

Öffentliches Recht

Standort: Europarecht

Problem: Unmittelbare Anwendung von Richtlinien

EUGH, URTEIL VOM 07.01.2004
C-201/02 - WELLS (DVBL 2004, 370)

Problemdarstellung:

Das Urteil des EuGH befasst sich mit der unmittelbaren Wirkung von EG-Richtlinien. Bekanntlich bedürfen selbige gem. Art. 249 EG im Gegensatz zu Verordnungen noch der Umsetzung in nationales Recht, bevor sie (genauer: bevor das dann geschaffene nationale Recht) innerstaatliche Bindungswirkung entfalten kann. Hiervon ist seit langem eine Ausnahme für die Fälle allgemein anerkannt, in denen ein Mitgliedsstaat die Umsetzungsfrist verstreichen lässt, ohne die entsprechenden Transformationsnormen zu erlassen, sofern die Richtlinie selbst bestimmt genug ist. Anerkannt ist ferner, dass sich in diesen Fällen die Bürger gegenüber dem Staat, nicht aber der Staat gegenüber den Bürgern auf die Richtlinie berufen kann (vertikales Verhältnis). Sehr streitig ist, ob eine solche Bindungswirkung auch im horizontalen Verhältnis, also von Bürger zu Bürger, eintreten kann. Zum einen würde dann ein Bürger mit Pflichten belastet, obwohl nicht ihm, sondern dem Mitgliedsstaat der Vorwurf der Nichtumsetzung zu machen ist. Vor allem aber litte die Rechtssicherheit. Die h.M. - insbesondere auch der EuGH - lehnt eine horizontale Geltung von Richtlinien daher grds. ab.

Auf der Kippe liegen nun die Fälle, in denen aus einer Richtlinie zwar Ansprüche gegen den Staat abgeleitet werden, diese aber Nachteile für einen anderen Bürger nach sich ziehen, wie es z.B. bei Verwaltungsakten mit Doppelwirkung typisch ist. Der EuGH präzisiert mit der vorliegenden Entscheidung seine Rechtsprechung zu diesen Fällen: Ist Verpflichteter aus der Richtlinie der Staat, kann sich der Bürger ihm gegenüber auf die Richtlinie berufen, auch wenn die geltend gemachte staatliche Pflicht negative Auswirkungen zu Lasten eines anderen Bürgers hervorruft.

So verpflichtete im konkreten Fall eine Richtlinie die Mitgliedsstaaten, vor der Genehmigung eines Steinbruchs dem Betreiber desselben eine Umweltverträglichkeitsprüfung (UVP) abzuverlangen. Die Richtlinie wurde in England nicht rechtzeitig umgesetzt,

weshalb die Genehmigung zum Betrieb des Steinbruchs erteilt wurde, ohne zuvor eine UVP angeordnet und durchgeführt zu haben. Der EuGH meint, eine gegen die Genehmigung klagende Anwohnerin könne sich unmittelbar auf die Richtlinie berufen, denn die Pflicht zur Anordnung der UVP treffe den Mitgliedsstaat; zwar wirke sich deren Nichtanordnung nachteilig für die privaten Betreiber des Steinbruchs aus, weil sie bis zu deren Durchführung den Betrieb einzustellen haben; dieser faktische Nachteil stehe der unmittelbaren Anwendung der Richtlinie jedoch nicht entgegen.

Prüfungsrelevanz:

Die unmittelbare Anwendung von EG-Richtlinien im nationalen Recht stellt mittlerweile einen Examensklassiker auch im Pflichtfach dar. Im Wahlfach gehört das Problem ohnehin zum elementaren Standardwissen. Die Voraussetzungen seien noch einmal rekapituliert:

1. Nichtumsetzung der RL durch den Mitgliedsstaat.
2. Ablauf der in der RL bestimmten Umsetzungsfrist.
3. Inhaltliche Bestimmtheit der RL. Diese muss bedingungsunabhängig gelten und so klar sein, dass ohne weitere Ausführungsregelung eindeutig ist, welche Rechtsfolgen nach ihr eintreten sollen.
4. Als Rechtsfolge können sich dann Bürger gegenüber dem Staat auf eine solche Richtlinie unmittelbar berufen, und zwar nach der vorliegenden Entscheidung selbst dann, wenn dies nachteilige Auswirkungen auf andere Private hat. Entscheidend ist nur, dass der Staat unmittelbarer Verpflichteter aus der Richtlinie ist.

Die EuGH-Entscheidung ist nachstehend - wie immer in der RA - mit den Original-Gliederungsziffern des Gerichts wiedergegeben.

Vertiefungshinweise:

- Unmittelbare Anwendung von EG-Richtlinien: *EuGH*, NVwZ 1996, 369; *BVerwGE* 100, 238; *BayVGH*, NVwZ-RR 2000, 661
- Keine unmittelbare Anwendung von EG-Richtlinien zu Lasten Privater: *EuGH*, NJW 1996, 1401

Kursprogramm:

Examenskurs: "Die Umsatzsteuer-RL"

Leitsatz (der Redaktion):

Negative Auswirkungen faktischer Art auf private Dritte rechtfertigen es nicht, dem Einzelnen das Recht auf Berufung auf die Bestimmungen einer EG-Richtlinie gegenüber dem betreffenden Mitgliedstaat zu versagen, wenn die übrigen Voraussetzungen für eine unmittelbare Anwendung vorliegen.

Sachverhalt:

Der High Court of Justice (England & Wales), Queen's Bench Division (Administrative Court), hat dem EuGH gemäß Art. 234 EG fünf Fragen nach der Auslegung der RL 85/337/EWG des Rates vom 27.6.1985 über die Umweltverträglichkeitsprüfung (UVP) bei bestimmten öffentlichen und privaten Projekten zur Vorabentscheidung vorgelegt.

Diese Fragen stellen sich in einem Rechtsstreit zwischen Frau Wells und dem Secretary of State for Transport, Local Government and the Regions (Secretary of State), in dem es um die Erteilung einer neuen Bergbaugenehmigung für den Steinbruch Conygar Quarry geht, ohne dass zuvor eine UVP durchgeführt worden war.

Frau Wells beantragte am 10.6.1999 beim Secretary of State, geeignete Maßnahmen zu ergreifen (d.h. die Betriebsgenehmigung zurückzunehmen oder zu ändern), um die im Genehmigungsverfahren unterlassene UVP nachzuholen. Nachdem ihr Antrag unbeantwortet blieb, schaltete sie den High Court of Justice mit einem Antrag auf gerichtliche Überprüfung ein. Auf die von diesem Gericht in der mündlichen Verhandlung erlassene Verpflichtung zur Bescheidung des Antrags von Frau Wells hin lehnte der Secretary of State diesen am 28.03.2001 ab. Frau Wells erweiterte ihren ursprünglich vor dem High Court gestellten Antrag daraufhin um die Anfechtung auch dieses Ablehnungsbescheides.

Aus den Gründen:

(54) Mit der vierten und der fünften Frage, die gemeinsam zu prüfen sind, möchte das vorliegende Gericht wissen, ob sich der Einzelne ggf. unter Umständen wie denen des Ausgangsverfahrens auf Art. 2 Abs. 1 i.V. mit den Art. 1 Abs. 2 und 4 Abs. 2 der RL 85/337 berufen kann oder ob der Grundsatz der Rechtssicherheit einer solchen Auslegung entgegensteht.

A. Ablehnende Auffassung

(55) Nach Ansicht der Regierung des Vereinigten Kö-

nigreichs würde es einen Fall des »inverse direct effect« (umgekehrter unmittelbarer Wirkung), in dem der betreffende Mitgliedstaat auf Antrag eines Einzelnen wie Frau Wells unmittelbar verpflichtet wäre, einem anderen Einzelnen wie den Eigentümern des Steinbruchs Conygar Quarry ihre Rechte zu entziehen, darstellen, wenn dem Einzelnen das Recht zuerkannt würde, sich auf Art. 2 Abs. 1 i. V. mit den Art. 1 Abs. 2 und 4 Abs. 2 der RL 85/337 zu berufen.

B. Ansicht des EuGH**I. Keine unmittelbare Wirkung zu Lasten Einzelner**

(56) Hierzu ist festzustellen, dass der Grundsatz der Rechtssicherheit der Begründung von Verpflichtungen für den Einzelnen durch Richtlinien entgegensteht. Gegenüber dem Einzelnen können die Bestimmungen einer RL nur Rechte begründen (EuGH, Slg. 1986, 723, Rdnr. 48 - Marshall). Daher kann dieser sich nicht gegenüber einem Mitgliedstaat auf eine RL berufen, wenn es sich um eine Verpflichtung des Staates handelt, die unmittelbar im Zusammenhang mit der Erfüllung einer anderen Verpflichtung steht, die aufgrund dieser RL einem Dritten obliegt (EuGH., Slg. 1990, I-495, Rdnr. 23 bis 26 - Bussen; Slg. 1997, I-6843, Rdnr. 24 und 26 - Daihatsu-Händler).

II. Faktische Auswirkungen unschädlich

(57) Dagegen rechtfertigen bloße negative Auswirkungen auf die Rechte Dritter, selbst wenn sie gewiss sind, es nicht, dem Einzelnen das Recht auf Berufung auf die Bestimmungen einer RL gegenüber dem betreffenden Mitgliedstaat zu versagen (vgl. EuGH., Slg. 1989, I-1839, Rdnr. 28 bis 33 - Fratelli Costanzo; Slg. 1996, I-2201, Rdnr. 40 bis 45 - CIA Security International; Slg. 2000, I-7535, Rdnr. 45 bis 52 - Unilever).

III. Subsumtion

(58) Was das Ausgangsverfahren betrifft, so steht die Verpflichtung des betreffenden Mitgliedstaats, eine UVP des Betriebes des Steinbruchs Conygar Quarry von den zuständigen Behörden vornehmen zu lassen, nicht in unmittelbarem Zusammenhang mit der Erfüllung einer Verpflichtung, die nach der RL 85/337 den Eigentümern dieses Steinbruchs obläge. Der Umstand, dass der Bergbaubetrieb bis zum Vorliegen der Ergebnisse dieser Prüfung eingestellt werden muss, ist zwar die Folge der verspäteten Pflichterfüllung durch diesen Staat. Diese Folge kann jedoch nicht, wie das Vereinigte Königreich geltend macht, als »inverse direct effect« der Bestimmungen dieser RL gegenüber diesen Eigentümern angesehen werden.

Standort: EuropaR Problem: Pflicht zur Rücknahme belastender Verwaltungsakte

EUGH, URTEIL VOM 13.01.2004
C-453/00 - KÜHNE & HEITZ (DVBL 2004, 373)

Problemdarstellung:

Seit langem ist anerkannt, dass begünstigende, aber europarechtswidrige Verwaltungsakte - z.B. Subventionen - nach § 48 VwVfG aufgehoben werden *müssen*, um dem Gemeinschaftsrecht Geltung zu verschaffen (sogen. Effektivitätsgrundsatz oder "effet utile", ableitbar aus Art. 10 EG). Vertrauensschutz (§ 48 I 2, II VwVfG) oder gar Fristen (§ 48 IV VwVfG) nach nationalem Recht können deshalb einer Rücknahme nicht entgegen stehen, sind also entweder im Lichte des Gemeinschaftsrechts auszulegen (indem z.B. vom Regelfall des § 48 II 2 VwVfG abgewichen wird) oder zu reduzieren (indem z.B. § 48 IV VwVfG im Lichte des Europarechts nicht angewendet wird, wenn eine nationale Subvention als europarechtswidrig zurückgenommen wird). Räumt die Rücknahmevorschrift - wie § 48 VwVfG der Behörde ein Ermessen ein, ist dieses wegen des Effektivitätsgrundsatzes stets auf null reduziert.

Im vorliegenden Fall ging nun aber nicht um die Rücknahme eines begünstigenden Verwaltungsakts und eine Klage dagegen, sondern eine Klage auf Rücknahme eines bestandskräftigen belastenden Verwaltungsakts. Es stellte sich die Frage, ob nicht bei Europarechtswidrigkeit des VA die zur Rücknahme ermächtigende Ermessensnorm (im Originalfall nach niederländischem Recht, in Deutschland jedoch übertragbar auf § 48 I VwVfG) dem Betroffenen einen gebundenen Anspruch auf Rücknahme gegen die Behörde vermittelt. Der EuGH hat entschieden, dass ein solcher Anspruch unter den im Tenor genannten Voraussetzungen besteht.

Prüfungsrelevanz:

Die Entscheidung wird schon sehr bald in Examensaufgaben auftauchen. Zu dem "Klassiker", in dem eine Behörde einen begünstigenden Verwaltungsakt zurücknimmt, weil dieser europarechtswidrig ist, werden sich Fälle gesellen, in denen sich die Behörde weigert, einen belastenden Verwaltungsakt zurückzunehmen, obwohl dieser europarechtswidrig ist. Examenskandidaten sollten sich daher unbedingt einprägen, dass nach der Rspr. des EuGH in einen wie anderen Fall eine Rücknahmepflicht besteht, d.h. der Betroffene gegen die Rücknahme des begünstigenden Verwaltungsakts nichts unternehmen kann, er andererseits

aber einen Anspruch auf Rücknahme des belastenden Verwaltungsakts hat. Anfechtungsklagen gegen die Rücknahme begünstigender Verwaltungsakte sind m.a.W. unbegründet, weil § 48 VwVfG nicht nur hierzu ermächtigt, sondern diese im Lichte des Europarechts geradezu zwingend vorschreibt, Verpflichtungsklagen auf Rücknahme belastender Verwaltungsakte, gestützt auf § 48 I 1 VwVfG, sind hingegen begründet.

Der EuGH macht Letzteres im Leitsatz seiner Entscheidung allerdings von den dort genannten Voraussetzungen abhängig (Bestandskraft nach Gerichtsentscheidung, Nichtvorlage an den EuGH entgegen Art. 234 EG usw.) und führt in den Urteilsgründen aus, eine allgemeine europarechtliche Pflicht zur Durchbrechung der Bestandskraft gebe es nicht. Ob die genannten Voraussetzungen dennoch nur auf die Besonderheiten des konkreten Einzelfalles zurückzuführen waren und die Pflicht der Behörde zur Rücknahme europarechtswidriger, belastender Verwaltungsakte verallgemeinerungsfähig ist, wie erste Urteilsanmerkungen meinen (siehe Vertiefungshinweise), bleibt daher abzuwarten. Allerdings ist in der Tat nicht einzusehen, warum bspw. etwas anderes gelten sollte, wenn die Bestandskraft nicht erst nach einer Gerichtsentscheidung, sondern einfach deshalb eintritt, weil innerhalb der Frist des § 70 I VwGO kein Widerspruch eingelegt wurde.

Vertiefungshinweise:

- Anmerkung zum Urteil: *Frenz*, DVBI 2004, 375
- Keine Verfristung nach § 48 IV VwVfG bei Rücknahme nationaler, europarechtswidriger Subventionen: *EuGH*, *EuZW* 1997, 276; *BVerfG*, RA 2000, 181 = ZIP 2000, 633
- Kein Vertrauensschutz nach § 48 II VwVfG bei Rücknahme europarechtswidriger VAe: *BVerwG*, *NJW* 1993, 2764; *OVG NRW*, *NVwZ* 1993, 79; *Ehlers*, DVBI 1991, 612
- Zum "effet utile": *EuGH*, *NVwZ* 1990, 1161

Kursprogramm:

- Examenskurs*: "Machtwort aus Brüssel"

Leitsätze:

Der in Art. 10 EG verankerte Grundsatz der Zusammenarbeit verpflichtet eine Verwaltungsbehörde auf entsprechenden Antrag hin, eine bestandskräftige Verwaltungsentscheidung zu überprüfen, um der mittlerweile vom EuGH vorge-

nommenen Auslegung der einschlägigen Bestimmung Rechnung zu tragen, wenn

- die Behörde nach nationalem Recht befugt ist, diese Entscheidung zurückzunehmen,
- die Entscheidung infolge eines Urteils eines in letzter Instanz entscheidenden nationalen Gerichts bestandskräftig geworden ist,
- das Urteil, wie eine nach seinem Erlass ergangene Entscheidung des EuGH zeigt, auf einer unrichtigen Auslegung des Gemeinschaftsrechts beruht, die erfolgt ist, ohne dass der EuGH um Vorabentscheidung ersucht wurde, obwohl der Tatbestand des Art. 234 Abs. 3 EG erfüllt war, und
- der Betroffene sich, unmittelbar nachdem er Kenntnis von der besagten Entscheidung des EuGH erlangt hat, an die Verwaltungsbehörde gewandt hat.

Sachverhalt:

Von Dezember 1986 bis Dezember 1987 führte die Kl. Geflügelteile in Drittländer aus. Bei den niederländischen Zollbehörden meldete sie diese Ware als "Schenkel und Teile von anderem Geflügel" an. Auf der Grundlage dieser Anmeldungen gewährte die Productschap die dieser Tarifposition (02.02 B II e 3) entsprechenden Ausfuhrerstattungen und zahlte die entsprechenden Beträge. Nach Überprüfung reichte die Productschap die Ware jedoch in Tarifposition "Anderere" (02.02 B II ex g) ein. Auf der Grundlage dieser Neutarifizierung verlangte sie die Rückzahlung eines Betrages von 970.950,98 Gulden.

Nach erfolglosem Widerspruch erhob die Kl. Klage, die mit Urteil vom 21.11.1991 mit der Begründung abgewiesen wurde, dass es sich bei der in Rede stehenden Ware nicht um "Schenkel" i.S. der Tarifposition 02.02 B II e 3 handele. In diesem Verfahren beantragte die Kl. nicht die Vorlage einer Vorabentscheidung an den EuGH. Mit Urteil vom 5.10.1994 in der Rs. C-151/93 (Slg. 1994, I-4915) legte der EuGH die Tarifposition 02.02 B II e 3 in einem Sinne aus, dass die von der Kl. ausgeführten Geflügelteile erfasst werden. Die Kl. stellte nach diesem Urteil bei der Productschap u.a. einen Antrag auf Zahlung der ihres Erachtens zu Unrecht zurückverlangten Erstattungen. Die Productschap lehnte diese Anträge ab und wies den Widerspruch mit Bescheid vom 21.7.1997 zurück. Die Kl. hat daraufhin Klage vor dem "College van Beroep voor het bedrijfsleven" erhoben.

In seinem Vorlagebeschluss führt das Gericht aus, dass eine Verwaltungsbehörde nach niederländischem Recht grundsätzlich stets eine bestandskräftige Entscheidung zurücknehmen könne. Das Bestehen einer

derartigen Befugnis könne u.U. die Pflicht implizieren, eine solche Entscheidung zurückzunehmen. Das habe die Productschap nicht berücksichtigt, als sie ausgeführt habe, dass der Kl. nur eine Klage auf Abänderung des Urteils vom 22.11.1991 offen stehe. Der EuGH hat die Vorlagefrage wie aus dem Leitsatz ersichtlich beantwortet.

Aus den Gründen:

A. Effizienzgebot, Art. 10 EG

(20) Wie der EuGH bereits entschieden hat, ist es Aufgabe aller Stellen der Mitgliedstaaten, im Rahmen ihrer jeweiligen Zuständigkeiten die Einhaltung des Gemeinschaftsrechts zu gewährleisten (EuGH, Slg. 1990, I-2321, Rdnr. 13 - Deutschland/Kommission).

(21) Durch die Auslegung einer Bestimmung des Gemeinschaftsrechts, die der EuGH in Ausübung seiner Befugnisse aus Art. 234 EG vornimmt, wird erforderlichenfalls erläutert und verdeutlicht, in welchem Sinne und mit welcher Bedeutung diese Bestimmung ab ihrem In-Kraft-Treten zu verstehen und anzuwenden ist oder gewesen wäre (EuGH, DVBl 1981, 135, Rdnr. 16 - Denkvit italiana; Slg. 2000, I-743, Rdnr. 43 - Deutsche Telekom.).

(22) Daher ist eine so ausgelegte Bestimmung des Gemeinschaftsrechts von einer Verwaltungsbehörde im Rahmen ihrer Zuständigkeit auch auf Rechtsbeziehungen anzuwenden, die vor dem Erlass der Vorabentscheidung des EuGH entstanden sind.

B. Entgegenstehende Bestandskraft

(23) Im Ausgangsverfahren stellt sich die Frage, ob die Erfüllung dieser Verpflichtung auch geboten ist, wenn die Verwaltungsentscheidung bestandskräftig geworden ist, bevor beantragt wurde, sie zu revidieren, um einer Vorabentscheidung des EuGH Rechnung zu tragen.

I. Grundsätzlich keine Rücknahmepflicht

(24) Die Rechtssicherheit gehört zu den im Gemeinschaftsrecht anerkannten allgemeinen Rechtsgrundsätzen. Die Bestandskraft einer Verwaltungsentscheidung, die nach Ablauf angemessener Klagefristen oder Erschöpfung des Rechtswegs eingetreten ist, trägt zur Rechtssicherheit bei. Daher verlangt das Gemeinschaftsrecht nicht, dass eine Verwaltungsbehörde grundsätzlich verpflichtet ist, eine bestandskräftige Verwaltungsentscheidung zurückzunehmen.

II. Aber Rücknahmemöglichkeit

(25) Das vorliegende Gericht hat jedoch dargelegt, dass eine Verwaltungsbehörde nach niederländischem

Recht - sofern keine Rechte Dritter verletzt werden - stets die Befugnis hat, eine bestandskräftige Verwaltungsentscheidung zurückzunehmen, und dass das Bestehen einer derartigen Befugnis u.U. die Verpflichtung implizieren kann, eine solche Entscheidung zurückzunehmen, selbst wenn die zuständige Behörde nach niederländischem Recht nicht verpflichtet ist, bestandskräftige Verwaltungsentscheidungen durchgängig zurückzunehmen, um einer später ergangenen gerichtlichen Entscheidung nachzukommen. Mit seiner Frage möchte das vorliegende Gericht wissen, ob sich unter Umständen wie denjenigen des Ausgangsverfahrens aus dem Gemeinschaftsrecht eine Pflicht zur Rücknahme einer bestandskräftigen Verwaltungsentscheidung ergibt.

III. Voraussetzungen für Ermessensreduzierung

(26) Nach den Akten liegen folgende Umstände vor. Erstens hat die Verwaltungsbehörde nach nationalem Recht die Befugnis, die im Ausgangsverfahren in Rede stehende bestandskräftige Entscheidung zurückzunehmen. Zweitens erlangte die Verwaltungsentscheidung

ihre Bestandskraft erst infolge eines Urteils eines nationalen Gerichts, dessen Entscheidungen nicht mit Rechtsmitteln anfechtbar sind. Drittens beruhte dieses Urteil auf einer Auslegung des Gemeinschaftsrechts, die, wie ein später ergangenes Urteil des EuGH zeigt, unrichtig war und die erfolgt ist, ohne dass der EuGH angerufen wurde, obwohl der Tatbestand des Art. 234 Abs. 3 EG erfüllt war. Viertens wandte sich die Kl., unmittelbar nachdem sie Kenntnis von diesem Urteil des EuGH erlangt hatte, an die Verwaltungsbehörde.

(27) Unter solchen Umständen ist die Verwaltungsbehörde nach dem in Art. 10 EG verankerten Grundsatz der Zusammenarbeit verpflichtet, ihre Entscheidung zu überprüfen, um der mittlerweile vom EuGH vorgenommenen Auslegung der einschlägigen Bestimmung des Gemeinschaftsrechts Rechnung zu tragen. Diese Behörde muss anhand der Ergebnisse dieser Überprüfung entscheiden, inwieweit sie verpflichtet ist, die in Rede stehende Entscheidung, ohne die Belange Dritter zu verletzen, zurückzunehmen.

(28) Nach allem ist auf die vorgelegte Frage i. S. des Leitsatzes zu antworten.

Standort: Bürgerbegehren

Problem: Staatliche Äußerungen

OVG NRW, BESCHLUSS VOM 16.12.2003
15 B 2455/03 (NWVBL 2004, 151 = DVBL 2004, 452)

Problemdarstellung:

Das OVG NRW hatte sich mit der Frage zu befassen, ob und in welchem Rahmen Gemeindeorgane (hier: Bezirksvorstand) negative Kommentare zu einem Bürgerbegehren abgeben dürfen. Es betrift damit das vieldiskutierte Feld hoheitlicher Äußerungen. Das Gericht macht sich nicht die Mühe, der besonders streitigen Frage nachzugehen, ob und wann eine explizite Ermächtigungsgrundlage für staatliche Äußerungen vorliegen muss, sondern stürzt sich gleich auf die von der Rspr. als erforderlich, aber auch ausreichend erachteten Kriterien der Zuständigkeit und Verhältnismäßigkeit.

Besondere Beachtung verdienen die Ausführungen zur staatlichen Neutralität. In einer Demokratie geht alle Staatsgewalt vom Volke aus (Art. 20 II 1 GG), die Willensbildung erfolgt also "von unten nach oben". Könnten staatliche Organe Einfluss auf die Willensbildung im Volk nehmen, diese also "von oben nach unten" beeinflussen, verstieße dies gegen das Demokratieprinzip. Das OVG arbeitet aber heraus, dass Gemeindeorgane immer auch eine politische Stellung haben und ihre politischen Auffassungen daher artikulie-

ren können und müssen. Eine strikte Neutralität - so die nicht unumstrittene These - soll des daher nur bei Wahlen geben. Sonstige Tätigkeiten im Verwaltungsalltag, zu denen das OVG auch Bürgerentscheidungen zählt, kennen eine Neutralitätspflicht der Gemeindeorgane hingegen nicht.

Prüfungsrelevanz:

Die Entscheidung gibt Anlass, zunächst den Problembereich "Bürgerbegehren und Bürgerentscheid" zu wiederholen. Gleiches gilt für den öffentlich-rechtlichen Unterlassungsanspruch, wobei bei staatlichen Äußerungen besonderes Augenmerk auf die Frage zu legen ist, ob wirklich ein "hoheitliches" Handeln vorliegt. Voraussetzung dafür ist, dass die Äußerung im Zusammenhang mit dem öffentlichen Amt getätigt wurde, vom Amtsträger also in seiner Eigenschaft als solchem und nicht als Privatperson oder Parteimitglied getätigt wurde.

Über die Zulässigkeit staatlicher Äußerungen ist in der jüngeren Vergangenheit viel geschrieben worden. Die RA hat über die Aufsehen erregenden Entscheidungen des BVerfG zu diesem Thema ("Glykol" und "Osho") ausführlich berichtet. Als roter Faden kann festgehalten werden:

1. Stellen die Äußerungen einen finalen Grundrechts-

eingriff dar, sind sie "wesentlich" i.S.d. Wesentlichkeitstheorie des BVerfG und bedürfen daher nach dem Vorbehalt des Gesetzes aus Art. 20 III GG einer Ermächtigungsgrundlage. Da es an einer solchen in aller Regel fehlt, sind derartige Äußerungen oft rechtswidrig (vgl. aber z.B. § 8 ProdSichG).

2. Fehlt es an der Finalität, ist zwischen Tatsachen und Werturteilen zu unterscheiden.

2a. Wahre Tatsachenäußerungen greifen nicht in Grundrechte ein. Sie sind daher zulässig, soweit das handelnde Organ zuständig ist, keine Verbotsnorm existiert und sie verhältnismäßig sind. Unwahre Tatsachenbehauptungen sind hingegen durch nichts zu rechtfertigen und daher immer rechtswidrig.

2b. Bei Werturteilen legt die Rspr. - so auch das OVG geradezu schulmäßig in diesem Urteil - die gleichen Kriterien an wie bei wahren Tatsachen. Die Lit. differenziert hingegen nach gruppenbezogenen Äußerungen, die dem Gesetzesvorbehalt unterliegen sollen, und sachbezogenen (gruppenneutralen) Äußerungen, die wie wahre Tatsachen behandelt werden, also - sofern nicht explizit verboten - ohne Ermächtigungsgrundlage allein durch Zuständigkeit und Verhältnismäßigkeit legitimiert sind (zu den Einzelheiten vgl. Vertiefungshinweise).

Vertiefungshinweise:

Aktueller Stand zu staatlichen Äußerungen: *Murswiek*, NVwZ 2003, 1; ferner *Lege*, DVBl 1999, 569; *Muckel*, JA 1995, 343

Rechtsprechung zu staatlichen Warnungen: *BVerfG*, RA 2002, 494 = NJW 2002, 2621 (Glykol); RA 2002, 449 = NJW 2002, 2626 (Osho); *OVG NRW* NVwZ 1997, 302 (Scientology); *BayVGH*, NVwZ 1995, 793 (universelles Leben)

Abgrenzung von hoheitlicher und privater Äußerung eines Amtsträgers: *BVerwG*, NJW 1989, 412 [413]; *BVerwGE* 59, 319 [325]

Für eine Neutralitätspflicht der Gemeindeorgane bei Bürgerentscheiden: *BayVGH*, NVwZ-RR 2000, 454; *Morlok/Voss*, BayVBl 1995, 513 [516]

Gegen eine Neutralitätspflicht der Gemeindeorgane bei Bürgerentscheiden: *BayVerfGH*, NVwZ-RR 1994, 529 [530]; *Oebbecke*, BayVBl 1998, 641 [644]

Kursprogramm:

Examenskurs: "Die Wechselstrominitiative"

Examenskurs: "Alcopops"

nem kassatorischen Bürgerbegehren wertend zu äußern, erfährt Einschränkungen durch Kompetenznormen, den Grundsatz der Freiheit der Teilnahme an Bürgerbegehren und das Sachlichkeitsgebot.

Sachverhalt:

Die Antragsteller sind Vertreter eines Bürgerbegehrens, das sich dafür einsetzt, den M.-Platz anders als in einem Beschluss einer Bezirksvertretung der antragsgegnerischen Stadt vorgesehen auszubauen. Während Unterschriften für das Bürgerbegehren gesammelt wurden, wandte sich die Bezirksvorsteherin des betroffenen Stadtbezirks öffentlich gegen das Bürgerbegehren. Im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes erstrebten die Antragsteller, der Stadt die Wiederholung verschiedener von der Bezirksvorsteherin gemachter Äußerungen zu untersagen, nämlich „Die Bezirksvorsteherin ruft die Bürger auf, das Bürgerbegehren nicht zu unterstützen.“ (Äußerung Nr. 1), „Wer hier unterschreibt, zementiert einen unhaltbaren Zustand. Das ist keine Initiative für, sondern gegen den Stadtbezirk.“ (Äußerung Nr.2), „Abgesehen von der optischen Scheußlichkeit ist die Zahl an Stellplätzen nur unter Inkaufnahme einer großen Verkehrsgefährdung machbar.“ (Äußerung Nr. 3), „Wenn das Bürgerbegehren kommt, herrscht Stillstand im Stadtbezirk. Dann ist der Platz im Eimer.“ (Äußerung Nr. 4) und „Ich werde dann die Namen derer nennen, die für den Stillstand verantwortlich sind.“ (Äußerung Nr. 5). Der Antrag blieb in beiden Instanzen erfolglos.

Aus den Gründen:

Die Antragsteller haben keinen Anordnungsanspruch glaubhaft gemacht (§ 123 Abs. 3 VwGO i.V.m. § 920 Abs. 2 ZPO).

A. Anspruchsgrundlage

Der in einem Hauptsacheverfahren zu verfolgende Anordnungsanspruch, um dessen Sicherung es im vorliegenden Verfahren geht, ist ein öffentlich-rechtlicher Unterlassungsanspruch, der auf Unterlassen der im Antrag genannten Äußerungen gerichtet ist.

B. Tatbestand

Der Anspruch setzt voraus, dass durch eine drohende Wiederholung der beanstandeten, der Antragsgegnerin zuzurechnenden Äußerungen der Bezirksvorsteherin als hoheitliche Eingriffe in ein subjektives Recht der Antragsteller ein rechtswidriger Zustand geschaffen würde. Diese Voraussetzungen liegen nicht vor, weil die beanstandeten Äußerungen rechtmäßig sind und daher kein rechtswidriger Zustand einzutreten droht.

Leitsatz:

Die Befugnis von Gemeindeorganen, sich zu ei-

I. Hoheitliches Handeln

Die beanstandeten Äußerungen stellen jeweils eine hoheitliche Handlung dar. Die Bezirksvorsteherin der Bezirksvertretung hat sich in ihrer Funktion als städtisches Organ (vgl. § 36 Abs. 2 Satz 2 GO NRW) und somit hoheitlich geäußert.

1. Äußerungen in der Presse

Das gilt einerseits für die Äußerungen, die in den von den Antragstellern eingereichten Presseartikeln über eine Pressemitteilung bzw. ein Interview der Bezirksvorsteherin enthalten sind. Dort äußerte sie sich nicht etwa als Parteimitglied, sondern als Bezirksvorsteherin.

2. Äußerungen in einem Flugblatt

Soweit sich die Antragsteller auch auf ein Flugblatt stützen (offener Brief an die Bürgerinnen und Bürger), sind die dort enthaltenen Äußerungen von der Bezirksvorsteherin allerdings erkennbar nicht in ihrer amtlichen Eigenschaft getätigt worden. Sie ist als eine der Unterzeichner lediglich mit ihrem Namen ohne Amtsbezeichnung aufgeführt, und im Kopf des Flugblatts wird für ein Informationsgespräch mit Vertretern der Parteien zum Thema der Umgestaltung des M.-Platzes geworben. Jedoch kommt es darauf für den geltend gemachten Anspruch nicht an, da die insoweit beanstandete Äußerung (nämlich das Bürgerbegehren nicht zu unterstützen) auch in den genannten Zeitungsartikeln sowie in einer Presseerklärung der Stadt enthalten ist.

II. Eingriff in subjektiv-öffentliches Recht der ASt.

Diese hoheitlichen Äußerungen sind auch grundsätzlich geeignet, in ein Recht der Antragsteller einzugreifen, nämlich das Recht der Antragsteller auf gesetzliche Durchführung eines Bürgerbegehrens (§ 26 Abs. 1 und 9 Satz 1 GO NRW).

1. Subjektives Recht

Die Gemeindeordnung gewährt in diesen Vorschriften den Bürgern eines Stadtbezirks das Recht, zu beantragen, anstelle der Bezirksvertretung über eine Angelegenheit, für welche die Bezirksvertretung zuständig ist, zu entscheiden.

2. Eingriff

In dieses Recht kann sowohl unmittelbar durch Anordnung und Zwang gegenüber den Teilnehmern an einem Bürgerbegehren eingegriffen werden, als auch, was hier allein in Betracht kommt, mittelbar durch nicht imperative Einwirkungen auf die Bürger, ihr Recht, das Bürgerbegehren zu unterzeichnen und da-

mit einen Bürgerentscheid zu beantragen, in bestimmter Weise auszuüben.

3. Rechte der ASt.

Inhaber des geltend gemachten Unterlassungsanspruchs zur Wahrung des Rechts auf gesetzliche Durchführung eines Bürgerbegehrens wären, wenn er bestünde, wie bei allen Rechten hinsichtlich eines Bürgerbegehrens die Antragsteller als Vertreter des Bürgerbegehrens (vgl. OVG NRW, NWVBl 2002, 110 [111], und DVBl 1998, 785).

III. Rechtswidrigkeit

Jedoch besteht der Unterlassungsanspruch nicht, weil die inkriminierten Äußerungen keinen rechtswidrigen Eingriff in das Recht auf gesetzliche Durchführung eines Bürgerbegehrens darstellen. Die Bezirksvorsteherin war zu den beanstandeten Äußerungen berechtigt.

1. Keine Neutralitätspflicht der Gemeindeorgane

Die Bezirksvorsteherin unterliegt bei ihren Äußerungen entgegen der Auffassung der Antragsteller keinem Neutralitätsgebot wie bei Wahlen.

a. Neutralitätspflicht bei Wahlen

Allerdings gebieten bei der Wahl als Grundakt demokratischer Legitimation die Wahlrechtsgrundsätze der Wahlfreiheit und Wahlgleichheit in der besonderen Form der Chancengleichheit, dass staatliche Stellen nicht in mehr als nur unerheblichem Maße parteiergreifend auf die Bildung des Wählerwillens einwirken, sie insofern also einem Neutralitätsgebot unterliegen (vgl. BVerfG, NJW 2001, 1048 [1050]; BVerfGE 44, 125 [138]; BVerwG, DVBl 2003, 943 [946]; NVwZ 2001, 928 [929]; OVG NRW, NWVBl 1997, 395).

b. Keine Neutralität hingegen bei Bürgerbegehren

Hier geht es jedoch nicht um diesen Grundakt demokratischer Legitimation, sondern um die Entscheidung einer konkreten Sachfrage im Wege direkter Demokratie, und zwar in der besonderen Form eines kassatorischen Bürgerbegehrens, das begrifflich voraussetzt, dass die — vollständige oder teilweise — Beseitigung eines Rats- bzw. Bezirksvertretungsbeschlusses durch Aufhebung oder Änderung erstrebt wird (vgl. OVG NRW, NWVBl 2003, 312 [313]). Daraus ergibt sich, dass die Organe der Gemeinde — wie auch sonst bei der gemeindlichen Willensbildung im Verfahren des Rats- bzw. Bezirksvertretungsbeschlusses — nicht zur Neutralität verpflichtet sind, sondern sogar im Gegenteil gehalten sein können, öffentlich zu dem Sachbegehren wertend Stellung zu nehmen.

aa. Gemeindeorgane als politische Organe

Im repräsentativ-demokratischen Verfahren der gemeindlichen Willensbildung sind Organe oder Organteile der Antragsgegnerin in vielfältiger Form beteiligt, u.a. dadurch, dass der Bürgermeister die Beschlüsse des Rates und der Bezirksvertretung vorbereitet, insbesondere auch durch Beschlussempfehlungen (§ 62 Abs. 2 Satz 1 GO NRW). Die Mitglieder des Rates und der Bezirksvertretungen, aber auch der Bürgermeister (vgl. § 36 Abs. 7 Satz 1, 2. Halbsatz, 69 Abs. 1 Satz 2 GO NRW) können sich durch Debattenbeiträge an der Beratung beteiligen. Bei einem kassatorischen Bürgerbegehren — wie hier — hat sogar schon eine Willensbildung der Gemeinde im repräsentativ-demokratischen Wege stattgefunden. Hier repräsentiert die Bezirksvorsteherin als Vorsitzende der Bezirksvertretung (§ 36 Abs. 2 Satz 2 GO NRW) die Bezirksvertretung, die den angegriffenen Beschluss gefasst hat. Sie hat alles Erforderliche zu veranlassen, um die Durchführung des Beschlusses der Bezirksvertretung durch den Bürgermeister (§ 62 Abs. 2 GO NRW) zu ermöglichen. Darüber hinaus sieht auch das Recht des Bürgerbegehrens selbst vor, dass Gemeindeorgane inhaltlich zu dem Bürgerbegehren Stellung nehmen können: Gemäß § 26 Abs. 6 Satz 3 GO NRW ist ein Bürgerentscheid nur durchzuführen, wenn der Rat dem zulässigen Bürgerbegehren nicht entspricht. Spätestens in diesem Stadium sieht also das Gesetz die regelmäßige inhaltliche Befassung von Gemeindeorganen mit dem sachlichen Ziel des Bürgerbegehrens in öffentlicher Sitzung (§ 48 Abs. 2 Satz 1 GO NRW) vor und damit auch einen Beschlussvorschlag des Bürgermeisters in Vorbereitung des Beschlusses.

Wird statt des gewöhnlichen Verfahrens der gemeindlichen Willensbildung der Weg des Bürgerentscheids gewählt, der einen Rats- oder Bezirksvertretungsbeschluss ersetzen soll, so folgt daraus nicht die Verpflichtung der Gemeindeorgane, sich nunmehr aus der gemeindlichen Willensbildung herauszuhalten und Neutralität zu üben. Dementsprechend haben die an einem Bürgerbegehren und Bürgerentscheid teilnehmenden Bürger ebenso wenig einen Anspruch auf Neutralität der Gemeindeorgane wie es die Rats- bzw. Bezirksvertretungsmitglieder im repräsentativ-demokratischen Verfahren haben (ebenso ein Neutralitätsverbot [sic! Gemeint ist: Neutralitätsgebot, Anm.d.Red.] verneinend für Volksbegehren und Volksentscheid: BayVerfGH, NVwZ-RR 1994, 529 [530]; Oebbecke, Die rechtlichen Grenzen amtlicher Einflussnahme auf Bürgerbegehren und Bürgerentscheid, BayVBl 1998, 641 [644]; kritisch Morlok/Voss, Grenzen der staatlichen Informationstätigkeit bei Volksentscheiden, BayVBl 1995, 513 [516]; a.A. wohl BayVGH,

NVwZ-RR 2000, 454; Hofmann, Bürgerbegehren und Bürgerentscheid in der kommunalen Praxis, VR 1997, 156 [162]).

*bb. Schranken**(1). Grundrechte*

Schranken für die hier in Rede stehenden Äußerungen ergeben sich auch nicht aus den Grundsätzen über mittelbare Grundrechtseingriffe durch nicht imperatives staatliches Handeln (vgl. zu diesen im Einzelnen umstrittenen Schranken: BVerfG, NJW 2002, 2621 [2622]; BVerfG, RA 2002, 494 = NJW 1992, 2496 [2498]; Murswiek, Staatliche Warnungen, Wertungen, Kritik als Grundrechtseingriffe, DVBl 1997, 1021; Brohm, Rechtsstaatliche Vorgaben für informelles Verwaltungshandeln, DVBl 1994, 133 [134]; DiFabio, Grundrechte im präzeptoralen Staat am Beispiel hoheitlicher Informationstätigkeit, JZ 1993, 689 ff., Heintzen, Staatliche Warnungen als Grundrechtsproblem, VerwArch. 1990 [Bd. 81], 532 ff.). Denn hier geht es nicht um den Schutz eines grundrechtlichen Freiheitsraums vor staatlichen Eingriffen, sondern um den Schutz der einfach gesetzlichen Gewährleistung der unmittelbaren Beteiligung der Bürger an der gemeindlichen Willensbildung (vgl. BVerfGE 96, 231 [239] zur fehlenden grundrechtlichen Betroffenheit der Gesamtheit der Unterzeichner eines Volksbegehrens bei einem Verstoß gegen ein vermeintliches Recht auf Chancengleichheit bei der Durchführung eines Volksentscheids).

(2). Sonstige

Die Grenzen des Äußerungsrechts der Antragsgegnerin durch die Bezirksvorsteherin zu dem Bürgerbegehren der Antragsteller ergeben sich vielmehr aus den Kompetenznormen für die sich äußernden Gemeindeorgane, den fachgesetzlichen Normen des betroffenen Rechtskreises, hier des Rechtes des Bürgerbegehrens, und den allgemein das hoheitliche Handeln bestimmenden Rechtsnormen, insbesondere dem Rechtsstaatsprinzip, hier in Form des Sachlichkeitsgebots: Das Bürgerbegehren gewährleistet eine Mitwirkung der Bürger an der gemeindlichen Willensbildung neben der ansonsten vorgesehenen gemeindlichen Willensbildung durch Rats- bzw. Bezirksvertretungsbeschluss. Wenn Gemeindeorgane sich zu einem Bürgerbegehren in amtlicher Eigenschaft äußern, ist erstens — wie für jedes amtliche Handeln — erforderlich, dass sich das jeweilige Gemeindeorgan im Rahmen seiner kommunalverfassungsrechtlichen Kompetenzen bewegt, zweitens dass die dem Bürgerbegehren als Ausdruck unmittelbarer Demokratie zukommende Teilnahmefrei-

heit gewahrt bleibt, und drittens dass die allgemein hoheitliches Handeln bestimmenden Gebote der Wahrhaftigkeit und Sachlichkeit als Ausfluss des Rechtsstaatsprinzip beachtet werden. Gemessen an diesen Maßstäben verletzen die beanstandeten Äußerungen der Bezirksvorsteherin das Recht der Antragsteller auf gesetzliche Durchführung eines Bürgerbegehrens nicht.

(a). Zuständigkeit

Die Kompetenz der Bezirksvorsteherin zur Abgabe der beanstandeten Äußerungen ergibt sich aus den §§ 36 und 37 GO NRW. Nach diesen Vorschriften werden Bezirksvertretungen mit näher bestimmter Kompetenzen eingerichtet, deren Vorsitzender der Bezirksvorsteher ist. Zu den Aufgaben eines Vorsitzenden der Bezirksvertretung gehört es jedenfalls, Beschlüsse der Bezirksvertretung, hier den Beschluss über die Umgestaltung des M.-Platzes, in der Öffentlichkeit zu vertreten und zu verteidigen, hier gegenüber dem Bürgerbegehren der Antragsteller, die eine Änderung des genannten Beschlusses erreichen wollen.

(b). Abstimmungsfreiheit

Durch die beanstandeten Äußerungen wird die Freiheit zur Teilnahme am Bürgerbegehren mittels Unterzeichnung nicht verletzt. Mit dem Unterzeichnungs- und späteren Abstimmungsverfahren „Bürgerbegehren und Bürgerentscheid“ üben die Bürger im Wege unmittelbarer Demokratie Staatsgewalt aus (Art. 20 Abs. 2 GG). Ungeachtet der obigen Feststellung, dass es bei Bürgerbegehren im Gegensatz zur Wahl ein Neutralitätsgebot nicht gibt (vgl. zur Unterscheidung von Wahl- und Abstimmungsrechtsgrundsätzen: Sachs, Grundgesetz, 3. Aufl., Art. 20 Rdnr. 18, 34; insoweit nicht näher unterscheidend aber BVerfGE 91, 262 [267]; zu Abstimmungen im Rahmen von Volksentscheiden über die Neugliederung des Bundesgebietes: BVerfGE 37, 84 [90]), handelt es sich beim Bürgerbegehren und Bürgerentscheid jedoch um ein Abstimmungsverfahren zur staatlichen Willensbildung, das demokratische Legitimation nur verleihen kann, wenn es frei ist (vgl. BVerfGE 91, 262 [267]). Das bedeutet — insofern nicht anders als beim Grundsatz der Wahlfreiheit —, dass jeder am Bürgerbegehren und Bürgerentscheid teilnehmende Bürger sein Unterschriften- und Abstimmungsrecht ohne Zwang oder sonstige unzulässige Beeinflussung von außen ausüben kann. Er soll sein Urteil in einem freien, offenen Prozess der Meinungsbildung gewinnen können (vgl. BVerfGE 66, 369 [380]; allgemein zum Grundsatz der Wahlfreiheit: Schreiber, Handbuch des Wahlrechts zum Deutschen Bundestag, 5. Aufl., § 1 BWahlG,

Rdnr. 13ff.).

Gegen die so verstandene Unterzeichnungsfreiheit verstoßen die Äußerungen Nr. 1 bis 4 nicht, weil mit ihnen lediglich zu einem bestimmten, nämlich ablehnenden Beteiligungsverhalten bezüglich des Bürgerbegehrens aufgerufen und eine Bewertung des Sachliegens des Bürgerbegehrens vorgenommen wird. Demgegenüber könnte die Äußerung Nr. 5 geeignet sein, die Unterzeichnungsfreiheit zu beeinträchtigen, wenn die Ankündigung der Bezirksvorsteherin, sie werde dann (nämlich wenn das Bürgerbegehren kommt) die Namen derer nennen, die für den Stillstand verantwortlich seien, dahin zu verstehen wäre, es würden die Namen der Unterzeichner des Bürgerbegehrens von der Bezirksvorsteherin gleichsam mit Prangerwirkung veröffentlicht. Darin läge ein Zwang gegenüber potenziellen Unterzeichnern des Bürgerbegehrens, der in unzulässiger Weise deren Unterzeichnungsfreiheit einschränkte. Indes ist die Äußerung nicht in diesem Sinne zu verstehen. Dies verdeutlicht bereits der Zusammenhang, in dem sie gefallen ist. Mit ihr kündigt die Bezirksvorsteherin Konsequenzen für den Fall an, dass das von ihr negativ bewertete Bürgerbegehren sein Ziel erreicht. Es ist daher naheliegend, dass diese Konsequenzen die Urheber des Bürgerbegehrens treffen sollen. Demgegenüber liegt es fern, in der Äußerung eine Drohung dahingehend zu sehen, jeder einzelne der über 2000 notwendigen Unterzeichner des Bürgerbegehrens werde als Verantwortlicher öffentlich benannt. Zumindest nach der erstinstanzlichen Klarstellung, dass mit der genannten Äußerung nur die Initiatoren des Bürgerbegehrens gemeint seien, gibt es keinen Grund, noch eine auf die Bürger ausgeübte unzulässige Zwangswirkung durch die Äußerung anzunehmen.

(c). Verhältnismäßigkeit

Über diese die Unterzeichnungsfreiheit betreffenden Schranken hinaus haben sich amtliche Äußerungen an den allgemeinen Grundsätzen für rechtsstaatliches Verhalten in der Ausprägung des Willkürverbots und des Verhältnismäßigkeitsprinzips (auch außerhalb des grundrechtlichen Bereichs) zu orientieren (vgl. zu den rechtsstaatlichen Anforderungen einer staatlichen Äußerung: BVerfG, NJW 1989, 3269 [3270]; BVerwG, NJW 1991, 1770 [1771]; BVerwGE 82, 76 [83]; OVG NRW, NVwZ 1991, 176 [178]; s. auch zu den Anforderungen an die Begründung eines Bürgerbegehrens: OVG NRW, DÖV 2002, 961).

(aa). Voraussetzungen

Dies bedeutet als Sachlichkeitsgebot zusammengefasst, dass mitgeteilte Tatsachen zutreffend wiedergegeben werden müssen und Werturteile nicht

auf sachfremden Erwägungen beruhen und den sachlich gebotenen Rahmen nicht überschreiten dürfen sowie auf einem im Wesentlichen zutreffenden und zumindest sachgerecht und vertretbar gewürdigten Tatsachenkern beruhen müssen. Außerdem dürfen die Äußerungen im Hinblick auf das mit der Äußerung verfolgte sachliche Ziel im Verhältnis zur Unterzeichnungsfreiheit der Bürger nicht unverhältnismäßig sein.

(bb). Subsumtion

Diesen Anforderungen genügen die beanstandeten Äußerungen: Äußerung 1 beinhaltet die zusammenfassende Empfehlung an die Bürger, sich nicht am Bür-

gerbegehren zu beteiligen. Eine solche Empfehlung entspricht ohne weiteres den genannten Anforderungen. Die Äußerungen 2 bis 4 stellen Bewertungen des vom Bürgerbegehren erstrebten Ziels dar, deren sachliche Unvertretbarkeit von den Antragstellern weder substantiviert behauptet noch für den Senat erkennbar ist. Auch stellen sie sich trotz der Deutlichkeit der Worte (unhaltbarer Zustand, optische Scheußlichkeit, Platz im Eimer) nicht als unverhältnismäßige Einwirkung auf die Bürger dar. Letzteres trifft auch auf die Äußerung 5 zu, wenn man sie, wie hier geboten, auf die Namhaftmachung der politischen Verantwortlichkeit der Vertreter des Bürgerbegehrens bezieht.

Standort: Verwaltungsprozessrecht

Problem: Vorbeugender Rechtsschutz

VG GIEßEN, URTEIL VOM 14.03.2003

8 G 412/03 (NVWZ-RR 2004, 177)

Problemdarstellung:

In der Entscheidung kommen drei prozessuale Probleme zusammen:

1. Zunächst ging es um die Frage, ob und wann vorbeugender Rechtsschutz gegen einen zu erlassenden Verwaltungsakt möglich ist. Dieser ist von der repressiv ausgestalteten VwGO nicht vorgesehen und wird von einer m.M. (Ziekow/Sodan, VwGO, § 42 Rz. 58; Schmitt-Glaeser, VerwProzessR, Rz. 313) vornehmlich aus Gründen der Gewaltenteilung - die Judikative greife in den Kernbereich der Exekutive bzw. Legislative ein, wenn sie dieser bereits im Vorfeld untersagen könne, bestimmte Verwaltungsakte bzw. Gesetze zu erlassen - gänzlich abgelehnt. Die ganz h.M. (vgl. Würtenberger, VerwProzessR, Rz. 479 ff. m.w.N.), der das VG unausgesprochen folgt, hält vorbeugenden Rechtsschutz dagegen wegen des in Art. 19 IV GG enthaltenen Gebots des effektiven Rechtsschutzes dann - und nur dann - für zulässig, wenn ein "qualifiziertes Rechtsschutzinteresse" derart besteht, dass repressiver Rechtsschutz nicht möglich oder völlig unzumutbar wäre. Dies gilt für die Hauptsache ebenso wie für den hier einschlägigen vorläufigen Rechtsschutz.

2. Ferner begehrte die ASt. die Verpflichtung der Behörde zur Vornahme einer Verfahrenshandlung, nämlich der Bearbeitung des eigenen Antrags vor dem des Konkurrenten. Das VG erläutert, dass ein solcher Antrag an § 44a VwGO scheitert, wobei es feststellt, dass dieser auch im vorläufigen Rechtsschutz gilt.

3. Schließlich beantragte die ASt. im Wege des vorläufigen Rechtsschutzes nach § 123 I VwGO die Ertei-

lung einer Genehmigung, worin eine Vorwegnahme der Hauptsache liegt. Das VG führt aus, warum eine solche im vorläufigen Rechtsschutz grds. nicht in Betracht kommt, nennt auch die Ausnahme (nämlich wiederum die Fälle, in denen das Gebot effektiven Rechtsschutzes aus Art. 19 IV GG eine Vorwegnahme gebietet, weil es unmöglich oder unzumutbar wäre, den ASt. auf das Hauptsacheverfahren zu verweisen) und subsumiert unter diese. Aus der Entscheidung wird allerdings nicht deutlich, ob das VG, welches eine Ausnahme i.E. verneint, den Antrag dann mit der h.M. als unbegründet ablehnt, oder - wie die Formulierung der Entscheidungsgründe eher suggeriert - bereits zur Unzulässigkeit kommt.

Prüfungsrelevanz:

Alle drei Problemkreise müssen jedem Examenskandidaten bekannt sein. Zum vorbeugenden Rechtsschutz lohnen noch einige Anmerkungen:

1. Der vorbeugende Rechtsschutz ist nicht zu verwechseln mit dem vorläufigen Rechtsschutz. Von *vorbeugendem* Rechtsschutz wird gesprochen, wenn die Judikative eine Exekutiv- oder Legislativmaßnahme bereits im Vorfeld verhindern soll, statt sie nach ihrem Erlass zu überprüfen. *Vorläufiger* Rechtsschutz hingegen bezeichnet Eilanträge, z.B. §§ 80 V, 80a, 123, 47 VI VwGO oder § 32 BVerfGG. Der vorliegende Fall enthält eine Kombination des vorläufigen Rechtsschutzes nach § 123 I VwGO mit vorbeugendem Rechtsschutz gegen einen zu erlassenden Verwaltungsakt.

2. Vorbeugender Rechtsschutz setzt immer - in der Hauptsache wie im vorläufigen Rechtsschutzverfahren - ein "qualifiziertes Rechtsschutzinteresse" voraus, das als eigener Zulässigkeitspunkt zu prüfen und nur

unter den vom VG lehrbuchhaft herausgearbeiteten, engen Voraussetzungen gegeben ist.

3. Zu beachten ist in Examensaufgaben auch die o.g., vom VG nicht erwähnte m.M., die generelle Zweifel an der Zulässigkeit vorbeugenden Rechtsschutzes anmeldet. Dieses Problem wäre bereits in der Statthaflichkeit des Antrags bzw. der Klage zu erörtern.

4. Spielte der vorliegende Fall im Hauptsacheverfahren, wäre die statthafte Klageart für die Abwehr eines zu erlassenden VA eine (vorbeugende) Leistungsklage, auch Unterlassungsklage genannt. Diese unterscheidet sich von der allgemeinen Leistungsklage auf Unterlassen dadurch, dass die allgemeine Leistungsklage auf Unterlassen an ein bereits erfolgtes, schlichtes Verhalten anknüpft, dessen Wiederholung droht (Beispiel: Erneute Warnung vor einem Produkt), während die Unterlassungsklage erhoben wird, ohne dass bereits einmal gehandelt worden ist. Nur bei letzterer handelt es sich um vorbeugenden Rechtsschutz, sodass auch nur bei letzterer das erwähnte "qualifizierte Rechtsschutzinteresse" zu prüfen ist. Für die Statthaflichkeit einer solchen (vorbeugenden) Unterlassungsklage macht es i.Ü. keinen Unterschied, ob das erstmals drohende Handeln ein Realakt (Beispiel: Bundeswehrmanöver auf dem Feld des Landwirts) oder ein Verwaltungsakt (Beispiel: Erlass einer Genehmigung zugunsten eines Konkurrenten) ist.

4. Die wohl h.M. gibt dem Kläger des Hauptsacheverfahrens allerdings ein Wahlrecht, ob er nicht statt der Leistungs-Unterlassungsklage eine vorbeugende Feststellungsklage (der Nichtberechtigung zum Erlass eines VA) erhebt. Die Gegenansicht hält dies hingegen wegen § 43 II VwGO nicht für möglich (vgl. dazu Würtenberger, VerwProzessR, Rz. 485 m.w.N.).

Vertiefungshinweise:

Vorbeugender Rechtsschutz im beamtenrechtlichen Konkurrentenstreit: *BVerwG*, RA 2004, 165 = ZBR 2003, 101

Vorbeugender Rechtsschutz im vorläufigen Rechtsschutz nach § 123 VwGO: *VGH München*, NVwZ-RR 1993, 54; *VG Frankfurt*, RA 2001, 263 = NJW 2001, 1295

Vorbeugender Rechtsschutz gegen Bebauungsplan: *BVerwG*, RA 2002, 260 = NVwZ-RR 2002, 256

Vorbeugende Feststellungsklage: *BVerwG*, RA 2000, 253 = DVBl 2000, 636

Kursprogramm:

Examenskurs: "Der Schlittschuhteich"

Examenskurs: "Die nervigen Demonstranten"

Leitsätze:

1. Vorbeugender vorläufiger Rechtsschutz gegen zukünftige Verwaltungsakte — hier gegen die mögliche Erteilung einer Genehmigung für eine Windfarm zu Gunsten eines Dritten — erfordert ein qualifiziertes Rechtsschutzbedürfnis und ist nicht zu gewähren, wenn und solange der betroffene Windfarmbetreiber in zumutbarer Weise auf nachträglichen Rechtsschutz verwiesen werden kann.

2. Das prozessuale Begehren, eine Behörde solle den Genehmigungsantrag für eine Windfarm weiterbetreiben, ohne den Antrag eines um den Standort konkurrierenden Betreibers zu berücksichtigen, ist auf eine unselbstständige Verfahrenshandlung im Sinne von § 44a VwGO gerichtet und daher unzulässig.

3. Zur Frage, in welcher Reihenfolge eine Behörde eingehende Anträge zu bearbeiten hat.

Sachverhalt:

Die Ast. möchte erreichen, dass dem Ag. untersagt wird, der Beigel. eine immissionsschutzrechtliche Genehmigung zum Betrieb von Windkraftanlagen zu erteilen, um statt dessen ihr, der Ast., die Genehmigung zu gewähren. Das am 11.2.2003 bei Gericht anhängig gemachte Verwaltungsstreitverfahren mit den Anträgen,

(1) im Wege der einstweiligen Anordnung der Ag. zu untersagen, die Erteilung einer Genehmigung für fünf Windkraftanlagen in der Gemarkung [...] Stadt N. (Hessen) zu Gunsten der Beigel. vorzunehmen,

(2) der Ag. aufzugeben, den Genehmigungsantrag der Ast. vom 9.4.2002 mit dem Az. [...] ohne Berücksichtigung des in Nr. 1 des Antrages genannten Genehmigungsantrages weiter zu bearbeiten und

(3) diesen positiv zu bescheiden,

blieb ohne Erfolg.

Aus den Gründen:

Für dieses Begehren kommt der Erlass einer einstweiligen Anordnung gem. § 123 VwGO nicht in Betracht. Der Antrag zu 1 ist unzulässig, weil der Ast. für dieses Begehren ein Rechtsschutzinteresse nicht zur Seite steht. Der Antrag zu 2 ist nach Maßgabe des § 44a VwGO unzulässig. Zudem nimmt [der Antrag zu 3] die Hauptsache in unzulässiger Weise vorweg.

A. Antrag auf Nichterteilung einer Genehmigung zugunsten der Beigel.

Der Antrag zu 1 ist in der Sache auf ein allgemeines Leistungsbegehren gerichtet, mit dem Ziel, die Unterlassung eines Verwaltungsaktes im Wege einer einst-

weiligen Anordnung gem. § 123 I VwGO sichern zu lassen. Die Ast. hat nicht glaubhaft gemacht, dass die Voraussetzungen, unter denen ausnahmsweise die Notwendigkeit vorbeugenden Rechtsschutzes anerkannt ist, vorliegen.

I. Repressive Ausgestaltung der VwGO

Bereits eine Leistungsklage auf Unterlassung eines Verwaltungsaktes ist grundsätzlich nur als Ausnahme zulässig, weil nach der Systematik der VwGO die allgemeine Leistungsklage überall dort ausgeschlossen ist, wo die Verwaltung befugt ist, über die Gewährung oder Versagung der begehrten Leistung durch Verwaltungsakt zu entscheiden. Wie sich § 42 II VwGO entnehmen lässt, ist die Zulässigkeit von Anfechtungs- und Verpflichtungsklagen zwingend an das Vorliegen bzw. die Ablehnung oder Unterlassung eines Verwaltungsaktes geknüpft. Daraus erhellt, dass die Zulässigkeitsvoraussetzungen bei Streitigkeiten in denen es — wie hier — um Verwaltungsakte geht, insoweit durch § 42 VwGO abschließend determiniert sind. Darüber hinaus führt die Zulässigkeit der allgemeinen, einen Verwaltungsakt betreffenden Leistungsklage zu einer Umgehung der für Anfechtungs- und Verpflichtungsklagen speziellen Zulässigkeitsvoraussetzungen des Widerspruchsverfahrens und der Klagefrist. Geht die VwGO daher vom Grundsatz eines repressiven Rechtsschutzes gegen Verwaltungsakte aus (vgl. Schenke, *VerwaltungsprozessR*, 4. Aufl. [1996], Rdnr. 355), ist der Adressat bzw. Drittbetroffene eines künftigen Verwaltungsaktes gehalten, den Erlass des Verwaltungsaktes abzuwarten, um sich danach gegen diesen zur Wehr zu setzen.

II. Präventiver Rechtsschutz nur bei qualifiziertem Rechtsschutzinteresse

Nur dann, wenn der Verwaltungsakt nach seinem Erlass nicht mehr aufhebbar wäre oder durch seine Vollziehung vollendete Tatsachen geschaffen würden bzw. ein nicht wieder gutzumachender Schaden entstände, ist eine Unterlassungsklage gegenüber einem drohenden Verwaltungsakt zulässig (vgl. dazu z.B. Kopp/Schenke, *VwGO*, 13. Aufl. [2003], Rdnrn. 33 f. vor § 40). Wird — wie im vorliegenden Fall — der Erlass einer einstweiligen Anordnung gem. § 123 I VwGO begehrt, ist darüber hinaus zu berücksichtigen, dass § 123 I VwGO grundsätzlich keinen vorbeugenden Rechtsschutz mit dem Ziel gewährt, die Entscheidungsfreiheit der Verwaltung im Rahmen ihrer gesetzlichen Zuständigkeiten und Aufgabenerfüllung durch richterliche Anordnungen einzuengen (VGH München, NVwZ-RR 1993, 54 f.). Der Erlass einer einstweiligen Anordnung kommt daher nur in Betracht, wenn der

von einem belastenden Verwaltungsakt Betroffene keinen wirksamen Rechtsschutz gegen drohende schwere und unzumutbare Nachteile erlangen kann, die nicht mehr beseitigt werden können (vgl. VGH München, NVwZ-RR 1993, 54 f.; Kopp/Schenke, § 123 Rdnr. 3 m.w.N.).

Das hiernach notwendige qualifizierte Rechtsschutzbedürfnis für die Zulässigkeit vorbeugenden vorläufigen Rechtsschutzes gegen zukünftige Verwaltungsakte liegt dagegen nicht vor, wenn und solange der Betroffene in zumutbarer Weise auf den von der VwGO grundsätzlich als angemessen und ausreichend angesehenen nachträglichen Rechtsschutz verwiesen werden kann (VGH Mannheim, DVBl 1994, 1250).

III. Subsumtion

Beurteilt man den vorliegenden Fall nach diesen Grundsätzen, kommt der Erlass einer einstweiligen Anordnung bezüglich des Antrages zu 1 nicht in Betracht. Es ist nicht ersichtlich und von der Ast. vorgetragen, dass eine der Beigel. später eventuell erteilte immissionsschutzrechtliche Genehmigung aus rechtlichen Gründen nicht aufgehoben werden könnte. Die Ast. hat auch nicht behauptet, mit einer der Beigel. erteilten immissionsschutzrechtlichen Genehmigung als solcher würden bereits vollendete Tatsachen geschaffen und es entstände ein nicht wieder gutzumachender Schaden. Dies anzunehmen, geben auch die Verwaltungsvorgänge keinen Anlass. Soweit sich die Ast. in diesem Zusammenhang mit Schriftsatz vom 20.2.2003 darauf beruft, wenn sie Rechtsmittel gegen die der Beigel. erteilte Genehmigung einlegen müsse, komme es zu Verzögerungen von mindestens ein bis zwei Jahren, wobei für jedes Jahr mit Ertragsausfällen in Höhe von 100.000 Euro zu rechnen sei, zeigt sie ein qualifiziertes Rechtsschutzbedürfnis für vorbeugenden Eilrechtsschutz nicht auf. Denn die mit einer Anfechtung der der Beigel. erteilten Genehmigung eventuell verbundene Verzögerung der Ausführung des eigenen Vorhabens sind mittelbare Folgen dieser Drittanfechtung, die im Falle der Ast. nicht als schwere und unzumutbare Nachteile glaubhaft gemacht worden sind.

B. Antrag auf vorrangige Bearbeitung des eigenen Antrags

Soweit die Ast. mit ihrem Antrag zu 2 begehrt, ihr Genehmigungsgesuch solle von der Behörde ungeachtet des Antrages der Beigel. weiter bearbeitet werden, ist der Antrag nach Maßgabe des § 44a VwGO unzulässig.

I. Kein Rechtsschutz gegen Zwischenakte

Auf Grund dieser Vorschrift können Rechtsbehelfe

gegen behördliche Verfahrenshandlungen — mit Ausnahme der hier nicht gegebenen Fälle des § 44a S. 2 VwGO — nur gleichzeitig mit den gegen die Sachentscheidung der Behörde zulässigen Rechtsbehelfen geltend gemacht werden. Sinn dieser Regelung ist es, gesonderte Rechtsbehelfe gegen unselbstständige Verfahrenshandlungen aus Gründen der Verfahrensökonomie auszuschließen, um damit zu vermeiden, dass anhängige Verwaltungsverfahren durch Rechtsbehelfe verzögert oder erschwert werden (vgl. Kopp/Schenke, § 44a Rdnr. 1). Die Vorschrift des § 44a VwGO schließt daher [auch] Anträge auf vorläufigen Rechtsschutz nach § 123 VwGO aus (BVerwG, NVwZ-RR 1999, 208 f.; VGH München, BayVBl 1995, 631 f.; Kopp/Schenke, § 44a Rdnr. 4; Stelkens, in: Schoch/Schmidt-Abmann/Pietzner, VwGO, [2002], § 44a Rdnrn. 20 f.).

II. Vorrangige Bearbeitung als Zwischenakt

Im vorliegenden Fall wendet sich die Ast. mit ihrem Antrag zu 2 gegen eine von § 44a S. 1 VwGO erfasste behördliche Verfahrenshandlung.

1. Definition

Als eine solche ist jede behördliche Maßnahme anzusehen, die Teil eines konkreten Verwaltungsverfahrens ist, ohne selbst dessen Sachentscheidung zu sein (vgl. Eyermann, VwGO, 11. Aufl. [2000], § 44a Rdnr. 4; VGH München, NVwZ 1988, 742). Sie dient damit der Förderung des Verfahrensziels der eigentlichen Sachentscheidung und stellt keine selbstständige und abgeschlossene Regelung dar, sondern hat lediglich vorbereitenden Charakter (vgl. Eyermann, § 44a Rdnr. 4; VGH München, NVwZ 1988, 742; BVerwG, NJW 1982, 120). Als Verfahrenshandlungen gelten demnach alle im Laufe eines Verwaltungsverfahrens ergehenden Maßnahmen, die nach Ansicht der Behörde zwar geeignet sind, dieses zu fördern, es aber nicht abschließen. Auf die Rechtsnatur der Verfahrensakte kommt es nicht an (OVG Bautzen, NVwZ-RR 1999, 209).

2. Subsumtion

Um eine solche Verfahrenshandlung handelt es sich hier bei dem von der Ast. mit dem Antrag zu 2 geltend gemachten Begehren. Denn die Ast. verlangt, dass der Ag. im Verwaltungsverfahren einen bestimmten Verfahrensschritt vornimmt, der darin besteht, das Vorhaben der Beigel. unberücksichtigt zu lassen. Damit erstrebt die Ast. lediglich eine — die immissionsschutzrechtliche Entscheidung vorbereitende — Maßnahme.

III. Keine Ausnahme

Nach § 44a S. 2 VwGO können allerdings Rechtsbe-

helfe gegen unselbstständige Verfahrenshandlungen gesondert geltend gemacht werden, wenn diese vollstreckt werden können. Diese Vorschrift findet jedoch im vorliegenden Fall keine Anwendung, weil die Maßnahme der Behörde, das Vorhaben der Beigel. nicht zu berücksichtigen, nicht vollstreckt werden kann. Etwas anderes ergibt sich auch nicht unter Berücksichtigung des einen effektiven Rechtsschutz verlangenden Art. 19 IV GG. Denn die Ast. kann ihre Belange durch Wahrnehmung ihrer Rechtsschutzmöglichkeiten gegenüber der künftigen Sachentscheidung in ausreichendem Maß geltend machen (vgl. auch BVerwG, NVwZ-RR 1999, 208 f.).

C. Antrag auf positive Bescheidung des eigenen Antrags

Soweit die Ast. darüber hinaus [mit ihrem Antrag zu 3] zugleich eine Bescheidung ihres Genehmigungsantrages begehrt, scheidet der Erlass einer einstweiligen Anordnung gem. § 123 I VwGO ebenfalls aus, denn der Antrag nimmt insoweit die Hauptsache in unzulässiger Weise vorweg.

I. Vorwegnahme der Hauptsache

Die Ast. beansprucht mit diesem Teil ihres Antrags eine für sie günstige immissionsschutzrechtliche Genehmigung eines ganz bestimmten Inhalts, der sich nach dem gesamten Vortrag im Wesentlichen auf die Frage des Standortes bezieht. Im Ergebnis soll damit eine Entscheidung der beschließenden Kammer herbeigeführt werden, die dasselbe Ziel hat wie ein eventuelles Urteil in der Hauptsache. Die Ast. erstrebt eine Regelung, für die ihr im Anordnungsverfahren uneingeschränkt und unentziehbar eine Rechtsposition eingeräumt werden soll, die entsprechend der Natur der Sache bis zur Hauptsacheentscheidung nur endgültig getroffen werden kann. Sind das (eventuelle) Begehren im Klageverfahren und das Ersuchen im Eilverfahren identisch, nimmt der vom Gericht ausgesprochene Erlass einer einstweiligen Anordnung in unzulässiger Weise die Hauptsache vorweg, sofern eine solche Vorwegnahme nicht ausnahmsweise geboten ist.

II. Grundsätzliche Unzulässigkeit

Das Verbot der Vorwegnahme der Hauptsache ergibt sich aus dem Wesen und dem Zweck des einstweiligen Anordnungsverfahrens als Verfahren der vorläufigen Regelung (vgl. Kopp/Schenke, § 123 Rdnr. 13). Die einstweilige Anordnung dient in den beiden Alternativen des § 123 I VwGO nur zur Sicherung von Rechten eines Ast., nicht hingegen zu ihrer Befriedigung.

III. Ausnahmen

Lediglich ausnahmsweise kann von dem grundsätzlichen Verbot der Vorwegnahme der Hauptsacheentscheidung abgesehen werden, nämlich in den Fällen, in denen der nach Art. 19 IV GG gebotene effektive Rechtsschutz ohne den Erlass einer einstweiligen Anordnung nicht ermöglicht werden könnte, d.h. wenn eine bestimmte Regelung zur Gewährung eines wirkungsvollen Rechtsschutzes schlechterdings notwendig ist, weil die ansonsten zu erwartenden Nachteile für den Ast. unzumutbar wären. Hierfür ist zugleich ein hoher Grad an Wahrscheinlichkeit für einen Erfolg in der Hauptsache notwendig (vgl. Kopp/Schenke, § 123 Rdnr. 14 m.w.N.). Inwieweit dabei die Entscheidung in der Hauptsache vorweggenommen werden darf, hängt vom Ergebnis der in jedem Einzelfall gesondert vorzunehmenden Interessenabwägung ab. Gegenüberzustellen sind die Belange des Ast. und der Allgemeinheit, wobei Bedeutung und Dringlichkeit des geltend gemachten Anspruchs besonders zu beachten sind. Dementsprechend ist es anerkannt, dass in Fällen existenznotwendiger Ansprüche eine Ausnahme von dem Verbot der Vorwegnahme der Hauptsache gerechtfertigt ist. Der Ast. kann daher nur dann einstweiligen Rechtsschutz gem. § 123 I VwGO erlangen, wenn der Rechtsschutz in der Hauptsache für ihn zu schlechthin unzumutbaren Nachteilen führt (vgl. Kopp/Schenke, § 123 Rdnr. 14).

IV. Subsumtion

Im vorliegenden Verfahren hat die Ast. solche Nachteile nicht dargelegt und auch nicht glaubhaft gemacht. Zur Begründung ihres Eilgesuchs verweist sie im Wesentlichen darauf, gegenüber der Beigel. habe sie, die Ast., zuerst eine Genehmigung erhalten müssen, da allein ihr Antrag den rahmenordnungsrechtlichen Vorgaben und damit den wesentlichen Genehmigungsvoraussetzungen entsprochen habe. Grundsätze des Vertrauensschutzes und des einheitlichen Verwaltungshandelns erforderten, dass ihr Interesse höher zu bewerten sei. Dagegen hat der Ag. unwidersprochen

vorgetragen, dass die Beigel. bereits am 21.8.2001 zunächst als Bauverfahren und dann modifiziert als Verfahren nach dem Bundesimmissionsschutzgesetz unter dem 22.11.2001 einen Antrag auf Genehmigung einer Windfarm in unmittelbarer Nähe des von der Ast. favorisierten Standortes gestellt habe, während der Antrag der Ast. später eingegangen sei. Im Rahmen des vorliegenden summarischen Verfahrens ist es rechtlich nicht zu beanstanden, dass der Ag. grundsätzlich die Anträge in der Reihenfolge des Eingangs bearbeitet hat. Eine gesetzliche Bestimmung, die regelt, unter welchen Voraussetzungen welcher Antrag beschieden werden muss, ist nicht ersichtlich, so dass der Ag. auf Grund des Fehlens von Auswahlkriterien gehalten ist, nach der Reihenfolge der Eingänge der Anträge zu entscheiden (vgl. Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 6. Aufl. [2001], § 22 Rdnr. 60; Kopp/Ramsauer, VwVfG, 7. Aufl. [2000], § 22 Rdnr. 39; Knack, VwVfG, 7. Aufl. [2000], § 22 Rdnr. 20). In der Rechtsprechung wird in diesem Zusammenhang darauf verwiesen, dass das Prioritätsprinzip als Auswahlkriterium dem Gerechtigkeitsgedanken besser genügen könne als denkbare andere rechtsstaatliche Lösungen (BVerwGE 82, 295 [298]; 64, 238 [245]; vgl. auch OVG Münster, GewArch 1991, 23). Unter Berücksichtigung dieser Gesichtspunkte kann die Bearbeitung des Antrages der Beigel. im Hinblick auf das fortgeschrittene Genehmigungsverfahren der Beigel. — wenn überhaupt — jedenfalls nicht in dem Sinne als ermessensfehlerhaft angesehen werden, dass es umgekehrt nur ermessensgerecht wäre, der Ast. die von ihr beantragte Genehmigung unter Abweichung vom Prioritätsprinzip zu erteilen. Die Ast. hat insoweit zu ihren Gunsten eine Ermessensreduzierung auf Null, die den Erlass einer einstweiligen Anordnung rechtfertigen könnte, nicht glaubhaft gemacht. Bei dieser Sachlage ist nicht offensichtlich, dass die Ast. in der Hauptsache obsiegt oder zumindest eine überwiegende Wahrscheinlichkeit hierfür besteht, so dass es der Ast. zuzumuten ist, das Ergebnis eines Hauptsacheverfahrens abzuwarten.

Standort: § 80a VwGO**Problem: Vorheriger Antrag an Behörde**

OVG KOBLENZ, BESCHLUSS VOM 09.09.2003
8 B 77269/03 (KOMMJUR 2004, 31)

Problemdarstellung:

Das OVG Koblenz hat seine bisherige Rechtsprechung aufgegeben, wonach in den Fällen des § 80a VwGO, also bei sofort vollziehbaren Verwaltungsakten mit Doppelwirkung, wegen §§ 80a III 2, 80 VI VwGO erst noch ein Aussetzungsantrag an die Behör-

de zu richten sei, bevor das Gericht um einstweiligen Rechtsschutz angerufen werden könne.

§ 80a III 2 VwGO enthalte einen Rechtsgrundverweis auf § 80 VI VwGO, sodass ein vorheriger Antrag bei der Behörde nur in abgaben- und kostenrechtlichen Streitigkeiten zu fordern sei. Da - was das OVG nicht offen ausspricht - bei solchen ein Drittbezug in praxi aber kaum denkbar ist, läuft der Verweis des § 80a III 2 VwGO auf § 80 VI VwGO faktisch leer. Diese von

der ganz h.M. schon immer vertretene Ansicht (vgl. neben den Vertiefungshinweisen zur Rspr. aus der Literatur noch Schoch/Schmidt-Aßmann/ Pietzner, VwGO, § 80a Rz. 73 ff; Kopp/Schenke, VwGO, § 80a Rz. 21; Sodann/Ziekow, VwGO, § 80a Rz. 16 ff.; Eyermann, VwGO, § 80a Rz. 19) begründet das Gericht so überzeugend durch Auslegung der Norm, dass die Frage erlaubt sein muss, warum sich diese Erkenntnis beim OVG Koblenz erst nach mittlerweile 10 Jahren (vgl. zur Begründung der Gegenansicht grundlegend OVG Koblenz, NVwZ 1994, 1015) durchgesetzt hat.

Prüfungsrelevanz:

Die Entscheidung ist für nahezu jeden Antrag nach § 80a VwGO relevant, da es in aller Regel an einem vorherigen Antrag bei der Behörde fehlen wird, was nach der früher vom OVG Koblenz vertretenen Auffassung zur Unzulässigkeit des Antrags geführt hätte. Dogmatischer Aufhänger des Problems ist i.Ü. das allgemeine Rechtsschutzinteresse als letzter Punkt der Zulässigkeitsprüfung. Neben den vom OVG aufgezeigten Gründen wird gegen ein Antragsersfordernis von der h.M. zusätzlich angeführt, dass der Verweis auf § 80 VI VwGO in § 80a III 2 VwGO ohnehin ein Redaktionsversehen des Gesetzgebers sei (vgl. die o.g. Fundstellen in der Lit.). Als Vertreter der Gegenansicht bleiben - soweit ersichtlich - aus der Rspr. nur noch vereinzelte Entscheidungen sowie einige wenige Literaturstimmen übrig, die zudem sämtlich älteren Datums sind (siehe Vertiefungshinweise), sodass jedenfalls in Klausuren das Problem zukünftig nur noch dann breit ausgeführt werden sollte, wenn der Sachverhalt dazu besonderen Anlass bietet.

Vertiefungshinweise:

Kein vorheriger Antrag an die Behörde bei § 80 a VwGO: *VGH Kassel*, NVwZ 1993, 491; *OVG Bremen*, NVwZ 1993, 592, *VGH Mannheim*, NVwZ 1995, 1004; *OVG Hamburg*, NVwZ-RR 1995, 551; *VGH München*, BayVBl 1993, 565

Für ein Antragsersfordernis: *OVG Lüneburg*, NVwZ 1993, 592; *Heberlein*, BayVBl 1993, 743 [746]

Kursprogramm:

- Examenskurs*: "Das Asylbewerberwohnheim"
 Examenskurs: "Windkraft contra Nachbarschaft"

Leitsatz:

Der Antrag eines Dritten auf gerichtlichen Rechtsschutz nach § 80a III VwGO setzt im All-

gemeinen nicht voraus, dass zuvor entsprechend § 80 VI VwGO erfolglos ein Antrag auf Aussetzung der Vollziehung bei der Behörde gestellt worden ist (Aufgabe der bisherigen Rechtsprechung).

Sachverhalt:

Mit Bauschein vom 6.6.2003 erteilte die Ag. dem Beigel. die Genehmigung, an ihrem vorhandenen Wohnhaus zwei Holzbalkone nebst Treppe anzubauen. Im Hinblick auf das Nachbargrundstück der Ast. wurde mit der Baugenehmigung eine Abweichung von der Vorschrift über Grenzabstände (§ 8 RhPfBauO) zugelassen. Die Baugenehmigung wurde ausdrücklich ohne Baufreigabe erteilt, da die statische Berechnung noch fehlte. Mit einem am 23.6.2003 beim Ag. eingegangenen Schriftsatz legte die Ast. Widerspruch gegen die Baugenehmigung ein und beantragte, deren Vollziehung vorläufig auszusetzen. Noch bevor der Ag. darüber entschieden hatte, stellte sie beim VG den Antrag, die aufschiebende Wirkung ihres Widerspruchs gegen die Baugenehmigung anzuordnen. Das VG lehnte den Eilantrag als unzulässig ab. Gegen diesen Beschluss richtet sich die Beschwerde der Ast., die vom OVG zurückgewiesen wurde.

Aus den Gründen:

Die Beschwerde bleibt ohne Erfolg. Im Ergebnis zu Recht hat das VG den Antrag, die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs der Ast. gegen die Baugenehmigung anzuordnen, abgelehnt.

A. Zulässigkeit

Der Antrag ist zwar zulässig.

I. Keine unmittelbare Anwendung des § 80 VI VwGO

Die in § 80 VI VwGO getroffene Sonderregel, die ein behördliches Vorverfahren vor Anrufung des Verwaltungsgerichts vorschreibt, betrifft nur Verwaltungsakte auf dem Gebiet des Abgaben- und Kostenrechts.

II. § 80 VI VwGO als Rechtsgrundverweis

Auch die Verweisungsnorm des § 80 a III 2 VwGO, wonach für die sog. Verwaltungsakte mit Doppelwirkung u.a. § 80 VI VwGO entsprechend gilt, schließt den Rechtsgrund der in Bezug genommenen Vorschrift mit ein. Die Verweisung gilt daher nicht für sonstige Verwaltungsakte mit Doppelwirkung (außerhalb des Abgaben- und Kostenrechts) und damit insbesondere nicht für baurechtliche Nachbarstreitigkeiten. Soweit der Senat hierzu früher einen abweichenden Rechtsstreitpunkt vertreten hat (grundlegend:

OVG Koblenz, NVwZ 1994, 1015), hält er daran nach erneuter Prüfung aus nachstehenden Erwägungen nicht mehr fest:

1. Historische Auslegung

Mag auch der Wortlaut des § 80 a III 2 VwGO verschiedene Auslegungen zulassen — die Formulierung „gilt entsprechend“ lässt sich als Rechtsgrundverweisung wie als bloße Rechtsfolgenverweisung begreifen — führt doch die Entstehungsgeschichte der durch das 4. VwGO-Änderungsgesetz vom 17.12.1990 (BGBl I, S. 2809) eingefügten Norm zu einem eindeutigen Ergebnis. Danach hat der Gesetzgeber die Vorschaltung eines verwaltungsbehördlichen Aussetzungsverfahrens auf Abgabenangelegenheiten beschränken wollen (BT-Dr 11/7030 v. 27.4.1990, S. 20, 24); eine Ausdehnung über diesen Bereich hinaus wurde ausdrücklich verworfen, weil „in anderen als abgabenrechtlichen Fällen dem Bürger wegen der regelmäßig anzunehmenden besonderen Eilbedürftigkeit die unmittelbare Anrufung des Gerichts zur Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes möglich sein“ müsse (BT-Dr 11/7030 v. 27.4.1990, S. 25).

2. Systematische Auslegung

Rechtssystematische Überlegungen bestätigen diesen Befund. So verweist § 80 a III 2 VwGO nicht nur auf § 80 VI, sondern pauschal auf § 80 V bis VIII. In Bezug auf § 80 V, VII und VIII handelt es sich aber eindeutig um Rechtsgrundverweisungen. So besteht etwa die Befugnis zur Rückgängigmachung faktischer Vollzugsfolgen (§ 80 II 3 VwGO), die Möglichkeit eines Abänderungsantrages wegen veränderter Umstände (§ 80 VII 2 VwGO) oder das Notentscheidungsrecht des Vorsitzenden (§ 80 VIII VwGO) auch bei Verwaltungsakten mit Doppelwirkung nur unter den dort beschriebenen Voraussetzungen und nicht etwa losgelöst davon. Dann aber spricht unter rechtssystematischen Gesichtspunkten alles dafür, die Verweisungsnorm auch in Bezug auf § 80 VI VwGO im vorgenannten Sinne als Rechtsgrundverweisung zu begreifen. Das bedeutet, dass sie ein Verwaltungsverfahren nur für solche Bescheide vorschreibt, die in Abgaben- und Kostensachen eine den Gläubiger begünstigende und den Schuldner belastende „Doppelwirkung“ entfalten (zu solchen Bescheiden: Schönfel-

der, VBIBW 1993, 287 [291]; Kopp/Schenke, VwGO, 13. Aufl., § 80 a Rn 22).

3. Teleologische Auslegung

Auch der Normzweck gebietet keine abweichende Auslegung. Richtig ist, dass der Gesetzgeber mit dem seinerzeit beschlossenen Bündel von verfahrensrechtlichen Maßnahmen u.a. eine Entlastung der Verwaltungsgerichte anstrebte (BT-Dr 11/7030, S. 1). Doch hat er die hier in Rede stehende Maßnahme, die Vorschaltung eines behördlichen Aussetzungsverfahrens, eben nur den Abgaben- und Kostenbescheiden zugeordnet. Über diesen Rechtsbereich hinaus ließe sich ein weiter gehender Entlastungseffekt zwar möglicherweise dann erzielen, wenn ein Vorverfahren i.S. des § 80 VI VwGO in allen den Fällen (aber auch nur in den Fällen) durchlaufen werden müsste, in denen die Verwaltung mit dem Begehren auf vorläufigen Rechtsschutz noch nicht befasst war. Konsequenterweise müsste das Gesetz dann aber ein vorgängiges behördliches Aussetzungsverfahren immer dann vorschreiben, wenn ein Verwaltungsakt — sei es im zweiseitigen oder im dreiseitigen Verhältnis — kraft Gesetzes sofort vollziehbar ist (§ 80 II Nrn. 1 bis 3 VwGO), während in den Fällen der behördlichen Anordnung der sofortigen Vollziehbarkeit (§ 80 II Nr. 4 VwGO) so gleich um gerichtlichen Rechtsschutz nachgesucht werden dürfte und nicht erst noch das — dann überflüssige — behördliche Aussetzungsverfahren betreiben werden müsste. Eine solche Konzeption mag unter Entlastungsgesichtspunkten rechtspolitisch sinnvoll sein oder nicht, sie entfernt sich jedenfalls von Wortlaut, Systematik und Entstehungsgeschichte des Gesetzes in einem solchen Maße, dass sie dem geltenden Recht „lege artis nicht implantiert² werden kann (so überzeugend: Schoch, VwGO, § 80 a Rn 78). Im Ergebnis ist danach festzuhalten, dass der Ast. im baurechtlichen Nachbarstreit kein behördliches Aussetzungsverfahren betreiben muss, bevor er gerichtlichen Teilrechtsschutz in Anspruch nimmt.

B. Begründetheit

Der Antrag, die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs gegen die umstrittene Baugenehmigung anzuordnen, ist aber unbegründet [wird ausgeführt].

Standort: Deliktsrecht**Problem: Unbefugte Luftbildaufnahmen**

BGH, URTEIL VOM 09.12.2003
VI ZR 373/02 (NJW 2004, 762)

Problemdarstellung:

In diesem Revisionsverfahren ging es um die Rechtsfrage, ob die Kl. vom Bekl. Unterlassung der Veröffentlichung und/oder Verbreitung von Luftbildaufnahmen ihres Anwesens auf der Insel M. sowie einer Wegbeschreibung dorthin verlangen kann. Die Kl. ist eine bekannte deutsche Fernsehjournalistin und Moderatorin. In zwei Büchern und drei Magazinen hat sie selbst Bilder veröffentlicht, die die Außenanlagen ihrer Finca zeigen. Das Anwesen befindet sich abgelegen in hügeliger Landschaft in einem Naturschutzgebiet und ist ohne Wegbeschreibung schwer zu finden. Der Bekl. beruft sich indessen auf die Presse- und Informationsfreiheit gem. Art. 5 GG.

In Übereinstimmung mit der Auffassung des BerGer. geht der BGH davon aus, dass die Privatsphäre nicht an der Haustür endet, wenn sie auch zunächst den räumlich inneren Hausbereich umfasst. Eine schützenswerte Privatsphäre besteht außerhalb des häuslichen Bereichs in gleicher Weise beispielsweise auch dann, wenn sich jemand in eine örtliche Abgeschlossenheit zurückgezogen hat, in der er objektiv erkennbar für sich allein sein will. Damit stellt es einen Eingriff in die Privatsphäre dar, wenn jemand unter Überwindung bestehender Hindernisse oder mit geeigneten Hilfsmitteln den räumlichen Lebensbereich eines anderen ausspäht.

Für die Frage der Rechtswidrigkeit dieses Eingriffs bedarf es aber einer auf den konkreten Fall bezogenen Abwägung der widerstreitenden, grundrechtlich geschützten Belange der Beteiligten. In diesem Punkt differenziert der BGH nunmehr zwischen den gemachten Luftbildaufnahmen, die er ausnahmsweise für rechtens hält. Denn es handelt sich vom Gegenstand der Abbildung her nicht um einen Eingriff in den Kernbereich der Privatsphäre, sondern nur in deren Randzone. Demgegenüber geht es vorliegend um Lichtbildaufnahmen, die keine Personen zeigen, sondern auf denen lediglich Gebäude und Grundstücksteile in denkbar unpersönlicher Weise abgebildet sind und die von daher einen hohen Grad von Abstraktheit aufweisen.

Hingegen wird ein rechtswidriger Eingriff durch die Verteilung von Wegbeschreibungen zum Feriendomizil der Kl. bejaht. Durch die Veröffentlichung der Wegbeschreibung wird das Recht der Kl. auf informationelle Selbstbestimmung als Ausprägung ihres Anspruchs auf Schutz ihrer Privatsphäre verletzt.

Prüfungsrelevanz:

Der Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts im Zivilrecht erlebt durch die aktuelle Rechtsprechung eine Brisanz, der sich kein Examenskandidat entziehen kann. Die Ansprüche auf Schutz des allg. Persönlichkeits - auf Unterlassung gem. § 1004 BGB analog, auf Schadensersatz gem. § 823 I BGB - werden fast ausschließlich aufgrund richterlicher Rechtsfortbildung gewährt. Folglich muss jeder Examensprüfling die entsprechende Rechtsprechung verfolgen und sich aneignen, um Klausuren aus diesem Themengebiet meistern zu können.

Vertiefungshinweis:

BGH, NJW 2004, 766

Kursprogramm:

Examenskurs: "Die Prinzessin und der Paparazzi"

Leitsätze:

- 1. Grundsätzlich stellt es einen Eingriff in die Privatsphäre dar, wenn jemand unter Überwindung bestehender Hindernisse oder mit geeigneten Hilfsmitteln (z.B. Teleobjektiv, Leiter, Flugzeug) den räumlichen Lebensbereich eines anderen ausspäht.**
- 2. Zu den Voraussetzungen, unter denen Luftbildaufnahmen von Feriendomizilen Prominenter ohne deren Zustimmung veröffentlicht werden dürfen.**
- 3. Zur Haftung des „Störers“ für eine mit einer Presseveröffentlichung verbundene Rechtsverletzung.**

Sachverhalt:

Die Kl. begehrt von dem Bekl. Unterlassung der Ver-

öffentlichung und/oder Verbreitung von Luftbildaufnahmen ihres Anwesens auf M. sowie einer Wegbeschreibung dorthin. Die Kl. ist eine bekannte deutsche Fernsehjournalistin und Moderatorin. In zwei Büchern und drei Magazinen hat sie Bilder veröffentlicht, die die Außenanlagen ihrer Finca auf M. zeigen, die von ihr als Feriendomizil genutzt wird. Das Anwesen befindet sich abgelegen in hügeliger Landschaft in einem Naturschutzgebiet und ist ohne Wegbeschreibung schwer zu finden. Der Bekl. betreibt eine Presseagentur. Er verkauft unter anderem Luftbildaufnahmen von Gebäuden und Grundstücken, die so genannten Prominenten gehören oder von diesen bewohnt werden. Die Fotos nimmt der Bekl. von einem Hubschrauber aus auf. Für die Bilder wirbt er mit einer Bildermappe, die Luftbildaufnahmen entsprechender Grundstücke zeigt, denen eine Kurzbeschreibung der Örtlichkeit und der Gebäude sowie eine Wegbeschreibung mit einer Übersichtskarte von der Insel beigelegt sind. Auf der Karte ist die Lage der fotografierten Grundstücke durch Pfeile markiert. Die Mappe bietet der Bekl. auch über das Internet an. In ihr befinden sich zwei Luftbildaufnahmen von der Finca der Kl. und den umliegenden Grundstücksbereichen mit namentlicher Zuordnung an die Kl. Die Redaktion der Fernsehzeitschrift „TV-M.“ kaufte vom Bekl. eine der Aufnahmen und veröffentlichte sie mit einem Foto der Kl. unter Nennung ihres Namens sowie mit der Wegbeschreibung und der markierten Übersichtskarte in ihrer Ausgabe Nr. 11/1999. Die Veröffentlichung war Teil eines als „Star Guide M.“ und „Die geheimen Adressen der Stars“ bezeichneten Artikels, in dem die Anwesen weiterer Prominenter gezeigt wurden.

Mit der auf Unterlassung der Veröffentlichung und Verbreitung der Luftbildaufnahmen unter Nennung ihres Namens und der Wegbeschreibung gerichteten Klage hatte die Kl. vor dem LG in vollem Umfang Erfolg. Auf die Berufung des Bekl. hat das KG das Urteil des LG teilweise abgeändert und die Klage auf Unterlassung der Veröffentlichung und/oder Verbreitung der Luftbildaufnahmen unter Nennung des Namens der Kl. abgewiesen. Die zugelassenen Revisionen beider Parteien hatten keinen Erfolg.

Aus den Gründen:

A. Entscheidung und Begründung des BerGer.

Nach Auffassung des BerGer. kann die Kl. nicht Unterlassung der Veröffentlichung und Verbreitung der Luftbildaufnahmen ihres Anwesens unter Nennung ihres Namens nach den §§ 823 I, 1004 I BGB, Art. 1 I 1, Art. 2 I GG verlangen.

Zwar sei ein Eingriff in die Privatsphäre der Kl. durch

die Veröffentlichungen grundsätzlich gegeben. Die Privatsphäre sei nicht auf den vor Einblicken Dritter von vornherein verschlossenen inneren Teil der Wohnung beschränkt. Sie umfasse alle Grundstücksteile, die den räumlich-gegenständlichen Lebensmittelpunkt einer Person insgesamt ausmachten, sofern und soweit diese Bereiche üblicherweise oder durch bauliche oder landschaftliche Gegebenheiten von der Einsichtnahme durch Dritte ausgeschlossen seien. Denn nicht nur im Inneren einer Wohnung, sondern auch in sonstigen geschützten Grundstücksbereichen könne sich die Persönlichkeit des Grundstücksinhabers widerspiegeln. Die Veröffentlichung von Fotografien eines Grundstücks unter Nennung des Eigentümers bzw. Bewohners greife deshalb jedenfalls dann in deren allgemeines Persönlichkeitsrecht ein, wenn die dadurch gewonnenen Einblicke in den privaten Bereich Dritten normalerweise verschlossen und nicht vom Willen der Betroffenen getragen seien. Niemand müsse es hinnehmen, dass seine Privatsphäre unter Überwindung bestehender Hindernisse mit entsprechenden Hilfsmitteln (z.B. Teleobjektiv, Leiter, Flugzeug) gleichsam „ausgespäht“ werde. Die Feststellung eines Eingriffs in das allgemeine Persönlichkeitsrecht begründe allerdings für sich genommen noch nicht das Unterlassungsbegehren der Kl. Wegen der Eigenart des allgemeinen Persönlichkeitsrechts als Rahmenrecht sei seine Reichweite auf der Grundlage einer Güterabwägung im Einzelfall mit den schutzwürdigen Interessen der Gegenseite zu bestimmen. Diese Abwägung mit dem Recht des Bekl. auf freie Berichterstattung (Art. 5 I 1 u. 2 GG) lasse letztlich den Eingriff rechtmäßig erscheinen. Zwar habe das Informationsinteresse der Öffentlichkeit an der hier in Rede stehenden Berichterstattung grundsätzlich nicht mehr Gewicht als das Persönlichkeitsrecht der Kl., da Ziel und Zweck einer solchen Berichterstattung geradezu auf einen Eingriff in die Privatsphäre gerichtet seien. Doch sei die Kl. nicht schurzwürdig, weil sie selbst in dem Buch „Socle und Konsorten“ Fotos von Teilbereichen der Außenanlagen der Finca veröffentlicht habe. Die Kl. habe die durch das Buch, Interviews und weitere eigene Veröffentlichungen geweckte Neugier der Öffentlichkeit zum Teil befriedigt, indem sie Fotos von sich auf der Terrasse ihres Hauses, am Pool und im Garten veröffentlicht oder die Veröffentlichung — auch noch in jüngster Zeit — gestattet habe. Wer seine Privatsphäre in bestimmten Bereichen der Öffentlichkeit zugänglich mache, könne sich nicht gleichzeitig auf den von der Öffentlichkeit abgewandten Privatsphärenschutz berufen. Auch wenn die Kl. nur Aufnahmen zur Veröffentlichung freigegeben habe, auf denen das Grundstück als solches nicht identifizierbar sei, müsse

sie sich entgegenhalten lassen, dass sie ihr Grundstück nicht konsequent von jeglicher Bildberichterstattung freigehalten habe. Hingegen habe der Bekl. die Veröffentlichung und Verbreitung der Wegbeschreibung zum Haus der Kl. zu unterlassen. Hierdurch werde sie in ihrem allgemeinen Persönlichkeitsrecht in seiner Ausprägung als Recht auf informationelle Selbstbestimmung rechtswidrig verletzt (§§ 823 I, 1004 I BGB, Art. 1 I 1, 2 I GG). Das Recht auf Geheimhaltung der Privatadresse überwiege selbst bei absoluten Personen der Zeitgeschichte das Informationsinteresse der Öffentlichkeit. Dies gelte jedenfalls dann, wenn die Verbreitung der Privatadresse — hier in Form einer Wegbeschreibung — lediglich dem Zweck diene, den Betr. und seine räumlich gegenständliche Privatsphäre für die Öffentlichkeit erreichbar zu machen. Die Möglichkeit des Eindringens Dritter in den privaten Bereich der Kl. sei bei derartigen Veröffentlichungen nicht von der Hand zu weisen und müsse nicht hingenommen werden. Im vorliegenden Fall habe die Zeitschrift „TV-M.“ in ihrer Beschreibung die Leser sogar aufgefordert, die Grundstücke aufzusuchen, solange die Prominenten noch dort ansässig seien. Das müsse sich der Bekl. zurechnen lassen. Er hafte für die Veröffentlichung auch, wenn er die Wegangabe lediglich dem recherchierenden Journalisten von „TV-M.“ mitgeteilt habe, damit dieser in der Lage sei, das Grundstück aufzufinden. Mit der Weitergabe habe er an der Verbreitung und Veröffentlichung mitgewirkt. Die Kl. müsse diese Rechtsverletzung auch nicht deshalb dulden, weil die Lage des Grundstücks allgemein bekannt sei und sie den Namen ihr Landhauses in ihren Veröffentlichungen publik gemacht habe. Es habe ganz offensichtlich einen anderen Stellenwert, ob einzelne Touristen durch individuelle Nachforschungen das Haus finden könnten oder ob es einer großen Öffentlichkeit der genauen Lage nach bekannt gemacht werde.

B. Entscheidung des BGH in der Revision

Diese Überlegung halten revisionsrechtlicher Nachprüfung stand.

I. Revision der Kl.

Ein Anspruch der Kl. gegen den Bekl. auf Unterlassung der Veröffentlichung bzw. Verbreitung der Luftbildaufnahmen unter Nennung ihres Namens ist nicht gegeben.

1. Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht

Das BerGer. wertet das Verhalten des Bekl. zutreffend als einen Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht. Das von der Kl. als Ruhe- und Erholungsort genutzte Anwesen war auch in seinem Außenbereich

Teil des räumlichen Schutzbereich ihrer Privatsphäre.

a. Zum Umfang der geschützten Privatsphäre als Teil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts

In Übereinstimmung mit der Auffassung des erkennenden Senats geht das BerGer. davon aus, dass die Privatsphäre nicht an der Haustür endet, wenn sie auch zunächst den räumlich inneren Hausbereich umfasst. Eine schützenswerte Privatsphäre besteht außerhalb des häuslichen Bereichs in gleicher Weise beispielsweise auch dann, wenn sich jemand in eine örtliche Abgeschiedenheit zurückgezogen hat, in der er objektiv erkennbar für sich allein sein will (dazu ausf. BVerfGE 101, 361 [382ff. unter cc] = NJW 2000, 1021; BGHZ 131, 332 [338ff.] = NJW 1996, 1128; und vom heutigen Tag, NJW 2004, 766). Danach ist ein umfriedetes Grundstück jedenfalls dann der Privatsphäre zuzurechnen, wenn es dem Nutzer die Möglichkeit gibt, frei von öffentlicher Beobachtung zu sein.

b. Kein Ausschluss bei zufälliger Beobachtung durch Dritte

Der Schutz der Privatsphäre entfällt nicht bereits deshalb, weil Vorbeikommende auf Grund der landschaftlichen Gegebenheiten Grundstücksteile einsehen können. Bei einem umfriedeten Wohngrundstück bleibt der typisch private Charakter für Dritte bereits durch dessen erkennbaren Nutzungszweck bestimmt.

2. Feststellung des Eingriffs durch Aufnahmen und Zuweisung des prominenten Anwesens allein

Die Einordnung des Grundstücks als räumlicher Schutzbereich der Privatsphäre besagt aber noch nichts darüber, ob bzw. inwieweit dieser Bereich selbst — neben dem Grundrechtsträger — am Grundrechtsschutz teilhat. Es stellt sich vielmehr die Frage, ob die Veröffentlichung und Verbreitung der Fotografien des Anwesens als solchem unter namentlicher Zuweisung an die Kl. in deren Privatsphäre eingreift.

a. Grundsatz: Kein Eingriff beim Fotografieren von einer allgemein zugänglichen Stelle

Eine Persönlichkeitsrechtsverletzung wird regelmäßig nicht gegeben sein, wenn lediglich das Fotografieren der Außenansicht eines Grundstücks von einer allgemein zugänglichen Stelle aus und die Verbreitung dieser Fotos in Frage stehen, weil die Aufnahmen nur den ohnehin nach außen gewandten Bereich betreffen. Ob demgegenüber die Veröffentlichung von Fotos umfriedeter Außenanlagen gegen den Willen des Grundstücksbesitzers eine Persönlichkeitsverletzung darstellt, lässt sich nur unter Berücksichtigung der konkreten Umstände für den Einzelfall beantworten. So verliert

der Bereich, der lediglich zur Privatsphäre wird, weil sich jemand an einen Ort zurückzieht, der zwar einer begrenzten Öffentlichkeit zugänglich ist, in der konkreten Situation aber zu einem Ort der Abgeschlossenheit wird (vgl. Senatsurteil BGHZ 131, 332 [338ff.] = NJW 1996, 1128), die Eigenschaft der Privatheit wieder, wenn diese besondere Situation endet, indem sich zum Beispiel die betreffende Person entfernt oder von sich aus den Zutritt der Öffentlichkeit gestattet. Anders hingegen ist der häusliche Bereich zu beurteilen, der stets eine Rückzugsmöglichkeit gewähren soll.

b. Ausnahme: Offenbarung der persönlichen Lebensumstände

Unter den Umständen des Streitfalls ist ein Eingriff in die Privatsphäre der Kl. zu bejahen, auch wenn die Fotografien lediglich das Anwesen ohne Personen zeigen. Das BerGer. hält im vorliegenden Fall zu Recht für ausschlaggebend, dass der Bekl. die Bilder aufgenommen hat, um sie unter Nennung des Namens der Kl. gegen deren Willen zu veröffentlichen und zu verbreiten. Der Bekl. dringt dadurch in die von der Kl. durch die Umfriedung ihres Grundstücks dort geschaffene Privatsphäre ein und beeinträchtigt außerdem ihr Recht auf Selbstbestimmung bei der Offenbarung ihrer persönlichen Lebensumstände (vgl. zum Recht auf informationelle Selbstbestimmung Senat, NJW 1991, 1532 = VersR 1991, 433 [434], sowie vom heutigen Tag, NJW 2004, 766). Dieses Recht schützt nicht nur vor einer überzogenen Ausforschung von personenbezogenen Daten durch den Staat, sondern es weist auch auf der Ebene bürgerlich - rechtlicher Verhältnisse dem Schutzbedürfnis der Person einen entsprechend hohen Rang gegenüber Eingriffen zu, die sie gegen ihren Willen für die Öffentlichkeit „verfügbar“ machen (vgl. BVerfGE 84, 192 [194f.] = NJW 1991, 2411; Senat, DtZ 1994, 343 = VersR 1994, 1116 [1117]).

c. Übertragung auf den vorliegenden Fall

Das ist unter den Umständen des Falls anzunehmen. Durch die Beiordnung des Namens wird die Anonymität des Anwesens aufgehoben. Die Abbildungen werden einer Person zugeordnet und gewinnen einen zusätzlichen Informationsgehalt. Hierdurch entsteht die Gefahr, dass das Grundstück in seiner Eignung als Rückzugsort für die Kl. beeinträchtigt wird. Die Information gewährt außerdem einem breiten Publikum Einblicke in Lebensbereiche, die sonst allenfalls den Personen bekannt werden, die im Vorübergehen oder Vorüberfahren das Anwesen betrachten und zudem in Erfahrung gebracht haben, dass die Kl. dort wohnt. Hinzu kommt, dass der Bekl., der mit dem Hubschrauber aus frei gewählter Position heraus fotografiert, den

zur Sicherung der Privatheit des Anwesens angebrachten Sichtschutz durchbricht und sich damit gegen den Willen des Berechtigten in gewisser Weise Zugang verschafft. Grundsätzlich muss niemand hinnehmen, dass seine Privatsphäre gegen seinen Willen unter Überwindung bestehender Hindernisse oder mit geeigneten Hilfsmitteln (z.B. Teleobjektiv, Leiter, Flugzeug) gleichsam „ausgespäht“ wird, um daraus ein Geschäft zu machen und die so gewonnenen Einblicke Dritten gegen Bezahlung zur Verfügung zu stellen. Mit Recht wertet das BerGer. unter diesen Umständen das Verhalten des Bekl. als Eingriff in die Privatsphäre.

3. Abwägung mit dem widerstreitenden Recht auf Pressefreiheit gem. Art. 5 GG

In rechtlich einwandfreier Sicht hat es das BerGer. für geboten erachtet, über die Klage auf Grund einer Abwägung des nach Art. 2 I i. V. mit Art. 1 I GG verfassungsrechtlich geschützten allgemeinen Persönlichkeitsrechts der Kl. mit dem gem. Art. 5 I GG ebenfalls Verfassungsrang genießenden Recht des Bekl. auf Pressefreiheit zu entscheiden. Denn wegen der Eigenart des Persönlichkeitsrechts als eines Rahmenrechts liegt seine Reichweite nicht absolut fest, sondern muss grundsätzlich erst durch eine Güterabwägung mit den schutzwürdigen Interessen der anderen Seite bestimmt werden. Die Abwägung ist im Rahmen der auslegungsfähigen Tatbestandsmerkmale der zivilrechtlichen Vorschriften vorzunehmen und hat die besonderen Umstände des Falls zu berücksichtigen (vgl. BVerfGE 34, 238 [245 ff.] = NJW 1973, 891; BVerfGE 35, 202 [224] = NJW 1973, 1226; BVerfG, NJW 1990; 1980, und NJW 2000, 2189; Senatsurteile BGHZ 24, 72 [79f.] = NJW 1957, 1146; BGHZ 27, 284 [289f.] = NJW 1958, 1344; BGHZ 73, 120 [124] = NJW 1979, 647; BGH, NJW 1987, 2667 = VersR 1987, 778 [779]; NJW 1988, 1016 = VersR 1988, 379 [381]; NJW 1991, 1532 = VersR 1991, 433 [434]; NJW 1999, 2893 = VersR 1999, 1250 [1251] m. w. Nachw.).

a. Anerkennung des Schutzes auf Privatsphäre auch bei Personen der aktuellen Zeitgeschichte

Das BerGer. geht richtig davon aus, dass dem Schutz der Privatsphäre als einem verfassungsmäßig garantierten Grundrecht stets — und zwar auch im Privatrecht — besondere Bedeutung zukommt (vgl. BVerfGE 35, 202 [220] = NJW 1973, 1226; Senatsurteile BGHZ 24, 200 [208 f.] = NJW 1957, 1315; BGHZ 73, 120 [122f.] = NJW 1979, 647; BGHZ 131, 332 [337] = NJW 1996, 1128; BGH, JZ 1965, 411 [413] — Gretna Green) und dieses Recht jedermann, auch einer Person der Zeitgeschichte zusteht (vgl. BGHZ 131, 332

[338] = NJW 1956,1128).

b. Anerkennung der Betätigung der Bekl. im Rahmen der Pressefreiheit

Es hat weiterhin zutreffend angenommen, dass der Bekl. im Rahmen des Grundrechts auf Pressefreiheit (Art. 5 I 2 GG) handelt, die die institutionelle Eigenständigkeit der Presse von der Beschaffung der Information bis zur Verbreitung der Nachricht und der Meinung gewährleistet (vgl. BVerfGE 10, 118 [121] = NJW 1960, 29; BVerfGE 66, 116 [133] = NJW 1984, 1741; Senatsurteil BGHZ 151, 26 [31] = NJW 2002, 2317 m.w. Nachw.). Auch wenn die vom Bekl. unterstützte Berichterstattung über die Anwesen so genannter Prominenter in erster Linie das Bedürfnis einer mehr oder minder breiten Leserschicht nach oberflächlicher Unterhaltung befriedigt, ist sie vom Grundrecht der Pressefreiheit grundsätzlich umfasst (vgl. BVerfGE 101, 361 [389 ff.] = NJW 2000, 1021; hierzu Senat, NJW 1999, 2893 = VersR 1999, 1250 [1251]). Denn die Pressefreiheit gilt für alle Presseveröffentlichungen ohne Rücksicht auf ihren Wert (vgl. BVerfGE 25, 296 [307] = NJW 1969, 1019; BVerfGE 66, 116 [134] = NJW 1984, 1741; BVerfGE 101, 361 [389ff.] = NJW 2000, 1021; Senat, NJW 1991, 1532 = VersR 1991, 433 [435]). Der Informationswert spielt allerdings bei der beiderseitigen Interessenabwägung durchaus eine Rolle. Je größer der Informationswert für die Öffentlichkeit ist, desto mehr muss das Schutzinteresse desjenigen, über den informiert wird, hinter den Informationsbelangen der Öffentlichkeit zurücktreten. Umgekehrt wiegt aber auch der Schutz der Persönlichkeit des Betroffenen umso schwerer, je geringer der Informationswert für die Allgemeinheit ist (vgl. BVerfGE 101, 361 [391] = NJW 2000, 1021; BVerfG, NJW 2000, 2194 [2195]; Senat, BGHZ 131, 332 [342] NJW 1996, 1128 m.w. Nachw.).

c. Verbreitetes Interesse der Öffentlichkeit an solchen Luftbildaufnahmen trotz reinen Unterhaltungswertes

Zutreffend geht das BerGer. davon aus, dass an derartigen Luftbildaufnahmen ein verbreitetes Interesse besteht, das von den Medien entsprechend befriedigt wird. Des Weiteren stoßen Wort- und Bildberichterstattungen über die beliebte Ferieninsel M. auf beträchtliche Beachtung, weil zum einen die Insel selbst im Blickpunkt steht, zum anderen aber auch Personen mit hohem Bekanntheitsgrad und deren Lebensgewohnheiten und Wohnverhältnisse auf der Insel. Auch die Kl. als prominente Fernsehjournalistin zieht das Interesse eines breiten Publikums auf sich. All das stellt die Revision nicht in Frage. Mag auch

dieses Interesse nicht als besonders wertvoll zu qualifizieren sein und insbesondere keine für die Allgemeinheit wichtigen Belange betreffen, so kann doch das Bedürfnis nach seiner Befriedigung nicht von vornherein als unberechtigt aus dem Schutzbereich der für die freiheitlich-demokratische Grundordnung schlechthin konstituierenden Pressefreiheit ausgegrenzt werden. Gerade bei der Presse muss vielmehr die Notwendigkeit einer Einschränkung der Freiheit der Berichterstattung überzeugend nachgewiesen werden (BVerfGE 35, 202 [221] = NJW 1973, 1226; BVerfGE 101, 361 [389f.] = NJW 2000, 1021; Senat, NJW 1999, 2893 = VersR 1999, 1.50 [1251]). Auch durch unterhaltende Beiträge findet nämlich Meinungsbildung statt, sie können diese unter Umständen sogar nachhaltiger anregen und beeinflussen als sachbezogene Informationen. Unterhaltung in der Presse ist aus diesem Grund, gemessen am Schutzziel der Pressefreiheit, nicht unbeachtlich oder gar wertlos (BVerfGE 101, 361 [389f.] = NJW 2000, 1021).

d. Zur Abwägung der widerstreitenden Rechte der Beteiligten

Diesem Gesichtspunkt kommt bei der Abwägung der betroffenen Grundrechtspositionen wesentliche Bedeutung zu. Insgesamt führt die Abwägung zu dem Ergebnis, dass unter den besonderen Umständen des Streitfalls das Grundrecht aus Art. 5 I 1 und 2 GG das Schutzinteresse der Kl. überwiegt. Da weder der Kernbereich der Privatsphäre berührt noch ihr räumlich gegenständlicher Schutzbereich nachhaltig beeinträchtigt werden, ist die Intensität des Eingriffs in die Privatsphäre der Kl. gering. Insoweit hat die Kl. nicht vorgetragen, dass sie auf Grund der streitgegenständlichen Bildveröffentlichungen in der Nutzung ihres Anwesens gestört worden sei oder dass die Verbreitung der Information, sie nutze ein ansehnliches Feriendomizil auf M., negative Auswirkungen nach sich gezogen hätte. Bei dieser Sachlage ist nicht ersichtlich, dass ihr berechtigtes Interesse an einer ungestörten Privatsphäre durch die fragliche Veröffentlichung in seiner Substanz verletzt würde. Zudem handelt es sich vom Gegenstand der Abbildung her nicht um einen Eingriff in den Kernbereich der Privatsphäre, sondern nur in deren Randzone. Typischerweise werden Dinge als privat eingestuft, deren öffentliche Erörterung oder Zurschaustellung als unschicklich gilt, deren Bekanntwerden als peinlich empfunden wird oder nachteilige Reaktionen der Umwelt auslöst und die jedenfalls nicht für die Öffentlichkeit bestimmt sind (vgl. hierzu BVerfGE 101, 361 [382 f.] = NJW 2000, 1021). Demgegenüber geht es vorliegend um Lichtbildaufnahmen, die keine Personen zeigen, sondern auf denen lediglich Ge-

bäude und Grundstücksteile in denkbar unpersönlicher Weise abgebildet sind und die von daher einen hohen Grad von Abstraktheit aufweisen. Hinzu kommt, dass sie ein Auffinden des Grundstücks nicht ermöglichen, sondern es hierfür einer Wegbeschreibung bedarf.

e. Mangelnde Verletzung infolge der Selbstveröffentlichung

Liegt mithin schon von der Intensität her kein schwerwiegender Eingriff in das Persönlichkeitsrecht der Kl. vor, so wird dieser noch dadurch herabgemindert, dass die Kl. selbst durch eigene Veröffentlichungen einem breiten Publikum ihre Wohn- und Lebensverhältnisse auf M. bekannt gemacht hat.

Was der erkennende Senat insoweit im Parallelverfahren — VI ZR 404/02 — im Urteil vom heutigen Tag (NJW 2004, 766) ausgeführt hat, muss auch für den vorliegenden Fall gelten. Die dortige Kl. hatte eine umfangreiche Wort- und Bildberichterstattung in deutschen Zeitungen und Zeitschriften sowie in dem Buch „M. — Exklusiv“ über ihr Feriendomizil auf der Insel und ihr Leben dort teilweise hingenommen und teilweise sogar gebilligt. Da die oben beschriebenen Luftbildaufnahmen in der Sache kaum noch Neues hinzufügten, führt die Abwägung zwischen den Grundrechten aus Art. 1 und 3 GG und aus Art. 5 GG dazu, dem Letzterem den Vorrang zu geben.

Das gilt erst recht für den vorliegenden Fall, in dem die Kl. den Teil ihrer Privatsphäre, dessen Schutz sie mit der Klage einfordert, durch Veröffentlichungen einem breiten Publikum begemacht hat. Die Informationen, dass sie eine Finca auf M. als Domizil nutzt, lässt sich dem von ihr verfassten Buch „Socke und Konsorten“ entnehmen, das auch Fotos von ihrer Person auf der Terrasse des Hauses, am Pool und im Garten enthält. Erfolglos rügt die Revision hierzu, das BerGer. gehe ohne hinreichende tatsächliche Grundlage von entsprechenden Vorveröffentlichungen durch die Kl. aus. Das Buch befindet sich bei den Akten und hat in der mündlichen Verhandlung zur Augenscheinseinnahme vorgelegen. Unter diesen Umständen liegt auf der Hand, dass auch in diesem Fall das Grundrecht aus Art. 5 GG den Vorrang gegenüber dem nur unwesentlich beeinträchtigten Persönlichkeitsrecht der Kl. verdient (vgl. Senat, NJW 1999, 2893 = VersR 1999, 1250 [1251]).

B. Revision des Bekl.

Auch die Revision des Bekl. bleibt erfolglos. Das BerGer. hat zu Recht einen Anspruch der Kl. auf Unterlassung der Veröffentlichung bzw. Verbreitung der Wegbeschreibung zum Haus der Kl. nach §§ 823 I, 1004 I BGB, Art. 1 I 1, 2 I GG gegen den Bekl. bejaht.

I. Verletzung des Persönlichkeitsrechts der Kl. bezüglich ihrer informationellen Selbstbestimmung

Durch die Veröffentlichung der Wegbeschreibung wird das Recht der Kl. auf informationelle Selbstbestimmung als Ausprägung ihres Anspruchs auf Schutz ihrer Privatsphäre verletzt (BVerfGE 65, 1 [41 ff.] = NJW 1984, 419; BVerfGE 2, 155 [170] = NJW 1986, 1859; BVerfGE 78, 77 [84] = NJW 1988, 2031; Senat, NJW 1991, 1532 = VersR 1991, 433 [434]; DtZ 1994, 343 = VersR 1994, 1116 [1117]). Auch dieses Recht ist nicht schrankenlos gewährleistet. Der Einzelne hat keine absolute, uneingeschränkte Herrschaft über „seine“ Daten; denn er entfaltet seine Persönlichkeit innerhalb der sozialen Gemeinschaft. In dieser stellt die Information, auch soweit sie personenbezogen ist, einen Teil der sozialen Realität dar, der nicht ausschließlich dem Betroffenen allein zugeordnet werden kann. Über die Spannungslage zwischen Individuum und Gemeinschaft ist im Sinne der Gemeinschaftsbezogenheit und -gebundenheit der Person zu entscheiden (vgl. BVerfGE 65, 1 [43ff.] = NJW 1984, 419; BVerfGE 78, 77 [85ff.] = NJW 1988, 2031; BVerfGE 84, 192 [195] = NJW 1991, 2411; Senat, NJW 1991, 1532 = VersR 1991, 433 [434]).

II. Feststellung des verletzenden Eingriffs

Das BerGer. hat zu Recht angenommen, dass der Bekl. durch die Weitergabe der Wegbeschreibung an die Zeitschrift „TV-M.“ dazu beigetragen hat, einer breiten Öffentlichkeit die genaue Lage des Grundstücks bekannt und dieses damit für einen unbestimmten Personenkreis wesentlich leichter erreichbar zu machen. Zwar greift nach der Rechtsprechung des erkennenden Senats die Veröffentlichung von Namen, Adresse und Telefonnummer im Einzelfall nicht rechtswidrig in die Privatsphäre ein, sofern diese personenbezogenen Daten von jedem ohne Mühe aus allgemein zugänglichen Quellen, wie zum Beispiel aus dem Telefonbuch, ersichtlich sind und daher keine „sensiblen“ Daten darstellen (Senat, NJW 1991, 1532 = VersR 1991, 433 [434]; s. auch LG Hamburg, AfP 1996, 185 [186]).

Im vorliegenden Fall ist diese Voraussetzung aber schon deshalb nicht erfüllt, weil es eine allgemein zugängliche Sammlung von Wegbeschreibungen nicht gibt und eine Wegbeschreibung weit über eine Adresenangabe, wie sie Telefonbücher enthalten können, hinausgeht.

III. Keine Beschränkbarkeit des Persönlichkeitsrechts aus Gründen des Gemeinwohls

Die Kl. hat die Beeinträchtigung ihres Rechts auf informationelle Selbstbestimmung auch nicht aus Grün-

den des Gemeinwohls oder im Hinblick auf das allgemeine Informationsinteresse hinzunehmen. Zutreffend nimmt das BerGer. an, dass die Veröffentlichung der Wegbeschreibung allein dem Zweck dient, die Kl. für die Öffentlichkeit erreichbar zu machen. Die öffentliche Bekanntgabe der genauen Lage der Finca setzt die Kl. aber gerade einer erhöhten Gefahr des Eindringens Dritter in ihren privaten Bereich aus.

Die Revision des Bekl. wendet dagegen erfolglos ein, das Anwesen sei bereits durch das Anbringen eines Namensschilds und auf Grund der vermarktenden Mitteilung des Namens „Cassis“ in den Büchern der Kl. für die breite Öffentlichkeit identifizierbar gemacht worden. Von einer Veröffentlichung mit dem der Wegbeschreibung vergleichbaren Informationsgehalt durch die Kl. kann nicht ausgegangen werden. Nach den von der Revision nicht angegriffenen Feststellungen des BerGer. ist den Auszügen aus den Büchern der Kl. bzw. Presseveröffentlichungen von April 2002 die genaue Lage des Anwesens nicht so zu entnehmen, dass es möglich wäre, ohne weitere Recherchen das Grundstück aufzusuchen.

IV. Zur Störereigenschaft des Bekl.

Ohne Erfolg wendet sich schließlich die Revision gegen die Rechtsauffassung des BerGer., dass der Bekl. als Störer für die Veröffentlichung der Wegbeschreibung verantwortlich sei.

1. Irrelevanz einer etwaigen eigenmächtigen Veröffentlichung durch die Redaktion von „TV-M.“

Selbst wenn die Redaktion mit der Veröffentlichung eigenmächtig gehandelt haben sollte, wurde durch die Weitergabe der Wegbeschreibung durch den Bekl. deren Veröffentlichung und damit die Beeinträchtigung des Rechts der Kl. jedenfalls ermöglicht. Auf Grund der Gesamtumstände der Übermittlung an die Redaktion von „TV-M.“ zusammen mit den Fotos der Finca zum Zwecke der Veröffentlichung war nahe liegend, dass die Wegbeschreibung ebenfalls veröffentlicht werden würde. Es ist daher, so das BerGer. zu Recht, unerheblich, dass der Bekl. — wie er behauptet — die genaue Wegangabe dem recherchierenden Journalisten von „TV-M.“ lediglich zu dem Zweck mitgeteilt habe, damit dieser in der Lage sei, das Grundstück zu finden. Da der Bekl. keinerlei Vorkehrungen getroffen hat, die Veröffentlichung trotz bestehender Veröffentlichungsgefahr zu verhindern, war diese und die damit verbundene Rechtsbeeinträchtigung zu befürchten.

2. Irrelevanz des Umfangs der Tatbeteiligung

Sind an einer Beeinträchtigung — wie im vorliegenden

Fall — mehrere Personen beteiligt, so kommt es für die Frage, ob ein Unterlassungsanspruch gegeben ist, grundsätzlich nicht auf Art und Umfang des Tatbeitrags oder auf das Interesse des einzelnen Beteiligten an der Verwirklichung der Störung an (vgl. Senat, NJW 1976, 799 [800] m. w. Nachw.; NJW 1986, 2503 = VersR 1986, 1075 [1076]). Der Unterlassungsanspruch wegen einer Presseveröffentlichung richtet sich zwar grundsätzlich gegen den Verleger der beanstandeten Veröffentlichung sowie gegen die verantwortlichen Redakteure (Senat, BGHZ 39, 124 [129] = NJW 1963, 902 Fernsehansagerin; BGH, NJW-RR 1994, 872 [873]). Als (Mit-)Störer haftet — grundsätzlich unabhängig von Art und Umfang seines eigenen Tatbeitrags — aber auch jeder, der in irgendeiner Weise willentlich und adäquat kausal an der Herbeiführung der rechtswidrigen Beeinträchtigung mitgewirkt hat, wobei als Mitwirkung auch die Unterstützung oder die Ausnutzung der Handlung eines eigenverantwortlich handelnden Dritten genügt, sofern der in Anspruch Genommene die rechtliche Möglichkeit zur Verhinderung dieser Handlung hatte. Dem negatorischen Unterlassungsbegehren steht auch nicht entgegen, dass dem in Anspruch genommenen die Kenntnis der die Tatbestandsmäßigkeit und die Rechtswidrigkeit begründenden Umstände fehlen. Ebenso ist Verschulden nicht erforderlich (vgl. Senat, NJW 1976, 799 [800]; BGH, NJW-RR 1994, 872 [873]; NJW-RR 1991, 1258 [1259]).

3. Vorliegen des erforderlichen Kausalzusammenhangs

Die Verantwortlichkeit des Bekl. scheidet danach entgegen der Auffassung der Revision nicht deshalb, weil ihm die Veröffentlichung haftungsrechtlich nicht zugerechnet werden könnte. Das BerGer. hat zutreffend den adäquaten Zusammenhang zwischen der Weitergabe der Wegbeschreibung und deren Veröffentlichung bejaht. Letztere war nach dem gewöhnlichen Verlauf der Dinge nahe liegend, nachdem der Bekl. gegen die zu befürchtende Veröffentlichung keine durchgreifenden Vorkehrungen, zum Beispiel in Form einer ausdrücklichen vertraglichen Einzelvereinbarung, getroffen hat. Es ist schon zweifelhaft, ob der allgemeine Hinweis in der Broschüre, auf den sich der Bekl. beruft, dass der Nachdruck auch auszugsweise ohne schriftliche Genehmigung nicht gestattet sei, sich gegen den Kunden richtet, der auf Grund eines Vertrags das Material vom Bekl. bekommt. Jedenfalls ist er — wie der vorliegende Fall zeigt — völlig ungeeignet, die Veröffentlichung zu verhindern.

Standort: Vertrag zugunsten Dritter**Problem: Übertragung auf den Todesfall hin**

BGH, URTEIL VOM 26.11.2003

IV ZR 438/02 (NJW 2004, 767)

Problemdarstellung:

Mit diesem Urteil widmet sich der BGH einen klassischen Konkurrenzproblem zwischen dem Erbrecht und dem Vertrag zugunsten Dritter auf den Todesfall, §§ 328, 331 BGB.

Die Kl. verlangte im Hinblick auf das Testament der Erblasserin Zahlung von 52317,67 DM. Im Testament vom 5. 6. 1996 teilte die Erblasserin ihre Sparbriefe, die ihr wesentliches Vermögen darstellten, zu je einem Drittel auf die Kl., den Bekl. und einen weiteren Miterben auf. Der Bekl. berief sich demgegenüber auf eine weitere Verfügung zu Gunsten Dritter für den Todesfall, mit der die Erblasserin am 25.03.1996 durch ihre Unterschrift auf einem vorgedruckten Formular der Sparkasse den Bekl. bezüglich des gesamten von den Miterben herausverlangten Guthabens begünstigt hatte. Die Kl. macht geltend, die Erblasserin habe sich bei Unterzeichnung der Verfügung zu Gunsten Dritter in einem Irrtum befunden, da sie dem Bekl. lediglich Kontenvollmacht habe einräumen wollen.

Der BGH bemängelt zunächst, dass die Vorinstanzen in nicht ausreichender Weise zwischen dem Deckungsverhältnis (Vertrag zug. Dritter auf den Todesfall, §§ 328, 331 BGB) und dem Valutaverhältnis (Schenkung der Erblasserin an den Bekl.) differenziert haben; vielmehr würde durch die Vorinstanzen nicht geklärt, auf welches Rechtsverhältnis sich die Anfechtung nunmehr bezieht. In verfahrensrechtlicher Hinsicht bemängelt der BGH, dass das BerGer. auf die Vernehmung eines Zeugen trotz Beweisangebots verzichtet hat. Bei der Zurückweisung eines Beweismittels als ungeeignet ist größte Zurückhaltung geboten; es muss jede Möglichkeit ausgeschlossen sein, dass der übergangene Beweisantrag Sachdienliches ergeben könnte.

Im Übrigen bestätigt der BGH seine höchstrichterliche Rechtsprechung, dass Deckungs- und Valutaverhältnis beim Vertrag zugunsten Dritter (§§ 328, 331 BGB) nicht dem Erbrecht, sondern allein dem Schuldrecht unterliegen. Die Frage der Anfechtbarkeit richtet sich dementsprechend ausschließlich nach §§ 119 ff. BGB und nicht nach § 2078 BGB.

Prüfungsrelevanz:

Zur Examensvorbereitung ist die Lektüre dieses Ur-

teils für jeden Studenten oder Referendaren empfehlenswert, da ein klassisches Problem im Drei-Personen-Verhältnis behandelt wird: Verträge zugunsten Dritter auf den Todesfall, § 331 BGB.

Derartige Fallkonstellationen bereiten dem Examenkandidaten vor allem deshalb Probleme, weil sie eine stringente Trennung zwischen dem Deckungsverhältnis (Vertrag zwischen Versprechenden und Versprechensempfänger, § 328 BGB) und dem Valutaverhältnis (Vertrag zwischen dem Versprechensempfänger und dem Dritten (z.B. Schenkung) verlangen. Dabei berühren die Voraussetzungen, Wirksamkeit und Rechtsfolgen des einen Rechtsverhältnisses - aufgrund der Relativität der Schuldverhältnisse - nicht zwangsläufig das andere Rechtsverhältnis. Diese getrennte Handhabung der beiden Rechtsverhältnisse verlangt ein hohes Maß an Abstraktion im Denkvermögen.

Zum anderen behandelt dieses Urteil ein weiteres klassisches Lehrbuch- und Prüfungsproblem: die Trennung zwischen Erbrecht und Vertragsabschlüssen auf den Todesfall hin. Der BGH macht auch in diesem Fall seine bisherige Rechtsprechung deutlich, dass erbrechtliche Regelungen - wie hier die Anfechtungsvorschrift von § 2078 BGB - im Vertragsrecht weder direkte noch analoge Anwendung findet.

Vertiefungshinweise:

BGH, NJW 1993, 2171; Langenfeld, LM H. 9/1993 § 331 BGB Nr. 9

Kursprogramm:

- Examenskurs*: "Das Sparbuch auf den Todesfall"
- Klausurenkurs*: "Die begehrte Briefmarkensammlung"
- Assessorkurs*: "Der undankbare Neffe"

Leitsätze:

Überträgt eine Erblasserin Vermögen durch eine unter Lebenden vollzogene Verfügung zu Gunsten Dritter auf den Todesfall (§§ 518 II, 2301 II BGB), unterliegen die auf diese Weise begründeten Rechtsbeziehungen nicht nur im Deckungs-, sondern auch im Valutaverhältnis den allgemeinen Regeln für Rechtsgeschäfte unter Lebenden, nicht aber dem Erbrecht. Das gilt sowohl für die rechtliche Einordnung der im Valutaverhältnis begründeten Rechtsbeziehung als auch für deren Anfechtung.

Sachverhalt:

Die Kl. verlangt im Hinblick auf das Testament der Erblasserin Zahlung von 52317,67 DM (jetzt: 26749,59 Euro). In diesem Testament vom 5. 6. 1996 teilt die Erblasserin ihre Sparbriefe, die ihr wesentliches Vermögen darstellten, zu je einem Drittel auf die Kl., den Bekl. und einen weiteren Miterben auf. Nach Abzug des Guthabens eines Kontos, das die Erblasserin dem Bekl. bereits im Jahre 1984 durch Verfügung zu Gunsten Dritter zugewandt hatte, sowie zweier Vermächtnisse zu Gunsten der Kinder der Kl. belief sich das restliche Guthaben der Erblasserin bei ihrer Sparkasse beim Erbfall auf 156 953 DM, das heißt das Dreifache der Klageforderung. Die Erblasserin hat im Testament angeordnet, dass der Bekl. berechtigt sei, ihr Vermögen zu verwalten. Er hat das Amt des Testamentsvollstreckers mit Schreiben vom 27. 5. 1997 angenommen. Vor der Kl. forderte bereits der an diesem Verfahren nicht beteiligte dritte Miterbe die Aufteilung des Guthabens der Erblasserin bei der Sparkasse. Der Bekl. betrieb sich demgegenüber auf eine weitere Verfügung zu Gunsten Dritter für den Todesfall, mit der die Erblasserin am 25. 3. 1996 durch ihre Unterschrift auf einem vorgedruckten Formular der Sparkasse den Bekl. bezüglich des gesamten von den Miterben herausverlangten Guthabens begünstigt hatte, sofern der Bekl. die Erblasserin überleben werde. Mithin stehen nach Ansicht des Bekl. den anderen Miterben keine Ansprüche auf das Sparkassenguthaben zu; ein Widerruf der zu seinen Gunsten getroffenen Verfügung durch das Testament der Erblasserin sei nicht möglich. Der weitere Miterbe erklärte darauf mit Anwaltsschreiben vom 11. 9. 1997 gegenüber dem Anwalt des Bekl., er fechte die Verfügung zu Gunsten Dritter vom 25. 3. 1996 an; die Erblasserin sei unmittelbar nach Beerdigung ihres Mannes am 21. 3. 1996 wegen ihrer Krebserkrankung zur Sterbebegleitung in das Hospiz aufgenommen worden, in dem sie am 22. 9. 1996 verstarb; der Bekl. habe lediglich als Testamentsvollstrecker Verfügungsgewalt über das Guthaben der Erblasserin erlangen sollen, die Verteilung des Guthabens ergebe sich aber aus dem wenig später errichteten Testament. Es kam zu einem Rechtsstreit zwischen dem weiteren Miterben und dem Bekl., in dem Letzterer rechtskräftig zur Zahlung von 52317,67 DM verurteilt wurde. Im Anschluss an jenes Verfahren macht die Kl. geltend, die Erblasserin habe sich bei Unterzeichnung der Verfügung zu Gunsten Dritter vom 25.03.1996 in einem Irrtum befunden, da sie dem Bekl. lediglich Kontenvollmacht habe einräumen wollen. Er habe das Sparkassenguthaben nach Abzug von Nachlassverbindlichkeiten unmittelbar an die anderen Erben auszahlen sollten. Die Anfechtung des weiteren Miterben wirke auch zu

ihren Gunsten. Der Bekl. behauptet dagegen, die Erblasserin habe ihm das gesamte Guthaben geschenkt. Das LG hat den Bekl. antragsgemäß verurteilt; das OLG hat dessen Berufung zurückgewiesen. Die Revision des Bekl. führte zur Aufhebung und Zurückverweisung.

Aus den Gründen:*A. Entscheidung und Begründung der Vorinstanzen*

Nach Ansicht der Vorinstanzen kann die Kl. den geforderten Betrag vom Bekl. gem. §§ 2218, 667 BGB verlangen. Denn die Verfügung zu Gunsten Dritter für den Todesfall vom 25. 3. 1996 sei wirksam angefochten worden.

Die Vorschrift des § 2078 BGB sei auf den vorliegenden Fall entsprechend anwendbar. Nach Meinung des BerGer. entfalten die Urteile in dem vorangegangenen Verfahren des dritten Miterben gegen den Bekl. zwar keine Rechtskraft im Verhältnis der Kl. zum Bekl. Wie aber aus der im Urkundenbeweis verwertbaren Zeugenvernehmung in jenem Verfahren hervorgehe, habe sich die Erblasserin tatsächlich in dem behaupteten Irrtum befunden. Dafür spreche insbesondere ihr nur gut zwei Monate später errichtetes Testament. Für eine zwischenzeitliche Änderung des Zuwendungswillens fehle jeder Anhalt. Einer erneuten Vernehmung des Mitarbeiters der Sparkasse, in dessen Gegenwart die Erblasserin die Verfügung vom 25. 3. 1996 errichtet habe, bedürfe es nicht. Auf ihn komme es zwar entscheidend an, er habe sich aber schon bei seiner Vernehmung in dem vorangegangenen Verfahren nicht mehr erinnern können, was mit der Erblasserin konkret besprochen worden sei. Die von dem dritten Miterben mithin wirksam erklärte Anfechtung komme nach der Rechtsprechung des BGH (NJW 1985, 2025 [unter III] = LM § 2080 BGB Nr. 3) auch der Kl. zugute.

B. Entscheidung des BGH in der Revision

Diese Würdigung ist in rechtlicher Hinsicht aus mehreren Gründen zu beanstanden.

I. Trennung zwischen Deckungs- und Valutaverhältnis

Sie lässt zunächst außer Betracht, dass bei der am 25. 3. 1996 zwischen der Erblasserin, ihrer Sparkasse und dem Bekl. vereinbarten Verfügung zu Gunsten Dritter auf den Todesfall zu unterscheiden ist zwischen dem Deckungsverhältnis der Erblasserin zur Sparkasse einerseits und dem Valutaverhältnis der Erblasserin zum Bekl. andererseits.

1. Zum Deckungsverhältnis (§§ 328, 331 BGB)

Im Deckungsverhältnis liegt ein Vertrag zu Gunsten Dritter, nämlich zu Gunsten des Bekl. vor, durch den dieser einen Anspruch auf das Guthaben gegenüber der Sparkasse nach dem Tod der Erblasserin erworben hat (§§ 328, 331 BGB). Nach gefestigter höchst-richterlicher Rechtsprechung unterliegen die Rechtsbeziehungen im Deckungsverhältnis nicht dem Erbrecht, sondern dem Schuldrecht. Deshalb gilt § 2301 I BGB für sie auch dann nicht, wenn es sich im Valutaverhältnis um eine unentgeltliche Zuwendung handelt (BGHZ 41, 95 [96] = NJW 1964, 1124 = LM § 2301 BGB Nr. 2; BGHZ 66, 8 [12f.] = NJW 1976, 749 = LM § 2301 BGB Nr. 6; BGH, NJW 1984, 480 [unter 1] = LM § 331 BGB Nr. 8). Die besonderen erbrechtlichen Auslegungsregeln für letztwillige Verfügungen sind auf die Auslegung der rechtsgeschäftlichen Vereinbarung, durch die der Anspruch aus § 331 BGB begründet wird, auch nicht entsprechend anwendbar (BGH, NJW 1993, 2171 [unter 2] = LMH. 9/1993 § 331 BGB Nr. 9).

2. Zum Valutaverhältnis

Dementsprechend ist auch die Frage, ob der Begünstigte den auf diese Weise erlangten Anspruch behalten darf oder an die Erben nach § 812 BGB herausgeben muss, also die Frage nach dem rechtlichen Grund im Valutaverhältnis, nicht nach Erbrecht, sondern nach Schuldrecht zu beurteilen (BGH, NJW 1984, 480 [unter 1]). Der BGH hat die Frage, ob derartige Zuwendungen zwar nicht in der Rechtsform, wohl aber in anderen Beziehungen erbrechtlichen Normen unterstellt werden müssen, im Hinblick auf erbvertragliche oder diesen gleichstehende Bindungen des Erblassers durch wechselbezügliches gemeinschaftliches Testament erwogen, aber verneint, um erhebliche Abgrenzungsschwierigkeiten sowie Rechtsunsicherheit zu vermeiden (BGHZ 66, 8 [12 ff.] = NJW 1976, 749 = LM § 2301 BGB Nr. 6). Als Valutaverhältnis kommt, wenn eine unentgeltliche Zuwendung gewollt ist, im Allgemeinen nur eine Schenkung in Betracht; im Hinblick auf den „Von-Selbst-Erwerb“ des Begünstigten ist sowohl Vollziehung i. S. von § 2301 II BGB als auch Heilung des Formmangels gem. § 518 II BGB anzunehmen (BGH, NJW 1984, 480 [unter 1] = LM § 331 BGB Nr. 8). Es sind aber auch andere Rechtsgeschäfte unter Lebenden im Valutaverhältnis möglich, etwa eine ehebedingte Zuwendung; die erbrechtliche Vorschrift des § 2077 BGB ist in einem solchen Fall auf die Begünstigung nicht anwendbar (BGHZ 128, 125 [132 ff.] = NJW 1995, 1082 = LM H. 4/1995 § 2077 BGB Nr. 4). An diesen Grundsätzen hält der Senat fest.

3. Auswirkungen auf den Fall

Die Urteile der Vorinstanzen befassen sich demgegenüber undifferenziert mit der Anfechtung des Vertrages zu Gunsten Dritter für den Todesfall vom 25.03.1996. Nach den Urteilen im vorangegangenen Verfahren betrifft die Anfechtung des dritten Miterben vom 11.09.1997, die er dem Bekl. gegenüber erklärt hat, nicht das Deckungsverhältnis gegenüber der Sparkasse, sondern eine im Valutaverhältnis gegenüber dem Bekl. vorliegende Schenkung. Insoweit bedarf es auch im vorliegenden Verfahren tatrichterlicher Feststellungen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die unter den Parteien streitige Frage, was die Erblasserin mit dem Rechtsgeschäft vom 25.03.1996 bezweckt hat, nicht erst für einen eventuellen Anfechtungsgrund, sondern schon für die rechtliche Charakterisierung des Valutaverhältnisses Bedeutung erlangen kann.

II. Zur Qualifizierung des Valutaverhältnisses

1. Darlegungs- und Beweislast der Kl.

Nach dem Vortrag der Kl. ging es im Valutaverhältnis um einen Auftrag oder eine Geschäftsbesorgung; der Bekl. habe die Guthaben für die Erblasserin verwalten sollen. Insoweit ist wie bei jedem Rechtsgeschäft unter Lebenden gem. §§ 133, 157 BGB maßgebend, was als Wille der Erblasserin für den Bekl. als Empfänger ihrer Erklärung erkennbar geworden ist (vgl. BGH, NJW 1992, 1446 [unter II 1 b] = LM H. 8/1992 § 765 BGB Nr. 81). Für die Behauptung der Kl., der Bekl. habe die Guthaben lediglich verwalten sollen, ist die Kl. beweispflichtig (vgl. Palandt/Sprau, BGB, 62. Aufl., § 667 Rdnr. 10). Da sie aber an dem Rechtsgeschäft zwischen der Erblasserin, der Sparkasse und dem Bekl. vom 25. 3. 1996 nicht beteiligt war, ist der Bekl. zu einer substantiierten Darlegung verpflichtet (vgl. BGH, NJW 1999, 1404 [unter II 2baa] = LM H. 7/1999 § 138 ZPO Nr. 44).

2. Zum gegenseitigen Vorbringen der Parteien zu dieser Frage

Die Kl. hat sich in ihrer Berufungserwiderung auf die Protokolle der Aussagen der vom AG im vorangegangenen Verfahren vernommenen Zeugen bezogen. Danach habe die Erblasserin stets erklärt, ihr Nachlass werde gleichmäßig verteilt. Insbesondere habe sie nach der Beerdigung ihres Mannes am 21. 3. 1996 im Hinblick auf ihre eigene Erkrankung erklärt, der Bekl. solle, da er örtlich und zeitlich am besten verfügbar sei, die Gelddinge für sie regeln, da sie nicht mehr aus dem Hospiz herauskomme. Diesem Vortrag steht nicht etwa der Wortlaut der Verfügung zu Gunsten Dritter für den Todesfall vom

25. 3. 1996 entgegen. Im vorgedruckten Text heißt es zwar: „Für den Fall des Widerrufs der Vereinbarung gelten auch ein darin liegendes Schenkungsversprechen bzw. Schenkungsangebot an den Begünstigten sowie ein etwaiger Auftrag zur Weiterleitung dieses Versprechens/Angebots an ihn als widerrufen.“ Daraus geht aber nicht hervor, dass in der hier getroffenen Vereinbarung zugleich eine Schenkung an den Bekl. als anwesendem Begünstigten liegen sollte.

Der Bekl. hat demgegenüber zum Beweis seines Vortrags, das Bankguthaben der Erblasserin sei ihm durch deren Verfügung zu Gunsten Dritter für den Todesfall vom 25. 3. 1996 geschenkt worden, in der Berufungsbegründung ausdrücklich die Vernehmung des seinerzeit anwesenden Sparkassenangestellten als Zeugen beantragt.

3. *Verfahrensfehlerhafte Entscheidung des BerGer. bezüglich des Verzichts auf die Zeugenvernehmung*

Die Entscheidung des BerGer., im Hinblick auf die von ihm als Urkunden verwerteten Vernehmungsprotokolle des vorangegangenen Verfahrens sowie den Inhalt des Testaments von der erneuten Vernehmung auch des vom Bekl. zum Zwecke des unmittelbaren Beweises benannten Zeugen abzusehen, ist rechtsfehlerhaft, wie die Revision mit Recht rügt (vgl.: BGH, NJW 2000, 1420 [unter II 2 a] = LM H. 6/2000 § 690 ZPO Nr. 13). Daran ändert die Meinung des BerGer., der Zeuge werde sich jetzt nicht genauer erinnern können als bei seiner Vernehmung im Jahre 1999, nichts. Der Richter darf auch im Zivilverfahren von der Erhebung zulässiger und rechtzeitig angetretener Beweise nur dann absehen, wenn das Beweismittel völlig ungeeignet oder die Richtigkeit der unter Beweis gestellten Tatsache bereits erwiesen ist; bei der Zurückweisung eines Beweismittels als ungeeignet ist größte Zurückhaltung geboten; es muss jede Möglichkeit ausgeschlossen sein, dass der übergangene Beweisantrag Sachdienliches ergeben könnte (BVerfG, NJW 1993, 254 [unter 1 b]; vgl. auch BGH, NJW 1999, 143 = LM H. 5/1999 § 286 [B] ZPO Nr. 115 = BGHR ZPO § 286 Abs. 1, Beweisantrag, Ablehnung 20). Hier hat der Zeuge im vorangegangenen Verfahren unter anderem bekundet, wenn jemand möchte, dass das Guthaben zum Zeitpunkt seines Todes vom Begünstigten verteilt werden solle, werde von Seiten der Sparkasse darauf hingewiesen, dass die Verfügung zu Gunsten Dritter nicht der richtige Vertrag sei. Das BerGer. hat mithin unzulässig eine vorweggenommene Beweiswürdigung vorgenommen.

4. *Erfordernis einer Zurückverweisung*

Die Sache muss daher zur weiteren Aufklärung schon

der Frage, wie der Bekl. unter Berücksichtigung aller ihm bekannten Umstände das von der Erblasserin ihm gegenüber am 25. 3. 1996 begründete Valutaverhältnis verstehen durfte, an das BerGer. zurückverwiesen werden.

Die Kl. nimmt den Bekl. im Übrigen nicht, wie das LG gemeint hat, in seiner Eigenschaft als Testamentsvollstrecker aus § 2218 BGB in Anspruch, sondern persönlich. Auch nach der Behauptung des Bekl. ist das streitige Guthaben nicht in den Nachlass gefallen. Zwar macht die Kl. ihren Anspruch als Miterbin geltend (§§ 2039, 667 BGB in Verbindung mit dem Testament; der Nachlass ist nach den insoweit unangegriffenen Feststellungen des LG im Übrigen bereits auseinander gesetzt und eine Klage unmittelbar auf Zahlung an die Kl. ohne besondere Erbaueinandersetzung daher zulässig). Der Anspruch richtet sich gegen den Bekl. aber in seiner Eigenschaft als Nachlassschuldner, so dass das Prozessführungsrecht der Erbin selbst zusteht (BGH, NJW-RR 2003, 217 = ZEV 2003, 75 [unter 1]).

III. *Anmerkungen zur Anfechtung einer etwaigen Schenkung*

Sollte das BerGer. zu dem Ergebnis gelangen, dass im Valutaverhältnis von einer Schenkung an den Bekl. auszugehen ist, kommt es weiterhin auf die hier erklärte Anfechtung an. Hierzu gibt der Senat folgende Hinweise:

1. *Zur Anwendbarkeit von § 2078 BGB*

Im Schrifttum wird die — von den Vorinstanzen zu Grunde gelegte — Ansicht vertreten, die erbrechtliche Anfechtungsregelung in § 2078 BGB sei entsprechend auch auf Verträge zu Gunsten Dritter auf den Todesfall anzuwenden (Leipold, in: MünchKomm, BGB, 3. Aufl., § 2078 Rdnr. 15; Palandt/Edenhofer, § 2078 Rdnr. 12; Soergel/Loritz, BGB, 13. Aufl., § 2078 Rdnr. 9; v.Hippel, NJW 1966, 867; a.A. Staudinger/Otte, BGB, 2003, § 2078 Rdnr. 4). Nach Auffassung des Senats steht jedoch der Schutz des Vertragspartners der Rechtsgeschäfte unter Lebenden, die im Deckungs-, aber auch im Valutaverhältnis geschlossen werden, einer Erweiterung der sich aus §§ 119 ff. BGB ergebenden Anfechtungsmöglichkeiten entgegen. Es wäre auch nicht gerechtfertigt, dem Vertragspartner den von § 2078 III BGB ausgeschlossenen Schadensersatzanspruch aus § 122 BGB zu nehmen. Dass die verfügende Partei durch einen solchen Vertrag zu ihren Lebzeiten wirtschaftlich nicht belastet und insofern nicht mehr mit den Folgen des Geschäfts konfrontiert wird, wie das BerGer. und die Kl. hervorheben, ist nicht allein maßgebend.

2. Zum Anfechtungsrecht gem. § 119 BGB

Das Anfechtungsrecht nach § 119 BGB geht beim Tod des Erklärenden auf dessen Erben über; es kann grundsätzlich nur von allen Miterben gemeinschaftlich ausgeübt werden (RGZ 107, 238 [239]; BGH, NJW 1951, 308; Mayer-Maly/Busche, in: MünchKomm, BGB, 4. Aufl., § 142 Rdnr. 6). Da es hier der Begründung eines Anspruchs gegen den Bekl. persönlich dient, steht diesem als Miterben wegen des Interessenwiderstreits kein Stimmrecht zu (vgl. BGHZ 56, 47 [53] = NJW 1971, 1265; BGH, NJW 2003, 3268 = MDR 2003, 1116 [1117]). Die Anfechtung muss nicht von allen Miterben gleichzeitig und in einem einheitlichen Rechtsakt erklärt werden; wie auch sonst bei Verfügungsgeschäften der Miterben genügen zeitlich aufeinander folgende Erklärungen oder die Genehmigung einer Erklärung, die von einem Miterben zugleich für die anderen abgegeben worden ist (vgl. Dütz, in: MünchKomm, § 2040 Rdnr. 14). Insoweit wird der Tatrichter das Verhalten der Kl. gegebenenfalls aufzuklären und auszulegen haben. Die Anfechtung ist gegenüber dem Empfänger der anzufechtenden Willenserklärung zu erklären; da es hier um das Valuta-

verhältnis geht, wäre der Bekl. (und nicht, wie die Revision meint, die Sparkasse) der richtige Erklärungsempfänger.

Die Anfechtung muss gem. § 121 BGB unverzüglich erfolgen, nachdem der Anfechtungsberechtigte von dem Anfechtungsgrund Kenntnis erlangt hat. Insoweit bliebe also weiterhin zu klären, wann die Kl. des vorliegenden und der Kl. des vorangegangenen Verfahrens die erforderliche Kenntnis erlangt und ob sie unter Berücksichtigung einer angemessenen Überlegungsfrist rechtzeitig angefochten haben. Dabei kommt die Kenntnis eines Anfechtungsgrundes erst in Betracht, wenn überhaupt von einem durch Irrtum beeinflussten Rechtsgeschäft im Valutaverhältnis auszugehen ist. Eine Verzögerung könnte überdies entschuldbar sein, soweit nach der Rechtsauffassung beider Vorinstanzen eine eigene Anfechtung durch die Kl. nicht erforderlich war.

Schließlich bliebe zu prüfen, ob: die Erblasserin in einem zur Anfechtung berechtigenden Irrtum war. Auch insofern durfte das BerGer. nicht ohne Vernehmung des von dem Bekl. als Zeugen benannten Mitarbeiters der Sparkasse entscheiden.

Standort: Gesellschaftsrecht

Problem: Haftung bei Sozietätsgründung

BGH, URTEIL VOM 22.01.2004
IX ZR 65/01 (NJW 2004, 836)

Problemdarstellung:

In diesem Revisionsverfahren musste der BGH sich zu der gesellschaftsrechtlichen Frage äußern, ob ein Rechtsanwalt, der sich mit einem anderen - bis dato als Einzelanwalt tätigen - Rechtsanwalt zu einer Sozietät zusammenschließt, für die bisher schon begründeten Verbindlichkeiten seines Kollegen haftbar zu machen ist. Nach der Erörterung von möglichen vertraglichen oder gesetzlichen Haftungsmöglichkeiten lehnt der BGH letztlich eine Verantwortlichkeit des Sozius ab.

Für eine vertragliche Mithaftung des Rechtsanwalts aus der neu geschlossenen Sozietät fehlt es an einer wirksamen Einbeziehung des Sozius in das bereits bestehende Mandatsverhältnis. Nach der Rechtsprechung des BGH erstrecken sich bei der Gründung einer Anwaltssozietät die bereits vorher den einzelnen Anwälten erteilten Einzelmandate nicht ohne weiteres auf die übrigen Mitglieder der Sozietät. Vielmehr bedarf es einer zumindest stillschweigenden Einbeziehung der Sozius in das bisherige Einzelmandat. Eine solche wurde von den Gerichten in diesem Fall nicht erkannt. Eine gesetzliche Mithaftung des Rechtsanwalts aus der neu gegründeten Sozietät - unter analo-

ger Anwendung der §§ 28 I, 128 HGB - wird vom BGH auch abgelehnt.

Sofern die Mitglieder einer Rechtsanwaltssozietät — wie hier — eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts bilden, erstreckt sich die nunmehr nach der neueren Rechtsprechung des BGH bestehende akzessorische Haftung des Gesellschafters einer GbR entsprechend § 128 S. 1 HGB nur auf die Verbindlichkeiten der Gesellschaft, nicht aber auf solche Verpflichtungen, die lediglich in der Person einzelner Mitgesellschafter begründet worden sind. Einer Anwendung von § 28 I HGB steht entgegen, dass es sich bei Anwälten nicht um Kaufleute, sondern um Freiberufler handelt. Für eine Analogie fehlt die Vergleichbarkeit mit dem kaufmännischen Beruf, da die besondere Ausgestaltung der zwischen einem Einzelanwalt und seinen Mandanten bestehenden Rechtsverhältnisse zu berücksichtigen ist.

Im Übrigen fehlt es für Anwälte an der Möglichkeit sich gem. § 28 II HGB durch entsprechende Vereinbarung in einem öffentlichen Register freizuzeichnen. Auch eine Mithaftung analog § 130 HGB lehnt der BGH ab, der Fall der Neugründung einer Sozietät nicht mit dem gesetzlich geregelten Fall des Beitritts zu einer bereits bestehenden Gesellschaft verglichen werden kann.

Prüfungsrelevanz:

In der nicht enden wollenden Rechtsprechung zur Haftung von Gesellschaft und Gesellschaftern bei einer GbR hat der BGH mit dieser Entscheidung eine weitere Facette hinzugefügt, die aufgrund ihrer Aktualität und praktischen Auswirkungen von prüfungsrelevanter Bedeutung sein wird.

Dabei ist die den Ausschlag gebende Rechtsprechung des BGH voranzustellen, dass für die Haftungsfrage der Mitglieder einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts sich nunmehr nach der neueren Rechtsprechung des II. Zivilsenats des BGH entsprechend § 128 S. 1 HGB (vgl. BGHZ 142, 315 [318] = NJW 1999, 3483 = NZG 2000, 30; BGHZ 146, 341 [358] = NJW 2001, 1056 = NZG 2001, 311) akzessorisch nur auf die Verbindlichkeiten der Gesellschaft, nicht aber auf solche Verpflichtungen erstreckt, die lediglich in der Person einzelner Mitgesellschafter begründet worden sind. Diese Rechtsprechung wurde zuletzt dadurch ergänzt, der in eine bestehende GbR neu eintretende Gesellschafter analog § 130 HGB auch für bereits bestehende Altverbindlichkeiten haftet. Ob über eine analoge Anwendung von § 28 I HGB dies nunmehr auch für den die GbR begründenden Zusammenschluss mehrerer Gesellschafter gilt, hat der BGH in dieser Entscheidung offen gelassen wegen der Besonderheiten des Anwaltsverhältnisses. Insoweit sind die weiteren Entscheidungen des BGH abzuwarten.

Vertiefungshinweise:

□ *BGH*, NJW 2003, 1803 = NZG 2003, 577; *K. Schmidt*, JuS 2003, 815; *Westermann*, EWIR § 705 BGB 6/03, 513

Kursprogramm:

□ *Examenskurs*: "Der neue Geschäftswagen der Anwaltssozietät"

Leitsatz:

Schließt sich ein Rechtsanwalt mit einem bisher als Einzelanwalt tätigen anderen Rechtsanwalt zur gemeinsamen Berufsausübung in einer Sozietät in der Form einer GbR zusammen, so haftet er nicht entsprechend § 28 I 1 i.V. mit § 128 S. 1 HGB für die im Betrieb des bisherigen Einzelanwalts begründeten Verbindlichkeiten.

Sachverhalt:

Der Bekl. war vom 3. 1. 1993 bis Anfang 1996 Sozium des Rechtsanwalts K. Dieser ist in einem Rechtsstreit, den der Kl. aus abgetretenem Recht des S (im Folgen-

den: Zedent) führte, rechtskräftig zur Zahlung von 1 435 926,90 DM verurteilt worden. Das dieser Zahlungsklage zu Grunde liegende Vertragsverhältnis zwischen Rechtsanwalt K und dem Zedenten war vor der Gründung der Sozietät mit dem Bekl. zu Stande gekommen. Der Kl. nimmt nunmehr den Bekl. mit der Begründung in Anspruch, dieser hafte als ehemaliger Sozium gesamtschuldnerisch für die von Rechtsanwalt K während des Bestehens der Sozietät begangenen Pflichtverletzungen, die in der Veruntreuung von Mandatengeldern bestünden.

Die Vorinstanzen haben die im Berufungsrechtszug nur noch auf Zahlung von 259722,84 DM an den Kl. sowie von 65645,09 DM an die Sparkasse B gerichtete Klage abgewiesen. Mit der Revision verfolgte der Kl. sein Klagebegehren weiter. Die Revision hatte keinen Erfolg.

Aus den Gründen:*A. Entscheidung und Begründung des BerGer.*

Das BerGer. hat ausgeführt, eine Haftung des Bekl. aus einem zwischen Rechtsanwalt K und dem Zedenten geschlossenen Vertrag ergebe sich nicht allein daraus, dass der Bekl. nach Abschluss des Vertrags mit Rechtsanwalt K eine Sozietät gegründet habe. Zwar werde bei Erteilung eines Mandats an ein Mitglied einer Sozietät in der Regel die gesamte Sozietät beauftragt. Vorliegend sei jedoch lediglich Rechtsanwalt K als seinerzeitiger Einzelanwalt beauftragt worden, nicht also der Bekl., der erst nach Vertragsschluss Sozium von Rechtsanwalt K geworden sei. Der Bekl. sei auch nicht durch Vereinbarung mit dem Zedenten dem Vertrag zwischen diesem und Rechtsanwalt K beigetreten. Auch auf den Zeitpunkt der behaupteten Pflichtverletzung von Rechtsanwalt K, nämlich während des Bestehens der Sozietät mit dem Bekl., komme es aus diesen Gründen nicht an.

B. Bestätigung durch den BGH in der Revision

Diese Ausführungen des BerGer. halten im Ergebnis der rechtlichen Nachprüfung stand.

I. Keine Haftung des Bekl. aufgrund vertraglichen Eintritts in das Mandatsverhältnis

Nach der Rechtsprechung des BGH erstrecken sich bei der Gründung einer Anwaltssozietät die bereits vorher den einzelnen Anwälten erteilten Einzelmandate nicht ohne weiteres auf die übrigen Mitglieder der Sozietät. Vielmehr bedarf es einer zumindest stillschweigenden Einbeziehung der Sozium in das bisherige Einzelmandat (BGH, NJW 1988, 1973). Das Erfordernis einer vertraglichen Einbeziehung des neu hinzutreten-

den Sozius in das Mandatsverhältnis ist nach dieser Rechtsprechung darin begründet, dass bei Auftragserteilung weder der Mandant noch der Anwalt den Willen haben, das Auftragsverhältnis mit (allen) Mitgliedern der noch gar nicht bestehenden Sozietät abzuschließen, und ein entsprechender Wille der Vertragsschließenden auch bei der späteren Gründung der Sozietät nicht vorliegen kann (BGH, NJW 1988, 1973). Dieses Erfordernis entspricht auch dem — nach der früheren Rechtsprechung zur Haftungsverfassung der Gesellschaft bürgerlichen Rechts (vgl. BGHZ 74, 240 [242 f.] = NJW 1979, 1821) bestehenden — Grundsatz, dass der in eine Anwaltssozietät Eintretende für vorher begründete Verbindlichkeiten nur kraft besonderer Vereinbarung mit dem Gläubiger haftet. Nach diesen Rechtsprechungsgrundsätzen hat das BerGer. eine Haftung des Bekl. rechtsfehlerfrei verneint.

Unstreitig ist der Vertrag, dessen Pflichten Rechtsanwalt K verletzt haben soll, mit dem Zedenten vor der Gründung der Sozietät mit dem Bekl. geschlossen worden. Eine vertragliche Einbeziehung des Bekl. in dieses vor der Bildung der Sozietät begründete Vertragsverhältnis hat das BerGer. verneint. Den dagegen gerichteten Angriffen der Revision muss der Erfolg versagt bleiben. Die Würdigung des BerGer., der Umstand, dass nach der Gründung der Sozietät diese in anderen Angelegenheiten von dem Zedenten bzw. von dessen GmbH beauftragt worden sei, indiziere nicht, der Bekl. habe auch von dem streitigen, vor seinem Eintritt als Sozius geschlossenen Vertrag Kenntnis gehabt und sei stillschweigend in dieses Vertragsverhältnis einbezogen worden, ist rechtlich möglich und für das RevGer. bindend.

II. Keine gesetzliche Haftung des Bekl.

Der Bekl. ist auch nicht kraft Gesetzes infolge der Gründung der Sozietät in das bereits bestehende Mandatsverhältnis einbezogen worden. Entgegen der Auffassung der Revision ergibt sich die Haftung des Bekl. nicht aus einer entsprechenden Anwendung der §§ 28, 128 ff. HGB.

I. Zum Umfang der akzessorischen Haftung der Gesellschafter einer GbR

Sofern die Mitglieder einer Rechtsanwaltssozietät — wie hier — eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts bilden, erstreckt sich die nunmehr nach der neueren Rechtsprechung des II. Zivilsenats des BGH bestehende akzessorische Haftung des Gesellschafters einer GbR entsprechend § 128 S. 1 HGB (vgl. BGHZ 142, 315 [318]; BGHZ 146, 341 [358]) nur auf die Verbindlichkeiten der Gesellschaft, nicht aber auf solche Verpflichtungen, die lediglich in der Person ein-

zelner Mitgesellschafter begründet worden sind.

Bestand das streitige Vertragsverhältnis mangels vertraglicher Einbeziehung des Bekl. weiterhin nur zwischen dem Zedenten und Rechtsanwalt K, so haftete auch nur dieser für Verletzungen der sich daraus ergebenden Pflichten, selbst wenn von ihm Pflichtverletzungen während des Bestehens der Sozietät mit dem Bekl. begangen wurden. Eine entsprechende Anwendung des § 130 I HGB (dazu BGH, NJW 2003, 1803 NZG 2003, 577 = ZIP 2003, 899; z. Veröff. best. in BGHZ) scheidet hier — unabhängig davon, wann die streitgegenständliche Verbindlichkeit begründet worden ist — schon deshalb aus, weil der Bekl. nicht in eine bestehende Gesellschaft eingetreten ist.

2. Keine Ausdehnung dieser Haftung über § 28 I 1 HGB

Eine persönliche Haftung des Bekl. entsprechend § 128 S. 1 HGB lässt sich nicht mit einer entsprechenden Anwendung des § 28 I 1 HGB begründen.

a. Zum Inhalt von § 28 I 1 HGB

Dem steht allerdings nicht entgegen, dass § 28 I 1 HGB für vor der Gründung der Gesellschaft im Betrieb des früheren Geschäftsinhabers entstandene Verbindlichkeiten nur die Haftung der Gesellschaft anordnet. Denn nach der Rechtsprechung des BGH entsteht die Haftung der Gesellschaft nach § 28 I 1 HGB mit ihrer Gründung, so dass der Eintretende für diese Verbindlichkeit der Gesellschaft gem. § 128 S. 1 HGB persönlich haftet (vgl. BGH, NJW 1966, 1917 [1918]; NJW 1972, 1466 [1467]; ebenso die h.M. im Schrifttum, vgl. Ammon, in: Röhrich/Graf v. Westphalen, HGB, 2. Aufl., § 28 Rdnr. 31; Baumbach/Hopt, HGB, 31. Aufl., § 28 Rdnr. 5; K. Schmidt, HandelsR., 5. Aufl., § 8 III 2 a; a.A. Canaris, HandelsR., 23. Aufl., § 7 Rdnr. 92; differenzierend Lindacher, NZG 2002, 113 [114] m.w. Nachw. zum Streitstand).

b. Keine Anwendung auf Rechtsanwälte mangels Kaufmannseigenschaft

Nach seinem Wortlaut und nach der Rechtsprechung des BGH (BGHZ 31, 397 [400f.] = NJW 1960, 624; WM 1972, 21 [22]; NJW 1973, 1691 = WM 1973, 896 [899]) setzt § 28 I 1 HGB jedoch voraus, dass jemand in das Geschäft eines Einzelkaufmanns eintritt (ebenso die h.M. im Schrifttum, vgl. Ammon, § 28 Rdnr. 9 Fußn. 16; Baumbach/Hopt, § 28 Rdnr. 2; Canaris, § 7 Rdnrn. 88, 92). Rechtsanwalt K war bei Begründung der Sozietät mit dem Bekl. nicht Einzelkaufmann i. S. des § 28 I 1 HGB, da er kein Handelsgewerbe betrieb, § 2 II BRAO (vgl. BGHZ 72, 282 [287] = NJW 1979, 430).

Im handelsrechtlichen Schrifttum wird allerdings die Ansicht vertreten, jeder Unternehmensträger, nicht bloß der Kaufmann nach den §§ 1 bis 5 HGB, sei Einzelkaufmann i. S. des § 28 I HGB; ebenso soll es genügen, wenn durch den Eintritt in das Geschäft des bisherigen Einzelunternehmers eine (das Unternehmen tragende) Gesellschaft bürgerlichen Rechts entsteht. (so insb. K. Schmidt, § 8 III 1 a bb und b bb; ders., NJW 2003, 1897 [1903]; vgl. ferner Lieb, in: Münch-Komm-HGB, § 28 Rdnr. 10). Zur Begründung wird angeführt, bei § 28 I HGB handele es sich nicht um eine spezielle kaufmännische Regelung, sondern um einen Ausdruck des Gedankens der Unternehmenskontinuität (K. Schmidt, § 8 III 1 a bb, 5. 257).

Ob einer solchen erweiternden Auslegung des § 28 I HGB wegen der Annäherung des Haftungsrechts der Gesellschaft bürgerlichen Rechts an dasjenige der offenen Handelsgesellschaft durch die jüngere Rechtsprechung des II. Zivilsenats des BGH allgemein zu folgen ist (offen gelassen in BGHZ 143, 314 [318]; befürwortend Arnold/Dötsch, DStR 2003, 1398 [1403f.]; Bruns, ZIP 2002, 1602 [1606f.]; Ulmer, ZIP 2003, 1113 [1116]; ders., MünchKomm, 4. Aufl., § 714 Rdnr. 75; abl. Römermann, BB 2003, 1084 [1086]), kann dahingestellt bleiben. Ebenso kann die weitere Frage offen bleiben, ob § 28 I 1 HGB nur die Mithaftung der neuen Gesellschaft für die einzelnen Verbindlichkeiten des früheren Geschäftsinhabers begründet (so die h. M., vgl. Roth, § 28 Rdnr. 10; Ensthaler/Nickel, § 25 Rdnrn. 18 a, 20; Beuthien, NJW 1993, 1737) oder ob auch ganze Rechtsverhältnisse auf den neuen Unternehmensträger übergehen, dieser also nicht nur für bereits entstandene Altverbindlichkeiten haftet, sondern selbst Vertragspartei wird (so K. Schmidt, § 8 I 4c bb, sowie ders., GS Sonnenschein, 5. 497, 508; Lieb, § 25 Rdnrn. 80ff., § 28 Rdnr. 29; für Mietverhältnisse verneinend BGH, ZIP 2001, 1007 [1008]). Es bedarf auch nicht der näheren Überprüfung, welche Vereinbarungen der Bekl. mit Rechtsanwalt K über die Einbringung von dessen „Geschäft“ in die neu gegründete Sozietät getroffen hat und ob gegebenenfalls der Rechtsgrund für die streitgegenständliche Verbindlichkeit auch dann „im Betriebe“ dieses „Geschäfts“ des Rechtsanwalts K entstanden ist, wenn es sich, wie das LG angenommen hat, lediglich um einen Treuhandauftrag ohne rechtsberatende Tätigkeit gehandelt haben sollte. Denn jedenfalls für die hier in Rede stehenden Verpflichtungen aus dem zwischen Rechtsanwalt K als Einzelanwalt und dem Zedenten begründeten Vertragsverhältnis kommt ein Übergang der Haftung auf die später von Rechtsanwalt K und dem Bekl. gegründete Sozietät in entsprechender Anwendung des § 28 I 1 HGB wegen der

besonderen Ausgestaltung der zwischen einem Einzelanwalt und seinen Mandanten bestehenden Rechtsverhältnisse nicht in Betracht.

c. Die Besonderheit des Anwaltsverhältnisses zum Mandanten

Das Rechtsverhältnis zwischen einem Rechtsanwalt und seinem Mandanten ist — selbst wenn sich der Anwalt mit anderen zur beruflichen Zusammenarbeit verbunden hat — in erster Linie durch die persönliche und eigenverantwortliche anwaltliche Dienstleistung geprägt (BVerfG, NJW 2003, 2520). Das einem Einzelanwalt erteilte Mandat ist in besonderem Maße dadurch gekennzeichnet, dass die zu erbringende Dienstleistung an die Person des beauftragten Anwalts geknüpft ist. Der Mandant, der gerade keine Sozietät von mehreren Anwälten beauftragt, darf bei Auftragserteilung davon ausgehen, dass der beauftragte Anwalt die ihm auf Grund besonderen Vertrauens (vgl. § 627 I 1 BGB) übertragene Dienstleistung persönlich erbringt (vgl. § 664 I 1 BGB). In der maßgeblichen Sicht des Rechtsverkehrs wird jedenfalls der Einzelanwalt als Person und nicht als Unternehmen zum unabhängigen Berater und Vertreter des Mandanten in Rechtsangelegenheiten berufen. Ob und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen eine andere Beurteilung geboten sein kann, wenn das Mandat sogleich einer Sozietät erteilt wird (vgl. dazu BGHZ 124, 47 [50] = NJW 1994, 257), steht hier nicht zur Überprüfung. Soll aber das Vertragsverhältnis nach dem Willen der Vertragsparteien persönlicher Art sein, wovon bei der Beauftragung eines Einzelanwalts auszugehen ist, dann greift der Gedanke einer auf die Kontinuität eines Unternehmens gestützten Haftungserstreckung nicht (K. Schmidt, § 81 4c bb, S. 232, lehnt gleichfalls einen Vertragsübergang ab, wenn das Rechtsverhältnis nach dem Willen der Parteien persönlicher Art ist wie etwa gegenüber dem Hausanwalt, Steuer- oder Unternehmensberater). Da die persönliche Leistungserbringung die berufliche Tätigkeit des Einzelanwalts insgesamt charakterisiert, sind nicht etwa nur einzelne Rechtsverhältnisse oder Verbindlichkeiten von einem Übergang der Haftung auszunehmen, sondern es ist eine entsprechende Anwendung des § 28 I 1 HGB auf den Eintritt in das „Geschäft“ eines Einzelanwalts grundsätzlich zu verneinen.

Die Anwendung des § 28 I 1 HGB auf den Zusammenschluss von bisher als Einzelanwälten tätigen Rechtsanwälten zu einer Rechtsanwaltssozietät ist ferner deshalb abzulehnen, weil ihnen nicht wie den Gesellschaftern einer offenen Handelsgesellschaft (§ 28 II HGB) die Möglichkeit offen steht, einer abweichenden Vereinbarung durch Eintragung in das Handels-

register Dritten gegenüber Geltung zu verleihen. Anderenfalls wären Nichtkaufleute schlechter gestellt als Kaufleute.

d. Keine Ausdehnung der Haftung durch die erweiterte Rechtsprechung zu § 130 HGB

Eine entsprechende Anwendung des § 28 I 1 HGB folgt auch nicht daraus, dass nach der neueren Rechtsprechung des II. Zivilsenats des BGH die Haftung des Gesellschafters einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts nicht nur derjenigen eines Handelsgesellschafters nach §§ 128, 129 HGB entspricht, sondern der in eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts eintretende Gesellschafter wie der Handelsgesellschafter nach § 130 I HGB für vor seinem Eintritt begründete Verbindlichkeiten der Gesellschaft grundsätzlich auch persönlich und als Gesamtschuldner mit den Altgesellschaftern einzustehen hat (BGH, NJW 2003, 1803 = NZG 2003, 577).

Es ist bereits fraglich, ob die analoge Anwendung des § 130 I HGB die entsprechende Anwendbarkeit des § 28 I 1 HGB zur Folge haben muss (verneinend etwa Römermann, BB 2003, 1084 [1086]). § 130 I HGB betrifft die Haftung des in eine bestehende Gesellschaft Eintretenden, während bei § 28 I 1 HGB erst mit dem Eintritt in das Geschäft des früheren Einzelunternehmers eine Gesellschaft entsteht. Ob deshalb den Vorschriften der §§ 28, 130 HGB unterschiedliche Normzwecke zu Grunde liegen oder ob man sie als vergleichbare Sachverhalte regelnde rechtsähnliche Bestimmungen anzusehen hat, ist umstritten (zum Meinungsstand vgl. BGH, NJW 1966, 1917 [1918f.]; Baumbach/Hopt, § 28 Rdnr. 1, § 130 Rdnr. 1; Honssell/Harrer, ZIP 1983, 259 [262 f.]; Zimmer/Scheffel, in: Ebenroth/Boujong/Joost, HGB, § 28 Rdnrn. 2ff. m. w. Nachw.). Dieser Problematik braucht hier aber nicht nachgegangen zu werden. Denn wie schon in den vorangestellten Entscheidungsgründe ausgeführt, ist jedenfalls für die hier vorliegende Fallgestaltung eine unter dem Gesichtspunkt der Unternehmens- und Haftungskontinuität identische oder, vergleichbare Lage nicht gegeben, so dass schon aus diesem Grunde aus der entsprechenden Anwendung des § 130 HGB auf den Eintritt in eine Gesellschaft bürgerlichen Rechtes eine Analogie zu § 28 I 1 HGB beim „Eintritt“ eines Rechtsanwalts in das von einem anderen bisher als Einzelanwalt betriebene „Geschäft“ nicht hergeleitet werden kann.

3. Irrelevanz der rechtlichen Einordnung des geschlossenen Anwaltsvertrages

Ob zwischen Rechtsanwalt, K und dem Zedenten ein Anwaltsdienstvertrag geschlossen wurde, wie der Kl.

geltend gemacht hat, oder ob Rechtsanwalt K von dem Zedenten nur als Treuhänder ohne rechtsberatende Tätigkeit beauftragt wurde, wie das LG angenommen hat, ist ohne Belang. Unabhängig von der rechtlichen Einordnung des zwischen Rechtsanwalt K und dem Zedenten geschlossenen Vertrags käme eine Haftung des Bkl. nur in Betracht, wenn § 28 I 1 HGB entsprechend anzuwenden wäre. Sowohl Verpflichtungen aus einem Anwaltsvertrag als auch solche aus einem Treuhandverhältnis wären „Altverbindlichkeiten“ des früheren Geschäftsinhabers im Sinne dieser Vorschrift. Denn zu den „im Betriebe des Geschäfts entstandenen Verbindlichkeiten des früheren Geschäftsinhabers“ gehören alle Verpflichtungen, die mit dem Geschäftsbetrieb in einer solchen engen, inneren Verbindung stehen, dass sie als dessen Folge erscheinen (RGZ 15, 51 [54]; RGZ 58, 21 [23]; RGZ 143, 154 [156]). Gleichgültig ist, auf welchem Rechtsgrund die Haftung beruht; sie umfasst sowohl gesetzliche Ansprüche beispielsweise aus Delikts- und Bereicherungsrecht (vgl. BGH, NJW 1972, 1466 [1467]) als auch Schadensersatzansprüche aus Vertragspflichtverletzungen. Vom Übergang erfasst werden alle Verbindlichkeiten, deren Rechtsgrund vor dem „Eintritt“ gelegt worden ist (Ammon, § 28 Rdnr. 29, § 25 Rdnr. 30; Lieb, § 28 Rdnr. 28, § 25, Rdnr. 95; Zimmer/Scheffel, § 28 Rdnr. 31, § 25 Rdnr. 64). Maßgeblich ist grundsätzlich der Zeitpunkt des Vertragsschlusses (Zimmer/Scheffel, § 28 Rdnr. 31, § 25 Rdnr. 64); die Verbindlichkeit muss noch nicht fällig, sie kann bedingt oder betagt sein (vgl. BGH, NJW-RR 1990, 1251; NJW 1996, 2866 [2867]). Entscheidend für die Einordnung ist danach der Zeitpunkt der Entstehung der Verpflichtung aus dem Mandats- oder Treuhandverhältnis mit dessen Begründung, nicht dagegen der Zeitpunkt ihrer Verletzung. Das Vertragsverhältnis ist hier aber, unstreitig vor dem „Eintritt“ des Bkl. begründet worden. Kommt aber eine entsprechende Anwendung des § 28 I 1 HGB aus den genannten Gründen in Bezug auf das hier in Rede stehende Vertragsverhältnis nicht in Betracht, weil es sowohl im Falle eines Anwaltsdienstvertrags als auch im Falle eines Treuhandvertrags nach dem Willen der Vertragsparteien persönlicher Natur sein sollte, so ist dieses Rechtsverhältnis wie ein zweites, von dem bisherigen Geschäftsinhaber selbstständig weiter geführtes Geschäft (vgl. dazu BGHZ 31, 397 [399] = NJW 1960, 624) von dem Übergang der Haftung auf die von dem Bkl. und Rechtsanwalt K neu gegründete Gesellschaft nicht erfasst worden. Letzterer haftet für Verbindlichkeiten, die aus diesem Rechtsverhältnis herrühren, vielmehr allein.

Standort: Mietrecht**Problem: Betriebskostenschuldner bei Eigentumswechsel**

BGH, URTEIL VOM 03.12.2003
VIII ZR 168/03 (NJW 2004, 851)

Problemdarstellung:

Mit diesem Urteil klärt der BGH die Frage, welche Partei dem Mieter sein Guthaben aus einer Betriebskostenabrechnung nach einem erfolgreichen Eigentümerwechsel schuldet, der alte Vermieter oder der seit dem 01.01.2000 neue Eigentümer.

In Orientierung an die gesetzliche Vorschrift von § 571 BGB a.F. (= § 566 BGB n.F.) entschieden die Vorinstanzen und der BGH, dass es für diese Frage auf die zeitlichen Aufteilung der Abrechnungsperiode vor bzw. nach dem Eigentumswechsel ankommt. Vor dem Eigentumswechsel entstandene und fällig gewordene Ansprüche verbleiben dem bisherigen Vermieter, danach fällig gewordene Forderungen stehen dem (nunmehrigen) Grundstückseigentümer zu. Ebenso richten sich vertragliche Ansprüche des Mieters dann gegen den Erwerber, wenn sie erst nach dem Eigentumswechsel entstehen oder fällig werden.

Zwar ist der Anspruch des Mieters auf Auszahlung des Betriebskostenguthabens für den Abrechnungszeitraum Januar bis Dezember 1998 erst mit Erteilung der Betriebskostenabrechnung vom 16. 10. 2000 fällig geworden. Wie der BGH für den vergleichbaren Fall eines Eigentumswechsels nach dem Vermögensgesetz jedoch entschieden hat, ist der frühere Eigentümer gegenüber dem Mieter bezüglich der zum Zeitpunkt des Wechsels im Grundstückseigentum (Bestandskraft des Rückgabebescheids) abgelaufenen Abrechnungsperiode zur Abrechnung der Betriebskosten verpflichtet und zur Erhebung etwaiger Nachzahlungen berechtigt. An dieser Rechtsansicht will der BGH aus Gründen der Rechtssicherheit auch im vorliegenden Fall festhalten.

Prüfungsrelevanz:

Das Mietrecht gehört - neben dem Kauf- bzw. Werkvertragsrecht - zu den klassischen Prüfungsgebieten im ersten und zweiten Staatsexamen. Daher gebietet es sich von selbst, die aktuellen Entscheidungen des BGH auf diesen Gebieten zu verfolgen, da sie jederzeit von den Prüfungsämtern als Klausurvorlage genutzt werden könnten.

Dabei stellt die Regelung von § 571 BGB a.F. / § 566 BGB n.F. eine Besonderheit dar, da sie den gesetzlichen Fall einer Vertragsübernahme durch eine dritte

Person - hier: den neuen Grundstücks- /Wohnungseigentümer - erfasst.

Vertiefungshinweis:

□ *BGH*, NJW-RR 2003, 442 = NZM 2003, 196; *BGH*, NZM 2001, 158 = VIZ 2000, 734; *Schmid*, NJW 2001, 142; *ders.*, ZMR 2003, 334

Kursprogramm:

- *Examenskurs*: "Das Geschäftslokal"
- *Assessorkurs*: "Das Geschäftshaus"
- *Assessorkurs*: "Der alte Mann und das Haus"
- *Assessorkurs*: "Wer nicht zahlt, der fliegt..."

Leitsatz:

Nach einem Eigentumswechsel ist nicht der Erwerber, sondern der Veräußerer gegenüber dem Mieter bezüglich der zum Zeitpunkt des Wechsels im Grundstückseigentum abgelaufenen Abrechnungsperiode zur Abrechnung der Betriebskosten verpflichtet und zur Erhebung etwaiger Nachzahlungen berechtigt; es kommt nicht darauf an, wann der Zahlungsanspruch fällig geworden ist.

Sachverhalt:

Die Kl. waren im Jahr 1998 Mieter einer Wohnung, an der der Bekl. mit Wirkung vom 1. 1. 2000 das Eigentum erwarb. Im Oktober 2000 teilte die damalige Wohnungsverwaltung den Kl. mit, für den Abrechnungszeitraum 1998 bestehe ein Guthaben von 1445,02 DM (114,68 DM Betriebs- und 1330,34 DM Heizkosten); eine Überweisung des Geldbetrags erfolgte nicht. Mit ihrer Klage forderten die Kl. vom Bekl. die Auszahlung des Guthabens; dieser meint, Zahlung müsse der damalige Eigentümer leisten.

Die Klage ist durch den Instanzenzug hindurch erfolglos geblieben.

Aus den Gründen:

Zu Recht hat das BGH angenommen, dass sich der Anspruch der Mieter auf Rückerstattung überzahlter Nebenkostenvorauszahlungen gegen den Veräußerer und nicht gegen den Erwerber richtet, sofern die Abrechnungsperiode vor dem Eigentumswechsel abgeschlossen war, ohne dass es darauf ankommt, wann der Rückzahlungsanspruch fällig geworden ist.

A. Zeitliche Aufteilung der Schuldnerstellung nach dem Eigentumswechsel

Zutreffend geht das BerGer. davon aus, dass sich die Frage, welche mietvertraglichen Rechte und Pflichten infolge eines Eigentumsübergangs nach § 571 BGB a. F. dem Veräußerer und welche dem Erwerber zuzuordnen sind, grundsätzlich nach dem Zeitpunkt des Entstehens bzw. der Fälligkeit des Anspruchs beantwortet. Vor dem Eigentumswechsel entstandene und fällig gewordene Ansprüche verbleiben dem bisherigen Vermieter, danach fällig gewordene Forderungen stehen dem (nunmehrigen) Grundstückseigentümer zu. Ebenso richten sich vertragliche Ansprüche des Mieters dann gegen den Erwerber, wenn sie erst nach dem Eigentumswechsel entstehen oder fällig werden (Senat, NJW 1988, 705 [unter 2b cc]; NJW 1989, 451 [unter II 2b]; BGH, NZM 2001, 158 = VIZ 2000, 734 = WM 2000, 2509 [unter 3]).

B. Übertragung des Rückerstattungsanspruchs wegen zuviel gezahlter Betriebskosten

Zwar ist der Anspruch des Mieters auf Auszahlung des Betriebskostenguthabens für den Abrechnungszeitraum Januar bis Dezember 1998 erst mit Erteilung der Betriebskostenabrechnung vom 16. 10. 2000 fällig geworden (vgl. BGHZ 113, 188 [194] = NJW 1991, 836; Senat, NJW-RR 2003, 442 = NZM 2003, 196 [unter III 1]). Wie der BGH für den vergleichbaren Fall eines Eigentumswechsels nach dem Vermögensgesetz jedoch entschieden hat, ist der frühere Eigentümer gegenüber dem Mieter bezüglich der zum Zeitpunkt des Wechsels im Grundstückseigentum (Bestandskraft des Rückgabebescheids) abgelaufenen Abrechnungsperiode zur Abrechnung der Betriebskosten verpflichtet und zur Erhebung etwaiger Nachzahlungen berechtigt. Diese Lösung sorgt für Rechtsklarheit und vermeidet insbesondere das ungereimte Ergebnis, dass eine vor dem Eigentumswechsel fällig gewordene Abrech-

nungspflicht beim bisherigen Vermieter verbleibt, während Nachzahlungen und Erstattungen, deren Vorbereitung und Berechnung die Abrechnung dient, dem Erwerber zustehen, bzw. von diesem zu erbringen sind (BGH, WM 2000, 2509).

Der erkennende Senat hält diese Betrachtungsweise auch im vorliegenden Fall für sachgerecht. Das strikte Festhalten am so genannten Fälligkeitsprinzip würde einmal die Abrechnung der Nebenkosten im Regelfall erschweren, da sich der Erwerber die nötigen Unterlagen vom Veräußerer unter Umständen erst beschaffen muss; im Übrigen können sich für den Erwerber erhebliche Hindernisse ergeben, wenn er mit dem Mieter über die Nebenkosten für bereits vor seinem Eigentumserwerb abgeschlossene Rechnungsperioden abrechnen soll. Zum anderen ist zu berücksichtigen, dass der Erwerber in der nun abzurechnenden Periode die Vorauszahlungen nicht erhalten hat. Er müsste sich dann an den Veräußerer wenden und eventuelle Ansprüche möglicherweise gerichtlich durchsetzen. Auch stünde im Fall geschuldeter Nachzahlungen ein hierauf gerichteter Anspruch dem Erwerber selbst nicht zu, nachdem der Veräußerer die Aufwendungen für die abgelaufene Abrechnungsperiode getragen und er deshalb Anspruch auf Erstattung seiner Aufwendungen hat (i. Erg. ebenso OLG Düsseldorf, NJW-RR 1994, 1101; Staudinger/Emmerich, BGB, Neubearb. 2003, § 566 Rdnr. 55; Gather, in: Schmidt-Futterer, MietR, 8. Aufl., § 566 Rdnr. 59; Blank/Börstinghaus, Miete, § 571 Rdnr. 26; Wolf! Eckert/Ball, Hdb. d. gewerbli. Miet-, Pacht- u. LeasingR, 8. Aufl., Rdnr. 1411; a. A. OLG Naumburg, NJW-RR 1999, 160 = NZM 1998, 806; Schenkel, NZM 1999, 5). Soweit den Mietern danach Nachteile entstehen können, weil es ihnen verwehrt ist, mit ihnen zustehenden Rückzahlungsforderungen gegenüber Mietzinsforderungen des Erwerbers aufzurechnen, ist dies die Folge des Erwerbs ihres Vertragsgegners und von ihnen hinzunehmen.

Standort: Deliktsrecht

Problem: Begriff der Betriebsstätte in § 106 SGB VII

BGH, URTEIL VOM 16.12.2003
VI ZR 103/03 (NJW 2004, 947)

Problemdarstellung:

In diesem Revisionsverfahren musste der BGH zum Begriff der "gemeinsamen Betriebsstätte" gem. § 106 III Alt. 3 SGB VII Stellung nehmen.

Der Kl. arbeitete als selbstständiger Dachdeckermeister an der Errichtung eines Senioren-Zentrums. Die dazu erforderlichen Gerüste wurden von der früheren Bekl., über die inzwischen das Insolvenzverfahren er-

öffnet und der jetzige Bekl. als Insolvenzverwalter bestellt wurde, aufgestellt. Am 4. 4. 1997 befand sich der Kl. auf diesem Gerüst zur Durchführung von Dachdeckerarbeiten. Eine durchgefautete Bohle brach unter seinem Gewicht. Er stürzte ab und zog sich schwere Verletzungen zu. Die Bauberufsgenossenschaft erkannte den Unfall als Arbeitsunfall an und erbrachte entsprechende Zahlungen. Außerdem verlangt der Kl. insb. immateriellen Schadensersatz vom Bekl., der sich jedoch auf den Haftungsausschluss gem. § 106 III Alt. 3 SGB VII beruft.

Der BGH stellt zwar fest, dass das Haftungsprivileg des § 106 III Alt. 3 SGB VII dem versicherten Unternehmer auch persönlich zugute, wenn er selbst eine vorübergehende betriebliche Tätigkeit auf einer gemeinsamen Betriebsstätte verrichtet und dabei den Versicherten eines anderen Unternehmens verletzt. Jedoch verneint er im Ergebnis die Anwendbarkeit dieses Haftungsausschlusses mangels einer gemeinsamen Betriebsstätte zwischen dem Kl. und der früheren Bekl.

Zwar war der Kl. zur Erbringung der ihm obliegenden Dachdeckerarbeiten auf die Benutzung des von der früheren Bekl. errichteten Gerüsts angewiesen. Dieser Umstand ist jedoch nicht ausreichend, um die beiderseitigen Aktivitäten in der erforderlichen Weise miteinander zu verknüpfen. Es fehlt an dem notwendigen Miteinander im Arbeitsablauf. Die betrieblichen Aktivitäten des Kl. einerseits und der Gerüstbaufirma bzw. ihrer Mitarbeiter andererseits stellen sich nämlich nicht als ein aufeinander bezogenes Zusammenwirken dar, als dass man von einer gemeinsamen Betriebsstätte zwischen den Parteien sprechen kann.

Prüfungsrelevanz:

Im Zusammenhang mit Arbeitsunfällen, für die die gesetzliche Unfallversicherung, z.B. durch die Berufsgenossenschaften einspringt, müssen dem Examenkandidaten auch die Haftungsausschlüsse gem. §§ 104 ff. SGB VII bekannt sein. Denn Schadensersatzansprüche des verletzten Arbeitnehmer gegen seinen Arbeitgeber oder seine Kollegen, denen ein Verschulden an diesem Arbeitsunfall vorzuwerfen ist, sind danach ausgeschlossen (vgl. Fußnote zu § 618 BGB im Schönfelder). Diese Regelung soll den Betriebsfrieden sichern und dient als Ausgleich für die Ansprüche des Verletzten aus der gesetzlichen Unfallversicherung.

Außerdem sind gem. § 106 III Alt. 3 SGB VII von der Haftung solche Personen befreit, die auf einer gemeinsamen Betriebsstätte mit dem Verletzten betriebliche Tätigkeiten verrichten. Nach inzwischen gefestigter Rechtsprechung erfasst der Begriff der "gemeinsamen Betriebsstätte" über die Fälle der Arbeitsgemeinschaft hinaus betriebliche Aktivitäten von Versicherten mehrerer Unternehmen, die bewusst und gewollt bei einzelnen Maßnahmen ineinander greifen, miteinander verknüpft sind, sich ergänzen oder unterstützen, wobei es ausreicht, dass die gegenseitige Verständigung stillschweigend durch bloßes Tun erfolgt (Senat, BGHZ 145, 331 [336] = NJW 2001, 443). Erforderlich ist ein bewusstes Miteinander im Arbeitsablauf, das sich zumindest tatsächlich als ein aufeinander bezogenes betriebliches Zusammenwirken mehrerer Unter-

nehmen darstellt. Die Tätigkeit der Mitwirkenden muss im faktischen Miteinander der Beteiligten aufeinander bezogen, miteinander verknüpft oder auf gegenseitige Ergänzung oder Unterstützung ausgerichtet sein.

Vertiefungshinweis:

Waltermann, NJW 2004, 901

Kursprogramm:

Examenskurs: "Der geschädigte Kollege"

Leitsatz:

Eine gemeinsame Betriebsstätte i. S. des § 106 III Alt. 3 SGB VII setzt wechselseitig aufeinander bezogene betriebliche Aktivitäten von Versicherten mehrerer Unternehmen voraus. Ein lediglich einseitiger Bezug reicht nicht aus (Fortführung von BGHZ 145, 331 NJW 2001, 443 = NZA 2001, 103 = LM H. 9/2001 § 106 SGB VII Nr. 1).

Sachverhalt:

Der Kl. arbeitete als selbstständiger Dachdeckermeister an der Errichtung eines Senioren-Zentrums. Die dazu erforderlichen Gerüste wurden von der früheren Bekl., der Firma Gerüstbau B, aufgestellt. Am 4. 4. 1997 befand sich der Kl. auf diesem Gerüst zur Durchführung von Dachdeckerarbeiten. Eine durchgefalte Bohle brach unter seinem Gewicht. Er stürzte ab und zog sich schwere Verletzungen zu. Die Bauberufsgenossenschaft erkannte den Unfall als Arbeitsunfall an und erbrachte entsprechende Zahlungen. Inzwischen liegt ein Grad der Behinderung von 50 vor. Die Haftpflichtversicherung der Firma Gerüstbau B leistete ohne Anerkennung einer Rechtspflicht und unter dem Vorbehalt der Rückforderung Teilzahlungen an den Kl. Mit der ursprünglich gegen die Firma Gerüstbau B gerichteten Klage hat dieser die Zahlung eines weiteren Schmerzensgelds sowie die Feststellung der Ersatzverpflichtung der früheren Bekl. für zukünftige materielle und immaterielle Schäden verlangt.

Das LG hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung hat das OLG den Schmerzensgeldanspruch dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt und festgestellt, dass die Firma Gerüstbau B verpflichtet sei, den zukünftigen materiellen und immateriellen Schaden, der dem Kl. aus dem Unfall entstehen werde, zu ersetzen, soweit die Ansprüche nicht auf Sozialversicherungsträger oder sonstige Dritte übergangen oder übergegangen seien.

Vor Ablauf der Revisionsfrist ist über das Vermögen der Firma Gerüstbau B das Insolvenzverfahren eröff-

net und der Bekl. zum Insolvenzverwalter bestellt worden. Zwei Tage später hat die Gemeinschuldnerin gegen das gegen sie ergangene Urteil Revision eingelegt. Durch Schriftsatz vom 31. 3. 2003 hat der Kl. das Verfahren gegen den Bekl. gem. § 86 Nr. 2 InsO i. V. mit § 157 VVG aufgenommen und beantragt, die Revision mit der Maßgabe zurück-zuweisen, dass Leistung aus der Entschädigungsforderung gegen den Haftpflichtversicherer zu erfolgen habe. Mit am 22. 4. 2003 eingegangenem Schriftsatz hat der Bekl. Revision eingelegt und diese am 5. 5. 2003 begründet. Er begehrt die Wiederherstellung des klageabweisenden Urteils des LG. Die Revision des Bekl. wurde mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass sich die Ansprüche des Kl. auf Leistung aus der Entschädigungsforderung gegen den Haftpflichtversicherer der insolvent gewordenen Firma Gerüstbau B beschränken.

Aus den Gründen:

A. Auswirkungen des eröffneten Insolvenzverfahrens auf den laufenden Prozess

Der Kl. hat das gem. § 240 S. 1 ZPO durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Gemeinschuldnerin unterbrochene Verfahren wirksam nach § 86 I Nr. 2 InsO aufgenommen und seinen Klageantrag in zulässiger Weise der veränderten Sachlage angepasst. Gemäß § 86 I Nr. 2 InsO können Rechtsstreitigkeiten, die zur Zeit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens gegen den Schuldner anhängig sind, sowohl vom Insolvenzverwalter als auch vom Gegner aufgenommen werden, wenn sie die abgesonderte Befriedigung betreffen. Um eine derartige Fallkonstellation handelt es sich hier. Der Kl. hat nämlich mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Gemeinschuldnerin gem. § 157 VVG ein Recht auf abgesonderte Befriedigung aus der Entschädigungsforderung gegen die Haftpflichtversicherung erworben.

Die Aufnahme des unterbrochenen Rechtsstreits und die Anpassung des Klageantrags an die durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens geschaffene neue Situation war noch in der Revisionsinstanz zulässig (vgl. Senat, LM Nr. 4 zu § 146 KO; LM Nr. 5 zu § 146 KO; BGH, WM 1965, 626; WM 1980, 164; NJW 1995, 1750). Insbesondere liegt in der Geltendmachung des durch § 157 VVG eingeräumten Absonderungsrechts keine in der Revisionsinstanz unzulässige Klageänderung. Der Kl. macht anders als in der Entscheidung vom 23. 12. 1953 (LM Nr. 5 zu § 146 KO) nicht an Stelle seines ursprünglich verfolgten, nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens als Insolvenzforderung zu qualifizierenden Anspruchs ein auf einer ande-

ren Rechtsstellung beruhendes Vorzugsrecht geltend. Vielmehr bleibt die rechtliche Identität des erhobenen Anspruchs gewahrt. Der Kl. stützt sein Begehren nach wie vor auf dieselbe Forderung, der auf Grund gesetzlicher Anordnung im Insolvenzfall Absonderungskraft zukommt. Er passt lediglich seinen Antrag an § 157 VVG an, der es dem geschädigten Dritten in der Insolvenz des Versicherungsnehmers ermöglicht, seinen Haftpflichtanspruch ohne Umweg über das insolvenzrechtliche Prüfungsverfahren durch unmittelbare Klage gegen den Insolvenzverwalter geltend zu machen, allerdings beschränkt auf Leistung aus der Entschädigungsforderung gegen den Haftpflichtversicherer (vgl. Senat, VersR 1956, 625 [626], u. NJW-RR 1989, 918 = LM~ 67VVG Nr. 57 = VersR 1989, 730).

B. Entscheidung und Begründung des BerGer.

Nach Auffassung des BerGer. steht dem Kl. dem Grunde nach ein Anspruch auf Ersatz des immateriellen Schadens aus den §§ 836 I, 847 I BGB a. F. zu. Der Anspruch sei nicht gem. § 106 III Alt. 3 SGB VII ausgeschlossen. Zwar habe sich der Unfall bei einer betrieblichen Tätigkeit auf einer gemeinsamen Betriebsstätte ereignet. Eine solche liege nämlich vor, wenn Bauhandwerker an einem Bauvorhaben tätig seien, wobei die Aufgabe des einen darin bestehe, ein erforderliches Gerüst zu bauen, auf das ein anderer Bauhandwerker bei der Ausführung seiner Arbeiten angewiesen sei. Die Maßnahmen der einzelnen Unternehmen wirkten in einem solchen Fall wesensmäßig und zweckgerichtet zusammen und griffen ineinander; auf ein zeitliches Nebeneinander der Tätigkeiten sei nicht abzustellen. Vielmehr komme es allein auf den sachlichen Zusammenhang der Verrichtung des einen und des anderen Bauhandwerkers an. Die frühere Bekl. sei als Unternehmer jedoch nicht in den Privilegierungstatbestand einbezogen. Nach allen in Betracht kommenden Auslegungskriterien und Auslegungsmethoden erstrecke sich das Haftungsprivileg nicht auf den Unternehmer selbst. Selbst wenn dieser bei der Errichtung des Gerüsts mitgearbeitet hätte, was bisher nicht vorgetragen worden sei, greife das Haftungsprivileg zu seinen Gunsten nicht ein.

C. Entscheidung des BGH in der Revision

Diese Erwägungen halten einer revisionsrechtlichen Überprüfung im Ergebnis stand.

Das BerGer. hat zutreffend angenommen, dass die Gemeinschuldnerin dem Grunde nach für die Folgen des Unfalls aus den §§ 836, 837, 847 BGB a.F. haftet (vgl. Senat, NJW 1997, 1853 = LM H. 7/1997 § 836 BGB Nr. 25 = VersR 1997, 835; NJW 1999, 2593 =

LM H. 2/2000 § 836 BGB Nr. 26). Gegen diese Beurteilung wendet sich die Revision nicht. Im Ergebnis zu Recht hat das BerGer. auch die Voraussetzungen für einen Haftungsausschluss gem. § 106 III Alt. 3 SGB VII verneint.

I. Ausdehnung des Haftungsprivilegs von § 106 III SGB VII auch auf Unternehmer

Entgegen der Auffassung des BerGer. scheidet die Haftungsfreistellung allerdings nicht daran, dass die Gemeinschuldnerin als Unternehmerin generell nicht in den Privilegierungstatbestand einbezogen wäre. (vgl. Senat, BGHZ 148, 209 [212]; BGHZ 148, 214 [220]; BGH, NJW-RR 2002, 1386; NJW-RR 2003, 239).

Das BerGer. ist — aus seiner Sicht konsequent — der Frage, ob diese Voraussetzungen im Streitfall gegeben sind, nicht nachgegangen.

II. Kein Vorliegen einer gemeinsamen Betriebsstätte

Eine Haftungsfreistellung der Gemeinschuldnerin scheidet jedoch deshalb aus, weil sich der Unfall, aus dem der Kl. seine Ansprüche herleitet, entgegen der Auffassung des BerGer. nicht auf einer gemeinsamen Betriebsstätte i. S. des § 106 III Alt. 3 SGB VII erignet hat.

1. Zum Begriff der gemeinsamen Betriebsstätte

Nach inzwischen gefestigter Rechtsprechung erfasst der Begriff der gemeinsamen Betriebsstätte über die Fälle der Arbeitsgemeinschaft hinaus betriebliche Aktivitäten von Versicherten mehrerer Unternehmen, die bewusst und gewollt bei einzelnen Maßnahmen ineinander greifen, miteinander verknüpft sind, sich ergänzen oder unterstützen, wobei es ausreicht, dass die gegenseitige Verständigung stillschweigend durch bloßes Tun erfolgt (Senat, BGHZ 145, 331 [336] = NJW 2001, 443 = NZA 2001, 103 = LM H. 9/2001 § 106 SGB VII Nr. 1, u. BGH, NJW 2003, 2984 rn.w. Nachw.; BAG, NJW 2003, 1891 = NZA 2003, 968 = VersR 2003, 1177 [1178]). Erforderlich ist ein bewusstes Miteinander im Arbeitsablauf, das sich zumindest tatsächlich als ein aufeinander bezogenes betriebliches Zusammenwirken mehrerer Unternehmen darstellt. Die Tätigkeit der Mitwirkenden muss im faktischen Miteinander der Beteiligten aufeinander bezogen, miteinander verknüpft oder auf gegenseitige Ergänzung oder Unterstützung ausgerichtet sein (vgl. BGHZ 145, 331 [336]; BGH, NJW-RR 2003, 1104; NJW 2003, 2984 [2985]; BAG, NJW 2003, 1891).

2. Übertragung auf den vorliegenden Fall

Wie die Revisionserwiderung zu Recht geltend macht, sind diese Voraussetzungen im Streitfall nicht erfüllt.

Zwar war der Kl. zur Erbringung der ihm obliegenden Dachdeckerarbeiten auf die Benutzung des von der Gemeinschuldnerin errichteten Gerüsts angewiesen. Dieser Umstand ist jedoch nicht ausreichend, um die beiderseitigen Aktivitäten in der erforderlichen Weise miteinander zu verknüpfen. Es fehlt an dem notwendigen Miteinander im Arbeitsablauf. Die betrieblichen Aktivitäten des Kl. einerseits und der Gerüstbaufirma bzw. ihrer Mitarbeiter andererseits stellen sich nämlich nicht als ein aufeinander bezogenes Zusammenwirken dar. Die Arbeiten des Kl. bauten lediglich auf dem von der Gerüstbaufirma geschaffenen Arbeitsergebnis auf. Die eigentlichen Arbeitsabläufe dagegen vollzogen sich unabhängig voneinander. Jeder Bet. verrichtete die ihm obliegenden Tätigkeiten, ohne dass der andere in irgendeiner Weise in den Arbeitsablauf eingebunden, daran beteiligt oder, auch nur davon berührt worden wäre. Die Gerüstbaufirma hatte ihre Arbeiten, die Erstellung des Gerüsts, bereits beendet, als der Kl. mit den Dachdeckerarbeiten begann. Insofern bestand nicht die für eine gemeinsame Betriebsstätte typische Gefahr, dass sich die Beteiligten bei den versicherten Tätigkeiten „ablaufbedingt in die Quere kommen“ (vgl. Waltermann, in: Wannagat, SGB, [Stand: Feb. 2003], § 106 SGB VII Rdnr. 12; vgl. allg. zum Gerüst: OLG Hamburg, Urt. v. 15. 11. 2002— 1 U 42/00; LG Hamburg, HVBG-Info 2000, 1046; Otto, NZV 2002, 10 [11], jew. die erforderliche Verknüpfung der Tätigkeiten verneinend; Freyberger, MDR 2001, 541 [543]; Imbusch, VersR 2001, 547 [551]; Lemcke, r+s 2002, 508, jew. die Problematik erörternd, i. E. offen; OLG Karlsruhe, NJW 2000, 295 [296]; LG Tübingen, NJOZ (unter <http://www.beck-online.de> kostenpflichtig abrufbar) 2001, 588 = MDR 2000, 959; Jahnke, VersR 2000, 155 [157], jew. eine gemeinsame Betriebsstätte auf der Grundlage einer weiten Auslegung des § 106 III Alt. 3 SGB VII bejahend). Abgesehen davon fehlt es an dem erforderlichen wechselseitigen Bezug der betrieblichen Aktivitäten des Kl. einerseits und der Gerüstbaufirma andererseits. Zwar ermöglichten deren (abgeschlossene) Arbeiten erst die des Kl. und mögen insoweit einen Bezug zu ihnen aufgewiesen haben. Dagegen war die Tätigkeit des Kl. nicht auf die der Gerüstbaufirma bezogen. Weder unterstützten die Dachdeckerarbeiten deren Tätigkeit noch ergänzten oder förderten sie sie in sonstiger Weise. Ein lediglich einseitiger Bezug genügt jedoch im Rahmen des § 106 III Alt. 3 SGB VII nicht. Vielmehr müssen die Aktivitäten, wie bereits ausgeführt, bei einzelnen Maßnahmen ineinander greifen, miteinander verknüpft oder auf gegenseitige Ergänzung oder Unterstützung ausgerichtet, mithin wechselseitig aufeinander bezogen sein (vgl. BGHZ 145, 331 [336] = NJW 2001, 443 = NZA 2001,

103 = LM H. 9/2001 § 106 SGB VII Nr. 1; BGH, NJW-RR 2003, 1104 = VersR 2003, 904; NJW 2003, 2984 [2985]; BAG, NJW 2003, 1891 = NZA 2003, 968 = VersR 2003, 1177). Aus diesem Grund kommt es auch nicht darauf an, ob die Gerüstbaufirma das Gerüst fortlaufend zu kontrollieren hatte, wie der Bekl. in der Revisionsbegründung geltend macht, ohne übrigens einen entsprechenden vom BerGer. übergangenen Tatsachenvortrag in den Vorinstanzen aufzuzeigen und ohne einen Verfahrensfehler zu rügen.

3. Bestätigung dieses Ergebnisses nach dem Sinn und Zweck von § 106 III Alt. 3 SGB VII

Eine andere rechtliche Bewertung der betrieblichen Aktivitäten würde dem Sinn und Zweck des § 106 III Alt. 3 SGB VII nicht ausreichend Rechnung tragen. Der in dieser Bestimmung enthaltene Haftungsausschluss beruht nämlich (nur) auf dem Gedanken der so genannten Gefahrengemeinschaft (vgl. BGHZ 148, 209 [212] = NJW 2001, 3127 = LM H. 11/2001 § 106 SGB VII Nr. 3 = NZA 2001, 1080; BGHZ 18, 214 [220] = NJW 2001, 3125 = LM H. 11/2001 § 106 SGB VII Nr.4 = NZA 2001, 1143; BGH, NJW-RR 2002, 1386 = VersR 2002, 1107; NJW-RR 2003, 239 = VersR 2003, 70; NJW 2003, 2984 [2985]; BGHZ 151, 198 [202] = NJW 2002, 3096 = LM H. 10/2002 § 839 [K] BGB Nr. 53). Andere Gesichtspunkte, die in den Fällen der §§ 104, 105 SGB VII eine Rolle spielen (Wahrung des Betriebsfriedens, Haftungersatzung durch die an die Stelle des Schadensersatzes tretenden Leistungen der Unfallversicherung, die vom Unternehmer finanziert wird, vgl. BVerfGE 34, 118 [132] = NJW 1973, 502), kommen hier dagegen nicht zum Tragen und können deshalb einen Haftungsausschluss nicht rechtfertigen (vgl. BGHZ 148, 209 [212] = NJW 2001, 3127; BGHZ 148, 214 [218ff.] = NJW 2001, 3125; BGH, NJW-RR 2002, 1386 = VersR 2002, 1107 [1108]). Eine Gefahrengemeinschaft ist dadurch gekennzeichnet, dass typischerweise jeder der (in enger Berührung miteinander) Tätigen gleichermaßen zum Schädiger und Geschädigten werden kann (vgl. BGHZ 148, 214 [220] = NJW 2001, 3125; BAG, NJW 2003, 1891 = NZA 2003, 968 = VersR 2003, 1177; Waltermann, NJW 2002, 1225 [1228 ff.]; ders., in: Wannagat, § 106 SGB VII Rdnrn. 11 f.; Bereiter-Hahn/Mehrtens, Gesetzliche Unfallversicherung [Stand: Okt. 2002], § 106 Anm. 8.2; Otto, NZV 2002, 10 [14]; Schmude, Nomos und Ethos, 5. 467 [473]; Schmitt, Anm. zu LM Nr. 4 zu § 106 SGB VII; B. Schmidt, BB 2002, 1859 [1860f.]). Nur demjenigen, der als Schädiger von der Haftungsbeschränkung profitiert, kann es als Geschädigtem zugemutet werden, den Nachteil hinzunehmen, dass er selbst bei einer Verletzung keine Schadensersatzansprüche wegen seiner Personenschäden geltend

machen kann (vgl. BGHZ 148, 209 [212] = NJW 2001, 3127; BGHZ 148, 214 [220] NJW 2001, 3125; BVerfGE 34, 118 [136] = NJW 1973, 502; Lemcke, r+s 2002, 508; Waltermann, NJW 2002 1225 [1229]; ders., in: Wannagat, § 106 SGB VII Rdnrn. 11ff.). Zwischen dem Kl. und den für die Gerüstbaufirma Tätigen bestand jedoch keine Gefahrengemeinschaft in diesem Sinne. Sie gefährdeten sich nicht typischerweise gegenseitig. Allein der Kl. war dem nahe liegenden Risiko ausgesetzt, durch einen Mangel des errichteten Gerüsts zu Schaden zu kommen. Die Gefahr, dass er seinerseits den für die Gerüstbaufirma Tätigen Schaden zufügen würde, war auf Grund des fehlenden Miteinanders im Arbeitsablauf rein theoretischer Natur. Zwar war es nicht völlig ausgeschlossen, dass diese beim Abbau des Gerüsts beispielsweise durch einen unzureichend befestigten Dachziegel oder durch nicht ordnungsgemäß entfernte Arbeitsmatenahen des Kl. (Nägel etc.) verletzt werden würden. Hierbei handelt es sich jedoch nicht um Gefahren, mit denen auf Grund eines Zusammenwirkens der Bet. typischerweise zu rechnen war. Das Risiko, von einem herabfallenden Dachziegel getroffen zu werden oder in einen zurückgelassenen Nagel zu treten, ging nicht über die Gefahren hinaus, denen ein an der Erstellung eines Bauwerks Beteiligter im täglichen Leben ausgesetzt ist. Es traf die für die Gerüstbaufirma Tätigen nicht anders als den Bauherrn und jeden unabhängig vom Kl. und damit nicht auf einer gemeinsamen Betriebsstätte mit ihm arbeitenden Handwerken. Damit war auch die Möglichkeit, dass der Kl. im Verhältnis zur Gerüstbaufirma von der Haftungsbeschränkung profitieren würde, äußerst gering. In einer derartigen Situation ist ein Haftungsausschluss gem. § 106 III Alt. 3 SGB VII jedoch nicht zu rechtfertigen.

III. Kein Erfolg der Revision aus anderen Gründen

Auch die weiteren Angriffe den Revision bleiben ohne Erfolg.

Entgegen der Auffassung der Revision hat das BerGer. dem Kl. durch die uneingeschränkte Feststellung der Ersatzverpflichtung der Gemeinschuldnerin für zukünftige immaterielle Schäden nicht mehr zuerkannt als er beantragt hat. Der entsprechende im Tatbestand des Berufungsurteils wiedergegebene, zu Beginn des Verfahrens formulierte und später lediglich in Bezug genommene Antrag des Kl. enthält zwar die Voraussetzung, dass eine auf den Unfall zurückzuführende dauernde Verminderung der Erwerbsfähigkeit von über 30% eintritt. Vor dem Hintergrund, dass inzwischen unstreitig ein Grad der Behinderung von 50 vorliegt, ist aber nicht zu beanstanden, dass das BerGer.

die Ersatzverpflichtung nicht vom Eintritt einer Erwerbsminderung von über 30% abhängig macht. Nachdem diese Voraussetzung zwischenzeitlich eingetreten war, war ihre Beibehaltung im Antrag nämlich gegenstandslos.

Die Revision rügt auch ohne Erfolg, dass das BerGer. die Feststellungsanträge nicht teilweise abgewiesen hat, obwohl es die Ersatzpflicht der Gemeinschuldnerin nur insoweit festgestellt hat, als die Ansprüche nicht auf Sozialversicherungsträger oder sonstige Dritte übergehen oder übergegangen sind. Sie übersieht, dass das BerGer. die Anträge des Kl. auch insoweit unter

Berücksichtigung des gesamten Klagevorbringens ausgelegt und ihnen einen entsprechend eingeschränkten Inhalt beigemessen hat. Rechtliche Bedenken gegen diese Auslegung sind weder ersichtlich noch dargetan.

D. Endergebnis

Nach alledem war die Revision des Bekl. zurückzuweisen. Im Tenor war lediglich der Anpassung des Klageantrags an die durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens geschaffene neue, Situation Rechnung zu tragen.

IMPRESSUM

HERAUSGEBERIN:	JURA INTENSIV VERLAGS-GMBH & CO. KG, Salzstraße 18, 48143 Münster Tel.: 0251/4824-60; Fax: 0251/4824-545 http://www.jura-intensiv.de ra@jura-intensiv.de
CHEFREDAKTION:	Rechtsanwalt Frank Schildheuer (<i>zugleich Öffentliches Recht</i>)
REDAKTEURE:	Rechtsanwalt Dr. Carsten Scheen (<i>Zivilrecht</i>); Rechtsanwalt Uwe Schumacher (<i>Strafrecht</i>) Die Redakteure sind postalisch erreichbar unter der Adresse der Herausgeberin.
ABONNEMENT:	Abonnement-Vertrag befindet sich im Heft und/oder wird auf Wunsch zugeschickt. Einmalige Anforderung eines Probeheftes jederzeit formlos und ohne weitere Verpflichtung möglich. Bestellungen bitte an die o.g. Anschrift der Herausgeberin oder via Internet unter der o.g. Adresse.
BEZUGSPREISE:	Jahresabonnement (12 Hefte) zum Vorzugspreis von 45 Euro (Einzelpreis: 4 Euro/Heft) inkl. USt. und Versandkosten. Lieferung nur gegen Einzugsermächtigung. Der Lieferbeginn erfolgt zum nächstmöglichen Termin nach Gutschrift der Lastschrift.
VERSAND:	Ohne Zusicherung eines festen Veröffentlichungstermins monatlich per Post.
NACHBESTELLUNG:	Einzelne Hefte <i>früherer</i> Jahrgänge können zum Preis von 4 Euro/Heft nachbestellt werden, solange Vorrat reicht. Jahrgangsregister ab 1999: 3 Euro/Jahrgang. Einbanddecken (dunkelblau, jahresneutral): 7 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.

Strafrecht**Standort: § 221 I Nr. 2 StGB****Problem: Beistandspflicht unter Geschwistern**

LG KIEL, BESCHLUSS VOM 02.06.2003
VIII KS 2/03 (NSTZ 2004, 157)

Problemdarstellung:

Der Bruder der Angeklagten, mit dem diese zusammen in einer Wohnung lebte, hatte sich Methadon injiziert und war daraufhin bewusstlos geworden. Obwohl seine Bewusstlosigkeit über mehrere Tage dauerte, rief die Angeklagte keinen Arzt, so dass ihr Bruder schließlich verstarb. Die Staatsanwaltschaft hatte die Angeklagte wegen Ausetzung mit Todesfolge gem. § 221 I Nr. 2, III StGB angeklagt; das LG Kiel eröffnete das Hauptverfahren mit der Maßgabe, dass die Angeklagte mangels Garantenstellung nur wegen Unterlassener Hilfeleistung gem. § 323 c StGB hinreichend verdächtig sei.

Prüfungsrelevanz:

Fragen aus dem Bereich der (unechten) Unterlassungsdelikte, insb. bzgl. des Bestehens einer Garantenstellung, welche den Kern der vorliegenden Entscheidung darstellt, erscheinen regelmäßig als Inhalt von Examensaufgaben.

Das LG Kiel setzt es zunächst als selbstverständlich voraus - was auch der ganz herrschenden Meinung entspricht (BGH, NJW 1993, 2628; Schönke/Schröder-Eser, § 221 Rn. 10 mwN) -, dass die in § 221 I Nr. 2 StGB geforderte Beistandspflicht das Bestehen einer Garantenstellung voraussetzt. Daraufhin wird diskutiert, ob unter Geschwistern eine entsprechende Garantenstellung zum gegenseitigen Schutz des Lebens gegeben ist. Während vom Bestehen einer (Beschützer-) Garantenstellung unter Ehegatten oder der Eltern gegenüber ihren Kindern unter Verweisung auf entsprechende zivilrechtliche Regelungen (§§ 1353, 1626 BGB) grundsätzlich ausgegangen wird (BGHSt 6, 57; 19, 167; Tröndle/Fischer, § 13 Rn. 6 mwN), wird das Bestehen einer entsprechenden Garantenstellung unter Geschwistern kontrovers diskutiert. Eine solche Garantenstellung wird teilweise aus dem bloßen Bestehen eines entsprechenden Verwandtschaftsverhältnisses abgeleitet (BGH, JR 1955, 104; LK-Jescheck, § 13 Rn. 22; Schönke/Schröder-Stree, § 13 Rn. 18; Wessels/Beulke, AT, Rn. 718). In der Rechtsprechung ist

allerdings regelmäßig zusätzlich das Bestehen einer häuslichen Gemeinschaft gefordert worden (RGSt 69, 321; BGH, NSTZ 1984, 163), wobei dann offen gelassen wurde, ob sich die Garantenstellung in diesem Fall überwiegend aus der Verwandtschaft oder aus der häuslichen Gemeinschaft ableitet. Auch in der Literatur mehren sich die Stimmen, die eine Garantenstellung unter Geschwistern vom Bestehen zusätzlicher Voraussetzungen abhängig machen wollen (vgl. insofern die Ausführungen des LG Kiel im vorliegenden Beschluss). Das LG Kiel führt diesen Gedanken noch weiter. Nicht nur könne aus dem bloßen Bestehen eines geschwisterlichen Verwandtschaftsverhältnisses allein keine Garantenstellung abgeleitet werden; auch das Hinzukommen einer häuslichen Lebensgemeinschaft im Sinne eines Zusammenlebens in einer gemeinsamen Wohnung unter Teilung der Mietkosten reiche hierfür nicht aus. Vielmehr bestehe eine Garantenstellung nur, wenn der eine Teil den anderen in seine Obhut aufgenommen habe, z.B. als Haushaltsvorstand. Dies sei vorliegend jedoch nicht der Fall, da die Geschwister im Rahmen der Wohngemeinschaft eine gleichberechtigte Stellung innehatten und die Angeklagte nicht den "Vorstand" des Haushalts dargestellt habe. Die Abweichung zu den früheren Urteilen höherer Gerichte begründet das LG mit den mittlerweile veränderten Anschauungen zum Grad des Näheverhältnisses unter Verwandten.

Vertiefungshinweise:

Zur Beistandspflicht i.S.v. § 221 I Nr. 2 StGB: BGH, NJW 1993, 2628; Kudlich, JuS 1998, 470; Küpper, ZStW 111, 49; Sternberg-Lieben/Fisch, Jura 1999, 45

Zur Garantenstellung unter Verwandten, insb. Geschwistern: BGH, JR 1955, 104; NSTZ 1984, 163; Lilie, JZ 1991, 541; Rudolphi, NSTZ 1984, 149

Kursprogramm:

Examenskurs: "Familienglück"

Examenskurs: "Die Todespirouette"

Leitsätze:

1. Weder die Geschwistereigenschaft allein noch

der hinzutretende Umstand, dass beide Geschwister zusammen eine Wohnung bewohnen, deren Miete sie sich teilen und in der sie eigene Zimmer haben, begründen unter ihnen eine Garantenstellung für die Unversehrtheit von Leib und Leben des jeweils anderen.

2. Maßgebend ist vielmehr, ob der zur Handlung aufgerufene Geschwisterteil den anderen in seine tatsächliche Obhut genommen hat.

Sachverhalt:

Die StA hat der Angeklagten zu 1. vorgeworfen, ihren Bruder S in der Zeit vom 31.1. bis zum 4.2.2002 in - durch den vorangegangenen Konsum von 6,9 ml Methadon ausgelöst - bewusstlosem Zustand in dessen Zimmer in der gemeinsamen Wohnung belassen zu haben, ohne ihn einem Arzt zuzuführen oder ärztliche Hilfe zu rufen, und dadurch seinen Tod herbeigeführt zu haben. Nach den Feststellungen des Instituts für Rechtsmedizin der CAU Kiel sei davon auszugehen, dass die hohe, wenn auch nicht primär todesursächliche Methadon-Konzentration initial zu einer tiefgreifenden Bewusstlosigkeit und sodann eine deshalb unbemerkt gebliebene Lungenentzündung zu einem länger andauernden agonalen Zustand und letztlich zum Tode des S geführt hätten. Dem Angeklagten zu 2. hat sie vorgeworfen, die Angeklagte zu 1. in ihrer Untätigkeit unterstützt und bestärkt zu haben.

Die angeklagten Taten hat die StA als Aussetzung mit Todesfolge im Falle der Angeklagten zu 1. und als Beihilfe zu einer solchen gemäß § 27 StGB im Falle des Angeklagten zu 2. gewertet.

Dieser Beurteilung vermochte sich die Kammer nicht anzuschließen und eröffnete das Hauptverfahren lediglich wegen unterlassener Hilfeleistung.

Aus den Gründen:

I. Erfordernis einer Garantenstellung für § 221 I Nr. 2 StGB

Die von § 221 StGB vorausgesetzte Tathandlung, d. h. das Tatopfer in einer hilflosen Lage im Stich zu lassen, obwohl der Täter es in seiner Obhut hat oder ihm sonst beizustehen verpflichtet ist, beschreibt ein echtes Sonderdelikt, das beim Täter eine Garantenstellung voraussetzt, für deren Feststellung auf die Grundsätze des unechten Unterlassungsdeliktes nach § 13 StGB zurückzugreifen ist (vgl. statt vieler Tröndle/Fischer, 51. Aufl., § 221 Rn 3 - 4).

II. Keine Garantenstellung der Angeklagten

Dass die Angeklagte zu 1. eine solche Garantenstellung innegehabt haben könnte, lässt sich nach dem bis-

herigen Ermittlungsergebnis nicht feststellen.

1. Zur Garantenstellung von Verwandten, insb. Geschwistern

Die Frage, inwieweit Verwandte untereinander eine Beistandspflicht im Sinne einer Garantenstellung trifft, wird in Literatur und Rechtsprechung nicht einheitlich beurteilt.

a. Übersicht über das Meinungsspektrum

Zum Teil wird die Auffassung vertreten, dass Geschwister untereinander stets als Garanten anzusehen seien, da der Familienverband als älteste, tief im Gefühlsleben verwurzelte Gemeinschaftsbeziehung von Natur aus auf gegenseitigen Beistand und den Schutz ihrer Mitglieder gegründet sei, ohne dass es auf das Bestehen einer tatsächlich effektiven Lebens- oder Hausgemeinschaft ankomme (vgl. S/S-Stree, 26. Aufl., § 13 Rn 17 - 19; LK-Jescheck, 11. Aufl., § 13 Rn 21 - 23; ähnlich Bärwinkel, Zur Struktur der Garantieverhältnisse bei den unechten Unterlassungsdelikten, S. 174 für den Fall des Zusammenlebens der Geschwister).

Die Vertreter der Gegenansicht fordern demgegenüber ein tatsächlich bestehendes, nicht allein bereits durch eine Hausgemeinschaft begründetes Obhutsverhältnis (SK-StGB-Rudolphi, 7./8. Aufl., Bd. 1, § 13 Rn 49), eine tatsächliche personale Schutzherrschaft (Schünemann, Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte, S. 357), ein Abhängigkeitsverhältnis (Nickel, Die Problematik der unechten Unterlassungsdelikte im Hinblick auf den Grundsatz „nullum crimen sine lege“, S. 186), eine rechtlich garantierte Gemeinsamkeit der Lebenswelt (Jakobs, StrafR AT, 2. Aufl., S. 822 Rn 62) oder doch jedenfalls ein objektives Näheverhältnis, an dem es jedenfalls bei Divergenzen zwischen den Beteiligten fehlen soll (Lilie, JZ 1991, 541, 546).

Auch die obergerichtliche Rechtsprechung, aus der - soweit ersichtlich - Entscheidungen zur Garantenpflicht von Geschwistern untereinander nicht veröffentlicht worden sind, bietet kein einheitliches Bild:

Das RG ging von dem Grundsatz aus, dass eine Einstandspflicht als Rechtspflicht für Menschen entstehen könne, „die der Außenwelt in so enger Lebensgemeinschaft verbunden gegenüberstehen, wie es in der Familie oder der häuslichen Gemeinschaft der Fall zu sein pflegt“ (RGSt 69, 321, 323). Auch in späteren Entscheidungen hat es Garantenstellungen einer Großmutter gegenüber ihrem Enkelkind (RGSt 72, 373, 374) und sogar einer Schwägerin gegenüber ihrem Schwager (RGSt 73, 389, 391) angenommen. Abstraktionsfähig in dem weiten Sinne, dass die Ga-

rantenstellung bereits aus einer mehr oder weniger engen familiären Beziehung folge, sind diese Entscheidungen jedoch nicht ohne weiteres. Vielmehr wird man den Ausführungen des RG zunächst nur entnehmen können, dass Familienverbände regelmäßig geeignet sein sollen, Garantpflichten zu begründen, wenn denn aus ihnen tatsächlich - wie, als üblich unterstellt - eine enge Lebensgemeinschaft erwächst. Tatsächlich war die Annahme einer Garantstellung unter diesem Gesichtspunkt im jeweils entschiedenen Fall auch gerechtfertigt, weil dort die jeweiligen Beziehungen mit der Begründung eines auch tatsächlichen Obhuts- bzw. Abhängigkeitsverhältnisses einhergingen. So betraf das Urteil vom 10.9.1935 (RGSt 69, 321 ff.) eine Konstellation, in der zum einen ein "Haushaltsvorstand" seine Schwester als "Hilfskraft" in seinen Haushalt aufgenommen hatte, die auf Grund einer Krankheit völlig gelähmte Frau verwahrlosen ließ und dadurch den Eintritt ihres Todes beschleunigte, zum anderen aber auch seine Tochter, die Nichte der Kranken, untätig geblieben war. Im Urteil vom 27.10.1938 (RGSt 72, 373 ff.) war die betroffene Großmutter ebenfalls Haushaltsvorstand. Sie hatte ihrer minderjährigen Tochter gestattet, in ihrer Wohnung ohne fremde Hilfe ein Kind zu gebären, wobei diese das Neugeborene unmittelbar nach der Geburt getötet hatte. Im Urteil vom 30.11.1939 (RGSt 73, 389ff.) schließlich war ein weiblicher Haushaltsvorstand betroffen, der es unterlassen hatte, für die ärztliche Versorgung schwerster Schmerzzustände ihres Schwagers zu sorgen, der geistig zurückgeblieben, wirtschaftlich mittellos und völlig fremdbestimmt war und auf dem dortigen Hof gegen die Erbringung von geringfügigen Hilfeleistungen mitversorgt wurde.

Auch der BGH hat dem "durch Blutsbande verbundenen" Familienverband als der "engsten und natürlichsten Gemeinschaft" "in der Regel" eine Rechtspflicht zur Abwendung schwerer Gefahren entnehmen mögen und eine solche im Falle eines Sohnes angenommen, der mit seinem in Lebensgefahr geratenen Vater zusammenlebte (BGHSt 19, 167, 169), das Verlöbnis hingegen einer Einzelfallprüfung daraufhin unterworfen, inwieweit durch dasselbe im Einzelfall bereits eine enge Schicksalsgemeinschaft begründet worden war (BGH, JR 1955, 104 f.), und das bloße Zusammenleben in einer Hausgemeinschaft nur unter besonderen Umständen als zur Begründung einer Garantstellung geeignet angesehen (BGH, NJW 1982, 1235 f.), so etwa im Falle eines hinzutretenden Verwandtschaftsverhältnisses oder Verlöbnisses oder der Übernahme einer Schutzfunktion gegenüber einem Hilfsbedürftigen (BGH, NStZ 1984, 163 f.; vgl. auch BGH, NStE Nr. 3 zu § 13 StGB).

b. Auffassung des Landgerichts

Der vorliegende Fall bietet Anlass für eine grundsätzliche Entscheidung der aufgeworfenen Problematik. Denn die Angeklagte zu 1. war zwar die 2 1/2 Jahre ältere Schwester des verstorbenen S und lebte mit diesem in einer gemeinsamen Wohnung zusammen. Haushaltsvorstand war sie jedoch nicht. Vielmehr war ihr Bruder Hauptmieter der Wohnung, während die Angeklagte sich nur im Innenverhältnis hälftig an den Mietkosten beteiligte. Auch bestand zwischen beiden Geschwistern nach dem Ergebnis der Ermittlungen ersichtlich keinerlei Obhuts- oder sonstiges Abhängigkeitsverhältnis. Vielmehr hatte S sich nach dem Abbruch seiner Ausbildung zum Gas- und Wasserinstallateur als Zeitsoldat verpflichtet und sollte zum 1.3.2002 seinen Dienst bei der Bundeswehr antreten. Auch bewohnten beide innerhalb der Wohnung eigene Zimmer, so dass ihr Zusammenleben insgesamt über die Begründung einer vorübergehenden "WG" nicht hinausging. Zur Annahme einer Garantstellung käme man vor diesem Hintergrund nur unter Zugrundelegung der Auffassung, dass bereits das Zusammentreffen einer verwandtschaftlichen Beziehung und einer Hausgemeinschaft Beistandspflichten im vorbezeichneten Sinne erzeugt. Für eine derartige Annahme fehlt es indes an einer tragfähigen Begründung.

Die Beziehungen von Mitgliedern einer Familie untereinander unterliegen wie auch die Familie selbst ungeachtet ihres besonderen Schutzes durch die Verfassung im Wandel der Zeiten einer dynamischen Beurteilung durch die Rechtsgemeinschaft. Das gilt - wenn schon nicht hinsichtlich des Institutes - jedenfalls hinsichtlich ihrer konkreten Ausformungen und der sich aus dem Familienverband ergebenden Rechten und Pflichten, soweit sie keine rechtliche Ausgestaltung gefunden haben. Dass die insoweit kodifizierten - wenn auch nicht zwischen Geschwistern bestehenden - Unterhaltspflichten zur Begründung oder Verneinung einer Garantstellung überzeugend nicht herangezogen werden können, hat der BGH (BGHSt 19, 167, 168) zutreffend ausgeführt.

Die von ihm in Anschluss an das RG vertretene Auffassung, dass schon die Zugehörigkeit zu einem Familienverband - wenn auch nur "in aller Regel" - eine Rechtspflicht zur Abwendung schwerer Gefahren begründe und dass diese Auffassung auch im allgemeinen Rechtsbewusstsein lebendig sei (aaO, 169), mag zum Zeitpunkt der Entscheidung noch berechtigt gewesen sein, muss in ihrer Allgemeingültigkeit heute jedoch bezweifelt werden. Denn zum einen ist seither eine immer frühere und weitergehende Verselbstständigung von Abkömmlingen einer Familie mit der Folge einer frühzeitigen Auflösung der entsprechenden

Haushaltsgemeinschaften zu beobachten. Zum anderen sind seither an die Stelle des klassischen Familienverbandes andere mittlerweile auch rechtlich zunehmend anerkannte Formen des Zusammenlebens getreten, die die Grenzziehung mit Hilfe der früher gebräuchlichen Kriterien immer mehr erschweren. Insbesondere ist kaum vernünftig begründbar, von welchem Grade an ein Verwandtschaftsverhältnis geeignet sein sollte, die beteiligten Familienmitglieder zu wechselseitigen Garanten zu machen, ob als solche beispielsweise nur Verwandte in auf- und absteigender Linie, auch Geschwister, darüber hinaus Halbgeschwister oder gar Verwandte der Seitenlinie wie Onkel und Tanten, Cousins oder Cousinen anzusehen sein müssten, wenn sie denn nur in häuslicher Gemeinschaft zusammen leben, wobei selbst dieser Begriff in der heutigen Zeit einer durchaus unterschiedlichen Deutung zugänglich ist. Das Bild der unter einem Dach vereinten Großfamilie gehört im hiesigen Rechtskreis zunehmend der Vergangenheit an und kann als geeigneter Gradmesser nach Auffassung der Kammer keine Geltung mehr beanspruchen.

Überzeugender erscheint es, mit einem Teil der Literatur allein auf das Bestehen von tatsächlichen Obhutsverhältnissen, wodurch auch immer sie begründet seien, abzustellen. Dafür spricht bereits der Umstand, dass solche Obhutsverhältnisse von den als Garanten in die Pflicht zu nehmenden Beteiligten regelmäßig bewusst begründet werden und deshalb schon aus sich heraus eine Appellwirkung in Richtung einer Beistandsleistung entfalten. Nur ein Abstellen auf derartige Parameter gewährleistet, dass das Risiko einer Bestrafung für den Normadressaten noch voraussehbar ist (vgl. BVerfG NJW 2003, 1030), während die bloßen Familienbände als solche ihre diesbezügliche Funktion angesichts der sich immer weiter vervielfachenden Bedingungen, unter denen die Angehörigen eines solchen Verbandes zusammenleben oder sich begegnen, eingebüßt haben.

Eine Betrachtung der "klassischen" Fälle, in denen es bislang zur Annahme von Garantenstellungen unter Familienmitgliedern gekommen ist, belegt, dass gerade bei ihnen im Ergebnis keine Abweichungen zu verzeichnen sein werden. So dürfte das Verhältnis von Eltern zu ihren minderjährigen Abkömmlingen auch weiterhin regelmäßig von einer Obhutsübernahme geprägt sein. Gleiches gilt auch für die Fälle, in denen Verwandte der aufsteigenden Linie in die Haushalte der Abkömmlinge aufgenommen werden, weil sie körperlich gebrechlich oder aus anderen Gründen hilfsbedürftig geworden sind. Auf der anderen Seite würden Konstellationen aus dem Bereich der Beistandspflichten unproblematisch ausgeschieden werden können, in denen etwa auf Grund äußerer Zwänge wie einer sozialen Notlage zerstrittene Verwandte bei getrennter Lebensführung in einem Haushalt verharren oder sich ein Kind dem Familienverband durch seinen Auszug entzieht.

Die Kammer schließt sich daher der überzeugenden Auffassung an, die allein auf das Vorliegen eines tatsächlichen Obhutsverhältnisses abstellt.

2. Ergebnis

Auf dieser Grundlage kann im vorliegenden Fall von einer Garantenstellung der Angeklagten zu 1. nicht ausgegangen werden, da es an jeglichem Hinweis auf die Begründung eines derartigen Verhältnisses zwischen den Geschwistern fehlt. Der Umstand, dass beide in einer Wohnung zusammen gezogen waren, reicht dazu ebenso wenig aus wie das zwischen ihnen bestehende bloße Geschwisterverhältnis, und auch die Kombination beider führt zu keinem anderen Ergebnis.

III. Abweichende Eröffnung des Hauptverfahrens

Daraus folgt, dass die Angeklagte zu 1. allein einer unterlassenen Hilfeleistung nach § 323 c StGB hinreichend verdächtig ist [...]

Standort: § 240 I StGB**Problem: Vollendung bei Teilerfolg**

BGH, BESCHLUSS VOM 11.12.2003

3 STR 421/03 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Der Angeklagte, der den Besuch bei seiner im Krankenhaus befindlichen Freundin über die Besuchszeit hinaus ausdehnen wollte, drohte deren Bettnachbarin, die gegen den längeren Besuch war, mit einem Messer, damit diese zur Nachtschwester gehen und dieser gegenüber erklären sollte, sie habe nichts gegen den längeren Besuch. Die Bedrohte ging auch tatsächlich zur Nachtschwester, aber nur, um diese über den Vorgang zu informieren und die Polizei zu rufen. Das LG Duisburg hatte den Angeklagten deshalb insb. wegen vollendeter Nötigung verurteilt. Der BGH hob die Verurteilung insofern auf, da die Tat nicht vollendet sei.

Prüfungsrelevanz:

Die Nötigung (§ 240 StGB) ist nicht nur wegen der ihr immanenten Problemstellungen von Examensrelevanz, sondern auch, weil sie die "Vorstufe" für verschiedene andere Delikte (insb. §§ 249, 253 StGB) bildet.

Bei § 240 I StGB handelt es sich - wie der BGH richtig herausstellt - um ein Erfolgsdelikt, d.h. es ist (anders als bei einem Unternehmensdelikt, vgl. § 11 I Nr. 6 StGB) zwischen Versuch und Vollendung zu unterscheiden (vgl. auch 240 III StGB). Da nach dem Wortlaut des § 240 I StGB erforderlich ist, dass der Täter das Opfer "zu einer Handlung, Duldung oder Unterlassung nötigt", ist das Delikt dann vollendet, wenn das Opfer die begehrte Handlung vornimmt oder auch bloß damit beginnt (BGH, NSTZ 1987, 70; Lackner/Kühl, § 240 Rn. 26), wobei weiterhin erforderlich ist, dass das Opfer die verlangte Handlung gerade aufgrund der Zwangsausübung vornimmt (sog. nötigungsspezifische Kausalität, vgl. BGHSt 37, 353; Schönke/Schröder-Eser, § 240 Rn. 14 mwN). Problematisch ist die Vollendung, wenn der Täter möchte, dass das Opfer (nacheinander) mehrere Dinge tut (im vorliegenden Fall sollte das Opfer zunächst zur Nachtschwester gehen und dann dieser gegenüber erklären, es sei mit dem späten Besuch des Täters einverstanden). In diesem Fall kann bereits die Vornahme der ersten Handlungsstufe für eine vollendete Nötigung ausreichen, aber nur dann, wenn sie ein eigenständiges "Zwischenziel" darstellt, nicht jedoch, wenn sie lediglich das Mittel sein soll, die (vom Täter eigentlich gewollte) zweite Handlungsstufe zu ermöglichen (BGH, NStE Nr. 1 zu § 178 a.F.; Tröndle/Fischer, § 240 Rn.

55).

Hier hatte die Bedrohte lediglich die erste Handlung vorgenommen und war zur Nachtschwester gegangen, ihr Einverständnis mit der längeren Besuchsdauer hatte sie allerdings nicht erklärt, sondern stattdessen das Verhalten des Angeklagten angezeigt. Der BGH lehnt hier eine vollendete Nötigung im Ergebnis zu Recht ab, da die Handlung des Opfers, nur zur Nachtschwester zu gehen, kein selbstständiges Zwischenziel darstellte, sondern nur die Kontaktaufnahme ermöglichen sollte, damit das Opfer (wie vom Täter beabsichtigt) die Einverständniserklärung abgeben konnte. Da die Bedrohte auch gleich der Nachtschwester das Verhalten des Angeklagten anzeigte, muss wohl davon ausgegangen werden, dass sie nicht aufgrund der Drohung, sondern um dem Zugriff des Angeklagten zu entgehen, den Raum verließ. Auch die nötigungsspezifische Kausalität dürfte somit höchst fraglich sein.

Vertiefungshinweise:

Zur Vollendung von § 240 StGB: BGH, NSTZ 1987, 71; OLG Zweibrücken, NJW 1991, 55; Altwater, NSTZ 1995, 281; Dierlamm, NSTZ 1992, 576; Eschenbach, Jura 1995, 14; Wohlers, NJW 1992, 1432

Kursprogramm:

Examenskurs: "Feindschaftsdienst"

Leitsätze (der Redaktion):

1. § 240 StGB ist als Erfolgsdelikt ausgestaltet. Die Gewaltanwendung muss in kausalem Sinne zu dem vom Täter geforderten Verhalten des Opfers führen.
2. Vollendet ist die Nötigung erst dann, wenn der Genötigte die verlangte Handlung vorgenommen oder zumindest mit ihrer Ausführung begonnen hat; ein solcher Teilerfolg des Täters, der mit Blick auf ein weitergehendes Ziel jedenfalls vorbereitend wirkt, kann dann für die Annahme einer vollendeten Nötigung ausreichen, wenn die abgenötigte Handlung des Opfers nach der Vorstellung des Täters eine eigenständig bedeutsame Vorstufe des gewollten Enderfolgs darstellt. Dagegen reicht es für die Vollendung des Tatbestandes nicht aus, wenn es dem Täter lediglich gelingt, das Opfer nur zu einem kurzfristigen Verhalten zu zwingen, das nicht Zweck, sondern lediglich Mittel ist, um das vom Täter gewollte Verhalten zu ermöglichen, oder wenn das Opfer

nur scheinbar mitwirkt, um den Täter zu überführen.

Sachverhalt:

Der Angeklagte wollte einen Besuch bei seiner Lebensgefährtin im Krankenhaus über die Besuchszeit hinaus ausdehnen. Die Nachtschwester wies ihn darauf hin, dass er hierzu das Einverständnis der im Nachbarbett liegenden Zeugin U benötige. Nachdem die Nachtschwester das Zimmer verlassen hatte, fragte der Angeklagte die Zeugin U, ob er noch bleiben dürfe. Die Zeugin verneinte dies. Darauf zog der Angeklagte ein Messer, drückte es der Zeugin U an den Hals und forderte sie auf, zur Nachtschwester zu gehen und ihr zu erklären, sie sei mit seinem weiteren Verbleiben im Krankenzimmer einverstanden. Die Zeugin verließ daraufhin den Raum, begab sich zur Nachtschwester und schilderte dieser die Bedrohung durch den Angeklagten.

Aus den Gründen:

I. Entscheidung des Landgerichts

Das Landgericht hat den Angeklagten "wegen Nötigung, Diebstahls in Tateinheit mit Bedrohung, Freiheitsberaubung und Sachbeschädigung, wegen versuchten Diebstahls im besonders schweren Fall und wegen unbefugten Gebrauchs eines Kraftfahrzeuges in Tateinheit mit Fahren ohne Fahrerlaubnis" zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von zwei Jahren und fünf Monaten verurteilt sowie seine Unterbringung in einer Entziehungsanstalt angeordnet. Hiergegen wendet sich der Angeklagte mit seiner auf die Sachrüge gestützten Revision. Das Rechtsmittel hat [teilweise Erfolg].

II. Entscheidung des BGH

Die Auffassung des Landgerichts, der Angeklagte habe sich danach der vollendeten Nötigung schuldig gemacht, hält rechtlicher Prüfung nicht stand.

1. Zur fehlenden Vollendung der Nötigung

§ 240 StGB ist als Erfolgsdelikt ausgestaltet. Die Gewaltanwendung muss in kausalem Sinne zu dem vom Täter geforderten Verhalten des Opfers führen (BGHSt 37, 350, 353).

Vollendet ist die Nötigung erst dann, wenn der Genötigte die verlangte Handlung vorgenommen oder zumindest mit ihrer Ausführung begonnen hat (BGH MDR 1979, 280 f.); ein solcher Teilerfolg des Täters,

der mit Blick auf ein weitergehendes Ziel jedenfalls vorbereitend wirkt, kann dann für die Annahme einer vollendeten Nötigung ausreichen, wenn die abgenötigte Handlung des Opfers nach der Vorstellung des Täters eine eigenständig bedeutsame Vorstufe des gewollten Enderfolgs darstellt (vgl. BGH NJW 1997, 1082 f.; BGH NSTZ 1987, 70 f.). Dagegen reicht es für die Vollendung des Tatbestandes nicht aus, wenn es dem Täter lediglich gelingt, das Opfer nur zu einem kurzfristigen Verhalten zu zwingen, das nicht Zweck, sondern lediglich Mittel ist, um das vom Täter gewollte Verhalten zu ermöglichen (Tröndle/ Fischer, StGB 51. Aufl. § 240 Rdn. 55) oder wenn das Opfer nur scheinbar mitwirkt, um den Täter zu überführen (Träger/Altwater in LK StGB 11. Aufl. § 240 Rdn. 67).

Ausgehend von diesen Maßstäben tragen die Feststellungen die Annahme einer vollendeten Nötigung nicht. Zwar leistete das Opfer der Aufforderung des Angeklagten insoweit Folge, als es das Zimmer verließ und die Nachtschwester aufsuchte. Damit allein erreichte der Angeklagte aber noch keinen - selbständig bedeutsamen - Teilerfolg. Da das Opfer die verlangte Handlung, sich mit einem weiteren Aufenthalt des Angeklagten im Krankenzimmer einverstanden zu erklären, nicht vorgenommen hat, liegt nur eine versuchte Nötigung vor.

Der Senat hat den Schuldspruch entsprechend geändert und bei der Neufassung berücksichtigt, dass das Vorliegen gesetzlicher Regelbeispiele nicht in die Urteilsformel aufgenommen wird (Meyer-Goßner, StPO 46. Aufl. § 260 Rdn. 25). § 265 StPO steht der Schuldspruchänderung nicht entgegen, da sich der geständige Angeklagte nicht anders als geschehen hätte verteidigen können.

2. Zur Aufhebung des Rechtsfolgenausspruches

Der aufgezeigte Rechtsfehler bedingt die Aufhebung der verhängten Einzel- und Einsatzstrafe von einem Jahr und drei Monaten Freiheitsstrafe sowie der Gesamtstrafe. Der Senat kann trotz der angesichts des Tatbildes an sich nicht unangemessen hohen Einsatzstrafe nicht völlig

ausschließen, dass das Landgericht bei zutreffender rechtlicher Würdigung von der Möglichkeit Gebrauch gemacht hätte, den zugrunde gelegten, bereits nach §§ 21, 49 StGB gemilderten Strafraumen nochmals nach §§ 23 Abs. 2, 49 Abs. 1 StGB abzusenken, und danach auf eine niedrigere Einzel- und Gesamtstrafe erkannt hätte. [...]

Standort: § 249 StGB**Problem: Zueignungsabsicht**

BGH, URTEIL VOM 13.11.2003

3 STR 282/03 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Die Angeklagten wollten sich des Pkws des Opfers bemächtigen und diesem hierzu den Autoschlüssel entwenden. Bei einem Handgemenge zogen einer der Angeklagten und das Opfer an dem Schlüssel mit der Folge, dass der Angeklagte lediglich den elektronischen Türöffner (einen sog. Transponder) des Fahrzeugs festhalten konnte, während der eigentliche Schlüssel beim Opfer verblieb, was die Angeklagten jedoch nicht bemerkten. Sie stellten später fest, dass der Türöffner alleine zum Starten des Pkws nicht ausreichte. Das LG Kleve hatte sie insb. wegen vollendeten Raubes verurteilt; der BGH bestätigte das Urteil.

Prüfungsrelevanz:

Der vorliegende Fall kombiniert zwei im Examen besonders beliebte Bereiche, Vermögensdelikte und Irrtümer, und ist deshalb als besonders examensrelevant anzusehen.

Der BGH führt im vorliegenden Fall aus, dass der maßgebliche Zeitpunkt für das Vorliegen der Zueignungsabsicht beim Diebstahl oder Raub derjenige der Wegnahme ist, was nicht nur der ganz herrschenden Meinung entspricht (vgl. BGH, StV 1991, 106; NK-Kindhäuser, § 242 Rn. 113 mwN), sondern auch dem Gesetzeswortlaut ("...in der Absicht wegnimmt...").

Eine Zueignungsabsicht ist insb. dann grundsätzlich gegeben, wenn der Täter die weggenommene Sache benutzen will, ohne sie zurückzugeben, selbst wenn nur eine einmalige Benutzung geplant ist (BGHSt 16, 192; Schönke/Schröder-Eser, § 242 Rn. 52 mwN). Zwar war im vorliegenden Fall der weggenommene Transponder gar nicht dazu geeignet, zu dem Zweck eingesetzt zu werden, zu dem die Täter ihn weggenommen hatten. Dass das Tatobjekt entgegen der Vorstellung des Täters gar nicht tauglich ist, zu dem intendierten Zweck eingesetzt zu werden, schließt jedoch die Zueignungsabsicht und damit den vollendeten Diebstahl oder Raub nicht aus, da diese erfolgskupierte Delikte darstellen und deshalb keine tatsächlich erfolgte Zueignung, sondern nur eine entsprechende Absicht voraussetzen (Schönke/Schröder-Eser, § 242 Rn. 62; Seier/Schlehofer, JuS 1983, 54).

Der BGH begründet sein Ergebnis (Strafbarkeit wegen vollendeten Raubes) u.a. damit, dass der Vorsatz

der Täter sich auf die tatsächlich weggenommene Sache (den Transponder) konkretisiert habe und sie sich vorgestellt hätten, damit allein das Auto starten zu können. Denkbar wäre es aber auch gewesen, eine Parallele zu den Fällen zu ziehen, in denen der Täter ein Behältnis wegnimmt, weil er eine Zueignungsabsicht bzgl. des Inhaltes hat und später feststellt, dass dieses nicht den vorgestellten Inhalt hat; in dieser Konstellation geht die h.M. lediglich von einem Versuch aus, da der Täter die Sache, auf die sich seine Zueignungsabsicht erstreckte, nicht weggenommen hat, die Sache, die er weggenommen hat, aber nicht von der Zueignungsabsicht erfasst war (BGH, NJW 1990, 408; Tröndle/Fischer, § 242 Rn. 41). Dann hätte das Gericht aber wohl dahingehend argumentieren müssen, dass die Täter glaubten, in dem weggenommenen Transponder befinde sich ein Zündschlüssel.

Schließlich stellt der BGH noch kurz fest, dass ein (für diesen unbeachtlicher) Irrtum eines Mittäters grundsätzlich auch für die übrigen Mittäter unbeachtlich ist, sofern sich das Vorgehen trotz des Irrtums noch im Rahmen des gemeinsamen Tatplanes hält. Dies entspricht der ganz herrschenden Meinung (vgl. Schönke/Schröder-Cramer/Heine, § 25 Rn. 96 mwN).

Vertiefungshinweise:

❑ Zum maßgebliche Zeitpunkt für die Zueignungsabsicht: *BGH*, GA 1962, 78; *NStZ* 1996, 38; *Bloy*, JA 1987, 191; *Herzberg/Brandts*, JuS 1983, 203

❑ Zur Zueignungsabsicht bei enttäuschter Beuteerwartung: *BGH*, StV 1988, 14; 1990, 408; 1996, 541; *Meyer-Goßner*, *NStZ* 1986, 106

❑ Zur Unbeachtlichkeit von Irrtümern bei Mittäterschaft: *BGHSt* 11, 271; *Scheffler*, JuS 1992, 922; *Toepe*, JA 1997, 250

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs*: "Die Skizze"

Leitsätze (der Redaktion):

1. Der Wegnahmevorsatz und die Zueignungsabsicht beurteilen sich nach den Vorstellungen, die der Täter bei Vornahme der tatbestandlichen Handlung hat. Wenn sich im Verlaufe der Tatbegehung Änderungen in Bezug auf das Tatobjekt oder die Vorstellungen des Täters von diesem ergeben, ist für die Beurteilung der Kongruenz von objektivem und subjektivem Tatbestand der

Zeitpunkt der letzten Ausführungshandlung entscheidend.

2. Der Irrtum des Täters über die Eignung des weggenommenen Gegenstandes zu dem von ihm angestrebten Zweck beeinträchtigt weder den Wegnahmevorsatz noch die Zueignungsabsicht und hindert daher nicht die Tatvollendung.

Sachverhalt:

Die im Maßregelvollzug untergebrachten Angeklagten beschlossen gemeinsam auszubrechen. Sie kamen überein, den Pfleger E zu überfallen, diesem alle Schlüssel abzunehmen und mit dessen Auto zu flüchten, "wobei sie vorhatten, das Auto nebst Schlüssel später an irgendeiner Stelle abzustellen und billigend in Kauf nahmen, dass das Fahrzeug nebst Schlüssel dem Berechtigten auf Dauer entzogen wurde".

Zur Durchsetzung ihres Vorhabens nahm der Angeklagte L ein Küchenmesser, der Angeklagte Z ein Nudelholz an sich. Nachdem die Angeklagten gewaltsam die Hausschlüssel des Zeugen an sich gebracht hatten, forderten sie von diesem unter Vorhalt des Messers den Autoschlüssel. Bei dem sich anschließenden Gerangel gelang es dem Angeklagten Z, den Autoschlüssel zu ergreifen. Da der Zeuge E den Schlüssel jedoch ebenfalls zu fassen bekam, entstand ein Hin- und Herziehen, wobei der Pfleger den Bart des Schlüssels in der Hand hielt, der Angeklagte Z hingegen an dem den Schlüsselgriff bildenden Transponder zog, der den elektrischen Mechanismus zum Öffnen des Fahrzeugs beinhaltet. Infolgedessen lösten sich die beiden Schlüsselteile voneinander, worauf der Angeklagte Z, der dabei davon ausging, dem Zeugen den gesamten Schlüssel entrissen zu haben, mit dem Transponder in der Hand zu der vom Angeklagten L inzwischen geöffneten Außentür lief. Die Angeklagten schlossen die Tür von außen ab, so dass der Zeuge E eingesperrt war, und ließen dessen Hausschlüssel fallen. Sodann rannten die Angeklagten zu dem Fahrzeug des Pflegers und versuchten, den Pkw mit dem Transponder zu starten. Als dies nicht gelang, ließen sie den Transponder im Fahrzeug zurück und setzten ihre Flucht zu Fuß fort.

Aus den Gründen:

Das Landgericht hat beide Angeklagte des schweren Raubes in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung schuldig gesprochen. Gegen den Angeklagten L hat es eine Freiheitsstrafe von vier Jahren und sechs Monaten, gegen den Angeklagten Z unter Einbeziehung einer Geldstrafe eine Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren, neun Monaten und einer Woche verhängt.

Hiergegen wenden sich die Revisionen der Angeklag-

ten jeweils mit der Rüge der Verletzung materiellen Rechts. Beide Rechtsmittel bleiben ohne Erfolg. [...]

Die Nachprüfung des Urteils aufgrund der Revision hat keinen Rechtsfehler zum Nachteil der Angeklagten ergeben. Insbesondere hält der Schuldspruch wegen vollendeten schweren Raubes (§§ 249 I, 250 I Nr. 2 StGB) rechtlicher Nachprüfung stand.

Zutreffend hat das Landgericht angenommen, dass beide Angeklagte bezüglich des Transponders alle objektiven und subjektiven Tatbestandsmerkmale des Raubes erfüllt haben. Dem steht nicht entgegen, daß sie ursprünglich den gesamten Fahrzeugschlüssel des Zeugen E wegnehmen und sich zueignen wollten.

Der Wegnahmevorsatz und die Zueignungsabsicht beurteilen sich nach den Vorstellungen, die der Täter bei Vornahme der tatbestandlichen Handlung hat. Wenn sich im Verlaufe der Tatbegehung Änderungen in bezug auf das Tatobjekt oder die Vorstellungen des Täters von diesem ergeben, ist für die Beurteilung der Kongruenz von objektivem und subjektivem Tatbestand der Zeitpunkt der letzten Ausführungshandlung entscheidend (vgl. allg. zum Vorsatz Cramer/Sternberg-Lieben in Schönke/Schröder, StGB 26. Aufl. § 15 Rdn. 48 m. w. N.; zur Zueignungsabsicht BGH NStZ 1996, 38 m. w. N.). Dies war hier der Augenblick, als der Angeklagte Z den Transponder dem Zeugen E entrissen hatte und sich von diesem entfernte, um sich zusammen mit dem Angeklagten L zu dem Pkw des Zeugen zu begeben. Zu diesem Zeitpunkt hatte sich sein Wille zur Wegnahme und seine Absicht der Zueignung auf den sinnlich wahrgenommenen Gegenstand konkretisiert, den er nach dem Gerangel mit dem Zeugen E in Händen hielt. Denn diesen betrachtete er als notwendig und geeignet, um sein weitergehendes Ziel - die Wegnahme des Autos - erreichen zu können, was daraus folgt, dass er mit dem weggenommenen Gegenstand bis zu dem Pkw ging und versuchte, diesen mit dem Transponder zu starten. Der Irrtum über die Eignung des weggenommenen Gegenstandes zu dem vom Angeklagten Z angestrebten weiteren Zweck beeinträchtigte indessen weder dessen Wegnahmevorsatz noch dessen Zueignungsabsicht und hindert daher nicht die Tatvollendung (vgl. Schroeder in LK 11. Aufl. § 16 Rdn. 8). Dieser Irrtum kommt auch nicht dem Angeklagten L zugute; denn da ihm als Mitäter die Handlungen des Angeklagten Z zugerechnet werden und das Risiko des diesem unterlaufenen Irrtums nicht außerhalb des gemeinsamen Tatplans lag, haftet er strafrechtlich in gleichem Umfange, wie wenn ihm selbst der unbeachtliche Irrtum unterlaufen wäre (vgl. Cramer/Heine in Schönke/Schröder aaO § 25 Rdn. 96).

*Urteile in Fallstruktur***Standort: Art. 13 GG****Problem: Großer Lauschangriff**

BVERFG, URTEIL VOM 03.03.2004
1 BVR 2378/98 (NJW 2004, 999)

Problemdarstellung:

In der nachstehend aufbereiteten Entscheidung hat das BVerfG weite Teile des in §§ 100c ff. StPO geregelten sogen. "großen Lauschangriffs" - des Abhörens von Privatwohnungen zum Zweck der Strafverfolgung - für verfassungswidrig erklärt. Zwar sei der solche Maßnahmen legitimierende Art. 13 III GG seinerseits mit Art. 79 III GG vereinbar, sodass der "große Lauschangriff" grundsätzlich durchaus zulässig sei (a.A. Sondervoten). § 100c I Nr. 3 StPO gehe aber zu weit, weil einerseits entgegen Art. 13 III GG nicht ausnahmslos "besonders schwere Straftaten" in seinen Katalog aufgenommen worden seien, und er andererseits keine hinreichende Beschränkung des Abhörens von Gesprächen unter engen Familienangehörigen enthalte. Eine solche Einschränkung sei aber zum Schutz der Menschenwürde (Art. 1 I GG) geboten.

Prüfungsrelevanz:

In der nachfolgenden Falllösung war das Urteil z.T. deutlich zu kürzen, um den Rahmen des Darstellbaren nicht zu sprengen. So hat das BVerfG dem Gesetzgeber z.B. recht genaue Vorgaben für eine Neuregelung der §§ 100c ff. StPO gemacht, auf deren Wiedergabe hier verzichtet wurde. Wegen der Einzelheiten sei auf die Ausführungen in RA 2004, 153 ff. verwiesen.

Besonders betont sei noch einmal, dass das BVerfG seine Einschränkungen des "großen Lauschangriffs" explizit nur auf Privaträume bezogen hat. Geschäftsräume fallen nach Ansicht des BVerfG zwar auch unter den Schutzbereich des Art. 13 I GG, sind aber bzgl. des in ihnen gesprochenen Wortes weniger geschützt, weil sie keine den Privaträumen vergleichbare Privatsphäre eröffnen.

Bemerkenswert ist auch, dass das BVerfG die Menschenwürde nicht als eigenständiges Grundrecht prüft, sondern als Ausgangspunkt Art. 13 I GG wählt, wobei es in diesem den Würdekern des Art. 1 GG entdeckt, der unantastbar sei und den der Gesetzgeber in §§ 100c ff. StPO nicht hinreichend geschützt habe. Das

ebenfalls verletzte allgemeine Persönlichkeitsrecht wird hingegen recht stiefmütterlich behandelt. Es tritt für den belauschten Wohnungsinhaber hinter Art. 13 I GG zurück, bleibt allerdings für Dritte (Gesprächspartner am Telefon, Besucher usw.) anwendbar.

In der Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde sind die Ausführungen zur Beschwerdebefugnis - genauer: zur unmittelbaren Betroffenheit - interessant, die zu verneinen ist, soweit sich die Vb. gegen Art. 13 III GG selbst richtet. Dass das BVerfG trotzdem nicht zu einer (teilweisen) Unzulässigkeit der Vb. gelangt ist, ist nur einer gewagten Auslegung des Antragsbegehrens zu verdanken, die keinesfalls zum Anlass genommen werden sollte, nunmehr jede Gesetzesverfassungsbeschwerde in eine Vb. gegen den Vollzugsakt umzudeuten.

Vertiefungshinweise:

- Fall zu Überwachungsmaßnahmen und Art. 13 GG: *Jahn*, JA 1997, 303
- Lauschangriff zu präventiven Zwecken: *Benfer*, NVwZ 1999, 237; *Braun*, NVwZ 2000, 375

Kursprogramm:

- Examenskurs*: "Ohne Hehl und Tadel"

Leitsätze:

- 1. Art. 13 III GG in der Fassung des Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes (Artikel 13) vom 26. März 1998 (BGBl I S. 610) ist mit Art. 79 Abs. 3 GG vereinbar.**
- 2. Zur Unantastbarkeit der Menschenwürde gemäß Art. 1 I GG gehört die Anerkennung eines absolut geschützten Kernbereichs privater Lebensgestaltung. In diesen Bereich darf die akustische Überwachung von Wohnraum zu Zwecken der Strafverfolgung (Art. 13 III GG) nicht eingreifen. Eine Abwägung nach Maßgabe des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zwischen der Unverletzlichkeit der Wohnung (Art. 13 I i.V.m. Art. 1 I GG) und dem Strafverfolgungsinteresse findet insoweit nicht statt.**
- 3. Nicht jede akustische Überwachung von Wohnraum verletzt den Menschenwürdegehalt**

des Art. 13 I GG.

4. Die auf die Überwachung von Wohnraum gerichtete gesetzliche Ermächtigung muss Sicherungen der Unantastbarkeit der Menschenwürde enthalten sowie den tatbestandlichen Anforderungen des Art. 13 III GG und den übrigen Vorgaben der Verfassung entsprechen.

5. Führt die auf eine solche Ermächtigung gestützte akustische Wohnraumüberwachung gleichwohl zur Erhebung von Informationen aus dem absolut geschützten Kernbereich privater Lebensgestaltung, muss sie abgebrochen werden und Aufzeichnungen müssen gelöscht werden; jede Verwertung solcher Informationen ist ausgeschlossen.

6. Die Vorschriften der Strafprozessordnung zur Durchführung der akustischen Überwachung von Wohnraum zu Zwecken der Strafverfolgung genügen den verfassungsrechtlichen Anforderungen im Hinblick auf den Schutz der Menschenwürde (Art. 1 I GG), den vom Rechtsstaatsprinzip umfassten Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, die Gewährung effektiven Rechtsschutzes (Art. 19 IV GG) und den Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 103 I GG) nicht in vollem Umfang.

Sachverhalt:

Die Bf. stehen der durch das Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 26. März 1998 (BGBl I S. 610) in Art. 13 GG eingefügten neuen Schranke des Art. 13 III GG, welcher die Regelung des sogen. "großen Lauschangriffs" zu repressiven Zwecken ermöglicht, und den auf der Grundlage dieser Schranke in die StPO eingefügten Normen, insbesondere der Ermächtigung des § 100c I Nr. 3 StPO, kritisch gegenüber. Mit ihrer Verfassungsbeschwerde (Vb.) wenden sie sich sowohl gegen Art. 13 III GG selbst, als auch gegen seine Umsetzung in § 100c I Nr. 3 StPO. Sie meinen, Art. 13 III GG stelle verfassungswidriges Verfassungsrecht dar, weil er mit der sogen. "Ewigkeitsgarantie" des Art. 79 III GG nicht vereinbar sei. Sei aber schon die Schranke selbst verfassungswidrig, dürfe sie erst Recht nicht durch den Erlass von Gesetzen umgesetzt werden. Hat die Vb. Erfolg?

Lösung:

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

A. Zulässigkeit

I. Zuständigkeit

Gem. Art. 93 I nR. 4a GG i.V.m. §§ 13 Nr. 8a, 90 ff.

BVerfGG ist das angerufene BVerfG zur Entscheidung über die Vb. zuständig.

II. Beteiligtenfähigkeit

Der Bf. sind als volljährige natürliche Personen grundrechtsfähig und damit als "jedermann" i.S.d. § 90 I BVerfGG berechtigt, eine Vb. zu erheben.

III. Beschwerdegegenstand

Beschwerdegegenstand kann jeder Akt der öffentlichen Gewalt sein, § 90 I BVerfGG. Die öffentliche Gewalt gliedert sich gem. Art. 20 II, III GG in Legislative, Exekutive und Judikative. Hier wenden sich die Bf. gegen Art. 13 III GG und dessen Umsetzung in § 100c I Nr. 3 StPO, mithin Legislativakte.

IV. Beschwerdebefugnis

Beschwerdebefugt i.S.d. § 90 I BVerfGG ist, wer behaupten kann, selbst, gegenwärtig und unmittelbar in einem Grundrecht oder grundrechtsgleichem Recht verletzt zu sein (vgl. BVerfGE 1, 97 [101 ff.]; 100, 313 [354]).

1. Möglichkeit einer Grundrechtsverletzung

Zur Behauptung in diesem Sinne genügt die schlüssige Darlegung der Möglichkeit einer solchen Verletzung. Es erscheint nicht von vornherein ausgeschlossen, dass die Bf. in ihren Grundrechten auf Unverletzlichkeit der Wohnung (Art. 13 GG) und Schutz der Privatsphäre (Art. 2 I i.V.m. 1 I GG) verletzt sein könnten.

2. Eigene, gegenwärtige Betroffenheit

"Die Möglichkeit der eigenen und gegenwärtigen Betroffenheit ist grundsätzlich erfüllt, wenn der Beschwerdeführer darlegt, dass er mit einiger Wahrscheinlichkeit durch die auf den angegriffenen Rechtsnormen beruhenden Maßnahmen in seinen Grundrechten berührt wird (vgl. BVerfGE 67, 157 [169 f.]; 100, 313 [354]). Der geforderte Grad der Wahrscheinlichkeit wird davon beeinflusst, welche Möglichkeit der Beschwerdeführer hat, seine Betroffenheit darzulegen (vgl. BVerfGE 100, 313 [355 f.]). So ist bedeutsam, ob die Maßnahme auf einen tatbestandlich eng umgrenzten Personenkreis zielt (dazu vgl. BVerfG, DVBl 2001, S. 1057) oder ob sie eine große Streubreite hat und Dritte auch zufällig erfassen kann. Darlegungen, durch die sich der Beschwerdeführer selbst einer Straftat bezichtigen müsste, dürfen zum Beleg der eigenen gegenwärtigen Betroffenheit nicht verlangt werden.

In diesem Sinne genügen die Darlegungen der Beschwerdeführer zum Nachweis persönlicher und gegenwärtiger Betroffenheit, da von ihnen geführte Gespräche Gegenstand einer auf § 100c Abs. 1 Nr. 3

StPO beruhenden Vollzugsmaßnahme werden können. Betroffener ist jeder, in dessen Persönlichkeitsrechte durch die akustische Wohnraumüberwachung eingegriffen wird, auch wenn er nicht Zielperson der Anordnung ist.

Die Möglichkeit, Objekt einer akustischen Wohnraumüberwachung zu werden, besteht praktisch für jedermann und damit auch für die Beschwerdeführer. Der akustischen Überwachung unterliegt nicht nur die eigene Wohnung des Beschuldigten. Es dürfen nach § 100c Abs. 2 Satz 5 StPO auch sämtliche dem Wohnungsbegriff unterfallende Räumlichkeiten Dritter überwacht werden, sofern sich der Beschuldigte darin vermutlich aufhält. Damit können Wohnungsinhaber betroffen werden, die selbst unter Tatverdacht stehen, aber auch solche, die lediglich mit einem Beschuldigten in Kontakt stehen, ohne in die verfolgten Straftaten verwickelt zu sein. Der Überwachung ausgesetzt sind schließlich diejenigen Personen, die sich als unverdächtige Dritte in der Wohnung des Beschuldigten oder eines anderen, von einer Anordnung betroffenen, Wohnungsinhabers aufhalten. Maßnahmen dürfen nach § 100c Abs. 3 StPO auch durchgeführt werden, wenn Dritte unvermeidbar betroffen werden.“

3. Unmittelbare Betroffenheit

Es könnte jedoch an der unmittelbaren Betroffenheit fehlen. Unmittelbar ist die eigene Beschwerde dann, wenn es nach dem angegriffenen Hoheitsakt keines weiteren Zwischenaktes auf dem Weg zu einem Grundrechtseingriff mehr bedarf. Dies ist bei Gesetzen stets besonders problematisch, da diese häufig einen weiteren Vollzugsakt voraussetzen, m.a.W. ein unmittelbarer Grundrechtseingriff erst in ihrer Anwendung durch Exekutive und Judikative liegt. Das BVerfG differenziert deshalb sorgfältig zwischen Art. 13 III GG und § 100c I Nr. 3 StPO:

a. Art. 13 III GG

aa. Erlass von Gesetzen als Vollzugsakt

“An einer unmittelbaren Betroffenheit fehlt es allerdings insoweit, als [die Bf.] neben den gesetzlichen Ausführungsbestimmungen der Strafprozessordnung unmittelbar auch das Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 26. März 1998 angreifen. Der mit der Grundgesetzänderung eingefügte Art. 13 Abs. 3 GG gibt keine verfassungsunmittelbare Befugnis zum Grundrechtseingriff, sondern bedarf der Ausführung durch einfaches Gesetz. Die einfachgesetzliche Ausgestaltung der Grundrechtsschranke hat der Gesetzgeber mit Art. 2 des Gesetzes zur Verbesserung der Bekämpfung der Organisierten Kriminalität vorgenom-

men.“

bb. Auslegung des Begehrens

“Die Gültigkeit der einfachgesetzlichen Regelungen, insbesondere der strafprozessualen Befugnis zur akustischen Wohnraumüberwachung in § 100c Abs. 1 Nr. 3 StPO, hängt indessen von der Unbedenklichkeit der Grundgesetzänderung ab. Die gegen die Änderung des Art. 13 GG erhobenen Einwendungen sind unter diesen Umständen nicht als selbständige Rügen anzusehen, deren Unzulässigkeit gesondert festzustellen wäre, sondern als Anregung zur inzidenten Nachprüfung der Zulässigkeit der Verfassungsänderung, soweit sie für die Verfassungsmäßigkeit der angegriffenen Vorschriften von Bedeutung ist (vgl. BVerfGE 30, 1 [17]). Diese Nachprüfung gehört zu der in diesem Verfahren dem Bundesverfassungsgericht gestellten Aufgabe.“

b. § 100c I Nr. 3 StPO

“Die Verfassungsbeschwerden der Bf. erfüllen die genannte Zulässigkeitsvoraussetzung, soweit sie gegen die gesetzliche Ermächtigung zur akustischen Wohnraumüberwachung in § 100c Abs. 1 Nr. 3 StPO und weitere in diesem Zusammenhang stehende Regelungen gerichtet sind. Den Beschwerdeführern steht die Verfassungsbeschwerde unmittelbar gegen die von ihnen angegriffenen gesetzlichen Regelungen zu.“

aa. Grundsatz

“Grundsätzlich ist Voraussetzung einer unmittelbaren Rechtsbeeinträchtigung, dass ein Akt der Rechtsanwendung zwischen die abstrakte gesetzliche Regelung und die Rechtssphäre der Beschwerdeführer tritt. Ein Beschwerdeführer, der das Gesetz selbst angreift, muss deshalb geltend machen können, gerade durch die angegriffene Rechtsnorm und nicht erst durch ihren Vollzug in seinen Rechten verletzt zu sein (vgl. BVerfGE 16, 147 [158 f.]; 68, 287 [300]). Setzt das Gesetz zu seiner Durchführung rechtsnotwendig oder auch nur nach der tatsächlichen staatlichen Praxis einen besonderen, vom Willen der vollziehenden Stelle beeinflussten Vollziehungsakt voraus, muss der Beschwerdeführer grundsätzlich zunächst diesen Akt angreifen und den gegen ihn eröffneten Rechtsweg erschöpfen, bevor er die Verfassungsbeschwerde erhebt (vgl. BVerfGE 1, 97 [102 f.]).“

bb. Ausnahme

“Die Verfassungsbeschwerde kann sich jedoch ausnahmsweise unmittelbar gegen ein vollziehungsbedürftiges Gesetz richten, wenn der Beschwerdeführer den Rechtsweg nicht beschreiten kann, weil es ihn nicht gibt (vgl. BVerfGE 67, 157 [170]) oder weil er keine

Kenntnis von der Maßnahme erlangt (vgl. BVerfGE 100, 313 [354]). In solchen Fällen steht ihm die Verfassungsbeschwerde unmittelbar gegen das Gesetz ebenso zu wie in jenen Fällen, in denen die grundrechtliche Beschwer ohne vermittelnden Vollzugsakt durch das Gesetz selbst eintritt (vgl. BVerfGE 30, 1 [16 f.]; 67, 157 [169 f.]; 100, 313 [354]).”

cc. Subsumtion

“Beim Abhören des nichtöffentlich gesprochenen Worts in Wohnungen handelt es sich um Maßnahmen, von denen der Betroffene weder vor noch während der Durchführung etwas erfährt, so dass fachgerichtlicher Rechtsschutz insoweit nicht in Anspruch genommen werden kann. Der Umstand, dass § 101 Abs. 1 StPO eine nachträgliche Benachrichtigung der Beteiligten von den getroffenen Maßnahmen vorsieht, steht der Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde nicht entgegen. Ihre Erhebung unmittelbar gegen das Gesetz ist nicht nur dann zulässig, wenn nach der gesetzlichen Regelung die Betroffenen zu keinem Zeitpunkt Kenntnis von einem heimlichen Vollzugsakt erhalten, sondern darüber hinaus auch dann, wenn eine nachträgliche Bekanntgabe zwar vorgesehen ist, von ihr aber auf Grund weit reichender Ausnahmetatbestände auch langfristig abgesehen werden kann. Unter diesen Umständen ist ebenfalls nicht gewährleistet, dass der Betroffene effektiven fachgerichtlichen Rechtsschutz erlangen kann (vgl. Landesverfassungsgericht Mecklenburg-Vorpommern [MVVerfG], LKV 2000, S. 345 [346]). Solche Ausnahmetatbestände enthält § 101 Abs. 1 StPO, nach dem die Benachrichtigung erst erfolgt, sobald dies ohne Gefährdung des Untersuchungszwecks, von Leib und Leben einer Person, der öffentlichen Sicherheit sowie der Möglichkeit der weiteren Verwendung eines eingesetzten, nicht offen ermittelnden Beamten geschehen kann. Insbesondere nach den beiden zuletzt genannten Alternativen kann die Mitteilung an die Betroffenen auf unabsehbare Zeit ausgeschlossen sein.”

Nach alledem sind die Bf. insoweit beschwerdebefugt, als sie sich gegen § 100c I Nr. 3 StPO richten. Unmittelbar gegen Art. 13 III GG wären ihre Vb. hingegen unzulässig, wobei das diesbezügliche Begehren vom BVerfG dahingehend ausgelegt wird, dass Art. 13 III GG inzidenter bei § 100c I Nr. 3 StPO mit überprüft werden soll. Einer Zurückweisung der Vb. als teilweise unzulässig bedarf es danach nicht.

V. Rechtswegerschöpfung

Ferner müssten die Bf. grundsätzlich gem. § 90 II BVerfGG den Rechtsweg erschöpft haben. Gegen

Gesetze steht dem Bürger ein fachgerichtlicher Rechtsweg jedoch nicht offen (vgl. auch § 93 III BVerfGG), sodass sich keine Probleme daraus ergeben, dass die Bf. direkt Vb. erhoben haben.

[Anm.: Das BVerfG leitet aus § 90 II BVerfGG über die Rechtswegerschöpfung hinaus den Grundsatz der Subsidiarität der Vb. ab. Danach muss der Bf. auch alle sonstigen Mittel ausschöpfen, um eine Vb. zu vermeiden. So hat das BVerfG diesbezüglich z.B. mehrfach auf einer Inzidentkontrolle von Rechtsnormen im Rahmen einer negativen Feststellungsklage auf Nichtbestehen einer Eingriffsbefugnis oder einer Klage gegen den Vollzugsakt bestanden (vgl. BVerfGE 68, 319 [325]; 69, 122 [125]). Die Lit. hingegen lehnt diese Konstruktion überwiegend ab (vgl. Schenke, NJW 1986, 1451 m.w.N.). Obwohl sich die Frage nach einer negativen Feststellungsklage auch im vorliegenden Fall hätte stellen können, ist das BVerfG hierauf nicht eingegangen.]

VI. Form, Frist

Die Vb. ist in der von §§ 23, 92 BVerfGG vorgegebenen Form zu erheben, von deren Wahrung hier mangels gegenteiliger Anhaltspunkte im Sachverhalt ebenso auszugehen ist wie von der Einhaltung der bei Vb. gegen Gesetze geltenden Jahresfrist des § 93 III BVerfGG.

Die Vb. sind damit zulässig.

B. Begründetheit

Die Vb. sind begründet, soweit die Bf. durch den angegriffenen Hoheitsakt - hier § 100c I Nr. 3 StPO - in ihren Grundrechten verletzt sind. Hier kommen die Unverletzlichkeit der Wohnung aus Art. 13 I GG und das allgemeine Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 I i.V.m. 1 I GG in Betracht. Dazu müsste ein nicht gerechtfertigter Eingriff in den Schutzbereich dieser Freiheitsgrundrechte vorliegen.

I. Art. 13 GG

1. Schutzbereich betroffen

“[Die Unverletzlichkeit der Wohnung aus Art. 13 Abs. 1 GG] verbürgt dem Einzelnen einen elementaren Lebensraum und gewährleistet das Recht, in ihm in Ruhe gelassen zu werden (vgl. BVerfGE 32, 54 [75]; 42, 212 [219]; 51, 97 [110]). Art. 13 Abs. 1 GG schützt die räumliche Privatsphäre insbesondere in Gestalt eines Abwehrrechts (vgl. BVerfGE 7, 230 [238]; 65, 1 [40]). Die Norm enthält das an Träger der öffentlichen Ge-

walt gerichtete grundsätzliche Verbot, gegen den Willen des Wohnungsinhabers in die Wohnung einzudringen und darin zu verweilen (BVerfGE 76, 83 [89]), aber auch Abhörgeräte in der Wohnung zu installieren oder sie dort zu benutzen (BVerfGE 65, 1 [40]). [...]

Im Zeitpunkt der Schaffung des Grundgesetzes diente das Grundrecht des Art. 13 Abs. 1 GG primär dem Schutz des Wohnungsinhabers vor unerwünschter physischer Anwesenheit eines Vertreters der Staatsgewalt. Seitdem sind neue Möglichkeiten für Gefährdungen des Grundrechts hinzu gekommen. Die heutigen technischen Gegebenheiten erlauben es, in die räumliche Sphäre auch auf andere Weise einzudringen. Der Schutzzweck der Grundrechtsnorm würde vereitelt, wenn der Schutz vor einer Überwachung der Wohnung durch technische Hilfsmittel, auch wenn sie von außerhalb der Wohnung eingesetzt werden, nicht von der Gewährleistung des Absatzes 1 umfasst wäre."

2. Eingriff

Unter einem Eingriff ist jede Verkürzung dieses Schutzbereichs zu verstehen. Das sieht in § 100c I Nr. 3 StPO offensichtlich eine solche:

"Ein Eingriff in das Grundrecht der Unverletzlichkeit der Wohnung liegt sowohl im physischen Eindringen in den Wohnraum und in dem Anbringen von technischen Mitteln in den geschützten Räumen, als auch im Belauschen der Vorgänge in der Wohnung mit akustischen Hilfsmitteln. Er wird durch die Speicherung und Verwendung der gewonnenen Informationen sowie durch deren Weitergabe an andere Stellen fortgesetzt. Einen Eingriff stellt jede Form akustischer oder optischer Wohnraumüberwachung dar, einerlei, ob er durch technische Mittel erfolgt, die in den geschützten Räumen angebracht oder von außerhalb der Wohnung eingesetzt werden, etwa unter Nutzung von Richtmikrophonen (vgl. Verfassungsgerichtshof des Freistaates Sachsen, LVerfGE 4, 303 [383]). Dies gilt allerdings nur insoweit, als die Überwachung von außen solche innerhalb der Wohnung stattfindenden Vorgänge erfasst, die der natürlichen Wahrnehmung von außerhalb des geschützten Bereichs entzogen sind. Zwar kann auch die Wahrnehmung der aus der Wohnung nach außen dringenden und ohne technische Hilfsmittel hörbaren Kommunikation deren Privatheit beeinträchtigen. Solche Lebensäußerungen nehmen aber nicht am grundrechtlichen Schutz des Art. 13 GG teil, weil der Betroffene die räumliche Privatsphäre nicht zu seinem Schutz nutzt, wenn er die Wahrnehmbarkeit der Kommunikation von außen selbst ermöglicht."

3. Rechtfertigung

Fraglich ist, ob dieser Eingriff gerechtfertigt ist. Dann

müsste er von den Schranken des Grundrechts gedeckt sein.

a. Schranken

Für Lauschangriffe zu repressiven Zwecken gelten die qualifizierten Schrankenforderungen des Art. 13 III GG. Fraglich ist allerdings, ob diese ihrerseits verfassungsgemäß sind. Stellte Art. 13 III GG, wie von den Bf. behauptet, seinerseits verfassungswidriges Verfassungsrecht dar, wäre er unwirksam, könnte also keine Schranke begründen.

aa. Formelle Verfassungsmäßigkeit

"Art. 13 Abs. 3 GG ist durch das Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 26. März 1998, das den Wortlaut des Grundgesetzes ausdrücklich ergänzt hat, in das Grundgesetz eingefügt worden (vgl. Art. 79 Abs. 1 GG). Das verfassungsändernde Gesetz ist gemäß Art. 79 Abs. 2 GG mit der erforderlichen Zweidrittelmehrheit des Bundestags und des Bundesrats verabschiedet worden."

bb. Materielle Verfassungsmäßigkeit

Fraglich ist jedoch, ob Art. 13 III GG sich in materieller Hinsicht an die Vorgaben des Grundgesetzes hält.

(1). Art. 19 II GG

Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 II GG ist nach der Rspr. des BVerfG auf verfassungsändernde Gesetze nicht anwendbar:

"Verfassungsänderungen sind nicht an der Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 GG zu messen. Diese Garantie bindet den einfachen, nicht aber den verfassungsändernden Gesetzgeber. Eine Antastung des Wesensgehalts im Sinne von Art. 19 Abs. 2 GG kann zwar im Einzelfall zugleich den von Art. 79 Abs. 3 GG geschützten Menschenwürdegehalt eines Grundrechts beeinträchtigen. Der Wesensgehalt ist aber nicht mit dem Menschenwürdegehalt eines Grundrechts gleichzusetzen. Eine mögliche Kongruenz im Einzelfall ändert nichts daran, dass Maßstab für eine verfassungsändernde Grundrechtseinschränkung allein der durch Art. 79 Abs. 3 GG geschützte Menschenwürdegehalt eines Grundrechts ist."

(2). Art. 79 III GG

Maßstab für Verfassungsänderungen ist vielmehr die sogen. "Ewigkeitsgarantie" des Art. 79 III GG. Fraglich ist, ob Art. 13 III GG sich in deren Rahmen hält. Die Senatsmehrheit bejaht dies:

(a). Schutzzumfang

"Art. 79 Abs. 3 GG verbietet Verfassungsänderungen,

durch welche die in Art. 1 und 20 GG niedergelegten Grundsätze berührt werden. Zu ihnen gehört das Gebot der Achtung und des Schutzes der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG), aber auch das Bekenntnis zu unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechten als Grundlage jeder menschlichen Gemeinschaft, des Friedens und der Gerechtigkeit (Art. 1 Abs. 2 GG). In Verbindung mit der in Art. 1 Abs. 3 GG enthaltenen Verweisung auf die nachfolgenden Grundrechte sind deren Verbürgungen insoweit der Einschränkung durch den Gesetzgeber grundsätzlich entzogen, als sie zur Aufrechterhaltung einer dem Art. 1 Abs. 1 und 2 GG entsprechenden Ordnung unverzichtbar sind (vgl. BVerfGE 84, 90 [121]). Ebenso sind grundlegende Elemente des Rechts- und des Sozialstaatsprinzips, die in Art. 20 Abs. 1 und 3 GG zum Ausdruck kommen, zu achten.

Art. 79 Abs. 3 GG ist eine eng auszulegende Ausnahmvorschrift, die den verfassungsändernden Gesetzgeber nicht hindert, die positivrechtlichen Ausprägungen dieser Grundsätze aus sachgerechten Gründen zu modifizieren (vgl. BVerfGE 84, 90 [120 f.]; 94, 49 [102 f.]). Das Bundesverfassungsgericht hat das Recht des verfassungsändernden Gesetzgebers zu respektieren, einzelne Grundrechte zu ändern, einzuschränken oder sogar aufzuheben, sofern er die in Art. 1 und 20 GG niedergelegten Grundsätze nicht berührt. Aus sachgerechten Gründen erfolgende Modifikationen der positivrechtlichen Ausprägung dieser Grundsätze sind dem Gesetzgeber nicht verwehrt (vgl. BVerfGE 94, 49 [103 f.]). Was im Rahmen einzelner Grundrechte zum Gewährleistungsinhalt des Art. 1 Abs. 1 GG gehört, ist durch Auslegung der jeweiligen Grundrechtsnorm eigenständig zu bestimmen.”

(b). Wahrung der Menschenwürde

“Die Menschenwürde ist tragendes Konstitutionsprinzip und oberster Verfassungswert (vgl. BVerfGE 6, 32 [36]; 45, 187 [227]; 72, 105 [115]). Der Gewährleistungsgehalt dieses auf Wertungen verweisenden Begriffs bedarf der Konkretisierung. Dies geschieht in der Rechtsprechung in Ansehung des einzelnen Sachverhalts mit dem Blick auf den zur Regelung stehenden jeweiligen Lebensbereich und unter Herausbildung von Fallgruppen und Regelbeispielen (vgl. zu Art. 100 BV etwa Bayerischer Verfassungsgerichtshof, BayVBl 1982, S. 47 [50]). Dabei wird der Begriff der Menschenwürde häufig vom Verletzungsvorgang her beschrieben (vgl. BVerfGE 1, 97 [104]; 27, 1 [6]; 30, 1 [25]; 72, 105 [115 ff.]). Anknüpfend an die Erfahrungen in der Zeit des Nationalsozialismus standen in der Rechtsprechung zunächst Erscheinungen wie Misshandlung, Verfolgung und Diskriminierung im Zentrum

der Überlegungen. Es ging insbesondere, wie das Bundesverfassungsgericht in einer seiner ersten Entscheidungen formulierte, um den Schutz vor "Erniedrigung, Brandmarkung, Verfolgung, Ächtung usw." (vgl. BVerfGE 1, 97 [104]). Später wurde die Menschenwürdegarantie im Hinblick auf neue Gefährdungen maßgebend, so in den 1980er Jahren für den Missbrauch der Erhebung und Verwertung von Daten (vgl. BVerfGE 65, 1). Im Zusammenhang der Aufarbeitung des Unrechts aus der Deutschen Demokratischen Republik wurde die Verletzung von Grundsätzen der Menschlichkeit unter anderem bei der Beschaffung und Weitergabe von Informationen zum Gegenstand der Rechtsprechung (vgl. BVerfGE 93, 213 [243]). Gegenwärtig bestimmen insbesondere Fragen des Schutzes der personalen Identität und der psychisch-sozialen Integrität die Auseinandersetzungen über den Menschenwürdegehalt.”

(aa). Objektformel

Das Bundesverfassungsgericht hat wiederholt betont, dass es mit der Würde des Menschen nicht vereinbar ist, ihn zum bloßen Objekt der Staatsgewalt zu machen (vgl. BVerfGE 30, 1 [25 f. und 39 ff.]; 96, 375 [399]). So darf ein Straftäter nicht unter Verletzung seines verfassungsrechtlich geschützten sozialen Wert- und Achtungsanspruchs behandelt und dadurch zum bloßen Objekt der Verbrechensbekämpfung und Strafvollstreckung gemacht werden (vgl. BVerfGE 45, 187 [228]; 72, 105 [116]).

Allerdings sind der Leistungskraft der Objektformel auch Grenzen gesetzt (vgl. BVerfGE 30, 1 [25]). Der Mensch ist nicht selten bloßes Objekt nicht nur der Verhältnisse und der gesellschaftlichen Entwicklung, sondern auch des Rechts, dem er sich zu fügen hat. Die Menschenwürde wird nicht schon dadurch verletzt, dass jemand zum Adressaten von Maßnahmen der Strafverfolgung wird, wohl aber dann, wenn durch die Art der ergriffenen Maßnahme die Subjektqualität des Betroffenen grundsätzlich in Frage gestellt wird. Das ist der Fall, wenn die Behandlung durch die öffentliche Gewalt die Achtung des Wertes vermissen lässt, der jedem Menschen um seiner selbst willen zukommt. Solche Maßnahmen dürfen auch nicht im Interesse der Effektivität der Strafrechtspflege und der Wahrheitserforschung vorgenommen werden.

Dabei führt ein heimliches Vorgehen des Staates an sich noch nicht zu einer Verletzung des absolut geschützten Achtungsanspruchs. Wird jemand zum Objekt einer Beobachtung, geht damit nicht zwingend eine Missachtung seines Wertes als Mensch einher. Bei Beobachtungen ist aber ein unantastbarer Kernbereich privater Lebensgestaltung zu wahren (zu dessen Ga-

rantie vgl. BVerfGE 6, 32 [41]; 27, 1 [6]; 32, 373 [378 f.]; 34, 238 [245]; 80, 367 [373]). Würde der Staat in ihn eindringen, verletzte dies die jedem Menschen unantastbar gewährte Freiheit zur Entfaltung in den ihn betreffenden höchstpersönlichen Angelegenheiten. Selbst überwiegende Interessen der Allgemeinheit können einen Eingriff in diesen absolut geschützten Kernbereich privater Lebensgestaltung nicht rechtfertigen (vgl. BVerfGE 34, 238 [245])."

(bb). Würdekern in Art. 13 I GG enthalten

"Der Schutz der Menschenwürde wird auch in dem Grundrecht aus Art. 13 Abs. 1 GG konkretisiert. Die Unverletzlichkeit der Wohnung hat einen engen Bezug zur Menschenwürde und steht zugleich im nahen Zusammenhang mit dem verfassungsrechtlichen Gebot unbedingter Achtung einer Sphäre des Bürgers für eine ausschließlich private - eine "höchstpersönliche" - Entfaltung. Dem Einzelnen soll das Recht, in Ruhe gelassen zu werden, gerade in seinen Wohnräumen gesichert sein (vgl. BVerfGE 75, 318 [328]; siehe auch BVerfGE 51, 97 [110])."

(cc). Unantastbarkeit dieses Würdekerns

"Dieser Schutz darf nicht durch Abwägung mit den Strafverfolgungsinteressen nach Maßgabe des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes relativiert werden (vgl. BVerfGE 34, 238 [245]; vgl. auch BVerfGE 75, 369 [380]; 93, 266 [293]). Zwar wird es stets Formen von besonders gravierender Kriminalität und entsprechende Verdachtssituationen geben, die die Effektivität der Strafrechtspflege als Gemeinwohlinteresse manchem gewichtiger erscheinen lässt als die Wahrung der menschlichen Würde des Beschuldigten. Eine solche Wertung ist dem Staat jedoch durch Art. 1 Abs. 1, Art. 79 Abs. 3 GG verwehrt."

(dd). Subsumtion

"Die Ermächtigung zur gesetzlichen Einführung der akustischen Wohnraumüberwachung in Art. 13 Abs. 3 GG verstößt nicht gegen Art. 79 Abs. 3 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG, da sie nur gesetzliche Regelungen und darauf aufbauende Maßnahmen ermöglicht, die diese Grenzen wahren. Begrenzungen der verfassungsrechtlichen Ermächtigung sind zum einen in Art. 13 Abs. 3 GG enthalten, ergeben sich darüber hinaus aus anderen im Zuge systematischer Verfassungsauslegung heranzuziehenden Verfassungsnormen. Soweit Elemente des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes bedeutsam werden, stellen sie nicht die Absolutheit des Schutzes der Menschenwürde in Frage. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ist vielmehr nur dort als weitere Einschränkung heranzuziehen, wo eine Abhör-

maßnahme die Menschenwürde nicht verletzt. Entsprechende Begrenzungen der Ermächtigung zur akustischen Wohnraumüberwachung zielen dabei allerdings auch darauf, das Risiko der Verletzung des Menschenwürdegehalts des Art. 13 Abs. 3 GG bei der Durchführung der Maßnahmen auszuschließen."

(aaa). Strenge Voraussetzungen in Art. 13 III GG

"Die akustische Überwachung nach Art. 13 Abs. 3 Satz 1 GG ist nur zur Verfolgung von im Gesetz einzeln bestimmten, besonders schweren Straftaten zulässig, wenn ein auf sie gerichteter Verdacht durch bestimmte Tatsachen begründet wird (vgl. BTDrucks 13/8650, S. 4 ff.). Der verfassungsändernde Gesetzgeber hat dabei vor allem Straftaten in den Blick genommen, die typischerweise durch organisiert vorgehende Banden, insbesondere durch zur so genannten Organisierten Kriminalität gehörende Täter, begangen werden (vgl. BTDrucks 13/8650, S. 4; 13/9660, S. 3). Die Aufklärung solcher Straftaten erschöpft sich regelmäßig nicht in der Möglichkeit der Erhebung der öffentlichen Anklage, einer Verurteilung und der Vollstreckung der Strafe. Wird das vom verfassungsändernden Gesetzgeber ausweislich der Gesetzesmaterialien angestrebte Ziel erreicht, in den Kernbereich solcher Organisierten Kriminalität einzudringen und die Aufhellung ihrer Strukturen zu ermöglichen, besteht die Chance, dass dies mittelbar zugleich der Verhütung von weiteren Straftaten dient.

Zudem verlangt Art. 13 Abs. 3 GG, dass die Erforschung des Sachverhalts auf andere Weise unverhältnismäßig erschwert oder aussichtslos ist. Dadurch wird im Verfassungstext selbst klargestellt, dass die Abhörmaßnahme als besonders schwerer Eingriff in das Grundrecht auf Schutz der Wohnung ultima ratio der Strafverfolgung ist. Die Überwachung einer Wohnung kommt im Übrigen nur in Betracht, wenn und solange der Beschuldigte sich vermutlich in ihr aufhält. Die Einhaltung der verfassungsrechtlichen Voraussetzungen hat der verfassungsändernde Gesetzgeber durch das Erfordernis einer richterlichen Anordnung der Überwachungsmaßnahme zusätzlich verfahrensmäßig abgesichert. Er hat dabei vorgesehen, dass die Anordnung grundsätzlich durch einen mit drei Richtern besetzten Spruchkörper getroffen wird und zu befristen ist."

(bbb). Weitere (ungeschriebene) Schrankenforderungen

"In Art. 13 Abs. 3 GG sind nicht alle Grenzen ausdrücklich beschrieben, die sich für die Durchführung der akustischen Wohnraumüberwachung zum Zwecke der Strafverfolgung aus dem Gebot ergeben, den un-

antastbaren Kernbereich privater Lebensgestaltung absolut zu schützen. Weitere Grenzen ergeben sich - wie bei allen Grundrechtsnormen - aus anderen Verfassungsbestimmungen. Der verfassungsändernde Gesetzgeber ist auch bei Modifikationen von Grundrechtsnormen nicht gehalten, alle ohnehin maßgebenden verfassungsrechtlichen Regeln erneut zu normieren. Der Überprüfung am Maßstab des Art. 79 Abs. 3 GG unterliegt dementsprechend Art. 13 Abs. 3 GG in Verbindung mit solchen anderen verfassungsrechtlichen Vorgaben.

Die durch Verfassungsänderung eingefügten Grundrechtsschranken sind daher in systematischer Interpretation unter Rückgriff auf andere Grundrechtsnormen, insbesondere Art. 1 Abs. 1 GG, und unter Anwendung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit auszulegen (vgl. BVerfGE 30, 1 [20 f.]). Die Grenzen der Auslegung von Verfassungsrecht liegen auch für eine durch Verfassungsänderung geschaffene Norm dort, wo einer nach Wortlaut und Sinn eindeutigen Vorschrift ein entgegengesetzter Sinn verliehen, der normative Gehalt der auszulegenden Norm grundlegend neu bestimmt oder das normative Ziel in einem wesentlichen Punkt verfehlt würde (vgl. BVerfGE 11, 77 [84 f.]; 33, 52 [69]; 54, 277 [299]; 82, 1 [11 ff.]). Für die Annahme der Überschreitung dieser Grenzen gibt es vorliegend keinen Anhalt. Denn Art. 13 Abs. 3 GG ermächtigt nur zu einer gesetzlichen Ausgestaltung, die den von Art. 1 Abs. 1 GG geforderten Eingriffsgrenzen hinreichend Rechnung trägt. Ergänzend ist auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zurückzugreifen.

Eine solche Auslegung steht nicht im Widerspruch zum Willen des verfassungsändernden Gesetzgebers. Zwar bestanden in den Beratungen zur Verfassungsänderung erhebliche Kontroversen über die zu schaffenden rechtlichen Anforderungen an eine akustische Wohnraumüberwachung, und Bemühungen um Modifikationen der letztlich beschlossenen Fassung des Art. 13 Abs. 3 GG waren nicht erfolgreich. Darin manifestierte sich aber nicht der Wille des verfassungsändernden Gesetzgebers, weitere Konkretisierungen durch andere Verfassungsnormen auszuschließen [wird ausgeführt]. Art. 13 Abs. 3 GG ist dahingehend zu verstehen, dass seine gesetzliche Ausgestaltung die Erhebung von Informationen durch die akustische Überwachung von Wohnungen dort ausschließen muss, wo die Ermittlungsmaßnahme in den durch Art. 13 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG geschützten unantastbaren Bereich der privaten Lebensgestaltung vordringen würde."

Wegen der strengen geschriebenen Voraussetzungen

und der Möglichkeit einer ungeschriebenen, eingeschränkten Anwendung im Lichte der Menschenwürde und der Verhältnismäßigkeit ist Art. 13 III GG also seinerseits verfassungsgemäß. Taugliche Schranke des Art. 13 I GG ist mithin ein diesen Anforderungen genügendes Gesetz.

[Anm.: Die dem Urteil beigelegten Sondervoten der Richterinnen Jaeger und Hohmann-Dennhardt sehen dies anders. Nach ihrer Auffassung ist schon Art. 13 III GG mit Art. 79 Abs. 3 GG nicht vereinbar und daher nichtig. Sie plädieren dafür, Art. 79 III GG streng auszulegen. Art. 13 III GG enthielte seinem Wortlaut nach keine Eingrenzungen, die sicherstellen könnten, dass bei Einsatz der akustischen Wohnraumüberwachung in der Privatwohnung ein unantastbarer Kernbereich privater Lebensgestaltung geschützt bleibt. Dies erkenne auch die Senatsmehrheit, die nur über eine verfassungskonforme Auslegung im Lichte der Menschenwürde und des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zur Verfassungsmäßigkeit gelange (s.o.). Eine verfassungskonforme Auslegung sei bei Art. 79 III GG aber nicht möglich. Vielmehr müsse jede Norm des Grundgesetzes ausdrücklich, also schon ihrem Wortlaut nach, mit Art. 79 III GG vereinbar sein, um nicht dessen Schutzzweck zu unterlaufen.]

b. Eingriff von Schranke gedeckt

§ 100c I Nr. 3 StPO ist ein Gesetz. Fraglich ist allerdings, ob es den geschriebenen und ungeschriebenen Anforderungen gerecht wird, die Art. 13 III GG an die Rechtfertigung eines Eingriffs in Art. 13 I GG stellt.

aa. Besonders schwere Straftaten

Zweifel bestehen zunächst daran, ob sämtliche Katalogtaten des § 100c I Nr. 3 StPO "besonders schwere Straftaten" i.S.d. Art. 13 III GG darstellen. Das BVerfG verneint dies für eine Reihe von Fällen:

(1). Definition

"Maßgeblich für die Schwere des tatbestandlichen Unrechts sind der Rang des verletzten Rechtsguts und andere tatbestandlich umschriebene, gegebenenfalls auch in einem Qualifikationstatbestand enthaltene Begehungsmerkmale und Tatfolgen. Sie allein müssen bereits die besondere, deutlich über dem Durchschnitt liegende Schwere des jeweiligen Straftatbestandes begründen. [...] Die von Art. 13 Abs. 3 GG vorausgesetzten "besonders schweren Straftaten" müssen den mittleren Kriminalitätsbereich deutlich übersteigen. Es würde dem Sinn und Zweck des Art. 13 Abs. 3 GG nicht entsprechen, die akustische Wohnraumüberwa-

chung nur von Voraussetzungen abhängig zu machen, die für Ermittlungsmaßnahmen geringerer Eingriffstiefe vorgesehen sind.”

(a). Nicht nur Verbrechen

“Damit ist der Gesetzgeber indes nicht auf die Auswahl von Tatbeständen beschränkt, die als Verbrechen im Sinne des § 12 StGB einzuordnen sind. Hätte der verfassungsändernde Gesetzgeber sich an der Einteilung der Straftaten nach Verbrechen und Vergehen orientieren wollen, hätte es nahe gelegen, den Art. 13 Abs. 3 GG entsprechend zu formulieren. Auch die Aufnahme von Vergehenstatbeständen in den Straftatenkatalog der angegriffenen Vorschrift ist nach Art. 13 Abs. 3 GG zulässig, wenn die Tatbestände das Merkmal der besonders schweren Straftat ausfüllen.”

(b). Nicht nur organisierte Kriminalität

“Bei der Auswahl der in Betracht kommenden Delikte ist der Gesetzgeber durch Art. 13 Abs. 3 GG nicht auf solche Straftaten beschränkt worden, die typische Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität darstellen oder im konkreten Einzelfall in diesem Umfeld begangen werden. Zwar war und ist die Bekämpfung der Organisierten Kriminalität Hintergrund und Anlass der Änderung des Art. 13 GG. Das hat in Absatz 3 jedoch nicht zu einer Beschränkung des Straftatenkatalogs auf ausschließlich der Organisierten Kriminalität zurechenbare Delikte geführt. Andererseits können Straftaten nicht allein deshalb als besonders schwer angesehen werden, weil sie für die Organisierte Kriminalität typisch sind. In ihrem Umfeld werden sowohl schwere wie auch leichte Straftaten begangen. Den Anforderungen des Art. 13 Abs. 3 GG ist nicht schon dadurch Genüge getan, dass ein Delikt im Rahmen der Organisierten Kriminalität erfolgt, wenn sich diese Begehungsform nicht im Tatbestand niederschlägt und zugleich das besonders schwere Unrecht der Tat begründet.”

(c). Anhaltspunkte für besondere Schwere

“Der Gesetzgeber verfügt über einen Beurteilungsspielraum bei der Bestimmung des Unrechtsgehalts eines Delikts und bei der Entscheidung, welche Straftaten Anlass für die akustische Wohnraumüberwachung sein sollen.”

(aa). Verletzte Rechtsgüter

“Ein Anhaltspunkt für die Schwere sind die Folgen der Tat für betroffene Rechtsgüter. Bei bestimmten Straftaten - wie Mord und Totschlag - ist die hinreichende Schwere auch im Einzelfall schon durch das verletzte Rechtsgut indiziert, bei anderen bedarf sie der eigen-

ständigen Feststellung. Die besondere Schwere der Tat im Einzelfall kann insbesondere durch die faktische Verzahnung mit anderen Katalogstraftaten oder durch das Zusammenwirken mit anderen Straftätern begründet werden. Diese Lage ist bei einem arbeitsteiligen, gegebenenfalls auch vernetzt erfolgenden Zusammenwirken mehrerer Täter im Zuge der Verwirklichung eines komplexen, mehrere Rechtsgüter verletzenden kriminellen Geschehens gegeben, wie es der verfassungsändernde Gesetzgeber für die Organisierte Kriminalität als typisch angesehen hat. Für die ebenfalls aufgeführten Straftaten des Friedensverrats, des Hochverrats und bestimmter Delikte der Gefährdung des demokratischen Rechtsstaats kann Gleiches gelten. Dass der Gesetzgeber an solche Tatkomplexe gedacht hat, wird insbesondere daraus ersichtlich, dass er ausweislich der Gesetzesmaterialien hoffte, mit dem Instrumentarium des Art. 13 Abs. 3 GG auch an Hauptverantwortliche, Organisatoren, Finanziere und Drahtzieher heranzukommen (vgl. BTDrucks 13/8651, S. 9). Zwar kann sich die Schwere der Straftat nur auf die jeweils begangene Tat beziehen, nicht etwa auf erst zukünftig zu erwartende Taten. Insoweit aber kann der Unrechtsgehalt des gesamten Tatkomplexes auf die Bewertung der Tat als schwer zurückwirken.”

(bb). Strafraumen

“Bezogen auf Art. 13 Abs. 3 GG muss es sich abstrakt um eine besonders schwere Straftat handeln. Dafür gibt der Strafraumen einen maßgebenden Anhaltspunkt. Von der besonderen Schwere einer Straftat im Sinne des Art. 13 Abs. 3 GG ist nur auszugehen, wenn sie der Gesetzgeber jedenfalls mit einer höheren Höchststrafe als fünf Jahre Freiheitsstrafe bewehrt hat. Nach der gesetzlichen Systematik wird in Tatbeständen mit einem fünf Jahre übersteigenden oberen Strafmaß sogleich eine Höchststrafe von zehn Jahren Freiheitsentzug oder mehr normiert. Sie ist denjenigen Delikten vorbehalten, die ein besonders schweres Tatumrecht aufweisen und damit den Bereich der mittleren Kriminalität eindeutig verlassen.”

(2). Subsumtion

“Unter Anwendung dieses Maßstabs erweist sich die Bezugnahme des § 100c Abs. 1 Nr. 3 StPO auf solche Straftatbestände als verfassungswidrig, die ausweislich ihrer Strafdrohung allenfalls dem mittleren Kriminalitätsbereich zugeordnet werden können.”

(a). § 100c I Nr. 3a StPO

“Dazu zählen in § 100c I Nr. 3a StPO: Vorbereitung einer Fälschung von Zahlungskarten mit Garantiefunktion und Vordrucken für Europaschecks (§ 152 b Abs.

5 i.V.m. § 149 Abs. 1 StGB); Vorbereitung einer Verschleppung (§ 234 a Abs. 3 StGB); Geldwäsche, Verschleierung unrechtmäßig erlangter Vermögenswerte (§ 261 Abs. 1, 2 StGB); Bestechlichkeit (§ 332 Abs. 1, auch i.V.m. Abs. 3 StGB); Bestechung (§ 334 StGB).“

(b). § 100c I Nr. 3b StPO

“In § 100c Abs. 1 Nr. 3b StPO sind betroffen: § 51 (mit Ausnahme der Qualifikation nach Abs. 2) sowie § 52 Abs. 1 Nr. 1, 2 Buchstabe c und d, Abs. 6 Waffengesetz; § 34 Abs. 1 bis 3 Außenwirtschaftsgesetz; § 19 Abs. 1 und 3 Nr. 1 sowie § 22 a Abs. 1 und 3 Kriegswaffenkontrollgesetz.”

(c). § 100c I Nr. 3c StPO

“Aus § 100c Abs. 1 Nr. 3c wird erfasst: § 30 b Betäubungsmittelgesetz in Verbindung mit § 129 StGB.“

(d). § 100c I Nr. 3d StPO

“Aus § 100c Abs. 1 Nr. 3 Buchstabe d StPO genügen den Anforderungen nicht: Aufstacheln zum Angriffskrieg (§ 80 a StGB); Verstoß gegen ein Vereinigungsverbot (§ 85 StGB); Agententätigkeit zu Sabotagezwecken (§ 87 StGB); verfassungsfeindliche Sabotage (§ 88 StGB); Offenbaren von Staatsgeheimnissen (§ 95 Abs. 1 StGB); Auskundschaften von Staatsgeheimnissen (§ 96 Abs. 2 StGB); landesverräterische Agententätigkeit (§ 98 Abs. 1 Satz 1 StGB); geheimdienstliche Agententätigkeit (§ 99 Abs. 1 StGB); landesverräterische Fälschung (§ 100 a Abs. 1 und 2 StGB).“

(e). § 100c I Nr. 3e StPO

“Schließlich genügen in § 100c Abs. 1 Nr. 3 Buchstabe e StPO nicht den Anforderungen: Bildung einer kriminellen Vereinigung in einem besonders schweren Fall (§ 129 Abs. 4 i.V.m. Abs. 1 StGB); Unterstützung einer terroristischen Vereinigung (§ 129 a Abs. 3 sowie Abs. 5 Satz 1 2. Halbsatz und Satz 2, jeweils auch i.V.m. § 129 b Abs. 1 StGB).“

(f). Minder schwere Fälle

“Soweit eine Höchststrafe von über fünf Jahren vorgesehen ist, entspricht die Bezugnahme auf den Straftatenkatalog den verfassungsrechtlichen Vorgaben. Keinen verfassungsrechtlichen Bedenken ist der Verweis auf solche Qualifikationstatbestände ausgesetzt, die eine höhere Höchststrafe als fünf Jahre unter spezifischen, in einem Qualifikationstatbestand zumindest mit einem Regelbeispiel näher umschriebenen tatbestandlichen Voraussetzungen vorsehen, wie etwa § 261 Abs. 4 StGB oder § 51 Abs. 2 WaffG. Erfüllt der Grundtatbestand die Anforderungen, so fällt er aus

dem Katalog nicht insoweit heraus, als in minder schweren, vom Gesetzgeber tatbestandlich nicht näher festgelegten Fällen eine niedrigere Höchststrafe als fünf Jahre Freiheitsentzug vorgesehen worden ist.”

In den oben (a). bis (e). genannten Fällen liegt folglich schon keine besonders schwere Straftat i.S.d. Art. 13 III GG vor, sodass § 100c I Nr. 3 StPO schon dieser (geschriebenen) Anforderung nicht genügt.

bb. Menschenwürde

Fraglich ist, ob die Norm hinsichtlich der übrigen, als besonders schwer einzustufenden Katalogtaten den weiteren Anforderungen des Art. 13 III GG genügt. Diese könnten gegen die oben dargelegte, enge Auslegung des Art. 13 III GG im Lichte der Menschenwürde verstoßen. Das BVerfG hält die Norm unter diesem Gesichtspunkt insgesamt für verfassungswidrig, weil sie unverhältnismäßig (unangemessen) sei:

(1). Definition

“Die gesetzlichen Vorschriften müssen hinreichende Vorkehrungen dafür treffen, dass Eingriffe in den absolut geschützten Kernbereich privater Lebensgestaltung unterbleiben und damit die Menschenwürde gewahrt wird. Wird dieses Verbot verletzt oder greift eine Maßnahme unerwartet in den absolut geschützten Kernbereich privater Lebensgestaltung ein, muss sie abgebrochen werden, und es muss durch Löschungspflichten und Verwertungsverbote vorgesorgt sein, dass die Folgen beseitigt werden. [...] Der Schutzbedarf von Räumlichkeiten hängt von ihrer konkreten Nutzung ab. Die Anforderungen an die Rechtmäßigkeit der Wohnraumüberwachung sind umso strenger, je größer die Wahrscheinlichkeit ist, dass mit ihnen Gespräche höchstpersönlichen Inhalts erfasst würden. Eine solche Wahrscheinlichkeit ist typischerweise beim Abhören von Gesprächen mit engsten Familienangehörigen, sonstigen engsten Vertrauten und einzelnen Berufsgeheimnistägern gegeben. Bei diesem Personenkreis dürfen Überwachungsmaßnahmen nur ergriffen werden, wenn konkrete Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die Gesprächsinhalte zwischen dem Beschuldigten und diesen Personen keinen absoluten Schutz erfordern, insbesondere bei einer Tatbeteiligung der das Gespräch führenden Personen. Ein konkreter Verdacht auf solche Gesprächsinhalte muss schon zum Zeitpunkt der Anordnung bestehen. Er kann nicht erst durch eine akustische Wohnraumüberwachung begründet werden.”

(2). Subsumtion

“Die danach verfassungsrechtlich gebotenen gesetzli-

chen Beschränkungen der Ermächtigung sind in § 100 d Abs. 3 StPO nur teilweise enthalten. Der Vorschrift liegt zwar die allgemeine Erwägung zu Grunde, dass die akustische Wohnraumüberwachung ausscheidet, wenn ein Sachverhalt dem unantastbaren Bereich der privaten Lebensgestaltung zuzuordnen ist. § 100 d Abs. 3 StPO konkretisiert diese verfassungsrechtlichen Grenzen jedoch nur unzureichend.”

(a). Berufsgeheimnisträger ausreichend berücksichtigt

“Soweit Gespräche zwischen dem Beschuldigten und Berufsgeheimnisträgern nach § 53 StPO von Verfassung wegen einem Verbot der Überwachung unterliegen, ist dem in § 100 d Abs. 3 Satz 1 StPO durch ein umfassendes Erhebungsverbot Rechnung getragen worden. Ob es verfassungsrechtlich geboten war, sämtliche Berufsgeheimnisträger nach § 53 StPO einem absoluten Überwachungsverbot zu unterstellen, bedarf vorliegend keiner Entscheidung. Jedenfalls ist der Gesetzgeber nicht gehindert, mit Blick auf den verfassungsrechtlichen Schutz besonderer Vertrauensverhältnisse zusätzliche Beweisermittlungsverbote zu begründen.”

(b). Schutz der Familienangehörigen jedoch unzureichend

“§ 100 d Abs. 3 StPO sichert hingegen nicht, dass eine Überwachung jedenfalls dann ausgeschlossen bleibt, wenn sich der Beschuldigte allein mit seinen engsten Familienangehörigen oder anderen engsten Vertrauten in der Wohnung aufhält und keine Anhaltspunkte für deren Tatbeteiligung bestehen. Für Zeugnisverweigerungsberechtigte nach § 52 StPO, zu denen insbesondere die engsten Familienangehörigen zählen, ist nach § 100 d Abs. 3 Satz 3 StPO kein generelles Überwachungsverbot, sondern nur ein Beweisverwertungsverbot nach Maßgabe des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes vorgesehen. Für Gespräche mit engsten Vertrauten, die nicht dem Kreis der Zeugnisverweigerungsberechtigten angehören, enthält § 100 d Abs. 3 StPO keinerlei Einschränkungen.

Auch durch § 100 d Abs. 3 Satz 2 StPO wird ein Überwachungsverbot für Gespräche mit engsten Vertrauten nicht in ausreichender Weise gewährleistet. Zwar ist danach die akustische Wohnraumüberwachung unzulässig, wenn zu erwarten ist, dass sämtliche aus der Maßnahme zu gewinnenden Erkenntnisse einem Verwertungsverbot unterliegen. Solche Verwertungsverbote können sich nicht nur aus § 100 d Abs. 3 Satz 3 StPO im Hinblick auf Zeugnisverweigerungsberechtigte ergeben, sondern auch unmittelbar aus den Grundrechten, insbesondere bei einer Berührung des

Kernbereichs privater Lebensgestaltung (vgl. Nack, in: *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, 5. Aufl., 2003, § 100c Rn. 24; Rudolphi/Wolter, *Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung*, § 100 d Rn. 38, Stand: April 2001). Allerdings zielt die Regelung weder nach der gesetzgeberischen Intention noch nach ihrem Wortlaut auf ein Überwachungsverbot in Situationen, in denen eine Wahrscheinlichkeit dafür besteht, dass mit den Abhörmaßnahmen absolut geschützte Gespräche erfasst werden. Mit ihr sollte allein der auch für andere Ermittlungsmaßnahmen geltende Grundsatz klargestellt werden, dass eine Maßnahme, die nur zur Gewinnung unverwertbarer Erkenntnisse führen kann, bereits nicht geeignet ist, das mit einer strafprozessualen Maßnahme verfolgte Ziel der Gewinnung von verwertbaren Erkenntnissen zu erreichen (vgl. Bericht des Bundestagsrechtsausschusses, BTDrucks 13/9661, S. 7).

Ein Überwachungsverbot besteht nach dem ausdrücklichen Wortlaut der Vorschrift zudem nur, wenn sämtliche Erkenntnisse einem Verwertungsverbot unterliegen würden. Das wird aber auch bei der Überwachung des Beschuldigten, der sich allein mit seinen engsten Familienangehörigen und Vertrauten in der Wohnung aufhält, praktisch niemals anzunehmen sein. Bei strikter Auslegung würde § 100 d Abs. 3 Satz 2 StPO dazu führen, dass ein Überwachungsverbot allenfalls höchst ausnahmsweise besteht, weil Gespräche in der Regel durch eine Gemengelage unterschiedlicher Inhalte geprägt sind. Es genügt nicht den verfassungsrechtlichen Anforderungen, wenn der Gesetzgeber die Unzulässigkeit der akustischen Wohnraumüberwachung nur für den Fall vorsieht, dass sämtliche Erkenntnisse einem Verwertungsverbot unterliegen. Eine restriktive Auslegung, die zu einem verfassungsrechtlich befriedigenden Ergebnis führen würde, ist angesichts des klaren Wortlauts ("sämtliche Erkenntnisse") ausgeschlossen.

Der Gesetzgeber hat in § 100 d Abs. 3 StPO auch keine hinreichenden Vorkehrungen dafür getroffen, dass die Überwachung abgebrochen wird, wenn unerwartet eine Situation eintritt, die dem unantastbaren Kernbereich privater Lebensgestaltung zuzurechnen ist. Die Fortsetzung der Überwachung ist in solchen Fällen rechtswidrig. Ebenfalls fehlen ausreichende Regelungen dahingehend, dass eine Verwertung unterbleibt, wenn Erkenntnisse unter Verletzung des Kernbereichs privater Lebensgestaltung erlangt worden sind, und dass in diesem Fall schon erhobene Daten gelöscht werden.”

Mithin ist § 100c I Nr. 3 StPO in seiner gegenwärtigen Fassung wegen eines Verstoßes gegen Art. 13 I GG

verfassungswidrig.

II. Art. 2 I i.V.m. 1 I GG

Darüber hinaus könnte eine Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus Art. 2 I i.V.m. 1 I GG vorliegen.

1. Eingriff in den Schutzbereich

Nach Ansicht des BVerfG ist für den Wohnungsinhaber das in der Wohnung gesprochene Wort allein durch Art. 13 I GG als *lex specialis* zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht geschützt. Dessen Schutzbereich in Gestalt des Rechts am eigenen Wort wird aber verkürzt, soweit es um Dritte (Gesprächspartner am Telefon, Besucher usw.) geht:

“Die akustische Wohnraumüberwachung greift darüber hinaus in das allgemeine Persönlichkeitsrecht ein, soweit Personen betroffen werden, die sich als zufällig Anwesende in einer überwachten Wohnung nicht auf das speziellere Grundrecht aus Art. 13 Abs. 1 GG berufen können.”

2. Rechtfertigung

Zur verfassungsrechtlichen Rechtfertigung müsste dieser Eingriff von den Schranken des Grundrechts

gedeckt sein. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht wird durch den Schrankentrias des Art. 2 I GG beschränkt, zu dem u.a. die verfassungsmäßige Ordnung gehört. Darunter ist jeder Rechtssatz zu verstehen. § 100c I Nr. 3 StPO ist eine Rechtsnorm, müsste aber seinerseits verfassungsgemäß, insbesondere verhältnismäßig (Art. 20 III GG) sein. Daran fehlt es, weil die Vorschrift sich nicht mit dem Menschenwürdegehalt des Art. 1 I GG in Einklang bringen lässt, soweit sie das Abhören von Gesprächen mit engsten Familienangehörigen und Vertrauenspersonen zulässt (s.o.). Das allgemeine Persönlichkeitsrecht ist daher ebenfalls verletzt.

[Anm.: Das BVerfG hat seine Prüfung im Schwerpunkt an Art. 13 GG orientiert und, nachdem es schon über einen Verstoß gegen Art. 13 GG zur Verfassungswidrigkeit des § 100c I Nr. 3 StPO kam, eine darüber hinausgehende Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts Drittbetroffener nur noch in der gebotenen Kürze festgestellt.]

Die Verfassungsbeschwerde ist begründet und damit insgesamt erfolgreich.

Standort: Wohnungseigentumsrecht

Problem: Aufstellen von Parabolantennen

BGH, BESCHLUSS VOM 22.01.2004

V ZB 51/03 (NJW 2004, 937)

Problemdarstellung:

In diesem Fall musste der BGH im Wege einer Vorlageentscheidung mit der Frage auseinandersetzen, ob ein Wohnungseigentümer das Recht zur Installation einer Parabolantenne hat, obwohl ein Kabelanschluss vorhanden ist sowie ein entsprechender Beschluss der Wohnungseigentümergeinschaft zur Unterlassung solcher Anlage besteht. Der BGH stellt in diesem Beschluss jedoch fest, dass der fragliche Wohnungseigentümer nicht die durch Gesetz, durch Vereinbarungen oder durch Eigentümerbeschlüsse gezogenen Grenzen nicht überschritten hat, sodass die übrigen Wohnungseigentümer nicht gem. §§ 15 III WEG, 1004 I 1 BGB die Demontage der Antenne verlangen können.

Die den Gebrauch des Sondereigentums und des gemeinschaftlichen Eigentums regelnden gesetzlichen Vorschriften stehen einer Nutzung des Balkons zur dauerhaften Aufstellung einer mobilen Parabolantenne unter den hier gegebenen Umständen nicht entgegen. Entscheidend ist dabei allein, ob der Gebrauch des

Sondereigentums oder des gemeinschaftlichen Eigentums zu einem Nachteil führt, der über das bei einem geordneten Zusammenleben unvermeidliche Maß hinausgeht (§ 14 Nr. 1 WEG). Ist dies nicht der Fall, dann haben die übrigen Wohnungseigentümer die Aufstellung einer Parabolantenne auch zu dulden. Eine solche Beeinträchtigung, insb. wegen des optischen Gesamteindrucks des Gebäudes, konnte nicht festgestellt werden. Insbesondere war bei der Auslegung des Begriffs “Nachteil” i.S.d. § 14 Nr. 1 WEG eine fallbezogene Abwägung der beiderseits grundrechtlich geschützten Interessen zu berücksichtigen. An dieser Stelle musste das durch Art. 5 GG geschützte Informationsinteresse des Wohnungseigentümers im Gegensatz zum durch Art. 14 GG geschützten Eigentumsrecht der anderen beachtet werden. Unter Abwägung dieser widerstreitenden Belange konnte ein solcher Nachteil vorliegend nicht festgestellt werden.

Das Aufstellen einer Parabolantenne auf dem Balkon der Ag. stand auch nicht in Widerspruch zu Bestimmungen der Teilungserklärung oder zu sonstigen Vereinbarungen der Wohnungseigentümer. Wie stets, unterliegt allerdings auch eine solche Regelung in der Gemeinschaftsordnung oder in Vereinbarungen der

Inhaltskontrolle nach den Maßstäben des § 242 BGB. Danach kann etwa das Festhalten an einem generellen Verbot von Parabolantennen treuwidrig sein, wenn Satellitenempfangsanlagen inzwischen auf Grund ihrer Größe und der nun geeigneten Installationsorte das optische Erscheinungsbild der Wohnanlage nicht beeinträchtigen und auch sonstige berechnigte Interessen der, Wohnungseigentümer nicht berührt sind

Prüfungsrelevanz:

Diese Entscheidung des BGH, die z.B. auch unproblematisch auf das Mietrecht übertragen werden kann, stellt eine examensrelevante Verknüpfung von Zivilrecht und Verfassungsrecht dar. Im Wege der mittelbaren Drittwirkung können sich grundrechtlich geschützte Interessen bei der Auslegung und Anwendung von - vor allem unbestimmten - Rechtsbegriffen auswirken. Folglich muss der Examenskandidat im jeweils konkreten Fall eine Abwägung der widerstehenden Belange der Beteiligten vornehmen, um einen dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz entsprechenden Interessenausgleich zu erzielen.

Vertiefungshinweis:

BayObLG, NZM 2004, 108

Kursprogramm:

Klausurenkurs: "Stimmen aus der Heimat"

Leitsätze:

1. **Selbst bei vorhandenem Kabelanschluss kann das besondere Informationsinteresse eines ausländischen Wohnungseigentümers dazu führen, dass die übrigen Wohnungseigentümer den Nachteil hinnehmen müssen, der für den optischen Gesamteindruck der Wohnanlage mit einer auf dem Balkon einer Eigentumswohnung aufgestellten Parabolantenne verbunden ist.**
2. **Die Wohnungseigentümer können durch Vereinbarung einschränkende Voraussetzungen bestimmen und das Anbringen von Parabolantennen auch generell verbieten. Auf Grund einer Inhaltskontrolle nach § 242 BGB können solche Vereinbarungen allerdings unwirksam sein, wenn es für ein Festhalten insbesondere an einem generellen Verbot an einem berechtigten Interesse fehlt.**
3. **Ein generelles Verbot von Parabolantennen kann nicht durch Mehrheitsbeschluss angeordnet werden. Ein solcher Beschluss ist jedoch grundsätzlich nicht nichtig, sondern nur anfecht-**

bar. Zur Nichtigkeit führt es allerdings, wenn mit dem Beschluss eine Vereinbarung abgeändert wird.

Sachverhalt:

Die Ast. nimmt die Ag. auf Entfernung einer Parabolantenne in Anspruch. Die Ast. ist die Verwalterin einer aus 136 Einheiten bestehenden Wohnungseigentumsanlage in K. Sie ist nach § 3 des mit ihr geschlossenen Verwaltervertrags berechnigt und verpflichtet, Ansprüche der Eigentümergemeinschaft gerichtlich und außergerichtlich im eigenen Namen geltend zu machen. Die Ag. sind polnische Staatsangehörige, die 1999 eine zur Anlage gehörende Wohnung zu Eigentum erwarben. Die Wohnungseigentumsanlage ist an ein Breitbandkabelnetz angeschlossen, über das als einziger polnischer Fernsehsender TV Polonia verbreitet wird. Zum Empfang weiterer polnischer Fernsehprogramme stellten die Ag. auf dem Balkon ihrer Wohnung eine mobile Parabolantenne auf. In der Teilungserklärung vom 6. 6. 1997 ist unter anderem bestimmt:

§ 5. (Gebrauchsregelung). (5) Die Anbringung von Reklame-, Firmenschildern, Markisen, Rolläden, Außenantennen oder dergleichen bedarf der schriftlichen Einwilligung des Verwalters.

(6) Die Einwilligung ... kann nur aus wichtigem Grund versagt oder widerrufen werden. Sie kann auch von der Erfüllung von Auflagen abhängig gemacht werden. Ein wichtiger Grund liegt insbesondere vor, wenn die Ausübung des Gewerbes oder Berufs eine unzumutbare Beeinträchtigung anderer Eigentümer oder Hausbewohner befürchten lässt oder den Charakter der Gesamtanlage beeinträchtigt.

(7) Erteilt der Verwalter eine beantragte Einwilligung ... nicht oder nur unter Auflagen oder widerruft er eine Einwilligung, so kann der betroffene Eigentümer einen Beschluss gem. § 25 WEG herbeiführen.

§ 19. (Objektbezogene Besonderheiten). (2) Jeder Eigentümer ist verpflichtet, in den bestehenden Vertrag mit der U-Antennen-Service GmbH vom 28. 4. 1989 an Stelle des bisherigen Eigentümers einzutreten und seine Geräte ausschließlich an die Gemeinschaftsantennen-Anlage anzuschließen.

Am 20.2.2000 befasste sich die Wohnungseigentümerversammlung mit dem Antrag eines Wohnungseigentümers, die Aufstellung einer mobilen Parabolantenne im Balkonbereich seiner Wohnung zu genehmigen. Dem wurde nicht entsprochen, sondern auf Antrag anderer Wohnungseigentümer mit Stimmenmehrheit beschlossen, das Anbringen von Parabolantennen generell zu verbieten. Dieser Eigentümerbeschluss ist nicht angefochten worden. Auf der Grundlage des beschlossenen

Verbots von Parabolantennen verlangte die Ast., die Ag. zur Demontage der auf dem Balkon ihrer Wohnung installierten „Satellitenanlage“ zu verpflichten.

Wird der Antrag vor Gericht erfolgen haben?

Lösung:

Ein solcher gerichtlicher Antrag, die Ag. zur Demontage der auf ihrem Balkon installierten Satellitenanlage zu verpflichten, ist nur erfolgreich, wenn er zulässig und begründet ist.

A. Zulässigkeit des Antrags

Im Rahmen der Zulässigkeit stellt sich lediglich die Frage nach einer Zulässigkeit der Verfahrensstandschaft durch die Ast., die im eigenen Namen ein Recht der Wohnungseigentümergeinschaft gerichtlich durchsetzen will. Der BGH führt dazu aus:

“Der Antrag ist allerdings zulässig. Insbesondere ist die Ast. nach den Grundsätzen der - auch in Wohnungseigentumssachen eröffneten (vgl. Senat, BGHZ 73, 302 [306] = NJW 1979, 2391) gewillkürten Verfahrensstandschaft befugt, gegen die Ag. gerichtete Abwehransprüche der (übrigen) Wohnungseigentümer wegen unzulässigen Gebrauchs des Gemeinschaftseigentums im Verfahren gem. § 43 I Nr. 1 WEG (vgl. BGH, NJW-RR 1991, 907 = WuM 1991, 418; Bänmann/Pitk/Merle, WEG, 9. Aufl., § 14 Rdnr. 65) im eigenen Namen geltend zu machen. Die hierfür erforderliche Ermächtigung kann sich — wie hier — aus dem Verwaltervertrag ergeben (Senat, BGHZ 104, 197 [199] = NJW 1988, 1910; Staudinger/Wenzel, BGB, 12. Bearb., Vorb. §§ 43 ff. WEG Rdnr. 82), während das notwendige eigene schutzwürdige Interesse aus der Pflicht der Ast. folgt, die ihr obliegenden Aufgaben ordnungsgemäß und reibungslos zu erfüllen (vgl. Senat, BGHZ 73, 302 [307] = NJW 1979, 2391; BGHZ 104, 197 [199] = NJW 1988, 1910). Insoweit ist hier die Pflicht der Ast. aus § 27 I Nr. 1 WEG einschlägig, Beschlüsse der Wohnungseigentümer durchzuführen (vgl. Bärmann/ Pick/Merle, § 27 Rdnr. 177).”

Im Übrigen stehen auch keine sonstigen Bedenken gegen die Zulässigkeit des gestellten Antrags.

B. Begründetheit des Antrags

Der Antrag müsste des Weiteren begründet sein, d.h. die Ag. müssten den anderen Wohnungseigentümern gegenüber zur Beseitigung der auf dem Balkon ihrer Wohnung aufgestellten Parabolantenne verpflichtet sein. Ein solcher Beseitigungsanspruch könnte sich in diesem Fall gem. §§ 15 III WEG, 1004 I 1 BGB ergeben. Zwar kann nach § 15 III WEG, § 1004 I 1

BGB jeder Wohnungseigentümer von dem anderen verlangen, dass dieser die Grenzen des erlaubten Gebrauchs einhält (Hügel, in: Bamberger/Roth, BGB, § 16 WEG Rdnr. 21). Die Ag. müssten dazu aber die durch Gesetz, durch Vereinbarungen und durch Eigentümerbeschlüsse gezogenen Grenzen überschritten haben. Der BGH stellt diesbezüglich fest:

I. Kein Recht auf Antennendemontage nach den gesetzlichen Vorschriften des WEG

“Die den Gebrauch des Sondereigentums und des gemeinschaftlichen Eigentums regelnden gesetzlichen Vorschriften stehen einer Nutzung des Balkons zur dauerhaften Aufstellung einer mobilen Parabolantenne unter den hier gegebenen Umständen nicht entgegen. Insoweit ist es ohne Belang, ob der nutzbare Raum eines Balkons — sofern er nicht in der Teilungserklärung als Teil des Sondereigentums ausgewiesen ist — dem Sonder- (so BayObLG, NZM 1999, 27; Bärmann/ Pick/Merle, § 5 Rdnr. 27; Weitnauer, WEG, 8. Aufl., § 5 Rdnr. 11 rn. w. Nachw.) oder dem Gemeinschaftseigentum (so Staudinger/Rapp, § 5 WEG Rdnr. 7) zuzurechnen ist. Unerheblich ist ferner, ob die ohne Eingriff in die Substanz des gemeinschaftlichen Eigentums vorgenommene Aufstellung einer von außen sichtbaren Parabolantenne allein schon wegen der damit verbundenen Auswirkungen auf den optischen Gesamteindruck des Gebäudes eine bauliche Veränderung i. S. von § 22 I 1 WEG darstellt (so Schuschke, ZWE 2000, 146 [147]; a. A. Niefenführ/Schulze, WEG, 6. Aufl., § 22 Rdnr. 37; offen gelassen von BayObLG, NJOZ 2002, 1564 = WuM 2002, 443). Entscheidend ist allein, ob der Gebrauch des Sondereigentums oder des gemeinschaftlichen Eigentums zu einem Nachteil führt, der über das bei einem geordneten Zusammenleben unvermeidliche Maß hinausgeht (§ 14 Nr. 1 WEG). Ist dies nicht der Fall, dann haben die übrigen Wohnungseigentümer die Aufstellung einer Parabolantenne auch dann zu dulden (§§ 14 Nr. 3 WEG, § 1004 II BGB), wenn sie als bauliche Veränderung zu qualifizieren ist (§ 22 I 2 WEG).”

I. Keine Beeinträchtigung der anderen Wohnungseigentümer bezüglich des optischen Gesamteindrucks

“Ein Nachteil ist i. S. des § 14 Nr. 1 WEG nicht hinzunehmen, wenn er eine nicht ganz unerhebliche, konkrete und objektive Beeinträchtigung darstellt (Senat, BGHZ 116, 392 [396] = NJW 1992, 978; BGHZ 146, 241 [246] = NJW 2001, 1212 = NZM 2001, 196). Hierfür kann auch eine Veränderung des optischen Gesamteindrucks einer Wohnanlage genügen (BayObLG, WuM 2002, 443; OLG Hamm, NJW-RR 2002,

1020 = NZM 2002, 445 = ZWE 2002, 280 [281]; Bärman/Pick/Merle, § 14 Rdnr. 33; Niedenführ/Schulze, § 14 Rdnr. 4, § 22 Rdnr. 18). Im vorliegenden Fall hat das BeschwGer. keine Feststellungen dazu getroffen, ob die von den Ag. aufgestellte Parabolantenne überhaupt von außen sichtbar ist. Sollte dies nicht der Fall sein, wäre eine ästhetische Beeinträchtigung des Erscheinungsbilds der Anlage von vornherein ausgeschlossen. Aber selbst wenn die Parabolantenne den optischen Gesamteindruck der Wohnanlage nicht nur unerheblich beeinträchtigen sollte, wäre der darin liegende Nachteil von den übrigen Wohnungseigentümern hinzunehmen.“

a. Auslegung und Konkretisierung von Generalklauseln anhand von Grundrechten

“Die Fachgerichte müssen bei Auslegung und Konkretisierung einer Generalklausel, wie sie § 14 Nr. 1 WEG zum Inhalt hat, auch die betroffenen Grundrechte der Wohnungseigentümer berücksichtigen, um deren wertsetzendem Gehalt auf der Rechtsanwendungsebene Geltung zu verschaffen. Die Frage, ob der mit der Installation einer Parabolantenne verbundene Nachteil das in § 14 Nr. 1 WEG bestimmte Maß übersteigt, ist mithin auf Grund einer fallbezogenen Abwägung der beiderseits grundrechtlich geschützten Interessen zu beantworten (BVerfG, NJW 1995, 1665 [1666f.]; NJW 1996, 2858; grundlegend BVerfGE 90, 27 [31 ff.] = NJW 1994, 1147 für das Mietrecht; z. Rspr. der Instanzgerichte vgl. die Übersichten bei Maaß/Hitpaß, NZM 2000, 945, u. NZM 2003, 181; ZdWBay 2003, 372). Hierbei ist auf Seiten des Wohnungseigentümers, der einen Anspruch auf Errichtung einer Satellitenempfangsanlage geltend macht, neben seinem Eigentumsrecht vor allem das ihm zustehende Grundrecht auf Informationsfreiheit (Art. 5 I 1 Halbs. 2 GG) zu beachten. Dem steht auf Seiten der widersprechenden Wohnungseigentümer deren durch die Duldung einer solchen Anlage berührtes Eigentumsrecht (Art. 14 I 1 GG) gegenüber.

Vor dem Hintergrund des Stands der Technik zum Zeitpunkt der Entwicklung der geschilderten Rechtsprechungsgrundsätze (Mitte der neunziger Jahre des letzten Jahrhunderts) hat dies zur Folge, dass ein Wohnungseigentümer, der eine Satellitenempfangsanlage installieren will, in aller Regel zwar auf einen bestehenden Kabelanschluss verwiesen werden kann, wegen der damit verbundenen erheblichen Informationseinbußen jedoch nicht auf die Möglichkeit des Empfangs terrestrisch ausgestrahlter Rundfunkprogramme über herkömmliche Antennenanlagen. Selbst bei vorhandenem Kabelanschluss kann ausnahmsweise ein besonderes Informationsinteresse die Installation

einer Parabolantenne rechtfertigen. Das trifft insbesondere auf Wohnungseigentümer mit ausländischer Staatsangehörigkeit zu, deren Heimatprogramme nicht oder nur in geringer Zahl in das deutsche Kabelnetz eingespeist werden. Sie sind in der Regel daran interessiert, die Programme ihres Heimatlands zu empfangen, um sich über das dortige Geschehen zu unterrichten und die kulturelle und sprachliche Verbindung aufrechterhalten zu können (vgl. B VerfGE 90, 27 [36] = NJW 1994, 1147).“

b. Berücksichtigung der aktuellen Medienangebote

“Ob das im Kabelnetz verfügbare Medienangebot die Meinungsvielfalt noch hinreichend widerspiegelt, kann angesichts der zwischenzeitlichen technischen Entwicklung bezweifelt werden (vgl. Dörr, WuM 2002, 347 [351]; Heyn, Verfassungsrechtliche Grenzen der Wohnungseigentümer selbstverwaltung, 2003, S. 114 f.), in deren Folge mehrere hundert Hörfunk- und Fernsehprogramme über Satellit in Europa zu empfangen sind (so die Mitteilung der Europäischen Kommission über die Anwendung der allgemeinen Grundsätze des freien Waren- und Dienstleistungsverkehrs auf dem Gebiet der Nutzung von Parabolantennen v. 27. 6. 2001 — KOM [2001] 351). Dieser Umstand könnte dazu führen, dass in weitergehendem Umfang auch deutsche Wohnungsnutzer nicht länger auf einen vorhandenen Kabelanschluss verwiesen werden können. Im vorliegenden Fall bedarf dies jedoch keiner Entscheidung, weil sich das Informationsinteresse der Ag. bereits nach den bisherigen Grundsätzen der Rechtsprechung gegenüber den Interessen der übrigen Wohnungseigentümer durchsetzt. Die Ag. sind ausländische Staatsangehörige und ihre mithin begründeten besonderen Informationsinteressen werden nur durch, das eine polnische Fernsehprogramm, das ihnen im Kabelnetz zur Verfügung steht, nicht zufrieden gestellt (vgl. BVerfG, NJW 1995, 1665 [1666]; auch NJW-RR 1994, 1232 [1233]; Mehrings, NJW 1997, 2273 [2274f.]).“

2. Ausnahmen der Duldung einer Parabolantenne

“Soweit nach alledem die Wohnungseigentümer auf Grund gesetzlicher Bestimmungen keine Beseitigung einer Parabolantenne verlangen können, hat dies nicht zur Folge, dass ihre durch Art. 14 I GG geschützten Eigentümerinteressen gänzlich unberücksichtigt bleiben. Vielmehr darf nach § 14 Nr. 1 WEG auch eine grundsätzlich hinzunehmende Parabolantenne die anderen Wohnungseigentümer nicht über das unvermeidliche Maß hinaus beeinträchtigen. Dies bedeutet insbesondere, dass die Antenne entsprechend den bau- und gegebenenfalls auch denkmalschutzrechtlichen

Vorschriften fachgerecht installiert werden muss, so dass eine Beschädigung oder eine erhöhte Reparaturanfälligkeit des Gemeinschaftseigentums ausgeschlossen werden kann (Bärmann/Pick/Merle, § 22 Rdnr. 215). Weiterhin darf die Antenne nur an einem zum Empfang geeigneten Ort installiert werden, an dem sie den optischen Gesamteindruck des Gebäudes möglichst wenig stört; bei der Auswahl zwischen mehreren geeigneten Standorten steht den übrigen Wohnungseigentümern ein Mitbestimmungsrecht zu (OLG Düsseldorf, NJW-RR 1996, 141 [142] = NJWE-MietR 1996, 62 L; OLG Schleswig, NJW-RR 2003, 1018 = NZM 2003, 558 [559]; vgl. auch B VerfG, NJWE-MietR 1996, 26 für das Mietrecht).

Zudem können mehrere Wohnungseigentümer, die jeweils eine Parabolantenne anbringen wollen, auf die Installation einer Gemeinschaftsparabolantenne verwiesen werden, wenn das Gemeinschaftseigentum hierdurch weniger beeinträchtigt wird (vgl. BVerfG, NJWE-MietR 1996, 1 = WuM 1995, 693 [694] = ZMR 1996, 12).

Insgesamt hängt es von den Umständen des Einzelfalls ab, welche Anforderungen an die Beschaffenheit der Parabolantenne und die Art und Weise ihrer Installation zu stellen sind, um die von ihr ausgehenden Beeinträchtigungen möglichst gering zu halten. Um den anderen Wohnungseigentümern Gelegenheit zu geben, ihre berechtigten Interessen zu wahren, ist es einem Wohnungseigentümer regelmäßig verwehrt, eine Parabolantenne eigenmächtig zu installieren (Hogenschurz MietRB 2003, 19 [22] m. w. Nachw.)

3. Übertragung dieser Grundsätze auf den vorliegenden Fall

“Nach diesen Grundsätzen haben die Ag. im vorliegenden Fall mit dem Aufstellen einer Parabolantenne die gesetzlich geregelten Grenzen des ihnen nach § 14 Nr. 1 WEG erlaubten Gebrauchs nicht überschritten. Umstände des Einzelfalls, die dem Vorrang des besonderen Informationsinteresses der Ag. ausnahmsweise entgegenstehen könnten, sind weder festgestellt noch ersichtlich. Ebenso wenig gibt es Anhaltspunkte dafür, dass die von der Parabolantenne der Ag. möglicherweise ausgehende optische Beeinträchtigung des Gemeinschaftseigentums durch einen anderen Ort oder eine andere Art der Installation vermieden werden könnte. Ohne Bedeutung ist im konkreten Fall auch das Mitbestimmungsrecht der übrigen Wohnungseigentümer. Es kann nur dann berücksichtigt werden, wenn es auch tatsächlich ausgeübt wurde (OLG Schleswig, NJW-RR 2003, 1018 = NZM 2003, 558 [559]; vgl. auch BVerfG, NJWE-MietR 1996, 26 für das Mietrecht).

Daran fehlt es im vorliegenden Fall; denn die Wohnungseigentümer haben sich dafür entschieden, Parabolantennen schlechthin nicht zu dulden. Das grundsätzlich unzulässige eigenmächtige Vorgehen der Ag. bei Aufstellung der Parabolantenne bleibt demnach für die Entscheidung im vorliegenden Fall folgenlos.”

II. Kein Recht auf Antennendemontage aufgrund der Teilungserklärung oder sonstigen Vereinbarungen

“Das Aufstellen einer Parabolantenne auf dem Balkon der Ag. steht auch nicht in Widerspruch zu Bestimmungen der Teilungserklärung oder zu sonstigen Vereinbarungen der Wohnungseigentümer.”

1. Keine entgegenstehende Vereinbarung der Wohnungseigentümer

Die Verpflichtung, eine Parabolantenne gem. § 14 Nr. 3 i. V. mit Nr. 1 WEG zu dulden, steht Vereinbarungen der Wohnungseigentümer über diesen Gegenstand nicht entgegen. Mangels anderweitiger gesetzlicher Regelung können die Wohnungseigentümer gem. § 10 I 2 WEG von den Vorschriften des § 14 WEG abweichende Vereinbarungen treffen (Staudinger/Kreuzer, § 14 WEG Rdnr. 3; Niedenführ/Schulze, § 14 Rdnr. 1). Dies gilt auch dann, wenn derartige Vereinbarungen eine Einschränkung der grundrechtlich geschützten Informationsfreiheit eines Wohnungseigentümers zur Folge haben (a. A. wohl OLG Zweibrücken, NJW-RR 2002, 587 = NZM 2002, 269 = ZWE 2002, 238 [240]). Da ein Wohnungseigentümer nicht gezwungen ist, von diesem Freiheitsrecht Gebrauch zu machen (vgl. Sachs, GG, 3. Aufl., Vorb. Art. 1 Rdnr. 54), kann er sich auch dazu verpflichten, die Anbringung einer Parabolantenne zu unterlassen. Die Möglichkeit einer solchen privatautonomen Regelung wird ihrerseits durch Art. 2 I GG verfassungsrechtlich gewährleistet (vgl. BVerfG, WuM 1981, 77).

Hieraus folgt im Grundsatz die Möglichkeit, in der — vereinbarten oder einseitig gesetzten — Gemeinschaftsordnung Regelungen zu treffen, die die Befugnis zur Anbringung von Parabolantennen einschränken (a.A. OLG Düsseldorf, ZMR 2001, 648 = WuM 2001, 295 = ZWE 2001, 336 [337f.] = NZM 2002, 257 L). Da Rechtsnachfolger an eine solche Vereinbarung nur im Fall ihrer Eintragung in das Grundbuch nach § 10 II WEG gebunden sind (Senat, NJW 2003, 2165 [2166] = NZM 2003, 480), kann sich ein Interessent vor dem Erwerb des Wohnungseigentums Gewissheit darüber verschaffen, ob die Gemeinschaftsordnung etwaige Beschränkungen hinsichtlich der Installation von Satellitenempfangsanlagen enthält. Ist das der Fall und

nimmt ein Interessent gleichwohl nicht Abstand von einem Erwerb, so kann sein Verhalten nur als Verzicht auf die Ausübung seines Grundrechts auf Informationsfreiheit verstanden werden. Denn es ist ihm in solcher Lage nur möglich, das Wohnungseigentum mit dem eingeschränkten Inhalt zu erwerben, der sich aus eingetragenen Vereinbarungen und mithin namentlich aus der Gemeinschaftsordnung ergibt (Kümmel, Die Bindung der Wohnungseigentümer u. deren Sondernachfolger an Vereinbarungen, Beschlüsse und Rechtshandlungen nach § 10 WEG, 2002, 5. 53 f.). Der Wirksamkeit der Vereinbarung gegenüber einem Rechtsnachfolger steht insbesondere nicht entgegen, dass mit ihr der durch § 10 II WEG gezogene Rahmen überschritten wird. Hierfür ist eine Regelung zur inhaltlichen Ausgestaltung des Gemeinschaftsverhältnisses erforderlich (vgl. Senat, NJW 2003, 2165 [2166] = NZM 2003, 480).

Einen solchen Inhalt hat auch eine Vereinbarung, nach der das Aufstellen von Parabolantennen von einschränkenden Voraussetzungen abhängig gemacht oder sogar generell verboten wird. Dies folgt nicht nur aus § 21 V Nr. 6 WEG, sondern auch aus § 13 WEG, der es grundsätzlich zulässt, die Nutzungsbefugnisse von Wohnungseigentümern durch Vereinbarungen zu beschränken (vgl. Staudinger/Kreuzer, § 10 WEG Rdnr. 113; Weitnauer/Lüke, § 10 Rdnr. 43).

Wie stets, unterliegt allerdings auch eine solche Regelung in der Gemeinschaftsordnung oder in Vereinbarungen der Inhaltskontrolle nach den Maßstäben des § 242 BGB (vgl. Senat, NJW 1994, 2950 [2952]). Danach kann etwa das Festhalten an einem generellen Verbot von Parabolantennen treuwidrig sein, wenn Satellitenempfangsanlagen inzwischen auf Grund ihrer Größe und der nun geeigneten Installationsorte das optische Erscheinungsbild der Wohnanlage nicht beeinträchtigen und auch sonstige berechnete Interessen der, Wohnungseigentümer nicht berührt sind (vgl. Staudinger/ Kreuzer, § 10 WEG Rdnr. 74). Ferner ist es möglich, dass dem Erwerber nach den allgemeinen Grundsätzen (vgl. Senat, BGHZ 130, 304 [312] = NJW 1995, 2791; NJW 2003, 3476 = NZM 2003, 952, z. Veröff. in BGHZ vorgesehen) — insbesondere auf Grund nachträglich eintretender Umstände — ein Anspruch auf Änderung der Gemeinschaftsordnung zustehen kann, wenn das Verbot von Parabolantennen bei Anlegung eines strengen Maßstabs nicht sachgerecht erscheint und zu grob unbilligen, mit Treu und Glauben (§ 242 BGB) nicht zu vereinbarenden Ergebnissen führt."

2. Keine entgegenstehende Teilungserklärung

"Die Teilungserklärung vom 6. 6. 1997, die der Senat

als Rechtsbeschwerger selbst auslegen kann (vgl. Senat, BGHZ 139, 288 [292] = NJW 1998, 3713 = NZM 1998, 955 .m. w. Nachw.), enthält indessen keine Regelungen, die den Ag. die Installation (und den Betrieb) der Satellitenempfangsanlage untersagen."

a. Zu § 5 der Teilungserklärung

"Nach § 5 V bis VII der Teilungserklärung bedarf die Anbringung einer Außenantenne zwar der schriftlichen Einwilligung des Verwalters, die nur aus wichtigem Grund versagt werden darf und durch einen Beschluss der Wohnungseigentümersammlung ersetzt werden kann. Wie sich aus § 5 VI 2 der Teilungserklärung ergibt, setzt das Vorliegen eines wichtigen Grunds einen schwerwiegenden, den übrigen Wohnungseigentümern unzumutbaren oder den Charakter der Gesamtanlage beeinträchtigenden Nachteil voraus. Da sich der Teilungserklärung hierzu keine weiteren Anhaltspunkte entnehmen lassen, ist zur Beantwortung der Frage, wann ein solcher schwerwiegender Nachteil vorliegt, auf die im Wohnungseigentumsgesetz getroffenen Wertungen zurückzugreifen. Den Wohnungseigentümern ist es mithin zumutbar, diejenigen mit der Anbringung einer Parabolantenne verbundenen Nachteile hinzunehmen, die durch eine die Bausubstanz möglichst schonende und optisch möglichst unauffällige Installation nicht zu vermeiden sind (§ 14 Nrn. 1, 3 WEG). Die hierbei verbleibenden Nachteile erreichen kein Ausmaß, das nach § 5 V bis VII der Teilungserklärung eine Verweigerung der Einwilligung in die Anbringung einer Parabolantenne rechtfertigen könnte.

Nachdem mit der von den Ag. aufgestellten Parabolantenne keine vermeidbaren Nachteile verbunden sind, können die Ag. von den übrigen Wohnungseigentümern die Einwilligung zur Installation nach § 5 VII der Teilungserklärung verlangen. Angesichts dieser Verpflichtung sind die Wohnungseigentümer nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) ferner gehindert, sich zur Begründung eines Beseitigungsverlangens auf das Fehlen einer Zustimmungserklärung zu berufen."

b. Zu § 19 der Teilungserklärung

"Die in § 19 II der Teilungserklärung geregelte Verpflichtung zum Anschluss an die Gemeinschaftsantennenanlage steht der Installation einer Einzelparabolantenne selbst dann nicht entgegen, wenn von einer Anwendbarkeit der Vorschrift auf den inzwischen vorhandenen Kabelanschluss ausgegangen wird. Die Regelung betrifft nicht in Abweichung von § 5V bis VII der Teilungserklärung unmittelbar die Nutzung des Sondereigentums oder des gemeinschaftlichen Eigentums zum Zweck der Installation einer Außenantenne. Ihr kann allenfalls entnommen werden, ob ein Woh-

nungseigentümer eine Außenantenne zum Empfang von Rundfunkprogrammen nutzen darf. Da die in der Teilungserklärung vorgesehene Möglichkeit der Installation einer Außenantenne anderenfalls ohne Sinn wäre, kann aus der Aufnahme beider Bestimmungen in die Teilungserklärung nur der Schluss gezogen werden, dass es den Wohnungseigentümern nicht verboten ist, eine zulässigerweise angebrachte Parabolantenne neben dem Kabelanschluss zu nutzen; untersagt ist lediglich, den Kabelanschluss durch eine Parabolantenne zu ersetzen. Dieses Verständnis der Teilungserklärung trägt auch den beiderseitigen Interessen Rechnung. Zum einen wird das Informationsinteresse der Wohnungseigentümer gewahrt, während zum anderen durch den sichergestellten Anschluss an das Kabelnetz das Interesse der Eigentümergemeinschaft an der Erfüllung der gegenüber dem Netzbetreiber eingegangenen Verpflichtungen Berücksichtigung findet.“

III. Kein Recht auf Antennendemontage aufgrund des entgegenstehenden Beschlusses der Wohnungseigentümerversammlung

“Schließlich steht der Installation der Parabolantenne durch die Ag. auch ein wirksamer Beschluss der Wohnungseigentümer nicht entgegen.“

1. Keine Beschlusskompetenz der Wohnungseigentümerversammlung

“Der von den Wohnungseigentümern am 20. 2. 2000 mehrheitlich gefasste Beschluss, der das Anbringen von Parabolantennen generell verbietet, ist bereits deshalb nichtig, weil es der Wohnungseigentümerversammlung an der erforderlichen Beschlusskompetenz fehlte (§§ 10 II, 23 I WEG).

Durch Mehrheitsbeschluss können die Wohnungseigentümer nach § 15 II WEG den Gebrauch des Sondereigentums und des gemeinschaftlichen Eigentums nur insoweit regeln, als die Grenzen der Ordnungsmäßigkeit nicht überschritten sind und eine durch Vereinbarung getroffene Gebrauchsregelung nicht entgegensteht. Liegt eine solche Vereinbarung vor, so fehlt es den Wohnungseigentümern — mangels entsprechenden Vorbehalts — an der Kompetenz, durch vereinbarungsändernden Mehrheitsbeschluss eine abweichende Regelung zu treffen (Buck, WE 1998, 90 [93]; Becker/Kümmel, ZWE 2001, 128 [135]). Die aus diesem Grund gegebene absolute Beschlussunzuständigkeit macht den Beschluss nicht nur anfechtbar, sondern nichtig (vgl. Senat, BGHZ 145, 158 [168] NJW 2000, 3500 NZM 2000, 1184).

Im vorliegenden Fall findet sich eine Regelung des Gebrauchs mit Blick auf die Installation von Parabolantennen bereits in der Teilungserklärung. Nach § 5 V,

VI der Teilungserklärung ist ein Wohnungseigentümer zur Anbringung einer Außenantenne berechtigt, soweit dies nicht zu schwerwiegenden Nachteilen für andere Wohnungseigentümer führt. Hiervon weicht der am 20. 2. 2000 gefasste Beschluss nicht nur in einem konkreten Einzelfall ab. Er beschränkt sich nicht auf die Versagung der von einem Wohnungseigentümer beantragten Genehmigung einer Parabolantenne, sondern trifft aus Anlass dieses Antrags eine allgemeine Regelung, nach der die Anbringung von Parabolantennen zukünftig auch dann unzulässig sein soll, wenn damit keinerlei Nachteile verbunden sind. Damit handelt es sich nicht nur um einen vereinbarungswidrigen Beschluss, der die Bestimmungen der Teilungserklärung fehlerhaft anwendet, sondern um einen vereinbarungsändernden Beschluss, mit dem der Gebrauch neu geregelt werden soll (vgl. Wenzel, ZWE 2001, 226 [233 f.]). Als solcher ist der Beschluss mangels Öffnungsklausel in der Teilungserklärung nichtig.“

2. Nichtigkeit des Beschlusses aus materiellen Gründen

“Ungeachtet der fehlenden Beschlusskompetenz ist der Eigentümerbeschluss auch aus materiellen Gründen nichtig.

Da den Wohnungseigentümern ein Eingriff in den Kernbereich des Wohnungseigentums verwehrt ist, können sie den wesentlichen Inhalt der Nutzung von Wohnungseigentum nicht durch Mehrheitsbeschluss einschränken (Senat, BGHZ 129, 329 [333] = NJW 1995, 2036; vgl. auch BGHZ 127, 99 [105] = NJW 1994, 3230; BGHZ 145, 158 [165] = NJW 2000, 3500 = NZM 2000, 1184; Demharter, MitBayNot 1996, 417). Dieser Bereich ist vorliegend betroffen; denn die eigene Wohnung ist typischerweise der Ort, von dem aus die Bewohner die Informationsangebote von Fernsehen und Hörfunk nutzen. Dort stehen diese Medien bequem zur Verfügung und können auf Grund freier Entscheidung ausgewählt und genutzt werden. Dieser Gebrauch des Wohnungseigentums ist nicht nur sozial üblich und Teil der Zweckbestimmung der Wohnanlage (vgl. Senat, BGHZ 139, 288 [293] = NJW 1998, 3713 = NZM 1998, 955, für das Musizieren in der eigenen Wohnung), sondern nach allgemeinem Verständnis auch ein wesentliches Element der Nutzung einer Wohnung. In dieser Hinsicht wird der Gebrauch des Wohnungseigentums durch das mit Mehrheit beschlossene ausnahmslose Verbot von Parabolantennen in erheblichem Umfang eingeschränkt. Insbesondere wird es ausländischen Wohnungseigentümern im Allgemeinen unmöglich gemacht, Rundfunksendungen aus ihrer Heimat — abgesehen von wenigen über Kabelanschluss erreichbaren Programmen — zu emp-

fangen. Trotz des vorhandenen Kabelanschlusses ist jedenfalls für sie der wesentliche Inhalt der Nutzung von Wohnungseigentum eingeschränkt.

Der Eingriff in den Kernbereich führt unter den gegebenen Umständen ebenfalls zur Nichtigkeit des Eigentümerbeschlusses. Allerdings richtet sich der Eingriff mit dem Recht auf Informationsfreiheit gegen ein Individualrecht, das zwar nicht entziehbar ist, auf dessen Ausübung aber verzichtet werden kann. Angesichts dieser nicht schlechthin unentziehbaren, wohl aber mehrheitsfesten Position hat die fehlende Zustimmung des betroffenen Wohnungseigentümers zunächst lediglich die schwebende Unwirksamkeit des Beschlusses zur Folge (Buck, Mehrheitsentscheidungen mit Vereinbarungsinhalt im WohnungseigentumsR, 2001, S. 77; Becker, ZWE 2002, 341 [344 f.]). Indessen haben die Ag. hier ihre Zustimmung zumindest in konkludenter Weise dadurch verweigert, dass sie — entgegen dem beschlossenen Verbot — für sich die

Befugnis zur Installation der Parabolantenne beanspruchen. Aus der damit herbeigeführten endgültigen Unwirksamkeit zumindest gegenüber ausländischen Wohnungseigentümern ergibt sich entsprechend § 139 BGB die Unwirksamkeit des gesamten Verbots von Parabolantennen, selbst wenn - wegen der Programmangebote im Kabelnetz - eine wesentliche Nutzungsbeschränkung nur für Ausländer bejaht werden sollte (vgl. Senat, BGHZ 139, 288 [297] = NJW 1998, 3713 = NZM 1998, 955)."

C. Endergebnis

Die anderen Wohnungseigentümer haben keine Anspruch gegen die Ag. auf Beseitigung der Parabolantenne gem. §§ 15 III WEG, 1004 I 1 BGB. Folglich ist der bei Gericht gestellte Antrag, die Ag. zur Demontage zu verpflichten, zulässig, aber in der Sache unbegründet und wird keinen Erfolg haben.

Standort: § 211 StGB

Problem: Heimtücke

BGH, URTEIL VOM 22.01.2004

4 STR 319/03 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Als die ehemalige Lebensgefährtin des Angeklagten diesem gestand, dass sie einen neuen Partner habe, wurde dieser wütend, warf sie aufs Bett und hielt sie fest, so dass sie nicht entfliehen konnte. Dann entschloss er sich, sie zu töten und erwürgte sie. Das Landgericht Dortmund hatte den Angeklagten wegen Totschlags verurteilt. Der BGH wies die Revision der Staatsanwaltschaft, die eine Verurteilung wegen Mordes forderte, zurück, und bestätigte das Urteil des Landgerichts.

Prüfungsrelevanz:

Die Tötungsdelikte stellen einen besonders beliebten Prüfungsstoff dar, nicht nur wegen der insofern typischen Probleme, sondern auch, weil man sie hervorragend mit Problemstellungen aus dem Allgemeinen Teil des Strafrechts (Täterschaft und Teilnahme, Versuch usw.) kombinieren kann. Insofern werden aber gerade im Rahmen von § 211 StGB auch detaillierte Kenntnisse zu den Voraussetzungen des Mordes, insb. zu den einzelnen Mordmerkmalen, vorausgesetzt.

Problematisiert wird vom BGH im vorliegenden Fall vor allem das Mordmerkmal der Heimtücke. Diese ist nach herrschender Meinung dann gegeben, wenn der Täter die Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers bewusst

in feindlicher Willensrichtung ausnutzt (BGH, NJW 2003, 1955; NStZ 2003, 535; LK-Jähnke, § 211 Rn. 41 mwN), wobei das Opfer arglos ist, wenn es sich keines Angriffs von Seiten des Täters versieht (BGH, StV 1998, 544; Tröndle/Fischer, § 211 Rn. 17). In der Literatur wird teilweise zusätzlich zur Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers noch ein besonders verwerflicher Vertrauensbruch verlangt, wofür die Ausnutzung eines zwischen Täter und Opfer bestehenden Vertrauensverhältnisses erforderlich, aber auch ausreichend sei (Joecks, § 211 Rn. 23; Schönke/Schröder-Eser, § 211 Rn. 26 mwN).

Das Opfer ist also dann nicht arglos, wenn es in der konkreten Situation mit einem Angriff des Täters rechnet. Eine fehlende Arglosigkeit des Opfers ist jedoch auch dann nicht selbstverständlich, wenn dem Angriff des Täters eine verbale Auseinandersetzung zwischen Täter und Opfer vorausgegangen ist (BGHSt 33, 363; NStZ-RR 1999, 234; Schönke/Schröder-Eser, § 211 Rn. 24). Jedoch kann natürlich die vorangegangene Auseinandersetzung oder ein anderweitiges Vorverhalten des Täters dazu führen, dass das Opfer einen tätlichen Angriff durch diesen voraussieht; in diesem Fall ist es nicht mehr arglos (Tröndle/Fischer, § 211 Rn. 17). Dass das Opfer mit einem Angriff des Täters rechnet, schließt seine Arglosigkeit allerdings dann nicht aus, wenn es nicht mehr die Zeit hätte, sich gegen diesen Angriff zu wehren oder ihm auszuweichen (BGH, NStZ 1999, 506; Lackner/Kühl, § 211 Rn. 7).

Maßgeblicher Zeitpunkt für die Arglosigkeit des Op-

fers ist grundsätzlich derjenige des ersten mit Tötungsvorsatz geführten Angriffs (BGHSt 7, 221; NSTZ-RR 1999, 234; Tröndle/Fischer, § 211 Rn. 17 mwN). Hat der Täter das Opfer also zunächst mit Körperverletzungsvorsatz angegriffen und geht nachträglich zu einer Tötungshandlung über, ist somit eine Arglosigkeit in der Regel nicht mehr gegeben (BGHSt 19, 321; StV 1998, 545; Lackner/Kühl, § 211 Rn. 7). Im vorliegenden Urteil überlegt der BGH, dass die bisherige Rechtsprechung wohl so zu kombinieren wäre, dass für den Fall, dass der Täter das Opfer zunächst nur mit Körperverletzungsvorsatz angreift und erst nachträglich zu einer Tötungshandlung übergeht, dem Opfer aber dazwischen nicht mehr die Zeit verbleibt, auf den Angriff des Täters zu reagieren, eine Arglosigkeit wohl doch noch gegeben wäre. Darauf kam es aber im Ergebnis nicht an, da das Opfer hier von vorneherein nicht arglos war.

Der BGH macht weiter Ausführungen zum, Mordmerkmal der niedrigen Beweggründe. Die Beweggründe des Täters für die Tötung sind niedrig i.S.v. § 211 StGB, wenn sie sittlich auf tiefster Stufe stehen und besonders verwerflich sind (BGHSt 2, 63; NSTZ-RR 2000, 168; Schönke/Schröder-Eser, § 211 Rn. 18). Handelt der Täter nicht nur aus einem einzelnen Grund, sondern aus einem Motivbündel heraus, so muss für die Annahme niedriger Beweggründe das Hauptmotiv den genannten Anforderungen entsprechen (BGH, NSTZ 1999, 19; Tröndle/Fischer, § 211 Rn. 11). Dies bestätigt der BGH im vorliegenden Fall.

Vor allem von praktischem Interesse sind die Ausführungen des BGH zu einer die Schuldfähigkeit beschränkenden affektiven Bewusstseinsstörung.

Vertiefungshinweise:

Zum Mordmerkmal der Heimtücke: BGHSt 2, 251; NJW 2003, 1955 (= RA 2003, 399); Bosch/Schindler, Jura 2000, 78; Frommel, StV 1987, 292; Küper, JuS 2000, 740; Lesch, JA 1997, 536; Otto, Jura 1994, 146; Rengier, NSTZ 1986, 505

Zum Mordmerkmal der niedrigen Beweggründe: BGH, NJW 1981, 1328; NSTZ 1993, 342; 1999, 129; Otto, Jura 1994, 146; Selle, NJW 2000, 892

Kursprogramm:

- Examenskurs: "Enttäuschte Liebe"
 Examenskurs: "Argentina"

Leitsätze (der Redaktion):

1. Bei heimtückisch begangenen Mord kommt es hinsichtlich der Arg- und Wehrlosigkeit des

Tatopfers auf den Beginn des ersten mit Tötungsvorsatz geführten Angriffs an.

2. Ein der Tat vorausgegangener Wortwechsel, eine nur feindselige Atmosphäre oder ein generelles Misstrauen schließen Heimtücke nicht aus, wenn das Opfer hieraus noch nicht die Gefahr einer Tötlichkeit entnommen hat.

3. Von einer Arglosigkeit eines Tatopfers ist schon dann nicht mehr auszugehen, wenn es einen schweren Angriff auf seinen Körper befürchtet.

Sachverhalt:

Der Angeklagte A lebte mit der damals 28jährigen M, dem späteren Tatopfer, und dem gemeinsamen Sohn in häuslicher Lebensgemeinschaft. Da A im Übermaß Alkohol trank und in alkoholisiertem Zustand gegenüber seiner Lebensgefährtin auch gewalttätig wurde, zog diese Anfang Januar 2002 mit dem Sohn aus der gemeinsamen Wohnung aus. In der Folgezeit bedrohte A, der sich mit der Trennung nicht abfinden konnte und seither noch mehr dem Alkohol zusprach, M mehrfach mit dem Tode und griff sie überdies mehrere Male anlässlich zufälliger Zusammentreffen tätlich an, weil sie seiner Aufforderung, zu ihm zurückzukehren, nicht nachkam. Auch Dritten gegenüber äußerte er unter Alkoholeinfluss, er werde M umbringen.

Am 17. Juli 2002 suchte M den A in dessen Wohnung auf, um Fragen im Zusammenhang mit einem Besuchstermin für den gemeinsamen Sohn zu klären. Sie hatte zuvor eine Wohnungsnachbarin des A gebeten, in seine Wohnung nachzukommen, falls sie nicht zurückkehre. M machte A Vorhaltungen wegen seines verwahrlosten Aussehens und kündigte an, er werde seinen Sohn nicht mehr sehen, wenn er so weitermache. Als A sie fragte, ob sie mit einem anderen Mann zusammen sei, antwortete M zunächst ausweichend. Beide gelangten danach vom Wohnzimmer ins Schlafzimmer. Dort bejahte schließlich M die von A erneut gestellte Frage. Diese Antwort machte den A wütend. Er warf M auf das Bett und setzte sich auf sie. Sie versuchte zunächst, ihn wegzudrücken, was ihr jedoch nicht gelang. A fasste daraufhin aus Wut, Verzweiflung und endgültiger Verlustangst und Trauer um das Scheitern der Beziehung den Entschluss, M zu töten. Er würgte sie mindestens drei Minuten bis zum Eintritt des Todes. Im Zeitpunkt der Tat wies A eine Blutalkoholkonzentration von 2 ‰ auf. Strafbarkeit des A?

Lösung:

A. Strafbarkeit wegen Mordes gem. § 211 StGB

A könnte sich durch das Erwürgen der M wegen Mor-

des gem. § 211 StGB strafbar gemacht haben.

I. Tatbestand

Zunächst müsste A den Tatbestand des § 211 StGB erfüllt haben.

1. Eintritt des tatbestandlichen Erfolgs

M ist tot, der tatbestandliche Erfolg des § 211 StGB - Tod eines Menschen - ist somit eingetreten.

2. Kausale Handlung

A müsste den Tod der M durch eine eigene Handlung herbeigeführt haben.

Das Würgen der M durch A stellt eine Handlung dar. Kausal ist eine Handlung dann für einen Erfolg, wenn sie nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass der Erfolg in seiner konkreten Gestalt entfielen (sog. *conditio-sine-qua-non-Formel*, vgl. BGHSt 1, 332; 45, 270; Lackner/Kühl, Vor § 13 Rn. 9). Hätte A die M nicht gewürgt, so wäre sie auch nicht gestorben; die Handlung des A war also kausal für den Erfolg.

3. Heimtücke

A könnte die M heimtückisch getötet haben.

Heimtücke setzt ein Ausnutzen der Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers in feindlicher Willensrichtung zur Tötung voraus (BGHSt 32, 382; Lackner/Kühl, § 211 Rn. 6).

Der BGH führt zum vorliegenden Fall aus: "Auf der Grundlage der rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen ist das Schwurgericht im Ergebnis zu Recht davon ausgegangen, dass der Angeklagte nicht die Arg- und Wehrlosigkeit des Tatopfers ausgenutzt, mithin nicht heimtückisch im Sinne des § 211 Abs. 2 StGB gehandelt hat. Nach der Rechtsprechung kommt es bei heimtückisch begangenen Mord hinsichtlich der Arg- und Wehrlosigkeit des Tatopfers auf den Beginn des ersten mit Tötungsvorsatz geführten Angriffs an (vgl. BGHSt 32, 382, 384).

Zwar kann das Opfer auch dann arglos sein, wenn der Täter mit bereits gefasstem Tötungsvorsatz ihm zwar offen feindselig entgegentritt, die Zeitspanne zwischen dem Erkennen der Gefahr und dem unmittelbaren Angriff aber so kurz ist, dass keine Möglichkeit bleibt, dem Angriff irgendwie zu begegnen (BGHR StGB § 211 Abs. 2 Heimtücke 3, 15; BGH NSTZ 1999, 506). Ausgehend von diesen Grundsätzen hat der Bundesgerichtshof erwogen, Arglosigkeit des Tatopfers auch dann anzunehmen, wenn - wie hier - der überraschende Angriff zunächst nicht mit Tötungsvorsatz, sondern nur mit Verletzungsvorsatz geführt wird, jedoch der ursprüngliche Verletzungswille derart schnell in Tötungsvorsatz umschlägt, dass der Überraschungseffekt

zu dem Zeitpunkt andauert, zu dem der Täter zum auf Tötung gerichteten Angriff schreitet. Voraussetzung für die Annahme von Arglosigkeit soll aber auch in einem solchen Fall sein, dass dem Opfer keine Zeit zu irgendwie gearteten Gegenmaßnahmen bleibt (BGHR StGB § 211 Abs. 2 Heimtücke 3, 16 und 27).

Es kann dahingestellt bleiben, ob hiernach Heimtücke schon deshalb entfällt, weil es dem Tatopfer gelang, sich zunächst gegen den ersten noch nicht mit Tötungsvorsatz geführten Angriff zur Wehr zu setzen. Denn M war nach den Feststellungen schon aufgrund des der Tötung unmittelbar vorausgegangenen Wortwechsels mit dem Angeklagten nicht mehr arglos. Zwar schließt ein bloßer der Tat vorausgegangener Wortwechsel, eine nur feindselige Atmosphäre oder ein generelles Misstrauen Heimtücke nicht aus, wenn das Opfer hieraus noch nicht die Gefahr einer Tätlichkeit entnommen hat. Erforderlich ist vielmehr für die Beseitigung der Arglosigkeit auch bei einem vorausgegangenen Streit, dass das Opfer mit einem tätlichen Angriff rechnet (vgl. BGHSt 33, 363; 39, 353, 368; BGHR StGB § 211 Abs. 2 Heimtücke 21; BGH NSTZ 2003, 146). Dass letzteres hier vorgelegen hat, ergibt sich sowohl aus der Vorgeschichte der Auseinandersetzung als auch aus ihrem Verlauf selbst. M war bei ihrem Besuch beim Angeklagten bewusst, dass dieser nach wie vor nicht bereit war, die Trennung zu akzeptieren, und auf ihre Weigerung, zu ihm zurückzukehren, in der Vergangenheit mit massiven Tätlichkeiten reagiert und sie bereits mehrfach mit dem Tode bedroht hatte. Zuletzt war es einen Monat vor der Tat zu einem tätlichen Angriff durch den Angeklagten gekommen. Aus Angst hatte sie ihm deshalb auch verheimlicht, dass sie zwischenzeitlich eine neue Beziehung eingegangen war. Am Tattag suchte sie die Wohnung des Angeklagten erst auf, nachdem sie - ersichtlich aus Sorge vor Tätlichkeiten des Angeklagten - eine Nachbarin gebeten hatte, nachzukommen, falls sie nicht zurückkehre. Diese Vorgeschichte darf bei der Beurteilung der Arglosigkeit und der Kenntnis des Angeklagten hiervon nicht außer acht gelassen werden (vgl. BGHR StGB § 211 Abs. 2 Heimtücke 21). Hieraus ergibt sich jedoch, dass M am Tattag nicht nur einer Begegnung mit dem Angeklagten mit generellem Misstrauen begegnete, sondern jedenfalls spätestens ab dem Zeitpunkt, als der Angeklagte das Gespräch auf das Eingehen einer neuen Partnerschaft lenkte und sich erkennbar nicht mit ausweichenden Antworten abfinden wollte, auch konkret mit einem schweren tätlichen Angriff rechnete. Dass sie die früheren Todesdrohungen des Angeklagten nicht ernst nahm und sich deshalb möglicherweise keines Angriffs auf ihr Leben versah, belegt ihre Arglosigkeit im Tatzeitpunkt nicht.

Vielmehr ist von einer Arglosigkeit eines Tatopfers schon dann nicht mehr auszugehen, wenn es, wie hier, einen schweren Angriff auf seinen Körper befürchtet (BGHR aaO).” M war also nicht arglos, so dass A die M nicht heimtückisch getötet hat.

4. Grausamkeit

A könnte M aber grausam getötet haben. Eine grausame Tötung i.S.v. § 211 StGB setzt voraus, dass der Täter dem Opfer besonders starke körperliche oder seelische Schmerzen oder Qualen aus einer gefühllosen, unbarmherzigen Gesinnung zufügt (BGHSt 3, 180; StV 1997, 566; Schönke/Schröder-Eser, § 211 Rn. 27 mwN). Dies lässt sich dem vorliegenden Sachverhalt allerdings nicht entnehmen.

5. Vorsatz

A handelte vorsätzlich.

6. Niedrige Beweggründe

A könnte die M aus niedrigen Beweggründen getötet haben.

Hierzu der BGH: “Das Landgericht hat auch das Mordmerkmal der niedrigen Beweggründe auf der Grundlage der getroffenen Feststellungen rechtsfehlerfrei verneint. Es ist zu der Überzeugung gelangt, der Angeklagte habe M aus ‘ut, Verzweiflung, endgültiger Verlustangst und Trauer um das Scheitern der Beziehung’ getötet. Es hat nicht feststellen können, dass eines dieser Motive für die Tötung ausschlaggebend gewesen ist und hat deshalb die Motivation des Angeklagten insgesamt nicht als auf niedrigster Stufe stehend angesehen.

Diese Beurteilung hält rechtlicher Prüfung stand. Beim Vorliegen eines Motivbündels beruht die vorsätzliche Tötung nur dann auf niedrigen Beweggründen, wenn das Hauptmotiv oder die vorherrschenden Motive, welche der Tat ihr Gepräge geben, nach allgemeiner sittlicher Wertung auf tiefster Stufe stehen und deshalb besonders verwerflich sind (BGHR StGB § 211 Abs. 2 niedrige Beweggründe 20, 25; BGH, Urteil vom 9. September 2003 - 5 StR 126/03). Ein solcher Fall ist nach den rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen nicht gegeben. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführer hat das Landgericht nicht verkannt, dass die Tötung der M unmittelbar nach deren ‘Geständnis’ über das Eingehen einer neuen Partnerschaft erfolgte und bei der Tötung auch Eifersucht und Wut des Angeklagten darüber, dass sie sich einem anderen Mann zugewandt hatte, eine Rolle spielten. Dass das Schwurgericht diese Motivation nicht als tatbeherrschend angesehen hat, begegnet indes keinen rechtlichen Bedenken. Vielmehr ist anhand der Vor-

geschichte der Tat belegt, dass gleichbedeutend tat-auslösend und tatbestimmend auch Gefühle der Verzweiflung des Angeklagten über die Trennung, über seine in der Folgezeit entstandene perspektivlose Lebenssituation und über das Erkennen, dass sich seine Lebensgefährtin endgültig von ihm abgewandt hatte, waren. Vor diesem Hintergrund hat das Schwurgericht rechtsfehlerfrei die für den Angeklagten bestimmenden Motive in ihrer Gesamtheit nicht als niedrig im Sinne des § 211 Abs. 2 StGB gewertet (vgl. BGH NSTZ 2004, 34).” A hat also auch nicht aus niedrigen Beweggründen gehandelt.

Da A somit kein Mordmerkmal verwirklicht hat, hat er den Tatbestand des § 211 StGB nicht erfüllt.

II. Ergebnis

A ist nicht strafbar gem. § 211 StGB.

B. Strafbarkeit des A wegen Totschlags gem. § 212 I StGB

A könnte sich jedoch wegen Totschlags gem. § 212 I StGB strafbar gemacht haben, indem er die M erwürgte.

I. Tatbestand

A hat die M vorsätzlich getötet (s.o.) und so den Tatbestand des § 212 I StGB verwirklicht.

II. Rechtswidrigkeit

A handelte auch rechtswidrig.

III. Schuld

A müsste auch schuldhaft gehandelt haben.

Der BGH diskutiert die Möglichkeit einer verminderten Schuldfähigkeit des A gem. § 21 StGB: “Die Erwägungen, mit denen das sachverständig beratene Schwurgericht eine erhebliche Verminderung der Steuerungsfähigkeit aufgrund einer affektiven Bewusstseinsstörung beziehungsweise einer Persönlichkeitsstörung im Sinne einer schweren anderen seelischen Abartigkeit abgelehnt hat, sind nicht zu beanstanden.

Zwar ist das Landgericht davon ausgegangen, dass unter anderem wegen der ‘Verlustangst’ des Angeklagten eine ‘affektive Beeinflussung’ bei der Tatausführung vorgelegen habe. Eine affektive Erregung stellt jedoch bei vorsätzlichen Tötungsdelikten, zumal, wenn wie hier, gefühlsmäßige Regungen bei der Tat eine Rolle spielen, eher den Normalfall dar (vgl. Saß, Der Nervenarzt 1983, 557, 558). Ob die affektive Erregung einen solchen Grad erreicht hat, dass sie zu einer tiefgreifenden Bewusstseinsstörung geführt hat,

kann deshalb nur anhand von tat- und täterbezogenen Merkmalen beurteilt werden, die als Indizien für und gegen die Annahme eines schuldrelevanten Affekts sprechen können. Diese Indizien sind dabei im Rahmen einer Gesamtwürdigung zu beurteilen (st. Rspr.; vgl. BGHR StGB § 21 Affekt 4, 7, 9 jew. m.w.N.; BGH StV 1993, 637). Diese Gesamtwürdigung hat das Landgericht rechtsfehlerfrei vorgenommen. Es hat darauf abgestellt, dass der Angeklagte das Tatgeschehen 'beherrscht' und 'zweckmäßig' gehandelt habe. Dies wird durch die Feststellungen insoweit belegt, als der Angeklagte selbst das Gespräch auf das - wie er wusste - für ihn stark emotionsbelastete Thema einer neuen Partnerschaft der M lenkte, er mithin nicht unvorhergesehen in die tatalösende Situation gestellt wurde. Für eine erhaltene Introspektionsfähigkeit spricht zudem die Reflektion seiner Tatmotivation (vgl. Saß aaO, 569), etwa seine Einlassung, er sei wütend gewesen, nachdem M die Aufnahme einer Beziehung [zu einem anderen Mann] eingeräumt habe. Das Landgericht hat ferner zutreffend hervorgehoben, der Angeklagte habe eine detailreiche Erinnerung an das Tatgeschehen. In seine Abwägung hat es die alkoholische Beeinflussung des trinkgewohnten Angeklagten zur Tatzeit ebenso wie sein Nachtatverhalten in nicht zu beanstandender Weise einbezogen. Es hat insbesondere berücksichtigt, dass der Angeklagte im Anschluss an die Tat sowohl mit der Zeugin S als auch mit einem Polizeibeamten situationsangepasste und -orientierte Telefongespräche führte. Wenn das Schwurgericht diese in der Tatsituation und im Nachtatverhalten liegenden Indizien zusammenfassend dahin gewürdigt hat, dass ein rechtlich relevanter Ausnahmezustand des Angeklagten zum Tatzeitpunkt nicht vorlag, so hält sich diese Wertung noch innerhalb des dem Tatrichter insoweit eröffneten Beurteilungsspielraums.

Eine andere rechtliche Beurteilung ergibt sich auch nicht aus der Tatvorgeschichte. Nach den Feststellungen befasste sich der Angeklagte bereits seit der Trennung von M mit dem Gedanken diese zu töten, falls sie nicht zu ihm zurückkehrte. Diese Überlegungen werden nicht nur durch die vielfachen, von ihm eingeräumten Todesdrohungen gegenüber dem Tatopfer und entsprechenden Ankündigungen gegenüber dritten Personen belegt, sondern auch durch die Vorfälle vom Februar 2002, als der Angeklagte die M in einer der Tat vergleichbaren Situation erstmals heftig würgte und von anderen Personen von einem weiteren Vergehen gegen seine ehemalige Lebensgefährtin abgehalten werden mußte, sowie durch den Vorfall vom April 2002, als er Schrauben unter die Reifen ihres

Fahrzeugs legte, möglicherweise um einen Verkehrsunfall herbeizuführen. Derartige Ankündigungen der Tat und vergleichbare aggressive Handlungen gegen das spätere Tatopfer im Vorfeld sind jedoch ebenfalls deutliche Anzeichen dafür, dass der Angeklagte nicht infolge einer Bewusstseinsstörung in ein gedanklich nicht vorbereitetes Tatgeschehen geraten ist (vgl. BGHR StGB § 21 Affekt 11 m.w.N.; Saß aaO, 567).

Die Urteilsfeststellungen ergeben auch keine Anhaltspunkte dafür, dass das Persönlichkeitsgefüge des Angeklagten bei der Tatausführung infolge einer schon längere Zeit vor der Tat bestehenden ambivalenten Täter-Opfer-Beziehung mit chronischen Affektanspannungen schwer erschüttert war. Zwar ist in der Rechtsprechung anerkannt, dass bei einer solchen Situation auch ein 'Vorgestalten' der Tat in der Phantasie bis hin zu Ankündigungen und Vorbereitungshandlungen der Tat mit einem tatalösenden affektiven Durchbruch vom Schweregrad des § 21 StGB vereinbar sein können (vgl. BGHR StGB § 21 Affekt 6 und 11 m.w.N.). Eine solche Konfliktentwicklung hat das Landgericht indes nicht festgestellt. Die Beziehung zwischen dem Angeklagten und M gestaltete sich seit der Trennung gerade nicht ambivalent; vielmehr unternahm lediglich der Angeklagte einseitige Versuche, M zu einer Rückkehr zu bewegen, während diese an der Trennung festhielt. Auch die Stimmungsschwankungen des Angeklagten, seine zunehmende Verwahrlosung und die damit einhergehende Vernachlässigung sozialer Belange waren nach den Urteilsfeststellungen nicht Folgen einer Konfliktentwicklung im Rahmen einer ambivalenten Täter-Opfer-Beziehung, sondern standen, worauf der Generalbundesanwalt zu Recht hinweist, in untrennbarem Zusammenhang mit dem übermäßigen Alkoholkonsum des Angeklagten, den er nach der Trennung noch weiter gesteigert hatte. Angesichts dieser Umstände ist gegen die Annahme des Landgerichts, beim Angeklagten habe zur Tatzeit weder eine schuld mindernde affektive Bewusstseinsstörung noch eine schwere andere seelische Abartigkeit aufgrund einer schweren Persönlichkeitsstörung vorgelegen, aus Rechtsgründen nichts zu erinnern."

A hat also voll schuld fähig gehandelt.

IV. Ergebnis

A ist strafbar gem. § 212 I StGB.

C. Sonstige Delikte und Gesamtergebnis

Die von A gegebenenfalls mitverwirklichten Delikte gem. §§ 223 I, 224 I, 227 I StGB treten jedenfalls hinter § 212 I StGB zurück (Tröndle/Fischer, § 211 Rn. 50). A ist somit strafbar gem. § 212 I StGB.

*Literaturauswertung**Öffentliches Recht*

Autor/Titel:	Proppe, Günter: "Die Methodik der gerichtlichen Entscheidung nach § 80 V VwGO"
Fundstelle:	JA 2004, 324 (Heft 4)
Inhalt:	Ein hervorragender Beitrag zur Struktur des § 80 V VwGO, der allen Studenten und Referendaren nur wärmstens empfohlen werden kann. § 80 V VwGO gehört zu den für beide Examina wichtigsten Rechtsbehelfen überhaupt. Der Beitrag findet sich in ähnlicher Form bereits in JA 1996, 332.

Autor/Titel:	Stelkens, Ulrich: "Gegenstand der Verfassungsbeschwerde bei mehreren Entscheidungen in derselben Sache"
Fundstelle:	DVBl 2004, 403 (Heft 7)
Inhalt:	Der Beitrag geht der Frage nach, welche Akte öffentlicher Gewalt anzugreifen sind, wenn auf mehrere Exekutivakte (z.B. Verwaltungsakt und Widerspruchsbescheid) noch mehrere Judikativakte (z.B. Urteile in erster Instanz, Berufung und Revision) folgen.

Autor/Titel:	Burkiczak, Christian: "Die Bundesversammlung und die Wahl des Bundespräsidenten"
Fundstelle:	JuS 2004, 278 (Heft 4)
Inhalt:	Am 23.5.2004 kommt es in Berlin zur Wahl des Bundespräsidenten. Dieser aktuelle Anlass macht das Thema besonders für mündliche Prüfungen interessant. Der Beitrag erläutert umfassend die rechtlichen Grundlagen der Wahl des Bundespräsidenten und wirft einen Blick auf die bisherige Staatspraxis.

Zivilrecht

Autor/Titel:	Stamm, Jürgen: "Die Bewältigung der gestörten Gesamtschuld"
Fundstelle:	NJW 2004, 811 (Heft 12)
Inhalt:	Der Beitrag beschäftigt sich mit der Diskussion in Rechtsprechung und Literatur, zu wessen Lasten die - vertragliche oder gesetzliche - Privilegierung eines Gesamtschuldners gegenüber dem Gläubiger ergehen soll, indem insb. auf das Konkurrenzverhältnis zwischen § 426 I BGB und § 426 II BGB eingegangen wird.

Autor/Titel:	Wernecke, Frauke: "Die Einrede der Verjährung - Schnittpunkt zwischen materiellem Recht und Zivilprozessrecht"
Fundstelle:	JA 2004, 331 (Heft 4)
Inhalt:	Die Verfasserin setzt sich mit der Einrede der Verjährung im Rahmen ihrer Zwitterstellung als prozessuales Verteidigungsmittel sowie als Hemmung der materiellen Durchsetzbarkeit von Ansprüchen auseinander.

Autor/Titel:	Lettl, Tobias: "Der Grundsatz der akzessorischen Haftung im Zivil- und Handelsrecht"
Fundstelle:	JA 2004, 238 (Heft 3)
Inhalt:	Der Aufsatz bereitet die Thematik der Akzessorietät bei dinglichen Sicherheiten oder im Recht der persönlichen Mithaftung dogmatisch auf, zeigt ihre Herleitung und Auswirkungen.

Autor/Titel:	Reiter, Harald: "Materielle Prozessleitung: Die richterliche Hinweis- und Aufklärungspflicht (§ 139 ZPO)"
Fundstelle:	JA 2004, 226 (Heft 3)
Inhalt:	Der im Rahmen der ZPO-Reform vom 01.01.2002 neu formulierte § 139 ZPO verpflichtet das Gericht zur Erörterung des Prozesses in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht sowie zur Aufklärung. Der Beitrag bemüht sich um eine Grenzziehung zwischen der gesetzlich gebotenen Hilfestellung durch den Richter und der ihm verbotenen Amtsermittlung.

Strafrecht

Autor/Titel:	Roxin, Claus: "Die strafrechtliche Beurteilung der elterlichen Züchtigung"
Fundstelle:	JuS 2004, 177 (Heft 3)
Inhalt:	Seit der Einführung des § 1631 II BGB, der eine körperliche Bestrafung von Kindern durch ihre Eltern verbietet, ist Unsicherheit darüber entstanden, ob und wenn ja, wie ein elterliches Züchtigungsrecht zu einem Strafbarkeitsausschluss führen kann oder ob tatsächlich stets eine Strafbarkeit des Elternteils gegeben ist, dass sein Kind körperlich züchtigt. Der Verfasser stellt in gewohnt fundierter Weise die verschiedenen denkbaren Lösungsansätze dar.

Autor/Titel:	Eisenhuth, Angela: "Grundlagen der Strafzumessung"
Fundstelle:	Jura 2004, 81 (Heft 2)
Inhalt:	Schöner Überblick über die im Rahmen der Strafzumessung zu berücksichtigenden Gesichtspunkte; insbesondere als Checkliste für die Sitzungsververtretung der Staatsanwaltschaft im Referendariat gut nutzbar.

Autor/Titel:	Dörfel, Katrin: "Beihilfe zur Untreue ohne Haupttat oder 'Strafbarkeitslücke'"
Fundstelle:	Jura 2004, 113 (Heft 2)
Inhalt:	Die Verfasserin präsentiert eine (aufsehenerregende) Entscheidung des LG Cottbus, in der dieses trotz Fehlens einer vorsätzlichen Haupttat eine Angeklagte wegen Beihilfe verurteilt hatte.