Öffentliches Recht

Standort: VerwR BT Problem: Sondernutzungserlaubnis für Wahlplakate

VG GIEßEN, BESCHLUSS VOM 27.02.2001
8 G 335/01 (NVwZ-RR 2001, 418)

Problemdarstellung:

Das VG Gießen spricht im vorliegenden, im Eilverfahren nach § 123 I VwGO ergangenen Beschluss einer politischen Partei einen Anspruch gegen die Gemeinde auf Zuweisung ausreichender Flächen für die Anbringung von Wahlwerbung zu. Den entsprechenden Anspruch leitet es aus § 16 HessStrG ab; Wahlwerbung durch das Plakatieren von Lichtmasten, Schildern u.ä. sei straßenrechtlich als Sondernutzung einzustufen. Der danach bestehende Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung über die Erteilung einer entsprechenden Sondernutzungserlaubnis reduziere sich in Wahlkampfzeiten jedoch auf einen Vornahmeanspruch. Dessen Umfang sei nach der sogen. "abgestuften Chancengleichheit" i.S.d. § 5 I PartG zu bestimmen. Eine Selbstbindung anderer Parteien durch kollektiven Verzicht auf das Plakatieren von Masten, Schildern u.ä. könne hieran nichts ändern, da eine solche Vereinbarung allenfalls die Unterzeichner binden, nicht aber zu Lasten Dritter wirken könne.

Abschließend macht das Gericht Ausführungen zur Zulässigkeit der Vorwegnahme der Hauptsache im Rahmen des § 123 I VwGO, welche es mit Blick auf Art. 19 IV GG grds. für möglich hält, jedoch strengen Voraussetzungen unterwirft.

Prüfungsrelevanz:

Die Erteilung einer straßenrechtlichen Sondernutzungserlaubnis steht nach den Straßen- und Wegegesetzen der Länder grds. im Ermessen der Behörde. Wird im Wege der Verpflichtungsklage gleichwohl der Erlass einer Sondernutzungserlaubnis begehrt, kann wegen fehlender Spruchreife (§ 113 V VwGO) allenfalls ein sogen. "Bescheidungsurteil" ergehen, mit dem die Behörde zur Neubescheidung des Kl. verpflichtet wird, wenn sie seinen Antrag ermessensfehlerhaft abgelehnt hat. Ein "Vornahmeurteil" kommt nur bei Ermessensreduzierung auf Erteilung in Betracht, weil dann mangels verbleibenden Ermessensspielraums das Gericht auch bei Verpflichtung der Behörde nicht unzulässigerweise (vgl. § 114 VwGO) in selbigen eingreift, die Sache also spruchreif i.S.d. § 113 V VwGO ist. Der Examenskandidat sollte sich für den vorliegenden Fall einprägen, dass zugunsten politischer Parteien wegen Art. 28, 21 GG jedenfalls in der "heißen" Wahlkampfphase eine solche Ermessensreduzierung bzgl. der Gestattung von Wahlwerbung zu bejahen ist. Grenze des Anspruchs sind (nur) sicherheits- und ordnungsrechtliche Aspekte (z.B. darf das Plakatieren von Masten usw. die Sicherheit des Verkehrs nicht gefährden) und die abgestufte Chancengleichheit aus § 5 I PartG.

Im vorläufigen Rechtsschutz wäre, wenn in der Hauptsache lediglich ein Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung besteht, diese wegen der Eile jedoch nicht mehr rechtzeitig durchgeführt werden kann, die Frage zu klären, ob das Gericht nicht nur die Hauptsache vorwegnehmen, sondern sogar mehr als in der Hauptsache (nämlich Vornahme) zusprechen kann. Unter Hinweis auf Art. 19 IV GG wird selbst dies im Einzelfall für zulässig gehalten, wenn der ASt. ansonsten rechtsschutzlos gestellt würde (sehr str.; bejahend Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, § 123 Rz. 158; Günther, NVwZ 1986, 697, 702; a.A. die wohl h.M., vgl. BVerwGE 63, 110, 112; OVG Münster, NWVBl 1995, 140, 141; VGH München, NVwZ-RR 1991, 441, 442).

Vertiefungshinweise:

❛ Zur Zulässigkeit von Wahlwerbung: *BVerwGE* 47, 280; *VGH Mannheim*, VBlBW 1987, 310; *VG Gelsenkirchen*, NWVBl 1999, 106, 107; vgl. auch *BVerfG*, RA 2001, 428 zum Konflikt von Wahlwerbung und postmortalem Persönlichkeitsrecht

❛ Zur Vorwegnahme der Hauptsache bei § 123 I VwGO: *BVerwGE* 63, 111; *VGH München*, NVwZ-RR 1993, 356; *Adolf*, JA 1990, 30

❛ Zum Verhältnis der Plakatierung der Parteien untereinander: *VG Düsseldorf*, NVwZ-RR 1992, 729.

Kursprogramm:

❛ *Examenskurs*: "Der Krampf mit dem Wahlkampf"

Leitsätze:

1. Das Recht zum Aufstellen von Wahlplakaten als Ausprägung des Anspruchs, wirksame Wahlwerbung betreiben zu können, erfordert es, einer kandidierenden politischen Partei einen Aufstellort pro 100 Einwohner zur Verfügung zu stellen.

2. Eine Vereinbarung zur Selbstbeschränkung hin-

sichtlich des Plakatierens zu Wahlwerbezwecken, die die übrigen politischen Parteien und Gruppierungen unterzeichnet haben, bindet nicht die Partei, die dieses Abkommen nicht unterzeichnet hat.

Sachverhalt:
Die Ast. ist eine Wählergruppe und tritt erstmals zu einer Wahl an, nachdem sie von der Ag. für die am 18. 3. 2001 stattfindende Wahl zur Gemeindevertretung zugelassen wurde. Mit Schreiben vom 18. 12. 2000 bat die Ast. die Ag., geeignete öffentliche Plätze zur Aufstellung von Aushangkästen zu benennen. Zusätzlich begehrte sie die Bereitstellung entsprechender Klebeflächen und die Genehmigung für das Aufstellen bzw. Aufhängen von Wahlwerbetafeln für die bevorstehende Kommunalwahl. Unter dem 26. 1. 2001 erteilte die Ag. der Ast. eine "Sondernutzungserlaubnis" zur Plakatierung im Gebiet der Ag., und zwar ausschließlich an den dafür vorgesehenen Stellen. Eine Auflistung der Standorte dieser Tafeln war dem Bescheid als Anlage beigefügt. Das Anbringen von Wahlplakaten an anderen Stellen, wie z. B. Lichtmasten, wurde der Ast. untersagt. Diese äußerte die Ansicht, sie sehe es als massive Wahlbehinderung und Benachteiligung an, dass ihr von der Ag. auf Grund des gestellten Antrags ohne Nennung einer gesetzlichen Grundlage Wahlwerbung ausschließlich an den dafür vorgesehenen Stellen, nämlich an den benannten Wahlplakattafeln, erlaubt worden sei. Sie suchte um einstweiligen gerichtlichen Rechtsschutz nach. Der Antrag hatte teilweise Erfolg.

Aus den Gründen:
Der Antrag ist in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang begründet. Gem. § 123 I VwGO kann das Gericht auf Antrag, auch schon vor Klageerhebung, eine einstweilige Anordnung in Bezug auf den Streitgegenstand treffen, wenn die Gefahr besteht, dass durch eine Veränderung des bestehenden Zustandes die Verwirklichung eines Rechts des Antragstellers vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte. Einstweilige Anordnungen sind auch zur Regelung eines vorläufigen Zustandes in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis zulässig, wenn diese Regelung, vor allem bei dauernden Rechtsverhältnissen, um wesentliche Nachteile abzuwenden oder drohende Gewalt zu verhindern oder aus anderen Gründen nötig erscheint. Der Erlass einer einstweiligen Anordnung setzt demgemäß das Bestehen eines Anordnungsgrundes als auch eines Anordnungsanspruchs voraus.

I. Anordnungsanspruch
Die Ast. hat glaubhaft gemacht, dass sie einen Anspruch auf die Erteilung einer Sondernutzungserlaubnis für das Aufstellen von 69 Wahlwerbetafeln im Gebiet der Ag. hat und jene ihr entsprechend geeignete Plätze benennen muss [...].

1. Anspruchsgrundlage
Der Ast. steht ein Anspruch auf die Erteilung einer Sondernutzungserläubnis gem. § 16 I Hessisches Straßengesetz (HessStrG) in dem im Tenor dargestellten Umfang zu. Nach dieser Vorschrift bedarf der Gebrauch der öffentlichen Straßen über den Gemeingebrauch hinaus (Sondernutzung) der Erlaubnis der Straßenbaubehörde.

2. Voraussetzung: Wahlwerbung als Sondernutzung
Beim ortsfesten Aufstellen oder Aufhängen von Wahlwerbeplakaten im öffentlichen Straßenraum, etwa an Lichtmasten oder Verkehrszeichen, handelt es sich, wovon im Übrigen auch die Bet. zutreffend ausgehen, um eine erlaubnispflichtige Sondernutzung in diesem Sinne (Grothe, in: Kodall/Krämer, StraßenR, 6. Aufl. 1991, S. 718).

3. Rechtsfolge: Ermessen
Der Magistrat der Ag., der als Straßenbaubehörde gem. § 16 I 1 i. V. mit §§ 46 V, 43 HessStrG für die Erteilung einer Sondernutzung in Bezug auf Gemeindestraßen zuständig ist, befindet über deren Erteilung grundsätzlich nach pflichtgemäßem Ermessen.

a. Ermessensreduzierung in Wahlkampfzeiten
In Wahlkampfzeiten, worunter jedenfalls die letzten sechs Wochen vor dem festgesetzten Wahltermin zu verstehen sind, besteht jedoch ein Anspruch im Wege einer Ermessensreduzierung auf Null der zur Wahl zugelassenen Parteien und Wählergruppen auf Ermöglichung angemessener Wahlsichtwerbung im Straßenraum durch Bewilligung der erforderlichen Sondernutzungserlaubnisse (vgl. VG Gelsenkirchen, NWVBl 1999, 106, 107). Dabei ist von folgenden Grundsätzen auszugehen:
"Die Bedeutung von Wahlen für einen demokratischen Staat (vgl. Art. 28 I 2 und Art. 28 I GG) und die Bedeutung der Parteien für solche Wahlen, wie sie sich aus Art. 21 GG und §§ 1 ff. PartG ergibt, schränken das behördliche Ermessen bei der Entscheidung über die Erlaubnis zum Aufstellen von Wahlplakaten durch Parteien in so erheblichem Umfang ein, dass jedenfalls für den Regelfall - in noch zu erörternden Grenzen - ein Anspruch einer Partei auf Erlaubnis besteht. Die Sichtwerbung für Wahlen gehört - ebenso nach der Rechtsprechung des BVerfG die Wahlpropaganda im Rundfunk (vgl. BVerfGE 14, 121, 131) - heute zu den Mitteln im Wahlkampf der politischen Parteien und ist zu einem wichtigen Bestandteil der Wahlvorbereitung in der Demokratie geworden (BVerfGE 14, 121; 34, 160, 163 gegenüber BVerfGE 7, 99, 107, wo noch dahingestellt geblieben war, ob der Rundfunk verpflichtet sei, politischen Parteien Sendezeit für Wahlpropaganda einzuräumen). Die Wahlsichtwerbung als gewissermaßen selbstverständliches Wahlkampfmittel darf daher durch gänzliche oder auch nur weitgehende Verweigerung vor-

gesehener Erlaubnisse grundsätzlich nicht beschnitten werden. Bundesrecht gibt demnach, da Parteienrecht in vollem Umfang Bundesrecht darstellt und Landes- und Kommunalwahlrecht in seinen verfassungsrechtlichen Grundzügen im Bundesrecht verankert ist (Art. 28 I 2 GG), zumindest dem Grunde nach einen Anspruch auf Gestattung der Wahlsichtwerbung durch Parteien (BVerwGE 47, 280, 283).

b. Umfang nach abgestufter Chancengleichheit

Der angemessene Umfang der Werbung im Einzelfall bestimmt sich nach dem Grundsatz der so genannten abgestuften Chancengleichheit, wie er in § 5 I PartG seinen gesetzlichen Niederschlag gefunden hat (BVerwGE 47, 280; VG Gelsenkirchen, NWVBl 1999, 106, 107; Pieroth, in: Jarass/Pieroth, GG, 5. Aufl. [2000], Art. 21 Rdnr. 16). Demzufolge ist der Grundsatz der Wettbewerbs- und Chancengleichheit der politischen Parteien und Wählergruppen nicht streng formal zu handhaben, sondern es ist zulässig und ggf. sogar notwendig, die Parteien bei der Gewährung öffentlicher Leistungen, wie hier der Erteilung von Sondernutzungserlaubnissen für Wahlwerbezwecke, nach ihrer Bedeutung ungleich zu behandeln (BVerwGE 47, 280, 290). Für eine wirksame Wahlpropaganda in angemessenem Umfang führt dies jedenfalls bei kleinen Parteien dazu, ihnen eine überproportional bemessene Zahl von Plätzen für die Aufstellung von Wahlwerbetafeln zuzuerkennen (BVerwGE 47, 280, 290). Von einer solchen wirksamen Wahlwerbung - auch für kleine Gruppen - ist nach Auffassung der Kammer in der Regel dann auszugehen, wenn pro 100 Einwohner ein Aufstellort zur Verfügung gestellt wird. In dem Gebiet der Ag. sind (Stand: 31. 12. 2000) 6885 Einwohner mit erstem Wohnsitz gemeldet, wie diese selbst mitteilte. Daraus errechnen sich 69 Standplätze [...].

c. Grenzen der Wahlwerbung

(1). Sicherheits- und Ordnungsrecht

Es ist ferner weder vorgetragen noch ersichtlich, dass es bei dem entsprechend gebotenen Bemühen der Ag., die angegebene Zahl von Standorten für Wahlwerbung im Straßenraum auszuweisen, zu straßen- oder straßenverkehrsrechtlichen Problemen kommen könnte. Auch ein Verstoß der beabsichtigten Werbung der Ast. gegen die allgemeinen Gesetze, insbesondere die Strafgesetze, ist nicht ersichtlich.

(2). Selbstbeschränkung der übrigen Parteien

Der oben dargestellte Anspruch der Ast. auf Ermöglichung entsprechender Plakatierung ist schließlich nicht durch die Vereinbarung beschränkt, die die übrigen politischen Parteien und Gruppierungen der Ag. geschlossen haben. Nach dieser Übereinkunft werden Plakate zur bevorstehenden Kommunalwahl am 18. 3. 2001 nur an den von der Ag. zur Verfügung gestellten Plakatflächen aufgeklebt. Ein "wildes" Plakatieren soll hiernach verhindert werden. Diesem Abkommen kommt aber für die Ast. keine entsprechende Bindungswirkung zu, da sie diese Übereinkunft nicht unterzeichnet hat.

II. Vorwegnahme der Hauptsache als Grenze des gerichtlichen Anordnungsermessens

Dem Erlass einer entsprechenden einstweiligen Anordnung steht vorliegend der Gesichtspunkt der Vorwegnahme der Hauptsache nicht entgegen.

1. Möglichkeit der Vorwegnahme im Lichte des Art. 19 IV GG

Eine solche Vorwegnahme ist in Verfahren nach § 123 VwGO nämlich ausnahmsweise zulässig, wenn nur auf diese Weise effektiver Rechtsschutz gewährt werden kann, was insbesondere bei einem Verfahren, in dem eine politische Partei oder Wählergruppe unmittelbar vor einer Wahl die Verbesserung ihrer Werbemöglichkeiten begehrt, wegen des drohenden Zeitablaufs regelmäßig anzunehmen ist (VG Gelsenkirchen, NW-VBl 1999, 106, 107).

2. Voraussetzungen

Der Antrag ist jedoch unbegründet, soweit es um das Begehren der Ast. geht, ihr Plätze zuzuweisen, an denen sie geeignete Aushangkästen anbringen kann. Insoweit begehrt sie nämlich eine Vorwegnahme der Hauptsache, die nach den oben dargestellten Grundsätzen nicht legitimiert werden kann. Effektiver Rechtsschutz kann der Ast. im Hinblick auf eine wirksame Wahlwerbung nicht nur durch diese Maßnahme, für die im Übrigen auch baurechtliche Erlaubnisse erforderlich sein dürften, gewährt werden, sondern insbesondere durch die Erteilung der begehrten Sondernutzungserlaubnisse für die Aufstellung von Wahlplakaten, wie dies oben erörtert wurde.

Standort: § 36 VwVfG Problem: Abgrenzung von Hinweis und Nebenbestimmung

BVERWG, URTEIL VOM 13.12.2000
6 C 5.00 (BAYVBL 2001, 474)

Problemdarstellung:

Der Kl. hatte eine Genehmigung zum Betrieb einer Privatschule unter dem “Hinweis” erhalten, die Genehmi-

gung werde widerrufen, wenn er zur Erreichung der erforderlichen Mindestschülerzahl pro Klasse verschiedene Jahrgänge zu einem Klassenverband zusammenlege. Gegen diese Einschränkung wehrte sich der Kläger mit seiner Klage. Die vorliegende Revisionsentscheidung des BVerwG zur Zulässigkeit derselben ist aus zweierlei Gründen interessant:

Zum einen stuft das BVerwG die Einschränkung als rechtserhebliche Nebenbestimmung ein, obwohl sie von der Behörde lediglich als "Hinweis" deklariert worden war, was fehlende Rechtsverblichkeit suggerierte.

Zum anderen bestätigt es seine - neue - Rechtsprechung, wonach nunmehr alle Nebenbestimmungen grds. mit der Anfechtungsklage angegriffen werden können (BVerwG, Urteil vom 22.11.2000, RA 2001, 249 mit ausführl. Anm.). Zu der bereits im Urteil vom 22.11.2000 vorbehaltenen Ausnahme, dass statt der Anfechtungsklage gegen die Nebenbestimmung doch eine Verpflichtungsklage auf einen neuen Verwaltungsakt ohne die fragliche Nebenbestimmung erhoben werden müsse, wenn eine Anfechtung der Nebenbestimmung "offenkundig von vornherein ausscheide", fügt das BVerwG nun eine neue hinzu: Eine Verpflichtungsklage auf Erlass eines Verwaltungsakts ohne die einschränkende Nebenbestimmung soll auch dann statthaft sein, wenn sie für den Kläger rechtsschutzintensiver sei. Einen solchen Fall bejaht das Gericht hier.

Prüfungsrelevanz:

Bevor die Frage des Rechtsschutzes gegen vom Kläger nicht gewollte Nebenbestimmungen erörtert wird, ist als Vorfrage zu klären, ob überhaupt eine Nebenbestimmung vorliegt. Handelt es sich bei der Erklärung der Behörde nämlich nicht um eine rechtsverbindliche Regelung nach § 36 VwVfG, sondern nur um einen unverbindlichen Hinweis, ist gerichtlicher Rechtsschutz i.d.R. weder möglich noch nötig. Das vorliegende Urteil ist ein gutes Beispiel dafür, dass diese Abgrenzung nicht allein nach dem von der Behörde gewählten Wortlaut, sondern erst nach Auslegung des gesamten Bescheids analog § 133 BGB vor dem objektiven Empfängerhorizont vorgenommen werden darf. Diese Auslegung kann durchaus - wie hier - ergeben, dass der Wortlaut letztlich nicht maßgeblich ist ("falsa demonstratio non nocet"). Gleichwohl ist Zurückhaltung geboten: Jedenfalls dann, wenn die Behörde einen terminus technicus bewusst gewählt hat, wird nur bei gravierenden sonstigen Umständen eine dem Wortlaut zuwider laufende Auslegung möglich sein (vgl. BGH, RA 2001, 320 zu "Bedingung" und "Auflage").

Hinsichtlich der statthaften Klageart gegen Nebenbestimmungen ist auf die Ausführungen in RA 2001, 249 zu verweisen. Dabei ist zu beachten, dass das BVerwG den hier vorliegenden Fall, in dem eine Verpflichtungsklage statthaft war, ausdrücklich als Ausnahme bezeichnet hat; die Tendenz in der Rspr. geht eindeutig dahin, gegen jede Form der Nebenbestimmung die Anfechtungsklage nach § 42 I, 1. Fall VwGO zuzulassen, wohl mit dem Ziel, dem Kläger über § 80 I VwGO aufschiebende Wirkung zuzubilligen zu können (vgl. nur BVerwG, RA 2001, 249).

Vertiefungshinweise:

- Zum Rechtsschutz gegen Nebenbestimmungen: *BVerwGE* 60, 269, 274; *BVerwG*, RA 2001, 249 = NVwZ 2001, 429; *Störmer*, DVBl 1996, 81; *Schmidt*, NVwZ 1996, 1188
- Überblick zu Nebenbestimmungen: *Brenner*, JuS 1996, 281
- Auslegung von Behördenerklärungen: *BGH*, RA 2001, 320 = DVBl 2001, 809; *BVerwG*, NVwZ 1984, 37; *Kluth*, NVwZ 1990, 610

Kursprogramm:

- *Examenskurs*: "Rentnerführerschein"
- *Examenskurs*: "Hinterzimmer mit Auflage"

Leitsatz:

Ein Verpflichtungsantrag mit dem Begehren, einen begünstigenden Verwaltungsakt ohne den ihm beigefügten Widerrufsvorbehalt zu erlassen, ist zulässig, wenn er dem Kläger einen im Vergleich zum Anfechtungsantrag weitergehenden Rechtsschutz verschafft.

Sachverhalt:

Der Kläger betreibt nach der Pädagogik von Maria Montessori mit staatlicher Genehmigung seit dem Schuljahr 1990/91 eine private Grundschule und seit dem Schuljahr 1994/95 eine private Teilhauptschule I mit den Jahrgangsstufen fünf und sechs. Mit Bescheid vom 21.2.1997 erteilte die Regierung von N. dem Kläger die Genehmigung zur Errichtung und zum Betrieb einer privaten Teilhauptschule II ab dem Schuljahr 1997/98. Die Schule sollte ihren Betrieb zunächst mit einer Klasse der 7. Jahrgangsstufe aufnehmen, der in den jeweils folgenden Jahren die Jahrgangsstufen acht und neun folgen sollten. Nach Nr. 6 des Bescheides wurde die Genehmigung unter der Bedingung erteilt, dass bis zur Aufnahme des Schulbetriebes zum Schuljahresbeginn 1997/98 in der 7. Jahrgangsstufe eine Zahl von mindestens 20 Schülern erreicht werde, die ab dem Schuljahr 1999/2000 auf 25 Schüler anzuheben sei. Der Bescheid enthielt ferner "Hinweise", deren Nr. 7 lautete: "Sollten sich an der Teilhauptschule II künftig aus Schülermangel nur kombinierte Klassen bilden

lassen, so wird die Genehmigung widerrufen".
Der Kläger hat nach erfolglosem Widerspruch gegen die Bedingung Nr. 6 und den Hinweis Nr. 7 des Bescheids vom 21.2.1997 Klage erhoben.
Das Verwaltungsgericht hat den Beklagten unter entsprechender Aufhebung der angefochtenen Bescheide verpflichtet, die Genehmigung ohne Nebenbestimmungen über die erforderliche Schülerzahl und den Widerruf der Genehmigung bei Jahrgangsmischung zu erteilen. Auf die auf die Frage der Jahrgangsmischung beschränkte Berufung des Beklagten hat der Verwaltungsgerichtshof unter Abweisung der Klage im Übrigen den Beklagten verpflichtet, über den Antrag auf Genehmigung von Jahrgangsmischungen unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts neu zu entscheiden. Der Kläger hat die vom Bundesverwaltungsgericht zugelassene Revision eingelegt.

Aus den Gründen:
Zu Recht haben die Vorinstanzen die Verpflichtungsklage (§ 42 Abs. 1 VwGO) als zulässige Klageart angesehen.

A. Auslegung des Klagebegehrens
Das im Berufungsrechtszug noch streitige und vom Revisionsgericht zu beurteilende Klagebegehren ist darauf gerichtet, die Ersatzschulgenehmigung ohne den Hinweis Nr. 7 des Genehmigungsbescheides vom 21.2.1997 zu erhalten.

B. "Hinweis" als Nebenbestimmung
Hierbei handelt es sich nicht nur um einen deklaratorischen Hinweis auf eine gesetzlich zugelassene Möglichkeit des Widerrufs, sondern um einen konstitutiven Widerrufsvorbehalt nach Art. 36 Abs. 2 Nr. 3 BayVwVfG (vgl. dazu Henneke, in: Knack, VwVfG, 6. Aufl. 1998, § 36 RdNr. 5.2; Kopp/Ramsauer, VwVfG, 7. Aufl. 2000, § 36 RdNr. 25; Janßen, in: Obermayer, VwVfG, 3. Aufl. 1999, § 36 RdNr. 18). Der Kläger durfte und musste als Empfänger des Genehmigungsbescheides bei vernünftiger Betrachtungsweise den Hinweis Nr. 7 trotz des Umstandes, dass dieser sich nicht in demjenigen Abschnitt des Bescheides befand, der die sonstigen verbindlichen Regelungen enthielt, als belastende Nebenbestimmung ansehen. Denn die Behörde hat sich im Hinweis Nr. 7 nicht etwa darauf beschränkt, die Rücknahme der Genehmigung nach Art. 48 Abs. 1 BayVwVfG oder ihren Widerruf nach Art. 49 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 BayVwVfG generell für den Fall anzukündigen, dass die Genehmigungsvoraussetzungen wegfallen. Vielmehr hat sie dort eine spezifische, den Bestand der Genehmigung berührende Aussage zur Frage der Jahrgangsmischung getroffen. Der Kläger musste dem Hinweis Nr. 7 entnehmen, dass ihm jedes Vertrauen in den Fortbestand der Genehmigung für den Fall genommen werden sollte, dass er sich zur Bildung kombinierter Klassen entschloss. Die Regelung zielte demnach auf jene besondere Rechtsfolge ab, die ein konstitutiver Widerrufsvorbehalt gemäß Art. 36 Abs. 2 Nr. 3 BayVwVfG mit Blick auf Art. 49 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 BayVwVfG und Art. 49 Abs. 5 Satz 1 BayVwVfG hat (vgl. Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 5. Aufl. 1998, § 36 RdNr. 22).

C. Kein Vorrang der Anfechtungsklage
Der Kläger war nicht gehalten, statt des Verpflichtungsantrages einen Anfechtungsantrag zu stellen. Zwar wird in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts gegen belastende Nebenbestimmungen die Anfechtungsklage als gegeben angesehen, und zwar unabhängig davon, ob es sich bei der streitigen Nebenbestimmung um eine Befristung, eine Bedingung oder einen Widerrufsvorbehalt handelt (BVerw-GE 60, 269, 274 f.). Damit ist jedoch die Zulässigkeit eines Verpflichtungsantrages nicht ausgeschlossen, wenn dieser einen im Vergleich zum Anfechtungsantrag weitergehenden Rechtsschutz verschafft (vgl. Janßen, a.a.O., RdNr. 51). Ein solcher Fall liegt hier vor.
Bei einer Beschränkung auf den Anfechtungsantrag müsste der Kläger besorgen, dass die isolierte Aufhebung des Widerrufsvorbehaltes keinen endgültigen Rechtsfrieden in seinem Sinne stiftet. Nach seinem Wortlaut bezieht sich der Hinweis Nr. 7 des Genehmigungsbescheides nur auf den Fall, dass kombinierte Klassen "aus Schülermangel" gebildet werden. Damit ist die Zusammenlegung mehrerer Jahrgangsklassen zwecks Erreichung der vorgeschriebenen Schülermindestzahl angesprochen. Demgegenüber will der Kläger erreichen, dass die von ihm aus pädagogischen Gründen angestrebte Praxis der Jahrgangsmischung keinesfalls zum Anlass für einen Widerruf der Genehmigung genommen wird. Dem trägt die gerichtliche Verpflichtung der Behörde, die Genehmigung ohne den Widerrufsvorbehalt zu erteilen, besser Rechnung, weil ihr damit generell untersagt ist, die Genehmigung allein wegen jahrgangsübergreifenden Unterrichts zu widerrufen. [...]

Standort: Versammlungsrecht **Problem: Musikaufzug als Versammlung**

VG HAMBURG, BESCHLUSS VOM 12.07.2001 | 16 VG 2524/2001 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Das VG Hamburg verneint im vorliegenden Fall den Versammlungscharakter einer der "Love-Parade" in Berlin ähnlichen Veranstaltung, da diese nicht den für eine Versammlung im Sinne des Art. 8 GG bzw. des Versammlungsgesetzes nötigen Charakter einer kollektiven Meinungskundgabe aufweise. Das Gericht schließt sich damit dem herrschenden, engeren Versammlungsbegriff an, der gerade die Meinungsäußerung als prägendes Element einer Versammlung ansieht, während eine Gegenansicht eine gemeinsame, innere Verbundenheit der Teilnehmer genügen lässt, ohne eine Kundgabe von Meinungen zu fordern (vgl. die Zitate in den Gründen sowie Maunz/Dürig, GG, Art. 8 Rz. 50 ff.).

Für den Veranstalter einer Veranstaltung ist deren Einordnung als Versammlung deshalb von elementarem Interesse, weil ein nicht dem Versammlungsrecht unterfallender Aufzug eine straßenrechtliche Sondernutzung darstellt, die - im Gegensatz zur nur anzeigepflichtigen Versammlung - nach dem Straßen- und Wegerecht der Länder einer Genehmigung bedarf (vgl. nur § 18 StrWG NW; § 16 HessStrG), welche i.d.R. nur erteilt werden wird, wenn der Veranstalter sich verpflichtet, für die Kosten der Abfallbeseitigung, des Polizeieinsatzes usw. aufzukommen.

Prüfungsrelevanz:

Das Versammlungsrecht ist durch den Konflikt zwischen BVerfG und OVG Münster über die - nach Ansicht des OVG von vornherein fehlende - Versammlungsfreiheit rechtsgerichteter Aufzüge und Demonstrationen in den Blickpunkt gerückt. Zentraler Streitpunkt ist die Frage, ob und wann die in § 15 I VersG erwähnte "öffentliche Ordnung" allein als Verbotsgrund herhalten kann, bzw. ob dieses Merkmal nicht im Lichte der Verfassung teleologisch zu reduzieren oder zumindest sehr eng auszulegen ist. Nachdem in der RA über diesen Problemkreis ausführlich berichtet worden ist (RA 2001, 256), sind bereits wieder neue Entscheidungen ergangen, in denen BVerfG und OVG Münster ihre widerstreitenden Auffassungen bekräftigt haben (BVerfG, NJW 2001, 2069; NJW 2001, 2072; NJW 2001, 2076 gegen OVG Münster, NJW 2001, 2111; NJW 2001, 2113; NJW 2001, 2114).

Weitere interessante Entscheidungen zum Versammlungsrecht betreffen die Anwendbarkeit der ordnungsrechtlichen Rechtsfigur des Zweckveranlassers auf das Versammlungsrecht (BVerfG, RA 2001, 1ff. = DVBl 2001, 62), die Zulässigkeit des Einkesselns von Versammlungen (OVG Münster, RA 2001, 322 = DVBl 2001, 839) sowie den Eingriff in die Versammlungsfreiheit durch Realakte (VG München, RA 2000, 287 = NVwZ 2000, 461).

Vertiefungshinweise:

- Zum Versammlungsbegriff: *OVG Weimar*, DVBl. 1988, 104; *VG Braunschweig*, NZV 2000, 142;
- Für die Einordnung von Musik-Tanz-Aufzügen als Versammlung: *VG Frankfurt*, NJW 2001, 1741; *Kniesel*, NJW 2000, 2857; dagegen *Deger*, NJW 1997, 923

Kursprogramm:

- *Examenskurs*: "Waffen-SS"
- *Assessorkurs*: "Fieser Verein"

Leitsätze (der Redaktion):

Das Element der kollektiven Meinungskundgabe ist Voraussetzung für das Vorliegen einer Versammlung i.S.d. Art. 8 I GG und des Versammlungsgesetzes. Nicht ausreichend ist es, wenn die Meinungskundgabe nur vorgeschoben oder lediglich untergeordneter Nebenzweck ist.

Sachverhalt:

Mit Schreiben vom 22. Mai 2001 meldete die Antragstellerin bei der Antragsgegnerin für den 14. Juli 2001 in Hamburg St.-Pauli eine nicht näher bezeichnete oder benannte Demonstration an, zu der zwischen 3.000 und 10.000 Teilnehmer erwartet würden. Die Veranstaltung sollte unter dem Motto stehen: "Für Frieden und gegen die Enteignung öffentlicher Räume in Berlin, eine Demonstration der Liebe auf St. Pauli". Insgesamt sollte die Veranstaltung, die von 3 – 5 Lautsprecherwagen begleitet werden würde, von ca. 12 bis 21.30 Uhr dauern. Telefonisch äußerte die Antragsgegnerin daraufhin gegenüber dem Veranstaltungsleiter auf dessen Anfrage hin Zweifel an dem Versammlungscharakter der Veranstaltung.

Mit Schreiben vom 25. Juni 2001 modifizierte die Antragstellerin die Anmeldung der Veranstaltung. Sie erklärte, es werde aufgrund der großen Resonanz mit 10.000 bis 50.000 Teilnehmern gerechnet. Demonstriert werde gegen die Behinderung der Berliner Love-Parade am 14. Juli 2001 durch eine zuvor angemeldete Gegenveranstaltung. Demonstriert werde des weiteren für eine großzügige Auslegung des Versammlungsrechts für Musikparaden. Auf der geplanten Veranstaltung werde nicht nur Technomusik gespielt werden, es kämen auch Theatergruppen, Schauspieler und Tänzer. Auf zahlreichen Bannern und Transparenten würden die Positionen der Teilnehmer zum Ausdruck gebracht werden. Es gebe – anders als bei der Love-Parade - keinen kommerziellen Aspekt bei der Veranstaltung, keine Teilnahmegebühren und keine Werbewagen. Zwei bis drei Interessenten würden sich mit

Zugmaschinen wie auf dem G-Move beteiligen, hauptsächlich würden aber kleinere Fahrzeuge mit Lautsprechern mitfahren. Die Route werde verkürzt, um die Veranstaltung früher zu beenden. Das Motto laute nunmehr: "Für Frieden und mehr Toleranz und gegen die Enteignung öffentlicher Räume in Berlin, für den Erhalt des Demonstrationsrechts für Musikparaden, gegen die Kommerzialisierung der Technomusik - eine Demonstration der Liebe auf St. Pauli".

Die Antragsgegnerin beantwortete diese Mitteilung mit Schreiben vom 28. Juni 2001, in dem sie erklärte, man habe dem genannten Versammlungsleiter erklärt, dass Musikparaden wie diese keine versammlungsrechtliche Veranstaltungen seien. Vielmehr handele es sich um eine Ersatzveranstaltung für die Love-Parade in Berlin. Angekündigte Unterlagen, die Nachweise für den Demonstrationscharakter hätten bringen sollen, habe die Behörde nicht erhalten. Die Veranstaltung diene wie der Generation-Move und der Schlager-Move im Wesentlichen dem Erleben von Musik und anderen kulturellen Darbietungen. Es gehe nach dem Schwerpunkt der Veranstaltung nicht um eine gemeinsame Meinungskundgabe. Auch die auf der Homepage der Veranstalter gewählte Bezeichnung der Parade mit "syncron#01" bestätige die Ansicht, dass es sich um eine Ersatz- oder Parallelveranstaltung zur Love-Parade in Berlin handele. Im übrigen sei das benötigte Gelände bereits belegt mit den Aufbauarbeiten des Sommerdoms.

Mit dem am 9. Juli 2001 bei Gericht eingegangenen Eilantrag macht die Antragstellerin ihr Anliegen geltend, die geplante Veranstaltung durch die Behörde als Versammlung behandeln zu lassen. Sie wiederholt die bereits angesprochenen Argumente und betont, dass die Folgen für die Antragstellerin - die Veranstaltung müsste entfallen - bei einer Ablehnung des Antrags schwerer wiegen würden als für die Antragsgegnerin, wenn die Veranstaltung gegebenenfalls in rechtswidriger Weise als Versammlung durchgeführt werden würde. Gefahren für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung seien von Seiten der Antragsgegnerin nicht genannt worden. Die Antragstellerin erklärt weiter, an einer gebührenpflichtigen Sondernutzungserlaubnis sei sie nicht interessiert, da sie der Auffassung sei, diese sei wegen des Veranstaltungscharakters nicht erforderlich und nicht finanzierbar.

Aus den Günden:

Der Antrag hat keinen Erfolg. Der nach § 123 Abs. 1 VwGO zulässige Antrag ist nicht begründet.

A. Anordnungsanspruch

Es fehlt am Anordnungsanspruch. Die Antragstellerin hat nicht gemäß § 123 Abs. 3 VwGO i.V.m. § 920 Abs. 2 ZPO glaubhaft gemacht, dass die geplante Veranstaltung "syncron#01" die Eigenschaften einer Versammlung im Sinne des Art. 8 Abs. 1 GG und des § 1 VersammlG besitzt mit der Folge, dass sie für die Veranstalter frei von Gebühren für Polizeikräfte, Absperrmaßnahmen, Müllbeseitigung etc. durchgeführt werden kann.

I. Definition des Versammlungsbegriffs

Eine öffentliche Versammlung im Sinne des Art. 8 Abs. 1 GG und des Versammlungsgesetzes ist (im Unterschied zu den in § 17 VersammlG genannten "sonstigen öffentlichen Veranstaltungen") dann gegeben, wenn eine Mehrheit von Menschen unter Bezugnahme auf den demokratischen Prozess der öffentlichen Meinungsbildung und Willensbildung zusammenkommt, um gemeinsam Diskussionen zu führen und/oder eine Meinung kundzutun. Entscheidend ist der Zweck der Veranstaltung, bestimmte Angelegenheiten gemeinsam zu erörtern, zu beraten oder kundzugeben.

1. Meinungskundgabe als prägendes Element

Art. 8 Abs. 1 GG und das Versammlungsgesetz schützen das ungehinderte Zusammenkommen mit anderen Personen zum Zwecke der gemeinsamen Meinungsbildung und Meinungsäußerung (kollektive Aussage). Die Veranstaltung muss deshalb auf Meinungsbildung und/oder Meinungsäußerung in Gruppenform ausgerichtet sein. Nicht erfasst sind deshalb Zusammenkünfte ohne prägenden Bezug zum politischen Prozess wie etwa kulturelle, wissenschaftliche, religiöse, sportliche oder gewerbliche öffentliche Veranstaltungen (ebenso OVG Weimar, DVBl. 1988, 104 ff.; VGH Mannheim, Beschluss vom 27.5.1994, 1 S 1397/94; BayVGH, Beschluss vom 13.5.1994, 21 CE 94.1563). Das Gericht schließt sich insoweit der engeren Auslegung des Versammlungsbegriffs an. Wie das Oberverwaltungsgericht Berlin (Beschluss vom 6. Juli 2001, OVG 1 S 11.01) ist das Gericht der Auffassung, dass die Versammlungsfreiheit ebenso wie die Meinungsfreiheit zu den unentbehrlichen und grundlegenden Funktionselementen eines funktionierenden Gemeinwesens gehört. Sie ist als Freiheit der kollektiven Meinungskundgabe zu verstehen (vgl. BVerfGE 69, 315, 344 f.). Aus dieser Funktion der Versammlungsfreiheit im demokratischen Gemeinwesen als Mittel zur gemeinsamen körperlichen Sichtbarmachung von Überzeugungen und Meinungen folgt der hohe Rang des Grundrechts, dem gegenüber Rechte anderer (z.B. von Anwohnern, Verkehrsteilnehmern oder Gewerbetreibenden) zurückzutreten haben.

2. Wirtschaftliche, sportliche oder kulturelle Zwecke genügen nicht

Dieser hohe Stellenwert des Versammlungsgrundrechts verbietet es zugleich, dessen Schutzumfang weiter auszudehnen als der Zweck der Schutzgewährung es er-

fordert. Würde man auch die bloße Zurschaustellung eines durch Musik und Tanz ausgedrückten Lebensgefühls ausreichen lassen, hätte dies zwangsläufig zur Folge, dass der hohe Rang der Versammlungsfreiheit im Bewusstsein der Rechtsgemeinschaft verloren ginge (ebenso für eine Musikparade OVG Berlin, a.a.O.; a.A. für eine "Nacht-Tanz-De-mo" VG Frankfurt, NJW 2001, 1741 und Kniesel, NJW 2000, 2857, 2858, der die bei Musikparaden stattfindende Inszenierung eines Lebensgefühls als kollektive Meinungskundgabe versteht). Zugleich würden Musikparade eine ungerechtfertigte Privilegierung gegenüber sonstigen Volksfesten erfahren, da diese mit den nicht unerheblichen öffentlichen Abgaben belastet werden.

II. Subsumtion

Bei der von der Antragsgegnerin geplanten Veranstaltung "syncron#01" steht nach Auffassung des Gerichts nicht die kollektive Meinungskundgabe einer Vielzahl von Menschen im Vordergrund, sondern die Musikparade selbst als unterhaltendes Erlebnis.

1. Auch kulturelle Darbietungen können Meinungskundgabe sein

Dabei verkennt das Gericht nicht, dass grundsätzlich sowohl in Musik-, als auch in Tanz- und Theaterdarbietungen eine Meinungsäußerung gesehen werden kann.

2. Untergeordneter, vorgeschobener Nebenzweck genügt jedoch nicht

Hier jedoch gebieten die Eigenarten der Fallgestaltung eine andere Bewertung. Die Antragstellerin erwartet bis zu 10.000 Teilnehmer, die auf der vorgesehenen Wegstrecke von einer Vielzahl von Aufzugswagen begleitet werden, von denen aus Techno-Musik verschiedener Richtungen gespielt werden soll. Die Teilnehmer, die Anhänger dieser Musikrichtungen sind, begleiten die Aufzugswagen tanzend und feiernd. Dies vermittelt dem Zuschauer den Eindruck einer großen, sich bewegenden Feier oder Tanzveranstaltung, bei der es dem einzelnen im Wesentlichen darum geht, sich zu vergnügen. Die Meinungsäußerung bzw. das sich ändernde Motto der Veranstaltung steht dabei nicht im Vordergrund. Es geht den Veranstaltern und Teilnehmern nicht vorrangig darum, für ihr Recht, einen Party-Umzug durchführen zu demonstrieren, sondern ebendiesen Aufzug durchzuführen und als kollektive Meinungsäußerung zu deklarieren. Die Veranstalter erreichen dabei mit dem eingesetzten Mittel (Musik und Tanz auf der Straße) schon ihr eigentliches Ziel; die "Demonstration" wird zum Selbstzweck. Eine solche Veranstaltung, bei der die vorgeblich richtige Lebensform nicht kundgetan, sondern unmittelbar verwirklicht wird, unterfällt nicht der Versammlungsfreiheit (ebenso VG Berlin, Beschluss vom 28. Juni 2001, VG 1 A 195/01). Anzeichen dafür ist schon die Art der Veranstaltung mit Musikwagen, Theatergruppen und anderen Schaustellern sowie einem Teewagen mit Getränkeausschank. Daran ändert auch das Verteilen von Handzetteln an Zuschauer oder das Mitführen von Bannern nichts, auch nicht, dass sich dieser Umzug von der Love-Parade in Berlin durch weniger kommerzielle Elemente abgrenzen will. Hier steht jedenfalls der Unterhaltungscharakter im Vordergrund, der dem Versammlungsbegriff nicht entspricht.

Zwar hat die Antragsgegnerin vorgetragen, die Parade finde statt, um auf die Schwierigkeiten der Love-Parade in Berlin hinzuweisen. Wie dort wolle man für die öffentliche Zurschaustellung eines Lebensgefühls demonstrieren. Zugleich werde die Love-Parade jedoch wegen ihrer fortschreitenden Kommerzialisierung kritisiert. Weitere gesellschaftspolitische Ziele wie der Verzicht auf Drogen sollten kundgetan werden.

Schon die Vielzahl der Botschaften und ihr sich ändernder Inhalt seit der ersten Anmeldung am 22. Mai 2001 lassen Zweifel daran aufkommen, ob die Meinungsäußerung und Meinungsbildung im Vordergrund stehen. Nach dem Gesamteindruck der geplanten Aktionen und der Werbung für die Veranstaltung insbesondere auf der Homepage und der oben beschriebenen Art des Aufzugs stellen diese Motive nicht den Hauptzweck dar, sondern eher ein Nebenanliegen, das geäußert wird, um die kostenfreie Durchführung der Parade zu erreichen, quasi mit "Feigenblatt-Charakter". Auf der "check in"-Seite des Veranstalters sowie auf der "statement"-Seite der Homepage werden zwar die vorgetragenen gesellschaftspolitischen Motive der Parade benannt. Andererseits werden beide Veranstaltungen – Parade und Party - auf der Seite "banners&tools", die sich an Teilnehmer richtet und bei der um Werbung und Weiterleitung gebeten wird, unter "partyplaner info" behandelt. Für die anschließende Party kommentiert der Veranstalter: "abfeiern wie draußen". Auch wenn die Teilnehmer der Parade die vorgegebenen "Ziele" der Veranstaltung einhellig unterstützen, ändert dies nichts daran, dass sie – ebenso wie die Zuschauer - die geplante Parade als Spaß-Veranstaltung verstehen werden.

II. Anordnungsgrund

Ob ein Anordnungsgrund besteht, d.h. ob Eilbedürftigkeit gegeben ist, wie der Verwaltungsgericht Hamburg im Beschluss vom 13. Juli 2000 (5 VG 2872/2000) und das Hamburgische Oberverwaltungsgericht im Beschluss vom selben Tag (4 Bs 209/00) zur geplanten "Blade Night" problematisiert haben, kann danach offenbleiben.

Standort: Baurecht Problem: Gebot der Rücksichtnahme

BVERWG, URTEIL VOM 07.12.2000
4 C 3/00 (NVWZ 2001, 813)

Problemdarstellung:

Das BVerwG hatte die Frage zu klären, in welchem Verhältnis § 15 I 2 BauNVO, nach dem Bauvorhaben unzulässig sind, wenn von ihnen unzumutbare Belästigungen oder Störungen ausgehen, zu landesrechtlichen Vorschriften steht, die für bestimmte Vorhaben (hier: die Errichtung von Stellplätzen) eine entsprechende (hier: bzgl. der "unzumutbaren Belästigungen" in § 46 I 2 NdsBauO sogar wörtlich identische) Regelung enthalten. Während das OVG Lüneburg als Vorinstanz die landesrechtliche Regelung für spezieller gehalten und demgemäß § 15 I 2 BauNVO bei der Beurteilung der Rechtmäßigkeit der angegriffenen Baugenehmigung als subsidiär nicht geprüft hatte, erteilt das BVerwG dieser Rechtsansicht eine Absage. Diese wird u.a. mit der unterschiedlichen Zielrichtung der landesrechtlichen Bauordnungen (Gefahrenabwehr) und der bundesrechtlichen Bauvorschriften (Raumplanung und Bodenordnung) begründet. Naheliegend wäre es auch gewesen, auf Art. 31 GG einzugehen.

Prüfungsrelevanz:

Neben der Kenntnis des Verhältnisses von bundesrechtlichem Bauplanungs- zu landesrechtlichem Bauordnungsrecht sollte die Entscheidung vor allem zum Anlass genommen werden, sich mit dem baurechtlichen Rücksichtnahmegebot vertraut zu machen. Ob eine Vorschrift Drittschutz verleiht, wird in aller Regel schon in der Klagebefugnis nach § 42 II VwGO, etwa im Rahmen des § 80a VwGO oder einer (Dritt-) Anfechtungsklage gegen eine Baugenehmigung) zu prüfen sein. Kommt der Bearbeiter zu dem Ergebnis, dass die streitentscheidende Norm den Dritten nicht schützt, darf die Prüfung nicht beendet werden. Vielmehr ist zu überlegen, ob eine an sich nicht drittschützende Norm im Einzelfall nicht doch, über das baurechtliche "Gebot der Rücksichtnahme", drittschützend sein kann. Eine drittschützende Wirkung kommt jeder Norm nach dem Gebot der Rücksichtnahme nämlich dann zu, wenn in qualifizierter und zugleich individualisierter Weise auf besondere Rechtspositionen des Dritten Rücksicht zu nehmen ist und wenn unabhängig von der besonderen rechtlichen Schutzwürdigkeit der Betroffenen ihr Betroffensein wegen der gegebenen Umstände so handgreiflich ist, dass dies die notwendige Qualifizierung, Individualisierung und Eingrenzung bewirkt (BVerwGE 52, 131; OVG Lüneburg, NVwZ-RR 1990, 233). In jedem Fall ist aber zu beachten, dass das Gebot der Rücksichtnahme kein selbständiger Grundsatz des öffentlichen Baurechts ist, sondern in bestimmten Vorschriften enthalten ist und aus diesen abgeleitet werden muß. Es findet sich u.a. in dem hier einschlägigen § 15 I 2 BauNVO, aus dem es auch entwickelt worden ist. Anerkannt sind ferner § 34 I, II BauGB über das „Einfügen", § 31 II BauGB durch die „nachbarschaftlichen Interessen" und § 35 III Nr. 3 BauGB über die "schädlichen Umwelteinwirkungen".

Vertiefungshinweise:

- Zum Rücksichtnahmegebot bei der Stellplatzerrichtung: *OVG Münster*, RA 1999, 242 = NWVBl 1999, 141
- Zum Rücksichtnahmegebot beim Betrieb eines Kinderspielplatzes: *VG Karlsruhe*, NVwZ-RR 2000, 144.
- Zum Rücksichtnahmegebot bei emittierenden Anlagen: *BVerwG*, RA 1999, 653 (Beschluss vom 28.7. 1999, 4 B 38.99)

Kursprogramm:

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

Leitsätze:

1. Bauordnungsrechtliche Vorschriften über die Anordnung von Stellplätzen (hier: § 46 I 2 Nds BauO) können die Anwendung des § 15 I 2 BauNVO nicht spezialgesetzlich ausschließen.

2. Der in § 15 I 2 BauNVO nach Maßgabe des Rücksichtnahmegebots angelegte Drittschutz des Nachbarn besteht grundsätzlich auch gegenüber Anlagen auf Grundstücken, die mit dem Grundstück des Nachbarn durch eine landesrechtliche Vereinigungsbaulast zusammengeschlossen sind.

Sachverhalt:

Die Kl. zu 2 und 3 sind Eigentümer eines Reihenhauses, das mit seiner Nordseite an das Reihenhaus der im Revisionsverfahren nicht mehr beteiligten Kl. zu 1 angrenzt. Beide Häuser wurden im Jahre 1980 als Einfamilienhäuser mit Büroräumen genehmigt. Das geplante dritte Reihenhaus nördlich anschließend wurde zunächst nicht gebaut. Die drei Grundstücke bilden die westliche Hälfte eines ursprünglich etwa 2000 qm großen Grundstücks. Auf der östlichen Hälfe steht das Wohnhaus des Beigel. zu 2; ihm gehört gegenwärtig auch die für das dritte Reihenhaus vorgesehene Fläche. Die Grundstücke werden von Süden her über einen dem Beigel. zu 2 gehörenden Privatweg erschlossen. Die Grundstücke der Bet. sind im Jahre 1980 infolge einer

Teilung des früheren Gesamtgrundstücks durch die Rechtsvorgänger der Bet. entstanden. Gebildet wurden die drei Reihenhausgrundstücke sowie ein Grundstück für einen Garagenhof und drei Garagengrundstücke im Süden auf der westlichen Seite und das Wohngrundstück der Beigel. auf der Ostseite.
Gleichzeitig bestellten die damaligen Eigentümer eine Vereinigungsbaulast, nach der alle baulichen Anlagen auf den neu gebildeten Flurstücken so ausgeführt werden, als wären die Grundstücke ein Baugrundstück i. S. des § 4 I NdsBauO. Zugleich bestellten sie ein Wegerecht am östlichen Rand der Grundstücke der Kl., um die Zufahrt zu dem dritten neu geschaffenen Grundstück zu sichern. Die Grundstücke der Bet. liegen im Geltungsbereich des im Jahre 1972 aufgestellten und 1976 geänderten Bebauungsplans "Gewerbegebiet Südwest" der Bekl. Er setzt ein Gewerbegebiet fest, und zwar für den hier interessierenden Geländestreifen mit dem Zusatz "beschränkt gem. § 8 IV BauNVO auf Betriebe und Anlagen, die nur im Mischgebiet, § 6 BauNVO, zugelassen sind". In dem südlich anschließenden Gelände stehen ausschließlich zu reinen Wohnzwecken genutzte Gebäude. Im Jahre 1992 erteilte die Bekl. dem Beigel. zu 2 einen Bauvorbescheid für den "Neubau eines Wohnhauses" auf dem dritten Grundstück; die Bauvoranfrage ist auf die Genehmigung eines "zweigeschossigen Reihenhauses" mit gewerblicher Nutzung und einer Wohnung gerichtet. Später erteilte sie dem Beigel. zu 1 eine Baugenehmigung für ein "Wohn- und Geschäftshaus" mit etwa 200 qm Büroflächen und 100 qm Wohnfläche. Genehmigt sind auch eine Garage und sechs Einstellplätze, die über die durch das Wegerecht gesicherte Zufahrt an den beiden Wohnhäusern der Kl. vorbei angefahren werden. Gegen beide Genehmigungen wenden sich die Kl. im ersten und im zweiten Rechtszug erfolglos. Auch die vom BVerwG zugelassene Revision hatte keinen Erfolg.

Aus den Gründen:
Die Revision ist zulässig, jedoch unbegründet. Das Berufungsurteil verletzt zwar Bundesrecht; die Entscheidung stellt sich aber aus anderen Gründen als richtig dar (§ 144 IV VwGO) [...].

A. Keine Verletzung drittschützender Normen durch die Genehmigung der Wohn- und Bürogebäude
Das BerGer. legt im Einzelnen dar, dass Nachbarrechte der Kl. aus den Festsetzungen des Bebauungsplans "Gewerbegebiet Südwest" durch das genehmigte Wohn- und Bürogebäude der Beigel. nicht verletzt werden und dass das Gebäude selbst auch hinsichtlich seiner Art und Größe mit § 15 I BauNVO vereinbar ist. Es führt weiter aus, dass die Kl. den Zu- und Abgangsverkehr zu dem Gebäude der Beigel. über ihr Grundstück wegen des durch Grunddienstbarkeit gesicherten Wegerechts dulden müssten; das Vorhaben sei durch das Wegerecht ausreichend erschlossen, so dass die Genehmigung nicht etwa dazu führe, dass die Kl. ein Notwegerecht der Beigel. hinnehmen müssten. Diese Ausführungen überzeugen; die Kl. haben sie im Revisionsverfahren hingenommen.

B. Verletzung drittschützender Normen durch die Genehmigung der Stellplätze
Im Mittelpunkt des Revisionsvortrags stehen die neben dem Wohn- und Bürogebäude zugelassenen sieben Stellplätze. Die Kl. wenden sich gegen sie, weil sie befürchten, durch den Fahrzeugverkehr in den rückwärtigen Wohnbereich hinein unzumutbar in ihrer Wohnruhe beeinträchtigt zu werden.

I. Ansicht der Vorinstanz

1. Kein Verstoß gegen § 46 NdsBauO
Insoweit ergibt sich aus dem Berufungsurteil, dass nach § 46 I 2 NdsBauO Einstellplätze so angeordnet und beschaffen sein müssen, dass ihre Benutzung nicht zu unzumutbaren Belästigungen für die Nachbarschaft führt. Das BerGer. führt jedoch weiter aus, dass die Kl. im vorliegenden Verfahren Lage und Zahl der Einstellplätze nicht mit Erfolg rügen könnten. Denn ihr Grundstück sei mit dem Baugrundstück der Beigel. durch eine Vereinigungsbaulast gem. §§ 4 I 2, 92 NdsBauO zu einem Baugrundstück i.S. der Niedersächsischen Bauordnung zusammengeschlossen. Das hindere die Geltendmachung von nachbarlichen Abwehransprüchen aus § 46 I 2 NdsBauO. Diese Ausführungen beruhen auf der Auslegung des irreversiblen niedersächsischen Landesrechts. An sie ist das RevGer. gem. §§ 137 I, 173 VwGO, § 562 ZPO gebunden.

2. Kein Verstoß gegen § 15 I 2 BauNVO
Das BerGer. führt jedoch weiter aus, § 15 I BauNVO sei hinsichtlich der Einstellplätze nicht anzuwenden, weil § 46 I 2 NdsBauO spezialgesetzlich regele, an welcher Stelle des Baugrundstücks ggf. wie viele Einstellplätze ohne Verstoß gegen das Gebot der Rücksichtnahme angelegt werden dürfen.

II. Ansicht des BVerwG
Die darin zum Ausdruck kommende Rechtsauffassung, dass die Frage, ob von Stellplätzen einschließlich ihrer Zufahrten unzumutbare Belästigungen oder Störungen i. S. des § 15 I 2 BauNVO ausgehen könnten, allein nach § 46 I 2 NdsBauO zu beurteilen sei, ist mit Bundesrecht nicht vereinbar.

1. Keine Verdrängung des § 15 I BauNVO durch Bauordnungsrecht

a. Unterschiedliche Zweckrichtungen

Die Annahme eines lex-specialis-Verhältnisses zwischen den Regelungen des § 46 I 2 NdsBauO und des § 15 I BauNVO verbietet sich schon wegen ihrer Zugehörigkeit zu verschiedenen Rechtsgebieten mit unterschiedlicher Zweckrichtung und unterschiedlicher Gesetzgebungskompetenz (vgl. dazu BVerfGE 3, 407). Die landesrechtliche Vorschrift des § 46 NdsBauO gehört zum Bauordnungsrecht. Sie stellt aus baupolizeilicher Sicht, insbesondere zur Gefahrenabwehr, Anforderungen an Garagen und andere Stellplätze. Dagegen ist § 15 BauNVO eine bundesrechtliche Norm des Bodenrechts. Sie regelt aus städtebaulicher Sicht allgemeine Voraussetzungen für die Zulässigkeit baulicher und sonstiger Anlagen; der Akzent liegt hier auf der Vereinbarkeit der baulichen Anlage mit dem jeweiligen Gebietscharakter. Soweit beide Vorschriften gebieten, dass von Stellplätzen keine unzumutbaren Beeinträchtigungen für die Nachbarschaft ausgehen dürfen, stimmen sie zwar im Ergebnis regelmäßig überein. In diesem Sinne - aber auch nur im Hinblick auf das Ergebnis der Prüfung im konkreten Einzelfall, also aus tatsächlichen Gründen - hat der Senat formuliert, dass für die Anwendung des Rücksichtnahmegebots aus § 15 I BauNVO insoweit kein Raum sei, wie die durch dieses Gebot geschützten Belange auch durch spezielle bauordnungsrechtliche Vorschriften geschützt werden und das konkrete Vorhaben deren Anforderungen genügt (BVerwG, NVwZ 1986, 468; BVerwGE 94, 151, 160). Spezialgesetzlich ausgeschlossen durch § 46 I 2 NdsBauO oder eine andere bauordnungsrechtliche Vorschrift wird § 15 I 2 BauNVO dagegen nicht.

b. Einheit der Rechtsordnung

Die Annahme, § 15 I 2 BauNVO werde durch landesrechtliche Vorschriften verdrängt, wäre auch deshalb rechtsfehlerhaft, weil sie zu unterschiedlichem Bundesrecht in den einzelnen Bundesländern führen würde. Wenn nämlich die landesrechtlichen Vorschriften über Stellplätze die Anwendung des § 15 I 2 BauNVO ausschließen könnten, würde die Reichweite dieser bundesrechtlichen Norm vom jeweiligen Inhalt der Bauordnungen der Bundesländer abhängen. Im Allgemeinen mögen sich zwar keine erheblichen Unterschiede zwischen den Stellplatzvorschriften der Länder feststellen lassen. Der vorliegende Fall verdeutlicht jedoch exemplarisch, dass im Einzelfall sogar gravierende Unterschiede möglich sind. Nach der Rechtsauffassung des für die Auslegung der Niedersächsischen Bauordnung letztinstanzlich zuständigen BerGer. vermittelt nämlich die niedersächsische Stellplatzvorschrift ausnahmsweise dann keinen Drittschutz, wenn die betroffenen Grundstücke durch eine Baulast nach niedersächsischem Recht miteinander verbunden sind. Würde § 15 I 2 BauNVO durch § 46 I 2 NdsBauO verdrängt, so würde beim Vorliegen einer Vereinigungsbaulast auch der Nachbarschutz aus § 15 I 2 BauNVO vollständig entfallen, obwohl der bauplanungsrechtliche Grundstücksbegriff durch landesrechtliche Baulasten nicht verändert werden kann (BVerwGE 88, 24). Zumindest hinsichtlich seiner drittschützenden Wirkung würde die bundesrechtliche Vorschrift des § 15 BauNVO in den verschiedenen Bundesländern nach Maßgabe des Landesrechts auch in tatsächlicher Hinsicht ganz unterschiedlich angewendet werden müssen. Eine solche Modifikation des Bundesrechts durch das Landesrecht ist unzulässig (vgl. auch BVerwG, NVwZ 1989, 353).

2. Kein Verstoß gegen § 15 I 2 BauNVO

Indem das BerGer. nicht geprüft hat, ob die Genehmigung für die sieben Stellplätze zum Vorhaben der Beigel. mit dem drittschützenden Rücksichtnahmegebot in § 15 I 2 BauNVO vereinbar sind, hat es Bundesrecht verletzt. Gleichwohl ist seine Entscheidung nicht aufzuheben, weil sie sich im Ergebnis aus anderen Gründen als richtig erweist.

a. Kein Verzicht auf Drittschutz durch Übernahme der Baulast

Dies folgt allerdings nicht schon daraus, dass die Kl. - bzw. ihre Rechtsvorgänger - durch die Übernahme der Baulast auf Abwehrrechte aus § 15 I BauNVO verzichtet hätten, wie die Bekl. meint. Zwar verbietet es Bundesrecht nicht, dass sich der Eigentümer durch die Übernahme einer Baulast hinsichtlich der bebauungsrechtlich zulässigen Nutzung seines Grundstücks enger bindet, als ihn die Bauaufsichtsbehörde einseitig binden könnte (BVerwG, Buchholz 406.17 Nr. 24). Das BerGer. hat aber nicht festgestellt, dass die Vereinigungsbaulast der Bet. auch einen Verzicht auf nachbarliche Abwehrrechte des Bundesrechts enthält. Ob die Vereinigungsbaulast auch ohne besondere Vereinbarung zu einer weitergehenden Beschränkung der Nachbarrechte führt, ist zunächst eine Frage des Landesrechts. Insoweit ist das BerGer. jedoch keineswegs der Auffassung, dass der Nachbar durch die Einräumung einer Vereinigungsbaulast seine Rechtsstellung als Nachbar i. S. des öffentlichen Baurechts insgesamt verliert (OVG Lüneburg, NVwZ-RR 1998, 12); nach seiner Auffassung kann er sich nur nicht auf die Grenzabstandsvorschriften sowie auf § 46 I 2 NdsBauO berufen.

b. Errichtung der Stellplätze jedoch nicht rücksichtslos

Die vom BerGer. getroffenen Feststellungen ermöglichen aber die Beurteilung, dass die streitigen Stellplätze mit § 15 I 2 BauNVO vereinbar sind [wird ausgeführt].

Standort: VerwR AT Problem: "Reformatio in peius" bei Fachaufsicht

VGH MANNHEIM, URTEIL VOM 19.01.2001
8 S 2121/00(VBLBW 2001, 313)

Problemdarstellung:

Der VGH Mannheim hatte sich in der vorliegenden Entscheidung mit der Zulässigkeit eines verbösernden Widerspruchsbescheids (sogen. "reformatio in peius") zu befassen. Zentrale Streitpunkte waren die Notwendigkeit einer vorherigen Anhörung durch die Widerspruchsbehörde, § 71 VwGO, wenn sich die (Ausgangs-)behörde im Verwaltungsakt eine weitere Sachprüfung vorbehalten hatte (vom VGH verneint), sowie *das* Problem der reformatio in peius, nämlich die Zuständigkeit der Widerspruchsbehörde. Das Gericht vertritt die Auffassung, dass jedenfalls im Bereich der sogen. "Fachaufsicht", wenn also ein unbeschränktes Weisungsrecht der Widerspruchs- gegenüber der Ausgangsbehörde bestehe, an der Zuständigkeit nicht gezweifelt werden könne, da es keinen Unterschied mache, ob die Widerspruchsbehörde die Ausgangsbehörde im Wege der Fachaufsicht zur Verböserung gegenüber dem Bürger anweise oder sie diese selbst vornehme. Der VGH verteidigt diese Ansicht gegen die Bedenken der Vorinstanz, die in der Fachaufsichtskompetenz lediglich eine interne, nicht jedoch eine externe Kompetenz gegenüber dem Bürger erblickt und für die Begründung einer solchen mit Blick auf den Gesetzesvorbehalt aus Art. 20 III GG eine explizite gesetzliche Zuständigkeitsregelung gefordert hatte.

Prüfungsrelevanz:

Wird vom Kläger allein der Widerspruchsbescheid - also nur die von in diesem enthaltene Verböserung - angefochten, ist bereits in der Statthaftigkeit der Anfechtungsklage darauf hinzuweisen, dass dies über § 79 I Nr. 2, II VwGO grds. möglich ist.

In der Prüfung der formellen Rechtmäßigkeit werden Zuständigkeit und Verfahren, in letzterem insbes. die Anhörung gem. § 71 VwGO zu erörtern sein (der VGH erörtert das Verfahren vor der Zuständigkeit; im Gutachtenaufbau sollte die gewohnte, umgekehrte Reihenfolge eingehalten werden). Die Zuständigkeit ist unproblematisch, wenn Ausgangs- und Widerspruchsbehörde identisch sind (Fälle des § 73 I Nr. 2, 3 VwGO) oder eine ausdrückliche Zuständigkeit normiert ist (selten). In den übrigen Fäälen geht die h.M. aber auch davon aus, dass der Devolutiveffekt des Widerspruchs die Sachkompetenz von der Ausgangs- auf die Widerspruchsbehörde überleitet. Handelt eine Bundesbehörde, mögen hierfür bereits die Regelungen der §§ 68 ff., 73 VwGO genügen, welche die Zulässigkeit einer reformatio in peius wenn nicht begründen, so doch zumindest voraussetzen; handelt hingegen eine Landesbehörde, genügen die Regelungen der VwGO schon wegen der fehlenden Gesetzgebungskompetenz des Bundes für landesrechtliche Zuständigkeiten nicht. Hier wird auf die landesrechtliche Kompetenzverteilung abzustellen sein, wie dies auch durch den VGH im vorliegenden Urteil geschehen ist, der die Befugnis zur reformatio in peius aus der Fachaufsichtskompetenz (also dem unbeschränkten Weisungsrecht) der Widerspruchsbehörde ableitet.

Vertiefungshinweise:

- Zur Anhörung nach § 71 VwGO: *BVerwG*, RA 2000, 72 = BayVBl 2000, 55
- Zur Zuständigkeit nach Landesrecht: *BVerwGE* 51, 310, 313; 65, 313, 319; *BVerwG*, NVwZ-RR 1997, 26; NVwZ 1987, 215
- Zum materiellen Umfang der Verböserungsbefugnis: *BayVGH*, NJW 1982, 460
- Zur Zulässigkeit der reformatio in peius insgesamt: *Schildheuer*, NVwZ 1997, 637; *Klindt*, NWVBl 1996, 452

Kursprogramm:

- *Examenskurs*: "Doppeltes Unglück"

Leitsätze:

1. Die höhere Wasserbehörde ist aufgrund des ihr gemäß § 25 Abs. 3 LVG zustehenden Weisungsrechts befugt, in einem über die Höhe des Wasserentnahmeentgelts geführten Widerspruchsverfahren den angefochtenen Bescheid zum Nachteil des Widerspruchsführers zu ändern.

2. Steht der angefochtene Bescheid unter dem Vorbehalt einer späteren Nachprüfung, kann die Widerspruchsbehörde ohne Verstoß gegen § 71 VwGO von einer vorherigen Anhörung des Widerspruchsführers absehen.

Sachverhalt:

Die Kl. des Ausgangsverfahrens hatte die ihr unter dem Vorbehalt einer späteren Nachprüfung erteilten Festsetzungsbescheide über die Höhe des von ihr zu zahlenden Wasserentnahmeentgelts für die Jahre 1997 (1.856.256,40 DM) und 1998 (1.665.348,65 DM) mit Widerspruch angegriffen, wobei sie den Widerspruch das Jahr 1997 betreffend auf einen 711.310 DM übersteigenden Betrag beschränkte, da sie (nur) insoweit

eine Ermäßigung beanspruchte. Über die Widersprüche entschied die höhere Wasserbehörde, das Regierungspräsidium K., per Widerspruchsbescheid vom 11.9.1999. Darin setzte sie die Höhe der Wasserentnahmeentgelte zu Lasten der Kl. jeweils auf neue, höhere Beträge fest. Eine vorherige Anhörung der Kl. unterblieb. Die gegen den Widerspruchsbescheid vom 11.9.1999 erhobene Klage hatte vor dem VG Karlsruhe Erfolg; dessen Urteil hält jedoch einer berufungsrechtlichen Überprüfung nicht stand.

Aus den Gründen:

Das VG hat der Klage zu Unrecht stattgegeben, soweit das Regierungspräsidium K. in seinem Widerspruchsbescheid vom 11.8.1999 für das Jahr 1997 ein Wasserentnahmeentgelt von mehr als 1 856 256,40 DM und für das Jahr 1998 ein Wasserentnahmeentgelt von mehr als 1 665 348,65 DM festgesetzt hat [...].

I. Formelle Rechtmäßigkeit des Widerspruchsbescheids

1. Anhörung

Der Widerspruchsbescheid ist nicht bereits deshalb rechtswidrig, weil das Regierungspräsidium der Klägerin vor dessen Erlass keine Möglichkeit gegeben hat, zu der beabsichtigten Erhöhung des Wasserentnahmeentgelts Stellung zu nehmen.

a. Erforderlichkeit

Nach § 71 VwGO soll zwar der Betroffene vor Erlass des Abhilfe- oder des Widerspruchsbescheids gehört werden, wenn die Aufhebung oder Änderung des angefochtenen Verwaltungsakts erstmalig mit einer Beschwer verbunden ist. Die Vorschrift begründet damit - abgesehen von atypischen Sachverhalten - die Pflicht, den Betroffenen vor Erlass des Widerspruchsbescheides von der beabsichtigten Verböserung zu unterrichten. Dies gilt nach der Neufassung des § 71 VwGO auch für die aufgrund bekannter Tatsachen erfolgende rechtliche Neubewertung (BVerwG, NVwZ 1999, 1218, 1219).

b. Entbehrlichkeit wegen Nachprüfungsvorbehalts

Im vorliegenden Fall besteht jedoch die Besonderheit, dass die Ausgangsbescheide jeweils unter dem ausdrücklichen Vorbehalt einer Nachprüfung ergangen waren und die Klägerin darauf aufmerksam gemacht worden war, dass die endgültige Entscheidung über die von ihr beanspruchte Ermäßigung erst zu einem späteren Zeitpunkt getroffen werde. Sie musste deshalb auch ohne einen besonderen Hinweis durch das Regierungspräsidium mit einer Abänderung der Bescheide zu ihren Ungunsten rechnen, so dass von einer vorherigen Anhörung abgesehen werden konnte.

2. Zuständigkeit

Das VG hat den Widerspruchsbescheid aufgehoben, soweit das Regierungspräsidium das von der Klägerin zu zahlende Wasserentnahmeentgelt gegenüber den Ausgangsbescheiden erhöht und die Bescheide damit zu Ungunsten der Klägerin geändert hat, da ihm nach seiner Ansicht für ein solches Vorgehen die Zuständigkeit gefehlt habe. Dem vermag der Senat nicht zu folgen.

a. Zuständige Widerspruchsbehörde

Die auf § 73 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 bzw. - für das Jahr 1997 - auf Abs. 1 S. 2 Nr. 2 VwGO beruhende Zuständigkeit des Regierungspräsidiums zur Entscheidung über die von der Klägerin eingelegten Widersprüche steht außer Frage.

b. Zuständigkeit zur Verböserung

Zweifelhaft kann daher nur sein, ob mit dieser Zuständigkeit die Befugnis verbunden ist, die angefochtenen Bescheide auch zum Nachteil des Widerspruchsführers zu verändern. Entgegen der Ansicht des VG ist diese Frage zu bejahen.

aa. Herleitung aus der Fachaufsicht

Nach ständiger Rechtsprechung ergibt sich die Befugnis der Widerspruchsbehörde, den angefochtenen Verwaltungsakt zum Nachteil des Widerspruchsführers abzuändern ("reformatio in peius") nicht schon aus den §§ 68 ff., 73 VwGO, sondern richtet sich nach dem jeweils anzuwendenden materiellen Bundes- oder Landesrecht einschließlich seiner Zuständigkeitsvorschriften (vgl. BVerwGE 51, 310, 313; 65, 313, 319). Im Anschluss an diese Rechtsprechung hat der VGH Bad.-Württ. in einem Fall, in dem der Kläger zur Rückzahlung von Leistungen nach dem BAföG verpflichtet worden war, die Zulässigkeit einer reformatio in peius im Widerspruchsverfahren mit der Begründung bejaht, dass das für die Entscheidung über den Widerspruch zuständige Landesamt für Ausbildungsförderung nach § 1 S. 2 des BAföG-AGBW die Fachaufsicht über die Ämter für Ausbildungsförderung ausübe und ihm daher gemäß § 25 Abs. 3 LVG ein unbeschränktes Weisungsrecht zustehe. Unter diesen Umständen bedürfe es keines darüber hinausgehenden Selbsteintrittsrechts, um die Befugnis der Widerspruchsbehörde zu begründen, die Rückforderung zum Nachteil des Auszubildenden zu erhöhen. Vielmehr dürfe die gemäß §§ 68, 73 VwGO mit der Sache befasste Widerspruchsbehörde sich diesen Umstand zunutze machen und statt einer bindenden Weisung an die Erstbehörde selbst der Rechtslage Rechnung tragen, indem sie nicht nur den Widerspruch zurückweise, sondern selbst die weitergehende Rücknahme des zuvor ergangenen Bewilligungsbescheids verfüge (Urteil vom 9.10.1989 - 7 S 571/89 - VGHE 41, 76 L). In derselben Weise hat der VGH in einem

Fall argumentiert, in der es um die Verschärfung einer Gewerbeuntersagung im Widerspruchsverfahren ging, und die Befugnis der Widerspruchsbehörde zu einem solchen Vorgehen ebenfalls damit begründet, dass sie zugleich die Fachaufsicht über die Ausgangsbehörde ausübe (Beschluss vom 6.3.1996 - 14 S 2976/95 -).

(1). Kein gesondertes Selbsteintrittsrecht erforderlich
Die vom Kläger in diesem Verfahren eingelegte Nichtzulassungsbeschwerde wurde vom BVerwG mit der Begründung zurückgewiesen, dass eine derartige Argumentation aus der Sicht des Bundesrechts nicht zu beanstanden sei. Insbesondere sei nichts dagegen einzuwenden, wenn das Landesrecht daran anknüpfe, dass die Widerspruchsbehörde bereits mit der Angelegenheit befasst sei, die Sache also nicht erst aufgrund eines Selbsteintritts an sich zu ziehen brauche. Eines Selbsteintrittsrechts bedürfe es nicht, da die Zuständigkeit der Widerspruchsbehörde ihre Grundlage in den §§ 68, 73 VwGO habe. Diese Vorschriften stellten die kompetenzrechtliche Grundlage zur Verfügung, wenn Landesrecht die zur Entscheidung über den Widerspruch zuständige Behörde auch zur Verböserung ermächtige (BVerwG, NVwZ-RR 1997, 26).

(2). Selbstvornahme statt Weisung
Der Senat sieht keinen Anlass, von dieser Rechtsprechung abzuweichen. Soweit die zuständige Widerspruchsbehörde zugleich Fachaufsichtsbehörde ist und die Ausgangsbehörde deshalb dazu anweisen kann, den im Widerspruchsverfahren zur Überprüfung stehenden Verwaltungsakt auch zum Nachteil des Widerspruchsführers zu ändern, ist nicht einzusehen, wieso ihr nicht die Befugnis zustehen sollte, die für erforderlich gehaltene Änderung der von der Ausgangsbehörde getroffenen Regelung selbst vorzunehmen, wenn die Angelegenheit mit dem gegen den Verwaltungsakt eingelegten Widerspruch an sie herangetragen worden ist. Die Interessen des Widerspruchsführers werden davon nicht berührt, da es aus seiner Sicht keinen Unterschied machen kann, von welcher Behörde und in welchem Verfahren die mit dem angefochtenen Verwaltungsakt getroffene Regelung zu seinem Nachteil geändert wird. Da § 25 Abs. 3 LVG dem Regierungspräsidium gegenüber der für die Festsetzung des Wasserentnahmeentgelts zuständigen und dabei seiner Fachaufsicht unterliegenden Stadt K. ein unbeschränktes Weisungsrecht einräumt, war es demnach berechtigt, die angefochtenen Bescheide durch Festsetzung eines höheren Entgelts auch zu Ungunsten der Klägerin zu ändern.

(3). Kein Verstoß gegen den Gesetzesvorbehalt
Das VG wendet dagegen zu Unrecht ein, dass es im Bereich der Eingriffsverwaltung, zu der die Erhebung des Wasserentnahmeentgelts zu rechnen sei, für die Begründung der Zuständigkeit einer Behörde eines Rechtssatzes, d. h. eines Gesetzes oder einer aufgrund einer gesetzlichen Ermächtigung erlassenen Rechtsverordnung bedürfe. Soweit es in Bezug hierauf einen Unterschied zu dem von ihm zitierten Urteil des VGH Bad.-Württ. v. 9.10.1989 sieht, lässt es außer Betracht, dass es in diesem Fall ebenfalls um einen Eingriffsakt ging, nämlich - wie bereits erwähnt - um die Rückforderung von Leistungen nach dem BAföG. Allein der Umstand, dass dieser Eingriffsakt im Bereich der Leistungsverwaltung ergangen ist, rechtfertigt es nicht, in einem solchen Fall an die Befugnis der Widerspruchsbehörde zu einer reformatio in peius andere Maßstäbe anzulegen. Der Einwand ist unabhängig davon auch sachlich nicht begründet, da sich die vom VG vermisste gesetzliche Regelung der Zuständigkeit aus den §§ 68, 73 VwGO ergibt, sofern man, wie dies der Senat für richtig hält, annimmt, dass das Landesrecht, indem es der Widerspruchsbehörde ein unbeschränktes Weisungsrecht gegenüber der Ausgangsbehörde einräumt, auch zu einer "Verböserung" des angefochtenen Verwaltungsakts im Widerspruchsverfahren ermächtigt.

(4). Keine zwingende Unterscheidung zwischen Innen- und Außenverhältnis
Für nicht überzeugend hält der Senat auch das Argument, dass § 25 Abs. 3 LVG lediglich die übergeordnete Behörde zum Erlass von Weisungen gegenüber der der Fachaufsicht unterworfenen Behörde ermächtige und sich damit auf das Innenverhältnis der öffentlichen Verwaltung beschränke. Im Grundsatz ist das zwar sicher richtig. Das schließt jedoch nicht aus, der Vorschrift, soweit es um die Befugnis der Fachaufsichtsbehörde zu einer reformatio in peius im Widerspruchsverfahren geht, auch eine hierauf beschränkte Außenwirkung beizulegen [...].

bb. Keine Beschränkung durch Teilwiderspruch
Die Klägerin hält die im Widerspruchsbescheid vorgenommene Erhöhung des Wasserentnahmeentgelts unabhängig von der Befugnis der Widerspruchsbehörde zur reformatio in peius jedenfalls insoweit für rechtswidrig, als es um das Entgelt für das Jahr 1997 geht, da sich der gegen den Bescheid vom 8.5.1998 eingelegte Widerspruch nur gegen die Ablehnung einer über 50% hinausgehenden Ermäßigung gerichtet habe. Soweit ihrem Antrag entsprochen worden sei, sei daher kein Devolutiveffekt eingetreten. Dem kann nicht gefolgt werden.

(1). Grundsätzlich Beschränkung möglich
Die Entscheidungsbefugnis der Widerspruchsbehörde ist allerdings auf den durch den Widerspruch begrenzten Rahmen begrenzt. Die Widerspruchsbehörde darf deshalb nicht einen Widerspruch zum Anlass nehmen,

weitere rechtlich selbstständige Regelungen zu treffen, die über den Inhalt des angefochtenen Verwaltungsakts hinausgehen (vgl. BayVGH, NJW 1982, 460). In den Fällen, in denen ein Verwaltungsakt mehrere rechtlich selbstständige Entscheidungen enthält, gilt Entsprechendes. Beschränkt der Widerspruchsführer seinen Widerspruch auf einen Teil des Verwaltungsakts, ist die Widerspruchsbehörde nicht berechtigt, den nicht angefochtenen Teil zu verschärfen, da insoweit ihre Entscheidungszuständigkeit durch den Widerspruch nicht begründet worden ist.

(2). Hier jedoch keine selbstständige Teilregelung
Ein solcher Fall ist hier jedoch nicht gegeben. Zwar hat die Klägerin gegen den Bescheid vom 8.5.1998 nur teilweise Widerspruch eingelegt, nämlich insoweit, als das Regierungspräsidium das für 1997 zu zahlende Wasserentnahmeentgelt auf mehr als 711.310 DM festgesetzt hatte. Daraus, dass die Klägerin ihre Zahlungspflicht in dieser Höhe anerkannt hat und der angefochtene Bescheid insoweit bestandskräftig geworden ist, ergeben sich für die Befugnis der Widerspruchsbehörde, das zu zahlende Wasserentnahmeentgelt auf einen gegenüber dem angefochtenen Bescheid höheren Betrag festzusetzen, keine Beschränkungen.

II. Materielle Rechtmäßigkeit
Die Heraufsetzung des von der Klägerin zu zahlenden Entgelts auf die im Widerspruchsbescheid genannten Beträge ist auch in materiell-rechtlicher Hinsicht nicht zu beanstanden [wird ausgeführt].

Zivilrecht

Standort: Verbraucherrecht — Problem: Formbedürftigkeit einer Vollmacht

BGH, URTEIL VOM 24.04.2001
XI ZR 40/00 (NJW 2001, 1931)

Problemdarstellung:
Mit dieser Entscheidung konnte der BGH die höchstrichterlich bislang noch nicht entschiedene Frage klären, ob und inwieweit die Vorschriften des VerbrKrG bei der Erteilung von Vollmachten zum Abschluss von Verbraucherkreditverträgen zu berücksichtigen sind. Im vorliegenden Fall war eine solche Vollmacht zwar notariell beurkundet, was gem. § 126 III BGB die Schriftform ersetzt, aber ohne Angabe der Informationen gem. § 4 I 4 Nr. 1 VerbrKrG.

Der BGH verneint das Erfordernis nach diesen Mindestangaben bei der Vollmachtserteilung. Nach dem im Vertretungsrecht herrschenden Repräsentationsprinzip ist es erforderlich und ausreichend, dass der Stellvertreter vom Vertragsgegner die wesentlichen Informationen über die einzelnen Vertragsbedingungen erhält und daraufhin die Entscheidungen für den Vertretenen treffen kann. Des weiteren verweist der BGH auf seine Rechtsprechung zu Vollmachtserteilung und HWiG, wo ebenfalls entscheidend ist, ob der Bevollmächtigte bei Abgabe seiner Willenserklärung in einer Haustürsituation sich befunden hat, während es grundsätzlich unerheblich ist, ob die Vollmacht in einer solchen Situation erteilt worden ist. Schließlich gibt der BGH zu Bedenken, dass eine Vollmachtserteilung bei Erfordernis der Mindestangaben gem. § 4 I 4 Nr. 1 VerbrKrG weitgehend unmöglich wäre. Die jeweiligen Angaben müssten schon gemacht werden können, bevor überhaupt der Vertreter die Kreditvertrag mit dem Unternehmer aushandelt und abschließt.

Prüfungsrelevanz:
Im Verbraucherschutzrecht der jeweiligen Sondergesetze (VerbrKrG, HWiG, FernAbsG, etc.) wird stets nur das konkrete Rechtsverhältnis zwischen Verbraucher und Unternehmer geregelt; die vielfältigen Möglichkeiten zur Beteiligung von Dritten bleiben unerwähnt. Infolgedessen ist die korrekte Handhabung von Drittbeteiligungen bei Verbraucherverträgen nur durch das Studium von Rechtsprechung und Literatur erlernbar. So ist u.a. in Rechtsprechung und Literatur umstritten, inwieweit § 4 I VerbrKrG bei Vollmachtserteilung zum Abschluss von Verbraucherkreditverträgen zu beachten ist. So wird die Auffassung vertreten, jede Kreditvollmacht bedürfe der Schriftform gem. § 4 I 1 VerbrKrG und müsse die Angaben gem. § 4 I 4 Nr. 1 VerbrKrG enthalten. Dieser Ansicht folgt ein Teil der Rechtsprechung und Lehre für die Fälle, in denen die Vollmacht unwiderruflich erteilt oder der Widerruf sanktionsbewehrt ist. Demgegenüber hält die von der obergerichtlichen Rechtsprechung und der Lehre überwiegend vertretene Auffassung die Mindestangaben gem. § 4 I 4 Nr. 1 VerbrKrG in der Vollmachtsurkunde in jedem Fall für entbehrlich und die Schriftform nur bei unwiderruflich erteilten oder unter erschwerten Bedingungen widerruflichen Vollmachten für erforderlich.

Vertiefungshinweise:

❝ Für die Angaben nach § 4 I 4 Nr. 1 VerbrKrG in der Kreditvollmacht: *LG Potsdam*, WM 1998, 1235; *Bülow*, VerbrKrG, 3. Aufl., § 4 Rdnr. 37; *v. Westphalen* u.a., VerbrKrG, 2. Aufl. [1996], § 4 Rdnr. 28

❝ Angaben nach § 4 I 4 Nr. 1 VerbrKrG nur bei unwiderruflicher oder sanktionsbewährter Vollmacht: *OLG München*, NJW 1999, 1456; *OLG Karlsruhe*, WM 2000, 1996

❝ Keine Angaben nach § 4 I 4 Nr. 1 VerbrKrG in der Vollmacht notwendig: *OLG Köln*, WM 2000, 127, 129; *OLG Frankfurt a. M.*, OLGR 2000, 191; *Bruchner*, WM 1999, 825, 836

Kursprogramm:

❝ *Examenskurs*: "Existenzgründung auf Raten"

❝ *Examenskurs*: "Drum prüfe wer für Papi bürgt"

Leitsatz:

Eine Vollmacht, die zum Abschluss eines Verbraucherkreditvertrags erteilt wird, muss grundsätzlich nicht die Mindestangaben über die Kreditbedingungen (§ 4 I 4 Nr. 1 VerbrKrG) enthalten.

Sachverhalt:

Die Parteien streiten in der Revisionsinstanz noch über die Wirksamkeit einer Vollmacht zum Abschluss eines Verbraucherkreditvertrags und über die damit zusammenhängende Pflicht der Kl., der bekl. Bank vertragliche Darlehenszinsen zu zahlen. Dem liegt im Wesentlichen folgender Sachverhalt zu Grunde: Die Kl. gaben am 21. 6. 1992 ein notariell beurkundetes Angebot auf Abschluss eines umfassenden Geschäftsbesorgungsvertrags mit der C-Steuerberatungsgesellschaft mbH (im Folgenden: C) ab. Dieses Angebot enthält unter anderem die Vollmacht, für die Kl. eine Eigentumswohnung in einem in O. zu errichtenden Studentenwohnheim zu erwerben, einen Gesellschaftsvertrag zum Zwecke der Errichtung des Bauvorhabens abzuschließen und die erforderlichen Finanzierungsdarlehen aufzunehmen. Detaillierte Angaben über Inhalt und Modalitäten der abzuschließenden Darlehensverträge sind nicht enthalten. Die C nahm dieses Vertragsangebot an. Sie erwarb im Juli 1992 im Namen der Kl. die noch nicht fertig gestellte Eigentumswohnung und erklärte den Beitritt zu einer GbR "Studentenwohnheim", deren Zweck in der, Fertigstellung des Bauvorhabens lag. Ende Dezember 1992 schloss sie für die Kl. mit der Rechtsvorgängerin der bekl. Bank zwei Darlehensverträge, und zwar über ein Annuitätendarlehen in Höhe von 39 371 DM mit einem anfänglichen effektiven Jahreszins von 8,91% und über ein durch eine Kapitallebensversicherung zu tilgendes Festdarlehen von 126054 DM mit einem anfänglichen effektiven Jahreszins von 8,84%.

Die Kl. haben in erster Linie Schadensersatzansprüche aus angeblichem Verschulden der Bekl. bei Vertragsschluss geltend gemacht und mit ihren Hauptanträgen die Rückzahlung geleisteten Zinsen sowie die Freistellung von sämtlichen Rückzahlungsverpflichtungen - Zug um Zug gegen Übertragung ihrer Miteigentumsanteile - verlangt. Hilfsweise begehren sie wegen angeblicher Formunwirksamkeit der Kreditvollmacht die Feststellung, dass die Bekl. die von ihnen geleisteten über den gesetzlichen Zinssatz von 4% hinausgehenden Darlehenszinsen zu erstatten und der Kl. zu 2 künftig lediglich Zinsen in dieser Höhe zu entrichten habe. LG und OLG, dessen Urteil in WM 2000, 292 veröffentlicht ist, haben die Klage abgewiesen. Mit der Revision verfolgten die Kl. ihre Ansprüche in vollem Umfang weiter. Die Revision wurde nur hinsichtlich der Hilfsantrage angenommen. Die Revision hatte jedoch keinen Erfolg.

Aus den Gründen:

A. Entscheidung und Begründung des BerGer.

Das BerGer. hat die Abweisung der Hilfsanträge im Wesentlichen wie folgt begründet:

Die Darlehensverträge selbst enthielten die vom Verbraucherkreditgesetz geforderten Mindestangaben und seien daher wirksam.

Auch die der C erteilte Vollmacht zum Abschluss der Darlehensverträge sei formwirksam. Deshalb könne die Bekl. die vertraglich vereinbarten Zinsen verlangen, die sich nicht gem. § 6 II 2 VerbrKrG auf den gesetzlichen Zinssatz ermäßigten. Zwar müsse der sich aus § 167 II BGB ergebende Grundsatz der formfreien Erteilung von Vollmachten im Hinblick auf § 4 I 1 VerbrKrG dahin eingeschränkt werden, dass Vollmachten zum Abschluss von Verbraucherkreditverträgen der Schriftform bedürften. Dem sei aber durch die notarielle Beurkundung der Vollmacht hinreichend Rechnung getragen. Weitere formelle Anforderungen seien nicht zu beachten. Insbesondere müsse die Kreditvollmacht nicht die Mindestangaben gem. § 4 I 4 Nr. 1 VerbrKrG enthalten.

B. Bestätigung durch den BGH

Diese Ausführungen halten einer revisionsrechtlichen Überprüfung stand. Das BerGer. ist rechtsfehlerfrei zu dem Ergebnis gelangt, dass die Darlehensverträge wirksam zu Stande gekommen sind und der Bekl. damit Zinsen in der vertraglich vereinbarten Höhe zustehen.

I. Formeinhaltung bei den Darlehensverträgen

Das BerGer. hat rechtsfehlerfrei festgestellt, dass die schriftlich abgefassten Darlehensverträge formwirksam seien, weil sie die von § 4 I 4 Nr. 1 VerbrKrG geforderten Mindestangaben enthielten. Das wird von der Revision nicht beanstandet.

2. Formeinhaltung bei der Vollmacht

Zu Recht hat das BerGer. die Wirksamkeit der Darlehensverträge nicht daran scheitern lassen, dass die von

den Kl. der C erteilte Vollmacht die Angaben gem. § 4 I 4 Nr. 1 VerbrKrG nicht enthält.

a. Formbedürftigkeiten von Vollmachten nach VerbrKrG (gegenwärtiger Streitstand)

Die höchstrichterlich bislang noch nicht entschiedene Frage, ob und inwieweit die Vorschriften des Verbraucherkreditgesezes bei der Erteilung von Vollmachten zum Abschluss von Verbraucherkreditverträgen zu berücksichtigen sind, ist umstritten. So wird unter anderem die Auffassung vertreten, jede Kreditvollmacht bedürfe der Schriftform gem. § 4 I 1 VerbrKrG und müsse die Angaben gem. § 4 I 4 Nr. 1 VerbrKrG enthalten (LG Potsdam, WM 1998, 1235; Bülow, VerbrKrG, 3. Aufl., § 4 Rdnr. 37; Derleder, NJW 1993, 2401 [2404]; Frisch, VuR 1999, 432 [437]; v. Westphalen/Emmerich/v.Rottenburg, VerbrKrG, 2. Aufl. [1996], § 4 Rdnr. 28). Dieser Ansicht folgt ein Teil der Rechtsprechung und Lehre jedenfalls für die Fälle, in denen die Vollmacht unwiderruflich erteilt oder der Widerruf sanktionsbewehrt ist. Es wird darauf verwiesen, dass im Anwendungsbereich des Verbraucherkreditgesetzes das Ziel eines funktionierenden Verbraucherschutzes gegenüber dem dem Recht der Stellvertretung zu Grunde liegenden Repräsentationsprinzip vorrangig sei (OLG München, NJW 1999, 1456 = WM 1999, 1456 [1457 f.]; OLG Karlsruhe, WM 2000, 1996, m. abl. Anm. Peters/Riechert, WuB 1 E 2. § 4 VerbrKrG 6.00; vgl. auch Ulmer, in: MünchKomm, 3. Aufl., § 4 VerbrKrG Rdnrn. 17ff.).

Demgegenüber hält die von der obergerichtlichen Rechtsprechung und der Lehre überwiegend vertretene Auffassung die Mindestangaben gem. § 4 I 4 Nr. 1 VerbrKrG in der Vollmachtsurkunde in jedem Fall für entbehrlich und die Schriftform nur bei unwiderruflich erteilten oder unter erschwerten Bedingungen widerruflichen Vollmachten für erforderlich (OLG Köln, NZM 2000, 924 = WM 2000, 127 [129 f.]; OLG Frankfurt a. M., OLGR 2000, 191; OLG Zweibrücken, OLGR 2000, 336; OLG Frankfurt a. M., WM 2001, 353 [354 f.]; OLG Karlsruhe, WM 2001, 356 [358 f.]; vgl. auch Bruchner, WM 1999, 825 [836f.]; Horn/Balzer, WM 2000, 333 [342]; Peters, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, BankR-Hdb., 2. Aufl., § 81 Rdnr. 94e; Rösler, WuB I G 5.-9.99; Kessal-Wulf, in: Staudinger, BGB, 13. Bearb., § 4 VerbrKrG Rdnr. 16; Steinhauer, EWiR 1999, 277; Volmer, MittBayNot 1999, 346 [349]).

b. Schriftform gem. § 4 I 1 VerbrKrG

Es bedarf hier keiner Entscheidung, ob und unter welchen Voraussetzungen Vollmachten zum Abschluss von Verbraucherkreditverträgen schriftlich erteilt werden müssen. Die hier zu beurteilende Vollmacht wurde notariell beurkundet. Diese Beurkundung ersetzt die Schriftform (§ 126 III BGB).

c. Mindestangaben gem. § 4 I 4 Nr. 1 VerbrKrG nicht erforderlich bei Vollmachten

In der Frage, ob solche Vollmachten grundsätzlich auch die Angaben gem. § 4 I 4 Nr. 1 VerbrKrG enthalten müssen, schließt der Senat sich der überwiegend vertretenen Meinung an, die dies verneint.

aa. Vorrang des Repräsentationsprinzips

Dem Verbraucherkreditgesetz ist nicht zu entnehmen, dass das dem Vertretungsrecht zu Grunde liegende Repräsentationsprinzip entscheidend eingeschränkt werden müsse. Die nach § 4 I 4 Nr. 1 VerbrKrG erforderlichen Mindestangaben sollen dem Darlehensnehmer ein vollständiges Bild von den Bedingungen und Kosten des Darlehens verschaffen, damit er die Risiken überblicken kann. Es ist kein Grund ersichtlich, warum es nicht genügen soll, wenn diese Informationen seinem Stellvertreter bei Abschluss des Darlehensvertrags erteilt werden. Es liegt im Wesen der Stellvertretung, dass der Stellvertreter vom Vertragsgegner die wesentlichen Informationen über die einzelnen Vertragsbedingungen erhält und auf dieser Grundlage die notwendigen Entscheidungen für den Geschäftsherrn treffen darf. Das Risiko, das mit der Bestellung eines Vertreters einhergeht, wird vom Verbraucherkreditgesetz nicht begrenzt.

bb. Vergleich mit entsprechender Problematik beim HWiG

Nach der Rechtsprechung des erkennenden Senats zum Haustürwiderrufsgesetz ist regelmäßig darauf abzustellen, ob der Bevollmächtigte bei Abgabe der Willenserklärung in einer Haustürsituation gehandelt hat, während es grundsätzlich unerheblich ist, ob die Vollmacht in einer solchen Situation erteilt worden ist (vgl. Senat, NJW 2000, 2268 = LM H. 9/2000 § 166 BGB Nr. 41 = WM 2000, 1250 [1251 f.], und NJW 2000, 2270 = LM H. 9/2000 § 166 BGB Nr. 40 = WM 2000, 1247 [1249]). Entsprechend ist im Anwendungsbereich des Verbraucherkreditgesetzes bei der Frage, wer vom Kreditgeber zu informieren ist, die Repräsentantenstellung des Vertreters entscheidend (OLG Köln NZM 2000, 924 = WM 2000, 127 [130]; OLG Frankfurt a. M., OLGR 2000, 191 [192]; OLG Frankfurt a. M., WM 2001, 353 [355]; Bruchner, WM 1999, 825 [8371; Horn/Balzer, WM 2000, 333 [341]; Kessal-Wulf, EWiR 1999, 1025 [1026]; van Look, WuB I E 2. § 4 VerbrKrG 4.00; Peters, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, BankR-Hdb., 2. Aufl., § 81 Rdnr. 94 e; Rösler, VuR 2000, 191 [193]; Ulmer/Timman in: Festschrf. Rowedder, 1994, S. 503 [522f.]; a. A. OLG München, WM 1999, 14.56 [1457]). Es reicht aus, dass die Mindestangaben bei Abgabe der Vertragserklärung durch den Bevollmächtigten vorliegen. Dessen

Kenntnis ist dem Vertretenen nach §, 166 I BGB zuzurechnen.

cc. Unmöglichkeit zur Einhaltung des Mindestangabenerfordernisses bei Vollmachten

Eine rechtsgeschäftliche Stellvertretung bei Verbraucherkreditverträgen wäre weitgehend unmöglich, müssten die nach § 4 1 4 Nr. 1 VerbrKrG geforderten Angaben bereits in die Vollmachtsurkunde aufgenommen werden. Bevollmächtigt ein Verbraucher einen Geschäftsbesorger nicht mit dem Abschluss eines konkret bestimmten Darlehensvertrags, sondern mit dem Aushandeln und Abschluss eines der Höhe nach begrenzten Kreditvertrags zu marktüblichen Konditionen, so ist es ihm bei Vollmachtserteilung noch nicht möglich, die Mindestangaben zu machen. Wollte man eine Pflicht zur Aufnahme dieser Angaben in die Vollmachtsurkunde statuieren, so liefe das auf einen Ausschluss der Stellvertretung im Bereich der Verbraucherkredite hinaus. Den Vorschriften des Verbraucherkreditgesetzes kann nicht entnommen werden, dass die in seinen Anwendungsbereich fallenden Verträge nur höchstpersönlich abgeschlossen werden könnten (vgl. OLG Frankfurt a. M., OLGR 2000, 191 [192]; Bruchner, WM 1999, 825 [837f.]; Peters, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, § 81 Rdnr. 94 e; ders., in: Festschr. f. Schimansky, S. 477 [495 f.]; Peters/Scharnewsky, WuB I E 2. § 4 VerbrKrG 4.98; Rombach, MittBayNot 1999, 380 [381]; Vortmann, WuB 1 G 5.-9.00; Balzer, EWiR 2000, 49; Edelmann/Hertel, DStR 2000, 331 [338]; Kessal-Wulf, EWiR 1999, 1025; Steinhauer, EWiR 1999, 277).

dd. Adressat des Mindestangabenerfordernisses ist nicht der Vertretene

Bei Beantwortung der Frage nach dem notwendigen Inhalt der Vollmacht ist auch entscheidend zu berücksichtigen, dass Normadressat des § 4 I 4 Nr. 1 VerbrKrG der Kreditgeber ist. Dieser hat dafür Sorge zu tragen, dass die vom Verbraucher zu unterzeichnende Erklärung alle für die Wirksamkeit erforderlichen Angaben enthält. Kommt er dieser Verpflichtung nicht oder nur unzureichend nach, treffen ihn die von § 6 II VerbrKrG angeordneten Sanktionen. Der Kreditgeber ist aber an einer Vollmachtserteilung, die sich allein im Verhältnis zwischen Verbraucher als Vollmachtgeber und Bevollmächtigtem abspielt, regelmäßig nicht beteiligt. Müsste schon die Kreditvollmacht die Mindestangaben enthalten, hätte der Kreditgeber letztendlich für Versäumnisse einzustehen, auf deren Vermeidung er im Normalfall keinen Einfluss hat (vgl. Peters, WM 2000, 554 [560]).

ee. Keine anderweitige Bewertung infolge der Rechtsprechung zur Bürgschaftsvertragsform

Dieser Auslegung von § 4 I 4 Nr. 1 VerbrKrG steht die neuere Rechtsprechung des BGH zu § 766 S. 1 BGB (BGHZ 132,119 [122] = NJW 1996, 1467 = LM H. 911996 § 765 BGB Nr. 107) nicht entgegen, nach der eine Blankounterschrift nicht durch eine auf Grund mündlicher Ermächtigung vorgenommene Ergänzung der Urkunde zu einer formwirksamen Bürgschaft wird. Diese Entscheidung betrifft nur die für das Bürgschaftsrecht relevante Frage der Auslegung der Formvorschrift von § 766 S. 1 BGB und präjudiziert nicht die Auslegung der Formvorschriften des Verbraucherkreditgesetzes. Die Schutzbedürftigkeit von Bürge und Verbraucher ist unterschiedlich. § 766 S. 1 BGB bezweckt, dem Bürgen Inhalt und Umfang seiner Haftung deutlich vor Auge, zu führen, weil dessen Verpflichtung in aller Regel nur anderen, dem Gläubiger und dem Hauptschuldner, zugute kommt (BGHZ 132, 119 [125] = NJW 1996,1467 = LM H. 9/1996 § 765 BGB Nr. 107). Mit dem Abschluss eines Kreditvertrags geht ein Verbraucher kein fremdnütziges Risiko ein. Die Pflichtangaben der Kreditkonditionen sollen ihm lediglich vor Augen führen, worauf er sich einlässt und ihm den Vergleich mit den Konditionen anderer Kreditgeber ermöglichen (vgl. Senat, NJW 2000, 3496 = LM H. 1/2001 § 4 VerbrKrG Nr. 6).

Standort: Deliktsrecht Problem: Sorgfaltspflicht des Konzertveranstalters

BGH, URTEIL VOM 13.03.2001
VI ZR 142/00 (NJW 2001, 2019)

Problemdarstellung:

Die Kl. hatte nach Besuch eines Musikkonzerts einen Hörsturz erlitten, nach dessen Abheilung ein therapieresistenter Tinnitus zurückgeblieben war. Vom bekl. Konzertveranstalter verlangte sie nunmehr Schadensersatz sowie Schmerzensgeld. Das BerGer. hat die Klage zurückgewiesen, weil die Kl. nicht bewiesen habe, dass der Bekl. eine ihm obliegende Verkehrssicherungspflicht verletzt habe. Die Revision vor dem BGH gegen diese Entscheidung war erfolgreich.

Zunächst stellte der BGH fest, dass den bekl. Konzertveranstalter die Pflicht trifft, Konzertbesucher vor Gehörschäden durch übermäßige Lautstärke der dargebotenen Musik zu schützen. Zur Auslegung und Feststellung von Verkehrssicherungspflichten kann dabei auf gesetzliche Regeln, Unfallverhütungsvorschriften und technische Regeln (z.B. DIN-Normen) zurückgegriffen

werden; jedoch sind solche Regeln nicht abschließend, d.h. die jeweilige Verkehrssicherungspflicht kann im Einzelfall auch darüber hinaus gehen. Daher umfasst die Verkehrssicherungspflicht eines Konzertveranstalters nicht nur das Treffen von Vorkehrungs- und Schutzmaßnahmen, wenn ein übermäßiger Schalldruck festgestellt werden kann. Auch Maßnahmen, die geeignet sind, eine gesundheitsgefährliche Lautstärke der Musik aufzuzeigen, können Gegenstand dieser Verkehrssicherungspflicht sein. Bei einem Verstoß des Bekl. gegen diese ihm obliegende Messpflicht, kann dann im Einzelfall ein Beweis des ersten Anscheins hergeleitet werden, dass Schädigungen in örtlichem und zeitlichem Zusammenhang mit der Pflichtverletzung dadurch kausal verursacht worden sind.

Prüfungsrelevanz:

Im Rahmen des Deliktsrechts, insb. bei § 823 I BGB, wird an die schuldhafte Verletzung von Verkehrssicherungspflichten eine Schadensersatzpflicht geknüpft. Nach dieser allgemeine Rechtspflicht (§ 242 BGB) muss jeder im Rechtsverkehr, der eine Gefahrenquelle schafft oder unterhält, selbstständig prüfen, ob und welche zumutbaren Sicherungsmaßnahmen zur Vermeidung von Gefährdungen Dritter, die mit der Gefahrenquelle in Berührung kommen, notwendig sind. Unterlässt der Verkehrssicherungspflichtige diese Vorkehrungen, so ist sein Unterlassen Anknüpfungspunkt für eine deliktische Haftung.

Vertiefungshinweise:

- Zur Verkehrssicherungspflicht bei Musikveranstaltungen: *OLG Zweibrücken*, NJW-RR 2001, 595
- Zur Verkehrssicherungspflicht bei Gaststätten: *OLG Hamm*, RA 2000, 680 = NJW 2000, 3144
- Zur Verkehrssicherungspflicht von Bierbrauereien: *OLG Hamm*, RA 2001, 328 = NJW 2001, 1654

Kursprogramm:

- *Examenskurs*: “Der defekte Gaszug”

Leitsatz:

Zur Sorgfaltspflicht eines Veranstalters von Musikkonzerten gegenüber den Gefahren, die Konzertbesuchern durch Gehörschäden infolge übermäßiger Lautstärke der dargebotenen Musik drohen.

Sachverhalt:

Die Kl. hat nach einem vom Bekl. im Rahmen eines Zelt-Musik-Festivals im Jahre 1997 veranstalteten Konzert mit Punk-, Hardcore- und Grunge-Rockmusik einen Hörsturz erlitten. Nach Rückbildung der Schwerhörigkeit innerhalb von zwei Tagen sei bei ihr ein therapieresistenter Tinnitus verblieben. Sie begehrt Ersatz ihres hieraus entstandenen immateriellen Schadens in Höhe von mindestens 7000 DM nebst Zinsen, ihres materiellen Schadens von 395 DM nebst Zinsen sowie die Feststellung, dass der Bekl. ihr jeglichen materiellen und immateriellen Schaden zu ersetzen habe, den sie durch den am 10. 7. 1997 aufgetretenen Hörsturz erlitten habe, soweit nicht Ansprüche auf Sozialversicherungsträger übergegangen sind.

Das LG hat die Klage abgewiesen; das OLG hat die Berufung der Kl. zurückgewiesen. Die zugelassene Revision führte zur Aufhebung und Zurückweisung.

Aus den Gründen:

A. Entscheidung und Begründung des BerGer.

Das BerGer. hat zur Begründung seiner Entscheidung (JZ 2000, 789) im Wesentlichen ausgeführt, die Kl. habe nicht bewiesen, dass der Bekl. eine ihm obliegende Verkehrssicherungspflicht verletzt habe.

Zwar habe der Konzertveranstalter die Pflicht, Konzertbesucher vor Gehörschäden durch übermäßige Lautstärke der Musik zu schützen. Die Kl. habe jedoch den Beweis nicht erbracht, dass bei dem von ihr besuchten Rockkonzert in der DIN 15 905 Teil 5 "Tontechnik in Theatern und Mehrzweckhallen" festgelegte Grenzwerte durch die Musikdarbietungen überschritten worden seien. Ein Anscheinsbeweis dafür, dass der Hörsturz durch eine übermäßige Lautstärke der Musik verursacht worden sei, bestehe nicht. Ein typischer Geschehensablauf sei nicht festzustellen, weil der Sachverständige Anhaltspunkte dafür gefunden habe, dass bei der Kl. eine Überempfindlichkeit im linken Ohr schon vor dem Konzert vorgelegen habe. Ein Hörsturz könne zudem auch durch Pfiffe von Zuhörern hervorgerufen werden. Allerdings habe der Bekl. während des Rockkonzerts nicht dauernd den Schallpegel nach dem Messverfahren der DIN 15 905 Teil 5 gemessen und das Messergebnis auch nicht als Dokumentation aufbewahrt. Selbst wenn aber unterstellt werde, dass diese technische Norm einschlägig sei, greife zu Gunsten der Kl. keine Beweislastumkehr ein. Die Norm verlange nicht, einzelne überlaute Geräusche, die einen Hörsturz auslösen könnten, zu vermeiden. Die Messungen und Auswertungen während der Musikdarbietung dienten zur Ermittlung des Beurteilungspegels über die ganze Zeit der Darbietung und erfaßten Spitzenlärmwerte nicht.

B. Entscheidung des BGH

Diese Erwägungen halten den Angriffen der Revision nicht stand.

I. Bestehen einer Verkehrssicherungspflicht von Konzertveranstaltern zum Schutz vor übermäßiger Laut-

stärke

Im Ansatzpunkt zutreffend geht das OLG von einer Pflicht des Konzertveranstalters aus, Konzertbesucher vor Gehörschäden durch übermäßige Lautstärke der dargebotenen Musik. zu schützen (vgl. OLG Zweibrücken, OLGR 2000,530; LG Trier, NJW 1993,1474).

II. Beweiserhebung durch das BerGer. vorgenommen

Ohne Erfolg bleibt auch die Rüge der Revision, das BerGer. halte eine Verletzung der Verkehrssicherungspflicht für nicht bewiesen, habe hierzu aber keinen Beweis erhoben. Das BerGer. hat - wenn auch in knapper Form - dargelegt, die Verkehrssicherungspflicht des Konzertveranstalters erfordere Vorkehrungen zur Vermeidung von Hörschäden der Konzertbesucher infolge von übermäßiger Lautstärke der Musik. Dazu hat es das Beweisergebnis aus dem ersten Rechtszug verwertet, aber nicht feststellen können, dass die dargebotene Musik die Grenzwerte überschritten habe.

III. Umfang der Verkehrssicherungspflicht des Konzertverantstalters: Pflicht zur Überprüfung der Konzertlautstärke

Das BerGer. verkennt jedoch den Umfang der dem Bekl. obliegenden Verkehrssicherungspflicht. Es will eine Verletzung dieser Pflicht offenbar erst dann annehmen, wenn ein übermäßiger Schalldruck festgestellt werden kann. Dem liegt ein zu enges Verständnis der Verkehrssicherungspflicht zu Grunde. Auch Maßnahmen, die geeignet sind, eine gesundheitsgefährliche Lautstärke der Musik aufzuzeigen, können insbesondere Bestandteil der notwendigen Vorkehrungen zum Schutz der Konzertbesucher vor Schädigungen und damit Gegenstand der Verkehrssicherungspflicht des Veranstalters sein.

1. Rechtliche Herleitung einer solchen Überprüfungspflicht

Entgegen der Ansicht der Revision kann der erkennende Senat allerdings nicht unterstellen, der Bekl. habe seine Verkehrssicherungspflicht verletzt. Das ist zwar eine Rechtsfrage, die an sich der Beurteilung des RevGer. unterliegt. Hierfür ist jedoch in Ermangelung tatsächlicher Feststellungen revisionsrechtlich zu Gunsten der Revision zu unterstellen, dass die DIN 15 905 Teil 5 auf ein Konzert in einem Zelt anwendbar ist. Der Umfang der Verkehrssicherungspflicht wird freilich nicht allein durch DIN-Normen bestimmt. Wie jeder, der eine Gefahrenquelle für andere eröffnet, hat auch der Veranstalter einer Musikdarbietung grundsätzlich selbstständig zu prüfen, ob und welche Sicherungsmaßnahmen zur Vermeidung von Schädigungen der Zuhörer notwendig sind; er hat die erforderlichen Maßnahmen eigenverantwortlich zu treffen, auch wenn gesetzliche (vgl. Senat, NJW 1987, 372 = LM § 823 [Db] BGB Nr. 22 = VersR 1987, 102 [103]) oder andere Anordnungen, Unfallverhütungsvorschriften (vgl. Senat, VersR 1975, 812 [813]) oder technische Regeln wie DINNormen (vgl. BGHZ 103, 338 [342] = NJW 1988, 2667 = LM § 823 [Dc] BGB Nr. 165) seine Sorgfaltspflichten durch Bestimmungen über Sicherheitsmaßnahmen konkretisieren.

Solche Bestimmungen enthalten im Allgemeinen keine abschließenden Verhaltensanforderungen gegenüber den Schutzgütern. Sie können aber regelmäßig zur Feststellung von Inhalt und Umfang bestehender Verkehrssicherungspflichten herangezogen werden. Das gilt insbesondere auch für die auf freiwillige Beachtung ausgerichteten Empfehlungen in DIN-Normen des Deutschen Instituts für Normung e. V. Diese spiegeln den Stand der für die betreffenden Kreise geltenden anerkannten Regeln der Technik wieder und sind somit zur Bestimmung des nach der Verkehrsauffassung zur Sicherheit Gebotenen in besonderer Weise geeignet (vgl. BGHZ 103, 338 [342] = NJW 1988, 2667 = LM § 823 [Dc] BGB Nr. 165; Senat, NJW 1997, 582 = LM § 823 [Dc] BGB Nr. 204 = VersR 1997, 249 [250]).

Davon ist auch im vorliegenden Fall auszugehen. Die DIN 15 905 Teil 5 betrifft nach ihrem Untertitel "Maßnahmen zum Vermeiden einer Gehörgefährdung des Publikums durch hohe Schalldruckpegel bei Lautsprecherwiedergabe". Sie beinhaltet nicht nur, wie das BerGer. meint, eine Dokumentationspflicht. Ihre weiteren Regelungen könnten vielmehr - worauf die Revision zutreffend hinweist - dahin zu verstehen. sein, dass die Messung des Beurteilungspegels den Veranstalter in die Lage versetzen solle, die "zum Vermeiden einer Gehörgefährdung entsprechenden Maßnahmen zu ergreifen" (Nr. 4.5 III der DIN 15 905 Teil 5). Diese DIN-Norm könnte sich damit als eine technische Regel erweisen, die eine (auch fortlaufende, vgl. Nrn. 2, 3) Messung des Beurteilungspegels vorsieht, um ein als gesundheitsgefährdend angesehenes Überschreiten des Grenzwerts für den Schalldruck (vgl. Nrn. 1 III, 3) möglichst zu vermeiden (vgl. Nr. 4.5 III). Sie umfasste bei einem solchen Verständnis die Pflicht des Musikveranstalters, durch Lärmpegelmessungen in näher bezeichneter Weise sowie durch deren Aufzeichnung oder Anzeige eine rechtzeitige Herabsetzung des Schalldruckpegels zu ermöglichen und so das in seiner Macht Stehende zum Schutz der Konzertbesucher vor Gehörschäden durch Überschreiten des Grenzwerts für den Beurteilungspegel wahrzunehmen. In diesem Fall wäre der Bekl. seiner Verkehrssicherungspflicht nicht nachgekommen, wenn er nur gelegentliche Messungen mit einem Handmessgerät statt in der von der technischen Regel vorgesehenen Weise hat durchfuhren lassen.

2. Vorgaben für das BerGer.
Das BerGer. wird deshalb mit sachverständiger Unterstützung zu klären haben, welchem Zweck die in der DIN-Norm vorgesehene Messpflicht dient und ob sie bei einem Konzert in einem Zelt - wie im vorliegenden Fall - zu beachten war. Bevor diese Fragen nicht geklärt sind, kann nicht beantwortet werden, ob überhaupt und gegebenenfalls welche Beweiserleichterungen der Geschädigten dann zugebilligt werden können, wenn die vorgeschriebenen Messungen fehlen und in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Konzertbesuch eine Gehörschädigung eingetreten ist. Käme hiernach ein Verstoß, des Bekl. gegen eine aus der DIN-Norm abzuleitende Verkehrssicherungspflicht in Betracht, könnte ein Beweis des ersten Anscheins dafür sprechen, dass Schädigungen in örtlichem und zeitlichem Zusammenhang mit der Verletzung der Verkehrssicherungspflicht durch den Pflichtenverstoß verursacht sind. Dem bekl. Veranstalter bliebe die Erschütterung des Anscheinsbeweises vorbehalten; er könnte insbesondere dartun, dass die Schäden nicht auf die Verletzung der DIN-Norm zurückzuführen sind (vgl. BGHZ 114, 273 [276] = NJW 1991, 2021 = LM § 282 ZPO [Beweislast] Nr. 76).

C. Rechtsfolge für das angegriffene Berufungsurteil
Nach allem ist das angefochtene Urteil aufzuheben, damit das BerGer. die erforderlichen tatsächlichen Feststellungen treffen kann (§§ 564 I, 565 I ZPO). Sollten diese ergeben, dass die DIN 15 905 Teil 5 auf Konzerte in einem Zelt keine Anwendung findet, wird das BerGer. mit sachverständiger Unterstützung zu prüfen haben, ob und gegebenenfalls welche Schutzmaßnahmen der Veranstalter zu treffen hatte, um die Konzertbesucher vor Schädigungen durch die dargebotene Musik zu bewahren. Die Kl. hatte hierzu im Einzelnen vorgetragen und sich unter anderem auf Sachverständigengutachten berufen.

Standort: AGB-Prüfung — Problem: Prüfungsumfang gem. § 8 AGBG

BGH, URTEIL VOM 09.05.2001
IV ZR 138/99 (NJW 2001, 2012)

Problemdarstellung:
In diesem Revisionsverfahren hatte der BGH die Frage zu erörtern, unter welchen Voraussetzungen Klauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die (weitgehend) den Wortlaut eines Gesetzes nur wiedergeben, einer Inhaltskontrolle gem. §§ 9 - 11 AGBG unterliegen. Im konkreten Fall ging es um die Allgemeinen Versicherungsbedingungen für Lebensversicherungen mit Kapitalzahlung und ihrem Verhältnis zu §§ 174 ff. VVG. Auch wenn Allgemeine Geschäftsbedingungen nur den Gesetzeswortlaut wiedergeben und daher grundsätzlich gem. § 8 AGBG einer Inhaltskontrolle entzogen sind, erkennt der BGH zwei Ausnahmen an. Zum einen ist eine Ausnahme dahingehend zu machen, dass die bloße Wiedergabe einer gesetzlichen Regelung in Allgemeinen Versicherungsbedingungen jedenfalls auf ihre Transparenz für den durchschnittlichen Vertragspartner hin zu überprüfen ist, sofern über die gesetzliche Regelung hinaus ein nicht zu übergehendes Bedürfnis des Vertragspartners nach Unterrichtung besteht. Zum anderen sind Klauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die den Wortlaut eines Gesetzes wiedergeben, das der Ergänzung bedarf, gem. §§ 8 ff. AGBG kontrollierbar, soweit es um diese Ergänzung durch den Verwender geht.

Prüfungsrelevanz:
Nach § 8 AGBG sind Regelungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen nur dann einer Inhaltskontrolle nach den §§ 9-11 AGBG zu unterziehen, wenn sie von Rechtsvorschriften abweichen oder diese ergänzen. Danach sind Klauseln, die Rechtsvorschriften nur wiedergeben und in jeder Hinsicht mit ihnen übereinstimmen (sog. deklaratorische Klauseln) der Inhaltskontrolle entzogen. Bei solchen Klauseln verbietet sich eine Inhaltskontrolle schon wegen der Bindung des Richters an das Gesetz; sie liefe auch leer, weil an die Stelle der unwirksamen Klausel gem. § 6 AGBG doch wieder die inhaltsgleiche gesetzliche Bestimmung treten würde.

Vertiefungshinweise:
❝ Zu § 8 AGBG: *BGH*, NJW 2001, 2014; *OLG Stuttgart*, NVersZ 1999, 366; *Präve*, VersR 1999, 832; *Brömmelmeyer*, VuR 1999, 315
❝ Zum Transparenzgebot bei AGB: *BGHZ* 141, 137; *Fricke*, NVersZ 1999, 407; *Schwintowski*, VuR 2000, 124

Kursprogramm:
❝ *Examenskurs*: “Das gebrauchte Cabrio”

Leitsatz:
Eine Klausel in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die den Wortlaut eines Gesetzes wiedergibt, das der Ergänzung bedarf, unterliegt insoweit der Kontrolle nach den §§ 9 bis 11 AGBG, als zu prüfen ist, ob und wie der Verwendet das Gesetz ergänzt hat.

Sachverhalt:

Der Kl. ist ein gemeinnütziger Verbraucherschutzverein auf dem Gebiet des Versicherungswesens. Die Bekl. ist eine deutsche Lebensversicherungsaktiengesellschaft. Die Parteien streiten über die Wirksamkeit bestimmter Klauseln in den von der Bekl. verwandten Allgemeinen Versicherungsbedingungen für die Lebensversicherung mit Kapitalzahlung (ALB). Das LG hat die Klage in vollem Umfang abgewiesen (VersR 1998, 1406). Das BerGer. hat der Klage teilweise stattgegeben (NVersZ 1999, 366). Auf Grund der Revision des Kl. stehen noch folgende Klauseln zur Prüfung:

§ 6. Wann können Sie die Versicherung beitragsfrei stellen oder kundigen?

(1) Umwandlung in eine beitragsfreie Versicherung. a) Zu beitragspflichtigen Versicherungen können Sie jederzeit schriftlich verlangen, zum Schluss einer Versicherungsperiode von der Beitragszahlungspflicht befreit zu werden. In diesem Fall setzen wir die Versicherungssumme nach den anerkannten Regeln der Versicherungsmathematik herab. Der aus Ihrer Versicherung für die Bildung der beitragsfreien Versicherungssumme zur Verfügung stehende Betrag wird dabei um einen als angemessen angesehenen Abzug gekürzt (§ 174 VVG). Der Abzug beträgt bei Beitragsfreistellung bis zum Ende des dritten Versicherungsjahres 5%. Er sinkt mit jedem weiteren Jahr, in dem die Versicherung nicht beitragsfrei gestellt wird, um 0,2 %-Punkte und beträgt bei Beitragsfreistellung ab dem neunzehnten Versicherungsjahr 2 %.

(2) Kündigung und Auszahlung des Rückkaufswerts.

a) Sie können ihre Versicherung jederzeit zum Schluss einer Versicherungsperiode schriftlich kündigen. Nach Kündigung erhalten Sie - soweit vorhanden - den Rückkaufswert. Er wird nach den anerkannten Regeln der Versicherungsmathematik für den Schluss der laufenden Versicherungsperiode als Zeitwert Ihrer Versicherung berechnet (§ 176 VVG).

b) Ist die Versicherung zum Zeitpunkt der Kündigung beitragspflichtig, so wird bei der Berechnung des Zeitwerts ein als angemessen angesehener Abzug vorgenommen (§ 176 VVG). Der Abzug stimmt der Höhe nach mit dem Abzug überein, der bei Umwandlung in eine beitragsfreie Versicherung zum selben Zeitpunkt angesetzt würde (Nr. 1 lit. a).

§ 17. Wie sind Sie an unseren Überschüssen beteiligt?

(1) Überschussermittlung. Um zu jedem Zeitpunkt der Versicherungsdauer den vereinbarten Versicherungsschutz zu gewährleisten, bilden wir Deckungsrückstellungen. Die zur Deckung dieser Rückstellungen erforderlichen Mittel werden rentabel angelegt.[...]

(2) Gewinnbeteiligung. a) Die Gewinnbeteiligung nehmen wir nach Grundsätzen vor, die im Einklang mit § 81 c VAG stehen.[...]

Der Kl. hat im Revisionsverfahren beantragt, der Bekl. unter Ordnungsgeldandrohung zu untersagen, die oben erwähnten Klauseln bei Abschluss von Kapitallebensversicherungen zu verwenden oder sich bei Abwicklung bereits abgeschlossener Kapitallebensversicherungsverträgen auf sie zu berufen. Die Revision hatte im Wesentlichen Erfolg.

Aus den Gründen:

A. § 6 1 lit. a S. 1-3, II lit. a und II lit. b S. 1 ALB.

1. Ausführungen des BerGer.

Das BerGer. hat ausgeführt, diese Teile der Klausel seien nicht zu beanstanden. Sie gäben wortgleich jedenfalls inhaltsgleich ohne Sinnentstellung oder Ergänzung den Regelungsgehalt wieder, der sich auch in den erwähnten und einschlägigen Gesetzen wiederfinde. Zwar würden damit auch die unbestimmten Rechtsbegriffe der gesetzlichen Fassung zu Allgemeinen Versicherungsbedingungen erhoben. Angesichts der Deckungsgleichheit von Formularwerk und Gesetz sei dies jedoch unschädlich. Auch fehlten die Angaben nach den §§ 10 und 10a VAG. Doch selbst wenn man Angaben verbindlicher Summen für die Beitragsfreistellung und nicht garantierte Angaben über Rückkaufswerte erst im Versicherungsschein nicht genügen lassen wolle"so stelle die bloße Wiedergabe der gesetzgeberischen Grundnorm im Ansatz nur einen Verstoß gegen aufsichtsrechtliche Gebote dar. Die Nichtbefolgung solcher Informationspflichten mache die Allgemeinen Versicherungsbedingungen nicht unwirksam. Denn bei einer Nichtregelung fehle überhaupt der Beurteilungsgegenstand. Nicht Vorhandenes könne nicht für unwirksam erklärt werden.

2. Ausführungen der Revisionsparteien

Die Revision bemängelt, diese Ausführungen des BerGer. ließen unklar, ob eine Transparenzkontrolle wegen vermeintlicher Gesetzeskonformität überhaupt abgelehnt werde. Klauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die das Gesetz wörtlich oder sinngleich wiedergäben, unterlägen der Transparenzkontrolle, ohne dass insoweit § 8 AGBG einen Hinderungsgrund enthalte. Im Übrigen ist die Revision im Gegensatz zum BerGer. der Auffassung, dass die Klausel vom Gesetz abweiche. Sie schreibe Schriftlichkeit der Erklärung des Versicherungsnehmers vor und in der Klausel sei keine Rede von den Rechnungsgrundlagen der Prämienkalkulation, wie dies in § 174 II VVG erwähnt sei.

Die Revisionserwiderung versteht die Ausführungen des BerGer. dahin, dass die vom Kl. beanstandete Klausel kontrollfrei sei. Dies hält die Revisionserwiderung auch für richtig, weil die Klausel nur das Gesetz wiedergebe.

3. Entscheidung des BGH

a. Zulässigkeit einer Inhaltskontrolle der ALB gem. § 8 AGBG

Das BerGer. dürfte davon ausgegangen sein, dass die Klausel in den eingangs erwähnten Teilen nach dem AGB-Gesetz kontrolliert werden darf. Jedenfalls unterliegt § 6 I lit. a S. 1-3, II lit. a und II lit. b S. 1 ALB der Kontrolle nach den §§ 9-11 AGBG. Richtig ist der Hinweis der Revision, dass diese Klauselteile das Gesetz nicht genau dem Wortlaut nach wiederholen. Darin liegt aber nicht der Kern des Problems, weshalb es auf die aufgezeigten Abweichungen hier nicht ankommt

Nach § 8 AGBG sind Regelungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen nur dann einer Inhaltskontrolle nach den §§ 9-11 AGBG zu unterziehen, wenn sie von Rechtsvorschriften abweichen oder diese ergänzen. Danach sind Klauseln, die Rechtsvorschriften nur wiedergeben und in jeder Hinsicht mit ihnen übereinstimmen (sog. deklaratorische Klauseln) der Inhaltskontrolle entzogen. Bei solchen Klauseln verbietet sich eine Inhaltskontrolle schon wegen der Bindung des Richters an das Gesetz; sie liefe auch leer, weil an die Stelle der unwirksamen Klausel gem. § 6 AGBG doch wieder die inhaltsgleiche gesetzliche Bestimmung treten würde (BGHZ 91, 55 [57] = NJW 1984, 2161 = LM § 8 AGBG Nr. 4 m. w. Nachw.). Allerdings ist fraglich, ob die bloße Wiedergabe einer gesetzlichen Regelung in Allgemeinen Versicherungsbedingungen in den Fällen jedenfalls auf ihre Transparenz für den durchschnittlichen Versicherungsnehmer hin zu prüfen ist, in denen über die gesetzliche Regelung hinaus ein nicht zu übergehendes Bedürfnis des Versicherungsnehmers nach weiterer Unterrichtung besteht (vgl. Brandner, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGBG, 9.Aufl., § 8 Rdnr. 32 a). Diese Frage ist im vorliegenden Fall zu bejahen.

Die mit der Klausel wiedergegebenen Inhalte der §§ 176 III 1, 174 II VVG stellen nur einen Rahmen dar, innerhalb dessen sich die Berechnung halten muss. Das System zur Ermittlung der Rückkaufswerte ist zwar durch anerkannte Regeln der Versicherungsmathematik vorgegeben, enthält aber doch Spielräume, die durch geschäftspolitische Entscheidungen des jeweiligen Unternehmens ausgefüllt werden (vgl. Reimer Schmidt, in: Prölss, VAG, 11. Aufl., § 10 a Rdnr. 24). Diese Entscheidungen haben auch bei Anwendung der anerkannten Regeln der Versicherungsmathematik bei der Berechnung des Rückkaufswerts unmittelbaren Einfluss auf dessen Höhe, so dass unterschiedliche Rückkaufswerte das Ergebnis sein können. Außerdem besagen die §§ 174 II, 176 III VVG nichts darüber, ob der Versicherer gehalten ist, die Höhe der Rückkaufswerte bei Vertragsschluss mit dem Versicherungsnehmer zu vereinbaren oder ob sich der Versicherer diese Leistung im Falle der Kündigung des Vertrags im Rahmen der anerkannten Regeln selbst zu bestimmen vorbehalten darf. Insofern bedarf die gesetzliche Regelung der Ergänzung, der Ausfüllung durch den Versicherer. Der Kontrolle, ob und wie der Versicherer die Ergänzung in seinen Allgemeinen Versicherungsbedingungen vorgenommen hat, steht § 8 AGBG nicht entgegen. Mit einer solchen Kontrolle wird das Gesetz selbst keiner Überprüfung unterzogen. Der Zweck des § 8 AGBG, zu verhindern, dass gesetzliche Regelungen durch die gerichtliche Kontrolle modifiziert werden (vgl. BT-DR 7/3919, S. 22), bleibt unberührt. Die Bekl. hat auch erkannt, dass die gesetzliche Regelung der Ergänzung bedarf. Mit ihren Erklärungen in ihrem Versicherungsschein unter der Überschrift "Beitragsfreie Versicherungssumme und Rückkaufswert" und der nachfolgenden Tabelle ist sie bemüht, dem Versicherungsnehmer über die in §§ 174 II und 176 III VVG gegebene Anweisung zur Berechung des Zeitwerts nach den anerkannten Regeln der Versicherungsmathematik hinaus weitere und konkretere Informationen über den Rückkaufswert zu geben.

b. Überprüfung der fraglichen ALB auf ihre Transparenz

Mit den Angaben allein im Versicherungsschein ist es der Bekl. nicht gelungen, der Forderung nach hinreichender Transparenz Allgemeiner Versicherungsbedingungen zu genügen. In dem Verstoß gegen das Transparenzgebot liegt eine unangemessene Benachteiligung des Versicherungsnehmers i. S. von § 9 AGBG, so dass § 6 I lit. a S. 1-3, II lit. a und II lit. b S. 1 ALB wegen unzureichender Ergänzung der gesetzlichen Vorschriften unwirksam ist. Nach dem Transparenzgebot ist der Verwender Allgemeiner Versicherungsbedingungen entsprechend den Grundsätzen von Treu und Glauben gehalten, Rechte und Pflichten seines Vertragspartners möglichst klar und durchschaubar darzustellen. Dabei kommt es nicht nur darauf an, dass die Klausel in ihrer Formulierung für den durchschnittlichen Versicherungsnehmer verständlich ist. Vielmehr gebieten Treu und Glauben auch, dass die Klausel die wirtschaftlichen Nachteile und Belastungen so weit erkennen lässt, wie dies nach den Umständen gefordert werden kann (BGHZ 141, 137 [143] = NJW 1999, 2279 = NVersZ 1999, 360 = LM H. 9/1999 § 8 AGBG Nr. 34 m. w. Nachw.). Diesen Anforderungen entspricht § 6 I lit. a S. 1-3, II lit. a und II lit. b S. 1 ALB nicht.

aa. Keine Vergleichsmöglichkeit des Versicherungskunden mangels Transparenz

Die kapitalbildende Lebensversicherung steht zumindest teilweise im Wettbewerb mit Angeboten über andere Kapitalanlagen. Der potenzielle Kunde ist deshalb auf Informationen angewiesen, die ihm für seine Entscheidung bei Vertragsschluss einen Vergleich der un-

terschiedlichen Angebote - auch von anderen Versicherungsunternehmen - erlauben. Diesem berechtigten Informationsbedürfnis kommen die Allgemeinen Versicherungsbedingungen der Bekl. mit § 6 ALB nicht in ausreichendem Maße nach.

bb. Keine Transparenz hinsichtlich der Ermittlung des Zeitwerts / Rückkaufwertes

Nach § 176 III VVG hat der Versicherer bei der Ermittlung des Zeitwerts, der dem Rückkaufswert gleichstellt, für den Fall der Kündigung anerkannte Regeln der Versicherungsmathematik zu Grunde zu legen. Auch wenn diese dem Versicherer einen Spielraum gewähren, braucht er dem potenziellen Versicherungsnehmer aber nicht im Einzelnen mitzuteilen, welche Methode er zur Ermittlung des Zeitwerts anwendet, wenn er - wie hier - das Ergebnis der Berechnung in Form einer Tabelle der Rückkaufswerte darstellt. Dem am Abschluss eines Vertrags Interessierten wäre mit einer solchen Mitteilung auch nur in sehr begrenzter Weise gedient. Er selbst dürfte kaum in der Lage sein, auf Grund der Bekanntgabe einer Berechnungsmethode den Rückkaufswert zu berechnen. Er müsste sich der Hilfe Dritter bedienen, ein Umstand der seinem Informationsbedürfnis bei Vertragsschluss nur entspricht. Sein Interesse geht dahin, möglichst schnell und übersichtlich über den Zeitwert unterrichtet zu werden, damit er prüfen kann, ob diese Art des Vertrags seinem Interesse auch für den Fall entspricht, dass er vor dem vorgesehenen Vertragsende Prämienzahlungen vermindern, einstellen oder das eingezahlte Kapital wieder ausgezahlt erhalten möchte, soweit es nicht für die Deckung der Risikolebensversicherung verwandt wurde. Eine klare Übersicht über die Rückkaufswerte kommt auch demjenigen entgegen, der das Angebot eines Versicherungsunternehmens mit anderen oder mit Angeboten anderer Kapitalanlagen vergleichen möchte. Insbesondere hat der Versicherungsnehmer mit der Tabelle eine Entscheidungshilfe, der bei Veränderung seiner, Verhältnisse vor der Frage steht, ob er den Lebensversicherungsvertrag dennoch unverändert lassen oder ihn beitragsfrei stellen oder den Rückkaufswert, soweit vorhanden, sich auszahlen lassen möchte. Der Nachteil, dass die anteilige Überschussbeteiligung wegen ihrer nicht zu prognostizierenden Höhe nicht garantiert werden kann, muss als unbehebbar in Kauf genommen werden.

Die Tabelle der Bekl. ist aber nicht in vollem Umfang geeignet, dem Versicherungsnehmer die wirtschaftlichen Nachteile vor Augen zu führen, die er im Falle einer Kündigung oder Beitragsfreistellung hinnehmen muss. Wie sich aus § 15 ALB ergibt, belastet die Bekl. das Konto des Versicherungsnehmers sofort bei Vertragsschluss mit sämtlichen Abschlusskosten. Dazu gehören auch die gegebenenfalls erheblichen Vermittlungsprovisionen. Die Bekl. erstattet diese Beträge im Falle der Kündigung auch nicht anteilig der abgelaufenen Zeit. Dies hat zur Folge, dass der Versicherungsnehmer bei einer Kündigung innerhalb der ersten zwei Jahre überhaupt keine oder nur eine sehr geringe Leistung der Bekl. erhält. Das geht aus der Tabelle, die Bestandteil des Versicherungsscheins ist, nicht mit der erforderlichen Deutlichkeit hervor. Sie weist zu Beginn keinen Rückkaufswert mit Null auf. Es reicht nicht aus, wenn der Versicherungsnehmer dies selber erst durch einen Vergleich mit den in der Tabelle angeführten Daten der Laufzeit und dem Abschlussdatum ermitteln muss. Dasselbe gilt für die beitragsfreie Versicherungssumme, die ebenfalls in der Tabelle aufgeführt ist.

Hinreichend transparent ist die Tabelle der Bekl. auch insoweit nicht, als sie insgesamt nur sieben Werte bei einer Laufzeit von 30 Jahren aufführt. Der Zusatz: "Die Werte für die nicht genannten Jahre errechnen sich nach versicherungsmathematischen Grundsätzen. Sie erhöhten sich nicht linear" gibt dem Versicherungsnehmer im Bedarfsfall keine ausreichende Kenntnis über seine Ansprüche. Der angestrebten Transparenz widerspricht es zudem, wenn auf die Tabelle in den Allgemeinen Versicherungsbedingungen nicht an der Stelle verwiesen wird, an der ein Versicherungsnehmer Informationen über den Rückkaufswert und die beitragsfreie Versicherungssumme erwartet, wie hier bei § 6 ALB. Außerdem muss schon an dieser Stelle der Allgemeinen Versicherungsbedingungen in den Grundsätzen auf die wirtschaftlichen Nachteile des Versicherungsnehmers hingewiesen werden, die ihm dadurch entstehen, dass die Bekl. seinem Konto sämtliche Abschlusskosten einschließlich der erheblichen Vermittlungsprovisionen schon bei Beginn der Vertragslaufzeit belastet.

B. § 6 I lit. a S. 4 und II lit. b S. 2.

Mit diesen Klauselteilen füllt die Bekl. die gesetzliche Regelung der §§ 174 IV und 176 IV VVG aus, wonach der Versicherer bei Umwandlung in eine prämienfreie Versicherung und bei Kündigung zu einem Abzug berechtigt ist, wenn dieser vereinbart und angemessen ist. Es handelt sich also nicht um die bloße Wiedergabe einer gesetzlichen Regelung. Damit unterliegen diese Klauselteile der Inhaltskontrolle nach dem AGB-Gesetz.

Das BerGer. hat diese Klauselteile als hinreichend transparent angesehen und ausgeführt, der Kl. habe auch keine nachvollziehbaren Bedenken gegen die Höhe des Abzugs erhoben. Dem ist grundsätzlich beizutreten. Indessen haben diese Klauselteile ohne den übrigen Wortlaut des § 6 ALB keinen Bestand. Ein durchschnittlicher Versicherungsnehmer kann die Regelung über den Abzug von einem Rückkaufswert oder einer beitragsfreien Versicherungssumme nicht verstehen, wenn ihm die Regelung dieser Ausgangswerte selbst unverständlich ist. Deshalb erfasst die Unwirksamkeit

des § 6 ALB im Übrigen auch die Teile der Abs. 1 lit. a S. 4 und 2 lit. b S. 2 ALB.

C. § 17 I 1, 2, II lit. a ALB.
Das BerGer. sieht diese Klauselteile wegen der Sperrwirkung des § 8 AGBG der gerichtlichen Kontrolle als entzogen an. Ob dies richtig ist, mag dahinstehen. Denn jedenfalls benachteiligt § 17 ALB in diesen Teilen den Versicherungsnehmer nicht unangemessen, so dass es bei dem Ergebnis des BerGer., das die Verwendung dieser Klauselteile nicht untersagt hat, verbleibt.

Standort: ZPO Problem: Zueigenmachen fremder Tatsachenbehauptungen

BGH, URTEIL VOM 03.04.2001
VI ZR 203/00 (NJW 2001, 2177)

Problemdarstellung:
In diesem Revisionsverfahren musste der BGH die Frage klären, welche Tatsachen von einer Partei im Prozess vorgetragen worden sind und daher vom Gericht gem. § 286 ZPO zu würdigen waren. Der BGH stellt dabei fest, dass das BerGer. verfahrensfehlerhaft den ihm zur Entscheidung unterbreiteten Sachverhalt nicht ausgeschöpft hat. Denn es hat den in der Rechtsprechung anerkannten Grundsatz außer Acht gelassen, dass sich eine Partei die bei einer Beweisaufnahme zu Tage tretenden Umstände jedenfalls hilfsweise zu Eigen macht, wenn sie ihre eigene Rechtsposition zu stützen geeignet sind.

Prüfungsrelevanz:
Im Zivilprozessrecht herrscht der sog. Verhandlungsgrundsatz (Gegenstück zum Amtsermittlungsgrundsatz). Danach bestimmen die Parteien, welche Tatsachen sie dem Gericht im Rechtsstreit zur Entscheidung unterbreiten und welche Tatsachen beweisbedürftig sind. Das Gericht wird von sich aus nicht tätig, sondern kann nur über diejenigen Tatsachen und Beweismittel befinden, die ihm durch die Parteien zukommen. Deshalb besteht für die Parteien die Verpflichtung, sich über alle entscheidungsrelevanten Tatsachen wahrheitsgemäß zu äußern (§ 138 ZPO).

Vertiefungshinweis:
❝ Zur Beweiswürdigung bei hilfsweisem Zueigenmachen: *BGH*, NVersZ 1998, 31

Kursprogramm:
❝ *Assessorkurs*: "Ein Hundeleben"

Leitsatz:
Es entspricht einem allgemeinen Grundsatz, dass sich eine Partei die bei einer Beweisaufnahme zu Tage tretenden Umstände jedenfalls hilfsweise zu Eigen macht, soweit sie ihre Rechtsposition zu stützen geeignet sind. Das Gericht hat auch diesen Vorrag der Partei bei der Beweiswürdigung zu berücksichtigen.

Sachverhalt:
Der Kl. begehrt Schadensersatz wegen der Folgen einer tätlichen Auseinandersetzung am 14. 2. 1993. Am Abend dieses Tages trafen die Parteien in dem Lokal "K" in B. zusammen. Nach einem Gerangel des Kl. mit dem gleichfalls anwesenden A kam es später zu Tätlichkeiten zwischen dem Kl. und anderen Personen, in deren Folge der Kl. am linken Auge schwer verletzt worden ist und dessen Sehfähigkeit weit gehend eingebüßt hat. Er macht dafür neben der früheren Erstbekl., der Zeugin L, den Bekl. verantwortlich.
Das LG hat die Klage abgewiesen. Das KG hat die Berufung des Kl. zurückgewiesen. Auf die Revision des Kl. hat der erkennende Senat diese Entscheidung mit Urteil vom 23. 3. 1999 (NJW 1999, 2895 = LM H. 1/2000 § 823 [Bej BGB Nr. 48 = VersR 1999, 1375) aufgehoben und die Sache an das BerGer. zurückverwiesen. Dieses hat nach weiterer Beweisaufnahme erneut die Berufung zurückgewiesen.
Die Revision des Kl. hatte Erfolg und führte zur Aufhebung und Zurückverweisung.

Aus den Gründen:

A. Entscheidung und Begründung des BerGer.
Das BerGer. hat ausgeführt, es könne sich auch nach erneuter Vernehmung des Zeugen W nicht hinreichend sicher überzeugen, dass die Verletzungen des Kl. durch eine Handlung des Bekl. herbeigeführt worden seien.
Der Zeuge habe Faustschläge geschildert, aber einen Schlag mit einem Barhocker und Tritte gegen den am Boden liegenden Kl. - wie von diesem vorgetragen - nicht bestätigt. Auch nach der erneuten Beweisaufnahme sei nicht hinreichend sicher auszuschließen, dass die Verletzungen dem Kl. von einem Dritten zugefügt worden seien. Die Voraussetzungen des § 823 II BGB i. V. mit § 227 StGB a. F. habe der Kl. nicht bewiesen. Eine Schlägerei i. S. dieser Strafbestimmung liege dann vor, wenn an einer Auseinandersetzung mehr als zwei Personen mitgewirkt hätten. Das aber habe die Beweisaufnahme nicht ergeben. Von einer Beteiligung des Zeugen A könne sich das Gericht so wenig überzeugen wie da-

von, dass der Bekl. und L gegen den Kl. vorgegangen seien. Die Aussage des Zeugen W, sowohl der Bekl. wie auch L hätten mit Fäusten auf den Kl. eingeschlagen, begegne Bedenken schon wegen des langen Zeitraumes zwischen dem Vorfall und der Aussage. Entscheidend sei aber, dass der Kl. selbst eine Schlägerei mit Fäusten nie behauptet habe. Auch die Aussage der Zeugin B, dass "alle aufeinander" gewesen seien und "alle mit Queues aufeinander eingeschlagen" hätten, trage eine Entscheidung wegen der von ihr eingeräumten, durch einen Unfall im Oktober 1994 verursachten Gedächtnislücken nicht.

B. Entscheidung des BGH

Das hält den Angriffen der Revision nicht stand.

I. Verstoß gegen § 286 ZPO

Mit Erfolg beanstandet die Revision einen Verstoß gegen § 286 ZPO.

1. Beweiswürdigung durch das BerGer.

Das BerGer. meint nach Ergänzung der Beweisaufnahme, die objektiven Voraussetzungen des § 227 a StGB a. F. seien nicht festzustellen, weil der hierfür erforderliche Angriff von zwei Personen gegen den Kl. nicht erwiesen sei. Dieser Beurteilung legt es zu Grunde, dass nach der Aussage des Zeugen W der Bekl. und L mit Fäusten auf den Kl. eingeschlagen hätten. Es meint aber darauf könne eine dem Kl. günstige Entscheidung nicht gestützt werden, weil nicht einmal der Kl. selbst eine solche Schlägerei mit Fäusten vorgetragen habe.

2. Missachtung eines hilfweise Zu-Eigen-Machens

Das BerGer. schöpft damit verfahrensfehlerhaft den ihm zur Entscheidung unterbreiteten Sachverhalt nicht aus (§ 286 ZPO) und lässt außerdem den in der Rechtsprechung des BGH anerkannten Grundsatz außer Acht, dass sich eine Partei die bei einer Beweisaufnahme zu Tage tretenden Umstände jedenfalls hilfsweise zu Eigen macht, soweit sie ihre Rechtsposition zu stützen geeignet sind (§ 286 ZPO; vgl. Senat, NJW 1991, 1541 = LM § 823 [Aa] BGB Nr. 126 VersR 1991, 467 [468]).

Mit Recht macht die Revision geltend, dass der Kl. schon in der Berufungsbegründung das Ergebnis der Beweisaufnahme erster Instanz dahin gewürdigt habe, es sei zwischen ihm, dem Bekl. und L zu einer Schlägerei gekommen, in deren Folge er die schweren Verletzungen davongetragen habe. Dabei hatte er sich ausdrücklich die Schilderung des Zeugen W zu eigen gemacht, die Parteien - nämlich er selbst und die beiden damaligen Bekl. - hätten sich "gegenseitig aufs Maul" gehauen und dabei sei auch ein "Queue mit im Spiel" gewesen; nach der Erinnerung des Zeugen W seien nur diese drei Personen in die Schlägerei verwickelt gewesen, was auch den protokollierten Angaben entsprach. Diesen Vortrag des Kl. hätte das BerGer. mithin bei seiner Würdigung der Aussage des Zeugen W zu Grunde legen müssen, der nämlich bei seiner wiederholten Vernehmung vor dem BerGer. bestätigt hat, dass die Parteien und L eine Auseinandersetzung gehabt hätten und eine richtige Keilerei stattgefunden habe, bei der diese Personen "mittendrin" gewesen seien und zugehauen hätten. Entgegen der Auffassung des BerGer. stand also der Vortrag des Kl. nicht im Widerspruch zu der Schilderung des Zeugen W.

Die Ausführungen des BerGer. lassen deutlich erkennen, dass es die Aussage des Zeugen W vor allem deshalb nicht zu Gunsten des Kl. gewürdigt hat, weil es irrig davon ausging, dass der Kl. einen derartigen Hergang nicht behauptet habe. Deshalb ist auch bei Berücksichtigung der Bedenken wegen des Zeitablaufs nicht auszuschließen, dass das BerGer. bei zutreffendem Verständnis des Klägervortrags die Zeugenaussage anders gewürdigt hätte, zumal sie inhaltlich im Wesentlichen der Aussage der Zeugin B entsprach. Bei dieser Sachlage wird das BerGer. die Zeugenaussagen erneut zu würdigen haben.

II. Mitverschulden oder Schuldlosigkeit des Bekl. an der Schlägerei

Das Urteil hat auch nicht aus anderen Gründen Bestand (§ 563 ZPO). Der Vortrag des Kl. war schlüssig und geeignet, die objektiven Voraussetzungen einer Schlägerei i. S. der § 823 II BGB i. V. mit § 227 StGB a. F. zu begründen. Insoweit wird auf die Ausführungen in dem ersten Urteil des Senats vom 23. 3. 1999 (NJW 1999, 2895 = LM H. 1/2000 § 823 [Be] BGB Nr. 48 = VersR 1999, 1375) verwiesen.

Dass der Bekl. in die Schlägerei ohne sein Verschulden hineingezogen worden wäre (§ 227 StGB a. F.), ist nicht festgestellt. Dies stünde - worauf der erkennende Senat bereits hingewiesen hat - zur Beweislast des Bekl. Solange derartige Feststellungen aber nicht getroffen werden, ist es - anders als das BerGer. zu meinen scheint - aus Rechtsgründen allenfalls im Rahmen einer Abwägung der Mitverursachungsanteile (vgl. § 254 I BGB) erheblich, wenn der Kl. zu Beginn der Auseinandersetzungen aggressiv auf den Bekl. und L zugerannt sein sollte.

Auch die Voraussetzungen für eine "reine Schutzwehr" (vgl. BGHSt 15, 369 [370f.] = NJW 1961, 839) seitens des Bekl. hat das BerGer. nicht festgestellt. Der Kl. hatte dagegen vorgetragen, dass der Bekl. unmittelbar an der Auseinandersetzung beteiligt gewesen sei, und sich hierzu auf die Aussagen der Zeugen W und B bezogen.

C. Ergebnis der Revision

Eine abschließende Sachentscheidung (§ 565 III ZPO)

ist dem Senat mangels hinreichender Feststellungen des BerGer. nicht möglich. Das Berufungsurteil ist deshalb aufzuheben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das BerGer. zurückzuverweisen (§§ 564, 565 I 1 ZPO). Dabei macht der Senat von der Möglichkeit des § 565 I 2 ZPO Gebrauch.

Standort: Schenkung Problem: Rückgabe wegen Verarmung des Schenkers

BGH, URTEIL VOM 25.04.2001
X ZR 229/99 (NJW 2001 2084)

Problemdarstellung:

Mit dieser Entscheidung hat der BGH ein für die Praxis der Alten- und Krankenpflege wichtiges Urteil getroffen. Die Kl., Betreiberin eines Altenkrankenhauses, hatte über Jahre hinweg den Vater der Bekl. gepflegt, obwohl dieser die finanziellen Mitteln für eine solche Krankenpflege nicht aufbringen konnte. Den größten Teil seines Vermögens hatte er nämlich zuvor seiner bekl. Tochter geschenkt. Nach dem Tod des Vaters trat der eingesetzte Nachlasspfleger den Rückgabeanspruch wegen Verarmung des Schenkers (§ 528 BGB) gegen die Tochter an die Kl. ab.

Der BGH hatte in dieser Entscheidung zu klären, ob und unter welchen Voraussetzungen der Rückzahlungsanspruch aus § 528 BGB auch nach dem Tod des Schenkers geltend gemacht werden kann. Der BGH erkennt in § 528 BGB keinen höchstpersönlichen Anspruch, so dass auch keine Beschränkung seiner Übertragbarkeit abgeleitet werden kann. Jedoch ist die Freiheit des Schenkers zu beachten, ob er den - unabhängig von seinem Willen entstandenen - Rückforderungsanspruch geltend machen will oder nicht. Ist der Schenker nicht in der Lage, sich mit einem geringeren, ohne Inanspruchnahme des Beschenkten mit den ihm verbliebenen Mitteln bestreitbaren Unterhalt zufrieden zu geben, weil er krank oder pflegebedürftig ist und auf die Inanspruchnahme der entgeltlichen Leistungen Dritter zu seiner Behandlung oder Pflege nicht verzichten kann, ist seine Entscheidung über die Rückforderung des Geschenks vorgezeichnet. Indem er diese Leistungen in Anspruch nimmt, bringt er vielmehr konkludent zum Ausdruck, dass er der Rückforderung des Geschenks für seinen Lebensunterhalt bedarf.

Prüfungsrelevanz:

Der BGH beschäftigt sich in diesem Fall mit Rechtsnatur, Entstehung und Übertragbarkeit des Rückforderungsanspruchs des Schenkers wegen Verarmung. Dabei macht er deutlich, dass es sich zwar nicht um einen höchstpersönlichen, aber zweckgebundenen Anspruch handelt. Die Rückforderung soll den Schenker in die Lage versetzen, seine Notlage zu kompensieren. Deshalb sind Gesichtspunkte der Zweckerreichung bzw. des Zweckentfalls für die Übertragbarkeit des Anspruchs von entscheidender Bedeutung.

Vertiefungshinweise:

- Besprechung dieser Entscheidung: *Neuner*, LM H. 9/2001 § 528 BGB Nr. 15
- Ausschluss der Bedürftigkeitseinrede gem. § 529 II BGB: *BGH*, RA 2001, 339 = NJW 2001, 1207
- Rückübertragung der Schenkung: *OLG Hamm*, NJW-RR 2000, 1611; *OLG Celle*, NJW-RR 1999, 197

Leitsätze:

Der Anspruch des Schenkers nach § 528 I 1 BGB auf Herausgabe des Geschenks erlischt nicht mit dessen Tod, sofern er bereits vom Schenker geltend gemacht oder abgetreten worden ist. Das Gleiche gilt, wenn der Schenker durch die Inanspruchnahme unterhaltssichernder Leistungen Dritter zu erkennen gegeben hat, dass er ohne die Rückforderung des Geschenks nicht in der Lage war, seinen notwendigen Unterhalt Zu bestreiten.

Sachverhalt:

Die Bekl. ist eine Tochter des am 30. 4. 1994 verstorbenen A, der vom 1. 12. 1992 bis zu seinem Tod im Altenkrankenhaus der Kl. gepflegt wurde. Da der Vater der Bekl. zur Bezahlung der Pflege- und Unterbringungskosten finanziell nicht in der Lage war, beantragte er am 17. 6. 1992 die Übernahme der Heimpflegekosten beim zuständigen Sozialhilfeträger. Mit Bescheid vom 5. 5. 1993 lehnte der Sozialhilfeträger es ab, dem Vater der Bekl. Sozialhilfe zu gewähren, und berief sich hierbei unter anderem darauf, dass dieser 1989 bzw. 1990 je 17 000 DM an seine beiden Töchter und weitere 6000 DM an eine Enkelin geschenkt habe. Ein gegen diese Entscheidung eingelegter Widerspruch blieb ohne Erfolg. Nach dem Tod des Vaters standen noch Pflege- und Unterbringungskosten in Höhe von 44 720,32 DM offen. Nachdem alle bekannten gesetzlichen Erben das Erbe ausgeschlagen hatten, wurde ein Nachlasspfleger für die unbekannten Erben bestellt, der am 2. 12. 1997 die Ansprüche des Nachlasses gegen die Bekl und ihre Schwester aus § 528 BGB in Höhe von je 17 000 DM an die Kl. abtrat.

Das LG hat die Bekl. zur Zahlung von 17 000 DM nebst Zinsen verurteilt. Das OLG hat die hiergegen ge-

richtete Berufung der Bekl. zurückgewiesen. Die Revision hatte keinen Erfolg.

Aus den Gründen:

A. Entscheidung und Begründung des BerGer.

I. Vorliegen der Voraussetzungen zur Rückforderung des Geschenkten gem. § 528 I BGB

Das BerGer. hat angenommen, dass dem Vater der Bekl. zu Lebzeiten ein Rückforderungsanspruch nach § 528 I 1 BGB gegen die von ihm beschenkte Bekl. zugestanden habe. Der Bekl. seien 17.000 DM von ihrem Vater geschenkt worden. Da der Vater seit 1993 nicht mehr in der Lage gewesen sei, seinen Lebensunterhalt angemessen zu bestreiten, seien objektiv der Notbedarf und der Rückforderungsanspruch gem. § 528 I 1 BGB entstanden. Diese Ausführungen des BerGer. werden von der Revision nicht angegriffen und lassen keinen Rechtsfehler erkennen.

II. Fortbestehen des Rückforderungsanspruchs nach dem Tod des Schenkers

Das BerGer. ist der Ansicht, dass der Rückzahlungsanspruch nach § 528 I 1 BGB auch nach dem Tode des Schenkers geltend gemacht werden könne, wenn er dazu diene, die vor dem Tod entstandenen Pflegekosten zu decken, der Sozialhilfeträger eine Kostenübernahme mit Rücksicht auf die betreffende Schenkung abgelehnt habe und der Nachlass sonst keine Vermögenswerte aufweise. Zur Begründung seiner Auffassung fährt das BerGer. im Wesentlichen aus: § 528 I 1 BGB werde als grundsätzlich höchstpersönlicher Anspruch angesehen. Auf die Höchstpersönlichkeit könne sich der Beschenkte gegenüber dem Nachlass jedoch nur berufen, wenn der Erblasser bewusst seinen Unterhalt so eingeschränkt habe, dass er keine seine tatsächlichen Mittel übersteigende Hilfe Dritter in Anspruch habe nehmen müssen. Anderenfalls müsse er dem Nachlass das Geschenk zum Ausgleich der Pflegekosten überlassen. Es könne dann auch keine Rolle spielen, ob das Sozialamt noch zu Lebzeiten die Übernahme der Kosten zugesagt habe oder nicht, da Altenkrankenhäuser, Heime und sonstige Pflegeanstalten ansonsten der Willkür des Sozialhilfeträgers ausgeliefert wären. Arbeiteten die Mitarbeiter der Sozialbehörde schnell, könne der pflegende Dritte mit rechtzeitigem Ausgleich der Pflegekosten rechnen, ohne dass er die Last der Durchsetzung der Ansprüche gegen Beschenkte tragen müsse Gehe die Überprüfung der Ansprüche jedoch schleppend voran, bestünde für den in Vorleistung Getretenen bei Versterben des Pfleglings keinerlei Ersatzmöglichkeit. Leere Kassen und die Schwierigkeiten bei der Realisierung von Erstattungsansprüchen gegen Unterhaltspflichtige und Beschenkte nötigten die Sozialhilfeträger offenbar dazu, den Nachrang der Sozialhilfe stärker zu beachten und nicht ohne weiteres in Vorlage zu treten. Dieses rigidere Vorgehen der Sozialhilfebehörde dürfe aber nicht dazu führen, dass diejenigen Dritten, die tatsächlich die Pflegeleistungen erbrächten und denen § 90 BSHG nicht zur Verfügung stehe, letztendlich leer ausgingen, wenn sie nicht zu Lebzeiten des Pfleglings ihre Ansprüche durchgesetzt hätten. Altenkrankenhäuser wie die Kl. könnten nicht darauf verwiesen werden, dass es ihnen möglich wäre, den wirtschaftlichen Ausfall dadurch zu verhindern, dass sie rechtzeitig auf Grund des Heimpflegevertrags Bezahlung verlangten oder das Vertragsverhältnis notfalls beendeten, weshalb es dann keines postmortalen Rückgriffs auf den Beschenkten mehr bedürfte. Dies zu fordern, hieße die soziale Wirklichkeit zu verkennen. Häufig werde bei Aufnahme auch beiderseits bekannt sein, dass eigenes Einkommen oder Vermögen nicht ausreiche. um das vereinbarte Entgelt in voller Höhe zu entrichten Das Heim werde vom Staat dennoch sozialstaatlich in die Pflicht genommen. Könne der Heimbewohner aus eigenen Mitteln nicht zahlen, werde der Staat gegebenenfalls Sozialhilfe in Aussicht stellen, um dem Betroffenen "das Dach über dem Kopf” zu erhalten; es könne dem Heim aber nicht zugemutet werden, gegenüber dem Sozialhilfeträger mit einer unter Umständen rechtswidrigen Entlassung zu drohen, damit alsbald Sozialhilfe gewährt und eventuell Regressmöglichkeiten staatlicherseits durchgesetzt würden.

B. Entscheidung des BGH

Das hält der rechtlichen Nachprüfung im Ergebnis stand. Der Anspruch des Schenkers nach § 528 I 1 BGB auf Herausgabe des Geschenks erlischt nicht mit dessen Tod, sofern er bereits vom Schenker geltend gemacht oder abgetreten worden ist oder der Schenker - wie im Streitfall - durch die Inanspruchnahme unterhaltssichernder Leistungen Dritter zu erkennen gegeben hat, dass er ohne die Rückforderung des Geschenks nicht in der Lage war, seinen notwendigen Unterhalt zu bestreiten.

I. Zum Zweck und Inhalt des Rückforderungsanspruchs gem. § 528 BGB

Indem er dem Schenker einen Anspruch auf Herausgabe des Geschenks nach den Vorschriften über die Herausgabe, einer ungerechtfertigten Bereicherung gibt, stellt § 528 I 1 BGB einen Eingriff in den Bestand der vollzogenen Schenkung dar. Die entsprechende Verpflichtung zur Herausgabe mutet das Gesetz dem Beschenkten jedoch ausschließlich zur Behebung einer Notlage des Schenkers zu. § 528 I 1 BGB soll den Schenker in die Lage versetzen, seinen Unterhalt selbst zu bestreiten sowie seine gesetzlichen Unterhaltspflichten gegenüber Verwandten und Ehegatten zu erfüllen

(BGHZ 96, 380 [382] = NJW 1986,1606 = LM § 528 BGB Nr. 3; BGHZ 127, 354 [357] = NJW 1995, 323 = LM H. 4/1995 § 399 BGB Nr. 35). Damit soll zugleich eine Inanspruchnahme der Allgemeinheit für den Notbedarf des Schenkers verhindert werden (BGHZ 137, 76 [82] = NJW 1998, 537 = LM H. 5/1998 § 528 BGB Nr. 13). Bei dem Rückforderungsanspruch handelt es sich demgemäß um einen zweckgebundenen Anspruch (vgl. dazu Jauernig/Vollkommer, BGB, 9. Aufl., §§ 528 f. Rdnr. 2; Kollhosser, ZEV 1995, 391 [392]; ders., in: MünchKomm, 3. Aufl., § 528 Rdnr. 8; Wüllenkemper, JR 1988, 353 [357f.]; Zeranski, Der Rückforderungsanspruch des verarmten Schenkers, S. 55 ff.), weshalb den Gesichtspunkten der Zweckerreichung bzw. des Zweckfortfalls wesentliche Bedeutung bei der Beurteilung der Übertragbarkeit, der Pfändbarkeit und der Vererblichkeit des Anspruchs zukommt.

Dagegen ist es nicht gerechtfertigt, wie das BerGer. zu Recht annimmt, aus einer Qualifikation des Anspruchs als eines höchstpersönlichen Folgerungen für den Rechtsübergang auf Dritte zu ziehen (BGHZ 127, 354 [357] = NJW. 1995, 323 = LM H. 4/1995 § 399 BGB Nr. 35). Das Gesetz qualifiziert den Anspruch nicht als höchstpersönlichen. Es können daher aus einer solchen Qualifikation nicht Beschränkungen der Übertragbarkeit abgeleitet werden, deren Bestehen es überhaupt erst rechtfertigen könnte, den Anspruch als höchstpersönlichen anzusehen (Kollhosser, ZEV 1995, 391 [392]; Haarmann, FamRZ 1996, 522 [523]).

II. Entscheidungsfreiheit des Schenkers bei Anspruchserhebung zu beachten

Die Revision hebt jedoch zu Recht hervor, dass grundsätzlich die Freiheit des Schenkers geschätzt ist, darüber zu entscheiden, ob er den Rückforderungsanspruch geltend machen will oder nicht (BGHZ 127, 354 [356] = NJW 1995, 323 = LM H. 4/1995 § 399 BGB Nr. 35), auch wenn die Entstehung des Anspruchs nicht vom Willen des Schenkers abhängt (BGHZ 137, 76 [82] = NJW 1998, 537 = LM H. 5/1998 § 528 BGB Nr. 13). Wie der Pflichtteilsanspruch und der Anspruch des Ehegatten auf Ausgleich des Zugewinns ist der Rückforderungsanspruch deshalb nach § 852 ZPO der Pfändung nur unterworfen, wenn er durch Vertrag anerkannt oder rechtshängig geworden ist. Hinsichtlich des Pflichtteilsanspruchs hat der Gesetzgeber mit Rücksicht auf

die familiäre Verbundenheit von Erblasser und Pflichtteilsberechtigtem diesem allein die Entscheidung überlassen wollen, ob der Anspruch gegen den Erben durchgesetzt werden soll (vgl. Achilles/Gebhard/Spahn, Protokolle V, S. 526 f.; Hahn/Mugdan, Die gesamten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen, Bd. 8, S. 159; BGHZ 123, 183 [186] = NJW 1993, 5 2876 = LM H. 11/1993 § 852 ZPO Nr. 1); Gläubiger sollen diese Entscheidung nicht an sich ziehen können (Motive zum BGB, Bd. V, S. 418). Ihnen ist es untersagt, auf das den Pflichtteil ausmachende Vermögen, ohne den Willen des Berechtigten zuzugreifen, den Wert dieses Vermögens zu realisieren; dieses Entscheidungsrecht darf deshalb auch durch die Anwendung der Gläubigeranfechtungsvorschriften nicht unterlaufen werden (BGH, NJW 1997, 2384 = LM H. 10/1997 § 1 AnfG Nr. 7). Derselben Regelung hat der Gesetzgeber mit Rücksicht auf die (typischerweise bestehende) persönliche Beziehung zwischen Schenker und Beschenktem den Anspruch nach § 528 I BGB unterstellt (Hahn/Mugdan, S. 159). Der Schenker kann, auch wenn objektiv die Voraussetzungen des § 534 BGB nicht vorliegen, eine sittliche Verpflichtung zu der schenkweisen Zuwendung empfunden haben oder er kann sich aus persönlicher Verbundenheit oder anderen Gründen gehindert sehen, den Beschenkten auf Rückgabe, des Geschenks in Anspruch zu nehmen. Der Rückforderungsanspruch ist mit Rücksicht hierauf einer Pfändung entzogen; die Motive des Schenkers unterliegen dabei keiner rechtlichen Nachprüfung. Insoweit hängt der Eingriff in den Bestand der vollzogenen Schenkung - sofern nicht die unentgeltliche Zuwendung selbst von dem Gläubiger oder dem Insolvenzverwalter angefochten werden kann (§ 4 I AnfG, § 134 I Ins0) - grundsätzlich davon ab, ob sie von dem Schenker gewollt ist oder ob es nach seinem Willen bei dem erfüllten Schenkungsversprechen verbleiben soll.

Für die Vererblichkeit des Anspruchs kommt es nicht nur darauf an, inwieweit sie mit seiner Zweckbindung vereinbar ist, sondern auch darauf, ob sie mit dem Schutz in Einklang zu bringen ist, den das Gesetz der Entscheidungsfreiheit des Schenkers gewährt.

III. Voraussetzungen zur Vererblichkeit des Anspruchs gem. § 528 BGB

Der Anspruch aus § 528 BGB kann deshalb dann noch nach dem Tod des Schenkers verfolgt werden, wenn er vor seinem Tod auf einen Träger der Sozialhilfe übergeleitet oder wirksam abgetreten worden ist (BGHZ 96, 380 [383] = NJW 1986, 1606 = LM § 528 BGB Nr. 3; BGHZ 127, 354 [357] = NJW 1995, 323 = LM H. 4/1995 § 399 BGB Nr. 35). Der Erbe kann den Anspruch aus § 528 BGB auch weiter verfolgen, wenn er noch vom Schenker geltend gemacht worden und ein Dritter für den Unterhalt des Schenkers bis zu seinem Tod in Vorlage getreten ist (BGHZ 123, 264 [267] = NJW 1994, 256 = LM H. 3/1994 § 528 BGB Nr. 7). In allen diesen Fällen ist der Anspruch nicht erloschen, weil sein Zweck noch erreichbar ist und der Schenker durch die Abtretung oder durch die Geltendmachung seinen Willen bekundet hat, den Beschenkten auf Herausgabe des Geschenks in Anspruch zu nehmen. Hat der Schenker sich hingegen, indem er sich mit weniger

als dem angemessenen Unterhalt begnügt und den Anspruch weder selbst geltend gemacht noch abgetreten hat, gegen eine Inanspruchnahme des Beschenkten entschieden, hat es dabei grundsätzlich sein Bewenden (vgl. Erman/Seiler, BGB, 10. Aufl., § 528 Rdnr. 6; Leipold, in: MünchKomm, 3. Aufl., § 1922 Rdnr. 18; Soergel/Mühl7Teichmann, BGB, 12. Aufl., § 528 Rdnr. 8; Staudinger/Cremer, BGB, 13. Bearb. [1995], § 528 Rdnr. 12; Zeranski, S. 126 ff.).

IV. Unbeachtlichkeit des Schenkerwillen bei gesetzlichem Forderungsübergang auf den Sozialhilfeträger

In der Rechtsprechung des BGH ist ferner geklärt, dass in Fällen, in denen der Schenker Sozialhilfe in Anspruch genommen hat, der Anspruch aus § 528 BGB auch dann nicht mit dem Tod des Schenkers untergeht, wenn eine Geltendmachung oder Überleitung auf den Sozialhilfeträger zu seinen Lebzeiten nicht erfolgt ist (BGH, NJW 1995, 2287 [2288] = LM H. 10/1995 § 276 [Fb] BGB Nr. 75). Das ergibt sich allerdings bereits daraus, dass der Forderungsübergang nach § 90 I 4 BSHG nicht dadurch ausgeschlossen ist, dass der Anspruch nicht übertragen, verpfändet oder gepfändet werden kann.

Gegenüber dem Sozialhilfeträger ist demgemäß die Entscheidungsfreiheit des Schenkers, ob er das Geschenk zurückfordern will oder nicht, ohnehin nicht geschützt. Der Schenker muss es hinnehmen, dass der Sozialhilfeträger den Beschenkten auch gegen seinen Willen in Anspruch nimmt. Solange dem Sozialhilfeträger dieses Recht zusteht, kann der Anspruch auch durch den Tod des Schenkers nicht untergehen.

V Konkludenter Rückforderungwille des Schenkers bei Inanspruchnahme von Hilfeleistungen durch Dritte

Für private Dritte, die durch Sachleistungen oder finanzielle Zuwendungen den Unterhalt des Schenkers sichergestellt haben, gilt diese Privilegierung freilich nicht. Der BGH hat jedoch in der vorgenannten Entscheidung bereits darauf hingewiesen, dass es nicht ohne Einfluss auf die Vererblichkeit des Anspruchs aus § 528 BGB bleiben kann, wenn der Schenker sich gerade nicht im Interesse des Beschenkten eingeschränkt und mit einem unangemessen geringen Unterhalt zufrieden gegeben, sondern fremde Hilfe in Anspruch genommen hat (BGH, NJW 1995, 2287 [2288] = LM H. 10/1995 § 276 [Fb] BGB Nr. 75). Ist der Schenker, wie im Streitfall der Vater der Bekl., nicht in der Lage, sich mit einem geringeren, ohne Inanspruchnahme des Beschenkten mit den ihm verbliebenen Mitteln bestreitbaren Unterhalt zufrieden zu geben, weil er krank oder pflegebedürftig ist und auf die Inanspruchnahme der infolgedessen erforderlichen entgeltlichen Leistungen Dritter zu seiner medizinischen Behandlung oder Pflege nicht verzichten kann, ist seine Entscheidung über die Rückforderung des Geschenks vorgezeichnet. Es steht dann nicht mehr in seinem Belieben, ob er auf das ihm noch zur Verfügung stehende Mittel in Gestalt des Anspruch nach § 528 I BGB zurückgreift, das ihm die Entgeltung dieser Leistungen ermöglicht. Indem er diese Leistungen in Anspruch nimmt, bringt er vielmehr zum Ausdruck, dass er der Rückforderung des Geschenks für seinen Lebensunterhalt bedarf. Der Schenker verhielte sich widersprüchlich, wenn er einerseits die Leistungen Dritter zur Sicherstellung seines notwendigen Unterhalts entgegennähme, es andererseits aber ablehnte, gegenüber dem Beschenkten den Anspruch geltend zu machen, den ihm das Gesetz gerade für den Fall einräumt, dass er außer Stande ist, diese Leistungen anderweitig zu vergüten (vgl. Franzen, FamRZ 1997, 528 [534]). Daher ist für die Vererblichkeit des Anspruchs nach § 528 BGB die Inanspruchnahme solcher Leistungen Dritter der Bekundung des Willens des Schenkers zur Geltendmachung des Rückforderungsanspruchs jedenfalls gleichzustellen.

VI. Vergleich mit Unterhaltsansprüchen des Schenkers

Dem entspricht es, dass Unterhaltsansprüche des Schenkers gegenüber dem Rückforderungsanspruch gegen den Beschenkten nachrangig sind (BGH, NJW 1991, 1824 = LM H. 49/1991 § 528 BGB Nr. 5). Wenn bereits derjenige, der dem Schenker zum Unterhalt verpflichtet ist, es nicht hinnehmen muss, dass der Schenker davon absieht, das Geschenk zurückzufordern, so muss dies erst recht für denjenigen gelten, der den Unterhalt des Schenkers sicherstellt, ohne ihm unterhaltspflichtig zu sein. Aus § 1615 I i. V. mit § 1613 I BGB folgt zwar, dass Unterhaltsansprüche mit dem Tod des Bedürftigen untergehen, sofern der Verpflichtete mit ihnen nicht in Verzug war. Diese in § 528 I 3 BGB angeführten Vorschriften sind jedoch nach ständiger Rechtsprechung des BGH auf den Rückforderungsanspruch nach § 528 I 1 BGB nicht anwendbar (BGHZ 94, 141 [144] = NJW 1985, 2419 = LM § 528 BGB Nr. 2; BGHZ 96, 380 [384] = NJW 1986, 1606 = LM § 528 BGB Nr. 3). Entscheidend ist, dass der in Vorlage tretende Dritte an Stelle des an sich verpflichteten Beschenkten Leistungen an den Schenker, die dessen Unterhaltssicherung dienten, erbracht hat, um die Not des Schenkers abzuwenden. Nach dem Rechtsgedanken des § 843 IV BGB bringt die unterhaltssichernde Leistung eines Dritten, die nach ihrer Zweckbestimmung nur dem Schenker, nicht aber dem Beschenkten zugute kommen soll, den einmal entstandenen Rückforderungsanspruch aus § 528 I 1 BGB nicht zum Erlöschen (BGHZ 123, 264 [267] = NJW 1994, 256 = LM H. 3/1994 § 528 BGB Nr. 7; Kollhosser, ZEV 1994, 50 [51]; Haarmann, FamRZ 1996, 522 [525]). In Fällen, in denen der Schenker zur Behebung seiner Notlage nicht selbst auf den geschenkten Gegenstand zurück-

gegriffen, sondern Hilfeleistungen Dritter empfangen hat, ist es nach der Zweckbestimmung des § 528 BGB geboten, dass der Anspruch in Höhe der von dem Dritten an den Schenker erbrachten Leistungen den Tod des Schenkers auch ohne die in diesen Fällen typischerweise fehlende Leistungsaufforderung überdauert.

VI. Interessengerechte Gleichbehandlung von Sozialhilfeträger und sonstigen Privaten

Schließlich erscheint es auch interessengerecht, die Fälle, in denen ein Privater den Unterhalt des Schenkers sicherstellt und diejenigen, in denen ein Sozialhilfeträger dafür einsteht, in Bezug auf die Vererblichkeit des Rückforderungsanspruchs nach § 528 I 1 BGB nicht unterschiedlich zu behandeln. In beiden Fällen hat der Schenker fremde Hilfe in Anspruch genommen, ohne sich im Interesse des Beschenkten einzuschränken bzw. ohne sich im Hinblick auf seine Pflegebedürftigkeit entsprechend einschränken zu können. Die Kl. hat freiwillig Leistungen zur Deckung des Notbedarfs des verarmten Vaters der Bekl. erbracht, wobei diese nicht der Bekl. als Beschenkten, sondern nur dem Vater der Bekl. zugute kommen sollten. Ein solches freiwilliges Eintreten eines Dritten zur Behebung einer Notlage liegt im öffentlichen Interesse und ist von der Rechtsordnung gewünscht, wie etwa in den gesetzlichen Regelungen zum Ausdruck kommt, die einen Rückgriff ermöglichen, wenn Unterhaltspflichten erfüllt werden, obwohl primär ein anderer den Unterhalt schuldet (§§ 1607 II 2, 1608 S. 3, 1584 S. 3 BGB).

Die Rüge der Revision, dass durch nichts belegt sei, dass die Kl., wie vom BerGer. angenommen, vom Staat sozialstaatlich in die Pflicht genommen werde oder worden sei, kann dem Rechtmittel nach alledem nicht zum Erfolg verhelfen. Hierauf kommt es nicht an.

VII. Kein entgegenstehendes schutzwürdiges Vertrauen des Beschenkten

Der Vererblichkeit des Rückforderungsanspruchs nach § 528 I 1 BGB in dem vom Senat bejahten Umfang steht schließlich auch nicht entgegen, dass sie mit dem für den Beschenkten gebotenen Vertrauensschutz nicht zu vereinbaren wäre. Der Rückforderungsanspruch ist zu Gunsten des Beschenkten unter Vertrauensschutzgesichtspunkten mehrfach eingeschränkt. Der Beschenkte braucht dem Herausgabeverlangen nicht nachzukommen, falls er das Geschenk für seinen eigenen angemessenen Unterhalt oder zur Erfüllung seiner Unterhaltspflichten benötigt (§ 529 II BGB), wenn er entreichert ist (§ 528 I 1 i.V. mit § 818 III BGB), sowie wenn bei Eintritt der Bedürftigkeit des Schenkers seit der Schenkung zehn Jahre verstrichen sind (§ 529 I BGB). Ein darüber hinausgehendes Bedürfnis nach Vertrauensschutz kann angesichts dieser Regelungen nicht anerkannt werden (vgl. BGH, NJW 1995, 2287 [2288] = LM H. 10/1995 § 276 [Fb] BGB Nr. 75; Kollhosser, ZEV 1995, 391 [394]; Haarmann, FamRZ 1996, 522 [523]).

Das BerGer. hat deshalb zutreffend angenommen, dass der gem. § 528 I 1 BGB als Zahlungsanspruch des Vaters entstandene Rückforderungsanspruch gegen die Bekl. nicht mit dem Tod des Vaters untergegangen ist, weshalb er vom Nachlasspfleger gem. § 398 BGB wirksam an die Kl. abgetreten werden konnte.

VII. Keine Entreicherung der Beschenkten

Nach den weiteren Ausführungen des BerGer. kann sich die Bekl. nicht auf eine Entreicherung gem. § 818 III BGB berufen. Sie habe mit ihrer pauschalen Aufzählung von Ausgaben - insbesondere hinsichtlich der Kosten von Reisen nach Tirol in Höhe geschätzter 16.000 DM - nicht dargelegt, dass sie das Geschenk ersatzlos und ohne Ersparnis an anderer Stelle verbraucht habe. Ihr müssten außer den geschenkten 17.000 DM zumindest weitere 33. 000 DM zur Verfügung gestanden haben, was ihrem Vortrag widerspreche, sie hätte sich Sonderausgaben ohne das Geschenk nicht leisten können. Zu ihren wirtschaftlichen Verhältnissen im Übrigen habe sie keine Ausführungen gemacht. Die Revision greift dies nicht an; Rechtsfehler treten insoweit nicht hervor.

IMPRESSUM

HERAUSGEBERIN:	JURA INTENSIV VERLAGS-GMBH & CO. KG, Salzstraße 18, 48143 Münster Tel.: 0251/48246-0; Fax: 0251/48245-45 http://www.jura-intensiv.de ra@jura-intensiv.de
CHEFREDAKTION:	RA Frank Schildheuer
REDAKTEURE:	RA Frank Schildheuer (*Öffentliches Recht*); RA Carsten Scheen (*Zivilrecht*); Markus Schmülling (*Strafrecht*) Die Redakteure sind über die bei der Herausgeberin genannten Kontaktmöglichkeiten erreichbar.
ABONNEMENT:	Abonnement-Vertrag befindet sich im Heft und/oder wird auf Wunsch zugeschickt. Einmalige Anforderung eines Probeheftes jederzeit formlos und ohne weitere Verpflichtung möglich. Bestellwünsche und Bestellungen bitte an die Anschrift der Herausgeberin oder via Internet unter der o.g. Adresse.
BEZUGSPREISE:	Jahresabonnement (12 Hefte) DM 84,- einschließlich 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. Nicht eingegangene Exemplare können nur schriftlich innerhalb von 2 Wochen nach Ablauf des Erscheinungsmonats reklamiert werden.
DRUCK:	UWZ Schnelldruck GmbH, Oderstr. 40, 48155 Münster, Tel.: 0251/284850; Fax: 0251/2848529

Strafrecht

Standort: § 22 StGB — Problem: Versuchsbeginn beim Trickdiebstahl

BGH, BESCHLUSS VOM 14.03.2001
3 STR 48/01 (NSTZ 2001, 415)

Problemdarstellung:

Der Angekl. suchte die Geschäftsräume eines Juweliers in der Absicht auf, diesen unter Mitnahme von Schmuck zum Verlassen des Geschäfts zu bewegen, um ihm dann außerhalb der Geschäftsräume den Schmuck zu entwenden. Das LG ging davon aus, dass der Angekl., nachdem er merkte, dass der Juwelier das Geschäft nicht verlassen wollte, nunmehr jede sich bietende Gelegenheit nutzen wollte, um den Diebstahl in den Verkaufsräumen auszuführen. Wegen der Aufmerksamkeit des Juweliers kam es dazu jedoch nicht, so dass der Angekl. vom LG wegen versuchten Diebstahls bestraft wurde. Der BGH nimmt indessen an, dass weder der Tatentschluss des Angekl. hinreichend nachgewiesen worden sei noch das erforderliche unmittelbare Ansetzen zur Wegnahme vorliege. Der Angekl. habe keine Handlungen vorgenommen, die nach seinem Tatplan in ungestörtem Fortgang unmittelbar zur Tatbestandsverwirk-lichung führen sollten, ohne dass es noch einer weiteren Entschlussfassung bedurft hätte.

Prüfungsrelevanz:

Die Entscheidung bestätigt und präzisiert die Rechtsprechung des BGH zum Versuchsbeginn. Der BGH vertritt eine sog. "Kombinationsformel", welche die früher vertretene subjektive Theorie mit verschiedenen in der Literatur entwickelten Ansätzen vereint. Dabei variiert das Gericht den Argumentationsansatz je nach den Besonderheiten des Einzelfalles. Neben den Kriterien der Zwischenaktstheorie und - insbesondere für die sog. Auflauerungsfälle - der Sphärentheorie, betont es in letzter Zeit aber verstärkt die Bedeutung des Gefährdungskriteriums für die Bestimmung der "Unmittelbarkeit" des Ansetzens bei allen Erscheinungsformen des Versuchs (vgl. zu den verschiedenen Ansätzen etwa BGH, NStZ 1998, 241 m. Anm. Otto, a.a.O.).

In Fallgestaltungen, in denen der Täter die Deliktsbegehung von einer objektiven Bedingung abhängig macht (sog. Tatentschluss auf bewusst unsicherer Tatsachengrundlage), argumentiert der BGH regelmäßig in der Weise, dass er den Versuchsbeginn annimmt, wenn die objektive Bedingung - zumindest nach der Vorstellung des Täters - eingetreten ist bzw. der Täter sich Einfluss auf den Bedigungseintritt zuschreibt (vgl. dazu BGH, NStZ 1997, 83), da anderenfalls noch ein weiterer Willensimpuls erforderlich sei, damit das Tun unmittelbar in die Tatbestandsverwirklichung einmündet (vgl. BGH, NStZ 1999, 395 = RA 1999, 448 m.w.N.).

Im Bereich Versuch und Rücktritt hat der BGH aktuell zwei weitere beachtenswerte Entscheidungen getroffen. In einem Beschluss vom 29.3.2001 hatte sich der 3. Senat mit dem Problembereich "Versuch und Erfolgsqualifikation" auseinanderzusetzen und entschieden, dass auch im Rahmen des § 251 StGB ein Versuch in Form der sog. versuchten Erfolgsqualifikation möglich ist (NStZ 2001, 371 m. Bespr. Martin, JuS 2001, 821; vgl. zum Problem ferner BGHSt 21, 194; Kudlich, Jura 1995, 644).

In einer weiteren Entscheidung hat der 2. Senat ausgesprochen, dass - entsprechend der vom BGH angenommenen Möglichkeit eines "versuchten Regelbeispiels" (Anwendung des erhöhten Strafrahmens bei begonnener, aber nicht vollendeter Vewirklichung des Regelbeispiels) - das Rücktrittsprivileg bewirkt, dass dann, wenn der Täter freiwillig von der Verwirklichung eines Regelbeispiels Abstand nimmt, der zunächst bestehende "Quasi-Vorsatz" nicht strafschärfend berücksichtigt werden darf (Beschluss vom 23.6.2000, NStZ-RR 2001, 199).

Vertiefungshinweise:

- Zum versuchten Trickdiebstahl: *Roxin*, JZ 1998, 209; *Gössel*, JR 1998, 291

Kursprogramm:

- *Examenskurs*: "Schmuckhändler"
- *Examenskurs*: "Kurzfälle zum Diebstahl"

Leitsätze (der Redaktion):

Das Versuchsstadium erstreckt sich auf Handlungen, die in ungestörtem Fortgang unmittelbar zur Tatbestandserfüllung führen sollen oder die in unmittelbarem räumlichen und zeitlichen Zusam-menhang mit ihr stehen. Dies ist der Fall, wenn der Täter subjektiv die Schwelle zum "jetzt geht es los" überschreitet und objektiv zur tatbestandsmäßigen Angriffshandlung ansetzt, so dass sein Tun ohne

Zwischenakte in die Erfüllung des Tatbestandes übergeht.

Sachverhalt:
Das LG hat den Angekl. wegen Diebstahls in 2 Fällen und versuchten Diebstahls zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von 5 Jahren verurteilt sowie einen Pkw Porsche 993 und 113 000 DM Bargeld eingezogen. Seine Revision hatte teilweise Erfolg.
Nach den Feststellungen suchte der Angekl. den Juwelier S in dessen Geschäftsräumen auf, um diesem wertvollen Schmuck und Uhren zu entwenden. Sein Plan ging in erster Linie dahin, den Juwelier dazu zu bewegen, die Geschäftsräume unter der Mitnahme von Schmuck zu verlassen, um den Diebstahl dann außerhalb des Juweliergeschäfts ausführen zu können. Als er merkte, dass der Juwelier seinem Vorschlag wenig Sympathie entgegenbrachte, war der Angekl. fest entschlossen, jede sich bietende Gelegenheit und insbesondere jede Unachtsamkeit des Juweliers dazu auszunutzen, Uhren und Schmuck bereits in den Verkaufsräumen zu entwenden. Hierzu kam es auf Grund der Aufmerksamkeit des Juweliers jedoch nicht. Der Angekl. verließ daher die Geschäftsräume und wurde dabei von der zuvor verständigten Polizei festgenommen.

Aus den Gründen:
[...] Jedoch hält seine Verurteilung wegen versuchten Diebstahls materiell-rechtlicher Überprüfung nicht stand.

I. Tatentschluss des Angekl.
Es bestehen bereits Bedenken, ob sich das LG rechtsfehlerfrei von dem Entschluss des Angekl. überzeugt hat, bei sich bietender Gelegenheit den Diebstahl bereits in den Geschäftsräumen des Juweliers zu begehen, oder ob es sich insoweit nicht lediglich um eine Vermutung ohne hinreichende tatsächliche Grundlage im Beweisergebnis handelt. Denn das vom LG insoweit für die Überzeugungsbildung maßgeblich herangezogene Argument, der in Trickdiebstählen erfahrene Angekl. habe bei den vorangehenden Taten bewiesen, dass er problemlos aus dem Stand heraus handeln kann und jederzeit in der Lage ist sich umzuorientieren, findet in den Feststellungen zu den weiteren abgeurteilten Taten keine hinreichende Stütze.

II. Versuchsbeginn
Dies bedarf indessen keiner abschließenden Entscheidung. Auch auf Grundlage der vom LG zum Tatentschluss des Angekl. gewonnenen Überzeugung belegen die bisherigen Feststellungen nicht, dass sich der Angekl. des versuchten Diebstahls schuldig gemacht hätte.

1. Grundsätzliche Bestimmung des Versuchsbeginns
Eine Straftat versucht, wer nach seiner Vorstellung von der Tat zur Verwirklichung des Tatbestandes unmittelbar ansetzt (§ 22 StGB). Dazu ist es nicht erforderlich, dass der Täter bereits ein Tatbestandsmerkmal verwirklicht. Es genügt, dass er Handlungen vornimmt, die nach seinem Tatplan der Erfüllung eines Tatbestandsmerkmals vorgelagert sind und unmittelbar in die tatbestandliche Handlung einmünden. Das Versuchsstadium erstreckt sich deshalb auf Handlungen, die in ungestörtem Fortgang unmittelbar zur Tatbestandserfüllung führen sollen oder die in unmittelbarem räumlichen und zeitlichen Zusammenhang mit ihr stehen. Dies ist der Fall, wenn der Täter subjektiv die Schwelle zum "jetzt geht es los" überschreitet und objektiv zur tatbestandsmäßigen Angriffshandlung ansetzt, so dass sein Tun ohne Zwischenakte in die Erfüllung des Tatbestandes übergeht (st. Rspr.; vgl. nur BGHSt 26, 201, 202 ff.; 28, 162, 163; BGH NStZ 1993, 398; 1996, 38; 1999, 395, 396).

2. Anwendung der Grundsätze auf den vorliegenden Fall
Nach diesen Maßstäben ist nicht erkennbar, dass der Angekl., der den Diebstahl in erster Linie außerhalb der Geschäftsräume des Juweliers ausführen wollte, nach seiner Vorstellung von der Tat bereits unmittelbar zur Verwirklichung des Diebstahls innerhalb der Geschäftsraume angesetzt hätte. Denn das LG hat keine Handlungen des Angekl. festgestellt, die nach seinem Tatplan in ungestörtem Fortgang unmittelbar zur Tatbestandsverwirklichung führen sollten, ohne dass es einer weiteren Entschlussfassung bedurft hätte.
Der Angekl. hatte noch nicht den unbedingten Entschluss gefasst, Schmuck und Uhren aus den Geschäftsräumen des Juweliers zu entwenden. Vielmehr machte er die Tatausführung davon abhängig, dass sich eine entsprechende Gelegenheit bot. Was er sich hierunter im einzelnen vorstellte, teilt das Urteil zwar nicht mit. Ihm lässt sich aber entnehmen, dass der Angekl. auf den Eintritt einer Situation hoffte, in welcher ihm durch das Verhalten des Juweliers der Zugriff auf geeignete Beutestücke ermöglicht wurde. Der Beginn der Tatausführung setzte damit nach dem Tatplan voraus, dass sich während des Aufenthalts des Angekl. in den Geschäftsräumen Umstände ergaben, die der Angeklagte als günstig für die geplante Wegnahmehandlung beurteilte. Dass eine derartige Situation entstand und der Angekl. subjektiv die Schwelle zum "jetzt geht es los" überschritten hätte, kann dem Urteil nicht entnommen werden. Es ist nicht einmal festgestellt, dass der Juwelier dem Angekl. Schmuckstücke zur Ansicht vorgelegt und diesem damit überhaupt einen Zugriff ermöglicht hätte. Danach können allein der Aufenthalt des Angekl. in den Geschäftsräumen und das Führen von Verkaufsverhandlungen mit dem Juwelier noch nicht als unmit-

telbares Ansetzen zum Diebstahl gewertet werden, denn sie sollten nicht unmittelbar in die Wegnahmehandlung münden. Vielmehr bedurfte es hierfür noch eines weiteren Willensentschlusses des Angekl. nach Eintritt einer ihm für die Tatausführung geeignet erscheinenden Situation (vgl. BGH NStZ 1993, 398; 1996, 38). Insoweit unterscheidet sich vorliegender Sachverhalt von der Fallgestaltung, die dem Urteil des 4. Strafsenats vom 6. 10. 1977 (4 StR 404/77) zu Grunde lag. Dort war der Täter bereits bei Betreten des Schmuckgeschäfts ohne innere Vorbehalte entschlossen, sich unter Vorspiegelung von Kaufinteresse Schmuck vorlegen zu lassen und diesen sodann, zu entwenden [...].

Standort: § 315 b StGB Problem: Zwang eines Mitfahrers zur Weiterfahrt

BGH, BESCHLUSS VOM 01.03.2001
4 STR 31/01 (DAR 2001, 369)

Problemdarstellung:

Der BGH hatte in der nachfolgenden Entscheidung insbesondere über die Strafbarkeit eines Angekl. wegen gefährlichen Eingriffs in den Straßenverkehr gem. § 315 b I Nr. 3 StGB zu entscheiden. Der Angekl. wollte das spätere Tatopfer, seine ehemalige Freundin, "notfalls mit Gewalt zu sich zurückholen". Nachdem er sie gewzungen hatte, in sein Auto zu steigen und sie durch eine Kindersicherung am Aussteigen zunächst gehindert hatte, trat das Opfer die Seitenscheibe ein, um zu entkommen. Obwohl das Opfer sich nur noch mit Kopf und Schulter im Innenraum befand, setzte der Täter die Fahrt fort. Als der Angekl. später das Fahrzeug anhielt, konnte das Opfer entkommen, woraufhin der Angekl. sie mit seinem Fahrzeug zielgerichtet anfuhr und erheblich verletzte.

Der BGH hat lediglich für das letztgenannte Verhalten eine Strafbarkeit nach § 315 b I Nr. 3 StGB als begründet angesehen. Das Weiterfahren mit dem teilweise außerhalb des Wagens befindlichen Opfer sei zwar gefährlich, erfülle aber nicht die für die Verwirklichung des § 315 b StGB erforderliche Voraussetzung eines verkehrsfremden Eingriffs, da der Angekl. sich mit dem Tatopfer lediglich zu einer anderen Stelle begeben, sich mithin dem Straßenverkehr entsprechend verhalten wollte.

Prüfungsrelevanz:

Innerhalb der sehr prüfungsrelevanten Straßenverkehrsdelikte (vgl. zur Übersicht Kopp, JA 1999, 943 ff.) stellt sich häufig die problematische Frage der Anwendbarkeit von § 315 b I StGB bei Verhaltensweisen im fließenden Verkehr. Damit der als abschließend zu verstehende Katalog des § 315 c I Nr. 2 StGB nicht unterlaufen wird, geht die ganz h.M. davon aus, dass § 315 b StGB insoweit nur anwendbar ist, wenn der Täter objektiv eine Einwirkung von einigem Gewicht vornimmt und sein Fahrzeug in subjektiv verkehrsfeindlicher Absicht bewusst zweckentfremdet und es damit zu einem Eingriff in den Straßenverkehr missbraucht (vgl. etwa OLG Hamm, NJW 2000, 2686 = RA 2000, 537; zur Anwendbarkeit bei äußerlich verkehrsgerechtem Verhalten BGH, NJW 1999, 3132 = RA 1999, 637; zum räumlichen Anwendungsbereich OLG Köln, VRS 99, 363 = RA 2001, 91).

Mit der vorliegenden Entscheidung bestätigt der BGH, dass eine Anwendbarkeit des § 315 b I StGB daher ausscheiden muss, wenn der Täter zwar ein gefährliches Verhalten vornimmt, dies aber nicht in der Absicht geschieht, das Fahrzeug den Zwecken des Straßenverkehrs zuwider zu benutzen (vgl. für einen ähnlich liegenden Fall des sog. "Auto-Surfens" OLG Düsseldorf, NStZ-RR 1997, 325).

Indem der Angekl. sein Opfer gezwungen hat, über mehrere hundert Meter im Fahrzeug mitzufahren, hat sich der Angekl. auch wegen Freiheitsberaubung gem. § 239 I StGB strafbar gemacht. In diesem Zusammenhang ist auf eine weitere aktuelle Entscheidung zur Freiheitsberaubung hinzuweisen, in der der BGH ausgeführt hat, dass zum Einsperren kein unüberwindliches Hindernis erforderlich ist, sondern es genügt, dass die Benutzung der zum regelmäßigen Ausgang bestimmten Vorrichtungen für den Zurückgehaltenen faktisch ausgeschlossen erscheint, weil eine unüberwindliche psychische Schranke besteht (BGH, Beschluss vom 8.3.2001 - 1 StR 590/00; NStZ 2001, 420). In ähnlicher Weise geht die Rechtsprechung im Übrigen davon aus, dass eine Drohung eine Freiheitsberaubung darstellen kann, wenn sie etwa wegen des Inaussichtstellens einer gegenwärtigen Gefahr für Leib oder Leben eine die Fortbewegung unzumutbar macht (vgl. BGH, NJW 1993, 1807).

Vertiefungshinweise:

- Zum Anwendungsbereich von § 315 b StGB: *Geppert*, Jura 1996, 639
- Zur Freiheitsberaubung: *Park/Schwarz*, Jura 1995, 295

Kursprogramm:

- *Examenskurs*: "Lenkhilfe mit Folgen"

Leitsatz (der Redaktion):

Voraussetzung für die Verwirklichung des § 315 b I Nr. 3 StGB bei Gewalthandlungen gegen eine Mitfahrerin ist, dass das Fahrzeug zweckwidrig in verkehrsfeindlicher Einstellung eingesetzt, es also nicht seiner Zweckbestimmung entsprechend als Fortbewegungsmittel gebraucht, sondern zweckfremd als Mittel zur Gefährdung oder Verletzung eines Menschen missbraucht wird.

Sachverhalt:

Nach den Feststellungen wollte der Angekl. am Tattage Ina M., die sich endgültig von ihm getrennt hatte, "notfalls mit Gewalt, zu sich zurückholen". Hierzu wollte er sie auf die Rückbank seines Fahrzeugs locken und durch die aktivierte Kindersicherung am Aussteigen hindern. Versuche des Angekl., Ina M. zum Einsteigen in seinen Pkw Mercedes zu bewegen, scheiterten. Der Angekl. packte Ina M. von hinten und stieß sie zum Fahrzeug. Als Ina M. zu schreien begann und versuchte, sich loszureißen, sprühte ihr der Angekl. Pfefferspray ins Gesicht, schob sie ins Auto, schloss die Tür und fuhr los. Da sie wegen der Kindersicherung nicht aussteigen konnte, geriet Ina M. in Panik, und trat mit den Füßen die Seitenscheibe hinter dem Beifahrersitz heraus. Sie kletterte mit den Füßen voraus aus dem fahrenden Fahrzeug, "so dass sie ich nur noch mit dem Kopf und einem Teil des Oberkörpers im Fahrzeuginnenraum befand". Der Angekl. hielt sie mit einer Hand an der Jacke und an den Haaren fest. "Die Schuhe von Ina M. streiften bereits am Boden, als der Angekl. die Fahrt fortsetzte und sein Fahrzeug noch beschleunigte, weswegen Ina M. die Beine anzog". Der Angekl. forderte sie auf, wieder ins Fahrzeug hineinzuklettern, drohte ihr, sie anderenfalls zu überfahren, und fuhr mit einer Geschwindigkeit von etwa 30 km/h über mehrere 100 Meter weiter. In einer Sackgasse hielt er sein Fahrzeug an, ließ Ina M. los. Diese fiel zu Boden, stand sofort auf und lief weg. "Da der Angekl. Ina M. wieder in seine Gewalt bringen wollte, fuhr er rückwärts auf sie zu, wobei er damit rechnete, sie mit dem Fahrzeug zu erfassen; eine mögliche Verletzung von ihr nahm er billigend in Kauf". Ina M. wurde vom Fahrzeugheck seitlich an der rechten Hüfte angefahren und vom Fahrzeug weggeschleudert. Der Angekl. verfolgte Ina M., die sofort aufgestanden war und auf dem Gehweg stadteinwärts zu flüchten versuchte, mit dem Mercedes und fuhr schräg auf den Gehweg, um ihr den Weg abzuschneiden. Als ein Mann eingriff und Ina M. über einen Zaun auf ein Privatgrundstück hob, erkannte der Angekl., dass er nun "nichts mehr ausrichten konnte", und fuhr davon.

Aus den Gründen:

Die wegen eines gefährlichen Eingriffs in den Straßenverkehr in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung und mit Freiheitsberaubung verhängte Freiheitsstrafe von einem Jahr und drei Monaten hat keinen Bestand. Das LG hat bei der Bemessung dieser Einzelstrafe einen zu großen Schuldumfang zugrundegelegt, weil es rechtsfehlerhaft von einer zweimaligen Verwirklichung des Tatbestandes des gefährlichen Eingriffs in den Straßenverkehr gern. § 315 b Abs. 1 Nr. 3, Abs. 3 i. V. m. § 315 Abs. 3 Nr. 1 Buchst. b StGB ausgegangen ist.

I. Zur Verurteilung durch das LG

Das LG hat in dem Verhalten des Angekl. rechtlich zutreffend eine Freiheitsberaubung gem. § 239 Abs. 1 StGB (vgl. BGH NStZ 1992, 33, 34) und, soweit er das Tatopfer mit seinem Auto angefahren hat, eine mit bedingtem Vorsatz begangene gefährliche Körperverletzung gem. § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB gesehen. Da das Tatopfer nach dem Sprühen des Pfeffersprays "Schmerzen in den Augen" hatte, ist auch insoweit - worauf das LG allerdings nicht ausdrücklich abgestellt hat - der Tatbestand des § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB erfüllt (vgl. BGH NStZ 1995, 339; Stree in Schönke/ Schröder StGB 25. Aufl. § 223 a Rdn. 6). Auch soweit das LG den Angekl. wegen eines zu den vorgenannten Delikten in Tateinheit stehenden gefährlichen Eingriffs in den Straßenverkehr zur Ermöglichung einer anderen Straftat gem. § 315 b Abs. 1 Nr. 3, Abs. 3 i.V.m. § 315 Abs. 3 Nr. 1 Buchst. b StGB verurteilt hat, hält der Schuldspruch im Ergebnis rechtlicher Nachprüfung stand.

II. Strafbarkeit des Angekl. wegen gefährlichen Eingriffs in den Straßenverkehr, § 315 b I Nr. 3 StGB

Durchgreifenden rechtlichen Bedenken begegnet jedoch die Annahme des LG, der Angekl. habe den Tatbestand des § 315 b StGB zweifach verwirklicht.

1. Tatbestandverwirklichung durch das Anfahren der Ina M.

Nach den Feststellungen hat der Angekl. den Tatbestand des § 315 b Abs. 1 Nr. 3, Abs. 3 i. V.m. § 315 Abs. 3 Nr. 1 Buchst. b StGB nur einmal, nämlich dadurch verwirklicht, dass er mit seinem Mercedes rückwärts auf Ina M. zufuhr, um sie "wieder in seine Gewalt" zu bringen, und dabei eine mögliche Verletzung des Tatopfers billigend in Kauf nahm. Der Angekl. hat damit sein Fahrzeug im Straßenverkehr zweckwidrig als gefährliches, gewichtig auf einen anderen Verkehrsteilnehmer einwirkendes Nötigungsmittel missbraucht (vgl. BGHSt 28, 87, 89). Diese Beeinträchtigung der Sicherheit des Straßenverkehrs durch einen ähnlichen, ebenso gefährlichen Eingriff i. S. d. § 315 b Abs. 1 Nr. 3 StGB führte zur konkreten Gefährdung des Tatopfers, das vom Fahrzeug erfasst wurde und unter ande-

rem Prellungen am rechten Oberschenkel und der unteren Brustwirbelsäule erlitt. Dabei handelte der Angekl. in der Absicht, eine andere Straftat zu ermöglichen (§ 315 b Abs. 3 i. V.m. § 315 Abs. 3 Nr. 1 Buchst. b StGB), denn er wollte das Tatopfer, nachdem es ihm entkommen war, erneut seiner Freiheit berauben. Der zweckwidrige Einsatz des Kfz war mithin Mittel, die erneut beabsichtigte Freiheitsberaubung.(§ 239 Abs. 1 StGB) zu ermöglichen.

2. Tatbestandsverwirklichung durch das vorherige Weiterfahren mit Ina M. als Mitfahrerin

Rechtsfehlerhaft ist dagegen die Annahme des LG, der Angekl. habe den Tatbestand des § 315 b Abs. 1 Nr. 3 StGB auch dadurch verwirklicht, dass er zuvor über eine Strecke von mehreren 100 Metern mit einer Geschwindigkeit von etwa 30 km/h weitergefahren war, obwohl das Tatopfer "sich nur noch mit einer Schulter und dem Kopf im Fahrzeug befand, während die anderen Körperteile bereits aus dem Fahrzeug hingen". Zwar kann eine solche Gewaltanwendung gegen eine Mitfahrerin, die das Fahrzeug verlassen möchte, als anderer, ebenso gefährlicher Eingriff i. S. dieser Vorschrift aufzufassen sein. Voraussetzung ist jedoch, dass das Fahrzeug dabei zweckwidrig in verkehrsfeindlicher Einstellung eingesetzt, es also nicht seiner Zweckbestimmung entsprechend als Fortbewegungsmittel gebraucht, sondern zweckfremd als Mittel zur Gefährdung oder Verletzung eines Menschen missbraucht wird (vgl. BGHR StGB § 315 b Abs. 1 Nr. 3 Eingriff 2; Eingriff, erheblicher 4). Dies ist jedoch nach den Feststellungen nicht der Fall. Der Angekl. fuhr vielmehr allein deshalb weiter, um seinen ursprünglichen Tatplan zu verwirklichen, Ina M. "zu sich zurückzuholen". Zudem hielt er das Tatopfer während der gesamten Fahrtstrecke an der Jacke und an den Haaren fest und ließ es erst nach dem Anhalten in der Sackgasse los. Das Weiterfahren erfolgte mithin nicht zweckfremd zur Gefährdung oder Verletzung eines anderen Verkehrsteilnehmers, sondern zweckbestimmt, weil sich der Angekl. mit dem Tatopfer zu einer anderen Stelle begeben wollte. Dies ist zwar ein gefährliches Verhalten im Straßenverkehr, stellt aber noch keinen gefährlichen Eingriff *in* den Straßenverkehr dar (vgl. BGHR StGB § 315 b Abs. 1 Nr. 3 Eingriff 2, 4).

Urteile in Fallstruktur

Standort: Öffentliches Recht Problem: Hausrecht im Bundestag

VG BERLIN, URTEIL VOM 18.06.2001
VG 27 A 344.00 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Das VG Berlin hatte über die Rechtmäßigkeit zweier Hausverbote zu entscheiden, die der Bundestagspräsident, gestützt auf sein Hausrecht, gegenüber zwei Journalisten ausgesprochen hatte. Ihr Fehlverhalten lag in der Anweisung zur bzw. Durchführung der ungenehmigten Entnahme von "Wischproben" auf den Abgeordnetentoiletten des Reichstages, die anschließend auf Kokainspuren untersucht wurden. Das (positive) Ergebnis wurde sodann in einer Fernsehsendung öffentlich gemacht. Das VG Berlin streift in seiner Entscheidung alle examensrelevanten Probleme des Hausrechts (Rechtsweg, Tatbestand, Rechtsfolge), wobei zwei Gesichtspunkte besonders bemerkenswert sind: Zum einen soll ein längerfristiges Hausverbot (hier: ein Jahr) nur zu präventiven Zwecken zulässig sein, also eine Wiederholungsgefahr voraussetzen. Zum anderen soll auch die bloße Anweisung zum hausrechtswidrigen Verhalten grds. tatbestandsmäßig sein, ohne dass es auf ein eigenes Betreten des Gebäudes bzw. einen eigenen Verstoß gegen die Hausordnung ankomme. Das VG bemüht hier die ordnungsrechtliche Figur des "Zweckveranlassers" zur (kurzen) Begründung seiner Ansicht. Allerdings hält die Kammer ein Hausverbot gegenüber dem Zweckveranlasser in der Rechtsfolge für ungeeignet und damit unverhältnismäßig, um dessen Fehlverhalten (die Anstiftung) zu unterbinden. Diese Konstruktion ist allerdings inkonsequent. Das VG muss sich fragen lassen, in wieweit ein Verhalten tatbestandsmäßig im Sinne einer (allein präventiven Zwecken dienenden) Norm sein kann, deren Rechtsfolge von vornherein offensichtlich ungeeignet zu dessen Unterbindung ist. Überzeugender wäre es gewesen, entweder ein Hausverbot auch gegenüber dem Zweckveranlasser als zumindest geeignetes Präventivmittel anzusehen (etwa wegen der abschreckenden Wirkung), oder die Aufnahme des Zweckveranlassers in den Kreis der potentiellen Adressaten eines Hausverbots insgesamt zu überdenken (vgl. BVerwGE 35, 106, wonach ein Hausrecht nur gegenüber einem Adressaten bestehen soll, der die Einrichtung im Rahmen ihrer Widmung *benutzt*). In einer Examensarbeit dürfte sich ein Kandidat, der die (vertretbare) Konstruktion des VG wählt, jedenfalls nicht mit dessen kurzer, wegen der aufgezeigten Bedenken unzureichender Begründung zufrieden geben.

Prüfungsrelevanz:

Der Fall ist in eine verwaltungsgerichtliche Entscheidung eingebettet, die neben der eigentlichen Hausrechtsproblematik zahlreiche weitere Probleme (z.B. Entbehrlichkeit des Vorverfahrens, Heilung einer fehlenden Anhörung, "erst-Recht-Schluss" auf die Zulässigkeit milderer Mittel in der Rechtsfolge) aufwirft und schon aus diesem Grund einen hervorragenden Prüfungsstoff abgibt. Hinzu kommt, dass das Hausrecht häufig entweder gar nicht gesetzlich normiert ist und demzufolge erst hergeleitet werden muss (im Kommunalrecht etwa aus der Organisationshoheit des Bürgermeisters, vgl. Held/Becker, Kommentar zur GO NW, § 62 Anm. 4.2.). Selbst wenn - wie hier - eine gesetzliche Regelung besteht, wird diese i.d.R. keinen Tatbestand enthalten, so dass jedenfalls die Tatbestandsmerkmale zu entwickeln sind. Begreift man das Hausrecht als Instrument der Störungsbeseitigung, wird tatbestandlich eine Störung (I.), die nicht gerechtfertigt ist (II.) und vom Adressaten des Hausverbots ausgeht (III.) zu fordern sein, wobei für Hausverbote, die von gewisser Dauer sind, d.h. über das einmalige Entfernen hinausgehen, eine Wiederholungsgefahr (IV.) hinzukommen muss.

Vertiefungshinweise:

- Zum Rechtsweg gegen Hausverbote: *VG Minden*, RA 1999, 312 = NVwZ-RR 1999, 334; *OVG Münster*, NJW 1998, 1425; *VGH Mannheim*, NJW 1994, 2500
- Zum Umfang des Hausrechts: *BVerwGE* 35, 106

Kursprogramm:

- *Examenskurs*: "Der Zeitungsreporter"

" *Examenskurs*: "Die Friedenstaube im Rathausfenster"

Sachverhalt:

Der Kläger zu 1) (M) ist Moderator des Fernsehmagazins "Akte 2000" (jetzt: "Akte 01") und zugleich Geschäftsführer der META-productions GmbH, welche die Sendung für den Fernsehsender "Sat 1" produziert; der Kläger zu 2) (R) ist ein bei der META-productions GmbH angestellter Redakteur. Vor dem Hintergrund der im Herbst 2000 geführten öffentlichen Diskussion um den Kokainkonsum des Fußballtrainers C. D. erteilte M dem R auf einer Redaktionskonferenz den Auftrag, in den nichtöffentlichen Toilettenräumen im Fraktions- und Präsidialbereich des Reichstages sogen. "Wischproben" zu nehmen, um diese sodann von einem Fachlabor auf Kokainspuren untersuchen zu lassen. Die Ergebnisse - 22 der 28 von R genommenen Proben waren positiv - sowie von R gefertigte Bild- und Filmaufnahmen der Vornahme der "Wischproben" selbst, wurden im Magazin "Akte 2000" am 31. Oktober 2000 unter dem Motto "Kokain im Bundestag" gesendet.

Der Bundestagspräsident sah im Verhalten des R und M - ungenehmigter Aufenthalt und ungenehmigtes Anfertigen von Bildmaterial in nicht öffentlich zugänglichen Räumen des Reichstages bzw. Anstiftung dazu - einen gravierenden Verstoß gegen sein Hausrecht und erteilte R und M daher am 21. November 2000, jeweils durch einen mit Rechtsmittelbelehrung versehenen Bescheid, ein einjähriges Hausverbot für die Liegenschaften des Deutschen Bundestages.

Hiergegen klagen R und M mit am 5. und 6. Dezember 2001 erhobenen Klagen vor dem VG Berlin. Sie halten die Bescheide schon deshalb für rechtswidrig, weil sie vor deren Erlass nicht angehört worden seien. Im übrigen lägen die Voraussetzungen eines Hausverbots nicht vor; jedenfalls sei dieses - auch wegen der Länge - unverhältnismäßig.

Während des laufenden Verwaltungsprozesses übersandte der Bundestagspräsident den Klägern nachträglich einen Anhörungsbogen, ließ sich jedoch auf die darin von den Klägern dargelegten Ausführungen weder dem Gericht noch den Klägern gegenüber weiter ein. Haben die Klagen Erfolg?

[Anm.: Der Fall ist unter allen rechtlichen Gesichtspunkten gutachterlich zu erörtern. In der Hausordnung des Deutschen Bundestages (BTHO, BGBl. I 98, 2184) ist in § 5 Abs. 2 das Anfertigen von Filmaufnahmen im Reichstag von der vorherigen Erteilung einer Drehgenehmigung abhängig gemacht. In § 5 Abs. 6 BTHO heißt es dann: "Wer den Bestimmungen vorstehender Absätze zuwider handelt [...], kann aus den Gebäuden des Deutschen Bundestages verwiesen werden. In Fällen der Zuwiderhandlung kann der Präsident des Deutschen Bundestages ein Hausverbot verhängen"].

Lösung:

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

A. Zulässigkeit

I. Verwaltungsrechtsweg

"Der Verwaltungsrechtsweg ist gemäß § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO eröffnet. Dabei kann offenbleiben, ob ein von einer Behörde ausgesprochenes Hausverbot prinzipiell öffentlich-rechtlicher Natur ist oder nur dann, wenn die Rechtsbeziehungen der Beteiligten und damit das Hausverbot durch öffentlich-rechtliche Vorschriften geprägt werden (vgl. Maunz/Dürig-Klein, GG, Art. 40 Rz 140; Wolff/Bachof/Stober, Verwaltungsrecht Band I, § 22 Rz 51; Kopp/Schenke, VwGO, § 40 Rz 22). Denn die vom Beklagten ausgesprochenen Hausverbote sind - was schon die Rechtsmittelbelehrung zeigt - in Form von Verwaltungsakten ergangen und schon deshalb dem öffentlichen Recht zuzuordnen (BVerwG, NVwZ 1985, 264; Kopp/Schenke, a.a.O., § 40 Rz 6)."

II. Statthafte Klageart, § 88 VwGO

Das Begehren der Kläger ist auf Aufhebung der sie belastenden Hausverbote gerichtet, welche in Form von Verwaltungsakten ergangen sind (s.o.). Für die Aufhebung von Verwaltungsakten ist die Anfechtungsklage gem. § 42 I, 1. Fall VwGO statthaft.

III. Klagebefugnis, § 42 II VwGO

Die Kläger sind als Adressaten der belastenden Verwaltungsakte möglicherweise in ihrer Presse- und Rundfunkfreiheit aus Art. 5 I 2, zumindest jedoch in ihrer allg. Handlungsfreiheit aus Art. 2 I GG verletzt. Mithin können sie eine Verletzung eigener subjektiv-öffentlicher Rechte geltend machen.

IV. Vorverfahren, § 68 I VwGO

Ein nach § 68 I 1 VwGO grds. erforderliches Vorverfahren ist nicht durchgeführt worden. Indes bedurfte es eines solchen gem. § 68 I 2 Nr. 1 VwGO ausnahmsweise nicht, da das Hausverbot vom Präsidenten des Deutschen Bundestages und damit von einer obersten

Bundesbehörde ausgesprochen worden ist.

V. Frist, § 74 I 2 VwGO

Die Klagen gegen die Verwaltungsakte vom 21. November 2000 sind am 5. und 6 Dezember 2000 erhoben worden. Die Monatsfrist des § 74 I 2 VwGO ist somit gewahrt.

VI. Beklagter, § 78 I Nr. 1 VwGO

Gem. § 78 I Nr. 1, 1. Hs. VwGO ist richtige Beklagte die Bundesrepublik Deutschland als Rechtsträger des Bundestagspräsidenten. Mangels gegenteiliger Anhaltspunkte ist zu unterstellen, dass M und R dies beachtet haben.

Die Klagen sind mithin zulässig.

B. Subjektive Klagehäufung

Die gemeinsame Verhandlung und Entscheidung der Klagen ist gem. §§ 64 VwGO, 59, 60 ZPO zulässig, da die Verpflichtung der Kläger auf einem im wesentlichen gleichartigen tatsächlichen Grunde - der Durchführung des "Wischtests" bzw. dessen Anordnung - beruht.

C. Begründetheit

Die Klagen sind begründet, soweit die angegriffenen Verwaltungsakte rechtswidrig sind und die Kläger in ihren Rechten verletzen, § 113 I 1 VwGO.

I. Rechtswidrigkeit der Verwaltungsakte

1. Ermächtigungsgrundlage

Die Hausverbote unterliegen wegen ihrer Grundrechtsrelevanz (Art. 5 I 2 GG, s.o.) dem Gesetzesvorbehalt, bedürfen also einer gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage. Das VG sieht diese unmittelbar in Art. 40 II 1 GG:

"Die Ermächtigung zum Erlass der angefochtenen Hausverbote und der Hausordnung des Deutschen Bundestages (BTHO) - in der die rechtlichen Anforderungen für den Erlass eines Hausverbotes festgehalten sind - folgt unmittelbar aus dem in Art. 40 Abs. 2 S. 1 GG verbürgten Hausrecht des Bundestagspräsidenten (Maunz/DürigKlein, GG, Art. 40 Rz 145, 146) [...]. Dem kann - entgegen der Auffassung der Kläger - nicht entgegengehalten werden, dass der Erlass eines Hausverbotes im Hinblick auf eine damit womöglich verbundene Einschränkung des ihnen als Journalisten zustehenden Grundrechts der Pressefreiheit wegen Art. 5 Abs. 2 GG, wonach Einschränkungen der Pressefreiheit nur auf der Grundlage von allgemeinen Gesetzen zulässig sind, einer einfach-gesetzlichen Grundlage bedarf. Zwar trifft es zu, daß die BTHO kein Gesetz ist, mangels Ermächtigung zur Rechtsetzungsbefugnis für den Parlamentspräsidenten nicht einmal als Rechtsnorm im materiellen Sinne, sondern lediglich als - die Ausgestaltung des Hausrechts des Parlamentspräsidenten konkretisierende und damit ermessensbindende - Verwaltungsvorschrift anzusehen ist (vgl. Maunz-Dürig-Klein, a.a.O., Art. 40 Rn 162). Auf die Rechtsnatur der BTHO ist jedoch nicht entscheidend abzustellen. Denn die durch Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG geschützte Pressefreiheit erfährt ihre Einschränkungen nicht allein durch die allgemeinen Gesetze, sondern darüber hinaus durch die verfassungsimmanenten Schranken aus kollidierendem Verfassungsrecht. Die durch Art. 40 Abs. 2 S. 1 GG geschützte Funktionsfähigkeit des Bundestages stellt ein solches, die Pressefreiheit unmittelbar einschränkendes Verfassungsgut dar. Einer weiteren Konkretisierung durch ein einfaches Gesetz unter dem Gesichtspunkt des Vorbehalts des Gesetzes bedarf es dabei nicht. Zum einen ist das Hausrecht in Art. 40 Abs. 2 S. 1 GG bereits in der Verfassung hinreichend konkretisiert und sein Zweck, die Sicherung der Funktionsfähigkeit des Parlaments, offensichtlich. Zum anderen enthält Art. 40 Abs. 2 S. 1 GG gerade keinen Gesetzesvorbehalt, sondern weist das Hausrecht als eigene, nicht vom Parlament abgeleitete, Zuständigkeit des Bundestagspräsidenten aus."

2. Formelle Rechtmäßigkeit

a. Zuständigkeit

Art. 40 II 1 GG weist die Zuständigkeit explizit dem Bundestagspräsidenten zu, welcher auch gehandelt hat.

b. Verfahren

Die Kläger sind jedoch vor Erlass der Verwaltungsakte nicht - wie von § 28 I 1 VwVfG gefordert - angehört worden. Fraglich ist, ob bereits dieser Umstand zur (formellen) Rechtswidrigkeit der Hausverbote führt. Das VG bejaht dies i.E.:

aa. Keine Entbehrlichkeit

"Soweit sich der Beklagte darauf beruft, dass eine sofortige Entscheidung im öffentlichen Interesse geboten und eine Anhörung deshalb gemäß § 28 Abs. 2 Nr. 1 VwVfG entbehrlich gewesen sei, greift [dieser Einwand] nicht durch. Im öffentlichen Interesse ist eine sofortige Entscheidung vor allem dann notwendig, wenn durch die Anhörung das mit der Entscheidung verfolgte oder damit verbundene öffentliche Interesse ganz oder partiell vereitelt zu werden droht. Die Notwendigkeit

einer sofortigen Entscheidung ist dabei im Hinblick auf den Zweck der Regelung nicht nur im Sinne zeitlicher Unaufschiebbarkeit, sondern allgemein im Sinne einer Entscheidung ohne vorherige Anhörung der Betroffenen zu verstehen (Kopp/ Ramsauer, VwVfG, § 28 Rz 57, 58). In zeitlicher Hinsicht ist hier im Hinblick darauf, dass die Anhörung an keine bestimmte Form gebunden ist, nicht nachvollziehbar, weshalb eine Anhörung der Kläger vor Erteilung der Hausverbote nicht möglich gewesen sein sollte. Denn zwischen der Ausstrahlung der Reportage "Koksen in Deutschland" im Rahmen des Fernsehmagazins "Akte 2000" vom 31. Oktober 2000 und dem Erlass der angefochtenen Hausverbote ist immerhin ein Zeitraum von 3 Wochen vergangen. In sachlicher Hinsicht ist überhaupt nicht erkennbar, unter welchem Gesichtspunkt die vorherige Durchführung der Anhörung geeignet gewesen wäre, die mit der Verhängung der Hausverbote verfolgten Ziele zu vereiteln.
Aber selbst bei Vorliegen der tatbestandlichen Voraussetzungen des § 28 Abs. 2 Nr. 1 VwVfG für ein Absehen von der Anhörungspflicht wäre im Ergebnis eine andere Beurteilung nicht gerechtfertigt. Denn für den Fall, dass eine Angelegenheit sofortiges Handeln notwendig macht, gilt dies nicht etwa für die endgültige Entscheidung, sondern nur für sofort erforderliche vorläufige Regelungen, weiche vorbehaltlich einer späteren endgültigen Entscheidung getroffen werden können. Die ohne Anhörung der Beteiligten ergehenden Entscheidungen sind deshalb auf die Fragen zu beschränken, die keine Verzögerung dulden, endgültige Entscheidungen einem "Nachverfahren" mit Anhörung der Betroffenen vorzubehalten (BVerwGE 68, 271). Die Erteilung eines Hausverbotes für die Dauer von einem Jahr war deshalb unter keinem Gesichtspunkt ohne vorhergehende Anhörung der Kläger rechtlich zulässig."

bb. Keine Heilung

"Der im Anhörungsmangel liegende Fehler ist auch nicht gemäß § 45 Abs. 2 VwVfG bis zum Abschluss des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens geheilt worden."

(1). Durch das Anhörungsschreiben vom 30. Mai 2001

"Die an eine Heilung zu stellenden Anforderungen werden entscheidend durch die Funktion der Anhörung bestimmt. Diese besteht darin, den Beteiligten Gelegenheit zur Stellungnahme und die Möglichkeit zu geben, auf den Gang und das Ergebnis des Verfahrens dadurch Einfluss zu nehmen, dass die Behörde die Stellungnahmen bei ihrer Entscheidung ernsthaft in Erwägung zieht und sich spätestens in ihrer Begründung damit auseinandersetzt (Kopp/Ramsauer, a.a.O., § 28 Rz 12). Danach kann die Anhörung ihren verfahrensrechtlichen Zweck prinzipiell nur dann erfüllen, wenn sie vor Erlass des Verwaltungsaktes erfolgt ist (Kopp/Ramsauer, a.a.O., § 45 Rz 23). Eine nachträgliche Heilung kann folglich nur dann eintreten, wenn die Funktion der Anhörung für den Entscheidungsprozess der Behörde uneingeschränkt erreicht werden kann. Das setzt voraus, dass die Ergebnisse der Anhörung vor der zur Entscheidung in der Sache berufenen Behörde nicht nur zur Kenntnis, sondern darüber hinaus zum Anlass genommen werden, die Entscheidung selbst kritisch zu überdenken. An einer solchen Bereitschaft zur selbstkritischen Überprüfung der getroffenen Entscheidung auf Seiten des Beklagten bestehen indes durchgreifende Zweifel. Vor allem die kurze Zeitspanne zwischen dem Anhörungsschreiben vom 30. Mai 2001, der - uneingeschränktes Festhalten an der getroffenen Entscheidung signalisierenden - Klageerwiderung vom 6. Juni 2001 und dem Termin zur mündlichen Verhandlung am 18. Juni 2001 zeigt, das der Beklagte nicht wirklich die Absicht besessen hat, seine Entscheidung ernstlich zu überdenken."

(2). Durch die Möglichkeit zur Klage und Replik

"Die den Klägern im Rahmen eines Verwaltungsgerichtsprozesses offenstehende Möglichkeit, zu den gegen sie erlassenen Bescheiden im Rahmen der Klagebegründung Stellung zu nehmen und die auf eine solche Klagebegründung folgende und auf den Vortrag der Kläger eingehende Klageerwiderung kann die Heilung eines Anhörungsmangels dagegen schon grundsätzlich nicht bewirken. Denn genügte ein solches Vorgehen, wäre es für Behörden realisierbar, vor Erlass eines belastenden Verwaltungsaktes grundsätzlich auf die Anhörung zu verzichten, ohne dass rechtliche Konsequenzen zu befürchten wären."

cc. Keine Unbeachtlichkeit

Die fehlende Anhörung ist schließlich auch nicht gemäß § 46 VwVfG unbeachtlich, denn bei Ermessensentscheidungen - und um eine solche handelt es sich bei der Entscheidung über die Erteilung eines Hausverbotes ebenso wie bei der Entscheidung über die Dauer eines Hausverbotes - kann nicht davon ausgegangen werden, dass die Verletzung des Anhörungsgebotes die Entscheidung der Sache offensichtlich nicht beeinflusst hat; der Ausnahmefall, daß sich das Ermessen auf eine einzige rechtsfehlerfreie Entscheidung reduziert hat, liegt - wie bei der Prüfung der materiellen Rechtsmäßigkeit der angefochtenen Bescheide sogleich darzustellen sein

wird - hier nicht vor."

Damit sind die Hausverbote formell rechtswidrig.

III. Materielle Rechtmäßigkeit

Fraglich ist, ob selbige darüber hinaus auch materiell rechtswidrig sind. Dies wäre der Fall, wenn die tatbestandlichen Voraussetzungen des Hausverbots nicht vorlägen oder der Erlassbehörde ein Ermessensfehler (§ 114 VwGO) unterlaufen wäre.

1. Tatbestand

a. Verletzung des Hausrechts

"Das Hausrecht des Bundestagspräsidenten dient unmittelbar der Aufrechterhaltung und Wahrung des Hausfriedens als Grundlage für die Funktionsfähigkeit des Deutschen Bundestages. Es hat demnach präventiven Charakter. Daraus ergeben sich Umfang und Schranken seiner Ausübung. Zur Aufrechterhaltung des Hausfriedens darf danach nur eingeschritten werden, wenn eine Verletzung des Hausrechts eingetreten ist oder droht.

Der Kläger zu 2) hat vorsätzlich Filmaufnahmen im Reichstagsgebäude gefertigt, ohne im Besitz der dafür erforderlichen Genehmigung zu sein. Der Kläger zu 1) hat zwar nicht selbst ungenehmigt "Geräte zur Aufzeichnung von Bild und Ton" benutzt, das Verhalten des Klägers zu 2) ist ihm aber ohne weiteres als ordnungsrechtlich ebenfalls verantwortlicher Zweckveranlasser zurechenbar, da er diesen in seiner Eigenschaft als Geschäftsführer der META-productions GmbH ausdrücklich zur ungenehmigten Anfertigung der Filmaufnahmen angewiesen hat."

b. Wiederholungsgefahr

"Der Beklagte hat indes bei der Verhängung des Hausverbotes gegenüber den Klägern verkannt, daß diese Maßnahme keine Sanktion für begangene Ordnungsverstöße darstellt, sondern ordnungsrechtlicher Natur ist, damit voraussetzt, daß von den Klägern eine hinreichend konkrete Wahrscheinlichkeit erneuter Verletzungen des Hausrechts des Beklagten ausgeht. Eine einmalige Verletzung des Hausrechts rechtfertigt die Erteilung eines Hausverbotes nur dann, wenn die Gefahr einer weiteren Verletzung gegeben ist."

aa. Kein repressives Hausverbot

"Die Verhängung eines Hausverbotes als Strafe (Sanktion) erlaubt das Hausrecht des Bundestagspräsidenten dagegen nicht. Bestrafungen dürfen ohnehin nur auf der Grundlage von Rechtsnormen erfolgen, aus denen sich Art und Strafrahmen der Strafe ergibt (Art. 103 Abs. 2 GG, § 1 StGB). Die Hausordnung des Bundestages kann - wie bereits angesprochen - jedoch nicht als Rechtsnorm angesehen werden; sie enthält zudem nicht die für Strafen notwendige zeitliche Bemessung des Hausverbots. Davon abgesehen existieren mit § 123 StGB und § 112 OWiG bereits Rechtsnormen, die eine Sanktionierung von Verletzungen des Hausrechts des Präsidenten des Deutschen Bundestages erlauben."

bb. Hausverbot nur präventiv

"Das Hausverbot wäre deshalb nur unter ordnungsrechtlichen Gesichtspunkten zur Abwehr konkreter Gefahren durch die Kläger zulässig gewesen. Indes waren schon zum Zeitpunkt des Erlasses der Hausverbote keine Indizien dafür ersichtlich, dass die Kläger in Zukunft erneut ohne die erforderliche Genehmigung Filmaufnahmen im Reichstag machen werden. Die Kläger haben sich - was die Einhaltung der Hausordnung des Deutschen Bundestages betrifft - in der Vergangenheit unstreitig unauffällig verhalten; Anhaltspunkte dafür, dass von den Klägern in Zukunft weitere Gefahren für das Hausrecht des Präsidenten des Deutschen Bundestages ausgehen werden, ergeben sich auch aus dem hier hausrechtlich beanstandeten Verhalten - dem ungenehmigten Filmen - nicht. Die Reportage "Koksen in Deutschland" und die damit verbundenen heimlichen Filmaufnahmen im Reichstag waren eine Reaktion auf die "Kokainaffäre" um den Fußballtrainer Christoph Daum, welche die Frage nach der Verbreitung des Kokainkonsums in der Gesellschaft zeitweilig in den Mittelpunkt der gesellschaftlichen Diskussion und des öffentlichen Interesses rückte. Die begangenen Hausrechtsverletzungen waren mithin durch besondere gesellschaftliche Ereignisse motiviert, die sich in dieser Form nicht mit einiger Wahrscheinlichkeit wiederholen werden und deshalb - in Ermangelung weiterer Indizien - für eine Prognose zukünftigen Verhaltens keine genügende Aussagekraft besitzen. Davon geht der Beklagte offenbar selbst aus. Denn sonst wäre es nicht zu erklären, dass er die sofortige Vollziehung der Hausverbote nicht angeordnet und den Klägern damit die Möglichkeit gewährt hat, die Wirkung der - befristeten - Hausverbote durch Klageerhebung zu suspendieren, damit die Durchsetzung seiner zeitlich begrenzten Maßnahme im Hinblick auf den Zeitaufwand bis zu einer rechtskräftigen Entscheidung letzter Instanz praktisch jeder Effizienz zu berauben."

Die ausgesprochenen Hausverbote sind folglich schon

wegen fehlender Wiederholungsgefahr auch materiell rechtswidrig.

2. Rechtsfolge

Das VG hält die Hausverbote darüber hinaus für unverhältnismäßig und damit für ermessensfehlerhaft:

"Die Rechtsfehlerhaftigkeit des Hausverbotes gegen die Kläger ergibt sich nach Auffassung der Kammer zudem daraus, dass der Präsident des Deutschen Bundestages das ihm eingeräumte Ermessen fehlerhafte betätigt hat."

a. Geeignetheit

"Das gegen den Kläger zu 1) ausgesprochene Hausverbot stellt schon kein geeignetes Mittel dar. Denn er wird dadurch nicht gehindert, das ihm vorgeworfene Verhaltens - Anstiftung seiner Mitarbeiter zur Fertigung ungenehmigter Filmaufnahmen - weiterhin zu praktizieren."

b. Erforderlichkeit

"Der Beklagte hat verkannt, dass ihm, ohne dass dies in der Hausordnung einer besonderen Erwähnung bedurfte, neben der Möglichkeit zur Erteilung eines Hausverbotes "erst Recht" Eingriffsmöglichkeiten mit geringerer Eingriffsqualität offen gestanden haben und hat solche deshalb nicht erwogen. [...] Als milderes Mittel wäre z.B. das Verbot der Filmberichterstattung in Betracht gekommen oder die Anordnung, dass die Kläger beim nächsten Besuch des Bundestages begleitet werden."

c. Angemessenheit

"Weiterhin fehlt es an einer nachvollziehbaren ordnungsrechtlichen Begründung für die angeordnete Dauer des Hausverbotes. Die vom Beklagten ins Feld geführte Schwere der Hausrechtsverletzung ist für sich betrachtet kein ordnungsrechtliches Kriterium, es sei denn, daraus ließen sich Rückschlüsse auf zukünftig zu erwartende Hausrechtsverletzungen ziehen, was aber eine besondere - im Fall der Kläger nicht vorhandene - Begründung erfordert. Darüber hinaus ist eine "schwere Verletzung" der Hausordnung des Beklagten ohnehin nicht feststellbar. Das Gewicht eines Ordnungsverstoßes hängt maßgeblich von dem Grad der Beeinträchtigung des durch das Hausrechts geschützten Rechtsguts ab. Von einer erheblichen Beeinträchtigung der durch das Hausrecht des Beklagten geschützten Funktionsfähigkeit des Parlaments kann aber beim Filmen leerer Toilettenräume nicht ausgegangen werden, so dass im Ergebnis ermessensfehlerfreie ordnungsrechtliche Gesichtspunkte für die Anordnung eines Hausverbotes für die Dauer eines Jahres nicht erkennbar sind. Weiterhin wäre vom Beklagten zumindest zu erwägen gewesen, ob die Verhängung eines umfassenden Hausverbotes mit dem Grundsatz der Öffentlichkeit (Art. 42 Abs.1 S. 2 GG) und dem damit verbundenen Recht von Besuchern, im Rahmen der vorhandenen Kapazitäten Zutritt zu den Räumlichkeiten zu erhalten, in denen das Plenum des Bundestages oder seine Ausschüsse öffentlich verhandeln, vereinbar ist (vgl. Maunz/Dürig-Klein, GG, Art. 40 Rz 67)."

II. Rechtsverletzung der Kläger

Die Kläger sind durch die rechtswidrigen Verwaltungsakte in ihrem Grundrecht aus Art. 5 I 2 GG verletzt. Die Klagen sind somit zulässig und begründet. Sie haben Erfolg.

Standort: Zivilrecht Problem: Umgehung des Streitschlichtungsverfahrens

AG ROSENHEIM, URTEIL VOM 11.04.2001
18 C 65/01 (NJW 2001, 2030)

Problemdarstellung:

Im vorliegenden Verfahren stritten zwei Grundstücksnachbarn um die Beseitigung von überstehenden Zweigen einer Fichtenbepflanzung der gemeinsamen Grundstücksgrenze. Per Mahnbescheid hatte der Kl. beantragt, den bekl. Nachbarn und Eigentümer der Fichtenhecke zur Zahlung eines Beseitigungsvorschusses zu verpflichten. Aufgrund des Widerspruchs des Bekl. wurde diese Rechtsstreitigkeit ins streitige Klageverfahren übergeleitet (§ 696 I 1 ZPO).

Das zuständige Amtsgericht hat die Klage als unzulässig abgewiesen, weil der nach § 15 a EGZPO i.V.m. dem bayerischen Schlichtungsgesetz erforderliche außergerichtliche Streitschlichtungsversuch nicht stattgefunden hatte. Da es sich um nachbarschaftliche Ansprüche gem. § 910 BGB handelte, war der Rechtsstreit in vollem Umfang der obligatorischen Streitschlichtung

unterworfen. Eine Ausnahme zum Erfordernis eines erfolglosen außergerichtlichen Güteversuchs gem. § 15 a II Nr. 5 EGZPO durch das vorangegangene Mahnbescheidsverfahren sah das Gericht als nicht erfüllt an. Um eine Umgehung dieser gesetzlichen außergerichtlichen Streitschlichtung durch Ausnutzen des Mahnbescheidsverfahrens zu verhindern, ist aber nach Sinn und Zweck dieser Vorschrift erforderlich, dass das Mahnverfahren für eine solche Rechtsstreitigkeit überhaupt zulässig ist. Bei einem unzulässigen Mahnbescheidsantrag muss daher das obligatorische Streitschlichtungsverfahren trotzdem vor Klageerhebung durchgeführt werden.

Prüfungsrelevanz:

Mit Gesetz vom 15.12.1999 hat der Bundesgesetzgeber durch § 15 a EGZPO eine Öffnungsklausel für das zivilprozessuale Verfahren eingeführt, um die außergerichtliche Streitschlichtung zu fördern. Gemäß § 15 a EGZPO erhalten die einzelnen Bundesländer die Möglichkeit, durch Landesgesetz zu bestimmen, dass bei bestimmten Rechtsstreitigkeit die Erhebung der Klage erst dann zulässig ist, wenn zuvor vor einer Gütestelle eine außergerichtliche Streitschlichtung erfolglos versucht worden ist. Auf diese Weise sollen die Gericht von Bagatellsachen (Streitwerte bis 1.500 DM, Nachbarschaftsstreitigkeiten, etc.) befreit werden. Nach § 15 a II EGZPO sind aber in bestimmten Fallkonstellationen Ausnahmen vom Erfordernis einer obligatorischen Streitschlichtung als Klagevoraussetzung zu machen (z.B. Familiensachen, Urkundsverfahren, Verfahren im Bereich der Zwangsvollstreckung, vorangegangenen Mahnbescheidsverfahren).

Von dieser Öffnungsklausel haben bereits verschiedene Bundesländer Gebrauch gemacht, u.a. Bayern mit Gesetz vom 25.04.2000 und Nordrhein-Westfalen mit Gesetz vom 09.05.2000.

Vertiefungshinweis:

“ Darstellung des Schlichtungsgesetzes des Landes Nordrhein-Westfalen: *Dieckmann*, NJW 2000, 2802

Kursprogramm:

“ *Assessorkurs*: “Ein Hundeleben”

Leitsatz (der Redaktion):

Die Ausnahme zum Erfordernis einer obligatorischen Streitschlichtung gem. § 15 a II Nr. 5 EGZPO i.V.m. den jeweiligen Landesgesetzen (vorangegangenes Mahnbescheidsverfahren) ist nur dann erfüllt, wenn der Antrag auf Erlass des Mahnbescheides überhaupt zulässig ist. Eine entsprechende Klage ist als unzulässig abzuweisen, weil die Prozessvoraussetzung der obligatorischen Streitschlichtung nicht gewahrt ist.

Sachverhalt:

Die Parteien sind Grundstücksnachbarn im Gemeindegebiet von E in Bayern. Mit einem Schreiben machte der Prozessbevollmächtigte des Kl. gegenüber dem Bekl. einen Anspruch zur Beseitigung überstehender Zweige einer Fichtenhecke und einer Fichtenbepflanzung an der gemeinsamen Grundstücksgrenze der Parteien geltend und setzte gleichzeitig eine Frist zur Beseitigung. Da der zwischen den Parteien streitige Rückschnitt der überwachsenden Zweige an der Grundstücksgrenze nach Auffassung des Kl. nicht innerhalb der gesetzten Frist durchgeführt wurde, beantragte der Kl. am 17. 11. 2000 den Erlass eines Mahnbescheids gegen den Bekl. und machte einen Anspruch wegen “Vorschuss für Beseitigung überhängender Zweige" geltend. Gleichzeitig erklärte er im Mahnbescheidsantrag, dass der Anspruch von einer Gegenleistung abhänge, diese aber erbracht sei. Die Mahnbescheide gegen den Bekl. wurden erlassen. Nach fristgemäßer Einlegung des Widerspruchs durch den Bekl. leitete der Kl. ins streitige Verfahren über und begründete den geltend gemachten Anspruch. Er macht einen Kostenvorschuss für die Beseitigung der seiner Meinung nach überragenden Zweige an der Grundstücksgrenze geltend, weil die Zweige durch die Nadeln und den Schatten, den die Zweige werfen, das landwirtschaftlich genutzte Grundstück des Kl. beeinträchtigen würden. Ein Rückschnitt der überhängenden Zweige wurde nach dem Sachvortrag des Kl. bis zur mündlichen Verhandlung weder von dem Bekl. noch von ihm selbst durchgeführt.

Hat die Zahlungsklage Aussicht auf Erfolg?

Lösung:

Für einen Erfolg der Zahlungsklage auf Vorschuss für die Beseitigung der überstehenden Fichtenzweige müsste dieselbe zulässig und begründet sein.

A. Zulässigkeit der Zahlungsklage

Zunächst müsste die Zahlungsklage zulässig sein. Problematisch könnte in diesem Fall sein, dass der Kl. nach der Natur des geltend gemachten Anspruchs vor Klageerhebung zwingend das nach § 15 a EGZPO i.V.m. Art. 1 Nr. 2 b BaySchlichtG obligatorische Schlichtungsverfahren nicht durchgeführt hat.

[Anm.: Im Rahmen der Zulässigkeitsprüfung einer Klage ist stets nur auf die problematischen oder besonderen Voraussetzungen des jeweiligen Einzelfalls einzugehen. Eine Überprüfung sämtlicher Zulässigkeitsvoraussetzungen verbietet sich in Klausuren schon aus Zeitgründen.]

Nach § 15 a EGZPO können die einzelnen Bundesländer durch Landesgesetz bestimmen, ob vor Klageerhebung die Durchführung eines außergerichtlichen Güteversuchs obligatorisch ist oder nicht. Der Freistaat Bayern hat von dieser Öffnungsklausel mit dem BaySchlichtG Gebrauch gemacht. Fraglich ist, ob für den vorliegenden Fall diese Pflicht zum außergerichtlichen Güteversuch besteht.

I. Sachlicher Anwendungsbereich

Dafür müsste die vorliegende Rechtsstreitigkeit dem sachlichen Anwendungsbereich von § 15 a EGZPO i.V.m. BaySchlichtG unterfallen. Das Gericht hat dazu folgendes festgestellt:

"Der Kl. macht sachlich Ansprüche wegen überhängender Zweige nach § 910 S. 2 BGB geltend. Diese Ansprüche sind nach Art. 1 Nr. 2 b BaySchlichtG unabhängig vom Streitwert der obligatorischen Schlichtung unterworfen. Der Landesgesetzgeber hat insoweit den sachlichen Anwendungsbereich von § 15 a I EGZPO in vollem Umfang übernommen.[...]. Da die nachbarrechtlichen Ansprüche des § 910 BGB in vollem Umfange der obligatorischen Schlichtung unterliegen, muss dies zwangsläufig auch dann gelten, wenn der Kl. einen hiermit korrespondierenden Beseitigungsanspruch nach § 1004 I BGB geltend macht, wie dies im Schreiben vom 12. 7. 2000 an die Bekl. geschehen ist. Unabhängig von der Überlegung, dass das Gesetz keine Anspruchsgrundlage für eine "Vorschusszahlung" zur Beseitigung kennt, macht der Kl. inhaltlich einen Beseitigungsanspruch wegen überhängender Zweige nach §§ 1004 I, 910 S. 2 BGB geltend."

II. zeitlicher Anwendungsbereich

Vor allem bei neu eingeführten Gesetzen ist zu überprüfen, ob sie auch in zeitlicher Hinsicht auf den zu entscheidenden Fall Anwendung finden. Das Gericht meint dazu:

"Das Bayerische Schlichtungsgesetz ist nach Art. 21 BaySchlichtG am 1. 5. 2000 in Kraft getreten und fand nach Art. 22 I BaySchlichtG auf alle Klagen Anwendung, die 4 Monate nach In-Kraft-Treten des Gesetzes, mithin nach dem 1. 9. 2000, bei Gericht eingingen."

Der Rechtsstreit der Parteien begann mit dem Antrag des Kl. auf Erlass eines Mahnbescheids am 17.11.2000, so dass auch der zeitliche Anwendungsbereich gegeben ist.

III. Kein Ausnahme vom Erfordernis eines außergerichtlichen Güteversuchs

Vom Grundsatz des obligatorischen Streitschlichtungserfordernisses macht das Gesetz in § 15 a II Nr. 5 EGZPO i.V.m. Art. 1 BaySchlichtG eine Ausnahme für den Fall, dass dem Klageverfahren ein Mahnbescheidsverfahren gem. §§ 688 ff. ZPO vorausgeht. Der Bundesgesetzgeber hat diese Ausnahme zugelassen, weil Gläubigern von Zahlungsklagen nicht die Möglichkeit genommen werden soll, gegen säumige Schuldner schneller einen vollstreckbaren Titel zu erwirken. Zwar ist im vorliegenden Fall durch den Kl. ein entsprechendes Mahnbescheidsverfahren durchgeführt worden, jedoch stellt sich die Frage, ob damit diese Ausnahmeklausel von § 15 a II Nr. 5 EGZPO schon erfüllt ist, da dieses Mahnbescheidsverfahren möglicherweise von Anfang an unzulässig war.

1. Unzulässigkeit des vorangegangenen Mahnbescheidsverfahrens

Die Zulässigkeit eines Mahnbescheidsverfahrens bestimmt sich nach § 688 I, II, III ZPO. Dazu führt das Gericht aus:

"Unterstellt man den - bestrittenen - Sachvortrag des Kl., hinsichtlich des Überwuchses an der Grundstücksgrenze als richtig, so hat er nach der überwiegenden Meinung in der Rechtsprechung entweder einen Anspruch auf Beseitigung der überhängenden Zweige durch die Bekl. nach §§ 1004 I, 910 I BGB oder aber einen Anspruch auf Wertersatz nach §§ 812 I, 818 i.V. mit § 910 I 2 BGB, wenn er nach Fristsetzung zur Beseitigung der überhängenden Zweige diese Arbeiten selbst ausführt oder ausfahren lässt (BGH, NJW 1986, 2640). Im ersten Fall (Beseitigungsanspruch) ist ein Mahnverfahren nach § 688 I ZPO schon deshalb unzulässig, weil es sich nicht um einen Zahlungsanspruch, sondern um einen Anspruch auf Vornahme einer Handlung handelt, im zweiten Fall (Bereicherungsanspruch) setzt die Durchführung eines Mahnverfahrens nach § 688 II 2 ZPO zwingend voraus, dass die Gegenleistung durch den Kläger erbracht wurde, was vorliegend jedoch nicht der Fall war. Selbst wenn man dem Kl. den geltend gemachten Anspruch auf Zahlung einer "Vorschussleistung" für die Beseitigung der Zweige zuerkennen sollte, wurde im Mahnbescheidsantrag vom 17. 11. 2000 wahrheitswidrig angegeben, die Gegenleistung sei bereits erbracht. Der Klägervertreter, selbst als Gü-

testelle nach dem Bayerischen Schlichtungsgesetz zugelassen, hat hierzu in der mündlichen Verhandlung lediglich angegeben, die Rubrik sei "versehentlich" angekreuzt worden. Da nach dem eigenen Vortrag des Kl. eine Beseitigung der überhängenden Zweige bis zur mündlichen Verhandlung weder von ihm noch von den Bekl. durchgeführt wurde, war folglich der Antrag auf Erlass eines Mahnbescheids nach § 688 ZPO von vornherein unzulässig. Dies konnte bei Erlass des Mahnbescheide wegen der Behauptung, die Gegenleistung sei er-bracht, auch nicht erkannt werden." Folglich war das gesamte Mahnbescheidsverfahren von vornherein unzulässig.

2. Auswirkung auf die Ausnahmeklausel von § 15 a II Nr. 5 EGZPO

Nach dieser Feststellung stellt sich die rechtliche Überlegung an, ob ein unzulässiges Mahnbescheidsverfahren die Ausnahmeklausel gem. § 15 a II Nr. 5 EGZPO erfüllen kann. Das Gericht verneint dies mit folgender Begründung:

"Auf einen Anspruch, der in einem unzulässigen Mahnverfahren geltend gemacht worden ist, findet § 15 a II Nr. 5 EGZPO jedoch keine Anwendung. Das Gesetz zur Förderung der außergerichtlichen Streitbeilegung vom 15. 12. 1999 soll neben einer Entlastung der Zivilgerichte durch die Einführung eines obligatorischen außergerichtlichen Schlichtungsverfahrens die konsensuale Streitbeilegung im Interesse der Parteien fördern. Gerade in ihrem klassischen Anwendungsbereich der nachbarrechtlichen Streitigkeiten soll ein Güteversuch vor einer Schlichtungsstelle die Wiederherstellung des Rechtsfriedens und des persönlichen Verhältnisses zwischen den Parteien fördern und gerichtliche Auseinandersetzungen vermeiden. Ansprüche aus dem Nachbarrecht eignen sich nach den Vorstellungen des Gesetzgebers besonders für die Durchführung einer außergerichtlichen Schlichtung, weil ein Gerichtsverfahren und insbesondere eine Entscheidung durch Urteil dem persönlichen Verhältnis der Parteien nicht förderlich ist, sondern bestehende Konflikte eher vertieft und weitere Streitigkeiten hervorruft. Auch wenn der Prozessbevollmächtigte des Kl. in der mündlichen Verhandlung erklärt hat, ein Güteversuch wäre auf Grund des außergerichtlichen Verhaltens der Bekl. aussichtslos gewesen, so vermag doch das gesetzlich zwingend vorgeschriebene Schlichtungsverfahren nicht dadurch umgangen zu werden, dass eine rechtlich nicht geschuldete Vorschussleistung verlangt und zudem im Mahnbescheidsantrag wahrheitswidrig angegeben wird, eine Gegenleistung sei bereits erbracht. Der Gesetzgeber hat die Ausnahmevorschrift des § 15 a II EGZPO zwar objektiv dahingehend formuliert, dass eine Schlichtung bei Durchführung des streitigen Verfahrens dann entfällt, wenn ein Anspruch im Mahnverfahren geltend gemacht worden ist. Aus Sinn und Zweck der viel kritisierten Vorschrift (vgl. Zöller, ZPO, 22. Aufl. [2001], § 15 a EGZPO Rdnr. 13) muss jedoch geschlossen werden, dass ein Mahnbescheid i. S. des § 688 ZPO zulässigerweise beantragt worden ist. Der Bundesgesetzgeber hat deshalb das Mahnverfahren von der obligatorischen Schlichtung ausgenommen, weil Gläubigern von Zahlungsklagen nicht die Möglichkeit genommen werden sollte, gegen säumige Schuldner schneller einen vollstreckbaren Titel zu. erwirken. Dass hierdurch auch - wie die Praxis zeigt - ein sprunghafter Anstieg der Mahnverfahren deshalb zu verzeichnen ist, weil versucht wird, eine an sich sinnvolle und nach dem gesetzgeberischen Leitbild auch gewollte Schlichtung zu umgehen, hat der Gesetzgeber in Kauf genommen. Der Anwendungsbereich des § 15 a II Nr. 5 EGZPO muss jedoch dort seine Grenzen finden, wo mit falschen Angaben im Mahnbescheidsantrag unzulässig ein Mahnverfahren durchgeführt wird und anschließend ins Streitverfahren übergeleitet wird, ohne die für den tatsächlich in der Sache geltend gemachten Beseitigungsanspruch nach §§ 1004, 910 BGB zwingend erforderliche Schlichtung vor Klageerhebung durchzufahren. Um dem Gesetzeszweck des § 15 a I EGZPO zu entsprechen, ist die Ausnahmeregelung des § 15 a II Nr. 5 EGZPO folglich einschränkend dahingehend auszulegen, dass nur ein i. S. des § 688 ZPO zulässiges Mahnverfahren eine Schlichtung entbehrlich macht."

IV. Rechtsfolgen bei unterlassenem Streitschlichtungsversuch

Wird also ein unzulässiger Mahnbescheid beantragt und erlassen und das Verfahren nach dem Widerspruch in das streitige Verfahren übergeleitet, so ist die Klage als unzulässig abzuweisen, da die Prozessvoraussetzung der obligatorischen Schlichtung nicht erfüllt ist.

B. Zwischenergebnis

Die Klage ist bereits unzulässig und kann daher schon nicht erfolgreich sein.

C. Hilfsgutachten

Im Wege eines Hilfsgutachtens ist zur Begründetheit der Klage, also zu dem geltend gemachten Vorschussanspruch zur Zweigenbeseitigung Stellung zu nehmen.

I. §§ 1004 I, 910 I BGB

Der Kl. könnte gegen den Bekl. wegen der überhängenden Fichtenzweige einen Anspruch gem. §§ 1004 I, 910 I BGB haben. Jedoch ist dieser Anspruch auf Beseitigung der überstehenden Zweige gerichtet; in diesem Fall wird aber ein Kostenvorschuss für die Selbstvornahme geltend gemacht. Die Rechtsfolge von §§ 1004 I, 910 I BGB passt daher nicht zum Anspruchsbegehren.

II. §§ 812 I 1 2. Fall, 818 II BGB

Der Kl. könnte aber gegen den Bekl.. einen Anspruch auf Ersatz der ersparten Aufwendungen im Wege der Verwendungskondiktion gem. §§ 812 I 1 2. Fall, 818 II BGB verlangen.

Dafür müsste der Bekl. zunächst "etwas" i.S.d. § 812 I BGB erlangt haben. Unter "etwas" versteht man jeden vermögenswerten Vorteil, u.a. die Ersparnis eigener Aufwendungen (Palandt/Thomas, BGB, 60. Aufl., § 812 Rz. 24). Der Bekl. hat aber noch gar nichts erspart, weil der Kl. noch gar nicht tätig geworden ist. Die Beseitigungspflicht des Bekl. gem. §§ 1004 I, 910 I BGB besteht nach wie vor. Im Voraus kann der Kl. diesen Anspruch aber nicht geltend machen.

III. Zwischenergebnis

Mangels einer Anspruchsgrundlage hat der Kl. gegen den Bekl. keinen Anspruch auf Zahlung eines Vorschusses zur Beseitigung der überhängenden Zweige.

D. Endergebnis

Mangels Zulässigkeit und Begründetheit hat die erhobene Zahlungsklage keine Aussicht auf Erfolg.

Standort: § 244 I Nr. 2 StGB Problem: Voraussetzungen des Bandendiebstahls

BGH, BESCHLUSS VOM 22.03.2001
GSST 1/00 (NSTZ 2001, 421)

Problemdarstellung:

Mit der vorliegenden Entscheidung antwortet der Große Senat für Strafsachen auf den Vorlagebeschluss des 4. Strafsenats vom 26.10.2000 zu den Voraussetzungen des Bandendiebstahls. Der 4. Senat hatte nach Anfragen bei den anderen Strafsenaten dem Großen Senat die Rechtsfragen vorgelegt, ob der Begriff der Bande eine Verbindung von mehr als zwei Personen voraussetzt und ob der Tatbestand des Bandendiebstahls das zeitliche und örtliche Zusammenwirken von (mindestens) zwei Bandenmitgliedern erfordert. Der Große Senat beantwortet die Vorlagefragen in Abkehr von der bisherigen Rechtsprechung dahingehend, dass der Begriff der Bande den Zusammenschluss von mindestens drei Personen voraussetzt und der Tatbestand des § 244 I Nr. 2 StGB nicht erfordert, dass wenigstens zwei Bandenmitglieder örtlich und zeitlich den Diebstahl zusammen begehen, sondern vielmehr ausreichend ist, wenn ein Bandenmitglied als Täter und ein anderes Bandenmitglied beim Diebstahl in irgendeiner Weise zusammenwirken. Der Große Senat führt ferner aus, dass der Begriff der Bande keinen "gefestigten Bandenwillen" erfordere und eine Mitwirkung auch dann in Betracht komme, wenn die Wegnahmehandlung durch einen bandenfremden Dritter verübt werde.

Prüfungsrelevanz:

Die Entscheidung besitzt überragende Prüfungsrelevanz, da der Große Senat in Abkehr von der bisherigen ständigen Rechtsprechung des BGH die Voraussetzungen des Bandendiebstahls - und z.T. auch der übrigen Bandendelikte - grundlegend neu gestaltet. Nachdem sich erste Änderungen der Rechtsprechung im Hinblick auf die Frage abzeichneten, ob auch das ortsabwesende Bandenmitglied Täter des § 244 I Nr. 2 StGB sein kann, ist der Große Senat nicht nur der weiterreichenden Ansicht des 4. Senats gefolgt, sondern hat über die Anfrage hinaus noch festgestellt, dass der Bandenbegriff weder einen "gefestigten Bandenwillen" noch ein "Tätigwerden im übergeordneten Bandeninteresse" voraussetzt (vgl. zur Entwicklung der Rechtsprechung BGH, RA 2000, 296 ff. und 406 ff. sowie die umfangreichen Nachweise im nachstehend wiedergegebenen Beschluss).

Vertiefungshinweise:

❝ Zu den Voraussetzungen des Bandendiebstahls: *Schild*, GA 1982, 55; *Engländer*, GA 2000, 578; *Altenhain*, ZStW 2001, 112

Kursprogramm:

❝ *Examenskurs*: "Das eingespielte Team"

Leitsätze:

1. Der Begriff der Bande setzt den Zusammenschluss von mindestens drei Personen voraus, die sich mit dem Willen verbunden haben, künftig für eine gewisse Dauer mehrere selbstständige, im Einzelnen noch ungewisse Straftaten des im Gesetz genannten Deliktstyps zu begehen. Ein "gefestigter Bandenwille" oder ein "Tätigwerden in einem übergeordneten Bandeninteresse" ist nicht erforderlich.

2. Der Tatbestand des Bandendiebstahls setzt nicht voraus, dass wenigstens zwei Bandenmitglieder örtlich und zeitlich den Diebstahl zusammen begehen. Es reicht aus, wen ein Bandenmitglied als Täter und ein anderes Bandenmitglied beim Diebstahl in irgendeiner Weise zusammenwirken. Die Wegnahmehandlung selbst kann auch durch einen bandenfremden Täter ausgeführt werden.

Sachverhalt:

Die Angekl. kamen im Mai 1998 überein, gemeinsam gebrauchte Fahrzeuge zu entwenden. In Ausführung ihres Vorhabens suchten sie von Anfang Juni bis zu ihrer Festnahme Ende Juli 1998 mehrere Autohäuser auf. Sie nahmen im Freien abgestellte Fahrzeuge in Augenschein und täuschten Kaufinteresse vor. Entsprechend ihrem Tatplan lenkte einer der Angekl. die Aufmerksamkeit des Verkaufspersonals ab, während der andere die Situation nutzte, um unbemerkt einen der Originalschlüssel des besichtigten Fahrzeugs gegen einen mitgeführten, ähnlich aussehenden Schlüssel desselben Fahrzeugtyps auszutauschen. Am jeweils folgenden Wochenende wurden die teilweise mit einer elektronischen Wegfahrsperre ausgestatteten Fahrzeuge unter Verwendung der Originalschlüssel entwendet. Die StrK konnte nicht feststellen, ob weitere Personen beteiligt waren.

Das LG hat die beiden Angekl. wegen Bandendiebstahls und schweren Bandendiebstahls jeweils in mehreren, teils nur zum Versuch gediehenen Fällen zu Gesamtstrafen verurteilt. Gegen die Verurteilung wenden sich beide Angekl. mit ihren Revisionen. Der für die Entscheidung über die Rechtsmittel zuständige 4. Strafsenat des BGH hält die Sachrügen zum Schuldspruch für begründet (zur Argumentation s. 4. Strafsenat, NStZ 2000, 474).

Auf Anfrage des 4. Strafsenats, der sich an der beabsichtigten Entscheidung durch die Rechtsprechung der anderen Strafsenate gehindert sieht, haben der 1. Strafsenat (NJW 2000, 2907) und der 2. Strafsenat (Beschl. v. 21. 6. 2000 - 2 ARs 76/00) mitgeteilt, dass sie an ihrer Rechtsprechung sowohl zu der für eine Bande notwendigen Mindestzahl der Bandenmitglieder wie auch zu den Mitwirkungsvoraussetzungen bei der Ausführung des Diebstahls festhielten. Der 3. Strafsenat (NStZ 2001, 33) hat angeregt, den Großen Senat für Strafsachen wegen grundsätzlicher Bedeutung der aufgeworfenen Rechtsfragen anzurufen. Der 5. Strafsenat (Beschl. v. 4. 4. 2000 - 5 ARs 20/00) hat mitgeteilt, dass er der beabsichtigten Entscheidung nicht entgegentrete.

Daraufhin hat der 4. Strafsenat - wegen beabsichtigter Abweichung und wegen grundsätzlicher Bedeutung - dem Großen Senat für Strafsachen gern. § 132 II und IV GVG mit Beschluss v. 26. 10. 2000 (NJW 2001, 380 = NStZ 2001, 35) folgende Rechtsfragen zur Entscheidung vorgelegt: (1) Setzt der Begriff der Bande eine Verbindung von mehr als zwei Personen voraus? (2) Erfordert der Tatbestand des Bandendiebstahls das zeitliche und örtliche Zusammenwirken von (mindestens) zwei Bandenmitgliedern?

Der Generalbundesanwalt hat dagegen beantragt zu beschließen: (1) Der Begriff der Bande setzt eine Verbindung von mehr als zwei Personen nicht voraus. (2) Der Tatbestand des Bandendiebstahls erfordert nicht, dass mindestens zwei Bandenmitglieder die Tat in örtlichem und zeitlichem Zusammenwirken begehen.

Wie wird der Große Senat des BGH für Strafsachen entscheiden?

Lösung:

A. Zulässigkeit der Anrufung des Großen Senats

Die Anrufung des Großen Senats ist jedenfalls wegen grundsätzlicher Bedeutung der vorgelegten Rechtsfragen gem. § 132 IV GVG zulässig.

I. Grundsätzliche Bedeutung der vorgelegten Fragen

Den vorgelegten Fragen kommt grundsätzliche Bedeutung zu, weil von ihrer Beantwortung in einer Vielzahl zukünftiger Strafverfahren - nicht nur wegen Diebstahls - abhängen wird, ob eine Verurteilung wegen bandenmäßiger Begehung zu erfolgen hat. Im Anfrageverfahren sind die divergierenden Auffassungen der Strafsenate zu diesen Rechtsfragen zutage getreten, so dass eine Entscheidung des Großen Senats für Strafsachen sowohl zur Fortbildung des Rechts als auch zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung geboten ist.

II. Entscheidungserheblichkeit der vorgelegten Rechtsfragen

Beide Rechtsfragen sind - wie es auch eine Vorlegung wegen grundsätzlicher Bedeutung voraussetzt (BGHSt 33, 356 [359]; 39, 221 [226]; 42, 139 [144]) - für die Entscheidung des vorlegenden Senats über die Revisionen der Angekl. erheblich. Der Erheblichkeit beider Fragen im Ausgangsverfahren steht nicht entgegen, dass es, je nach dem Ergebnis der Beantwortung der einen Frage, auf die andere für die Entscheidung über die Revisionen der Angekl. möglicherweise nicht mehr ankommt. Erst bei einer Zusammenschau beider Fragen und ihrer aufeinander abgestimmten Beantwortung kann der Anwendungsbereich des § 244 I Nr. 2 StGB in sachgerechter Weise neu bestimmt werden.

B. Entscheidung der vorgelegten Rechtsfragen

I. Zum Bandenbegriff

Der Begriff der Bande setzt den Zusammenschluss von mindestens drei Personen voraus, die sich mit dem Willen verbunden haben, künftig für eine gewisse Dauer mehrere selbstständige, im einzelnen noch ungewisse Straftaten des im Gesetz genannten Deliktstyps zu begehen. Ein "gefestigter Bandenwille" oder ein "Tätigwerden in einem übergeordneten Bandeninteresse" ist nicht erforderlich.

1. Bisherige Rechtsprechung zum Bandenbegriff

Der Tatbestand des Bandendiebstahls (§ 244 I Nr. 2 StGB) schreibt, wie die anderen Vorschriften des Strafgesetzbuchs und des Nebenstrafrechts, die an das Merkmal der bandenmäßigen Begehung anknüpfen, keine Mindestzahl vor, ab der ein Zusammenschluss von Personen zu kriminellem Tun als eine Bande anzusehen ist. Nach der ständigen Rechtsprechung genügte für den Begriff der Bande eine auf einer ausdrücklichen oder stillschweigenden Vereinbarung beruhende Verbindung von mindestens zwei Personen, die sich mit

dem ernsthaften Willen zusammengeschlossen haben, für eine gewisse Dauer in Zukunft mehrere selbstständige, im Einzelnen noch unbestimmte Taten eines bestimmten Deliktstyps zu begehen (BGHSt 23, 239; 38, 26 [31]; BGH bei Dallinger, MDR 1973, 555; BGH, StV 1984, 245; NStZ 1986, 408); für eine Bande war weder eine gegenseitige Verpflichtung der Mitglieder zur Begehung solcher Delikte noch die Bildung einer festen Organisation vorausgesetzt (BGHSt 31, 203 [205]; 42, 255 [258]; BGH, GA 1974, 308,; BGH bei Holtz, MDR 1977,282).

2. Kritik der Literatur am Bandenbegriff der Rechtsprechung

Der so umschriebene Bandenbegriff wird in weiten Teilen des Schrifttums seit vielen Jahren abgelehnt (vgl. etwa Dreher, NJW 1970, 1802; Tröndle, GA 1973, 325 [328]; Geilen, Jura 1979, 445 [446]; Schünemann, JA 1980, 393 [395]; Schild, NStZ 1983, 69 [70]). Die Einwände verstärkten sich nach dem Inkrafttreten des Gesetzes zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität /OrgKG) v. 15. 7. 1992 (BGBl I, 1302), mit dem, ohne die Bande gesetzlich zu definieren, neue Bandendelikte geschaffen (§§ 260 I Nr. 2, 260 a I StGB) und die Strafdrohung bereits vorhandener Bandendelikte unter bestimmten weiteren Voraussetzungen verschärft wurden (§ 244 a I StGB, 30 a I BtMG). Der Annahme, der Zusammenschluss von zwei Personen genüge für eine Bande, wird von der überwiegenden Meinung in der Literatur hauptsächlich entgegengehalten, dass eine Willensbildung als gruppendynamischer Prozess erst innerhalb einer größeren Gruppe entstehe und die Gefährlichkeit einer Bande erst bei mehr als zwei Mitgliedern unabhängig von Aus- oder Hinzutreten einzelner Mitglieder gegeben sei (so in jüngster Zeit Erb, NStZ 1999, 187; Endriß, StV 1999, 445; Otto, StV 2000, 313; Engländer, JZ 2000, 630; Hohmann, NStZ 2000, 258; Ischmitz, NStZ 2000, 477).

3. Bisherige Reaktion der Rechtsprechung auf die Kritik aus der Literatur; "Erfordernis des Handelns mit gefestigtem Bandenwillen"

Trotz der erheblichen Kritik am herkömmlichen Bandenbegriff hat die Rechtsprechung bisher keinen Anlass gesehen, ihre Definition der Bande zu ändern; sie hat es auch nicht für gerechtfertigt gehalten, den von BVerfG (NJW 1997, 1910 [1911]) gebilligten Begriff der Bande durch das Erfordernis organisatorischer Strukturen restriktiv auszulegen (BGH, StV 1997, 592 [593]; BGHR BtMG § 30 a Bande 3). Da auch nach Auffassung der Rechtsprechung die bandenmäßige Tatbegehung eine gegenüber der Mittäterschaft gesteigerte, über die aktuelle Tat tendenziell hinausreichende deliktische Zusammenarbeit darstellt, hat sie - insbesondere bei Verbindung von zwei Personen - aber zusätzlich verlangt, dass die Täter eines Bandendelikts ein gemeinsames übergeordnetes Bandeninteresse verfolgt haben (BGHSt 42, 255 [259]; BGH, NStZ 1997, 90 [91]; NStZ 1998, 255 m. Anm. Körner; BGHR BtMG § 30 a Bande 8). Sie hat zur Abgrenzung der Bande von der mittäterschaftlichen Arbeitsteilung darauf abgestellt, ob ein über die jeweiligen Individualinteressen der Beteiligten hinausgehender gefestigter Bandenwille vorgelegen hat (BGH, NJW 1996, 2316 [2317]). Dazu hat sie Kriterien zu entwickeln versucht, mit deren Hilfe der Begriff der Bande inhaltlich näher umschrieben und konkreter gefasst werden sollte. Als Voraussetzung für die Annahme einer Bande bei Zwei-Personen-Verbindungen verlangten zuletzt alle Strafsenate des BGH ein Handeln mit gefestigtem Bandenwillen, wobei ein solcher, auf gewisse Dauer angelegter und verbindlicher Gesamtwille dann angenommen wurde, wenn die Täter ein gemeinsames übergeordnetes Bandeninteresse verfolgt hatten (BGH, NStZ 1996, 443; NStZ 2001, 32 [33]; NJW 1998, 2913; StV 1998, 599).

4. Würdigung der bisherigen Rechtsprechung

Diese in jüngerer Zeit entfalteten Bemühungen der Rechtsprechung um die Entwicklung sinnvoller und praktikabler Kriterien, die vor allem bei Zwei-Personen-Verbindungen eine dem Einzelfall gerecht werdende Abgrenzung von bandenmäßigen und anderen Zusammenschlüssen erlauben sollen, haben zu neuen Schwierigkeiten bei der Auslegung geführt. Sie rücken die Bandentat in die Nähe des Organisationsdelikts der kriminellen Vereinigung des § 129 StGB, obwohl die Bandendelikte, auch nach den Entscheidungen, die von der Notwendigkeit eines verbindlichen Gesamtwillens und der Verfolgung eines übergeordneten Bandeninteresses ausgehen, keine Organisationsdelikte sind (vgl. BGHSt 42, 255 [258]; BGH, NStZ 1996, 339 [340]; BGHR BtMG § 30 a Bande 9). Hinzu kommt, dass es bisher nicht gelungen ist, die materiell-rechtlichen Voraussetzungen eines "auf gewisse Dauer angelegten gefestigten Bandenwillens" oder des "übergeordneten Bandeninteresses" konkret zu umschreiben und rechtliche Maßstäbe festzulegen, die es den Tatgerichten ohne weiteres ermöglichen, im Einzelfall unter Berücksichtigung der höchstrichterlichen Rechtsprechung zu prüfen und zu entscheiden, ob ein Zusammenschluss von zwei Personen eine Bande darstellt (vgl. Tröndl-

le/Fischer, StGB, 50. Aufl., § 244 Rdnr. 19 a; Franke/Wienroeder, BtMG, 2. Aufl., § 30 Rdnr. 8).

5. Erfordernis einer Korrektur der Rechtsprechung

Die wenig befriedigenden Lösungsversuche der Rechtsprechung verlangen ein Überdenken der materiellrechtlichen Voraussetzungen einer Bande. Dies gilt verstärkt deshalb, weil das ursprünglich homogene Bild weniger Bandendelikte - Bandendiebstahl, Bandenraub und bandenmäßiger Schmuggel -, die auf Grund ihrer geringen Anzahl in ihrem gemeinsamen Regelungsbereich, nämlich dem bandenmäßigen Zusammenschluss und der bandenmäßigen Tatbege-hung, überschaubar und in bezug auf die rechtlichen Voraussetzungen in sich stimmig festzulegen waren, nicht mehr besteht. Die genannten Bandendelikte sind mittlerweile durch eine Vielzahl von verschiedenen Straftatbeständen ergänzt worden, in denen die bandenmäßige Begehung entweder als tatbestandliches Qualifikationsmerkmal oder als Regelbeispiel eines besonders schweren Falls aufgeführt wird. Hierdurch sind die ehemals aus der Menge der Straftatbestände hervorgehobenen Bandendelikte zu Delikten der modernen Massenkriminalität abgewandelt worden (vgl. Hassemer, StV 1993, 664).

a) Zusammenschluss von mindestens drei Personen-

Angesichts der fehlgeschlagenen Bemühungen der Rechtsprechung, unter Beibehaltung der Verbindung von zwei Personen als Mindestvoraussetzung für eine Bande den Bandenbegriff durch zusätzliche Kriterien inhaltlich näher zu bestimmen, ist es sinnvoll und geboten, für eine Bande den Zusammenschluss von mindestens drei Personen zu kriminellem Tun vorauszusetzen. Der Wortlaut des § 244 I Nr. 2 StGB und der Wortlaut der übrigen Tatbestände der Bandendelikte lassen sowohl die Annahme einer aus zwei Personen bestehenden Bande als auch die Anhebung der Mindestzahl der Bandenmitglieder auf drei Personen zu. Diese Erhöhung der Mindestmitgliederzahl ist ein einfaches und erfolgversprechendes Mittel, um die Abgrenzung der wiederholten gemeinschaftlichen Tatbegehung durch Personen, die nur Mittäter sind, von derjenigen der bandenmäßigen Begehung zu vereinfachen. Sie erleichtert die Abgrenzung vor allem auch in der praktischen Rechtsanwendung durch die Tatgerichte, da Zwei-Personen-Zusammenschlüsse von vornherein nicht mehr dem Bandenbegriff unterfallen. Die Anhebung der Mindestmitgliederzahl einer Bande von zwei auf drei dient damit der Rechtssicherheit und der einheitlichen Rechtsanwendung.

b) Keine weitergehende Einschränkungen des Bandenbegriffs

Zu einer weiteren Einschränkung des Bandenbegriffs besteht kein Anlass. Insbesondere bieten die Entstehungsgeschichte und die Gesetzesmaterialien des OrgKG und der nachfolgenden Reformgesetze keinen Anhalt dafür, dass der Gesetzgeber die Bande als eine kriminelle Erscheinungsform mit einem Mindestmaß konkreter Organisation oder festgelegter Strukturen verstanden hat und verstanden wissen wollte (vgl. BT-DR 12/989, S. 20 f. [25]). Er hat die Bande lediglich als mögliche Keimzelle der Organisierten Kriminalität gesehen und als Anknüpfungsmerkmal für erhöhte Strafdrohungen gewählt, indem er die schon im Strafgesetzbuch vorhandenen Merkmale der "gewerbsmäßigen" und "bandenmäßigen" Tatbegehung als besonders "organisationsverdächtig" aufgegriffen hat (vgl. Begr. zum Gesetzentwurf des Bundesrats v. 26. 4. 1991 - BR-DR 219/91, S. 78). In diesem Zusammenhang sollte der Begriff der Bande nicht (neu) definiert werden. Es ist mit der früheren Rechtsprechung davon auszugehen, dass ein bandenmäßiger Zusammenschluss mehrerer Personen lediglich voraussetzt, dass diese sich mit dem Willen verbunden haben, künftig für eine gewisse Dauer mehrere selbstständige im einzelnen noch ungewisse Straftaten der im Gesetz beschriebenen Art zu begehen. Die Bande unterscheidet sich danach von der Mittäterschaft durch das Element der auf eine gewisse Dauer angelegten Verbindung mehrerer Personen zu zukünftiger gemeinsamer Deliktsbegehung. Von der kriminellen Vereinigung unterscheidet sich die Bande dadurch, dass sie keine Organisationsstruktur aufweisen muss und für sie kein verbindlicher Gesamtwille ihrer Mitglieder erforderlich ist, diese vielmehr in einer Bande ihre eigenen Interessen an einer risikolosen und effektiven Tatausführung und Beute- oder Gewinnerzielung verfolgen können.

6. Vereinbarkeit der Erhöhung der Mindestmitgliederzahl mit dem Willen des Gesetzgebers

Der Änderung der Rechtsprechung zur Mindestzahl der Bandenmitglieder steht nicht der Umstand entgegen, dass der Gesetzgeber bei den Änderungen des materiellen Strafrechts den in der Rechtsprechung entwickelten Bandenbegriff zu Grunde gelegt hat. Zwar lässt sich aus den Gesetzesnovellierungen der letzten Jahrzehnte eine gesetzgeberische Bestätigung des von der Rechtsprechung definierten Bandenbegriffs ableiten (vgl. BGHSt 38, 26 [28]; Wessels/Hillenkamp, BT/2, 23. Aufl., Rdnr. 271; Sya, NJW 2001, 343 [344]). Hingegen ist eine gesetzliche Festlegung oder Umschrei-

bung des Bandenbegriffs, etwa in § 11 StGB, unterblieben, obwohl dem Gesetzgeber die seit mehr als 30 Jahren kontrovers geführte Diskussion zum Bandenbegriff nicht entgangen sein kann. Damit hat er es ersichtlich weiter der Rechtsprechung überlassen, den Begriff der Bande inhaltlich zu bestimmen; er hat ihr damit auch die Möglichkeit eingeräumt, Entwicklungen in der Rechtspraxis Rechnung zu tragen, wenn es zur Gewährleistung der Rechtssicherheit oder der einheitlichen Rechtsanwendung erforderlich ist.

7. Folgewirkungen der Änderungen der Rechtsprechung

Die Änderung der Rechtsprechung hat auch keine unvertretbaren Folgewirkungen.

a) Auswirkungen auf das Strafmaß

Unzuträglichkeiten i. S. einer unangemessenen milden Ahndung sind nicht zu befürchten. Für reisende Täter, die möglicherweise einer größeren Bande angehören, aber nur zu zweit die Taten ausführen und nur in diesem Umfang überführt werden können, bietet der in der Regel anwendbare Strafrahmen des § 243 I StGB genügend Spielraum, um eine für die jeweilige Tat angemessene Strafe zu finden. Für die vom Gesetzgeber mit dem OrgKG auch beabsichtigte Vorverlagerung der Strafbarkeit über § 30 StGB stehen jedenfalls im Betäubungsmittelstrafrecht mit § 29 a I Nr. 2 BtMG und § 30 I Nr. 4 BtMG "Auffangvorschriften" zur Verfügung, die ebenfalls Verbrechenstatbestände enthalten und sowohl eine angemessene Bestrafung der bloßen Mittäterschaft als auch eine Erfassung der Verabredung über § 30 StGB ermöglichen. Die Einschränkung einer Vorverlagerung der Strafbarkeit über § 30 StGB (i. V. mit § 244 a StGB oder § 260 a StGB) im Bereich von Bandendiebstahl und -hehlerei dürfte von geringer praktischer Relevanz sein und fällt gegenüber der durch das Erfordernis von mindestens drei Bandenmitgliedern gewonnenen Rechtssicherheit und -klarheit nicht entscheidend ins Gewicht. Durch die Anhebung der Mindestmitgliederzahl auf drei Personen werden im Übrigen die Wertungswidersprüche bei den so genannten gemischten Banden aus Dieben und Hehlern (vgl. dazu Miehe, StV 1997, 247 [248 f.]; Erb, NStZ 1998, 537 [538 f.]) gemindert und, wenn die "Bande" lediglich aus einem Dieb und einem Hehler besteht, sogar gegenstandslos.

b) Auswirkungen auf das Prozessrecht

Die Einschränkung des Anwendungsbereichs der Bandendelikte auf Verbindungen von wenigstens drei Bandenmitgliedern grenzt die Anwendbarkeit der prozessualen Vorschriften nicht unverhältnismäßig ein, die die Zulässigkeit strafprozessualer Untersuchungshandlungen (auch) an die bandenmäßige Begehung einzelner Delikte anknüpfen (§§ 98 a, 100 a, 100 c, 110 a StPO). Für den erforderlichen, durch bestimmte Tatsachen zu konkretisierenden "Verdacht" wird es eher auf die sonstigen Umstände der Tatbegehung ankommen, wie etwa konspirative Vorbereitung oder tatbegleitende Maßnahmen, die auf ein organisiertes Verhalten von mehr als zwei Personen hindeuten. Im Übrigen knüpfen sämtliche dieser prozessualen Vorschriften nicht allein an den Verdacht von Bandendelikten, sondern überwiegend an den Verdacht anderer Straftaten an.

c) Vertrauen in der Kontinuität der Rechtsprechung

Durch die Änderung des Bandenbegriffs wird auch nicht das Vertrauen in die Kontinuität der Rechtsprechung beeinträchtigt. Die Kontinuität der Rechtsprechung war infolge der in Einzelfällen unterschiedlich verwendeten und ausgelegten Merkmale des "gefestigten Bandenwillens" und des "Tätigwerdens in einem übergeordneten Bandeninteresse inhaltlich weitgehend verlorengegangen. Darüber hinaus erscheint es im Interesse der Rechtssicherheit sogar sinnvoll, der Praxis mit der Mindestanzahl von drei Bandenmitgliedern und dem Verzicht auf einen wie auch immer gearteten "Bandenwillen" klare Vorgaben an die Hand zu geben und damit eine feste Grundlage für die künftige Rechtsanwendung zu schaffen.

II. Zum Erfordernis der Mitwirkung eines anderen Bandenmitglieds im Tatbestand des Bandendiebstahls

Der Tatbestand des § 244 I Nr. 2 StGB, wonach derjenige einen Bandendiebstahl begeht, der als Mitglied einer Bande, die sich zur fortgesetzten Begehung von Raub oder Diebstahl verbunden hat, unter Mitwirkung eines anderen Bandenmitglieds stiehlt, setzt nicht voraus, dass wenigstens zwei Bandenmitglieder örtlich und zeitlich die Wegnahmehandlung zusammen begehen. Es reicht aus, wenn ein Bandenmitglied als Täter und ein anderes Bandenmitglied beim Diebstahl in irgendeiner Weise zusammenwirken. Die Wegnahmehandlung selbst kann auch durch eine bandenfremde Person ausgeführt werden.

1. Bisherige Rechtsprechung

Nach der früheren Rechtsprechung konnte Täter eines Bandendiebstahls nur ein Bandenmitglied sein, das beim Bandendiebstahl am Ort der Wegnahme, wenn auch nicht notwendig körperlich, selbst mitwirkt (BGHSt 8, 205; 25, 18; 33, 50; NJW 1985, 502). Dem

lag die Auffassung zugrunde, dass die Mitwirkung beim Diebstahl am Ort der Wegnahme täterschaftsbegründendes und Eigenhändigkeit voraussetzendes Merkmal sei, weil die vom Gesetz verlangte Mitwirkung sich auf den Täter beziehe. Diese Rechtsprechung hat der BGH mit Urteil v. 9. 8. 2000 - 3 StR 339/99 (BGHSt 46, 120) aufgegeben und dahin abgeändert, dass ein Mitglied einer Diebesbande auch dann Täter eines Bandendiebstahls ein kann, wenn es zwar nicht an der Ausübung des Diebstahls unmittelbar beteiligt war, aber auf eine andere als täterschaftlichen Tatbeitrag zu wertende Weise daran mitgewirkt hat. Diese Auslegung des Mitwirkungsmerkmals hat der BGH durch Urteil v. 20. 9. 2000 - 2 StR 186/00 (BGHSt 46, 138) für den Tatbestand des Bandenraubes gem. § 250 I Nr. 2 StGB übernommen.

Dass die Täterschaft beim Bandendiebstahl nicht notwendig die unmittelbare Mitwirkung am Ort der Wegnahme voraussetzt, hat die Rechtsprechung bisher nur für die Fälle entschieden und anerkannt, in denen wenigstens zwei weitere Bandenmitglieder den Diebstahl im zeitlichen und örtlichen Zusammenwirken begangen hatten. Hieran anknüpfend ist nunmehr die Frage zu entscheiden, ob das Tatbestandsmerkmal "wer ... unter Mitwirkung eines anderen Bandenmitglieds stiehlt" grundsätzlich ein Zusammenwirken von wenigstens zwei Bandenmitgliedern am Ort der Wegnahme voraussetzt, auch wenn weitere Bandenmitglieder im Hintergrund oder bei der Vorbereitung der Tat mitgewirkt haben. Durch die Entscheidung, dass der Begriff der Bande den Zusammenschluss von wenigstens drei Personen zu kriminellem Tun voraussetzt, haben die Bandendelikte generell eine restriktive Auslegung erfahren. Dies ermöglicht es, die Auslegung des Mitwirkungserfordernisses im Tatbestand des Bandendiebstahls von der herkömmlichen Betrachtungsweise der Rechtsprechung zu lösen und die von ihr vorgenommene enge Anbindung an die unmittelbare Tatausführung aufzugeben.

2. Erweiterung des Tatbestandes auf jede Form der Mitwirkung

Die Erweiterung des Anwendungsbereichs des Tatbestands des Bandendiebstahls in dem Sinne, dass jede Form des Mitwirkens am Diebstahl und nicht nur die persönliche Beteiligung am Ort der Wegnahme ausreicht, ist mit dem Wortlaut und der ratio des § 244 I Nr. 2 StGB vereinbar. Dem stehen weder systematische Gründe entgegen, noch lassen sich durchgreifende Einwendungen aus der Entstehungsschichte der Norm ableiten.

*a) Grammatikalische und teleologische Auslegung*Der Gesetzeswortlaut des § 244 I Nr. 2 StGB sagt über die Art und Weise der Mitwirkung nichts aus. Er legt insbesondere nicht fest, dass es sich um eine "örtliche und zeitliche Mitwirkung" handeln muss und eine lediglich fördernde Beteiligung, etwa als Kopf der Bande im Hintergrund des Tatgeschehens, nicht in Betracht kommt (Eser, in: Schönke/Schröder, StGB, 26. Aufl., § 244 Rdnr. 27; Kindhäuser, in: NK-StGB, § 244 Rdnr. 35; Arzt/Weber, StrafR, BT/2, § 14 Rdnrn. 61 f.; Rengier, StrafR, BT/l, 2. Aufl., § 4 VI 2 Rdnr. 47; Wessels/Hillenkamp, StrafR, BT/2, 23. Aufl., § 4 III 2 Rdnr. 272; Arzt, JuS 1972, 576 [579]; Schünemann, JA 1980, 393 [395]; Schild, GA 1982, 55 [83]; Joerden, StV 1985, 329 [330]; Meyer, JuS 1986, 189 [190]; Küper, GA 1997, 327 [334]; Hohmann, NStZ 2000, 258 f.; Sya, NJW 2001, 343 [344]; a. A. Hoyer, in: SK-StGB, § 244 Rdnr. 36; Taschke, StV 1985, 367; Schmitz, NStZ 2000, 477 [478]).

aa) Bisherige Bestimmung der Strafwürdigkeit

Der Begriff der Mitwirkung beim Stehlen erfasst für sich genommen jede Form der Beteiligung am Diebstahl, die auch sonst nach den allgemeinen Regeln als Beitrag zur Förderung einer bestimmten Tat gewertet werden kann (vgl. Joerden, StV 1985, 329 [3301; Jakobs, JR 1985, 342 [343], jew. Anm. zu BGHSt 33, 50). Sinn und Zweck des Tatbestands des Bandendiebstahls verlangen nicht, besondere Anforderungen an die Mitwirkung der Bandenmitglieder zu stellen. Die besondere Gefährlichkeit des Bandendiebstahls und damit der Grund für seine höhere Strafwürdigkeit liegt zum einen in der abstrakten Gefährlichkeit der auf eine gewisse Dauer angelegten allgemeinen Verbrechensverabredung, der Bandenabrede, zum anderen aber auch in der konkreten Gefährlichkeit der bandenmäßigen Tatbegehung für das geschätzte Rechtsgut. Zwar wird mit der früheren Rechtsprechung auch von Vertretern der Literatur die Auffassung vertreten, das Erfordernis des Stehlens unter Mitwirkung eines anderen Bandenmitglieds kennzeichne die Tatausführung selbst und solle dem Umstand Rechnung tragen, dass die besondere Gefährlichkeit der Tat nur bei der räumlichen Anwesenheit von mindestens zwei Bandenmitgliedern am eigentlichen Tatort vorliege (Eser, in: Schönke/Schröder, StGB, 26. Aufl., § 244 Rdnr. 27; Kindhäuser, in: NK-StGB, § 244 Rdnr. 36; Rengier, § 4 VI 2 Rdnr. 47; Küper, StrafR, BT, 3. Aufl., S. 43 f.; Meyer, juS 1986, 189 [192]; Otto, StV 2000, 313 [314]). Diese Auslegung des Mitwirkungserfordernisses be-

schränkt die straferhöhende Wirkung des zweiten Gefährlichkeitselements des Bandendiebstahls auf die an den Wegnahmeort gebundene Aktionsgefahr durch wenigstens zwei Bandenmitglieder. Dem Einschüchterungseffekt sowie der gesteigerten Durchsetzungsmacht mehrerer Täter gegenüber dem Opfer kommt beim Bandendiebstahl aber nur sekundäre Bedeutung zu. Eine potentielle Täter-Opfer-Konfrontation ist dem Tatbestand des Diebstahls nicht von vorneherein immanent.

bb) Strafgrund der erhöhten Gefahr für die Schutzgüter des Diebstahls

Der Tatbestand des § 242 StGB schützt die Rechtsgüter des Eigentums und des Gewahrsams an einer Sache. Die Vorschrift des § 244 1 Nr. 2 StGB setzt voraus, dass durch die bandenmäßige Tatbegehung des Diebstahls diese Rechtsgüter einer erhöhten Gefährdung ausgesetzt werden. Eine so verstandene Aktions- und Ausführungsgefahr beim Bandendiebstahl kann jedoch nicht nur durch gemeinschaftliches Handeln am Ort der Wegnahme, sondern ebenso durch jedes arbeitsteilige Zusammenwirken wenigstens zweier Bandenmitglieder bei der Planung und Vorbereitung der Tat oder bei tatbegleitenden Maßnahmen gesteigert werden. Dies kann der Fall sein, wenn ein Bandenmitglied die Tat auf Grund seiner Ortskenntnisse oder besonderer Organisationsmöglichkeiten plant, ein anderes die erforderlichen Vorbereitungen trifft, indem es die notwendigen Werkzeuge oder Transportmittel besorgt, während wieder ein anderes Baudenmitglied - möglicherweise wegen seiner besonderen Kenntnisse und Fähigkeiten - die Sache wegnehmen soll und ein weiteres Bandenmitglied für den Abtransport und die Sicherung der Beute Sorge trägt. Eine derartige Arbeitsteilung, die vor allem für organisierte und spezialisierte Diebesbanden typisch ist, ist zumindest genauso gefährlich wie die Arbeitsteilung am Ort der Wegnahme selbst (so schon Arzt, JuS 1972, 576 [579]; Jakobs, JR 1985, 340 [343]; a. A. Zopfs, GA 1995, 320 [327 f.]; Engländer, GA 20009 578 [582]).

b) Systematische Auslegung

Ein Festhalten am Erfordernis eines zeitlichen und örtlichen Zusammenwirkens von wenigstens zwei Bandenmitgliedern am Wegnahmeort ist nicht aus gesetzessystematischen Gründen geboten. Zwar trifft es zu, dass die Bandendelikte im Gesetz unterschiedlich tatbestandlich ausgestattet sind; außer § 244 I Nr. 2 StGB fordert nur eine relativ geringe Zahl die Mitwirkung eines anderen Mitglieds (§ 250 I Nr. 2 StGB; § 373 II Nr. 3 AO 1977; §§ 19 II Nr. 1, 22 a II KWKG; § 52 a II WaffG), während eine Vielzahl anderer Tatbestände, namentlich §§ 260 I Nr. 2, 260 a I StGB; §§ 30 I Nr. 1, 30 a I BtMG, auf dieses Merkmal verzichtet. Daraus lassen sich jedoch für die Tatbestände, die das Mitwirkungserfordernis enthalten, insbesondere aber für § 244 I Nr. 2 StGB, keine Anforderungen an die inhaltliche Auslegung dieses Merkmals ableiten. Aus der vom Gesetzgeber erkennbar vorgenommenen Differenzierung folgt lediglich, dass das Mitwirkungserfordernis nicht in einer Weise ausgelegt werden darf, dass ihm keine eigenständige, tatbestandsumschreibende Bedeutung mehr zukommt. Das ist aber beim Bandendiebstahl nicht der Fäll, solange - entsprechend dem Wortlaut des § 244 I Nr. 2 StGB - ein irgendwie geartetes Zusammenwirken des Täters mit einem anderen Bandenmitglied gefordert wird. Auch dann kommt dem Mitwirkungserfordernis eine den Anwendungsbereich der Vorschrift beschränkende Funktion zu. Einen Bandendiebstahl begeht weder das Mitglied einer Bande, das einen Diebstahl allein ohne Mitwirkung eines anderen Bandenmitglieds verübt, noch dasjenige, das bei der Tat ausschließlich mit bandenfremden Personen zusammenwirkt. Die Ausklammerung solcher Fälle aus dem Tatbestand des Bandendiebstahls macht auch Sinn, weil in ihnen die besondere Gefährlichkeit der Bandenabrede und die der bandenmäßigen Tatbegehung nicht gleichzeitig zum Tragen kommen.

Gegen die schon vom vorlegenden Senat im Anfrage- und Vorlegungsverfahren vertretene weite Auslegung des Mitwirkungserfordernisses in § 244 I Nr. 2 StGB lässt sich nicht mit Erfolg einwenden, diese Auslegung erfasse, indem sie irgendeine Beteiligungshandlung eines anderen Bandenmitglieds genügen lasse, allein den Strafschärfungsgrund der erhöhten Organisationsgefahr, die sich aus dem Bandenzusammenschluss ergebe und als solche schon Inhalt des Tatbestandsmerkmals der Mitgliedschaft in der Bande sei (Engländer, GA 2000, 578 [581 f.]; ders., JR 2001, 78 [79]). Auch die weite Auslegung des Mitwirkungsmerkmals trägt dem Gesichtspunkt der gesteigerten Ausführungsgefahr Rechnung, weil die Tatbeiträge der einzelnen Bandenmitglieder in die Tatausführung einfließen und sich in ihrer Wirkung gegenseitig verstärken. Diese die Effizienz der Tathandlung erhöhende bandenmäßige Ausführungsgefahr ist nicht gleichzusetzen mit der schon vom bandenmäßigen Zusammenschluss ausgehenden Organisationsgefahr. Denn die abstrakte Gefährlichkeit der Bandenabrede liegt in der engen Bindung, die die Mitglieder für die Zukunft und für eine gewisse Dauer eingehen und die einen ständigen Anreiz zur

Fortsetzung bildet (vgl. BGHSt 23, 239 [240]). Die Steigerung der Effektivität der Tatausführung ist ein hiervon unabhängiges Gefährlichkeitselement, das die Bandendelikte, die die Mitwirkung eines anderen Bandenmitglieds bei der Tatbegehung vorsehen, nach wie vor von denjenigen Bandendelikten unterscheidet, die kein ausdrücklich im Tatbestand genanntes Mitwirkungsmerkmal enthalten. Bei diesen genügt die Realisierung der im bandenmäßigen Zusammenschluss liegenden Organisationsgefahr, indem ein Bandenmitglied die Tat für die Bande begeht.

Der Verzicht auf das Erfordernis eines örtlichen und zeitlichen Zusammenwirkens von (mindestens) zwei Bandenmitgliedern am Tatort fügt sich zwanglos an die neuere Rechtsprechung des BGH zu § 244 I Nr. 2 StGB an. Nach übereinstimmender Auffassung aller Strafsenate des BGH muss sich der Täter des Bandendiebstahls nicht mehr - wie nach früherer Rechtsprechung - selbst am Tatort an der Ausführung des Diebstahls unmittelbar beteiligen. Vielmehr reicht es aus, wenn er auf eine andere - als täterschaftliche Beteiligung zu wertende - Weise daran mitgewirkt hat (BGHSt 46, 120; 46, 138). Setzt aber die Verurteilung wegen täterschaftlichen Bandendiebstahls nicht mehr voraus, dass der Angekl. selbst am Tatort anwesend war, so liegt es nahe, die Tatbestandsmäßigkeit seines Verhaltens als Bandendiebstahl i. S. des § 244 I Nr. 2 StGB auch nicht mehr davon abhängig zu machen, dass zwei andere Bandenmitglieder sich an der Wegnahmehandlung am Tatort in räumlichem und zeitlichem Zusammenwirken beteiligt haben.

c) Historische Auslegung

Auch aus der Entstehungsgeschichte des § 244 I Nr. 2 StGB lassen sich durchgreifende Einwendungen gegen die weite Auslegung des Mitwirkungserfordernisses nicht ableiten. Zwar hat der Gesetzgeber des 1. Strafrechtsreformgesetzes, mit dem § 244 I Nr. 3 StGB a. F. - die Vorläufervorschrift des § 244 I Nr. 2 StGB - in das Strafgesetzbuch eingefügt wurde, die höchstrichterliche Rechtsprechung zu § 243 Nr. 6 StGB a. F. gekannt und gebilligt, wonach nur diejenigen Bandenmitglieder als Täter des Bandendiebstahls in Betracht kamen, die örtlich und zeitlich an dem Diebstahl mitgewirkt hatten; auch hat er den Vorschlag, das Merkmal der Mitwirkung in § 244 I Nr. 3 StGB a. F. und § 244 a StGB zu streichen, verworfen (vgl. Niederschriften über die Sitzungen des Unterausschusses des Rechtsausschusses des Bundesrats, Sitzung v. 2. 4. 1990, S. 41). Indes kann dieser Wille des Gesetzgebers nicht als maßgebliches Argument gegen eine das Mitwirkungserfordernis inhaltlich erweiternde Auslegung geltend gemacht werden. Bei der Schaffung neuer Bandendelikte ist weitgehend unklar geblieben, warum der Gesetzgeber etwa im Betäubungsmittelstrafrecht - auf das Mitwirkungserfordernis verzichtet oder es - besonders zweifelhaft - im Waffenrecht weiterhin verlangt hat (vgl. Nadler, NStZ 1985, 162; Katholnigg/Brüner, ZRP 1984, 173 f.;. Engländer, JR 2001, 78 [79]). Angesichts dieser wenig stringenten Unterscheidung innerhalb der Bandendelikte ist ein Wille des historischen Gesetzgebers, der einer erweiternden Auslegung des Mitwirkungsmerkmals durch die Rechtsprechung ernstlich entgegenstünde, nicht festzustellen.

3. Zur Beteiligtenrolle des Mitwirkenden

Das Merkmal der Mitwirkung beim Bandendiebstahl setzt ferner nicht voraus, dass jedes der zusammenwirkenden Bandenmitglieder Täter ist. Es genügt für den Tatbestand auch, wenn ein Bandenmitglied mit einem anderen Bandenmitglied in irgendeiner Weise, etwa als Gehilfe, zusammenwirkt. Auch dann findet das Gefährlichkeitspotential der Bande in der von mehreren Bandenmitgliedern ausgeführten Tat seinen Niederschlag (vgl. Ruß, in: LK-StGB, 11. Aufl., § 244 Rdnr. 13; Tröndle/Fischer, StGB, 50. Aufl., § 244 Rdnr. 22).

Die Voraussetzungen eines Bandendiebstahls können selbst dann erfüllt sein, wenn die Wegnahmehandlung von einem Nichtbandenmitglied für die Bande ausgeführt wird. Bedienen sich die Mitglieder einer Bande eines Nichtmitglieds als Hilfsperson, weil dieses z. B. über spezielle Kenntnisse oder Fähigkeiten verfügt, die die unmittelbare Wegnahmehandlung erst ermöglichen oder zumindest erleichtern, so hindert das die Annahme eines Bandendiebstahls nicht, wenn im Übrigen zwei Mitglieder der aus zumindest drei Personen bestehenden Bande am Diebstahl mitwirken und wenigstens einem von ihnen die unmittelbare Tatausführung des Nichtmitglieds als Täter zuzurechnen ist. Denn auch beim Bandendiebstahl gelten die allgemeinen Teilnahme- und Zurechnungsregeln, nach denen Täterschaft nicht zwingend eine Mitwirkung am Kerngeschehen voraussetzt. So kann für die Annahme von Mittäterschaft ausreichen, wenn mehrere die Begehung eines Diebstahls derart vereinbaren, dass nur einer von ihnen die Wegnahme (körperlich) durchführen soll, weil dieser besser als die anderen dazu geeignet ist. Der Umstand, dass ein unmittelbar die Wegnahme ausführender Dritter nicht Mitglied der Bande ist, steht nur dessen Verurteilung als Täter eines Bandendiebstahls entgegen, nicht aber der Annahme eines Bandendiebstahls.