anwaltlichen Mahnschreibens vom 03.02.2006 in Verzug geraten. Die mit der Klage noch geltend gemachten Schäden sind indessen nicht als Folge dieses Verzugs, sondern bereits vorher entstanden und daher insgesamt nicht ersatzfähig.

### *1. Keine Entbehrlichkeit der Mahnung gem. § 286 II Nr. 1 BGB*

Leistet der Schuldner auf eine Mahnung des Gläubigers nicht, die nach dem Eintritt der Fälligkeit erfolgt, so kommt er durch die Mahnung in Verzug (§ 286 I 1 BGB). Der Mahnung bedarf es gemäß § 286 II Nr. 1 BGB nicht, wenn für die Leistung eine Zeit nach dem Kalender bestimmt ist. Eine solche Bestimmung muss aber durch Rechtsgeschäft - in der Regel in dem zugrunde liegenden Vertrag -, durch Gesetz oder in einem Urteil getroffen worden sein. Die einseitige Festlegung einer Leistungszeit durch den Gläubiger reicht, sofern dieser nicht nach § 315 BGB zur Bestimmung der Leistung berechtigt ist (vgl. hierzu BGH, Versäumnisurteil vom 15.02.2005 - X ZR 87/04, NJW 2005, 1772; Urteil vom 12.07.2006 - X ZR 157/05, NJW 2006, 3271 Rn. 7; Beschluss vom 19.09.2006 - X ZR 49/05, Grundeigentum 2006, 1608, 1609 f.), für die Anwendung der Vorschrift nicht aus (ganz herrschende Meinung, beispielsweise RG GruchB 52 [1908], 947, 949; BGH, Urteil vom 12.07.2006 aaO; OLG Brandenburg, Urteil vom 25.07.2007 - 7 U 192/06, juris Rn. 44; OLG Düsseldorf OLG-Report 2002, 296, 297; OLG Naumburg, Urteil vom 18.03.1999 - 3 U 33/98, juris Rn. 11, insoweit in BB 1999, 1570 = OLG-Report 1999, 333 nicht abgedruckt; Urteil vom 19.03.1999 - 6 U 61/98, juris Rn. 39, insoweit in OLG-Report 1999, 368 nicht abgedruckt; LG Bremen, Beschluss vom 14.06.2004 - 2 T 298/04, juris Rn. 8; LG Paderborn MDR 1983, 225; Erman/Hager, BGB, 11. Aufl., § 286 Rn. 39; MünchKomm/Ernst, BGB, 5. Aufl., § 286 Rn. 55; Palandt/Heinrichs, BGB, 66. Aufl., § 286 Rn. 22; Soergel/Wiedemann, BGB, 12. Aufl., § 284 Rn. 35; Staudinger/Löwisch, aaO, § 286 Rn. 68; Krause, JURA 2002, 217, 218; a.A. LG Ansbach NJW-RR 1997, 1479; Fahl, JZ 1995, 341, 343 ff.). Das entspricht nicht nur nach den Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch dem Willen des historischen Gesetzgebers, sondern auch den Vorstellungen des Reformgesetzgebers beim Erlass des Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26.11.2001 (BGBl. I S. 3138) sowie den Vorgaben des Europarechts und stimmt überdies mit den Regelungen des § 271 I BGB

über die Fälligkeit der Leistung überein.

Nach den Motiven zum BGB war der Satz "dies interpellat pro homine", vom französischen Recht abgesehen, in Deutschland allgemein anerkannt. Die erste Kommission lehnte zwar die im gemeinen Recht verbreitete engere Auffassung des Inhalts, dass der beigefügte "dies" nur für den Fall vertragsgemäßer Festsetzung des Leistungstermins die Mahnung ersetze, ab und ließ ohne Rücksicht auf den Entstehungsgrund des Schuldverhältnisses eine Festsetzung durch Rechtsgeschäft, Gesetz oder Urteil genügen (Mugdan, Die gesamten Materialien zum BGB für das Deutsche Reich, Bd. 2, 1899, S. 31). Dem lag indes als selbstverständlich der Gedanke zugrunde, dass es für die "Zufügung der Zeitbestimmung" in jedem Fall auf den Inhalt des zugrunde liegenden Schuldverhältnisses ankomme. In Übereinstimmung damit heißt es jetzt in der Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts (BT-Drs. 14/6040 S. 145 f.), wie bisher genüge für § 286 II Nr. 1 BGB in der Fassung des Entwurfs eine einseitige Bestimmung nicht; in Betracht komme vielmehr eine Bestimmung durch Gesetz, durch Urteil und vor allem durch Vertrag. Damit werde Art. 3 Abs. 1 Buchst. a der Zahlungsverzugsrichtlinie (Richtlinie 2000/35/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29.06.2000 zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr, abgedruckt in NJW 2001, 132) umgesetzt. Nach dieser Bestimmung sind Zinsen ab dem Tag zu zahlen, der auf den "vertraglich" festgesetzten Zahlungstermin oder das "vertraglich" festgesetzte Ende der Zahlungsfrist folgt. Angesichts dieser eindeutigen gesetzgeberischen Vorgaben verbietet sich eine vom Wortlaut her nicht ausgeschlossene erweiternde Auslegung des § 286 II Nr. 1 BGB - unter Einschluss einseitiger Fristsetzungen des Gläubigers - von selbst, zumal dieser, wie das BerGer. mit Recht hervorhebt, angesichts der ihm durch § 286 I und III BGB eingeräumten Rechte, auf anderem Wege unschwer Verzug des Schuldners zu begründen, nicht schutzwürdig erscheint. Nur ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass die mit § 286 BGB sachlich zusammenhängende Bestimmung einer Leistungszeit als Fälligkeitsregelung in § 271 I BGB einhellig als Vertragsbestandteil verstanden wird (vgl. nur Staudinger/Bittner, aaO, § 271 Rn. 4 ff.; MünchKomm/Krüger, aaO, § 271 Rn. 5).

### *2. Kein Fall des § 286 III 1 BGB*

§ 286 III 1 BGB greift im Streitfall zugunsten der Kl. nicht ein. Nach dieser Vorschrift kommt der Schuldner einer Entgeltforderung spätestens dann in Verzug, wenn er nicht innerhalb von 30 Tagen nach Fälligkeit und Zugang einer Rechnung oder einer gleichwertigen Zahlungsaufstellung leistet. Dies gilt jedoch gegenüber einem Schuldner, der Verbraucher ist (§ 13 BGB), nur, wenn er auf diese Folgen in der Rechnung oder Zahlungsaufstellung besonders hingewiesen worden ist.

Daran fehlt es hier.

### 3. Abgrenzung einer befristeten Mahnung zur Zahlungsaufforderung

Die Entscheidung hängt demnach davon ab, ob die Kl. die Bekl. schon vor dem Anwaltsschreiben vom 03.02.2006 im Sinne des § 286 I BGB gemahnt hat. Das ist mit den Vorinstanzen ebenfalls zu verneinen. Die Angabe einer Zahlungsfrist bis zum 05.10.2004 in der Rechnung der Kl. vom 14.09.2004 enthält nach der rechtsfehlerfreien Auslegung des BerGer. befristete Mahnung, sondern allein die Einräumung eines Zahlungsziels. Die beiden späteren Zahlungsaufforderungen vom 25.05. und 09.11.2005 sind, wie die Vorinstanzen unangegriffen festgestellt haben, der Bekl. nicht zugegangen.

#### a. Die erstmalige Zusendung einer Rechnung ist in der Regel keine Mahnung

Als verzugsbegründende Mahnung genügt zwar jede eindeutige und bestimmte Aufforderung, mit der der Gläubiger unzweideutig zum Ausdruck bringt, dass er die geschuldete Leistung verlangt; auf die Rechtsfolgen eines Verzugs muss - anders als im Fall des § 286 III 1 BGB - nicht hingewiesen werden (BGH, Urteil vom 10.3.1998 - X ZR 70/96, NJW 1998, 2132, 2133; Palandt/Heinrichs, aaO, § 286 Rn. 17). Eine Mahnung kann zudem mit der die Fälligkeit begründenden Handlung verbunden werden (RGZ 50, 255, 261; BGH, Urteil vom 14.07.1970 - VIII ZR 12/69, WM 1970, 1141) und kann deswegen auch in einer Rechnung enthalten sein, selbst wenn nach den vertraglichen oder gesetzlichen Bestimmungen erst mit deren Zugang die Forderung fällig wird (BGH, Urteil vom 12.07.2006 - X ZR 157/05, NJW 2006, 3271 Rn. 10). Dabei handelt es sich indessen um Ausnahmefälle. Die erstmalige Zusendung einer Rechnung - selbst mit Angabe eines Zahlungsziels - wurde schon bisher im Verkehr üblicherweise nicht als Mahnung verstanden, ungeachtet dessen, dass das Bürgerliche Gesetzbuch im Gegensatz zum früheren Art. 288 II des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuchs keine entsprechende Vorschrift mehr enthält (vgl. nur OLG Düsseldorf OLG-Report 2002, 296, 297; OLG Frankfurt, Urteil vom 17.02.2005 - 26 U 56/04, juris Rn. 34, insoweit in

NJW-RR 2005, 701 = MedR 2005, 604 nicht abgedruckt; LG Paderborn MDR 1983, 225; Erman/Hager, aaO, § 286 Rn. 31; MünchKomm/ Ernst, aaO, § 286 Rn. 49; abweichend Soergel/Wiedemann, aaO, § 284 Rn. 35; Fahl, JZ 1995, 341, 345; Pressmar, JA 1999, 593, 598 f.; Wilhelm, ZIP 1987, 1497, 1499 f.). Umso mehr gilt dies jetzt vor dem Hintergrund des § 286 III 1 BGB, der dem Gläubiger Verbrauchern gegenüber eine zusätzliche Belehrung abverlangt. Es ist daher rechtlich nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanzen die kalendermäßige Bestimmung eines Zahlungsziels in der Rechnung der Kl. ohne Hinweis auf einen Verzugsseintritt oder ähnliche Zusätze nur als Angebot zu einer Stundung oder einem pactum de non petendo interpretiert haben, das die Beklagte als ihr günstig gemäß § 151 BGB stillschweigend annehmen konnte (in diesem Sinne auch Staudinger/Bittner, aaO, § 271 Rn. 19), wobei die rechtliche Qualifizierung im Einzelnen dahinstehen kann.

#### b. Nachsendeauftrag nach Umzug reicht als Vorkehrung für den Zugang rechtsgeschäftlicher Erklärungen aus

Nach den von der Revision nicht angegriffenen Feststellungen des Amtsgerichts, die das BerGer. übernommen hat, sind die beiden folgenden Mahnschreiben der Kl. vom 25.05. und 09.11.2005 der Bekl. nicht zugegangen. Sie muss sich auch nicht so behandeln lassen, als hätten diese Mahnungen sie erreicht. Es trifft zwar zu, wie das Amtsgericht ausgeführt hat, dass der Schuldner bei bestehenden vertraglichen Beziehungen gehalten ist, im Falle eines Umzugs Vorkehrungen für den Zugang rechtsgeschäftlicher Erklärungen seines Vertragspartners zu treffen (vgl. dazu RGZ 95, 315, 317 f.; BGH, Urteil vom 13.06.1952 - I ZR 158/51, LM Nr. 1 zu § 130 BGB; OLG Hamburg MDR 1978, 489; OLG Hamm NJW-RR 1986, 699; MünchKomm/Einsele, aaO, § 130 Rn. 34, 37; Palandt/Heinrichs, aaO, § 130 Rn. 17). Hierfür genügt jedoch jedenfalls bei Verbrauchern ein Nachsendeauftrag bei der Post. Diesen Auftrag hat die Bekl. erteilt. Etwaige Fehler der Post oder der Kl. selbst bei der Beförderung der Briefe, weil die Kl. die Hausnummer der alten Anschrift unrichtig angegeben hatte, wären der Bekl. nicht anzulasten.

**Standort: Deliktsrecht****Problem: Verschuldensfähigkeit**

BGH, URTEIL VOM 16.10.2007

VI ZR 42/07 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

**Problemdarstellung:**

Der 8-jährige Bekl. befand sich mit einer Gruppe von Kindern in einer 30 km/h-Zone. Der Bekl. führte dabei ein Fahrrad bei sich. Der Gruppe kam der Fahrer Ü. mit dem klägerischen Fahrzeug entgegen. Wo sich die Gruppe zu diesem Zeitpunkt genau befand, d.h. auf der Straße oder auf dem Bürgersteig, ist streitig. Es kam zu einem Zusammenstoß mit der Fahrrad des Bekl., der dieses neben sich schob mit dem Fahrzeug des Kl.. Dabei entstand ein Sachschaden von insgesamt 1.200 €.

Diesen beehrte der Kl. ersetzt.

Das Amtsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landgericht hat die hiergegen gerichtete Berufung des Kl. zurückgewiesen. Mit der vom BerGer. zugelassenen Revision verfolgt der Kl. sein Klagebegehren weiter.

**Prüfungsrelevanz:**

Der erkennende Senat hatte sich zum wiederholten Mal in diesem Jahr mit der Deliktsfähigkeit eines Minderjährigen im Straßenverkehr zu beschäftigen.

Maßgeblich ist in diesem Zusammenhang der § 828 II 1 BGB. Demnach haften Kinder, die das 7. Lebensjahr, aber noch nicht das 10. Lebensjahr vollendet haben, für Schäden nicht, die bei Unfällen mit einem Kraftfahrzeug entstehen. Grund dafür ist insbesondere der Umstand, dass Kinder bis zur Vollendung des 10. Lebensjahres regelmäßig nicht in der Lage sind, die besonderen Gefahren des motorisierten Straßenverkehrs zu erkennen und einzuschätzen (Palandt-Sprau, § 828 Rn 3). Dabei hat er sich von der Erkenntnis leiten lassen, dass Kinder in diesem Alter wegen ihres Lauf- und Erprobungsdrangs, ihrer Impulsivität, Affektreaktionen, mangelnden Konzentrationsfähigkeit und ihres gruppenspezifischen Verhaltens oft zu einem verkehrsgerechten Verhalten nicht in der Lage sind (vgl. BT-Drs. 14/7752, S. 16 f. und 26 f.). Ausnahmen von diesem Grundsatz sind nur in den Fällen vorzunehmen, in denen sich andere Gefahren realisieren als diejenigen, die dem motorisierten Straßenverkehr innewohnen, z.B. wenn Kinder mit dem Fahrrad oder Kickboard gegen ein geparktes Auto fahren, da dann gerade die Gefahr des motorisierten Straßenverkehrs keine Rolle spielt (VersR 2005, 378).

In dem hier zugrundeliegenden Sachverhalt behauptete der Kl., die Kinder seien auf dem Bürgersteig gelaufen. Der Bekl. sei vorweg gelaufen, wobei er sein Rad vor sich her geschoben habe. Dann habe er es in der Absicht losgelassen, es alleine vorweg rollen zu lassen. Das Rad sei daraufhin auf die Fahrbahn geraten,

wo es dann mit dem Fahrzeug des Kl. kollidiert sei.

Das BerGer. hatte eine Haftung des Bekl. wegen einer Eigentumsverletzung gem. § 823 I BGB an der fehlenden Deliktsfähigkeit des Bekl. scheitern lassen, § 828 II 1 BGB. Selbst die Unfallschilderung des Kl. als wahr unterstellt, rechtfertigte demnach den Ausschluss. Aus der Schilderung werde gerade deutlich, dass sich der Bekl. keine Gedanken darüber gemacht habe, dass das Fahrzeug mit seinem Rad kollidieren könnte. Es sei gerade eine altersbedingte Überforderungssituation im Straßenverkehr gegeben. Ein Erwachsener hätte bei Anwendung der verkehrsgemäßen Sorgfalt die Gefahr erkannt und sich auch demnach verhalten.

Die Revision rügte, dass die Anwendung der Norm mit deren Sinn und Zweck nicht in Einklang zu bringen sei, es liege eine Ausnahmesituation im obig geschilderten Sinne vor. Allerdings trat der erkennende Senat dem entschieden entgegen. Raum zur teleologischen Reduktion des Wortlauts der Norm war hier nicht gegeben. Das Verhalten des Bekl. unter Zugrundelegung des klägerischen Tatsachenvortrags ist gerade Ausdruck des Lauf- und Erprobungsdrangs eines Kindes. Aufgrund dessen war dem Bekl. ein verkehrsgerechtes Verhalten nicht möglich. Der erkennende Senat stellte deutlich heraus, dass es nicht darauf ankommt, dass sich die Überforderungssituation konkret ausgewirkt hat. Die Möglichkeit, dass der Bekl. nur nicht damit gerechnet hat, dass das führungslöse Fahrzeug auch auf die Straße rollen kann, reicht insoweit aus. Dies folgt bereits daraus, dass der Gesetzgeber die Altersgrenze für den Bereich des Straßenverkehrs generell heraufgesetzt hat (VersR 2005, 1154; VersR 2007, 855).

**Vertiefungshinweise:**

- Zur Haftung eines 16-jährigen Inlineskaters: *LG Bielefeld*, RA 2004, 542 = *NJW* 2004, 2245
- Zur Deliktsfähigkeit eines Kindes im Straßenverkehr: *AG Sinzheim*, RA 2004, 189 = *NJW* 2004, 453
- Zur Deliktsfähigkeit eines 8-jährigen Fahrradfahrers: *BGH*, RA 2007, 374

**Kursprogramm:**

- Examenskurs*: "Flugreise eines Minderjährigen"
- Examenskurs*: "Das verhängnisvolle Skateboard"
- Assessorkurs*: "Die Fahrt zum Fest"

**Leitsatz:**

**Lässt ein achtjähriges Kind auf dem Bürgersteig sein Fahrrad los, damit es von alleine weiterrollt, und rollt das führungslöse Fahrrad auf die Fahrbahn gegen das zu diesem Zeitpunkt vorbeifahren-**

**de Kraftfahrzeug, so handelt es sich um einen Unfall mit einem Kraftfahrzeug im Sinne des § 828 II 1 BGB n.F., der zu einer Haftungsprivilegierung des Kindes führt.**

**Sachverhalt:**

Am 09.09.2005 gegen 18.00 Uhr befuhr der Fahrer Ü. mit dem Fahrzeug des Kl. eine Straße, die in einer 30 km/h-Zone liegt. Dort kam ihm eine Gruppe Kinder entgegen, unter denen sich auch der damals 8-jährige Bekl. mit seinem Fahrrad befand. Zwischen den Parteien ist streitig, ob die Gruppe auf dem Bürgersteig oder auf der Straße lief. Jedenfalls kam es zu einem Zusammenstoß zwischen dem führungslös rollenden Fahrrad und dem Fahrzeug des Kl., das in diesem Augenblick vorbeifuhr. Durch den Zusammenstoß entstand an dem Fahrzeug des Kl. ein Schaden in Höhe von 1.121,88 €. Darüber hinaus entstanden dem Kl. Kosten für die Einholung eines Sachverständigengutachtens in Höhe von 341,39 € sowie weitere Unkosten von (pauschal) 20,00 €.

Der Kl. hat behauptet, die ihm entgegenkommenden Kinder seien auf dem Bürgersteig gelaufen. Der Bekl. sei vorweg gelaufen und habe dabei sein Fahrrad vor sich her geschoben und es dann in der Absicht losgelassen, es alleine vorweg rollen zu lassen. Das Fahrrad sei daraufhin ein Stück geradeaus gerollt, dann mit dem Lenker nach links eingeknickt und auf die Fahrbahn geraten, wo es mit dem vorbeifahrenden Fahrzeug des Kl. kollidiert sei.

Das Amtsgericht hat die Klage auf Zahlung von insgesamt 1.483,27 € nebst Zinsen abgewiesen. Das Landgericht hat die hiergegen gerichtete Berufung des Kl. zurückgewiesen. Mit der vom BerGer. zugelassenen Revision verfolgt der Kl. sein Klagebegehren weiter.

**Aus den Gründen:**

*I. Entscheidung und Begründung des BerGer.*

Das BerGer. hat sich der Würdigung des Amtsgerichts angeschlossen, dass Schadensersatzansprüche des Kl. gemäß § 823 I BGB wegen Verletzung des Eigentums an seinem Kraftfahrzeug an dem zu Gunsten des Bekl. eingreifenden Haftungsprivileg des § 828 II 1 BGB n.F. scheiterten, selbst wenn man von der Unfallschilderung des Kl. ausgehe. Gerade der vom Kl. angeführte Umstand, dass der Bekl. sich überhaupt nicht mit dem Straßenverkehr auseinandergesetzt und sich keine Gedanken darüber gemacht habe, dass das Fahrrad mit dem Fahrzeug des Kl. kollidieren könne, belege das Vorliegen der vom Gesetzgeber mit der

Neuregelung in den Blick genommenen typischen altersbedingten Überforderungssituation. Denn im Gegensatz zu dem 8-jährigen Bekl. hätte ein verantwortlicher Erwachsener bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt die Möglichkeit, dass das Fahr-

rad auf die Straße rollen und dort einen Unfall verursachen könne, erkannt und sich dementsprechend verhalten. Soweit der Kl. anführe, es könne keinen Unterschied machen, ob das Fahrrad zufällig nach links (auf die Straße) oder nach rechts (gegen ein parkendes Fahrzeug) rolle, unterstelle er einen hypothetischen Alternativsachverhalt, der sich im konkreten Fall gerade nicht realisiert habe und die Entscheidung deshalb nicht beeinflussen könne. Anderenfalls müsse man das gleiche Argument reziprok auch gegen eine Haftung des Kindes bei Beschädigung eines parkenden Fahrzeugs gelten lassen, was zu offensichtlich widersinnigen Ergebnissen führen würde. Die Gefahr eines Schadens Eintritts resultiere vorliegend - zumindest auch - aus der Bewegung des Fahrzeuges des Kl., welches sich nur aufgrund seiner Bewegung "zur falschen Zeit am falschen Ort" befunden habe und bei deren Hinwegdenken sich die Haftungsfrage mangels Schadens Eintritts gar nicht stellen würde.

*II. Entscheidung des BGH in der Revision*

Die Beurteilung des BerGer. hält im Ergebnis revisionsrechtlicher Nachprüfung stand. Entgegen der Auffassung der Revision ist die haftungsrechtliche Verantwortlichkeit des Bekl. nach der Unfallschilderung des Kl., die revisionsrechtlich als richtig zu unterstellen ist, nach § 828 II 1 BGB n.F. ausgeschlossen.

*1. Anwendbarkeit des § 828 BGB gem. Art. 229 § 8 EGBGB*

Da das schädigende Ereignis nach dem 31.07.2002 eingetreten ist, richtet sich die Verantwortlichkeit des minderjährigen Schädigers gemäß Art. 229 § 8 I EGBGB nach § 828 BGB in der Fassung des 2. Gesetzes zur Änderung schadensrechtlicher Vorschriften vom 19.07. 2002 (BGBl. I S. 2674). Danach ist für den Schaden, den er bei einem Unfall mit einem Kraftfahrzeug einem anderen zufügt, nicht verantwortlich, wer das siebte, aber nicht das zehnte Lebensjahr vollendet hat.

*2. Anwendbarkeit auch nach Sinn und Zweck der Norm gegeben*

Die Revision geht zwar ebenfalls davon aus, dass § 828 II 1 BGB nach seinem Wortlaut im vorliegenden Fall ohne weiteres eingreift. Sie meint jedoch, die Vorschrift finde nach ihrem Sinn und Zweck gleichwohl keine Anwendung. Dieser Auffassung kann aus Rechtsgründen nicht gefolgt werden.

Nach der Rechtsprechung des erkennenden Senats ist eine teleologische Reduktion des Wortlauts dieser Vorschrift nur in Fällen vorzunehmen, in denen sich keine typische Überforderungssituation des Kindes durch die spezifischen Gefahren des motorisierten Verkehrs realisiert hat. Hiernach hat der Senat das Haftungsprivileg verneint in Fällen, in denen Kinder der privilegierten Altersgruppe mit einem Kickbord

oder Fahrrad gegen ein ordnungsgemäß geparktes Kraftfahrzeug gestoßen sind und dieses beschädigt haben (vgl. Senatsurteile BGHZ 161, 180 und vom 21.12.2004 - VI ZR 276/03 - VersR 2005, 378 m.w.N.).

Der Gesetzgeber hat nämlich mit der Einführung der Ausnahmevorschrift des § 828 II BGB dem Umstand Rechnung getragen, dass Kinder bis zur Vollendung ihres 10. Lebensjahres regelmäßig überfordert sind, die besonderen Gefahren des motorisierten Straßenverkehrs zu erkennen, insbesondere die Entfernungen und Geschwindigkeiten von anderen Verkehrsteilnehmern richtig einzuschätzen und sich den Gefahren entsprechend zu verhalten. Dabei hat er sich von der Erkenntnis leiten lassen, dass Kinder in diesem Alter wegen ihres Lauf- und Erprobungsdrangs, ihrer Impulsivität, Affektreaktionen, mangelnden Konzentrationsfähigkeit und ihres gruppenspezifischen Verhaltens oft zu einem verkehrsgerechten Verhalten nicht in der Lage sind (vgl. BT-Drs. 14/7752, S. 16 f. und 26 f.). Allerdings wollte er die Deliktsfähigkeit nicht generell und nicht bei sämtlichen Verkehrsunfällen erst mit Vollendung des 10. Lebensjahres beginnen lassen. Er wollte die Heraufsetzung der Deliktsfähigkeit vielmehr auf im motorisierten Straßen- oder Bahnverkehr plötzlich eintretende Schadensereignisse begrenzen, bei denen die altersbedingten Defizite eines Kindes, wie z.B. Entfernungen und Geschwindigkeiten nicht richtig einschätzen zu können, zum Tragen kommen, weil sich das Kind durch die Schnelligkeit, die Komplexität und die Unübersichtlichkeit der Abläufe in einer besonderen Überforderungssituation befindet (vgl. BT-Drs. 14/7752, S. 26 f.).

### *3. Auch hier hat sich eine dem § 828 II BGB entsprechende Gefahr realisiert*

Entgegen der Auffassung der Revision kann eine solche typische Überforderungssituation, die nach dem

Willen des Gesetzgebers zu einem Haftungsausschluss führt, auch unter Zugrundelegung des vom Kl. vorgetragene Unfallgeschehens nicht verneint werden. Denn es hat sich auch in diesem Fall eine Gefahr verwirklicht, die daraus herrührt, dass Kinder in dem entsprechenden Alter wegen ihres Lauf- und Erprobungsdrangs und ihres gruppenspezifischen Verhaltens oft zu einem verkehrsgerechten Verhalten nicht in der Lage sind. Nach dem Vorbringen des Kl. lief der Bekl. entgegen der Fahrtrichtung des herannahenden Kraftfahrzeugs auf dem Bürgersteig einer Gruppe von Kindern vorweg, die ihn anfeuerte, und schob dabei sein Fahrrad so schnell er konnte vor sich her um es dann loszulassen, damit es von alleine weiterrolle. In einer solchen Situation lässt sich die Möglichkeit nicht ausschließen, dass der Bekl., als er das Fahrrad los ließ, die Geschwindigkeit und die Entfernung des heranahenden Fahrzeuges falsch einschätzte und deshalb nicht damit rechnete, dass das führungslose Fahrrad gerade zu dem Zeitpunkt auf die Fahrbahn geraten könnte, in dem das Fahrzeug des Kl. vorbeifuhr.

Entgegen der Auffassung der Revision kommt es nicht darauf an, ob sich die Überforderungssituation konkret ausgewirkt hat oder der Bekl. lediglich nicht damit gerechnet hat, dass das führungslose Fahrrad auch auf die Straße rollen kann. Um eine klare Grenzlinie für die Haftung von Kindern zu ziehen, hat der Gesetzgeber diese Fallgestaltungen einheitlich in der Weise geregelt, dass er die Altersgrenze der Deliktsfähigkeit von Kindern für den Bereich des motorisierten Verkehrs generell heraufgesetzt hat (vgl. Senatsurteile vom 14. 06.2005 - VI ZR 181/04 - VersR 2005, 1154, 1155 und vom 17.04.2007 - VI ZR 109/06 - VersR 2007, 855, 856).

### *III. Nebenentscheidung*

Die Kostenentscheidung ergibt sich aus § 97 I ZPO.

**Strafrecht****Standort: § 263 III 2 StGB****Problem: Regelbeispiel und Teilnahme**

BGH, URTEIL VOM 13.09.2007  
5 STR 65/07 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

**Problemdarstellung:**

Der Angeklagte hatte mehrfach falsche Seefrachtbriefe ausgestellt, die von Dritten mit seinem Wissen dazu genutzt wurden, Betrugstaten, § 263 I StGB, gegenüber Banken zu begehen, wobei die Haupttaten auch besonders schwere Fälle des Betrugs gem. § 263 III 2 Nr. 2 StGB darstellten.

Das Landgericht Hamburg hatte den Angeklagten deshalb wegen Beihilfe zum Betrug in einem besonders schweren Fall, §§ 263 I, 27 I, 263 III 2 Nr. 2 StGB, verurteilt. Der BGH hob die Verurteilung auf, da der Angeklagte nicht nur einmal Beihilfe geleistet habe, sondern mehrere Beihilfehandlungen in Tatmehrheit, § 53 StGB, vorgenommen habe. Außerdem sei es nicht selbstverständlich, dass bei der Verwirklichung eines Regelbeispiels durch den Haupttäter auch für den Teilnehmer ein besonders schwerer Fall gegeben sei.

**Prüfungsrelevanz:**

Probleme aus dem Bereich von Täterschaft und Teilnahme sind häufig Gegenstand von Prüfungsaufgaben in beiden Examen. Während die vom BGH in der vorliegenden Entscheidung angesprochenen Konkurrenzprobleme, insb. die Abgrenzung zwischen Tateinheit und -mehrheit, eher im zweiten Examen relevant werden, werden auch im ersten Examen hier zumindest Grundkenntnisse vorausgesetzt. Besonders die Problematik der Zurechnung von Regelbeispielen beim Teilnehmer ist jedoch auch im ersten Examen häufiger zu finden, gerade weil im Bereich der Vermögensdelikte die §§ 243, 263 III StGB Regelbeispiele enthalten, die häufig in Klausuren zu prüfen sind.

Zunächst befasst sich der BGH in der vorliegenden Entscheidung mit den Konkurrenzen bei mehreren Beteiligten. Ausgangspunkt der Prüfung von Konkurrenzen ist stets die Frage, ob mehrere Delikte durch dieselbe oder verschiedene Handlungen verwirklicht wurden, wobei (vorbehaltlich einer Gesetzeskonkurrenz) im ersten Fall Tateinheit, § 52 StGB, im letzteren Tatmehrheit, § 53 StGB, vorliegt (vgl. die Darstellung bei Wessels/Beulke, AT, Rn 752 ff.). Rechtsprechung und herrschende Lehre gehen insofern davon aus, dass die Frage, ob eine oder mehrere Handlungen gegeben sind, für jeden Teilnehmer getrennt zu prüfen ist, also

eine Handlungseinheit beim Gehilfen dann anzunehmen ist, wenn dieser nur eine Handlung vorgenommen hat, ungeachtet dessen, wie viele Handlungen des Haupttäters hierdurch gefördert werden (BGH, NStZ 1999, 451; wistra 1999, 23; Tröndle/Fischer, Vor § 52 Rn 34 ff.; Lackner/Kühl, Vor § 52 Rn 22). Diese Rechtsprechung führt der BGH in der vorliegenden Entscheidung fort, indem er betont, dass bei der Ausstellung mehrerer Seefrachtbriefe durch den Angeklagten, insb. da dies auch an verschiedenen Tagen geschah, mehrere Beihilfehandlungen (in Tatmehrheit) gegeben sein dürften.

Die vorliegende Entscheidung enthält darüber hinaus auch Ausführungen des BGH zu der Frage, wann für einen Teilnehmer ein besonders schwerer Fall gegeben ist, insb. unter welchen Voraussetzungen ihm ein Regelbeispiel angelastet werden kann. Insofern bestätigt der BGH hier die ganz herrschende Meinung, dass es nämlich für das Vorliegen eines besonders schweren Falles beim Teilnehmer nicht darauf ankommt, ob der Haupttäter ein Regelbeispiel verwirklicht; vielmehr muss sich die Teilnehmerehandlung als solche als besonders schwerer Fall darstellen (BGH, StV 1996, 87; NJW 1991, 2499; Tröndle/Fischer, § 46 Rn 105), wobei jedoch die Schwere der Haupttat zu berücksichtigen ist (Lackner/Kühl, § 46 Rn 16; Tröndle/Fischer, § 46 Rn 105). Dies bedeutet jedoch nicht, dass der Teilnehmer ein Regelbeispiel stets selbst verwirklichen muss, damit ihm ein besonders schwerer Fall zur Last gelegt werden kann: Handelt es sich um ein täterbezogenes Regelbeispiel (z.B. Gewerbsmäßigkeit, §§ 243 I 2 Nr. 3, 263 III 2 Nr. 1 StGB), so muss der Teilnehmer - analog § 28 II StGB - dies selbst verwirklichen (Jockes, § 243 Rn 2; Lackner/Kühl, § 46 Rn 16; a.A. Bruns, GA 1988, 339, 350). Bei tatbezogenen Regelbeispielen (die sich also auf die Begehungsweise oder das Schutzobjekt beziehen) ist es jedoch - da auch beim Teilnehmer die Schwere der Haupttat zu berücksichtigen ist - ausreichend, dass der Teilnehmer insofern vorsätzlich handelt (Schönke/Schröder-Eser, § 243 Rn 47; SK-Hoyer, § 243 Rn 57). Dies deutet auch der BGH in der vorliegenden Entscheidung an.

Interessant ist insofern, dass der BGH auch andeutet, dass eine übermäßig lange Verfahrensdauer, die einen Verstoß gegen das Rechtsstaatsprinzip und insb. Art 6 I MRK darstellt, nicht nur allgemein strafmildernd zu berücksichtigen ist (vgl. BVerfG, NStZ-RR 2005, 346, 347; NStZ 2004, 335; BGHSt 46, 151; Scheffler, JZ

1992, 131; Schroth, NJW 1990, 29), sondern auch bei der Prüfung des Vorliegens eines besonders schweren Falles Relevanz erlangen kann.

#### **Vertiefungshinweise:**

Zur Abgrenzung von Tateinheit und -mehrheit bei mehreren Beteiligten: *BGH*, RA 2003, 578; *wistra* 2001, 336; *NStZ* 2000, 83; *NStZ-RR* 1999, 297

Zur Annahme eines Regelbeispiels beim Teilnehmer: *BGHSt* 29, 239, 244; *BGH*, *StV* 1996, 87; 1992, 327; *Brunns*, GA 1988, 339

#### **Kursprogramm:**

*Examenskurs*: "Kein Blut für Draci"

#### **Leitsatz (der Redaktion):**

**Die Annahme eines Regelbeispiels kommt bei einem Gehilfen nur dann in Betracht, wenn sich die Teilnahmehandlung selbst als besonders schwerer Fall darstellt. Es reicht deshalb nicht aus, wenn lediglich der Haupttäter das Regelbeispiel verwirklicht hat. Vielmehr ist anhand des konkreten Regelbeispiels in einer Gesamtwürdigung festzustellen, ob ein besonders schwerer Fall vorliegt.**

#### **Sachverhalt:**

Der Angeklagte, der Prokurist einer auf Überseetransporte spezialisierten Spedition war, stellte zwischen November 1998 und Februar 1999 falsche Seefrachtbriefe aus. In den 13 Fällen, die der Verurteilung zugrunde liegen, bescheinigte der Angeklagte in den Seefrachtbriefen wahrheitswidrig die Verschiffung von hochwertigem Metallen, die tatsächlich nicht stattgefunden hatte. Die Seefrachtbriefe dienten im Zusammenhang mit Scheinverkäufen der Metalle dazu, aus den für den Verkäufer gestellten Akkreditiven von Banken Zahlungen zu erlangen.

#### **Aus den Gründen:**

##### *I. Entscheidung des Landgerichts*

Das Landgericht hat den Angeklagten wegen Beihilfe zum Betrug zu einer Freiheitsstrafe von zwei Jahren und zehn Monaten verurteilt. Seine hiergegen gerichtete Revision hat mit der Sachrüge Erfolg. [...]

##### *II. Zur Annahme einer Tateinheit und zur Beweiswürdigung durch das Landgericht*

Das landgerichtliche Urteil unterliegt schon deshalb nachhaltigen Bedenken, weil das Landgericht von einer einheitlichen Beihilfetat für die einzelnen Betrugs-handlungen ausgeht. Dies ist kaum nachvollziehbar, weil der Angeklagte nach den Feststellungen des Landgerichts inhaltlich falsche Seefrachtbriefe für je-

den einzelnen fiktiven Frachtvorgang erstellt hat. Diese wurden dann wiederum zur Täuschung gegenüber den die Akkreditive stellenden Banken genutzt. Der Angeklagte hat damit im Hinblick auf jeden Betrugsfall eine selbständige Beihilfehandlung begangen. Dies legt die Annahme tatmehrheitlicher Beihilfehandlungen nahe.

Durchgreifenden Bedenken begegnen jedenfalls die Ausführungen des Landgerichts zur Beweiswürdigung. Sie beziehen sich hinsichtlich der nur cursorisch und - im Hinblick auf die Tatbestandsmerkmale - bedenklich knapp dargestellten Haupttaten im Wesentlichen allein auf die Aussage des polizeilichen Ermittlungsbeamten L. Was dieser Beamte ausgesagt hat, teilt das Landgericht ebenso wenig mit, wie aufgrund welcher Ermittlungshandlungen der Beamte seine Erkenntnisse gewonnen hat. Dies war aber bei der gegebenen Sachverhaltskonstellation unverzichtbar. Die Beweiswürdigung hätte für das Revisionsgericht nachvollziehbar dargestellt werden müssen (*BGHR StPO* § 267 Abs. 1 Satz 1 Beweisergebnis 6). Da der Ermittlungsbeamte das zentrale Beweismittel für die Haupttat war, wäre hierzu erforderlich gewesen, dass das Landgericht die einzelnen Ermittlungsschritte nachzeichnet und darlegt, wie der Zeuge L zu seinen Erkenntnissen gelangt ist. Insbesondere hätten die jeweils gefundenen Beweisergebnisse in eine Beziehung zu den konkreten Beweismitteln gesetzt werden müssen. Es reicht deshalb nicht aus, dass das Landgericht sich allgemein auf "Urkunden" beruft, ohne diese näher zu bezeichnen.

##### *III. Zur Annahme eines Regelbeispiels beim Teilnehmer*

Für die neue Hauptverhandlung weist der Senat darauf hin, dass - sollten sich die Tatvorwürfe bestätigen - die Annahme eines Regelbeispiels bei einem Gehilfen nur dann in Betracht kommt, wenn sich die Teilnahmehandlungen selbst als besonders schwere Fälle darstellen (*BGH StV* 1996, 87). Es reicht deshalb nicht aus, wenn lediglich der Haupttäter das Regelbeispiel verwirklicht hat. Vielmehr ist anhand des konkreten Regelbeispiels in einer Gesamtwürdigung festzustellen, ob ein besonders schwerer Fall vorliegt (vgl. *Tröndle/Fischer*, *StGB* 54. Aufl. § 46 Rdn. 105). Hierbei ist freilich die Schwere der Haupttat zu berücksichtigen, was gerade bei dem Regelbeispiel des Vermögensverlustes großen Ausmaßes nach § 263 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 *StGB* nahe liegt. Gewicht kann bei dieser Prüfung allerdings auch die vom Landgericht festgestellte gravierende rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung von eineinhalb Jahren erlangen, die das Landgericht mit einem Strafabschlag von lediglich vier Monaten Freiheitsstrafe angesichts des fortbestehenden (außer Vollzug gesetzten) Haftbefehls eher gering kompensiert hat.

**Standort: § 259 StGB****Problem: Vollendungszeitpunkt bei Absatzhilfe**

BGH, URTEIL VOM 30.08.2007  
3 STR 200/07 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

**Problemdarstellung:**

Die Angeklagten wurden von einem Dritten gebeten, bei der Verwertung gestohlener Pfandbriefe zu helfen. Daraufhin erkundigten sie sich bei einer Bank, ob solche Briefe handelbar seien und ob man ggf. hierfür einen Notar brauche.

Das Landgericht Düsseldorf hatte die Angeklagten vom Vorwurf der (versuchten) Hehlerei, § 259 I StGB, in der Form der Absatzhilfe freigesprochen. Hiergegen legte die Staatsanwaltschaft Revision ein. Der BGH bestätigte jedoch den Freispruch.

**Prüfungsrelevanz:**

Hehlerei ist zwar selten alleiniger Schwerpunkt von Examensklausuren, wird aber häufig im Rahmen eines mehrere Tatkomplexe umfassenden Geschehens relevant, wenn nach der Erlangung der Beute (im 1. Tatkomplex) deren Verwertung (im 2. Tatkomplex) zu prüfen ist. Insofern werden - auch wegen der großen praktischen Bedeutung von § 259 StGB - hier vom Prüfling auch Detailkenntnisse erwartet, wobei das im vorliegenden Fall relevante Problem der Vollendung der Hehlerei in der Form des Absetzes oder Absetzenshelfens einen Klassiker darstellt.

Der BGH geht in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass die Hehlerei in Form des Absetzens oder Absetzenshelfens auch dann vollendet sein kann, wenn kein Absatzerfolg eintritt (BGHSt 26, 358, 359; 33, 47; BGH, NStZ-RR 2000, 266; Wessels/Hillenkamp, BT 2, Rn 867; Rosenau, NStZ 1999, 352). Vollendet seien diese Tathandlungen der Hehlerei bereits dann, wenn der Hehler eine Handlung vorgenommen habe, die geeignet sei, die rechtswidrige Vermögenssituation aufrechtzuerhalten oder zu vertiefen, also den Vortäter bei dessen Absatzbemühungen zu unterstützen (BGH, NStZ-RR 2000, 266; NStZ 1999, 351). Allerdings - dies betont der BGH in der vorliegenden Entscheidung - könne nicht jede Unterstützungshandlung, die dem Vortäter geleistet werde, als (versuchtes oder vollendetes) Absetzen oder Absetzenshelfen angesehen werden. Für die Abgrenzung zwischen einer - straflosen - Hilfe bei der bloßen Vorbereitung eines Absatzes und einer - strafbaren - versuchten oder vollendeten Absatzhilfe komme es vielmehr darauf an, ob die Hilfeleistung im Vorfeld eines im Einzelnen noch nicht absehbaren und auch noch nicht konkret geplanten Absatzes erfolge (dann straflose Vorbereitungshandlung) oder sich in einen bereits festgelegten Absatzplan fördernd einfüge und aus der Sicht des Vortäters den Beginn des Absatzvorganges darstelle (dann - zumindest versuchte -

strafbare Absatzhilfe). Da diese Abgrenzungskriterien sich nicht gerade durch ein hohes Maß an Praktikabilität oder Nachvollziehbarkeit auszeichnen, geht die herrschende Literaturauffassung davon aus, dass ein vollendetes Absetzen oder Absetzenshelfen stets einen Absatzerfolg voraussetzt (Schönke/Schröder-Stree, § 259 Rn 38; Tröndle/Fischer, § 259 Rn 19d; Krack, NStZ 1998, 462, Zöller/Frohn, JURA 1999, 383). Hierbei beruft sie sich insb. darauf, dass auch sämtliche anderen Varianten des § 259 I StGB (Ankaufen und sich oder einem Dritten verschaffen) unstreitig zu ihrer Vollendung einen entsprechenden Erfolg voraussetzen, wohingegen die BGH-Rechtsprechung letztlich auf einem heute gar nicht mehr einschlägigen Wortlaut des § 259 I StGB beruhe (vgl. Tröndle/Fischer, § 259 Rn 19b). In der vorliegenden Entscheidung setzt der 3. Strafsenat des BGH zwar die bisherige Rechtsprechung fort, betont jedoch ausdrücklich, dass die Kritik des Schrifttums an der Rechtsprechung "erwägenswert" sei.

**Vertiefungshinweise:**

Zur Vollendung des Absetzen(helfen)s i.R.v. § 259 I StGB: BGH, NStZ-RR 2000, 266; NStZ 1999, 208; 1997, 493; Endriß, NStZ 1998, 463; Krack, NStZ 1998, 462; Kunz, JURA 1997, 155; Rosenau, NStZ 1999, 352; Zöller/Frohn, JURA 1999, 383

**Kursprogramm:**

Examenskurs: "Feindschaftsdienst"

**Leitsätze (der Redaktion).**

**1. Nach gefestigter Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs genügt zur Vollendung der Hehlerei in der Form der Absatzhilfe zwar grundsätzlich jede vom Absatzwillen getragene vorbereitende, ausführende oder helfende Tätigkeit, die geeignet ist, den Vortäter bei seinem Bemühen um wirtschaftliche Verwertung der "bemakelten" Sache zu unterstützen.**

**2. Gleichwohl erfüllt auch nach dieser Rechtsprechung nicht jede Unterstützung, die dem Vortäter im Vorfeld von Absatzbemühungen geleistet wird, den Tatbestand des § 259 I StGB; je nach den Umständen des Einzelfalls kann es sich auch um bloße Hilfe bei der Vorbereitung künftigen Absatzes handeln, die als solche nicht strafbar ist.**

**3. Für die Abgrenzung zwischen einer - straflosen - Hilfe bei der bloßen Vorbereitung eines Absatzes und einer - strafbaren - versuchten oder vollendeten Absatzhilfe kommt es darauf an, ob die Hilfeleistung im Vorfeld eines im Einzelnen noch nicht absehbaren und auch noch nicht konkret geplanten**

**Absatzes erfolgte oder sich in einen bereits festgelegten Absatzplan fördernd einfügte und aus der Sicht des Vortäters den Beginn des Absatzvorganges darstellte.**

**Sachverhalt:**

Der gesondert verfolgte, bereits rechtskräftig verurteilte T hatte aus den Tresorräumen der B-Bank unter anderem einen Namenspfandbrief über eine Darlehensforderung in Höhe von 10 Millionen DM gestohlen. Der Pfandbrief oder eine Kopie hiervon gelangte auf ungeklärte Weise zu einem "K", der den Angeklagten B bat, ihm bei der Verwertung zu helfen. Der Angeklagte B, der damit rechnete, dass der Brief gestohlen war, sagte ihm zu, die Verwertbarkeit überprüfen zu lassen, und bat seinerseits den Angeklagten E, die erforderlichen Erkundigungen einzuholen. E erfragte bei der Schuldnerbank, ob das Papier handelbar sei und ob man für die Übertragung einen Notar benötige. Zu weiteren Bemühungen kam es nicht, da die Bank die Polizei einschaltete.

**Aus den Gründen:**

*1. Entscheidung und rechtliche Würdigung des Landgerichts*

Das Landgericht hat die Angeklagten vom Vorwurf der Hehlerei aus Rechtsgründen freigesprochen. Hiergegen richtet sich die Revision der Staatsanwaltschaft mit der Sachrüge. [...] Das Landgericht hat eine Strafbarkeit wegen versuchter oder vollendeter Absatzhilfe verneint, weil der Absatz des Briefs im Zeitpunkt der Bemühungen der Angeklagten in noch ungewisser Ferne lag und die Erkundigung aus der Sicht der Vortäter noch nicht den Beginn des Absatzes bedeutete.

*2. Entscheidung des BGH*

Das Rechtsmittel hat keinen Erfolg; die Rechtsauffassung des Landgerichts ist nicht zu beanstanden.

*a. Zur Vollendung der Hehlerei in der Form der Absatzhilfe*

Nach gefestigter Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs genügt zur Vollendung der Hehlerei in der Form der Absatzhilfe zwar grundsätzlich jede vom Absatzwillen getragene vorbereitende, ausführende oder helfende Tätigkeit, die geeignet ist, den Vortäter bei seinem Bemühen um wirtschaftliche Verwertung der "bemakelten" Sache zu unterstützen (vgl. BGHSt 26, 358; 27, 45; 29, 239; BGHR StGB § 259 Abs. 1 Absatzhilfe 3 m. w. N.; vgl. zur erwägenswerten Kritik des Schrifttums an dieser sehr weiten Auslegung Ruß in LK 11. Aufl. § 259 Rdn. 26 ff. m. w. N.). Gleichwohl erfüllt auch nach dieser Rechtsprechung nicht jede Unterstützung, die dem Vortäter im Vorfeld von Absatzbemühungen geleistet wird, den Tatbestand; je nach den

Umständen des Einzelfalls kann es sich auch um bloße Hilfe bei der Vorbereitung künftigen Absatzes handeln, die als solche nicht strafbar ist (vgl. BGH NJW 1989, 1490). Dies wurde insbesondere in Fällen angenommen, bei denen die "bemakelte" Sache für den Vortäter vorläufig gelagert worden und dieser Verwahrung keine Bedeutung im Rahmen eines bereits bevorstehenden Absatzes nach einem festgelegten Tatplan zugekommen war (so BGH wistra 1993, 61; BGH NStZ 1993, 282; BGH NJW 1989, 1490; BGHR StGB § 259 Abs. 1 Absatzhilfe 4). Anders wurde dies dementsprechend gesehen, wenn sich die Unterstützungshandlung in einen Tatplan eingefügt und aus der Sicht des Vortäters den Beginn des Absatzes dargestellt hatte (Zusage des Transports zum vorgesehenen Umsatzort: BGHR StGB § 259 Abs. 1 Absatzhilfe 3; Ausschleichen der gestohlenen Fahrzeuge nach Bestellliste: BGHR StGB § 259 Abs. 1 Absatzhilfe 7; Übernahme der Beute in Verkaufskommission oder Einlagerung zur Durchführung eines bereits bestehenden Absatzplanes: BGH NJW 1989, 1490).

Somit kommt es für die Abgrenzung zwischen einer - straflosen - Hilfe bei der bloßen Vorbereitung eines Absatzes und einer - strafbaren - versuchten oder vollendeten Absatzhilfe darauf an, ob die Hilfeleistung im Vorfeld eines im Einzelnen noch nicht absehbaren und auch noch nicht konkret geplanten Absatzes erfolgte oder sich in einen bereits festgelegten Absatzplan fördernd einfügte und aus der Sicht des Vortäters den Beginn des Absatzvorganges darstellte.

*b. Zum Fehlen der Voraussetzungen für Vollendung und Versuch der Hehlerei im vorliegenden Fall*

Das Landgericht hat in Übereinstimmung mit diesen Maßstäben zu Recht weder eine versuchte noch eine vollendete Absatzhilfe, sondern nur eine Beihilfe im Vorbereitungsstadium eines noch nicht näher geplanten Absatzes angenommen. Denn einen näher festgelegten Tatplan zum Absatz des fraglichen Pfandbriefs hat es nicht feststellen können. Es war sogar unauflösbar, ob "K" überhaupt eine Verfügungsmacht über den Pfandbrief erhalten hatte und somit ein Vortäter im Sinne des § 259 StGB sein konnte oder ob er ebenfalls nur Absatzhelfer sein sollte, dem nur eine Fotokopie dieses Wertpapiers überlassen worden war.

Soweit die Beschwerdeführerin der Auffassung ist, in den Anfragen des Angeklagten E bei der Bank sei bereits ein "Absatzversuch" zu sehen, trafe dies allenfalls dann zu, wenn er beabsichtigte, durch diese Kontaktaufnahme in konkrete Verkaufsverhandlungen mit dieser Bank einzutreten. Dies ist indes den Urteilsfeststellungen nicht zu entnehmen.

Bei dieser Sachlage musste das Landgericht - jedenfalls zu Gunsten der Angeklagten - davon ausgehen, dass konkrete Absatzplanungen noch nicht bestanden hatten und die in Auftrag gegebenen Recherchen nur der Vorklärung dienen sollten, ob und gegebenenfalls

wie der Pfandbrief hätte verwertet werden können. Solche Vorerkundigungen sind dem Vorbereitungsstadium zuzurechnen (zur vergleichbaren Situation des Schreibens einer Preisliste für gestohlene Waren: BGH, Beschl. vom 24. Juli 1963 - 2 StR 220/63).

*c. Kein Widerspruch zur bisherigen Rechtsprechung*

Dem steht nicht die von der Beschwerdeführerin herangezogene Entscheidung BGH NStZ 1994, 395 (= BGHR StGB § 259 Abs. 1 Absatzhilfe 5) entgegen. Ihr lag der Fall zugrunde, dass ein Angeklagter das vom Vortäter entwendete defekte Fernsehgerät unter der Zusage, es zu reparieren, zu sich genommen hatte. Hierin hat der 1. Strafsenat eine versuchte Absatzhilfe gesehen, da die Beseitigung des Defekts Voraussetzung für einen Erfolg versprechenden Absatz gewesen

sei. Der Senat kann offen lassen, ob er dem bei einer entsprechenden Konstellation folgen könnte; denn die Sachverhalte sind nicht vergleichbar. Entsprechendes gilt für die in der Revisionsbegründung zitierte Entscheidung des 3. Strafsenats in wistra 2006, 16, der als Ausgangsentscheidung wistra 2005, 27 zugrunde liegt. Dieser Fall war durch die Besonderheit gekennzeichnet, dass der Angeklagte eine mit typischen Fehlerwerkzeugen ausgestattete Kraftfahrzeugwerkstatt betrieben hatte, was es als möglich, wenn nicht sogar nahe liegend hat erscheinen lassen, dass seiner Tätigkeit ein eingespieltes Absatzsystem zugrunde gelegen hatte. Bei einer solchen Sachlage war der Hinweis auf eine möglicherweise gegebene - zumindest versuchte - Absatzhilfe gerechtfertigt (vgl. BGH NStZ 1993, 282; BGHR StGB § 259 Abs. 1 Absatzhilfe 7).

**Standort: § 252 StPO**

**Problem: Verzicht auf Beweisverwertungsverbot**

BGH, URTEIL VOM 18.07.2007

1 STR 296/07 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

**Problemdarstellung:**

Dem Angeklagten wurde die Tötung seiner Frau vorgeworfen. Im Ermittlungsverfahren hatte deren Bruder als Zeuge zur Sache ausgesagt. In der Hauptverhandlung vor dem Landgericht Stuttgart, an der der Bruder auch als Nebenkläger gem. § 395 II Nr. 1 StPO beteiligt war, berief er sich durch seinen gem. § 397a I 1 StPO bestellten Rechtsbeistand auf sein gem. § 52 I Nr. 3 StPO bestehendes Zeugnisverweigerungsrecht, stimmte jedoch der Verwertung der früher gemachten Angaben zu. Daraufhin vernahm das LG den Polizeibeamten, der den Nebenkläger im Ermittlungsverfahren vernommen hatte, als Zeugen vom Hörensagen.

Der Angeklagte legte gegen seine Verurteilung (wegen Totschlags, § 212 I StGB) Revision ein, mit der er insb. die Verletzung von § 252 StPO rügte. Der BGH wies diese Revision als unbegründet zurück.

**Prüfungsrelevanz:**

Beweisverwertungsverbote, insb. § 252 StPO, sind ein klassischer Examensgegenstand im zweiten Examen. Sie treten vor allem in Urteils- und Revisionsklausuren auf, wobei aber auch staatsanwaltschaftliche Aufgabenstellungen denkbar sind, in denen zur Prüfung eines hinreichenden Tatverdachts potenzielle Beweismittel auf ihre Verwertbarkeit hin zu begutachten sind. Auch im ersten Examen treten Problemstellungen wie die des vorliegenden Falles regelmäßig auf, dort allerdings normalerweise als Zusatzfragen.

Verzichtet ein gem. §§ 52 ff. StPO zeugnisverweigerungsberechtigter Zeuge im Ermittlungsverfahren auf dieses Recht und sagt aus, beruft sich aber in der Hauptverhandlung nachträglich doch noch auf sein

Verweigerungsrecht, so darf gem. § 252 StPO die frühere Aussage des Zeugen nicht verlesen werden. Das durch § 252 StPO angeordnete Beweisverwertungsverbot umfasst auch die Vernehmung nichtrichterlicher Verhörspersonen (BGHSt 21, 218; BayObLG, DAR 1987, 313; Meyer-Goßner, § 252 Rn 13). Lediglich bei richterlichen Verhörspersonen hält die Rechtsprechung deren Vernehmung für zulässig (BGHSt 46, 189, 195; BGH, NJW 1996, 1501, 1503). Die herrschende Literatur hingegen hält auch die Vernehmung richterlicher Verhörspersonen bei nachträglicher Berufung eines Zeugen auf sein Zeugnisverweigerungsrecht für unzulässig (Degener, StV 2006, 509; Eisenberg, NStZ 1988, 488; Fezer, JZ 1990, 876; Gepfert, JURA 1988, 306 ff.).

Streitig ist insofern, ob ein Zeuge, der sich nachträglich auf sein Zeugnisverweigerungsrecht beruft, auf die Wirkung des Beweisverwertungsverbots des § 252 StPO verzichten kann. Während dies in der Literatur wohl überwiegend abgelehnt wird (Firsching, StraFo 2000, 124; Vogel, StV 2003, 598; Wollweber, NJW 2001, 3760; 2000, 1702), halten die Rechtsprechung und ein Teil der Literatur dies für zulässig (BGH, JR 2000, 339; Löwe/Rosenberg-Gollwitzer, § 252 Rn 12b), allerdings nur sofern der Zeuge zuvor qualifiziert über die Unverwertbarkeit seiner früheren Angaben belehrt wurde (BGH, StV 2007, 22; anders noch BGH, NStZ-RR 2006, 181). Diese Rechtsprechung führt der BGH in der vorliegenden Entscheidung fort, wobei er erneut davon ausgeht, dass für einen wirksamen Verzicht des Zeugen grds. eine qualifizierte Belehrung erfolgen muss. Er führt allerdings aus, dass bei einem anwaltlich beratenen Zeugen, der sich auf sein Zeugnisverweigerungsrecht berufe und gleichzeitig sein Einverständnis mit der Verwertung der früheren Aussage erkläre, davon ausgegangen werden könne, dass dieser um das Beweisverwertungsverbot wisse,

sodass eine (erneute) qualifizierte Belehrung entbehrlich sei.

**Vertiefungshinweise:**

Zum Verzicht auf das Beweisverwertungsverbot gem. § 252 StPO: *BGH*, StV 2007, 22; *NStZ-RR* 2006, 181; *JR* 2000, 339; *Firsching*, *StraFo* 2000, 124; *Keiser*, *NStZ* 2000, 458; *Ranft*, *NJW* 2001, 1305; *Schwaben*, *NStZ* 2002, 293; *Vogel*, *StV* 2003, 598; *Wollweber*, *NJW* 2001, 3760

**Kursprogramm:**

*Assessorkurs*: "Bruns"

**Leitsätze (der Redaktion):**

**1. Es ist grundsätzlich möglich, dass ein Zeuge sich auf sein Zeugnisverweigerungsrecht beruft und zugleich über seinen Rechtsanwalt erklären lässt, er sei mit der Verwertbarkeit seiner früheren nicht-richterlichen Vernehmung einverstanden. Der Sache nach handelt es sich dabei um den Verzicht auf das sonst mit der Aussageverweigerung verbundene Verwertungsverbot gemäß § 252 StPO. Diese Erklärung muss nicht notwendig in der Hauptverhandlung abgegeben werden. Entscheidend für ihre Wirksamkeit ist vielmehr, dass sie eindeutig ist und sich der Zeuge zur Überzeugung des Gerichts darüber klar ist, dass ohne seine Zustimmung die in Rede stehende nicht-richterliche Vernehmung nicht verwertet werden könnte.**

**2. Erklärt ein, zumal anwaltlich vertretener, Zeuge schriftlich oder durch seinen Rechtsanwalt im Zusammenhang mit der Berufung auf sein Aussageverweigerungsrecht, er sei mit der Verwertung seiner früheren, z.B. vor der Polizei gemachten, Aussagen einverstanden, folgt hieraus in der Regel die Kenntnis des Zeugen, dass ohne seine Einverständniserklärung auf die früheren Aussagen nicht zurückgegriffen werden könnte. Bleibt dagegen zweifelhaft, dass der Zeuge all dies erfasst hat, muss das Gericht sein Erscheinen in der Hauptverhandlung veranlassen. Der Zeuge ist dann gerichtlich, ebenso wie über sein Aussageverweigerungsrecht auch über die Rechtslage im Übrigen, insbesondere über das mit seiner Aussageverweigerung sonst notwendig verbundene Verwertungsverbot hinsichtlich der nicht-richterlichen Vernehmung zu belehren. All dies ist dann ein wesentlicher Teil der Hauptverhandlung und als solcher auch im Protokoll festzuhalten.**

**Sachverhalt:**

Dem Angeklagten wird die Tötung seiner Ehefrau zur Last gelegt. Der Zeuge - und Nebenkläger - ist deren Bruder. Während des Ermittlungsverfahrens machte er

bei der Polizei Angaben zur Sache. In der Hauptverhandlung erklärte der ihm gemäß § 397a Abs. 1 Satz 1 StPO als Beistand bestellte Rechtsanwalt, dass der - geladene, aber nicht erschienene - Zeuge von seinem Zeugnisverweigerungsrecht nach § 52 StPO Gebrauch mache. Der Nebenklägervertreter erklärte weiter, dass der Zeuge mit der Verwertung seiner vor der Polizei gemachten Angaben einverstanden ist. Daraufhin wurde der Vernehmungsbeamte zu den Angaben des Zeugen bei der Polizei gehört.

**Aus den Gründen:**

*I. Entscheidung des Landgerichts*

Das Landgericht hat den Angeklagten wegen Totschlags zu der Freiheitsstrafe von 13 Jahren verurteilt.

*II. Entscheidung des BGH*

Die Revision des Angeklagten hat keinen Erfolg (§ 349 Abs. 2 StPO). Der Senat ergänzt die Ausführungen des Generalbundesanwalts wie folgt:

Die Rüge der Verletzung des § 252 StPO ist zulässig, aber unbegründet. Die Vernehmung des Polizeibeamten J zu den Angaben des Zeugen F bei ihm und deren Verwertung war rechtsfehlerfrei. [...]

*1. Zur Zulässigkeit der Revision*

Das Revisionsvorbringen genügt den Anforderungen des § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO. Zwar werden die der Rüge zugrunde liegenden Verfahrensvorgänge nicht vollständig mitgeteilt. So fehlt - worauf der Generalbundesanwalt zutreffend hinweist - die Mitteilung des Inhalts der Vernehmung. Insoweit kann jedoch nach zulässig erhobener Sachrüge ergänzend auf die Urteilsgründe zurückgegriffen werden (vgl. *BGHSt* 36, 384, 385; 45, 203, 204 f.; 46, 189, 190 f.; *Klein-knecht/Meyer-Goßner*, StPO 50. Aufl. § 344 Rdn. 20; *Kuckein* in *KK-StPO* 5. Aufl. § 344 Rdn. 39), die den Kern der Aussage wiedergeben, soweit sie - am Rande - für die Beweiswürdigung mit herangezogen wurde. Danach kann auch ausgeschlossen werden, dass es sich bei der "Vernehmung" um eine unaufgeforderte, spontane und damit von den Beschränkungen des § 252 StPO ausgenommene (vgl. *BGHSt* 36, 384, 389; *BGH NStZ* 1998, 629) Äußerung des Angeklagten gehandelt hat. Ausdrücklicher Revisionsvortrag zu diesem Gesichtspunkt war daher nicht erforderlich.

*2. Zur Begründetheit der Revision: Zulässigkeit der Vernehmung des Polizeibeamten*

Die Vernehmung des Polizeibeamten zu den Angaben des Zeugen während des Ermittlungsverfahrens war hier zulässig:

*a. Zur Belehrung des Zeugen über sein Zeugnisverweigerungsrecht, § 52 I, III StPO*

Dem Zeugen steht als Schwager des Angeklagten ge-

mäß § 52 Abs. 1 Nr. 3 StPO ein Zeugnisverweigerungsrecht zu. Über dieses Recht ist er zu belehren, jedoch kann sich ein Zeuge, dem schon anderweit - z.B. infolge anwaltlicher Beratung - bekannt ist, dass ihm dieses Recht zusteht, auch ohne ausdrückliche Belehrung wirksam auf dieses Recht berufen. Dies kann schriftlich erfolgen (BGHSt 21, 12 f.), aber auch, wie hier, durch Erklärung des anwaltlichen Beistands in der Hauptverhandlung (ebenso BGH, Beschl. vom 13. August 2003 - 1 StR 280/03 zum vergleichbaren Fall einer anwaltlichen Mitteilung außerhalb der Hauptverhandlung). Die Auffassung der Revision, eine solche "Mitteilung eines Dritten" reiche in diesem Zusammenhang nicht aus, teilt der Senat nicht. Die von der Revision in Bezug genommene Entscheidung BGH bei Holtz MDR 1979, 989 betrifft keine anwaltliche Erklärung. Berufet sich der Zeuge aber außerhalb der Hauptverhandlung auf sein Aussageverweigerungsrecht, hat das Gericht regelmäßig keine Veranlassung, gleichwohl auf seinem Erscheinen in der Hauptverhandlung zu bestehen (BGHSt 21, 12 f.; BGH, Beschl. vom 1. Juni 2001 - 1 StR 208/01; in vergleichbarem Sinne BGHR StPO § 244 Abs. 3 Satz 2 Unerreichbarkeit 17 zum Fall der Berufung auf ein umfassendes Auskunftsverweigerungsrecht gem. § 55 StPO). Allerdings kann sich im Einzelfall anderes aus der Aufklärungspflicht (§ 244 Abs. 2 StPO) - deren Verletzung hier nicht ausdrücklich gerügt ist - ergeben, etwa bei konkreten Anhaltspunkten dafür, dass der Zeuge über die Tragweite seiner Erklärung irrt (vgl. BGHSt 21, 12), oder z.B. dafür, dass der Zeuge bei Abwesenheit des Angeklagten (§§ 247, 247a StPO) oder Ausschluss der Öffentlichkeit (§§ 171b, 172 Nr. 4 VVG) doch aussagen werde (BGH NStZ 1999, 94 f.).

*b. Zur Möglichkeit des Verzichts des Zeugen auf das Verwertungsverbot des § 252 StPO trotz nachträglicher Berufung auf sein Zeugnisverweigerungsrecht*  
Anhaltspunkte für derartige Besonderheiten sind jedoch weder vorgetragen noch ersichtlich. Etwas anderes ergibt sich auch nicht daraus, dass der Zeuge mit der Berufung auf sein Aussageverweigerungsrecht zugleich über seinen Rechtsanwalt erklären ließ, er sei mit der Verwertbarkeit seiner früheren nichtrichterlichen Vernehmung einverstanden. Eine derartige Erklärung ist grundsätzlich möglich (BGHSt 45, 203, 205 ff.; StV 2007, 401, 402 m.w.N.). Der Sache nach handelt es sich dabei um den Verzicht auf das sonst mit der Aussageverweigerung verbundene Ver-

wertungsverbot gemäß § 252 StPO. Für die Abgabe einer solchen Erklärung gelten daher, soweit hier von Interesse, vergleichbare verfahrensrechtliche Regeln wie für die Berufung auf das Aussageverweigerungsrecht.

Das bedeutet, dass sie nicht notwendig in der Hauptverhandlung abgegeben werden muss. Entscheidend ist vielmehr, dass sie eindeutig ist und sich der Zeuge zur Überzeugung des Gerichts darüber klar ist, dass ohne seine Zustimmung die in Rede stehende nichtrichterliche Vernehmung nicht verwertet werden könnte. Erklärt ein, zumal anwaltlich vertretener, Zeuge etwa schriftlich oder durch seinen Rechtsanwalt im Zusammenhang mit der Berufung auf sein Aussageverweigerungsrecht, er sei mit der Verwertung seiner früheren, z.B. vor der Polizei gemachten Aussagen einverstanden, folgt hieraus in der Regel die Kenntnis des Zeugen, dass ohne seine Einverständniserklärung auf die früheren Aussagen nicht zurückgegriffen werden könnte (BGH StV 2007, 401, 402). Bleibt dagegen zweifelhaft, dass der Zeuge all dies erfasst hat, muss das Gericht sein Erscheinen in der Hauptverhandlung veranlassen. Der Zeuge ist dann gerichtlich, ebenso wie über sein Aussageverweigerungsrecht auch über die Rechtslage im Übrigen, insbesondere über das mit seiner Aussageverweigerung sonst notwendig verbundene Verwertungsverbot hinsichtlich der nichtrichterlichen Vernehmung zu belehren. All dies ist dann ein wesentlicher Teil der Hauptverhandlung und als solcher auch im Protokoll festzuhalten.

Insoweit gilt nichts anderes, als dann, wenn das Einverständnis des Zeugen mit der Verwertbarkeit seiner früheren nichtrichterlichen Vernehmung Ergebnis von Erörterungen in der Hauptverhandlung ist (vgl. BGHSt 45, 203, 208; BGH NStZ 2007, 352, 353).

*c. Zur Zulässigkeit der Vernehmung des Polizeibeamten*

Hier sind jedoch keine Anhaltspunkte dafür erkennbar, dass der anwaltlich beratene Zeuge keine Kenntnis über die Auswirkung seines Zeugnisverweigerungsrechts gehabt hätte oder darüber, dass die Verwertung der sonst unverwertbaren polizeilichen Vernehmung erst durch seine Einverständniserklärung ermöglicht wurde. Mit seiner über seinen Beistand mitgeteilten Zustimmung konnte das Gericht daher durch Vernehmung des Vernehmungsbeamten über die Angaben des Zeugen bei der Polizei Beweis erheben.

## Urteile in Fallstruktur

### Standort: Öffentliches Recht

### Problem: Ehe und Lebenspartnerschaft

BVERFG, BESCHLUSS VOM 20.09.2007

2 BvR 855/06 (DVBL 2007, 1431)

#### Problemdarstellung:

Der vorliegende Beschluss des BVerfG lässt sich in zwei Teile aufsplitten:

Im ersten Teil ging es um die Frage, ob es verfassungsrechtlich geboten ist, eine gleichgeschlechtliche, nach dem LPartG eingetragene Lebenspartnerschaft mit einer Ehe gleichzustellen. Konkret ging es um die Gewährung eines Familienzuschlags, den § 40 I Nr. 1 BBesG nur verheirateten Beamten zukommen lassen will. Das BVerfG prüft eine Verletzung von Art. 3 III GG, Art. 3 I GG und - wegen des beamtenrechtlichen Einschlags - auch von Art. 33 V GG. Dazu führt es aus, dass eine Ungleichbehandlung wegen des Geschlechts i.S.d. Art. 3 III GG nicht vorliege, weil an die Form des Zusammenlebens mit einem anderen Partner und nicht an das Geschlecht des den Zuschlag Beantragenden angeknüpft werde. Art. 3 III GG auf dort nicht genannte, aber ähnliche Kriterien zu erstrecken (hier: sexuelle Orientierung) lehnt das BVerfG ab. Es blieb der allgemeine Gleichheitssatz des Art. 3 I GG, wobei das BVerfG die Ungleichbehandlung durch kollidierendes Verfassungsrecht, namentlich den Auftrag zum besonderen Schutz der Ehe aus Art. 6 I GG, als gerechtfertigt ansah. Art. 33 V GG sei auch nicht verletzt. Zwar bestehe eine Alimentationspflicht, diese erstrecke sich aber nicht auf eingetragene Lebenspartnerschaften.

Im zweiten Teil ging es um die Frage, wann ein letztinstanzliches Gericht, das es unterlässt, dem EuGH eine europarechtliche Frage zur Vorabentscheidung nach Art. 234 EG vorzulegen, gegen Art. 101 I 2 GG verstößt. Das BVerfG vertritt in st.Rspr., dass der EuGH "gesetzlicher Richter" i.S.d. Art. 101 I 2 GG sei, sodass eine Nichtvorlage grds. mit der Verfassungsbeschwerde gerügt werden kann. Die Vorlagepflicht müsse, so das BVerfG weiter, jedoch objektiv willkürlich verletzt werden, um gegen Art. 101 I 2 GG zu verstoßen. Daran fehle es, wenn das Gericht eine europarechtliche Frage in vertretbarer Weise selbst geprüft und entschieden habe, insbesondere ohne von der bisherigen Rspr. des EuGH abzuweichen oder evidente Verstöße gegen europarechtliche Grundsätze zu begehen.

#### Prüfungsrelevanz:

Dieser Fall erlaubt einen Streifzug durch diverse Gleichheitsgrundrechte, garniert mit dem besonderen Schutz der Ehe aus Art. 6 I GG und einer Zusatzfrage zu den sog. Justizgrundrechten, in der zu allem Überfluss auch noch grundlegende europarechtliche Kenntnisse abgefragt werden können.

Inhaltlich sollte man sich merken, wie eng das BVerfG die in Art. 3 III GG genannten Merkmale auslegt, und dass das Gericht eine Erweiterung des Art. 3 III GG auf ähnliche Merkmale strikt ablehnt. So hätte im vorliegenden Fall durchaus vertreten werden können, das "Geschlecht" zumindest mittelbar doch als Anknüpfungspunkt in Betracht zu ziehen, denn eine eingetragene Lebenspartnerschaft ist zwingend gleichgeschlechtlich, eine Ehe zwingend verschiedengeschlechtlich. Das BVerfG erwähnt diesen Umstand nicht einmal.

Die enge Auslegung des Art. 3 III GG ist aber auch durchaus gerechtfertigt, denn eine Rechtfertigung einer einmal festgestellten Ungleichbehandlung nach Art. 3 III GG ist - im Gegensatz zu Art. 3 I GG - kaum möglich. Als Rechtfertigungsgründe kommen nur kollidierendes Verfassungsrecht (das BVerfG erwähnt in einem Nebensatz z.B. Art. 12a GG) sowie - wenn es um das "Geschlecht" geht - objektiv-biologische Unterschiede zwischen Mann und Frau in Betracht.

#### Vertiefungshinweise:

- Lebenspartnerschaft und Ehe bei § 40 BBesG: *OVG Münster*, RA 2005, 196 = DVBl 2005, 458
- Anwendung der Richtlinie 2000/78/EG auf beamtenrechtliche Familienzuschläge: *Thüsing*, NZA 2001, 1061, 1062; *Bergwitz*, ZTR 2004, 512, 518
- Verfassungsmäßigkeit des Lebenspartnerschaftsgesetzes: *BVerfG*, DVBl. 2002, 1269
- Zur eingetragenen Lebenspartnerschaft: *Scholz/Uhle*, NJW 2001, 393; *Beck*, NJW 2001, 1894; *Diederichsen*, NJW 2000, 1841; *Krings*, ZRP 2000, 409; *Schwab*, FamRZ 2001, 385; *Griwotz*, DNotZ 2001, 280

#### Kursprogramm:

- Examenskurs : "Die wilde Ehe"
- Examenskurs : "Martina"

**Leitsätze:**

- 1. Die Gewährung eines Familienzuschlages nach § 40 I Nr. 1 BBesG nur für Verheiratete Beamte stellt keine verfassungswidrige Ungleichbehandlung eingetragener Lebenspartnerschaften dar.**
- 2. Sie verstößt auch nicht gegen das in Art. 33 V GG verankerte Alimentationsprinzip.**
- 3. Die in Art. 3 III GG genannten Differenzierungsverbote sind abschließend. Insbesondere kommt eine Erweiterung auf das Merkmal der sexuellen Orientierung nicht in Betracht.**
- 4. Zu den Voraussetzungen, unter denen ein letztinstanzliches Gericht gegen Art. 101 I 2 GG verstößt, wenn es dem EuGH eine entscheidungserhebliche Frage nicht nach Art. 234 III EG zur Vorabentscheidung vorlegt.**

**Sachverhalt:**

Die §§ 39, 40 I Nr. 1 BBesG gewähren verheirateten Beamten einen sog. Familienzuschlag. Diesen beanspruchte auch die seit 2004 verbeamtete Beschwerdeführerin (Bf.), welche seit 2001 in einer eingetragenen Lebenspartnerschaft lebt. Ihr entsprechender Antrag wurde mit der Begründung abgelehnt, sie sei nicht verheiratet. Auch eine analoge Anwendung auf eingetragene Lebenspartnerschaften komme nicht in Betracht. Diese Begründung machten sich auch die Fachgerichte zu eigen, vor denen die Bf. ihren Antrag durch alle Instanzen erfolglos weiter verfolgte.

Die Bf. meint, der Ausschluss eingetragener Lebenspartner vom Familienzuschlag verstoße gegen Art. 3 III, 3 I und 33 V GG und sei somit verfassungswidrig. Hat die Bf. Recht?

Zusatzfrage: Das BVerwG als letztinstanzliches Gericht hat sich u.a. mit der Frage auseinandergesetzt, ob die Ungleichbehandlung von Ehe und eingetragener Lebenspartnerschaft gegen Gemeinschaftsrecht, insbesondere gegen die Richtlinie 2000/78/EG verstößt. Rechtsprechung des EuGH liegt hierzu noch nicht vor. Das BVerwG entnahm jedoch den Begründungserwägungen der Richtlinie, dass nationale Vorschriften, welche vom Familienstand abhängige Leistungen betreffen, von der Richtlinie unberührt bleiben sollen. Die Bf. meint, diese Frage hätte das BVerwG nicht selbst entscheiden dürfen, sondern dem EuGH zur Vorabentscheidung vorlegen müssen. Indem es dies unterlassen habe, sei Art. 101 I 2 GG verletzt. Hat die Bf. Recht?

**Lösung:***1. Teil: Ausgangsfall*

Die Bf. hat Recht, wenn die Ungleichbehandlung von

verheirateten Beamten einerseits und in eingetragenen Lebenspartnerschaften lebenden Beamten andererseits bei der Gewährung des Familienzuschlages nach §§ 39, 40 I Nr. 1 BBesG gegen Art. 3 III, 3 I oder 33 V GG verstößt.

*A. Verletzung von Art. 3 III GG*

In Betracht kommt zunächst eine verfassungswidrige Ungleichbehandlung nach Art. 3 III GG. Dann müsste wesentlich Gleiches aus einem der in Art. 3 III GG genannten Gründe ungleich behandelt worden sein, ohne dass dies sachlich zu rechtfertigen ist.

*I. Ungleichbehandlung*

Das BVerfG sieht eine Ungleichbehandlung in den unterschiedlichen Rechtsfolgen des § 40 I BBesG für Verheiratete einerseits und eingetragene Lebenspartner andererseits:

“Die Begünstigung verheirateter Beamter gegenüber Beamten in einer eingetragenen Lebenspartnerschaft durch § 40 Abs. 1 Nr. 1 BBesG beschränkt sich darauf, dass Verheiratete den Familienzuschlag der Stufe 1 bereits aufgrund ihres Familienstandes und ohne Berücksichtigung des Einkommens ihres Ehegatten erhalten. Beamte in einer eingetragenen Lebenspartnerschaft erhalten dagegen gemäß § 40 Abs. 1 Nr. 4 Satz 1 BBesG den Familienzuschlag der Stufe 1, wenn sie einen erweiterten Haushalt führen, um ihre Unterhaltungspflichten gegenüber dem Lebenspartner zu erfüllen. Nach der Auslegung des § 40 Abs. 1 Nr. 4 Satz 1 BBesG durch das Bundesverwaltungsgericht im Urteil vom 26. Januar 2006 - 2 C 43.04 -, das insoweit mit der Verfassungsbeschwerde nicht angegriffen wird, kommt es für die in dieser Vorschrift genannte Aufnahme in die Wohnung des Beamten nicht darauf an, in welcher zeitlichen Reihenfolge der Beamte und der Aufzunehmende in die Wohnung eingezogen sind, sondern nur darauf, dass der Beamte inzwischen die Kosten der Wohnung allein trägt. Die Grenze für Eigenmittel der aufgenommenen Person, ab der gemäß § 40 Abs. 1 Nr. 4 Satz 2 BBesG kein Anspruch auf den Familienzuschlag mehr besteht, soll dabei sicherstellen, dass der Zuschlag nur gewährt wird, wenn er erforderlich ist. Während bei Verheirateten also die typischerweise unterstellten finanziellen Belastungen aus der Ehe zur pauschalen Gewährung des Familienzuschlages führen, bedarf es bei der eingetragenen Lebenspartnerschaft des Nachweises dieser Belastungen im Einzelfall.”

*II. Differenzierungskriterium*

Art. 3 III GG verbietet jedoch - im Gegensatz zum allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 I GG - nur die Ungleichbehandlung aufgrund bestimmter Kriterien.

Fraglich ist, ob ein solches hier betroffen ist.

### 1. Geschlecht

In Betracht kommt hier nur das Merkmal "Geschlecht". Das BVerfG hält dieses jedoch nicht für einschlägig:

"Die Ungleichbehandlung von verheirateten Beamten und solchen Beamten, die eine Lebenspartnerschaft geschlossen haben, knüpft nicht an eines der dort genannten Merkmale an. Es handelt sich insbesondere nicht um eine Ungleichbehandlung wegen des Geschlechts. § 40 Abs. 1 Nr. 1 BBesG bindet die Gewährung des Familienzuschlags an die Ehe als Lebensgemeinschaft von Mann und Frau. Damit erfüllt die Vorschrift den Schutzauftrag des Art. 6 Abs. 1 GG, wonach neben der Familie nur die Ehe unter dem besonderen Schutz der staatlichen Ordnung steht. Wenn die Verfassung eine bestimmte Form des Zusammenlebens unter besonderen Schutz stellt, diskriminiert sie damit nicht andere Lebens- und Gemeinschaftsformen, die nicht in jeder Hinsicht an besonderen Schutz- oder Fördermaßnahmen teilhaben. Das Merkmal „Geschlecht“ in Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG bezieht sich zudem auf Ungleichbehandlungen von Frauen und Männern. Es ist keine Ungleichbehandlung wegen des Geschlechts, wenn ein Gesetz Rechte oder Pflichten nicht vom Geschlecht einer Person, sondern von der Geschlechtskombination einer Personenverbindung abhängig macht (vgl. BVerfGE 105, 313 [351 f.])."

### 2. Sexuelle Orientierung

Fraglich ist, ob die von der Bf. gerügte Anknüpfung an die sexuelle Orientierung des Beamten als Kriterium i.S.d. Art. 3 III GG in Betracht kommt.

#### a. Als Anknüpfungspunkt

Zweifelhaft ist jedoch schon, ob die §§ 39, 40 I Nr. 1 BBesG hieran überhaupt anknüpfen. Das BVerfG meint, dass dies allenfalls mittelbar der Fall ist:

"Unmittelbares Unterscheidungsmerkmal zwischen den beiden Gruppen ist die Gleichgeschlechtlichkeit oder Verschiedengeschlechtlichkeit der Partner dieser Lebensgemeinschaften. Voraussetzung für das Eingehen der Ehe oder der Lebenspartnerschaft (§ 1 Abs. 1 Satz 1 LPartG) ist die Geschlechtskombination der Partner, nicht eine bestimmte sexuelle Orientierung (vgl. BVerfGE 115, 1 [16]). Eine heterosexuelle Orientierung ist keine rechtliche Voraussetzung, um eine Ehe zu schließen, ebenso wenig wie eine homosexuelle Orientierung Voraussetzung für eine Lebenspartnerschaft wäre. Mittelbar werden dagegen durch Leistungen, die mit dem Bestand einer Ehe verknüpft sind und bei Bestand einer Lebenspartnerschaft nicht gewährt werden, Menschen unterschiedlicher sexueller Ori-

entierung ungleich behandelt, da die Ehe typischerweise von Heterosexuellen, die Lebenspartnerschaft typischerweise von Homosexuellen eingegangen wird."

#### b. Keine Erweiterung des Art. 3 III GG

Die Form des Zusammenlebens von Menschen als unmittelbarer Anknüpfungspunkt der Ungleichbehandlung ist in Art. 3 III GG jedoch ebensowenig als Kriterium genannt wie die mittelbar betroffene sexuelle Orientierung. Sie ähneln zwar dem Merkmal "Geschlecht", das BVerfG lehnt jedoch eine Erweiterung des Art. 3 III GG auf ähnliche Kriterien mangels planwidriger Regelungslücke jedoch ab:

"Unabhängig davon, dass die Regelung des § 40 Abs. 1 Nr. 1 BBesG tatbestandlich jedenfalls nicht unmittelbar am Merkmal der sexuellen Orientierung anknüpft, gehört diese auch nicht zu den in Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG genannten Unterscheidungsmerkmalen. Eine erweiternde Auslegung des Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG scheidet aus, da sein Wortlaut abschließend ist und der Vorschlag, ihn im Wege der Verfassungsänderung um das Merkmal der sexuellen Orientierung zu erweitern, abgelehnt wurde (vgl. Bericht der Gemeinsamen Verfassungskommission, BT-Drucks. 12/6000, S. 54)."

Mithin ist Art. 3 III GG nicht verletzt.

#### B. Verletzung von Art. 3 I GG

In Betracht kommt aber ein Verstoß gegen Art. 3 I GG. Der allgemeine Gleichheitssatz gebietet, alle Menschen vor dem Gesetz gleich zu behandeln (BVerfGE 74, 9 [24]), und verpflichtet die Grundrechtsadressaten, wesentlich Gleiches gleich und wesentlich Ungleiches entsprechend seiner Verschiedenheit und Eigenart ungleich zu behandeln (vgl. bereits BVerfGE 1, 14 [52]; stRspr). Er ist verletzt, wenn die gleiche oder ungleiche Behandlung der geregelten Sachverhalte mit Gesetzhaltungen, die in der Natur der Sache selbst liegen, und mit einer am Gerechtigkeitsgedanken orientierten Betrachtungsweise nicht mehr vereinbar ist, wenn also bezogen auf den jeweils in Rede stehenden Sachbereich und seine Eigenart ein vernünftiger, einleuchtender Grund für die Regelung fehlt (vgl. BVerfGE 76, 256 [329]; 83, 89 [107 f.]; 103, 310 [318]; 107, 218 [244]).

#### I. Wesentlich Gleiches

"Wesentlich Gleiches" in diesem Sinne liegt vor, wenn sich für die Vergleichsgruppen ein gemeinsamer Oberbegriff finden lässt, der gerade diese Vergleichsgruppen mit hinreichender Schärfe kennzeichnet, sie m.a.W. von anderen Gruppen abgrenzt. Verglichen werden hier Ehe und eingetragene Lebenspartnerschaft, also zwei Formen des menschlichen Zusam-

menlebens. Das BVerfG hält sie für vergleichbar, insbesondere weil sie sich mit hinreichender Schärfe von der nichtehelichen Lebensgemeinschaft unterscheiden: "Im Gegensatz zu ledigen Beamten ist den Beamten, die eine Ehe oder eine eingetragene Lebenspartnerschaft eingegangen sind, gemeinsam, dass sie eine grundsätzlich unauflösbare Lebensgemeinschaft unter staatlicher Mitwirkung geschlossen haben, die mit gegenseitigen Unterhaltungspflichten der Partner einhergeht. Eheleute sind gemäß § 1360 Satz 1 BGB verpflichtet, durch ihre Arbeit und mit ihrem Vermögen die Familie angemessen zu unterhalten. Lebenspartner trifft gemäß § 5 Satz 1 LPartG eine solche Unterhaltungspflicht auch für die Lebenspartnerschaft. § 5 Satz 2 LPartG erklärt die Vorschriften über Inhalt und Umfang des ehelichen Unterhalts in § 1360 Satz 2, § 1360a, § 1360b BGB für entsprechend anwendbar."

## II. Ungleichbehandlung

Im Rahmen des Art. 3 I GG genügt jede Form der Ungleichbehandlung, um die Notwendigkeit einer sachlichen Rechtfertigung zu begründen. Eine solche liegt, wie oben gezeigt, mit der Bewirkung unterschiedlicher Rechtsfolgen in § 40 I BBesG für Verheiratete einerseits und eingetragene Lebenspartner andererseits vor.

## III. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Fraglich ist, ob sich diese Ungleichbehandlung verfassungsrechtlich rechtfertigen lässt. Das BVerfG entnimmt die sachliche Rechtfertigung hier der Verfassung selbst, nämlich dem besonderen Schutz der Ehe aus Art. 6 I GG:

"Wenn die Verfassung selbst eine Unterscheidung vornimmt, bleibt es zwar Sache des Gesetzgebers, wie er diese Unterscheidung handhabt, ihm darf aber nicht schon eine willkürliche Ungleichbehandlung gleicher Lebenssachverhalte entgegeng gehalten werden, wenn er dem verfassungsrechtlichen Unterscheidungsmuster folgt. Allenfalls hat der Gesetzgeber eine vom Grundgesetz selbst vorgenommene Unterscheidung mit anderen auf Gleichheit ausgerichteten Verfassungsgeboten im Sinne praktischer Konkordanz zum Ausgleich zu bringen, soweit ein Vorrang nicht festgestellt werden kann. Wenn das Grundgesetz aber etwa wie mit Art. 12a Abs. 1 GG eine spezielle Pflicht nur für Männer einführt, scheidet wegen der Spezialität dieser Vorschrift ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1, Abs. 2 oder Abs. 3 GG insofern aus, als dass Frauen von dieser Pflicht nicht erfasst werden (vgl. BVerfGE 48, 127 [161 f.]). In diesem Sinne ist auch Art. 6 Abs. 1 GG ein Differenzierungsgebot, spezieller als der allgemeine Gleichheitssatz. [...]

Dieser Verfassungssatz stellt die Ehe als Vereinigung eines Mannes und einer Frau zu einer auf Dauer ange-

legten Lebensgemeinschaft (BVerfGE 10, 59 [66]; 105, 313 [345]; 112, 50 [65]) unter den besonderen Schutz der staatlichen Ordnung; er enthält neben dem Grundrecht als Abwehrrecht im klassischen Sinne eine Institutsgarantie für die Ehe und verpflichtet als wertentscheidende Grundsatznorm den Staat, die Ehe zu schützen und zu fördern (BVerfGE 6, 55 [71 f.]; 24, 119 [135]; 31, 58 [67]; 51, 386 [396]; 55, 114 [126]; 62, 323 [329]; 76, 1 [41]; 82, 60 [81]; 87, 1 [35]; stRspr). Dieser verfassungsrechtliche Förderauftrag berechtigt den Gesetzgeber, die Ehe als die förmlich eingegangene Lebensgemeinschaft von Frau und Mann gegenüber anderen Lebensformen herauszuheben und zu begünstigen (vgl. BVerfGE 105, 313 [348]). Die Verfassung selbst bildet mit Art. 6 Abs. 1 GG den sachlichen Differenzierungsgrund, der die hier vorliegende Ungleichbehandlung von verheirateten Beamten und den Beamten, die eine eingetragene Lebenspartnerschaft geschlossen haben, nach Art. 3 Abs. 1 GG rechtfertigt."

Mithin liegt auch keine Verletzung von Art. 3 I GG vor.

## C. Verletzung von Art. 33 V GG

Nach Art. 33 V GG genießen auch die hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums Verfassungsrang. Ihre Verletzung kann nach Art. 93 I Nr. 4a GG mit der Vb. gerügt werden. Fraglich ist somit, ob es einen hergebrachten Grundsatz des Berufsbeamtentums gibt, der den Staat dazu verpflichten würde, neben verheirateten Beamten auch solchen Beamten einen Familienzuschlag zu gewähren, die in eingetragenen Lebenspartnerschaften leben. Als solcher kommt nur der Alimentationsgrundsatz in Betracht.

## I. Alimentationsprinzip als hergebrachter Grundsatz des Berufsbeamtentums

Das BVerfG vertritt in st.Rspr., dass das Alimentationsprinzip in Art. 33 V GG verankert ist:

"Das Alimentationsprinzip gehört zu den hergebrachten und vom Gesetzgeber zu beachtenden Grundsätzen des Berufsbeamtentums im Sinne des Art. 33 Abs. 5 GG (vgl. BVerfGE 8, 1 [16 f.]; 29, 1 [9]; 81, 363 [375]; 99, 300 [314]). Es gibt dem einzelnen Beamten ein grundrechtsähnliches Individualrecht gegenüber dem Staat (vgl. BVerfGE 8, 1 [17]) und verpflichtet den Dienstherrn, dem Beamten und seiner Familie amtsangemessenen Unterhalt zu leisten (vgl. BVerfGE 21, 329 [345]; 29, 1 [9]; 44, 249 [267]; 49, 260 [271]; 81, 363 [375]; 99, 300 [314 f.]). Im Rahmen seiner Verpflichtung zur amtsangemessenen Alimentation hat der Gesetzgeber dafür Sorge zu tragen, dass jeder Beamte auch seine Unterhaltungspflichten gegenüber seiner

Familie erfüllen kann (vgl. BVerfGE 99, 300 [315]). Zur Beamtenfamilie werden dabei Ehegatten und die Gemeinschaft eines Beamten mit seinen Kindern gezählt (vgl. BVerfGE 29, 1 [9]).“

## *II. Erstreckung auf eingetragene Lebenspartnerschaften*

Das BVerfG lehnt allerdings eine Erstreckung des Alimentationsprinzips über den Beamten, seinen Ehegatten und seine Kinder hinaus ab:

“Zwar war die Ehe bis zum Inkrafttreten des Lebenspartnerschaftsgesetzes am 1. August 2001 die einzige grundsätzlich unauflösbare, unter staatlicher Mitwirkung geschlossene und mit gegenseitigen Unterhaltspflichten verbundene Lebensgemeinschaft, so dass der hergebrachte Grundsatz der Alimentationspflicht sich bis dahin nur auf Ehegatten beziehen konnte. Doch auch nach Einführung der eingetragenen Lebenspartnerschaft als neuer Familienstand erfasst der Begriff der Familie im Sinne des Alimentationsprinzips nicht den Lebenspartner des Beamten. Art. 33 Abs. 5 GG ist im Zusammenhang mit Art. 6 Abs. 1 GG auszulegen (vgl. BVerfGE 44, 249 [267]; 81, 363, [376]). Die Alimentation ist nach Maßgabe von Art. 33 Abs. 5 und der aus Art. 6 Abs. 1 GG abzuleitenden Wertentscheidung zu gewähren (vgl. BVerfGE 49, 260 [273]; 71, 39 [62]). Die Wertentscheidung des Art. 6 Abs. 1 GG, den Staat zum Schutz und zur Förderung der Ehe zu verpflichten, steht einer Erstreckung des Alimentationsprinzips als Grundsatz im Sinne von Art. 33 Abs. 5 GG auf den Lebenspartner des Beamten entgegen. Selbst wenn dies anders wäre, ergäbe sich daraus im Übrigen auch keine Verletzung der Alimentationspflicht. Wenn Beamte nicht nur vorübergehend eine andere Person in ihre Wohnung aufnehmen und für diese unterhaltsverpflichtet sind, erhalten sie ungeachtet des Familienstandes nach § 40 Abs. 1 Nr. 4 BBesG den Familienzuschlag der Stufe 1.“

Somit ist auch Art. 33 V GG nicht verletzt.

## *D. Ergebnis*

Art. 3 III, 3 I und 33 V GG sind nicht verletzt. Die Bf. hat Unrecht.

## *2. Teil: Zusatzfrage*

Die Bf. hätte Recht, sofern das BVerwG ihr durch Nichtvorlage an den EuGH den gesetzlichen Richter i.S.d. Art. 101 I 2 GG entzogen hätte

### *A. EuGH als gesetzlicher Richter*

“Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist der Europäische Gerichtshof gesetzlicher Richter im Sinne von Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG.

Unterlässt es ein deutsches Gericht, ein Vorabentscheidungsersuchen an den Europäischen Gerichtshof zu stellen, obwohl es gemeinschaftsrechtlich dazu verpflichtet ist, werden die Rechtsschutzsuchenden des Ausgangsverfahrens ihrem gesetzlichen Richter entzogen (vgl. BVerfGE 73, 339 [366 ff.]; 75, 223 [233 ff.]; 82, 159 [192 ff.]).“

### *B. Entziehung*

Fraglich ist jedoch, ob das BVerwG der Bf. den gesetzlichen Richter “entzogen” hat. Dies wäre der Fall, wenn für das BVerwG eine Vorlagepflicht an den EuGH gem. Art. 234 III EG bestanden hätte und es diese verletzt hätte.

## *I. Vorlagepflicht*

### *1. Letztinstanzliches Gericht*

Dann müsste es sich beim BVerwG zunächst um das letztinstanzliche Gericht handeln.

#### *a. Gericht*

Ein Gericht ist eine auf Dauer eingerichtete, mit unabhängigen Richtern besetzte staatliche Stelle, die Judikativaufgaben wahrnimmt. Dies ist beim BVerwG unzweifelhaft der Fall.

#### *b. Letztinstanzlich*

Umstritten ist, was unter einem Gericht zu verstehen ist, “dessen Entscheidungen nicht mehr mit Rechtsmitteln [...] angefochten werden können”, Art. 234 III EG. Während die ganz h.M. darunter die jeweils letzte Instanz im konkreten Fall versteht, will die Gegenmeinung nur solche Gerichte darunter fassen, die im Instanzenzug generell letztinstanzlich sind. Das BVerwG ist die letzte Instanz in der Verwaltungsgerichtsbarkeit und war auch für den Anspruch der Bf. auf Gewährung eines Familienzuschlags letztinstanzlich zuständig. Eine nähere Erörterung der Streitfrage kann also dahinstehen.

## *2. Taugliche Vorlagefrage*

Dem EuGH sind nur solche Fragen vorzulegen, die in Art. 234 I lit. a-c EG genannt sind. Hier ging es um die Anwendbarkeit der Richtlinie 2000/78/EG. Dabei handelt es sich um einen Akt des sekundären Gemeinschaftsrechts (vgl. Art. 249 EG), der vom Rat der EG geschaffen wurde (vgl. Art. 202 EG). Über die Auslegung von Handlungen der EG-Organe befindet der EuGH nach Art. 234 I lit. b) EG.

## *3. Entscheidungserheblichkeit*

Das zur Vorlage verpflichtete Gericht muss die zur Vorlage zu bringende Frage zur Findung seines eige-

nen Urteils für erheblich halten. Das BVerwG hat hier selbst die Anwendbarkeit der Richtlinie 2000/78/EG auf den Fall der Bf. geprüft und damit dokumentiert, dass es selbige für entscheidungserheblich hielt.

## II. Verletzung

### I. Voraussetzungen

“Allerdings stellt nicht jede Verletzung der sich aus Art. 234 Abs. 3 EGV ergebenden Vorlagepflicht einen Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG dar. Das Bundesverfassungsgericht beanstandet die Auslegung und Anwendung von Zuständigkeitsnormen nur, wenn sie bei verständiger Würdigung der das Grundgesetz bestimmenden Gedanken nicht mehr verständlich erscheinen und offensichtlich unhaltbar sind (vgl. BVerfGE 82, 159 [194]). Die Vorlagepflicht nach Art. 234 EGV wird insbesondere in denjenigen Fällen offensichtlich unhaltbar gehandhabt, in denen ein letztinstanzliches Hauptsachegericht eine Vorlage trotz der – seiner Auffassung nach bestehenden – Entscheidungserheblichkeit der gemeinschaftsrechtlichen Frage überhaupt nicht in Erwägung zieht, obwohl es selbst Zweifel hinsichtlich der richtigen Beantwortung der Frage hegt (grundsätzliche Verknennung der Vorlagepflicht). Gleiches gilt in den Fällen, in denen das letztinstanzliche Hauptsachegericht in seiner Entscheidung bewusst von der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zu entscheidungserheblichen Fragen abweicht und gleichwohl nicht oder nicht neuerlich vorlegt (bewusstes Abweichen ohne Vorlagebereitschaft). Liegt zu einer entscheidungserheblichen Frage des Gemeinschaftsrechts einschlägige Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs noch nicht vor oder hat eine vorliegende Rechtsprechung die entscheidungserhebliche Frage möglicherweise noch nicht erschöpfend beantwortet oder erscheint eine Fortentwicklung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs nicht nur als entfernte Möglichkeit, wird Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG nur dann verletzt, wenn das letztinstanzliche Hauptsachegericht den ihm in solchen Fällen notwendig zukommenden Beurteilungsrahmen in unvertretbarer Weise überschritten hat (Unvollständigkeit der Rechtsprechung). Dies kann insbesondere dann der Fall sein, wenn mögliche Gegenauffassungen zu der entscheidungserheblichen Fra-

ge des Gemeinschaftsrechts gegenüber der vom Gericht vertretenen Meinung eindeutig vorzuziehen sind (BVerfGE 82, 159 [195 f.]).”

### 2. Subsumtion

Fraglich ist, ob ein solcher Verstoß hier vorliegt. Laut Sachverhalt existiert noch keine relevante Rspr. des EuGH zur Anwendbarkeit der Richtlinie 2000/78/EG auf den konkreten Fall, so dass das BVerwG auch nicht von einer solchen Rspr. abgewichen sein kann. Ferner hat es die Vorlage an den EuGH erwogen, wenn auch i.E. abgelehnt, weil es sich selbst zur Entscheidung der Frage für befugt hielt. Dies zeigt immerhin, dass das Gericht die Vorlagepflicht in Erwägung gezogen hat. Es bleibt allein die Frage, ob das BVerwG den ihm zukommenden Beurteilungsrahmen in unvertretbarer Weise überschritten hat (Unvollständigkeit der Rechtsprechung). Das BVerfG verneint dies; insbesondere sei die vom BVerwG angewandte Methode, die amtlichen Begründungserwägungen zur Auslegung der Richtlinie heranzuziehen, nicht “unvertretbar”:

“Der Europäische Gerichtshof zieht in seiner Rechtsprechung immer wieder die Begründungserwägungen eines Sekundärrechtsakts heran, um Sinn und Zweck der Richtlinie oder Verordnung zu ermitteln und unter Berücksichtigung dieses Zwecks die einzelnen Vorschriften der Richtlinie oder Verordnung auszulegen (vgl. EuGH, Urteil vom 18. Februar 1975 - Rs. 69/74, Slg. 1975, 171 [175]; Urteil vom 13. März 1980 - Rs. 124/79, Slg. 1980, 813 [823]; Urteil vom 10. Dezember 1985 - Rs. 290/84, Slg. 1985, 3909 [3930 f.]; Urteil vom 20. September 2001 - Rs. C-184/99, Slg. 2001, I-6193 [6245]; zur Einschränkung des Anwendungsbereichs der Richtlinie 2000/78/EG aufgrund der Begründungserwägungen siehe die Schlussanträge des Generalanwalts Mazák vom 15. Februar 2007 zur Rs. C-411/05, Palacios, Ziff. 51, 65). Es entspricht daher dieser Methode zur Auslegung des Gemeinschaftsrechts, wenn das Bundesverwaltungsgericht den Anwendungsbereich der Richtlinie 2000/78/EG unter Berücksichtigung der Begründungserwägung Nr. 22 bestimmt.”

### C. Ergebnis

Eine Verletzung von Art. 101 I 2 GG liegt nicht vor.

**Standort: Kaufrecht****Problem: Neuer Schaden durch Nachbesserung**

OLG SAARBRÜCKEN, URTEIL VOM 25.07.2007  
1 U 467/06 (NJW 2007, 3503)

**Problemdarstellung:**

Die Kl. begehrt die Rückabwicklung eines Kaufvertrages über ein KFZ, das er zuvor bei der Bekl. erworben hat. Direkt bei der Auslieferung des Fahrzeuges traten Probleme mit dem Anlasser auf. Diese Probleme rügte die Kl. bei dem Verkäufer sofort. In der Werkstatt der Bekl. wurde insgesamt drei Mal versucht, das Problem mit dem Anlasser zu lösen. Die ersten zwei Versuche der Nacherfüllung blieben erfolglos. Während der Durchführung der Reparatur beim dritten Nacherfüllungsversuch kam es aufgrund einer Fehlleistung eines Mechanikers zu einem Karoserieschaden. Dies deshalb, weil der Mechaniker es unterließ, den KFZ im Hinblick auf einen eingelegten Gang hin zu überprüfen, so dass es bei der Durchführung des Startversuchs zu einer Berührung mit der Werkbank kam. Dadurch entstand ein Schaden in Höhe von ca. 2.800 €. Das anfängliche Problem mit dem Anlasser konnte jedoch behoben werden.

Der Schaden an der Karosserie war reparabel, jedoch verblieb ein Minderwert in Höhe von 950 €. Die seitens der Bekl. angebotene Erstattung des Minderwerts in voller Höhe lehnte die Kl. ab und erklärte den Rücktritt vom Vertrag.

**Prüfungsrelevanz:**

In der Entscheidung war die Frage zu klären, ob der Kl. einen Anspruch auf Rückabwicklung des Kaufvertrages deshalb hat, weil im Rahmen einer schließlich doch noch erfolgreichen Nacherfüllung ein weiterer, neuer Schaden an dem Fahrzeug entstanden ist.

Zunächst war zu überprüfen, ob ein wirksamer Rücktritt vom Kaufvertrag gem. § 346 I BGB i.V.m. §§ 437 Nr. 2, 323 I BGB erfolgen kann. Der erkennende Senat stellte in erster Linie auf den Umstand ab, dass eine Fristsetzung zur Nacherfüllung im Sinne des § 323 I BGB nicht erfolgt war. Also stellte sich die Frage, ob die Fristsetzung entbehrlich sein könnte. Hier beschäftigte sich der Senat ausführlich mit der Entbehrlichkeit gem. § 440 BGB und stellte darauf ab, dass ein Fehlschlag nicht gegeben sei; dies deshalb, weil sich der Fehlschlag nur auf die unzureichende Beseitigung des ursprünglichen Mangels im Sinne des § 437 BGB beziehen kann. Der Mangel war jedoch unstreitig beseitigt worden. Also hat die Bekl. schlussendlich doch noch vertragsgemäß geleistet. In einer Klausur ist dieser Weg wohl auch gangbar, soweit das Vorliegen des Rücktrittsgrundes offen bleibt.

Allerdings dürfte es besser vertretbar sein, bereits den Rücktrittsgrund zu gem. § 323 I BGB verneinen. Eine Schlecht- oder Nichtleistung der fälligen, noch möglichen Nacherfüllung gem. §§ 437 Nr. 1, 439 I BGB ist hier in Ansehung der erfolgreichen Reparatur des Mangels am Anlasser nicht gegeben. Es wird deutlich, dass es an der Leistungsbezogenheit insoweit fehlt; vielmehr ist hier die Verletzung einer Verhaltenspflicht des Monteurs der Bekl. denkbar, § 241 II BGB. Auch ein Rücktritt gem. § 346 I BGB i.V.m. § 324 BGB ist nicht ersichtlich, da dem Kl. ein Festhalten am Vertrag zumutbar ist. Die Unzumutbarkeit setzt voraus, dass der Schuldner zuvor abgemahnt worden ist (BGH, DB 1968, 1575; NJW 1978, 260). Nur nach den Wertungen des § 323 II Nr. 3 BGB, d.h. unter ganz besonderen Umständen soll die Abmahnung verzichtbar sein (Palandt-Grüneberg, § 324 Rn 4). Solch besondere Umstände sind hier nicht ersichtlich; dies folgt erst Recht daraus, dass der Minderwert (950 €) im Vergleich zu dem gezahlten Kaufpreis (19.100 €) eher untergeordnet ist.

Weiterhin war an einen Schadensersatzanspruch statt der ganzen Leistung zu denken. In Betracht kamen zum einen die Anspruchgrundlagen gem. §§ 437 Nr.3, 280 I, III, 281 I 1/283 BGB. Allerdings scheiterte hier bereits die taugliche Pflichtverletzung aus den identischen Gründen wie bereits beim Rücktrittsgrund gem. § 323 I BGB erörtert. Sehr lesenswert sind in diesem Zusammenhang die ausführlichen Erwägungen zur Erstattungsfähigkeit der Schäden als Schadensersatz statt der Leistung. Aus diesem Grund sind die Erwägungen auch in den Anmerkungen zur Lösung enthalten. Ein Rückabwicklung des Vertragesverhältnisses kam auch nicht in analoger Anwendung der bisher angesprochenen Anspruchgrundlagen in Betracht. Es fehlt bereits an den Voraussetzungen zur Analogie. Es müsste eine planwidrige Regelungslücke bei vergleichbarer Interessenlage bestehen. Hier mangelt es bereits an einer Regelungslücke. Dies deshalb, weil der Gesetzgeber ausdrücklich einen Schadensersatzanspruch statt der Leistung für die Fälle der Verletzung einer Nebenpflicht normiert hat, §§ 280 I, III, 282 BGB, so dass dem Geschädigten die Lösung vorm Vertrag auch insoweit eröffnet ist. Allerdings war auch aufgrund dieser Anspruchgrundlage die Rückabwicklung des Vertrages nicht gegeben. Auch hier fehlt es an der obig dargelegten Unzumutbarkeit des Festhaltens am Vertrag. Im Ergebnis war dem Kl. Schadensersatz neben der Leistung gem. §§ 280 I, 241 II BGB in Höhe von 950 € zuzugestehen. Eine Rückabwicklung kann dem gegenüber nicht verlangt werden. Diese Entscheidung entspricht dem Rechtsgefühl voll-

ständig. Es ist nicht einzusehen, warum eine Rückabwicklung des Vertrages erfolgen soll, wenn der Verkäufer ordnungsgemäß geleistet hat. Hier musste erkannt werden, dass sich die kaufrechtliche Leistungspflicht in Bezug auf den Kaufgegenstand konkretisiert hat mit der Lieferung der Sache und der Nachbesserung des einzigen bei Gefahrübergang vorliegenden Mangels.

#### **Vertiefungshinweise:**

- Zur Nachbesserung und zur Erheblichkeit eines Kfz-Mangels: *OLG Köln*, NJW 2007,1694
- Zur Unverzichtbarkeit der Fristsetzung zur Nacherfüllung: *OLG Celle*, NJW-RR 2007,352
- Praktische Anwendungsprobleme des Nacherfüllungsanspruchs: *BGH*, RA 2006, 601 = NJW 2006, 2839; (Stückkauf), *Roth*, NJW 2006, 2953; *Oechsler*, NJW 2004, 1825

#### **Kursprogramm:**

- Examenskurs:* "Augen auf beim Mustangkauf"
- Examenskurs:* "Der nostalgische Ofen"

#### **Leitsatz (der Redaktion):**

**Ein bei der Durchführung der Nachbesserung entstehender, nicht vollständig zu beseitigender Sachschaden am Kaufgegenstand begründet einen Schadensersatzanspruch des Käufers. Ein Recht zum Rücktritt aufgrund dessen besteht jedoch nicht.**

#### **Sachverhalt:**

Die Kl. macht gegenüber der als Einzelkaufmann auftretenden Bekl. einen Anspruch geltend auf Rückabwicklung eines Kaufvertrags vom April 2005 über einen Pkw Peugeot 206, den sie zum Preis von 19.100 Euro von der Bekl. gekauft hat. Nach Auslieferung des Fahrzeugs am 09.05.2005 rügte die Kl. wiederholt Probleme beim Anspringen des Pkw, und sie verbrachte diesen insgesamt drei Mal in die Werkstatt der Bekl. Beim letzten Werkstattaufenthalt am 27.09.2005 kam es auf Grund einer Fehlleistung eines Mechanikers zu einem Schaden an der Karosserie des Pkw, indem das Fahrzeug bei der Durchführung eines Startversuchs wegen eines eingelegten Gangs nach vorne fuhr und gegen eine Werkbank stieß. Allerdings stellte sich heraus, dass die Probleme beim Anspringen des Motors bereits zuvor erfolgreich behoben worden waren.

Die Bekl. behob den Schaden; die erforderlichen Reparaturkosten waren von den hinzugezogenen Sachverständigen auf 2771,19 Euro beziffert worden. Die trotz Reparatur verbleibende Wertminderung gaben die Parteigutachter mit 600 bzw. 950 Euro an. Zur Abgeltung der schadensbedingten Wertminderung - im Sinne ei-

ner gütlichen Einigung - bot die Bekl. der Kl. die Zahlung von 950 Euro an.

Die Kl. nahm das Angebot nicht an, sondern erklärte den Rücktritt vom Kaufvertrag. Sie verlangte von der Bekl. die Rückzahlung des gezahlten Kaufpreises zuzüglich Kosten für Winterreifen von 570 Euro, abzüglich eines Betrags von 286,50 Euro als Nutzungsvorteil für 3000 gefahrene Kilometer, zusammen 19 383,50 Euro, dies Zug um Zug gegen die Rücknahme des Pkw.

Nehmen Sie gutachterlich Stellung zu den aufgeworfenen Fragen.

#### **Lösung:**

*A. Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises Zug um Zug gegen Rückgabe des Fahrzeugs* gem. § 346 I i.V.m. §§ 437 Nr. 2, 2. Fall, 323 I BGB

Die Kl. könnte einen Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises gem. § 346 I i.V.m. §§ 437 Nr. 2, 2.Fall, 323 I BGB haben.

#### *I. Wirksamer Kaufvertrag*

Die Kl. müsste mit der Bekl. einen wirksamen Kaufvertrag gem. § 433 BGB geschlossen haben. Die Parteien einigten sich im April 2005 über die Veräußerung eines PKW Peugeot 206 zum Kaufpreis von 19.100 €. Also liegt ein Kaufvertrag vor. Zweifel an dessen Wirksamkeit bestehen nicht.

#### *II. Mangel*

Der PKW müsste mangelhaft sein. In Betracht kommen ein Sachmängel gem. § 434 BGB.

#### *1. Anspringsproblematik*

Der PKW der Kl. sprang unstrittig wiederholt nicht an. Es könnte insoweit ein Sachmangel gem. § 434 I 1BGB gegeben sein. Bezüglich der Zündung haben die Parteien keine Beschaffenheitsvereinbarung gem. § 434 I 1 BGB getroffen. Es könnte jedoch ein Sachmangel gem. § 434 I 2 Nr. 1 BGB vorliegen. Dazu müsste sich das Fahrzeug nicht zur vertraglich vorausgesetzten Verwendung eignen. Die Parteien müssten ausdrücklich oder stillschweigend eine bestimmte Verwendung der Kaufsache ihrerseits vorausgesetzt haben (Palandt-Weidenkaff, § 434 Rn 21). Die Kl. wollte ein fahrtaugliches Fahrzeug erwerben. Dies ergibt sich bereits aus dem Kaufpreis in Höhe von 19.500 €. Fahrtauglich ist ein Fahrzeug jedenfalls in den Fällen nicht, in denen es nicht anspringt. Also ist ein Mangel gem. § 434 I 2 Nr. 1 BGB gegeben.

## 2. Karoserieschaden

Es könnte ein weiterer Mangel in Form des Karoserieschadens gegeben sein. In Betracht kommt auch hier ein Mangel gem. § 434 I BGB. Eine Beschaffensvereinbarung in Bezug auf die Karosserie gem. § 434 I 1 BGB ist nicht ersichtlich. Auch eignet sich der PKW trotz des Schadens zur Nutzung im Straßenverkehr, so dass ein Mangel gem. § 434 I 2 Nr. 1 BGB ausscheidet. Jedenfalls aber ist ein Karoserieschaden nicht üblich, so dass ein Mangel gem. § 434 I 2 Nr. 2 BGB in Form eines objektiven Mangels vorliegt.

Daher ist auch insoweit ein Mangel zu bejahen.

## III. Bei Gefahrübergang

Der Mangel müsste zum maßgeblichen Zeitpunkt vorgelegen haben.

Dies ist gem. § 434 I 1 BGB der Gefahrübergang, hier die Übergabe des PKW an den Kl. am 09.05.2005, § 446 S. 1 BGB. Die Unregelmäßigkeiten der Zündung hafteten dem Fahrzeug seit der Übergabe an. Also lag der Mangel zum maßgeblichen Zeitpunkt vor.

Anderes gilt bezüglich des Karoserieschadens. Dieser entstand unstreitig erst nach der Übergabe des Fahrzeugs am 09.05.2005 anlässlich der Reparatur des Anlassers. Mithin ist allein maßgeblich der Mangel an der Zündung.

## IV. Rücktrittsgrund, § 323 I BGB

Fraglich ist, ob ein Rücktrittsgrund ersichtlich ist. Dazu müsste gem. § 323 I BGB eine fällige, noch mögliche leistungsbezogene Pflicht innerhalb einer dazu gesetzten Frist nicht oder schlecht erbracht worden sein. Bezugspunkt für die Verletzung der Pflicht ist die Nacherfüllung gem. § 437 Nr. 1, 439 I BGB. Die Nicht- oder Schlechtleistung der Nacherfüllung ist leistungsbezogen, da die Nacherfüllung der modifizierte Erfüllungsanspruch gem. § 433 I 1 BGB ist. Die Nacherfüllung ist auch fällig, da die Kl. Nacherfüllung in Form der Nachbesserung gem. §§ 437 Nr.1, 439 BGB verlangt hat. Die Nachbesserung war auch möglich, dies bezeugt allein die erfolgreiche Reparatur des Anlassers. Allerdings müsste die Nacherfüllung innerhalb der dazu gesetzten Frist nicht oder schlecht erbracht worden sein. Unstreitig wurde das Fahrzeug am Anlasser erfolgreich repariert. Anlässlich der Reparatur erfolgte die weitere Beschädigung des Fahrzeugs an der Karosserie. Mithin ist zwar eine Beschädigung des Leistungsgegenstands Fahrzeug eingetreten, allerdings steht diese nicht im Zusammenhang mit dem ursprünglichen Mangel, welcher bei Gefahrübergang vorgelegen hat. Daher ist eine Eigentumsverletzung im Übrigen erfolgt. Es mangelt also an der Leistungsbezogenheit des nunmehr aufgetretenen Karoserieschadens. Tatsächlich manifestiert sich eine Nebenpflichtver-

letzung gem. § 241 II BGB, da eine vergleichbare Situation mit derjenigen vorliegt, bei der der Verkäufer im Zuge der geschuldeten Nacherfüllung andere Gegenstände des Käufers beschädigt (Vgl. Reinicke/Tiedke, Rn 500).

Folglich ist ein Rücktrittsgrund nicht gegeben.

*[Anm.: Der erkennende Senat ließ die Frage des Vorliegens eines Rücktrittsgrundes gem. § 323 I BGB offen und stellte auf die fehlende Fristsetzung ab. Es war zu entscheiden, ob im Hinblick auf die entstandene Beschädigung ein Fehlschlag der Nacherfüllung gem. § 440 BGB und mithin eine Entbehrlichkeit der Fristsetzung zu bejahen war. Dies verneinte das erkennende Gericht zu Recht im Ergebnis:*

*“Denn die von der Kl. gewählte Art der Nacherfüllung durch Beseitigung des Mangels - sie verbrachte das Fahrzeug schließlich aus diesem Grund in die Werkstatt der Bekl. - ist nicht fehlgeschlagen. Nach den Feststellungen des LG mit Bindungswirkung für den Senat (§ 529 I Nr. 1 ZPO) stand zwischen den Parteien erstinstanzlich außer Streit, dass die Anspringsproblematik jedenfalls behoben wurde, die Nachbesserung bezogen auf diesen bei Gefahrübergang möglicherweise gegebenen Mangel damit erfolgreich war. Zu einem Fehlschlagen der Nachbesserung führt auch nicht der Umstand, dass im Zusammenhang mit der Mängelbeseitigung das Fahrzeug im Übrigen beschädigt wurde, als es bei Durchführung eines Startversuchs anfuhr und gegen die Werkbank stieß. Ausschließlich aus dieser Karosseriebeschädigung resultiert der nicht behebbare technische Minderwert, der, da er bei Gefahrübergang offensichtlich noch nicht angelegt war, keinen Mangel i. S. des § 434 BGB darstellt. Das Fehlschlagen der von der Bekl. geschuldeten Nacherfüllungshandlung ist jedoch allein danach zu beurteilen, inwieweit der den Nacherfüllungsanspruch auslösende Mangel behoben wurde oder nicht. Die Anspringsproblematik wurde behoben, die durch die Karosseriebeschädigung bedingte Wertminderung steht außerhalb des unmittelbar auf die Mängelbeseitigung bezogenen Pflichtenprogramms der Bekl. als Verkäuferin, so dass von einem Fehlschlagen der Nachbesserung keine Rede sein kann.”]*

Also scheidet ein Rückgewährschuldverhältnis mangels Rücktrittsgrundes gem. § 323 I BGB und mithin ein Rückzahlungsanspruch aus.

*B. Anspruch auf Rückzahlung gem. § 346 I, 324 BGB*  
Fraglich ist, ob ein Anspruch auf Rückzahlung gem. § 346 I BGB i.V.m. § 324 BGB besteht.

## I. Wirksames Schuldverhältnis

Ein wirksames Schuldverhältnis in Form eines wirk-

samen Kaufvertrages gem. § 433 BGB liegt vor.

### *II. Rücktrittsgrund gem. § 324 BGB*

Es müsste ein Rücktrittsgrund gem. § 324 BGB vorliegen. Der Schuldner müsste die Pflicht verletzt haben, auf die Rechte, Rechtsgüter oder Interessen des Gläubigers Rücksicht zu nehmen, § 241 II BGB.

Um den Erfolg der Nacherfüllung zu überprüfen, startete der Monteur das Fahrzeug. Zuvor hätte er jedoch sicherstellen müssen, dass kein Gang eingelegt ist. Genau dies hat er unterlassen, so dass das Fahrzeug auf die Werkbank auffuhr und dadurch der in Rede stehende Karosserieschaden entstand. Mithin wurde eine Sorgfaltspflicht in Form einer Schutzpflicht verletzt. Also liegt die Verletzung einer Nebenpflicht vor gem. § 241 II BGB.

### *III. Unzumutbarkeit des Festhaltens am Vertrag*

Das Festhalten am Vertrag müsste der Kl. unzumutbar sein. Die Unzumutbarkeit setzt regelmäßig voraus, dass der Schuldner abgemahnt wurde (BGH, DB 1968, 1575; NJW 1978, 260). Ein Absehen vom Erfordernis der Abmahnung ist nur bei besonders schwerwiegenden Verstößen zu bejahen entsprechend dem Rechtsgedanken des § 323 II Nr. 3 BGB (Palandt-Grüneberg, § 324 Rn 4). Vorliegend wurde das Fahrzeug im Zuge der Nacherfüllung beschädigt. Dies geschah aufgrund eines Verhaltensfehlers des Monteurs. Dieser Umstand rechtfertigt jedoch nicht die Unzumutbarkeit in diesem Sinne. Ein dergestalt schwerwiegender Verstoß, der ein Festhalten am Vertrag ausschließen könnte, erschließt sich aus diesem Sachverhalt nicht.

Daher ist auch kein Rückgewährschuldverhältnis gem. § 346 I BGB i.V.m. § 324 BGB zu begründen. Ein Rückzahlungsanspruch besteht insoweit nicht.

Also scheiden auch sämtliche Ansprüche auf Wertersatz gem. § 346 II BGB aus.

### *C. Anspruch auf Schadensersatz statt der ganzen Leistung gem. §§ 437 Nr. 3, 280 I, III, 281 I 1 BGB*

Fraglich ist, ob die Kl. einen Anspruch auf Schadensersatz statt der ganzen Leistung gem. §§ 437 Nr. 3, 280 I, III, 281 I 1 BGB hat und insoweit ein Rückabwicklungsverhältnis herbeiführen kann.

#### *I. Voraussetzungen des § 437 BGB*

Die Voraussetzungen des § 437 BGB liegen, wie obig dargelegt, vor.

#### *II. Verletzung einer fälligen, noch möglichen leistungsbezogenen Pflicht innerhalb der Frist*

Die Bekl. müsste eine Pflicht i.S.d. § 281 I 1 BGB ver-

letzt haben. Fraglich ist, ob die Bekl. eine fällige, noch mögliche leistungsbezogene Pflicht verletzt hat. Anknüpfungspunkt ist insoweit die Nacherfüllung. Die Nacherfüllung ist eine leistungsbezogene Pflicht, die fällig war und deren Erbringung noch möglich war. Auf obige Ausführungen wird verwiesen. Die Pflicht wurde auch insoweit verletzt, als die Nacherfüllung zunächst nicht gelang, da der Anlasser nach wie vor nicht einwandfrei funktionierte. Allerdings ist unstreitig, dass der letzte Nachbesserungsversuch von Erfolg gekrönt war und erst bei diesem Versuch die Karosserie beschädigt wurde. Fraglich ist, ob dadurch die geschuldete Leistung nicht wie geschuldet gem. § 281 I 3 BGB bewirkt wurde. Hierbei ist zu beachten, dass sich die Schlechtleistung unmittelbar auf die Behebung des geschuldeten Mangels beziehen muss. Hier wurde dieser schlussendlich behoben. Die Schäden an der Karosserie sind von der ursprünglichen Leistungsverpflichtung, die auf dem anfänglichen Mangelunwert beruhen (vgl. Ausführungen zu § 437 BGB) zu trennen und insoweit für die Beurteilung des Vorliegens einer Pflichtverletzung nicht maßgeblich. Also ist die Pflichtverletzung (Beschädigung der Karosserie) nicht leistungsbezogen. Es handelt sich vielmehr um die Verletzung einer Verhaltenspflicht in Form einer Nebenpflicht gem. § 241 II BGB:

“Die kaufrechtliche Leistungspflicht in Bezug auf den Kaufgegenstand hat sich konkretisiert mit der Lieferung der Sache und der Nachbesserung des einzigen bei Gefahrübergang vorliegenden Mangels. Alle weiteren Schutzpflichten stellen Nebenpflichten i.S. des § 241 II BGB dar, deren Verletzung nicht den Anwendungsbereich des § 281 I BGB eröffnet. Damit gilt, dass die von der Bekl. zu vertretende Pflichtverletzung im Zuge der Nachbesserung nicht subsumiert werden kann unter § 281 I 3 BGB, was rein vom Wortlaut her - “...die Leistung nicht wie geschuldet bewirkt...” - durchaus möglich wäre. Vom systematischen Zusammenhang her, wie voranstehend ausgeführt, muss die im Gesetz angesprochene Schlechterfüllung bezogen werden unmittelbar auf den geschuldeten Leistungserfolg in Form der Behebung des bei Gefahrübergang gegebenen Mangels; die Gesetzesformulierung umfasst keine schädigenden Handlungen, die sich jenseits des ursprünglichen Mangelunwerts auswirken.”

Daher ist keine Pflicht im Sinne des § 281 BGB verletzt.

*[Anm.: Der erkennende Senat äußert sich schulmeisterlich über die Abgrenzung der leistungsbezogenen Schäden von denen, die gerade nicht leistungsbezogen sind. Denn auch hinsichtlich der Frage der Rechtsfolge kam ein Schadensersatzanspruch statt der Lei-*

stung nämlich nicht in Betracht:

“Trotz des vorerwähnt scheinbar eindeutigen Ansatzes stellt sich bei näherer Betrachtung im Rahmen des neuen Kaufrechts das Abgrenzungsproblem, wie der Schadensersatzanspruch gem. §§ 437 Nr. 3, 280 I, III, 281 I BGB - Schadensersatz statt der (ganzen) Leistung - von dem Schadensersatzanspruch gem. §§ 437 Nr. 3, 280 I BGB - „einfacher“ Schadensersatz „neben“ der Leistung - abzugrenzen ist, so dass auf die Anwendungsbereiche der Normen im Einzelnen einzugehen ist. Entscheidend ist insoweit, ob der zum Ausgleich gestellte Schaden durch Nacherfüllung hätte beseitigt werden können, und zwar durch Nacherfüllung bezogen auf die ursprüngliche Leistungspflicht, im Kaufvertrag die Pflicht des Verkäufers zur Überlassung einer mangelfreien Kaufsache. Der neben den Anspruch auf Nacherfüllung tretende Anspruch aus § 280 I BGB erfasst alle Schäden, die durch die Pflichtverletzung endgültig entstanden sind und durch Nachbesserung oder Ersatzlieferung nicht beseitigt werden können. § 281 BGB betrifft nur Schäden, die durch Nacherfüllung ausgeglichen werden können. Damit unterfallen Mangelschäden, die das Äquivalenz- oder Erfüllungsinteresse des Käufers berühren, sofern unmittelbar im mangelbedingten Nachteil liegende Schäden ausgeglichen werden sollen, der Anspruchsgrundlage des § 281 I BGB, Mangelfolgeschäden dagegen § 280 I BGB (Westermann, in: MünchKomm, § 437 Rdnrn. 21, 30; Palandt/Heinrichs, BGB, 65. Aufl., § 280 Rdnr. 18). Oder mit anderen Worten: Beruht der Schaden allein auf dem endgültigen Ausbleiben der Leistung - hier konkret: in Form der Nacherfüllung -, handelt es sich um einen Schadensersatzanspruch statt der Leistung, § 281 I BGB. Geht es andererseits um einen Schaden, der trotz der Leistung oder vor deren endgültigem Ausbleiben eingetreten ist, so liegt ein Schaden i. S. des § 280 I BGB vor (Reinickel/Tiedtke, Rdnrn. 502 ff.).”]

**D. Anspruch auf Schadensersatz gem. §§ 437 Nr. 3, 280 I, III, 283 BGB**

Ein Schadensersatzanspruch gem. §§ 437 Nr. 3, 280 I, III, 283 BGB scheidet ebenfalls aus den zuvor genannten Gründen aus.

**E. Anspruch auf Schadensersatz gem. §§ 280 I, III, 282 BGB**

Es könnte ein Schadensersatzanspruch statt der Leistung gem. §§ 280 I, III, 282 BGB wegen Verletzung einer Nebenpflicht gem. § 241 II BGB vorliegen.

**I. Wirksames Schuldverhältnis**

Ein wirksames Schuldverhältnis in Form eines wirksamen Kaufvertrages gem. § 433 BGB liegt zwischen den Parteien vor.

**II. Nebenpflichtverletzung**

Es müsste eine Nebenpflichtverletzung vorliegen. Dies ist dann der Fall, wenn der Schuldner seine aus § 241 II BGB erwachsene Pflicht, Rücksicht auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen der Gläubiger zu nehmen, verletzt (Palandt-Heinrichs, § 282 Rn 1). Vorliegend fuhr das Fahrzeug in der Werkstatt wegen eines eingelegten Ganges gegen eine Werkbank, wobei es einen Karoserieschaden erlitt. Der Mechaniker hätte den Wagen zuvor dahingehend prüfen müssen, dass kein Gang eingelegt ist. Da dies nicht erfolgte, liegt eine Sorgfaltspflichtverletzung gem. § 241 II BGB vor.

**III. Unzumutbarkeit des Festhaltens am Vertrag**

Das Festhalten am Vertrag müsste unzumutbar sein. Dazu müsste ein besonders schwerwiegender Verstoß entsprechend dem Rechtsgedanken des § 281 II, 2. Fall BGB vorliegen (Palandt-Heinrichs, § 282 Rn 4). Hier hatte der Mechaniker vergessen, den PKW hinsichtlich eines etwaig eingelegten Ganges zu überprüfen. Dies begründet keine dergestalt schwere Pflichtverletzung, dass etwa das Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien insoweit gestört ist, als an dem Vertrag nicht mehr festgehalten werden kann.

“Der geltend gemachte Anspruch auf Rückgewähr der wechselseitigen Leistungen. kann auch nicht hergeleitet werden aus §§ 280 I, 282 i. V. mit 281 I BGB. Zwar eröffnet § 282 BGB im Falle einer verschuldeten Nebenpflichtverletzung den Weg zu einer Loslösung vom Vertrag insgesamt, jedoch nur dann, wenn die Leistung durch den pflichtwidrigen Schuldner - bezogen auf den Gesamtvertrag - dem Gläubiger nicht mehr zumutbar ist. Jenseits der Feinheiten der Unzumutbarkeit ist diese Voraussetzung vorliegend offensichtlich nicht gegeben. Denn die Bekl. hat den Karoserieschaden behoben, und allein der technische minderwert macht es für die Kl. keinesfalls unzumutbar, das Fahrzeug im Übrigen zu behalten.”

Daher ist ein Schadensersatzanspruch gem. §§ 280 I, III, 282 BGB nicht gegeben.

Mithin kommt ein Anspruch auf Aufwendungsersatz gem. § 284 BGB, z.B. wegen des Erwerbs der Winterreifen, gleichfalls nicht in Frage.

**F. Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises analog §§ 346 I, 437 Nr. 2, 323 I bzw. §§ 437 Nr. 3, 280 I, III, 281 I 1, 283 bzw. §§ 280 I, III, 282 BGB**

Fraglich ist, ob die im Rahmen der Nacherfüllung entstandenen Schäden in analoger Anwendung der bis dato geprüften Vorschriften zur Rückabwicklung des Vertrages führen. Dazu müsste eine planwidrige Regelungslücke bei vergleichbarer Interessenlage bestehen.

Zweifelhaft ist bereits das Merkmal der Regelungslücke. Dies deshalb, weil die Verletzung einer Nebenpflicht einerseits einen Schadensersatzanspruch statt der Leistung gem §§ 280 I, III, 282 BGB rechtfertigen kann und andererseits den allgemeinen Schadensersatz gem. §§ 280 I, 241 II BGB auslösen kann. Dazu das Gericht:

“[Die Sachlage kann auch nicht durch analoge Anwendung] der bislang vorwiegend untersuchten Anspruchsgrundlagen (§§ 437 Nr. 2, 440, 323 BGB und §§ 437 Nr. 3, 440, 280 I, III, 281 I, 283 BGB) einem Mangel gleich- und dem Sachmängelrecht unterstellt werden. Eine solche analoge Anwendung befürworten letztlich Reinking/Eggert (Der Autokauf, 9. Aufl., Rdnrn. 355 ff.) und auch Faust, in: Bamberger/Roth (BGB, Neubearb. 2003, § 437 Rdnr. 186), indem sie formulieren, bei Verletzung einer leistungsbezogenen Nebenpflicht im Zuge der Nachbesserung „erscheint es sachgerecht, die daraus resultierenden Nachteile nach Sachmängelrecht zu beurteilen“ (Reinking/Eggert, Rdnr. 356), bzw. „derartige Beschädigungen sind daher zu behandeln wie bei Gefahrübergang bestehende Mängel“ (Faust, in: Bamberger/Roth, § 437 Rdnr. 186). Mit diesen Ausführungen wird die Übertragung der für einen bestimmten Tatbestand im Gesetz vorgesehenen Regel auf einen anderen, aber rechtsähnlichen Tatbestand befürwortet, damit einer Analogie das Wort geredet. Zu den Voraussetzungen einer Analogie (vgl. Palandt/Heinrichs, § 280 Rdnr. 18, Einl. Rdnr. 48) gehört jedoch mehr als der Umstand, dass mit ihrer Hilfe ein womöglich sachgerechtes Ergebnis erzielt werden könnte. Entscheidend ist vielmehr weiterhin, ob das Gesetz eine planwidrige Regelungslücke enthält. Diese Voraussetzung ist vorliegend jedoch nicht gegeben. Denn die Verletzung leistungsbezogener Nebenpflichten im Zuge der geschuldeten Nachbesserung (§ 241 II BGB) begründet einen Schadensersatzanspruch aus § 280 I BGB, unter der zusätzlichen Voraussetzung des § 282 BGB kann sich der Gläubiger auch vom Vertrag insgesamt lösen. Damit bestehen Sondervorschriften zur Regelung dieser Fallgruppen, so dass eine analoge Anwendung sonstiger Vorschriften nicht in Betracht kommt, auch nicht unter dem von der Kl. pauschal bemühten Gesichtspunkt des Verbraucherschutzes.”

Also scheidet ein diesbezüglicher Anspruch mangels Voraussetzungen der Analogie aus.

#### *G. Anspruch auf Schadensersatz gem. §§ 280 I, 241 II BGB*

Es könnte ein Schadensersatzanspruch gem. §§ 280 I, 241 II BGB vorliegen.

#### *I. Wirksames Schuldverhältnis*

Ein wirksames Schuldverhältnis in Form eines wirksamen Kaufvertrages ist gegeben.

#### *II. Pflichtverletzung*

Die Bekl. hat, wie obig dargelegt, eine Sorgfaltspflicht gem. § 241 II BGB verletzt.

#### *III. Vertretenmüssen*

Die Bekl. müsste die Pflichtverletzung zu vertreten haben. Das Vertretenmüssen wird grundsätzlich gem. § 280 I 2 BGB vermutet. Das Verhalten ihres Mechanikers muss sich die Bekl. gem. § 278 BGB zurechnen lassen. Anhaltspunkte für eine Exkulpation der Bekl. sind nicht ersichtlich. Mithin ist das Vertretenmüssen zu bejahen.

#### *IV. Rechtsfolge*

Der Kl. hat nunmehr einen Anspruch auf Schadensersatz neben der Leistung gem. §§ 280 I, 241 II BGB. Geschützt ist das Integritätsinteresse. Das Integritätsinteresse umfasst den Bestand der sonstigen Rechtsgüter des Geschädigten, außerhalb der Leistungsbeziehung als solcher.

“Bei unmittelbarer Anwendung der Gewährleistungs- und allgemeinen Schadensersatzvorschriften unterfällt der vorliegend streitgegenständliche Schaden in Form des technischen Minderwerts als Mangelfolgeschaden der Anspruchsgrundlage des § 280 I BGB, auch wenn dieselbe Kaufsache betroffen ist, was scheinbar die klare Abgrenzung zwischen Äquivalenz- und Integritätsinteresse erschwert. Denn - bezogen auf den ursprünglichen Mangel - hat die Bekl. ihre Verkäuferpflicht zur Lieferung einer mangelfreien Sache erfüllt, indem sie diesen behoben hat; dem Äquivalenz- oder Erfüllungsinteresse der Kl. hat sie damit genügt, da sie letztlich eine Kaufsache geliefert hat, die den einzigen bei Gefahrübergang vorliegenden Mangel nicht mehr aufwies. Sie hat die Kl. jedoch in deren Integritätsinteresse bezogen auf das Eigentum an der Kaufsache im Übrigen verletzt, indem die ansonsten unbeschädigte Kaufsache beschädigt wurde. Es liegt kein wertungsmäßiger Unterschied vor zu einer Fallgestaltung, bei der der Verkäufer im Zuge der geschuldeten Nachbesserung andere Gegenstände des Käufers beschädigt (vgl. Reinicke/Tiedtke, Rdnr. 500), da es sich in beiden Fällen um die Verletzung einer Nebenpflicht zum Schutz des Käufers handelt.”

Folglich hat die Kl. einen Anspruch auf Schadensersatz gem. §§ 280 I, 241 II BGB in Höhe von 950 Euro bezüglich des verbliebenden Minderwerts am PKW gem. § 251 I BGB.

*H. Anspruch auf Schadensersatz gem. § 831 I BGB*

Die Kl. Könnte einen Anspruch auf Schadensersatz gem. § 831 I BGB haben.

*I. Verrichtungsgehilfe*

Der Monteur müsste Verrichtungsgehilfe sein. Verrichtungsgehilfe ist, wer mit Wissen und Wollen des Geschäftsherrn in dessen Pflichtenkreis weisungsabhängig tätig ist. (Brox/Walker, Schuldrecht BT, § 42 Rn 3). Der Monteur ist Angestellter der Bekl., mithin der klassische Verrichtungsgehilfe.

*II. Rechtswidrige, unerlaubte Handlung*

Der Verrichtungsgehilfe müsste eine rechtswidrige, unerlaubte Handlung begangen haben gem. § 823 I BGB.

*1. Rechtsgutsverletzung:*

Es müsste eine geschützte Rechtsposition verletzt sein. In Betracht kommt hier das Eigentum der Kl.. Der klägerische PKW erlitt einen Karoserieschaden. Fraglich ist, ob sich die Kl. darauf berufen kann. Eine Eigentumsverletzung scheidet grundsätzlich in den Fällen aus, in denen die Kl. niemals mangelfreies Eigentum besessen hat. Vorliegend hatte das Fahrzeug seit der Übergabe bereits einen Defekt am Anlasser. Nach dem Sachverhalt war der PKW bereits erfolgreich repariert worden, als es zu dem schädigenden Ereignis kam. Mithin hatte die Kl. mangelfreies Eigentum am PKW erlangt, so dass eine Eigentumsverletzung nicht ausgeschlossen ist.

*[Anm.: Hätte sich nicht aus dem Sachverhalt ergeben, dass das Fahrzeug erfolgreich repariert worden war, dann wären an dieser Stelle die Grundsätze zum weiterfressenden Mangel zu prüfen gewesen. Auch unter der Zugrundelegung dieser Grundsätze, nämlich demjenigen, dass der Schaden stoffgleich mit dem Mangelwert sein muss, wäre eine Eigentumsverletzung an der Karosserie wohl zu bejahen gewesen.]*

*2. Verhalten des Monteurs*

Als Anknüpfungspunkt für die schädigende Handlung kommt hier die nach dem Sachverhalt gegebene Fehlleistung des Monteurs in Betracht. Dieser hatte den Erfolg der Reparatur zu überprüfen versucht, bevor er nachgesehen hatte, ob beim PKW ein Gang eingelegt ist. Es ist in Folge dessen mit dem PKW der Kl. gegen eine Werkbank gefahren.

*3. Kausalität und Zurechnung*

Die Handlung müsste kausal und zurechenbar sein. Zweifel an der Kausalität im Sinne der Äquivalenztheorie bestehen nicht. Hätte der Monteur das Einlegen

des Ganges zuvor überprüft, wäre der tatbestandliche Erfolg jedenfalls nicht so eingetreten. Auch die Zurechnung ist zu bejahen. Es ist gem. der Adäquanztheorie nicht außerhalb aller Wahrscheinlichkeit, dass ein Fahrzeug einen Karoserieschaden erleidet, wenn ein Monteur den Anlasser überprüft, ohne zuvor den Gang herausgenommen zu haben. Auch ist der Schutzzweck der Norm gewahrt. Die fehlende Überprüfung und das Anfahren führten unmittelbar zu dem Schaden an der Karosserie. Zweifel an der Kausalität und der Zurechnung bestehen daher nicht.

*4. Rechtswidrigkeit*

Die Handlung ist auch rechtswidrig (sog. Lehre vom Erfolgsunrecht). Rechtfertigungsgründe sind nicht ersichtlich.

*[Anm.: Auf ein Verschulden des Verrichtungsgehilfen kommt es nicht an. Zu prüfen ist die Haftung des Geschäftsherrn. Mithin ist allein dessen Verschulden von Relevanz.]*

*III. In Verrichtung der geschuldeten Tätigkeit*

Die unerlaubte Handlung müsste in Verrichtung der geschuldeten Tätigkeit begangen worden sein. Dies ist dann der Fall, wenn ein innerer Zusammenhang zwischen der Tätigkeit und dem Verhalten der unerlaubten Handlung besteht. Hier sollte der Monteur den Erfolg der Nachbesserung überprüfen. Genau dabei kam es zu dem schädigenden Ereignis.

Also ist der erforderliche Zusammenhang gegeben.

*IV. Rechtswidrigkeit*

Die Rechtswidrigkeit ist indiziert durch die Tatbestandlichkeit der Rechtsgutsverletzung (sog. "Lehre vom Erfolgsunrecht").

*V. Verschulden*

Der Geschäftsherr müsste schuldhaft gehandelt haben. Das Verschulden des Geschäftsherrn wird gem. § 831 I 2 BGB vermutet. Allerdings bleibt es Geschäftsherrn möglich, sich zu exkulpieren gem. § 292 ZPO. Der Bekl. trägt insoweit jedoch nichts vor. Also verbleibt es bei der Vermutungswirkung.

*VI. Rechtsfolge*

Der Kl. hat einen Anspruch auf Schadensersatz hinsichtlich aller adäquat kausal durch die Rechtsgutsverletzung bedingten Schäden. Hier hat der Kl. Vermögensseinbußen deshalb erlitten, weil der PKW minderwertig blieb. Daher ist dieser Minderwert gem. § 251 I BGB erstattungsfähig.

*G. Anspruch auf Schadensersatz gem. § 823 I BGB*

Die Kl. könnte zudem einen Anspruch auf Schadensersatz wegen einer Eigentumsverletzung gem. § 823 I BGB haben.

#### *I. Rechtsgutsverletzung*

Eine Rechtsgutsverletzung der Kl. liegt, wie dargelegt, vor.

#### *II. Verhalten der Bekl.*

Die Rechtsgutverletzung müsste durch ein Verhalten der Bekl. verursacht worden sein. Wie bereits dargelegt ist ursächlich das Verhalten des Monteurs. Eine deliktische Zurechnung über § 31 BGB analog schei-

det im Hinblick auf die Einzelkaufmännische Organisation der Bekl. aus.

*[Anm.: Es hätte auch an die Verletzung einer Verkehrssicherungspflicht gedacht werden können. Anknüpfungspunkte hierfür sind dem Sachverhalt nicht zu entnehmen. Jedenfalls dürfte ein Verschulden der Bekl. gem. § 276 I BGB hier ausscheiden.]*

Mithin ist ein Anspruch auf Schadensersatz gem. § 823 I BGB nicht gegeben.

### **Standort: § 31 I Nr. 1 StGB**

### **Problem: Rücktritt vom Versuch der Anstiftung**

BGH, BESCHLUSS VOM 06.09.2007

4 STR 409/07 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

#### **Problemdarstellung:**

Der Angeklagte hatte auf zwei Bekannte eingeredet, dass diese eine Geldfälschung, § 146 I StGB, begehen sollten. Diese hatten sich grundsätzlich interessiert gezeigt, sich aber nicht weiter darauf eingelassen. Daraufhin hatte der Angeklagte sie nicht weiter bedrängt. Das Landgericht Bochum hatte den Angeklagten wegen versuchter Anstiftung zur Geldfälschung, §§ 30 I, 146 I StGB, verurteilt. Das BGH hob diese Verurteilung auf, da das LG die Möglichkeit eines strafbefreienden Rücktritts gem. § 31 StGB in Betracht hätte ziehen müssen.

#### **Prüfungsrelevanz:**

Während der Tatbestand der Geldfälschung, § 146 StGB, nur in Bremen, dem Saarland und Thüringen zum Prüfungsstoff gehört, sind Probleme aus dem Bereich des Versuchs und hier insb. des Rücktritts in allen Bundesländern und beiden Examen ein häufiger Prüfungsgegenstand. Während die Prüfung des Versuchs der Deliktsbegehung, § 22 StGB, und des entsprechenden Rücktritts, § 24 StGB, von den meisten Examenskandidaten beherrscht wird, bereitet die Prüfung des Versuchs der Beteiligung, § 30 StGB, und des Rücktritts hiervon, § 31 StGB, schon eher Probleme. Gerade die vorliegende Entscheidung zeigt jedoch, dass auch klassische Probleme des § 24 StGB wie etwa der Fehlschlag und der Rücktritt vom mehraktigen Versuch ohne Weiteres auf § 31 StGB übertragen werden können.

Nach herrschender Meinung ist ein strafbefreiender Rücktritt vom Versuch von vorneherein ausgeschlossen, wenn der Versuch fehlgeschlagen ist, was grds. dann der Fall ist, wenn der Täter glaubt, den tat-

bestandlichen Erfolg gar nicht mehr oder jedenfalls nicht ohne erhebliche zeitliche Zäsur herbeiführen zu können (BGHSt 35, 90; BGH, StV 1999, 596; Wessels/Beulke, AT, Rn 628; Schönke/Schröder-Eser, § 24 Rn 7). Wenn der Täter davon ausgehe, dass er die Tat sowieso nicht mehr (ohne zeitliche Zäsur) vollenden könne, dann stelle sein Verhalten kein "Aufgeben" dar, sodass ein Rücktritt ausscheide. Die Gegenauffassung erkennt den fehlgeschlagenen Versuch nicht als eigene, den Rücktritt ausschließende, Fallgruppe an (Otto, AT, § 19 Rn 8 ff.; Kühl, JuS 1981, 193). Da der fehlgeschlagene Versuch im Gesetz nicht geregelt sei, stelle die Annahme einer solchen, den (strafbefreienden und somit für den Täter positiven) Rücktritt ausschließenden Konstellation durch die h.M. eine - gem. Art. 103 II GG, § 1 StGB unzulässige - Analogie zu Lasten des Täters dar. Auch nach dieser Auffassung ist jedoch in entsprechenden Fällen kein Rücktritt gegeben; verneint wird hier größtenteils die Freiwilligkeit. Da beide Meinungen also stets zu demselben Ergebnis kommen, handelt es sich letztlich um ein rein dogmatisches Problem, das auch in einer Klausur grds. nicht dargestellt werden muss.

Der BGH folgt in der vorliegenden Entscheidung seiner bisherigen Rechtsprechung und setzt es - ohne weitere Begründung - als selbstverständlich voraus, dass bei einem Fehlschlag der Rücktritt ausgeschlossen wäre. Bemerkenswert ist insofern allenfalls, dass der BGH dies i.R.v. § 31 StGB ausführt, wohingegen die Problematik des fehlgeschlagenen Versuchs normalerweise i.R.v. § 24 StGB diskutiert wird. Da allerdings auch § 31 I Nrn. 1, 2 StGB voraussetzen, dass der Täter sein Vorhaben "aufgibt", greift die Argumentation der h.M. auch hier, sodass auch der Rücktritt vom Versuch der Beteiligung dann ausscheidet, wenn der Beteiligungsversuch fehlgeschlagen ist. Maßgeblich für das Vorliegen eines (den Rücktritt ausschließenden) fehlgeschlagenen Versuchs ist die Vor-

stellung des Täters. Ein Versuch, der nur objektiv fehlgeschlagen ist, bei dem der Täter aber glaubt, dass er die Tat noch unmittelbar vollenden könne, ist also kein Fehlschlag im Sinne der h.M., sodass hier auch noch ein Rücktritt möglich ist. Dies gilt auch für den Versuch der Anstiftung (vgl. BGH, NJW 2005, 2867 = RA 2005, 604). Die Voraussetzungen für einen Rücktritt vom objektiv fehlgeschlagenen Anstiftungsversuch hängen - dies betont der BGH in der vorliegenden Entscheidung - vom Einzelfall ab: Geht der Anstifter irrig davon aus, er habe den Tatentschluss beim Haupttäter bereits hervorgerufen (diesen also zur Tat "bestimmt"), so kommt nur ein Rücktritt gem. § 31 II StGB in Betracht (vgl. BGH, NJW 2005, 2867 = RA 2005, 604). Glaubt er aber - wie im vorliegenden Fall -, dass der Anzustiftende noch keinen Tatentschluss gefasst habe, so kann er auch noch unter den geringeren Anforderungen des § 31 I Nr. 1 StGB zurücktreten. Diese Abgrenzung spiegelt die i.R.v. § 24 StGB vorzunehmende Abgrenzung zwischen dem Rücktritt vom beendeten und unbeendeten Versuch wieder.

Des Weiteren bietet der vorliegende Fall Anlass, auf die Problematik des sog. mehraktigen Versuches einzugehen. Streitig ist nämlich, ob und ggf. unter welchen Voraussetzungen ein Rücktritt möglich ist, wenn der Täter bereits eine aus seiner Sicht zur Herbeiführung des Erfolges geeignete Handlung vorgenommen hat, diese den Erfolg aber nicht herbeiführt und der Täter von weiteren möglichen Ausführungshandlungen Abstand nimmt.

#### Vertiefungshinweise:

Zum fehlgeschlagenen Versuch: *BGH*, NStZ-RR 2005, 70; NStZ 2000, 422; 1999, 395; 1993, 40; *Haft*, NStZ 1994, 536; v. *Heintschel-Heinegg*, ZStW 109, 33; *Kudlich*, JuS 1999, 24; *Otto*, JURA 1992, 423; *Scheinfeld*, JuS 2000, 250

Zum Rücktritt vom mehraktigen Versuch: *BGHSt* 23, 359; 31, 170; *BGH*, NStZ-RR 2006, 6; StV 2003, 217; NStZ 2002, 427; 1981, 342; *Fahrenhorst*, JURA 1987, 294; *Jakobs*, JuS 1980, 714; *Kühl*, JuS 1981, 193; *Ranft*, JURA 1987, 527

Zu den Anforderungen an einen Rücktritt gem. § 31 StGB: *BGH*, NJW 2005, 2867 = RA 2005, 604; NStZ 2002, 311; 1996, 429; *Beulke/Satzger*, NStZ 1996, 432; *Puppe*, JR 1996, 511

#### Kursprogramm:

*Examenskurs*: "Eifersucht ist eine Leidenschaft..."

#### Leitsatz (der Redaktion):

**Für den strafbefreienden Rücktritt vom Versuch**

**der Anstiftung nach § 31 I Nr. 1 StGB genügt das bloße Aufgeben der Einwirkung auf den anderen, solange dieser noch keinen Tatentschluss gefasst hat und auch keine Gefahr entstanden ist, dass er die Tat begeht.**

#### Sachverhalt (vereinfacht und ergänzt):

A hatte sich an seinen Bekannten H gewandt und diesem gegenüber erklärt, er kenne einene Dritten, der im Besitze erheblicher Mengen an Falschgeld sei. A hatte H vorgeschlagen, dass dieser sich das Falschgeld aushändigen lasse und es dann selbstständig weiter vertreibe. H zeigte sich zwar an dem Falschgeldsgeschäft interessiert, ließ sich jedoch nicht weiter darauf ein. A, der merkte, dass er den H noch nicht von seinem Plan überzeugt hatte, lenkte das Gespräch schließlich in eine andere Richtung und bedrängte H nicht weiter. Tatsächlich hatte H zu keinem Zeitpunkt ernsthaft mit dem Gedanken gespielt, das von A angebotene Falschgeld anzunehmen, was A jedoch nicht erkannt hatte.

Strafbarkeit des A?

#### Lösung:

##### Strafbarkeit des A gem. §§ 30 I, 146 I Nr. 2 StGB

A könnte sich wegen versuchter Anstiftung zu Geldfälschung gem. §§ 30 I, 146 I Nr. 2 StGB strafbar gemacht haben, indem er dem H den Vorschlag machte, dass dieser sich das Falschgeld aushändigen lassen solle.

##### I. Vorprüfung

Eine Strafbarkeit des A wegen vollendeter Anstiftung zur Geldfälschung kommt nicht in Betracht, da H den Tatbestand des § 146 I StGB nicht verwirklicht und nicht einmal unmittelbar hierzu angesetzt hat, sodass keine (versuchte) Geldfälschung als teilnahmefähige Haupttat gegeben ist.

Da es sich bei der Geldfälschung gem. §§ 146 I, 12 I StGB um ein Verbrechen handelt, ist die versuchte Anstiftung hierzu strafbar, § 30 I StGB.

##### II. Tatentschluss

A müsste Tatentschluss dazu gehabt haben, den H zu einem Verbrechen, nämlich einer Geldfälschung gem. § 146 I Nr. 2 StGB, zu bestimmen.

##### 1. Bzgl. teilnahmefähiger Haupttat

A müsste zunächst Tatentschluss bzgl. der Begehung eines Verbrechens gem. § 146 I Nr. 2 StGB durch den H als teilnahmefähige Haupttat gehabt haben, d.h. A müsste sich vorgestellt haben, dass H den Tatbestand des § 146 I Nr. 2 StGB vorsätzlich und rechtswidrig

verwirklichen würde.

Der Tatbestand des § 146 I Nr. 2 StGB ist insb. dann verwirklicht, wenn der Täter sich falsches Geld in der Absicht verschafft, dieses als echt in den Verkehr zu bringen. Geld ist falsch i.S.v. § 146 I StGB, wenn seine Herstellung nicht durch einen staatlichen Herstellungsauftrag gedeckt ist (BGHSt 27, 255; Joecks, § 146 Rn 3; Wessels/Hettinger, BT 1, Rn 924). Ein Sich-Verschaffen i.S.v. § 146 I Nr. 2 StGB ist dann gegeben, wenn der Täter falsches Geld in seine eigene Verfügungsgewalt übernimmt (BGHSt 44, 62; Joecks, § 146 Rn 10; Lackner/Kühl, § 146 Rn 6).

A hatte sich vorgestellt, dass H das von einem Dritten ohne staatlichen Auftrag hergestellte, also falsche, Geld in seine Verfügungsgewalt übernimmt, also sich verschafft. A hatte weiter Tatentschluss dahingehend, dass H diesbezüglich vorsätzlich und in der Absicht handeln würde, dieses Falschgeld als echt in den Verkehr zu bringen. A stellte sich weiter vor, dass H rechtswidrig handeln würde, sodass A Tatentschluss bzgl. einer teilnahmefähigen Haupttat des H gem. § 146 I Nr. 2 StGB hatte.

### 2. Bzgl. Bestimmen

A müsste weiter Tatentschluss dahingehend gehabt haben, den H zu dieser Tat zu bestimmen.

Bestimmen i.S.v. § 30 I StGB ist - ebenso wie bei § 26 StGB - das Hervorrufen des Tatentschlusses (Schönke/Schröder-Cramer/Heine, § 30 Rn 18).

A wollte bei H den Tatentschluss zur Begehung einer Geldfälschung i.S.v. § 146 I Nr. 2 StGB hervorrufen, hatte also Tatentschluss bzgl. eines entsprechenden Bestimmens.

### III. Unmittelbares Ansetzen

A müsste auch bereits zur Bestimmungshandlung unmittelbar angesetzt haben, § 22 StGB.

Ein unmittelbares Ansetzen zur versuchten Anstiftung ist dann gegeben, wenn der Anstifter will, dass seine Äußerung dem Anzustiftenden zugeht und er die Aufforderung in einer Weise auf den Weg bringt, die nach seinem Tatplan geeignet ist, den Anzustiftenden bei ungestörtem Fortgang der Dinge ohne weitere Zwischenschritte zum Tatentschluss zu veranlassen (BGHSt 50, 142, 145; Tröndle/Fischer, § 30 Rn 9a).

Die Aufforderung des A an den H, eine Geldfälschung zu begehen, war diesem bereits zugegangen, da H die entsprechende Äußerung des A gehört hatte. Somit waren nach dem Tatplan des A auch keine weiteren Zwischenschritte mehr erforderlich, um bei H den Tatentschluss zur Begehung der Geldfälschung zu veranlassen.

A hat auch unmittelbar zum Bestimmen angesetzt.

### IV. Rechtswidrigkeit und Schuld

A handelte auch rechtswidrig und schuldhaft.

### V. Rücktritt, § 31 StGB

A könnte jedoch strafbefreiend gem. § 31 StGB von der versuchten Anstiftung zurückgetreten sein.

#### 1. Kein Fehlschlag

Ein Rücktritt wäre ausgeschlossen, wenn der Anstiftungsversuch des A fehlgeschlagen wäre.

So sieht es auch der BGH in der vorliegenden Entscheidung: "Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs wäre ein Rücktritt allerdings dann ausgeschlossen, wenn der Anstiftungsversuch fehlgeschlagen war (vgl. BGHR StGB § 31 Abs. 1 Nr. 1 Bestimmungsversuch, fehlgeschlagener m.w.N.)."

Ein Versuch ist fehlgeschlagen, wenn der Täter erkennt, dass er mit den ihm zur Verfügung stehenden Mitteln den Erfolg nicht mehr oder zumindest nicht ohne erhebliche zeitliche Zäsur herbeiführen kann (BGH, StV 1999, 596; NSTZ-RR 1997, 260; Schönke/Schröder-Eser, § 24 Rn. 7; Wessels/Beulke, AT, Rn. 628; Roxin, JuS 1981, 1). Ein Fehlschlag ist somit jedenfalls dann gegeben, wenn der Täter nur eine einzige Handlungsmöglichkeit hat und diese den Erfolg nicht herbeiführt. Im vorliegenden Fall ist jedoch zu berücksichtigen, dass A nach dem ersten Einwirken auf H die Möglichkeit gehabt hätte, diesen in demselben Gespräch erneut dazu aufzufordern, eine Geldfälschung zu begehen. Wenn der Täter nach einer Handlung noch weitere Handlungsmöglichkeiten hat, also denselben Erfolg durch mehrere unmittelbar aufeinander folgende Handlungen herbeiführen könnte, oder er bereits mehrere unmittelbar aufeinander folgende Handlungen vorgenommen hat, um den Erfolg herbeizuführen, stellt sich die Frage, wann bei einem solchen sog. "mehraktigen Versuch" ein Fehlschlag vorliegt und somit der Rücktritt ausgeschlossen ist.

#### a. Einzelaktstheorie

Nach der Einzelaktstheorie ist ein Versuch bereits dann fehlgeschlagen, wenn der Täter eine Handlung vorgenommen hat, die er als ausreichend für die Erfolgsherbeiführung erachtete, und erkennt, dass diese den Erfolg nicht herbeiführen wird (Jakobs, JuS 1980, 714; Kühl, JuS 1981, 193, 194).

Es ist davon auszugehen, dass A dachte, sein erster Vorschlag sei bereits ausreichend, um H dazu zu bestimmen, eine Geldfälschung zu begehen. Dann bemerkte er jedoch, dass er H dadurch noch nicht überzeugt hatte. Da A somit bereits eine aus seiner Sicht erfolgsgerechte Handlung erfolglos vorgenommen hatte, läge nach dieser Auffassung ein fehlgeschlagener Anstiftungsversuch vor, von dem A nicht mehr

zurücktreten könnte.

#### *b. Tatplantheorie*

Nach der früher von der Rechtsprechung vertretenen Tatplantheorie ist ein Versuch dann fehlgeschlagen, wenn der Täter alle vorher zur Herbeiführung des Erfolges geplanten Handlungen vorgenommen hat und erkennt, dass diese den Erfolg nicht herbeiführen werden (BGHSt 23, 359; BGH, NStZ 1981, 342).

Der Sachverhalt lässt nicht erkennen, ob A ursprünglich geglaubt hatte, dass ein einmaliger Vorschlag ausreichen würde, um H dazu zu bestimmen, die Geldfälschung vorzunehmen oder ob er sich vorgenommen hatte, ggf. länger auf H einzureden und diesen intensiv zu bedrängen. Nach dem Grundsatz "in dubio pro reo" ist somit zugunsten des A davon auszugehen, dass dieser ursprünglich geplant hatte, ggf. mehrmals den Vorschlag zu wiederholen, bis H seinem Plan zustimmte. Dann hätte A noch nicht sämtliche vorher geplanten Handlungen zur Herbeiführung des Anstiftungserfolges vorgenommen, sodass der Anstiftungsversuch nach dieser Auffassung noch nicht fehlgeschlagen wäre.

#### *c. Lehre vom Rücktrittshorizont / Gesamtbetrachtungslehre*

Die herrschende Lehre vom Rücktrittshorizont oder Gesamtbetrachtungslehre nimmt einen Fehlschlag bei einem mehraktigen Geschehen erst dann an, wenn der Täter nach der letzten Ausführungshandlung glaubt, dass er den Erfolg gar nicht mehr oder erst nach einer zeitlichen Zäsur herbeiführen könne; d.h. ein Versuch ist solange nicht fehlgeschlagen, solange der Täter es für möglich hält, den Erfolg durch unmittelbar folgende weitere Handlungen herbeizuführen (BGHSt 31 170; BGH, NStZ-RR 2006, 6; StV 2003, 217; Joecks, § 24 Rn 17; Streng, JZ 1990, 214).

Im vorliegenden Fall ist - zumindest nach dem Grundsatz "in dubio pro reo" - davon auszugehen, dass A glaubte, dass er den H, der sich ja bereits grundsätzlich an dem Falschgeldgeschäft interessiert gezeigt hatte, ggf. durch ein intensiveres Bedrängen zur Vornahme der Haupttat hätte überreden können. Ein fehlgeschlagener Versuch ist somit nicht gegeben.

So sieht es auch der BGH in der vorliegenden Entscheidung: "Ein [...] fehlgeschlagener Versuch liegt aber dann nicht vor, wenn der Täter nach anfänglichem Misslingen des vorgestellten Tatablaufs - hier der Anstiftung - sogleich zu der Annahme gelangt, er könne ohne zeitliche Zäsur mit den bereits eingesetzten oder anderen bereitstehenden Mitteln die Anstiftung noch vollenden (vgl. BGHSt 39, 221, 228; BGHR aaO). Da das Landgericht hierzu keine Feststellungen getroffen hat, ist nicht auszuschließen, dass der Ans-

tiftungsversuch nach den Vorstellungen des Angeklagten ('Rücktrittshorizont', vgl. BGHSt 39, 221, 227 m.N.) unbeeendet war und er ihn freiwillig aufgegeben hat."

#### *d. Stellungnahme*

Gegen die Einzelaktstheorie spricht, dass sie ein aus Sicht des Täters einheitliches Geschehen künstlich auseinanderreißt. Auch schneidet sie dem Täter sehr früh die Möglichkeit des strafbefreienden Rücktritts ab. Dann hat dieser aber auch keine Motivation mehr dafür, von weiteren Ausführungshandlungen Abstand zu nehmen oder den Erfolg zu verhindern, da dies keine strafbefreiende Wirkung mehr für ihn hätte. Auch nach Vornahme einer aus Tätersicht erfolgsgerechten Handlung sollte jedoch ein Aufgeben weiterer Ausführungshandlungen als strafbefreiender Rücktritt gewertet werden können. Die Einzelaktstheorie ist somit abzulehnen. Ein fehlgeschlagener Versuch liegt nicht vor.

#### *II. Rücktrittsvoraussetzungen*

A müsste die Voraussetzungen für einen strafbefreienden Rücktritt gem. § 31 StGB erfüllt haben.

Hierzu der BGH: "Entgegen der Auffassung des Generalbundesanwalts richten sich die Voraussetzungen des strafbefreienden Rücktritts nicht nach § 31 Abs. 2 StGB. Den Feststellungen lässt sich nicht entnehmen, dass der Angeklagte annahm, sein - objektiv fehlgeschlagener - Bestimmungsversuch sei gelungen, und es deshalb eines ernsthaften Bemühens des Angeklagten bedurft hätte, den Erfolg zu verhindern (vgl. BGHSt 50, 142). Da sich M und H zwar an dem Falschgeldgeschäft interessiert zeigten, sich auf das Angebot des Angeklagten aber 'nicht näher' einließen, kommt vielmehr ein Rücktritt vom Anstiftungsversuch gemäß § 31 Abs. 1 Nr. 1 StGB in Betracht.

Zwar kann im Allgemeinen bloßes Untätigwerden nicht zur Straflosigkeit des Täters nach § 31 StGB führen. Für den strafbefreienden Rücktritt nach § 31 Abs. 1 Nr. 1 StGB genügt aber das bloße Aufgeben der Einwirkung auf den Anderen, solange dieser - wie hier - noch keinen Tatentschluss gefasst hat und auch keine Gefahr entstanden ist, dass er die Tat begeht (vgl. BGH NStZ-RR 1997, 289)."

Die objektiven Voraussetzungen des § 31 I Nr. 1 StGB liegen somit vor.

A müsste auch freiwillig gehandelt haben

Nach herrschender Meinung ist ein Rücktritt dann freiwillig, wenn der Täter aus autonomen Motiven heraus handelt, also weder durch eine äußere Zwangslage noch durch einen unüberwindlichen seelischen Druck vom Weiterhandeln abgehalten wird (BGHSt 7, 296, 299; NStZ 2004, 324, 325; NStZ-RR 2003, 199;

Tröndle/Fischer, § 31 Rn 2, § 24 Rn 19; Wesels/Beulke, AT, Rn 651; Krey, AT II, Rn 496).

Im vorliegenden Fall ist nicht ersichtlich, dass A seinen Anstiftungsversuch aufgrund äußeren Zwanges oder unüberwindlicher psychischer Schranken aufgegeben hat, sodass von der Freiwilligkeit seines Verhaltens auszugehen ist.

A ist somit gem. § 31 I Nr. 1 StGB strafbefreiend vom Versuch der Anstiftung zurückgetreten.

#### VI. Ergebnis

A ist nicht strafbar gem. §§ 30 I, 146 I StGB.

### IMPRESSUM

<b>HERAUSGEBERIN:</b>	JURA INTENSIV VERLAGS-GMBH & CO. KG, Salzstraße 18, 48143 Münster Tel.: 0251/4824-60; Fax: 0251/4824-545 <a href="http://www.jura-intensiv.de">http://www.jura-intensiv.de</a> ra@jura-intensiv.de
<b>CHEFREDAKTION:</b>	Rechtsanwalt Frank Schildheuer ( <i>zugleich Öffentliches Recht</i> )
<b>REDAKTEURE:</b>	Rechtsanwältin Kathrin Lütke-meier ( <i>Zivilrecht</i> ); Rechtsanwalt Uwe Schumacher ( <i>Strafrecht</i> ) Die Redakteure sind postalisch erreichbar unter der Adresse der Herausgeberin.
<b>ABONNEMENT:</b>	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.
<b>BEZUGSPREISE:</b>	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.
<b>VERSAND:</b>	Ohne Zusicherung eines festen Veröffentlichungstermins monatlich per Post.
<b>NACHBESTELLUNG:</b>	Einzelne Hefte <i>früherer</i> Jahrgänge können zum Preis von 6 Euro/Heft nachbestellt werden, solange Vorrat reicht. Jahrgangsregister ab 1999: 5 Euro/Jahrgang. Einbanddecken (dunkelblau, jahresneutral): 9 Euro/Stück. Nachbestellung von Sonderbeilagen auf Anfrage. Alle Preise zzgl. 3,50 Euro Versandkosten. Bitte Verrechnungsscheck oder Einzugsermächtigung beifügen. Der Bezug von Einzelheften des <i>laufenden</i> Jahrgangs ist nur i.V.m. einem Abonnement möglich.

*Literaturauswertung**Öffentliches Recht*

<b>Autor/Titel:</b>	Kau, Marcel: "Keine Rosen für den Staatsanwalt"
<b>Fundstelle:</b>	Jura 2007, 869 (Heft 11)
<b>Inhalt:</b>	Klausur zur Entscheidung des BVerfG über den grundrechtlichen Schutz von Mobilfunkdaten (BVerfG, RA 2007, 121 = BayVBl 2007, 142). Inhaltlich geht es um die Abgrenzung des Fernmeldegeheimnisses (Art. 10 GG) vom allgemeinen Persönlichkeitsrecht (Art. 2 I i.V.m. 1 I GG) und der Unverletzlichkeit der Wohnung (Art. 13 GG).

<b>Autor/Titel:</b>	Bock, Wolfgang: "Der Islam in der aktuellen Entscheidungspraxis des öffentlichen Rechts"
<b>Fundstelle:</b>	NVwZ 2007, 1250 (Heft 11)
<b>Inhalt:</b>	Nicht nur in den Entscheidungen des BVerfG zum Kopftuchtragen einer Lehrerin (BVerfGE 108, 282) und des BVerwG zum Schächten eines Opfertieres (BVerwGE 112, 227) beschäftigt der Islam - genauer gesagt das Gebrauchmachen seiner Anhänger von der Glaubensfreiheit des Art. 4 I, II GG - die Gerichte. Der Autor diskutiert diese Entscheidungen (und ihre Vorgänger in den Instanzen) ausführlich. Darüber hinaus zeigt er auf, dass die verfassungsrechtlichen Probleme in das einfache Recht - namentlich vor allem das Polizei-, Vereins- und Ausländerrecht ausstrahlen.

*Zivilrecht*

<b>Autor/Titel:</b>	Andreae, Martin: "Die aktuelle Rechtsprechung zum Gebrauchtwagenkauf"
<b>Fundstelle:</b>	NJW 2007, 3357 (Heft 48)
<b>Inhalt:</b>	Der Gebrauchtwagenkauf hat in den beiden Staatsexamina an Aktualität auch in Ansehung der Schuldrechtsmodernisierung nichts verloren. In dem Beitrag stellt der Autor die Rechtsprechung übersichtlich zusammen. Für jeden Studenten und Referendar - gerade für die Wiederholung des kaufrechtlichen Gewährleistungsrechts ein lesenswerter Beitrag.

<b>Autor/Titel:</b>	Lorenz, Stephan: "Grundwissen - Zivilrecht: Haftung für den Erfüllungsgehilfen (§ 278 BGB)"
<b>Fundstelle:</b>	JuS 2007, 983 (Heft 11)
<b>Inhalt:</b>	Der Beitrag knüpft an die Beiträge über die Pflichtverletzung (JuS 2007, 213) und das Vertretenmüssen (JuS 2007, 611) und befasst sich mit der Zurechnung des Vertretenmüssens des Erfüllungsgehilfen. Ein gerade für die ersten Semester sehr lehrreicher Beitrag was die Abgrenzung des §278 BGB und § 831 BGB anbelangt.

<b>Autor/Titel:</b>	Berger, Klaus Peter; Kleine, Lucas: "AGB-Gestaltung und Transparenzgebot"
<b>Fundstelle:</b>	NJW 2007, 3526 (Heft 49)
<b>Inhalt:</b>	Dieser Beitrag richtet sich an die Referendare. Im zweiten Staatsexamen gewinnt im Zivilrecht der Bereich der Vertragsgestaltung immer mehr an Bedeutung. Gerade das Verfassen einzelner AGB - Klauseln ist bereits in einigen Bundesländern Klausurthema gewesen. Die Autoren legen die Anforderungen an das Transparenzgebot gem. § 307 I 2 BGB im unternehmerischen Rechtsverkehr dar.

### *Strafrecht*

<b>Autor/Titel:</b>	Ebel, Hermann: "Der Verzicht auf das Exklusivitätsdogma bei der Dreieckserpressung und beim Dreiecksbetrug"
<b>Fundstelle:</b>	JURA 2007, 897 (Heft 12)
<b>Inhalt:</b>	Im Zweipersonenverhältnis geht die ganz herrschende Auffassung davon aus, dass Betrug und Diebstahl bzw. räuberische Erpressung und Raub sich jeweils ausschließen. Diese Wertung wird meist auch auf das Verhältnis Dreiecksbetrug und Diebstahl in mittelbarer Täterschaft bzw. räuberische Dreieckserpressung und Raub in mittelbarer Täterschaft übertragen. Der Verfasser vertritt - mit interessanten, wenn auch letztlich nicht absolut zwingenden Argumenten - die Gegenauffassung und geht davon aus, dass im Dreiecksverhältnis Betrug und Diebstahl bzw. räuberische Erpressung und Raub nebeneinander bestehen können. Insb. wegen der hohen Examensrelevanz der besprochenen Konstellationen und der nachvollziehbaren Darstellung ist dieser Aufsatz, auch wenn eine Mindermeinung vertreten wird, sehr lesenswert.

<b>Autor/Titel:</b>	Stiebig, Volker: "Einführende Hinweise zur strafrechtlichen Klausurentchnik"
<b>Fundstelle:</b>	JURA 2007, 908 (Heft 12)
<b>Inhalt:</b>	Viele Examenskandidaten haben nicht nur Probleme damit, sich die große Menge an examensrelevanten Inhalten einzuprägen und diese auf den konkreten Fall anzuwenden, sondern sind auch mit der grundlegenden Herangehensweise an eine fünfstündige Klausur überfordert. Dies gilt gerade in strafrechtlichen Klausuren wegen der dort üblichen Zeitknappheit. Dieser Aufsatz liefert nicht nur Hinweise zum grundlegenden Umgang mit einem Klausursachverhalt und zum geforderten Gutachtenstil (die sich natürlich auch auf zivil- und öffentlich-rechtliche Klausuren übertragen lassen), sondern beschreibt anhand des gutachterlichen Aufbauschemas auch möglichen Fallstricke der einzelnen Prüfungspunkte.

<b>Autor/Titel:</b>	Kudlich, Hans / Noltensmeier, Silke: "Die Fremdheit der Sache als Tatbestandsmerkmal in strafrechtlichen Klausuren"
<b>Fundstelle:</b>	JA 2007, 863 (Heft 12)
<b>Inhalt:</b>	Nicht nur § 242 StGB, sondern zahlreiche Straftatbestände, z.B. §§ 246, 249, 303, 306, 315b, 315c StGB usw. setzen als Tatobjekt eine fremde Sache voraus. Der Aufsatz stellt anhand der grundlegenden Definition der Fremdheit die Vorgehensweise bei einer gutachterlichen Prüfung dar, wobei klassische Probleme und die Auswirkung der normativen Ausprägung dieses Merkmals auf den Vorsatz, die Rechtswidrigkeit und Schuld diskutiert werden. Wegen der hohen Examensrelevanz des besprochenen Tatbestandsmerkmals sehr lesenswert, wenn auch die Ausführungen zum Vorsatz stark verkürzt geraten.