

Öffentliches Recht

Standort: Versammlungsrecht

Problem: Verbot wegen rechtsradikaler Gesinnung

BVERFG, BESCHLUSS VOM 23.06.2004
1 BvQ 19/04 (NJW 2004, 1814)

Problemdarstellung:

Die RA hat bereits im Juli 2004 über den wieder auflebenden Konflikt zwischen dem BVerfG und dem OVG Münster über das Verbot von Versammlungen mit rechtsradikaler Gesinnung aufgrund eines Verstoßes gegen die "öffentliche Ordnung" nach § 15 I VersG berichtet (BVerfG, RA 2004, 434 = DVBl 2004, 697). Konkret ging es um einen Aufmarsch der NPD gegen den Synagogenbau in Bochum unter dem Motto "Stoppt den Synagogenbau - 4 Millionen fürs Volk!". Damals konnte die Frage, ob allein ein Verstoß gegen die öffentliche Ordnung schon ausreicht, um eine solche Versammlung zu verbieten, noch dahinstehen, weil OVG und BVerfG jeweils davon ausgingen, dass das gewählte Versammlungsmotto volksverhetzend i.S.d. § 130 I StGB war und somit zumindest *auch* ein Verstoß gegen die "öffentliche Sicherheit" i.S.d. § 15 I VersG vorlag. Allerdings hatte das OVG seine Bestätigung des Versammlungsverbots ausdrücklich auch auf einen Verstoß gegen die "öffentliche Ordnung" gestützt und das BVerfG ebenso ausdrücklich betont, dass diese Begründung nicht tragbar sei.

Nun änderte die NPD aber ihr Motto in "Keine Steuergelder für den Synagogenbau. Für Meinungsfreiheit.". Das OVG sah darin zwar keine Volksverhetzung (und damit keinen Verstoß gegen die öffentliche Sicherheit) mehr, ging aber von einer Fortwirkung des ursprünglichen Versammlungsmottos aus und betonte nochmals, dass Versammlungen mit rechtsradikaler Gesinnung sich nicht auf Art. 8 GG berufen könnten, weshalb es auch keinen Bedenken begegne, derartige Versammlungen allein wegen eines Verstoßes gegen den zugegebenermaßen recht unbestimmten - Begriff der "öffentlichen Ordnung" zu verbieten.

Das BVerfG erteilt dem nun erneut eine klare Absage. Es wiederholt dabei auch seine traditionelle Begründung, wonach die Versammlungsfreiheit des Art. 8 GG unabhängig von der Gesinnung bestehe, sie also auch und vor allem ein Recht von Minderheiten sei und deshalb nur im Extremfall unter Rückgriff auf den (ja die jeweils herrschende Anschauung schützenden)

Begriff der "öffentlichen Ordnung" verboten werden dürfe. Nunmehr fügt das BVerfG noch eine weitere Begründung hinzu: Meinungsäußerungen seien über Art. 5 I GG geschützt; dieser bleibe auch dann ausschließlich anwendbar, wenn die Meinung kollektiv - also etwa im Rahmen einer Versammlung - geäußert werde. Werde also eine Versammlung allein wegen der von ihr verbreiteten Gesinnung verboten, müsse das Verbot den Schranken der Meinungsfreiheit genügen. Das BVerfG subsumiert sodann unter diese und führt aus, dass

- die öffentliche Ordnung i.d.R. als Schranke der Meinungsfreiheit ausscheide,
- dies nur in bestimmten, hier nicht einschlägigen Fällen anders sein könne,
- die öffentliche Sicherheit als Schranke zwar in Betracht komme, hier aber nicht betroffen sei, weil es insbesondere die vom OVG bejahte "Fernwirkung" des ursprünglichen, volksverhetzenden Mottos nicht gebe,
- Grundrechte Dritter als verfassungsimmanente Schranken zwar ebenfalls denkbar seien, aber ihrerseits durch Gesetz konkretisiert werden müssten, so dass hieraus nichts gewonnen sei und
- es den vom OVG bejahten, ungeschriebenen verfassungsimmanenten Vorbehalt, dass sich bestimmte Gesinnungsgenossen nicht auf bestimmte Grundrechte berufen könnten, nicht gebe.

Prüfungsrelevanz:

Hierzu kann auf die Ausführungen in RA 2004, 434 verwiesen werden. Es sei nur nochmals betont, dass dieses Thema sich hervorragend für Prüfungsaufgaben eignet und es wieder brandaktuell ist. Immerhin hat sich Prof. Dr. Hoffmann-Riem, seines Zeichens Richter im 1. Senat des BVerfG und als solcher maßgeblich an der hier aufgezeigten Rspr. des BVerfG beteiligt, genötigt gesehen, die Problematik in einem neuen NJW-Aufsatz (siehe Vertiefungshinweise) nochmals aufzugreifen und den Standpunkt des BVerfG gegen die Angriffe des OVG Münster zu verteidigen. Es kann daher nur jedem Examenskandidaten dringend angeraten werden, die Materie zu beherrschen.

Vertiefungshinweise:

Zur Demonstrationsfreiheit für Rechtsextremisten: *Hoffmann-Riem*, NJW 2004, 2777

Verbot rechtsgerichteter Versammlungen: *BVerfG*, RA 2001, 256 = NJW 2001, 1409; 2001, 2072; NVwZ-RR 2000, 554 gegen *OVG NRW*, RA 2001, 256 = NJW 2001, 2113; DVBl 2001, 584

Kursprogramm:

Examenskurs : "Rechtes Verhalten"

Examenskurs : "Der anachronistische Zug"

Assessorkurs : "Fieser Verein"

Leitsätze:

1. Im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes nach § 32 Abs. 1 BVerfGG sind die erkennbaren Erfolgsaussichten einer Verfassungsbeschwerde gegen die verwaltungsgerichtliche Eilentscheidung vom Bundesverfassungsgericht zu berücksichtigen, wenn ein Abwarten den Grundrechtsschutz vereitelte.

2. Beschränkungen des Inhalts und der Form einer Meinungsäußerung finden ihre Rechtfertigung ausschließlich in den in Art. 5 Abs. 2 GG aufgeführten Schranken auch dann, wenn die Äußerung in einer oder durch eine Versammlung erfolgt (im Anschluss an BVerfGE 90, 241).

3. Zur rechtlichen Tragweite des Schutzes der öffentlichen Ordnung im Versammlungsrecht.

Sachverhalt:

Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung betrifft die versammlungsbehördlich angeordnete sofortige Vollziehung eines Versammlungsverbots

I. Vorgeschichte

Unter dem 18. Dezember 2003 meldete der Antragsteller, der Landesverband Nordrhein-Westfalen der NPD, beim Polizeipräsidium Bochum als der zuständigen Versammlungsbehörde für den 13. und 20. März 2004 die Durchführung zweier Aufzüge mit Kundgebungen in Bochum unter dem Motto "Stoppt den Synagogenbau - 4 Millionen fürs Volk!" an. Mit Bescheid vom 30. Januar 2004 verbot das Polizeipräsidium - der Antragsgegner im Ausgangsverfahren - unter Anordnung der sofortigen Vollziehung die Durchführung der Versammlung sowie jeder Ersatzveranstaltung an diesem oder an einem anderen Tag innerhalb seines Zuständigkeitsbereichs. Die angemeldeten Versammlungen seien zu verbieten, weil nach gegenwärtiger Kenntnislage die öffentliche Ordnung im Sinne von § 15 des Versammlungsgesetzes (im Folgenden: VersG) unmittelbar und erheblich gefährdet sei.

Der Antragsteller erhob gegen die Verbotsverfügung Widerspruch und stellte mit Erfolg beim Verwaltungsgericht einen Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung seines Widerspruchs. Auf die Beschwerde des Antragsgegners änderte das Obergericht durch Beschluss vom 2. März 2004 (5 B 392/04, RA 2004, 437) die Entscheidung des Verwaltungsgerichts und lehnte den Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung ab. Bei Durchführung der geplanten Versammlung sei die öffentliche Sicherheit wegen eines Verstoßes gegen § 130 Abs. 1 Nr. 1 und 2 StGB unmittelbar gefährdet. Auch die Gefahr für die öffentliche Ordnung rechtfertige das Versammlungsverbot. Nach der Rechtsprechung des beschließenden Senats lasse sich eine rechtsextremistische Ideologie wie der Nationalsozialismus unter dem Grundgesetz nicht - auch nicht mit den Mitteln des Demonstrationsrechts - legitimieren; der aus der Werteordnung des Grundgesetzes ableitbaren verfassungsimmanenten Beschränkung sei auch unterhalb der Schwelle strafrechtlicher und verfassungsgerichtlicher Verbots- und Verwirkungsentscheidungen Rechnung zu tragen. Die vorliegende Versammlung laufe grundgesetzlichen Wertvorstellungen zuwider, die zentraler Ausdruck der Abkehr vom Nationalsozialismus seien. Auch sei mit dem gewählten Motto eine gegen die jüdischen Mitbürger gerichtete Provokation besonderer Art und Intensität verbunden. Die 1. Kammer des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts lehnte durch Beschluss vom 12. März 2004 - 1 BvQ 6/04 - den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung ab (DVBl 2004, 697 = RA 2004, 434). Tragfähig sei unter den vom Obergericht genannten Begründungen allerdings nur die, dass die geplante Versammlung gegen § 130 Abs. 1 StGB und damit gegen die öffentliche Sicherheit im Sinne des § 15 Abs. 1 VersG verstoße. Die Tatsachewürdigung des Obergerichts sei nicht offensichtlich fehlerhaft. Zwischenzeitlich seien allerdings das Versammlungsmotto und der Versammlungsaufruf geändert worden. Die rechtliche Würdigung des zu erwartenden Versammlungsgeschehens könne jedoch nicht davon absehen, dass der ursprüngliche Versammlungsaufruf mit dem ursprünglichen Versammlungsmotto weiterhin in Veröffentlichungen enthalten sei, die dem Antragsteller direkt zuzurechnen seien oder die ihm erkennbar auf die von ihm geplante Versammlung hinwiesen, ohne dass er den dort enthaltenen Angaben entgegentrete. Daher bestehe kein Anlass, die Gefahrenlage anders einzuschätzen.

II. Vorliegender Fall

Mit Schreiben vom 18. März 2004 meldete der Antragsteller einen Aufzug mit Kundgebungen für den

26. Juni 2004 in Bochum an. Vorgesehen war das Versammlungsthema: "Keine Steuergelder für den Synagogenbau. Für Meinungsfreiheit." Unter Anordnung der sofortigen Vollziehung stellte der Antragsgegner mit Bescheid vom 6. Mai 2004 fest, dass es sich bei der geplanten Versammlung um eine versammlungsrechtliche Ersatzveranstaltung handele, die von dem in der Verfügung vom 30. Januar 2004 ausgesprochenen Verbot mitumfasst sei. Die in dieser Verfügung aufgeführten Gründe gälten auch für die beabsichtigte Versammlung am 26. Juni 2004.

Der Antragsteller erhob gegen die Verfügung Widerspruch und beantragte beim Verwaltungsgericht die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung seines Rechtsbehelfs. Dem wurde durch Beschluss des Verwaltungsgerichts vom 9. Juni 2004 entsprochen. Auf die Beschwerde des Antragsgegners änderte das Oberverwaltungsgericht mit Beschluss vom 21. Juni 2004 die Entscheidung des Verwaltungsgerichts und lehnte den Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung ab. Es könne dahinstehen, ob es sich um eine nur feststellende Verfügung in Ausführung des früher schon erlassenen Versammlungsverbots handele. Tenor und Begründung der jetzt angefochtenen Verfügung ließen bei objektiver Betrachtung für den Adressaten das Ziel erkennen, eine Durchführung der angemeldeten Versammlung zu verhindern. Der Antragsgegner habe auf Grund der inhaltlichen Anknüpfung an die Ausgangsverfügung konkludent den Verbotstatbestand einer unmittelbaren Gefahr für die öffentliche Ordnung im Sinne des § 15 Abs. 1 VersG geltend gemacht. Dieser Verbotstatbestand sei gegeben. Das Oberverwaltungsgericht habe schon in seinem Beschluss vom 2. März 2004 ausgeführt, dass das ursprüngliche Versammlungsthema offenkundig eine antisemitische Grundrichtung aufgewiesen habe. Abgesehen von einer strafbewehrten Volksverhetzung habe sich mit dem damaligen Motto eine gegen die jüdischen Mitbürger gerichtete spezifische Provokation verbunden. Die in Deutschland lebenden Menschen jüdischen Glaubens seien in böswilliger und verächtlich machender Weise als nicht zum "Volk" gehörend aus der staatlichen Gemeinschaft ausgegrenzt worden; dadurch seien der soziale Wert- und Achtungsanspruch der deutschen Juden verletzt und das friedliche Zusammenleben von Juden und Nicht-Juden in Deutschland gestört worden. Daran habe das jetzt aktuelle Motto "Keine Steuergelder für den Synagogenbau. Für Meinungsfreiheit." nichts geändert. Das alte Motto wirke mit seiner ausgrenzenden und hetzerischen Zielsetzung im öffentlichen Bewusstsein nach. Außerdem handele es sich bei den nunmehr gewählten Formulierungen des neuen Mottos ersichtlich um kosmetische Korrekturen, die allein dazu dienten, der Ge-

fahr einer Bestrafung nach § 130 Abs. 1 StGB und eines hieran anknüpfenden Versammlungsverbots zu entgehen. Die von der Versammlung ausgehende Provokationswirkung könne mit Auflagen nicht begrenzt werden, so dass ein Versammlungsverbot gerechtfertigt sei. Der hiergegen gerichtete Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung hatte Erfolg.

Aus den Gründen:

Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung ist zulässig und begründet.

A. Prüfungsmaßstab

Nach § 32 Abs. 1 BVerfGG kann das Bundesverfassungsgericht im Streitfall einen Zustand durch einstweilige Anordnung vorläufig regeln, wenn dies zur Abwehr schwerer Nachteile, zur Verhinderung drohender Gewalt oder aus einem anderen wichtigen Grund zum gemeinen Wohl dringend geboten ist.

I. Grundsatz

Dabei haben die Gründe, die für die Verfassungswidrigkeit des angegriffenen Hoheitsakts vorgetragen werden, grundsätzlich außer Betracht zu bleiben.

II. Ausnahmen

1. Hauptsache offensichtlich aussichtslos

Der Antrag auf Eilrechtsschutz hat jedoch keinen Erfolg, wenn eine Verfassungsbeschwerde unzulässig oder offensichtlich unbegründet wäre (vgl. BVerfGE 88, 169 [171 f.]; 91, 328 [332]). Das ist vorliegend nicht der Fall.

2. Rechtsschutz in der Hauptsache käme zu spät

Die Erfolgsaussichten der Verfassungsbeschwerde können ferner maßgeblich werden, wenn verwaltungsgerichtliche Beschlüsse betroffen sind, die im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes ergangen sind und die Entscheidung in der Hauptsache vorwegnehmen (vgl. BVerfGE 34, 160 [163]; 63, 254; 67, 149 [152]), insbesondere wenn die behauptete Rechtsverletzung bei Verweigerung einstweiligen Rechtsschutzes nicht mehr rückgängig gemacht werden könnte, die Entscheidung in der Hauptsache also zu spät käme (vgl. BVerfGE 46, 160 [164]). Blieben in solchen Fällen die im Zeitpunkt der Eilentscheidung erkennbaren Erfolgsaussichten einer Verfassungsbeschwerde gegen die verwaltungsgerichtliche Eilentscheidung außer Ansatz, würde sich bei der Folgenabwägung das Rechtsgut durchsetzen, das gewichtiger oder dessen behauptete Gefährdung intensiver als das kollidierende ist, selbst wenn schon die im Eilrechtsschutzverfahren mögliche Prüfung ergibt, dass die rechtlichen Voraus-

setzungen für seinen Schutz offensichtlich nicht gegeben sind. Dies widerspräche der Aufgabe des Bundesverfassungsgerichts, die Beachtung der Grundrechte im Verfahren der Verfassungsbeschwerde zu sichern.

a. Versammlungsverbote

Dementsprechend sind die im Eilrechtsschutzverfahren erkennbaren Erfolgsaussichten einer Verfassungsbeschwerde zu berücksichtigen, wenn aus Anlass eines Versammlungsverbots über einen Antrag auf einstweiligen Rechtsschutz zur Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung eines Widerspruchs zu entscheiden ist und ein Abwarten bis zum Abschluss des Verfassungsbeschwerdeverfahrens oder des Hauptsacheverfahrens den Versammlungszweck mit hoher Wahrscheinlichkeit vereitelte. Ergibt die Prüfung im Eilrechtsschutzverfahren, dass eine Verfassungsbeschwerde offensichtlich begründet wäre, läge in der Nichtgewährung von Rechtsschutz der schwere Nachteil für das gemeine Wohl im Sinne des § 32 Abs. 1 BVerfGG.

b. Subsumtion

Die Voraussetzungen für die Überprüfung der Erfolgsaussichten einer noch ausstehenden Verfassungsbeschwerde sind vorliegend gegeben. Die Versammlung gilt einem zeitabhängigen Ereignis; ihr Zweck könnte bei einem Abwarten bis zum Abschluss des Hauptsacheverfahrens höchstwahrscheinlich nicht mehr erreicht werden.

B. Verfassungswidrigkeit des Versammlungsverbots

Die dem Bundesverfassungsgericht im Eilrechtsverfahren allein mögliche vorläufige Prüfung lässt eine Rechtsgrundlage für das ausgesprochene Versammlungsverbot nicht erkennen.

I. Standpunkt des OVG Münster

Das Verbot gründet im vorliegenden Fall in erster Linie auf der Annahme, dass das Versammlungsmotto und die in der Versammlung zu erwartenden Äußerungen die öffentliche Ordnung unmittelbar gefährden. Das Oberverwaltungsgericht geht in seiner Rechtsprechung, auf die sich auch die Versammlungsbehörde beruft, davon aus, dass Versammlungen mit demonstrativen Äußerungen neonazistischer Meinungsinhalte unter Berufung auf verfassungsimmanente Beschränkungen beziehungsweise zum Schutz der öffentlichen Ordnung verboten werden können, wenn die Schwelle der Strafbarkeit im Einzelfall nicht erreicht ist (vgl. OVG NRW, NJW 2001, 2111; NJW 2001, 2113; NJW 2001, S. 2114; NJW 2001, 2986 [2987]; DVBl 2001, S. 584; grds. ebenso Battis/Grigoleit, NVwZ 2001, S. 121; dies., NJW 2001, S. 2051).

II. Kritik des BVerfG

Auf diese Rechtsauffassung kann ein Versammlungsverbot nicht gestützt werden.

1. Schutzbereich des Art. 5 I GG betroffen

Staatliche Beschränkungen des Inhalts und der Form einer Meinungsäußerung betreffen den Schutzbereich des Art. 5 Abs. 1 GG. Ihre Rechtfertigung finden sie, auch wenn die Äußerung in einer oder durch eine Versammlung erfolgt, in den Schranken des Art. 5 Abs. 2 GG (vgl. BVerfGE 90, 241 [246]; BVerfG, 1. Kammer des Ersten Senats, Beschluss vom 5. September 2003 - 1 BvQ 32/03 -, NVwZ 2004, S. 90 [91]). Demgegenüber schützt Art. 8 Abs. 1 GG die Freiheit, mit anderen Personen zum Zwecke einer gemeinschaftlichen, auf die Teilhabe an der öffentlichen Meinungsbildung gerichteten Erörterung oder Kundgebung örtlich zusammenzukommen (vgl. BVerfGE 104, 92 [104]). Der Schutzbereich dieser Grundrechtsnorm ist betroffen, wenn eine Versammlung verboten oder aufgelöst oder die Art und Weise ihrer Durchführung durch staatliche Maßnahmen beschränkt wird. Die in den Absätzen 2 von Art. 5 und Art. 8 GG enthaltenen Schranken sind auf die jeweiligen Schutzbereiche der betroffenen Grundrechtsnorm bezogen. Der Inhalt einer Meinungsäußerung, der im Rahmen des Art. 5 GG nicht unterbunden werden darf, kann daher auch nicht zur Rechtfertigung von Maßnahmen herangezogen werden, die das Grundrecht des Art. 8 GG beschränken (vgl. BVerfGE 90, 241 [246]).

2. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Eine inhaltliche Begrenzung von Meinungsäußerungen kommt, soweit sie nicht dem Schutze der Jugend oder dem Recht der persönlichen Ehre dient, nur im Rahmen der allgemeinen Gesetze im Sinne des Art. 5 Abs. 2 GG in Betracht. Dies sind Gesetze, die sich nicht gegen die Meinungsfreiheit an sich oder gegen die Äußerung einer bestimmten Meinung richten, die vielmehr dem Schutz eines schlechthin, ohne Rücksicht auf eine bestimmte Meinung, zu schützenden Rechtsguts dienen (vgl. BVerfGE 7, 198 [209]; 93, 266 [291]; 97, 125 [146]; stRspr). Dieses Rechtsgut muss in der Rechtsordnung allgemein und damit unabhängig davon geschützt sein, ob es durch Meinungsäußerungen oder auf andere Weise verletzt werden kann. Soweit Rechtsnormen auslegungsbedürftig sind, darf die Auslegung nicht zur Außerachtlassung des Schutzgehalts von Art. 5 Abs. 1 GG führen.

a. Öffentliche Ordnung scheidet i.d.R. als Schranke der Meinungsfreiheit aus

Die Versammlungsbehörde und das Oberverwaltungsgericht haben ihre Entscheidung ausschließlich auf den

Inhalt der zu erwartenden Äußerungen gestützt. Der Gesetzgeber hat in den allgemeinen Gesetzen, insbesondere den Strafgesetzen (so etwa in den §§ 86, 86 a, 130 StGB), Beschränkungen des Inhalts von Meinungsäußerungen an nähere tatbestandliche Voraussetzungen gebunden; eine Berufung auf das Tatbestandsmerkmal der öffentlichen Ordnung ist insofern nicht vorgesehen. Damit wird dem Umstand Rechnung getragen, dass Meinungsäußerungen in der pluralistischen Demokratie des Grundgesetzes grundsätzlich frei sind, es sei denn, der Gesetzgeber hat im Interesse des Rechtsgüterschutzes Schranken im Einklang mit Art. 5 Abs. 2 GG festgelegt. Für den Begriff der öffentlichen Ordnung ist demgegenüber kennzeichnend, dass er auf ungeschriebene Regeln verweist, deren Befolgung nach den jeweils herrschenden und mit dem Wertgehalt des Grundgesetzes zu vereinbarenden sozialen und ethischen Anschauungen als unerlässliche Voraussetzung eines geordneten menschlichen Zusammenlebens innerhalb eines bestimmten Gebiets angesehen wird (vgl. BVerfGE 69, 315 [352]). Das Grundrecht der Meinungsfreiheit ist ein Recht auch zum Schutz von Minderheiten; seine Ausübung darf nicht allgemein und ohne eine tatbestandliche Eingrenzung, die mit dem Schutzzweck des Grundrechts übereinstimmt, unter den Vorbehalt gestellt werden, dass die geäußerten Meinungsinhalte herrschenden sozialen oder ethischen Auffassungen nicht widersprechen.

b. Strafgesetze als Bestandteil der öffentlichen Sicherheit

Dementsprechend hat der Gesetzgeber in seiner Rechtsordnung, insbesondere in den Strafgesetzen, Meinungsäußerungen nur dann beschränkt, wenn sie zugleich sonstige Rechtsgüter - etwa die Menschenwürde oder das allgemeine Persönlichkeitsrecht - verletzen. Unter diesen Voraussetzungen dient die Strafrechtsordnung auch der Bekämpfung solcher Rechtsgutverletzungen, die durch antisemitische oder rassistische Äußerungen erfolgen. Werden die entsprechenden Strafgesetze durch Meinungsäußerungen missachtet, so liegt darin zugleich eine Verletzung der öffentlichen Sicherheit; eine so begründete Gefahr kann durch die Ordnungsbehörden abgewehrt werden, und zwar auch mit Auswirkungen auf Versammlungen. Das Grundrecht der Versammlungsfreiheit schützt die Durchführung von Versammlungen, ermöglicht jedoch nicht Rechtsgutverletzungen, die außerhalb von Versammlungen unterbunden werden dürfen. Die in § 15 Abs. 1 VersG enthaltene, auf den Schutzbereich des Art. 8 Abs. 1 GG bezogene Ermächtigung darf andererseits aber nicht zu einer Ausweitung der in der Rechtsordnung enthaltenen Schranken des Inhalts von Meinungsäußerungen führen.

c. Ausnahmsweise Anwendbarkeit der öffentlichen Ordnung

Verfassungsrechtlich unbedenklich ist es, dass § 15 VersG gemäß § 20 VersG Beschränkungen der Versammlungsfreiheit, darunter auch zur Abwehr von Gefahren für die öffentliche Ordnung, erlaubt, vorausgesetzt, dass diese nicht aus dem Inhalt der Äußerungen, sondern aus der Art und Weise der Durchführung der Versammlung folgen. So sind Beschränkungen der Versammlungsfreiheit verfassungsrechtlich unbedenklich, die ein aggressives und provokatives, die Bürger einschüchterndes Verhalten der Versammlungsteilnehmer verhindern sollen, durch das ein Klima der Gewaltdemonstration und potentieller Gewaltbereitschaft erzeugt wird (vgl. BVerfG, 1. Kammer des Ersten Senats, Beschluss vom 24. März 2001 - 1 BvQ 13/01 -, NJW 2001, S. 2069 [2071]; Beschluss vom 7. April 2001 - 1 BvQ 17/01 und 1 BvQ 18/01 -, NJW 2001, S. 2072 [2074]; Beschluss vom 5. September 2003 - 1 BvQ 32/03 -, NVwZ 2004, S. 90 [91]). Die öffentliche Ordnung kann auch verletzt sein, wenn Rechtsextremisten einen Aufzug an einem speziell der Erinnerung an das Unrecht des Nationalsozialismus und den Holocaust dienenden Feiertag so durchführen, dass von seiner Art und Weise Provokationen ausgehen, die das sittliche Empfinden der Bürgerinnen und Bürger erheblich beeinträchtigen (vgl. BVerfG, 1. Kammer des Ersten Senats, Beschluss vom 26. Januar 2001 - 1 BvQ 9/01 -, DVBl 2001, S. 558). Gleiches gilt, wenn ein Aufzug sich durch sein Gesamtgepräge mit den Riten und Symbolen der nationalsozialistischen Gewaltherrschaft identifiziert und durch Wachrufen der Schrecken des vergangenen totalitären und unmenschlichen Regimes andere Bürger einschüchtert (vgl. BVerfG, 1. Kammer des Ersten Senats, Beschluss vom 5. September 2003 - 1 BvQ 32/03 -, NVwZ 2004, S. 90 [91]). In solchen Fällen ist unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit zu klären, durch welche Maßnahmen die Gefahr abgewehrt werden kann. Dafür kommen in erster Linie Auflagen in Betracht. Reichen sie zur Gefahrenabwehr nicht aus, kann die Versammlung verboten werden (vgl. BVerfGE 69, 315 [353]).

d. Verfassungsimmanente Schranken

aa. Geschriebene

Schranken der Meinungsfreiheit können sich auch aus kollidierenden Grundrechten und damit aus der Verfassung selbst ergeben (vgl. BVerfGE 66, 116 [136]). Die von der Versammlungsbehörde und dem Oberverwaltungsgericht als Maßstab herangezogene öffentliche Ordnung ist keine solche Grundrechtsschranke (vgl. Rühl, NVwZ 2003, S. 531 [536 f.]; Kniesel/Po-

scher, NJW 2004, S. 422 [428]). Soweit verfassungsunmittelbare Schranken von Grundrechten anzuerkennen sind, ermöglichen sie zwar Freiheitsbeschränkungen; ihre Konkretisierung aber unterliegt dem Vorbehalt des Gesetzes (vgl. BVerfGE 83, 130 [142]; 108, 282 [297, 302, 311]). Sie bedürfen daher einer gesetzlichen Grundlage. Schon daran fehlt es im Hinblick auf die vom Oberverwaltungsgericht angenommene verfassungsimmanente Beschränkung der Kundgabe einer rechtsextremistischen Ideologie (vgl. OVG NRW, NJW 2001, S. 2111 f.; NJW 2001, S. 2113 f.; NJW 2001, S. 2986 f.).

bb. Ungeschriebene

Einschränkungen von Versammlungen wegen des Inhalts der mit ihnen verbundenen Äußerungen können auch nicht darauf gestützt werden, dass das Grundgesetz sich angesichts der Erfahrungen mit dem Nationalsozialismus für eine wehrhafte Demokratie entschieden hat. In der Tat will das Grundgesetz nationalsozialistische Bestrebungen abwehren. Zugleich schafft es rechtsstaatliche Sicherungen, deren Fehlen das menschenverachtende Regime des Nationalsozialismus geprägt hat. Dementsprechend enthält das Grundgesetz einen Auftrag zur Abwehr von Beeinträchtigungen der Grundlagen einer freiheitlichen demokratischen Ordnung mit den Mitteln des Rechtsstaats.

Dem trägt die Rechtsordnung insbesondere in den Strafgesetzen durch besondere Schutznormen Rechnung. Das Grundgesetz enthält darüber hinaus in Art. 9 Abs. 2, Art. 18 und Art. 21 Abs. 2 sowie auch in Art. 26 Abs. 1 besondere Schutzvorkehrungen, die zeigen, dass der Verfassungsstaat des Grundgesetzes sich gegen Gefährdungen seiner Grundordnung - auch soweit sie auf der Verbreitung nationalsozialistischer Gedankenguts beruhen - im Rahmen rechtsstaatlich geregelter Verfahren wehrt. Aus den aufgeführten Normen des Grundgesetzes können aber keine weiter gehenden Rechtsfolgen als die ausdrücklich angeordneten abgeleitet werden (vgl. BVerfGE 10, 118 [123]; 13, 46

[52]; 25, 44 [57 f.]; BVerfG, 1. Kammer des Ersten Senats, Beschluss vom 5. September 2003 - 1 BvQ 32/03 -, NVwZ 2004, S. 90 [91]). Die Sperrwirkung dieser Vorschriften steht daher einer Berufung auf ungeschriebene verfassungsimmanente Schranken als Rechtfertigung für sonstige Maßnahmen zum Schutz der freiheitlichen demokratischen Grundordnung entgegen. Die Auffassung des Oberverwaltungsgerichts, dass das Grundgesetz zu hohe Hürden für die Inanspruchnahme der Vorkehrungen zur Abwehr von Gefahren für die freiheitliche demokratische Ordnung gegen Rechtsextremisten geschaffen habe (vgl. OVG NRW, NJW 2001, S. 2114), erlaubt keine Errichtung von Grundrechtsschranken durch Richterrecht. Die im Grundgesetz vorgesehenen Beschränkungsmöglichkeiten sind zugleich Ausdruck der vom Verfassungsgeber anerkannten Notwendigkeiten einer Beschränkung.

e. Subsumtion unter die "öffentliche Sicherheit"

Der Verbotstatbestand der unmittelbaren Gefahr für die öffentliche Sicherheit nach § 15 Abs. 1 VersG, der vom Oberverwaltungsgericht für die erste, am 18. Dezember 2003 angemeldete Versammlung bejaht worden war, kommt nicht mehr zum Tragen. Mit dem Vorliegen des Tatbestands der Volksverhetzung, auf den die angenommene Gefährdung der öffentlichen Sicherheit gestützt worden war, hat das Oberverwaltungsgericht seine neue Entscheidung nicht begründet. Die Staatsanwaltschaft hat ihn schon für das frühere Versammlungsmotto verneint. Ob die Veränderung des Mottos - wie das Oberverwaltungsgericht meint - nur eine kosmetische Korrektur war, die dazu dienen sollte, der Gefahr einer Bestrafung nach § 130 StGB und eines hieran anknüpfenden Versammlungsverbots zu entgehen, ist versammlungsrechtlich unerheblich. Ermächtigungen zur Beschränkung grundrechtlicher Freiheiten knüpfen nicht an die Gesinnung, sondern an Gefahren für Rechtsgüter an, die aus konkreten Handlungen folgen (vgl. BVerfGE 25, 44 [58]).

Standort: Grundrechte

Problem: Grundrechtsberechtigung von Hoheitsträgern

BVERWG, URTEIL VOM 13.05.2004
3 C 26/03 (NJW 2004, 2844)

Problemdarstellung:

Das BVerwG hatte sich mit der Frage zu beschäftigen, ob ein Kirchengemeindeverband es den Benutzern eines von ihm getragenen Friedhofs in einer Benutzungsordnung untersagen kann, Grabsteine in einer bestimmten Weise zu gestalten (hier: Keine Glanz- oder Spiegelwirkung hervorzurufen). Es hatte bei der

Gestaltungsfreiheit von Grabsteinen auf die Abgrenzung zwischen Art. 2 I GG und Art. 4 GG einzugehen und im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsabwägung die Frage nach der Grundrechtsträgereigenschaft von Kirchengemeindeverbänden zu beantworten sowie sich mit den Schranken der Gestaltungsfreiheit solcher Verbände beim Erlass von Benutzungsordnungen auseinander zu setzen. Am Rande ging es auch um die (zu verneinende) Überprüfbarkeit innerkirchlicher Angelegenheiten durch die staatlichen Gerichte.

Prüfungsrelevanz:

Die Antwort des BVerwG auf die angesprochenen Fragen verdient aus mehreren Gründen Beachtung:

1. Das BVerwG stellt klar, dass die Kl. in ihrem Wunsch, den Grabstein nach ihrem ästhetischen Empfinden zu gestalten, nur von Art. 2 I GG geschützt ist, sich also nicht - wie das OVG als Vorinstanz angenommen hatte - auf die Glaubensfreiheit des Art. 4 GG berufen kann, solange nicht ihre spezifische Glaubensüberzeugung sich gerade auf eine bestimmte Gestaltung des Grabsteins erstreckt. Für die evangelische Konfession, welcher die Kl. angehörte, nimmt das BVerwG ohne weiteres an, dass solche Glaubensvorschriften nicht existieren. Anders sei es hingegen bei der Beschränkung von Gestaltungsmöglichkeiten durch die Benutzungsordnung der Bekl. Diese seien durch den Wunsch getragen, Prunk zu vermeiden, um Demut und Andacht nicht zu beeinträchtigen und die Vergänglichkeit zu symbolisieren. Dies seien von Art. 4 GG umfasste religiöse Motive.

2. Sodann stellt das BVerwG klar, dass auch Kirchengemeindeverbände sich auf Art. 4 GG berufen können. Dies entspricht der st. Rspr. des BVerfG, ist jedoch so selbstverständlich nicht. Immerhin verlangt Art. 19 III GG, dass ein Grundrecht auf die juristische Person "dem Wesen nach anwendbar" sein muss. Regelmäßig fehlt es für juristische Personen des öffentlichen Rechts am hierzu erforderlichen "personalen Substrat", weil hinter diesen keine natürlichen Personen stehen. Auch ist alle Staatsgewalt an die Grundrechte gebunden (Art. 1 III GG), sodass einer Grundrechtsberechtigung derselben grds. das Konfusionsargument entgegen steht. Gerade die öffentlich-rechtlichen Religionsgemeinschaften (Art. 137 V WRV i.V.m. Art. 140 GG) sind aber keine staatlichen Organe; sie gehören auch nicht zur Staatsverwaltung, sondern stehen dieser vielmehr wie ein Bürger gegenüber. Sie sind daher umfassend grundrechtsberechtigt, solange sie nicht von ihren spezifischen hoheitlichen Kompetenzen (namentlich der Erhebung von Kirchensteuern) Gebrauch machen. Dann sind sie wieder grundrechtsgebunden.

3. Das BVerwG korrigiert ferner den vom OVG begangenen Kardinalfehler, die Wirksamkeit einer abstrakt-generellen Norm anhand der Umstände eines konkreten Einzelfalls zu beurteilen. Hierfür kommt es vielmehr allein auf die abstrakt-generell zu beurteilende Frage an, ob gegen höherrangiges Recht verstoßen worden ist oder nicht. Allenfalls kann eine besondere Härte im Einzelfall Anlass zur Frage geben, ob man sie nicht - abstrakt-generell - hätte einplanen müssen. So könnte etwa der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verletzt sein, wenn keine Ausnahmetatbestände für

derartige Fälle vorgesehen sind. Die zu überprüfende Norm würde dann gegen den höherrangigen Art. 20 III GG verstoßen. Völlig belanglos hierfür ist aber, ob den Kl. im konkret zu entscheidenden Einzelfall eine solche Härte trifft oder nicht.

4. Abschließend bestätigt das BVerwG noch einmal seine st.Rspr., wonach innerkirchliche Angelegenheiten der Beurteilung durch staatliche Gerichte entzogen sind.

Vertiefungshinweise:

- Zur Grabgestaltung: *VGH Mannheim*, NVwZ-RR 1990, 308; *OVG Münster*, NVwZ-RR 1991, 253
- Grundrechtsberechtigung von öffentlich-rechtlichen Religionsgemeinschaften: *BVerfGE* 42, 312, 322; 66, 1, 19

Kursprogramm:

- Examenskurs* : "Familiengrab"

Leitsätze:

1. Dem Friedhofsträger ist nicht verboten, Vorschriften über die Grabgestaltung zu erlassen, die durch die allgemeinen Friedhofszwecke nicht gefordert, aber mit ihnen vereinbar sind, sofern sie durch einen legitimen Zweck gedeckt sind und die Rechte der Friedhofsbenutzer nicht in einem Maße beschränken, das außer Verhältnis zu Gewicht und Bedeutung des verfolgten Zwecks steht.

2. Lehnt ein Friedhofsbenutzer unter Berufung auf seine Glaubensüberzeugung die Bestattung seiner Angehörigen auf einem nahe gelegenen kommunalen Friedhof ab und verlangt er die Bestattung auf einem konfessionellen Friedhof, so ist ihm zuzumuten, sich in diejenigen Regelungen zu fügen, die dort als Ausfluss der gemeinsamen Glaubensüberzeugung getroffen sind.

Sachverhalt:

Der bekl. evangelische Kirchengemeindeverband ist Träger eines Friedhofs, der zur Bestattung der Gemeindemitglieder der ihm angehörenden Kirchengemeinden, nur ausnahmsweise auch Gemeindefremder bestimmt ist. Für die Gestaltung der Grabstätten hat er eine besondere Grabmal- und Bepflanzungsordnung (GrabmBO) erlassen. Für Grabmale aus Stein ist jede handwerkliche Bearbeitung außer Bossieren, Politur und Feinschliff zugelassen. Glanz- und Spiegelwirkung dürfen nicht erzielt werden (§ 5 I 3 GrabmBO). Wenige hundert Meter entfernt befindet sich ein weiterer Friedhof in kommunaler Trägerschaft, für den keine derartigen Gestaltungsvorschriften gelten.

Die Kl. erwarb 1999 auf dem Friedhof des Bekl. das Nutzungsrecht an einer Wahlgrabstätte, auf der ihr verstorbener Vater beigesetzt wurde. Im Februar 2000 ließ sie ein von der Beigel. gefertigtes Grabmal aus geschliffenem grünem Granit aufstellen. Die am 17.2.2000 erteilte Genehmigung des Bekl. enthält die Bestimmung: "ohne Spiegelwirkung". Eine sachverständige Begutachtung durch einen Steinmetzmeister ergab, dass der Stein mit der feinen Körnung 800 geschliffen oder gar poliert ist und eine deutliche Glanz- oder Spiegelwirkung zeigt. Daraufhin verlangte der Bekl. von der Kl. mit Bescheid vom 20.6.2000, das Grabmal verändern oder entfernen zu lassen. Ihren Widerspruch wies er zurück.

Das VG Minden hat die Anfechtungsklage abgewiesen. Auf die Berufung der Kl. änderte das OVG Münster das erstinstanzliche Urteil und gab der Klage statt. Die Revision des Bekl. hatte Erfolg.

Aus den Gründen:

Die Revision ist begründet. Sie führt zur Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils.

A. Materielle Illegalität erforderlich

Beide Vorinstanzen sind davon ausgegangen, dass die angefochtenen Bescheide nicht schon allein deswegen rechtmäßig sind, weil das beanstandete Grabmal gegen die der Kl. am 17.2.2000 erteilte Genehmigung verstößt und diese Genehmigung bestandskräftig ist, dass ihre Rechtmäßigkeit vielmehr des Weiteren voraussetzt, dass das Grabmal auch nicht genehmigungsfähig wäre. Diesen Ausgangspunkt, der offensichtlich in Auslegung des Landesrechts gewonnen wurde, greift die Revision nicht an. Gegen ihn lässt sich von Bundesrechts wegen auch nichts erinnern.

B. Materielle Illegalität gegeben

Beide Vorinstanzen haben festgestellt, dass von dem Grabmal der Kl. eine Glanz- oder Spiegelwirkung ausgehe, die mit § 5 I 1 und 3 GrabmBO unvereinbar sei, weshalb das Grabmal eigentlich nicht genehmigungsfähig sei.

I. Ablehnende Ansicht des OVG

Das BerGer. hat jedoch angenommen, dass § 5 I GrabmBO insoweit mit den Grundrechten der Kl. aus Art. 2 I und 4 I GG unvereinbar und nichtig sei. Dieses Ergebnis hat es auf der Grundlage einer Abwägung erzielt, in deren Rahmen sich nur die Kl., nicht jedoch (auch) der Bekl. auf Art. 4 GG berufen könne.

II. Bejahende Ansicht des BVerwG

Das legt ein verfehltes Verständnis der genannten Grundrechte zu Grunde und verletzt damit Bundes-

recht.

1. Schutzbereich des Art. 2 I GG betroffen

Prüfungsmaßstab zur Beurteilung der angefochtenen Bescheide ist - zunächst - allein Art. 2 I GG. Die allgemeine Handlungsfreiheit umfasst den Wunsch naher Angehöriger eines Verstorbenen, des Toten nach eigenen Vorstellungen zu gedenken und hierzu auch Grabmale nach eigener Gestaltung zu errichten (grdl. BVerwGE 17, 119; BVerwG, NJW 1990, 2079). Auf dieses Recht kann sich ein Friedhofsbenutzer nicht nur gegenüber einem staatlichen (kommunalen), sondern auch gegenüber einem kirchlichen Friedhofsträger berufen (vgl. BVerwG, a.a.O.).

2. Eingriff

§ 51 GrabmBO enthält eine Gestaltungsvorschrift, welche dem Wunsch der Kl., einen polierten Grabstein auf dem Wahlgrab ihrer Familie zu errichten, entgegensteht und damit ihre allgemeine Handlungsfreiheit beeinträchtigt. Ihr Grundrecht aus Art. 4 I GG hingegen ist insofern nicht berührt. Dass ihr Wunsch nach einem polierten Grabmal auch religiös motiviert wäre, hat das BerGer. nicht festgestellt. Die Kl. hatte das auch nicht geltend gemacht.

3. Schranken

a. Widmungszweck der Einrichtung

Die Gestaltungsfreiheit der Friedhofsbenutzer findet ihre Grenzen von vornherein in solchen Gestaltungsvorschriften, die dem allgemeinen Zweck des Friedhofs dienen, eine würdige, die Totenandacht nicht störende Grabgestaltung zu gewährleisten (BVerwGE 17, 119 [120]; BVerwG, NVwZ 1987, 679). Zu den allgemeinen Friedhofszwecken hat das BerGer. - offenbar in Anwendung des Bestattungsrechts des Landes Nordrhein-Westfalen - die geordnete und würdige Bestattung der Toten, ein ungestörtes Totengedenken sowie die Gewährleistung einer ungehinderten Leichenverwesung innerhalb der Ruhezeiten gezählt. Das ist einwandfrei. Ebenso einwandfrei ist die Würdigung des BerGer., dass das Verbot, Grabsteine auf Glanz- und Spiegelwirkung zu polieren, durch diese allgemeinen Friedhofszwecke nicht erfordert wird (ebenso BVerwGE 17, 119 [120]; VGH Mannheim, DVBl. 1997, 1278; Gaedke/Diefenbach, Hdb. des Friedhofs- und BestattungsR, 8. Aufl. [2000], S. 203).

b. Geschriebenes Recht

Dem jeweiligen Friedhofsträger ist jedoch nicht verboten, weitere Vorschriften - auch über die Grabgestaltung - zu erlassen, die durch die allgemeinen Friedhofszwecke nicht gefordert, aber mit ihnen vereinbar

sind.

4. *Verhältnismäßigkeit als Schranken-Schranke*

Auch derartige besondere Gestaltungsvorschriften müssen freilich dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit genügen, müssen also durch einen legitimen Zweck gedeckt sein und dürfen die Rechte der Friedhofsbenutzer nicht in einem Maße beschränken, das außer Verhältnis zu Gewicht und Bedeutung des verfolgten Zwecks steht.

a. *Ausweichmöglichkeit der Kl.*

Wo die Grenzen zulässiger Gestaltungsvorschriften hiernach zu ziehen sind, bedarf dann keiner Entscheidung, wenn der Bestattungspflichtige an anderer Stelle einen Grabstein seiner Wahl aufstellen kann, sei es in einer gestaltungsfreien Abteilung desselben Friedhofs, sei es auf einem nahe gelegenen anderen Friedhof (st.Rspr., BVerwGE 17, 119; BVerwG, NVwZ 1987, 679). Ein Ausweichen ist dem Bestattungspflichtigen hier ohne weiteres möglich. In unmittelbarer Nachbarschaft zum Friedhof des Bekl., nur wenige hundert Meter entfernt, befindet sich ein kommunaler Friedhof, für den - wie das VG festgestellt hat - vergleichbare Gestaltungsvorschriften nicht gelten. Das BerGer. hat angenommen, dass der Kl. ein Ausweichen unzumutbar sei, weil sie - ebenso wie ihr verstorbener Vater - evangelischer Konfession und Mitglied einer der dem Bekl. angehörenden Kirchengemeinden sei, weshalb ihr Wunsch nach einer Grabstätte auf dem Friedhof des Bekl. Ausfluss ihres Grundrechts aus Art. 4 I und II GG sei. Das ist verfehlt. Eine besondere Glaubensüberzeugung der Kl., welche ihr die Benutzung des kommunalen Friedhofs unmöglich machte und allein die Benutzung des Friedhofs des Bekl. erlaubte, hat das BerGer. nicht festgestellt; die Kl. hatte eine derartige Glaubensüberzeugung auch nicht behauptet. Im Übrigen käme es auf eine derartige besondere Glaubensüberzeugung Einzelner für die - abstrakt zu beurteilende - Gültigkeit der Friedhofsordnung des Bekl. nicht an. Allenfalls ließe sich hieran die Frage knüpfen, ob der Normgeber mit solchen besonderen Glaubensüberzeugungen hätte rechnen und hierfür Ausnahmeregelungen vorsehen müssen. Das bedarf hier aber keiner Vertiefung. Die Bestimmungen seiner Friedhofsordnung muss der Bekl. grundsätzlich nur an der regelmäßigen Glaubensüberzeugung seiner Kirchengemeindemitglieder, also einem evangelischen Bekenntnis, ausrichten. Dieses Bekenntnis mag den Wunsch begründen oder bestärken, den Friedhof des Bekl. zu benutzen. Es macht ein Ausweichen auf einen nichtkonfessionellen, städtischen Friedhof jedoch nicht unzumutbar. Namentlich stünde einem Zwang, einen kommunalen Friedhof zu benutzen, nicht Art. 4

GG entgegen. Das wäre nur dann der Fall, wenn für den kommunalen Friedhof Vorschriften bestünden, die ihrerseits mit dem evangelischen Bekenntnis unvereinbar wären. Davon kann keine Rede sein.

b. *Entgegenstehende Grundrechte der Bekl.*

Die Entscheidung des BerGer. verletzt aber auch insofern Bundesrecht, als es im Rahmen der von ihm vorgenommenen Abwägung das Gewicht der vom Bekl. mit den in Rede stehenden Gestaltungsvorschriften verfolgten Ziele in einer Weise bestimmt, die mit dessen Grundrecht aus Art. 4 I GG unvereinbar ist.

aa. *Gestaltungsvorschriften als Ausdruck religiöser Überzeugung*

Dass der Bekl. mit den Gestaltungsvorschriften in § 5 I GrabmBO legitime, namentlich willkürfreie Ziele verfolgt, steht außer Zweifel. Der Bekl. hatte bereits im Berufungsrechtszug zwei Ziele seiner Gestaltungsvorschriften dargelegt. Zum einen solle jedes Pathos vermieden werden; der Friedhof solle dem stillen Gedenken dienen, also - wie zu ergänzen ist - aus einer Haltung der Bescheidenheit und Demut. Daher sollten "laute und grelle Wirkungen" vermieden werden, wie sie von schneeweißem Marmor, von Politur und Glanz oder von überschwänglicher Goldschrift ausgingen. Zum anderen solle der Friedhof in seinem ganzen Erscheinungsbild Zeugnis für die irdische Vergänglichkeit ablegen. Deshalb sollten die Grabmale dem natürlichen Alterungs- und Verwitterungsprozess ausgesetzt werden, was bei polierten oder allzu glatt geschliffenen Grabsteinen nicht gegeben sei. Tatsächlich verfolgt die Grabmal- und Bepflanzungsordnung des Bekl. diese Ziele durchgängig; das wird auch von der Kl. nicht bezweifelt.

bb. *Grundrechtsträgereigenschaft der Bekl.*

Das BerGer. hat angenommen, die genannten Ziele seien rein ästhetischer Natur; ihre daneben - und vorrangig - geltend gemachte religiöse Begründung sei nicht hinreichend substantiiert und im Übrigen "nicht nachvollziehbar". Damit hat das BerGer. die Befugnis des Bekl., die Ziele seiner Gestaltungsvorschriften selbst zu definieren, verkannt. Der Bekl. leitet seine Gestaltungsziele aus seiner evangelischen Glaubenslehre und aus den entsprechenden religiösen Überzeugungen jedenfalls der Mehrheit seiner Mitglieder her. Das ist durchaus nachvollziehbar: Das Vermeiden von Prunk aus einer Haltung der Demut und das Bezeugen der irdischen Vergänglichkeit erscheinen ohne weiteres als Ausfluss einer religiösen Überzeugung. Ob der Richter diese religiöse Überzeugung persönlich teilt oder nicht, ist unerheblich. Der Bekl. hat Anspruch darauf, dass die staatlichen Gerichte sein Anliegen als

solches zur Kenntnis und ernst nehmen. Für Gewicht und Bedeutung der Gestaltungsziele des Bekl. ist daher in normativer Hinsicht bedeutsam, dass sie Ausfluss der in Art. 4 II GG auch den Kirchen und Religionsgesellschaften gewährleisteten und durch Art. 140 GG i.V. mit Art. 137 III WRV organisatorisch verstärkten (vgl. BVerfGE 72, 278 [289] = NJW 1987, 427) religiösen Bekenntnisfreiheit des Bekl. sind, zumal der Friedhof grundsätzlich nur für die Bestattung der eigenen Kirchengemeindemitglieder gewidmet ist und damit nach kirchlichem Selbstverständnis zu den inneren Angelegenheiten der Kirchengemeinde gehört.

cc. Keine Überprüfbarkeit innerkirchlicher Fragen durch staatliche Gerichte

Sind aber die in Rede stehenden Gestaltungsvorschriften selbst Ausfluss der evangelischen Glaubensüberzeugung des Bekl. und der Mehrheit der in ihm organi-

sierten Kirchengemeindemitglieder, so kann die Kl. ihre eigene Glaubensüberzeugung nicht gegen den Bekl. richten. Verlangt die Kl. unter Berufung auf ihre Glaubensüberzeugung die Bestattung auf dem Friedhof des Bekl., so begibt sie sich in die durch den Bekl. repräsentierte Glaubensgemeinschaft. Ihr ist dann zuzumuten, sich in diejenigen Regelungen zu fügen, die als Ausfluss der gemeinsamen Glaubensüberzeugung getroffen sind. Will sie sie ändern, so ist sie darauf verwiesen, entsprechenden Einfluss auf die innerkirchlichen Entscheidungen zu nehmen. Die staatlichen Gerichte sind nicht berufen, einen innerkirchlichen Meinungsstreit über die bekenntnisgerechte Friedhofsgestaltung zu entscheiden und dem innerkirchlichen Mehrheitswillen die verbindliche Kraft abzusprechen.

Standort: Straßenrecht

Problem: Drittschutz gegen Sondernutzungserlaubnis

BAYVGH, BESCHLUSS VOM 24.11.2003
8 CS 03.2279 (BAYVBL 2004, 533)

Problemdarstellung:

Der BayVGH hatte sich mit der Frage zu befassen, ob und wann sich ein Dritter gegen die einem Begünstigten erteilte Sondernutzungserlaubnis nach Straßen- und Wegerecht (hier: Art. 18 BayStrWG) wehren kann. Sowohl in der Hauptsache (Anfechtungsklage) als auch im vorläufigen Rechtsschutz (Antrag nach §§ 80 V, 80a VwGO) ist dazu eine Klagebefugnis gem. § 42 II VwGO (im vorläufigen Rechtsschutz: Antragsbefugnis analog § 42 II VwGO) erforderlich. Diese ist nur gegeben, wenn sich der Dritte auf eine ihn schützende Norm berufen kann. Nach Ansicht des VGH ist aber die Rechtsgrundlage für die Erteilung einer Sondernutzungserlaubnis nicht drittschützend, weil es bei der Frage, ob eine Sondernutzungserlaubnis erteilt wird oder nicht, allein um straßen- und wegerechtliche Belange geht, die von Allgemeininteresse sind und die nicht spezifisch einen Dritten schützen. Art. 18 BayStrWG - und entsprechendes dürfte für die inhaltsgleichen Regelungen in den Straßen- und Wegegesetzen der anderen Bundesländer gelten (vgl. z.B. § 18 StrWG NRW) - ist daher kein subjektiv-öffentliches Abwehrrecht des Drittbelasteten. Etwas anderes kann sich hingegen nach Ansicht des VGH aus dem sogenannten Anliegergebrauch gem. Art. 17 BayStrWG (vgl. z.B. § 14a StrWG NRW) ergeben, wenn dem Straßenanlieger infolge der Sondernutzungserlaubnis die Nutzung seines Grundstücks unmöglich gemacht wird. Dafür zieht das Gericht allerdings enge Grenzen. Auch Grundrech-

te helfen dem Drittbelasteten kaum weiter, besonders weil seit einer Grundsatzentscheidung des BVerwG aus dem Jahre 1999 (BVerwG, BayVBl. 1999, 634) allgemein angenommen wird, dass der Anliegergebrauch nicht von Art. 14 GG geschützt ist.

Prüfungsrelevanz:

Der Fall gibt Anlass, die Klagebefugnis nach § 42 II VwGO in Fällen der Drittbeteiligung (sogen. "Verwaltungsakt mit Doppelwirkung") noch einmal zu beleuchten, in denen sie stets besonders sorgfältig zu prüfen ist. Eine bloße Selbstverständlichkeit ist es, in diesen Fällen die sogen. "Adressatentheorie" nicht anzuwenden, wonach der Adressat eines belastenden Verwaltungsakts immer zumindest über Art. 2 I GG klagebefugt ist, weil der Dritte nicht Adressat des ihn belastenden, aber an den Begünstigten gerichteten Verwaltungsakts ist. Vielmehr ist nach einer Norm zu suchen, die zumindest auch Rechte des Einzelnen schützt, und zwar nicht die irgend eines Einzelnen, sondern gerade (auch) die des Klägers. Eine den Nachbarn schützende Norm hilft nicht, wenn der Kläger nicht Nachbar ist. Dabei darf ferner nicht der Fehler gemacht werden, die "Möglichkeitstheorie" auf das Bestehen des Drittschutzes zu erstrecken. Dieser ist vielmehr positiv festzustellen, wie es hier der VGH exemplarisch vorgemacht hat. Die "Möglichkeitstheorie" erstreckt sich lediglich auf die Verletzung des bestehenden Rechts, denn diese muss der Kläger bzw. Antragsteller "geltend machen", § 42 II VwGO. Es bietet sich daher eine dreistufige Prüfung an:

1. Existiert überhaupt eine drittschützende Norm?

2. Ist der Kläger "Dritter" in diesem Sinne, d.h. selbst im Schutzbereich dieser Norm?

3. Ist der Kläger möglicherweise in diesem Recht verletzt?

Vertiefungshinweise:

Klagebefugnis bei Konkurrentenklage: *BVerwG*, RA 2000, 665 = DVBl 2000, 1614

Erteilung von Sondernutzungserlaubnissen: *BayVGH*, NVwZ-RR 2000, 726; *VG Karlsruhe*, RA 2002, 47 = NJW 2002, 160; *VG Frankfurt/Main*, NVwZ-RR 1998, 88

Kursprogramm:

Examenskurs : "Asylbewerberwohnheim"

Examenskurs : "Windkraft contra Nachbarschaft"

Leitsatz:

Eine Sondernutzungserlaubnis nach Art. 18 Abs. 1 BayStrWG ist grundsätzlich kein Verwaltungsakt mit Drittwirkung.

Sachverhalt:

Der Antragsteller wendet sich gegen eine dem Beigeladenen unter Auflagen erteilte Erlaubnis zur Nutzung von 56,25 qm der öffentlichen Straße für Bewirtungszwecke; der Beigeladene betreibt im Nachbarhaus ein Eiscafé. Die Fläche befindet sich zum größten Teil im Anschluss an den Gehweg vor dem Anwesen des Antragstellers auf früheren Stellplätzen für Kraftfahrzeuge. Der Widerspruch des Antragstellers gegen den Bescheid vom 15.12.2002 wurde vom Landratsamt am 4.4.2003 zurückgewiesen. Über die hiergegen erhobene Klage hat das Verwaltungsgericht noch nicht entschieden.

Die Antragsgegnerin ordnete auf Antrag des Beigeladenen am 5.5.2003 die sofortige Vollziehung der Sondernutzungserlaubnis an. Den hiergegen gerichteten Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Klage lehnte das Verwaltungsgericht mit Beschluss vom 24.7.2003 als unbegründet ab. Mit seiner Beschwerde verfolgt der Antragsteller sein Begehren weiter.

Aus den Gründen:

Die zulässige Beschwerde des Antragstellers ist nicht begründet. Der Antrag nach § 80 Abs. 5 Satz 1 VwGO auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung seiner Klage ist bereits unzulässig. Der Antragsteller hat eine Antragsbefugnis nicht aufzuzeigen vermocht.

A. Antragsbefugnis erforderlich

Zulässigkeitsvoraussetzung eines Antrags nach § 80 Abs. 5 Satz 1 VwGO ist eine Antragsbefugnis des Antragstellers in entsprechender Anwendung von § 42 Abs. 2 VwGO (vgl. *BVerwG*, NVwZ 1993, 565; *Kopp/Schenke*, VwGO, 13. Aufl. 2003, RdNr.134 zu § 80; *Schoch*, in: *Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner*, VwGO, RdNr. 316 zu § 80). Dies gilt auch für den Fall, dass vorläufiger Rechtsschutz gegen einen Verwaltungsakt begehrt wird, von dem der Antragsteller behauptet, es handle sich um einen so genannten Verwaltungsakt mit Drittwirkung bzw. Doppelwirkung im Sinne von § 80a VwGO (vgl. *Schoch*, a.a.O., RdNr. 69 zu § 80a).

B. Voraussetzungen bei Dritten

Die Antragsbefugnis in entsprechender Anwendung von § 42 Abs. 2 VwGO ist gegeben, wenn die Möglichkeit der vom Antragsteller behaupteten Rechtsverletzung besteht. Dies setzt voraus, dass die Anwendung von Rechtssätzen möglich erscheint, die abstrakt auch dem Schutz der Interessen von Personen zu dienen bestimmt sind, welche sich in einer Lage befinden, die derjenigen des Antragstellers vergleichbar ist (vgl. *BVerwGE* 95, 333, 335; *BVerwG*, BayVBl. 1994, 90; *Kopp/Schenke*, a.a.O., RdNr. 66 zu § 42). Insoweit bedarf es jedenfalls dann einer besonderen Prüfung, wenn der Antragsteller nicht selbst Adressat eines ihn belastenden Verwaltungsaktes ist, sondern sich gegen einen in erster Linie einen anderen begünstigenden Verwaltungsakt als so genannter Dritter wendet. Hierbei geht es um die Frage nach dem sachlichen und personellen Schutzbereich einer Norm (vgl. *Wahl/Schütz*, in: *Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner*, a.a.O., RdNr. 52 zu § 42 Abs. 2). Nur wenn hier ein besonderer Bezug zu Dritten festzustellen ist, kann die betreffende Rechtsvorschrift als so genannte Schutznorm angesehen werden.

C. Drittschutz gegen Sondernutzungserlaubnis

I. Aus Art. 18 BayStrWG

Die für die Erteilung einer Sondernutzungserlaubnis an einer öffentlichen Straße einschlägige Norm des Art. 18 des Bayerischen Straßen- und Wegegesetzes (BayStrWG) vermittelt jedenfalls grundsätzlich keinen Drittschutz (vgl. *BayVGH* vom 17.9.2003, Az.: 8 C 03.1543).

Das in Art. 18 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. Art. 14 BayStrWG vorgegebene Entscheidungsprogramm der Straßenbaubehörde, das der Erteilung einer Sondernutzungserlaubnis zu Grunde liegt, stellt auf eine Benutzung der Straßenverkehrsfläche ab, die nicht mehr gemeingebrauchlich ist, weil sie nicht vorwiegend zu Zwecken des Verkehrs erfolgt (vgl. *BayVGH*, a.a.O.). Da der

Straße als Verkehrsfläche eine wichtige Mittlerfunktion zukommt, soll die Behörde durch das in Art. 18 Abs. 1 Satz 1 BayStrWG enthaltene Verbot mit Erlaubnisvorbehalt in die Lage versetzt werden zu prüfen, ob und gegebenenfalls inwieweit eine abweichende Nutzung der Verkehrsfläche noch mit den Belangen des Straßenrechts - vor allem, wie sie in den Vorschriften des Straßen- und Wegerechts, aber zum Teil auch in den Vorschriften des Straßenverkehrsrechts zum Ausdruck kommen - vereinbar ist. Auf den Punkt gebracht geht es dabei um die Frage, ob die straßenfremde Nutzung mit den Belangen der Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs vereinbar und insoweit gemeinverträglich ist. Im Einzelfall können hier auch noch Belange des Umfelds der Straße in städtebaulichen oder baupflegerischen Vorschriften mit einer Rolle spielen, soweit sie einen eindeutigen Bezug zur Straße aufweisen (vgl. BayVGH vom 15.7.1999, Az.: 8 B 98.2161; Wiget, in: Zeitler, BayStrWG, Stand: 1.10.2002, RdNr. 26 zu Art. 18). Die Grenze des Entscheidungsprogramms der Sondernutzungserlaubnis liegt aber dort, wo nicht mehr um die Nutzung der Straßenverkehrsfläche, sondern um die Nutzung der auf ihr aufgestellten oder in sonstiger Weise aufgeführten Anlagen oder Sachen gestritten wird. Die Nutzung solcher Anlagen oder Sachen interessiert unter dem Blickwinkel des Rechts der Sondernutzungserlaubnis nur, soweit es um die Auswirkungen dieser Nutzung auf die Straßenverkehrsfläche und die Verkehrsteilnehmer geht. Sonstige Anlagen oder Sachen, die auf der Straße aufgestellt oder auf sie aufgebracht werden, namentlich durch diese hervorgerufene Immissionen, die Anlieger oder sonstige Dritte belästigen oder schädigen können, sind vielmehr nach dem insoweit geltenden Fachrecht zu beurteilen und mit den dort gegebenen Ermächtigungsnormen abzuwehren. Dementsprechend sind Vorschriften des Immissionsschutzrechts nicht in die Prüfung einzubeziehen, weil diese keinen Bezug zum Widmungszweck der Straße aufweisen (vgl. BayVGH vom 16.10.1995, Az.: 11 CS 95.2831). Sollte dem Nichtzulassungsbeschluss des Senats vom 28.8.1998 (Az.: 8 ZB 98.1131) eine andere Ansicht zu entnehmen sein, wird hieran nicht festgehalten. Die vom Antragsteller in den Vordergrund gestellten Fragen des Immissionsschutzes sind danach im Rahmen der gaststättenrechtlichen Erlaubnis nach § 2 Abs. 1 des Gaststättengesetzes (GastG) einer Entscheidung zuzuführen. Das Gaststättenrecht enthält in Bezug auf den Immissionsschutz drittschützende Normen, die eine Versagung der Erlaubnis (§ 4 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 GastG) oder die jederzeitige Anordnung von Auflagen (§ 5 Abs. 1 Nr. 3 GastG) ermöglichen (vgl. Metzner, GastG, 5. Aufl. 2002, RdNrn. 337, 340 ff. zu § 4; Wahl/Schütz, a.a.O.,

RdNr. 209 zu § 42 Abs. 2).

II. Aus Art. 17 BayStrWG

Auch vom Antragsteller wird im Übrigen eingeräumt, dass den Vorschriften über die Erteilung einer Sondernutzungserlaubnis grundsätzlich keine drittschützende Wirkung zukommt. Er behauptet jedoch, dass hiervon Ausnahmen bestünden, auf die er sich berufen könne. Eine solche eine Ausnahme rechtfertigende subjektive Rechtsposition kann sich im Einzelfall aus dem Anliegergebrauch nach Art. 17 BayStrWG ergeben (vgl. BayVGH vom 17.9.2003, a.a.O.). Auf eine durch das Grundrecht des Eigentumsschutzes (Art. 14 Abs. 1 GG) geschützte Rechtsposition kann sich der Anlieger dabei jedoch nicht berufen; wie weit der Anliegergebrauch gewährleistet wird, richtet sich allein nach einschlägigem Straßenrecht, d.h. hier nach Art. 17 BayStrWG (vgl. BVerwG vom 11.5.1999, BayVBl. 1999, 634; dazu näher unten 3.).

Art. 17 BayStrWG gewährt dem Straßenanlieger allerdings nur in sehr eingeschränktem Ausmaß eine einklagbare Rechtsposition. Eine Verletzung des Art. 17 BayStrWG käme etwa in Betracht, wenn durch die Sondernutzungserlaubnis die für das Grundstück des Antragstellers erforderlichen Zufahrten und Zugänge unzumutbar beeinträchtigt würden. Für eine derart schwerwiegende Beeinträchtigung hat er im bisherigen Verfahren aber keine plausiblen Argumente vorgetragen. Soweit er geltend gemacht hat, es werde ihm verwehrt, die im Erdgeschoss seines Anwesens gelegenen Geschäfte wenigstens vor Geschäftsbeginn direkt von der davor liegenden Straßenfläche aus zu beliefern, hat er darauf keinen Anspruch. Es entspricht ständiger Rechtsprechung des Senats, dass der Anliegergebrauch nur soweit reicht, wie eine angemessene Benutzung des Grundeigentums die Benutzung der Straße erfordert und der Anlieger auf das Vorhandensein und die Benutzung der Straße in spezifischer Weise angewiesen ist. Er steht Einschränkungen oder Erschwernissen der Zufahrtsmöglichkeiten nicht entgegen. Die uneingeschränkte Anfahrmöglichkeit innerörtlicher Grundstücke gewährleistet er nicht (vgl. etwa BayVGH, vom 27.10.1998, BayVBl. 1999, 561, 563 m.w.N.). [...]

III. Aus Grundrechten

Für eine Ausnahme von dem Grundsatz, dass die Vorschriften über die Erteilung einer straßen- und wegerechtlichen Sondernutzungserlaubnis keine Drittwirkung entfalten, kann sich der Antragsteller ferner nicht auf eine Verletzung der Grundrechte aus Art. 2, 3 und 14 GG berufen.

1. Art. 14 GG

Durch Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG wird der Anliegerge-

brauch weder gewährleistet noch geschützt. Wie weit er gewährleistet ist, richtet sich nur nach dem einschlägigen Straßenrecht, dessen Regelungsbereich das Nachbarschaftsverhältnis zwischen Straße und angrenzenden Grundstücken mit umfasst, d.h. hier namentlich nach Art. 17 BayStrWG. Der Gesetzgeber hat insoweit in Erfüllung des ihm in Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG erteilten Auftrags Inhalt und Schranken des Eigentums bestimmt (vgl. BVerwG vom 11.5.1999, BayVBl. 1999, 634).

2. Art. 2 II GG

Soweit sich der Antragsteller zum Schutz vor Gesundheitsbeeinträchtigungen durch die erteilte Sondernutzungserlaubnis auf Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG berufen will, ist auch hier der Anwendungsvorrang des einfachen Rechts zu beachten (vgl. Wahl/Schütz, a.a.O., RdNr. 57 zu § 42 Abs. 2). Der Gesetzgeber hat für die durch Gaststättenbetriebe verursachten Immissionskonflikte in § 4 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 und § 5 Abs. 1 Nr. 3 GastG spezielle Regelungen vorgesehen (s. oben). Er hat damit in offensichtlich ausreichendem

Maße für den Schutz der Nachbarschaft vor Gesundheitsgefahren und sonstigen Nachteilen Sorge getragen. Dass sich bei der Anwendung der gaststättenrechtlichen Vorschriften Regelungsdefizite auf tun könnten, ist nicht ersichtlich.

3. Art. 3 I GG

Ebenso wenig kann sich der Antragsteller gegenüber der strittigen Erteilung der Sondernutzungserlaubnis unmittelbar auf Art. 3 Abs. 1 GG berufen. Die Antragsgegnerin verfügt über eine ermessensbindende Sondernutzungssatzung vom 12.9.1991, in der der Antragsteller behauptete Sachverhalt grundsätzlich behandelt wird. Die Satzung selbst wird vom Antragsteller nicht angegriffen.

Im Übrigen steht es dem Antragsteller jederzeit frei, sich gegen die Anlagen des Beigeladenen auf dem Zivilrechtsweg zu wenden. Die Grundrechte aus Art. 2, 3 und 14 GG erfordern es nicht, Rechtsschutz ausschließlich im Verwaltungsrechtsweg zu gewähren. Vielmehr sind die verschiedenen Rechtswege insoweit gleichwertig. [...]

Standort: Kommunalrecht

Problem: Bürgerbegehren

OVG NRW, BESCHLUSS VOM 19.03.2004
15 B 522/04 (NWVBl 2004, 346)

Problemdarstellung:

Bürgerbegehren und Bürgerentscheid finden sich mittlerweile in vielen Kommunalverfassungen. Ihnen ist gemeinsam, dass die Bürger an Stelle der Gemeindeorgane auf unmittelbar-demokratischem Wege eine Sachfrage selbst entscheiden. Allerdings hängt ihre Durchführung ausnahmslos von bestimmten Voraussetzungen ab, etwa einer bestimmten Anzahl von Unterschriften, Formalien, Fristen usw.

In NRW gehört zu diesen Formalien die Benennung von max. 3 Vertretern des Bürgerbegehrens sowie ein Vorschlag zur Deckung der Kosten, sofern die Umsetzung des Bürgerbegehrens solche verursacht, § 26 II GO NRW. Das OVG NRW hatte nun zu entscheiden, wie zu verfahren ist, wenn ein Vertreter während des laufenden Bürgerbegehrens aus der Gemeinde fortzieht, und ob unter entstehenden "Kosten" auch der Fall zu verstehen ist, dass kein Gewinn gemacht wird (hier: Verkauf der Stadtwerke). Darüber hinaus wiederholt das Gericht seine st.Rspr., wonach § 26 GO NRW zwar einen Anspruch auf Zulassung des Bürgerbegehrens und unverzügliche Durchführung des Bürgerentscheids enthalte, nicht jedoch einen Anspruch auf Unterlassen dahingehend, dass die Gemeinde in der Zwischenzeit keine gegenläufigen faktischen Ver-

hältnisse schaffen dürfe. Etwas anderes gelte nur für den Fall des Rechtsmissbrauchs, wenn also z.B. die Gemeinde allein deshalb faktische Verhältnisse zu schaffen gedenke, um das Bürgerbegehren faktisch zu umgehen (z.B. hier: Die Stadtwerke rechtsverbindlich zu veräußern, bevor die Bürger über den Verkauf abstimmen konnten).

Prüfungsrelevanz:

Gerade weil Bürgerbegehren und Bürgerentscheid vielerlei Probleme hinsichtlich ihrer Zulässigkeit aufwerfen, sind sie mittlerweile beliebter Prüfungsstoff. Einige Randnotizen hierzu:

1. Die Ansicht des OVG, dass der Anspruch auf Zulassung bzw. Durchführung des Bürgerbegehrens keinen Anspruch auf Unterlassen von Zwischenverfügungen beinhalte, entspricht der wohl h.M., darf aber nicht ohne weiteres auf die Gemeindeordnungen der anderen Bundesländer übertragen werden. So vertreten z.B. für Rheinland-Pfalz und Hessen die dortigen Fachgerichte die gegenteilige, mit Besonderheiten aus den jeweiligen Gemeindeordnungen begründete Ansicht. Der BayVerfGH wiederum hält es sogar für einen Verfassungsverstoß (Verletzung der Selbstverwaltungsautonomie), wenn ein Unterlassungsanspruch eingeführt würde.

2. Die "Vertreter" des Bürgerbegehrens werden vom OVG NRW nicht als solche, sondern wie Prozess-

standschafter angesehen. Sie - und nur sie - sind m.a.W. befugt, selbst und in eigenem Namen auf Zulassung des Bürgerbegehrens zu klagen, obwohl ein Vertreter - nähme man den Begriff wörtlich - nur in fremdem Namen, also für einen Vertretenen handeln könnte. Eine m.M. in der Lit. sieht demgemäß nicht die Vertreter, sondern das Bürgerbegehren als solches bzw. die Gesamtheit der Unterzeichner als klagebefugt an. Dies war aber vom Gesetzgeber erkennbar nicht gewollt, der sich von der Benennung von maximal 3 Vertretern in § 26 II GO NRW eine Konzentrationswirkung versprochen hat. Konsequenterweise hat das OVG NRW an anderer Stelle auch entschieden, dass ein Bürgerbegehren, das mehr als 3 Vertreter benennt, allein aus diesem Grund unzulässig ist.

3. Mittlerweile etabliert hat sich wohl die (auch im vorliegenden Fall anzutreffende) Rspr., ein Bürgerbegehren im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes nach § 123 I VwGO zuzulassen, obwohl dagegen nicht unerhebliche Bedenken wegen der grds. unzulässigen Vorwegnahme der Hauptsache bestehen.

Vertiefungshinweise:

Zulassung eines Bürgerbegehrens im vorläufigen Rechtsschutz: *BayVGH*, RA 2001, 520 = *BayVBl* 2001, 500

Kostendeckungsvorschlag für Unterlassen (Aufstellung von Parkscheinautomaten): *VG Köln*, *NVwZ-RR* 2000, 455; *VG Düsseldorf*, *NWVBl.* 1999, 194

Für eine Sperrwirkung des Bürgerbegehrens: *HessVGH*, *NVwZ* 1994, 396; *OVG RH.Pf.*, *NVwZ-RR* 1997, 411; *Fischer*, *NWVBl* 1995, 366, 370

Gegen eine Sperrwirkung des Bürgerbegehrens: *OVG Münster*, RA 1999, 119 = *NVwZ-RR* 1999, 140; *NWVBl* 1998, 328; *BayVerfGH*, RA 2000, 672 = *NVwZ-RR* 2000, 737; *Hager*, *NVwZ* 1994, 766, 767

Zur Vorwegnahme der Hauptsache bei § 123 VwGO: *VGH Mannheim*, RA 2000, 375 = *NVwZ-RR* 2000, 397; *VG Gießen*, RA 2001, 445 = *NVwZ-RR* 2001, 418

Kursprogramm:

Examenskurs: "Wechselstrominitiative"

Leitsätze:

1. Vertreter eines Bürgerbegehrens im Sinne des § 26 Abs. 2 Satz 2 GO NRW können nur Bürger der Gemeinde sein, in der das Bürgerbegehren durchgeführt wird.

2. Scheidet einer von mehreren Vertretern des Bürgerbegehrens im Laufe des Verfahrens aus, wachsen dessen Vertretungsrechte den übrigen Vertre-

tern zu.

3. Wird die Benennung der Vertreter des Bürgerbegehrens auf den Unterschriftenlisten im Laufe der Unterschriftensammlung unrichtig, kann darin nur dann ein zur Unzulässigkeit des Bürgerbegehrens führender Verstoß gegen das Wahrheitsgebot gesehen werden, wenn der zur Unrichtigkeit der Vertreterbenennung führende Grund überhaupt geeignet ist, die Bildung des Bürgerwillens maßgeblich mit zu beeinflussen (hier verneint für den Fall eines Wegzugs aus der Gemeinde).

4. Richtet sich ein Bürgerbegehren gegen den Verkauf von Gemeindevermögen, so zählen die mit dem Verkaufserlös etwa abzubauenen Kreditbelastungen der Gemeinde nicht zu den "Kosten der verlangten Maßnahme", für die das Bürgerbegehren nach § 26 Abs. 2 Satz 1 GO NRW einen Kostendeckungsvorschlag enthalten muss.

5. Zum Anordnungsgrund bei einer im Wege der einstweiligen Anordnung erstrebten Sicherung oder Regelung des Anspruchs gemäß § 26 Abs. 6 Satz 1 GO NRW, dass der Rat einer Gemeinde ein Bürgerbegehren für zulässig erklärt.

6. Ein im Wege des Verfahrens der einstweiligen Anordnung verfolgtes Sicherungs- oder Regelungsbegehren, das eine Entscheidungssperre des Rates bis zur Durchführung eines Bürgerentscheids bewirken soll, ist regelmäßig auf einen unzulässigen Inhalt gerichtet.

Sachverhalt:

Die Stadt beabsichtigte, von den bislang allein gehaltenen Gesellschaftsanteilen an der Stadtwerke GmbH einen Teil zu veräußern. Dagegen wendet sich das Bürgerbegehren, von dessen beiden Vertretern einer im Laufe des Bürgerbegehrensverfahrens aus der Stadt wegzog. Der Rat stellte die Unzulässigkeit des Bürgerbegehrens mangels eines hinreichenden Kostendeckungsvorschlags fest. Das daraufhin von der nicht weggezogenen Vertreterin (Antragstellerin zu 1.) eingeleitete Verfahren gerichtlichen einstweiligen Rechtsschutzes mit den Anträgen

1. Dem Antragsgegner zu 1. wird aufgegeben, das Bürgerbegehren mit der Fragestellung "Soll die Stadt alleinige Gesellschafterin der Stadtwerke GmbH bleiben" für zulässig zu erklären,

2. Dem Antragsgegner zu 2. aufzugeben, unverzüglich eine Sitzung des Antragsgegners zu 1. einzuberufen, in der das Bürgerbegehren sachlich behandelt wird und für den Fall, dass der Rat dem Bürgerbegehren nicht entspricht, unverzüglich einen Bürgerentscheid durchzuführen,

3. Den Antragsgegnern aufzugeben, einem Vertragsabschluss mit Kaufinteressenten von Gesell-

schaftsanteilen der Stadtwerke GmbH nur in Verbindung mit einer - für den Fall des erfolgreichen Bürgerentscheids vorbehaltenen - freien, insbesondere ohne Schadensersatzverpflichtung bestehenden Rücktrittsmöglichkeit zuzustimmen, blieb erstinstanzlich wegen des weggezogenen Vertreters ohne Erfolg. Im Beschwerderechtszug, in dem der weggezogene Vertreter dem gerichtlichen Verfahren beigetreten ist (Antragsteller zu 2.), hatte der Antrag auf Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes gegen den Rat (Antragsgegner zu 1.) und den Bürgermeister (Antragsgegner zu 2.) nur hinsichtlich eines der drei verfolgten Sicherungsbegehren Erfolg.

Aus den Gründen:

Dem Antrag auf Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes [...] ist nur in Bezug auf [...] den Antrag zu 1. stattzugeben. Im Übrigen verbleibt es bei der verwaltungsgerichtlichen Ablehnung des Antrags.

A. Zulässigkeit

Der Antrag der Antragstellerin zu 1. ist zulässig. Sie ist alleine antragsbefugt.

I. Vertreter muss selbst Bürger sein

Dies ergibt sich daraus, dass sie inzwischen einzige Vertreterin des Bürgerbegehrens i.S.d. § 26 Abs. 2 Satz 2 GO NRW ist. Der Antragsteller zu 2. ist, als er seinen Wohnsitz aufgab, als Vertreter ausgeschieden. Vertreter eines Bürgerbegehrens können nämlich nach Sinn und Zweck dieses Instituts nur Bürger der Gemeinde sein, in der das Bürgerbegehren durchgeführt wird. Das Bürgerbegehren stellt neben der repräsentativ-demokratischen Ratsentscheidung den unmittelbar-demokratischen Weg der Willensbildung einer Gemeinde durch Selbstorganisation der Bürger dar. Daraus folgt, dass die Vertreter des Bürgerbegehrens, bei denen alle Verfahrensrechte hinsichtlich des Bürgerbegehrens konzentriert sind und die ähnlich einem Verfahrensstandschafter im eigenen Namen die Interessen der das Bürgerbegehren unterzeichnenden Bürger wahrnehmen (vgl. OVG NRW, NWVBl. 2002, 110 [111]; NVwZ-RR 2001, 49 [51] und NWVBl. 1998, 273 [274]), selbst Bürger sein müssen. Es widerspricht dem Wesen des Bürgerbegehrens als Selbstorganisation der Bürger, wenn die Rechte des Bürgerbegehrens nicht ausschließlich im Wege der Selbstorganisation, sondern (auch) von außenstehenden Dritten wahrgenommen würden.

II. Ausscheiden eines Vertreters

Der Antragsteller zu 2. hat durch die Aufgabe seiner Wohnung das Kommunalwahlrecht in dieser Gemeinde verloren (§ 7 des Kommunalwahlgesetzes) und ist

damit nicht mehr Bürger der Gemeinde (§ 21 Abs. 2 GO NRW). Wenn von mehreren Vertretern des Bürgerbegehrens einer im Laufe des Verfahrens ausscheidet, wachsen dessen Vertretungsrechte dem oder den übrig Gebliebenen zu. § 26 Abs. 2 Satz 2 GO NRW erlaubt zwar die Benennung von bis zu drei Vertretern, schreibt aber nicht vor, dass mehrere Vertreter oder gar die Maximalzahl an Vertretern benannt werden müssen. [...]

B. Begründetheit

I. Antrag zu 1.

Der so zulässige Antrag der Antragstellerin zu 1. ist hinsichtlich des Antrags zu 1. begründet. Sie hat einen Anordnungsanspruch und einen Anordnungsgrund glaubhaft gemacht (§ 123 Abs. 3 VwGO i.V.m. § 920 Abs. 2 ZPO).

1. Anordnungsanspruch

Der Anordnungsanspruch, um dessen Sicherung oder Regelung es geht, ist der Anspruch auf Feststellung der Zulässigkeit des Bürgerbegehrens durch den Rat (§ 26 Abs. 6 Satz 1 GO NRW). Die Antragstellerin zu 1. hat mit hoher Wahrscheinlichkeit diesen Anspruch, da das Bürgerbegehren, soweit dies im Rahmen des Verfahrens des einstweiligen Rechtsschutzes feststellbar ist, mit hoher Wahrscheinlichkeit zulässig ist.

a. Benennung des ausgeschiedenen Vertreters auf den Unterschriftenlisten

Entgegen der Auffassung des VG wird die Zulässigkeit des Bürgerbegehrens nicht dadurch berührt, dass der Antragsteller zu 2. als Vertreter auf den Unterschriftenlisten benannt wird, er dies aber nach dem oben Ausgeführten nicht mehr war. Gemäß § 26 Abs. 2 Satz 1 und 2 GO NRW muss ein Bürgerbegehren die zur Entscheidung zu bringende Frage, eine Begründung und einen nach den gesetzlichen Bestimmungen durchführbaren Vorschlag für die Deckung der Kosten der verlangten Maßnahme enthalten sowie bis zu drei Vertreter benennen.

aa. Gebot objektiver Richtigkeit

Diese Angaben müssen nicht nur vorhanden, sondern grundsätzlich auch richtig sein. Speziell für die Richtigkeit der Begründung hat der Senat entschieden, dass Tatsachen, die für die Begründung tragend sind, richtig wiedergegeben sein müssen, ohne dass es auf eine Täuschungsabsicht der Initiatoren eines Bürgerbegehrens ankommt. Maßgebend für diese Inhaltskontrolle ist allein das Ziel, Verfälschungen des Bürgerwillens vorzubeugen (vgl. OVG NRW, DÖV 2002, 961 [962]). Auch die Benennung der Vertreter kann eine

erhebliche Bedeutung für die Bildung des Bürgerwillens haben, denn er kann maßgeblich dadurch mit beeinflusst werden, durch welche Personen das Bürgerbegehren vertreten wird. Vielfach wird ein Bürgerbegehren gerade deshalb unterschrieben, weil es von bestimmten Personen - und nicht von anderen - vertreten wird (vgl. OVG NRW, NVwZ-RR 2001, 49 [51]).

bb. Unschädlichkeit des Verstoßes bei fehlender Relevanz für Bildung des Bürgerwillens

Gleichwohl kann der Umstand, dass die Benennung der Vertreter des Bürgerbegehrens auf den Unterschriftenlisten im Laufe der Unterschriftensammlung unrichtig wird, nicht pauschal als ein zur Unzulässigkeit des Bürgerbegehrens führender Verstoß gegen das Wahrheitsgebot angesehen werden. Vielmehr ist insoweit entscheidend darauf abzustellen, ob der zur Unrichtigkeit der Vertreterbenennung führende Grund überhaupt geeignet ist, die Bildung des Bürgerwillens maßgeblich mit zu beeinflussen. Für den vorliegenden Fall, in dem einer der Vertreter seine Vertreterstellung während des Verfahrens durch Aufgabe seiner Wohnung in der Gemeinde verloren hat, ist dies zu verneinen. Anders als etwa die Benennung eines Vertreters, der nicht zur Übernahme dieser Aufgabe bereit ist oder der von vornherein kein Vertreter sein kann, möglicherweise auch anders als bei einer Niederlegung des Vertreteramtes, die dadurch veranlasst ist, dass sich der Vertreter nicht mehr mit dem Bürgerbegehren identifiziert, sind der Wohnungswechsel und dessen Rechtsfolge des Verlustes des Vertreteramtes ein neutraler Vorgang, der keinem verständigen Bürger hinreichenden Anlass geben kann, seine Meinung zur Fragestellung des Bürgerbegehrens zu ändern.

b. Vorschlag zur Kostendeckung

Entgegen der Auffassung der Antragsgegner ist das Bürgerbegehren auch nicht deshalb unzulässig, weil es keinen nach den gesetzlichen Bestimmungen durchführbaren Vorschlag für die Deckung der Kosten der verlangten Maßnahme enthielte. Ein Kostendeckungsvorschlag ist nämlich entbehrlich, weil das Gesetz ihn hier nicht fordert. Gemäß § 26 Abs. 2 Satz 1 GO NRW ist ein Vorschlag "für die Deckung der Kosten der verlangten Maßnahme" erforderlich. Die zur Entscheidung zu bringende Frage des Bürgerbegehrens bezieht sich nicht auf eine kostenauslösende Maßnahme. Gefordert wird das Unterlassen der Veräußerung von Gesellschaftsanteilen. Dies löst keine Kosten im Sinne dieser Vorschrift aus.

aa. Begriff der "Kosten"

Der Begriff der Kosten erfordert in seinem Begriffskern Aufwendungen aus Ressourcen, um mit ihrer Hil-

fe etwas zu erreichen. Es ist schon eine Erweiterung dieses Begriffskerns, wenn man unter Kosten auch noch Einbußen verstehen will, die (ungewollte) Folge eines Verhaltens sind, etwa in Form der Minderung vorhandener Güter (positiver Schaden) oder gar in Form der Nichtrealisierung einer Gütervermehrung (entgangener Gewinn, vgl. dazu § 252 BGB). In beiden Fällen geht es allerdings wie bei Kosten im engeren Sinne um die Verminderung des Vermögens. So verstandene Kosten hätten etwa das Unterlassen kostenmindernder Maßnahmen (z.B. Schließung einer kostenträchtigen gemeindlichen Einrichtung) oder der Verzicht auf vermögensmehrende Maßnahmen (etwa das Aufstellen von Parkscheinautomaten) zur Folge (vgl. Hess. VGH, NVwZ-RR 2000, 451; VG Köln, NVwZ-RR 2000, 455, und VG Düsseldorf, NWVBl. 1999, 194).

bb. Subsumtion

Dass die erwartete Einnahme entfällt, wenn es nicht zum Verkauf der Gesellschaftsanteile kommt, macht diesen Einnahmeausfall hier jedoch unter keinem dieser Gesichtspunkte zu Kosten der vom Bürgerbegehren verlangten Unterlassung einer Veräußerung. Selbst wenn man nämlich in Anwendung des erweiterten Kostenbegriffs auch den Fall einbezieht, dass das Unterlassen eines Verkaufs für eine Gemeinde einen Schaden in Form entgangenen Gewinns nach sich zieht, könnte daraus hier nicht die Erforderlichkeit eines Kostendeckungsvorschlags hergeleitet werden. Ein Schaden in Form entgangenen Gewinns würde voraussetzen, dass der Gemeinde für die Gesellschaftsanteile ein Kaufpreis geboten wird, der über deren Marktwert liegt. Dafür fehlt hier jeglicher Anhaltspunkt. Jedenfalls außerhalb des Begriffs der "Kosten der verlangten Maßnahme" liegen bloße Vermögensfolgen, die daran anknüpfen, wie der im Falle eines Verkaufs zu erzielende Erlös verwendet werden soll. Dies gilt etwa, wenn der Verkaufserlös zur Kreditablösung oder zur Verminderung der Kreditaufnahme eingesetzt werden soll, diese Einnahme aber entfällt, wenn der Verkauf unterbleibt, und in der weiteren Folge dadurch ein erhöhter Kreditaufwand entsteht. Diese Kausalkette rechtfertigt es nicht, die Erhöhung des Kreditaufwands einem Bürgerbegehren zuzuordnen, das sich gegen den Verkauf wendet (anders aber VG Köln, NWVBl. 2002, 319 [321]).

Der Sinn und Zweck eines Kostendeckungsvorschlags verbietet die Einbeziehung derartiger Vermögensfolgen in den Kostenbegriff des § 26 Abs. 2 Satz 1 GO NRW. Dieser soll sicherstellen, dass die Bürger keine Maßnahmen beschließen, ohne über die Aufbringung der Mittel, die wegen der vermögensmindernden Folge der Maßnahme aufgewandt werden müssen, im Wege

eines Deckungsvorschlags zu befinden. Ein die Verantwortung für die Gemeinde ernst nehmendes Bürgerbegehren darf im Interesse der Schonung des Gemeindevermögens keine Maßnahme ohne Rücksicht auf die Vermögensfolgen beschließen. Dieser Zweck rechtfertigt es jedoch nicht, alle durch die verlangte Maßnahme äquivalent-kausal verursachten Vermögensminderungen einzubeziehen, sondern nur solche, für die nach dem Sinn und Zweck des Kosten-deckungsvorschlags eine Verantwortlichkeit aus der verlangten Maßnahme abgeleitet werden kann. Es muss ein Zurechnungszusammenhang zur verlangten Maßnahme bestehen (vgl. zur Begrenzung eines zu ersetzenden Schadens unter dem Gesichtspunkt des Zurechnungszusammenhangs Heinrichs, in: Palandt, BGB, 63. Aufl., Vorb. vor § 249 Rn. 54 ff.). Würde man demgegenüber auf eine Begrenzung des Kostenbegriffs verzichten, würde dies dem Bürgerbegehren im Übrigen Anforderungen aufbürden, die sachlich nicht gerechtfertigt und angesichts ihrer Komplexität häufig nicht erfüllbar wären. Der danach zu fordernde Zusammenhang zwischen dem Ausfall des Kaufpreises infolge Unterlassens der Veräußerung auf der einen Seite und der Vermögensminderung durch weiterlaufende Zinslasten oder Neubegründung von Kreditverbindlichkeiten auf der anderen Seite fehlt: Letztere sind nicht die Kosten der Unterlassung der Veräußerung, sondern die Kosten einer unabhängig von ihr getätigten oder beabsichtigten und mit ihr in keinem inneren Zusammenhang stehenden Kreditaufnahme.

c. Sonstiges

Weitere Hinderungsgründe für die Zulässigkeit des Bürgerbegehrens werden nicht geltend gemacht und sind auch nicht ersichtlich. Insbesondere ist nicht erkennbar, dass die Gemeinde rechtlich verpflichtet wäre, die Gesellschaftsanteile zu veräußern (vgl. dazu § 90 Abs. 1 i.V.m. § 75 Abs. 2 GO NRW). In diesem Falle wäre das Bürgerbegehren wegen Verfolgung eines gesetzwidrigen Ziels (§ 26 Abs. 5 Nr. 9 GO NRW) unzulässig. Damit besteht der Anordnungsanspruch nach den Maßstäben des Verfahrens des einstweiligen Rechtsschutzes mit hoher Sicherheit.

2. Anordnungsgrund

Auch ein Anordnungsgrund ist gegeben, weil der Antragstellerin zu 1. nicht zugemutet werden kann, den genannten Anspruch nur im Wege eines Klageverfahrens durchzusetzen. Es besteht nämlich eine beachtliche Wahrscheinlichkeit, dass infolge einer bis zum rechtskräftigen Abschluss des Klageverfahrens vorgenommenen Veräußerung der Gesellschaftsanteile das Bürgerbegehren endgültig unzulässig würde.

Wenn die Gesellschaftsanteile planmäßig veräußert sind, geht ein Verbot dieser Veräußerung ins Leere und damit enthielte die im Rahmen des Bürgerentscheids zu erteilende Antwort auf die gestellte Frage keine Entscheidung mehr. Das Bürgerbegehren wäre gegenstandslos.

Demgegenüber bewirkt die Verpflichtung des Antragsgegners zu 1. im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes, die Zulässigkeit des Bürgerbegehrens festzustellen, für die Stadt nur Folgendes: Die Anordnung ermöglicht die Fortsetzung einer unmittelbar-demokratische Willensbildung, schränkt jedoch die Handlungsfreiheit der Stadt in Bezug auf den Gegenstand des Bürgerbegehrens, wie zum Antrag zu 3. dargelegt werden wird, nicht ein. Sollte die Klage zur Hauptsache erfolglos bleiben, hätte dies allein zur Folge, dass der für die Durchführung des Bürgerentscheids zu erbringende Aufwand nutzlos wäre. Selbst wenn man den Fall unterstellt, dass ein Bürgerentscheid vor Abschluss des Hauptsacheverfahrens den Verkauf untersagt, würde die Wirkung dieses Bürgerentscheids entfallen, wenn die Klage im Hauptsacheverfahren keinen Erfolg hat. Auch die danach als Folge eines Bürgerentscheids denkbare Verzögerung der Veräußerung hindert angesichts der oben angesprochenen Gefahr eines endgültigen Verlustes unmittelbar-demokratischer Mitwirkungsrechte nicht, die Hauptsache beschränkt vorwegzunehmen.

II. Antrag zu 2.

Hinsichtlich des Antrags zu 2. besteht kein Anordnungsgrund. Zwar hat die Antragstellerin zu 1. nach der hier angeordneten Zulässigkeitsentscheidung des Rates gemäß § 26 Abs. 6 Satz 3 GO NRW einen Anspruch auf Durchführung des Bürgerentscheids binnen dreier Monate. Dabei handelt es sich aber um eine Höchstfrist, nicht um eine Wartefrist. Die Stadt hat nach der Zulässigkeitsentscheidung durch den Rat unverzüglich mit der Vorbereitung zur Durchführung eines Bürgerentscheids zu beginnen und darf unter Beachtung der genannten Höchstfrist nur aus sachgerechten Gründen eine bestimmte Zeit abwarten. Die Antragstellerin zu 1. hat nicht glaubhaft gemacht, dass der Antragsgegner zu 2. sich nicht an diese Verpflichtungen halten will.

III. Antrag zu 3.

Der Antrag zu 3. hat einen unzulässigen Inhalt. Zwar bestimmt das Gericht gemäß § 123 Abs. 3 VwGO i.V.m. § 938 Abs. 1 ZPO nach freiem Ermessen, welche Anordnungen zur Erreichung des Zweckes erforderlich sind. Jedoch muss sich die Entscheidung im Rahmen des zu sichernden oder regelnden Anordnungsanspruchs bewegen (vgl. Puttler, in: So-

dan/Ziekow, VwGO, Loseblatt [Stand: Januar 2003], § 123 Rn. 113; Schoch, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, Loseblatt [Stand: September 2003], § 123 Rn. 140; Hartmann, in: Baumbach u.a., ZPO, 62. Aufl., § 938 Rn. 5; Vollkommer, in: Zöller, ZPO, 22. Aufl., § 938 Rn. 3). Dieser Rahmen würde überschritten, wenn den Antragsgegnern auferlegt würde, einem Vertragsabschluss nur mit einer - für den Fall des erfolgreichen Bürgerbegehrens vorbehaltenen - freien Rücktrittsklausel zuzustimmen.

1. Kein Unterlassungsanspruch aus § 26 GO NRW

Nach ständiger Rechtsprechung des Senats besteht weder für den Rat noch für andere Organe oder Behörden eine "Entscheidungssperre", wenn parallel ein denselben Sachverhalt betreffendes Verfahren zur Herbeiführung eines Bürgerbegehrens bzw. Bürgerentscheids betrieben wird (vgl. OVG NRW, Beschlüsse vom 2.11.1998 - 15 B 2329/98 - und vom 28.10.1995 - 15 B 2799/95 -, EilD StT NRW 1996, 595).

Das repräsentativ-demokratische System ist durch die Einführung des Bürgerentscheids als Element der unmittelbaren Demokratie ergänzt, nicht überlagert worden. Die beiden Entscheidungsformen sind gleichwertig, sodass ein Sicherungsanspruch zu Gunsten des Bürgerbegehrens selbst dann nicht besteht, wenn im Einzelfall eine Entscheidung des Rates dadurch einen faktischen Vorrang erhält, dass diese Entscheidung wegen der Schwerfälligkeit des Verfahrens zur Herbeiführung eines Bürgerentscheids schon vor dessen Abschluss in die Tat umgesetzt werden kann. Der

Sinn des repräsentativ-demokratischen Systems besteht gerade darin, eine organisatorisch und zeitlich handhabbare Form demokratischer Willensbildung für mitgliederstarke Körperschaften bereitzustellen.

2. Ausnahme: Verpflichtung zur Organtreue

Eine Schranke für die Befugnis des Rates zur Entscheidung über den Gegenstand des Bürgerbegehrens könnte sich allenfalls aus dem im Staatsrecht entwickelten und auf das Verhältnis kommunaler Organe untereinander übertragbaren Grundsatz der Organtreue ergeben, der die Organe verpflichtet, sich so zu verhalten, dass die jeweils anderen Organe ihre Zuständigkeit ordnungsgemäß wahrnehmen können, mit anderen Worten, dass bei der Ausübung von Organkompetenzen von Rechts wegen auf die Kompetenzen anderer Organe Rücksicht zu nehmen ist.

Diese Treuepflicht ist aber - soweit der Grundsatz auf das Verhältnis zwischen Gemeindeorganen im engeren Sinne und Bürgern im Rahmen eines Bürgerbegehrens/Bürgerentscheids überhaupt anwendbar ist - wegen der Gleichwertigkeit von Entscheidungen des Rates einerseits und von Bürgerentscheiden andererseits nicht schon dann verletzt, wenn die Entscheidung des Rates den Bürgerentscheid erledigen würde. Anderes würde nur dann gelten, wenn der Entscheidung des Rates keine sachliche Erwägung, sondern allein die Zielsetzung zu Grunde läge, einem Bürgerentscheid zuvor zu kommen und damit eine Willensbildung auf direkt-demokratischem Wege zu verhindern. Dafür ist hier nichts ersichtlich.

*Zivilrecht***Standort: Gutachtervertrag****Problem: Schutzwirkung für Dritte**

BGH, URTEIL VOM 20.04.2004
X ZR 250 / 02 (NJW 2004, 3035)

Problemdarstellung:

Im vorliegenden Fall hatte der Kl. sich zu einer Kapitalanlage bei einer E-GmbH entschlossen und von dieser für 30.000,00 DM Obligationsscheine erworben, die durch eine zweitrangige Grundschuld an einem Grundstück abgesichert sein sollten, welches der hier beklagte Gutachter auf einen Wert von ca. 11,7 Mio DM geschätzt hatte. Nachdem die Anleihe geplatzt und sowohl die E-GmbH als auch die Grundstückseigentümerin in Insolvenz (damals noch Konkurs) gefallen waren, nahm der Kl. den Gutachter auf Schadensersatz in Anspruch mit der Begründung, der Wert des als Sicherheit dienenden Grundstückes sei zu hoch angegeben gewesen.

In der Revisionsinstanz hatte der BGH sich nunmehr ein weiteres mal mit der Frage auseinanderzusetzen, inwieweit ein Gutachtervertrag zur Wertermittlung von Grundstücken Schutzwirkung auch für Personen entfalten kann, welche dieses Gutachten nicht selbst in Auftrag gegeben haben, es aber als Entscheidungsgrundlage für Vermögensdispositionen, etwa Kaufentscheidungen oder hier Investition in grundpfandrechtl. abgesicherte Kapitalanlagemodelle, heranziehen wollten. Eine besondere Problematik lag hier darin, dass eine ganze Vielzahl von Kapitalanlegern für das Anleihemodell der E-GmbH erworben werden sollte, so dass zu prüfen war, ob es nicht zu einer unzumutbaren Haftungserweiterung für den Gutachter führt, wenn all diese Interessenten durch den Gutachtervertrag geschützt werden sollen. Es kam zu einer Bestätigung der seit einigen Jahren gefestigten, allerdings nicht unumstrittenen Rechtsprechung, wonach auch solche Verträge grundsätzlich als solche mit Schutzwirkung für Dritte eingeordnet werden können.

Prüfungsrelevanz:

Der Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte gehört zu den Sonderfällen der Ausdehnung vertraglicher (Schutz-) Pflichten auf am Schuldverhältnis selbst nicht beteiligte Dritte, die Examenkandidaten in jedem Fall geläufig sein sollten. Die vorliegende Entscheidung ist hierzu besonders lesenswert, weil der

BGH rückschauend noch einmal die Entwicklung der Rechtsprechung zum Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte darstellt (insbesondere die sog. "Wohl-und-Wehe-Formel" als früherer Ausgangspunkt für die Annahme eines Einbeziehungsinteresses des Vertragspartners) und das Rechtsinstitut der ergänzenden Vertragsauslegung gem. §§ 133, 157, 242 BGB als Grundlage des Vertrages mit Schutzwirkung für Dritte bestätigt.

Der BGH sah in diesem Zusammenhang keine Veranlassung, auf die in der Literatur entstandene Diskussion, inwieweit der durch die Schuldrechtsmodernisierung neu geschaffene § 311 III BGB, der jedenfalls als gesetzlicher Versuch, die frühere Sachwalterrechtsprechung des BGH zur c.i.c. zu kodifizieren, zu verstehen ist, auch als normative Grundlage für den Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte heranzuziehen ist, näher einzugehen (für die Heranziehung des § 311 III etwa Schwab, JuS 2002, 872 [873]; dagegen Palandt/Heinrichs, § 311 Rz. 60). Allerdings dürfte dies nicht unbedingt als Stellungnahme des Gerichts zu dieser Diskussion zu werten sein, da der zu entscheidende Fall noch nach altem Schuldrecht zu bewerten war.

Vertiefungshinweise:

Zur Haftung des Sachverständigen, der ein zur Zwangsversteigerung stehendes Objekt begutachtet: BGH, RA 2003, 774 = NJW 2003, 2825

Zum Anwendungsbereich des § 311 II BGB n. F.: Schwab, JuS 2002, 872 ff.; Lieb in: Dauner-Lieb/Heidel/Lepa/Ring: "Das neue Schuldrecht", § 3 Rz. 42 ff.

Kursprogramm:

Examenskurs: "Die aggressiven Holzwürmer vom Niederrhein"

Leitsätze:

1. Bei der Prüfung der Frage, ob Dritte in den Schutzbereich eines Vertrags, der die Wertermittlung eines Grundstücks zum Gegenstand hat, einbezogen sind, gehören zum wesentlichen Auslegungstoff die in dem Gutachten enthaltenen Angaben über dessen Zweck und der sonstige Inhalt des Gutachtens, aber auch die eigenen Angaben des

Gutachters zu Inhalt und Umständen der Auftragserteilung.

2. Als Dritte, die in den Schutzbereich eines Gutachterauftrags zur Wertermittlung eines Grundstücks einbezogen sind, kommt auch eine namentlich nicht bekannte Vielzahl privater Kreditgeber oder Kapitalanleger in Betracht, wenn der Gutachter nach dem Inhalt des ihm erteilten Gutachterauftrags wusste oder damit rechnen musste, dass der Auftraggeber das Gutachten zur Erlangung von durch ein Grundpfandrecht an dem Grundstück gesicherten, in der Höhe begrenzten Krediten verwenden werde.

Sachverhalt:

Der Kl. nimmt den Bekl., der sich als Sachverständiger mit der Bewertung von Grundstücken befasst, auf Schadensersatz wegen der unrichtigen Wertangabe für ein Grundstück in Anspruch. Der Bekl. erstellte im Auftrag der E-GmbH ein Gutachten vom 02.04.1994, in dem er den Verkehrswert eines im Eigentum der N-e.G. stehenden Grundstücks mit gerundet 11,7 Mio. DM bewertete. Davon entfielen seiner Bewertung zufolge rund 8,17 Mio. DM auf das circa 27.500 qm große Grundstück und 3,56 Mio. DM auf die auf dem Grundstück errichteten Gebäude. In dem Gutachten ist unter „Allgemeine Angaben“ vermerkt: „Zweck: Das Wertgutachten wird für Planungs- und Finanzierungszwecke benötigt.“

Ferner wird im Gutachten darauf hingewiesen, dass das Gutachten nur für den Auftraggeber und für den angegebenen Zweck bestimmt sei. Unter Nr. 5.1. des Gutachtens ist ausgeführt, der Bodenwert sei anhand des mutmaßlichen Ertragswerts ermittelt worden. Eine Wertbestimmung anhand von Vergleichswerten sei nicht möglich gewesen, weil die hierfür erforderlichen fünf direkt vergleichbaren Grundstücke nicht existierten.

Nach der Erstellung des Gutachtens wurde zu Gunsten der E an zweiter Rangstelle eine Grundschuld über 10,0 Mio. DM eingetragen. In der Folgezeit vertrieb die E in Form von Obligationsscheinen eine Anleihe im Gesamtnennbetrag von 10,0 Mio. DM mit der Bezeichnung „E-Wert“. In ihrem Emissionsprospekt warb die E damit, die Anleihe sei durch bei einem Notar zu hinterlegende Grundpfandrechte gesichert. Die von den Zeichnern der Anleihe auf ein Treuhandkonto zu überweisenden Beträge sollten vom Treuhänder nach der Bestätigung eines „Gremiums“; dass die hinterlegten Sicherheiten werthaltig seien, wie folgt an die -E ausgezahlt werden: 10 % zur mündelsicheren Anlage, 10 % für Verwaltungs- und Vertriebskosten und 80 % auf ein E-Konto zur Investition in Grundstücks- und Bauprojekte im Europäischen Wirtschafts-

raum. Der Kl. erwarb Obligationsscheine mit einem Nennwert von insgesamt 30.000,00 DM. Da die E keine Bankerlaubnis hatte, untersagte das Bundesaufsichtsamt für Kreditwesen den Verkauf der Anleihen. Die E verpflichtete sich deshalb dem Kl. gegenüber, das eingezahlte Kapital nebst vereinbarter 9% Zinsen zurückzuzahlen. Am vereinbarten Fälligkeitstag erhielt der Kl. einen Betrag von 3.257,62 DM vom Treuhänder. Weitere Zahlungen erfolgten zunächst nicht. Im Januar 1996 stellte die E einen Vergleichsantrag, der unter gleichzeitiger Eröffnung des Anschlusskonkursverfahrens abgelehnt wurde. Auch über das Vermögen der Grundstückseigentümerin wurde das Konkursverfahren eröffnet.

Ursprünglich hatte der Kl. beantragt, den Bekl. zur Zahlung von 29.100,00 DM nebst Zinsen zu verurteilen. Nachdem der Kl. am 05.01.2000 vom Treuhänder auf die Hauptsache der Klageforderung weitere 7.000,00 DM erhalten hatte, haben die Parteien den Rechtsstreit insoweit übereinstimmend für erledigt erklärt. Die Klage hatte in den Instanzen keinen Erfolg; die Revision hingegen war erfolgreich und führte zur Aufhebung und Zurückverweisung.

Aus den Gründen:

A. Fehlerhafte Ablehnung eines Vertrages mit Schutzwirkung für Dritte durch das BerGer.

Entgegen der Auffassung des BerGer. kann eine Haftung des Bekl. gegenüber dem Kl. auf der Grundlage der bisherigen Feststellungen nicht mit der Begründung verneint werden, der Kl. sei nicht in die Schutzwirkungen des Gutachterauftrags der E an den Bekl. einbezogen.

I. Rechtlicher Ausgangspunkt: Gutachtervertrag als Werkvertrag mit Schutzwirkung für Dritte

Das BerGer. ist in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Senats und von der Revision unbeantwortet davon ausgegangen, dass ein Gutachter, der in von ihm zu verantwortender Weise ein fehlerhaftes Wertgutachten erstattet, nach § 635 BGB oder wegen positiver Vertragsverletzung zu Schadensersatz wegen Nichterfüllung verpflichtet ist. Anspruchsberechtigt sind der Besteller des Gutachtens, wenn und soweit er geschädigt ist, und jeder in den Schutzbereich des Gutachtens einbezogene Dritte (Senat, NJW 2001, 514 [515] = NZM 2001, 253). Diese Rechtsprechung beruht auf einer maßgeblich durch das Prinzip von Treu und Glauben (§ 242 BGB) geprägten ergänzenden Vertragsauslegung (§ 157 BGB). Ihr liegt zu Grunde, dass der Vertragsschuldner die Leistung, nach dem Vertrag so zu erbringen hat, dass bestimmbare Dritte nicht geschädigt werden. Das hat zur Folge, dass ei-

nem einbezogenen Dritten im Falle der Schädigung ein eigener Ersatzanspruch als sekundärer vertraglicher Leistungsanspruch gegen den Schuldner zusteht.

Ob ein rechtsgeschäftlicher Wille zur Einbeziehung besteht, hat der Tatrichter nach allgemeinen Auslegungsgrundsätzen zu ermitteln. Der BGH hat einen solchen Willen bisher dann angenommen, wenn eine Person, die über besondere, vom Staat anerkannte Sachkunde verfügt, auftragsgemäß ein Gutachten oder Testat abgibt, das erkennbar zum Gebrauch gegenüber Dritten bestimmt ist und deshalb in der Regel nach dem Willen des Bestellers mit einer entsprechenden Beweiskraft ausgestattet sein soll (BGH, NJW-RR 1989, 696; NJW 1989, 1029 = DB 1989, 101 [102]; NJW 1987, 1758 [1759]; NJW-RR 1986, 1307; NJW-RR 1986, 484 = JZ 1985, 951 [952]; ebenso Müssig, NJW 1989, 1697 [1698 ff.]; Lang, WM 1988, 1001 [1004 ff.]; abl. Ebke/Scheel, WM 1991, 389 [392]; Schmitz, DB 1989, 1909). Auf diese Weise haften Personen, die über eine besondere, vom Staat anerkannte Sachkunde verfügen und in dieser Eigenschaft gutachterliche Stellungnahmen abgeben, nach den Grundsätzen des Vertrags mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter gegenüber Personen, denen gegenüber der Auftraggeber von dem Gutachten bestimmungsgemäß Gebrauch macht (Senat, BGHZ 145, 187 [197]; 127, 378 [380 f.]). Dabei ist entscheidend, ob der Sachverständige nach dem Inhalt des Auftrags damit rechnen musste, sein Gutachten werde gegenüber Dritten verwendet und von diesen zur Grundlage einer Entscheidung über Vermögensdispositionen gemacht (BGH, NJW-RR 1986, 484 = WM 1985, 450 [452]).

Darüber hinaus ist anerkannt, dass auch solche Sachverständige, die ohne staatliche Anerkennung gutachterlich tätig werden, nach den für Verträge mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter aufgestellten Grundsätzen jedenfalls dann nicht nur gegenüber ihrem Vertragspartner haften, sondern auch Dritten für die Richtigkeit ihres Gutachtens einstehen müssen, wenn der Auftrag zur Erstattung des Gutachtens nach dem zu Grunde zu legenden Vertragswillen der Parteien den Schutz Dritter umfasst (Senat, NJW 2001, 514 [516] = NZM 2001, 253; Staudinger / Jagmann, BGB, Neubearb. 2001, § 328 Rz. 139). Ein Gutachten, das Dritten als Grundlage für Vermögensdispositionen insbesondere im Verhältnis zu dem Auftraggeber des Gutachtens vorgelegt wird und dienen soll, erfasst grundsätzlich auch den Schutz dieser Dritten; ein entgegenstehender Wille der Vertragsparteien mit dem Ziel einer Täuschung des Dritten ist treuwidrig und daher unbeachtlich. Auch davon ist das BerGer. zutreffend ausgegangen.

II. Fehlerhafte Anwendung dieser Grundsätze durch das BerGer.

Soweit das BerGer. die Auffassung vertreten hat, der Kl. sei in den Schutzbereich des Vertrags über die Erstellung des Gutachtens nicht einbezogen, tragen, wie die Revision zu Recht geltend macht, seine bisherigen Feststellungen diesen Schluss nicht. Das BerGer. hat in diesem Zusammenhang wesentlichen Auslegungstoff unberücksichtigt gelassen.

1. Für die Vertragsauslegung heranzuziehende Gesichtspunkte

Ob ein bestimmter Dritter im Einzelfall in den Schutzbereich eines Vertrags einbezogen ist, ist zunächst eine Frage der Auslegung und insoweit vom Tatrichter zu entscheiden (BGH, NJW 1984, 355 [356]). Das RevGer. prüft insoweit nur, ob gesetzliche oder allgemein anerkannte Auslegungsregeln, Denkgesetze oder Erfahrungssätze verletzt sind oder wesentlicher Auslegungstoff außer Acht gelassen wurde (st. Rspr.; BGH, NJW 2000, 2099 m. w. N.). Bei der Frage, ob Dritte in den Schutzbereich eines Vertrags, der die Wertermittlung eines Grundstücks zum Gegenstand hat, einbezogen sind, gehören zum wesentlichen Auslegungstoff die in dem Gutachten enthaltenen Angaben über dessen Zweck und der sonstige Inhalt des Gutachtens, aber auch die eigenen Angaben des Gutachters zu Inhalt und Umständen der Auftragserteilung. Bei der Würdigung dieser Umstände kann dem Umstand Bedeutung zukommen, dass der Inhalt des Gutachtens in einem Widerspruch zu dem Vorbringen des Gutachters steht.

2. Unzureichende Würdigung der gutachterlichen Zweckangabe durch das BerGer.

Die Revision rügt zu Recht, das BerGer. habe der Angabe in dem Gutachten des Bekl., dieses sei „zu Planungs- und Finanzierungszwecken“ erstellt worden, keine hinreichende Beachtung geschenkt. Denn die Angabe kann einen Hinweis enthalten, wie der Gutachter den ihm erteilten Auftrag verstanden hat und ob und gegebenenfalls in welchem Umfang er bei der Erstattung des Gutachtens damit gerechnet hat, das Gutachten werde Dritten vorgelegt und von diesen einer Entscheidung über Vermögensdispositionen zu Grunde gelegt.

Allerdings kann entgegen der Auffassung der Revision aus der Zweckangabe im Gutachten des Bekl. allein nicht bereits darauf geschlossen werden, dass das Gutachten dazu bestimmt sein sollte, Dritten vorgelegt zu werden. Denn die Angabe, das Gutachten sei für „Planungs- und Finanzierungszwecke“ bestimmt, ist als solche nicht eindeutig. Sie lässt einerseits den Schluss

zu, das Gutachten sei nach dem Inhalt des Gutachtenauftrags lediglich zur Vorbereitung einer betriebsinternen Prüfung und Entscheidung des Auftraggebers beispielsweise über den Ankauf des Grundstücks oder die Möglichkeit der Finanzierung des Ankaufs und damit für interne Zwecke bestimmt. Andererseits kann die Formulierung auch in dem Sinne verstanden werden, dass das Gutachten dazu dienen sollte, vom Auftraggeber im Zusammenhang mit einem Finanzierungsgeschäft, bei dem das Grundstück als Sicherheit dienen sollte, potenziellen Kreditgebern vorgelegt zu werden, um diese von der Werthaltigkeit des zu beleihenden Grundstücks zu überzeugen. Welches Verständnis der Angabe, das Gutachten sei zu „Planungs- und Finanzierungszwecken“ bestimmt, beizumessen ist, kann daher nur unter Heranziehung der sonstigen bei Auftragsvergabe vorliegenden oder sich aus dem Gutachten selbst ergebenden Umstände ermittelt werden.

3. Gutachteninhalt und hierzu widersprüchliche Angaben des Bekl.

Das BerGer. hat in diesem Zusammenhang insbesondere den Inhalt des vom Bekl. erstatteten Gutachtens nicht hinreichend berücksichtigt. Das Gutachten gibt den Grundstückswert nicht unter Berücksichtigung der geplanten, sondern der zur Zeit der Begutachtung vorhandenen Bebauung wieder. Kosten für den bei einer Neubebauung erforderlichen Abriss der bestehenden Gebäude werden nicht in Ansatz gebracht; stattdessen gehen diese mit einem Wert von circa 3,5 Mio. DM in den gutachterlich ermittelten Gesamtwert ein. Weiter enthält das Gutachten keine Angaben zu Art und Umfang der geplanten Bebauung. Unter „Bemerkungen“ ist zudem in dem Gutachten ausgeführt, dass das Ertragswertverfahren gewählt wurde, weil die für das Vergleichswertverfahren benötigten fünf Vergleichsgrundstücke nicht existierten.

Indem das Gutachten das Grundstück zur Zeit der Begutachtung bewertet, entspricht es typischerweise einem Wertgutachten, wie es Verhandlungen mit Kreditgebern über die Finanzierung des Ankaufs eines Grundstücks zu Grunde gelegt wird. Damit spricht unter Berücksichtigung des Umstands, dass das Gutachten nach seiner Zweckangabe nicht nur Planungs-, sondern auch Finanzierungszwecken dienen sollte, vieles dafür, dass der Bekl. nicht nur ausweislich der Zweckangabe in seinem Gutachten, sondern auch ausweislich dessen Inhalts mit einer Verwendung des Gutachtens bei Verhandlungen über ein Kreditgeschäft gerechnet hat oder hat rechnen müssen, bei dem der Grundstückswert als Sicherheit dienen sollte.

Zwar ist der Gutachtenauftrag nach dem Vortrag des Bekl. ihm gegenüber damit begründet worden, die E

stehe mit der Grundstückseigentümerin wegen des Erwerbs des Grundstücks in Verhandlungen und plane - im Falle des Kaufs - die gesamte Fläche mit Wohn- und Geschäftshäusern zu bebauen; dafür benötige sie Aufschluss darüber, welche Erträge das Grundstück nach Umsetzung dieser Pläne erbringen könne. Zu der Zweckangabe in dem Gutachten sei es gekommen, weil der erhöhte Grundstückswert nach der Nutzungsänderung vorausschauend habe ermittelt werden sollen; das Gutachten habe eine planerische Grundlage für die Nutzungsänderung und das weitere Vorgehen der E sein sollen. Diesen Sachvortrag hat das BerGer. seiner Entscheidung im Wesentlichen zu Grunde gelegt. Dabei hat es jedoch nicht berücksichtigt, dass der Inhalt des vom Bekl. erstellten Gutachtens - wie dargelegt - in Widerspruch zu seinem prozessualen Vorbringen steht.

Die Ausführungen des BerGer. lassen nicht erkennen, ob und gegebenenfalls mit welchen Erwägungen es die genannten Umstände bei der Feststellung des Inhalts des von der E erteilten Gutachtenauftrags berücksichtigt hat. Die Einbeziehung des Kl. in den Schutzbereich des Gutachtenauftrags kann auf der Grundlage, von der für das Revisionsverfahren auszugehen ist, daher nicht mit der vom BerGer. gegebenen Begründung verneint werden.

III. Zumutbarkeit der Einbeziehung Dritter in den Schutzbereich des Vertrages für den Gutachter

Das angefochtene Urteil ist auch nicht deswegen im Ergebnis richtig, weil es durch die Einbeziehung des Kl. in den Schutzbereich des Gutachtenauftrags zu einer für einen Gutachter nicht zumutbaren Ausweitung der Haftung gegenüber Dritten kommen würde.

1. Grundsätzliches zum Kreis der in den Schutzbereich Einbezogenen

Das BerGer. ist im Ausgangspunkt zutreffend davon ausgegangen, dass nach der Rechtsprechung des BGH der Kreis der von den Schutzpflichten eines Gutachtenauftrags erfassten Personen nicht uferlos ausgeweitet werden darf (Senat, NJW 1998, 1059 [1062]; BGH, NJW 1987, 1758 [1760]). Ausgangspunkt der Rechtsprechung des BGH zum Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte sind Fallgestaltungen, in denen einem Vertragspartner gegenüber Dritten eine gesteigerte Fürsorgepflicht obliegt, ihm gleichsam deren „Wohl und Wehe“ anvertraut ist. Schon das RG hat in solchen Fällen zum Beispiel Familienangehörigen und Hausangestellten des Mieters, die durch ein Verschulden eines vom Vermieter mit einer Reparatur am Haus beauftragten Handwerkers Schaden erlitten haben, im Rahmen dieses Werkvertrags einen eigenen vertraglichen Schadensersatzanspruch zuerkannt (RGZ 91, 21 [24]; RGZ

102, 231; RGZ 127, 218 [222]; RGZ 160, 153 [155]). Diese Rechtsprechung hat Dritte in den Schutzbereich des Vertrags zunächst nur dann einbezogen, wenn sich die vertraglichen Schutzpflichten des Schuldners nach Inhalt und Zweck des Vertrags nicht nur auf den Vertragspartner beschränkten, sondern - für den Schuldner erkennbar - solche Dritte einschlossen, denen der Gläubiger seinerseits Schutz und Fürsorge schuldet. Dies ist insbesondere dann angenommen worden, wenn zwischen dem Gläubiger und dem Dritten eine Rechtsbeziehung mit privatrechtlichem Einschlag, das heißt etwa ein familienrechtliches, arbeitsrechtliches oder mietvertragsrechtliches Verhältnis, bestand (BGHZ 5, 378 [384] = NJW 1952, 1050; BGHZ 51, 91 [96] = NJW 1969, 269). In Weiterentwicklung dieser Rechtsprechung sind in die Schutzwirkungen eines Vertrags im Wege ergänzender Vertragsauslegung, auch Dritte einbezogen worden, wenn der Gläubiger an deren Schutz ein besonderes Interesse hat, wenn Inhalt und Zweck des Vertrags erkennen lassen, dass diesem Interesse Rechnung getragen werden sollte, und wenn die Parteien den Willen hatten, zu Gunsten dieser Dritten eine Schutzpflicht zu begründen (BGHZ 138, 257 [261] = NJW 1998, 1948). Allerdings beschränkt sich der Kreis der Einbezogenen in diesem Fall auf solche Dritte, in deren Interesse die Leistung des Schuldners nach der ausdrücklichen oder stillschweigenden (vgl. dazu Senat, NJW 2001, 514 = NZM 2001, 253 = VersR 2001, 1388) Vereinbarung der Parteien zumindest auch erbracht werden soll (BGHZ 138, 257 [262] = NJW 1998, 1948).

Tragender Gesichtspunkt für die Beschränkung des Kreises der einbezogenen Dritten ist in allen diesen Fällen das Anliegen, das Haftungsrisiko für den Schuldner kalkulierbar zu halten. Der Schuldner soll die Möglichkeit haben, sein Risiko bei Vertragsschluss zu kalkulieren und gegebenenfalls zu versichern (BGHZ 51, 91 [96] = NJW 1969, 269; BGHZ 138, 257 [262] = NJW 1998, 1948). Er soll für Schäden Dritter nicht einstehen müssen, wenn ihm nach Treu und Glauben und unter Berücksichtigung des Vertragszwecks nicht zugemutet werden kann, sich ohne zusätzliche Vergütung auf das Risiko einer erweiterten Haftung einzulassen (BGHZ 51, 91 [96] = NJW 1969, 269; vgl. auch Staudinger / Jagmann, § 328 Rz. 105; Soergel / Hadding, BGB, 12. Aufl., Anh. § 328 Rz. 17; Gottwald, in: MünchKomm, 4. Aufl., § 328 Rz. 109). Einer solchen Beschränkung des Kreises der in den Vertrag einbezogenen Dritten bedarf es dagegen nicht, wenn durch ihre Einbeziehung eine Ausweitung des Haftungsrisikos nicht eintritt (vgl. Senat, NJW 1998, 1059 [1062] = NZM 1998, 243; BGH, NJW 1984, 355 [356]; krit. dazu Grunewald, AcP 187 [1987], 185, [192]).

2. Speziell zur Einbeziehung in den Schutzbereich eines Gutachtervertrages

Eine Ausweitung des Haftungsrisikos tritt nach der Rechtsprechung des BGH nicht ein, wenn das Gutachten vereinbarungsgemäß Finanzierungszwecken dient und für den Gutachter damit erkennbar ist, dass es zu diesem Zweck auch Dritten vorgelegt wird. Kommen in diesen Fällen mehrere Darlehensgeber in Betracht, ist der Kreis der in den Schutzbereich einbezogenen Dritten nach der Rechtsprechung des BGH deshalb nicht auf einen Darlehensgeber beschränkt, und es besteht kein rechtliches Hindernis, alle Darlehensgeber in den Schutzbereich des Gutachtauftrags einzubeziehen (vgl. BGH, NJW-RR 1993, 944). Ebenso verhält es sich bei komplexeren Darlehens- oder Finanzierungsvorgängen, bei denen im Rahmen einer einheitlichen Finanzierungsmaßnahme ein Teil des Darlehens nur gegen weitere Sicherheiten gewährt wird (Senat, NJW 1998, 1059 [1062] = NZM 1998, 243 - zur Frage, ob neben einer kreditgebenden Bank auch ein Bürge in den Schutzbereich eines Gutachtervertrags einbezogen werden kann).

Darauf, ob dem Schuldner die Person, die in den Schutzbereich einbezogen werden soll, bekannt ist, kommt es nicht an (Senat, NJW 1998, 1059 = NZM 1998, 243). Als Dritte, die in den Schutzbereich eines Gutachtauftrags zur Wertermittlung eines Grundstücks einbezogen sind, kommen von daher nicht nur ein oder mehrere Kreditinstitute, sondern auch eine namentlich nicht bekannte Vielzahl privater Kreditgeber in Betracht, wenn der Gutachter nach dem Inhalt des ihm erteilten Gutachtauftrags wusste oder damit rechnen musste, dass der Auftraggeber das Gutachten zur Erlangung von Krediten verwenden werde, für die der Wert des Grundstücks als Sicherheit dienen soll.

Nicht anderes gilt, wenn der Auftraggeber das Gutachten nicht zur Erlangung eines üblichen Darlehens verwendet, sondern eine Anleihe auflegt, um sich das benötigte Kapital bei mehreren Investoren zu beschaffen. In diesem Fall erhöht sich das Haftungsrisiko des Gutachters nicht. Sein Risiko bleibt vielmehr gleich und wird durch den von ihm in seinem Gutachten festgestellten Wert des Grundstückes begrenzt. Denn der Gutachter, der weiß, dass sein Gutachten einer kreditgebenden Bank zum Nachweis von Sicherheiten vorgelegt wird, muss damit rechnen, dass eine Beleihung des bewerteten Grundstücks bis zu der banküblichen Beleihungsgrenze vorgenommen wird. Er geht damit das Risiko ein, bis zu dieser Grenze in Haftung genommen zu werden, wenn sein Gutachten einen höheren als den tatsächlichen Wert angibt. Tritt an die Stelle eines Kreditgebers eine Vielzahl von Anlegern, wird das Haftungsrisiko lediglich auf diese aufgeteilt (vgl. BGH, NJW 1984, 355 [356] zur Ausweitung des

Kreises der einbezogenen Dritten von einem Kaufinteressenten auf eine Käufergruppe; zust. Canaris, ZHR 163 [1999], 206 [209, 235 ff]). Dies gilt jedenfalls, solange der Auftraggeber das Gutachten lediglich für die Erlangung von Kredit in einer Höhe verwendet, die durch den im Gutachten festgestellten Betrag gedeckt ist. Der Kreis der in den Schutzbereich des Gutachtenauftrags einbezogenen Dritten findet hingegen dort eine Grenze, wo der Auftraggeber das Gutachten in einer Weise verwendet, mit der ein redlicher Gutachter nicht mehr rechnen muss. Das kann dann der Fall sein, wenn der Auftraggeber von dem Gutachten einen rechtswidrigen, insbesondere betrügerischen Gebrauch macht, um Kredit in einem Umfang zu erlangen, der durch die gutachterliche Bewertung nicht mehr gedeckt ist, und dadurch ein Schaden entsteht, der in seiner Summe über das hinausgeht, womit der Gutachter rechnen musste.

Entsprechende Feststellungen hat das BerGer. nicht getroffen; die Revisionserwiderung erhebt insoweit auch keine Gegenrügen.

B. Zur Haftung wegen fehlerhafter Begutachtung gem. § 826 BGB

Das angefochtene Urteil kann auch keinen Bestand haben, soweit das BerGer. Schadensersatzansprüche aus § 826 BGB mit der Begründung verneint hat, es fehle an der Darlegung, dass der Bekl. bei der Erstattung des Gutachtens leichtfertig und gewissenlos gehandelt habe; es sei nicht vorgetragen worden, dass sich dem Bekl. Zweifel an der Richtigkeit der Wertangaben im Zeitpunkt der Erstattung seines Gutachtens hätten aufdrängen müssen. Denn die Revision rügt zu Recht, dass das BerGer. den eigenen Sachvortrag des Bekl., den sich der Kl. zu Eigen gemacht hat, bei seiner Beurteilung außer Acht gelassen hat.

I. Haftung bei leichtfertiger, gewissenloser Falschbegutachtung oder Vorsatz

Nach der Rechtsprechung des BGH ist Voraussetzung für die Haftung eines Gutachters wegen vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung eines Dritten durch ein fehlerhaftes Gutachten, dass der Sachverständige bei Erstellung des Gutachtens leichtfertig oder gewissenlos und zumindest mit bedingtem Vorsatz gehandelt hat. Dass der Sachverständige ein falsches Gutachten erstellt hat, reicht dazu, wie das BerGer. im Ausgangspunkt zu Recht angenommen hat, nicht aus. Erforderlich ist vielmehr, dass sich der Sachverständige etwa durch nachlässige Ermittlungen zu den Grundlagen seines Auftrags oder gar durch „ins Blaue“ gemachte Angaben der Gutachtenaufgabe leichtfertig entledigt und damit eine Rücksichtslosigkeit gegenüber dem Adressaten des Gutachtens oder den in seinem Infor-

mationsbereich stehenden Dritten an den Tag gelegt hat, die angesichts der Bedeutung, die das Gutachten für deren Entschließungen hatte, und der von ihm in Anspruch genommenen Kompetenz als gewissenlos bezeichnet werden muss (BGH, NJW 2003, 2825 [2826] = NZM 2003, 728; NJW 1991, 3282 [3283], jew. m. w. N.).

Ob das Verhalten eines Gutachters als in diesem Sinne sittenwidrig anzusehen ist und ob das BerGer. die Gesamtumstände des Falls in erforderlichem Umfang gewürdigt hat, unterliegt der uneingeschränkten revisionsrechtlichen Überprüfung (BGHZ 154, 269 = NJW 2003, 728 = VersR 2003, 653 [654]; NJW 2001, 3702 = VersR 2001, 1431 [1432]; NJW 1991, 1046 = VersR 1991, 597).

II. Widersprüchliche Angaben des Bekl. zur Vorgehensweise bei der Wertermittlung

Der Bekl. will seinem eigenen Vorbringen, das sich der Kl. zu Eigen gemacht hat zufolge den Wert des Grundstücks unter Zugrundelegung der durch die E nach dem geplanten Erwerb des Grundstücks in Aussicht genommenen Nutzungsänderung durch Bebauung mit Wohn- und Geschäftshäusern ermittelt und in dem Gutachten ausgewiesen haben. Das Gutachten weist demgegenüber aus, dass Gegenstand des Wertgutachtens das Grundstück nebst Erschließung und aufstehenden Gebäuden im Zeitpunkt der Begutachtung war und der Wert des Grundstücks in diesem Zustand nach dem mutmaßlichen Ertrag ermittelt worden ist, weil für die Wertermittlung nach Vergleichswerten fünf direkt vergleichbare Grundstücke erforderlich seien und nicht zur Verfügung gestanden hätten. Ein Hinweis darauf, dass die Wertermittlung auf der Grundlage einer beabsichtigten Bebauung des Grundstücks mit Wohn- und Geschäftshäusern erfolgt sei, findet sich in dem Gutachten nicht. Bei dieser Sachlage kann ein Schadensersatzanspruch des Kl. aus § 826 BGB nicht mit der Begründung verneint werden, der Kl. habe nicht dargelegt, dass der Bekl. das Gutachten leichtfertig und zumindest mit bedingtem Schädigungsvorsatz abgegeben habe.

C. Zurückverweisung zur erneuten Verhandlung vor dem BerGer. gem. § 563 ZPO

Bei der erneuten Verhandlung und Entscheidung wird der dem Bekl. erkennbare Inhalt des Gutachtenauftrags anhand der Gesamtumstände unter Einbeziehung der Zweckangabe und des Inhalts des Gutachtens und unter Heranziehung seines eigenen Vorbringens zu den Umständen der Auftragserteilung festzustellen sein. Dabei kann auch der im Berufungsurteil dahingestellt gebliebenen Frage Bedeutung zukommen, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang der in dem Gutach-

ten ausgewiesene Wert des Grundstücks von dessen Wert zum Zeitpunkt der Begutachtung abgewichen ist, das Gutachten also objektiv falsch war.

Das BerGer. wird bei der Beantwortung der Frage, ob die Anleger in den Schutzbereich des Vertrags über die Erstattung des Gutachtens einbezogen sind, weiter zu berücksichtigen haben, dass der in dem Gutachten enthaltene Hinweis, dieses sei „nur für den Auftraggeber bestimmt“ - entgegen der Auffassung des Bekl. - allein nicht geeignet ist, eine Einbeziehung der Anleger zu verneinen. Denn bei diesem Hinweis handelt es sich nur um einen Gesichtspunkt, der bei der nach dem oben Gesagten erforderlichen Gesamtbetrachtung des Inhalts des Gutachtens, der Umstände der Auftragserteilung und des Vortrags des Gutachters zu berücksichtigen ist. Weiter wird das BerGer. zu beachten haben, dass eine Einbeziehung der Anleger in den Schutzbereich nicht deswegen ausscheidet, weil das Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen den Verkauf der Anleihe wegen des Fehlens einer Bankerlaubnis verboten hat. Denn das Verbot berührt nicht die Bedeutung, die das Gutachten des Bekl. für die Vermögensdisposition der Anleger gehabt hat und bleibt ohne Einfluss auf das Haftungsrisiko des Gutachters.

Bei der erneuten Verhandlung und Entscheidung wird zu beachten sein, dass, wie das BerGer. im Ausgangspunkt zutreffend erkannt hat, zwar grundsätzlich der Kl., der den Bekl. unter dem Gesichtspunkt eines Vertrags mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter in Anspruch nimmt, dafür darlegungs- und beweispflichtig ist, dass er als Dritter in den Schutzbereich des Gutachtervertrags einbezogen ist. Das BerGer. wird aber auch zu berücksichtigen haben, dass dem Anspruchsteller Beweiserleichterungen zugute kommen können. Muss eine Partei Umstände darlegen und beweisen, die zu dem ihrem Einblick entzogenen Bereich des Prozessgegners gehören, ist zu prüfen, ob es dem Prozessgegner im Rahmen seiner Erklärungslast nach §138 II ZPO zuzumuten ist, dieser Partei eine prozessordnungsgemäße Darlegung durch nähere Angaben über die zu ihrem Wahrnehmungsbereich gehörenden Verhältnisse zu ermöglichen (BGHZ 86, 23 [29] = NJW 1983, 687; BGHZ 140, 156 [158] = NJW 1999, 579; BGH, NJW-RR 1999, 1152; vgl. auch Zöller/Greger, ZPO, 24. Aufl., Vorb. § 284 ZPO Rz. 34 ff.). Kommt die Partei dieser sekundären Darlegungspflicht nicht nach, gilt der sonst als nicht hinreichend substantiiert anzusehende Vortrag des Prozessgegners

als zugestanden.

Bei der Prüfung von Schadensersatzansprüchen wird es auch darauf ankommen, ob und in welchem Umfang das umstrittene Wertgutachten falsch war, insbesondere darauf, ob es nicht den tatsächlichen Wert des Grundstücks im Zeitpunkt der Begutachtung, sondern den Wert ausgewiesen hat, den das Grundstück nach Durchführung der von der E beabsichtigten Bebauung mit Wohn- und Geschäftshäusern gehabt hätte. Da das BerGer. entsprechende Feststellungen nicht getroffen hat, wird dies im erneuten Berufungsverfahren unter gegebenenfalls ergänzendem Sachvortrag der Parteien nachzuholen sein. Eine abschließende Entscheidung durch den Senat ist auch insoweit nicht möglich.

Bei der erneuten Verhandlung und Entscheidung wird weiter zu beachten sein, dass nicht nur derjenige sittenwidrig handelt, der die haftungsbegründenden Umstände positiv kennt, sondern auch derjenige, der sich einer solchen Kenntnis bewusst verschließt (BGH, NJW 1994, 2289 [2291]). Auch in diesem Zusammenhang könnte es Bedeutung gewinnen, wenn sich bei der erneuten Verhandlung der Sache ergeben sollte, dass das umstrittene Gutachten nicht den Wert des Grundstücks im Zeitpunkt der Erstellung des Gutachtens ausgewiesen hat, sondern für den Fall des Erwerbs und der Bebauung mit Wohn- und Geschäftshäusern entsprechend der von der E dem Bekl. mitgeteilten Planung, und dass der vom Gutachter ermittelte Wert des Grundstücks in dem vom Kl. behaupteten Umfang von seinem tatsächlichen Wert im Zeitpunkt der Gutachtenerstellung durch den Bekl. erheblich abweicht.

Bei der Bemessung eines dem Kl. gegebenenfalls entstandenen Schadens wird zu beachten sein, dass der Bekl. dem Kl. gegenüber lediglich für die Richtigkeit seines Gutachtens, das heißt dafür einzustehen hat, dass das Grundstück tatsächlich den von ihm angegebenen Wert hat. Schäden, die dem Kl. dadurch entstanden sind, dass sich Gewinnerwartungen nicht realisiert haben, welche die E dem Kl. versprochen hatte, sind demgegenüber nicht adäquat kausal auf seine gutachterliche Tätigkeit zurückzuführen. Soweit der Kl. Zahlungen des Treuhänders erhalten hat, dürfen diese - im Verhältnis zum Bekl. - somit nur auf die Hauptforderung, nicht aber auf die von der E vertraglich geschuldeten Zinsen angerechnet werden.

Standort: Zwangsvollstreckung**Problem: Räumungsvollstreckung gegen Eheleute**

BGH, BESCHLUSS VOM 25.06.2004

IXA ZB 29 / 04 (NJW 2004, 3041)

Problemdarstellung:

Der BGH hatte sich in diesem Fall als gem. § 133 Fall 3 GVG zuständiges Gericht mit der Rechtsbeschwerde gem. § 574 ff ZPO einer Vollstreckungsgläubigerin auseinanderzusetzen, mit der diese erreichen wollte, aus einem Titel gegen ihre Wohnungsmieterin die Räumungsvollstreckung gegen alle Bewohner, d. h. auch gegen den Ehemann und die Tochter der Schuldnerin betreiben zu können. Hierbei waren einerseits die Interessen der Gläubigerin, welche den Räumungsprozess nur gegen die im Mietvertrag als Mieterin angegebene Ehefrau geführt und gewonnen hat, und andererseits die Interessen der weiteren Familienmitglieder, die ebenfalls in den Räumlichkeiten ihren durch Art. 13 GG vor staatlichem Zugriff geschützten Lebensmittelpunkt hatten, gegeneinander abzuwägen.

Für eine Vollstreckungsmöglichkeit gegen den Ehepartner spricht einerseits, dass es aus der Sicht der klagenden Vermieterin logisch erschienen sein mag, nach Beendigung eines Mietvertrages nur ihre Vertragspartnerin auf Räumung zu verklagen. Zudem dürfte das Besitzrecht des Ehegatten, der mit in der Wohnung wohnt, ohne selbst Mietpartei zu sein, stets nur ein abgeleitetes Besitzrecht i. S. d. § 986 I 1 Fall 2 BGB sein, welches fraglos mit Ende des Mietverhältnisses des Partners ebenso entfällt.

Bei den vorgenannten Überlegungen handelt es sich jedoch um Billigkeitserwägungen und materiell-rechtliche Argumente, denen der BGH hier den Grundsatz des Formalismus der Zwangsvollstreckung gegenübergestellt hat: Gem. § 750 I ZPO muss bei Beginn der Zwangsvollstreckung ein Titel vorliegen, in dem Gläubiger und Schuldner der Vollstreckung eindeutig benannt sind, nötigenfalls durch Ergänzung einer titelumerschreibenden Klausel i. S. d. §§ 727 ff ZPO. Nur so kann das Vollstreckungsorgan (hier der Gerichtsvollzieher, vgl. § 885 I 1 ZPO) schnell und sicher das Vorliegen der Vollstreckungsvoraussetzungen überprüfen. Mit der so begründeten Zurückweisung der Rechtsbeschwerde hat der BGH eine seit langem in Rechtsprechung und Literatur ausführlich diskutierte Streitfrage - vgl. die umfangreichen Nachweise unter B. IV. der Entscheidungsgründe - zugunsten der mitbewohnenden Eheleute entschieden, so dass Vermieter vor Beginn eines Räumungsrechtsstreites künftig genau prüfen sollten, ob neben ihren Mietern noch weitere herausgabepflichtige Dritte in Betracht kommen, die von vornherein in den Rechtsstreit einbezogen werden

sollten.

Prüfungsrelevanz:

Da die vorliegende Entscheidung grundlegende Fragen des Zwangsvollstreckungsrechts - Erfordnis eines gegen den Vollstreckungsschuldner gerichteten Titels als unverzichtbare Grundlage des Verfahrens - anspricht und die lange umstrittene Frage des Erfordernisses eines Räumungstitels gegen den in der Wohnung befindlichen Ehegatten mit ebenso grundlegenden Argumenten - Formalismus der Zwangsvollstreckung - beantwortet, eignet sie sich als Gegenstand von Prüfungsaufgaben in beiden juristischen Staatsexamina hervorragend. Die Lektüre dieser Entscheidung sollte deshalb in keiner gewissenhaften Examensvorbereitung fehlen.

Vertiefungshinweise:

Zur Pfändbarkeit von Gegenständen, die der Ehegatte zur Fortführung seiner Erwerbstätigkeit benötigt: *LG Augsburg*, FamRZ 2003, 697

Zur Vollstreckung eines Wohnungszuweisungstitels gegen den unterlegenen Ehepartner: *OLG Stuttgart*, FamRZ 2002, 559

Kursprogramm:

Assessorkurs: "Grundstücksauseinandersetzung"

Leitsatz:

Aus einem Räumungstitel gegen den Mieter einer Wohnung kann der Gläubiger nicht gegen einen im Titel nicht aufgeführten Dritten vollstrecken, wenn dieser Mitbesitzer ist.

Sachverhalt:

Die Gläubigerin erwirkte als Vermieterin gegen die Schuldnerin einen Titel auf Räumung einer Drei-Zimmer-Wohnung. Die zuständige Gerichtsvollzieherin lehnte die Durchführung des ihr erteilten Vollstreckungsauftrags mit dem Hinweis ab, es bedürfe auch eines Räumungstitels gegen den in der Wohnung lebenden Ehemann der Schuldnerin sowie gegen deren Tochter.

Das AG hat die Erinnerung der Gläubigerin zurückgewiesen, weil die beabsichtigte Räumungsvollstreckung aus einem allein gegen die Mieterin gerichteten Titel jedenfalls gegen deren Ehegatten unzulässig sei. Die sofortige Beschwerde der Gläubigerin hatte keinen Erfolg. Dagegen wendete sie sich mit der zugelassenen Rechtsbeschwerde. Diese blieb ebenfalls erfolglos.

Aus den Gründen:

Das gem. § 574 I Nr. 2, III 2 ZPO statthafte und auch im Übrigen zulässige Rechtsmittel ist unbegründet.

A. Entscheidung des BeschwGer. und Rüge der Rechtsbeschwerde

Das BeschwGer. hat ausgeführt:

Die Gläubigerin benötige für die Räumungsvollstreckung nach § 885 I ZPO einen Titel gegen den ihr namentlich bekannten Ehemann der Schuldnerin, weil dieser Mitbesitz an der Wohnung habe, während die Tochter der Schuldnerin bloße Besitzdienerin sei. Der Vorschrift des § 885 II ZPO lasse sich zwar entnehmen, dass eine Maßnahme des Gerichtsvollziehers zur Durchführung der Vollstreckung Personen betreffen könne, gegen die sich der Titel nicht richte, ohne dass diese als Räumungsschuldner angesehen würden. Die dort getroffene Regelung gelte aber nur für bewegliche Sachen. Sie könne schon mit Blick auf Art. 13 GG nicht herangezogen werden, um entgegen § 750 I ZPO eine Vollstreckung auch gegen den Ehegatten zu rechtfertigen.

Die Rechtsbeschwerde hält dem entgegen, dass es nicht darauf ankomme, ob der Ehegatte als Mitbesitzer oder als Besitzdiener anzusehen sei. Für eine Besitzdienerschaft, die den Vorstellungen des Gesetzgebers bei Erlass der Norm entspreche, lasse sich anführen, dass sich die Ehegatten bewusst entschieden hätten, nur einen von ihnen den Mietvertrag abschließen zu lassen. Jedenfalls zeige § 885 II ZPO, dass der Gesetzgeber zutreffend davon ausgegangen sei, eine Vollstreckung könne sich auf Dritte auswirken, gegen die sich der Titel nicht richte. Art. 13 GG stehe einer entsprechenden Anwendung der Vorschrift nicht entgegen, denn dieses Grundrecht schütze nicht das Besitzrecht an einer Wohnung. Es enthalte zum Schutz der Privatsphäre nur das grundsätzliche Verbot, gegen den Willen des Wohnungsinhabers in die Wohnung einzudringen und darin zu verweilen; dieser Eingriff sei vorliegend auf Grund der in dem Räumungstitel enthaltenen richterlichen Ermächtigung gerechtfertigt. Hinzu komme, dass die Gerichtsvollzieherin die Durchführung der Räumung, abgelehnt habe, ohne zunächst einen Vollstreckungsversuch zu unternehmen.

B. Entscheidung des BGH in der Rechtsbeschwerdeinstanz

Der Standpunkt des BeschwGer. ist richtig.

I. Kenntnis der Gläubigerin von den Mitbewohnern der Schuldnerin

Die Gläubigerin ist selbst davon ausgegangen, dass in der zu räumenden Wohnung neben der Schuldnerin auch deren Familie lebt. Denn sie hat mit Schreiben

vom 24.06.2003 dem Vollstreckungsgericht den Ehemann und die Tochter namentlich als die Personen benannt, die mit der Schuldnerin in dem herauszugebenden Objekt wohnen, und zugleich gebeten, die vollstreckbare Ausfertigung des Räumungstitels auf diese „auszuweiten“, was seitens des Vollstreckungsgerichts von der Gläubigerin unangegriffen mit der Begründung abgelehnt worden ist, dazu bedürfe es zunächst einer entsprechenden Klage.

II. Mitgewahrsam des Ehemanns der Schuldnerin

Rechtsfehlerfrei ist das BerGer. davon ausgegangen, dass jedenfalls der Ehemann der Schuldnerin Mitgewahrsam an der Wohnung hat. In diesem Zusammenhang kommt es nicht darauf an, dass der Mietvertrag allein zwischen der Gläubigerin und der Schuldnerin abgeschlossen worden ist. Denn aus dem Gebot der ehelichen Lebensgemeinschaft (§ 1353 I BGB) folgt die Pflicht der Ehegatten, sich gegenseitig die Benutzung der ehelichen Wohnung zu gestatten. Regelmäßig sind daher beide Ehegatten gleichberechtigte Mitbesitzer der ehelichen Wohnung. Es würde der Stellung des jeweils anderen Ehepartners nicht entsprechen, ihm jede selbstständige Nutzungsbefugnis der Wohnung zu versagen und ihn im Sinne einer Besitzdienerschaft (§ 855 BGB) von den Weisungen des Ehepartners, der Partei des Mietvertrags geworden ist, abhängig sein zu lassen (vgl. BGHZ 12, 380 [400]; BGH, NJW 1978, 1529 [1530]). Besondere Umstände, die eine andere Beurteilung rechtfertigen könnten, sind weder von der Gläubigerin dargetan noch sonst ersichtlich.

III. Keine Nennung des Ehemanns als räumungspflichtiger Schuldner im Titel

Ist der Ehemann ebenso wie die Schuldnerin selbst Gewahrsamsinhaber, kann die Zwangsvollstreckung gegen ihn nicht aus dem von der Gläubigerin vorgelegten Titel betrieben werden. Nach § 885 I ZPO findet die Räumungsvollstreckung in der Weise statt, dass der Gerichtsvollzieher den (Vollstreckungs-) Schuldner aus dem Besitz setzt und den Gläubiger in den Besitz einweist. Wer Vollstreckungsschuldner im Sinne der genannten Vorschrift ist, beurteilt sich nach § 750 I ZPO. Danach kann die Zwangsvollstreckung nur gegen eine Person begonnen werden, die im Titel und in der Vollstreckungsklausel als Vollstreckungsschuldner bezeichnet ist. Damit wird gewährleistet, dass staatlicher Zwang nur zur Durchsetzung eines urkundlich bereits ausgewiesenen Anspruchs erfolgt, und zwar für und gegen die im Titel genannten Personen. Diese allgemeine Voraussetzung jeder Zwangsvollstreckung, an der es hier gegenüber dem Ehemann der Schuldnerin fehlt, kann nicht durch materiell-rechtliche Erwägungen außer Kraft gesetzt wer-

den. Es ist daher ohne Bedeutung und bedarf keiner näheren Prüfung, ob der Ehemann nach materiellem Recht zur Herausgabe der Mietsache an die Gläubigerin verpflichtet wäre; denn diese Fragen gehören in das Erkenntnisverfahren und nicht in das formalisierte Zwangsvollstreckungsverfahren (vgl. Senat, NJW-RR 2003, 1450 = WM 2003, 1825).

IV. Gegenauffassung: Vollstreckung gegen den Ehegatten mangels eigenen Besitzrechts möglich

Dies entspricht einer im Vordringen befindlichen Auffassung (KG, OLGZ 1994, 479; OLG Oldenburg, NJW-RR 1994, 715; OLG Köln, DGVZ 1997, 119 [121]; OLG Düsseldorf, DGVZ 1998, 140; OLG Jena, NJW 2002, 214 = WuM 2002, 221; LG Hamburg, NJW-RR 1993, 146; LG Saarbrücken, NZM 2002, 939; Musielak/Lackmann, ZPO, 3. Aufl., § 885 Rz. 8; Stein/Jonas/Brehm, ZPO, 21. Aufl., § 885 Rz. 15; Zöller/Stöber, ZPO, 24. Aufl., § 885 Rz. 6; Bunn, NJW 1988, 1362 [1364]; Becker-Eberhard, FamRZ 1994, 1296 [1302]).

Soweit die Gegenansicht (LG Kiel, WuM 1982, 304; LG Ellwangen, DGVZ 1993, 10; LG Heidelberg, DGVZ 1994, 9; LG Detmold, DGVZ 1999, 27; LG Mönchengladbach, DGVZ 2000, 118; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 62. Aufl., § 885 Rz. 10; Wiczorek/Storz, ZPO, 3. Aufl., § 885 Rz. 20; Zimmermann, ZPO, 6. Aufl., § 885 Rz. 3c; Thomas/Putzo, ZPO, 25. Aufl., § 885 Rz. 4 a; Schuschke/Walker, Vollstreckung und Vorläufiger Rechtsschutz, § 885 ZPO Rz. 14; Scherer, DGVZ 1993, 161 [162]; Pauly, DGVZ 2000, 17 [20]) darauf abhebt, der Ehegatte müsse sein Besitzrecht vom Vermieter unmittelbar etwa durch Einbeziehung in den Mietvertrag ableiten und nicht lediglich von seinem Ehegatten, kommt es darauf aus dem bereits genannten Grunde nicht an. Der Gerichtsvollzieher hat nicht das Recht zum Besitz zu beurteilen, sondern allein die tatsächlichen Besitzverhältnisse, gleich wie der Besitz erlangt ist. Sodann ist nur noch zu prüfen, ob sich die Räumungsverpflichtung nach dem vom Gläubiger beigebrachten Titel gegen den von ihm festgestellten (Mit-)Besitzer der Wohnung richtet (OLG. Köln, DGVZ 1997, 119).

V. Unbeachtlichkeit des § 885 II ZPO

Das von der Rechtsbeschwerde angestrebte Ergebnis kann auch nicht durch eine erweiternde Anwendung des § 885 II ZPO gewonnen werden. Denn dort ist lediglich geregelt, dass bewegliche Sachen, die nicht Gegenstand der Zwangsvollstreckung sind, vom Gerichtsvollzieher weggeschafft und bei Abwesenheit des Schuldners einer zu seiner Familie gehörigen erwachsenen Person übergeben werden können. Das besagt

nichts darüber, ob die zur Familie gehörige Person, sofern sie Mitbesitz hat, gem. § 885 I ZPO gegebenenfalls unter Anwendung unmittelbaren Zwangs aus dem Besitz gesetzt werden darf. Die Vorschrift bestimmt nur das „Wie“ und nicht das „Ob“ der Zwangsvollstreckung. Es geht allein darum, was mit den vom Gerichtsvollzieher vorgefundenen, nicht der Zwangsvollstreckung unterliegenden beweglichen Sachen des jeweiligen Schuldners zu geschehen hat, wie also die Zwangsvollstreckung im Einzelnen abzuwickeln ist. Rückschlüsse über die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung als solche und das Erfordernis eines Titels können aus der Vorschrift nicht gezogen werden. Soweit der Gesetzgeber bei Schaffung des § 885 ZPO davon ausgegangen sein mag, insbesondere die Ehefrau des Schuldners sei regelmäßig Besitzdienerin statt Mitbesitzerin, wäre dies unerheblich. Denn entscheidend ist, dass nach Absatz 1 der Vorschrift der jeweilige Besitzer zugleich der im Titel ausgewiesene Vollstreckungsschuldner sein muss. Wer Besitz hat, bestimmt sich jedoch nach den §§ 854 ff. BGB. Ist danach der Ehegatte als Mitbesitzer anzusehen, hat der Gläubiger unbeschadet der Regelungen in § 885 II, III ZPO einen Titel gegen ihn zu erwirken (ebenso Stein/Jonas/Brehm, ZPO, 21. Aufl., Rz. 12; Zöller, ZPO, 24. Aufl., § 885 Rz. 6; Becker-Eberhard, FamRZ 1994, 1296; Bunn, NJW 1988, 1363; OLG Oldenburg, NJW-RR 1994, 715; a. A. Schilken, in: MünchKomm-ZPO, 2. Aufl., § 885 Rz. 10).

VI. Keine Pflicht des GV, einen Vollstreckungsversuch durchzuführen, wenn Mitgewahrsamsinhaber von vornherein bekannt

Es kommt schließlich nicht darauf an, ob der Ehemann der Schuldnerin einer Räumungsvollstreckung widersprechen würde. Der Gerichtsvollzieherin ist nicht vorzuhalten, keinen Vollstreckungsversuch unternommen zu haben, um eine mögliche Herausgabebereitschaft des Ehemanns festzustellen. Denn es geht nicht wie etwa bei § 809 ZPO um die Vollstreckung gegen den Schuldner in dessen Vermögen mit Erlaubnis eines dritten Gewahrsamsinhabers (dazu Senat, NJW-RR 2004, 352 = WM 2003, 2484), sondern um eine Vollstreckung gegen den Dritten selbst, der gem. § 885 I ZPO aus dem Besitz gesetzt werden soll und gegen den kein Titel vorliegt (so richtig Musielak/Lackmann, ZPO, 3. Aufl., § 885 Rz. 11). Der Mitgewahrsam des Ehemanns und das Fehlen eines Titels gegen ihn sind der Gerichtsvollzieherin noch vor Durchführung des Vollstreckungsauftrags bekannt geworden, so dass sie diesen mit der Begründung, es fehle an einer allgemeinen Vollstreckungsvoraussetzung i. S. d. § 750 I ZPO, zurückweisen durfte. Nicht etwa hat die Gerichtsvollzieherin erst im Zuge der Räumungsvollstreckung ge-

gen die Schuldnerin deren Ehemann angetroffen, so dass sie ihn bei dieser Gelegenheit zu seiner Herausgabebereitschaft hätte befragen können. Dass der Ehemann seinen bestehenden Besitz ausdrücklich aufge-

geben hat (§ 856 I BGB; vgl. Zöllner/Stöber, ZPO, 24. Aufl., § 885 Rz. 13), wird von der Gläubigerin nicht behauptet; dies materiell-rechtlich zu beurteilen, war nicht Aufgabe der Gerichtsvollzieherin.

Standort: Deliktsrecht

Problem: Wohnungsbrand durch unbeaufsichtigte Kinder

OLG KOBLENZ, URTEIL VOM 02.08.2004
12 U 587 / 00 (NJW 2004, 3047)

Problemdarstellung:

“Messer, Feuer, Schere, Licht, sind für kleine Kinder nicht”. Auf dieses oder ein ähnliches Sprichwort will das Gericht im vorliegenden Fall unter B. III. 1. der Entscheidungsgründe wohl hinweisen, wenn es darauf abstellt, dass die Erkenntnis, dass Feuerutensilien nicht in die Hände kleiner Kinder gehören, sogar volkspriechwörtlich belegt ist. Obwohl diese Weisheit ebenso alt wie bekannt ist, wird sie doch immer wieder außer Acht gelassen.

Hier hatten sich die Eltern eines Zwillingspärchens im Alter von zweieinhalb Jahren zum Schlafen niedergelegt und ihre Rauchutensilien -Zigaretten, Zigarettenblättchen, Feuerzeug - auf dem für die Kinder frei zugänglichen Wohnzimmertisch liegen gelassen. Die Kinder hatten sodann mit diesen Hilfsmitteln einen Wohnungsbrand entfacht.

Gegenstand des Rechtsstreites, über den das OLG Koblenz nun in zweiter Instanz zu entscheiden hatte, war die Regressforderung der Gebäudeversicherung des Vermieters, welche diesem die entstandenen Schäden ersetzt hatte und nun gem. § 67 I VVG aus übergegangenem Recht Regress von den Eltern der Kinder begehrte.

Als übergegangener Anspruch kam hier einerseits eine positive Vertragsverletzung des Wohnungsmietvertrages in Betracht (pVV, inzwischen § 280 I BGB, vgl. Palandt/Weidenkaff, § 535 Rz. 85), andererseits eine Haftung der Eltern wegen Verletzung ihrer Aufsichtspflicht gem. § 832 BGB.

Unabhängig von der herangezogenen Anspruchsgrundlage war es in jedem Fall Aufgabe der beklagten Eltern, sich zu exkulpieren, also ihr fehlendes Vertretenmüssen darzulegen und zu beweisen (vgl. zur Darlegungs- und Beweislast hinsichtlich des Vertretenmüssens im Anwendungsbereich der alten pVV etwa: Palandt/Heinrichs, BGB, 60. Auflage 2001, § 282 Rz. 8). Dabei war sogar zu ihren Gunsten zu berücksichtigen, dass derjenige Mieter, welcher sich anteilig an den Kosten einer Gebäude- u./o. Feuerversicherung beteiligt, hinsichtlich einer Beschädigung der Mietsache grundsätzlich nur für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit haftet (vgl. dazu auch Palandt/Weiden-

kaff, § 538 Rz. 8 m. w. N.).

Das OLG kommt im Ergebnis trotzdem zu einer vollen Haftung der Bekl., indem es zu Recht von grober Fahrlässigkeit ausgeht, wenn Zweieinhalbjährige, die praktisch ungehinderten Zugang zu Feuerzeugen haben, auch noch über einen längeren Zeitraum unbeaufsichtigt gelassen werden.

Prüfungsrelevanz:

Die für die Entscheidung hier unter anderem maßgebliche Anspruchsgrundlage des § 832 BGB gehört nicht unbedingt zu den Klassikern im Rahmen der Examensvorbereitung, dürfte denjenigen, die im Deliktsrecht ihre “Hausaufgaben gemacht” haben, allerdings auch wenig Schwierigkeiten bereiten, da sie dem § 831 BGB in wesentlichen Punkten entspricht: Auch hier muss eine lediglich rechtswidrige Schädigung Dritter durch eine Person verursacht worden sein, deren Beaufsichtigung dem Anspruchsgegner obliegt. Auch hier greift eine doppelte Vermutung (schuldhaftes Verletzung der Aufsichtspflicht und Kausalität dieser Pflichtverletzung für das Verhalten der zu beaufsichtigenden Person) mit der daran anknüpfenden doppelten Exkulpationsmöglichkeit des Aufsichtspflichtigen (vgl. Palandt/Thomas, § 832 Rz. 13 f.). Insofern eignet sich ein derartiger Fall durchaus als Grundlage für Examensarbeiten. Er ist darüber hinaus lesenswert, weil er anschaulich zeigt, wie vermeintliche Leerformeln (“Grob fahrlässig handelt, wer übersieht, was im konkreten Fall jedem hätte einleuchten müssen.”) in der praktischen Anwendung durch die Rechtsprechung mit Leben gefüllt werden.

Vertiefungshinweise:

- Wohnungsbrand durch ein am Herd spielendes dreijähriges Kind: *OLG Düsseldorf*, NJW-RR 2002, 235
- Zur Beaufsichtigung 10-jähriger Kinder mit bekannter “Zündelneigung”: *BGH*, NJW 1996, 1404

Kursprogramm:

- Examenskurs*: “Der unglückliche Verkehrsunfall”

Leitsätze:

1. Hat der Wohnungsmieter vertraglich auch die anteiligen Kosten der Gebäudeversicherung des

Hauseigentümers zu zahlen, so ist zwar seine Haftung im Brandfall auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit beschränkt. Die große Zahl der gerade durch kleine Kinder verursachten Brände gebietet es aber, an die Aufsichtspflicht einen strengen Maßstab anzulegen.

2. Kleine Kinder im Alter von zweieinhalb Jahren verfügen bereits über beachtliche kognitive und feinmotorische Kompetenzen und sind in der Lage, ein Gas-Einwegfeuerzeug prinzipiell selbständig in Gang zu setzen, namentlich dann, wenn sie vielfältig beim Rauchen ihrer Eltern Gelegenheit haben, den Feuerzeuggebrauch zu beobachten. Die Gefahr des Spielens und Zündelns mit Feuerutensilien kann bei Kindern dieser Altersstufe wirksam nur gebannt werden, wenn Feuerzeuge etc. weggeschlossen oder sonst für Kinder unerreichbar verwahrt werden.

3. Eltern, die als Raucher gewöhnt sind, ihre Rauchutensilien auf dem Tisch liegen zu lassen und das Feuerzeug lediglich in die Zigarettenpackung zu stecken, muss sich schon wegen des kindlichen Nachahmungstrebens die nahe liegende Möglichkeit förmlich aufdrängen, dass ihre Kinder versuchen könnten, das Feuerzeug etc. an sich zu bringen, um damit zu „spielen“ etc. Sie handeln grob fahrlässig, wenn sie sich zu einem Vormittagsschlaf niederlegen und es damit möglich machen, dass die Kinder unbeaufsichtigt an die Rauchutensilien gelangen, damit zündeln und einen Brand auslösen.

Sachverhalt:

Die Kl. hat als Feuerversicherung den aus einem Brand am 04.02.1998 in der Dachgeschosswohnung des Hauses F entstandenen Schaden mit 89.450,00 DM dem Hauseigentümer vergütet. Mit der Klage verlangt sie aus übergegangenem Recht Ersatz dieser Leistung von den bekl. Eheleuten. Diese waren zum Brandzeitpunkt Mieter der Wohnung. Im Mietvertrag war bestimmt, dass sie anteilig auch die Kosten der Sachversicherung zu zahlen hatten.

Bei Ausbruch des Brandes (etwas vor 10.00 Uhr) befanden sich in der Wohnung außer den Bekl. lediglich noch ihre damals knapp zweieinhalb Jahre alten Zwillinge (geb. am 18.08.1995). Als die Bekl. kurz vor 10.00 Uhr den Ausbruch des Brandes bemerkten, befanden sie sich in ihrem Schlafzimmer im Bett. Im Zuge der Brandermittlung wurde im Wohnzimmer ein vor dem Travertintisch stehender Polstersessel als Brandausbruchsstelle festgestellt. Auf dem Tisch waren unter anderem eine angebrochene Zigarettenpackung, eine aufgerissene und leere Verpackungshülle für Zigarettenblättchen, drei Kerzenhalter sowie geschmolzenes Kerzenwachs. Direkt vor den

Kerzen befand sich ein kleines Häufchen Asche von verbrannten Zigarettenblättchen sowie unter der Asche in geschmolzenem und wieder erkaltetem Kerzenwachs eingeschmolzene, noch erhaltene Zigarettenblättchen. Unter bzw. in einer nicht gefalteten Decke, die auf einer ebenfalls in unmittelbarer Nähe des Tisches stehenden Couch lag, wurde ein aufgeplatztes Gas-Einwegfeuerzeug gefunden.

Die Kl. trägt vor, der Brand sei durch grob fahrlässige Verletzung der Pflicht der Bekl. zur Beaufsichtigung ihrer beiden Kinder verursacht worden. Die Bekl., die beide Raucher seien, hätten ihre Rauchutensilien einschließlich des lediglich in der Zigarettenpackung aufbewahrten Feuerzeugs auf dem Tisch liegen lassen, anstatt den Zugriff der Kinder auf Zündmittel wirksam zu unterbinden. Die Bekl. meinen, die Brandursache habe nicht exakt ermittelt werden können. Jedenfalls sei ihnen keine grob fahrlässige Verletzung der Aufsichtspflicht nachzuweisen. Insbesondere hätten sie nicht damit zu rechnen brauchen, dass ihre erst zweieinhalbjährigen Kinder in der Lage seien, ein Feuer zu entfachen. In diesem Entwicklungsstand sei es ausgeschlossen, mit dem eine zeitgleiche Bedienung des Reibrades und der Gastaste erfordernden Einwegfeuerzeug ausreichend lange eine Flamme zu erzeugen, um Dinge zu entzünden.

Das LG hat der Klage entsprochen. Die Berufung der Bekl. blieb erfolglos.

Aus den Gründen:

Der Kl. steht gegen die Bekl. als Gesamtschuldner wegen Aufsichtspflichtverletzung (§§ 832 I, 840 I BGB i. V. m. § 67 VVG) Anspruch auf Vergütung des dem brandgeschädigten Hauseigentümer ersetzten Schadensbetrags von 89.450,00 DM nebst Zinsen zu. Die gleiche Rechtsfolge ergibt sich auch auf Grund des daneben bestehenden Anspruchs wegen positiver Forderungsverletzung der mietvertraglichen Verpflichtung der Bekl., die Wohnung vor Beschädigungen zu schützen.

A. Brandverursachung durch die zweieinhalbjährigen Zwillinge

Der Senat ist davon überzeugt, dass die beiden Zwillingssöhne der Bekl. den Brand verursacht haben.

I. Ausschluss technischer Brandursachen

Bei der Brandermittlung vor Ort wurde eine technische Brandursache ausgeschlossen. Nur entweder eine Entstehung des Brandes nach unsachgemäßem Umgang der Bekl. mit Rauchutensilien oder aber ein Zündeln der Zwillinge wurden als mögliche Ursachen für die Brandentstehung angenommen. Unbestritten haben die Bekl. nach einer zeitnahen eigenen Angabe am Scha-

denstag in der Wohnung nicht geraucht; die Rauchutensilien nebst Feuerzeug hätten allerdings für die Kinder frei zugänglich auf dem Tisch im Wohnzimmer gelegen. Schon deshalb kommt als Brandentstehungsursache einzig ein „Spielen“ der Kinder mit dem Feuerzeug etc. in Betracht.

II. Zu den kognitiven und motorischen Fähigkeiten zweieinhalbjähriger Kinder

Am Brandort fanden sich Spuren, die eindeutig als Nachweis eines kindertypischen Spielens mit dem auf dem Tisch befindlichen Feuerzeug und den Rauchutensilien zu werten sind. So waren die zum Drehen von Zigaretten bestimmten Papierblättchen aus ihrer Hülle, die aufgerissen war, vollständig herausgenommen worden. Direkt vor den Kerzen befand sich Asche von verbrannten Zigarettenblättchen und darunter im geschmolzenen und wieder erkalteten Kerzenwachs noch nicht verbrannte Zigarettenblättchen. Das rotfarbene Gas-Einwegfeuerzeug fand sich unter bzw. in der nicht gefalteten Decke auf dem Sofa. Die Sachverständige hat Spiele, bei denen ein Objekt unter einer Decke versteckt werde, als für zweieinhalbjährige Kinder typisch gekennzeichnet. Nicht auszuschließen, sondern vorstellbar sei aber auch, dass die Kinder mangels realistischer Einschätzung der Gefahrensituation und aus dem vagen Gefühl heraus, etwas Falsches gemacht zu haben, letztlich das Feuerzeug im Sinn eines „Verschwindenlassens“ in die Decke gewickelt hätten, um das Entzünden eines Feuers „ungeschehen zu machen“. Auch dann wäre das Verhalten der Zwillinge aus entwicklungspsychologischer Sicht „Sinn machend“ und damit auch kindertypisch.

Auch die komplette Herausnahme der Papierblättchen aus der Packung und deren Schichtung, so dass hier zum Teil noch unverbrannte Blättchen in erkaltetem Kerzenwachs und darüber zu Asche verbrannte vorgefunden wurden, hat die Sachverständige zu den typischen Aktivitäten von Kindern im fraglichen Alter gerechnet. Insbesondere hat sie es entgegen der Auffassung der Bekl. für nicht ausgeschlossen erklärt, dass ein zweieinhalbjähriges Kind in der Lage sei, ein Gas-Einwegfeuerzeug zu bedienen und mit der Flamme jedenfalls die leicht entflammbaren Zigarettenblättchen anzuzünden. Kinder in diesem Alter würden normalerweise bereits über beachtliche kognitive und feinmotorische Kompetenzen verfügen. Für keine der drei zur Betätigung eines Gas-Einwegfeuerzeugs erforderlichen Teilhandlungen (Halten des Feuerzeugs, Drehen des Reibsteins und Drücken des Gashebels) sei prinzipiell auszuschließen, dass sie von einem normalentwickelten zweieinhalbjährigen Kind ausgeführt werden kann. Auch wenn die Handgröße eines normalgewachsenen Kindes dieser Altersklasse noch zu

klein sei, um die genannten drei Teilhandlungen, wie typischerweise bei einem Erwachsenen, mit einer Hand auszuführen, sei es dem Kind möglich, das Feuerzeug mit der einen Hand zu halten, um mit der anderen Hand den Reibstein zu drehen und anschließend den Gashebel zu drücken. Werde das Feuerzeug dabei gleichzeitig an brennbares Material gehalten oder halte eine andere Person, hier möglicherweise das zweite Kind, das brennbare Material dicht an das Feuerzeug, so sei es bei normaler Handgröße und Fingerkraft eines zweieinhalbjährigen Kindes möglich, dass ein Feuer entzündet werden könne. Unter „günstigen“ Rahmenbedingungen, namentlich bei hinreichender Beobachtungs- und Übungsgelegenheit, könne diese Handlung prinzipiell selbstständig (ohne Hilfe oder mit Hilfe eines anderen Kindes) realisiert werden.

Daran kann hier nach Überzeugung des Senats umso weniger ein Zweifel bestehen, als beide Bekl. Raucher waren und ihre Kinder vielfältig Gelegenheit hatten, aus Anlass des Rauchens auch die Betätigung des Gas-Einwegfeuerzeugs zu beobachten. Da Kinder dieser Altersstufe ohnehin schon besonders daran interessiert sind, Verhaltensweisen anderer Menschen zu imitieren, erhöht dies noch die Wahrscheinlichkeit, dass sie versuchen, bei Gelegenheit die beobachtete Handlung auch selbst vorzunehmen. Sie verfügen bereits über genügend Ausdauer, um Tätigkeiten, die ihnen nicht auf Anhieb gelingen, häufig zu wiederholen. Wenn sie wissen, welches Ziel eine gegebene Handlung hat und wie sie prinzipiell auszuführen ist, können sie sich lange und ausdauernd damit befassen, dieses Ziel zu erreichen, besonders, wenn damit ein für sie interessanter Effekt, nämlich hier das Erzeugen einer Flamme, zu erzielen ist. Eine „natürliche“ Angst vor Feuer besteht im Normalfall nicht ...

Zusammenfassend sieht die Sachverständige mehr Anlass zu der Feststellung, dass die Kinder der Bekl. das Feuer im Wohnzimmer selbst entfacht haben. Eine andere Verursachung ist für sie „nur eine theoretische Möglichkeit“.

III. Zu den Aktivitäten zweieinhalbjähriger Kinder zur Tatzeit

Für den Senat steht auch außer Zweifel, dass die Kinder der Bekl. genügend Zeit hatten, unbeaufsichtigt mit dem auf dem Tisch im Wohnzimmer liegenden Feuerzeug und den Rauchutensilien zu spielen.

Bereits die Sachverständige hat es auf Grund ihrer entwicklungspsychologischen Kenntnisse für extrem unplausibel erklärt, dass zweieinhalbjährige Zwillinge im Zeitraum zwischen 7.45 bis 10 Uhr schlafen. Dies sei eine Zeit, in der Kinder dieses Alters unter normalen Umständen immer wach seien. Die Eltern hätten damit rechnen müssen, dass sie sich aus dem elterlichen

Schlafzimmer entfernten. Damit haben die Bekl. nach Überzeugung des Senats auch gerechnet. Denn andernfalls hätte es fern gelegen, alle anderen Wohnungstüren mit Ausnahme der Schlafzimmertür abzuschließen, „damit die Kinder nicht unbeaufsichtigt in die anderen Zimmer laufen können“. Durch das Nichtabschließen der Schlafzimmertür war es den Kindern aber erkennbar noch möglich, in das Wohnzimmer zu gelangen und damit auch zu dem dort liegenden Feuerzeug und den Rauchutensilien. Der Brauch der Bekl., das Feuerzeug „in der Zigarettenschachtel aufzubewahren“, war natürlich auch ihren Kindern aus eigener Beobachtung der „Raucherpraxis“ bekannt, so dass mit der offen auf dem Tisch liegenden Zigarettenschachtel auch der Zugriff auf das Feuerzeug offen stand. Die Bekl. mussten also damit rechnen, dass ihre Kinder ohne Schwierigkeiten an das Feuerzeug gelangen und damit spielen konnten ...

B. Sorgfaltsmaßstab bei der Beaufsichtigung von Kleinkindern

Den von ihren Zwillingsöhnen bewirkten Brand haben die Bekl. durch die Verletzung ihrer Aufsichtspflicht verursacht, und zwar grob fahrlässig.

I. Haftungserleichterung bei Beteiligung der Mieter an den Kosten der Gebäudeversicherung

Der Haftung steht nicht entgegen, dass die Bekl. mietvertraglich die Kosten der Gebäudeversicherung des Hauseigentümers anteilig zu zahlen hatten. Dieser Kostenbeitrag zur Brandversicherung begründet zwar im Wege der ergänzenden Auslegung des Mietvertrags eine stillschweigende Beschränkung der Haftung der Mieter für die Verursachung eines Brandschadens. Deren Haftung ist ausgeschlossen, wenn der Schaden einfach fahrlässig verursacht wurde. Für vorsätzliche oder grob fahrlässige Schadensverursachung bleibt die Haftung aber bestehen (BGHZ 131, 288 = NJW 1996, 715 = VersR 1996, 320; OLG Hamm, VersR 1999, 843).

II. Pflicht, Feuerquellen für Kleinkinder unzugänglich aufzubewahren

Nach ständiger Rechtsprechung gebietet die Vielzahl der gerade durch kleinere Kinder verursachten Brände die Anlegung eines strengen Maßstabs an die Aufsichtspflicht. Erfahrungsgemäß übt das Entzünden eines Feuers einen besonderen Reiz auf Kinder aus. Befinden sie sich in einem unreifen Alter, liegt es nahe, dass sie ein Feuer nicht unter Kontrolle halten und dadurch schwerer Brandschaden entstehen kann. Deshalb erfordert hier die Aufsichtspflicht ein hohes Maß an Sorgfalt und Umsicht (vgl. z. B. BGH, NJW 1983, 2821 = VersR 1983, 734; OLG Düsseldorf, NJW RR

1992, 857 = VersR 1992, 310; OLG Hamm, VersR 1998, 722). Das Maß der gebotenen Aufsicht bestimmt sich nach Alter, Eigenart und Charakter des Kindes sowie danach, was den Eltern in ihren jeweiligen Verhältnissen zugemutet werden kann und muss. Kinder im Alter von zweieinhalb Jahren sind einer bloß belehrenden, warnenden, ermahnenden und verbotserteilenden Einwirkung in der Regel noch nicht zugänglich, jedenfalls nicht in einer Weise, dass damit die Gefahr einer Verbotsübertretung ausgeräumt oder auch nur entscheidend gemindert werden könnte (OLG Koblenz, r+s 1995, 413). Bei so kleinen Kindern wie hier kann die Gefahr eines Brands durch „Spielen“ mit Feuerutensilien wirksam nur gebannt werden, wenn schon der Zugriff solcher Kinder auf diese Utensilien nach Kräften unmöglich gemacht wird. Die Bekl. wären daher verpflichtet gewesen, das Feuerzeug etc. entweder sicher wegzuschließen oder aber zumindest zum Beispiel in einer für die Kinder zweifelsfrei nicht erreichbaren Höhe abzulegen. Dann hätte es zum Brand nicht kommen können.

III. Grob fahrlässige Aufsichtspflichtverletzung der Bekl.

Diese erste und entscheidende Sicherungspflicht haben die Bekl. grob fahrlässig verletzt. Grob fahrlässig handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt nach den gesamten Umständen in ungewöhnlich hohem Maße verletzt und unbeachtet lässt, was im gegebenen Fall jedem hätte einleuchten müssen. In subjektiver Hinsicht muss es sich dabei um ein unentschuldbares Fehlverhalten handeln, das ein gewöhnliches Maß erheblich übersteigt (vgl. z.B. BGH, VersR 1987, 351 [352 Sp. 1 Abs. 4]; OLG Hamm, VersR 1998, 722 [723 Sp. 2 Abs. 2]).

1. Frei zugängliche Feuerutensilien

Nach allgemeiner auch volkssprichwörtlich belegter Lebenserfahrung gehören Feuerutensilien nicht in die Hände kleiner Kinder. Wer, wie hier die Bekl., solche Utensilien auf einem für seine Kinder frei und unbeaufsichtigt zugänglichen Tisch im Wohnzimmer liegen lässt, missachtet schon deshalb das, was jedem einleuchten muss. Daran ändert nichts der Umstand, dass das Feuerzeug in die Zigarettenschachtel gesteckt worden war. Dieser Brauch war den Kindern aus eigenem Erleben der „Raucherpraxis“ der Bekl. bestens bekannt und stellte daher für die Kinder kein ernsthaftes Hindernis dar, zu dem für sie als „flämmchenerzeugend“ besonders interessanten Feuerzeug zu gelangen.

2. Kenntnisse der bekl. Eltern bezgl. Des Entwicklungsstandes ihrer Kinder

Die Bekl. trifft auch in subjektiver Hinsicht ein erheb-

lich gesteigerter Schuldvorwurf; ihr Verhalten war subjektiv schlechthin unentschuldigbar.

Wenn sie sich damit verteidigen, sie hätten nicht damit zu rechnen brauchen, dass ihre erst zweieinhalbjährigen Kinder in der Lage seien, ein Feuer zu entfachen, dann zeigt gerade dies, dass sie ganz nahe liegende und jedem einleuchtende Überlegungen nicht angestellt haben. Wer als Erwachsener Kinder dieses Alters mit der gebotenen Sorgfalt beobachtet, stellt fest, dass sie in ihren Spielen und dem sonstigen Verhalten dazu neigen, Dinge nachzuahmen, die sie bei Erwachsenen beobachtet haben. Vor diesem Hintergrund musste sich den Bekl., und zwar unabhängig davon, dass sie wegen zweier schon vorhandener älterer Kinder als erfahrene Eltern gelten konnten, die nahe liegende Möglichkeit förmlich aufdrängen, dass ihre Zwillinge, zumal angesichts des „Anschauungsunterrichts“ durch die ständig geübte Raucherpraxis etc., versuchten könnten, das Feuerzeug zum Spielen zu benutzen, sobald sie seiner unbeaufsichtigt habhaft werden konnten. Die Sachverständige hat überzeugend darauf verwiesen, dass Kinder in diesem Alter zum Teil schon über erstaunliche Handlungskompetenzen verfügen und, wenn sie ohne Aufsicht sind und vor allem zu zweit, vor ihnen nichts sicher ist. Aus diesem Grunde hält die Sachverständige es schon „prinzipiell für grob fahrlässig, zwei- bis dreijährige Kinder für längere Zeit unbeaufsichtigt zu lassen“.

Aus der Einholung des Gutachtens können die Bekl., wie vorsorglich angefügt sei, nicht herleiten, dass es zur Erkenntnis der „Fähigkeit“ der Zwillinge zum Ent-

fachen eines Feuers mit dem Gasfeuerzeug erst eines Gutachtens bedurft habe, so dass ihnen ein Nichterkennen dieser „Fähigkeit“ jedenfalls nicht als grob fahrlässiges Versäumnis angelastet werden dürfe. Bereits in der Erörterung hat der Senat zu erkennen gegeben, dass auf Grund seiner Erfahrung und Einschätzung zweieinhalbjährige Kinder in der hier vorliegenden Gesamtsituation durchaus in der Lage sein können, das ihnen aus eigener Anschauung des elterlichen Gebrauchs vertraute Gasfeuerzeug auch selbst in Gang zu setzen und damit ein Feuer zu entzünden.

Davon ist im Übrigen auch das LG im Hinblick auf den sehr starken Nachahmungstrieb etc. von Kleinkindern ausgegangen. Erst nachdem die Bekl. es in der Berufungsinstanz für ausgeschlossen erklärt hatten, dass zweieinhalbjährige Kinder nach ihrem Entwicklungsstand das Gasfeuerzeug bedienen können, wurde aus rein prozessrechtlichen Gründen die Einholung eines entwicklungs- und biopsychologischen Gutachtens veranlasst.

Es begründet einen gegenüber dem Normalmaß erheblich gesteigerten Vorwurf des groben Verschuldens, dass die Bekl. die nächstliegende Sicherheitsvorsorge (Wegschließen pp. der Feuerutensilien) nicht getroffen haben, obwohl sie ihren Kindern durch Nichtabschließen des Schlafzimmers die Möglichkeit eröffnet haben, auch mit den dort befindlichen und für Kinder interessanten Feuerutensilien zu spielen und obwohl sie wussten, dass in der Phase ihres beabsichtigten Vormittagsschlafs die Kinder dann ohne Aufsicht sein würden.

Standort: Leasing

Problem: Schadensersatz wegen verzugsbedingter Kündigung

BGH, URTEIL VOM 14.07.2004
VIII ZR 367 / 03 (NJW 2004, 2823)

Problemdarstellung:

In diesem Verfahren stritten die Parteien über die ordnungsgemäße Berechnung des Schadens der Kl., welche sich durch den Zahlungsverzug des Bekl. veranlasst gesehen hatte, einen Finanzierungsleasingvertrag über die Überlassung eines PKW für 54 Monate bei einer Gesamtleistung von voraussichtlich 67.500 km und kilometergenauer Abrechnung abweichender Laufleistungen außerordentlich zu kündigen. Neben den in der Vergangenheit ausgebliebenen Leasingraten forderte die Kl. nun Schadensersatz und wollte in ihre Berechnung den intern kalkulierten Restwert des PKW i. H. v. 5.950,00 DM (= 3.042,19 Euro), welcher durch eine Rückkaufverpflichtung des liefernden Autohändlers nach Vertragsende abgesichert war, als Schaden einstellen und den tatsächlich im Zuge der vorzeitigen

Verwertung des Wagens erzielten Erlös zugunsten des Bekl. gegenrechnen.

Der BGH verwehrte ihr jedoch diese Berechnungsweise mit dem Hinweis, im Rahmen des Schadensersatzes könne die Kl. nicht besser gestellt werden, als sie bei ordnungsgemäßer Vertragserfüllung gestanden hätte. Dann aber hätte sie gegen den Bekl. auch nur einen Anspruch auf Rückgabe des Fahrzeuges gehabt, ihrerseits aber das Risiko einer effektiven Weiterverwertung getragen. Selbst wenn sie insoweit durch Abschluss der Rückkaufvereinbarung mit dem Fahrzeuglieferanten schon vorgesorgt habe, könne sie von dem Bekl. nur Schadensersatz in Höhe des hypothetischen Fahrzeugwertes bei Rückgabe verlangen. Ein diesbezüglich substantiierter Sachvortrag könne auch nicht durch die schlichte Bezugnahme auf den intern kalkulierten Restwert ersetzt werden. Da es die Kl. mithin versäumt hatte, zu diesem Schadensposten substantiiert vorzutragen, blieb ihr der Ersatz des diesbezüglichen

chen Schadens vorenthalten.

Prüfungsrelevanz:

Leasingsverträge sind zur Beschaffung von Investitionsgütern ebenso wie zwecks privater Anschaffung etwa von KfZen von ganz erheblicher praktischer Bedeutung, so dass auch die juristische Ausbildung trotz Fehlens einer umfassenden gesetzlichen Kodifizierung dieses Vertragstyps nicht auf die Thematisierung des Leasing verzichten kann. Erhebliche Probleme bereitet hierbei traditionell die ordnungsgemäße Abwicklung eines gem. § 543 II 1 Nr. 3 BGB (bea. ggfs. §§ 500, 498 BGB !) analog gekündigten Vertrags. In diesem Fall ist dem Grunde nach unstrittig, dass dem Leasinggeber ein Anspruch auf Ersatz des durch die vorzeitige Vertragsbeendigung entstandenen Schadens zusteht. Ungewiss ist allerdings schon die Frage der korrekten Anspruchsgrundlage - vor der Schuldrechtsmodernisierung wurde eine pVV des Leasingsvertrages einerseits und ein an § 543 II 1 Nr. 3 BGB bzw. § 554 BGB a. F. anknüpfender Schadensersatzanspruch eigener Art andererseits diskutiert, nunmehr kommen §§ 280 I, III, 281 I 1 BGB in Betracht - und die Frage der korrekten Schadensberechnung weist - wie dieser Fall zeigt - zusätzliche Probleme auf. Insoweit darf man das Leasing auch in Zukunft als Reservoir zahlreicher examensrelevanter Entscheidungen erwarten.

Vertiefungshinweise:

- Zur Rückabwicklung eines Leasingvertrages, der mit einer Gebrauchtwageninzahlungnahme kombiniert war: *BGH*, RA 2003, 159 = *NJW* 2003, 505
- Zur richtlinienkonformen Anwendung verbraucherrechtlicher Formvorschriften auf das Finanzierungsleasing: *BGH*, RA 2002, 85 = *NJW* 2002, 133

Kursprogramm:

- Examenskurs*: "Hubschrauberleasing"

Leitsatz:

Im Falle der außerordentlichen Kündigung eines Kraftfahrzeug-Leasingvertrags mit Kilometerabrechnung wegen Zahlungsverzugs des Leasingnehmers findet der vom Leasinggeber intern kalkulierte Restwert des Leasingfahrzeugs bei der konkreten Berechnung des Kündigungsschadens des Leasinggebers als Rechnungsposten für den hypothetischen Fahrzeugwert bei Vertragsende auch dann keine Berücksichtigung, wenn der Leasinggeber für den Fall der ordnungsgemäßen Beendigung des Leasingvertrags in Höhe des Restwerts eine Rückkaufvereinbarung mit dem Fahrzeughändler getroffen

hat, von dem er das Leasingfahrzeug erworben hat.

Sachverhalt:

Die Kl. überließ dem Bekl. auf Grund eines von diesem am 09.06.1999 beantragten Leasingvertrags einen Personenkraftwagen F zur gewerblichen Verwendung für die Dauer von 54 Monaten mit einer Gesamtfahrleistung von 67.500 Kilometern bei Abrechnung von Mehr- oder Minderkilometern. Neben einer Sonderzahlung zu Vertragsbeginn hatte der Bekl. monatliche Leasingraten von 302,19 DM einschließlich Mehrwertsteuer zu leisten. In dem von der Kl. gestellten Vertragsformular heißt es unter anderem:

"Ergänzung zum Kilometervertrag: ... Bei vorzeitiger Vertragsbeendigung erfolgt die Abrechnung gemäß Abschnitt XIII der Leasingbedingungen, wobei von dem vom Leasinggeber bei Vertragsschluss kalkulierten Restwert ausgegangen wird."

Abschnitt XIII Nr. 1 der dem Vertrag beigelegten "Leasingbedingungen" der Kl. lautet:

„Bei Kündigung oder vorzeitiger Beendigung des Leasingvertrags wird wie folgt abgerechnet: Der Leasinggeber ermittelt den Ablöswert. Dieser ist die Summe der abgezinsten restlichen Netto-Leasingraten ohne Entgelte für Dienstleistungen und des abgezinsten Netto-Restwertes. Der Wert des Fahrzeugs (Netto-Händlerverkaufspreis) wird auf Kosten des Leasingnehmers durch Schätzung eines vom Leasinggeber beauftragten unabhängigen Sachverständigen bzw. Sachverständigenunternehmens ermittelt. Der Leasinggeber versucht, das Fahrzeug mindestens zum Schätzwert zu verkaufen. Der tatsächliche Netto-Verkaufserlös wird dem Leasingnehmer auf den Ablöswert gutgebracht. Eine verbleibende Differenz ist vom Leasingnehmer innerhalb einer Woche auszugleichen. Von einem etwaigen Überschuss erhält der Leasingnehmer 75 %."

Der Händler, von dem die Kl. das Leasingfahrzeug erwarb, verpflichtete sich dieser gegenüber durch Erklärung vom 09.06.1999, das Fahrzeug nach Ablauf der in dem Leasingvertrag vereinbarten Laufzeit zu einem Preis von 5.950,00 DM zuzüglich Mehrwertsteuer zurückzukaufen. Ab September 2000 zahlte der Bekl. keine Leasingraten mehr. Daraufhin kündigte die Kl. den Leasingvertrag mit Schreiben vom 20.11.2000 fristlos. Nach der Rückgabe des Fahrzeugs durch den Bekl. ermittelte der von der Kl. beauftragte Sachverständige einen Wert von 9.482,76 DM ohne und 11.000,00 DM mit Mehrwertsteuer. Nachdem der Bekl. von dem Angebot, das Fahrzeug zum Schätzwert selbst zu erwerben oder einen Dritten als Käufer zu benennen, keinen Gebrauch gemacht hatte, veräu-

Berte die Kl. das Fahrzeug meistbietend zum Preis von 9.051,72 DM ohne und 10.500,00 DM mit Mehrwertsteuer. In dem vorliegenden Rechtsstreit hat die Kl. den Bekl. auf Zahlung der rückständigen Leasingraten (966,57 DM) und Schadensersatz wegen Nichterfüllung des Leasingvertrags (4.937,93 DM), insgesamt auf 5.904,50 DM nebst Zinsen, in Anspruch genommen. Ihren Schaden hat die Kl. in der Weise berechnet, dass sie von der Summe aus den restlichen Leasingraten (9.378,00 DM), dem kalkulierten Restwert (5.950,00 DM) und den Gutachtenkosten (125,00 DM) eine Zinsgutschrift auf Raten und Restwert (1.463,35 DM) und den Verwertungserlös (9051,72 DM) abgezogen hat. Die Parteien haben insbesondere darüber gestritten, ob die Kl. bei der Berechnung ihres Schadens den kalkulierten Restwert berücksichtigen darf. Dazu hat sich die Kl. wegen der Rückkaufverpflichtung des Händlers in gleicher Höhe für berechtigt gehalten.

Das AG hat der Klage stattgegeben. Hiergegen hat der Bekl. Berufung eingelegt. Das LG hat die Kl. darauf hingewiesen, dass trotz der Rückkaufverpflichtung des Fahrzeughändlers Bedenken gegen die Berücksichtigung des kalkulierten Restwertes bei der Schadensberechnung bestünden. Daraufhin hat die Kl. eine neue Berechnung ihrer Forderung vorgelegt, wonach diese ausgehend von den restlichen Leasingraten (4.540,49 Euro) abzüglich des ersparten Verwaltungsaufwands (52,39 Euro), des Mehrwerts des Fahrzeugs infolge vorzeitiger Rückgabe (1.397,24 Euro) sowie einer Zinsrückvergütung auf Raten (254,35 Euro) und Restwert (325,66 Euro) zuzüglich des Ratenrückstands bis zur Kündigung (494,20 Euro) und der Schätzkosten (63,91 Euro) insgesamt 3.068,96 Euro beträgt. Dabei hat die Kl. den Mehrwert des Fahrzeugs infolge vorzeitiger Rückgabe in der Weise berechnet, dass sie von dem durch den Sachverständigen ermittelten Grundwert des Fahrzeugs nebst Sonderzubehör (6.857,45 Euro) die Händlerspanne (1.233,24 Euro, die Mehrwertsteuer (775,75 Euro), den "voraussichtlichen Wert des Fahrzeugs bei Vertragsende (intern kalkulierter Restwert netto)" (3.042,19 Euro = 5.950,00 DM) und die laut Gutachten erforderlichen Reparaturen (409,00 Euro) abgesetzt hat. Unter teilweiser Abänderung des erstinstanzlichen Urteils hat das BerGer. den Bekl. nur zur Zahlung von 572,79 Euro nebst Zinsen verurteilt, die Klage im Übrigen abgewiesen und die weitergehende Berufung der Kl. zurückgewiesen. Zugleich hat es die Revision der Kl. zugelassen, "soweit der vom Händler garantierte Rückkaufswert nicht als erstattungsfähiger Gewinn angesehen und die Klage wegen Unschlüssigkeit in diesem Punkt abgewiesen wurde". Die Revision der Kl. hatte keinen Erfolg.

Aus den Gründen:

A. Entscheidung und Begründung des BerGer.

Das BerGer. hat ausgeführt:

Der Kl. stehe gegen den Bekl. aus dem Leasingvertrag lediglich ein Anspruch auf Zahlung der rückständigen Raten in Höhe von 494,20 Euro sowie von Schadensersatz in Höhe von 78,59 Euro nebst Zinsen zu. Der ersatzfähige Schaden der Kl. setze sich aus den restlichen Leasingraten von 4.540,49 Euro abzüglich eines Verwaltungsaufwands von 52,39 Euro und einer Zinsrückvergütung von 254,35 Euro zuzüglich der Schätzkosten von 635,91 Euro sowie der erforderlichen Reparatur- und Wartungskosten von 409,00 Euro zusammen. Von dem Gesamtbetrag von 4.706,66 Euro sei der Verwertungserlös von 4.628,07 Euro abzuziehen. Einen darüber hinausgehenden Kündigungsschaden habe die Kl. nicht schlüssig dargetan. Sie könne in ihre Schadensberechnung den (abgezinsten) kalkulierten Nettoestwert von 3.042,19 Euro nicht einstellen, auch wenn dieser Wert durch eine entsprechende Rückkaufverpflichtung des Händlers ihr gegenüber abgesichert sei. Die ausweislich des von der Kl. eingeholten Sachverständigengutachtens geringfügigen Schäden mit einem Reparaturaufwand von insgesamt 306,78 Euro rechtfertigten nicht die Überbürdung des Verwertungsrisikos auf den Leasingnehmer, sondern fänden bei der Berechnung des Kündigungsschadens ausreichend Berücksichtigung. Bei der Schadensberechnung sei vielmehr auf den hypothetischen, auf dem Gebrauchtwagenmarkt zu erzielenden (abgezinsten) Verkaufserlös bei vorgesehenem Vertragsende und Erreichung des vereinbarten Kilometerlimits abzustellen. Dazu fehle trotz des gerichtlichen Hinweises der erforderliche Vortrag der Kl. Diese habe auch in ihrer neuen Abrechnung auf den intern kalkulierten Restwert abgestellt.

B. Entscheidung des BGH in der Revision

Diese Ausführungen halten der revisionsrechtlichen Nachprüfung im Wesentlichen stand, so dass die Revision der Kl. zurückzuweisen ist.

I. Unzulässige Beschränkung der Revisionszulassung durch das BerGer.

Zu Unrecht hat das BerGer. allerdings die Revision nur beschränkt zugelassen, "soweit der vom Händler garantierte Rückkaufwert nicht als erstattungsfähiger Gewinn angesehen und die Klage wegen Unschlüssigkeit in diesem Punkt abgewiesen wurde". Nach der ständigen Rechtsprechung des BGH ist zwar eine beschränkte Zulassung der Revision nach § 543 ZPO möglich. Die Zulassung kann jedoch nicht auf die Klärung einer einzelnen Rechtsfrage begrenzt werden; sie

muss sich vielmehr auf einen tatsächlich und rechtlich selbstständigen, abtrennbaren Teil des Gesamtstreitstoffs beziehen, über den in einem besonderen Verfahrensabschnitt durch Teil- oder Zwischenurteil entschieden werden kann (Senat, NJW-RR 2004, 426 = WM 2004, 853 unter II, m. w. N.). Letzteres ist hier nicht der Fall. Die vom BerGer. genannte Frage betrifft lediglich ein unselbstständiges Element bei der Berechnung der Höhe des Kündigungsschadens der Kl. Danach ist die Revision unbeschränkt zulässig (vgl. BGH, NJW-RR 1990, 277 = WM 1990, 692 unter I).

II. Richtige Berechnung des Zahlungsanspruches der Kl.

Zu Recht hat das BerGer. jedoch der Kl. gegen den Bekl. neben dem unstreitigen Anspruch auf Zahlung der vertraglich vereinbarten, rückständigen Leasingraten in Höhe von 494,20 Euro lediglich einen Anspruch auf Ersatz des Kündigungsschadens (vgl. dazu BGHZ 147, 7 [11] = NJW 2001, 1349) in Höhe von 78,59 Euro, mithin insgesamt 572,79 Euro nebst Zinsen zuerkannt.

1. Keine Berücksichtigung des kalkulierten Restwertes bei der Schadensberechnung

Ohne Erfolg wendet sich die Revision dagegen, dass das BerGer. bei der Berechnung der Schadenshöhe nicht den von der Kl. intern kalkulierten Restwert des Leasingfahrzeugs bei ordnungsgemäßem Ablauf des Leasingvertrags in Höhe von 5.950,00 DM = 3.042,19 Euro berücksichtigt hat.

a. Unwirksamkeit von Abschnitt XIII Nr. 1 der Leasingbedingungen

Zu Recht beruft sich die Revision insoweit nicht auf Abschnitt XIII Nr. 1 der Leasingbedingungen der Kl. Diese Klausel, die die Abrechnung bei Kündigung oder vorzeitiger Beendigung des Leasingvertrags regelt, ist nach dem - hier gem. Art. 229 § 5 S. 1 EGBGB noch anwendbaren - § 9 I AGBG (jetzt § 307 I BGB) in mehrfacher Hinsicht wegen unangemessener Benachteiligung des Leasingnehmers unwirksam. Das gilt zunächst für den Ausgangspunkt, wonach der Ablöswert (S. 2) als die Summe der abgezinsten restlichen Netto-Leasingraten ohne Entgelte für Dienstleistungen und des abgezinsten Netto-Restwerts definiert ist (S. 3). Diese Regelung ist für den Leasingnehmer nicht hinreichend durchschaubar, weil der kalkulierte Restwert weder in der Klausel selbst noch an einer anderen Stelle des Leasingvertrags aufgeführt ist und deswegen ein maßgeblicher Faktor für die Berechnung des Ablöswerts fehlt (BGHZ 97, 65 [73] = NJW 1986, 1335). Weiter wird die uneingeschränkte Rege-

lung, dass nicht einmal der vom Sachverständigen ermittelte Netto-Händlerverkaufspreis (S. 4 u. 5), sondern nur der tatsächliche Netto-Verkaufserlös für das Leasingfahrzeug dem Leasingnehmer auf den Ablöswert gutgebracht wird (S. 6), der Verpflichtung des Leasinggebers zur bestmöglichen Verwertung der zurückgegebenen Leasing Sache (BGHZ 95, 39 [54 u. 61] = NJW 1985, 2253; Senat, NJW 1991, 221 = WM 1990, 2043 unter II 5) nicht gerecht, zumal für den Leasingnehmer günstigere Verwertungsmöglichkeiten ganz unberücksichtigt bleiben (vgl. Senat, NJW 1996, 455 = WM 1996, 311 unter II 1 a; NJW 1997, 3166 = WM 1997, 1904 unter II 1 b). Schließlich wird der Leasingnehmer dadurch unangemessen benachteiligt, dass ihm die laufzeitabhängigen und damit durch die vorzeitige Vertragsbeendigung vom Leasinggeber ersparten Aufwendungen nicht angerechnet werden (Senat, NJW 1995, 954 = WM 1995, 438 unter II 1).

Angesichts dessen kann dahingestellt bleiben, ob Abschnitt XIII Nr. 1 der Leasingbedingungen der Kl. bereits wegen der darin enthaltenen Umstellung von der Kilometerabrechnung bei ordnungsgemäßer Vertragsbeendigung auf die Restwertabrechnung bei vorzeitiger Vertragsbeendigung als überraschende Klausel gem. § 3 AGBG (jetzt § 305c I BGB) kein Vertragsbestandteil geworden ist (vgl. Senat, NJW 1987, 377 = WM 1987, 38 unter II 2 b) oder ob die Regelung wegen des Hinweises in dem Vertragsformular selbst ausnahmsweise nicht überraschend ist (vgl. Senat, NJW 1995, 954).

b. Keine Berücksichtigung auch bei konkreter Schadensberechnung ohne Abschnitt XIII Nr. 1 der Leasingbedingungen

Entgegen der Ansicht der Revision kann der von der Kl. intern kalkulierte Restwert auch bei der von dieser vorgenommenen konkreten Schadensberechnung nicht berücksichtigt werden. Das folgt daraus, dass es sich bei dem Vertrag der Parteien um einen Kraftfahrzeug-Leasingvertrag mit Kilometerabrechnung handelt, bei dem eine Restwertabrechnung typischerweise gerade nicht stattfindet.

Bei dem Kraftfahrzeug-Leasingvertrag mit Kilometerabrechnung wird für die gesamte Vertragsdauer, gegebenenfalls aufgeteilt nach einzelnen Zeitabschnitten (Monat, Jahr), eine bestimmte Kilometerleistung des überlassenen Fahrzeugs vereinbart. Als Gegenleistung für die Gebrauchsüberlassung schuldet der Leasingnehmer dem Leasinggeber neben einer etwaigen Sonderzahlung zu Vertragsbeginn nur die vereinbarten Leasingraten und einen Ausgleich in Geld für gefahrene Mehrkilometer sowie für einen Minderwert des Leasingfahrzeugs bei Rückgabe in nicht vertragsgemä-

dem Zustand (hier Abschnitt XIV Nrn. 2 bis 4 der Leasingbedingungen der Kl). Dagegen ist der Leasingnehmer bei Rückgabe des Fahrzeugs nach Vertragsablauf nicht zum Ausgleich des vom Leasinggeber intern kalkulierten Restwerts verpflichtet. Der Leasinggeber trägt mithin das Risiko, dass er bei der Veräußerung des Fahrzeugs die volle Amortisation des zum Erwerb des Fahrzeugs eingesetzten Kapitals einschließlich des kalkulierten Gewinns erzielt (vgl. Senat, NJW 1998, 1637 = WM 1998, 928 unter II 1 a; Senat, NJW-RR 2000, 1303 = WM 2000, 1009 unter II 2 a, m.w.N.).

Diese vertragliche Risikoverteilung muss auch bei der Berechnung des Schadens beibehalten werden, den der Leasingnehmer nach einer von ihm veranlassten außerordentlichen Kündigung des Leasingvertrags durch den Leasinggeber diesem zu ersetzen hat. Das folgt aus dem allgemeinen Grundsatz des Schadensersatzrechts, dass bei einem Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung eines Vertrags der Berechtigte so zu stellen ist, wie er bei ordnungsgemäßer Vertragsdurchführung gestanden hätte, aber auch nicht besser (BGHZ 151, 188 [192 f.] = NJW 2002, 2713 m. w. N.). Ausgangspunkt für die Berechnung des Kündigungsschadens des Leasinggebers sind danach - wie auch bei anderen Leasingverträgen - zunächst die restlichen Leasingraten, die ohne die außerordentliche Kündigung bis zum vereinbarten Ablauf des Leasingvertrags noch zu zahlen gewesen wären, abgezinst auf den Zeitpunkt der vorzeitigen Vertragsbeendigung (Senat, WM 1984, 1217 unter III 2 a; NJW 1995, 1541 = WM 1995, 935 unter B II 3 a; NJW 1996, 455 = WM 1996, 311 unter II 1 b, jew. m.w.N.). Davon sind die vom Leasinggeber ersparten laufzeitabhängigen Kosten abzuziehen (Senat, NJW 1995, 954 unter II 1; NJW 1996, 455 unter II 2 a bb, jew. m. w. N.). Ein weiterer Vorteil, den sich der Leasinggeber anrechnen lassen muss, ergibt sich daraus, dass das Leasingfahrzeug bei vorzeitiger Rückgabe regelmäßig einen höheren Wert hat als bei Rückgabe zum vereinbarten Vertragsende (vgl. Senat, NJW 1995, 1541; 1996, 455 unter II 2 a cc, jew. m. w. N.). Dieser Vorteil kann in der Weise berechnet werden, dass - gegebenenfalls durch Sachverständigengutachten - die Differenz zwischen dem realen Wert des Fahrzeugs bei vorzeitiger Rückgabe und dem hypothetischen Wert des Fahrzeugs bei vertragsgemäßer Rückgabe ermittelt wird (OLG Celle, NJW-RR 1994, 743 [744], gebilligt durch Senat, NJW 1995, 954 unter II 2; zu einer anderen Berechnungsweise im Fall eines ordentlich gekündigten kündbaren Kraftfahrzeug-Leasingvertrags mit Kilometerabrechnung vgl. Senat, NJW 1987, 377 = WM 1987, 38 unter II 2). Bei dieser Berechnungsweise ist darüber hinaus der Zinsvorteil abzuziehen, der dem Leasinggeber durch die vorzeitige Möglichkeit zur

Verwertung des Leasingfahrzeugs entsteht (OLG Celle, NJW-RR 1994, 743 [744], und Senat, NJW 1995, 954).

Dem kalkulierten Restwert kommt in diesem Zusammenhang ebenso wenig wie dem Verwertungserlös eine Bedeutung zu, weil das Verwertungsrisiko und die Verwertungschance allein beim Leasinggeber liegen (Wolf/Eckert/Ball, Hdb. des gewerblichen Miet-, Pacht- und LeasingR, 9. Aufl., Rz. 2019 f.; Reinking/Eggert, Der Autokauf, 8. Aufl., Rz. 904; Zahn/Bahmann, Kfz-Leasingvertrag, Rz.354). Entgegen der Ansicht der Revision, die sich auf ein Urteil des OLG Stuttgart (v. 02.06.1992 - 6 U 17/92, unveröff.; zust. Nägele/Bauer, DB 1995, Sonderbeil. Leasing S. 20, 23) stützt, ergibt sich nach der zutreffenden Ansicht des BerGer. (ebenso OLG Celle, OLG-Report 1996, 181 [182]; KG, KG-Report 1997, 181 [182]) aus der Rückkaufverpflichtung des Kraftfahrzeughändlers gegenüber der Kl. nichts anderes. Der Leasinggeber kann zwar nach der vom Leasingnehmer schuldhaft veranlassten außerordentlichen Kündigung des Leasingvertrags wie jeder andere Schadensersatzberechtigte gem. § 249 BGB verlangen, so gestellt zu werden, wie er bei ordnungsgemäßer Durchführung des Vertrags gestanden hätte. Richtig ist auch, dass die Kl. nach Ablauf der vereinbarten Vertragslaufzeit wegen der Rückkaufverpflichtung des Kraftfahrzeughändlers von diesem einen Kaufpreis für das Leasingfahrzeug in Höhe des intern kalkulierten Restwerts hätte verlangen können. Nach dem oben erwähnten Grundsatz darf der Berechtigte bei einem Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung jedoch nicht besser gestellt werden, als er bei ordnungsgemäßer Vertragsdurchführung gestanden hätte. In diesem Fall hätte die Kl. von dem Bekl. indessen - abgesehen von einem etwaigen Minderwertausgleich - lediglich die Rückgabe des Leasingfahrzeugs beanspruchen können. Dementsprechend kann sie im Fall der vorzeitigen Vertragsbeendigung in ihre Abrechnung als Rechnungsposten nur den Geldbetrag einstellen, der dem hypothetischen Fahrzeugwert im Zeitpunkt der ordnungsgemäßen Vertragsbeendigung entspricht. Auch eventuell vorhandene Fahrzeugschäden rechtfertigen (entgegen der Ansicht des OLG Braunschweig, BB 1998, 2081 m. zust. Anm. Struppek [nur Ls., i. Ü. unveröff.]) keine andere Beurteilung. Sie finden bereits bei der Ermittlung des realen Fahrzeugwerts im Zeitpunkt der vorzeitigen Rückgabe wertmindernd Berücksichtigung (Senat, NJW 1995, 954 unter II 3 b; Groß, DAR 1996, 438 [445]).

2. Fehlender Vortrag der Kl. zum hypothetischen Fahrzeugwert bei Vertragsende

Zu Recht hat das BerGer. den erforderlichen Vortrag zum hypothetischen Fahrzeugwert bei dem vorgesehe-

nen Vertragsende vermisst. Ohne Erfolg beanstandet die Revision, das BerGer. habe verkannt, dass die Kl. den hypothetischen Fahrzeugwert in ihrer neuen Schadensberechnung nach dem gerichtlichen Hinweis unter Beweisantritt dargelegt habe. In ihrem Schriftsatz vom 30.09.2003 hat die Kl. den voraussichtlichen Wert des Fahrzeugs bei Vertragsende mit dem ausdrücklichen Zusatz "intern kalkulierter Restwert" in dessen bereits vorher angeführten Höhe angegeben. Danach ist die Annahme des BerGer., die Kl. habe den hypothetischen Fahrzeugwert bei ordnungsgemäßem Ver-

tragsablauf nicht schlüssig dargelegt, nicht zu beanstanden. Entgegen der Ansicht der Revision ist es keineswegs selbstverständlich, dass der intern kalkulierte Restwert dem tatsächlichen Fahrzeugwert bei Ablauf des Leasingvertrags entspricht. Darüber hinaus hat die Kl., wie die Revisionserwiderung zu Recht geltend macht, insoweit auch keinen Beweis angetreten. Der mehrfach angebotene Sachverständigenbeweis erstreckt sich darauf nicht.

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 Frank Bollmeyer (<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: § 303 StGB****Problem: Sachbeschädigung durch Graffiti**

OLG DRESDEN, URTEIL VOM 27.05.2004
1 Ss 48/04 (NJW 2004, 2843)

Problemdarstellung:

Der Angeklagte hatte mit Lackfarbe einen Bahnwagen mit einem Schriftzug besprüht. Das Landgericht hatte ihn deshalb wegen Sachbeschädigung (§ 303 StGB) verurteilt. Der BGH hob dieses Urteil auf, da nicht festgestellt worden sei, dass der Waggon tatsächlich beschädigt wurde.

Prüfungsrelevanz:

Die im vorliegenden Fall diskutierte Frage, ob das Anbringen von Graffiti an Hauswänden oder Fahrzeugen, insb. Bussen und Eisenbahnen, eine Sachbeschädigung darstellt, ist wegen ihrer großen praktischen Bedeutung auch in Examensaufgaben sehr beliebt.

Die Rechtsprechung und herrschende Literatur gehen grds. davon aus, dass eine Sachbeschädigung voraussetzt, dass entweder in die Sachsubstanz eingegriffen wurde oder zumindest die Brauchbarkeit der Sache erheblich eingeschränkt ist (BGHSt 13, 207, NStZ 1982, 508; Otto, NStZ 1998, 513; Tröndle/Fischer, § 303 Rn. 6 mwN).

Beim Besprühen von Gebäuden oder Fahrzeugen mit Farbe (oder Bekleben mit Plakaten o.ä.) ist ein Eingriff in die Substanz der Sache nicht gegeben (lediglich eine Minderheitsmeinung sieht in der Verbindung der Farbschicht mit dem darunter liegenden Material eine Substanzverletzung (vgl. Mersson, NZM 1999, 447)). Eine Substanzverletzung wird jedoch dann angenommen, wenn die Verbindung so fest ist, dass das Entfernen der Farbe einen Eingriff in die Sachsubstanz mit sich bringt (BGHSt 29, 132; OLG Düsseldorf, NJW 1999, 1199; OLG Hamburg, NStZ-RR 1999, 209; Tröndle/Fischer, § 303 Rn. 9 mwN). In der Literatur werden in diesen Fällen an die Beschädigung teilweise geringere Anforderungen gestellt und eine solche auch dann angenommen, wenn sich die Verunstaltung nur mit erheblichem Aufwand wieder entfernen lässt (Schönke/Schröder-Stree, § 303 Rn. 8 c; Schmid, NJW 1979, 1580; Mommsen, JR 2000, 172). Im vorliegenden Fall folgt der BGH seiner bisherigen Rechtsprechung, stellt jedoch klar, dass ein Eingriff in die Sachsubstanz und damit eine Sachbeschädigung auch darin

bestehen kann, dass durch die Entfernung des Graffiti der Lack der besprühten Sache matter wird.

Vertiefungshinweise:

☐ Zur Sachbeschädigung durch Graffiti: BGHSt 41, 47; OLG Hamburg, NStZ-RR 1999, 209; Behm, NStZ 1999; 511; Krehl, JR 1996, 205; Mersson, NZM 1999, 447; Mommsen, JR 2000, 172; Ostendorf, JZ 1996, 53; Wesel, NJW 1997, 1965

Kursprogramm:

☐ Examenskurs: "Wie die Eltern, so die Kinder"

Leitsatz:

Zur Frage der Strafbarkeit wegen Sachbeschädigung bei Graffiti an einem Bahnwagen.

Sachverhalt:

Der Angeklagte besprühte in der Nacht des 02.04.2000 einen hellgrau und rot lackierten Reisezugwagen großflächig mit lösemittelhaltigen Kunstharzlacken (Alkydharz) mit der schwarz umrandeten, silberfarbenen Großbuchstabenfolge "Snow". Da ein unbekannter Begleiter des Angeklagten rechts daneben ebenfalls großflächig die farbgleiche Großbuchstabenfolge "Hockey" anbrachte, wurde eine Gesamtfläche von 27 m² beeinträchtigt. Hierbei wusste der Angeklagte, dass der aufgesprühte Kunstharzlack auf der Lackoberfläche des Reisezugwagens hartnäckig anhaftet, sowie diese verschmutzt und verunstaltet. Die im April 2000 an dem Waggon durchgeführten Arbeiten betragen 21,6 Arbeitsstunden, der Schaden 2.207,49 DM.

Aus den Gründen:*I. Entscheidung des Landgerichts*

Der Angeklagte ist mit Urteil des AG Leipzig vom Vorwurf der Sachbeschädigung freigesprochen worden. Die hiergegen gerichtete Berufung der Staatsanwaltschaft führte zur Verurteilung des Angeklagten durch das LG Leipzig wegen Sachbeschädigung. Der Angeklagte wurde beauftragt, innerhalb von sechs Monaten ab Rechtskraft des Urteils 150 Stunden gemeinnützige Arbeit nach Weisung der Gerichtshilfe zu leisten.

Die hiergegen gerichtete Revision des Angeklagten führte zur Aufhebung des landgerichtlichen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das LG.

II. Entscheidung des BGH

Die Feststellungen des LG tragen eine Verurteilung wegen Sachbeschädigung gem. § 303 StGB nicht. [...]

1. Zur Sachbeschädigung durch Graffiti

Der Tatbestand des § 303 StGB ist nach derzeitiger Rechtslage nur dann erfüllt, wenn durch das Besprühen mit Farbe neben der Veränderung der äußeren Erscheinung der Sache auch die Substanz der Sache erheblich verletzt oder ihre Brauchbarkeit nachhaltig beeinträchtigt worden ist. Der erheblichen Verletzung der Substanz steht es gleich, wenn diese derart in Mitleidenschaft gezogen wird, dass eine Reinigung zwangsläufig zu einer solchen Substanzverletzung führt. Die bloße Veränderung der äußeren Erscheinungsform einer Sache ist demgegenüber in aller Regel keine Sachbeschädigung, und zwar auch dann nicht, wenn diese Veränderung auffällig (belangreich) ist (BGHSt 29, 129 [132] = NJW 1980, 350; BayObLG, StV 1999, 543; OLG Karlsruhe, StV 1999, 544; OLG Hamburg, NStZ-RR 1999, 209 = StV 1999, 544; KG, NJW 1999, 1200 = NZM 1999, 480 = StV 1999, 156; OLG Düsseldorf, NJW 1999, 1199; OLG Köln, StV 1995, 592). Von dieser Auffassung ist der BGH in der in BGHSt 41, 47 = NJW 1995, 2117 = NStZ 1995, 340, veröffentlichten Entscheidung auch nicht abgerückt. Denn er hat in diesem Urteil nicht allgemein das Vorliegen einer Sachbeschädigung bei Farbsprühaktionen bejaht, sondern ist davon ausgegangen, dass derartige Aktionen den Tatbestand des § 303 StGB erfüllen können, und hat im Übrigen entschieden, dass Sachbeschädigungen nicht aus dem Kreis der Straftaten herausfallen, die für § 129 I StGB in Betracht kommen (KG, NJW 1999, 1200 = NZM 1999, 480).

Dieser überzeugenden Rechtsprechung des BGH und der oben zitierten Oberlandesgerichte schließt sich der Senat an.

2. Zur rechtlichen Würdigung des Landgerichts

Damit ist bereits der rechtliche Ausgangspunkt der Kammer falsch, die eine Sachbeschädigung auch dann für gegeben hält, wenn eine Verletzung der Sachsubstanz nicht vorliegt. Abweichendes ergibt sich auch nicht aus der im Urteil erwähnten Entscheidung des OLG Frankfurt a.M. (NJW 1987, 389). Denn dort, wurde eine Sachbeschädigung an einem Diensthemd eines Polizeibeamten durch Schütten von Bier auf das Hemd mit der Begründung bejaht, hierdurch sei der bestimmungsgemäße Gebrauch erheblich vermindert.

Eine Beeinträchtigung der bestimmungsgemäßen Brauchbarkeit ist durch Aufsprühen von Graffiti auf den Waggon jedoch nicht festgestellt und liegt im konkreten Fall auch fern (so auch BayObLG, StV 1997, 80).

3. Keine hinreichenden Feststellungen im Urteil

Dem Urteil kann aber auch - im Unterschied zu dem vom OLG Düsseldorf (NJW 1999, 1199) entschiedenen Fall - nicht mit hinreichender Sicherheit entnommen werden, ob die erforderliche Substanzverletzung tatsächlich eingetreten ist.

Die unter III des Urteils getroffenen Feststellungen schweigen dazu. Lediglich in der Beweiswürdigung enthält das Urteil hierzu Ausführungen. Danach hat der Zeuge S ausgesagt, er habe den Reisezugwagen zwar nach der Schadensbeseitigung nicht mehr gesehen, habe aber schon bei vielen anderen Waggons nach der Beseitigung von Graffiti-Besprühungen einen erkennbaren Glanzverlust der ursprünglichen Wagenlackierung festgestellt. Untermauert wird dies von dem im Rahmen der Würdigung der Beweise wiedergegebenen Gutachten des Sachverständigen N. Auch dieser berichtete - ohne den tatgegenständlichen Waggon je gesehen zu haben -, dass nach der Beseitigung von Alkydharz-Besprühungen eine erhebliche Vermattung der originalen Wasserdecklackierung verbleiben müsse.

Durch die lediglich in der Beweiswürdigung enthaltenen Ausführungen und der rechtlichen Wertung der Kammer, eine Substanzverletzung sei überhaupt nicht erforderlich, ist schon zweifelhaft, ob sie eine solche als festgestellt angesehen hat. Jedenfalls würde es sich auch dann vorliegend um einen auf die Sachrüge hin zu berücksichtigenden Rechtsfehler handeln. Denn eine fehlende geschlossene Darstellung des erwiesenen Sachverhalts kann nicht durch verstreute Feststellungen tatsächlicher Art, die aus verschiedenen Teilen des Urteils entnommen werden müssen, ersetzt werden (BGH, NStZ 1990, 496).

Das landgerichtliche Urteil war danach aufzuheben und an eine andere Strafkammer des LG zurückzuverweisen. An einer eigenen Sachentscheidung gem. § 354 I StPO ist der Senat gehindert. Denn es ist nicht auszuschließen, dass eine neue Hauptverhandlung noch weitere Aufschlüsse zur Frage der Substanzverletzung an dem Waggon zu erbringen vermag.

III. Zur Strafzumessung

Ergänzend weist der Senat darauf hin, dass auch die Ausführungen zu den Rechtsfolgen nicht bedenkenfrei sind. Denn soweit zu Lasten des Angeklagten der nicht unerhebliche Schaden berücksichtigt wurde, kommt eine Zurechnung des durch den unbekanntem Begleiter

des Angeklagten eingetretenen Schadens - sofern der Schaden nicht auch allein durch den Angeklagten eingetreten ist - nur dann in Betracht, wenn mittäterschaftliche Begehungsweise festgestellt werden kann. Sol-

che Ausführungen lässt das landgerichtliche Urteil jedoch vermissen. Sie sind jedoch in Anbetracht des konkreten Tatablaus nicht fern liegend (vgl. OLG Düsseldorf, NJW 1999, 1199).

Standort: § 211 StGB

Problem: Verdeckungsabsicht bei bedingtem Vorsatz

BGH, URTEIL VOM 30.03.2004
5 STR 428/03 (NSTZ 2004, 495)

Problemdarstellung:

Der Angeklagte war aus ungeklärten Gründen in das Haus einer Familie eingedrungen. Als er dort zunächst von der Hausherrin und später von ihrem Ehemann angetroffen wurde, stach er die beiden nieder, die Frau mit bedingtem, den Mann mit direktem Tötungsvorsatz. Beide starben an den ihnen zugefügten Verletzungen. Das Landgericht hatte den Angeklagten wegen Totschlags in zwei Fällen verurteilt. Der BGH hob dieses Urteil auf, da der Angeklagte sich wegen Mordes strafbar gemacht habe.

Prüfungsrelevanz:

Im Rahmen der Tötungsdelikte stellt § 211 StGB ein Delikt von besonderer Examensrelevanz dar, nicht nur wegen des streitigen Verhältnisses zu § 212 StGB, sondern auch wegen der Probleme bei der Auslegung der einzelnen Mordmerkmale, die auch den Kern des vorliegenden Urteils bilden.

Zunächst befasst sich der BGH mit dem Mordmerkmal der Heimtücke. Diese ist nach ständiger Rechtsprechung dann gegeben, wenn der Täter die Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers bewusst in feindlicher Willensrichtung zur Tötung ausnutzt (BGH, NJW 2003, 1955; NStZ 2003, 535; LK-Jähnke, § 211 Rn. 41 mwN), wobei das Opfer dann arglos ist, wenn es sich im Zeitpunkt des Beginns des tödlichen Angriffs keines solchen versieht (BGH, StV 1998, 544; Tröndle/Fischer, § 211 Rn. 17). In der Literatur wird teilweise zusätzlich noch ein besonders verwerflicher Vertrauensbruch verlangt, für den 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). Im vorliegenden Fall hatten beide Opfer auf verdächtige Geräusche reagiert, was den BGH zu der Annahme veranlasste, dass sie nicht mehr arglos gewesen seien bzw. dass jedenfalls ein entsprechender Vorsatz des Täters fehle.

Ein weiteres Mordmerkmal, das der BGH im vorliegenden Fall diskutiert und schließlich auch bejaht ist das des Handelns "um eine andere Straftat zu ver-

decken". Problematisch im Rahmen dieser sog. Verdeckungsabsicht ist insb. die Konstellation, von der der BGH auch im vorliegenden Fall ausgegangen ist, dass der Täter bzgl. der Tötung des Opfers nur mit Eventual- oder direktem Vorsatz handelt und nicht mit Absicht (vgl. hierzu die Darstellung bei Schönke/Schröder-Eser, § 211 Rn. 35). In diesem Fall ist zu berücksichtigen, dass sich die Absicht bei § 211 StGB nur auf die Verdeckung bzw. Ermöglichung richten muss und nicht unbedingt auf die Tötung. Glaubt der Täter also, er sei vom Opfer noch nicht erkannt worden, so dass auch bei einem Weiterleben des Opfers eine Identifizierung nicht erfolgen wird, wäre auch ohne Tötung des Opfers eine Verdeckung möglich, weil z.B. durch die bloße Verletzung des Opfers eine Entdeckung der Identität des Täters verhindert werden kann. In diesem Fall kann der Täter auch bei nur bedingtem Tötungsvorsatz mit Absicht bzgl. der Verdeckung handeln (BGH, NJW 1999, 1040; Momsen, JR 2000, 26; Schroth, NStZ 1999, 554). Lediglich in den Fällen, in denen der Täter sich bereits vom Opfer identifiziert glaubt, ist eine Verdeckung ausschließlich durch die Tötung des Opfers möglich, so dass hier Absicht bzgl. Tötung und Verdeckung gegeben sein muss (BGHSt 21, 283; MDR/H 1993, 406). Da der Täter zwar vom ersten Opfer gesehen worden war, aber der BGH nicht davon ausging, dass dieses ihn identifiziert habe, hat der BGH sich in der Lage gesehen, trotz eines nur bedingten Tötungsvorsatzes eine Verdeckungsabsicht zu bejahen. Die Argumentation des BGH im vorliegenden Fall beweist jedoch wieder einmal, dass die Probleme bei der Annahme einer Verdeckungsabsicht meist nicht in den Voraussetzungen dieses Mordmerkmals, sondern in unzureichenden oder widersprüchlichen Feststellungen des Tatrichters liegen.

Vertiefungshinweise:

☐ Zum Mordmerkmal der Heimtücke: *BGHSt* 2, 251; *NJW* 2003, 1955 (= *RA* 2003, 399); *RA* 2004, 298; *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 Verdeckungsabsicht: *BGHSt* 15, 291; 41, 358; *NStZ-RR* 1997, 132; *Bosch/Schindler*, *Jura* 2000, 77; *Brocker*, *MDR* 1996,

228; *Fischer*, NStZ 1996, 416; *Hohmann/Matt*, JA 1989, 134; *Laber*, MDR 1989, 861; *Mitsch*, JuS 1997, 788; *Saliger*, StV 1998, 22; *Schmidhäuser*, NStZ 1989, 55; *Schroeder*, JZ 1996, 688; *Schroth*, NStZ 1999, 554; *Wohlers*, JuS 1990, 20

Kursprogramm:

☐ *Examenskurs*: "Tod in der Fußgängerzone"

Leitsatz (der Redaktion):

Zu den Mordmerkmalen der Heimtücke und der Verdeckungsabsicht.

Sachverhalt:

Der Angeklagte, u. a. vorbestraft mit einer zunächst zur Bewährung ausgesetzten Freiheitsstrafe wegen einer 1990 im Vollrausch verübten gefährlichen Körperverletzung, war nach Verurteilung wegen einer im Dezember 1995 wiederum im Vollrausch begangenen Körperverletzung mit Todesfolge zu vier Jahren und sechs Monaten Freiheitsstrafe und Unterbringung in einer Entziehungsanstalt im Herbst 1999 vorzeitig aus Strafhaft und Maßregelvollzug entlassen worden.

In den Morgenstunden des 10. August 2002 lief der Angeklagte nach durchzechter Nacht, aufgeputscht durch konsumierte antriebssteigernde Drogen (Speed, eventuell auch Kokain) und alkoholisiert (bei maximaler Blutalkoholkonzentration von etwa 2,3 ‰), möglicherweise ziel- und planlos durch ein Wohnviertel in Berlin-Weißensee. Er überstieg den Gartenzaun eines bewohnten Einfamilienhauses und versuchte gegen 6.45 Uhr, in das Schlafzimmerfenster der 16jährigen Tochter der Eigentümer zu schauen, die soeben nach Hause gekommen und dabei möglicherweise von dem Angeklagten beobachtet worden war. Kurz danach gelang es dem Angeklagten, ein angekipptes Fenster des im Hochparterre gelegenen Wintergartens zu öffnen; hierdurch stieg er zunächst unbemerkt in das Haus ein. Das Motiv ist ungeklärt geblieben; der Angeklagte hat nicht damit begonnen, im Haus zu stehen.

Die Hauseigentümerin, die im Hochparterre mit ihrem Ehemann im Schlafzimmer schlief, erwachte, trat unbedeutend auf den Flur und traf dort auf den im Eingangsbereich der Küche stehenden Angeklagten. Dieser war seinerseits kurz zuvor durch eine im Spiegel bemerkte Bewegung hinter der halb geöffneten Tür des Schlafzimmers auf darin befindliche Personen aufmerksam geworden und war - unwiderlegt - entschlossen, das Haus alsbald möglichst unbemerkt wieder zu verlassen. Die Frau schrie beim für sie gänzlich überraschenden Anblick des ihr unbekanntem Angeklagten sofort laut um Hilfe und begann, mit bloßen Händen auf ihn einzuschlagen. Dieser ergriff ein unmittelbar

neben ihm in einem Messerblock steckendes Fleischermesser mit einer Klingenslänge von 20 cm und stach damit unvermittelt mit Wucht der Frau einmal knapp 20 cm tief in den oberen rechten Brustbereich. Er war durch die Situation des Zusammentreffens in Panik geraten, dachte jäh daran, dass er unter Führungsaufsicht und Bewährung stand, und handelte spontan, um seine Flucht aus dem Haus zu ermöglichen. Dass er dies "auch durch mildere Mittel" hätte bewerkstelligen können, war ihm nach Auffassung des Schwurgerichts möglicherweise nicht bewusst. Den Tod der Geschädigten nahm er, wie das Schwurgericht meint, zumindest billigend in Kauf.

Die Frau brach nach dem Stich nicht zusammen, sondern flüchtete durch das Wohnzimmer und den Wintergarten in den Garten. Der Angeklagte wollte - unwiderlegt - durch das Schlafzimmer flüchten, das er möglicherweise durch zustands- und situationsbedingte Wahrnehmungsverzerrungen nach der Flucht der Geschädigten in die andere Richtung als einzig möglichen Fluchtweg verkannte. In der Schlafzimmertür traf er auf den erwachten und aufgestandenen Ehemann der Geschädigten. Ihm versetzte der Angeklagte, um seine Flucht zu ermöglichen, mit direktem Tötungsvorsatz sieben Stiche mit dem Messer, das er noch bei sich führte. Der Mann brach im Schlafzimmer zusammen und verblutete alsbald.

Dem Angeklagten gelang die Flucht durch das Schlafzimmerfenster. Ermittelt - und zwei Wochen später festgenommen - wurde er durch eine DNA-Spur an einer im Garten des Tatortes aufgefundenen Zigarettenskippe. Die Geschädigte hatte durch laute Schreie vom Garten aus ihre Kinder alarmieren können. Sie brach alsbald zusammen, gab ihrem Sohn und Rettungskräften noch den Hinweis, der Täter sei "Ausländer" mit "mulattischer" Hautfarbe - der Vater des Angeklagten war Schwarzafrikaner -, und fiel dann in Bewusstlosigkeit, aus der sie bis zu ihrem mehr als ein Vierteljahr später verletzungsbedingt eingetretenen Tod nicht mehr erwachte.

Aus den Gründen:

I. Entscheidung des Landgerichts

Das Schwurgericht hat den Angeklagten wegen Totschlags in zwei Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von 14 Jahren (Einzelstrafen: acht und zehn Jahre Freiheitsstrafe) verurteilt und seine Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (unter Anordnung eines Vorwegvollzugs von acht Jahren und sechs Monaten) angeordnet. Die jeweils auf die Sachrüge gestützten Revisionen der Staatsanwaltschaft - vertreten vom Generalbundesanwalt - und von fünf (von insgesamt acht) Nebenklägern, die u. a. die unterbliebene Verurteilung

des Angeklagten wegen Mordes rügen, haben Erfolg. [...]

II. Zur Ablehnung des § 211 StGB durch das Landgericht

Zutreffend beanstanden die Beschwerdeführer es als rechtsfehlerhaft, dass das Schwurgericht in beiden Fällen eine Verurteilung des Angeklagten wegen Mordes abgelehnt hat.

1. Zur Heimtücke

Allerdings ist das Mordmerkmal der Heimtücke in beiden Fällen im Ergebnis zutreffend verneint worden. Entgegen der Wertung des Schwurgerichts hängt dies nicht einmal mit der besonderen psychischen Belastung des Angeklagten bei Begehung der Taten zusammen. Die Hauseigentümerin wurde naheliegend durch Wahrnehmung ungewohnter Geräusche oder Bewegungen geweckt; als sie den Flur betrat, traf sie hier in ihrem Privathaus unvermutet auf einen Einbrecher, den ihr fremden Angeklagten. Es liegt auf der Hand, dass ihr in dieser Situation jede Arglosigkeit genommen war. Ihre Reaktion, laut schreiend auf den Einbrecher zuzugehen und auf ihn einzuschlagen, ist schwerlich geeignet, das Gegenteil zu beweisen. Sie ist kaum - mit dem Schwurgericht - als überraschungsbedingte Verkennung der Gefahrensituation (vgl. BGHSt 33, 363) zu verstehen, sondern vielmehr ersichtlich als gänzlich unbedachte Panikreaktion. Jedenfalls besteht mit Rücksicht auf diese Situation keine Grundlage für eine gesicherte Überzeugung von der Annahme des Angeklagten, die zutiefst erschrockene Frau sei ihm gegenüber arglos gewesen. Damit fehlte es - zumindest subjektiv - an dem für das Mordmerkmal der Heimtücke erforderlichen Element der Arglosigkeit zum maßgeblichen Zeitpunkt des Beginns des tödlichen Angriffs (vgl. Tröndle/Fischer, StGB 51. Aufl. § 211 Rdn. 17).

Nichts anderes gilt für den Angriff auf den Ehemann, als er sich - alarmiert durch die Schreie seiner Frau - anschickte, vom Schlafzimmer aus zum Ort des Geschehens zu eilen. Ungeachtet der Kürze der Zeit seit seinem Erwachen war er beim Zusammentreffen mit dem Angeklagten für diesen augenscheinlich in panischer Sorge, mithin nicht arglos. Dass beide Opfer dem Angeklagten in der Tatsituation letztlich wehrlos ausgeliefert waren, ließ sich - jedenfalls aus dessen für den Vorsatz maßgeblicher Sicht - nicht auf Arglosigkeit zurückführen, ist mithin zur Erfüllung des Mordmerkmals der Heimtücke nicht ausreichend (vgl. Tröndle/Fischer aaO § 211 Rdn. 18a).

2. Zur Verdeckungsabsicht

Als sachlichrechtlich fehlerhaft erweist sich indes in

beiden Fällen die Verneinung einer Tötung, um eine andere Straftat zu verdecken.

Der Angeklagte, dem es bei den Tötungshandlungen eingeständenermaßen um die Ermöglichung seiner Flucht zur Vermeidung negativer Konsequenzen in seiner Situation der Führungsaufsicht und offenen Bewährung ging, handelte damit unverkennbar zugleich in der Absicht, den Einbruch und die damit mindestens verbundene Straftat des Hausfriedensbruchs zu verdecken. Auch unter Berücksichtigung seiner Intoxikation und der Paniksituation beim plötzlichen Zusammentreffen mit den Geschädigten ist für vernünftige Zweifel daran, dass er sich bei der nahezu instinktiv empfundenen Sorge um seine Bewährung selbstverständlich zugleich der jene Sorge begründenden Strafbarkeit seines Einbruchs - mindestens als Hausfriedensbruch, wenn nicht als versuchter Einbruchsdiebstahl oder gar (etwa alternativ festzustellen) als versuchte sexuelle Nötigung - mitbewusst war, kein Raum (vgl. dazu BGHR StGB § 211 Abs. 2 Verdeckung 10; Schneider in MünchKomm-StGB 2003 § 211 Rdn. 187 ff.).

Auch die weiteren gegen die Verdeckungsabsicht vorgebrachten Argumente erweisen sich als nicht tragfähig. Zunächst zweifeln die Beschwerdeführer angesichts des der Geschädigten beigebrachten wuchtigen, nahezu 20 cm tiefen Bruststiches nachvollziehbar an der Annahme eines lediglich bedingten Tötungsvorsatzes, und zwar auch unter Berücksichtigung der Spontanität des Tatentschlusses und des Umstandes, dass der bei dieser Tat noch mit geringerer Intensität handelnde Angeklagte auf die Frau nur einmal eingestochen hat. Jenseits davon liegt eine Fallgestaltung, für welche die Rechtsprechung Bedenken gegen eine Vereinbarkeit des Mordmerkmals der Verdeckungsabsicht mit nur bedingtem Tötungsvorsatz angenommen hat (vgl. dazu Tröndle/Fischer aaO § 211 Rdn. 31a und 33; Schneider aaO § 211 Rdn. 190 ff.; jeweils m.w.N.), bei dem vorliegenden tödlichen Angriff auf ein nicht bekanntes Opfer zur Fluchtermöglichung grundsätzlich nicht vor. Die vom Schwurgericht erwogenen Überlegungen des Angeklagten, im Falle eines Überlebens der Frau werde er identifiziert werden, weil sie ihn gesehen habe und wiedererkennen werde, dürften überhaupt nur unter der Voraussetzung als geeignet angesehen werden, das Mordmerkmal der Verdeckungsabsicht in Zweifel zu ziehen, wenn der Angeklagte mit einer Identifizierung für den Fall des Überlebens seines Opfers fest gerechnet hätte. Jedenfalls machen die Beschwerdeführer aber zutreffend geltend, dass die Annahme derart differenzierter Überlegungen des Angeklagten im eklatanten Widerspruch zu den Feststellungen zu seiner intoxikations- und situationsbedingt verwirrten Geistesverfassung bei der sponta-

nen Tatbegehung steht. Der Ausschluss des Mordmerkmals beruht mithin auf einer tatsächlich nicht fundierten und damit sachlichrechtlich fehlerhaften Unterstellung zugunsten des Angeklagten.

All dies gilt in verstärktem Maße für die Überlegung des Schwurgerichts, der Angeklagte habe bei der anschließend verübten direkt vorsätzlichen Tötung des Ehemannes zur Ermöglichung seiner Flucht womöglich bedacht, er könne damit nicht selbstverständlich zugleich seine Vortaten - Einbruch und Verletzung der Frau - wirksam verdecken, da er von seiner späteren Identifizierung durch die entkommene schwerverletzte Frau ausgegangen sei.

3. Zu niedrigen Beweggründen

Da keine Anhaltspunkte für eine Fluchtabsicht ohne gleichzeitige Verdeckungsabsicht bestehen, ist daneben für die Annahme einer Tötung aus sonst niedrigen Beweggründen (vgl. Tröndle/Fischer aaO § 211 Rdn. 29a) kein Raum.

4. Keine eigene Sachentscheidung des BGH

Der Senat hat erwogen, wegen der aus dem angefochtenen Urteil ersichtlichen nahezu eindeutigen Beweislage und im Blick auf die letztlich haltlosen Unterstellungen, die in beiden Fällen zur Verneinung des Mordmerkmals der Verdeckungsabsicht geführt haben, zum Schuldspruch auf Mord in zwei Fällen durchzuentcheiden. Da es letztlich insoweit an positiven tatgerichtlichen Feststellungen zu den hierfür erforderlichen Vorstellungen des Angeklagten fehlt, hat der Senat - auch vor dem Hintergrund, dass die Motivation des Angeklagten, in das Haus der Getöteten einzubrechen, letztlich weitgehend im Dunkeln geblieben ist - hiervon gleichwohl Abstand genommen und die Entscheidung neuer tatgerichtlicher Beurteilung überlassen.

Um dem neuen Tatgericht dann aber auch eine umfassende, von Vorgaben freie neue Sachaufklärung zu ermöglichen, hebt der Senat das Urteil vollständig auf. Er sieht deshalb auch davon ab, etwa Feststellungen zum äußeren Tathergang und zur Schuldfähigkeit des Angeklagten aufrechtzuerhalten, die das Schwurgericht im angefochtenen Urteil rechtsfehlerfrei getroffen hat, die aber auch das neue Tatgericht unschwer erneut wird feststellen können.

III. Zum Schuldspruch

Der Rechtsfolgenausspruch entfällt mit der Aufhebung des Schuldspruchs.

Der Senat weist indes darauf hin, dass das angefochtene Urteil auch insoweit nicht bedenkenfrei ist.

1. Zur Strafrahmenschiebung gem. §§ 21, 49 I StGB

Zwar hat das Schwurgericht rechtsfehlerfrei eine erhebliche Verminderung der Steuerungsfähigkeit des Angeklagten bei Begehung der Taten (§ 21 StGB) bejaht. Die Begründung, mit der es dem Angeklagten eine hierauf gründende Strafrahmenschiebung nach § 49 Abs. 1 StGB zugebilligt hat, ist aber, wie die Staatsanwaltschaft zutreffend rügt, durchgreifend bedenklich. Dass das Tatgericht nicht festzustellen vermochte, dass dem Angeklagten eine Neigung zu vergleichbaren Straftaten unter dem Einfluss von Drogen und Alkohol bewusst gewesen wäre, mag ungeachtet seiner einschlägigen Vorbelastungen hinzunehmen sein. Kaum vertretbar erscheint indes die Wertung, dass der Angeklagte mit entsprechendem Fehlverhalten in derart berauschem Zustand allein im Blick auf den seit den Vortaten eingetretenen Zeitablauf und auf sein konkretes Wirken als Einzeltäter auch nicht hätte rechnen müssen. Nach Aburteilung des Angeklagten wegen zweier massiver Gewaltdelikte im Vollrausch, das zweite davon bereits mit tödlichem Ausgang, ist ersichtlich das Gegenteil der Fall. Vor diesem spezifischen Hintergrund musste ihm sein dauerhaft unkontrollierter Alkohol- und Drogenmissbrauch angelastet werden, auf den der massiv enthemmte Zustand zurückging, der die hier abgeurteilten Kapitalverbrechen bedingte. Dies gilt verstärkt, da er aufgrund der letzten einschlägigen Vortat noch unter Bewährung stand, zumal auch bezogen auf den mit dem Hang unmittelbar verbundenen Maßregelausspruch der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt.

Bei dieser Besonderheit legt nicht einmal der Umstand die Zubilligung einer Strafrahmenschiebung nahe, dass der Zustand erheblich verminderter Schuldfähigkeit letztlich auch auf psychische Defekte, namentlich einen fortbestehenden Hang zur Berauschung, zurückgeht. Diesem Milderungsmoment steht die massiv verstärkende Warnfunktion der laufenden Bewährung vor spezifisch einschlägigem Hintergrund gegenüber. Jedenfalls aus der Sicht des Schwurgerichts war die Zubilligung der Strafrahmenschiebung durchgreifend bedenklich vor dem Hintergrund, dass das Gericht letztlich allein im Blick auf die psychische Verfassung des Angeklagten bei Begehung der Taten bereits nicht zu Schuldsprüchen wegen Mordes gelangt ist. Dieses Moment hätte bei der Strafrahmenschiebung zusätzlich zum Nachteil des Angeklagten bedacht werden müssen.

Nach der letztlich vom Angeklagten vorwerfbar verursachten tatalösenden Intoxikation wird sich die Zubilligung einer Strafrahmenschiebung sogar dann nicht von selbst verstehen, wenn der Angeklagte bei Versagung der Strafrahmenschiebung wegen Mordes zu lebenslanger Freiheitsstrafe zu verurteilen wäre. Dies setzte freilich besonders schwerwiegende

Gründe voraus, die einer solchen Milderung entgegenstehen (vgl. BGHR StGB § 21 Strafrahmenverschiebung 7, 8, 12, 18, 24, 25). Indes wären die vorliegend zu beurteilenden Taten bei - unterstellt - uneingeschränkter Schuldfähigkeit des Täters zweifelsfrei als zwei Fälle des Mordes mit lebenslanger Gesamtfreiheitsstrafe unter Feststellung besonderer Schwere der Schuld des Täters gemäß § 57a Abs. 1 Satz 1 Nr. 2, § 57b StGB zu ahnden gewesen; zu berücksichtigen ist zudem eine spezifisch einschlägige Vorbelastung, die ihrerseits bereits die Tötung eines Menschen zum Gegenstand hatte. Vor diesem Hintergrund erschiene vorliegend auch bei Schuldsprüchen wegen Mordes - namentlich für die zweite Tat - die Versagung einer Strafrahmenverschiebung nach tatgerichtlichem Ermessen nicht undenkbar, eventuell mit der Konsequenz, im Blick auf die erhebliche Verminderung der Schuldfähigkeit von der Feststellung besonderer Schuldschwere abzusehen.

2. Zur Anordnung der Sicherungsverwahrung (§ 66 StGB)

Zum Maßregelausspruch merkt der Senat an, dass die bisher zugunsten des Angeklagten getroffene tatgerichtliche Ermessensentscheidung nach § 66 Abs. 2 StGB, dessen formelle Voraussetzungen nach der bisherigen rechtsfehlerfreien tatgerichtlichen Beurteilung ebenso vorliegen wie ein Hang und eine damit einhergehende Gefährlichkeit des Angeklagten (§ 66 Abs. 1 Nr. 3 StGB), insbesondere vor dem Hintergrund dreier Straftaten mit tödlichem Ausgang nicht überaus überzeugend anmutet. Angesichts der Möglichkeit strenger Bewertung der Taten ist insoweit ohnehin eine neue tatgerichtliche Beurteilung erforderlich. Insbesondere bei etwa abweichendem Ergebnis wäre ein erneut erwogener - im angefochtenen Urteil rechtsfehlerfrei ausgesprochener - Maßregelausspruch nach § 64 StGB auch nach Maßgabe des § 72 StGB zu hinterfragen.

Standort: § 11 I Nr. 2 StGB

Problem: Bahnangestellter als Amtsträger

BGH, URTEIL VOM 16.07.2004

2 STR 486/03 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Der Angeklagte hatte mit einem Mitangeklagten, der vor der Bahnreform Beamter bei der Deutschen Bundesbahn gewesen und danach beurlaubt und bei der Deutschen Bahn AG angestellt war, eine Vereinbarung dahingehend getroffen, dass dieser insb. die zuständigen Entscheidungsträger bei der Bahn davon überzeugen sollte, dass die von dem Unternehmen des Angeklagten hergestellten Produkte die Besten seien. Hierfür erhielt der Mitangeklagte ein Honorar. Das Landgericht verurteilte den Angeklagten wegen Bestechung im geschäftlichen Verkehr (§ 299 II StGB). Die Staatsanwaltschaft rügte, der Mitangeklagte sei als Angestellter der Bahn Amtsträger i.S.v. § 11 I Nr. 2 StGB, sodass der Angeklagte wegen Bestechung (§ 334 StGB) zu verurteilen sei. Der BGH wies diese Revision zurück.

Prüfungsrelevanz:

Zwar sind die im vorliegenden Fall relevanten §§ 299, 334 StGB in den meisten Bundesländern kein Prüfungsstoff, jedoch ist zentraler Gegenstand des vorliegenden Falles die Frage nach der Amtsträgereigenschaft i.S.v. §§ 11 I Nr. 2 StGB, die auch für andere Vorschriften relevant ist, die Examensgegenstand sind (z.B. §§ 240 IV Nr. 3, 258 a, 340 StGB). Außerdem enthält die Begründung des vorliegenden Urteils sehr

schöne Ausführungen des BGH zu der Frage, wann ein Tätigkeitsbereich eine "öffentliche Aufgabe" i.S.v. § 11 I Nr. 2 c StGB darstellt, was auch zur Lösung der Frage, wann eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit gegeben ist, also z.B. im Rahmen der Prüfung einer verwaltungsgerichtlichen Klage, herangezogen werden kann.

Bei der Frage nach der Beamtenstellung i.S.v. § 11 I Nr. 2 a StGB ergab sich im vorliegenden Fall die Besonderheit, dass der fragliche Mitangeklagte zur Zeit der Deutschen Bundesbahn Beamter gewesen war und diesen Status nach Umwandlung der Bahn in eine (zivilrechtliche) AG nicht verloren hatte. Er war beurlaubt worden und man hatte ihm gestattet, eine Anstellung bei der Deutschen Bahn AG anzunehmen. Da er nur beurlaubt worden war, bestand sein Beamtenstatus also nach wie vor. Der BGH hat den Mitangeklagten dennoch nicht als Amtsträger i.S.v. § 11 I Nr. 2 a StGB gewertet, da dieser als Angestellter der Deutschen Bahn AG keine Dienste im Sinne des Beamtenrechts gegenüber einem (öffentlich-rechtlichen) Dienstherrn erbringe. Der BGH gibt mit diesem Urteil seine bisherige Rechtsprechung auf, nach der es für die Frage der Beamteneigenschaft grundsätzlich keine Rolle spielte, was für Dienste der Beamte versah (so auch die wohl herrschende Literatur, vgl. LK-Gribbohm, § 11 Rn. 25; Schönke/Schröder-Eser, § 11 Rn. 19; SK-Rudolphi, § 11 Rn. 18) und nimmt in Kauf, dass der beamtenrechtliche und der strafrechtliche Beamtenbegriff divergieren können.

Weiter enthält das vorliegende Urteil ausführliche An-

merkungen des BGH dazu, dass die Tätigkeit der Deutschen Bahn AG trotz ihrer Einordnung als Daseinsvorsorge dennoch keine "Aufgabe der öffentlichen Verwaltung" i.S.v. § 11 I Nr. 2 c StGB darstellt. Dies begründet der BGH unter fast schon schulmäßiger Betrachtung der juristisch-historischen Entwicklung des Eisenbahnwesens und Auslegung der insofern einschlägigen Normen, insb. auch des GG, mit den fehlenden öffentlich-rechtlichen und gesellschaftsrechtlichen Einwirkungsmöglichkeiten des Bundes auf die Deutsche Bahn AG.

Vertiefungshinweise:

□ Zur Amtsträgereigenschaft i.S.v. § 11 I Nr. 2 StGB: RGSt 67, 299; 68, 70; BGHSt 3, 143; Jutzi, NStZ 1991, 105; Paeffgen, JZ 1997, 178

Leitsätze:

1. Ein im Zuge der Bahnreform nach § 12 Abs. 1 DBGrG aus dienstlichen Gründen beurlaubter Bundesbahnbeamter, der mit der Deutschen Bahn AG einen privatrechtlichen Anstellungsvertrag abgeschlossen hat und in dieser Funktion tätig wird, ist kein Amtsträger nach § 11 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. a) StGB.

2. Eine im Rahmen eines betriebsinternen, dem eigentlichen Vergabeverfahren vorgeschalteten Zulassungsverfahrens mit unlauteren Mitteln erstrebte Förderung von neuen Produkten erfolgt aufgrund des engen Zusammenhangs mit der Auftragsvergabe schon zu Zwecken des Wettbewerbs im Sinne des § 299 Abs. 2 StGB.

Sachverhalt:

Der Angeklagte, der in leitender Stellung beim K-Konzern beschäftigt ist, hatte seit Jahren näheren beruflichen Kontakt mit dem Mitangeklagten L. Dieser war im Beamtenverhältnis bei der Deutschen Bundesbahn beschäftigt. Im Zuge der Bahnreform 1994 wurde L als Beamter beurlaubt und von der neu gegründeten Deutschen Bahn AG als Hauptabteilungsleiter [...] angestellt. 1995/96 kam es zwischen dem Angeklagten und L zu einer Vereinbarung. Danach sollte L der K-GmbH neben der schon zuvor geleisteten technischen Beratung bei der Einführung neuer Produkte behilflich sein, indem er die zuständigen Entscheidungsträger im bahninternen Zulassungsverfahren von deren Vorteilen überzeugte und Verantwortliche für deren Erprobung eruierte. Außerdem sollte er im Vorfeld von Vergabeverfahren Informationen etwa über Mitbewerber an den Angeklagten Q weitergeben. Als Gegenleistung erhielt L während der Vertragsdauer von drei Jahren 1997 bis 1999 jeweils 80.000 DM von dem K-Kon-

zern.

Aus den Gründen:

Das Landgericht hat den Angeklagten der Bestechung im geschäftlichen Verkehr für schuldig befunden und gegen ihn eine Geldstrafe von 180 Tagessätzen von je 500 Euro verhängt. Dagegen wenden sich die Revisoren der Staatsanwaltschaft und des Angeklagten Q. Die Staatsanwaltschaft erstrebt mit ihrem vom Generalbundesanwalt nicht vertretenen Rechtsmittel eine Verurteilung des Angeklagten wegen Bestechung nach § 334 StGB. Der Angeklagte macht mit seiner Revision geltend, dass die Voraussetzungen des § 299 Abs. 2 StGB nicht erfüllt sind.

Gegen den Mitangeklagten L, den das Landgericht wegen derselben Vorgänge wegen Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr verurteilt hat, ist das Urteil rechtskräftig. Beide Rechtsmittel haben keinen Erfolg. [...]

Das Landgericht hat die auf dieser Vereinbarung beruhenden drei Zahlungen in Höhe von insgesamt 240.000 DM bei dem Angeklagten Q als eine Bestechung im geschäftlichen Verkehr, soweit sie nicht lediglich als Entgelt für die technische Beratung bestimmt waren, und bei dem Mitangeklagten L als Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr gewertet. Eine Amtsträgereigenschaft des Mitangeklagten L nach § 11 Abs. 1 Nr. 2 StGB hat es verneint und deshalb auch eine Bestrafung des Angeklagten Q nach § 334 StGB abgelehnt.

I. Die Revision der Staatsanwaltschaft

Die Auffassung des Landgerichts, der Mitangeklagte L sei im Tatzeitraum nicht Amtsträger im Sinne des § 11 Abs. 1 Nr. 2 StGB gewesen, ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

1. L kein Beamter i.S.v. § 11 I Nr. 2 a StGB

Der Mitangeklagte L war kein Beamter im Sinne von § 11 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. a) StGB.

Allerdings war L, der seit 1963 bei der nach Art. 87 GG aF in bundeseigener Verwaltung stehenden Deutschen Bundesbahn beschäftigt war, unmittelbarer Bundesbeamter. Sein Status als Beamter änderte sich auch nicht mit der auf der Grundlage des Art. 87 e GG (eingeführt durch Art. 1 Nr. 5 des Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes vom 20.12.1993) und des Gesetzes zur Neuordnung des Eisenbahnwesens vom 27. Dezember 1993 (ENeuOG) erfolgten Bahnreform. Zwar war wesentlicher Inhalt dieser Reform die Trennung von hoheitlicher Verwaltung und Wirtschaftstätigkeit und die Organisation der wirtschaftlichen Tätigkeit in privatrechtlichen Formen (Gersdorf in von Mangoldt/Klein, Das Bonner Grundgesetz 4. Aufl. Rdn. 46

f.; Windthorst in Sachs, GG-Komm. 3. Aufl. Rdn. 4 f., jeweils zu Art. 87 e GG). Das aus den Sondervermögen des Bundes Deutsche Bundesbahn und Deutsche Reichsbahn zusammengefasste Bundeseisenbahnvermögen wurde im Zuge dieser Reform in einen unternehmerischen und einen Verwaltungsbereich unterteilt, wobei der unternehmerische Bereich nach § 1 Abs. 1 Deutsche Bahn Gründungsgesetz (DBGrG) in einer Aktiengesellschaft organisiert wurde. Dies hatte zur Folge, dass die Beamten der Deutschen Bundesbahn, die nunmehr bei der Deutschen Bahn AG tätig sein sollten, nicht unmittelbar - ohne Verlust ihres Beamtenstatus - von der Deutschen Bahn AG übernommen werden konnten, da die Aktiengesellschaft als juristische Person des Privatrechts nach § 121 BRRG nicht Dienstherr sein konnte. Um den Beamten der Deutschen Bundesbahn ihre Rechtsstellung als Bundesbeamte zu wahren, wurden zwei Überleitungsvarianten geschaffen: Neben der Möglichkeit, gemäß Art. 143 a Abs. 1 Satz 3 GG, § 12 Abs. 2 DBGrG die Beamten der Deutschen Bahn AG zur Dienstleistung zuzuweisen, konnten die Beamten zur Wahrnehmung einer Tätigkeit bei der Deutschen Bahn AG nach § 12 Abs. 1 DBGrG unter Wegfall der Bezüge beurlaubt und auf der Grundlage eines Anstellungsvertrags mit der Deutschen Bahn AG tätig werden.

Von der vor allem von Führungskräften der Deutschen Bundesbahn genutzten Möglichkeit der Beurlaubung nach der Sonderregelung des § 12 Abs. 1 DBGrG - die die Anwendung der allgemeinen Beurlaubungsvorschriften und -grundsätze unberührt ließ - hatte der Mitangeklagte L Gebrauch gemacht. Damit war L trotz des Abschlusses des Anstellungsvertrags mit der Deutschen Bahn AG nach seinem allgemein zu beurteilenden Status Beamter geblieben. Sein Dienstherr war der Bund, für beamtenrechtliche Maßnahmen und Entscheidungen, die sich auf das "Grundverhältnis" (z. B. Beförderungen) bezogen, war der Präsident des Bundeseisenbahnvermögens zuständig. Da die Beurlaubung lediglich zur Folge hat, dass der Beamte für den betreffenden Zeitraum von der ihm obliegenden Dienstleistungspflicht entbunden wird, sein Status und das damit verbundene allgemeine Pflicht- und Treueverhältnis auch bei länger wählender Beurlaubung aus besonderem Anlass jedoch bestehen bleiben (BVerwGE 111, 231, 233 m.w.N.), entfällt nicht grundsätzlich die an den staatsrechtlichen Beamtenbegriff anknüpfende Amtsträgereigenschaft.

Grundsätzlich unerheblich für die Amtsträgereigenschaft des Beamten ist auch die Art der ihm zugewiesenen Dienste. Entscheidend ist nur, dass dem Beamten die Verrichtung als amtliche Aufgabe nach den bestehenden Vorschriften übertragen worden ist und sie nicht völlig außerhalb des Aufgabenbereichs der

zuweisenden Behörde liegt (RGSt 67, 299; 68, 70; RG JW 1934, 2149, BGHSt 3, 143, 145; Gribbohm in LK 11. Aufl. § 11 Rdn. 25; Eser in Schönke-Schröder, StGB 26. Aufl. § 11 Rdn. 19; Rudolphi in SK-StGB, 6. Aufl. § 11 Rdn. 18; aA Heinrich, Der Amtsträgerbegriff im Strafrecht, Strafrechtliche Abhandlungen Bd. 132 S. 313, 333; MünchKomm/Radtke § 11 Rdn. 23: entscheidend nur die formale Rechtsstellung). So hat bereits das Reichsgericht entschieden, dass die Zuweisung eines Beamten an eine Straßenbahn AG zur Ausübung seines Dienstes die Beamteneigenschaft nicht berührt (RGSt 67, 299, wobei bereits in dieser Entscheidung zwischen der Zuweisung zur Dienstleistung und Beurlaubung unterschieden wird).

Spricht danach der fortbestehende Beamtenstatus des Mitangeklagten L zunächst dafür, dass er Amtsträger im Sinne von § 11 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. a) StGB geblieben ist, so weist die für ihn maßgebliche Konstellation - Beurlaubung und Abschluss eines privatrechtlichen Anstellungsvertrags - gegenüber den in der Rechtsprechung bisher erörterten Fallgestaltungen entscheidende Unterschiede auf. Im Gegensatz zu der für die große Mehrheit der Beamten gewählten Konstruktion nach § 12 Abs. 2 DBGrG i. V. m. Art 143 a Abs. 1 Satz 3 GG, die die Rechtsstellung der Beamten unberührt ließ, insbesondere für die zugewiesenen Beamten kein Arbeitsverhältnis zu ihrem privatrechtlichen Arbeitgeber Deutsche Bahn AG begründete, erfolgte bei den beurlaubten Beamten keine Zuweisung zur Dienstleistung zur Deutschen Bahn AG. Der Mitangeklagte L erbrachte seine Dienste nicht gegenüber seinem Dienstherrn, dem als nicht rechtsfähiges Sondervermögen des Bundes eingerichteten Bundeseisenbahnvermögen, das ihn von der Dienstleistungspflicht beurlaubt und damit entbunden hatte, sondern als Angestellter der Deutschen Bahn AG. Erbringt der Beamte aber keine Dienste im Sinne des Beamtenrechts, ist er nach Auffassung des Senats trotz seines fortbestehenden Beamtenstatus nicht als Amtsträger im strafrechtlichen Sinne anzusehen. Dem steht nicht entgegen, dass sich nach der gesetzlichen Regelung die Amtsträgereigenschaft im allgemeinen nach dem Beamtenstatus bestimmt. Denn der Beamte im staatsrechtlichen Sinn wird gerade deshalb den in § 11 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. c) StGB genannten sonstigen Personen, die zur Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben bestellt sind, gegenübergestellt, weil so die für die Täterstellung von Amtsdelikten maßgebende Einbindung in das öffentlich-rechtliche Gewaltverhältnis bei dienstlichen Handlungen erfasst wird. Denn für den Beamtenbegriff im Strafrecht und das bei den Amtsdelikten typischerweise verwirklichte Sonderunrecht ist kennzeichnend, dass er in seiner Eigenschaft als Beamter und nicht als Arbeitnehmer einer privatrechtlichen Ge-

sellschaft handelt (vgl. auch Rohlf, Die Täter der Amtsdelikte, S. 161). Dieses wird durch das Erfordernis der dienstlichen Tätigkeit konkretisiert. Handelt der Beamte aber außerhalb seiner Rechtsstellung als Beamter, kommt es auf seinen Status nicht an. Insofern ist ihm gerade keine Verrichtung als amtliche Aufgabe übertragen worden. Es ist deshalb - jedenfalls für die vom Bundesgerichtshof bisher nicht entschiedene Fallkonstellation des zu dienstlichen Zwecken beurlaubten Beamten - mit der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, das Pflichtverletzungen eines beurlaubten Beamten, die er im Rahmen eines im Einverständnis mit seinem Dienstherrn abgeschlossenen privaten Arbeitsverhältnisses begangen hat, als außerdienstliche Pflichtverletzungen angesehen hat (BVerwGE 111, 231, 233), und der überwiegenden Meinung in der Literatur von einer immanenten Einschränkung des Beamtenbegriffs in § 11 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. a) StGB auszugehen. Das Landgericht hat zwar ohne nähere Begründung, im Ergebnis aber zu Recht eine Amtsträgereigenschaft des Mitangeklagten L nach § 11 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. a) StGB verneint, da er zur Tatzeit keinen Dienst im Sinne des Beamtenrechts ausübte, sondern auf Grund eines privatrechtlichen Angestelltenvertrags bei der Deutschen Bahn AG tätig wurde. (Im konkreten Fall des beurlaubten Beamten käme auch die Gegenmeinung zu keinem anderen Ergebnis, weil es jedenfalls an einer Diensthandlung im Sinne der §§ 333, 334 StGB fehlt, vgl. auch MünchKomm/Radtke § 11 Rdn. 23).

2. L keine zur Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben bestellte Person i.S.v. § 11 I Nr. 2 c StGB

Der Mitangeklagte L war auch keine zur Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben bestellte Person im Sinne von § 11 Abs. 1 Nr. 2 c) StGB.

Amtsträger gemäß § 11 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. c) StGB ist, wer sonst dazu bestellt ist, bei oder im Auftrag einer Behörde oder sonstigen Stelle Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrzunehmen. Unter "sonstigen Stellen" sind - ohne Rücksicht auf ihre Organisationsform - behördenähnliche Institutionen zu verstehen, die zwar keine Behörden im organisatorischen Sinne, aber rechtlich befugt sind, bei der Ausführung von Gesetzen und der Erfüllung öffentlicher Aufgaben mitzuwirken (vgl. BGHSt 43, 370, 376; Tröndle/Fischer, StGB 52. Aufl. § 11 Rdn. 19; Gesetzentwurf der Bundesregierung zum EGStGB, BTDrucks. 7/550, S. 209). Es entspricht gefestigter Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, dass auch als juristische Personen des Privatrechts organisierte Einrichtungen und Unternehmen der öffentlichen Hand als "sonstige Stellen" den Behörden gleichzustellen sind, wenn bei ihnen Merkmale vorliegen, die eine Gleich-

stellung rechtfertigen. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn sie bei ihrer Tätigkeit öffentliche Aufgaben wahrnehmen und dabei derart staatlicher Steuerung unterliegen, dass sie bei einer Gesamtbewertung der sie kennzeichnenden Merkmale als "verlängerter Arm" des Staates erscheinen (vgl. BGHSt 43, 370, 377; 45, 16, 19; 46, 310, 312 f.; BGH NJW 2001, 3062, 3063; Senatsurteil vom 14. November 2003 - 2 StR 164/03 = BGHR StGB § 11 Abs. 1 Nr. 2 Amtsträger 7).

Eine "sonstige Stelle" in diesem Sinne ist die Deutsche Bahn AG, bei der der Mitangeklagte L als Angestellter tätig war - wie das Landgericht zu Recht angenommen hat - nicht.

a. Zum Inhalt der Bahnreform

Die bis zur Bahnreform in bundeseigener Verwaltung geführten Bundeseisenbahnen wurden in der mehrstufig aufgebauten Bahnreform durch das Eisenbahnneuordnungsgesetz vom 27. Dezember 1993 (BGBl I 2378) und durch das Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 20. Dezember 1993 (BGBl I 2089) dahin umstrukturiert, dass sie als Wirtschaftsunternehmen in privatrechtlicher Form durch die Deutsche Bahn AG geführt werden, deren 100%iger Eigner (jedenfalls zur Zeit noch) der Bund ist. Der unternehmerische Tätigkeitsbereich der Deutschen Bahn AG umfasst nach Art. 87 e Abs. 3 und 4 GG sowohl die Erbringung von Verkehrsleistungen (Eisenbahntransport) als auch den Betrieb der Infrastruktur (Bau, Unterhaltung und Betrieb der Schienenwege = Fahrweg). Dementsprechend wurden innerhalb der Deutschen Bahn AG die Bereiche Fahrweg, Personenfernverkehr, Personennahverkehr, Güterverkehr und Bahnhöfe eingerichtet, aus denen in der zweiten Stufe der Bahnreform im Jahr 1999 eigenständige Gesellschaften (DB Netz AG, DB Reise- und Touristik AG, DB Regio AG, DB Cargo AG und DB Station und Services AG) gebildet wurden.

b. Eisenbahnwesen als Daseinsvorsorge grundsätzlich öffentliche Aufgabe

Das Eisenbahnwesen mit diesem Aufgabenbereich, der nunmehr von der Deutschen Bahn AG wahrgenommen wird, wird überwiegend als eine Aufgabe der Daseinsvorsorge eingeordnet (vgl. Heinrich, Der Amtsträgerbegriff im Strafrecht S. 644; Cantzler, Strafrechtliche Auswirkungen der Privatisierung von Verwaltungsaufgaben S. 55; Ronellenfisch DÖV 1996, 1028, 1032; Wolf KJ 2003, 192, 202; MünchKomm/Radtke StGB § 11 Rdn. 41). Auch der Bundesgerichtshof hat in BGHSt 12, 89, 91 sowohl die von der damaligen Bundesbahn als auch die von der Kleinbahn einer Gemeinde wahrgenommene Aufgabe der Abwicklung des Personen- und Güterverkehrs mit Eisenbahnen als Da-

seinsvorsorge eingeordnet.

Tätigkeiten der Daseinsvorsorge, die dazu bestimmt sind, unmittelbar für die Daseinsvoraussetzungen der Allgemeinheit oder ihrer Glieder zu sorgen, werden von der Rechtsprechung seit jeher als öffentliche Aufgaben angesehen (vgl. BGHSt 12, 89, 90; 31, 264, 268; 45, 16, 19; Senatsurteil vom 14. November 2003 - 2 StR 164/03 = BGHR StGB § 11 Abs. 1 Nr. 2 Amtsträger 7). Entsprechend ging auch der Gesetzgeber des Korruptionsbekämpfungsgesetzes davon aus, dass die Leistungsverwaltung zur Daseinsvorsorge, welche zunehmend in privatrechtlicher Form ausgeführt werde, zu den Aufgaben der öffentlichen Verwaltung zu rechnen sei (Gesetzentwurf aus der Mitte des Bundestags BTDrucks. 13/5584, S. 12; BGHR StGB § 11 Abs. 1 Nr. 2 Amtsträger 7). Dabei stehen weder die Wahl einer privatrechtlichen Organisationsform noch eine zusätzlich zu Zwecken des Gemeinwohls hinzutretende Gewinnerzielungsabsicht der Einstufung als öffentlicher Aufgabe grundsätzlich entgegen (vgl. BGH NJW 2001, 3062, 3064; BGHR StGB § 11 Abs. 1 Nr. 2 Amtsträger 7). Allerdings können auch Aufgaben der Daseinsvorsorge von Gesellschaften mit privaten Eigentümern erfüllt werden (vgl. BGHSt 45, 16, 19 - FAG). Von einer öffentlichen Aufgabe kann in diesen Fällen dann nicht (mehr) gesprochen werden, wenn der Hoheitsträger die Aufgabe gänzlich aus der Hand gibt und ihre Erledigung einem privaten, marktwirtschaftlich agierenden Unternehmen überlässt (Aufgabenprivatisierung im Gegensatz zur Organisationsprivatisierung), auch wenn dieses je nach dem öffentlichen Gewicht der Aufgabe, einer staatlichen Aufsicht unterstellt wird (vgl. Ossenbühl JR 1992, 473, 475).

c. Eisenbahnwesen als öffentliche Aufgabe nach Bahnreform

Ob durch die Bahnreform und die damit verbundene Übertragung der Aufgaben der Bundesbahn im Bereich des Eisenbahntransportwesens und der Infrastruktur auf die Deutsche Bahn AG noch eine öffentliche Aufgabe erfüllt wird, wird nicht einheitlich beurteilt. Die Frage ist nach Auffassung des Senats jedoch - in Übereinstimmung mit der überwiegenden Meinung im Schrifttum - zu bejahen (vgl. Windthorst in Sachs, GG-Komm. 3. Aufl. Rdn. 47; MünchKomm/Radtke StGB § 11 Rdn. 41; aA Fromm DVBl. 1994, 187, 191; Cantzler, Strafrechtliche Auswirkungen der Privatisierung von Verwaltungsaufgaben S. 14 f., 114).

Allerdings enthält Art. 87 e Abs. 3 Satz 1 GG Bestimmungen, die die Beurteilung als öffentliche Aufgabe in Frage stellen könnten. So sind nach Art. 87 e Abs. 3 Satz 1 GG die Eisenbahnen des Bundes, also Unter-

nehmen, die sich ganz oder mehrheitlich im Eigentum des Bundes befinden (Art. 73 Nr. 6 a GG) als Wirtschaftsunternehmen in privatrechtlicher Form zu führen. Damit ist nicht nur für die Verkehrs- (Transport-) Unternehmen, sondern auch die Infrastruktur- (Schienenwege-) Unternehmen eine formelle Privatisierung (Organisationsprivatisierung) vorgeschrieben (vgl. Hommelhoff/Schmidt-Aßmann ZHR 160 [1996] 521, 527 f.; Gersdorf in von Mangoldt/Klein, Das Bonner Grundgesetz 4. Aufl. Rdn. 42; Uerpman in von Münch/Kunig GG-Komm. 4./5. Aufl. Art. jeweils zu Art. 87 e Rdn. 9). Dem Privatisierungsgebot und der weiteren verfassungsrechtlichen Vorgabe "Führung als Wirtschaftsunternehmen" hat der Gesetzgeber dadurch Rechnung getragen, dass er die Deutsche Bahn als Aktiengesellschaft, also als gesetzestypisch konzipierten Großunternehmensträger und Kapital-sammelbecken (vgl. Hommelhoff/Schmidt-Aßmann ZHR 160 [1996] 521, 539) etabliert hat (Windthorst in Sachs, GG-Komm. 3. Aufl. Art. 87 e Rdn. 36; Schmidt-Aßmann/Röhl DÖV 1994, 577, 580; Wolf KJ 2003, 192, 203, Hommelhoff/Schmidt-Aßmann ZHR 160 [1996] 521, 545). Nach dem erklärten Willen des Gesetzgebers des ENeuOG sollte die Wahl der Rechtsform der Aktiengesellschaft zu hoher Eigeninitiative aufgrund der Verantwortung des Vorstands und gleichzeitig zu einer umfassenden Begrenzung von unternehmensfremden Einflüssen führen (vgl. Gesetzentwurf der Bundesregierung, inhaltsgleich mit dem Gesetzentwurf aus der Mitte des Bundestags, BTDrucks. 12/4609 [neu], S. 56).

Sprechen diese Umstände dafür, dass der Gesetzgeber das Eisenbahnwesen als rein erwerbswirtschaftliche Tätigkeit konzipieren wollte, enthält Art. 87 e GG andererseits selbst Einschränkungen dieser Grundentscheidung:

So besteht nach Art. 87 e Abs. 3 Satz 2 und 3 GG für den Bund ein Veräußerungsverbot bezüglich der Mehrheit der Anteile an Unternehmen, die den Bau, die Unterhaltung und das Betreiben von Schienenwegen zum Gegenstand haben (Mindestbeteiligungsklausel). Die Veräußerung der übrigen Anteile steht unter Gesetzesvorbehalt (vgl. Jarass/Pieroth, GG 7. Aufl. Art. 87 e Rdn. 4; Hommelhoff/Schmidt-Aßmann ZHR 160 [1996] 521, 527). Im Umkehrschluss folgt daraus allerdings auch, dass der Bereich der Eisenbahnverkehrsdienstleistungen (Transportunternehmen) einer Privatisierung uneingeschränkt offen steht. Eine Privatisierungsschranke ergibt sich insoweit auch nicht aus der Gewährleistungspflicht des Bundes nach Art. 87 e Abs. 4 GG (vgl. Gersdorf in von Mangoldt/Klein, Das Bonner Grundgesetz 4. Aufl. Art. 87 e Rdn. 63).

Nach Art. 87 e Abs. 4 GG gewährleistet der Bund, dass dem Wohl der Allgemeinheit, insbesondere den

Verkehrsbedürfnissen, beim Ausbau und Erhalt des Schienennetzes der Eisenbahnen des Bundes sowie bei deren Verkehrsangeboten auf diesem Schienennetz (soweit sie nicht den Schienenpersonennahverkehr betreffen) Rechnung getragen wird. Diese Gewährleistungsgarantie reicht nach einhelliger Auffassung aber weniger weit als der Aufgabengehalt des früheren Art. 87 Abs. 1 GG aF. Sie ist begrenzt durch das Prinzip der Privatwirtschaftlichkeit. So hat der Bund nur für eine adäquate Grundversorgung mit Eisenbahninfrastrukturangeboten und Eisenbahnverkehrsleistungen Sorge zu tragen, ohne etwa eine flächendeckende, optimale Schieneninfrastruktur oder den Erhalt des status quo garantieren zu müssen. Ihm steht insoweit eine erhebliche Einschätzungsprärogative zu (vgl. Jarras/Pieroth Rdn. 5).

d. Instrumentarium des Bundes zur Kontrolle der privat rechtlich organisierten Eisenbahnen

Bei einer Gesamtschau dieser Umstände hat der Senat zwar keine Bedenken, die Tätigkeit der Deutschen Bahn AG als Wahrnehmung einer öffentlichen Aufgabe auf dem Gebiet der Daseinsvorsorge anzusehen, ein völliger Rückzug des Staates aus seiner Verantwortung war nicht gewollt (vgl. auch die Gegenäußerung der Bundesregierung zur Stellungnahme des Bundesrates BTDrucks. 12/5015, S. 16; Knittel, Bundesrat, Sten. Berichte 656. Sitzung vom 7. Mai 1993 S. 154 f.). Andererseits lassen die Regelungen erkennen, dass ausgehend von der Leitlinie des Art. 87 e Abs. 3 Satz 1 GG die Einwirkungsmöglichkeiten des Bundes zur Wahrnehmung der Gemeinwohlbelange nur begrenzt sein sollten. Dementsprechend ist auch das dem Bund zu diesem Zweck zur Verfügung stehende Instrumentarium beschränkt.

Im einzelnen:

aa. Möglichkeiten des Bundes nach BSchWAG

Der Gesetzgeber hat Einwirkungsmöglichkeiten im wesentlichen für den Bereich der Infrastruktur durch die Instrumentarien des Bundesschienenwegeausbaugesetzes (BSchWAG) vorgesehen. Danach erfolgt der Ausbau des Schienennetzes der Eisenbahnen des Bundes auf der Grundlage eines in Intervallen von fünf Jahren durch das Bundesministerium für Verkehr zu überprüfenden Bedarfsplans; der Bund finanziert Investitionen in die Schienenwege, die Bau-, Ausbau- und Ersatzinvestitionen nach Maßgabe des BSchWAG umfassen, während die Eisenbahnen des Bundes die Kosten der Unterhaltung und Instandsetzung ihrer Schienenwege tragen (§§ 1, 4, 8 BSchWAG). Der Bund beeinflusst insofern - wie auch das Landgericht festgestellt hat - durch die Planung und Finanzierung die grundsätzliche Entscheidung darüber, welche

Strecken aus- bzw. neu gebaut werden. Dabei gibt es allein im Bereich der Neu- und Ausbauinvestitionen, in die der überwiegende Teil der vom Bund zur Verfügung gestellten Haushaltsmittel fließt, konkrete Vorgaben für die Verwendung der Gelder durch öffentlich-rechtliche Verträge.

Im Bereich der sog. Erhaltungsinvestitionen werden vom Bund Baukostenzuschüsse ohne nähere Verwendungsbestimmung oder Einflußnahme gezahlt, während die Deutsche Bahn AG die Unterhaltungsinvestitionen selbst finanzieren muss.

Eine gewisse Einflussnahme mit Mitteln des Eisenbahnverwaltungsrechts ist nach den Regelungen des Allgemeinen Eisenbahngesetzes (AEG = Art. 5 ENeu-OG) möglich: Gemäß § 11 Abs. 1 und 2 AEG bedarf die Einstellung einer Strecke oder eines für die Betriebsabwicklung wichtigen Bahnhofs (ebenso wie die deutliche Verringerung der Kapazität einer Strecke) wegen Unzumutbarkeit des weiteren Betriebs der aufsichtsbehördlichen Genehmigung durch das Eisenbahnamt (EBA). Allerdings darf das Eisenbahninfrastrukturunternehmen nicht auf Dauer an der unrentablen Strecke festgehalten werden; nach § 11 Abs. 5 AEG ist die Versagung der Genehmigung maximal für die Dauer eines Jahres möglich, danach gilt die Genehmigung als erteilt.

Weitergehende Einflussmöglichkeiten des Bundes auf die Geschäftstätigkeit der Deutsche Bahn AG werden durch die dargestellten öffentlich-rechtlichen Regelungen nicht begründet. Insbesondere enthält das Regelungsinstrumentarium des BSchWAG keine Instrumente, um vom Bund erwünschte Projekte notfalls auch gegen den Willen der Deutschen Bahn AG umzusetzen (vgl. Hommelhoff/Schmidt-Aßmann ZHR 160 [1996] 521,554).

bb. Möglichkeiten des Bundes als Alleinaktionär der Deutschen Bahn AG

Dem Bund stehen allerdings als Alleinaktionär der Deutschen Bahn AG entsprechend den gesellschaftsrechtlichen Bestimmungen Einflussmöglichkeiten zu. Da bei der Aktiengesellschaft - anders als bei der GmbH - die Entscheidungszuständigkeit der Hauptversammlung als Beschlussorgan der Aktionäre im wesentlichen auf die in § 119 Abs. 1 AktG aufgelisteten Gegenstände (z. B. die Bestellung der Aufsichtsratsmitglieder der Anteilseignerseite, Satzungsänderungen, Maßnahmen der Eigenkapitalbeschaffung etc.) beschränkt ist - was auch für Gesellschaften mit nur einem Aktionär wie die Deutsche Bahn AG gilt - kann der Bund nur über die Hauptversammlung die Initiative ergreifen oder den Verwaltungsorganen Vorstand und Aufsichtsrat Vorgaben machen, wo das Aktienrecht der Hauptversammlung Zuständigkeiten zuweist.

Nicht zu verkennen ist allerdings, dass der Bund als Alleinaktionär seinen Einfluss bei Besetzung des Vorstands- und der Aufsichtsratsposten geltend machen kann.

Um einen umfassenden Einfluss auf die Deutsche Bahn AG ausüben zu können, hätte allerdings für den Bund die Möglichkeit des Abschlusses eines Beherrschungsvertrags gemäß §§ 291 ff. AktG bestanden, um ein Weisungsrecht mit Folgepflicht für den Vorstand zu begründen (§ 308 Abs. 1 und 2 AktG). Die Tatsache, dass der Bund hiervon keinen Gebrauch gemacht hat, korrespondiert mit der Absicht des Gesetzgebers, den Einfluss des Bundes auf die Unternehmensführung der Deutsche Bahn AG so gering wie möglich zu halten. Daraus ergibt sich eine weitere Beschränkung der Einflussnahme. Besteht, wie hier, kein Beherrschungsvertrag, so darf nach § 311 Abs. 1 AktG ein herrschendes Unternehmen seinen Einfluss nicht dazu benutzen, eine abhängige Aktiengesellschaft zu veranlassen, Maßnahmen zu ihrem Nachteil zu treffen. Eine solche nachteilige Maßnahme wäre etwa die Erbringung vom Bund nach Art. 87 e Abs. 4 GG geforderter, für die Bahn aber unrentabler Verkehrsleistungen. Etwas anderes gilt gemäß § 311 Abs. 1 AktG nur dann, wenn die Nachteile der Gesellschaft vollständig ausgeglichen werden, d. h. der Bund müsste insoweit gegebenenfalls für einen finanziellen Ausgleich sorgen (sog. Nachteilsausgleich). Auch in diesem Fall hätte der Bund aber kein Weisungsrecht gegenüber dem Vorstand (vgl. zum Ganzen Hommelhoff/Schmidt-Aßmann ZHR 160 [1996] 521, 554 ff., 557; Gersdorf in von Mangoldt/Klein, Das Bonner Grundgesetz 4. Aufl. Art. 87 e Rdn. 51, 77 ff.).

Eine Gesamtbewertung dieser öffentlich-rechtlichen und gesellschaftsrechtlichen Einflussmöglichkeiten führt nicht zu dem Ergebnis, dass die Deutsche Bahn AG derartig staatlicher Steuerung unterliegt, dass sie mit einer Behörde gleichgestellt werden kann. Abgesehen von der Planungs- und Finanzierungsmitwirkung des Bundes für den Bereich des Neu- und Ausbaus von Strecken lässt sich eine konkrete Einwirkung auf die vielfältigen Geschäftsabläufe bei der Deutschen Bahn AG nicht feststellen. Wie aufgezeigt erlauben weder die öffentlich-rechtlichen noch die aktienrechtlichen Instrumentarien eine unmittelbare Einflussnahme auf die laufenden Geschäfte. Eine andere Beurteilung ergibt sich auch nicht aus den von der Revision angeführten weiteren Besonderheiten. Der vom Bund der Deutschen Bahn AG gewährte Insolvenzschutz, die Notwendigkeit öffentlich-rechtlicher Planfeststellungsverfahren, die Vergabe der Aufträge der Deutschen Bahn AG im öffentlichen Vergabeverfahren stützen zwar die Feststellung, dass die Deutsche Bahn AG trotz ihrer erwerbswirtschaftlichen Ausrichtung

eine öffentliche Aufgabe wahrnimmt, weitergehende Steuerungsmomente können darin jedoch nicht gesehen werden. Dass der Bund im Teilbereich Fahrwege maßgeblich auf den Ausbau neuer Strecken und damit indirekt auch auf den Verkehrsbetrieb Einfluss nehmen kann, ist bei einer Gesamtbetrachtung nicht von derartigem Gewicht, dass sich die Annahme einer staatlichen Lenkung des Gesamtunternehmens rechtfertigte. Ob dieser Gesichtspunkt bei einer gesonderten Betrachtung dieses Bereichs die Annahme einer staatlichen Steuerung für diesen Teilbereich rechtfertigen könnte, kann allenfalls für die 1999 gegründete Konzerntochter Deutsche Bahn Netz AG erwogen werden. Zum Tatzeitraum trat die Deutsche Bahn AG als einheitliches Unternehmen auf, das in seiner Gesamtheit betrachtet werden muss.

Dieses Ergebnis erscheint auch, worauf der Generalbundesanwalt zutreffend hingewiesen hat, im Hinblick auf das durch die §§ 331 ff. StGB geschützte Rechtsgut - Vertrauen der Allgemeinheit in die Integrität von Trägern staatlicher Funktionen und damit zugleich in die Sachlichkeit staatlicher Entscheidungen (vgl. BGHSt 15, 88, 96 f.; 43, 370, 377) - nicht unbillig. Die Deutsche Bahn AG tritt bewusst als ein Unternehmen auf, das auf Gewinnerzielung und Wirtschaftlichkeit ausgerichtet ist und in den nächsten Jahren sogar den Börsengang anstrebt. Mit diesem Anspruch und nicht als ein Staatsunternehmen wird es auch zunehmend in der Öffentlichkeit wahrgenommen.

3. Keine weiteren Rechtsfehler zum Vorteil des Angeklagten

Auch im übrigen weist die Nachprüfung des Urteils keinen Rechtsfehler zum Vorteil des Angeklagten auf. Solche werden auch von der Revision nicht aufgezeigt.

II. Die Revision des Angeklagten

Die Annahme des Landgerichts, der Angeklagte habe sich der Bestechung im geschäftlichen Verkehr nach § 299 Abs. 2 StGB schuldig gemacht, ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

Die Feststellungen des Landgerichts tragen die Verurteilung des Angeklagten nach § 299 Abs. 2 StGB auch, soweit Zahlungen an den Mitangeklagten L nicht nur für "die Weitergabe von Informationen im Vorfeld von Vergabeverfahren", sondern auch dafür geleistet wurden, dass dieser sich bei den zuständigen Entscheidungsträgern für die Produkte der K-GmbH im bahninternen Zulassungsverfahren verwenden, sie von deren technischen Vorteilen überzeugen und Verantwortliche finden sollte, die zur Erprobung der neuen Produkte bereit waren.

Das Landgericht hat insoweit festgestellt, dass sich als entscheidendes Hindernis für die Einführung der Pro-

dukte der K-GmbH, die allerdings auch noch technischer Verbesserung bedurften, die Zulassungspraxis der Bahn darstellte. Danach erfolgt die bahninterne Zulassung neuer Produkte in zwei Schritten: zum einen ist eine Sicherheitsbescheinigung, zum anderen eine sog. Anwenderbescheinigung, die wirtschaftlichen Gesichtspunkten Rechnung trägt, erforderlich. Diese Hürde sollte mit Hilfe des Mitangeklagten L genommen werden.

§ 299 Abs. 2 StGB stellt das Anbieten, Versprechen oder Gewähren eines Vorteils im Rahmen einer Unrechtsvereinbarung, deren Gegenstand und Ziel die zukünftige unlautere Bevorzugung eines anderen bei dem Bezug von Waren oder gewerblichen Leistungen ist, unter Strafe. Bevorzugung in diesem Sinne bedeutet dabei die sachfremde Entscheidung zwischen zumindest zwei Bewerbern, setzt also Wettbewerb und Benachteiligung eines Konkurrenten voraus. Hierbei genügt es, wenn die zum Zwecke des Wettbewerbs vorgenommenen Handlungen nach der Vorstellung des Täters geeignet sind, seine eigene Bevorzugung oder die eines Dritten im Wettbewerb zu veranlassen. Der Vorstellung eines bestimmten verletzten Mitbewerbers bedarf es nicht (BGH NJW 2003, 2996, 2997; BGHSt 10, 358, 367 zu § 12 UWG aF; Tiedemann in LK 11. Aufl. § 299 Rdn. 31).

Entgegen der Meinung der Revision und der Vorbehalte des Generalbundesanwalts bestehen am Vorliegen einer Wettbewerbslage keine Bedenken. Dem steht nicht entgegen, dass die insoweit von dem Mitangeklagten erwartete Hilfe sich auf die bahninterne Zulassung der Produkte der K-GmbH bezog und das Zulassungsverfahren für sich gesehen nicht durch eine Wettbewerbssituation gekennzeichnet ist. Wie die Revision selbst ausführt, ist die Zulassung unabdingbare Voraussetzung für die Bewerbung um einen Auftrag der Deutschen Bahn AG. Ihr Zweck ist es gerade, den potentiellen Anbieterkreis einzugrenzen. Unmittelbare Folge der Zulassung ist daher die Verbesserung der Wettbewerbssituation des Anbieters der zugelassenen Produkte und zwar nicht nur gegenüber anderen Konkurrenten, die sich um die Zulassung

bemühen, sondern auch gegenüber den Konkurrenten, die bereits eine Zulassung für ihre Produkte innehaben - wie hier die Herstellerfirma der im Urteil erwähnten V-Schienenbefestigungen -, deren Wettbewerbssituation sich durch das Hinzutreten eines weiteren Konkurrenten mit zugelassenen Produkten verschlechterte. Zwar führt die Zulassung der Produkte nicht schon ohne weiteres zu einer Bevorzugung bei der Auftragsvergabe selbst. Dass aber bereits in der Aufnahme in

den Kreis der möglichen Auftragnehmer eine Bevorzugung im Wettbewerb im Hinblick auf das Vergabeverfahren zu sehen ist, zeigt etwa der denkbare Fall, dass der Auftrag gerade demjenigen erteilt wird, der die Zulassung mit unlauteren Mitteln erlangt hat. Dass damit andere Konkurrenten benachteiligt würden, liegt auf der Hand. Dem kann deshalb auch nicht entgegengehalten werden, dass die Zulassung eines weiteren Anbieters nicht zu weniger, sondern zu mehr Wettbewerb führt. Dies träfe nur dann zu, wenn dieser Anbieter seine Position nicht auf unlautere Weise erreicht hätte. Die Frage, ob eine Bevorzugung im Sinne des § 299 Abs. 2 StGB darin gesehen werden kann, dass Hilfe bei der Erlangung für die dem Vergabeverfahren vorgeschaltete Zulassung vereinbart wird, kann daher trotz der organisatorischen Selbständigkeit des bahninternen Zulassungsverfahrens nicht losgelöst von den Auswirkungen für das künftige Vergabeverfahren behandelt werden und ist im Hinblick auf die Verflechtung zwischen dem Zulassungs- und Vergabeverfahren zu bejahen.

Soweit der Generalbundesanwalt verfassungsrechtliche Bedenken gegen "die Vorverlagerung der Strafbarkeit" erhoben hat, teilt der Senat diese im Ergebnis nicht. Der Schutzzweck des Gesetzes, der darin gesehen wird, dass nicht nur der redliche Wettbewerb geschützt, sondern "im öffentlichen Interesse den Auswüchsen im Wettbewerb überhaupt gesteuert werden soll" (BGHSt 10, 358, 367 zu § 12 UWG aF), gebietet eine weite Auslegung des Wettbewerbsbegriffs. Diese in ständiger Rechtsprechung vertretene Auslegung hat sich durch die Novellierung der Vorschrift und Verlagerung in das Strafgesetzbuch, die ausschließlich auf redaktionellen Gründen beruht (vgl. BGHSt 46, 310, 316, 317 m.w.N.) nicht geändert und entspricht auch der zivilrechtlichen Rechtsprechung (BGH GRUR 1955, 342 f.; 1984, 823; WRP 1993, 396, 397).

Dass die von dem Mitangeklagten L erwartete und geleistete Bevorzugung unlauter war, ergibt sich schon daraus, dass er zu der Hilfeleistung (mindestens auch) aus sachfremden Motiven, nämlich den vereinbarten Zahlungen veranlasst werden sollte.

Da das Zulassungsverfahren gerade für das spätere Vergabeverfahren von entscheidender Bedeutung ist, ist es auch fernliegend, dass der Angeklagte die Verbesserung der Wettbewerbssituation und die damit verbundene Beeinträchtigung der Position von Mitbewerbern nicht erkannt hat.

Auch im übrigen weist das Urteil keinen Rechtsfehler zum Nachteil des Angeklagten auf.

Urteile in Fallstruktur

Standort: Öffentliches Recht Problem: Ratsmitglied klagt gegen Aufsichtsmaßnahme

OVG NRW, URTEIL VOM 30.03.2004
15 A 2360/02 (NWVBL 2004, 378)

Problemdarstellung:

Das OVG NRW hatte sich mit der Frage zu beschäftigen, ob ein einzelnes Ratsmitglied bzw. eine Ratsgruppe gegen die Aufhebung eines Ratsbeschlusses durch die Aufsichtsbehörde klagen kann. Dies ist zweifelhaft, weil eine solche Maßnahme ja nicht ihnen gegenüber ergeht, sondern sich an die Gemeinde insgesamt richtet. Nach Ansicht des Gerichts ist dies aber gleichwohl möglich, setzt aber voraus, dass das klagende Organteil geltend machen kann, in seinen Rechten verletzt zu sein (§ 42 II VwGO). Auf eine Verletzung der Selbstverwaltungsautonomie (Art. 28 II GG, 78 LVerf NRW) kann es sich jedenfalls nicht berufen, weil diese nicht ihm, sondern der Gemeinde zusteht. Wenn aber ein Ratsbeschluss aufgehoben wird, der dem Organteil Rechte einräumte, kann dieser Ratsbeschluss die Klagebefugnis begründen.

Materiell-inhaltlich ging es um die Frage, ob eine Gemeinde berechtigt ist, den fraktionslosen Abgeordneten in ihrer Vertretung (NRW: Rat) weitergehende Rechte einzuräumen, als sie in der Gemeindeordnung vorgesehen sind. Das OVG verneint dies für die Gewährung zusätzlicher finanzieller Mittel, weil diese nur für Fraktionen vorgesehen sei und nur bei diesen ein Koordinationsbedarf bestünde, der dies rechtfertige. Hingegen könne einem fraktionslosen Ratsmitglied ein Vorschlagsrecht zur Aufnahme eines Tagesordnungspunktes für die Ratssitzung zugestanden werden, obwohl dies in der Gemeindeordnung nur für Fraktionen bzw. ein Fünftel der Ratsmitglieder vorgesehen sei, und eine Person auch auf Vorschlag einer Gruppe oder eines einzelnen Fraktionslosen zum beratenden Ausschussmitglied gewählt werden, obwohl die Gemeindeordnung dafür ebenfalls Fraktionsstärke vorsehe. Die Gemeindeordnung stehe einer solchen, freiwilligen Erweiterung der Minderheitenrechte durch eine Gemeinde nicht entgegen.

Prüfungsrelevanz:

Der vorliegende Fall bietet sich als Examensklausur geradezu an, da er im materiellen Recht mit dem Recht von Minderheiten in Parlamenten (Gruppen, fraktionslose Abgeordnete) ein Problem aufgreift, das seit Jah-

ren auf allen Ebenen (Bundestag, Landtag, Gemeindeparlamente) Rspr. und Lit. beschäftigt. Prozessual ist der Fall ein besonderer Leckerbissen. Zu beachten ist nämlich, dass es sich bei der hier vorliegenden Fallkonstellation zwar um die Klage eines Organteils einer Gemeinde handelt, jedoch nicht um den bekannten sogen. "Kommunalverfassungsverstreit", weil hier nicht Organe bzw. Organteile derselben Gemeinde untereinander streiten, sondern sich ein Organteil der Gemeinde gegen eine Maßnahme der Aufsichtsbehörde wendet. Es stehen sich m.a.W. Organe bzw. Organteile unterschiedlicher Rechtsträger (Gemeinde und Land) gegenüber. Die streitige Frage, welche Klageart im Kommunalverfassungsverstreit statthaft ist, stellte sich vorliegend also nicht. Im Gegenteil war zu erkennen, dass im Rahmen der Kommunalaufsicht von außen in die Selbstverwaltungsautonomie der Gemeinde (Art. 28 II GG, 78 LVerf NRW) eingegriffen wurde, so dass eine Maßnahme mit Außenwirkung vorlag, gegen die eine Anfechtungsklage statthaft war. Im Kommunalverfassungsverstreit ist eine Außenwirkung (und damit ein Verwaltungsakt bzw. eine gegen diesen gerichtete Anfechtungsklage) hingegen denknotwendig ausgeschlossen. Trotzdem stellen sich hier viele aus dem Kommunalverfassungsverstreit bekannte Probleme, vor allem die eine sogen. "wehrfähige Innenrechtsposition" voraussetzende Klagebefugnis. Aber auch bei Vorverfahren, Frist und Beteiligtenfähigkeit muss besonders genau geprüft werden.

Vertiefungshinweise:

☐ Zur "wehrfähigen Innenrechtsposition" bei der Klagebefugnis von Gemeindeorganen bzw. Organteilen: *BVerwG*, NVwZ 1989, 470; *OVG NRW*, NWVBl. 2003, 267; NWVBl. 1997, 69; NWVBl. 1989, 373; *OVGE* 44, 250; *VGH BW*, VBIBW 1990, 457

☐ Finanzielle Zuwendungen an Ratsmitglieder: *OVG NRW*, NVwZ-RR 2003, 376 = RA 2003, 319; NWVBl. 2002, 384; *VGH Kassel*, NVwZ-RR 1999, 188

☐ Homogenitätsprinzip in Parlament und Ausschuss: *BVerfGE* 96, 264 [282]; 84, 304 [323]; *BVerwG*, NVwZ-RR 1994, 109; NVwZ-RR 1993, 209

☐ Zum Kommunalverfassungsverstreit: *OVG NRW*, RA 2002, 606 = NWVBl. 2002, 381; RA 2001, 509 = DVBl. 2001, 1281; *VG Aachen*, RA 2002, 206 = NVwZ-RR 2002, 214; *Ehlers*, JuS 1990, 105

Kursprogramm:

- Examenskurs : "Unter den Wolken"
- Examenskurs : Mitbefangen, mitgegangen"

Leitsätze:

- 1. Ein Ratsmitglied, dessen wehrfähige Innenrechtsposition durch eine kommunalaufsichtsbehördliche Aufhebungsverfügung beseitigt wird, ist dagegen klagebefugt.**
- 2. Zur Erforderlichkeit einer Teilanfechtung, wenn sich die Klagebefugnis nur auf einen Teil der angegriffenen Verfügung beschränkt.**
- 3. Ratsmitgliedern dürfen über die in §§ 45 Abs. 4 und 5, 46 GO NRW und der dazu ergangenen Entschädigungsverordnung vorgesehene Aufwandsentschädigung hinaus keine weiteren Zuwendungen zur Abgeltung mandatsbedingten Aufwands gewährt werden.**
- 4. Der Rat ist befugt, das Initiativrecht nach § 48 Abs. 1 Satz 2 GO NRW durch Regelung in der Geschäftsordnung zu erweitern.**
- 5. Der Rat darf über die Minderheitenschutzregelung des § 58 Abs. 1 Satz 7 bis 10 GO NRW hinaus weitere beratende Ausschussmitglieder wählen.**

Sachverhalt:

Der Rat der kreisfreien Stadt S beschloss folgende Tagesordnungspunkte (TOP):

TOP 1: Im Wege der Änderung der Geschäftsordnung wird das Initiativrecht zur Bestimmung eines Tagesordnungspunktes für eine Rats- oder Bezirksvertreter-sitzung auch fraktionslosen Rats- bzw. Bezirksvertretungsmitgliedern eingeräumt.

TOP 2: Zuwendungen für Fraktionen werden in der Form auch auf fraktionslose Ratsmitglieder ausgedehnt, als sie einen Sockelbetrag erhalten und nach Verteilung der Grundbeträge an die Fraktionen der Rest des insgesamt zur Verfügung gestellten Betrages an alle Ratsmitglieder verteilt wird.

TOP 3: Auf Vorschlag von Ratsgruppen und eines einzelnen fraktions- und gruppenlosen Ratsmitglieds, die alle nicht in den Ausschüssen mit stimmberechtigten Mitgliedern vertreten waren, wurden sodann Ratsmitglieder - unter ihnen die Kl. zu 1. - und sachkundige Bürger einstimmig zu "beratenden Ausschussmitgliedern gemäß § 58 Abs. 1 Satz 7 und 8 GO NRW" gewählt.

Die beklagte Bezirksregierung hob als Kommunalaufsichtsbehörde die Ratsbeschlüsse zu TOP 1 bis 3 nach ordnungsgemäßem Beanstandungsverfahren auf, weil sie gegen die Gemeindeordnung und das Grundgesetz verstießen. Der Rat könne Ratsminderheiten keine über die in der GO NRW vorgesehenen Rechte hinaus

gehenden Befugnisse verleihen (TOP 1) und ihnen ebensowenig freiwillige Zuwendungen gewähren (TOP 2). Ferner sei die Wahl der Kl. zu 1 in den Ausschuss nicht ordnungsgemäß gewesen, weil sie nicht von einer Fraktion vorgeschlagen worden sei (TOP 3). Dagegen klagte die Klägerin zu 1. sowie als Klägerin zu 2. die Ratsgruppe, der sie angehörte.

Haben die Klagen Erfolg?

Lösung:

Die Klagen haben Erfolg, soweit sie zulässig und begründet sind.

*A. Zulässigkeit**I. Verwaltungsrechtsweg*

Zunächst müsste ein Rechtsweg eröffnet sein. Dies könnte hier der Verwaltungsrechtsweg nach § 40 I 1 VwGO sein. Dies setzt eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art voraus. Vorliegend wird über Normen der Gemeindeordnung gestritten, die sämtlich dem öffentlichen Recht zuzuordnen sind. Die Streitigkeit ist auch nichtverfassungsrechtlicher Art, weil schon keine am Verfassungsleben unmittelbar Beteiligten miteinander streiten, und es i.Ü. inhaltlich weder um das Grundgesetz noch um die Landesverfassung geht. Abdrängende Sonderzuweisungen bestehen nicht.

II. Klageart

Die statthafte Klageart richtet sich nach dem Klagebegehren, § 88, 2. Hs. VwGO. Die Kl. wenden sich gegen die Aufhebung des Ratsbeschlusses durch die Bekl. Hierfür könnte die Anfechtungsklage nach § 42 I, 1. Fall VwGO statthaft sein. Dann müsste die Aufhebung einen Verwaltungsakt darstellen. Hieran bestehen im Hinblick auf die Außenwirkung der Maßnahme Zweifel, denn Adressat der Aufhebung ist nicht ein Bürger, sondern die Stadt S. Allerdings stehen Gemeinden im eigenen Wirkungskreis - ihrer Selbstverwaltungsautonomie nach Art. 28 II GG, 78 LVerf NRW - dem Staat in einer dem Bürger vergleichbaren Stellung gegenüber. Die innere Organisation des Ablaufs einer Ratssitzung gehört in Gestalt der Rechtssetzungs- und Organisationshoheit zur den Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft, die in ihr wurzeln und von ihr eigenverantwortlich wahrgenommen werden können, wie es Art. 28 II GG für eine Selbstverwaltungsangelegenheit voraussetzt. Hier greift die Bekl. als Aufsichtsbehörde durch die Aufhebung des Ratsbeschlusses in diese Selbstverwaltungsautonomie der Gemeinde ein, deren Organteile die Kl. sind. Folglich handelt es sich um einen an-

fechtbaren Verwaltungsakt.

III. Klagebefugnis

Die Kl. müssten klagebefugt i.S.d. § 42 II VwGO sein. Dies setzt die Geltendmachung einer Verletzung eigener Rechte voraus, wobei die Möglichkeit einer derartigen Verletzung zur Geltendmachung genügt. Zwar sind sowohl die Kl. zu 1. als auch die Kl. zu 2. nur Organteile des Rates der Stadt S. und als solche nicht berechtigt, sich auf die nur der Gemeinde selbst zustehende Selbstverwaltungsautonomie zu berufen, sodass die Klagebefugnis nicht bereits aus Art. 28 II GG, 78 LVerf NRW abgeleitet werden kann. Es ist jedoch anerkannt, dass auch Organe und Organteile sogen. "wehrfähige Innenrechtspositionen" geltend machen können, wenn und soweit die Gemeindeordnung ihnen spezifische eigene Rechte zuweist. Fraglich ist, ob dies bezüglich der Kl. zu 1. (Ratsmitglied) und der Kl. zu 2. (Ratsgruppe) hier der Fall ist.

1. Ratsmitglied

Die Kl. zu 1. hält das OVG nach ausführlicher Prüfung für klagebefugt:

"Die Klage der Klägerin zu 1. ist [...] zulässig. Ihr fehlt nicht deshalb die Klagebefugnis, weil - wie das VG meint - die angegriffene kommunalaufsichtliche Aufhebungsverfügung von vornherein nur Rechte der Stadt, nicht aber der Klägerin zu 1. als Mitglied des Rates verletzen könne."

a. Subjektive Rechte i.S.d. § 42 II VwGO

"In seinen Rechten verletzt ist jemand nur dann, wenn durch die Verfügung in eine durch eine ihn schützende Norm eingeräumte Rechtsposition (subjektives Recht) eingegriffen wird (vgl. Kopp/Schenke, VwGO, 13. Aufl., § 42 Rn. 78). Das kann auch ein Dritter sein, in dessen Rechte durch eine kommunalaufsichtsrechtliche Ersatzvornahmeverfügung eingegriffen wird (vgl. OVG NRW, NWVBl. 1989, 373 ff. für eine im Wege der kommunalaufsichtsrechtlichen Ersatzvornahme verfügte Auflösung einer Schule hinsichtlich der betroffenen Eltern und Schüler). Rechte i.S.d. § 42 Abs. 2 VwGO sind nicht nur solche des Außenrechtskreises zwischen Rechtsträgern. Vielmehr können dies auch wehrfähige Innenrechtspositionen sein, die einem Organ oder Organteil eines Rechtsträgers zur eigenständigen Wahrnehmung zugewiesen sind, was durch Auslegung der jeweils einschlägigen innerorganisatorischen Norm zu ermitteln ist (vgl. OVG NRW, NWVBl. 2003, 267; Kopp/Schenke, VwGO, 13. Aufl., § 42 Rn. 80). Subjektive Rechte bzw. wehrfähige Innenrechtspositionen können durch jede Rechtsnorm des geschriebenen oder ungeschriebenen öffentlichen Rechts begründet werden (vgl. Kopp/Schenke, VwGO,

13. Aufl., § 42 Rn. 78)."

b. Hier: Geschäftsordnung des Rates

"Zu den Rechtsnormen in diesem Sinne gehören auch die Vorschriften der Geschäftsordnung des Rates (§ 47 Abs. 2 GO NRW), die sich dadurch auszeichnen, dass sie als innerorganisatorische Normen nur Binnenrechtsbeziehungen regeln, in diesem Rahmen aber unmittelbar Rechte und Pflichten begründen (vgl. OVG NRW, NWVBl. 1997, 69; OVG 44, 250 [252]). Das ist durch die mit den aufgehobenen Ratsbeschlüssen geschaffenen Regelungen der Geschäftsordnung des Rates (GeschO) geschehen. [...] Nach dem [...] aufgehobenen Ratsbeschluss [...] genügt die Antragstellung durch einen Stadtverordneten, sofern er keiner Fraktion angehört. Mit dieser Vorschrift wird für jedes fraktionslose Ratsmitglied das innerorganisatorische Recht begründet, die Aufnahme eines Tagesordnungspunktes zu beanspruchen. Dabei handelt es sich auch um eine wehrfähige Rechtsposition, weil die Regelung nicht nur als bloße Ordnungsvorschrift im ausschließlichen Interesse der Körperschaft den äußeren Rahmen der Vorbereitung einer Ratssitzung absteckt, sondern eine Kompetenz des einzelnen Ratsmitgliedes bei der gemeindlichen Willensbildung schafft.

Auch die beiden übrigen aufgehobenen Ratsbeschlüsse schaffen zu Gunsten der Klägerin zu 1. eine wehrfähige Innenrechtsposition: Ihr wird ein Anspruch auf Zuwendungen gewährt, und sie wurde zum beratenden Ausschussmitglied bestellt. Durch die angegriffene Aufhebungsverfügung werden diese Rechtspositionen beseitigt, und damit kann eine Rechtsverletzung i. S. d. § 42 Abs. 2 VwGO vorliegen."

c. Erstreckung auf die gesamte Aufhebungsverfügung

Zweifel an der umfassenden Klagebefugnis der Kl. zu 1. verbleiben danach aber insoweit, als ihr nicht alle Passagen des aufgehobenen Ratsbeschlusses subjektive Rechte verleihen, sie aber die Aufhebungsverfügung insgesamt anfecht. Das OVG hält die Aufhebungsverfügung jedoch insoweit für unteilbar, sodass die Kl. zu 1. auch bzgl. des sie nicht betreffenden Teils klagebefugt ist:

aa. Möglichkeit der Teilaufhebung

"Die Klage der Kläger zu 1. richtet sich zulässigerweise nicht nur gegen die allein sie betreffenden Teile der Aufhebungsverfügung, sondern gegen die Aufhebung der Ratsbeschlüsse insgesamt, obwohl sie durch die sie nicht betreffenden Teile nicht in ihren Rechten verletzt sein kann. Das gilt hinsichtlich der Einräumung des Initiativrechts für die [...] Erstreckung auf die Bezirksvertretungen, denen die Klägerin zu 1. nicht angehört. Hinsichtlich des Wahlbeschlusses gilt dies

für die Wahl der übrigen beratenden Mitglieder. Die nur teilweise Anfechtung eines Verwaltungsakts ist zwar möglich (vgl. § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO: Aufhebung durch das Verwaltungsgericht, *soweit* der Verwaltungsakt rechtswidrig ist und den Kläger dadurch in seinen Rechten verletzt) und bei insoweit fehlender Klagebefugnis auch geboten. Entscheidend ist, ob die Verfügung teilbar ist, denn eine nach Teilen der Verfügung differenzierende Anfechtung würde zu einer nur teilweisen gerichtlichen Aufhebung des Verwaltungsaktes führen.“

bb. Voraussetzungen der Teilaufhebung

“Da die Gestaltungsbefugnis der Verwaltungsgerichtsbarkeit im Rahmen einer Anfechtungsklage auf die Beseitigung von Rechtsverletzungen beschränkt ist, während die positive Gestaltung Aufgabe der Verwaltung ist, kommt eine Teilaufhebung und damit das Entstehen einer Teilregelung durch gerichtliche Entscheidung nur in Betracht, wenn entweder von Rechts wegen der bestehen bleibende Teil als gebundene Entscheidung von der Behörde hätte erlassen werden müssen oder - bei einem in das Ermessen der Behörde gestellten Verwaltungsakt - wenn hinreichend sichere Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die Behörde bei Kenntnis des Rechtsmangels überhaupt eine und zudem gerade die übrig gebliebene Teilregelung getroffen hätte (vgl. Gerhardt, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, Loseblattsammlung [Stand: September 2003], § 113 Rn. 33; Spannowsky, in: Sodan/Ziekow, VwGO, Loseblattsammlung [Stand: Januar 2003], § 113 Rn. 47 ff.; für eine weiter gehende Teilbarkeit einer Verfügung unter dem Gesichtspunkt der Klagebefugnis OVG Berlin, NVwZ 1993, 593). Die nicht von der Anfechtung erfassten Teile dürfen nicht in einem untrennbaren Zusammenhang mit dem angefochtenen Teil stehen, sondern müssen als selbstständige Regelung weiter existieren können, ohne ihren ursprünglichen Bedeutungsgehalt zu verändern (BVerwG, NVwZ-RR 1993, 225; Kopp/Schenke, VwGO, 13. Aufl., § 113 Rn. 16).“

cc. Subsumtion

“Eine solche Teilbarkeit liegt hier nur für die auf die unterschiedlichen Tagesordnungspunkte bezogenen drei Aufhebungsteile der Verfügung vor. Sie betreffen jeweils getrennte, nach Auffassung der Beklagten je für sich rechtswidrige Ratsbeschlüsse. Die mögliche Rechtswidrigkeit der Verfügung in einem dieser Punkte berührt auch aus Sicht der Beklagten nicht den Bestand der Aufhebungsverfügung im Übrigen. Nicht mehr teilbar ist aber die Aufhebung des Ratsbeschlusses zu Tagesordnungspunkt 1 [...]. Denn [die] Schaffung eines Initiativrechts einzelner Ratsmitglieder

[wurde] auf die Bezirksvertretung erstreckt. Es kann nicht angenommen werden, dass die Beklagte die Aufhebung dieser Erstreckung auch dann verfügt hätte, wenn die Aufhebung des Initiativrechts für Ratsmitglieder keinen Bestand hat. Die Aufhebung des nach Auffassung der Beklagten insgesamt und aus einheitlichem Rechtsgrund illegalen Initiativrechts ist auch nur insgesamt sinnvoll. Das Bestehenbleiben der Aufhebung nur bezüglich der Bezirksvertretungen würde eine so von der Beklagten nicht gewollte spezifisch gegen jene gerichtete Bedeutung erlangen.

Auch eine Beschränkung der Klage der Klägerin zu 1. hinsichtlich der Aufhebung des Wahlbeschlusses allein auf die sie betreffende Wahl ist nicht möglich. Es kann nicht davon ausgegangen werden, dass die Beklagte hinsichtlich der beratenden Ausschussmitglieder eine nur teilweise Aufhebung gewollt hätte, wenn die Klage einzelner Gewählter wegen der Zulässigkeit der Bestellung beratender Ausschussmitglieder Erfolg hätte. Auch hier würde eine Teilaufhebung des nach Auffassung der Beklagten aus einem einheitlichen Rechtsgrunde insgesamt rechtswidrigen Wahlbeschlusses zu einem Bedeutungswandel führen, nämlich zu einer nicht paritätischen, sondern infolge unterschiedlicher Klagebereitschaft zufälligen Besetzung der Ausschüsse mit beratenden Mitgliedern.

2. Ratsgruppe

“Die Aufhebung der in Rede stehenden Ratsbeschlüsse kann die Klägerin zu 2. nicht in ihren Rechten verletzen. Dies könnte nur dann der Fall sein, wenn ihr durch die Ratsbeschlüsse subjektive Rechte eingeräumt würden oder sie einen Anspruch auf Fassung des aufgehobenen Beschlusses hätte. Beides ist nicht der Fall.“

a. Wehrfähiges Innenrecht aus den aufgehobenen Ratsbeschlüssen

“Der Ratsbeschluss zum Tagesordnungspunkt 1 (Änderung der Geschäftsordnung [...]) schafft alleine Initiativrechte für fraktionslose Ratsmitglieder, keine solche für Gruppen. Ebenso sind durch den aufgehobenen Ratsbeschluss zum Tagesordnungspunkt 2 nur Zuwendungen für einzelne Ratsmitglieder, nicht für Gruppen vorgesehen.

Schließlich sind auch durch die Wahl der beratenden Mitglieder in die Ausschüsse Rechtspositionen für die Klägerin zu 2. nicht geschaffen worden. Daran ändert der Umstand nichts, dass [die Wahl der Kl. zu 1 in den Ausschuss] auf einen Antrag der Klägerin zu 2. zurückgeht, dem durch den aufgehobenen Ratsbeschluss entsprochen wurde. Das allein begründet jedoch keine Klagebefugnis der Klägerin zu 2. Das Recht der Antragstellung bleibt ihr unbenommen. Wird ein so be-

antragter Ratsbeschluss kommunalaufsichtsrechtlich aufgehoben, berührt dies nur das Selbstverwaltungsrecht der Gemeinde. Das durch die Aufhebungsverfügung beeinträchtigte politische Interesse desjenigen, der den Ratsbeschluss beantragt hat, an seiner Aufrechterhaltung stellt keine wehrfähige Rechtsposition dar.”

b. Wehrfähiges Innenrecht analog § 58 GO NRW

“Die Klagebefugnis der Klägerin zu 2. lässt sich auch nicht aus einer analogen Anwendung des § 58 Abs. 1 Satz 7 bis 10 GO NRW rechtfertigen. Nach dieser Vorschrift sind Fraktionen, die in einem Ausschuss nicht vertreten sind, berechtigt, näher bezeichnete Personen zu benennen, die der Rat zu beratenden Mitgliedern des Ausschusses bestellt. Die Vorschrift ist vom Wortlaut her auf Fraktionen beschränkt. Eine analoge Anwendung der Vorschrift auf Gruppen, also Zusammenschlüsse von Ratsmitgliedern unter Fraktionsstärke, ist nicht geboten, da keine Regelungslücke vorliegt: Die Beschränkung auf Fraktionen ist eine vollständige Regelung, da der Gesetzgeber den in der Vorschrift zum Ausdruck kommenden Minderheitenschutz nur Zusammenschlüssen ab einer zahlenmäßigen Mindeststärke (vgl. § 56 Abs. 1 Satz 2 GO NRW) zu kommen lassen wollte. Die Erwägungen der Klägerin zu 2., dass eine Ausdehnung auf Gruppen angesichts deren größerer Häufigkeit nach Wegfall der 5%-Sperrklausel bei den Kommunalwahlen angezeigt sei, sind rechtspolitischer Natur, die eine Erweiterung des Anwendungsbereichs der Vorschrift im Wege der Analogie nicht erlauben.”

Mithin ist die Klage der Kl. zu 2. bereits unzulässig und somit nicht erfolgreich. Die Kl. zu 1. ist hingegen klagebefugt.

IV. Vorverfahren

Grundsätzlich ist vor Erhebung der Anfechtungsklage ein Widerspruchsverfahren gem. § 68 I 1 VwGO durchzuführen. Gem. §§ 68 I 2, 1. Hs VwGO i.V.m. 123 GO NRW können Maßnahmen der Kommunalaufsicht jedoch unmittelbar angefochten werden, ohne dass es der Durchführung eines solchen Vorverfahrens bedarf.

V. Frist

“Die Klage ist auch hinsichtlich des Erfordernisses der Einhaltung einer Klagefrist nach § 74 Abs. 1 VwGO zulässig. Da hier die Klagefrist mangels Erforderlichkeit eines Vorverfahrens (§ 68 Abs. 1 Satz 2 VwGO i.V.m. § 123 GO NRW) an die Bekanntgabe des Verwaltungsakts anknüpft, den Klägern als Drittbetroffenen die Aufhebungsverfügung aber überhaupt nicht

bekannt gegeben wurde, lief auch keine Klagefrist (vgl. Brenner, in: Sodan/Ziekow, VwGO, Loseblattsammlung [Stand: Januar 2003], § 74 Rn.28). Für eine danach allenfalls denkbare Verwirkung des Klagerechts liegen keine Anhaltspunkte vor.”

VI. Beklagter

Richtiger Beklagter ist nach §§ 78 I Nr. 2 VwGO i.V.m. 5 II 1 VwGO die Behörde, die den angegriffenen Verwaltungsakt erlassen hat, hier also die Bezirksregierung.

VII. Beteiligtenfähigkeit

Die Kl. zu 1. ist analog § 61 Nr. 2 beteiligtenfähig. Zwar stellt sie als einzelnes Ratsmitglied keine “Vereinigung” dar; es war jedoch erkennbar nicht der Wille des Gesetzgebers, den Inhabern wehrfähiger Innenrechtspositionen die prozessuale Durchsetzung derselben zu verwehren, weil sie ansonsten wertlos wären. Diese planwidrige Regelungslücke ist wegen der vergleichbaren Interessenlage mit dem in § 61 Nr. 2 VwGO geregelten Fall im Wege einer Analogie zu schließen. Soweit ihnen ein Recht zustehen kann, sind daher auch Organe und Organteile von Gemeinden beteiligtenfähig. Dass der Kl. zu 1. ein Recht zustehen kann, wurde bereits oben in der Klagebefugnis dargelegt. Die Beteiligtenfähigkeit der Bekl. als Behörde ergibt sich aus §§ 61 Nr. 3 VwGO i.V.m. 5 I AGVwGO NW.

Die Klage der Kl. zu 1. ist damit insgesamt zulässig.

B. Begründetheit

Die Anfechtungsklage ist begründet, soweit der angegriffene Verwaltungsakt rechtswidrig ist und den Kl. in seinen Rechten verletzt, § 113 I 1 VwGO.

I. Rechtswidrigkeit der Aufhebung des Ratsbeschlusses
Rechtmäßig ist ein in die Selbstverwaltungsautonomie einer Gemeinde eingreifender Verwaltungsakt nur dann, wenn er auf einer wirksamen Ermächtigungsgrundlage beruht, deren formelle und materielle Eingriffsvoraussetzungen erfüllt sind. Er ist m.a.W. rechtswidrig, soweit es an einer dieser Voraussetzungen fehlt.

1. Ermächtigungsgrundlage

“Die angegriffene Verfügung [könnte sich nur] aus § 119 Abs. 1 Satz 2 GO NRW [rechtfertigen]. Danach kann die Aufsichtsbehörde, also hier gemäß § 117 Abs. 2 GO NRW die Beklagte, Beschlüsse des Rates, die das geltende Recht verletzen, nach vorheriger Beanstandung durch den Bürgermeister und nochmaliger Beratung im Rat aufheben.”

2. Formelle Voraussetzungen

Die formellen Voraussetzungen liegen vor. Insbesondere hat - wie erwähnt - die zuständige Behörde gehandelt und ist der Aufhebungsverfügung laut Sachverhalt ein ordnungsgemäßes Beanstandungsverfahren vorausgegangen.

3. Materielle Rechtmäßigkeit

In materieller Hinsicht müsste der Tatbestand der Ermächtigungsgrundlage erfüllt und die richtige Rechtsfolge gesetzt worden sein.

a. Tatbestand

In tatbestandlicher Hinsicht setzt § 119 I 2 GO NRW einen rechtswidrigen Ratsbeschluss voraus. Das OVG kommt zu dem Ergebnis, dass der vorliegende Ratsbeschluss in den Punkten 1 und 3 rechtmäßig, in Punkt 2 (Zuwendungen an Fraktionslose) jedoch rechtswidrig ist.

aa. Zuwendungen an Fraktionslose (Punkt 2 des Ratsbeschlusses)

“Der Beschluss des Rates kann sich nicht auf die kommunale Finanz- und Organisationshoheit stützen.”

(1). Rechtfertigung durch Selbstverwaltungsautonomie

“Hierunter werden das Recht der Gemeinden und Gemeindeverbände zu einer eigenverantwortlichen Einnahmen- und Ausgabenwirtschaft im Rahmen eines gesetzlich geordneten Haushaltswesens (Finanzhoheit) sowie das ihnen zustehende Recht verstanden, ihre Angelegenheiten im Rahmen der Gesetze in organisatorisch-verfahrensrechtlicher Hinsicht selbst zu regeln (Organisationshoheit). Hierzu zählt namentlich das Recht zu einer eigenständigen Organisation der Verwaltungsgliederung einschließlich der Regelung der Rechtsverhältnisse innerhalb der Gemeindevertretung. Beide Rechte leiten sich aus der institutionellen Garantie der gemeindlichen Selbstverwaltung gemäß Art. 28 Abs. 2 GG und Art. 78 Abs. 1 und 2 Verf NRW ab.”

(2). Gesetzesvorbehalt als Schranke

“Jedoch kann der Gesetzgeber nicht nur Vorhandensein und Bildung der einzelnen Gemeindeorgane, sondern auch ihre Zuständigkeit sowie die Voraussetzungen und Umstände ihrer internen Willensbildung regeln und entsprechende Verfahrensbestimmungen treffen. Raum für eine eigenständige Regelung durch die kommunalen Selbstverwaltungskörperschaften bleibt dann nur, solange und soweit der Gesetzgeber von dieser Befugnis keinen Gebrauch gemacht hat. Insbesondere ist den Gemeinden außerhalb eines unantastbaren Kernbereichs die Befugnis zur Gestaltung ihrer Eigenverwaltung genommen, wenn der Regelungsgehalt der

Gemeindeordnung den Organisationsgegenstand abdeckt. Eine Einschränkung der kommunalen Organisationshoheit setzt eine hinreichend eindeutige gesetzliche Regelung voraus (vgl. OVG NRW, NWVB1 2002, 384 [385]).”

(3). Konkretisierung durch §§ 45, 46 GO NRW

“Eine solche hinreichend eindeutige gesetzliche Regelung, die die Gewährung der hier in Rede stehenden Zuwendungen hindert, besteht. Die Entschädigung der - fraktionslosen und fraktionsangehörigen - Ratsmitglieder für den mandatsbedingten Aufwand ist abschließend durch §§ 45 Abs. 4 und 5, 46 GO NRW und die dazu ergangene Entschädigungsverordnung vom 22.10.1994 in der zurzeit gültigen Fassung geregelt. Danach können Aufwandsentschädigungen ausschließlich als Pauschale oder als Pauschale und Sitzungsgeld bis zu einer bestimmten Maximalhöhe gewährt werden. Für eine darüber hinausgehende Zuwendung für Geschäftsbedürfnisse an einzelne Ratsmitglieder, wie sie der aufgehobene Ratsbeschluss vorsieht, ist kein Raum. Dafür kann insbesondere nicht die Regelung in § 56 Abs. 3 GO NRW in Anspruch genommen werden, wonach den Fraktionen aus Haushaltsmitteln Zuwendungen zu den sächlichen und personellen Aufwendungen für die Geschäftsführung gewährt werden. Zwar schließt diese Vorschrift nicht aus, Zuwendungen auch sonstigen Gruppen des Rates unterhalb der Fraktionsstärke zu gewähren. Jedoch muss es um die Abdeckung der Geschäftsführungsaufwendungen solcher Gruppen gehen, nicht etwa um die Abdeckung des mit der Ausübung des Mandats verbundenen Aufwands einzelner Ratsmitglieder, für die allein die §§ 45 und 46 GO NRW einschlägig sind (vgl. OVG NRW, a.a.O.). Mangels eines durch Zuschüsse abzudeckenden Koordinationsaufwands bei einzelnen Ratsmitgliedern unterscheidet sich deren Status grundsätzlich von dem der Fraktion als Gliederung des Rates, sodass aus § 56 Abs. 3 GO NRW keine Rechtfertigung für entsprechende zusätzliche Zuwendungen für fraktionslose Ratsmitglieder abgeleitet werden kann (vgl. für Bundestagsabgeordnete BVerfGE 80, 188 [231 ff.]; Braun/Jantsch/Klante, Abgeordnetengesetz, § 50 Rn.26).”

bb. Initiativrecht für Fraktionslose (Punkt 1 des Ratsbeschlusses)

Demgegenüber erweist sich nach Ansicht des OVG der Ratsbeschluss zu Tagesordnungspunkt 1 (Initiativrecht für fraktionslose Ratsmitglieder) als rechtmäßig.

(1). Rechtfertigung durch Selbstverwaltungsautonomie

“Der Rat war aus der bereits erwähnten kommunalen Organisationshoheit und (hinsichtlich der Erweiterung

des Initiativrechts) aus der Geschäftsordnungsautonomie des Rates zu solchen Beschlüssen befugt. Die in § 47 Abs. 2 GO NRW dem Rat gewährte Geschäftsordnungsautonomie ermächtigt ihn, innerhalb des durch Wesen und Aufgabenstellung der demokratisch gebildeten Vertretungskörperschaft begrenzten Bereichs seiner inneren Angelegenheiten in eigener Verantwortung und nach seinem eigenen Sachverstand zu ordnen.“

(2). *Gesetzesvorbehalt als Schranke*

“Auch diese Autonomie ist nur in dem durch die Gemeindeverfassung vorgegebenen Rahmen verliehen. Durch die Geschäftsordnung können daher die inneren Angelegenheiten des Rates nur insoweit geregelt werden, als sie nicht bereits abschließend gesetzlich geregelt sind (vgl. OVG NRW, NWVBl. 1996, 7 [8]).“

(3). *Jedoch keine Konkretisierung erkennbar*

“Im Gegensatz zu den Zuwendungen an einzelne Ratsmitglieder kann der Gemeindeordnung keine hinreichend eindeutige gesetzliche Regelung entnommen werden, die hier die in Rede stehende Erweiterung des Initiativrechts oder die Wahl der beratenden Ausschussmitglieder hinderte.“

(a). *§ 48 I GO NRW*

(aa). *Kein Wille des Gesetzgebers zur Festsetzung eines Mindestquorums für Vorschläge zur Tagesordnung*

“§ 48 Abs. 1 Satz 2 GO NRW sieht vor, dass der Bürgermeister Vorschläge für die Tagesordnung aufzunehmen hat, die ihm von einem Fünftel der Ratsmitglieder oder einer Fraktion vorgelegt werden. Damit wird ein Minderheitenschutz bei der Aufstellung der Tagesordnung vorgeschrieben (vgl. Gesetzentwurf der Landesregierung, LT-Drs. 8/3152, S. 62 zu § 31). Es ist nicht erkennbar, dass der Gesetzgeber damit über eine Mindestgarantie für einen Minderheitenschutz hinaus im Interesse der Funktionsfähigkeit des Rates - gewissermaßen als Schutz des Rates vor sich selbst - zugleich auch ein Verbot der Gewährung weitergehenden Minderheitenschutzes aussprechen wollte. Der Gesichtspunkt missbräuchlicher Ausnutzung von Minderheitenrechten wurde im Ausschuss für Kommunalpolitik, Wohnungs- und Städtebau, der gegen den Gesetzentwurf eine - so Gesetz gewordene - Senkung des Quorums von einem Viertel auf ein Fünftel befürwortete, von der Opposition zwar problematisiert, hat aber im Gesetz keinen Niederschlag gefunden (vgl. Beschlussempfehlung und Bericht, LT-Drs. 8/4352, S. 75). Aus dem Umstand, dass § 48 Abs. 1 Satz 2 GO NRW ein Initiativrecht als Minderheitenschutzrecht

garantiert, ergibt sich zwar, dass dieses Recht abschließend geregelt ist. *Einschränkungen* des Rechts durch die Geschäftsordnung - von technischen Ausgestaltungsregelungen abgesehen - sind daher unzulässig (vgl. OVG NRW, a.a.O.). Der Gesetzgeber mag auch, wie sich aus der Forderung eines Quorums überhaupt ergibt, einen weiter gehenden Minderheitenschutz nicht für opportun gehalten haben. Dessen Verbot kann aber mit der für eine Beschränkung der kommunalen Organisationshoheit und Geschäftsordnungsautonomie zu fordernden Eindeutigkeit nicht festgestellt werden.“

(bb). *Keine Prüfungskompetenz des Bürgermeisters bei Aufnahme von Vorschlägen*

“Die durch die angegriffene Verfügung aufgehobene Geschäftsordnungsregelung verstößt auch nicht aus anderen Gründen gegen das geltende Recht. So liegt in ihr keine unzulässige Beschränkung des Rechts des Bürgermeisters auf Festsetzung der Tagesordnung. Allerdings wird durch die Geschäftsordnungsvorschriften nicht nur, was nach dem oben Gesagten unbedenklich ist, ein Minderheitenrecht eingeräumt, sondern gleichzeitig die Pflicht des Bürgermeisters begründet, den Tagesordnungsvorschlag eines fraktionslosen Ratsmitglieds aufzunehmen. Zu einer Begründung von Pflichten des Bürgermeisters als eines eigenständigen Gemeindeorgans ist der Rat jedoch nur befugt, soweit er dazu ermächtigt ist. Insbesondere ist er nicht berechtigt, einen abschließend gesetzlich geregelten Pflichtenkreis des Bürgermeisters zu erweitern. Die hier in Rede stehende Verpflichtung des Bürgermeisters, Tagesordnungsvorschläge fraktionsloser Ratsmitglieder in die Tagesordnung aufzunehmen, rechtfertigt sich jedoch aus der dem Rat zustehenden, oben bereits angesprochenen Geschäftsordnungsautonomie, die es ihm erlaubt, seine inneren Angelegenheiten in eigener Verantwortung und nach seinem eigenen Sachverstand zu regeln. Die mit der Einladung zur Ratssitzung verschickte Tagesordnung betrifft die inneren Angelegenheiten des Rates. Hier ist dem Bürgermeister als Vorsitzendem des Rates (§ 40 Abs. 2 Satz 3 GO NRW) ein eigenes Organrecht dahin eingeräumt, die Tagesordnung festzusetzen (§ 48 Abs. 1 Satz 1 GO NRW). Der Bürgermeister kann damit sicherstellen, dass der Rat gezwungen wird, sich mit einem so festgesetzten Tagesordnungspunkt zu befassen (wenn auch als Minimum nur dahin, ob der Punkt von der Tagesordnung abgesetzt werden soll). Er kann durch das Recht zur Festsetzung der Tagesordnung mit der Einladung weiter sicherstellen, dass der Rat Sachbeschlüsse zu den Tagesordnungspunkten fassen kann, was bei einer Befassung unter einem erst in der Ratssitzung aufgenommenen Tagesordnungspunkt (vgl. § 48 Abs. 1 Satz 5

GO NRW) oder unter dem von vornherein festgesetzten Tagesordnungspunkt „Verschiedenes“ (vgl. dazu Kirchhof, in: Held u.a., Kommunalverfassungsrecht NRW, Loseblattsammlung [Stand: August 2003], § 48 GO NRW Anm. 1) nur begrenzt möglich ist.

In dieser Hinsicht wird das Recht des Bürgermeisters jedoch durch die aufgehobene Geschäftsordnungsregelung nicht beschnitten. Wenn man in der Verpflichtung des Bürgermeisters, Vorschläge fraktionsloser Ratsmitglieder in die Tagesordnung aufzunehmen, überhaupt eine Kompetenzbeeinträchtigung des Bürgermeisters sehen will, dann nur die eines hypothetischen Rechts, die Behandlung bestimmter Punkte durch den Rat verhindern zu können. Ein solches Recht soll dem Bürgermeister aber durch § 48 Abs. 1 Satz 1 GO NRW nicht eingeräumt werden. Es ist Sache des Rates als des obersten und allzuständigen Gemeindeorgans zu entscheiden, welchen Sachthemen er sich zuwenden will. Deshalb ist der Bürgermeister etwa auch ohne ausdrückliche gesetzliche Regelung verpflichtet, Punkte in die Tagesordnung aufzunehmen, die nach einem vorherigen Ratsbeschluss für die Ratsitzung aufgenommen werden sollen (vgl. Kirchhof, in: Held u.a., KVerfR NRW, Loseblatt (Stand: August 2003), § 48 GO NRW Anm. 2).

Auch steht dem Bürgermeister bei einem zu berücksichtigenden Tagesordnungsvorschlag kein Recht inhaltlicher Vorprüfung zu. Vielmehr hat allein der Rat darüber zu befinden, ob und in welcher Weise er sich mit einer Angelegenheit befassen will (vgl. OVG NRW, OVGE 37, 68 [71]). In der hier vorgenommenen Erweiterung des Initiativrechts kann daher keine Beeinträchtigung der Rechte des Bürgermeisters, sondern allenfalls des Rechts des Rates gesehen werden, von unerwünschten Tagesordnungspunkten auf Betreiben Einzelner verschont zu bleiben (a.A. zur Beeinträchtigung des Rechts des Bürgermeisters Articus/Schneider, Gemeindeordnung für das Land Nordrhein-Westfalen, 2. Aufl., § 48 Anm. 2).“

(b). Art. 20 III GG

“Schließlich ist die Geschäftsordnungsregelung auch unter dem Gesichtspunkt des allgemeinen Gleichheitsgrundsatzes nicht zu beanstanden, der jenseits des Art. 3 Abs. 1 GG als objektiv-rechtliches Rechtsprinzip der Rechtsstaatlichkeit Geltung auch für die Rechtsbeziehungen zwischen kommunalen Organen und Organteilen beansprucht (vgl. OVG NRW, NWVBl. 2003, 309 [311]; NWVBl. 1997, 373 [375]).

Zwar kann nicht verkannt werden, dass die Einräumung des Initiativrechts an fraktionslose Ratsmitglieder diese gegenüber fraktionsgebundenen deutlich besser stellt. Denn Letztere müssen bezüglich eines von ihnen gewünschten Tagesordnungspunktes entwe-

der für eine Mehrheit in ihrer Fraktion oder jedenfalls im Fraktionsvorstand werben oder weitere Ratsmitglieder für den Tagesordnungspunkt gewinnen, damit das Quorum von einem Fünftel der Ratsmitglieder erreicht wird. Dennoch gibt es einen sachlichen Grund, der die Differenzierung trägt: Zwar verliert das fraktionsgebundene Ratsmitglied mit dem Eintritt in die Fraktion das den fraktionslosen Ratsmitgliedern zustehende Gestaltungsrecht. Jedoch wächst auf der anderen Seite die Gestaltungsmacht des fraktionsgebundenen Ratsmitgliedes gerade durch die Koordination seiner Ratstätigkeit mit der der übrigen Fraktionskollegen. In der Erhöhung der Durchsetzungsmacht durch Koordination liegt gerade der Sinn der Fraktionsbildung. Daher bleibt das fraktionslose Ratsmitglied in der politischen Realität auch regelmäßig vereinzelt ohne relevante Durchsetzungsmacht. Dieser qualitative Unterschied rechtfertigt es, das fraktionslose Ratsmitglied hinsichtlich der Gestaltung der Tagesordnung in der beschlossenen Weise zu bevorzugen. Das gilt auch hinsichtlich der Zahlendifferenz zwischen dem regelmäßigen Quorum von einem Fünftel der Ratsmitglieder und dem einzelnen fraktionslosen Ratsmitglied. Diese Differenz ist zwar beträchtlich, nämlich im Falle des Rates hier 14 Ratsmitglieder gegenüber einem. Jedoch darf nicht übersehen werden, dass auch Fraktionen, also im Falle der Stadt mindestens drei zu einer Fraktion verbundenen Personen (§ 56 Abs. 1 Satz 2 GO NRW), dieses Initiativrecht von § 48 Abs. 1 Satz 2 GO NRW eingeräumt wird. Angesichts dessen ist die Differenz zu einem einzigen fraktionslosen Ratsmitglied nicht mehr so erheblich, dass eine Gleichbehandlung hinsichtlich des Initiativrechts nicht mehr zu vertreten wäre. Somit erweist sich der Ratsbeschluss zur Erweiterung des Initiativrechts als rechtmäßig.“

cc. Wahl der Ausschussmitglieder (Punkt 2 des Ratsbeschlusses)

Auch Tagesordnungspunkt 2 (Wahl der Ausschussmitglieder) ist nach Ansicht des OVG rechtmäßig:

(1). Rechtfertigung durch Selbstverwaltungsautonomie

“Schließlich verletzt auch der Wahlbeschluss des Rates, mit der beratende Mitglieder für die Ausschüsse bestellt wurden, nicht das geltende Recht. Die Besetzung der Unterorgane des Rates, hier also der Ausschüsse, unterfällt der kommunalen Organisationshoheit, die durch Gesetz eingeschränkt werden kann.“

(2). Keine Konkretisierung des Gesetzesvorbehalts

“Hier bestehen keine Einschränkungen, die die Bestellung beratender Mitglieder in der geschehenen Form hindert.

(a). § 58 GO NRW

“§ 58 GO NRW, der u.a. die Zusammensetzung der Ausschüsse regelt, schreibt nur für bestimmte Einzelfälle vor, dass beratende Ausschussmitglieder zu bestellen sind, nämlich nach § 58 Abs. 1 Satz 7 bis 10 GO NRW die Bestellung beratender Mitglieder auf Benennung durch eine Fraktion, die in einem Ausschuss nicht vertreten ist, und nach § 58 Abs. 1 Satz 11 und 12 GO NRW, wonach ein Ratsmitglied verlangen kann, mindestens einem Ausschuss mit beratender Stimme anzugehören. [...] Die Klägerin zu 1. ist nicht von einer Fraktion benannt worden, vielmehr lag nur ein Wahlvorschlag der Klägerin zu 2. als Gruppe vor. Diesen Wahlvorschlag hat der Rat im Rahmen eines einheitlichen Wahlvorschlags durch einstimmige Annahme bei fünf Enthaltungen gemäß § 50 Abs. 3 Satz 1 GO NRW so beschlossen. Das ist, wie dem Zusatz “beratende Mitglieder gemäß § 58 Abs. 1 Satz 7 und 8 GO” zu entnehmen ist, in entsprechender Anwendung dieser Minderheitenschutzregelung auf Gruppen und fraktions- und gruppenlose Ratsmitglieder geschehen, ändert aber nichts daran, dass die Wahl nicht auf Grund einer Rechtsverpflichtung zur Bestellung dieser beratenden Mitglieder, sondern auf Grund freiwilliger einstimmiger Entscheidung des Rates erfolgte. Eine solche Wahl verbietet die Gemeindeordnung nicht, vielmehr erlaubt sie es in einem Teilbereich sogar ausdrücklich: § 58 Abs. 4 GO NRW ermöglicht die Bestellung volljähriger sachkundiger Einwohner zu beratenden Ausschussmitgliedern. Eine Begrenzung der Zahl ist nicht vorgesehen. Auf die Motivation zur Bestellung eines solchen beratenden Ausschussmitgliedes kommt es für die Rechtmäßigkeit des Wahlbeschlusses nicht an. Aus dieser Vorschrift ergibt sich erst recht, dass es dem Rat unbenommen bleibt, Ratsmitglieder zu beratenden Ausschussmitgliedern zu bestellen. Dafür ist - möglicherweise im Gegensatz zur Bestellung sachkundiger Einwohner als organfremder Personen - keine ausdrückliche Ermächtigungsgrundlage erforderlich. Eine solche Wahl rechtfertigt sich aus der Organisationshoheit, die die Regelung der Zusammensetzung der Ausschüsse umfasst (§ 58 Abs. 1 Satz 1 GO NRW). Eine Grenze für die Bestellung der hier in Rede stehenden beratenden Mitglieder kann sich allenfalls durch eine Verletzung des gegenüber allen Ratsmitgliedern bestehenden Gleichbehandlungsgrundsatzes ergeben. Ein solcher wird aber weder durch die Verfügung geltend gemacht noch ist er - schon angesichts der Einstimmigkeit des Wahlbeschlusses - sonst ersichtlich.”

(b). Art. 28 I 1 GG

“Auch verstößt der Wahlbeschluss nicht gegen den bundesverfassungsrechtlich vorgegebenen Grundsatz

der Spiegelbildlichkeit von Rat und Ausschüssen. Nach dem Homogenitätsprinzip des Art. 28 Abs. 1 Satz 1 GG muss die verfassungsmäßige Ordnung in den Ländern den Grundsätzen insbesondere des demokratischen Rechtsstaates im Sinne des Grundgesetzes entsprechen. Namentlich schreibt das BVerfG in Art. 28 Abs. 1 Satz 2 GG die Existenz von Volksvertretungen in den Gemeinden vor, die aus allgemeinen, unmittelbaren, freien, gleichen und geheimen Wahlen hervorgegangen sind. Aus diesen bundesverfassungsrechtlichen Vorgaben folgt, wie es das BVerfG auf Grund anderer Normen für die Ausschüsse des Bundestages entsprechend ausgeführt hat (vgl. BVerfGE 96, 264 [282]; 84, 304 [323]) und das BVerwG auf den Bereich der kommunalen Ratsausschüsse übertragen hat (vgl. BVerwG, NVwZ-RR 1994, 109; NVwZ-RR 1993, 209), dass der Rat die Gemeindebürger repräsentiert und sich die Repräsentation auch in den Ausschüssen des Rates vollzieht, sodass diese als verkleinerte Abbilder des Plenums dessen Zusammensetzung und das darin wirksame politische Meinungs- und Kräftespektrum grundsätzlich widerspiegeln müssen. Dagegen verstößt der aufgehobene Wahlbeschluss schon deshalb nicht, weil es allein um beratende Mitglieder geht, die in das politische Meinungs- und Kräftespektrum mangels Stimmrechts nicht eingebunden sind. Im Übrigen ist es ein zulässiger Differenzierungsgrund, Minderheiten trotz fehlenden Anspruchs auf einen Sitz nach Verhältniswahlgrundsätzen zum Zwecke der Einbeziehung in die Arbeit des Rates überproportional mit einem Sitz ohne Stimmrecht auszustatten, wie die Regelungen des § 58 Abs. 1 Satz 7 bis 12 GO NRW gerade zeigen. Unerheblich ist, ob ein Anspruch auf einen Sitz i.S. eines Grundmandats besteht, da es hier allein um die Berechtigung des Rates geht, einen solchen Minderheitenschutz einzuführen.”

Der Ratsbeschluss ist also hinsichtlich der Tagesordnungspunkte 1 und 3 rechtmäßig, die hiergegen gerichtete Aufhebungsverfügung mithin schon mangels Tatbestandsmäßigkeit rechtswidrig. Hinsichtlich des Tagesordnungspunkts 2 ist der Ratsbeschluss hingegen rechtswidrig, so dass der Tatbestand der Ermächtigungsgrundlage erfüllt ist.

b. Rechtsfolge

Als Rechtsfolge gewährt § 119 I 2 GO NRW der Aufsichtsbehörde ein Ermessen, das vom Gericht nur in den Grenzen des § 114 S. 1 VwGO, also auf Ermessensfehler hin überprüft werden kann. Solche sind hier nicht ersichtlich.

II. Rechtsverletzung der Kl. zu 1

Soweit die Aufhebung des Ratsbeschlusses rechtswid-

rig ist (TOP 1 und 2) wird die Kl. durch sie auch in ihren in der Klagebefugnis genannten wehrfähigen Innenrechten verletzt. Ihre Klage ist damit insoweit begründet.

C. Ergebnis

Die Klage der Kl. zu 1 gegen die Aufhebung der Rats-

beschlüsse zu TOP 1 und 3 ist zulässig und begründet und damit erfolgreich. Hinsichtlich des TOP 2 war die Aufhebungsverfügung hingegen rechtmäßig, so dass ihre Klage insoweit unbegründet ist.

Die Klage der Kl. zu 2 war bereits unzulässig und hat daher keinen Erfolg.

Standort: Schuldrecht BT

Problem: Durchgriffshaftung aus Gewinnzusagen

BGH, URTEIL VOM 15.07.2004
III ZR 315 / 03 (NJW 2004, 3039)

Problemdarstellung:

“Sie haben gewonnen, rufen Sie noch heute an, damit Ihnen Ihr Hauptgewinn nicht entgeht ...!”

So oder ähnlich beginnen die sogenannten “Gewinnmitteilungen”, die wohl beinahe ein jeder schon einmal in seinem Briefkasten vorgefunden hat. Der Empfänger dieser Mitteilungen kann sich in der Regel überhaupt nicht erinnern, an welcher Lotterie, Verlosung oder an welchem Preisrätsel, das ihm nun das große Glück beschert, er teilgenommen haben könnte. Häufig werfen die angeblichen Gewinner diese Bedenken aber über Bord und verkennen, dass die Absender derartiger Botschaften es nicht selten nur darauf abgesehen haben, sie zu der Inanspruchnahme weiterer kostenpflichtiger Dienstleistungen wie etwa 0190-Telefon-Hotlines zu bewegen. In besonders krassen Fällen finden sich die vermeintlichen Gewinner sogar bereit, “Bearbeitungsentgelte” in nicht geringer Höhe auf dubiose Konten zu überweisen, nur um später festzustellen, dass ihnen keinerlei Gewinn ausgezahlt wird und ihr Geld natürlich verloren ist.

Um diesen und ähnlichen unerwünschten Geschäftspraktiken einen Riegel vorzuschieben hat der Gesetzgeber bereits im Jahr 2000 die Vorschrift des § 661a BGB eingeführt, welche dem Empfänger sogenannter Gewinnmitteilungen bei Vorliegen weiterer gesetzlicher Voraussetzungen einen einklagbaren schuldrechtlichen Anspruch auf die Leistung des versprochenen Preises gewährt (vgl. zu weiteren Einzelheiten Palandt/Sprau, § 661a Rz. 1).

Nunmehr hatte der BGH auf der Basis des § 661 a BGB einen Fall zu entscheiden, in welchem der “Gewinner” eine französische Gesellschaft, die ihm Gewinnmitteilungen übersandt hatte, sowie deren Geschäftsführer beim Wort nehmen wollte. Der Fall wurde um den internationalen Aspekt durch den Bearbeitervermerk gekürzt, um ihn auch für Interessenten, die sich nicht dem IPR verschrieben haben, einer Bearbeitung zugänglich zu machen. Da zudem die verschickten Gewinnmitteilungen recht unproblematisch

unter § 661 a BGB zu subsumieren sind, bildet einen Schwerpunkt des Falles die Frage der persönlichen Haftung des Organs einer Gesellschaft, die als Unternehmerin i. S. d. § 661 a BGB derartige Mitteilungen verschickt, für die Einhaltung der Gewinnversprechen. Der BGH hat eine solche Durchgriffshaftung im Ergebnis abgelehnt.

Prüfungsrelevanz:

Die in §§ 13, 14 BGB legaldefinierten Begriffe des Verbrauchers bzw. Unternehmers spielen inzwischen eine zentrale Rolle im BGB, man denke neben dem hier einschlägigen § 661 a BGB nur an § 241 a BGB, die Verschärfung der AGB-Kontrolle gem. § 310 III BGB, den Verbrauchsgüterkauf gem. §§ 474 ff BGB, die für mehrere Vertragstypen angeordnete Widerrufsmöglichkeit des § 355 BGB und natürlich an den gesamten Komplex des Verbraucherdarlehensrechts gem. §§ 491 ff BGB, dort unter Einschluss der sogenannten Existenzgründer nach Maßgabe des § 507 BGB. Vor diesem Hintergrund bietet es sich an, auch zu den Einzelheiten und problematischen Anwendungsfällen dieser auf den ersten Blick recht übersichtlichen Begriffe fundierte Kenntnisse zu erwerben. Die Lektüre des vorliegenden Falls kann hierzu einen erheblichen Beitrag leisten.

Vertiefungshinweise:

- Zu Gewinnmitteilungen aus dem Ausland: *Lorenz*, NJW 2000, 3305 ff
- Zur Verbrauchereigenschaft eines “Strohmanns”: *BGH*, RA 2002, 479 = NJW 2002, 2030

Kursprogramm:

- Examenskurs*: “Existenzgründung auf Raten”
- Examenskurs*: “Dolce Vita”
- Assessorkurs*: “Die Fahrt zum Fest”

Leitsatz:

Der gesetzliche Vertreter einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung (hier: einer s. a. r. l. französischen Rechts) haftet nicht nach § 661 a BGB per-

sönlich für die Erfüllung einer von der Gesellschaft versandten Gewinnzusage oder vergleichbaren Mitteilung.

Sachverhalt:

Der Bekl. zu 2 ist der Geschäftsführer der [an dem Revisionsverfahren nicht beteiligten] Bekl. zu 1, einer in Frankreich ansässigen Versandhandelsgesellschaft (s. a. r. l.). Die Bekl. zu 1 übersandte dem Kl. im Juni 2001 einen „Einlöse-Scheck“ über einen „Jackpot-Gewinn von 60.000,00 DM“ sowie ein Schreiben, das dem Anschein nach „A.B. (Direktions-Assistentin)“ unterschrieben hatte und in dem er unter anderem zur Anforderung seines Bargeldgewinns von 60.000,00 DM aufgefordert wurde. Der Kl. übersandte der Bekl. zu 1 daraufhin mit Schreiben vom 27.06.2001 den mit der „Einlöse-Marke“ versehenen „Einlöse-Scheck“. Die Bekl. zu 1 zahlte den angeblichen Gewinn jedoch nicht aus. Im August 2001 erhielt der Kl. von der Bekl. zu 1 außerdem eine „Offizielle Gewinnerliste“, die ihn als „Gewinner“ eines „Gewinnbetrag(s)“ von 50.000,00 DM „Status: noch nicht ausbezahlt!“ auswies, ferner ein Schreiben, das die dringende Aufforderung zum Abruf seines Bargeldgewinns von 50.000,00 DM enthielt. Mit Anwaltsschreiben vom 20.08.2001 leitete der Kl. der Bekl. zu 1 den deren Schreiben beigefügten „Auszahlungs-Schein“ über 50.000,00 DM zu. Die Bekl. zu 1 zahlte wiederum nicht. Der Kl. verlangte von den Bekl. als Gesamtschuldner Zahlung von 56.242,10 Euro (= 110.000,00 DM) nebst Zinsen. Die Bekl. zu 1 habe ihm mittels der vorgenannten Schreiben Gewinnzusagen (§ 661 a BGB) über insgesamt 110.000,00 DM erteilt. Der Bekl. zu 2 sei wie die Bekl. zu 1 zur Erfüllung der Gewinnzusagen verpflichtet. Als Geschäftsführer der Bekl. zu 1 falle er unter den weit zu fassenden Unternehmerbegriff des § 661 a BGB.

Wie wird das Gericht über die Klagen entscheiden ?

[Anm.: Gehen Sie davon aus, dass für die vorliegenden Klagen die deutschen Gerichte zuständig sind und dass auf den Fall deutsches Recht anzuwenden ist. Behandeln sie die französische s. a. r. l. wie eine deutsche GmbH. Zur der Frage der internationalen Zuständigkeit der deutschen Gerichte führt der BGH im Originalfall Folgendes aus:

Das BerGer. hat angenommen, die deutschen Gerichte seien für die Klage gegen die Bekl. zu 1 gem. Art. 13 I Nr. 3 i. V. m. Art. 14 I Alt. 2 und gem. Art. 5 Nr. 3 des Brüsseler Übereinkommens über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 27.09.1968, BGBl 1972 II, 774 (im Folgenden: EuG-

VÜ), international zuständig. Im Anschluss daran hat es stillschweigend die internationale Zuständigkeit der deutschen Gerichte auch für die Klage gegen den Bekl. zu 2 bejaht. [...]

Die deutschen Gerichte sind für die Klage gegen den in Frankreich ansässigen Bekl. zu 2 international zuständig. Die Parteien legen dies im Revisionsrechtszug einhellig zu Grunde; die auch unter der Geltung des § 545 II ZPO n. F. von Amts wegen gebotene Prüfung der internationalen Zuständigkeit ergibt keine durchgreifenden Bedenken (vgl. EuGH, Slg. 2002, I-6367 = NJW 2002, 2697 [2698 f.] Rz. 53 ff. - Rudolf Gabriel; Senat, BGHZ 153, 82 [84ff.] = NJW 2003, 426; weiter zur Amtsprüfung: BGH, NJW 2003, 2916 = WM 2003, 1542 [1543]; NJW 2003, 2830). Jedenfalls bestünde bei den deutschen Gerichten der Gerichtsstand der unerlaubten Handlung (Art. 5 Nr. 3 EuGVÜ; vgl. Senat, BGHZ 153, 82 [89 ff.] = NJW 2003, 426). Der Kl. hat den gegen den Bekl. zu 2 erhobenen Zahlungsanspruch auch auf diesen Gesichtspunkt gestützt.”]

Lösung:

A. Zulässigkeit der Streitgenossenschaft

Über die Zulässigkeit der einzelnen Klagen hinaus ist fraglich, ob der Kl. die Klagen gegen die beiden Bekl. verbinden durfte, indem er sie gesamtschuldnerisch verklagte. Diese subjektive Klagehäufung ist nur zulässig, wenn es sich um eine nach Maßgabe der §§ 59, 60 ZPO zulässige Streitgenossenschaft handelt, andernfalls wären die Prozesse gem. § 145 I ZPO zu trennen.

[Anm.: Bei der Zulässigkeit einer Streitgenossenschaft handelt es sich nicht um eine Voraussetzung für die Zulässigkeit der einzelnen verbundenen Klagen, sondern allein um die Prüfung, ob die Zusammenfassung mehrerer Klagen in einem Prozess möglich ist, vgl. Thomas/Putzo, §§ 59 f., Rz. 7; Schellhammer, ZPO, Rz. 1591. Achten Sie darauf, diese beiden Punkte in Ihrer Klausur deutlich voneinander zu trennen.]

I. Zulässigkeit gem. §§ 59, 60 ZPO

Die Streitgenossenschaft ist zulässig, wenn einer der in §§ 59, 60 ZPO geregelten Fälle, in denen die gemeinsame Verhandlung und Entscheidung mehrerer Klagen in einem Rechtsstreit aus prozessökonomischen Gründen sinnvoll erscheint, vorliegt.

Hier wurden beide Bekl. gesamtschuldnerisch verklagt. Die Gesamtschuldnerschaft ist als Anwendungsfall des § 59 Fall 1 ZPO, wonach eine Streitgenossenschaft zulässig ist, wenn die Streitgenossen hinsichtlich des Streitgegenstandes in Rechtsgemeinschaft stehen, anerkannt (Thomas/Putzo, §§ 59 f. Rz. 2). Es liegt

mithin ein Anwendungsfall der §§ 59, 60 ZPO vor.

[Anm.: In weniger eindeutigen Fällen ist es selbst in der Klausur nicht erforderlich, einen Anwendungsfall der §§ 59, 60 ZPO explizit zu benennen, da auch die Rechtsprechung hier in der Praxis eher großzügig verfährt und im Ergebnis lediglich prozessökonomische Gründe für die Zusammenfassung der Klagen verlangt, vgl. Thomas/Putzo, §§ 59 f. Rz. 1.]

II. Weitere Voraussetzungen gem. § 260 ZPO analog

In Analogie zu § 260 ZPO hält die ständige Rechtsprechung eine subjektive Klagehäufung ferner nur für zulässig, wenn für sämtliche Klagen das identische Prozessgericht zuständig und dieselbe Prozessart einschlägig ist.

Von der Zuständigkeit des identischen Prozessgerichts ist hier auszugehen, da beide Klage vor dem erkennen- den Gericht zulässig sind. Ferner wurden auch zwei Rechtsstreitigkeiten im einfachen Erkenntnisverfahren miteinander verbunden, so dass die Voraussetzungen des § 260 ZPO analog gegeben sind.

III. Zwischenergebnis

Es handelt sich um eine zulässige Streitgenossenschaft auf der Beklagtenseite gem. § 59 Fall 1 ZPO i. V. m. § 260 ZPO analog.

B. Begründetheit der Klage gegen die Bekl. zu 1

Die Klage gegen die Bekl. zu 1 ist begründet, soweit der Kl. einen Anspruch auf Zahlung von 56.242,10 Euro hat. Dieser Anspruch könnte sich aus § 661 a BGB ergeben.

I. Gewinnmitteilungen i. S. d. § 661 a BGB

Dann müsste es sich bei den Schreiben der Bekl. zu 1 vom Juni 2001 und vom August 2001 um Gewinnzusagen i. S. d. § 661 a BGB handeln. Dies setzt voraus, dass eine verkörperte Erklärung vorlag, aus welcher der Kl. den Eindruck entnehmen konnte, einen jedenfalls bestimmbaren Preis bereits gewonnen zu haben (vgl. Palandt/Sprau, § 661 a Rz. 2).

Die beiden genannten Schreiben stellten verkörperte Erklärungen dar und wiesen den Kl. als Gewinner eines Jackpotgewinns i. H. v. 60.000,00 DM sowie eines Bargewinns i. H. v. 50.000,00 DM aus. Ihr Charakter als Gewinnzusage könnte allein deshalb fraglich sein, weil der Kl. diese Gewinne noch durch Übersendung von "Einlöse-Schecks" bzw. "Auszahlungs-Scheinen" anfordern musste. Das bloße Anfordernmüssen eines im übrigen bereits für den Empfänger feststehenden Preises steht der Einstufung als Gewinnmitteilung allerdings nicht entgegen (Jauernig/Mansel, § 661 a Rz. 4). Es lagen mithin Gewinnmitteilungen i. S. d. § 661

a BGB vor.

II. Bekl. zu 1 Unternehmerin i. S. d. § 14 BGB

Die Bekl. zu 1 müsste sodann als Absenderin der Gewinnmitteilungen Unternehmerin sein. Unternehmerin kann gem. § 14 I BGB eine juristische Person sein, die bei Abschluss eines Rechtsgeschäfts in Ausübung ihrer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit handelt.

Die Bekl. zu 1 ist eine GmbH und damit eine juristische Person gem. § 13 I GmbHG. Sie versandte die Gewinnmitteilungen im Rahmen ihrer Werbung für ihr Versandhandelsgeschäft, so dass dies ihrer gewerblichen Tätigkeit zuzurechnen ist. Sie war daher Unternehmerin i. S. d. § 14 I BGB.

III. Kl. Verbraucher i. S. d. § 13 BGB

Der Kl. müsste Empfänger der Gewinnmitteilungen und Verbraucher i. S. d. § 13 BGB sein.

Als Empfänger ist der Kl. nur einzustufen, wenn die Erklärung derart an ihn persönlich gerichtet war, dass er sich als Gewinner angesprochen fühlen durfte. Der Empfänger der Mitteilung muss daher i. d. R. namentlich bezeichnet sein (Jauernig/Mansel, § 661 a Rz. 5).

Der Kl. ist hier jeweils persönlich angeschrieben und zur Anforderung seines Gewinns aufgefordert worden, das Schreiben vom August 2001 enthielt zudem eine "Offizielle Gewinnerliste", in welcher er namentlich als Gewinner aufgeführt war. Er war demzufolge Empfänger der Gewinnmitteilungen.

Er erhielt die Schreiben weiterhin als natürliche Person ohne Zusammenhang zu einer von ihm ausgeübten gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit. Der Kl. war mithin auch Verbraucher i. S. d. § 13 BGB.

IV. Zugang der Gewinnmitteilung

Schließlich setzt der Anspruch aus § 661 a BGB den Zugang der Gewinnmitteilung beim Verbraucher voraus (Palandt/Sprau, § 661 a Rz. 4).

Die Gewinnmitteilung i. S. d. § 661 a BGB ist eine geschäftsähnliche Handlung (Lorenz, NJW 2000, 3305 [3307]). Auf derartige Handlungen sind die Regeln über Willenserklärungen grundsätzlich entsprechend anzuwenden (Jauernig/Jauernig, vor § 104 Rz. 23). Eine Gewinnmitteilung geht mithin zu, wenn sie so in den Machtbereich des Empfängers gelangt, dass dieser unter gewöhnlichen Umständen die Möglichkeit zur Kenntnisnahme hat

Der Kl. hat die Gewinnmitteilungen auf dem Postwege erhalten und sogar tatsächlich von ihrem Inhalt Kenntnis erlangt, ein Zugang lag demzufolge vor.

Die Klage gegen die Bekl. zu 1 ist demzufolge begrün-

det, da dem Kl. gem. § 661 a BGB ein Anspruch auf Zahlung von 56.242,10 Euro zusteht.

C. Begründetheit der Klage gegen den Bekl. zu 2

Die Klage gegen den Bekl. zu 2 ist begründet, soweit dem Kl. auch gegen ihn ein Zahlungsanspruch i. H. v. 56.242,10 Euro zusteht.

I. Zahlungsanspruch gem. § 661 a BGB

Dieser Anspruch könnte sich erneut aus § 661 a BGB ergeben.

Hinsichtlich des Charakters der Schreiben vom Juli und August 2001 als Gewinnmitteilungen und ihres Zugangs beim Kl. als Empfänger und Verbraucher i. S. d. § 13 BGB kann auf die obigen Ausführungen unter B. I., III, IV. verwiesen werden.

Fraglich ist allein, ob auch der Bekl. zu 2 als gem. § 661 a BGB für die Einhaltung der Gewinnmitteilung haftender Unternehmer angesehen werden kann. Dieses erscheint problematisch, da der Bekl. zu 2 als Geschäftsführer der Bekl. zu 1, mithin als deren Organ tätig war und nicht ohne weiteres getrennt von der Bekl. zu 1 behandelt werden kann.

1. Keine Einstufung des Bekl. zu 2 als Unternehmer i. S. d. § 14 BGB bzw. als Versender der Gewinnmitteilungen

„Das BerGer. hat zutreffend einen Zahlungsanspruch nach § 661 a BGB verneint. Nach § 661 a BGB hat ein Unternehmer, der Gewinnzusagen oder vergleichbare Mitteilungen an Verbraucher sendet und durch die Gestaltung dieser Zusage den Eindruck erweckt, dass der Verbraucher einen Preis gewonnen hat, dem Verbraucher diesen Preis zu leisten. Diese Anspruchsvoraussetzungen sind in Bezug auf den Bekl. zu 2 nicht gegeben. Zwar handelte es sich bei den Schreiben der Bekl. zu 1 vom Juni 2001 und August 2001 [...] um „Gewinnzusagen oder vergleichbare Mitteilungen“, die einem Verbraucher - hier dem Kl. - übersandt wurden und den Eindruck erweckten, er habe einen Preis gewonnen (vgl. Senat, NJW 2004, 1652 [1653]). Diesbezüglich kann der Bekl. zu 2 aber nicht nach § 661 a BGB in Anspruch genommen werden, weil er weder als „Unternehmer“ noch als Versender der Gewinnmitteilungen anzusehen ist.“

a. Tätigkeit des Bekl. zu 2 als angestellte berufliche Tätigkeit

„Unternehmer“ ist nach § 14 I BGB eine natürliche oder juristische Person oder eine rechtsfähige Personengesellschaft, die bei Abschluss eines Rechtsgeschäfts in Ausübung ihrer gewerblichen oder selbstständigen beruflichen Tätigkeit handelt. Diese Legaldefinition ist im Fall der Gewinnzusage (§ 661 a

BGB), die als einseitiges Rechtsgeschäft oder als geschäftsähnliche Handlung zu qualifizieren ist (vgl. Senat, BGHZ 153, 82 [88] = NJW 2003, 426 m.w.N.), zumindest entsprechend anwendbar (vgl. Palandt/Sprau, BGB, 63. Aufl. [2004], § 661 a Rz. 2; Erman, BGB, 11. Aufl. [2004], § 661 a Rz. 2; zweifelnd Micklitz, in: MünchKomm, 4. Aufl. [2001], § 13 Rz. 47). Der Bekl. zu 2 war danach nicht Unternehmer, weil er - soweit er als Geschäftsführer der Bekl. zu 1 an den vorgenannten Gewinnmitteilungen mitgewirkt hätte - nicht in Ausübung einer eigenen gewerblichen oder selbstständigen beruflichen Tätigkeit gehandelt hätte. Die Geschäftsführung einer GmbH - nichts anderes kann für die nach dem Vorbild des deutschen GmbH-Gesetzes in das französische Recht eingefügte s. a. r. l. gelten (vgl. Becker, Die zivilrechtliche Haftung des Mehrheitsgesellschafters einer GmbH, 2002, S. 41, 62; s. ferner zur Stellung des Geschäftsführers „gérant“ einer s. a. r. l. Sonnenberger, Französisches Handels- und WirtschaftsR, 2. Aufl. [1991], S. 182 f.) - ist keine gewerbliche oder selbstständige, sondern eine angestellte berufliche Tätigkeit (vgl. BGHZ 133, 71 [77 f.]; 144, 370 [380]; Erman, § 14 Rz. 15).“

b. Bekl. zu 1 als alleinige Versenderin der Gewinnmitteilungen

„Der Bekl. zu 2 war auch nicht Versender im Sinne eines nach außen erkennbaren Absenders der Gewinnzusagen (vgl. Palandt/Sprau, § 661 a Rz. 2). Nach den Feststellungen des BerGer. sandte nicht der Bekl. zu 2, sondern die Bekl. zu 1 die Mitteilungen über angeblich gewonnene Preise dem Kl. zu. Der Bekl. zu 2 trat hierbei nicht in Erscheinung. Die mit fiktiven Namen unterschriebenen Mitteilungen verwiesen allein auf die tatsächlich existente - Bekl. zu 1.“

c. Keine erweiternde Auslegung des § 661 a BGB nach Sinn und Zweck der Norm

„Die Revision meint, der Begriff des „Unternehmer(s), der Gewinnzusagen oder vergleichbare Mitteilungen [...] sendet“, sei im Hinblick auf das Ziel des § 661 a BGB, die unlautere Werbung mittels Vortäuschung scheinbarer Gewinne zu unterbinden (vgl. Senat, BGHZ 153, 82 [90 f.] = NJW 2003, 426 m. w. N.), weiter als vorbeschrieben zu fassen. Wirkungsvoll ließen sich unlautere Gewinnspiele nur dann zurückdrängen, wenn der aus § 661 a BGB resultierende Erfüllungsanspruch auch die natürlichen Personen treffe, welche - hinter den Unternehmen stehend - diese Werbung organisierten. Blieben diese Personen unbelangt, werde das gesetzgeberische Ziel verfehlt, weil der Weg zu einer Umgehung des § 661 a BGB vorgezeichnet sei: Es genüge, die juristische Person, welche die Zahlungspflicht aus § 661 a BGB treffe, rechtzeitig zu

liquidieren oder diese mit einer Mindestausstattung zu versehen und eine Insolvenz in Kauf zu nehmen, um sodann das unlautere Verhalten mittels einer anderen oder neu gegründeten Gesellschaft fortzusetzen.

Diese von der Revision angestellten allgemeinen Normzwecküberlegungen, denen kein entsprechender Tatsachenvortrag zu Grunde liegt, rechtfertigen es nicht, § 661 a BGB zu einer Haftungsnorm auszuweiten, die den Durchgriff auf den Geschäftsführer oder Gesellschafter einer die Gewinnzusage erteilenden Gesellschaft mit beschränkter Haftung erlaubt."

2. Zwischenergebnis zu § 661 a BGB

Ein Zahlungsanspruch gem. § 661 a BGB steht dem Kl. gegen den Bekl. zu 2 nicht zu.

II. Keine Haftung des Bekl. zu 2 aufgrund anderer An-

spruchsgrundlagen

"Der Bekl. zu 2 hat dem Kl. schließlich nicht aus Garantievertrag oder deliktis- oder „schadensersatzrechtlich analog der Rechtsprechung zu § 463 S. 1 BGB a. F." für die Erfüllung des Anspruchs aus § 661 a BGB gegen die Bekl. zu 1 einzustehen. Er hat gegenüber dem Kl. von ihm selbst ausgehendes Vertrauen nicht in Anspruch genommen. Im Zusammenhang mit den von Seiten der Bekl. zu 1 versandten Gewinnzusagen ist er, wie bereits erwähnt, nicht in Erscheinung getreten."

D. Gesamtergebnis

Das Gericht wird die Bekl. zu 1 zur Zahlung von 56.242,10 Euro an den Kläger verurteilen, die Klage gegen den Bekl. zu 2 jedoch abweisen.

Standort: § 32 StGB

Problem: Erforderlichkeit und Gebotenheit

BGH, URTEIL VOM 30.06.2004

2 STR 82/04 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Der Angeklagte, ein Polizist, hatte mit seiner Dienstwaffe auf das Opfer geschossen, weil es ihn mit Pflastersteinen bewarf und es so unglücklich getroffen, dass es verblutete. Das Landgericht hatte den Angeklagten als durch Notwehr gerechtfertigt angesehen und freigesprochen. Der BGH bestätigte diese Entscheidung.

Prüfungsrelevanz:

Die Rechtfertigungsgründe stellen einen beliebten Gegenstand von Examensaufgaben dar, nicht nur wegen der überaus kontrovers diskutierten Irrtumsprobleme, sondern auch weil sie selbst ohne Irrtum des Täters zahlreiche Probleme beinhalten, deren Kenntnis als Standardwissen vorausgesetzt wird.

Zentraler Punkt des vorliegenden Falles ist die Prüfung der Erforderlichkeit und Gebotenheit einer Notwehrhandlung.

Erforderlich ist eine Notwehrhandlung nach ganz herrschender Meinung dann, wenn sie geeignet ist, den die Notwehrlage begründenden Angriff möglichst sicher und endgültig abzuwehren und das relativ mildeste Mittel ist, es also kein gleich geeignetes, milderer Mittel gibt (BGH, NStZ 1987, 322; 2000, 365; Schönke/Schröder-Lenckner/Perron, § 32 Rn. 34). Der BGH betont allerdings im vorliegenden Fall, dass der Angegriffene bei mehreren Abwehrmöglichkeiten auf die für den Angreifer weniger einschneidende nur dann verwiesen werden kann, wenn ihm insb. ausreichend Zeit zur Auswahl sowie zur Abschätzung der Gefähr-

lichkeit zur Verfügung steht (was bei dem für § 32 StGB erforderlichen gegenwärtigen Angriff in der Regel eher nicht der Fall sein dürfte).

Unter dem Punkt "Gebotenheit", der gem. § 32 I StGB Voraussetzung für eine Notwehr ist, werden allerdings keine Rechtsgüter gegeneinander abgewogen. Die Gebotenheit der Notwehr ergibt sich in der Regel aus dem Vorliegen der übrigen Voraussetzungen des § 32 StGB; sie entfällt jedoch in Fällen, in denen sozialethische oder andere übergeordnete rechtliche Erwägungen dazu führen, dass das Notwehrrecht des Angegriffenen zu beschränken ist (teilweise wird dies auch als Teil der Erforderlichkeit angesehen, vgl. Schönke/Schröder-Lenckner/Perron, § 32 Rn. 44). Anerkannte Fallgruppen, in denen die Gebotenheit entfallen kann, sind z.B. Angriffe erkennbar Schuldloser, unerträgliches Missverhältnis zwischen angegriffenem und beeinträchtigtem Rechtsgut und vorwerfbare Verursachung der Notwehrlage durch den Angegriffenen (vgl. den Überblick bei Tröndle/Fischer, § 32 Rn. 18 ff.).

Unter dem Punkt "Gebotenheit" wird i.R.v. § 32 StGB auch diskutiert, ob sich Polizeibeamte bei dienstlichen Handlungen auf § 32 StGB berufen können, wenn eine entsprechende Handlung im Rahmen des landesrechtlichen Gefahrenabwehrrechts eigentlich nicht erlaubt ist. In vielen Landespolizeigesetzen ist es nämlich so, dass zwar die §§ 32, 34 StGB ausdrücklich für anwendbar erklärt werden, dann jedoch insb. an den Schusswaffeneinsatz engere Voraussetzungen gestellt werden als bei den strafrechtlichen Erlaubnissätzen. So bleiben z.B. gem. § 57 II PolG NW (ebenso z.B. § 57 IV POG RP) die Vorschriften über Notwehr und Notstand unberührt, gem. § 64 I Nr. 1 PolG NW ist jedoch

der Schusswaffeneinsatz gegen Personen nur zulässig, um eine gegenwärtige Gefahr für Leib oder Leben abzuwehren, wogegen § 32 StGB auch einen Schusswaffeneinsatz zur Abwehr einer Gefahr für das Eigentum rechtfertigen kann. In diesem Spannungsfeld von Straf- und Polizeirecht wird das Verhältnis der entsprechenden Normen kontrovers diskutiert (vgl. die Darstellung bei Schönke/Schröder-Lenckner/Perron, § 32 Rn. 42 b).

Während eine Meinung den polizeirechtlichen Vorschriften eine speziellere Stellung zubilligt und den Beamten somit einen Rückgriff auf §§ 32, 34 StGB verweigert (SK-Günther, § 32 Rn. 16 mwN), geht eine andere Auffassung davon aus, dass sich die Notrechtsvorbehalte nur auf Fälle der Notwehr beziehen und in den Fällen der Nothilfe der Beamte auf die geringeren polizeirechtlichen Eingriffsbefugnisse beschränkt ist (LK-Hirsch, § 34 Rn. 6 ff.; Maurach/Zipf, AT 1, § 25 Rn. 34). Vereinzelt wird auch eine "gespaltene" Lösung vertreten, nach der der Notwehrvorbehalt die Strafbarkeit des Beamten stets ausschließt und die (engeren) polizeirechtlichen Vorschriften nur die öffentlich-rechtliche Zulässigkeit der Maßnahme regeln (Kirchhof, NJW 1978, 969). Die wohl herrschende Meinung geht davon aus, dass die strafrechtlichen Erlaubnissätze, deren Anwendbarkeit im Polizeirecht über die entsprechenden Vorbehaltsnormen klar gestellt sei, nicht nur den Beamten rechtfertigen, sondern auch eine Ermächtigungsgrundlage für hoheitliches Handeln darstellen (LK-Spendel, § 32 Rn. 275 ff.; Schönke/Schröder-Lenckner/Perron, § 32 Rn. 42 b mwN).

Dieses Problem stellt sich im vorliegenden Fall allerdings nicht. Der vom BGH entschiedene Fall spielt in Thüringen und gem. § 58 II PAG Thüringen bleiben die zivil- und strafrechtlichen Wirkungen nach den Bestimmungen über Notwehr und Notstand unberührt. Gem. §§ 64 II, 65 I Nr. 1 PAG Thüringen ist der Schusswaffeneinsatz gegen Personen zulässig, um eine gegenwärtige Gefahr für Leib oder Leben abzuwehren. Da eine solche im vorliegenden Fall bestand, war die Handlung des Angeklagten grundsätzlich sowohl nach straf- als auch polizeirechtlichen Grundsätzen zulässig.

Vertiefungshinweise:

Zur Erforderlichkeit und Gebotenheit der Notwehr: *BGHSt* 27, 336; *NstZ* 2000, 365; *BayObLG*, *NstZ* 1988, 408; *Himmelreich*, *GA* 1966, 129; *Kühl*, *Jura* 1990, 244; 1991, 57, 175; *Pelz*, *NstZ* 1995, 305; *Schröder*, *JuS* 2000, 235; *Warda*, *Jura* 1990, 344, 393;

Zum Schusswaffeneinsatz i.R.v. § 32 StGB (insb. durch Polizisten): *BGH*, *NstZ* 1996, 29; 1998, 508; *StV* 1999, 143; *Maatz*, *MDR* 1985, 881; *Rogall*, *JuS*

1992, 551; *Seebode*, *StV* 1991, 80

Zur Notwehr durch Polizeibeamte: *BGH*, *NJW* 1958, 1405; *BayObLG*, *MDR* 1991, 367; *Kunz*, *ZStW* 95, 973; *Rogall*, *Jura* 1992, 551; *Schmidhäuser*, *JZ* 1991, 937; *Seelmann*, *ZStW* 89, 36; *Spendel*, *JR* 1991, 250

Kursprogramm:

Examenskurs: "Autofahrerfall"

Leitsätze (der Redaktion):

1. Nach allgemeinen notwehrrechtlichen Grundsätzen ist der Angegriffene berechtigt, dasjenige Abwehrmittel zu wählen, das eine sofortige und endgültige Beseitigung der Gefahr gewährleistet; unter mehreren Abwehrmöglichkeiten ist er auf die für den Angreifer minder einschneidende nur dann verwiesen, wenn ihm Zeit zur Auswahl sowie zur Abschätzung der Gefährlichkeit zur Verfügung steht und die für den Angreifer weniger gefährliche Abwehr geeignet ist, die Gefahr zweifelsfrei und sofort endgültig auszuräumen.

2. Das Gesetz verlangt von einem rechtswidrig Angegriffenen nur dann, dass er die Flucht ergreift oder auf andere Weise dem Angriff ausweicht, wenn besondere Umstände sein Notwehrrecht einschränken, beispielsweise wenn er selbst den Angriff leichtfertig oder vorsätzlich provoziert hat. Etwas anderes gilt auch nicht für Polizeibeamte.

Sachverhalt:

B hielt sich am Abend des 27. Juli 2002 im Klubhaus in N. auf. Im Verlauf des Abends nahm er Alkohol und Kokain zu sich, wobei ihm der Alkoholkonsum äußerlich so gut wie nicht anzumerken war. B verließ das Klubhaus am frühen Morgen des 28. Juli 2002 gemeinsam mit M. An der Ecke "T-Straße/A" warfen sie Geld in einen Zigarettenautomaten, der jedoch keine Zigaretten ausgab. Verärgert schlugen beide jeweils mit einer lose herumliegenden Gehwegplatte auf den Automaten ein. Wegen des dadurch entstandenen Lärms riefen unabhängig voneinander zwei Zeugen um 4.27 Uhr bei der Polizei an und meldeten, dass Personen dabei seien, einen Automaten aufzubrechen. A, der Polizeiobermeister bei der Polizeiinspektion N. ist, und die Polizeiobermeisterin L wurden daraufhin mit ihrem Streifenwagen zum Tatort geschickt. B und M versuchten, sich hinter einem Bierwagen zu verstecken. A und L näherten sich dem Bierwagen von der anderen Seite, wobei L laut rief "Halt, stehenbleiben, Polizei!".

Während M hinter dem Bierwagen von L festgenommen wurde, entwand sich B dem Griff des A und

schlug in Kopfhöhe auf ihn ein. A wich wegen der Schläge etwas zurück und forderte B auf, sich hinzulegen. B lief indes über eine Terrasse zwischen Tischen und Stühlen [...] davon, wobei er an einem der angeketteten Stühle zerrte. Der Angeklagte glaubte, B wolle mit dem Stuhl gegen ihn vorgehen und zog sein Pfefferspray aus dem Koppel. B fragte, "Willst Du mich erschießen?" Wegen des Abstandes und der Bewegung, in der sich beide befanden, hatte das eingesetzte Pfefferspray keine nennenswerte Wirkung.

Am Ende der Terrasse lagerte eine Palette Pflastersteine, links daneben lag ein ungeordneter Haufen dieser Pflastersteine mit einem Gewicht von jeweils etwa 3 Kilogramm. B nahm [...] einen dieser Steine auf und warf ihn in Richtung des Kopfes des Angeklagten, der ihm in einer Entfernung von drei bis vier Metern gegenüberstand. Aufgrund dieses Wurfes zog A seine Dienstwaffe und führte sie nach oben, um einen Warnschuss abzugeben. B warf in diesem Augenblick mit großer Wucht einen zweiten Stein nach A, der seinen Kopf nur knapp verfehlte, und drehte sich erneut nach hinten, um einen dritten Stein aufzuheben. A erkannte, dass ihm durch die Würfe eine erhebliche Gefahr drohte, zog die Waffe nach unten, um B in die Beine zu schießen und betätigte den Abzug der [...] Waffe. Der Schuss traf den sich gerade bückenden B 81 cm über dem Boden in den Rücken und eröffnete die Aorta vollständig, so dass B innerhalb kurzer Zeit verblutete. Strafbarkeit des A?

Lösung:

A. Strafbarkeit des A gem. §§ 223 I, 224 I Nr. 2, 3, 5 StGB durch den Schuss auf B

A könnte sich dadurch, dass er auf den B schoss, wegen gefährlicher Körperverletzung gem. §§ 223 I, 224 I Nr. 2, 3, 5 StGB strafbar gemacht haben.

[Anm.: Da ein Tötungsvorsatz des A aufgrund des Sachverhalts eher fern liegt, erscheint eine Prüfung der §§ 211, 212 StGB überflüssig. Lediglich eine fahrlässige Tötung (§ 222 StGB) zu prüfen ist jedoch nicht ausreichend, da es durchaus denkbar ist, dass eine Strafbarkeit des A wegen eines vorsätzlichen Körperverletzungsdelikts gegeben ist. In diesem Falle würde aber die fahrlässige Tötung des Opfers durch die (vorsätzliche) Körperverletzung nicht lediglich § 222 StGB, sondern den spezielleren § 227 StGB erfüllen. Da jedoch bereits in Rahmen des Grunddelikts insb. das Problem der Rechtfertigung des A angesprochen werden kann, erscheint es ratsam, zunächst das Grunddelikt zu prüfen und nicht mit der Erfolgsqualifikation des § 227 StGB zu beginnen.]

I. Tatbestand

1. Grunddelikt: § 223 I StGB

A müsste zunächst den Tatbestand des Grunddelikts (§ 223 I StGB) erfüllt haben. Dazu müsste A den B körperliche misshandelt oder an der Gesundheit geschädigt haben.

Körperliche Misshandlung ist jede üble, unangenehme Behandlung, die das körperliche Wohlbefinden oder die körperliche Integrität des Opfers nicht nur unwesentlich beeinträchtigt (BGH, NJW 1995, 2643); Gesundheitsschädigung ist das Hervorrufen oder Steigern eines pathologischen Zustands (OLG Düsseldorf, MedR 1984, 29). Durch den Schuss, also eine üble, unangemessene Behandlung, hat A die körperliche Integrität und das Wohlbefinden des B erheblich beeinträchtigt. Auch stellt die Schussverletzung einen pathologischen Zustand dar, den A bei B herbeigeführt hat. A hat B also körperlich misshandelt und an der Gesundheit geschädigt. A handelte auch vorsätzlich insofern, so dass A den Tatbestand des § 223 I StGB erfüllt hat.

2. Qualifikation: § 224 I StGB

A könnte auch qualifizierende Elemente des § 224 I StGB verwirklicht haben.

a. § 224 I Nr. 2 StGB

A könnte mit seiner Dienstpistole eine Waffe i.S.v. § 224 I Nr. 2 StGB verwendet haben.

Waffe im Sinne dieser Vorschrift ist jeder Gegenstand, der dazu bestimmt ist, erhebliche Verletzungen bei Menschen zu verursachen (Lackner/Kühl, § 224 Rn. 2; Tröndle/Fischer, § 224 Rn. 9 c mwN). Diese Voraussetzungen sind bei einer Pistole gegeben. A hat mit der Pistole geschossen, sie also bestimmungsgemäß eingesetzt und somit auch i.S.v. § 224 I Nr. 2 StGB verwendet.

b. § 224 I Nr. 3 StGB

Die Tatsache, dass A auf B schoss, während dieser ihm den Rücken zudrehte und sich nach einem Stein bückte, könnte einen hinterlistigen Überfall i.S.v. § 224 I Nr. 3 StGB darstellen.

Hinterlistig ist ein Überfall nur dann, wenn der Täter planmäßig zur Verdeckung seiner wahren Absichten vorgeht (Tröndle/Fischer, § 224 Rn. 10; Schönke/Schröder-Stree, § 224 Rn. 10 mwN). Aufgrund der vorgehenden Auseinandersetzung zwischen A und B, in deren Verlauf A insb. auch bereits ein Pfefferspray gegen B eingesetzt hatte, kann nicht davon gesprochen werden, dass A zur Verdeckung seiner wahren (Verletzungs-) Absichten vorgegangen sei. Ein hinterlistiger Überfall lag somit nicht vor.

c. § 224 I Nr. 5 StGB

Der Schuss könnte auch eine das Leben gefährdende Behandlung i.S.v. § 224 I Nr. 5 StGB darstellen.

Im Rahmen von § 224 I Nr. 5 StGB ist streitig, ob die Tathandlung nur abstrakt geeignet sein muss, das Leben des Opfer zu gefährden (so BGHSt 2, 163; NStZ-RR 1997, 67; Geerds, Jura 1988, 46) oder ob der Eintritt einer konkreten Lebensgefahr erforderlich ist (so Schröder, JZ 1967, 522; Stree, Jura 1980, 291). Dies kann jedoch im vorliegenden Fall dahinstehen, da B an dem Schuss gestorben ist, die Behandlung des B durch A also auch zu einer konkreten Lebensgefahr geführt hat. Eine lebensgefährdende Behandlung i.S.v. § 224 I Nr. 5 StGB iust somit nach allen Auffassungen gegeben.

d. Vorsatz

A hatte auch Vorsatz bzgl. der Verwendung einer Waffe und einer lebensgefährdenden Behandlung. A hat den Tatbestand der §§ 223 I, 224 I Nr. 2, 5 StGB erfüllt.

II. Rechtswidrigkeit

Das Verhalten des A müsste auch rechtswidrig gewesen sein.

Der Schuss des A auf B könnte jedoch durch Notwehr (§ 32 StGB) gerechtfertigt sein.

1. Notwehrlage

Dann müsste zunächst eine Notwehrlage bestehen, also ein gegenwärtiger, rechtswidriger Angriff (vgl. § 32 II StGB).

a. Angriff

Zunächst müsste ein Angriff vorgelegen haben.

Angriff ist jede Bedrohung rechtlich geschützter Interessen durch menschliches Verhalten (Joecks, § 32 Rn. 6; Wessels/Beulke, AT, Rn. 326). Dadurch, dass B mit Steinen nach A warf, bedrohte er die körperliche Unversehrtheit und das Leben des A. Ein Angriff des B auf A ist somit gegeben.

b. Gegenwärtigkeit des Angriffs

Dieser Angriff müsste auch gegenwärtig gewesen sein. Gegenwärtig ist der Angriff, wenn er unmittelbar bevorsteht, gerade stattfindet oder noch andauert (BGH, NJW 1973, 255; Wessels/Beulke, AT, Rn. 326).

Nachdem B bereits zwei schwere Steine nach A geworfen hatte, bückte er sich im Zeitpunkt der Abgabe des Schusses durch A gerade, um einen dritten Stein aufzuheben und diesen auf A zu werfen. Ein weiterer Angriff auf Leib und Leben des A stand also unmittelbar bevor, sodass der Angriff des B auch gegenwärtig war.

c. Rechtswidrigkeit des Angriffs

Der Angriff des B müsste auch rechtswidrig gewesen sein.

Rechtswidrig ist der Angriff, wenn er im Widerspruch zu Rechtsordnung steht; hieran fehlt es, wenn der Angreifer seinerseits gerechtfertigt ist (BGH, NJW 2003, 1955; Tröndle/Fischer, § 32 Rn. 11 mwN).

Dem B stand kein Erlaubnissatz zur Seite, so dass er rechtswidrig gehandelt hat und sein Angriff somit im Widerspruch zur Rechtsordnung stand und deshalb auch rechtswidrig war.

Eine Notwehrlage war somit gegeben.

2. Notwehrhandlung

Der Schuss ins Bein des B müsste auch als Verteidigungshandlung von § 32 StGB gedeckt sein.

a. Erforderlichkeit

Zunächst müsste der Schuss erforderlich gewesen sein (vgl. § 32 II StGB).

Erforderlich ist eine Verteidigungshandlung dann, wenn sie zur Abwehr des Angriffs geeignet ist und unter mehreren gleich geeigneten Mitteln das mildeste darstellt (BGH, NStZ 2000, 365; Lackner/Kühl, § 32 Rn. 9 mwN).

Dass der Schuss ins Bein des B geeignet war, dessen Angriff zu beenden, zeigt sich insb. darin, dass er diese Wirkung auch tatsächlich gehabt hat.

Fraglich könnte jedoch sein, ob der Schuss auch das relativ mildeste Mittel war oder ob dem A ein gleich geeignetes aber weniger einschneidendes Mittel zur Verfügung gestanden hätte. Hier geht die herrschende Meinung, insb. die Rechtsprechung, davon aus, dass der Einsatz einer Schusswaffe als Notwehrhandlung grundsätzlich vorher durch einen Warnschuss anzukündigen ist, da dieser ein gleich geeignetes, aber natürlich milderer Mittel zur Abwendung des Angriffs darstellt als ein gezielter Schuss (BGHSt 26, 256; NStZ-RR 99, 40; Tröndle/Fischer, § 32 Rn. 16 d mwN). Hierbei erkennt jedoch auch der BGH an, dass es Konstellationen gibt, in denen ein Warnschuss entbehrlich sein kann, insb. dann, wenn der Angegriffene nach Abgabe des Warnschusses nicht mehr die Möglichkeit hätte, noch einen gezielten Schuss abzugeben (vgl. BGH, NStZ 1994, 581; 2002, 140).

Zum vorliegenden Fall führt der BGH aus: "Nicht zu beanstanden ist auch die Wertung des Tatrichters, dem Angeklagten habe im Moment des rechtswidrigen Angriffs kein erfolversprechendes milderer Mittel zur Abwehr der Gefahr zur Verfügung gestanden. Angesichts der lebensgefährlichen Steinwürfe brauchte sich der Angeklagte auf das Risiko eines Warnschusses oder einfachen körperlichen Zwangs nicht einzulassen.

Er durfte sich vielmehr so wehren, dass die Gefahr sofort und endgültig gebannt war und zu diesem Zweck auch die Schusswaffe einsetzen, wenn auch nur in einer Art und Weise, die Intensität und Gefährlichkeit des Angriffs nicht unnötig überbot (vgl. BGHSt 27, 336, 337; BGH NJW 1980, 2263; NStZ 1981, 138; StV 1999, 143). Nach allgemeinen notwehrrechtlichen Grundsätzen ist der Angegriffene berechtigt, dasjenige Abwehrmittel zu wählen, das eine sofortige und endgültige Beseitigung der Gefahr gewährleistet; unter mehreren Abwehrmöglichkeiten ist er auf die für den Angreifer minder einschneidende nur dann verwiesen, wenn ihm Zeit zur Auswahl sowie zur Abschätzung der Gefährlichkeit zur Verfügung steht und die für den Angreifer weniger gefährliche Abwehr geeignet ist, die Gefahr zweifelsfrei und sofort endgültig auszuräumen (st. Rspr., vgl. BGHR StGB § 32 Abs. 2 Erforderlichkeit 5; BGH NStZ 1982, 285; 1983, 117; 1994, 581, 582; 2001, 591, 592; 2002, 140; StV 1999, 145, 146). Diese Voraussetzungen hat das Landgericht hier mit fehlerfreier Begründung verneint. Soweit die Staatsanwaltschaft in ihrer Revisionsbegründung bemängelt, der Tatrichter habe sich insoweit nur auf Vermutungen gestützt, zeigt auch sie keine Tatsachen auf, die belegen, dass ein Warnschuss und ein Zurückweichen des Angeklagten um einige Schritte den Angriff beendet hätten.“

Der Schuss war somit erforderlich.

b. Gebotenheit

Der Schuss müsste jedoch auch zur Abwehr des Angriffs geboten gewesen sein (vgl. § 32 I StGB).

Während bei § 32 StGB - anders als z.B. bei § 34 StGB - eine Abwägung von geschütztem und beeinträchtigtem Rechtsgut nicht stattfindet, so ist die Verteidigungshandlung jedoch dann nicht geboten, wenn die Verteidigung sich als rechtsmissbräuchlich erweisen würde (Geilen, Jura 1981, 370; NK-Herzog, § 32 Rn. 86 mwN).

Hierzu der BGH: “Dem Angeklagten konnte auch nicht angesonnen werden, vor dem Angriff des B zurückzuweichen. Das Gesetz verlangt von einem rechtswidrig Angegriffenen nur dann, dass er die Flucht ergreift oder auf andere Weise dem Angriff ausweicht, wenn besondere Umstände sein Notwehrrecht einschränken (vgl. BGH NJW 1980, 2263), beispielsweise wenn er selbst den Angriff leichtfertig oder vorsätzlich provoziert hat. Etwas anderes gilt auch nicht für Polizeibeamte (vgl. BayObLG MDR 1991, 367). Die hier einschlägigen Bestimmungen des thüringischen

Polizeiaufgabengesetzes schränken das individuelle Notwehrrecht nicht ein (§ 58 Abs. 2 PAG). Im Falle eines gegenwärtigen rechtswidrigen Angriffs auf Leib und Leben eines Polizeibeamten hängt die Frage, inwieweit dieser sich verteidigen darf, insbesondere nicht davon ab, welches Rechtsgut zuvor von dem Angreifer verletzt worden ist. Das zulässige Maß der erforderlichen Verteidigung im Sinne des § 32 Abs. 2 StGB wird auch hier durch die konkreten Umstände des Angriffs bestimmt, insbesondere durch die Stärke und Gefährlichkeit des Angreifers und durch die dem Angegriffenen zur Verfügung stehenden Abwehrmittel. Das Notwehrrecht einschränkende besondere Umstände lagen hier nicht vor. Der Angeklagte durfte deshalb einen Schuss auf die Beine des sich nach einem weiteren Pflasterstein bückenden Angreifers richten, um diesen kampfunfähig zu machen. Die durch das Verreißen der Waffe bewirkte, an sich geringfügige Abweichung des Schusses vom gewollten Ziel, welche durch die Bewegung des Geschädigten zu einer tödlichen Verletzung geführt hat, verwirklicht das mit der Notwehrhandlung verbundene typische Risiko und ist daher von der Rechtfertigung umfasst.“

Der Schuss war als Verteidigungshandlung somit auch geboten.

3. Verteidigungswille

Das subjektive Rechtfertigungselement des § 32 StGB, der sog. Verteidigungswille, setzt nach herrschender Meinung lediglich die Kenntnis der Notwehrlage voraus, ein gezieltes Handeln zur Verteidigung ist nicht erforderlich (Schönke/Schröder-Lenckner/Perron, § 32 Rn. 63). Allenfalls wenn der Täter ausschließlich oder überwiegend aus anderen Motiven gehandelt hat, kann die Rechtfertigung entfallen (vgl. BGH, StV 1983, 456; 1996, 146).

Hier wusste A um das Vorliegen der Notwehrlage und handelte auch, um sich gegen den Angriff des B zu verteidigen, so dass der Verteidigungswille gegeben ist. A war somit aus § 32 StGB gerechtfertigt.

III. Ergebnis

A ist nicht strafbar gem. §§ 223 I, 224 I StGB.

B. Strafbarkeit des A im Übrigen

Eine Strafbarkeit des A wegen sonstiger in Betracht kommender Delikte, insb. § 227 I StGB, § 222 StGB und § 240 StGB, scheidet aus demselben Grunde aus. A ist nicht strafbar.

*Literaturauswertung**Öffentliches Recht*

Autor/Titel:	Lechleitner, Marc: "Die Erforderlichkeitsklausel des Art. 72 II GG"
Fundstelle:	Jura 2004, 746 (Heft 11)
Inhalt:	Die aktuellen Entscheidungen des BVerfG zur Juniorprofessur und zum Ladenschluss, über welche die RA bereits ausführlich berichtet hat (RA 2004, 489 bzw. RA 2004, 404), haben Art. 72 II GG ins Blickfeld der Praktiker und Theoretiker gleichermaßen gerückt. Dieser Beitrag behandelt die Vorschrift umfassend und auf hohem Niveau anhand kleinerer Beispielfälle.

Autor/Titel:	Leifer, Christoph: "Die Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs als Problem des Klausuraufbaus"
Fundstelle:	JuS 2004, 956 (Heft 11)
Inhalt:	Der Autor geht der vermehrt streitig diskutierten Frage nach, ob die Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs nun in der Zulässigkeit der Klage oder wegen §§ 173 VwGO i.V.m. 17a GVG als eigener Prüfungspunkt vor derselben zu erörtern sind. Der Autor schließt sich mit guten Gründen der h.M. an, die nach wie vor eine Prüfung in der Zulässigkeit präferiert.

Autor/Titel:	Seibel, Mark: "Die Bedeutung allgemeiner Verwaltungsvorschriften für die gerichtliche Beurteilung unbestimmter Rechtsbegriffe"
Fundstelle:	BauR 2004, 1245 (Heft 8)
Inhalt:	In allen rechtlichen Bereichen, besonders aber im Baurecht, werden unbestimmte Rechtsbegriffe durch Verwaltungsvorschriften für den täglichen Gebrauch konkretisiert. Namhafte Beispiele sind die Technischen Anleitungen (TAen). Der Autor erläutert anhand der "TA Luft" die immer noch höchst kontrovers diskutierte Frage, ob und in welchem Umfang diese als reines Innenrecht der Verwaltung gedachten Vorschriften Bindungswirkung gegenüber der Judikative entfalten können.

Zivilrecht

Autor/Titel:	Althammer, Christoph / Löhnig, Martin: "Billige Kostentragung bei Erledigung der Hauptsache nach Aufrechnung durch den Beklagten"
Fundstelle:	NJW 2004, 3077 (Heft 43)
Inhalt:	Der für den Eintritt der Erledigung des Rechtsstreites maßgebliche Zeitpunkt, der etwa für die Erfolgsaussichten einer auf Feststellung der Erledigung umgestellten Klage (Konstellation der einseitigen Erledigungserklärung) von maßgeblicher Bedeutung ist, bereitet Probleme, wenn der Bekl. eine bereits vor Rechtshängigkeit bestehende Aufrechnungslage erst nach Klagezustellung zum Anlass nimmt, die Aufrechnung zu erklären. Einerseits könnte wegen der Rückwirkungsfiktion des § 389 BGB das erstmalige Bestehen der Aufrechnungslage als maßgeblich erachtet werden, der BGH stellt dagegen auf den Zeitpunkt der Aufrechnungserklärung als das die Wirkungen des § 389 BGB herbeiführende tatsächliche Ereignis ab. Die Autoren stellen diese Rechtsprechung insbesondere unter dem Gesichtspunkt einer der Billigkeit entsprechenden Kostenverteilung in Frage.

Autor/Titel:	Tommaso, Michael / Weinbrenner, Christoph: "Bereicherungsrechtliche Mehrpersonenverhältnisse nach § 822 BGB"
Fundstelle:	Jura 2004, 649 (Heft 10)
Inhalt:	§ 822 BGB stellt eine ausdrückliche Regelung bereicherungsrechtlicher Rückabwicklung im Dreipersonenverhältnis dar, tritt aber häufig gegenüber den Anwendungsfällen des § 816 BGB in den Hintergrund. Die Autoren stellen die Bedeutung des § 822 BGB unter Bezugnahme auf die aktuelle höchstgerichtliche Rechtsprechung heraus und bieten hier eine gute Gelegenheit, die eigenen Kenntnisse in diesem äußerst examensrelevanten Bereich weiter zu vertiefen.

Autor/Titel:	Kock, Martin / Lüers, Dennis: "Das neue Kündigungsschutzgesetz"
Fundstelle:	JA 2004, 674 (Heft 8/9)
Inhalt:	Die bereits zum 01.01.2004 durch das "Gesetz zu Reformen am Arbeitsmarkt" in Kraft getretenen Änderungen des KSchG sind für Wahlfachler natürlich längst unverzichtbarer Inhalt der Examensvorbereitung, sollten aber auch im Rahmen der sogenannten Grundzüge des Arbeitsrechts, die zum zivilrechtlichen Pflichtstoff gehören, zwischenzeitlich Einzug gehalten haben. Der vorliegende Aufsatz liefert noch einmal einen Überblick, der infolge seines relativ überschaubaren Umfangs auch Nichtwahlfachlern zu empfehlen ist.

Strafrecht

Autor/Titel:	Fischer, Thomas: "Ersatzhehlerei als Beruf und rechtsstaatliche Verteidigung"
Fundstelle:	NStZ 2004, 473 (Heft 9)
Inhalt:	Die Entscheidung des BVerfG zur Strafbarkeit von Verteidigern durch Annahme von Honorar, das aus der Tatbeute stammt (NJW 2004, 1305 (= RA 2004, 391) hat - vor allem in den Kreisen der Strafverteidiger - deutliche Reaktionen sowohl des Widerspruchs als auch der Akzeptanz gefunden. In diesem Aufsatz beschäftigt sich der Verfasser mit der der BVerfG-Entscheidung zugrunde liegenden Problematik, stellt die verschiedenen Lösungsansätze der Literatur dar, stellt die vom BVerfG offen gelassenen Punkte dar und bedenkt mögliche Konsequenzen dieser Rechtsprechung.

Autor/Titel:	Soyka, Martin: "Das moderne Lastschriftsystem: Eine Einladung zum straflosen Betrug"
Fundstelle:	NStZ 2004, 538 (Heft 10)
Inhalt:	Kaum eine Konstellation ist im Strafrecht bei Examenskandidaten gefürchteter als Vermögensdelikte (insb. §§ 263, 263a, 266, 266 b StGB) im Zusammenhang mit Kreditinstituten. Der Verfasser bemüht sich, zunächst die zivilrechtlichen Grundlagen der verschiedenen Arten der Lastschriftverfahren darzustellen und dann die strafrechtlichen Konsequenzen der verschiedenen Varianten bei unterschiedlichen Fallkonstellationen darzustellen.

Autor/Titel:	Hecker, Bernd: "Herstellung, Verkauf, Erwerb und Verwendung manipulierter Telefonkarten"
Fundstelle:	JA 2004, 762 (Heft 10)
Inhalt:	Der Verfasser begutachtet die Strafbarkeit der vor allem in der Praxis aber auch in Examensaufgaben immer wichtiger werdenden Konstellationen im Zusammenhang mit manipulierten Telefonkarten unter den verschiedenen in Betracht kommenden strafrechtlichen Konstellationen, insb. bzgl. Urkunds- und Vermögensdelikten in Form eines einer Klausur entsprechenden Gutachtens, was vor allem Examenskandidaten den Aufsatz nachvollziehbar machen dürfte.