

Öffentliches Recht

Standort: Art. 8 GG

Problem: "Vergeistigter" Gewaltbegriff

BVERFG, BESCHLUSS VOM 24.10.2001
1 BvR 1190/90 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Das BVerfG hatte sich erneut mit der Strafbarkeit von Teilnehmern an Blockadeaktionen wegen Nötigung gem. § 240 StGB zu beschäftigen. Es misst die Verurteilung zweier Demonstrantinnen, die sich an das Haupttor der geplanten Wiederaufarbeitungsanlage in Wackersdorf gekettet hatten, um so die Zufahrt zur Baustelle zu blockieren. Mit dieser Aktion wollten sie auf die Ihrer Ansicht nach unverantwortlichen Gefahren und Umweltprobleme aufmerksam machen, welche die friedliche Nutzung der Kernenergie mit sich bringe. Das Gericht prüft, ob die Verurteilung durch die Fachgerichte gegen Art. 103 II, 5, 8 und 2 I GG verstößt, wobei eine Betroffenheit des Schutzbereichs von Art. 5 GG allerdings nur kurz abgelehnt wird. Es kommt zu dem Ergebnis, dass die strafrechtlichen Begriffe der "Gewalt" und "Verwerflichkeit" i.S.d. § 240 StGB im Lichte des Art. 8 GG ausgelegt werden müssen, also - wenn auch unausgesprochen vergleichbar der Rechtsprechung zu Art. 5 I GG - eine Wechselwirkung zwischen der Versammlungsfreiheit und ihrer Schranke zum Schutz der Willens- und Entschlussfreiheit Dritter nach § 240 StGB stattfindet.

Dem gegenwärtig nur im Internet (www.bverfg.de, unter "Pressemitteilungen") zugänglichen Beschluss sind zwei Sondervoten beigefügt, auf deren Wiedergabe hier aus Platzgründen verzichtet werden musste, auf die jedoch in der nachfolgenden Prüfungsrelevanz eingegangen wird.

Prüfungsrelevanz:

Die Ablehnung des "vergeistigten" Gewaltbegriffs durch BVerfGE 92, 1 ff. hatte seinerzeit in der Strafrechtsrechtsprechung und -literatur eine wahre Revolution beim Nötigungstatbestand ausgelöst (vgl. etwa Tröndle/Fischer, StGB, § 240 Rz. 2c: "Brüskierung der Strafrechtspflege"; Lesch, StV 1996, 152: "Das BVerfG hat beim Ruin des Nötigungstatbestandes ganze Arbeit geleistet"). Diese Diskussion erhält durch den vorliegenden Beschluss des BVerfG neue Nahrung. Aus öffentlich-rechtlicher Sicht sind darüber hinaus die Ausführungen zum Versammlungsbegriff interessant, mit denen sich das BVerfG dem "engen" Versammlungsbegriff annähert, indem es in den Gründen und im

Leitsatz die besondere Bedeutung der Teilhabe an der *öffentlichen* Meinungsbildung betont. Dem tritt lediglich die Richterin Haas in ihrem Sondervotum entgegen, in dem sie meint: "Ohne rechtliche Bedeutung ist es hier, dass die Meinungskundgabe ein die Öffentlichkeit bewegendes Thema betrifft. Die Demonstrationsfreiheit ist gewährleistet ungeachtet der Bedeutung des Themas für die Gesellschaft."

Neben der Definition des Versammlungsbegriffs kann man aus der Entscheidung lernen, dass mit dem BVerfG (vgl. bereits BVerfGE 73, 206, 248) und der h.M. (Sachs, GG, Art. 8 Rz. 30) eine Versammlung zugleich "friedlich" i.S.d. Art. 8 GG sein, den Teilnehmern aber gleichwohl Gewaltanwendung i.S.d. § 240 StGB vorgeworfen werden kann (a.A. wiederum Richterin Haas, die in ihrem Sondervotum Unfriedlichkeit i.S.d. Art. 8 I GG und Gewalt i.S.d. § 240 StGB gleichsetzt; ebenso Kloepfer, Handbuch des Staatsrechts VI, § 143 Rz. 44).

Mit äußerster Vorsicht zu genießen und für Prüfungsarbeiten zumindest nicht zur allgemeinen Nachahmung zu empfehlen ist allerdings die Auffassung des BVerfG, das angegriffene Urteil könne bestehen bleiben, weil die Versammlungsfreiheit jedenfalls bei der Strafzumessung Berücksichtigung gefunden habe. Hierauf machen auch die Richter Jaeger und Bryde in ihren Sondervoten aufmerksam. Wenn ein Verhalten im Lichte des Art. 8 GG nicht verwerflich ist, gebe es nur eine Entscheidung - Freispruch! Für Strafzumessungserwägungen bleibe überhaupt kein Raum. Die Sondervoten bringen es auf den Punkt: "Stellt sich ein tatbestandsmäßiges Verhalten unter Berücksichtigung von Art. 8 GG nicht als verwerflich dar, ist auch die mildeste Strafe übermäßig."

Vertiefungshinweise:

" Die Sitzblockadenurteile des BVerfG: *BVerfGE* 73, 206 und *BVerfGE* 92, 1

" Zum "vergeistigten Gewaltbegriff" in der Strafrechtsdogmatik als Reaktion auf BVerfGE 92, 1: *BGHSt* 41, 182; *Scholz*, NStZ 1995, 417 ff.; *Krey*, JR 1995, 269

" Zum Versammlungsbegriff: *HessVGH*, NJW 1994, 1750; *Kniesel*, NJW 1992, 859

Kursprogramm:

" *Examenskurs*: "Verkehrsblokade"

Leitsätze:

- 1. Art. 103 Abs. 2 GG ist nicht verletzt, wenn die Strafgerichte das Tatbestandsmerkmal der Gewalt in § 240 Abs. 1 StGB auf Blockadeaktionen anwenden, bei denen die Teilnehmer über die durch ihre körperliche Anwesenheit verursachte psychische Einwirkung hinaus eine physische Barriere errichten.**
- 2. Versammlung im Sinne des Art. 8 GG ist eine örtliche Zusammenkunft mehrerer Personen zur gemeinschaftlichen, auf die Teilhabe an der öffentlichen Meinungsbildung gerichteten Erörterung oder Kundgebung.**
- 3. Das Selbstbestimmungsrecht der Träger des Grundrechts der Versammlungsfreiheit hinsichtlich Ziel und Gegenstand sowie über Ort, Zeitpunkt und Art der Versammlung umfasst nicht auch die Entscheidung, welche Beeinträchtigungen die Träger kollidierender Rechtsgüter hinzunehmen haben.**
- 4. Zu den verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Prüfung der Verwerflichkeit nach § 240 II StGB.**

Sachverhalt:

Die Verfassungsbeschwerden betreffen strafgerichtliche Verurteilungen wegen Nötigung auf Grund der Teilnahme an Blockadeaktionen.

Am 23. Juni 1986 erschien gegen 6.00 Uhr eine aus 25 bis 30 Personen, darunter die Beschwerdeführerinnen zu 1 und 2, bestehende Aktionsgruppe vor dem Haupttor des Baugeländes der geplanten Wiederaufarbeitungsanlage in Wackersdorf. Die Beschwerdeführerinnen und acht weitere Mitglieder der Gruppe blockierten ab etwa 6.30 Uhr die Zufahrt zu dem Gelände in der Weise, dass sie sich jeweils eine Kette um die Hüfte schlangen, die wiederum mittels einer Kette mit der Kette des jeweiligen Nachbarn verbunden war. Die am Ende der so gebildeten Gesamtkette stehenden Personen ketteten sich mit Sicherheitsschnappschlössern unmittelbar an die Torpfosten des Haupttores an. Jede dieser zehn Personen hatte unter den übrigen Mitgliedern der Gruppe einen "Betreuer", der auch für etwaige Notfälle im Besitz eines Schlüssels für die entsprechenden Schlösser war.

Zu Beginn der Aktion wurden Flugblätter verteilt, in denen das Vorhaben näher erläutert wurde. Mit der als "gewaltfreier Widerstand" bezeichneten Aktion wollten die Teilnehmer die Bauarbeiten an der Wiederaufarbeitungsanlage symbolisch einstellen, auf die Gefahren der Atomenergie aufmerksam machen und ihren Widerstand gegen das Bauvorhaben zum Ausdruck bringen. Sie gingen davon aus, dass die vor Ort anwesende Polizei nach höchstens 15 bis 30 Minuten mit Bolzenschneidern die Kette durchtrennen und die Zufahrt wieder frei machen werde. Die Polizei forderte die Demonstranten unmittelbar nach Beginn der Aktion

und in der Folgezeit wiederholt dazu auf, die Zufahrt frei zu machen, weil sie sich sonst strafbar machten. In zwei Lautsprecheransprachen um 8.06 Uhr und 8.30 Uhr erklärte die Polizei die Versammlung für aufgelöst. Nachdem angeforderte Transportfahrzeuge der Polizei gegen 9.00 Uhr eingetroffen waren, begannen Polizeibeamte, die Kette mit Bolzenschneidern zu durchtrennen. Die losgeketteten Demonstranten ließen sich widerstandslos festnehmen. Etwa um 9.30 Uhr war die Aktion beendet.

In der Zeit von 6.30 Uhr bis 8.30 Uhr trafen nach und nach auf der Baustelle Beschäftigte mit ihren Privatfahrzeugen sowie Führer von Lastkraftwagen ein, die durch das Tor einfahren wollten. Insgesamt wurden mindestens 20 Fahrzeugführer zum Anhalten und Warten veranlasst. Von den am Einfahren gehinderten Lastkraftwagenführern entschlossen sich einige nach Wartezeiten von ein bis zwei Stunden dazu, ihre Fahrzeuge zu wenden und durch ein anderes, etwa drei bis vier Kilometer entferntes Tor einzufahren. Dies war nur unter erheblichen Schwierigkeiten möglich, weil der Weg zu diesem Tor für Lastkraftwagen schwer zu befahren und die Toreinfahrt nicht für solche ausgebaut war. Die übrigen Lastkraftwagen konnten erst nach Beendigung der Blockade ihre Fahrt auf das Gelände fortsetzen. Mehrere Führer von Lastkraftwagen und Baumaschinen wurden durch die Blockadeaktion gehindert, mit den Fahrzeugen das Gelände zu verlassen. Das Amtsgericht verurteilte die Beschwerdeführerinnen wegen des Vergehens einer gemeinschaftlich begangenen Nötigung und behielt die Verurteilung zu einer Geldstrafe vor. Mit ihren im Wesentlichen gleich begründeten Verfassungsbeschwerden rügen die Beschwerdeführerinnen die Verletzung ihrer Rechte aus Art. 1 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1, Art. 8 Abs. 1 und Art. 103 II GG in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip.

Aus den Gründen:

Die Verfassungsbeschwerden sind unbegründet. Die angegriffenen Entscheidungen verletzen die Beschwerdeführer nicht in ihren Rechten aus Art. 103 Abs. 2, Art. 8, Art. 5 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG.

I. Verstoß gegen Art. 103 II GG

Die Verurteilungen der Beschwerdeführer wegen Nötigung verstoßen nicht gegen Art. 103 Abs. 2 GG.

1. Gewaltbegriff i.S.d. § 240 StGB

Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist der Begriff der Gewalt in § 240 Abs. 1 StGB hinreichend bestimmt im Sinne des Art. 103 Abs. 2 GG (vgl. BVerfGE 73, 206, 232; 92, 1, 13). Die Auslegung und Anwendung dieses Begriffs in den angegriffenen Entscheidungen verstößt nicht gegen Art. 103 Abs. 2 GG. [...]

a. Zur psychischen Blockade als Gewalt

Das Tatbestandsmerkmal der Gewalt kann nach der angeführten Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts unter dem Gesichtspunkt der Bestimmtheit der Strafandrohung nicht in Fällen bejaht werden, in denen die Gewalt lediglich in körperlicher Anwesenheit besteht und die Zwangswirkung auf den Genötigten nur psychischer Natur ist (BVerfGE 92, 1, 18).

b. Element der Kraftentfaltung

Die Aktion der Beschwerdeführerinnen beschränkte sich im vorliegenden Fall jedoch nicht auf die körperliche Anwesenheit vor dem Tor und den dadurch auf die Führer der Kraftfahrzeuge ausgelösten psychischen Zwang, wegen der Gefahr der Verletzung oder Tötung der Demonstranten anzuhalten oder umzukehren. Zusätzlich erfolgte durch die Demonstranten selbst eine körperliche Kraftentfaltung, und zwar durch die Anbringung der in Hüfthöhe mit den Personen verbundenen Metallketten an den beiden Pfosten des Einfahrtstors. Es ist nicht zu beanstanden, dass die Strafgerichte darin eine Gewaltanwendung gesehen haben. Insofern ist nicht etwa maßgebend, dass auch die Entfernung der Fixierung eine körperliche Kraftentfaltung erfordert. Die Ankettung gab der Demonstration eine über den psychischen Zwang hinausgehende Eignung, Dritten den Willen der Demonstranten aufzuzwingen. Sie nahm den Demonstranten die Möglichkeit, beim Heranfahren von Kraftfahrzeugen auszuweichen und erschwerte die Räumung der Einfahrt.

Unter Bestimmtheitsaspekten ist es von Verfassungs wegen nicht zu beanstanden, wenn das Hinzutreten der von den Beschwerdeführerinnen errichteten physischen Barriere von den Strafgerichten als ausreichend für die Bejahung des Tatbestandsmerkmals der Gewalt angesehen wird. Auf Grund der Begleitumstände ist die Abgrenzung zur rein psychischen Zwangswirkung in einer hinreichend deutlichen und vorhersehbaren Weise möglich. Das Tatbestandsmerkmal der Gewalt setzt im Übrigen nicht das Überwiegen der Kraftentfaltung gegenüber der durch die bloße Anwesenheit von Personen ausgelösten psychischen Hemmung voraus.

2. Verwerflichkeit i.S.d. § 240 StGB

Das Bundesverfassungsgericht hat schon entschieden, dass auch die Verwerflichkeitsklausel des § 240 Abs. 2 StGB dem Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG gerecht wird. Dabei hat es darauf abgestellt, dass diese Klausel von den Strafgerichten als tatbestandsregulierendes, den Täter begünstigendes Korrektiv behandelt wird, das strafbarkeitsbeschränkend wirkt (vgl. BVerfGE 73, 206, 238).

II. Verstoß gegen Art. 5 I GG

Die Normen des Strafrechts unter Einschluss des § 240 StGB sind unter Beachtung der Wertentscheidungen der Grundrechte auszulegen und anzuwenden. Maßgebend sind im vorliegenden Fall das Grundrecht der

Versammlungsfreiheit aus Art. 8 GG und das Gebot schuldangemessenen Strafens aus Art. 2 Abs. 1 GG. Demgegenüber scheidet Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG als Prüfungsmaßstab aus. Zwar kann eine an den Inhalt oder die Form der Meinungsäußerung anknüpfende Bestrafung das Grundrecht der Meinungsfreiheit auch dann berühren, wenn die Meinungskundgabe in einer oder durch eine Versammlung erfolgt. Gegenstand der strafrechtlichen Verurteilung ist im vorliegenden Fall aber nicht die Äußerung, sondern die der Erzielung öffentlicher Aufmerksamkeit dienende Blockadeaktion.

III. Verstoß gegen Art. 8 I GG

1. Schutzbereich betroffen

a. Versammlung

Art. 8 Abs. 1 GG gewährleistet allen Deutschen das Recht, sich friedlich und ohne Waffen zu versammeln. Geschützt sind nicht allein Veranstaltungen, bei denen Meinungen in verbaler Form kundgegeben oder ausgetauscht werden, sondern auch solche, bei denen die Teilnehmer ihre Meinungen zusätzlich oder ausschließlich auf andere Art und Weise, auch in Form einer Sitzblockade, zum Ausdruck bringen (vgl. BVerfGE 87, 399, 406).

aa. Definition

(1). Kommunikation als gemeinsamer Zweck

Art. 8 GG schützt die Freiheit der Versammlung als Ausdruck gemeinschaftlicher, auf Kommunikation angelegter Entfaltung (vgl. BVerfGE 69, 315 343). Der besondere Schutz der Versammlungsfreiheit beruht auf ihrer Bedeutung für den Prozess öffentlicher Meinungsbildung in der freiheitlichen demokratischen Ordnung des Grundgesetzes. Der Schutz reicht daher über den der allgemeinen Entfaltungsfreiheit des Art. 2 Abs. 1 GG hinaus. Die Grundrechtsausübung unterliegt insbesondere nur den in Art. 8 Abs. 2 GG vorgesehenen Schranken. Dieses auf kollektive Meinungsäußerung gerichtete Grundrecht kommt Mehrheiten wie Minderheiten zugute und verschafft auch denen Möglichkeiten zur Äußerung in einer größeren Öffentlichkeit, denen der direkte Zugang zu den Medien versperrt ist (vgl. BVerfGE 69, 315, 346 f.).

(2). Teilnahme an öffentlicher Meinungsbildung

Für die Eröffnung des Schutzbereichs reicht es wegen seines Bezugs auf den Prozess öffentlicher Meinungsbildung nicht aus, dass die Teilnehmer bei ihrer gemeinschaftlichen kommunikativen Entfaltung durch einen beliebigen Zweck verbunden sind. Vorausgesetzt ist vielmehr zusätzlich, dass die Zusammenkunft auf die Teilhabe an der öffentlichen Meinungsbildung gerichtet ist. Versammlungen im Sinne des Art. 8 GG sind demnach örtliche Zusammenkünfte mehrerer Per-

sonen zur gemeinschaftlichen, auf die Teilhabe an der öffentlichen Meinungsbildung gerichteten Erörterung oder Kundgebung.

bb. Subsumtion

Diese Voraussetzungen erfüllte die in [dem] Verfahren 1 BvR 1190/90 zu beurteilende Blockadeaktion an der Zufahrt zur geplanten Wiederaufarbeitungsanlage. Die Teilnehmer wollten ihren Widerstand gegen das Vorhaben zum Ausdruck bringen, auf die Gefahren der Atomenergie aufmerksam machen und in diesem Rahmen die Bauarbeiten symbolisch einstellen. [...] Im Vordergrund der von den Beschwerdeführerinnen als "gewaltfreier Widerstand" ausgegebenen Aktion stand der öffentliche Protest mit dem Ziel der Einwirkung auf die öffentliche Meinungsbildung. Die beabsichtigte Unterbrechung der Bauarbeiten war nicht Selbstzweck, sondern ein dem Kommunikationsanliegen untergeordnetes Mittel zur symbolischen Unterstützung ihres Protests und damit zur Verstärkung der kommunikativen Wirkung in der Öffentlichkeit.

b. Friedlich

Für die Beschwerdeführerinnen entfällt der Schutz des Art. 8 GG nicht wegen Unfriedlichkeit der durchgeführten Blockade.

aa. Definition

Art. 8 GG schützt die Freiheit kollektiver Meinungskundgabe bis zur Grenze der Unfriedlichkeit. Die Unfriedlichkeit wird in der Verfassung auf einer gleichen Stufe wie das Mitführen von Waffen behandelt. Unfriedlich ist eine Versammlung daher erst, wenn Handlungen von einiger Gefährlichkeit wie etwa aggressive Ausschreitungen gegen Personen oder Sachen oder sonstige Gewalttätigkeiten stattfinden, nicht schon, wenn es zu Behinderungen Dritter kommt, seien diese auch gewollt und nicht nur in Kauf genommen (vgl. BVerfGE 73, 206, 248; 87, 399, 406).

bb. Subsumtion

Die Anketzung der Teilnehmer der Blockadeaktion führte nicht zu der so umschriebenen Gefährlichkeit für Personen oder Sachen und damit zur Unfriedlichkeit im Sinne des Art. 8 Abs. 1 GG. Auch der weitere Verlauf hielt sich im Rahmen eines passiven Protests und die Demonstranten ließen sich ohne Widerstand festnehmen, nachdem Polizeibeamte die Kette mit Bolzenschneidern zerlegt hatten. Ungeachtet der strafrechtlichen Bewertung als Gewalt kann das Verhalten der Teilnehmer der Blockadeaktion daher nicht als unfriedlich angesehen werden. Für die Begrenzung des Schutzbereichs des Art. 8 Abs. 1 GG ist jedoch allein der verfassungsrechtliche Begriff der Unfriedlichkeit maßgebend, nicht der umfassendere Gewaltbegriff des § 240 StGB (vgl. BVerfGE 73, 206, 248).

c. Auflösung

Auch der Umstand, dass mit der rechtmäßigen Auflösung einer Versammlung das Grundrecht aus Art. 8 GG unanwendbar wird (vgl. BVerfGE 73, 206, 250 und 253), führt nicht dazu, dass die Beschwerdeführerinnen sich nicht auf den Schutz des Grundrechts berufen können. Die Gerichte haben nämlich die Verurteilungen - ungeachtet der Rechtmäßigkeit der später erfolgten Versammlungsauflösung - jedenfalls auch auf ein Verhalten der Beschwerdeführerinnen gestützt, das zeitlich vor der Auflösung lag. Bis zu einer rechtmäßigen Auflösung genießt jedoch eine Versammlung den Schutz des Art. 8 GG. Dies hätten die Strafgerichte ungeachtet des Umstandes berücksichtigen müssen, dass die Sitzblockade auch nach Auflösung der Versammlung fortgesetzt wurde.

Die rein hypothetische Überlegung, dass die Versammlung unter Umständen von Anfang an hätte rechtmäßigerweise aufgelöst werden können, bedeutet - entgegen der missverständlichen Formulierung in der Entscheidung BVerfGE 82, 236, 264 - nicht, dass Versammlungsteilnehmer allein deshalb den Grundrechtsschutz von vornherein verlieren. Die in § 15 VersG als Schranke im Sinne des Art. 8 Abs. 2 GG enthaltene Ermächtigung zur Gefahrenabwehr sieht für Eingriffe in die Versammlungsfreiheit die Form des Verwaltungsakts vor, dessen Erlass zudem im Ermessen der Versammlungsbehörde steht. Bei ihrer Entscheidung hat die Behörde zu prüfen, ob die Gefahr unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit eine Auflösung der Versammlung rechtfertigt und ob nach pflichtgemäßem Ermessen ein Einschreiten angezeigt ist. Die behördliche Entscheidung konkretisiert die Rechte und Pflichten der Versammlungsteilnehmer. Vor der Auflösung der Versammlung ist nicht in einer rechtsstaatlichen Anforderungen genügenden Weise festgestellt, dass die Veranstaltung nicht mehr unter dem Schutz des Art. 8 GG steht. Selbst die Auflösung schafft keine endgültige Klarheit. Im Fall der Rechtswidrigkeit dieser Maßnahme hätten die Versammlungsteilnehmer Folgeanordnungen, etwa die Aufforderung sich zu entfernen, zwar zu befolgen, würden den Schutz des Art. 8 GG im Übrigen aber nicht verlieren (vgl. BVerfGE 87, 399, 408 ff.).

2. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Die Strafgerichte haben die Bedeutung der Art. 8 und Art. 2 Abs. 1 GG bei der Auslegung und Anwendung des § 240 Abs. 2 StGB in [dem] Verfahren 1 BvR 1190/90 nicht hinreichend berücksichtigt.

a. Verfassungsmäßigkeit des § 240 StGB

Gegen die Verfassungsmäßigkeit der Strafbarkeit von Nötigungen bestehen unter dem Gesichtspunkt der Versammlungsfreiheit allerdings keine Bedenken. Ein allgemein verbotenes Verhalten wird nicht dadurch rechtmäßig, dass es gemeinsam mit anderen in Form

einer Versammlung erfolgt. Art. 8 GG schafft insbesondere keinen Rechtfertigungsgrund für strafbares Verhalten (vgl. BVerfGE 73, 206, 248 ff.). Die Zuordnung eines Verhaltens zum Schutzbereich eines Grundrechts bewirkt für sich allein - entgegen der Auffassung der Richterin Haas - noch nicht seine Beurteilung als rechtmäßig. Aus Grundrechtsschranken kann sich vielmehr seine Rechtswidrigkeit ergeben. Absatz 2 des Art. 8 GG sieht ausdrücklich vor, dass für Versammlungen unter freiem Himmel das Grundrecht durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes beschränkt werden darf.

b. Verfassungsmäßigkeit der Anwendung des § 240 StGB

Eine andere - von der Richterin Haas zu Unrecht nicht gesondert aufgeworfene - Frage ist, ob ein nach Versammlungsrecht rechtswidriges Verhalten auch unter Strafe gestellt und welche Strafrechtsnorm anwendbar ist. Im vorliegenden Fall ist allerdings nur zu klären, ob an das Verhalten der Beschwerdeführerinnen eine strafrechtliche Sanktion nach Maßgabe des § 240 StGB geknüpft werden darf. Die Anwendbarkeit dieser Norm setzt neben dem Vorliegen der Tatbestandsmerkmale des Absatzes 1 die Feststellung der Verwerflichkeit des Handelns nach Absatz 2 voraus. Bei der Anwendung der Verwerflichkeitsklausel ist der wertsetzenden Bedeutung des Art. 8 GG ebenso Rechnung zu tragen wie dem in Art. 2 Abs. 1 GG verankerten Gebot schuldangemessenen Strafsens.

aa. Definition der "Verwerflichkeit" nach § 240 II StGB im Lichte des Art. 8 GG

Die Verwerflichkeitsklausel des § 240 Abs. 2 StGB ist Ausdruck des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit. An dieser Stelle ist der Rechtsgüterkonflikt im Rahmen einer einzelfallbezogenen Abwägung zu bewältigen. Entscheidend ist nach § 240 Abs. 2 StGB, ob die Anwendung der Gewalt zu dem angestrebten Zweck als verwerflich anzusehen ist. Es entspricht verfassungsrechtlichen Anforderungen, wenn dabei alle für die Mittel-Zweck-Relation wesentlichen Umstände und Beziehungen erfasst werden und eine Abwägung der auf dem Spiel stehenden Rechte, Güter und Interessen nach ihrem Gewicht in der sie betreffenden Situation erfolgt (vgl. BVerfGE 73, 206, 255 f.). Ob die Gerichte bei Anwendung eines engen Gewaltbegriffs der Erfüllung des Tatbestandsmerkmals "Gewalt" eine die Rechtswidrigkeit indizierende Wirkung beimessen können (vgl. BVerfGE 73, 206, 255), bedarf vorliegend - entgegen der Auffassung im Sondervotum der Richterin Haas - keiner Entscheidung. Es ist verfassungsrechtlich jedenfalls nicht zu beanstanden, dass die Gerichte bei der hier in Rede stehenden Ankettingsaktion der Beschwerdeführerinnen eine solche Indizwirkung verneint haben.

Ob eine Handlung als verwerfliche Nötigung zu be-

werten ist, lässt sich ohne Blick auf den mit ihr verfolgten Zweck nicht feststellen. Mit der Bewertung des zu Grunde liegenden Zwecks wird zugleich eine Weiche für die Verwerflichkeitsprüfung gestellt. Erfolgt das Verhalten im Schutzbereich des Art. 8 GG, muss die Bestimmung des relevanten Zwecks von der wertsetzenden Bedeutung dieses Grundrechts geleitet sein.

(1). Kommunikationszweck als wertprägendes Merkmal
Maßgebend ist aus dem Blickwinkel des Art. 8 GG insofern der Kommunikationszweck, den die Versammlung verfolgt. Vom Selbstbestimmungsrecht der Grundrechtsträger ist auch die Entscheidung erfasst, was sie anstreben. Die Beschwerdeführerinnen wollten mit der als spektakulär inszenierten Blockade der Zufahrt, die sie in Erwartung ihrer baldigen Entfernung durch die Polizei als kurzfristig einkalkuliert hatten, Aufmerksamkeit für ihren Protest gegen die Nutzung der Atomenergie erzeugen. Das ergibt sich aus den von den Strafgerichten festgestellten Umständen unter Einschluss der von ihnen ausgewerteten Flugblätter. Von dem Ziel der Erregung von Aufmerksamkeit sind die Strafgerichte bei der Strafzumessung auch ausdrücklich ausgegangen. Insofern war der für Art. 8 GG maßgebende Zweck nicht die mit der demonstrativen Blockade bewirkte Verhinderung der Durchfahrt. Die Sperrung galt nicht einem beliebigen Tor, sondern dem zu der politisch umstrittenen Wiederaufarbeitungsanlage in Wackersdorf. Die Beschwerdeführerinnen setzten die Blockade als Mittel ein, um das kommunikative Anliegen, die Erzielung von öffentlicher Aufmerksamkeit für ihren politischen Standpunkt, auf spektakuläre Weise zu verfolgen und dadurch am Prozess öffentlicher Meinungsbildung teilzuhaben. Die Verwirklichung eines solches Kommunikationsziels wird im Rahmen des Art. 8 GG geschützt.

Daher ist für die Abwägung bedeutsam, dass die Beschwerdeführerinnen bei ihrer Aktion davon ausgingen, zu einer die Öffentlichkeit angehenden, kontrovers diskutierten Frage - der friedlichen Nutzung der Atomkraft - Stellung zu beziehen. Es ist den Gerichten insofern verwehrt, das kommunikative Anliegen inhaltlich zu bewerten und sein Gewicht in der Abwägung je nachdem zu bestimmen, ob sie die Stellungnahme als nützlich und wertvoll einschätzen und ob das verfolgte Ziel nach gerichtlicher Beurteilung zu billigen ist oder nicht. Eine solche Bewertung verbietet sich, weil der Staat gegenüber der Grundrechtsbetätigung der Bürger auch im Interesse der Offenheit kommunikativer Prozesse inhaltsneutral bleiben muss. [...]

(2). Ablauf der Blockade als wertprägendes Merkmal
Vom Selbstbestimmungsrecht der Grundrechtsträger ist jedoch nicht die Entscheidung umfasst, welche Beeinträchtigungen die Träger der kollidierenden Rechtsgüter hinzunehmen haben. Bei der Angemessenheitsprüfung haben die Gerichte daher auch zu fragen, ob

das Selbstbestimmungsrecht unter hinreichender Berücksichtigung der gegenläufigen Interessen Dritter oder der Allgemeinheit ausgeübt worden ist. Der Einsatz des Mittels der Beeinträchtigung dieser Interessen ist zu dem angestrebten Versammlungszweck bewertend in Beziehung zu setzen, um zu klären, ob eine Strafsanktion zum Schutz der kollidierenden Rechtsgüter angemessen ist. Insofern werden die näheren Umstände der Demonstration für die Verwerflichkeitsprüfung bedeutsam (vgl. BVerfGE 73, 206, 257).

In diesem Rahmen sind insbesondere auch Art und Maß der Auswirkungen auf betroffene Dritte und deren Grundrechte zu berücksichtigen. Wichtige Abwägungselemente sind unter anderem die Dauer und Intensität der Aktion, deren vorherige Bekanntgabe, Ausweichmöglichkeiten über andere Zufahrten, die Dringlichkeit des blockierten Transports, aber auch der Sachbezug zwischen den in ihrer Fortbewegungsfreiheit beeinträchtigten Personen und dem Protestgegenstand (vgl. in Anknüpfung an BVerfGE 73, 206, 257; Eser, in: Festschrift für Jauch, 1990, S. 35, 39). Das Gewicht solcher demonstrationsspezifischer Umstände ist mit Blick auf das kommunikative Anliegen der Versammlung zu bestimmen, ohne dass dem Gericht eine Bewertung zusteht, ob es dieses Anliegen als nützlich und wertvoll einschätzt oder es missbilligt. Stehen die äußere Gestaltung und die durch sie ausgelösten Behinderungen in einem Zusammenhang mit dem Versammlungsthema oder betrifft das Anliegen auch die von der Demonstration nachteilig Betroffenen, kann die Beeinträchtigung ihrer Freiheitsrechte unter Berücksichtigung der jeweiligen Umstände möglicherweise eher sozial erträglich und dann in größerem Maße hinzunehmen sein, als wenn dies nicht der Fall ist. Demgemäß ist im Rahmen der Abwägung zu berücksichtigen, ob und wie weit die Wahl des Versammlungsortes und die konkrete Ausgestaltung der Versammlung sowie die von ihr betroffenen Personen einen auf die Feststellung der Verwerflichkeit einwirkenden Bezug zum Versammlungsthema haben.

bb. Subsumtion

Die angegriffenen Entscheidungen werden den dargestellten Grundsätzen nicht gerecht. Die Auswahl und Gewichtung der nach Lage des konkreten Sachverhalts in die Verwerflichkeitsprüfung einzubeziehenden Gesichtspunkte ist Sache der Strafgerichte und der verfassungsgerichtlichen Nachprüfung grundsätzlich entzogen. Eine Ausnahme besteht, wenn der Abwägungsvorgang Fehler enthält, die auf einer grundsätzlich unrichtigen Auffassung von der Bedeutung und Tragweite des betroffenen Grundrechts beruhen und auch im konkreten Fall von einigem Gewicht sind (vgl. BVerfGE 18, 85, 92 f.; 42, 143, 148 f.). So liegt es hier.

Es ist zwar verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, dass das Amtsgericht in beiden Verfahren davon ausgegangen ist, Art. 8 GG enthalte keinen allgemeinen

Rechtfertigungsgrund für die Blockadeaktion der Beschwerdeführerinnen. Es hat aber den Schutzbereich des Art. 8 GG verkannt, als es diese Grundrechtsnorm im Zuge der strafrechtlichen Verwerflichkeitsprüfung unbeachtet gelassen hat. Im Rahmen dieser Prüfung hat es die Sozialwidrigkeit der beabsichtigten Verkehrsbehinderung ohne Rückgriff auf Art. 8 GG bejaht und das von den Beschwerdeführerinnen verfolgte Anliegen der Erzielung öffentlicher Aufmerksamkeit in der die Öffentlichkeit angehenden Frage der Nutzung der Kernenergie unberücksichtigt gelassen. Es hat die Annahme der Verwerflichkeit des Handelns der Beschwerdeführerinnen insbesondere darauf gestützt, dass andere, weniger einschneidende Möglichkeiten für eine "symbolische Aktion" zur Verfügung gestanden hätten. Insoweit hat es das Recht der Grundrechtsträger zur eigenbestimmten Entscheidung über die Ausgestaltung der Versammlung verkannt und die sich erst daran anschließende Zuordnung der kollidierenden Rechtsgüter dementsprechend in verkürzter Weise vorgenommen. Den Eingriff in die Entscheidungsfreiheit der an der Einfahrt in das Tor Gehinderten hat es zudem fälschlich als Missachtung der Menschenwürde bewertet und dadurch einer Abwägung mit anderen Rechtsgütern entzogen. Demzufolge hat es den Sachbezug zwischen dem Protestgegenstand und dem Ort der Aktion sowie den in ihrer Fortbewegung beeinträchtigten Personen nicht berücksichtigt. Auch hat das Gericht, soweit Umleitungsmöglichkeiten bestanden, diesen im Rahmen der Abwägung kein Gewicht beigemessen, sondern allein darauf abgestellt, dass die Kraftfahrzeugführer die Vorstellung gehabt hätten, ihnen werde durch das Hindernis die Weiterfahrt verwehrt. [...]

cc. Kein "Beruhen" der Verurteilung auf dem Verfassungsverstoß

Auch wenn die Strafgerichte demnach in den Verfahren betreffend die Beschwerdeführerinnen zu 1 und 2 die Bedeutung des Art. 8 GG im Rahmen der Verwerflichkeitsprüfung verkannt haben, bedarf es hier dennoch nicht der Aufhebung der angegriffenen Entscheidungen und der Zurückverweisung der Sachen an die Strafgerichtsbarkeit. Im Ergebnis halten die Entscheidungen nämlich verfassungsrechtlichen Anforderungen stand, da sie nicht auf dem Fehler beruhen. Auch bei hinreichender Berücksichtigung des Grundrechts der Versammlungsfreiheit erscheint es ausgeschlossen, dass die Gerichte den Beschwerdeführerinnen günstigere Entscheidungen getroffen hätten. Dies gilt gleichermaßen für die Verwerflichkeitsprüfung, den Schuldanspruch und die verhängte Sanktion.

Die Gerichte haben jedenfalls bei der Strafzumessung ausdrücklich das kommunikative Anliegen der Beschwerdeführerinnen, das mit der Kritik der Nutzung der Kernenergie eine die Öffentlichkeit angehende Frage betraf, ebenso berücksichtigt wie die örtliche Begrenzung der Aktion auf eine Zufahrt zum Bauge-

lände der Wiederaufarbeitungsanlage und die relativ geringe Auswirkung auf die Opfer der Aktion. Sie haben auch den Umstand gewürdigt, dass die Beschwerdeführerinnen bewusst eine Konfrontation mit der Staatsgewalt und Gewalttätigkeiten oder weitere Eskalationen vermeiden wollten und zugleich mittels Flugblättern dafür sorgten, den Sinn ihrer Aktion zu verdeutlichen, also den Kommunikationszweck eindeutig in den Mittelpunkt ihrer Aktion zu stellen.

Darüber hinaus haben die Gerichte in verfassungsrechtlich nicht zu beanstandender Weise (vgl. BVerfGE 73, 206, 261) die Tatmotive der Beschwerdeführerinnen

und ihr mit der Blockade verfolgtes politisches Anliegen berücksichtigt. Sie haben eine relativ milde Sanktion verhängt, nämlich eine Verwarnung mit dem Vorbehalt der Zahlung einer Geldstrafe von 20 Tagessätzen zu je 20 DM. In Anbetracht dessen haben die Gerichte bei ihren damaligen Entscheidungen trotz Verneinung der Bedeutung von Art. 8 GG die für die Verwerflichkeitsprüfung wesentlichen Gesichtspunkte letztlich im Ergebnis der Entscheidung zum Tragen gebracht. Die Grundrechtsverletzung hat sich daher auf die Entscheidungen nicht ausgewirkt.

Standort: Staatsorganisationsrecht

Problem: Einteilung der Wahlkreise

BVERFG, BESCHLUSS VOM 22.05.2001
2 BvE 1/99 (BAYVBL 2002, 17)
BVERFG, BESCHLUSS VOM 18.07.2001
2 BvR 1252/99 (BAYVBL 2002, 18)
BVERFG, BESCHLUSS VOM 18.07.2001
2 BvR 1176/99 (BAYVBL 2002, 19)

Problemdarstellung:

Das Bundesverfassungsgericht hat mehrere Verfahren entschieden, die sich auf die geänderte Wahlkreiseinteilung in der Stadt Krefeld beziehen. Der Deutsche Bundestag hatte durch Änderung des Bundeswahlgesetzes 1996 die Zahl der Wahlkreise von 328 auf 299 verringert. Dadurch ist der frühere Wahlkreis 79, der die kreisfreie Stadt Krefeld umfasste, weggefallen. Er wurde auf die Wahlkreise 111 und 150 aufgeteilt, die neben dem Stadtgebiet Krefeld aus Teilen der benachbarten Landkreise bestehen. Gegen diese von vielen als künstlich empfundene Aufspaltung des Stadtgebietes in zwei verschiedene Wahlkreise sind mehrere Verfahren beim Bundesverfassungsgericht eingeleitet worden. Zum einen klagten die Kreis- und Unterbezirksverbände von CDU, SPD und Grünen im Wege eines Organstreitverfahrens gegen den Deutschen Bundestag. Zum anderen erhoben Bürger von Krefeld gem. Art. 93 I Nr. 4a GG und die Stadt Krefeld selbst gem. Art. 93 I Nr. 4b GG Verfassungsbeschwerden (Vb.) gegen das Wahlkreisneueinteilungsgesetz. Die Bürger beriefen sich auf Art. 38 GG (Wahlrecht) und Art. 3 I GG (Willkürverbot), die Stadt Krefeld auf Art. 28 II GG (Selbstverwaltungsautonomie). Sämtlichen Rechtsbehelfen blieb jedoch der Erfolg versagt.

Prüfungsrelevanz:

Staatsorganisationsrechtliche Aufgabenstellungen gewinnen im ersten juristischen Staatsexamen immer mehr an Bedeutung. Insbesondere prominente Entscheidungen des BVerfG ziehen regelmäßig Klausuren, Hausarbeiten und Prüfungsgespräche ent-

sprechenden Inhalts nach sich. Die hier angesprochene Problematik wurzelt bereits in der Entscheidung des BVerfG zur Zulässigkeit der sogenannten "Überhangmandate" ohne Ausgleich (§ 6 V BWahlG; BVerfG, NJW 1997, 1553). Dort hatte das BVerfG die Überhangmandatsklausel nur unter der Bedingung für auf Bundesebene weiterhin zulässig erklärt, dass die Wahlkreise ihrer Bevölkerung nach im Wesentlichen gleich groß seien. Da die früheren 328 Wahlkreise diesbezüglich aber tatsächlich erhebliche Größenunterschiede aufwiesen, hat das BVerfG in seiner Grundmandats-Entscheidung nur deshalb von einer Beanstandung des geltenden Wahlrechts abgesehen, weil die hier in Rede stehende Reform der Wahlkreiseinteilung für die Wahl 2002 bereits im Zeitpunkt der damaligen Urteilsverkündung auf den Weg gebracht war. Da der Gesetzgeber neben der Größenanpassung gleichzeitig das Ziel verfolgte, die Zahl der Abgeordneten im Deutschen Bundestag zu senken, hat man sich zu einer kompletten Neuerteilung der Wahlkreise bei gleichzeitiger Reduzierung auf 299 (statt zuvor 328) entschlossen. Die damit verbundenen verfassungsrechtlichen Probleme im Hinblick auf Art. 3 I, 20 I, 21, 28 II und 38 GG werden in den nachfolgend wiedergegebenen Entscheidungen des BVerfG ausführlich erörtert. Ferner sollte der Sachverhalt dem Examenskandidaten Anlass bieten, die wahlrechtlichen Examensprobleme (Stichworte: Mehrheits- und Verhältniswahlsystem, 5%-Hürde, Grundmandats- und Überhangmandatsklausel) zu wiederholen.

Zur Kenntnis genommen werden sollte schließlich, dass das BVerfG in der Begründetheit der Vb. der Bürger auch einen Verstoß gegen das Demokratieprinzip aus Art. 20 I GG prüft, obwohl es sich dabei nicht um ein Grundrecht oder grundrechtsgleiches Recht i.S.d. Art. 93 I Nr. 4a GG handelt. Das BVerfG geht davon aus, in der Begründetheit einer Vb. nicht allein auf die Prüfung der gerügten Grundrechtsverstöße beschränkt, sondern zu einer allumfassenden Prüfung des angegriffenen Akts der öffentlichen Ge-

walt auf seine Verfassungsmäßigkeit hin berechtigt zu sein (vgl. die Nachweise in den Gründen). Nach diesem Verständnis hat die Vb. eine Doppelfunktion: Sie ist nicht nur Rechtsbehelf des Bürgers (subjektive Funktion), sondern zugleich Instrument einer objektiven Verfassungskontrolle hoheitlicher Akte (objektive Funktion). Gleichwohl kann der vom BVerfG gewählte Aufbau für Prüfungsarbeiten nicht ohne weiteres empfohlen werden, jedenfalls dann nicht, wenn ein Gutachten zu schreiben ist. Vielmehr sollte sich der Kandidat am "klassischen" Aufbau der Begründetheitsprüfung orientieren und die Frage aufwerfen, ob ein Grundrecht bzw. grundrechtsgleiches Recht verletzt ist. Innerhalb dieser Prüfung besteht i.d.R. auch Gelegenheit, auf Verstöße gegen andere Verfassungsnormen einzugehen, da ein Grundrechtseingriff nämlich nur durch die Schranken des Grundrechts gedeckt sein kann, wenn er auch im Übrigen verfassungsgemäß ist (sogen. "Schranken-Schranken", vgl. zum Aufbau Pieroth/Schlink, Grundrechte, Rz. 1167-1171).

Vertiefungshinweise:

" Zur Doppelfunktion der Verfassungsbeschwerde: *BVerfGE* 42, 312, 325; 53, 366, 390; krit. *Schlink*, NJW 1984, 89, 92; *Rinken*, in: Alternativkommentar zum GG, Art. 93 Rz. 63

" Entscheidung des BVerfG zu Überhangmandaten: *BVerfG*, NJW 1997, 1553

" Entscheidungen zur 5%-Hürde: *BVerfGE* 51, 222; 71, 81; 82, 322 (auf Bundesebene zulässig); *VerfGH NW*, RA 1999, 534 = DVBl 1999, 1271 mit Anm. *Meyer* (auf kommunaler Ebene unzulässig)

" Entscheidung des BVerfG zur Grundmandatsklausel: *BVerfG*, NJW 1997, 1568

Kursprogramm:

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

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

Teil 1: Der Beschluss des BVerfG vom 22.05.2001 (2 BvE 1/99) zu den Organklagen der Parteiuntergliederungen

Leitsatz:

Zur Verletzung von Rechten politischer Parteien durch die Wahlkreiseinteilung.

Sachverhalt:

Die Antragsteller, Untergliederungen dreier der im Rat der Stadt Krefeld vertretenen politischen Parteien, wenden sich mit ihren Organklagen gegen die in dem Gesetz zur Neueinteilung der Wahlkreise für die Wahl zum Deutschen Bundestag (WKNeuG) vom 1.7.1998 (BGBl. I S. 1698 ff.) festgelegte Aufteilung

des Gebiets der Stadt Krefeld unter Zuordnung zu zwei Wahlkreisen. Das Bundesverfassungsgericht hat die Anträge verworfen.

Aus den Gründen:

Die zur gemeinsamen Entscheidung verbundenen Anträge sind unzulässig, weil die Antragsteller jedenfalls nicht antragsbefugt sind.

A. Voraussetzungen der Antragsbefugnis

Die Antragsbefugnis ist gegeben, wenn nicht von vornherein ausgeschlossen werden kann, dass der Antragsgegner Rechte der Antragsteller, die im Verhältnis zum Antragsgegner bestehen, durch die beanstandete rechtserhebliche Maßnahme verletzt oder unmittelbar gefährdet hat (vgl. *BVerfGE* 94, 351, 362; 99, 19, 28). Eine Verletzung von den Antragstellern zustehenden Rechten ist nicht ersichtlich.

B. Mögliche subjektive Rechte der ASt.

I. Betätigungsfreiheit der Parteien, Art. 21 I 1 GG

Art. 21 Abs. 1 Satz 1 GG gewährleistet den Parteien die Mitwirkung bei der politischen Willensbildung des Volkes. Die Vorschrift sichert die Existenz der Parteien als frei aus dem Volk heraus gebildete, frei miteinander konkurrierende und aus eigener Kraft wirkende Gruppen von Bürgern, die sich außerhalb der organisierten Staatlichkeit zusammengeschlossen haben, um mit eigenen Zielvorstellungen und Programmen auf die politische Willensbildung Einfluss zu nehmen (vgl. *BVerfGE* 20, 56, 101; 73, 40, 85; st. Rspr.). Die Parteien spielen insbesondere eine tragende Rolle bei der Durchführung von Wahlen, indem sie Kandidaten aufstellen, Wahlkämpfe veranstalten und den Rahmen für die Zusammenarbeit gewählter Kandidaten als Parlamentsabgeordnete in Fraktionen bilden.

II. Gründungsfreiheit der Parteien, Art. 21 I 2 GG

Art. 21 Abs. 1 Satz 2 GG schützt die Parteigründungsfreiheit, die das Sichzusammenfinden und Verständigen auf eine gemeinsame Programmatik sowie die Wahl der Organisations- und der Rechtsform umfasst. Jede Partei kann grundsätzlich Art und Umfang ihrer Organisation selbst bestimmen, Kernstück der Organisationsfreiheit ist die freie Gestaltung der Parteisatzung (vgl. Seifert, Die politischen Parteien im Recht der Bundesrepublik Deutschland, 1975, S. 116 f.).

III. Chancengleichheit der Parteien, Art. 3, 21, 38 GG

Das Grundgesetz gewährleistet daneben durch Art. 3, Art. 21 und Art. 38 GG die Chancengleichheit der Parteien und sichert damit den freien Wettbewerb der Parteien um die Teilnahme an der politischen Wil-

lensbildung. Die Chancengleichheit gilt nicht nur für den Bereich des Wahlrechts im engeren Sinne (vgl. BVerfGE 1, 208, 242 und 255; 6, 84, 90), für die Wahlvorbereitung (vgl. etwa für die Zulassung von Wahlvorschlägen: BVerfGE 3, 19, 26; 3, 383, 392; 4, 375, 382), für den Wettbewerb der Parteien um die Erlangung von Spenden (vgl. BVerfGE 6, 273, 280; 8, 51, 64) und für die Wahlwerbung im Rundfunk (vgl. BVerfGE 7, 99, 107; 14, 121, 132), sondern im gesamten "Vorfeld" der Wahlen (vgl. BVerfGE 8, 51, 64 und 68; 14, 121, 132). In all diesen Bereichen ist sie streng formal zu verstehen (vgl. BVerfGE 20, 56, 116; 44, 125, 146; 52, 63, 89; vgl. auch BVerfGE 82, 322, 337; 95, 408, 417).

C. Möglichkeit einer Verletzung der Ast. in diesen Rechten

Eine Verletzung der Antragsteller in eigenen Rechten aus Art. 21 Abs. 1 GG im Zusammenhang mit der Aufstellung der Kandidaten für die Bundestagswahlen erscheint nicht möglich.

I. Keine eigene Teilnahme an der Bundestagswahl

Die Antragsteller nehmen als Kreisverbände und als Unterbezirk selbst nicht mit eigenen Wahlvorschlägen an der Bundestagswahl teil. Die Kreiswahlvorschläge werden nicht vom Kreisverband oder Unterbezirk eigenständig eingereicht. Sie sind vielmehr vom Vorstand des Landesverbandes oder, falls Landesverbände nicht bestehen, von den Vorständen der nächstniedrigen Gebietsverbände, in deren Bereich der Wahlkreis liegt, persönlich und handschriftlich zu unterzeichnen (§ 20 Abs. 2 BWahlG). Auch werden die Wahlkreisandidaten nicht durch Organe der Antragsteller, sondern durch eine Mitgliederversammlung zur Wahl eines Wahlkreisbewerbers oder durch eine Vertreterversammlung benannt. Bei der Mitgliederversammlung zur Wahl eines Wahlkreisbewerbers handelt es sich um eine Versammlung der im Zeitpunkt ihres Zusammentritts im Wahlkreis zum Deutschen Bundestag wahlberechtigten Mitglieder der Partei (§ 21 Abs. 1 Satz 2 BWahlG). Die Vertreterversammlung ist eine Versammlung der von einer derartigen Mitgliederversammlung aus ihrer Mitte gewählten Vertreter (§ 21 Abs. 1 Satz 3 und 4 BWahlG). Dies bedeutet, dass zur Nominierung des Wahlkreisbewerbers nur Parteimitglieder berufen sind, die Deutsche sind, das 18. Lebensjahr vollendet haben und im Wahlkreis in ein Wählerverzeichnis aufzunehmen oder zum Erhalt eines im Wahlkreis ausgestellten Wahlscheins berechtigt sind (vgl. Art. 38 Abs. 2 GG, §§ 12, 14, 17 BWahlG, §§ 16 ff., 25 ff. BWahlO). Ausgeschlossen sind demnach insbesondere die minderjährigen Parteimitglieder und die Nichtdeutschen. Nicht erforderlich ist, dass eine Mitgliedschaft in einem Kreisverband im Bereich des Wahlkreises besteht.

II. Kein verfassungsrechtlicher Schutz vor innerparteilichen Nachteilen

Soweit die Antragsteller geltend machen, durch das derzeitige Übergewicht der politischen Parteien in den benachbarten Landkreisen würden ihre politischen Ziele als Krefelder Parteigliederungen bei der Kandidatenaufstellung in den Wahlkreisen 111 und 115 nicht gebührend berücksichtigt, beanspruchen sie rechtlichen Schutz gegen einen innerparteilichen Wettbewerb bei der Aufstellung der Wahlkreisandidaten. Eine mit der Organklage rügefähige Verletzung eigener Rechte der Antragsteller aus Art. 21 Abs. 1 GG wird dadurch nicht begründet, zumal die Frage, welcher Parteiverband sich bei der Kandidatenaufstellung durchsetzt, vor allem von der Zahl seiner Parteimitglieder in der Mitgliederversammlung zur Wahl eines Wahlkreisbewerbers abhängig ist. Wie viele Parteimitglieder die Gebietsverbände der Antragsteller in Krefeld haben, ist zeitbedingt und kann sich ändern.

Die Antragsteller können sich auch nicht darauf berufen, dass ihre Wahlkampfarbeit durch ungünstige organisatorische Bedingungen beeinträchtigt sei. Die Wahlkreiseinteilung könnte gegen ihre Rechte aus Art. 21 Abs. 1 GG dann verstoßen, wenn der Wahlkreiszuschnitt eine Bündelung des politischen Willens der Einzelnen gar nicht oder nur unter erheblich erschwerten Bedingungen zuließe und damit die Mitwirkung an der politischen Willensbildung beeinträchtigt wäre. Dies ist hier jedoch nicht zu erkennen. Die Probleme, welche die Parteien in Krefeld und in den benachbarten Landkreisen haben mögen, übersteigen nicht die Schwierigkeiten, die in ländlich geprägten Wahlkreisen seit jeher auftreten.

III. Keine Beeinträchtigung des Selbstorganisationsrechts

Die Wahlkreisneueinteilung verletzt auch nicht das Selbstorganisationsrecht der Antragsteller. Den Parteien ist aufgegeben, sich in Gebietsverbände zu gliedern (§ 7 Abs. 1 PartG). Dies ist um der effektiven Teilhabe ihrer Mitglieder Willen von Verfassungen wegen erforderlich (Pieroth, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 5. Aufl. 2000, Art. 21 RdNr. 24; Henke, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Stand: 95. Lieferung, Februar 2001, Art. 21 RdNr. 300; Morlok, in: Dreier [Hrsg.], Grundgesetz-Kommentar, 1998, Art. 21 RdNr. 119). Die Parteien sind frei, die ihnen zweckmäßig erscheinende Organisationsstruktur zu schaffen. Es handelt sich dabei um ein Recht der den Antragstellern übergeordneten Parteigliederungen. Die Größe und der Umfang der Parteigliederungen beruhen nicht auf gesetzlich vorgegebenen Bedingungen, sondern werden durch die Satzungen der Parteien bestimmt (vgl. § 7 Abs. 1 Satz 2 PartG). Es ist daher zulässig, dass sich eine Partei in Gebietsverbänden orga-

nisiert, die mit den jeweiligen Wahlkreisen für die Bundestagswahl nicht übereinstimmen. Dass es gleichwohl die in den jeweiligen Wahlkreisen wahlberechtigten Parteimitglieder sind, die den Wahlkreisbewerber auswählen, regelt § 21 Abs. 1 BWahlG. Wäre es zwingend, dass die Parteien sich in ihrer gebietlichen Gliederung an den Wahlkreisgrenzen orientieren, wäre § 21 BWahlG insoweit funktionslos. Dass das Selbstorganisationsrecht der Parteien durch den Wahlkreiszuschnitt nicht verletzt werden kann, zeigt sich im übrigen auch daran, dass bei abweichenden Zuschnitten der Gebietsverbände miteinander konkurrierender politischer Parteien die eine Partei verletzt, die andere hingegen nicht verletzt wäre.

IV. Keine Beeinträchtigung der Chancengleichheit

Soweit die Antragsteller sich darauf stützen, sie seien gegenüber anderen Parteiuntergliederungen ihrer jeweiligen Bundespartei benachteiligt, berührt dies die Chancengleichheit nicht. Die Chancengleichheit könnte nur verletzt sein, wenn einer der Antragsteller geltend machen könnte, als Wettbewerber gegenüber den anderen Antragstellern in seinem Bemühen um politischen Einfluss benachteiligt zu sein. Dies wird von den Antragstellern indes nicht behauptet. Vielmehr sind von dem Wahlkreiszuschnitt in der Stadt Krefeld alle Antragsteller gleichermaßen betroffen. Dass zwischen ihnen eine übereinstimmende Interessenlage herrscht, lässt sich übrigens daran ablesen, dass sie sich von den selben Prozessbevollmächtigten mit nahezu wortgleichen Antragsschriften vertreten lassen.

Teil 2: Der Beschluss des BVerfG vom 18.07.2001 (2 BvR 1252/99) zu den Verfassungsbeschwerden der Bürger

Leitsatz (der Redaktion):

§ 3 Abs 1 BWahlG n.F. stellt eine verfassungskonforme Konkretisierung des dem Bundesgesetzgeber bei der Einteilung der Wahlkreise für die Bundestagswahl zukommenden Beurteilungsspielraums dar.

Sachverhalt:

Die Beschwerdeführer, wahlberechtigte Bürger der Stadt Krefeld, wenden sich mit der Verfassungsbeschwerde gegen die Aufteilung des Stadtgebiets von Krefeld auf zwei Bundestagswahlkreise durch das angegriffene Wahlkreisneueinteilungsgesetz. Das BVerfG hat die Verfassungsbeschwerden nicht zur Entscheidung angenommen.

Aus den Gründen:

[...] Im Übrigen haben die Verfassungsbeschwerden jedenfalls in der Sache keine Aussicht auf Erfolg. Weder sind ihre Rechte aus Art. 38 Abs. 1 GG oder

aus Art. 3 Abs. 1 GG noch das Demokratieprinzip (Art. 20 Abs. 1 GG) verletzt. Das Bundesverfassungsgericht ist im Rahmen der Begründetheitsprüfung nicht darauf beschränkt zu untersuchen, ob eine der gerügten Grundrechtsverletzungen vorliegt. Es kann vielmehr die verfassungsrechtliche Unbedenklichkeit der Wahlkreiseinteilung für Krefeld unter jedem in Betracht kommenden verfassungsrechtlichen Gesichtspunkt prüfen (vgl. BVerfGE 53, 366, 390; 70, 138, 162, jeweils m.w.N.).

A. Verstoß gegen Art. 38 GG

I. Anforderungen an den Gesetzgeber bei Wahlkreiseinteilung

Der Gesetzgeber hat bei der Ausgestaltung des Wahlrechts im Einzelnen die im Rahmen des jeweiligen Wahlsystems geltenden Maßstäbe, wie insbesondere den Grundsatz der Wahlgleichheit nach Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG, zu beachten. Er ist wegen seines Zusammenhangs mit dem Demokratieprinzip im Sinne einer strengen und formalen Gleichheit zu verstehen (st. Rspr.; vgl. BVerfGE 11, 351, 360; 82, 322, 337). Differenzierungen sind aber durch zureichende, sich aus der Natur des Sachbereichs der Wahl der Volksvertretung ergebende Gründe gerechtfertigt. Hierzu zählen insbesondere die Verwirklichung der mit der Parlamentswahl verfolgten Ziele. Zu ihnen gehört die Sicherung des Charakters der Wahl als eines Integrationsvorgangs bei der politischen Willensbildung des Volkes (vgl. BVerfGE 6, 84, 92; 71, 81, 97; 95, 408, 418).

II. Beurteilungsspielraum des Gesetzgebers

Es ist grundsätzlich Sache des Gesetzgebers, diese Ziele, etwa die Funktionsfähigkeit des Parlaments, das Anliegen weitgehender integrativer Repräsentanz und die Gebote der Wahlgleichheit sowie der Chancengleichheit politischer Parteien zum Ausgleich zu bringen (vgl. BVerfGE 51, 222, 236; 71, 81, 97; 95, 408, 420). Das Bundesverfassungsgericht achtet diesen Spielraum. Es prüft lediglich, ob dessen Grenzen überschritten sind, nicht aber, ob der Gesetzgeber zweckmäßige oder rechtspolitisch erwünschte Lösungen gefunden hat (vgl. BVerfGE 6, 84, 94; 51, 222, 237; 95, 408, 420). Das Gericht kann daher einen Verstoß gegen die Wahlgleichheit nur feststellen, wenn die differenzierende Regelung nicht an einem Ziel orientiert ist, das der Gesetzgeber bei der Ausgestaltung des Wahlrechts verfolgen darf, wenn sie zur Erreichung dieses Zieles nicht geeignet ist oder das Maß des zur Erreichung dieses Zieles Erforderlichen überschreitet (vgl. BVerfGE 6, 84, 94; 51, 222, 238; 71, 81, 96; 95, 408, 420).

III. Keine Überschreitung des Beurteilungsspielraums

Es ist nicht ersichtlich, dass der Gesetzgeber den ihm eröffneten Gestaltungsspielraum hier überschritten hat.

1. § 3 I BWahlG als Konkretisierung der verfassungsrechtlichen Vorgaben

Hinsichtlich der Einteilung des Wahlgebiets in Wahlkreise steht dem Gesetzgeber ein gewisser Beurteilungsspielraum zu, den er in § 3 Abs. 1 BWahlG in verfassungskonformer Weise konkretisiert hat. Deshalb ist die Frage, ob der Gesetzgeber bei der Wahlkreisneueinteilung seinen Gestaltungsspielraum überschritten hat, zunächst an den Grundsätzen des § 3 Abs. 1 BWahlG zu messen.

a. Die Gebote des § 3 I BWahlG

Dabei sind die Grundsätze jeweils durch verschiedene Prinzipien gerechtfertigt. Die Einhaltung der Ländergrenzen (§ 3 Abs. 1 Nr. 1 BWahlG) ist durch das Bundesstaatsprinzip geboten. Im Hinblick auf den Grundsatz der Wahlgleichheit im Sinne der Art. 3, 21 und 38 GG ist die gleiche Größe der Wahlkreise sowohl für den einzelnen Wahlkreis als auch berechnet auf die Bevölkerungsdichte jedes Landes eine Bedingung (§ 3 I Nr. 2 und Nr. 3 BWahlG). Mit den Regelungen in Nr. 4 (Wahlkreis als zusammenhängendes Gebiet) und insbesondere in Nr. 5 (Einhaltung der Grenzen der Gemeinden, Landkreise und kreisfreien Städte) soll an die natürlichen, insbesondere an die administrativen und politischen (wirtschaftlichen, kulturellen u.ä.) Gegebenheiten angeknüpft werden. Dadurch soll betont werden, dass der Wahlkreisabgeordnete eine in sich geschlossene und unter vielen Gesichtspunkten miteinander verbundene Bevölkerungsgruppe repräsentieren soll. Durch die Wahlkreisbildung soll die Bindung zwischen den Wählern und ihrem Abgeordneten gefördert werden. Die repräsentierte Gruppe der Bevölkerung soll nicht nur eine arithmetische Größe sein, sondern nach örtlichen, historischen, wirtschaftlichen, kulturellen und ähnlichen Gesichtspunkten, wie sie der Abgrenzung der Verwaltungsbezirke vielfach zugrunde liegen, eine zusammenhängende Einheit darstellen (Bay-VerfGH, VerfGH 43, 100, 104). Die Einhaltung der kommunalen Grenzen dient zugleich der Vereinfachung der Partei- und Wahlorganisation (vgl. Schreiber, Handbuch des Wahlrechts zum Deutschen Bundestag, 6. Aufl. 1998, § 3 RdNr. 14).

b. Umfang der Bindung

§ 3 Abs. 1 BWahlG richtet sich nach seinem Wortlaut im Gegensatz zur alten Formulierung des § 3 Abs. 2 BWahlG auch an den Gesetzgeber bei der Einteilung der Wahlkreise (vgl. Schreiber, a.a.O., RdNrn. 6, 9). Die Bindung an die einzelnen Grundsätze in § 3 Abs. 1 BWahlG ist jedoch unterschiedlich stark ausgebildet. Zwingend sind die Einhaltung der Ländergrenzen

(Nr. 1) und die Maximalabweichung von 25 v.H. der durchschnittlichen Bevölkerungszahl der Wahlkreise (Nr. 3). Der Grundsatz der Verteilung der Wahlkreise entsprechend dem Bevölkerungsanteil der einzelnen Länder "muss ... soweit wie möglich" beachtet werden (Nr.2). In der nächsten Stufe der Bindung, einer Sollvorschrift, findet sich der Grundsatz, dass der Wahlkreis ein zusammenhängendes Gebiet bilden (Nr. 4) und dass die Bevölkerungszahl des Wahlkreises nicht mehr als 15 v.H. von der durchschnittlichen Bevölkerungszahl der Wahlkreise abweichen soll (Nr. 3). Für den Grundsatz der Einhaltung der Grenzen der Gemeinden, Kreise und kreisfreien Städte ist eine noch geringere Bindung gegeben, diese "sollen nach Möglichkeit eingehalten werden" (Nr. 5). Diese abgestufte Bindung lässt sich neben dem Wortlaut auch aus der fortlaufenden Nummerierung ablesen, wobei zu beachten ist, dass Nr. 3 sowohl eine zwingende Regelung als auch eine Sollvorschrift enthält und deshalb hinter Nr. 2 ("muss ... so weit wie möglich") und vor Nr. 4 ("soll") eingeordnet wird.

2. Kein Verstoß

Der Gesetzgeber hat bei der Wahlkreiseinteilung - auch wenn man einen engeren Maßstab als den eines offenkundigen Verstoßes gegen die Grundsätze des § 3 Abs. 1 BWahlG (vgl. BVerfGE 16, 130, 141) zugrunde legt - seinen Beurteilungsspielraum nicht überschritten, ein Abwägungsfehler ist nicht zu erkennen. Sowohl die angegriffene Regelung nach dem Wahlkreisneueinteilungsgesetz als auch die Varianten, die im nordrhein-westfälischen Innenministerium im Rahmen der Unterstützung der Reformkommission erwogen oder von der F.D.P.-Fraktion ins Gesetzgebungsverfahren für das 16. Gesetz zur Änderung des Bundeswahlgesetzes eingebracht oder von den Beschwerdeführern im Verfahren vorgetragen wurden - und die jeweils das Gebiet der Stadt Krefeld ungeteilt gelassen hätten -, weisen sowohl Vorteile als auch Nachteile auf. Sachfremde Kriterien, die bei der Entscheidung für die angegriffene Regelung herangezogen wurden, sind nicht ersichtlich. Die Entscheidung, welche der Lösungen die sachgerechteste ist, steht dem Gesetzgeber zu, nicht dem Bundesverfassungsgericht (vgl. schon BVerfGE 1, 14, 32).

B. Verstoß gegen Art. 20 I GG

Auch eine Verletzung des Demokratieprinzips ist nicht zu erkennen. Die Wahlkreiseinteilung könnte dann gegen das Demokratieprinzip verstoßen, wenn die Wahlkreise so geschnitten sind, dass eine Kommunikation zwischen den Wählern untereinander sowie mit den Mandatsbewerbern erschwert und damit die politische Willensbildung beeinträchtigt ist. Dies könnte in Fällen gegeben sein, wenn der Wahlkreiszuschnitt eine Bündelung des politischen Willens der Einzelnen gar nicht oder nur unter erheblich er-

schweren Bedingungen zulässt. Denkbar wäre dies beispielsweise bei einem schmalen und langen Wahlkreis, bei einem Wahlkreis mit starken Verkehrsbarrieren oder bei einem Wahlkreis, der aus lauter Einzelflecken zusammengesetzt ist, ohne ein zusammenhängendes Gebiet zu bilden (vgl. Shaw v. Reno, 509 U.S. 630, 113 S.Ct. 2816, 125 L.Ed. 2 d 511 [1993]; Gegenstand war ein Wahlkreis in North Carolina mit einer Länge von 160 Meilen und einer Breite von wenigen Metern, zum Teil sogar nur von einem Punkt, in dem die farbige Bevölkerung mit 53,34 v.H. die absolute Mehrheit der Wahlberechtigten bildete). Eine derartige Beschränkung ist jedoch hier nicht zu erkennen. Auch wenn die Beschwerdeführer vortragen, die öffentlichen Verkehrsmittel seien ungünstig für den Wahlkreis angelegt, ist nicht ersichtlich, dass Wahlkreisversammlungen nur unter unerträglichen Schwierigkeiten durchzuführen sind. Die Probleme, welche Krefeld und die jeweiligen benachbarten Landkreise haben mögen, übersteigen nicht die Schwierigkeiten, welche in ländlich geprägten Wahlkreisen seit jeher auftreten.

Teil 3: Der Beschluss des BVerfG vom 18.07.2001 (2 BvR 1176/99) zur Verfassungsbeschwerde der Stadt Krefeld:

Leitsatz (der Redaktion):

Die Wahlkreiseinteilung für die Wahlen zum Deutschen Bundestag gehört nicht zu den Selbstverwaltungsangelegenheiten einer Gemeinde.

Sachverhalt:

Die Stadt Krefeld (künftig: Beschwerdeführerin) wendet sich mit der kommunalen Verfassungsbeschwerde gegen die Aufteilung ihres Stadtgebiets auf zwei Bundestagswahlkreise durch das angegriffene Wahlkreisneueinteilungsgesetz. Das Bundesverfassungsgericht hat die Verfassungsbeschwerde nicht zur Entscheidung angenommen.

Aus den Gründen:

Die Beschwerdebefugnis für eine Kommunalverfassungsbeschwerde liegt vor, wenn die Verletzung von Rechten der Beschwerdeführerin aus Art. 28 Abs. 2 GG grundsätzlich möglich erscheint und nicht von vornherein ausgeschlossen ist. Die Beschwerdeführerin beklagt die Beschädigung interner Kommunikationsstrukturen, weil das Stadtgebiet nicht einem einheitlichen Wahlkreis zuzurechnen sei. Sie befürchtet die Behinderung der Arbeit der politischen Parteien, eine Verstärkung der Politikverdrossenheit der Bürger und letztlich die Beschädigung oder gar den Verlust der kommunalen Identität. Diese Gesichtspunkte gehören nicht zum Regelungsbereich des Art. 28 Abs. 2 GG und können nicht mit der Verfassungsbeschwerde geltend gemacht werden.

A. Inhalt der Selbstverwaltungshoheit aus Art. 28 II GG

Nach Art. 28 Abs. 2 GG sind alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft geschützt. Das sind diejenigen Bedürfnisse und Interessen, die in der örtlichen Gemeinschaft wurzeln oder auf sie einen spezifischen Bezug haben (BVerfGE 79, 127, 151). Garantiert ist dabei nicht nur der Aufgabenbereich, sondern auch die Befugnis, in diesem Bereich die Geschäfte eigenverantwortlich zu führen. Die Selbstverwaltungsgarantie bedarf der Ausgestaltung und Formung durch den Gesetzgeber. Dem Gesetzgeber wird durch den Kernbereich der Selbstverwaltungsgarantie eine Grenze gezogen, doch ist er auch außerhalb des Kernbereichs nicht gänzlich frei (vgl. BVerfGE 79, 127, 143; 83, 37, 54; 91, 228, 236).

Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG enthält zunächst hinsichtlich der Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft ein verfassungsrechtliches Aufgabenverteilungsprinzip zugunsten der Gemeinden. Danach darf der Gesetzgeber eine Aufgabe mit relevantem örtlichen Charakter den Gemeinden nur aus Gründen des Gemeininteresses entziehen (vgl. BVerfGE 79, 127, 143 und 150; BVerfG, NVwZ 1999, 520). Ferner gewährleistet Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG die Befugnis, in diesem Aufgabenbereich die Geschäfte eigenverantwortlich zu führen. Durch staatliche Reglementierungen, die die Art und Weise der Aufgabenerledigung ihrer örtlichen Angelegenheiten nach Maßgabe der Gesetze betreffen, können Gemeinden in ihrer Selbstverwaltungsgarantie berührt sein (vgl. BVerfGE 83, 363, 382; BVerfG, NVwZ 1999, 520). Art. 28 Abs. 2 Satz 1 und 3 GG räumt Eigenverantwortlichkeit auch in einem der Aufgabenerfüllung vorgelagerten, gemeindeinternen Bereich ein.

B. Schutzbereich nicht betroffen

Gemessen an diesen Maßstäben ist der Regelungsbereich der Selbstverwaltungsgarantie der Beschwerdeführerin aus Art. 28 Abs. 2 GG nicht berührt (vgl. BVerfGE 79, 127, 143).

I. Wahlkreiseinteilung selbst

Die Wahlkreiseinteilung für die Wahlen zum Deutschen Bundestag gehört nicht zu den Angelegenheiten, welche die Gemeinden eigenverantwortlich regeln können. Sie wurzelt weder in der örtlichen Gemeinschaft noch hat sie einen spezifischen Bezug zu ihr. Vielmehr ist dies Aufgabe des Bundesgesetzgebers (Art. 38 Abs. 3 GG, § 2 Abs. 2 BWahlG).

II. Sonstige Aufgabenbereiche

Es ist auch nicht ersichtlich, dass durch die Wahlkreisneueinteilung für Krefeld in andere Bestandteile der Selbstverwaltungsgarantie eingegriffen worden ist. Zu diesen zählen das Recht der Gemeinde auf die Führung ihres einmal bestimmten Namens

(vgl. BVerfGE 59, 216, 226), die Gebietshoheit (vgl. BVerfGE 52, 95, 118), die Organisationshoheit, nämlich die Kompetenz, für die Wahrnehmung der Aufgaben Abläufe und Entscheidungszuständigkeiten im Einzelnen zu regeln (vgl. BVerfGE 91, 228, 236), ferner die Personal- und die Finanzhoheit.

III. Insbesondere: Planungshoheit

Auch eine Beeinträchtigung der Planungshoheit, nämlich der Befugnis, voraussehbare Entwicklungen längerfristig zu steuern, insbesondere für das eigene Gebiet die Bodennutzung festzulegen (vgl. BVerfGE 56, 298, 310 und 317), die Förderung der Wirtschaft und der Umwelt, sowie der Energieversorgung ist nicht ersichtlich.

Zwar gehört zu den Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft auch die Mitwirkung an Planungen und Maßnahmen, die das Gemeindegebiet oder Teile dieses Gebiets nachhaltig betreffen und die Entwicklung der Gemeinde beeinflussen (Pieroth, in: Pieroth/Schlink, GG, Kommentar, Art. 28 RdNr. 19 m.w.N.). Dieses Mitwirkungsrecht besteht aus einem formellen Recht auf Beteiligung und einem materiellen Recht auf Berücksichtigung, das beeinträchtigt wird, wenn das Vorhaben eine hinreichend bestimmte Planung nachhaltig stört, wesentliche Teile des Gemeindegebiets einer durchsetzbaren Planung entzieht oder wenn kommunale Einrichtungen durch das Vorhaben erheblich beeinträchtigt werden. Das Recht auf Berücksichtigung wird auch beeinträchtigt, wenn die Entwicklung der Gemeinde, insbesondere die Gestaltung ihrer Infrastruktur beeinflusst wird.

Dass hier ein Recht auf Berücksichtigung der Belange der Beschwerdeführerin aus Art. 28 Abs. 2 GG besteht, ist jedoch nicht erkennbar. Dazu müsste ein ähn-

lich starker Eingriff vorliegen wie in den oben genannten Beispielen. Die Beschwerdeführerin beruft sich jedoch nur vage auf die Störung von identitätsbildenden Kommunikationsstrukturen. Wodurch die Wahlkreiseinteilung die Beschwerdeführerin an der Regelung der örtlichen Angelegenheiten hindern soll, ist nicht ersichtlich.

Etwas anderes folgt entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin auch nicht aus einer erfolgreichen Kommunalverfassungsbeschwerde verschiedener niedersächsischer Gemeinden wegen der Rück- bzw. Neugliederung (BVerfGE 86, 90 ff.), wobei dahingestellt bleiben soll, ob die jeweils zugrunde liegenden Lebenssachverhalte überhaupt vergleichbar sind. Der gemeindliche Klageerfolg beruhte dort allein darauf, dass der Gesetzgeber im Gesetzgebungsverfahren den Sachverhalt nicht hinreichend aufgeklärt hatte und sich nicht aufgrund verlässlicher Quellen ein eigenes Bild von den tatsächlichen Verhältnissen in den Gemeinden verschafft hatte, in deren Gebietsbestand er erneut eingreifen wollte (vgl. BVerfGE 86, 90, 112). Dass entsprechende Fehler bei der Wahlkreisneueinteilung gemacht wurden, hat die Beschwerdeführerin nicht dargelegt; im Gegenteil hatte der Abgeordnete Pützhofen aus dem Wahlkreis Krefeld im Gesetzgebungsverfahren mittels eines Änderungsantrags (BT-Drs. 13/9914) versucht, die Teilung des Stadtgebiets zu verhindern.

Die Beschwerdeführerin beruft sich in ihrer Begründung nicht darauf, dass sie nicht ausreichend angehört worden sei. Sie räumt sogar selbst ein, dass in der Vorbereitungsphase des Gesetzgebungsverfahrens auch eine Alternative geprüft wurde, bei welcher das Stadtgebiet der Beschwerdeführerin ungeteilt blieb.

Standort: Art. 4 GG

Problem: Kruzifix im Klassenzimmer

BAYVGH, URTEIL VOM 02.01.2002
3 B 98.563 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Unter Hinweis auf das Grundrecht der Religionsfreiheit und die staatliche Neutralitätspflicht hatte das Bundesverfassungsgericht im Kruzifix-Urteil vom August 1995 die damalige bayerische Vorschrift zur Anbringung von Kreuzen in den Schulen für verfassungswidrig und somit für nichtig erklärt. Die Karlsruher Richter hatten damit den Verfassungsbeschwerden zweier Schülerinnen und deren Eltern stattgegeben. Der Bayerische Landtag erließ daraufhin Ende 1995 mit der CSU-Mehrheit ein "Kruzifix-Gesetz" (BayEUG), das weiterhin Kreuze vorschreibt, aber auch eine Konfliktregelung bei Einspruch von Eltern

vorsieht. Sowohl der BayVerfGH als auch das BVerwG hatten diese Regelung in der Folgezeit verfassungsrechtlich abgesegnet.

Vor dem BayVGH beehrte nun ein Volksschullehrer die Abnahme der Schulkreuze in seinen Klassenräumen. Er argumentierte, er sehe im Kreuz ein Symbol für viele schwere Sünden der Christen, deren Antisemitismus in den vergangenen Jahrhunderten mit einem Grundstein für den Holocaust gelegt habe. Kompromisslösungen wie ein nur stilisiertes Kreuz ohne den Korpus des Gekreuzigten oder eine Versetzung in die Schulverwaltung lehnte er ab. Nachdem seine Klage vor dem VG Augsburg erfolglos blieb, gab der BayVGH ihr überraschend - ein vergleichbarer Antrag eines Berufsschullehrers (allerdings im vorläufigen Rechtsschutz und bei etwas anders gelagertem Sachverhalt) war 1997 vor dem VGH noch erfolglos

geblieben - statt. Für den Lehrer müssten, obschon das Gesetz nur eine Einspruchsmöglichkeit von Schülern bzw. deren Eltern vorsehe, die gleichen Grundsätze gelten, die das Bundesverfassungsgericht in seinem Kruzifix-Urteil für letztgenannte festgelegt habe. Lägen danach im Einzelfall gegen das Anbringen eines Kruzifix sprechende, gravierende Glaubens- und Gewissensgründe vor, sei das Kruzifix zu entfernen.

Prüfungsrelevanz:

Das Kruzifix-Urteil des BVerfG hatte 1995 bereits erhebliche Prüfungsrelevanz, weil es einerseits Art. 4 GG in den Blickpunkt des Interesses rückte, und sich andererseits hervorragend für Prüfungsaufgaben eignete. Gleiches kann schon jetzt von der Entscheidung des BayVGH gesagt werden, welche sich z.B. in eine verwaltungsgerichtliche Klage auf Beseitigung der Kreuze (so der Originalfall), aber auch in eine Verfassungsbeschwerde vor dem BVerfG einkleiden ließe. Zudem sind arbeitsrechtliche Aufgabenstellungen denkbar, etwa wenn einem angestellten Lehrer wegen seiner Weigerung, unter dem Kruzifix zu unterrichten, gekündigt oder der verbeamtete Lehrer wegen dieses Verhaltens entlassen wird.

Hinzu kommt, dass Art. 4 GG gegenwärtig ohnehin ganz oben auf der Agenda steht, wie die Problematik des Schächtens von Tieren und die hieran anknüpfende Schrankendiskussion sowie - wiederum speziell für den Schuldienst - die endlosen "Kopftuch"-Fälle und die ebenso endlose Diskussion um den Anspruch auf Ethikunterricht (zu sämtlichen Fallkonstellationen, über die auch die RA ausführlich berichtet hat, vgl. die Vertiefungshinweise) zeigen. Hierzu noch drei Hinweise:

(1). Die im "Schächten"-Fall des BVerwG neu aufgegriffene Schrankendiskussion wird auch von der vorliegenden Entscheidung berührt. Während das BVerwG nunmehr explizit davon ausgeht, dass Art. 4 GG über Art. 140 GG i.V.m. 136 I WRV einem Gesetzesvorbehalt unterliege, prüft der BayVGH, soweit sich der Pressemitteilung entnehmen lässt, nur verfassungsimmanente Schranken, nämlich Art. 33 II, V GG.

(2). Die Pressemitteilung spricht ausdrücklich von "praktischer Konkordanz" zwischen den widerstrebenden Verfassungsgütern, wobei der Begriff geradezu vorbildlich erläutert wird. Auch in einer Examensarbeit dürfte der Schwerpunkt auf dieser Abwägung liegen. Dabei sollte der Kandidat ergebnisoffen sein; der VGH betont ausdrücklich, dass es sich vorliegend um eine Einzelfallentscheidung handelte. Es wird also immer auf den Grad der Betroffenheit des Einzelnen ankommen, ohne das sich von vornherein sagen ließe, wie "die Kruzifix-Fälle" zu lösen sind.

(3). Die in der Pressemitteilung nur kurz erörterte Fra-

ge, ob die Widerspruchsmöglichkeit der Eltern und Schüler analog für Lehrer gelten soll, müsste ggf. in einer Klausur deutlich breiter ausgeführt werden. Gerade wegen des besonderen Näheverhältnisses des Lehrers zum Staat und seiner Gehorsamspflicht erscheint es durchaus vertretbar, die für eine Analogie erforderliche "vergleichbare Interessenlage" zu verneinen. Gleiches gilt für die ebenfalls erforderliche Planwidrigkeit der Regelungslücke, da zumindest argumentiert werden könne, der bayerische Gesetzgeber habe gerade wegen dieser Unterschiede bewusst nur Eltern und Schüler in die Widerspruchslösung mit einbezogen. Nicht nur in diesem Punkt darf man auf die ausführliche Urteilsbegründung gespannt sein, welche den Parteien für Februar 2002 avisiert wurde.

Vertiefungshinweise:

" Zur Verfassungsmäßigkeit des bayerischen Regelung über das Anbringen von Kruzifixen in Klassenräumen (Art. 7 III BayEUG): *BVerwG*, NJW 1999, 3063; *BayVerfGH*, NJW 1997, 3157; vgl. zu letzterem auch *BVerfG*, NJW 1999, 1020; ferner *Renck*, NJW 1999, 994; *Biletzki*, NJW 1996, 2633

" Zum Anspruch eines Lehrers auf Beseitigung des Kruzifix in seinen Klassenräumen: *BayVGH*, NVwZ 1998, 92

" Kruzifix-Urteil des BVerfG: *BVerfG*, NJW 1995, 2477

" Anspruch von Eltern auf Beseitigung von Kreuzen im Klassenraum ihrer Tochter: *BayVGH*, NJW 1999, 1045

" Zum Ethik-Unterricht an öffentlichen Schulen: *BVerfG*, NVwZ 1999, 756; NVwZ 1999, 769

" Zulässigkeit des "Schächtens" von Tieren: *BVerwG*, RA 2001, 185 = DVBl 2001, 485; *VGH Kassel*, RA 2000, 497 = NVwZ 2000, 951

" Kopftuch-Tragen als Einstellungshindernis für Lehrerin: *VG Lüneburg*, RA 2001, 181 = NJW 2001, 767 gegen *VG Stuttgart*, NVwZ 2000, 959

Kursprogramm:

" *Examenskurs*: "Das Opferlamm"

" *Examenskurs*: "Der Lehrer und die Sekte"

Sachverhalt:

Der BayVGH hatte über das Begehren eines Volksschullehrers zu entscheiden, der die Abnahme der Schulkreuze in seinen Klassenräumen verlangt hatte. Zur Begründung berief sich der 49 Jahre alte Pädagoge, der zuvor Theologie studiert hatte, dann aber aus der Kirche ausgetreten war, auf Gewissensgründe. Der BayVGH hielt diese für schwer wiegender als seine Loyalitätspflichten als Beamter und gab deshalb seiner Klage statt. Das Gericht hob damit das anders

lautende erstinstanzliche Urteil des VG Augsburg auf.

Aus der Pressemitteilung:

Mit seinem den Beteiligten am 02. Januar 2002 bekannt gegebenen Urteil (Az.: 3 B 98.563) hat der 3. Senat des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs entschieden, dass der Freistaat Bayern verpflichtet ist, in den Klassenzimmern, in denen der klagende Lehrer Dr. R. unterrichtet, das Kreuz abzunehmen. Vor dem religiös-weltanschaulichem Hintergrund des Rechtsstreits war es Aufgabe des Gerichts, allein nach Maßgabe der Vorgaben des Grundgesetzes (GG) zur weltanschaulichen Neutralität des Staates im Bereich einer staatlichen Pflichtschule zu entscheiden. Es hatte den um das Kreuz im Klassenzimmer entstandenen Konflikt ausschließlich mit den juristischen Mitteln einer an der Wertordnung des Grundgesetzes ausgerichteten, auf Ausgleich bedachten Interessenabwägung zu lösen.

A. Das "Kruzifix-Urteil" des BVerfG

Das Bundesverfassungsgericht hatte in seinem "Kruzifix-Urteil" vom 16. Mai 1995 in der Vorschrift über die Anbringung eines Kreuzes oder Kruzifixes in den Unterrichtsräumen einer staatlichen Pflichtschule einen Verstoß gegen das Grundrecht der Glaubens- und Gewissensfreiheit (Art.4 Abs.1 GG) gesehen, weil das Kreuz nicht nur Ausdruck der vom Christentum mitgeprägten abendländischen Kultur sei, sondern als Symbol einer bestimmten religiösen Überzeugung auch missionarischen Charakter habe. Der Staat sei zur religiösen Neutralität verpflichtet und dürfe den religiösen Frieden in der Gesellschaft nicht von sich aus gefährden.

B. Umsetzung durch den bayerischen Gesetzgeber

Dem hat der Bayerische Landtag durch die Neuregelung des Art.7 Abs.3 des Bayerischen Gesetzes über das Erziehungs- und Unterrichtswesen (BayEUG) Rechnung getragen. Danach soll mit der grundsätzlich vorgesehenen Anbringung des Kreuzes im Klassenzimmer allein der Wille zum Ausdruck kommen, die obersten Bildungsziele der Verfassung auf der Grundlage christlicher und abendländischer Werte unter Wahrung der Glaubensfreiheit zu verwirklichen. Zugleich hat er eine Konfliktlösung für den Fall vorgesehen, dass dem ein Erziehungsberechtigter aus ernsthaften und einsehbaren Gründen des Glaubens oder der Weltanschauung widerspricht. Diese am 1. Januar 1996 in Kraft getretene Neuregelung ist einer verfassungskonformen Auslegung nach Maßgabe der Entscheidung des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs vom 1. August 1997 und der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 21. April 1999 zugänglich.

C. Widerspruchsmöglichkeit analog für Lehrer

Der Bayerische Verwaltungsgerichtshof wendet die im Gesetz vorgesehene Widerspruchs- und Ausgleichsregelung - ungeachtet aller Unterschiede zwischen der Stellung des Lehrers und des Erziehungsberechtigten - dem Grunde nach entsprechend auch auf im Beamtenverhältnis stehende Lehrer an. Im Schulunterricht repräsentiert der Lehrer den Staat und hat dessen Gesetze zu befolgen, zugleich aber bleibt er als Person Grundrechtsträger. Deshalb hat das Grundrecht der Glaubens- und Gewissensfreiheit, auf das sich der Lehrer beruft, auch im schulischen Bereich Gewicht. Allerdings kann es durch kollidierendes gleichrangiges Recht eingeschränkt werden. Dazu zählen neben den Grundrechten Dritter auch andere verfassungsrechtlich geschützte öffentliche Belange wie die hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums im Sinne des Art.33 Abs.5 GG, die den Beamten u.a. zum beamtenrechtlichen Gehorsam verpflichten und die Funktionsfähigkeit des öffentlichen Dienstes gewährleisten sollen. Im Konfliktfall, wie hier, ist ein Ausgleich vorzunehmen zwischen dem Grundrecht aus Art.4 Abs.1 GG und den gleichrangigen Belangen des Berufsbeamtentums, die dem Beamten Gesetzesgehorsam abverlangen und einen funktionierenden Schulbetrieb sicherstellen sollen.

D Praktische Konkordanz zwischen Glaubensfreiheit und den hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums

Die danach erforderliche diffizile Abwägung der inmitten stehenden verfassungsrechtlich geschützten Interessen geht nach Ansicht des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs im entschiedenen Einzelfall zu Gunsten des Klägers aus. Seine Persönlichkeit ist durch Besonderheiten geprägt. So studierte er zuerst vier Semester Theologie, bevor er sich dem Lehrerberuf zuwandte. Aus der Kirche trat er, der sich weiterhin als Christ sieht, wegen der Haltung der "Amtskirche" zu verschiedenen strittigen Fragen aus, die der Kläger im einzelnen dargelegt hat. Für ihn sei das Christentum eine Religion der Liebe und des Lebens, die nicht durch das Kruzifix symbolisiert werden dürfe. Das Kreuz als Zeichen der Erlösung durch Hinrichtung lehne er ab. Das Kreuz sei für ihn Symbol der "furchtbarsten Hinrichtungsmethode" in der Geschichte der Menschheit, eine "Pfahlwurzel des Antijudaismus und somit des Holocausts". Seine Beschäftigung mit diesem Thema gipfelt darin, dass der Kläger über die von ihm gesehene Problematik ein Buch geschrieben hat, das demnächst erscheinen soll. Der Verwaltungsgerichtshof hat die Glaubens- und Gewissensentscheidung des Klägers inhaltlich nicht zu bewerten, nach Lage der Dinge aber ernst zu nehmen. Die von ihm individuell-subjektiv als solche empfundene Unzumutbarkeit wird beim Kläger ausschließlich durch den bloßen Anblick des Kreuzes verbunden mit dem Gebot, unter dem Kreuz zu lehren, her-

vorgerufen. Gegen das Anbringen anderer christlicher Symbole im Klassenzimmer wendet er sich ausdrücklich nicht. Danach könnte der Staat im konkreten Fall auch dem Gesetzeszweck des Art.7 Abs.3 BayEUG durch Anbringung jedes anderen christlichen Symbols in dem Klassenraum, in dem der Kläger unterrichtet, Rechnung tragen. Damit wäre die verfassungsrechtlich anzustrebende "praktische Konkordanz" erreicht; nicht eine der widerstreitenden Rechtspositionen behauptet sich maximal, sondern alle erfahren einen schonenden Ausgleich.

Die Funktionsfähigkeit des öffentlichen Schulbetriebs wird hierbei von vornherein nicht berührt. Dass der Kläger seinen Unterricht dem Lehrplan entsprechend inhaltlich ordnungsgemäß gestaltet, stand - ungeachtet des Streitens um das Kreuz - nie in Frage. Die Gesetzesvorschrift über die Anbringung eines Kreuzes in jedem Klassenraum wirkt nicht in den Unterrichtsinhalt hinüber. Das Argument des Beklagten, der Kläger sei freiwillig in den Schuldienst eingetreten und habe damit auch das Kreuz im Klassenzimmer hingegenommen bzw. hinzunehmen, greift jedenfalls im konkreten Fall zu kurz. Nach Art.33 Abs.2 GG hat jeder Deutsche nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung gleichen Zugang zu jedem öffentli-

chen Amt. Mit dieser Vorgabe und der durch Art.4 GG geschützten Glaubens- und Gewissensfreiheit wäre es unvereinbar, einen nach dem Leistungsprinzip qualifizierten Lehrer nur deshalb nicht in das Beamtenverhältnis zu übernehmen, weil er wegen einer spezifischen, ernsthaften Glaubensprägung, wie sie beim Kläger gegeben ist, ohne seelische Not "nicht unter dem Kreuz lehren" kann.

E. Entscheidung über (Nicht-)Zulassung der Revision
Die Revision wurde nicht zugelassen, weil es sich nicht um eine Grundsatzentscheidung handelt. Der Bayerische Verwaltungsgerichtshof hat einen atypischen Einzelfall entschieden. Die generelle Frage, ob ein Lehrer, bei dem der Glaubens- oder Weltanschauungskonflikt - wie wohl regelmäßig - nicht durch den bloßen Anblick gerade des Kreuzes hervorgerufen wird, mit seinem auf Entfernung des Kreuzes gerichteten Begehren generell durchdringen kann oder mit Blick auf die zentrale Stellung des Toleranzgebotes im Grundgesetz und im Rahmen seiner Gehorsampflicht der dienstlichen Weisung, "unter dem Kreuz" zu unterrichten, Folge leisten muss, war hier nicht zu entscheiden.

Standort: Art. 5 GG

Problem: Beleidigung Dritter durch ironischen Kommentar

BVERFG, BESCHLUSS VOM 01.08.2001
1 BvR 1906/97 (NJW 2001, 3613)

Problemdarstellung:

Das BVerfG hob im Rahmen eines Verfassungsbeschwerdeverfahrens die von den Fachgerichten ausgesprochene Verurteilung eines Zeitungsjournalisten wegen Beleidigung wieder auf. Die vom Beschwerdeführer (Bf). geäußerte Kritik sei von der Meinungsfreiheit des Art. 5 I 1 GG gedeckt. Das BVerfG grenzt dabei kurz zwischen Meinungs- und Pressefreiheit sowie erlaubter Satire und verbotener "Schmähekritik" ab, nimmt zum Umfang seiner Prüfungskompetenz bei der Anwendung von einfachem Recht im Allgemeinen und Strafrecht im Besonderen Stellung und zeigt verschiedene Deutungsmöglichkeiten der in Rede stehenden Äußerung des Bf. auf.

Prüfungsrelevanz:

Die Abgrenzung zwischen Meinungs- und Pressefreiheit bereitet hin und wieder Schwierigkeiten, wenn die Streitgegenständliche Meinung in einem Presseorgan (hier: Zeitung) geäußert wurde. Das BVerfG geht dabei in st. Rspr. davon aus, dass allein und ungeachtet des Verbreitungsmediums die Meinungsfreiheit Anwendung finde, wenn - wie hier - allein an den Inhalt der Äußerung angeknüpft und diese strafrecht-

lich sanktioniert wird. Nur wenn es um das Pressewesen selbst (Beispiel: Abschaffung des Instituts der "freien Presse"), ein Presseergebnis (Beispiel: Verbot der Herstellung und/oder Verbreitung einer Zeitung) oder die im Pressewesen Tätigen in Ausübung gerade dieser Funktion (Beispiel: Berufsverbot für einen Zeitungsredakteur) gehe, finde Art. 5 I 2 GG Anwendung (BVerfGE 85, 1, 12; 86, 122, 128). Auch die Literatur geht ganz überwiegend davon aus, dass die Pressefreiheit nicht einfach ein Spezialfall der Meinungsfreiheit, sondern nach o.g. Kriterien von dieser abzugrenzen sei (vgl. Pieroth/Schlink, Grundrechte, Rz. 571; a.A. z.B. Heselhaus, NVwZ 1992, 740).

Ein steiniges Feld ist auch der Prüfungsumfang des BVerfG bei der Anwendung von einfachem Recht durch die Fachgerichte. Problematisch ist, wie weit das BVerfG bei der Prüfung der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung des konkreten Eingriffsakts (hier: des Strafurteils) gehen darf. Grundsätzlich prüft das BVerfG nämlich nur die Verletzung "spezifischen Verfassungsrechts", also gerade nicht, ob der Tatbestand einer Strafnorm verletzt ist, sondern nur, ob bei der Bejahung des Straftatbestandes durch die Fachgerichte Verfassungsnormen (typischerweise die Ausstrahlungswirkung der Grundrechte, der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz usw.) verletzt worden sind (vgl.

ausführlich Pieroth/Schlink, a.a.O., Rz. 1172 ff.). Das BVerfG prüft allerdings umso umfassender, je intensiver der Eingriff in das Grundrecht ist (BVerfGE 75, 302, 314). Wegen der besonderen Eingriffsintensität strafrechtlicher Sanktionen sollte der Prüfungskandidat, der die Erfolgsaussichten einer Verfassungsbeschwerde gegen ein Strafurteil zu prüfen hat, daher umfänglich besonderes Gewicht und inhaltlich besondere Sorgfalt auf die verfassungsrechtliche Rechtfertigung des konkreten Eingriffsaktes legen.

Vertiefungshinweise:

" Zum Einfluss des Art. 5 I 1 GG bei der Auslegung und Anwendung grundrechtsbeschränkender Normen des einfachen Rechts: *BVerfGE* 85, 1, II; 93, 266, 292

" Zur Zulässigkeit von Polemik im geistigen Meinungskampf: *BVerfG*, NJW 2000, 199; *LG Berlin*, NJW 1997, 1371; *Roellecke*, JZ 1980, 701; *Krielle*, NJW 1994, 1897

" Zur Verletzung (postmortal) Persönlichkeitsrechte durch Wahlwerbung von Parteien: *BVerfG*, RA 2001, 428 = *DVBl* 2001, 985

Kursprogramm:

" *Examenskurs*: "Die Prinzessin und die Paparazzi"

Leitsätze (der Redaktion):

1. Vor der strafrechtlichen Verurteilung wegen Beleidigung aufgrund einer mehrdeutigen Meinungsäußerung haben die Fachgerichte alle nicht zu einer Strafbarkeit führenden Deutungsvarianten auszuschließen.

2. Zur Abgrenzung von (erlaubter) ironischer Meinungsäußerung und (verbotener) "Schmähschmähkritik".

Sachverhalt:

In der Gemeinde A. stand im Frühjahr 1996 die Wahl zum Bürgermeister an. Ausweislich eines in der Gemeinde verteilten Flugblatts wollte hierbei zunächst auch der C als Bürgermeisterkandidat auftreten. In dem Flugblatt erklärte C, er werde bei der Nominierungsversammlung des Wahlvorschlags CSU gegen den damaligen Amtsinhaber kandidieren. Entgegen dieser Ankündigung bewarb sich C in der Versammlung jedoch nicht um die Kandidatur für das Bürgermeisteramt, so dass er schließlich auch nicht zur Wahl stand. Gewählt wurde vielmehr der bisherige Amtsinhaber. Nach dessen Wahl focht C diese erfolglos an. Über das Wahlanfechtungsverfahren und das klageabweisende Urteil des VG wurde in der Lokalpresse ausführlich berichtet. Der Bf. verfasste in seiner Eigenschaft als leitender Redakteur der "C.-Zeitung" einen Kommentar unter der Überschrift "Der missglückte Putsch" und würdigte kritisch das Verhalten des C. In dem Kommentar wurde C unter anderem vorgeworfen, dass er als "schweigender Revoluzzer" zunächst

eine Wahlkandidatur öffentlich angekündigt und zur Erreichung dieses Zwecks auch einen großen Teilnehmerkreis zu der Nominierungsversammlung eingeladen habe, dann jedoch in dieser Versammlung kein Wort gesagt und erst nach durchgeführter Wahl auf dem Rechtsweg versucht habe, diese für ungültig erklären zu lassen. In dem Artikel heißt es wörtlich unter anderem wie folgt: "Völlig abstrus ist auch C's weitere Behauptung in der Klageschrift, dass er Bürgermeisterkandidat der CSU geworden wäre, wenn alte anwesenden Anhänger der Partei hätten abstimmen dürfen. Wer so realitätsfern denkt, vom eigenen Ego geblendet ist und mit unlauteren Methoden zu tricksen versucht, der sollte lieber einen Arzt aufsuchen als sich im Dolchstoß zu üben".

Nachdem C wegen des Artikels Strafantrag gestellt hatte, verurteilte das AG den Bf. durch das angegriffene Urteil wegen Beleidigung zu einer Geldstrafe von zehn Tagessätzen zu je 100 DM. Der in dem Kommentar des Bf. an den Zeugen C erteilte, ironisch gemeinte Rat, er solle lieber einen Arzt aufsuchen, sei geeignet, C in seiner persönlichen Ehre zu kränken. Für jeden verständigen Leser gehe nämlich hieraus eindeutig hervor, dass der Bf. den Eindruck habe erwecken sollen, C sei auf Grund seines bisherigen Verhaltens im Zusammenhang mit der missglückten Wahlanfechtung geistig nicht gesund. Das Recht zur überspitzten, auch schmerzenden Formulierung finde dort seine Grenze, wo die kränkende Wortwahl in keinerlei sachlichem Zusammenhang mehr mit dem eigentlichen Kritik-Anliegen des Verfassers eines Pressekommentars stehe. Die von dem Bf. gegen das Urteil eingelegte Berufung verwarf das LG durch den ebenfalls angegriffenen Beschluss. Von Art. 5 GG würden nur Äußerungen gedeckt, die keine Schmähung darstellten. Der im vorliegenden Fall gegebene Rat, einen Arzt aufzusuchen, könne vom Zusammenhang her nicht als Rat für Gesundheitsvorsorge angesehen werden. Einem unbefangenen Dritten müsse dieser Satz so erscheinen, dass der Betroffene als "geistig nicht gesund" anzusehen sei. Die Verfassungsbeschwerde hatte Erfolg.

Aus den Gründen:

A. Verletzung der Pressefreiheit (Art. 5 I 2 GG)

Die angegriffenen Entscheidungen sind an dem Grundrecht auf Meinungsfreiheit (Art. 5 I 1 GG) zu messen. Das ebenfalls als verletzt gerügte Grundrecht auf Pressefreiheit (Art. 5 I 2 GG) scheidet dagegen als Prüfungsmaßstab aus. Im vorliegenden Fall geht es ungeachtet des Verbreitungsmediums allein um die Frage, ob eine bestimmte Äußerung strafrechtlich sanktioniert werden durfte (vgl. *BVerfGE* 85, 1, II).

B. Verletzung der Meinungsfreiheit (Art. 5 I 1 GG)

I. Eingriff in den Schutzbereich

Die umstrittene Äußerung in dem Artikel, "C sollte lieber einen Arzt aufsuchen" - nur hierauf haben die Gerichte die Verurteilung wegen Beleidigung gestützt - fällt in den Schutzbereich des Grundrechts auf Meinungsfreiheit. Das Grundrecht der Meinungsfreiheit schützt die Meinungskundgabe unabhängig davon, ob die Äußerung rational oder emotional, begründet oder grundlos ist und ob sie von anderen für nützlich oder schädlich, wertvoll oder wertlos gehalten wird (vgl. BVerfGE 33, 1, 14; 61, 1, 7; st. Rspr.). Auch die polemische oder verletzende Formulierung der Aussage entzieht sie nicht seinem Schutzbereich (vgl. BVerfGE 54, 129, 138; 93, 266, 289; NJW 1995, 3303; st. Rspr.).

II. Schranken

Das Grundrecht auf Meinungsfreiheit gilt allerdings nicht vorbehaltlos. Es findet in Art. 5 II GG unter anderem eine Schranke in den allgemeinen Gesetzen, zu denen auch die ehrschützende Bestimmung des § 185 StGB gehört, die Grundlage der Verurteilung des Bf. geworden ist.

1. Prüfungskompetenz des BVerfG

Die Auslegung und Anwendung der Strafvorschriften ist grundsätzlich Sache der Strafgerichte. Das BVerfG ist auf die Klärung beschränkt, ob das Strafgericht das Grundrecht der Meinungsfreiheit (Art. 5 I GG) sowie das Persönlichkeitsrecht (Art. 2 I i. V. mit Art. 1 I GG) und damit die wertsetzende Bedeutung der Freiheitsrechte verkannt hat (vgl. BVerfGE 7, 198, 208; 93, 266, 292; st. Rspr.). Geht es um die strafrechtliche Ahndung einer Meinungsäußerung, so ist insbesondere zu sichern, dass die Verurteilung nur wegen einer Äußerung erfolgt, die dem Äußernden zuzurechnen ist. Mit Art. 5 GG wäre es nicht vereinbar, wenn Meinungsäußerungen mit dem Risiko verbunden wären, wegen einer nachfolgenden Deutung einer Äußerung durch die Strafgerichte verurteilt zu werden, die dem objektiven Sinn dieser Äußerung nicht entsprach. Die Verhängung einer Strafe für eine Meinungsäußerung ist eine das Persönlichkeitsrecht des Verurteilten treffende Sanktion, die nicht nur auf Grund allgemeiner Prinzipien des Strafans, insbesondere der Vorhersehbarkeit der Strafe, sondern auch angesichts der Vermutung zu Gunsten der Freiheit der Rede (vgl. BVerfGE 7, 198, 208 und 212; 82, 43, 52) aus verfassungsrechtlichen Gründen nur in Betracht kommt, wenn die Äußerung dem Äußernden in der vom Fachgericht vorgenommenen Deutung zugerechnet werden darf. Ist eine Äußerung mehrdeutig, so haben die Gerichte, wollen sie die zur Verurteilung führende Deutung ihrer rechtlichen Würdigung zu Grunde legen, andere Auslegungsvarianten mit nachvollziehbaren Gründen auszuschließen (vgl. BVerfGE 43, 130, 136; 82, 43, 52; st. Rspr.). Auch bei satirischer oder glossierender

Meinungsäußerung darf Erklärungen kein Inhalt untergeschoben werden, den ihnen ihr Urheber erkennbar nicht beilegen wollte (vgl. BVerfGE 86, 1, 9).

Enthält die Äußerung einen ehrkränkenden Inhalt, so dass ein Konflikt zwischen Meinungsfreiheit und Persönlichkeitsrecht besteht, muss eine Abwägung unter Berücksichtigung der Schwere der Beeinträchtigung vorgenommen werden, die jedem der beiden Rechtsgüter droht. Handelt es sich bei der Äußerung allerdings um eine Schmähkritik, erübrigt sich die Abwägung im Konkreten. Hiervon kann aber nicht bereits dann ausgegangen werden, wenn eine Äußerung überzogen oder ausfällig ist. Schmähkritik wird sie vielmehr erst dann, wenn in ihr nicht mehr die Auseinandersetzung in der Sache, sondern jenseits auch polemischer und überspitzter Kritik die Diffamierung der Person im Vordergrund steht (vgl. BVerfGE 82, 272, 283; st. Rspr.).

2. Verfassungsmäßigkeit der Gerichtsentscheidungen

Diesen verfassungsrechtlichen Anforderungen tragen die angegriffenen Entscheidungen nicht hinreichend Rechnung.

a. Entscheidung des AG

Dies gilt zunächst in Bezug auf die von dem AG vorgenommene Deutung der in Rede stehenden Äußerung.

aa. Deutung des Aussage

Das AG geht davon aus, dass der Bf. den Eindruck erwecken wollte, C sei auf Grund seines bisherigen Verhaltens im Zusammenhang mit der missglückten Wahlanfechtung "geistig nicht gesund". Dass die streitige Äußerung, wonach C "lieber einen Arzt aufsuchen solle", (nur) in diesem Sinne zu verstehen ist, hat das AG aber nicht nachvollziehbar darzulegen vermocht. Mit nahe liegenden alternativen Deutungsmöglichkeiten hat es sich nicht auseinander gesetzt.

(1). Das AG ist nicht näher auf die Frage eingegangen, ob die Äußerung überhaupt in dem Sinne wörtlich zu verstehen war, dass C als im medizinischen Sinne behandlungsbedürftig, und zwar hinsichtlich seiner geistigen Gesundheit, dargestellt werden sollte. Jedenfalls ist nicht das Aufsuchen eines Arztes empfohlen worden, der sich speziell mit Nervenkrankheiten beschäftigt (Psychiater etc.). Das Gericht selbst bezeichnet die Aufforderung zum Arztbesuch als "ironisch gemeinten Rat". Der Einschätzung als Stilmittel der Ironie muss aber auch bei der Deutung der Äußerung hinreichend Rechnung getragen werden. Es ist widersprüchlich, eine Äußerung als ironisch zu charakterisieren, ihr sodann aber einen Bedeutungsgehalt beizumessen, der ihr nur zukommen würde, wenn sie als ernst gemeint beim Wort zu nehmen wäre. Wird die hier in Rede stehende Äußerung des Stilmittels

der ironischen Überzeichnung entkleidet, so könnte Aussagekern die Feststellung sein, dass sich das Verhalten des C im Zusammenhang mit der missglückten Wahlanfechtung nach Ansicht des Bf. von einem üblichen Verhalten im Rahmen eines Wahlkampfes in gravierender, nicht nachvollziehbarer Weise unterschied. (2). Ein solches Verständnis der Aussage ist jedenfalls dann nicht ausgeschlossen, wenn sie nicht isoliert betrachtet, sondern bei der Deutung der gesamte Artikel in die Überlegungen mit einbezogen wird. In dem Artikel werden zunächst verschiedene Aspekte aufgezeigt, die nach Ansicht des Bf. Anlass zur Kritik bieten. Obwohl hiernach C ein großes Interesse an seiner Person und seiner Kandidatur um das Bürgermeisteramt hervorgerufen hatte, meldete er sich in der entscheidenden Versammlung nicht zu Wort. Stattdessen versuchte er die Wahl des Bürgermeisters gerichtlich anzufechten. Auch die weitere Argumentation des C in der Klageschrift, dass er Bürgermeisterkandidat der CSU geworden wäre, wenn alle anwesenden Anhänger der Partei hätten abstimmen dürfen, entbehrte nach Ansicht des Bf. jeder tatsächlichen Grundlage ("völlig abstrus"). Schließlich bewertet er in dem letzten Satz des Artikels das Verhalten des C insgesamt als realitätsfern und wirft ihm unlautere Methoden vor. Dieses im Einzelnen erläuterte Verhalten des C veranlasse den Bf. sodann zu der abschließenden und ersichtlich ironisch gemeinten Formulierung, dass jemand, der sich so verhalte, "lieber einen Arzt aufsuchen solle". Damit kommt auch eine Deutung in Betracht, dass der Bf. bewusst provozierend das Verhalten mit einem plastischen Ausdruck abschließend charakterisieren, nicht jedoch C als medizinisch behandlungsbedürftig darstellen wollte.

(3). Es ist nicht die Aufgabe des BVerfG, den Sinn einer umstrittenen Äußerung abschließend zu bestimmen (vgl. BVerfGE 94, 1, 10). Vielmehr ist es Aufgabe der Fachgerichte, die soeben aufgezeigten Deutungen mit nachvollziehbaren Gründen auszuschließen, wenn eine Verurteilung nach § 185 StGB in Betracht kommen soll.

bb. Abwägung mit dem Persönlichkeitsrecht

Auch bei der gebotenen Abwägung zwischen der

Meinungsfreiheit auf der einen und dem Ehrenschatz auf der anderen Seite genügt das amtsgerichtliche Urteil nicht den verfassungsrechtlichen Anforderungen. Das AG begründet seine Auffassung, der Bf. habe eine unzulässige Schmähkritik geäußert, hinter der die Meinungsfreiheit zurücktreten müsse, damit, dass "in keiner Zeile seines Kommentars der im Übrigen auch durch keinerlei objektive Umstände zu begründende Verdacht aufkomme, C könne geistig nicht gesund sein". Dass Zweifel bestehen, die Verurteilung auf diese Deutung zu stützen, ist schon dargelegt worden. Sie kann dann aber auch nicht ohne weiteres als Beleg für den Schmähcharakter dienen. Handelt es sich bei der Äußerung in dem Pressekommentar um eine überspitzt formulierte Kritik an dem Verhalten des C, scheidet die Annahme von Schmähkritik aus.

Es ist vom AG nicht näher begründet worden, dass es dem Bf. ausschließlich um die Herabwürdigung des C gegangen sei. Es bezeichnet das Verhalten von C - wenn auch erst im Rahmen der Strafzumessung - selbst als nicht nachvollziehbar. Die Hintergründe für diese vom Bf. geteilte Beurteilung hatte er aber zum Gegenstand seines Artikels gemacht. Da bei dieser Sachlage von einer Schmähkritik nicht die Rede sein kann, hätte das AG von einer Abwägung der unterschiedlichen Grundrechtspositionen nicht absehen dürfen.

b. Entscheidung des LG

Die Entscheidung des LG leidet an denselben Mängeln wie das amtsgerichtliche Urteil. Das LG hat sich ohne nähere Begründung auf die Feststellung beschränkt, einem unbefangenen Dritten müsse der hier in Rede stehende Satz so erscheinen, dass der Betroffene als "geistig nicht gesund" anzusehen sei. Lediglich ergänzend hat es darauf hingewiesen, dass der Satz nicht als Rat für Gesundheitsvorsorge angesehen werden könne. Auf die nahe liegende Deutung, dass es dem Bf. nicht um eine medizinische Aussage, sondern nur um eine ironisch zusammengefasste Bewertung des Verhaltens des C ging, ist es nicht eingegangen. Dementsprechend ist auch die Annahme einer Schmähkritik verfassungsrechtlich nicht tragfähig begründet worden.

IMPRESSUM

HERAUSGEBERIN:	JURA INTENSIV VERLAGS-GMBH & CO. KG, Salzstraße 18, 48143 Münster Tel.: 0251/4824-60; Fax: 0251/4824-545 http://www.jura-intensiv.de ra@jura-intensiv.de
CHEFREDAKTION:	RA Frank Schildheuer (<i>zugleich Öffentliches Recht</i>)
REDAKTEURE:	RA Carsten Scheen (<i>Zivilrecht</i>); Markus Schmülling (<i>Strafrecht</i>) Die Redakteure sind postalisch erreichbar unter der Adresse der Herausgeberin.
ABONNEMENT:	Abonnement-Vertrag befindet sich im Heft und/oder wird auf Wunsch zugeschickt. Einmalige Anforderung eines Probeheftes jederzeit formlos und ohne weitere Verpflichtung möglich. Bestellungen bitte an die o.g. Anschrift der Herausgeberin oder via Internet unter der o.g. Adresse.
BEZUGSPREISE:	Jahresabonnement (12 Hefte) zum Vorzugspreis von 45 Euro (Einzelpreis: 4 Euro/Heft) inkl. USt. und Versandkosten. Lieferung nur gegen Einzugsermächtigung. Der Lieferbeginn erfolgt zum nächstmöglichen Termin nach Gutschrift der Lastschrift.
VERSAND:	Ohne Zusicherung eines festen Veröffentlichungstermins monatlich per Post.
NACHBESTELLUNG:	Einzelne Hefte <i>früherer</i> Jahrgänge können zum Preis von 4 Euro/Heft nachbestellt werden, solange Vorrat reicht. Jahrgangsregister ab 1999: 3 Euro/Jahrgang. Einbanddecken (dunkelblau, jahresneutral): 7 Euro/Stück. Nachbestellung von Sonderbeilagen auf Anfrage. Alle Preise zzgl. 3,50 Euro Versandkosten. Bitte Verrechnungsscheck oder Einzugsermächtigung beifügen. Der Bezug von Einzelheften des <i>laufenden</i> Jahrgangs ist nur i.V.m. einem Abonnement möglich.
DRUCK:	UWZ Schnelldruck GmbH, Oderstr. 40, 48155 Münster, Tel.: 0251/284850; Fax: 0251/2848529

*Zivilrecht***Standort: Werkvertrag****Problem: Geringe Nutzbarkeit des Werks als Fehler**

BGH, URTEIL VOM 05.07.2001
VII ZR 399/99 (NJW 2001, 3476)

Problemdarstellung:

Der Kl. erwarb per notariellen Vertrag in einem noch zu errichtendem Wohn- und Gewerbekomplex ein Ladenlokal zur gastronomischen Nutzung. Nach Fertigstellung beantragte der Kl. beim zuständigen Bauaufsichtsamt die Nutzung als Café; diese Genehmigung wurde mit einer Beschränkung der Tisch- und Sitzplatzanzahl erteilt. In diesem Rechtsstreit ging es nunmehr darum, ob das Ladenlokal zur gastronomischen Nutzung mangelfrei errichtet worden ist.

Während das BerGer. die mangelfreie Errichtung des Lokals bestätigte, da die Parteien keine Vereinbarung über eine bestimmte Zahl von Gastplätzen, die für den Gebrauch des Lokals als Café bedeutsam wäre, getroffen. Gegen diese Ablehnung der Mangelhaftigkeit erhebt der BGH Bedenken. Sofern zwischen den Parteien keine bestimmte Gebrauchbarkeit des Lokals vorausgesetzt haben, muss die Eignung nach allgemeiner, gewerblicher Verkehrssitte unter Berücksichtigung von Treu und Glauben ermittelt werden, wobei es auf die örtlichen Gegebenheiten ankommen kann. Das BerGer. hat allerdings keine Feststellungen darüber getroffen, ob allgemein anerkannte Standards zur Relation von Gastraumgrundfläche zur Gastzahl bestehen. Neben den örtlichen Gegebenheiten kommt auch eine wirtschaftliche Beurteilung in Betracht, insb. die Rentabilität des Lokals angesichts der möglichen Gastplätze. Das Verfahren musste daher zur weiteren Sachaufklärung zurückverwiesen werden, um festzustellen, ob nicht ein Sachmangel wegen Aufhebung bzw. Minderung des gewöhnlichen Gebrauchs des Werks vorliegt.

Prüfungsrelevanz:

Nach § 633 I BGB darf ein Werk nicht mit Fehlern behaftet sein, die den Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder dem nach dem Vertrag vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder mindern. In erster Linie ist damit die Sollbeschaffenheit des zu erstellenden Werkes nach den Vereinbarungen der Vertragsparteien zu bestimmen; der Privatautonomie gebührt hier der Vorrang.

Wenn aber - wie in diesem Fall - eine entsprechende Vertragsabrede zur erwarteten Beschaffenheit des Werks nicht getroffen worden ist, so verbleibt immer

noch die Möglichkeit zur Fehlerhaftigkeit des Werks wegen Abweichung von der gewöhnlichen Sollbeschaffenheit eines solchen Werkes. Die gewöhnliche Sollbeschaffenheit bestimmt sich dann nach der allgemeinen, hier insbesondere der gewerblichen Verkehrssitte unter Berücksichtigung der Gebote von Treu und Glauben (§ 242 BGB).

Vertiefungshinweise:

" Zum Fehler i. S. des § 633 I BGB durch geringere Quadratmeterzahl einer Wohnung *BGH*, NJW 1999, 1859 und NJW 1997, 2874.

" Zum Fehlerbegriff: *OLG Düsseldorf*, BauR 2000, 286; *OLG München*, NJW-RR 1999, 455; *OLG Oldenburg*, NJW-RR 1996, 1267.

Kursprogramm:

" *Examenskurs*: "Die sturm- und wetterfeste Aluminiumfassade"

" *Examenskurs*: "Die neue Kanzlei"

Leitsatz:

Die Eignung zum gewöhnlichen Gebrauch eines Ladenlokals ist nach allgemeiner, gewerblicher Verkehrssitte unter Berücksichtigung von Treu und Glauben zu ermitteln, wobei es auf die örtlichen Gegebenheiten ankommen kann.

Sachverhalt:

Der Kl. begehrt die Rückabwicklung eines Bauträgervertrags sowie die Erklärung der Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung. Der Kl. erwarb mit notariell beurkundetem Vertrag vom 28. 12. 1994 Teileigentum sowie Sondereigentum an einem Stellplatz in einem noch zu errichtenden Wohn- und Gewerbekomplex zum Preis von 797 117 DM. Das Teileigentum war im Vertrag als Laden, im beigelegten Plan zur Teilungserklärung als Laden Nr. 1 bezeichnet. Nach der zur Teilungserklärung gehörenden Gemeinschaftsordnung sind die Teileigentumseinheiten "gewerblich, auch gastronomisch" nutzbar. Dem Kaufvertrag war als Anlage unter anderem eine Grundriss-skizze mit dem Vermerk "Laden Nr. 1, Einrichtungsvorschlag für ein Café" beigelegt. Die Bezugsfertigkeit war zum 1. 11. 1996 vereinbart. Wegen des Kaufpreises unterwarf sich der Kl. der sofortigen Zwangsvollstreckung aus der Urkunde ohne Nachweis der Fälligkeit der Raten. Der Kl. verweigerte am

21. 5. 1997 wegen behaupteter Mängel die Abnahme. Nach Auffassung des BerGer. setzte der Kl. der Bekl. Frist zur Mängelbeseitigung mit Ablehnungsandrohung bis zum 20. 6. 1997. Die Bekl. beantragte erstmals Anfang September 1997 bei dem zuständigen Bauaufsichtsamt die Nutzung des Ladens Nr. 1 als Café. Die Genehmigung wurde ihr Ende Oktober 1997 für eine Nutzung als Café mit maximal vier Tischen mit je vier Sitzplätzen sowie mit vier Stehlplätzen erteilt. Der Kl. begehrt die Rückzahlung des bereits geleisteten Kaufpreisteils in Höhe von 601 823 DM sowie die Unzulässigerklärung der Zwangsvollstreckung wegen der nach Beendigung der Schreiner- und Glaserarbeiten fälligen Rate. Die Parteien streiten darüber, ob die Bekl. den Laden zur gastronomischen Nutzung mangelfrei errichtet hat.

Die Klage ist in beiden Instanzen ohne Erfolg geblieben. Die Revision hatte Erfolg. Sie führte zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das BerGer.

Aus den Gründen:

A. Revisionseinwand zur Vertragsnichtigkeit unbeachtlich

Der Kl. rügt erstmals in der Revision, der Vertrag vom 28. 12. 1994 sei mangels ordnungsgemäßer Beurkundung nichtig.

Dazu trägt er vor, in der Baubeschreibung, die der in den Vertrag einbezogenen Teilungserklärung beigelegt war, sei auf ein "zu beachtendes Bodengutachten des Büros P" hingewiesen worden. Das Bodengutachten habe bei der Beurkundung des Vertrags nicht vorgelegen. Wegen dieses Beurkundungsmangels sei der Bekl. im einstweiligen Verfügungsverfahren untersagt worden, ihm, dem Kl., das näher bezeichnete, im Grundbuch eingetragene Teileigentum zu übertragen. Im Hauptsacheverfahren habe das LG zur Frage der Nichtigkeit des Vertrags ausgeführt, der vorliegende Rechtsstreit sei insoweit vorrangig.

Der Senat darf über diesen Streitpunkt nicht befinden (§ 561 I ZPO). Es liegen zwar der Erwerbvertrag der Parteien sowie einzelne Anlagen dazu vor. Das in der Baubeschreibung in Bezug genommene Bodengutachten fehlt allerdings. Sein im Revisionsverfahren vorgetragener Inhalt ist als neuer Sachvortrag unbeachtlich, so dass der Senat die Frage des Umfangs der notwendigen Beurkundung nicht beurteilen kann.

B. Revisionseinwand zur Vertragsauslegung über den Umfang der gastronomischen Nutzung

Das BerGer. legt den Vertrag anhand der vorgelegten Korrespondenz dahin aus, dass die Parteien allenfalls eine geringere gastronomische Nutzung des Ladens als Café, Bistro oder Eisdielen als den nach dem Vertrag vorausgesetzten Gebrauch gemeinschaftlich gewollt hätten.

Die Behauptung des Kl., es sei eine gastronomische Nutzung zur Verabreichung auch warmer Speisen in größerem Umfang vereinbart worden, werde durch die vorgelegte Korrespondenz und den vom Kl. vorgetragenen Gang der Vertragsverhandlungen nicht gedeckt. Der Umfang der Nutzung ergebe sich ohnehin daraus, dass der Laden nach der Teilungserklärung insgesamt nur 103,4 qm groß sei.

Der Senat hat die Rügen der Revision, bei zutreffender Auslegung des Vertrags habe die Bekl. ein Lokal für eine vollgastronomische Nutzung geschuldet, geprüft und sie nicht für durchgreifend erachtet; von einer Begründung wird abgesehen (§ 565 a ZPO).

C. Gewährleistung gem. §§ 633 ff. BGB

I. Ansicht des BerGer.; Keine Mangelhaftigkeit am errichteten Werk

Das BerGer. vermeint einen Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung nach § 635 BGB. Der Kl. habe mit Schreiben vom 6. 6. 1997 konkrete Mängel gerügt und die Bekl. unter Fristsetzung bis zum 20. 6. 1997 ohne Erfolg zur Mängelbeseitigung aufgefordert. Die Bekl. habe den verkauften Laden jedoch zur gastronomischen Nutzung als Café, Bistro oder Eisdielen mangelfrei errichtet. Dies gelte auch, soweit das Bauaufsichtsamt Ende Oktober 1997 die Nutzung des Ladens als Café nur unter Auflagen genehmigt habe. Die Beschränkung auf 20 Gastplätze sei kein Mangel, da die Parteien zum Nutzungsumfang nichts vereinbart hätten. Die nach Vertragsschluss erörterten Möglichkeiten von 40 oder 36 Gastplätzen seien Wunschvorstellungen des Kl. gewesen, zu denen die Bekl. lediglich Stellung genommen habe.

II. Ansicht des BGH: Mangelhaftigkeit des Werkes nach dem gewöhnlichen Gebrauch

Das hält der rechtlichen Nachprüfung nicht uneingeschränkt stand.

Das Schreiben des Kl. vom 6. 6. 1997 enthält keine Fristsetzung zur Mängelbeseitigung, sondern nur die Aufforderung, bis zum 20. 6. 1997 die Bereitschaft hierzu zu erklären. Eine solche Aufforderung genügt den Voraussetzungen des § 634 I 1 BGB nicht (BGHZ 142, 278 = NJW 1999, 3710 = LM H. 4/2000 § 634 BGB Nr. 40). Nach den bisherigen Feststellungen des BerGer. ist eine Fristsetzung jedoch entbehrlich, um den Vertrag in ein Abwicklungsverhältnis umzuwandeln. Denn die Beseitigung des vom Kl. gerügten Mangels der zu geringen Nutzbarkeit des Ladens ist nicht möglich (§ 634 II BGB). Ob darüber hinaus nach dem Vortrag des Kl. in dem Verhalten der Bekl. eine endgültige Erfüllungsverweigerung liegt, kann danach offen bleiben.

Der Kl. hat eine zu geringe Nutzbarkeit des Ladens als Café und damit einen Fehler des Werks schlüssig

vorgetragen.

Nach § 633 I BGB darf ein Werk nicht mit Fehlern behaftet sein, die den Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder dem nach dem Vertrag vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder mindern. Nach Auffassung des BerGer. haben die Parteien eine bestimmte Zahl von Gastplätzen, die für den Gebrauch eines Lokals als Café ein bedeutsames Kriterium ist, nicht vereinbart und auch nicht einverständlich vorausgesetzt. Es erörtert jedoch nicht die Frage, ob der Laden mit den höchstens genehmigten 20 Gastplätzen zum gewöhnlichen Gebrauch als Café geeignet ist. Die Eignung ist nach allgemeiner, gewerblicher Verkehrssitte unter Berücksichtigung von Treu und Glauben zu ermitteln, wobei es auf die örtlichen Gegebenheiten ankommen kann. Das BerGer. hat keine Feststellungen darüber getroffen, ob allgemein anerkannte Standards zur Relation von Gastraumgrundfläche zur Gastzahl bestehen. Soweit in einzelnen Bundesländern geregelt ist, dass bei Tischplätzen mit 1 qm, bei Stehplätzen mit 0,5 qm je Gast zu rechnen ist (z. B. § 20 III NWGastBauVO - NWGV 1984, S. 4), lassen sich daraus keine Rückschlüsse auf die gewöhnliche Gastplatzzahl eines Lokals ziehen. Die Regelung bestimmt allein die öffentlich-rechtlichen Anforderungen an Gasträume. Sollte ein bestimmter Standard nicht feststellbar sein, so kommt bei einem Gewerbeobjekt auch eine wirtschaftliche Beurteilung in Betracht. Wesentlicher Anhaltspunkt hierfür ist seine Rentabilität. Der Kl. hat dazu vorgetragen, ein Café mit maximal 20 Gastplätzen sei unrentabel. Diesem Vortrag wird das BerGer. nachzugehen haben. Gegebenenfalls wird es Feststellungen zu den weiteren, von der Revision gerügten Mängeln zu treffen haben.

D. Zur Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung aus der notariellen Urkunde

I. Ansicht des BerGer.: Treuwidrigkeit des Kl.

Das BerGer. führt aus, der Antrag des Kl., die Zwangsvollstreckung aus der notariellen Urkunde für unzulässig zu erklären, sei unbegründet. Der Kl. handle treuwidrig, wenn er sich unter Hinweis auf die

nach Schluss der mündlichen Verhandlung bekannt gewordene Rechtsprechung des BGH (BGHZ 139, 387 = NJW 1999, 51 = LM H. 3/1999 § 134 BGB Nr. 162) auf die Nichtigkeit der Klausel berufe. Unbeschadet der Nichtigkeit der vereinbarten unbeschränkten Zwangsvollstreckungsunterwerfungserklärung stehe der Bekl. die streitgegenständliche Rate aus materiellen Gründen zu. Die Bekl. hätte deshalb ihre auf Zahlung der vollstreckbaren Kaufpreisrate gerichtete Hilfswiderklage im Wege der Anschlussberufung weiterverfolgen können, wenn ihr die Entscheidung des BGH rechtzeitig bekannt geworden wäre. Es sei prozessunökonomisch, wenn der Kl. aus der nach Schluss der letzten mündlichen Verhandlung bekannt gewordenen Entscheidung des BGH einen sachlich nicht gerechtfertigten Vorteil ziehen könne.

II. Ansicht des BGH: Keine Treuwidrigkeit des Kl.

Das hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

Sollte der Vertrag der Parteien formnichtig oder wegen eines nicht behebbaren Mangels in ein Abwicklungsverhältnis umgewandelt worden sein, so hat die Vollstreckungsgegenklage schon aus diesen Gründen Erfolg.

Soweit das BerGer. das Begehren des Kl., die Zwangsvollstreckung aus der Unterwerfungserklärung wegen Nichtigkeit der Klausel für unzulässig zu erklären, zurückweist, ist das rechtsfehlerhaft. Damit hat der Kl. nach Schluss der mündlichen Verhandlung einen neuen Streitgegenstand in den Prozess eingeführt (vgl. BGHZ 118, 229 [236] = NJW 1992, 2160 = LM H. 11/1992 § 767 ZPO Nr. 87). Darüber durfte das BerGer. ohne Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung nicht entscheiden.

Vorsorglich weist der Senat für die erneute mündliche Verhandlung des BerGer. darauf hin, dass das BerGer. dem Kl. zu Unrecht treuwidriges Verhalten vorwirft. Die Prozessökonomie gebietet diese Beurteilung nicht. Die Bekl. wollte von Anfang an auf Grund einer nichtigen Unterwerfungsklausel vollstrecken; ein solches Recht stand ihr nicht zu.

Standort: Werkvertrag

Problem: Vormerkung einer Bauhandwerkshypothek

BGH, URTEIL VOM 26.07.2001
VII ZR 203/00 (NJW 2001, 3701)

Problemdarstellung:

Die Bekl. hatten die Kl. mit der Errichtung eines Mehrfamilienhauses beauftragt, wobei Abschlagszah-

lungen nach Bauphasen geleistet werden sollten. Bezüglich der Abschlagsrechnung für die zweite Bauphase erwirkte die Kl. per einstweiliger Verfügung eine Vormerkung für eine Bauhandwerkersicherungshypothek (§§ 648 I, 883 I, 885 BGB); später wurde diese zweite Abschlagszahlung durch die Bekl. er-

bracht. Nach Abschluss der Arbeiten und Erstellung der Abschlussrechnung begehrt die Kl. nunmehr die Eintragung einer Bauhandwerkersicherungshypothek für diese Schlussrechnung mit dem Rang der Vormerkung.

BerGer. und BGH haben übereinstimmend einen Anspruch der Kl. auf Eintragung einer Bauhandwerkersicherungshypothek mit dem Rang der Vormerkung abgelehnt. Zwar steht der Kl. wegen ihrer Restlohnforderung ein Anspruch auf Erteilung einer Sicherungshypothek gem. § 648 I BGB zu, aber nicht mit dem Rang der früher eingetragenen Vormerkung. Diese Vormerkung sichert nur eine Bauhandwerkersicherungshypothek für den damaligen in der einstweiligen Verfügung zugrunde gelegten Anspruch (Abschlagszahlung für zweite Bauphase). Aufgrund ihrer Akzessorietät verliert die Vormerkung ihre Wirksamkeit, wenn der zu sichernde Anspruch wegfällt. Durch die Bezahlung der zweiten Abschlagssumme ist auch die Vormerkung entfallen.

Prüfungsrelevanz:

In examensrelevanter Hinsicht führt dieser Fall deutlich die Folgen der Akzessorietät von Sicherungsrechten (hier: Vormerkung gem. §§ 883 ff. BGB) vor Augen. Die Vormerkung ist streng akzessorisch an den zu sichernden Anspruch gebunden, d.h. sie ist abhängig vom Bestand des zu sichernden Anspruchs und verliert auch ihre Wirksamkeit, wenn dieser untergeht. Insofern teilen Vormerkung und zu sichernder Anspruch dasselbe rechtliche Schicksal.

Wegen ihrer Akzessorietät kann bei einer Vormerkung auch nicht einfach der ursprünglich durch die Vormerkung gesicherte Anspruch durch einen anderen, neu zu sichernden Anspruch ausgetauscht werden (anders allerdings z.B. bei der Hypothek gemäß § 1180 BGB).

Vertiefungshinweis:

" Zur Bauhandwerkersicherungshypothek: *LG Köln*, NJW-RR 2001, 306; *BayObLG*, NJW-RR 2001, 47; *OLG Dresden*, NZBau 2000, 572.

Kursprogramm:

" *Examenskurs*: "Das vorgemerkte Schwimmbad"

Leitsatz:

Der Rang einer Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Einräumung einer Bauhandwerkersicherungshypothek für erbrachte Teilleistungen kann nicht für eine Hypothek zur Sicherung nachfolgender Leistungen genutzt werden.

Sachverhalt:

Die Kl. verlangt von den Bekl. die Bewilligung der Eintragung je einer Bauhandwerkersicherungshypo-

thek im Rang einer durch einstweilige Verfügung erwirkten Vormerkung. Die Bekl. hatten die Kl. mit der Errichtung eines Mehrfamilienhauses beauftragt. Abschlagszahlungen sollten nach Baufortschritt geleistet werden. Die Kl. hatte ihren Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung mit der 2. Abschlagsrechnung vom 13. 8. 1997 begründet, auf welche die Bekl. vor und während des einstweiligen Verfügungsverfahrens Zahlung bis auf einen offenen Betrag von 46 335,88 DM leisteten. Wegen dieses Betrags ordnete das AG am 18. 12. 1997 durch einstweilige Verfügung die Eintragung einer Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs der Kl. "auf Einräumung einer Gesamtsicherungshypothek für ihre Forderung aus dem Bauvertrag von 46335,88 DM" in den Wohnungsgrundbüchern der Bekl. an. Am 19. 12. 1997 erstellte die Kl. eine weitere Abschlagsrechnung und noch vor Zustellung der Klage die Schlussrechnung in Höhe von 295.085,65 DM. Die Kl. hat vorgetragen, ausgehend von der Schlussrechnung und einer weiteren Rechnung stünde ihr unter Anrechnung der weiteren Zahlungen der Bekl. eine Restwerklohnforderung in Höhe von 91 330,86 DM zu. Ein Teilbetrag solle durch die Eintragung der Handwerkersicherungshypothek auf dem durch die Vormerkung erwirkten Rang abgesichert werden.

Das LG hat die Klage abgewiesen. Das BerGer. hat die Berufung der Kl. zurückgewiesen. Die Revision der Kl. hatte keinen Erfolg.

Aus den Gründen:

Das BerGer. hat zu Recht einen Anspruch der Kl. auf Eintragung einer Bauhandwerkersicherungshypothek an der durch die Vormerkung gesicherten Rangstelle abgelehnt.

A. Begründung des BerGer.

Das BerGer. führt im Wesentlichen aus:

Die einstweilige Verfügung sei im Hinblick auf eine konkret bezeichnete und bezifferte Abschlagsforderung der Kl. ergangen. Diese Forderung sei durch nachfolgende Zahlungen unstreitig erfüllt worden. Das damals bestehende konkrete Sicherheitsbedürfnis der Kl. sei weggefallen. Wenn heute die Kl. wegen einer jetzt offenen Werklohnforderung aus demselben Bauvertrag erneut ein Sicherheitsbedürfnis habe, könne sie sich die alte durch die Vormerkung gesicherte Rangstelle nicht mehr zu Nutze machen.

B. Bestätigung durch den BGH

Das hält der rechtlichen Nachprüfung stand.

Im Revisionsverfahren ist zu Gunsten der Kl. zu unterstellen, dass ihr noch eine sicherbare Restwerklohnforderung gegen die Bekl. zusteht. Für ihr Verlangen, diesen Anspruch (teilweise) durch die Eintragung einer Sicherungshypothek zu sichern (§ 648 I 1 BGB), kann sie aber nicht den durch die Vormer-

kung erwirkten Rang beanspruchen. Diese Vormerkung sichert, wie das BerGer. zu Recht ausführt, allein den der einstweiligen Verfügung zu Grunde liegenden Anspruch. Gesichert ist nur der jeweils in der Eintragung bezeichnete Anspruch, dessen Gegenstand sich aus dem zu Grunde liegenden einstweiligen Verfahren erschließt (BGH, NJW 1974, 1761 [1762] = LM § 648 BGB Nr. 4 = BauR 1974, 419 [420]).

Der durch die Vormerkung gesicherte Anspruch auf Eintragung einer Sicherungshypothek bezog sich auf den aus der Rechnung vom 13. 8. 1997 offenen Betrag für erbrachte Leistungen (§ 648 I 2 BGB). Die Vormerkung bezeichnet den gesicherten Anspruch als Forderung aus dem Bauvertrag. Das BerGer. hat zutreffend die Vormerkung unter Hinweis auf die einstweilige Verfügung dahin ausgelegt, dass nur der aus der Rechnung vom 13. 8. 1997 noch offene Betrag gesichert sein sollte. Das folgt aus dem Antrag auf Erlass der einstweiligen Verfügung. Die Kl. hatte sich darin ausdrücklich auf die Abschlagsrechnung vom 13. 8. 1997 bezogen und die Höhe der zu sichernden Forderung (§ 648 I 2 BGB) mit dem noch offenen Betrag aus dieser Rechnung begründet.

Der durch die Vormerkung erzielte Rang zur Eintragung der Sicherungshypothek (§ 883 IH BGB) gilt nur für den der Vormerkung zu Grunde liegenden

gesicherten Anspruch (§§ 883 I, 879 I BGB). Die Vormerkung ist streng akzessorisch. Sie ist abhängig vom Bestand des gesicherten Anspruchs und verliert ihre Wirksamkeit, wenn dieser wegfällt. Das Grundbuch wird dann unrichtig; die Vormerkung ist zu löschen (B GHZ 143, 175 [179] = NJW 2000, 805 = LM H. 7/2000 § 883 BGB Nr. 27). Die Grundlage des gesicherten Anspruchs aus § 648 I 2 BGB ist durch Zahlung des offenen Betrags aus der Rechnung vom 13. 8. 1997 entfallen. Das Grundbuch ist unrichtig geworden.

Die Revision meint, es müsse im Interesse des Bauhandwerkers zulässig sein, den im Hinblick auf bisher erbrachte Leistungen erwirkten Rang für eine Sicherungshypothek auch für spätere Leistungen zu nutzen, da vermieden werden müsse, dass der Unternehmer mit fortschreitendem Bau immer wieder um sein Sicherungsrecht nachsuche. Dies ist mit der strengen Akzessorietät der Vormerkung nicht zu vereinbaren.

Danach kommt die Eintragung einer Bauhandwerkersicherungshypothek zu Gunsten der Kl. auf dem Rang der auf Grund der einstweiligen Verfügung eingetragenen Vormerkung nicht in Betracht. Der gesicherte Anspruch besteht nicht mehr.

Standort: Werkvertrag

Problem: Austausch von Gewährleistungssicherheiten

BGH, URTEIL VOM 13.09.2001
VII ZR 467/00 (NJW 2001, 3629)

Problemdarstellung:

Der Kl. hatte für den Bekl. auf der Grundlage von VOB-Verträgen Dachdecker- und Klempnerarbeiten durchgeführt. Nach den Bestimmungen der VOB war der Bekl. berechtigt, von der Schlussrechnung 5% als Gewährleistungssumme einzubehalten; jedoch hat der Kl. das Recht, diesen Gewährleistungseinbehalt nach mängelfreier Abnahme bzw. entsprechender Nachbesserung durch eine unbefristete Bürgschaft abzulösen.

Der BGH musste nunmehr zu diesem Austauschrecht des Kl. Stellung nehmen, zumal der Bekl. sich nach nach Verzug mit der Auszahlung des Gewährleistungseinbehalt auf verschiedene Baumängel berief. Dazu stellte der BGH fest, dass das Austauschrecht ein vertragliches Gestaltungsrecht des Kl. ist, das ihn dazu berechtigt, die Art der Sicherungsgewährung im vorgegebenen Rahmen zu bestimmen bzw. zu verändern. Stellt der Unternehmer eine Austauschbürgschaft zu einer Zeit, wo noch keine Mängel aufgetreten sind, ist der Besteller verpflichtet, die einbehaltene Gewährleistungssumme auszuzahlen. Kommt er dem nicht unverzüglich nach, bleibt er zur

Auszahlung grundsätzlich auch dann verpflichtet, wenn der Sicherheitsfall später eintritt. Der Grund dafür für die noch spätere Auszahlungspflicht trotz zwischenzeitlichen Sicherheitsfalls liegt in der Verletzung der Sicherheitsabrede durch den Besteller. Liegt jedoch der Sicherheitsfall schon bei Stellung der Austauschbürgschaft vor, hat der Besteller ein Wahlrecht, ob er die Bürgschaft zwecks Austausch annimmt oder den Einbehalt verwertet.

Prüfungsrelevanz:

In prüfungsrelevanter Hinsicht ist diese Entscheidung wegen ihrer fallgruppenbezogenen Abgrenzung zwischen dem gestaltenden Austauschrecht des Unternehmers und dem Recht des Bestellers auf Verwertung gewährter Sicherheiten interessant. Dabei geht es letztlich darum festzustellen, wessen Interessen im konkreten Einzelfall höher zu bewerten sind. Dabei kommt der Frage nach dem Eintritt des Sicherheitsfalls besondere Bedeutung zu.

Ist der Sicherheitsfall noch nicht eingetreten, liegen keine nennenswert zu berücksichtigenden Interessen des Bestellers vor, gerade die bereits erhaltene Sicherheit anstelle der zum Austausch angebotenen Sicherheit zu behalten. Ganz anders ist die Situation bei Eintritt des Sicherheitsfalls, wo das Austauschinter-

esse des Unternehmers hinter dem Verwertungsinteresse des Bestellers tritt, da der Unternehmer für die Mangelhaftigkeit seines Werkes verantwortlich ist. Ausnahmen bestehen, wenn im Einzelfall sich eine Partei schon ohnehin vertraguntreu verhalten hat (z.B. vorheriger Verzug mit der Austauschpflicht).

Vertiefungshinweis:

" Urteilsanmerkung: *Kooble*, LM Heft 1/2002, § 17 VOB/B 1973 Nr. 11

" Zum Gewährleistungseinbehalt und Ablösungsbefugnissen in Bauverträgen: *Hartung*, NZBau 2000, 371

" Zur Bürgschaft als Austauschsicherheit: *OLG Celle*, NZBau 2001, 93

Kursprogramm:

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

Examenskurs: "Endlich ins Internet"

Leitsätze:

1. Die Sicherungsabrede über einen Sicherheitseinbehalt ist vorbehaltlich abweichender Vereinbarung dahin auszulegen, dass der Auftraggeber berechtigt ist, den Sicherheitseinbehalt allein für die vom Sicherungszweck erfassten geldwerten Gewährleistungsansprüche (Vorschuss auf Mängelbeseitigungskosten, Erstattung der Aufwendungen für Mängelbeseitigung, Schadensersatz, Minderungen) zu verwerten.

2. Stellt der Auftragnehmer eine Austauschbürgschaft zu einem Zeitpunkt, in dem der Sicherungsfall noch nicht eingetreten ist, ist der Auftraggeber verpflichtet, den Sicherheitseinbehalt auszuzahlen. Kommt er dem nicht unverzüglich nach, bleibt er zur Auszahlung regelmäßig auch dann verpflichtet, wenn der Sicherungsfall später eintritt.

3. Liegt der Sicherungsfall bei Stellung der Austauschbürgschaft bereits vor, steht es im Belieben des Auftraggebers, ob er die Bürgschaft annimmt oder den Einbehalt verwertet. Er ist verpflichtet, sich insoweit dem Auftragnehmer gegenüber unverzüglich zu erklären. Anderenfalls verbleibt es bei dem Austauschrecht des Auftragnehmers.

Sachverhalt:

Der Kl. verlangt von dem Bekl. die Zahlung von Restwerklohn sowie die Auszahlung eines Sicherheitseinhalts nach Stellung einer entsprechenden Bürgschaft zu dessen Ablösung. Nur dieser Teil der Klage ist Gegenstand des Revisionsverfahrens. Der Kl. führte für den Bekl. auf Grund mehrerer VOB-Verträge Dachdecker- und Klempnerarbeiten aus. Nach Nr. 3 I 2 dieser Verträge war der Bekl. berechtigt, von der Schlussrechnung 5% als Gewährleistungssumme einzubehalten. Nach Nr. 3 II 1 konnte der Kl. die Gewährleistungssumme nach mangelfreier Abnahme bzw. nach Beseitigung der Mängel durch eine unbefristete Bankbürgschaft ablösen. Der Bekl. nahm die Leistung ab. Die im Abnahmeprotokoll festgestellten Mängel sind behoben. Als Sicherheit behielt der Bekl. insgesamt 18 050,96 DM ein. Am 13. 8. 1999 ließ ihm der Kl. über diesen Betrag Bürgschaftsurkunden aushändigen und setzte eine Frist zur Auszahlung der einbehaltenen Beträge bis zum 25. 8. 1999. Mit Schreiben vom 27. 9. 1999 lehnte der Bekl. die Auszahlung ab. Er macht ein Zurückbehaltungsrecht wegen eines Anspruchs auf Nachbesserung mehrerer vom Kl. bestrittener Mängel geltend. Das LG hat durch Teilurteil vom 25. 11. 1999 der Klage auf Auszahlung des Sicherheitseinhalts stattgegeben. Die Berufung des Bekl. ist erfolglos geblieben. Dagegen wendet sich seine zugelassene Revision. Diese hatte keinen Erfolg.

Aus den Gründen:

A. Entscheidung und Begründung des BerGer.
Das BerGer. hat seine Entscheidung (OLGR Schleswig 2001, 2) im Wesentlichen wie folgt begründet: Der Bekl. könne wegen der von ihm behaupteten Mängel kein Zurückbehaltungsrecht gegen den Anspruch des Kl. auf Auszahlung des Sicherheitseinhalts geltend machen. Der Kl. habe mit der Stellung der Bürgschaft von seinem Gestaltungsrecht in eigenem Liquiditätsinteresse Gebrauch gemacht. Das Austauschrecht des Auftragnehmers nach § 17 Nr. 3 VOB/B würde gegenstandslos, wenn der Auftraggeber sich gegenüber dem Verlangen auf Auszahlung des Bareinhalts auf die Mangelhaftigkeit der Werkleistung berufen könne. Es hinge damit allein von der Willkür des Auftraggebers ab, ob die Sicherheiten tatsächlich ausgetauscht würden.

Aus den Gründen:

A. Entscheidung und Begründung des BerGer.

Das BerGer. hat seine Entscheidung (OLGR Schleswig 2001, 2) im Wesentlichen wie folgt begründet: Der Bekl. könne wegen der von ihm behaupteten Mängel kein Zurückbehaltungsrecht gegen den Anspruch des Kl. auf Auszahlung des Sicherheitseinhalts geltend machen. Der Kl. habe mit der Stellung der Bürgschaft von seinem Gestaltungsrecht in eigenem Liquiditätsinteresse Gebrauch gemacht. Das Austauschrecht des Auftragnehmers nach § 17 Nr. 3 VOB/B würde gegenstandslos, wenn der Auftraggeber sich gegenüber dem Verlangen auf Auszahlung des Bareinhalts auf die Mangelhaftigkeit der Werkleistung berufen könne. Es hinge damit allein von der Willkür des Auftraggebers ab, ob die Sicherheiten tatsächlich ausgetauscht würden.

B. Entscheidung des BGH über die Revision

Das hält im Ergebnis einer rechtlichen Nachprüfung stand. Der Bekl. ist verpflichtet, den Sicherheitseinbehalt an den Kl. auszuzahlen.

I. Voraussetzungen für einen Austausch

Die vertraglichen Voraussetzungen für einen Austausch der Sicherheiten liegen vor.

Mit Stellung der Bürgschaften erlangte der Kl. gegen den Bekl. einen Anspruch auf Auszahlung des Sicherheitseinhalts. Denn das Austauschrecht schließt aus, dass ein Auftraggeber eine ordentlich ersetzte Sicherheit behält. Eine Barsicherheit hat er alsbald auszuzahlen, wenn er die Bürgschaft als zum Austausch gestellte und geeignete Sicherheit entgegengenommen hat. Denn das Austauschrecht ist ein vertragliches Gestaltungsrecht des Auftragnehmers. Dieser ist berechtigt, die Art der Sicherungsgewäh-

zung in dem vorgegebenen Rahmen zu bestimmen und zu verändern (BGHZ 136, 195 NJW 1997, 2958 = LM H.3/1998 § 17 VOB/B 1973 Nr. 8 = ZfBR 1997, 298 = BauR 1997, 1026; BGH, NJW 2000, 3716 L = NJW-RR 2000, 1259 = NZBau 2000, 423 ZfBR 2000, 864 = BauR 2000, 1501).

II. Keine Gegenrechte des Bekl.

Dem Bekl. stehen keine Gegenrechte zu, mit denen er diesen Anspruch zu Fall bringen kann.

1. Kein Gegenrecht vor Eintritt des Sicherungsfall

Der Nachbesserungsanspruch, von dessen Bestehen in der Revision auszugehen ist, berechtigt den Bekl. nicht, die Barsicherheit einzubehalten. Dies folgt aus der zwischen den Parteien getroffenen Sicherungsabrede.

Eine Sicherungsabrede umfasst die Vereinbarung, dass eine Sicherheit für einen bestimmten Sicherungszweck in bestimmter Höhe und in einer bestimmten Art zu leisten ist und in welchem Zeitpunkt der Sicherungsfall eintritt, d. h. ab wann der Sicherungsnehmer berechtigt ist, die Sicherheit zu verwerten (Thode, ZfR 2000, 165 [166]; Weise, Sicherheiten im Bau-recht, Rdnr. 9).

Eine ausdrückliche Vereinbarung der Parteien über den Sicherungsfall fehlt. Der Vertrag bedarf daher der an den Interessen beider Parteien ausgerichteten Auslegung. Diese ergibt, dass der Sicherungsnehmer berechtigt ist, die Sicherheit allein für die vom Sicherungszweck erfassten geldwerten Gewährleistungsansprüche (Vorschuss auf Mängelbeseitigungskosten, Erstattung der Aufwendungen für Mängelbeseitigung Schadensersatz, Minderung) zu verwerten. Denn die Sicherheit besteht in einem Bardepot; ihre Verwertung ist auf Geld gerichtet. Der Sicherungsfall liegt noch nicht vor. Der Bekl. kann lediglich Nachbesserung verlangen.

2. Kein Gegenrecht bei Eintritt des Sicherungsfall

Selbst wenn man unterstellt, dass der Sicherungsfall eingetreten ist, wäre der Bekl. zur Auszahlung des Einbehalts verpflichtet.

Hinsichtlich der zeitlichen Abfolge von Sicherungsfall und Ausübung des Austauschrechts und der sich daraus ergebenden Folgen sind nämlich mehrere Fallgruppen zu unterscheiden:

a. Sicherheitseinbehalt bereits verwertet

Bietet der Auftragnehmer dem Auftraggeber die Austauschbürgschaft zu einem Zeitpunkt an, in dem der Sicherheitseinbehalt bereits verwertet ist, ist für einen Austausch kein Raum mehr. Das Austauschrecht ist mit der Verwertung entfallen. Der Auftraggeber muss

die Bürgschaft zurückweisen.

b. Eintritt des Sicherungsfalls nach Anbieten des Sicherheitenaustauschs

Macht der Auftragnehmer von seinem Austauschrecht zu einem Zeitpunkt Gebrauch, in dem der Sicherungsfall noch nicht eingetreten ist, ist der Auftraggeber verpflichtet, die Bürgschaft entgegenzunehmen und den Sicherheitseinbehalt auszuzahlen. Kommt er dem nicht unverzüglich nach, verletzt er die Sicherungsabrede (BGH, NJW 2000, 3716 L = NJW-RR 2000, 1259 = NZBau 2000, 423 = ZfBR 2000, 864 = BauR 2000, 1501). Auch wenn dann der Sicherungsfall eintritt, bleibt er zur Auszahlung verpflichtet. Den Anspruch auf eine Sicherheit verliert er dadurch nicht. Er muss sich mit der Austauschsicherheit begnügen. Etwas anderes kann im Einzelfall gelten, wenn der Sicherungsfall unmittelbar bevorsteht, etwa weil eine zur Mängelbeseitigung gesetzte Frist kurz nach Eingang der zum Austausch übermittelten Bürgschaft abläuft.

c. Eintritt des Sicherungsfalls bei Anbieten des Sicherheitenaustauschs

Liegt der Sicherungsfall bei Stellung der Bürgschaft dagegen bereits vor, steht es im Belieben des Auftraggebers, ob er die Bürgschaft als Austauschsicherheit annimmt oder den Bareinbehalt verwertet. Die Wahrnehmung des Austauschrechts hindert den Auftraggeber nicht, bereits entstandene geldwerte Gewährleistungsansprüche durch Zugriff auf das Bardepot zu befriedigen. Wählt er die Verwertung, ist für einen Austausch kein Raum mehr. Er darf die Bürgschaft nicht entgegennehmen. Entscheidet sich der Auftraggeber für die Bürgschaft, muss er den Sicherheitseinbehalt auszahlen. Mit Rücksicht auf die Auftragnehmerinteressen ist der Auftraggeber gehalten, sich dem Auftragnehmer gegenüber unverzüglich zu erklären, ob er den Sicherheitseinbehalt verwertet. Der Auftragnehmer darf nicht hingehalten werden. Kommt der Auftraggeber dem Gebot sich unverzüglich zu erklären nicht nach, bleibt es bei dem Austauschrecht des Auftragnehmers. Der Auftraggeber muss den Sicherheitseinbehalt auszahlen, die Bürgschaft kann er behalten.

d. Übertragung auf den vorliegenden Fall

So liegt der Fall hier. Dem Bekl. wurden am 13. 8. 1999 die Bürgschaftsurkunden übergeben. Zur Auszahlung des Sicherheitseinbehalts wurde ihm eine Frist bis 25. 8. 1999 gesetzt. Er hat erst mit Schreiben vom 27. 9. 1999 die Auszahlung abgelehnt. Das ist nicht mehr unverzüglich.

BGH, URTEIL VOM 17.05.2001
IX ZR 256/99 (NJW 2001, 3713)

Problemdarstellung:

In diesem Revisionsverfahren hatte der BGH die Frage zu klären, ob einem Rechtsstreitverfahren das Prozesshindernis der anderweitigen Rechtshängigkeit der Streitsache entgegensteht. Mit diesem Verbot soll verhindert werden, dass der Bekl. sich in derselben Sache in mehreren Verfahren verteidigen muss und einander widersprechende Urteile ergehen.

In einem Parallelprozess war der jetzige Kl. vom jetzigen Bekl. zur Übereignung seines Anteils an einem gemeinsamen Grundstück verklagt worden, dann später auf Zustimmung zur Auszahlung des hinterlegten Grundstücksveräußerungserlöses im Wege der Klageänderung (§ 264 Nr. 3 ZPO) verklagt worden. Im vorliegenden Prozess hat der Kl. zunächst Widerspruchsklage gegen einen Teilungsplan, dann im Wege der Klageänderung die Zustimmung des Bekl. zur Auszahlung des hinterlegten Resterlöses verlangt. Eben dieser geänderte Klageantrag stimmte allerdings mit demjenigen des letzten Hauptantrages im Parallelprozesses überein. Das allgemeine Rechtsschutzziel und die erstrebte Rechtsfolge decken sich; unerheblich ist insoweit, dass die Prozesse mit umgekehrten Parteirollen geführt werden.

Jedoch war entscheidend für die Frage nach dem Prozesshindernis der anderweitigen Rechtshängigkeit, welcher der beiden Anträge zuerst rechtshängig geworden ist. Die Rechtshängigkeit eines erst während des laufenden Rechtsstreits erhobenen Anspruchs tritt mit dem Zeitpunkt ein, in dem der Anspruch in der mündlichen Verhandlung geltend gemacht oder ein den Erfordernissen des § 253 II Nr. 2 ZPO entsprechender Schriftsatz zugestellt wird, § 261 II ZPO. Danach war aber der Antrag im Parallelprozess später gestellt worden.

Prüfungsrelevanz:

Der Begriff des Streitgegenstandes ist von zentraler Bedeutung für das gesamte Zivilprozessrecht. Da jedoch dieser Begriff nicht gesetzlich geregelt ist, ist er Gegenstand mehrerer Theorien.

Nach h.M., insbesondere der Rechtsprechung des BGH, ist der Begriff rein prozessual zu verstehen und bestimmt sich aus dem Klageantrag und dem Klagegrund (sog. "zweigliedriger prozessualer Streitgegenstandsbegriff"). Nach Rosenberg/Schwab bestimmt sich der Streitgegenstand allein nach dem Klageantrag (sog. "eingliedriger prozessualer Streitgegenstandsbegriff"). Daneben gibt es in der Literatur noch einige materiell-rechtlichen Lehren, die für den Streitgegenstand auf das behauptete materielle Recht oder

Rechtsverhältnis abstellen (sog. "Verfügungslehre" oder "Zessionslehre").

Der Streitgegenstand ist maßgebend dafür, worauf sich die Klage erstreckt, welches Gericht zuständig ist, ob eine Klageänderung oder eine doppelte Rechtshängigkeit (wie in diesem Fall) vorliegt und inwieweit die gerichtliche Entscheidung in Rechtskraft erwächst. In anderen Verfahrensordnungen hat der Streitgegenstandsbegriff dieselbe Bedeutung wie im Zivilprozess, wobei hier allerdings aber auch hier die Begrifflichkeit umstritten ist.

Vertiefungshinweis:

" *Piekenbrock*, NJW 2000, 3476; *OLG Hamm*, NZBau 2000, 295; *BGH*, NJW 1999, 1179.

Kursprogramm:

" *Examenskurs*: "Verkalkuliert"

Leitsatz:

Zur anderweitigen Rechtshängigkeit der Streitsache.

Sachverhalt:

Die Parteien streiten um einen Versteigerungserlös. Der Kl., seine - damals mit dem Bekl. verheiratete - Tochter und der Bekl. waren seit 1986 zu je 1/3-Anteil Eigentümer eines Hausgrundstücks in Hamburg. Auf Antrag des Kl. und seiner Tochter, deren Ehe mit dem Bekl. inzwischen geschieden worden ist, wurde das Grundstück am 6. 2. 1998 zur Aufhebung der Gemeinschaft zwangsversteigert und am 13. 2. 1998 dem Ersteher zugeschlagen. Der gerichtliche Teilungsplan vom 16. 4. 1998 sah vor, von dem Versteigerungserlös einen Teilbetrag von 543 098,21 DM an den Bekl. auszuzahlen, weil dieser drei Tage vor dem Versteigerungstermin zwei Eigentümergrundschulden über je 500 000 DM an seinem Grundstücksanteil hatte eintragen lassen; der übrige Erlös sollte für alle drei Miteigentümer beim AG hinterlegt werden. Dagegen hat der Kl. im vorliegenden Rechtsstreit Widerspruchsklage gem. §§ 115, 180 I ZVG, § 878 I ZPO erhoben mit dem Antrag, den Teilungsplan dahin zu ändern, dass der Erlös in Höhe von 300 000 DM zur Ablösung eines Darlehens, das zur Finanzierung des Kaufpreises für das versteigerte Grundstück aufgenommen worden war, und im Übrigen zu gleichen Teilen an die Grundeigentümer ausgezahlt werden sollte; hilfsweise sollten je 543 098,21 DM an die Grundeigentümer gezahlt werden. Der Teilungsplan wurde am 11. 6. 1998 ausgeführt, nachdem die rechtzeitige Klageerhebung nicht nachgewiesen worden war; später wurde der restliche Erlös im Einvernehmen der Beteiligten bei einer Bank hinterlegt. Nach Ausführung des Teilungsplans hat der Kl. sein Kla-

gebegehren im ersten Rechtszug dahin geändert, den Bekl. zu verurteilen, der Auszahlung von je 543 098,21 DM aus dem hinterlegten Resterlös nebst aufgelaufenen Zinsen an den Kl. und dessen Tochter zuzustimmen. Diese hat während des ersten Rechtszugs mit Zustimmung des Bekl. 466 376,21 DM aus dem hinterlegten Erlös erhalten; daraufhin hat der Kl. den Anspruch auf Zustimmung zur Auszahlung von 543 098,21 DM an seine Tochter für erledigt erklärt. Der Bekl. hat geltend gemacht, der Kl. sei auf Grund einer mündlichen Vereinbarung bei Erwerb des Hausgrundstücks zur Übereignung seines Grundstücksanteils, an dessen Stelle der Erlösanteil getreten sei, an ihn - den Bekl. - und dessen geschiedene Ehefrau verpflichtet. Außerdem hat der Bekl. ein Zurückbehaltungsrecht ausgeübt mit der Begründung, der Kl. sei ihm zur Erstattung von Aufwendungen für das versteigerte Grundstück in Höhe von 48 055,16 DM für die Zeit von 1995 bis 5. 8. 1998 verpflichtet. Der Bekl. hat Widerklage erhoben auf Ersatz eines Zinsverlusts von 3318,93 DM, der infolge des Widerspruchs des Kl. gegen den Teilungsplan entstanden sei, sowie auf Erstattung der genannten Aufwendungen.

Das LG, das eine Klageänderung angenommen und diese trotz des Widerspruchs des Bekl. als sachdienlich zugelassen hat, hat dem verbliebenen Klageanspruch stattgegeben und die Widerklage abgewiesen. Während des Berufungsverfahrens hat der Kl. nach seinem Vorbringen "seinen Anteil" aus dem Versteigerungserlös erhalten, nachdem er eine Bürgschaft über 580 000 DM gestellt hatte. Ebenfalls im Berufungsverfahren hat der Bekl. erklärt, seine Widerklage solle "lediglich hilfsweise erhoben sein". Das OLG hat - unter Zurückweisung der Berufung im Übrigen - den Klageanspruch auf Zustimmung zur Auszahlung von 543 098,21 DM aus dem hinterlegten Versteigerungserlös nebst aufgelaufenen Zinsen als unzulässig abgewiesen, weil die Streitsache insoweit bereits in einem Rechtsstreit vor dem LG Aachen / OLG Köln rechtshängig sei. In jenem Parallelprozess hat der Bekl. 1995 Klage erhoben mit dem Antrag, den Kl. des vorliegenden Rechtsstreits zur Übereignung seines Grundstücksanteils an ihn - den hiesigen Bekl. - und dessen inzwischen geschiedene Ehefrau Zug um Zug gegen Rückgabe einer Grundschuld über 300 000 DM an seinem Grundstück in Aachen zu verurteilen. Diese Klage ist mit der behaupteten mündlichen Übereignungsabrede bei Erwerb des Grundstücks in Hamburg begründet worden. Das LG Aachen hat diese Klage abgewiesen. Im Berufungsverfahren jenes Rechtsstreits hat der hiesige Bekl. zuletzt den Hauptantrag gestellt, den Kl. des vorliegenden Rechtsstreits zu verurteilen, den auf diesen entfallenden Anteil von 543 098,21 DM am hinterlegten Versteigerungserlös zuzüglich aufgelaufener Zinsen an ihn und seine geschiedene Ehefrau - mit der erwähnten Zug-um-Zug-Einschränkung freizugeben, hilfsweise an den

Bekl. des vorliegenden Rechtsstreits 476 259,82 DM nebst Zinsen - ebenfalls mit der genannten Zug-um-Zug-Einschränkung - zu zahlen. Diesen Hilfsantrag hat der Kl. des Parallelprozesses damit begründet, in Höhe des verlangten Betrags habe der hiesige Kl. Aufwendungen für das gemeinsame Grundstück in Hamburg bis 1994 zu erstatten. Das OLG Köln hat als BerGer. im Parallelprozess die Verhandlung gem. § 148 ZPO bis zur rechtskräftigen Entscheidung des vorliegenden Rechtsstreits ausgesetzt, weil die Gefahr einander widersprechender Entscheidungen bestehe. Mit seiner Revision begehrte der Kl., das Urteil des LG im vorliegenden Rechtsstreit wiederherzustellen. Die Anschlussrevision des Bekl., mit der dieser das Berufungsurteil insoweit angegriffen hat, als zu seinem Nachteil entschieden worden ist, hat der Senat nicht angenommen. Die Revision hatte Erfolg und führte zur Aufhebung des Berufungsurteils, soweit zum Nachteil des Kl. erkannt worden ist, und in diesem Umfang zur Zurückverweisung der Sache.

Aus den Gründen:

A. Zulässigkeit der Klage

Die Klage ist zulässig.

I. Keine anderweitige Rechtshängigkeit gem. § 261 III Nr. 1 ZPO

Entgegen der Ansicht des BerGer. steht dem Zustimmungsanspruch nicht das Prozesshindernis der anderweitigen Rechtshängigkeit der Streitsache entgegen (§ 261 III Nr. 1 ZPO). Dieses soll verhindern, dass der Bekl. sich in derselben Sache in mehreren Verfahren verteidigen muss und einander widersprechende Urteile ergehen (BGHZ 4, 314 [322] = NJW 1952, 705 = LM § 514 ZPO Nr. 2).

I. Gegenstand der Rechtshängigkeit: Streitgegenstandsbegriff

Das BerGer. hat im Ergebnis zu Recht angenommen, dass auf Grund der Hauptanträge in den Berufungsverfahren der beiden Prozesse dieselbe Streitsache rechtshängig ist, weil insoweit der Streitgegenstand beider Verfahren übereinstimmt. Nach der heute herrschenden prozessrechtlichen Auffassung ist Gegenstand des Rechtsstreits ein prozessualer Anspruch; dieser wird bestimmt durch das allgemeine Rechtsschutzziel und die erstrebte, konkrete Rechtsfolge, die sich aus dem Klageantrag ergeben, sowie durch den Lebenssachverhalt (Klagegrund), aus dem der Kl. die begehrte Rechtsfolge herleitet (BGHZ 117, 1 [5] = NJW 1992, 1172 = LM H. 4/1992 § 322 ZPO Nr. 133; BGH, NJW 1999, 2118 = LM H. 11/1999 § 263 ZPO 1976 Nr. 32 = WM 1999, 1689 [1690] m. w. Nachw.).

a. Keine Identität hinsichtlich der ursprünglich erho-

benen Klage (Widerspruchsklage) mit den Anträgen im Parallelprozess

Der ursprüngliche Streitgegenstand im vorliegenden Prozess, gemäß der Widerspruchsklage den gerichtlichen Plan zur Verteilung des Versteigerungserlöses in dem vom Kl. erstrebten Sinne zu ändern (§§ 878, 880 ZPO i.V. mit §§ 115 I, 180 I ZVG), war nicht identisch mit demjenigen der ursprünglichen Klage im Parallelprozess, den Kl. des vorliegenden Rechtsstreits zur Übereignung seines Grundstücksanteils zu verurteilen. Schon die Rechtsschutzziele dieser Klagebegehren stimmten nicht überein.

b. Keine Identität hinsichtlich der geänderten Klage (Zustimmungsklage) mit der Übereignungsklage im Parallelprozess

Entgegen der Ansicht des BerGer. wurden der Streitgegenstand der Übereignungsklage im Parallelprozess und derjenige im vorliegenden Rechtsstreit nicht identisch, als der hiesige Kl. nach Ausführung des Teilungsplans an Stelle seiner ursprünglichen Widerspruchsklage die Zustimmung des Bekl. zur Auszahlung des hinterlegten Resterlöses verlangte. Auch insoweit stimmten schon die Rechtsschutzziele nicht überein. Deswegen kann es dahingestellt bleiben, ob der Wechsel des Klageanspruchs im vorliegenden Rechtsstreit gemäß der Ansicht der Revision nach § 264 Nr. 3 ZPO zulässig war oder wegen einer Änderung des Klagegrunds der gerichtlichen Zulassung bedurfte (§ 263 ZPO), nachdem der Bekl. einer Klageänderung widersprochen hatte. Selbst wenn der letztgenannte Fall vorliegen sollte, so hat das LG die geänderte Klage rechtsfehlerfrei für sachdienlich gehalten (vgl. BGH, NJW 2000, 800 [803] = LM H. 5/2000 § 249 [Ga] BGB Nr. 23). Die gegenteilige Ansicht des BerGer. ist unzutreffend, weil entgegen seiner Meinung damals noch keine Identität der Streitgegenstände gegeben war.

c. Identität hinsichtlich der geänderten Klage (Zustimmungsklage) mit dem letzten Hauptantrag im Parallelprozess

Der Streitgegenstand der im vorliegenden Prozess verbliebenen Klage, den Bekl. zur Zustimmung zur Auszahlung des auf den Kl. entfallenden Teils des hinterlegten Resterlöses zu verurteilen, stimmt allerdings mit demjenigen des letzten Hauptantrags im Berufungsverfahren des Parallelprozesses überein, den Kl. des vorliegenden Rechtsstreits zu verurteilen den auf ihn entfallenden Erlösanteil an den hiesigen Bekl. und dessen geschiedene Ehefrau freizugeben.

Der Übergang von der Übereignungs- zur Zustimmungsklage im Parallelprozess nach Versteigerung des Grundstücks war nicht mit einer Änderung des Klagegrunds verbunden und deswegen gem. § 264 Nr. 3 ZPO zulässig.

Zur Begründung der Übereignungsklage war vorge-

bracht worden, zwischen dem Kl. des vorliegenden Rechtsstreits einerseits und dessen Tochter sowie dem hiesigen Bekl. andererseits sei bei Erwerb des Grundstücks in H. eine mündliche Vereinbarung getroffen worden. Danach habe der Kl. des vorliegenden Rechtsstreits seinen Grundstücksanteil nur erhalten, weil er bei Erwerb des Grundstücks zur Sicherung eines Darlehens zur Kaufpreisfinanzierung eine Grundschuld an seinem Grundstück in A. bestellt habe; bei Rückgabe dieser Sicherheit sei der Grundstücksanteil des hiesigen Kl. an dessen Tochter und dem Bekl. des vorliegenden Rechtsstreits zu übertragen.

Der im Berufungsverfahren des Parallelprozesses zuletzt gestellte Freigabeantrag ist damit begründet worden, dass ein Erlösanteil des Kl. als Surrogat an die Stelle des Grundstücksanteils getreten sei. Dieser Lebenssachverhalt stimmt mit demjenigen überein, der dem ursprünglichen Klagebegehren im Parallelprozess zu Grunde gelegen hat.

Die Streitgegenstände der letzten Zustimmungsbegehren in beiden Prozessen sind gemäß den insoweit zutreffenden Ausführungen des BerGer. identisch. Das allgemeinrechtsschutzziel und die erstrebte Rechtsfolge decken sich; unerheblich ist es insoweit, dass die Prozesse mit umgekehrten Parteirollen geführt werden (Schumann, in: Stein/Jonas, ZPO, 21. Aufl., § 261 Rdnr. 55; Zöller/Greger, ZPO, 22. Aufl., § 261 Rdnr. 8 a). Auch der zu Grunde liegende Lebenssachverhalt ist im Wesentlichen derselbe; unerheblich ist es, ob die Klagevorträge in den beiden Prozessen in allen Einzelheiten übereinstimmen (BGH, NJW-RR 1987, 683 = LM § 765 BGB Nr. 48 = WM 1987, 367 [368]) Im Parallelprozess stützt der hiesige Bekl. seinen letzten Klageanspruch auf die behauptete Vereinbarung der Grundeigentümer bei Erwerb des Grundstücks, hilfsweise auf den Ausgleich von Aufwendungen für dieses Grundstück bis 1994. Mit dem Einwand einer solchen Vereinbarung und einem Zurückbehaltungsrecht wegen Ausgleichs von Aufwendungen für das versteigerte Grundstück in der Zeit von 1995 bis 5. 8. 1998 wehrt sich der Bekl. des vorliegenden Rechtsstreits gegen das Zustimmungsverlangen des Kl.

2. Zeitpunkt der Rechtshängigkeit für eine Streitgegenstandsidentität

Die Revision beanstandet mit Erfolg die Ansicht des BerGer., die - identische - Streitsache sei im Parallelprozess zuerst rechtshängig geworden. Die Rechtshängigkeit eines erst während des Rechtsstreits erhobenen Anspruchs tritt mit dem Zeitpunkt ein, in dem der Anspruch in der mündlichen Verhandlung geltend gemacht oder ein den Erfordernissen des § 253 II Nr. 2 ZPO entsprechender Schriftsatz zugestellt wird (§ 261 II ZPO).

Im Parallelprozess wurde der - diesen Vorschriften

entsprechende - Schriftsatz des Bekl. des vorliegenden Rechtsstreits vom 7. 7. 1998, der den neuen Antrag auf Zahlung des Erlösanteils des hiesigen Kl. enthalten hat, diesem nicht zugestellt, sondern formlos übersandt. Entgegen der Ansicht der Revisionserwiderung kann die Zustellung dieses Schriftsatzes nicht gem. § 187 ZPO als "innerhalb der nächsten Tage" nach dem 7. 7. 1998, jedenfalls als vor dem 23. 7. 1998 bewirkt, angesehen werden. Ein Zustellungsmangel kann gemäß dieser Vorschrift nur dann geheilt werden, wenn das Gericht eine Zustellung vornehmen wollte (BGHZ 7, 268 [270] = NJW 1952, 1375 = LM § 1093 BGB Nr. 1; BGH, NJW 1956, 1878 [1879] = LM § 187 ZPO Nr. 5). Das war jedoch nicht der Fall. Der anwaltliche Vermerk auf der ersten Seite des Schriftsatzes vom 7. 7. 1998 "von Amts wegen zuzustellen" ist handschriftlich gestrichen worden; daneben hat die Geschäftsstelle des Gerichts die formlose Absendung einer Abschrift vermerkt. Danach ist der - nunmehr auf Freigabe gerichtete - Anspruch im Parallelprozess erst rechtshängig geworden mit der Geltendmachung in der mündlichen Verhandlung vom 30. 11. 1998.

Dagegen ist der Zustimmungsanspruch des Kl. im vorliegenden Rechtsstreit bereits rechtshängig geworden, als der Schriftsatz vom 6. 7. 1998 dem Bekl. am 23. 7. 1998 zugestellt worden ist.

II. Rechtsschutzbedürfnis

Für den hier geltend gemachten Anspruch besteht das erforderliche Rechtsschutzinteresse. Der Kl. hat nach seinem Vorbringen den auf ihn entfallenden Anteil aus dem hinterlegten Versteigerungserlös nur gegen Stellung einer Bürgschaft erhalten. Danach steht die begehrte uneingeschränkte Zustimmung des Bekl. zur Auszahlung des Erlösanteils an den Kl. noch aus. Sollte die Bürgschaft als Sicherheitsleistung zur Vollstreckung des vorläufig vollstreckbaren Urteils des LG beigebracht worden sein, so wäre eine Freigabe, die der Bekl. zur Abwendung der Vollstreckung erklärt hat, keine Erfüllung des Klageanspruchs (vgl. BGHZ 86, 267 [269] = NJW 1983, 1111 = LM § 774 BGB Nr. 13; BGH, NJW 1990, 2756 = LM § 362 BGB Nr. 18).

B. Begründetheit der Klage

Das BerGer. hat - von seinem Rechtsstandpunkt aus folgerichtig - nicht geprüft, ob die Zustimmungsklage begründet ist. Das muss nachgeholt werden. Dafür weist der Senat auf Folgendes hin.

I. Anspruchsgrundlage: § 812 I 1 BGB

Der Kl. hat einen solchen Anspruch aus § 812 I 1 BGB schlüssig dargelegt. Die Gemeinschaft der Grundeigentümer wurde durch die Zwangsversteigerung des Grundstücks gem. § 753 BGB, §§ 180 ff. ZVG noch nicht auseinander gesetzt; vielmehr wurde

dadurch die Auseinandersetzung nur vorbereitet. An die Stelle des Grundstücks ist zunächst der Versteigerungserlös getreten (vgl. §§ 90-92 ZVG), an dessen Stelle die Forderung der Gemeinschaft gegen die ursprüngliche Hinterlegungsstelle (BGH, NJW-RR 1993, 386 = LM H. 7/1993 § 426 BGB Nr. 95 = WM 1993, 849 [853]). Da zur Auszahlung des hinterlegten Resterlöses gem. §§ 12, 13 der Hinterlegungsordnung die Zustimmung der Beteiligten erforderlich ist, hat der Bekl. i. S. des § 812 I 1 BGB bezüglich des Anteils des Kl. "in sonstiger Weise" auf dessen Kosten eine Rechtsposition erlangt, und zwar nach dem Klagevortrag ohne rechtlichen Grund (BGH, NJW-RR 1987, 890 = LM § 115 ZVG Nr. 5 = WM 1987, 878 [879]; vgl. auch BGHZ 52, 99 [102] = NJW 1969, 1347 = LM § 1258 BGB Nr. 1; BGH, NJW-RR 1990, 133 = WM 1990, 113 [114]). An dieser Rechtsposition des Bekl. hat sich nichts dadurch geändert, dass der Resterlös später im Einvernehmen der Beteiligten bei einer Bank hinterlegt worden ist. Den Bereicherungsanspruch kann der Kl. allein geltend machen, weil nur noch sein Erlösanteil Gegenstand des Rechtsstreits ist, die Berichtigung einer Gesamtschuld gem. § 755 BGB nicht mehr verlangt wird und der Bekl. lediglich im Innenverhältnis der Parteien einen Anspruch nach § 756 BGB im Wege eines Zurückbehaltungsrechts geltend macht (§ 420 BGB; vgl. BGHZ 90, 194 [95 f.] = NJW 1984, 2526 = LM § 273 BGB Nr. 39).

II. Irrelevanz einer etwaigen Rückübertragungspflicht

Rechtlich unerheblich ist der Einwand des Bekl., der Erlösanteil stehe dem Kl. nicht zu, weil ihm der Grundstücksanteil "mit treuhänderischer Bindung" und "gewissermaßen pro forma" eingeräumt worden sei. Das sei darauf zurückzuführen, dass der Kl. eine günstigere Finanzierung des Grundstückskaufpreises ermöglicht habe, indem er der kreditgebenden Bank eine Grundschuld an seinem Grundstück in Aachen bestellt habe. Die Parteien seien sich einig gewesen, dass der Kl. seinen Anteil am versteigerten Grundstück nach Ablösung der Grundstücksverbindlichkeit und Entlassung aus der persönlichen Haftung an den Bekl. und dessen Ehefrau "zurückübertragen" solle. Selbst wenn eine solche mündliche Vereinbarung, die der Kl. bestritten hat, zu Stande gekommen ist, so ist sie unwirksam, weil sie als Verpflichtung zur Übertragung eines Grundstücksteils der notariellen Beurkundung bedürft hätte (§§ 125, 313 BGB; vgl. BGH, WM 1973, 82). Dass sich eine Übertragungspflicht bereits aus dem Gesetz ergeben könnte (BGH, WM 1973, 82), ist nicht ersichtlich.

III. Zurückbehaltungsrecht wegen Aufwendungsersatzes

Zumindest gegenüber einem Teil des Klageanspruchs kann das vom Bekl. geltend gemachte Zurückbehalt-

tungsrecht (§ 273 BGB) wegen Ausgleichs von Aufwendungen in Höhe von 48 055,16 DM für das versteigerte Grundstück von 1995 bis 5. 8. 1998 rechts- erheblich sein. Insoweit kann der Bekl. einen Anspruch gem. § 756 BGB erheben, der sich auf die Grundstücksgemeinschaft gründet und bei deren Aufhebung aus dem auf den Kl. entfallenden Teil des Versteigerungserlöses zu erfüllen ist.

Mit einer solchen Gegenforderung, die sich aus demselben Rechtsverhältnis ergibt wie der Klageanspruch, darf der Bekl. im Rahmen eines Zurückbehaltungsrechts die - nach seinem Vorbringen noch ausstehende - endgültige Auseinandersetzung der Gemeinschaft betreiben (vgl. BGH, NJW-RR 1990, 133 = WM 1990, 113 [114]; NJW-RP, 1993, 386 = LM H. 7/1993 § 426 BGB Nr. 95 = WM 1993, 849 [853]; Zeller/Stöber, ZVG, 16. Aufl., § 180 Rdnrn. 17 ff.). Entgegen der Ansicht der Revision ergibt sich aus dem Senatsurteil vom 14.4.1987 (BGH, NJW-RR 1987, 890 = LM § 115 ZVG Nr. 5 = WM 1987, 878 [879]), auf das im Urteil des IV. Zivilsenats vom 15. 11. 1989 (BGH, NJW-RR 133 = WM 1990, 113 [114]) Bezug genommen wird, nichts anderes, soweit es dort heißt, Ansprüche, die keine Zuteilung aus dem Versteigerungserlös rechtfertigten, begründeten kein Zurückbehaltungsrecht gegenüber dem Anspruch auf Zustimmung zu einer der Rechtslage entsprechenden

Verteilung des Erlöses. Diese Ausführungen haben sich auf den damals entschiedenen Fall bezogen, dass dem Kl. für Forderungen, die nicht durch Grundstücksrechte gesichert waren, kein Zurückbehaltungsrecht gegenüber dem Anspruch des Bekl. auf Zustimmung zu einer Verteilung des Erlöses zugebilligt worden ist, die der Rechtslage entsprochen hat. Um solche Forderungen aus einem anderen Rechtsverhältnis geht es im vorliegenden Fall nicht; vielmehr begehrt hier der Bekl. aus demselben Rechtsverhältnis der Grundstücksgemeinschaft deren endgültige Auseinandersetzung und damit eine Erlösverteilung, die der Rechtslage entspricht. Nachdem die Beteiligten einvernehmlich den Resterlös bei einer Bank hinterlegt haben, besteht auch kein Grund dafür, den Zustimmungsanspruch des Kl. gegenüber der Gegenforderung des Bekl. zu privilegieren (vgl. BGH, NJW-RR 1990, 133 = WM 1990, 113 [114]).

Zur Prüfung dieser Gegenforderung. wird auf die Urteile des BGH vom 20. 5. 1987 (NJW 1987, 3001 = LM § 2038 BGB Nr. 14) und vom 25. 5. 1992 (NJW 1992, 2282 = LM H. 2/1993 § 242 [Bb] BGB Nr. 138) verwiesen.

Sollte der Bekl. eine Gegenforderung schlüssig dargelegt haben, so wird zu prüfen sein, ob dieser die vom Kläger behaupteten Ansprüche gegen den Bekl. entgegenstellen.

Standort: Deliktsrecht

Problem: Unterlassen als Verletzung der guten Sitten

BGH, URTEIL VOM 10.07.2001
VI ZR 160/00 (NJW 2001, 3702)

Problemdarstellung:

Der BGH hatte sich vorliegend mit einem Fall zu befassen, in dem der Kl. Ansprüche aus § 826 BGB wegen vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung geltend machte. Die Besonderheit des Falles bestand darin, dass das dem Bekl. vorgeworfene schädigende Verhalten in einem Unterlassen (Überwachung der Verwendung finanzieller Mittel) bestand. Der BGH nimmt zu den Voraussetzungen Stellung, unter denen ein Unterlassen einem sittenwidrigen Verhalten gleichkommt.

Der Senat stellt dabei klar, dass nicht jede Nichterfüllung vertraglicher Pflichten genügen kann; vielmehr müsse über die *vertragliche* Verpflichtung hinaus ein *sittliches* Gebot zum Handeln bestanden haben.

Prüfungsrelevanz:

Zu § 826 BGB sind in der jüngeren Vergangenheit einige Entscheidungen ergangen, welche die Examensrelevanz des Themas erhöhen (siehe Vertiefungshinweise). Auch die RA hat hierüber bereits be-

richtet (zuletzt BGH, RA 2001, 633 = NJW 2001, 2880). In der vorliegenden Entscheidung kommt ein gesellschaftsrechtlicher Einschlag hinzu, der die Falllösung über das Problem der deliktischen Haftung hinaus zusätzlich erschwert und damit auf Examensniveau hebt.

Vertiefungshinweise:

" Zu § 826 BGB: BGH, NJW 2000, 3138; NJW 2000, 2896; NJW 2000, 2810; NJW 2000, 2669; LG Berlin, NZBau 2000, 199.

Kursprogramm:

" *Assessorkurs*: "Partnersuche"

Leitsatz:

Ein Unterlassen verletzt die guten Sitten nur, wenn das geforderte Tun einem sittlichen Gebot entspricht.

Sachverhalt:

Der Kl. fordert aus abgetretenem Recht die Rückzahlung von Teilbeträgen, die von den Zedenten als Bauherren zur Erfüllung eines Generalunternehmervertrags bezahlt worden sind. Am 8. 4. 1994 erwarben

der Bekl., L und W als Gesellschafter bürgerlichen Rechts, ein sanierungsbedürftiges Hausgrundstück in H. (Sachsen-Anhalt). Im Dezember 1994 schieden der Bekl. und L aus der Gesellschaft aus. An ihre Stelle trat Dr. S. Der Bekl. und L gründeten die Firma I i. G., als deren Inhaber sie am 15. 12. 1994 mit W und Dr. S einen Generalunternehmervertrag zur "schlüsselfertigen Sanierung" des Grundstücks in H. schlossen. Als Vergütung wurden pauschal 2,8 Millionen DM vereinbart. Am 20.12.1994 erstellten der Bekl. und L eine Rechnung über 1 624 000 DM, die W und Dr. S am 29. 12. 1994 bezahlten. Im September 1995 stellten W und Dr. S fest, dass kein Baufortschritt zu verzeichnen war. Mit Schreiben vom 31.10. und 7. 11. 1995 kündigten sie den Bauvertrag vom 15. 12. 1994 fristlos. Mit Vollmachten vom 13.11. und 7. 12. 1995 ermächtigten sie den Kl., erfolgte Überzahlungen gegenüber dem Bekl. in eigenem Namen für sie geltend zu machen und gerichtlich durchzusetzen. Ein vom Kl. beauftragter Architekt kam in seinem Gutachten vom 29. 11. 1995 zu dem Ergebnis, dass lediglich eine Bauleistung im Wert von 140 619,50 DM auf dem Grundstück erbracht worden sei.

Der Kl. macht geltend, der Bekl. hafte als Gesellschafter einer fehlgeschlagenen Vorgesellschaft persönlich. Er habe die Verhandlungen mit den Bauherren geführt und die Rechnung gestellt, obwohl die Fälligkeitsvoraussetzungen für die Teilbeträge nicht vorgelegen hätten. In der Rechnung sei nicht das Konto der GmbH genannt worden. Der Architekt M sei nicht mit der Bauleitung betraut gewesen, sondern nur mit der Planung und habe den Baufortschritt schon deshalb nicht bestätigen können, weil er nicht in H. anwesend gewesen sei.

Das LG hat der Klage stattgegeben. Die Berufung des Bekl. blieb ohne Erfolg. Die Revision des Bekl. hatte Erfolg und führte zur Aufhebung und Zurückverweisung.

Aus den Gründen:

A. Entscheidung und Begründung des BerGer.

Das BerGer. nimmt eine Haftung des Bekl. wegen vorsätzlich sittenwidrigen Verhaltens gem. § 826 BGB an, das die Bauherren geschädigt habe.

Es hat ausgeführt, dass der Bekl. auf Grund seiner Rechtsstellung als Gesellschafter nach Treu und Glauben für die Forderung hafte, obwohl die GmbH Vertragspartei der Bauherren geworden sei. Er habe mit der Rechnungsstellung die Verpflichtung übernommen, die zweckentsprechende Verwendung des Geldes zu überwachen. Der Bekl. habe sich grob leichtfertig und gewissenlos gegenüber den wirtschaftlichen Interessen der Bauherren verhalten, weil er sich nicht weiter um den Verbleib des Geldes gekümmert habe. Er könne sich nicht auf die Bestätigung des Baufortschritts durch den Architekten

M berufen. Der Bekl. habe nicht vorgetragen, dass mit M ein Bauüberwachungsvertrag geschlossen worden sei. Nach dem Inhalt einer schriftlichen Mitteilung des Architekten M an die Bauherren sei der Architekt M nur mit der Bauplanung und nicht mit der Bauleitung betraut und auch nicht in H. tätig gewesen.

B. Entscheidung des BGH in der Revision

Das Berufungsurteil hält revisionsrechtlicher Nachprüfung nicht stand.

I. Kein Revisionserfolg hinsichtlich wegen der Bezugnahme auf das Urteil des Landgerichts

Entgegen der Ansicht der Revision ist das Berufungsurteil allerdings nicht schon deshalb aufzuheben, weil das BerGer. zur Darstellung des erstinstanzlichen Parteivorbringens und der Parteianträge auf das Urteil des LG Bezug genommen hat und das Berufungsurteil deshalb keine ausreichende Grundlage für eine revisionsrechtliche Überprüfung bietet. Erhebliche Mängel des Ersturteils, auf das im Berufungsurteil Bezug genommen wird, rechtfertigen eine Aufhebung nur dann, wenn eine ausreichende tatsächliche Grundlage für die Beurteilung der angesprochenen Rechtsfragen nicht mehr gegeben ist (vgl. Senat, NJW-RR 1993, 27 = LM H. 3/1993 § 823 [Ee] BGB Nr. 8). Dies ist vorliegend nicht der Fall, da im Berufungsurteil lediglich teilweise auf den Tatbestand des landgerichtlichen Urteils zur Darstellung des Parteivortrags und der Anträge in der ersten Instanz Bezug genommen worden ist. Die zulässige Grenze wurde nicht überschritten, da die Darstellung des Sach- und Streitstands für die revisionsrechtliche Nachprüfung eine noch ausreichende Grundlage bildet, § 543 II 2 ZPO.

II. Kein Revisionserfolg wegen der eigenen Sachentscheidung durch das BerGer.

Ohne Erfolg rügt die Revision auch, dass das BerGer. das ihm in den §§ 539, 540 ZPO eingeräumte Ermessen nicht ausgeübt und nicht unter Aufhebung des Ersturteils die Sache an das LG zurückverwiesen habe. Hält das BerGer. den Rechtsstreit für entscheidungsreif, ist eine eigene Sachentscheidung nicht ermessensfehlerhaft (vgl. Senat, NJW-RR 1986, 1029 = LM § 823 [Dc] BGB Nr. 153 = VersR 1986, 705; und BGH, NJW 2001, 2551 = NZM 2001, 636 = WM 2001, 1155; Zöller/Schneider, ZPO, 22. Aufl., § 539 Rdnr. 1; Stein/Jonas/Grunsky, ZPO, 21. Aufl., § 539 Rdnr. 12). Mit der von ihm getroffenen Sachentscheidung hat das BerGer. zugleich die Sachdienlichkeit des prozessualen Vorgehens bejaht. Eine besondere Begründung ist dafür nicht erforderlich.

III. Revisionserfolg wegen unzureichender Begründung einer Haftung nach § 826 BGB

Die Revision rügt aber zu Recht, dass die vom Ber-

Ger. getroffenen tatsächlichen Feststellungen im Berufungsurteil unzureichend bzw. verfahrensfehlerhaft sind und eine Haftung des Bekl. wegen einer vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung nach § 826 BGB nicht rechtfertigen können.

1. Inhaltliche Anforderung an einen Sittenverstoß durch Unterlassen

Ob das BerGer. die Gesamtumstände in erforderlichem Umfang gewürdigt hat und einen Verstoß gegen die guten Sitten annehmen durfte, ist revisionsrechtlicher Nachprüfung zugänglich (vgl. RGZ 58, 219 [220]; BGH, NJW 1991, 353 [354] = LM § 930 BGB Nr. 22 m. w. Nachw.; Stein/Jonas/Grunsky, §§ 549, 550 Rdnr. 29). Die Ausführungen des BerGer. geben Anlass zu dem Hinweis, dass ein Unterlassen die guten Sitten nur verletzt, wenn das geforderte Tun einem sittlichen Gebot entspricht. Hierfür reicht die Nichterfüllung einer allgemeinen Rechtspflicht, aber auch einer vertraglichen Pflicht nicht aus (Steffen, in: RGRK-BGB, 12. Aufl § 826 Rdnr. 31 m. w. Nachw.; Staudinger/Oechsler, BGB, 13. Aufl., § 826 Rdnr. 94; Erman/Schiemann, BGB, 10. Aufl., § 826 Rdnr. 13; Mertens, in: MünchKomm, 3. Aufl., § 826 Rdnr. 48, 49). Es müssen besondere Umstände hinzutreten, die das schädigende Verhalten wegen seines Zwecks oder wegen des angewandten Mittels oder mit Rücksicht auf die dabei gezeigte Gesinnung nach den Maßstäben der allgemeinen Geschäftsmoral und des als "anständig" Geltenden verwerflich machen.

Entgegen der Auffassung des BerGer. war allein die Ausstellung der Rechnung durch den Bekl. nicht geeignet, für ihn eine sittliche Pflicht zur Überwachung der Mittelverwendung durch die GmbH zu begründen. Die Revision weist darauf hin, der Bekl. habe unter Beweisantritt geltend gemacht, die Bauherren hätten noch vor Jahresende 1994 wegen der SonderAfA im Förderungsgebiet sofortige Rechnungsstellung verlangt und er habe hierfür seinerzeit telefonisch das Einverständnis des damals verreisten Geschäftsführers E eingeholt. Weitere Umstände, auf Grund derer die Unterlassung des Bekl., für die zweckentsprechende Verwendung der Baugelder zu sorgen, als sittlich verwerflich bewertet werden müsste, sind vom BerGer. nicht festgestellt worden, zumal der Bekl. geltend macht, er habe keine Kenntnis von dem jeweiligen Bautenstand und dem Baufortschritt gehabt und sei als Gesellschafter für die Bauüberwachung nicht zuständig gewesen.

2. Keine ausreichende Tatsachenfeststellung durch das BerGer.

Bei dieser Sachlage rügt die Revision zu Recht, das BerGer. habe seiner Gesamtwürdigung verfahrensfehlerhaft festgestellte Tatsachen zu Grunde gelegt und den Sachvortrag des Bekl. nicht vollständig berücksichtigt. Es durfte nicht den Vortrag des Bekl.,

der Architekt M habe den Baufortschritt überwacht und gegenüber der finanzierenden Bank bestätigt, durch das vom Kl. vorgelegte Schreiben des Architekten M an die Bauherren als widerlegt ansehen. Es hat nämlich außer Acht gelassen, dass der Bekl. bereits in der Berufungsbegründung Zeugenbeweis für seine Behauptungen angeboten hat, der Architekt M sei mit der Bauleitung beauftragt gewesen und habe in Absprache mit dem Zeugen G das Vorliegen der jeweiligen Voraussetzungen für die Zahlungen entsprechend dem Baufortschritt überprüfen müssen. Nach Rohbaufertigstellung habe M dem Zeugen G mitgeteilt, dass die Voraussetzungen für die Zahlung der streitgegenständlichen Teilbeträge vorlägen. Erst daraufhin sei der Betrag aus den bereitgestellten Darlehensmitteln über ein Notaranderkonto auf das Konto der GmbH in H. überwiesen worden. Entgegen der Auffassung des BerGer. hat sich der Bekl. zu dem vom Kl. vorgelegten Schreiben des Architekten M, in dem dieser gegenüber den Bauherren behauptet hat, ihm sei keine Bauleitung übertragen worden, schriftsätzlich geäußert und sein Beweisangebot wiederholt. Diesem Antrag hätte das BerGer. entsprechen müssen, anstatt sich ausschließlich, auf die schriftliche Mitteilung des Architekten M an die Bauherren zu stützen, zumal diese - was die Revision ausdrücklich rügt - kein zulässiges Beweismittel i. S. der Zivilprozessordnung darstellt. Ein Widerspruch zwischen diesem Schreiben und der in der Anlage zur Klageschrift vorgelegten Bestätigung des Zeugen M gegenüber der Bank der Bauherren vom 11. 1. 1995, dass der Rohbau fertiggestellt sei, hätte deshalb im Rahmen der Beweisaufnahme geklärt werden müssen.

3. Kein Vorsatz zur sittenwidrigen Schädigung

Mit Recht wendet sich die Revision auch dagegen, dass das BerGer. den Schädigungsvorsatz bejaht hat, ohne das Vorbringen des Bekl. und seine Beweisantritte zu beachten. Das BerGer. hat ausgeführt, der Bekl. habe sich leichtfertig und gewissenlos und somit bedingt vorsätzlich verhalten, weil er die Verwendung der Gelder nicht überwacht habe. Hätte der Bekl. die Möglichkeit einer Schädigung der Bauherren nicht in Kauf nehmen wollen, hätte er die Verwendung des von den Bauherren mit Rechnungslegung vom 20. 12. 1994 geforderten und von diesen gezahlten Geldes überwachen müssen. Damit hat das BerGer. der Sache nach den Vorsatz i. S. des § 826 BGB allein aus dem von ihm angenommenen Verstoß gegen die Überwachungspflicht hergeleitet. Es hat sich auch insoweit in verfahrensfehlerhafter Weise nicht mit dem Vorbringen und den Beweisangeboten des Bekl. in der Berufungsbegründung auseinandergesetzt, der Architekt M, der mit der Bauleitung beauftragt gewesen sei, habe dem Zeugen G nach Rohbaufertigstellung mitgeteilt, dass die Voraussetzungen für die Zahlung der streitgegenständlichen 1 624 000

DM vorlägen. Der Architekt M sei dafür zuständig gewesen, in Absprache mit dem Zeugen G das Vorliegen der Voraussetzungen für die Zahlungen entsprechend dem jeweiligen Baufortschritt zu überprüfen. Es hat i.Ü. außer Acht gelassen, dass auf einen bedingten Schädigungsvorsatz des Bekl. nur geschlossen werden könnte, wenn der Bekl. eine Schädigung für möglich gehalten und billigend in Kauf genommen hat, weil ihm bewusst gewesen wäre, dass die Mitteilung des Architekten M inhaltlich unzutreffend sein und vor Freigabe der Mittel durch die finanzierende Bank eine tatsächliche Überprüfung des Baufortschritts unterbleiben würde (vgl. Senat, NJW 1993, 194 = LM H. 5/1993 § 826 [B] BGB Nr. 13 = VersR 1993, 330).

IV. Unzulässige Vermengung von Haftungsdurchgriff bei einer GmbH und Haftung gem. § 826 BGB

Im Übrigen vermengt das BerGer. in fehlerhafter Weise die Voraussetzungen für einen Haftungsdurchgriff für Gesellschaftsverbindlichkeiten auf den Gesellschafter einerseits mit den Voraussetzungen der Haftung eines Gesellschafters aus § 826 BGB für eigenes deliktisches Verhalten andererseits. Denn die Haftung aus § 826 BGB ist an die Voraussetzungen der Durchgriffshaftung nicht gebunden, da sie an das dem Schädiger persönlich zuzurechnende Verhalten anknüpft. Eine persönliche Haftung des Bekl. für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft, die durch die unzureichende Vertragserfüllung durch die GmbH begründet worden sind, ist nicht schon deshalb gegeben, weil der Bekl. als Gesellschafter in Vertretung des Geschäftsführers der GmbH i. G. die Rechnung gestellt hat. Nach § 13 II GmbHG haftet für Verbindlichkeiten einer GmbH nur das Gesellschaftsvermögen. Mit der Eintragung der GmbH im Handelsregister sind alle Rechte und Pflichten der bis dahin bestehenden Vorgesellschaft im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf die GmbH übergegangen (BGHZ 80, 182 = NJW 1981, 1452 = LM § 11 GmbHG Nr. 30 b; Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG, 17. Aufl., § 11 R d n r . 61). Auch die Löschung der GmbH wegen Vermö-

genslosigkeit am 2. 10. 1998 ließ eine persönliche Haftung der Gesellschafter nicht wieder aufleben (vgl. Baumbach/ Schulze-Osterloh, § 77 Anh. Rdnr. 16 und Vorb. § 60 Rdnr. 2). Haftungsschuldnerin der Bauherren war ab Eintragung grundsätzlich nur die GmbH. Die tatsächlichen Feststellungen des BerGer. rechtfertigen es nicht, die grundsätzliche Trennung zwischen Gesellschaft und Gesellschafter aufzugeben und den Bekl. für die Gesellschaftsverbindlichkeiten persönlich haften zu lassen. Die rechtliche Verschiedenheit kann allerdings gegenüber dem Gesellschafter dann unbeachtlich sein, wenn dieser auf Grund seiner die Gesellschaft rechtlich oder wirtschaftlich beherrschenden Stellung das Gesellschaftsvermögen mit seinem Privatvermögen vermischt und die Grenzen zwischen den Vermögen buchmäßig verschleiert hat (BGH, NJW-RR 1988, 1181 [1182]). In diesem Fall funktionieren nämlich die Kapitalerhaltungsvorschriften, deren Einhaltung ein unverzichtbarer Ausgleich für die Beschränkung der Haftung auf das Gesellschaftsvermögen ist, nicht mehr (BGH, NJW 1994, 1801 = LM H. 9/1994 § 13 GmbHG Nr. 24 m.w.N.). Im vorliegenden Fall sind diese Voraussetzungen nicht festgestellt. An der GmbH waren der Bekl. und L je zur Hälfte beteiligt. Geschäftsführer der GmbH war E. Feststellungen zu einer Vermischung des Gesellschaftsvermögens mit dem Privatvermögen durch den Bekl. persönlich fehlen im Berufungsurteil.

C. Ergebnis der Revision

Das angefochtene Urteil ist daher aufzuheben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das BerGer. zurückzuverweisen. Eine eigene Entscheidung des Senats kommt entgegen der Auffassung der Revision auch nicht insoweit in Betracht, als es um einen Teilbetrag in Höhe von, 30% des vertraglich vereinbarten Pauschalpreises geht. Auch insoweit fehlt es an den erforderlichen Feststellungen. Sollte das BerGer. nach ergänzendem Parteivortrag erneut eine Haftung des Bekl. dem Grunde nach für gegeben erachten, wird es auch das weitere Vorbringen der Revision zur Schadenshöhe zu beachten haben.

Strafrecht**Standort: §§ 243, 303 StGB****Problem: Konkurrenzen**

BGH, URTEIL VOM 07.08.2001
1 STR 470/00 (BGH, NSTZ 2001, 643)

Problemdarstellung:

In dem nachstehenden Urteil hatte der BGH über das Konkurrenzverhältnis zwischen einem Diebstahl in einem besonders schweren Fall (§§ 242 I, 243 I 2 Nr. 1, 2 StGB) und einer Sachbeschädigung (§ 303 StGB) zu entscheiden. Im Hinblick auf den konkret zur Entscheidung anstehenden Fall, ging der 1. Strafsenat davon aus, dass es sich bei den jeweils von den Angeklagten verübten Sachbeschädigungen um Taten handelt, die aus dem regelmäßigen Verlauf von Einbruchsdiebstählen so stark herausfallen, dass sie nicht als typischen Begleittaten im Wege der Gesetzeskonkurrenz (Konsumtion) hinter den Diebstahl im besonders schweren Fall zurücktreten, sondern ihren eigenständigen Charakter behalten. Darüber hinaus stellt der Senat fest, dass er aus grundsätzlichen Erwägungen zu der Auffassung neigt, Sachbeschädigung und Diebstahl im besonders schweren Fall stünden im Verhältnis der Tateinheit. Da es sich bei den Regelbeispielen nicht um Tatbestandsmerkmale handele, könnten sie auch nicht für die Bestimmung eines Konkurrenzverhältnisses herangezogen werden. Neben der ausführlichen Begründung dieser im Gegensatz zur ^{ganz} überwiegenden Literaturansicht stehenden Meinung, hatte sich der Senat ferner mit der Frage verminderter Schuldfähigkeit (§ 21 StGB) infolge von Betäubungsmittelabhängigkeit zu befassen.

Prüfungsrelevanz:

Die Entscheidung ist insbesondere wegen ihrer grundsätzlichen Ausführungen zum Konkurrenzverhältnis von §§ 242, 243 StGB und § 303 StGB von erheblicher Prüfungsrelevanz! Nach der bisher ganz überwiegend vertretenen Ansicht ist die Konstellation des Einbruchsdiebstahls geradezu als Paradefall der Gesetzeinheit in Form der sog. Konsumtion anzusehen. Von Konsumtion spricht man, wenn der Unrechtsgehalt des gesamten Geschehens bereits durch die Bestrafung aus einem Straftatbestand hinreichend erfasst wird, weil es sich bei dem/den zurücktretenden Delikt/-en um sog. typische Begleittaten handelt: Da bei einem Einbruchsdiebstahl i.S. des § 243 I Nr. 2 StGB typischerweise eine Sachbeschädigung und auch ein Hausfriedensbruch begangen wird und damit die Tatsache der Verwirklichung der §§ 303 und 123

StGB schon in die Verurteilung aus §§ 242, 243 StGB mit einfließt, würde es zu einer schuldunangemessenen Strafe führen, würde man diese Tatbestände noch einmal gesondert bei der Strafzumessung in Ansatz bringen (so etwa BayObLG, NJW 1991, 3293; SK-Hoyer, § 243, Rn. 58; Schönke/Schröder/Eser, § 243, Rn. 59 jeweils m.w.N.). Von diesem Grundsatz macht die h.L. dann eine Ausnahme, wenn die Begleittat im konkreten Fall aus dem regelmäßigen Verlauf der Haupttat herausfällt und insoweit einen eigenständigen Unrechtsgehalt aufweist.

Der BGH will nicht nur einen solchen Ausnahmefall anerkennen, sondern neigt aufgrund „grundsätzlicher Erwägungen“ zur Annahme von Tateinheit: Im Anschluss an einige neuere Entscheidungen spricht sich der Senat zunächst gegen eine Argumentation mit der „Tatbestandsähnlichkeit“ der Regelbeispiele aus; diese seien vielmehr Strafzumessungsregeln und daher für die Bestimmung von tatbestandlichem Unrecht i.S. des § 52 StGB ungeeignet (so auch Tröndle/Fischer, § 243, Rn. 45). Aufgrund der fortentwickelten Verhältnisse könne heute auch nicht mehr davon ausgegangen werden, die Sachbeschädigung sei eine typische Begleittat (elektronische Sicherungssysteme). Ferner ergeben sich Wertungswidersprüche, wenn man mit der h.L. bei einigen Regelbeispielen Gesetzeinheit, bei anderen Tateinheit annehmen wollte.

Es bleibt abzuwarten, ob die anderen Strafsenate dieser Einschätzung der 1. Senats folgen werden und diese ggfs. auch auf das Verhältnis zum Hausfriedensbruch übertragen. Da einige der angesprochenen Argumente auch im Verhältnis zum „echten“ Qualifikationstatbestand des Wohnungseinbruchsdiebstahls durchgreifen können, könnte die vorliegende Entscheidung ebenfalls Einfluss auf das bisher wenig geklärte Verhältnis von § 244 I Nr. 3 StGB zu den §§ 123, 303 StGB besitzen.

Vertiefungshinweise:

“ Zum Konkurrenzverhältnis von Diebstahl und Sachbeschädigung: *BayObLG*, NJW 1991, 3292; *OLG Karlsruhe*, NSTZ 1993, 543.

Kursprogramm:

“ *Examenskurs*: “Das eingespielte Team”

Leitsätze:

1. Gesetzeseinheit zwischen Diebstahl - im besonders schweren Fall nach § 243 I 2 Nrn. 1, 2 StGB - und Sachbeschädigung scheidet jedenfalls dann aus, wenn die Sachbeschädigung bei konkreter Betrachtung von dem regelmäßigen Verlauf eines Diebstahls im besonders schweren Fall (§ 243 I 2 Nrn. 1, 2 StGB) abweicht, von einem eigenständigen, nicht aufgezehrten Unrechtsgehalt geprägt ist und sich deshalb nicht als so genannte typische Begleitatt erweist.

2. Der Senat neigt überdies aus grundsätzlichen Erwägungen der Auffassung zu, dass das Vorliegen des Regelbeispiels eines besonders schweren Falles des Diebstahls (hier nach § 243 I 2 Nrn. 1, 2 StGB) beim rechtlichen Zusammentreffen des Diebstahls mit einer Sachbeschädigung schon von vornherein nicht zur Konsumtion des Unrechts der Sachbeschädigung und damit zur Annahme von Gesetzeseinheit führen kann. Vielmehr besteht Tateinheit.

Sachverhalt:

Der Angekl. litt zu den Tatzeiten unter einer Abhängigkeit von Suchtstoffen (Polytoxikomanie). Auf Grund langen Drogenmissbrauchs hatte er den Hang, berausende Mittel im Übermaß zu sich zu nehmen. Um sich die finanziellen Mittel zur Befriedigung der Drogensucht zu beschaffen, beging der Angekl. jeweils mit einem ebenso disponierten Mittäter zwischen dem 11. 7. und 8. 8. 1998 sowie zwischen dem 10. 9. und 17. 9. 1999 mehrere Straftaten, bei denen es sich mit einer Ausnahme um so genannte Beschaffungsdelikte handelte. So entwendete er aus einem Pizzageschäft eine Geldkassette mit einem Inhalt von ca. 350 DM (Fall 1 der Urteilsgründe), stemmte einen Tankautomaten auf (Fall 2), überfiel Tankstellen und eine Lottoannahmestelle (Fälle 3, 4 und 7), versuchte in ein Geschäft für Mobiltelefone einzubrechen (Fall 6) und griff nach einer Polizeikontrolle einen Polizeibeamten an, der Prellungen sowie einen Einriss der Nasenscheidewand erlitt (Fall 5).

Im Falle 2 (Aufstemmen eines Tankautomaten) hat das LG den Angekl. wegen Diebstahls in Tateinheit mit Sachbeschädigung schuldig gesprochen (§§ 242, 243 I 2 Nr. 2, 303, 52 StGB). Der Angekl. und sein Mittäter erbeuteten 8000 DM; der Sachschaden am Tankautomaten belief sich auf etwa 20 000 DM. Im Fall 6 hat das LG versuchten Diebstahl in Tateinheit mit Sachbeschädigung angenommen (§§ 242, 243 I 2 Nr. 1, 22, 303, 52 StGB). Der Angekl. und sein Mittäter hatten den Einbruch in einen Laden für Mobiltelefone aus Furcht vor Entdeckung aufgegeben, dabei aber einen Sachschaden in Höhe von etwa 500 DM verursacht. Das LG hat das Hemmungsvermögen des Angekl. zu den Tatzeiten auf Grund seiner Drogendisposition zwar für herabgesetzt erachtet, jedoch eine erhebliche Verminderung seiner Schuldfähigkeit bei

allen Taten für ausgeschlossen gehalten. [...] Die Revision des Angekl., die die Verletzung sachlichen Rechts rügte, hatte keinen Erfolg.

Aus den Gründen:

Das angefochtene Urteil hält rechtlicher Nachprüfung stand.

A. Zum Konkurrenzverhältnis

Gegen den Schuldspruch ist aus sachlich-rechtlichen Gründen nichts zu erinnern. Das LG hat namentlich das Konkurrenzverhältnis zwischen dem vollendeten Diebstahl im Falle 2 und dem versuchten Diebstahl im Falle 6 einerseits sowie der damit jeweils einhergehenden Sachbeschädigung rechtlich zutreffend dahin beurteilt, dass jeweils Tateinheit vorliegt (§ 52 I StGB). Der Senat neigt aus grundsätzlichen Erwägungen der Auffassung zu, dass das Vorliegen eines Regelbeispiels für den besonders schweren Fall, hier nach § 243 I 2 Nrn. 1, 2 StGB, beim rechtlichen Zusammentreffen von Diebstahl und Sachbeschädigung nicht zur Annahme von Gesetzeseinheit in der Form der so genannte Konsumtion führen kann. In den hier in Rede stehenden Fällen scheidet Gesetzeseinheit (Konsumtion) allerdings schon deshalb aus, weil die Sachbeschädigung in ihrer konkreten Gestalt von dem regelmäßigen Verlauf eines Diebstahls im besonders schweren Fall (nach § 243 I 2 Nrn. 1, 2 StGB) abweichen, von einem eigenständigen, nicht aufgezehrten Unrechtsgehalt geprägt sind und sich deshalb nicht als so genannte typische Begleitatt des Diebstahls erweisen.

I. Zum Meinungsstand in Rechtsprechung und Literatur

Nach einer in der Literatur verbreiteten Auffassung soll die Sachbeschädigung von einer Verurteilung wegen Diebstahls - im besonders schweren Fall - wegen der Verwirklichung des Regelbeispiels nach § 243 I 2 Nr. 1 StGB (so genannter Einbruch-, Einsteige- oder Nachschlüsseldiebstahl) oder nach § 243 I 2 Nr. 2 (Überwindung von Schutzvorrichtungen) als typische Begleitatt konsumiert werden; danach soll Gesetzeseinheit jedenfalls dann bestehen, wenn der Tatrichter die Strafe dem § 243 I StGB entnimmt und nicht etwa wegen Entfallens der Regelwirkung den Strafraum des § 242 I StGB anwendet (vgl. nur Ruß, in: LK-StGB, 11. Aufl., § 243 Rdnr. 43; Rissing-van Saan, in: LK-StGB, Vorb. § 52 ff. Rdnr. 118; Hoyer, in: SK-StGB, § 243 Rdnr. 58; Eser, in: Schönke/Schröder, StGB, 26. Aufl., § 243 Rdnr. 59; Lackner/ Kühl, StGB, 23. Aufl., § 243 Rdnr. 24 und § 46 Rdnr. 19; Dölling, JuS 1986, 688 [693]; nicht tragend für den Fall der Zerstörung des Behältnisses oder der Schutzvorrichtung auch noch BGH, Beschl. v. 5. 2. 1982 - 3 StR 33/82; s. auch KG, JR 1979, 249 [250] m. zust. Anm. Geerds, JR 1979, 250

ff.; referierend Tröndle/Fischer, StGB, 50. Aufl., § 243 Rdnr. 30). Der BGH hat die Sachbeschädigung als mitbestrafte (straflose) Nachtat dann beurteilt, wenn - anders als im vorliegenden Falle - der Dieb später die gestohlene Sache beschädigt oder zerstört (BGH, NStZ-RR 1998, 294).

Die in der Literatur überwiegend vertretene Ansicht ist auf Widerspruch gestoßen: Nur Tatbestände könnten miteinander konkurrieren, nicht aber ein Tatbestand mit dem Regelbeispiel einer anderen Strafvorschrift (R. Schmitt, in: Festschr. f. Tröndle, S. 313 [316]; Gössel in: Festschr. f. Tröndle, S. 363 [366]); ebenso Maurach/Schroeder/Maiwald, StrafR BT, Teilb. 1, 8. Aufl., § 33 Rdnr. 109, S. 353). Der 5. Strafsenat des BGH hat für die ähnlich gelagerte Fragestellung im Verhältnis des Regelbeispiels nach § 370 III 2 Nr. 2 AO zum Untreuetatbestand hervorgehoben, auch wenn das Regelbeispiel typischerweise den Unrechtsgehalt des anderen Tatbestands erfasse, habe das trotz der Anlehnung der Regelbeispiele an Tatbestandsmerkmale keine Auswirkungen auf die Frage der Konkurrenzen, da eben lediglich eine Strafzumessungsregel in Rede stehe. Soweit das teilweise für das Verhältnis der §§ 243, 303 StGB abweichend beurteilt werde, könne daraus kein allgemeiner Grundsatz hergeleitet werden (BGH, NStZ 1998, 91 [921]). Der 4. Strafsenat hat für das Verhältnis der besonders schweren Brandstiftung (nach § 306 b II Nr. 2 StGB, um "eine andere Straftat zu ermöglichen") zum besonders schweren Fall des Betrugs nach § 263 I, III 2 Nr. 2 StGB Gesetzesinheit verneint mit dem Hinweis, dass § 263 III 2 Nr. 2 StGB keinen "echten Straftatbestand", sondern nur eine Strafzumessungsregel enthalte und der dort vorgesehene höhere Strafraum auch nur für den Regelfall gelte (BGHSt 45, 211 [218 f.] = NJW 2000, 226). In anderem Zusammenhang - zum Deliktsversuch hat der 3. Strafsenat die Regelbeispiele der besonders schweren Diebstahlsfälle als "tatbestandsähnlich" bezeichnet, weil sie einen gegenüber dem Tatbestand erhöhten Unrechts- und Schuldgehalt typisierten. Er hat hervorgehoben, dass die Regelbeispiele für besonders schwere Fälle sich im Wesentlichen nicht tiefgreifend von selbständigen Qualifikationstatbeständen unterscheiden und die Wahl des Gesetzgebers für die eine oder andere Ausgestaltung einer Vorschrift mehr eine Frage der formalen Gesetzesteknik sei (BGHSt 33, 370 [374]).

II. Die Ansicht des Senats

Der Senat neigt für das Verhältnis besonders schwerer Diebstahlsfälle nach § 243 I 2 Nrn. 1, 2 StGB zu einer damit rechtlich zusammentreffenden Sachbeschädigung (§ 303 StGB; hier die Fälle 2 und 6 der Urteilsgründe betreffend) der Auffassung zu, dass die Verwirklichung eines Regelbeispiels für die Frage der Konkurrenz außer Betracht zu bleiben hat. Verletzt dieselbe Handlung mehrere Gesetze, liegt nach der

ausdrücklichen Regelung des § 52 I StGB grundsätzlich Tateinheit vor. Anders kann es sich ausnahmsweise in den Fällen einer so genannten unechten Konkurrenz (Gesetzeseinheit) verhalten. Diese kann hier in der Erscheinungsform der Konsumtion in Betracht kommen. Sie setzt voraus, dass der Unrechtsgehalt der strafbaren Handlung durch den einen der anwendbaren Straftatbestände schon erschöpfend erfasst wird. Der Beurteilung sind die Rechtsgüter zu Grunde zu legen, die der Täter angegriffen hat, weiter die Tatbestände, die der Gesetzgeber zu deren Schutz aufgestellt hat (BGHSt 11, 15 [17]; 28, 11 [15]; Tröndle/Fischer, StGB, 50. Aufl., Vorb. § 52 Rdnr. 17).

1. Die Regelbeispiele als Strafzumessungsvorschriften

Die Regelbeispiele der Vorschrift über den besonders schweren Fall des Diebstahls sind ihrer Natur nach nicht dazu angetan, ein Konkurrenzverhältnis zu bestimmen. Sie sind zwar tatbestandsähnlich ausgestaltet. Der Sache nach handelt es sich aber um Strafzumessungsregeln, nicht um die tatbestandliche Umschreibung des Unrechts, also der mit Strafe bedrohten Handlung i. S. des § 52 I StGB. Sie eröffnen dem Tatrichter lediglich einen höheren Strafraum. Die von ihnen ausgehende Regelwirkung für eine höhere Strafe kann indessen trotz der Erfüllung eines Regelbeispiels entfallen. So kann es sich verhalten, wenn mildernde Umstände in die Würdigung einzubeziehen sind, die der Tat vorausgehen, ihr nachfolgen oder in der Person des Täters gründen, die jedoch unmittelbar mit der Tatbegehung und der Erfüllung des Tatbestands nichts zu tun haben (vgl. Tröndle/Fischer, § 46 Rdnrn. 85 f.). Wenn aber auch täterbezogene Gesichtspunkte die Regelwirkung für die Annahme eines besonders schweren Falls auszuräumen vermögen, dann kann bei systemgerechtem Verständnis der Vorschrift des § 52 I StGB die Bejahung eines Regelbeispiels keinen Einfluss auf die Frage der Konkurrenz von Gesetzesverletzungen haben (vgl. auch BGHSt 45, 211 [218 f.] zum Verhältnis von § 306 b II Nr. 2 zu § 263 III 2 Nr. 5 StGB; BGH, NStZ 1998, 91 [92]; für eine konsequente Unterscheidung in anderem Zusammenhang auch der Senat in BGHSt 29, 359 [368]).

2. Verschiedene Rechtsgutsträger

Gegen ein allgemeines Aufzehren des Unrechts einer Sachbeschädigung durch eine Verurteilung wegen Diebstahls - im besonders schweren Fall - spricht schließlich auch, dass die geschützten Rechtsgüter und Rechtsgutsträger verschieden sein können. Der Inhaber des Gewahrsams an der weggenommenen Sache muss nicht zugleich der Eigentümer der beschädigten Sache sein (vgl. zu diesem Gesichtspunkt BGH, NJW 2001, 1508).

3. Zum Gesichtspunkt der "typischen Begleittat"

Hinzu kommt, dass der tatsächliche Ansatz für die generelle Bewertung der Sachbeschädigung als "typische Begleittat" heutzutage wegen der fortentwickelten Verhältnisse nicht mehr als tragfähig erscheint. Bei den verschiedenen, die Regelbeispiele ausfallenden Merkmalen des § 243 I 2 Nrn. 1 und 2 StGB wird keineswegs *regelmäßig* auch eine Sache beschädigt. Für den Einsteige- und den so genannten Nachschlüsseldiebstahl liegt das auf der Hand. Die fortgeschrittene technische Entwicklung hat überdies dazu geführt, dass zum Verschließen oder Sichern von Sachen zunehmend auch elektronische Sicherungssysteme verwendet werden, die sich mit Magnetstreifen- und Codekarten bedienen lassen. Solche Systeme sind mitunter durch intelligentes Vorgehen des Täters zu überwinden. Auch andere elektronische Sicherungssysteme werden zunehmend durch den Einsatz manipulierter oder nachgebildeter Öffnungsvorrichtungen und durch den Austausch von Sicherungskomponenten außer Wirkung gesetzt. Das gilt auch für Schutzvorrichtungen und verschlossene Behältnisse i. S. des § 243 I 2 Nr. 2 StGB. Eine Sachbeschädigung ist selbst bei dem Regelbeispiel des "Einbrechens" (Nr. 1) nicht zwingend. Türschlösser, die etwa nur ins Schloss gezogen, nicht aber verschlossen sind, lassen sich mit einfachen Mitteln so öffnen, dass sie nicht beschädigt werden müssen. Schon bisher konnte die für ein Einbrechen erforderliche Beseitigung eines entgegenstehenden Hindernisses unter Aufwendung nicht unerheblicher körperlicher Kraft auch ohne Substanzverletzung geschehen (vgl. RGSt 13, 200 [206]; 60, 378 [379 f.]; BGH, Beschl. v. 22. 5. 1963 2 StR 144/63; s. auch BGH, NStZ 2000, 143 f.; Tröndle/Fischer, § 243 Rdnrn. 5 ff.). Selbst wenn man eine Begleittypik für die Fälle des Einbruchdiebstahls gelten lassen wollte, so würde dies auf der Grundlage der in der Literatur überwiegend vertretenen Ansicht zu dem ungereimten Ergebnis führen, dass innerhalb ein und derselben Regelbeispielgruppe bei Vorliegen unterschiedlicher Merkmale die Konkurrenzfrage verschieden zu beurteilen wäre. Darin läge ein systematischer Bruch.

4. Wertungswidersprüchlichkeit der Annahme von Gesetzeseinheit

Die Annahme von Gesetzeseinheit anstatt von Tateinheit würde darüber hinaus zu einem Wertungswiderspruch führen: Wenn der Tatrichter die Regelwirkung für die Annahme eines besonders schweren Falles (§ 243 I StGB) im Einzelfall für nicht gegeben erachtet, müsste er wegen Diebstahls in Tateinheit mit Sachbeschädigung verurteilen (so KG, JR 1979, 249 [250]; Rissing-van Saan, in: LK-StGB, 11. Aufl., Vorb. §§ 52 ff. Rdnr. 119 a. E.). In dem unrechtsgewichtigeren besonders schweren Fall - der in der Urteilsformel lediglich als Diebstahl zu bezeichnen ist - wäre hingegen die Sachbeschädigung wegen Kon-

sumtion nicht in den Schuldspruch aufzunehmen.

5. Bestehen von Abgrenzungsschwierigkeiten

Endlich ist zu bedenken, dass die Fragestellung nach einer Konsumtion - hält man eine solche grundsätzlich und generell bei der genannten Deliktskombination für möglich - in der Praxis zu Abgrenzungsschwierigkeiten führt. Auch die Befürworter einer Konsumtion anerkennen überwiegend, dass nicht Gesetzeseinheit, sondern Tateinheit dann anzunehmen ist, wenn das Begleitdelikt *im konkreten Fall* aus dem regelmäßigen Verlauf der Haupttat herausfällt; dann behält die Begleittat ihren eigenständigen Charakter (vgl. Rissing-van Saan, in: LK-StGB, Vorb. §§ 52 ff. Rdnr. 119; Jescheck/Weigend, Strafr AT, 5. Aufl., § 69 II 3 b; Jakobs, Strafr AT, 2. Aufl., Abschn. 31 Rdnr. 30; Fahl, GA 1996, 476 [483]). Deshalb ist nicht nur zunächst darüber zu befinden, ob die so genannte Begleittat allgemein typisch für die Begehung der im Vordergrund stehenden Tat ist, sondern anschließend auch die Frage zu prüfen, ob konkret die in Rede stehende Begleittat mit ihrem spezifischen Unrechtsgehalt aus dem regelmäßigen Verlauf der anderen Tat herausfällt, die Begleittypik also einzelfallbezogen wieder entfällt und deshalb doch Tateinheit besteht. Diese erforderliche wertende Betrachtung birgt gerade im Randbereich Unsicherheiten (vgl. Fahl, GA 1996, 476 [483]), die mit der klaren Regel des § 52 I StGB nur schwer in Einklang zu bringen sind.

6. Zum Verhältnis zum Hausfriedensbruch

Dieser Betrachtung zu den Fällen besonders schwerer Diebstähle (§ 243 I 2 Nrn. 1, 2 StGB) im Zusammenreffen mit Sachbeschädigung steht nicht entgegen, dass der BGH in zurückliegender Zeit zwischen jenen und einem damit rechtlich zusammentreffenden Hausfriedensbruch Gesetzeseinheit angenommen hat (vgl. BGHSt 22, 127 [129]). Damals war der Einsteige- oder Einbruchdiebstahl noch ein Qualifikationstatbestand und nicht als Regelbeispiel (Strafzumessungsregel) gefasst (vgl. die Änderung durch das 1. StrRG mit Wirkung vom 1. 4. 1970). Im Übrigen mag zwar die Regelmäßigkeit und Typizität des Verlaufs beim (rechtlichen) Zusammentreffen eines Diebstahls im besonders schweren Fall nach der Regelbeispielgruppe des § 243 I 2 Nr. 1 StGB mit einem Hausfriedensbruch durchaus anders beurteilt werden können als beim Zusammentreffen mit einer Sachbeschädigung. Das ändert aber nichts an den übrigen Erwägungen, die der Annahme von Konsumtion nach Ansicht des Senats in grundsätzlicher Hinsicht entgegenstellen. Im Blick auf das Verhältnis zum Hausfriedensbruch bedarf das jedoch hier keiner weiteren Erörterung (vgl. auch zum Verhältnis des besonders schweren Falls des Landfriedensbruchs nach § 125 a S. 2 Nr. 2 StGB zum Vergehen nach § 27 I VersG BGH, Beschl. v. 2. 5. 1984 - 3 StR 126/84,

Beschl. v. 12. 6. 1984 - 3 StR 228/84, Beschl. v. 8. 8. 1984 3 StR 302/84, und Beschl. v. 21. 9. 1984 - 3 StR 395/84).

7. Zur Annahme der Tatbestandsähnlichkeit der Regelbeispiele durch den 3. Senat

Der hier aufgezeigten Ansicht des Senats steht schließlich nicht entgegen, dass der 3. Strafsenat für die Frage des Versuchs die Regelbeispiele als tatbestandsähnlich charakterisiert hat und sie bei der Bestimmung des für den Deliktsversuch anzuwendenden *Strafrahmens* im Ergebnis wie Tatbestandsmerkmale behandelt wissen will (BGHSt 33, 370 [374]). Dort geht es um den Beginn des Versuchs; bei diesem bestimmt sich der Strafrahmen grundsätzlich nach dem Tatentschluss.

III. Zum vorliegenden Fall

Im Ergebnis kann die Frage der Konkurrenz in grundsätzlicher Hinsicht hier offen bleiben. Denn im vorliegenden Verfahren handelt es sich in beiden Fällen (Fälle 2 und 6) bei den Sachbeschädigungen jeweils um Taten, die mit ihrem eigenen Unrechtsgehalt über das hinausgehen, was sie lediglich als typische und deshalb konsumierte Begleittaten besonders schwerer Diebstahlsfälle erscheinen lassen könnte. Wie erwähnt, ist auch in der Literatur anerkannt, dass nicht Gesetzesinheit, sondern Tateinheit dann anzunehmen ist, wenn das Begleitdelikt *im konkreten Fall* aus dem regelmäßigen Verlauf der Haupttat herausfällt; dann behält die Begleittat ihren eigenständigen Charakter (vgl. Rissing-van Saan, in: LK-StGB, Vorb. §§ 52 ff. Rdnr. 119; Jescheck/Weigend, StrafR AT, 5. Aufl., § 69 II 3 b; Jakobs, StrafR AT, 2. Aufl., Abschn. 31 Rdnr. 30, Fahl, GA 1996, 476 [483]). Schon deshalb wird vorliegend das Unrecht der Sachbeschädigungen durch eine bloße Verurteilung wegen Diebstahls und versuchten Diebstahls nicht konsumiert.

Im Falle 6 war es beim Versuch des Diebstahls geblieben. Der Angekl. und sein Mittäter hatten das Geschäft aufbrechen wollen, ihr Vorhaben wegen ihnen zu groß erscheinender Entdeckungsfahr abgebrochen und einen Sachschaden in Höhe von etwa 500 DM verursacht. Beim Versuch des Diebstahls kann aber weder bei allgemeiner noch bei konkreter Betrachtung, davon ausgegangen werden, die vollendete Sachbeschädigung sei typische Begleittat. Ein geplanter Diebstahl kann nach dem unmittelbaren Ansetzen zur Tat aus vielfältigen Gründen fehlschlagen, ohne dass es bereits zu einer Sachbeschädigung gekommen ist, die bei einer Vollendung der geplanten Tat eingetreten wäre.

Auch das Tatgeschehen im Falle 2 verdeutlicht, dass allein eine Verurteilung wegen Diebstahls den Unrechts- und Schuldgehalt der zugleich begangenen Sachbeschädigung (so genannter Begleittat) nicht ausschöpfen würde. Der aus dem Tankautomaten ge-

stohlene Geldbetrag belief sich auf nur 8000 DM, der Sachschaden an der Anlage hingegen auf ca. 20000 DM. Der Unrechtsgehalt des Begleitdelikts fällt deshalb auch hier aus dem regelmäßigen Verlauf einer Diebstahlstat (im besonders schweren Fall) deutlich heraus. Er wird deshalb nur durch eine Verurteilung wegen Diebstahls in Tateinheit mit Sachbeschädigung vollständig erfasst.

B. Zum Rechtsfolgenausspruch

Der Rechtsfolgenausspruch lässt ebenso wenig einen rechtlichen Mangel zum Nachteil des Angekl. erkennen. Insbesondere begegnet die Annahme des LG, die Schuldfähigkeit des Angekl. sei bei keiner der Taten erheblich vermindert gewesen (§ 21 StGB), keinen durchgreifenden rechtlichen Bedenken. Ihr stand hier auch nicht entgegen, dass es bei dem Angekl. einen Hang bejaht hat, berauschende Mittel im Übermaß zu sich zu nehmen, dass es diesen - sachverständig beraten - als schwere seelische Abartigkeit bewertet und den Angekl. in einer Entziehungsanstalt untergebracht hat.

I. Zur verminderten Schuldfähigkeit bei Drogenabhängigkeit

Nach ständiger Rechtsprechung des BGH begründet die Abhängigkeit von Betäubungsmitteln für sich allein noch nicht eine erhebliche Verminderung der Steuerungsfähigkeit. Diese Folge ist bei einem Rauschgiftsüchtigen nur ausnahmsweise gegeben, zum Beispiel, wenn langjähriger Betäubungsmittelkonsum zu schwersten Persönlichkeitsveränderungen geführt hat oder der Täter unter starken Entzugerscheinungen leidet und durch sie dazu getrieben wird, sich mittels einer Straftat Drogen zu verschaffen; ferner unter Umständen dann, wenn er das Delikt im Zustand eines akuten Rausches verübt. Derartige Umstände haben den Urteilsfeststellungen zufolge beim Angekl. nicht vorgelegen.

Allerdings ist die Anwendung des § 21 StGB bei Beschaffungsdelikten eines Rauschgiftabhängigen nicht in jedem Falle davon abhängig, dass er zur Tatzeit unter akuten körperlichen Entzugerscheinungen gelitten hat. Es ist vielmehr nicht ausgeschlossen, dass die Angst des Täters vor Entzugerscheinungen, die er schon als äußerst unangenehm ("grausamst") erlebt hat und als nahe bevorstehend einschätzt, sein Hemmungsvermögen erheblich beeinträchtigt. Dies hat die Rechtsprechung für Fälle der Abhängigkeit von Heroin wiederholt angenommen (vgl. nur BGH, StV 1997, 517; NStZ 2001, 83 jew. m. w. Nachw.). Ob eine entsprechende Beeinträchtigung der Steuerungsfähigkeit erheblich ist, ist eine Rechtsfrage, die der Tatrichter in eigener Verantwortung zu entscheiden hat (BGH, NStZ 1997, 485; NStZ 2001, 83).

II. Zur Würdigung durch das Tatgericht

Dies hat das LG bedacht. Es geht von einer herabgesetzten Hemmschwelle aus, der es aber nicht das Maß einer erheblichen Verminderung i. S. des § 21 StGB beilegt. Dabei stellt es mit dem Sachverständigen darauf ab, dass es zu keiner massiven drogenbedingten Depravation des Persönlichkeitsgefüges gekommen

war, ein körperlicher Abbau und Entgleisungen des Drogenkonsums mit behandlungsbedürftiger Überdosierung nicht aufgetreten und auch die sozialen Strukturen des Angekl. erhalten geblieben waren. Es sei ihm problemlos gelungen, während längerer Auslandsaufenthalte keine Drogen einzunehmen. [...]

Standort: § 239 a StGB

Problem: Erpresserischer Menschenraub bei Raubabsicht

BGH, URTEIL VON 19.09.2001
2 STR 240/01(NStZ 2002, 31)

Problemdarstellung:

Die nachstehende Entscheidung befasst sich im Wesentlichen mit der Strafbarkeit eines Angeklagten, der mehrere Diebstahls- und Raubdelikte unter teilweisen Mitführen und Einsatz von Waffen und gefährlichen Werkzeugen beging, um die erlangte Beute zur Beschaffung von Drogen zu verwenden. Neben dem Problem der Schuldfähigkeit des Angekl. hatte sich der BGH insbesondere mit den Voraussetzungen des erpresserischen Menschenraubes gem. § 239 a StGB.

Prüfungsrelevanz:

Die Entscheidung besitzt erhebliche Prüfungsrelevanz. Neben den grundsätzlichen Ausführungen zu den Anforderungen an die im Rahmen des § 239 a StGB erforderliche sog. stabilisierte Zwangslage, macht die Entscheidung insbesondere die Bedeutung des Standardproblems der Abgrenzung von Raub und Erpressung für die Anwendbarkeit von § 239 a und § 239 b StGB deutlich: Der Meinungsstreit zwischen Rechtsprechung (Abgrenzung nach dem äußeren Erscheinungsbild; § 249 als *lex specialis*) und Literatur (Abgrenzung nach der inneren Willensrichtung, Exklusivitätsverhältnis) ist insofern von Bedeutung, als der BGH auch beim Vorliegen eines Raubes von einer Erpressungsausnutzungsabsicht i.S. des § 239 a StGB ausgehen kann, weil es sich nach seiner Ansicht beim Raub lediglich um einen Spezialfall der räuberischen Erpressung handelt (vgl. dazu etwa auch die Klausur von Hellmann, JuS 1996, 522). Ferner spricht die Entscheidung weitere prüfungsrelevante Bereiche, wie etwa die Voraussetzungen für das Vorliegen einer Waffe und eines gefährlichen Werkzeugs (vgl. dazu aktuell auch BGH, NStZ-RR 2002, 9 und NStZ 2002, 30) sowie die Figur der *actio libera in causa* an.

Vertiefungshinweise:

" Zur Zweiaktigkeit des § 239 a StGB: *Renzikowski*, JR 1995, 349; 1988, 126; *Martin*, JuS 1999, 1239

" Zur Gefährlichkeit von Schreckschusswaffen: *BGH*, NStZ-RR 2002, 9; *Rothschild*, NStZ 2000, 406

" Zur *actio libera in causa*: *BGH*, NStZ 2002, 28

Kursprogramm:

" Examenskurs: "Bankräuber"

Leitsätze (der Redaktion):

1. Die Annahme erpresserischen Menschenraubs setzt eine eigenständige Bedeutung der Bemächtigungssituation und eine gewisse Stabilisierung der Lage, die ausgenutzt werden soll, voraus. Erforderlich ist ein funktionaler Zusammenhang zwischen dem ersten, objektiv verwirklichten Teilakt des Entführens oder Sichbemächtigens und dem zweiten, in die Vorstellung des Täters verlagerten Teilakt der angestrebten weitergehenden Nötigung bzw. Erpressung.

2. Nach der ständigen Rechtsprechung des BGH kommt eine erhebliche Verminderung der Schuldfähigkeit bei Beschaffungsdelikten Drogensüchtiger nur ausnahmsweise in Betracht, wenn langjähriger Betäubungsmittelgenuss zu schwerster Persönlichkeitsveränderung geführt hat, wenn der Täter zur Tatzeit unter starken Entzugserscheinungen litt, wenn ein Drogenabhängiger aus Angst vor Entziehungserscheinungen handelte, die er schon als äußerst unangenehm erlebt hatte und als nahe bevorstehend einschätzte, ferner unter Umständen, wenn er die Tat im Zustand aktuellen Rausches verübt hat.

3. Zur Qualifizierung einer Gaspistole als Waffe.

Sachverhalt:

Der Angekl. K hat zwischen Februar 1999 und Januar 2000 4 Banken und einen Supermarkt überfallen, in einem Fall allein, im übrigen unter Mitwirkung weiterer Täter, in einem weiteren Fall auch unter Mitwirkung der beiden Mitangeklagten. Die Überfälle wurden unter Verwendung von Drohmitteln (§ 250 I Nr. 1 b) StGB durchgeführt: In einem Fall mit einer Gaspistole, deren Ladezustand nicht festgestellt ist, sowie einem von dem Angekl. K mitgeführten Taschenmesser, im übrigen unter Verwendung von Spielzeugpistolen. In allen Fällen mit Ausnahme des von der StA im Schuldspruch nicht angefochtenen Falls II 4, wurden Bankkunden und im Fall II 5 ein Angestellter des Supermarktes mit der Gaspistole oder den Spielzeugpistolen bedroht und in Schach gehalten, um hierdurch die jeweiligen Kassierer zum Öffnen der Kas-

senboxen oder der Kasse zu veranlassen.

Das LG hat den Angekl. K wegen scheren Raubs in 5 Fällen zu der Gesamtfreiheitsstrafe von 7 Jahren und 6 Monaten verurteilt und seine Unterbringung in einer Entziehungsanstalt angeordnet. Die Angeklagten Z und F wurden im Fall II 3 wegen Beihilfe zum schweren Raub zu Freiheitsstrafen von 2 Jahren (Z) sowie 1 Jahr und 2 Monaten (F) verurteilt, bei F mit Strafaussetzung. Die Unterbringung des Angekl. Z in einer Entziehungsanstalt hat das LG abgelehnt. Die StA hat ihre Revision auf den Schuldspruch in den Fällen II 1-3 und 5 sowie den gesamten Rechtsfolgenausspruch beschränkt. Das Rechtsmittel der StA hatte Erfolg.

Aus den Gründen:

Auf der Grundlage der Feststellungen des angefochtenen Urteils hat sich der Angekl. K in den Fällen II 1-3 und 5 - entgegen der Wertung des LG - nicht nur wegen schweren Raubs (§ 250 I Nr. 1 b) StGB strafbar gemacht, sondern tateinheitlich hierzu auch wegen erpresserischen Menschenraubs (§ 239 a StGB).

I. Zum Tatbestand des § 239 a I StGB

1. Sichbemächtigten

In allen 4 Fällen haben sich die Täter der Überfälle eines

Menschen bemächtigt. Ein Sichbemächtigen i. S. des § 239 a StGB liegt vor, wenn der Täter die psychische Herrschaft über einen anderen erlangt, wobei weder eine Ortsveränderung erforderlich ist, noch der Tatbestand der Freiheitsberaubung erfüllt sein muss. Dies ist auch in der Weise möglich, dass das Opfer - selbst über eine größere Distanz - mit einer scheinbar echten Schusswaffe bedroht und derart in Schach gehalten wird, das es an einer freien Bestimmung über sich selbst gehindert ist (vgl. BGH StV 1999, 646; NStZ 1999, 509; 1986, 166).

Diese Voraussetzungen sind in allen 4 Fällen gegeben: Im Fall II 1 hielt der Mittäter N der 4 jährigen Tochter einer Bankkundin die Gaspistole an den Kopf und drohte, das Kind zu erschießen. Dies veranlasste die Kassiererin, die Kassenbox zu öffnen. Im Fall II 2 hielt der Angekl. K einer

Kundin eine Spielzeugpistole an den Kopf und erzwang hierdurch von der Kassiererin die Öffnung der Kassenbox. Im Fall II 3 hielt K einer Bankkundin die Spielzeugpistole gegen den Körper, drängte sie zur Kassenbox und forderte den Kassier auf, die Kassenbox zu öffnen und sich auf den Boden zu legen. Während der Mittäter das Geld an sich nahm, bedrohte K weiterhin die auf dem Boden liegende Bankkundin. Im Fall II 5 hielt K einer Angestellten des Einkaufsmarkts die Spielzeugpistole an den Kopf und zwang sie, sich auf den Boden zu legen. Durch diese Drohung veranlasst, öffnete die Kassiererin die Kasse.

2. Zur einschränkenden Auslegung des § 239 a StGB

Das LG hat im Ansatz zutreffend erkannt, dass § 239 a StGB eine eigenständige Bedeutung der Bemächtigungssituation und eine gewisse Stabilisierung der Lage, die ausgenutzt werden soll, voraussetzt. Hierdurch soll vor allem bei Zwei-Personen-Verhältnissen der Anwendungsbereich dieser Vorschriften von den klassischen Delikten mit Nötigungselementen abgegrenzt werden (vgl. BGHSt 40, 350 ff.). Erforderlich ist deshalb bei diesen unvollkommen zweiaktigen Delikten ein funktionaler Zusammenhang zwischen dem ersten objektiv verwirklichten Teilakt des Sichbemächtigens und dem zweiten, in die Vorstellung des Täters verlagerten Teilakt, der angestrebten weitergehenden Erpressung. Der Täter muss beabsichtigen, die durch das Sichbemächtigen für das Opfer geschaffene Lage für sein weiteres Vorgehen auszunutzen (vgl. BGHSt 40, 350, 355; NStZ 1999, 509).

Diese Voraussetzungen sind in allen 4 Fällen gegeben. Bei den festgestellten Drei-Personen-Verhältnissen hat sich durchweg die von der Rechtsprechung geforderte "stabile Zwischenlage" ergeben. Die Bemächtigungssituation hatte nämlich - wie es bei Drei-Personen-Verhältnissen regelmäßig der Fall ist - eine eigenständige Bedeutung als Grundlage für die darüber hinausgehende Nötigung der Kassierer, die Kassenboxen bzw. die Kasse zu öffnen. Im übrigen liegt es - auch ohne dass dies das LG in allen Fällen ausdrücklich festgestellt hat - auf der Hand, dass der Angekl. und die übrigen Mitwirkenden für die über die Bemächtigung hinausgehende Nötigung oder Erpressung die Sorge der Kassierer um das Wohl der bedrohten Tatopfer ausnutzen wollten und ausgenutzt haben.

3. Zur sog. Erpressungsausnutzungsabsicht

Keine näheren Feststellungen hat das LG bisher zu dem zweiten, in die subjektive Vorstellung verlagerten Teilakt der angestrebten Erpressung getroffen. § 239 a StGB setzt voraus, das der Täter beabsichtigt, die Bemächtigungssituation zu einer Erpressung auszunutzen.

a) Zu den möglichen Tätervorstellungen

Hier wollten die Täter in der Bank das Geld aus der Kasse an sich bringen. Offen ist jedoch, ob sie von vornherein beabsichtigen, das Geld - wie es später geschehen ist - selbst wegzunehmen, ob sie die Herausgabe erzwingen wollten oder ob sie beide Möglichkeiten je nach der sich ergebenden Situation in ihre Tatabsichten einbezogen hatten. Im ersten Fall hätten sie - wie das LG wegen des weiteren Tatverlaufs zutreffend angenommen hat - einen schweren Raub beabsichtigt, im zweiten Fall eine schwere räuberische Erpressung und im dritten Fall hätten sie beide Möglichkeiten in ihre Tatplanung einbezogen.

b) Zum Verhältnis von Raub und Erpressung

In allen Fällen hätten die Täter aber tatbestandlich auch eine Erpressung beabsichtigt. In der Rechtsprechung des BGH (vgl. BGHSt 14, 386, 390 mwN) ist anerkannt, dass der Tatbestand der Erpressung den des Raubs mit umfasst. Der Raub ist insofern der besondere Tatbestand gegenüber dem allgemeineren des § 255 StGB. Der engere Tatbestand des Raubs schließt zwar die Anwendung des weiteren Tatbestands der räuberischen Erpressung insoweit aus, als seine Voraussetzungen vorliegen. Das ändert aber nichts daran, dass neben dem speziellen Tatbestand des Raubs zugleich auch der allgemeinere Tatbestand der räuberischen Erpressung erfüllt ist.

c) Auswirkungen auf § 239 a StGB

Für den vorliegenden Fall bedeutet dies, dass es für die Tatbestandsmäßigkeit der Absicht i. S. des zweiten Teilakts des erpresserischen Menschenraubs nicht darauf ankommt, wie die Täter den Kassenbestand unter Ausnutzen der Bemächtigungssituation an sich bringen wollten, ob sie ihn wegnehmen oder seine Herausgabe erzwingen wollten.

Da die Täter den Kassenbestand auf die eine oder die andere Weise an sich bringen wollten, hatten sie die erforderliche Absicht, die Bemächtigungssituation für eine Erpressung auszunutzen.

II. Zum Tatbestand der Geiselnahme (§ 239 b StGB)

Neben § 239 a StGB ist § 239 b im vorliegenden Fall nicht anwendbar. Zwischen erpresserischem Menschenraub und Geiselnahme besteht Gesetzeskonkurrenz (Subsidiarität), wenn die Geiselnahme allein dem Zweck dient, durch Bedrohung des Opfers eine unrechtmäßige Bereicherung zu erlangen (vgl. BGHSt 25, 386).

III. Zum Schuldspruch

Die Aufhebung des Schuldspruchs in den Fällen II 1-3 und 5 hat die Aufhebung des gesamten Rechtsfolgenausspruchs für alle 3 Angeklagten zur Folge. Auch die Einzelstrafe gegen den Angekl. K im Fall II 4 hat keinen Bestand.

1. Zur Verminderung der Schuldfähigkeit infolge Betäubungsmittelabhängigkeit

Das LG hat hier - wie auch in den anderen 4 Fällen - rechtsfehlerhaft einen minder schweren Fall des

schweren Raubs angenommen und dies mit einer erheblichen Verminderung der Schuldfähigkeit des Angekl. zur Tatzeit begründet, die sie aus seiner Drogenabhängigkeit und dem Kokainkonsum vor der Tat hergeleitet hat. Diese Begründung hält der rechtlichen Prüfung nicht stand. Nach der ständigen Rechtsprechung des BGH kommt eine erhebliche Verminderung der Schuldfähigkeit bei Beschaffungsdelikten Drogensüchtiger nur ausnahmsweise dann in Betracht, wenn langjähriger Betäubungsmittelgenuss zu schwerster Persönlichkeitsveränderung geführt hat, wenn der Täter unter starken Entzugserscheinungen litt, wenn ein Drogenabhängiger aus Angst vor Entzugserscheinungen handelte, die er schon als äußerst unangenehm erlebt hatte und als nahe bevorstehend einschätzte, ferner unter Umständen, wenn der die Tat im Zustand eines aktuellen Rauschs verübt hat (vgl. BGHR StGB § 21 BtM-Auswirkungen 2, 6, 7, 8, 12 - jew. mwN).

2. Zur actio libera in causa

Persönlichkeitsveränderungen, starke Entzündungserscheinungen oder Angst des Angekl. hiervoor hat das LG nicht festgestellt. Der Kokainkonsum vor der Tat muss aus dem Gesichtspunkt der vorverlagerten Schuld (actio libera in causa) außer Betracht bleiben, soweit das Kokain erst nach dem Tatentschluss konsumiert wurde.

IV. Zur Qualifizierung einer Gaspistole als Waffe

Für die neue Hauptverhandlung weist der Senat auf folgendes hin.

[...] Im Fall II 1 wird zu prüfen sein, ob sich ergänzende Feststellungen zu der zur Täuschung verwendeten Gaspistole treffen lassen. Trat bei der Pistole - wie bei neueren Modellen allgemein üblich - das Gas nach vorne aus und war die Pistole mit Gaspatronen geladen, handelte es sich um eine Waffe i. S. des § 250 II Nr. 1 StGB (BGHSt 45, 92, 93 mwN). War die Pistole dagegen mit Platzpatronen geladen, wurde sie durch die hier festgestellte gefährliche Art der Verwendung zu einer Bedrohung unmittelbar am Kopf des Kindes zu einem gefährlichen Werkzeug, so dass auch dann die Qualifikation des § 250 II Nr. 1 StGB erfüllt ist (vgl. BGH Beschl. v. 15. 5. 2001 - 3 StR 153/01; BGHR StGB § 250 II Nr. 1 Waffe 2; BGH NStZ-RR 1999, 102 f. - jew. mwN).

Urteile in Fallstruktur

Standort: Öffentliches Recht

Problem: Gemeingebrauch oder Sondernutzung?

VG KARLSRUHE, URTEIL VOM 13.07.2001
8 K 1632/98 (NJW 2002, 160)

Problemdarstellung:

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

Im vorliegenden Fall hielt die bekl. Stadt das Verkaufen von Zeitungen an Sonntagen durch Händler von "Hand zu Hand" auf ihren Straßen für Sondernutzung, während die klagende Vertriebsgesellschaft festgestellt haben wollte, dass es sich dabei um Gemeingebrauch handelte. Das VG grenzt beide Bereiche voneinander ab, wobei es ausführlich auf die Rspr. des BVerfG zum sogen. "kommunikativen Gemeingebrauch" eingeht und die Frage erörtert, inwieweit diese zu Art. 5 I 1 GG (Meinungsfreiheit) entwickelten Grundsätze auch für Art. 5 I 2 GG (Pressefreiheit) gelten.

Prüfungsrelevanz:

In der RA wurde bereits mehrfach über Fälle aus dem Straßen- und Wegerecht berichtet, in denen die Abgrenzung zwischen Gemeingebrauch und Sondernutzung eine Rolle spielte (zuletzt RA 2001, 445; vgl. auch Vertiefungshinweise). Bei diesem Problem handelt es sich um einen echten "Examensklassiker", bei dem es entscheidend auf die Erkenntnis ankommt, dass die landesrechtlichen Normen über den Gemeingebrauch nicht auf ihren Wortlaut reduziert werden dürfen, sondern im Lichte der Grundrechte, insbes. des Art. 5 I 1 GG, weit auszulegen sind. Diese erlauben den Gemeingebrauch zum Zwecke der Grundrechtsausübung, im Falle des Art. 5 I 1 GG also zum Zwecke der Kommunikation ("Kommunikativer Gemeingebrauch"). Allerdings findet auch die Grundrechtsausübung wieder ihre Grenzen in straßen- und straßenverkehrsrechtlichen Notwendigkeiten sowie dem Gemeingebrauch Dritter. Als Faustformel gilt, dass eine gewerbliche Nutzung (Verkauf von Waren) und/oder das Bereiten von Hindernissen (z.B. durch Verkaufstische) Sondernutzung indizieren, während umgekehrt ein gemeinnütziger Zweck ohne Einschränkung des Gemeingebrauchs Dritter (z.B. das

Verteilen von Wahlwerbung in Form von Handzetteln) für Gemeingebrauch spricht. Natürlich gibt es Grenzfälle (Bsp.: Bereitet der Pflastermaler ein Hindernis? Verfolgt er gewerbliche Zwecke oder fröhnt er der Kunst? Wie ist es, wenn Wahlwerbung auf Plakaten aufgestellt wird? Wie, wenn Gewerbetreibende Handzettel verteilen?) Diese Beispiele zeigen, dass letztlich immer eine Einzelfallbetrachtung erforderlich ist, bei der sich i.Ü. häufig beide Ergebnisse vertreten lassen.

Vertiefungshinweise:

" Wahlwerbung als Sondernutzung: *VG Gießen*, RA 2001, 445 = NVwZ-RR 2001, 418

" Anspruch auf Erteilung der Sondernutzungserlaubnis im Hinblick auf die Pressefreiheit: *VGH München*, NVwZ-RR 2000, 726

" Zur Sondernutzungserlaubnis für einen Informationsstand: *VG Frankfurt a.M.*, NVwZ-RR 1998, 88

" Kriterien für Vergabe einer Sondernutzungserlaubnis: *VGH Mannheim*, RA 2001, 190 = NVwZ-RR 2001, 159

Leitsatz:

Das Grundrecht der Pressefreiheit nach Art. 5 I 2 GG gebietet nicht die erlaubnisfreie Zulassung eines ausschließlich gewerblich-kommerziellen, nicht (auch) auf Kommunikation angelegten Handverkaufs von Presseerzeugnissen auf der Straße (hier: Straßenverkauf von Sonntagszeitungen von Hand zu Hand durch selbstständige, mit dem Zeitungsverlag organisatorisch eng verbundene Vertriebsstellen).

Sachverhalt:

Die Kl. vertreibt im Stadtgebiet der baden-württembergischen Stadt X. für Y deren Zeitungen, indem sie diese an selbstständige sogen. "Sonntagshändler" liefert, die die Zeitungen am Sonntag auf der Straße von Hand zu Hand oder an sogen. "Festleser" nach Hause verkaufen. Die als solche erkennbaren Händler (rote Jacken und Mützen mit entsprechender Aufschrift) führen dabei die Zeitungen in Umhängetaschen mit sich. In der Vergangenheit wurden die von der Vertriebsstelle der Kl. belieferten Straßenhändler wiederholt durch Beamte des Polizeivollzugsdienstes unter Hinweis auf die Erlaubnispflichtigkeit ihrer Tätigkeit nach der Sondernutzungssatzung der Stadt X aufgefordert, den Zeitungsverkauf zu unterlassen. Mit

Schreiben vom 14.5.1998 forderte die Kl. die Bekl. auf zu bestätigen, dass für den Handverkauf von Zeitungen in der o.g. Weise keine Sondernutzungserlaubnis erforderlich sei. Demgegenüber stellte die Bekl. klar, dass nach ihrer Auffassung eine erlaubnispflichtige Sondernutzung vorliege. Die Kl. begehrt daraufhin die verwaltungsgerichtliche Feststellung der Erlaubnisfreiheit.

Hat die Klage Erfolg?

[Anm.: Der Fall ist nach dem Landesrecht des bad.-württ. Originalfalls gelöst. Soweit Abweichungen zum Landesrecht der anderen Bundesländer vorkommen, sind diese in der Lösung kenntlich gemacht.]

Lösung:

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

A. Zulässigkeit

Die Klage ist vor dem VG zulässig, soweit der Verwaltungsrechtsweg eröffnet ist und die Sachurteilsvoraussetzungen erfüllt sind.

I. Verwaltungsrechtsweg

Mangels aufdrängender Spezialzuweisung richtet sich die Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs nach § 40 I 1 VwGO, der eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art voraussetzt. Die Streitigkeit ist nach der modifizierten Subjektstheorie öffentlich-rechtlich, wenn die streitentscheidenden Normen ausschließlich einen Hoheitsträger berechtigen bzw. verpflichten. Dies ist mit §§ 13, 16 StrG BW, welche die Frage der Erlaubnisfreiheit bzw. -pflichtigkeit der Straßennutzung regeln, der Fall, da hierüber eine Behörde zu entscheiden hat. Ferner ist die Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art, da vorliegend über Verwaltungs- und nicht über Verfassungsrecht gestritten wird und zudem nicht ausschließlich Verfassungsorgane oder deren Teile am Rechtsstreit beteiligt sind.

[Anm.: In den anderen Bundesländern existieren in deren Straßen- und Wegegesetzen entsprechende Regelungen, vgl. z.B. §§ 14 ff. StrWG NW; Art. 14 ff. BayStrWG; 10 ff. BerlStrG; 15 ff. BremLStrG; 16 ff. HambWG; 14 ff. HessStrG; 14 ff. SaarlStrG; 14 ff. StrG Nds.; 34 ff. LStrG Rh.-Pf.; 20 ff. StrWG Schl.-H.]

II. Statthafte Klageart

Die statthafte Klageart richtet sich gem. § 88 VwGO nach dem Begehren der Klägerin. Diese begehrt die Feststellung, dass sie ohne Genehmigung zum Verkauf von Sonntagszeitungen im Stadtgebiet von X durch ihre Händler berechtigt ist. Statthafte Klageart hierfür könnte eine Feststellungsklage i.S.d. § 43 I VwGO sein. Mit dieser Klage kann u.a. die Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechts-

verhältnisses begehrt werden.

Als Rechtsverhältnis sind die aus einem konkreten Sachverhalt aufgrund einer öffentlich-rechtlichen Regelung sich ergebenden rechtlichen Beziehungen einer Person zu einer anderen Person oder zu einer Sache anzusehen (BVerwGE 14, 235; 62, 342). Genehmigungspflichten begründen Rechtsbeziehungen zwischen dem Antragenden (i.d.R. dem Bürger, hier also der Kl. als Privatrechtssubjekt) und dem Rechtsträger der Genehmigungsbehörde als juristische Person des öffentlichen Rechts. Der konkrete Sachverhalt ergibt sich aus der Frage, ob der Zeitungsverkauf in der geschilderten Weise vorgenommen werden darf; dieser Sachverhalt ist auch von öffentlich-rechtlichen Normen, namentlich den §§ 13, 16 StrG BW geordnet. Die Genehmigungspflicht ist also ein Rechtsverhältnis i.S.d. § 43 I VwGO. Das Begehren der Kl. ist auf dessen Nichtbestehen gerichtet; mithin ist die (negative) Feststellungsklage statthaft.

III. Feststellungsinteresse

Die Kl. müßte weiterhin gem. § 43 I VwGO ein berechtigtes Interesse an der mit der Klage begehrten Feststellung haben. Dieses umfaßt grundsätzlich jedes öffentlich-rechtliche und privatrechtliche, schutzwürdige Interesse rechtlicher, wirtschaftlicher oder ideeller Art (BVerwGE 50, 60 [62]; BVerwG NJW 1982, 2205). Vorliegend rügt die Kl. eine Verletzung ihrer Pressefreiheit dadurch, dass die Stadt auf dem Genehmigungsvorbehalt besteht. Diese ist in Art. 5 I 2 GG rechtlich geschützt. Folglich hat die Kl. ein rechtliches Interesse an der gerichtlichen Feststellung der Genehmigungsfreiheit des Verkaufs.

IV. Klagebefugnis

Streitig ist, ob darüber hinaus eine Klagebefugnis analog § 42 II VwGO, also die Möglichkeit einer Verletzung eigener Rechte der Kl., zu fordern ist (ablehnend z.B. Schoch, JuS 1987, 783, 790; Erichsen, Jura 1994, 385, 386; Laubinger, VerwArch 82, 459, 494; bejahend das BVerwG in st. Rspr., vgl. BVerwG, NVwZ 1991, 470, 471; NJW 1996, 139). Die Streitentscheidung mag jedoch dahinstehen, da der Kl. hier - wie gezeigt - mit Art. 5 I 2 GG ein Recht zur Seite steht, dessen Verletzung hier zumindest nicht von vornherein ausgeschlossen und damit möglich erscheint. Die Kl. ist jedenfalls klagebefugt.

[Anm.: Sollte eine Streitentscheidung einmal erforderlich sein, spricht für die Rspr. und wohl h.M., dass auch die Subsidiaritätsklausel des § 43 II VwGO daran anknüpft, dass der Kläger seine "Rechte" anderweitig verfolgen kann. Würde man eine reine Interessenverletzung genügen lassen, wäre diese Klausel irrelevant. Zudem ergibt sich die Notwendigkeit einer Rechtsverletzung schon aus der Tatsache, dass nur ein Rechtsverhältnis, nicht aber eine reine Interessenbeziehung, Gegenstand der Feststellungsklage sein kann (Schoch/Schmidt-Aßmann/ Pietzner, VwGO, § 43 Rz. 31). Auch kann nicht argumentiert werden, das

von § 43 I a. E. VwGO geforderte Feststellungsinteresse sei dann überflüssig; dieses kann als Ausprägung des allgemeinen Rechtsschutzinteresses vielmehr immer noch die Fälle herausfiltern, in denen eine einfachere, bessere oder schnellere Möglichkeit der Rechtsverfolgung besteht (Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, a.a.O.).]

IV. Keine Subsidiarität

Gem. § 43 II VwGO ist die Feststellungsklage außerhalb der Nichtigkeitsfeststellungsklage subsidiär zu Gestaltungs- oder Leistungsklagen. Vorliegend könnte die Kl. möglicherweise gleich auf Erteilung einer Genehmigung klagen. Statthaft hierfür wäre die Verpflichtungsklage nach § 42 I, 2. Fall VwGO als besondere Form der Leistungsklage. Allerdings entspricht dies gerade nicht dem Begehren der Kl., die ja gerade die Genehmigungsfreiheit für sich in Anspruch nimmt. Dem VG genügt dies zur Verneinung der Subsidiarität:

“Sie [die Kl.] kann auch nicht darauf verwiesen werden, das von ihr behauptete Recht im Wege der Verpflichtungsklage geltend zu machen, weil es nach ihrer Auffassung gerade ohne Erlaubnis ausgeübt werden kann.”

V. Klagegegner

Der Klagegegner bei einer Feststellungsklage ist in der VwGO nicht geregelt. Er bestimmt sich mithin nach dem das gesamte deutsche Prozessrecht durchziehenden, allgemeinen Rechtsträgerprinzip. Rechtsträger der für das StrG BW zuständigen Behörden ist die Stadt X. Diese ist mithin richtige Beklagte, wobei mangels gegenteiliger Anhaltspunkte im Sachverhalt davon auszugehen ist, dass die Klage sich auch gegen diese richtete.

Die Klage ist danach insgesamt zulässig.

B. Begründetheit

Die negative Feststellungsklage ist begründet, wenn das streitige Rechtsverhältnis nicht besteht, d.h. im vorliegenden Fall der Verkauf von Sonntagszeitungen durch die Kl. im Stadtgebiet der Bekl. genehmigungsfrei ist.

Eine Genehmigungspflicht könnte sich hier aus § 16 StrG BW ergeben, der die Sondernutzung der öffentlichen Straßen von der vorherigen Erteilung einer Genehmigung abhängig macht. Demgegenüber ist nach § 13 StrG BW der Gemeingebrauch der öffentlichen Straßen jedermann gestattet, also genehmigungsfrei. Mithin stellt sich die Frage, ob die Verkaufstätigkeit der Kl. erlaubnisfreier Gemeingebrauch ist - dann wäre die Klage begründet -, oder erlaubnispflichtige Sondernutzung - dann wäre die Klage unbegründet.

I. Inhalt des Gemeingebrauchs nach einfachem Recht

Das VG orientiert sich bei seiner Abgrenzung zunächst am Wortlaut der einfach-gesetzlichen Vorschriften, also der §§ 13 und 16 StrG BW:

“Nach § 13 I StrG BW ist Gemeingebrauch der Gebrauch der öffentlichen Straßen, der jedermann im Rahmen der Widmung und der Straßenverkehrsvorschriften innerhalb der verkehrsüblichen Grenzen gestattet ist, soweit er den Gemeingebrauch anderer nicht unzumutbar beeinträchtigt. Maßgebend ist vor allem der Widmungszweck, nämlich der Gebrauch der Straße zum öffentlichen Verkehr (§ 2 I StrG BW). [...] Da die Kl. sich nicht auf eine ausdrückliche Widmung öffentlicher Verkehrsflächen in X. für gewerbliche Betätigungen oder darauf berufen kann, dass eine solche Nutzung nach der örtlichen Verkehrsanschauung zum Gemeingebrauch gehört, [wäre] die beabsichtigte Tätigkeit [insoweit] nach § 16 I 1 StrG BW erlaubnispflichtig.”

II. Erweiterung im Lichte der Grundrechte

Fraglich ist jedoch, ob der Gemeingebrauch tatsächlich auf den Umfang beschränkt ist, den der Wortlaut des § 13 I StrG BW nahelegt. Möglicherweise ist es im Lichte der Grundrechte erforderlich, den Begriff weiter auszulegen. Die hierzu allgemein vertretene Erweiterung auf den Gebrauch bestimmter Straßen zum Zwecke der Kommunikation erkennt auch das VG:

“Vom Verkehrszweck erfasst ist allerdings nicht nur die Nutzung der Straße zum Aufenthalt oder zur Fortbewegung, sondern - insbesondere im Bereich von Fußgängerzonen oder verkehrsberuhigten Zonen - auch die Begegnung und Kommunikation mit anderen Verkehrsteilnehmern (VGH Mannheim, NVwZ 1998, 91; st. Rspr.). Mit dieser erweiternden Auslegung des "Verkehrsbegriffs" wird auch den Anforderungen des Art. 5 I 1 GG Rechnung getragen. Das Grundrecht auf freie und ungehinderte Meinungsäußerung schützt nämlich auch solche Mittel und Formen der Straßennutzung, die für die Meinungsäußerung "in Wort, Schrift und Bild" typisch sind, wie etwa persönliche Gespräche und Diskussionen oder das Verteilen von Flugblättern, Broschüren und Zeitungen als Mittel der Meinungsäußerung sowie das Sammeln von Unterschriften (vgl. BVerwGE 56, 63, 66). Sofern hierbei die Straße nicht gegenständlich, etwa durch Aufstellen von Informationsständen oder Plakatständen in Anspruch genommen wird, darf diese Form der Meinungsäußerung keinem Erlaubnisvorbehalt unterworfen werden (BVerfG, NVwZ 1992, 53).

Ob dies auch dann gilt, wenn die individuelle Meinungsäußerung auf der Straße mit der Verfolgung kommerzieller Interessen einhergeht, ist fraglich (offen gelassen VGH Mannheim, NVwZ 1998, 91; vgl. etwa OLG Düsseldorf, NJW 1998, 2375: Gemeingebrauch bis zur Grenze der Kostendeckung). Jedenfalls überschreitet eine ausschließlich kommerzielle Nutzung der Straße ohne kommunikative Zwecksetzung den durch die Widmung vorgegebenen Rahmen und unterfällt daher nicht mehr dem zulassungsfreien Gemeingebrauch (VGH Mannheim, NVwZ 1998, 91).”

III. Subsumtion

Fraglich ist nun, ob das Verteilen von Zeitungen durch die Kl. bzw. deren Händler noch kommunikativer Gemeingebrauch im o.g. Sinne ist, oder diesen Rahmen bereits überschreitet und damit zur erlaubnispflichtigen Sondernutzung gehört. Sondernutzung läge jedenfalls dann vor, sie sich für ihr Verhalten gar nicht auf Grundrechte berufen könnte, mithin auch nicht im Lichte derselben eine Erweiterung des Gemeingebrauchs zu ihren Gunsten geboten wäre. Das VG prüft Meinungs- und Pressefreiheit:

1. Meinungsfreiheit, Art. 5 I 1 GG

“Die Kl. verfolgt mit dem Verkauf der Sonntagszeitungen nicht (auch) ihr Grundrecht auf Meinungsäußerungsfreiheit nach Art. 5 I 1 GG. Ihr geht es nicht darum, für bestimmte, in den Sonntagszeitungen vertretene Meinungen zu werben und diese zu verbreiten. Die von ihr vertriebenen Publikationen stellen sich für sie lediglich als Ware dar, die sie ohne Rücksicht auf den Inhalt verteilt (vgl. BVerfGE 77, 346, 355). Dementsprechend kommt es nicht zu einem individuellen Meinungs- und Informationsaustausch zwischen den von der Kl. belieferten Verkäufern und anderen Verkehrsteilnehmern. Von den Käufern wird auch nicht nur eine kostendeckende Schutzgebühr verlangt, vielmehr will die Kl. Gewinn erzielen (vgl. hierzu OLG Düsseldorf, NJW 1998, 2375). Die Verkäufer bewegen sich schließlich auch nur zu diesem Zweck wie Fußgänger auf der Straße (vgl. BVerwGE 35, 326, 329). Eine derartige, nicht auf individuelle Begegnung angelegte, sondern an die Allgemeinheit gerichtete, ausschließlich wirtschaftliche Betätigung, bei der die Straße ähnlich einem Geschäftsraum zur Abwicklung von Geschäften genutzt wird, unterfällt nicht mehr dem Gemeingebrauch (VGH Mannheim NVwZ 1998, 91). Hierfür ist unerheblich, ob äußerlich erkennbar ist, dass es der Kl. nicht um Meinungsäußerung, sondern um Gewinnerzielung geht (ebenso VGH Mannheim, NVwZ 1998, 91; wohl auch BVerwGE 35, 323; Papier, Recht der öffentlichen Sachen, 3. Aufl. [1998], S. 94). Abgesehen davon ist hier nach dem äußeren Erscheinungsbild jedermann klar, dass der Verkauf der Zeitungen in rein kommerzieller Absicht erfolgt.”

2. Pressefreiheit, Art. 5 I 2 GG

“An diesem Ergebnis ändert nichts, dass es vorliegend um die Verteilung von Presseerzeugnissen auf der Straße geht. Entgegen der Auffassung der Kl. erfordert nämlich auch das Grundrecht der Pressefreiheit nicht, dass der rein kommerzielle Verkauf von Presseerzeugnissen auf der Straße erlaubnisfrei zugelassen wird (a.A. wohl Papier, a.a.O., S. 95 Rdnr. 97).”

a. Schutzbereich betroffen

“Allerdings dürfte die Vertriebsstelle der Kl. verfassungsrechtlich geschützt sein. Art. 5 I 2 GG schützt vor allem die institutionell-organisatorischen

Voraussetzungen und Rahmenbedingungen, die gegeben sein müssen, damit die Presse ihre Aufgabe im Kommunikationsprozess erfüllen kann (BVerfGE 85, 1, 12 f.). Vor diesem Hintergrund ist auch eine aus dem Presseunternehmen ausgegliederte, selbstständige Dienstleistung in den Schutzbereich der Pressefreiheit einbezogen, wenn sie in enger organisatorischer Bindung an die Presse erfolgt, für das Funktionieren einer freien Presse notwendig ist und wenn sich die staatliche Regulierung dieser Tätigkeit zugleich einschränkend auf die Meinungsverbreitung auswirkt (BVerfGE 77, 346). Diese Voraussetzungen dürften für die Vertriebsstelle der Kl. und den hier in Rede stehenden Verkauf von Sonntagszeitungen auf der Straße von Hand zu Hand vorliegen. Die Vertriebsstelle der Kl. ist durch Abreden der Vertriebsbindung, Exklusivbindung, Preisbindung, Gebietszuweisung und eines Rückgaberechts für nicht verkaufte Exemplare organisatorisch eng mit dem Presseunternehmen verbunden (ebenso BVerfGE 77, 346, 355 zu den Pressegrossisten).

b. Eingriff

Ob der Schutzbereich durch die Erlaubnispflicht als solche bereits verkürzt wird, lässt das VG offen:

“Die Kl. hat auch nachvollziehbar dargelegt, dass die Verbreitung der Sonntagszeitungen des Presseunternehmens angesichts der Beschränkungen für den stationären Verkauf am Sonntag auch bei verstärktem Verkauf an "Festleser" von Haus zu Haus in einigem Umfang von der Möglichkeit des ambulanten Straßenverkaufs abhängt. Schließlich ist auch die Meinungsverbreitung am Sonntag verfassungsrechtlich geschützt (vgl. BVerwGE 84, 86, 90 ff. im Zusammenhang mit der Erteilung einer Ausnahme vom Verbot der Sonntagsbeschäftigung). Vorliegend geht es indes nicht um die Ausübung des Erteilungsermessens nach § 16 I StrG BW, sondern um die Verfassungsmäßigkeit des Erlaubnisvorbehalts als solchem mit Blick auf Art. 5 I 2 GG. Es ist fraglich, ob sich diese staatliche Regulierung - für sich genommen - überhaupt einschränkend auf die Meinungsverbreitung auswirken kann (vgl. BVerfGE 77, 346, 354 f.). Letztlich kann [dies] jedoch dahinstehen.”

c. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Das VG ist der Ansicht, dass ein Eingriff, so er vorläge, jedenfalls gerechtfertigt wäre:

“Der Erlaubnisvorbehalt des § 16 I 1 StrG BW für einen rein kommerziellen Verkauf von Presseerzeugnissen auf der Straße begegnet auch für den Fall keinen verfassungsrechtlichen Bedenken, dass der Verkauf dem Schutz der Pressefreiheit unterfällt.

Die Regelung ist mit Blick auf die Kontroll- und Ausgleichsfunktion des Verfahrens zur Erteilung der Sondernutzungserlaubnis gerechtfertigt und beeinträchtigt eine etwaige Ausübung der Pressefreiheit nicht unverhältnismäßig.

aa. Geringfügige Belastung durch Genehmigungsvor-

behalt

Es ist schon nicht erkennbar, dass die Ausübung der Pressefreiheit überhaupt nennenswert eingeschränkt sein könnte. Insoweit bestehen deutliche Unterschiede zu dem nach Art. 5 I 1 GG geschützten kommunikativen Gebrauch der Straße. Es liegt auf der Hand, dass die auf individuelle Begegnung und - gegebenenfalls auch spontanen - Meinungsaustausch angelegte Ausübung der Meinungsfreiheit im öffentlichen Verkehrsraum erheblich behindert würde, wenn zuvor jedes Mal eine Erlaubnis eingeholt werden müsste. Daher ist der kommunikative Gebrauch der Straße (ohne gegenständliche Inanspruchnahme) auch grundsätzlich zulassungsfrei zu gewähren (BVerfG, NVwZ 1992, 51). Dagegen löst das Erfordernis der vorherigen Einholung einer Erlaubnis typischerweise keine vergleichbaren organisatorischen Hindernisse aus, wenn es um eine gewerbliche, ständig wiederkehrende Nutzung der Straße geht. Das trifft auch für den vorliegenden Fall zu. Der Kl. ist es ohne weiteres möglich, das beabsichtigte Gewerbe zu umschreiben und Ort, Zeit sowie Umfang des geplanten Straßenverkaufs anzugeben. Dies stellt sie auch nicht in Abrede. Im Gegenteil sieht sie sich nicht durch die Erlaubnispflicht selbst, sondern durch die mit der Erlaubniserteilung gegebenenfalls verbundene Erhebung von Gebühren in ihrer Pressefreiheit beeinträchtigt. Die Gebührenpflicht ist jedoch nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens. Vielmehr kann Rechtsschutz gegen eine konkrete Gebührenfestsetzung erlangt werden, die dann gegebenenfalls auch nach ihren faktischen Auswirkungen auf die Möglichkeit des Vertriebs von Sonntagszeitungen zu würdigen sein wird.“

bb. Rechtfertigung durch Kontroll- und Ausgleichsfunktion

“Da der Erlaubnisvorbehalt für eine rein kommerzielle Verbreitung von Presseerzeugnissen auf der Straße für sich genommen allenfalls geringfügige Beeinträchtigungen der Pressefreiheit zur Folge hat, ist die Regelung wegen der Kontroll- und Ausgleichsfunktion des Verfahrens zur Erteilung einer Sondernutzungserlaubnis ohne weiteres gerechtfertigt. Auch machen die allgemeinen Regeln und Verbote der StVO (vgl. §§ 1, 33 StVO) konkrete, auf den Einzelfall bezogene Anordnungen im Rahmen des Erlaubniserteilungsverfahrens nicht entbehrlich, wie die Kl. meint. Das gilt etwa hinsichtlich folgender Gesichtspunkte:

(1). Zwar macht es mit Blick auf die Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs oder die Sauberkeit der Straßen keinen nennenswerten Unterschied, ob Druckerzeugnisse verkauft oder etwa kostenlos verteilt werden, solange dies - wie hier - von Hand zu Hand geschieht. Es ist jedoch hinsichtlich der Gemeinverträglichkeit der Verteilung von Druckerzeugnissen von Bedeutung, ob Passanten hierbei zum Zwecke der Information über bestimmte Meinungen und des Aus-

tauschs hierüber oder in rein kommerzieller Absicht gezielt angesprochen werden. Verkehrsteilnehmer müssen jederzeit damit rechnen, mit Meinungsäußerungen konfrontiert zu werden, weil insbesondere Fußgängerzonen oder verkehrsberuhigte Bereiche typischerweise und widmungsgemäß als Forum für einen ungehinderten Austausch von Informationen und Meinungen genutzt werden. Es gehört jedoch grundsätzlich nicht zur Funktion eines öffentlichen Verkehrsweges, als weiterer Verkaufsraum neben den bereits vorhandenen Ladengeschäften zur Verfügung zu stehen. Daher wird der Gemeingebrauch anderer beeinträchtigt, wenn sie in rein kommerzieller Absicht gezielt angesprochen werden (vgl. dazu OVG Lüneburg, NVwZ-RR 1996, 247, 248). Das Interesse der Verkehrsteilnehmer, von Verkaufsgesprächen auf der Straße verschont zu bleiben, ist besonders dann schutzwürdig, wenn es - wie hier - um einen Straßenverkauf am Sonntag geht. Im Übrigen erfordert auch die Funktionsfähigkeit der Presse nicht, dass die Passanten zum Zwecke des Verkaufs der Publikation gezielt angesprochen werden. Vor diesem Hintergrund erscheint die Erlaubnispflicht nach § 16 I 1 StrG BW notwendig, um eine Kontrolle der Gemeinverträglichkeit des Straßenverkaufs etwa durch entsprechende Auflagen zu ermöglichen.

(2). Zu erwähnen ist auch, dass jedenfalls der rein kommerzielle Straßenverkauf regelmäßig die Geschäftsinteressen konkurrierender Gewerbetreibender berührt (vgl. zur dahingehenden Ausgleichsfunktion der Sondernutzungserlaubnis VGH Mannheim, NJW 1987, 1839, 1842). Die gewerblichen Anlieger, die zumindest in den Innenstädten häufig hohe Mieten bezahlen müssen, aber auch die Vermieter oder Verpächter von Ladengeschäften, die gegebenenfalls Anliegerbeiträge haben entrichten müssen, haben ein schutzwürdiges Interesse daran, dass die Straße nicht konkurrierenden Gewerbetreibenden (kostenlos) als weiterer "Verkaufsraum" zur Verfügung gestellt wird. Die Notwendigkeit eines Ausgleichs dieser konkurrierenden Geschäftsinteressen erscheint auch hier mit Rücksicht darauf gegeben, dass in X. die Sonntagszeitungen auch von Kiosken und Tankstellen aus verkauft werden können.

(3). Schließlich kann der Zeitungsverkauf auf Bürgersteigen entlang befahrbarer Straßen auch das Interesse von Autofahrern wecken und dadurch - je nach den örtlichen Gegebenheiten - die Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs gefährden.“

d. Ergebnis

“Nach allem ist auch mit Blick auf Art. 5 I 2 GG nicht davon auszugehen, dass der Straßenverkauf von Sonntagszeitungen an Sonntagen von Hand zu Hand Gemeingebrauch ist.“ Die Klage ist mithin zulässig, aber unbegründet und hat folglich keinen Erfolg.

Standort: Zivilrecht**Problem: Verbreitung von Computerviren**

LG HAMBURG, URTEIL VOM 18.07.2001
401 O 63/00 (NJW 2001, 3486)

Problemdarstellung:

In diesem Rechtsstreit hatte die Bekl., die sich als Spezialist für digitale Speichermedien in der EDV-Branche präsentierte, sich gegenüber der Kl. verpflichtet, eine Masterdiskette mit Brieftextvorlagen auf Viren zu überprüfen und für die Kunden der Kl. zu duplizieren. Bei den Kunden der Kl. stellte sich heraus, dass alle Disketten an einem bestimmten Virus litten, der bereits auf der Masterdiskette sich befand. Das fragliche Virus war in der Computerbranche schon längere Zeit bekannt und hätte mit einem aktuellen Anti-Virus-Programm beseitigt werden können. Die Kl. verlangt nunmehr Schadensersatz wegen der gesamten Rückrufaktion für die befallenen Disketten.

Das Landgericht stellt dazu fest, dass der Unternehmer, der in einem Werkvertrag sich zur Überprüfung einer Masterdiskette auf Viren anbietet und sich hierfür bezahlen lässt, verpflichtet ist, die neuesten Anti-Virus-Programme einzusetzen. Unerheblich ist dabei, ob der fragliche Virus vergleichsweise harmlos ist bzw. keine erhebliche Störung verursacht, da jeder Virus beim Benutzer zu Irritationen führt und in der Kundenpflege kontraproduktiv ist.

Des weiteren stellt das Landgericht fest, dass die AGBs der Bekl. nicht in den Vertrag miteinbezogen waren, weil sie erst mit der Rechnung an die Kl. präsentiert wurden.

Schließlich verneinte das Gericht auch eine Präklusion des Schadensersatzanspruchs gem. §§ 377, 378, 381 HGB wegen mangelnder Untersuchung des Werkes. Es wäre zum Inhalt bzw. Ziel des Werkvertrages für die Kl., keine eigene Überprüfung der Masterdiskette auf Virengefahr hin überprüfen zu müssen, unsinnig, wenn die Kl. zur Erhaltung ihrer Rechte dann doch noch die Disketten überprüfen müsste.

Prüfungsrelevanz:

In prüfungsrelevanter Hinsicht ist dieser Fall schon allein wegen der Abgrenzung zwischen werkvertraglichen Gewährleistungsrecht (§§ 633 ff. BGB) und Schadensersatz aus p.F.V. wichtig. Da es nicht um den Ersatz eines Mangelschadens geht, der dem Werk unmittelbar angehaftet hat, sondern um einen entfernteren Mangelfolgeschaden, der sich an anderen Rechtsgütern Dritter realisiert hat, war Schadensersatz aus p.F.V. zu gewähren.

Außerdem ist die teleologische Reduktion der §§ 377 ff. HGB interessant. Dem Kaufmann wird die Pflicht zur Untersuchung der empfangenen Waren auferlegt, damit er etwaige Mängelrecht unverzüglich durch Rüge geltend zu machen hat. Besteht aber die ge-

schuldete Leistung an den Kaufmann in der Untersuchung einer Ware, wäre eine Untersuchung der Untersuchung widersinnig.

Vertiefungshinweis:

" Zu Computerviren und Produkthaftung: *Bartsch*, CR 2000, 721; *Schneider/Günther*, CR 1997, 389; *LG Köln*, NJW 1999, 3206

Kursprogramm:

" *Examenskurs*: "Mieser Klebstoff"

Leitsätze:

1. Wer sich zur Überprüfung einer Masterdiskette auf Viren anbietet und sich hierfür bezahlen lässt, verpflichtet sich damit, die neuesten Anti-Virus-Programme einzusetzen.

2. Ein Kaufmann, der sich für die Überprüfung einer Ware auf Fehlerfreiheit eines anderen bedient, muss nicht hinterher zur Meidung von Rechtsnachteilen aus §§ 377 ff. HGB einen neuen Sachverständigen mit der Überprüfung der Mangelfreiheit der Arbeiten betrauen. (Leitsätze der Redaktion)

Sachverhalt:

Die Kl. nimmt die Bekl. auf Schadensersatz in Anspruch. Die Kl. unterhält eine Agentur für Gesundheitskommunikation. Zu ihren Kunden zählt unter anderem auch die Firma J. Die Bekl. befasst sich unter anderem mit der Vervielfältigung von Datenträgern; sie bezeichnet sich auf ihrer Webseite im Internet als spezialisiert auf "digitale Speichermedien in der EDV-Branche" und behauptet, sie gehöre "mit ihren Schwerpunkten, der Duplizierung, Verpackung, Logistik und Komplettlösungen, ... heute zu den größten und vielseitigsten europäischen Anbietern auf der Ebene der neuen Medien". Im Auftrag der Firma J hatte die Kl. Disketten mit Brieftextvorlagen, die von Optiker-Fachgeschäften im Geschäftsverkehr sollten eingesetzt werden können, zu vervielfältigen und an entsprechende Kunden der Firma J zu versenden. Auf ihre Anfrage bot die Bekl. der Kl. die Überprüfung der Masterdiskette und ihre 1000-fache Duplizierung an; in einem Anhang zu diesem Vertragsangebot beschrieb sie dieses dahin, dass es die "Überprüfung der Masterdisketten auf Viren mit aktueller Anti-Virus-Software" umfasse. Am 19. 3. 1999 bezog sich die Kl. in einem Schreiben an die Bekl. auf deren Angebot, übersandte ihr eine Diskette mit Mailing-Texten "zur Erstellung einer Masterdiskette inkl. Überprüfung zum Preise von ... und zur Duplizierung ... von 1000 Disketten"; diese sollten bis zum 23. 3. 1999, 9.00 Uhr an eine Firma P geliefert werden. Mit Fax vom 22. 3. 1999, 10.05 Uhr, dankte die Bekl. der Kl.

für den Auftrag und erbat eine Gewährleistungs- und Freistellungserklärung, welche die Kl. unter dem 22. 3. 1999 abgab. In einem weiteren Fax vom 22. 3. 1999 (10.39 Uhr) dankte die Bekl. der Kl. erneut für den Auftrag und übersandte eine "Auftragsbestätigung", in der sie auf ihre AGB verwies; ob die Kl. dieses Schreiben erhalten hat, ist streitig. Die Bekl. vervielfältigte die ihr überlassene Diskette, versandte die produzierten Stücke an die vorgesehene Lieferanschrift und berechnete ihre Arbeiten der Kl.; auch in dieser Rechnung nahm die Bekl. auf ihre Geschäftsbedingungen Bezug. Nachdem ein Teil der Disketten an Adressaten versandt worden war und nachdem ein Teil von diesen die Disketten bestimmungsgemäß genutzt hatte, kam es bei einigen zu einem Virusbefall der Word-Dateien. Die Disketten waren von dem Word-MakroVirus WM 97 M, Class D, befallen. Ob die Bekl. diesen Virus mit ordnungsgemäßer Überprüfung hätte erkennen und beseitigen können, ist streitig. Die Kl. rügte den Mangel telefonisch am 2. 9. 2000, worauf die Bekl. am folgenden Tage erwiderte. Die Kl. schrieb der Bekl. erneut unter dem 22. 10. 1999. In der Folge nahm die Bekl. eine Ersatzlieferung der Disketten vor. Die Kl. beauftragte eine Firma U mit der Erstellung eines Anti-Virus-Programms einschließlich der Entwicklung einer verständlichen Gebrauchsanleitung und führte eine Telefonrückrufaktion bei Optiker-Fachgeschäften, welche die Diskette im Auftrag der Firma J erhalten hatten, durch. Einzelheiten des hiermit verbundenen Aufwands sind im Streit. Die Kl. hat behauptet, entweder habe die von ihr der Bekl. zur Vervielfältigung überlassene Diskette den Virus enthalten und die Bekl. habe diesen pflichtwidrig nicht entdeckt, oder aber der Virus sei überhaupt erst im Betrieb der Bekl. auf die Diskette geraten. In beiden Fällen habe die Bekl. für daraus sich ergebende Schäden einzustehen. Sie - die Kl. - sei in dieser Hinsicht Laie und habe dem behaupteten Fachwissen der Bekl. vertraut. Der fragliche Virus sei im März 1999 bereits bekannt und mit aktuellen Anti-Virus-Programmen zu bekämpfen gewesen. Nach Erlangung der Kenntnis von dem Virusbefall über die Firma J habe sie - die Kl. - in einer Telefonaktion mit 740 Anrufen bei 329 Adressaten die Optiker befragt; von Firma U habe sie 50 Virens Scanner entwickeln und liefern lassen und in diesem Zusammenhang Kurierkosten aufgewendet. Für Telefonkosten habe sie insgesamt 2664 DM, für Präsente an geschädigte Optiker 546,86 DM, an Porto 418,90 DM, für die Bemühungen der Firma U habe sie 1479,50 DM und weitere 2040 DM und für Kurierkosten 78,23 DM aufgewendet. Weiter habe sie Personalkosten für die Mitarbeiter B, F und M in Höhe von insgesamt 7082,50 DM aufgewendet; ihr Geschäftsführer habe 18 Stunden a 240 DM wegen dieses Problems investieren müssen. Die Kl. verlangt von der Bekl. Zahlung von 18 629,99 DM als Schadensersatz. Zu Recht?

Lösung:

Die Kl. könnte gegen die Bekl. einen Schadensersatz-

anspruch auf Zahlung von 18.629,99 DM aus p.F.V. haben.

[Anm.: Infolge der Schuldrechtsreform wurde auch das gewohnheitsrechtlich anerkannte Rechtsinstitut der p.F.V. nunmehr gesetzlich erfasst, da § 280 I BGB (n.F.) alle Arten der Pflichtverletzungen in einem Schuldverhältnis erfasst. An den inhaltlichen Voraussetzungen für den Anspruch hat sich jedoch insoweit kaum etwas geändert.]

I. Schuldverhältnis

Zunächst müsste das Bestehen eines Schuldverhältnis zwischen den beiden Beteiligten festgestellt werden (Palandt/Heinrichs, BGB, § 276 Rz. 107). Die Bekl. hatte es gegen Entgelt übernommen, die Masterdiskette auf Viren mit aktueller Anti-Virus-Software zu überprüfen und 1000fach zu duplizieren; so zumindest lautete ihr Angebot. Damit liegt zwischen den Parteien ein Werkvertrag gem. §§ 631 ff. BGB vor.

II. Pflichtverletzung

Im Rahmen dieses Werkvertrages müsste die Bekl. nunmehr eine vertragliche Pflicht verletzt haben.

1. Festlegung der konkreten Pflicht

Dazu sollte ggf. erst einmal festgelegt werden, welche Pflichten den Schuldner überhaupt treffen. Die Bekl. war aufgrund des Werkvertrages verpflichtet, die Masterdiskette auf Viren mit aktueller Software zu überprüfen. Fraglich ist, inwieweit der Begriff der Aktualität zu verstehen ist.

Das Gericht führt dazu aus:

"Wenn die Bekl. die Überprüfung der Masterdiskette auf Viren anbot und sich hierfür bezahlen ließ, verpflichtete sie sich, die neuesten Anti-Virus-Programme einzusetzen, zumal solche, die kostenlos erreichbar waren. Zwar mag es ausreichen, dass die Bekl. von den nach Auskunft des Sachverständigen etwa zehn am Markt eingeführten Anti-Viren-Programmen nur drei eingesetzt hat; diese Beschränkung ist indes allenfalls zu rechtfertigen, wenn die jeweils neuesten Versionen der Anti-Viren-Programme verwendet werden; [...]"

2. Feststellung der Verletzung

Diese Verpflichtung zum Einsatz der neuesten, zumal kostenlos erreichbaren Anti-Virus-Software müsste die Bekl. verletzt haben. Dazu stellt das Gericht fest:

"Unstreitig hatten demgegenüber die von der Bekl. produzierten und ausgelieferten 1000 Disketten den Virus WM 97 M, Class D.

Auf Grund der überzeugenden Ausführungen des Sachverständigen P aus seinem Gutachten vom 24. 10. 2000 steht zur Überzeugung des Gerichts fest, dass mindestens das F.secur-Anti-Virus-Programm Version 4.02 im Februar 1999 allgemein zugänglich und als Scanner für den hier interessierenden Virus "ohne Probleme erfolgreich" war. Dieses Programm war für jedermann kostenfrei bzw. kostengünstig ver-

füßbar, es hatte der Computerzeitschrift Chip Ausgabe 2/99 als kostenlose Zugabe beigelegt. Dieses Anti-Virus-Programm Version 4.02 kannte den hier interessierenden Virus bereits etwa ab November 1998. Wenn die Bekl. demgegenüber im März 1999 das entsprechende Anti-Virus-Programm in der Vorgängerversion 4.01 einsetzte, war sie mit ihrer Untersuchung nach dem Urteil des Sachverständigen "nicht auf dem seinerzeit aktuellen Stand". Dem entspricht, dass der Zeuge B ausgesagt hat, der hier interessierende Virus sei seit dem 15. 10. 1998 weltweit bekannt."

III. Regelungslücke

Unter den Begriff der p.F.V. fallen allerdings nur solche Pflichtverletzungen im Rahmen eines Schuldverhältnisses, die weder Unmöglichkeit noch Verzug herbeiführen und deren Folgen nicht von den gesetzlichen Gewährleistungsvorschriften erfasst werden (BGHZ 11, 83; Palandt/Heinrichs, BGB, § 276 Rz. 107). Damit zeigt sich die Subsidiarität der Haftung aus p.F.V., die nur im Falle einer gesetzlichen Regelungslücke eingreift.

Da von der Bekl. die Werkleistung mangelhaft gem. § 633 I BGB erbracht worden ist, ist für diesen Fall eine Abgrenzung von Nöten zwischen werkvertraglichen Gewährleistungsrecht und p.F.V. In Anerkennung der ständigen Rechtsprechung führt das Gericht hierzu aus:

"Es geht im vorliegenden Zusammenhang nicht um eigentliche Gewährleistung - unstreitig hat die Bekl. neue einwandfreie Disketten produziert - und auch nicht um einen Mangelschaden, der dem Werk unmittelbar angehaftet hätte, sondern um einen Mangel- folgeschaden, der sich an anderen Rechtsgütern Dritter realisiert hat. Das Gericht folgt in diesem Zusammenhang den Ausführungen des BGH aus seinem Urteil vom 11. 4. 2000 (NJW 2000, 2812 [2814]):

"In den §§ 635, 638 BGB ist im Grundsatz nur der so genannte Mangelschaden geregelt, der dem Werk unmittelbar anhaftet, nicht hingegen der so genannte Mangel- folgeschaden, der zwar auch kausal durch einen Mangel bedingt ist, aber erst durch den Hinzutritt eines weiteren Ereignisses und an anderen Rechtsgütern realisiert wird. Dieser weitere Schaden ist grundsätzlich nach den Regeln der positiven Forderungsverletzung zu ersetzen".

IV. Verschulden

Die Bekl. müsste bei der festgestellten Pflichtverletzung schuldhaft (§§ 276, 278 BGB) gehandelt haben. Dabei wird analog § 282 BGB eine Beweislastumkehr vorgenommen, d.h. es wird grundsätzlich vermutet, dass den Schuldner hinsichtlich seiner Pflichtverletzung ein Verschulden trifft. Es ist dann Aufgabe des Schuldners, diese Vermutung zu widerlegen. Eine solche Widerlegung ist der Bekl. nach Ansicht des Gerichts nicht gelungen:

"Die Bekl. hätte für ihre Ansicht, ihr sei ohne jedes eigene Verschulden das Vorhandensein des Virus auf der Masterdiskette verborgen geblieben, für einen

solchen Sachverhalt die Darlegungs- und Beweislast gehabt. Ihre Behauptungen sind durch die Ausführungen des Sachverständigen und die des Zeugen B indes widerlegt. Festzustellen ist daher, dass sie den Vertrag mit der Kl. schlecht erfüllt hat."

V. Adäquat kausal verursachter Schaden

Infolge der schuldhaften Pflichtverletzung müsste nunmehr bei der Kl. ein zu ersetzender Schaden adäquat kausal verursacht worden sein. Infolge der verschiedenen Schadenspositionen, die die Kl. hier geltend macht, muss entsprechend differenziert werden.

Entsprechende Ausführungen zu den einzelnen Positionen hat das Gericht wie folgt getroffen:

"Indes ist die klägerische Schadensersatzforderung zur Höhe nur teilweise begründet und die weiter gehende Klage als unbegründet abzuweisen. Der Schadensumfang wurde von dem Gericht gem. § 287 ZPO unter Würdigung aller Umstände, insbesondere des Parteivortrags und der Ergebnisse der Beweisaufnahme, nach freier Überzeugung ermittelt, was zu einer Ersatzpflicht der Bekl. in Höhe von 11.000 DM führt. Dabei geht das Gericht davon aus, dass nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme eine umfangreiche Telefon-Rückrufaktion stattgefunden hat, in der zahlreiche - sicherlich mehrere 100 - Optiker kontaktiert wurden; nach der Lebenserfahrung ist mit der Kl. zu unterstellen, dass eine große Zahl der Telefon-Ansprechpartner nicht beim ersten Mal erreicht werden konnte und dass es bei ihnen bzw. bei den dort maßgeblichen Personen erst nach mehreren Telefonversuchen zu erfolgreichen Gesprächen gekommen ist. Dieses hat einerseits Telefonkosten verursacht und andererseits Arbeitszeit in Anspruch genommen. Die Zeugin M hat für ihre freiberuflichen Tätigkeiten der Kl. unter dem 29. 10. 1999 und unter dem 6. 12. 1999 1.591,52 DM sowie weitere 1.559,04 DM brutto, insgesamt also netto 2.716 DM berechnet und nach ihrer Darstellung von der Kl. auch bezahlt bekommen. Die Zeugin F hat - als freiberufliche Mitarbeiterin der Kl. gegen ein Honorar von 40 DM pro Stunde - nach ihrer Schätzung möglicherweise 45 Stunden Telefonate geführt bzw. in dieser Zeit zuvor auch an der Entwicklung eines Gesprächsprotokolls mitgewirkt. Insofern mögen Kosten in Höhe von ca. 1.800 DM netto angefallen sein. Hinzu kommt, dass noch eine weitere freie Mitarbeiterin, eine Frau C in gewissem Umfange an der Telefonaktion auf Seiten der Kl. beteiligt war, wie die Zeugin F berichtete; auch die Zeugin M erwähnte die Mitarbeit einer weiteren Dame. Schließlich hat der Zeuge B ein Anti-Virus-Programm entwickelt und Virens Scanner speziell für die betroffenen Optiker hergestellt und mit einem kleinen Handbuch versehen. Er hat seine Bemühungen der Kl. mit zwei Rechnungen vom 10. 11. 1999 und vom 15. 11. 1999 über zusammen netto 3.519,50 DM berechnet. Das Gericht schätzt ferner, dass die Kl. für Telefon-, Porto- und Kurierkosten sowie für Präsente zur Beschwichtigung Geschädigter, die es für gerechtfertigt hält, insgesamt nahezu 3000 DM ausgegeben haben

wird, so dass sich der Gesamtschaden vermutlich auf mindestens 11.000 DM beläuft

Demgegenüber ist die Klage abzuweisen, soweit die Kl. auf Schadenspositionen Mehrwertsteuer sowie für die Einsätze ihres Auszubildenden B und ihres Geschäftsführers Entgelte verlangt; beide haben für diese Tätigkeiten kein spezielles Honorar erhalten. Der Einsatz eigener kostenfrei zur Verfügung stehender Arbeitskraft ist indes nicht erstattungspflichtig. Letzteres gilt auch, soweit die Kl. für die freiberuflichen Mitarbeiterinnen unter dem Gesichtspunkt des entgangenen Gewinns höhere Stundensätze fordert, als sie diesen bezahlt hat; die Kl. legt nicht dar, mit welchen Gewinnen diese Mitarbeiterinnen sonst in welchen anderen Zusammenhängen hätten eingesetzt werden können und welche konkreten Gewinne dabei jetzt entfallen sind."

VI. Kein Ausschluss

Die Haftung aus p.F.V. dürfte im konkreten Einzelfall nicht ausgeschlossen sein, sei es gesetzlich oder vertraglich.

1. Kein Gewährleistungsausschluss durch AGB

Eine Haftung der Bekl. wegen p.F.V. könnte vertraglich durch die Einbeziehung entsprechender Allgemeiner Geschäftsbedingungen erfolgt sein. Im Fax vom 22.03.1999 übersandte die Bekl. eine "Auftragsbestätigung", in der sie u.a. auf ihre Allgemeinen Geschäftsbedingungen hinwies. Fraglich ist allerdings, ob diese AGBs ordnungsgemäß in den Vertrag mitbezogen worden ist oder ob der Vertrag nicht schon längst zu diesem Zeitpunkt abgeschlossen war. Das Gericht stellt dazu fest:

"Erfolglos beruft sich die Bekl. auf ihre AGB. Diese wurden nicht wirksam in den Vertrag der Parteien einbezogen. Er wurde durch den Schriftwechsel der Parteien geschlossen, in dem von klägerischen Geschäftsbedingungen nicht die Rede ist. Das von der Bekl. vorgelegte Schreiben, welches auf Geschäftsbedingungen der Bekl. Bezug nimmt, soll am 22. 3. 1999 um 10.39 Uhr, also nach Vertragsannahme am selben Tage um 10.05 Uhr, versandt worden sein; es wäre also nicht mehr geeignet, die Geschäftsbedingungen in den bereits abgeschlossenen Vertrag zu integrieren. Zudem ist der Zugang dieses Schreibens bei der Kl. streitig und nicht bewiesen. Die Inbezugnahme der Geschäftsbedingungen in der Rechnung der Bekl. genügt für ihre wirksame Einbeziehung ebenfalls nicht. Im Übrigen wäre ein Ausschluss einer Schadensersatzpflicht für schuldhaft Verletzungen von Kardinalspflichten in Geschäftsbedingungen nicht wirksam zu vereinbaren gewesen."

2. Kein Gewährleistungsausschluss gem. §§ 377 ff. HGB

Eine Haftung der Bekl. wegen p.F.V. könnte aller-

dings gesetzlich analog §§ 377, 378, 381 HGB ausgeschlossen sein. Es entspricht der allgemeinen Meinung bei leistungsbezogenen Pflichtverletzungen, die zu einem Mangel an der Werkleistung geführt haben, die Untersuchungs- und Rügepflicht des Empfängers gem. §§ 377 ff. HGB entsprechend anzuwenden (Baumbach/Duden/Hopft, HGB, § 377 HGB Rz. 4).

Fraglich ist in diesem Fall aber, ob die Kl. einer entsprechenden Untersuchungs- und Rügepflicht unterliegt. Dazu meint das Gericht:

"Zu Unrecht meint die Bekl., die Kl. habe ihre Rügepflicht aus §§ 377, 378, 381 HGB verletzt und damit die Ware als einwandfrei genehmigt. Die Kl. konnte oder wollte ganz offensichtlich nicht selbst die von ihr zur Vervielfältigung zur Verfügung gestellte Diskette auf Virenfreiheit prüfen. Sie beauftragte mit dieser Prüfung - gegen Entgelt - die Bekl., welche dieser Aufgabe nicht gerecht wurde. Einem Kaufmann, der erklärtermaßen eine Überprüfung von Waren nicht selbst durchführen will und hierfür einen anderen Kaufmann engagiert, kann, wenn Letzterer fehlerhaft arbeitet, nicht entgegengehalten werden, er habe dessen Arbeit unverzüglich zu prüfen und den Fehler selbst bemerken müssen. Dieses würde den entgeltlichen Prüfungsvertrag, den der andere Kaufmann erhalten hatte, pervertieren; dieses hieße nämlich letztlich, der auftraggebende Kaufmann hätte von der Beauftragung des anderen Kaufmanns absehen und die Arbeit selbst machen sollen. Ein Kaufmann, der sich für die Überprüfung einer Ware auf Fehlerfreiheit eines anderen bedient, muss nicht hinterher zur Meidung von Rechtsnachteilen aus §§ 377 ff. HGB einen neuen Sachverständigen mit der Überprüfung der Mangelfreiheit der Arbeiten betrauen."

VII. Keine Verjährung

Der Schadensersatzanspruch dürfte schließlich auch noch nicht verjährt sein. Fraglich ist, ob für die Verjährung die kurze Verjährungsfrist von sechs Monaten gem. § 638 BGB oder die regelmäßige Verjährungsfrist von 30 Jahren gem. § 195 BGB eingreift.

Wie bereits an anderer Stelle festgestellt, handelt es sich bei dem geltend gemachten Schaden um einen weiten Mangelfolgeschaden, der an anderen Rechtsgütern eingetreten ist und der Haftung aus p.F.V. unterliegt. Für solche Schadensersatzansprüche verbleibt es bei der regelmäßigen Verjährungsfrist von 30 Jahren gem. § 195 BGB (BGH NJW 2000, 2812). Damit ist Verjährung noch nicht eingetreten.

[Anm.: Im Rahmen der Schuldrechtsreform wurde die regelmäßige Verjährungsfrist von 30 Jahren auf drei Jahre verkürzt, § 195 BGB n.F.]

Endergebnis:

Die Kl. hat gegen die Bekl. einen Schadensersatzanspruch in Höhe von 11.000 DM aus p.F.V.

BGH, URTEIL VOM 04.09.2001
1 STR 167/01 (NSTZ 2002, 33)

Problemdarstellung:

Der BGH hatte über die Strafbarkeit eines Angeklagten zu entscheiden, der den Zeugen - einen verdeckt ermittelnden Polizeibeamten - zunächst darüber täuschte, ihm Heroin verkaufen zu wollen und dann, nachdem der Zeuge die Täuschung bemerkt hatte und sein Geld zurück erhalten wollte, Schläge und Tritte austeilte, um den Zeugen von seinem Herausgabeverlangen abzuhalten. Der Senat bestätigt zunächst seine Rechtsprechung, wonach einen Vermögensschaden auch erleidet, wer eine Geldleistung im Rahmen eines verbotenen Geschäfts erbringt, ohne die vereinbarte Gegenleistung zu erhalten. Des Weiteren führt er aus, dass auch eine räuberische Erpressung in Betracht kommt, wenn der Täter - wie hier - es dem Opfer durch Gewaltanwendung unmöglich macht, eine Forderung durchzusetzen. Statt der vom Landgericht insoweit ausgesprochenen Verurteilung wegen vollendeter Nötigung hat der BGH auf die Revision der StA eine Verurteilung wegen versuchter räuberischer Erpressung vorgenommen.

Prüfungsrelevanz:

Die Entscheidung betrifft das Standardproblem des Vermögensschadens bei verbotenen oder sittenwidrigen Geschäften. Vom Ausgangspunkt der verschiedenen Vermögensbegriffe sind insoweit mehrere Fallgruppen zu unterscheiden (vgl. zur Übersicht Rengier, BT I, 13/56 ff.; Otto, Jura 1993, 424 ff.; Kühl, JuS 1989, 505 ff.). Neben dem Erschleichen der Arbeitskraft zu verbotenen oder sittenwidrigen Zwecken und der Frage, ob nichtige Ansprüche zum strafrechtlich geschützten Vermögen gehören, besitzen insbesondere die Fälle der Hingabe von rechtmäßig erlangten Vermögenswerten zu verbotenen Zwecken besondere Examensrelevanz (vgl. zur letztgenannten Fallgruppe zuletzt KG, NJW 2001, 86 = RA 2001, 31).

Ferner enthält die Entscheidung interessante Ausführungen zur sog. Sicherungserpressung (vgl. Schönke/Schröder/Stree, vor § 52, Rn. 114 m.w.N.). Sichert der Täter mit der Erpressung lediglich einen bereits durch eine Vortat erlangten Vermögensvorteil, handelt es sich insoweit um eine straflose Nachtat. Lediglich dann, wenn die Nachtat den bereits eingetretenen Schaden vergrößert, kommt ihr ein Eigenwert zu (sog. Schadensvertiefung). Anderenfalls ist lediglich eine Bestrafung wegen der mitverwirklichten Nötigung in Betracht zu ziehen (vgl. BGH, StV 1986, 530). Der BGH geht im vorliegenden Fall trotz des bereits durch den zuvor verübten Betrug eingetretenen Vermögensschadens von einer eigenständigen Bedeutung der Erpressung aus. Das lässt sich damit rechtfertigen, dass der Betrug lediglich zu einer Vermögensgefährdung, die angestrebte Erpressung da-

gegen zu einer "endgültigen" Vermögensschädigung führen sollte (anders im Fall BGH, MDR/D, 1975, 23; s. auch Schönke/Schröder/Eser, § 253, Rn. 37).

Vertiefungshinweise:

" Zum Vermögensschaden bei verbotenen Geschäften: *Bergmann/Freund*, JR 1988, 189

" Zum Erfordernis der Stoffgleichheit: *BGH*, NSTZ-RR 2002, 9

" Zum Rücktritt von der versuchten schweren räuberischen Erpressung: *BGH*, NSTZ 2002, 28

Kursprogramm:

" *Examenskurs*: "Perlenkette"

Leitsätze (der Redaktion):

- 1. In der Rechtsprechung ist anerkannt, dass derjenige einen Vermögensschaden erleidet, der eine Geldleistung im Rahmen eines verbotenen oder sittenwidrigen Geschäfts erbringt, ohne die vereinbarte Gegenleistung zu erhalten.**
- 2. Der räuberischen Erpressung kann sich auch schuldig machen, wer es dem Opfer durch Gewaltanwendung unmöglich macht, eine Forderung durchzusetzen.**

Sachverhalt:

Am 26.11.1999 hatten der Angekl. A und seine Mittäter beschlossen, sich als Betäubungsmittelhändler auszugeben und Kunden "abzuzocken", die Drogen erwerben wollten. Hierunter verstanden sie, dass sie sich von ihren Opfern das Kaufgeld ohne eine Gegenleistung geben lassen, entweder durch Täuschung oder zusätzlich mit Gewalt oder Drohungen. Demgemäß täuschten der Angekl. und seine Mittäter dem Zeugen M - einem nicht offen ermittelnden Polizeibeamten - vor, diesem Heroin verkaufen zu wollen. Nachdem der Zeuge dem Angekl. A 100 DM übergeben hatte, liefen der Angekl. und seine Mittäter mit dem Geld sofort davon. Als sie sich bereits 200 m entfernt hatten, holte der Zeuge sie ein und forderte sein Geld zurück. Nunmehr wurde der Zeuge von dem Angekl. A und seinen Mittätern in gemeinschaftlichem Zusammenwirken geschubst und getreten, um ihm klarzumachen, dass er weitere Schläge zu befürchten habe, falls er nicht von seinem Rückforderungsverlangen absehe. Kurz darauf griffen Polizeibeamte ein und nahmen die Täter fest. Der Angekl. gab daraufhin dem Zeugen das Geld zurück.

Strafbarkeit des A?

[Anm.: Vorschriften des Nebenstrafrechts sind nicht zu prüfen.]

Lösung:

A. Strafbarkeit des A wegen vollendeten Betrugs gem. § 263 I StGB durch das Vorspiegeln der Verkaufsabsicht

I. Tatbestand

1. Täuschung

Täuschung ist die Einwirkung auf das Vorstellungsbild eines anderen, um bei diesem eine Fehlvorstellung über Tatsachen hervorzurufen. A spiegelte dem Zeugen M vor, ihm Heroin verkaufen zu wollen und täuschte ihn so über eine Tatsache.

2. Irrtumserregung

Es ist davon auszugehen, dass der M der Behauptung des A Glauben schenkte, so dass A bei ihm einen Irrtum erregte

3. Vermögensverfügung

Vermögensverfügung ist jedes Handeln, Dulden oder Unterlassen, das sich unmittelbar vermögensmindernd auswirkt. Indem M dem A 100 DM übergab, hat er sein Vermögen bzw. das ihm überlassene Vermögen seines Dienstherrn unmittelbar gemindert.

4. Vermögensschaden

Zum Vorliegen eines Vermögensschadens führt der BGH aus: "Der Zeuge M hatte durch die Hingabe des Geldes eine Vermögensverfügung getroffen und dadurch einen Vermögensschaden erlitten. Es ist in der Rechtsprechung anerkannt, dass derjenige einen Vermögensschaden erleidet, der eine Geldleistung im Rahmen eines verbotenen oder sittenwidrigen Geschäftes erbringt, ohne die vereinbarte Gegenleistung zu erhalten. Betrug ist daher auch möglich beim unerlaubten Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (vgl. BGH bei Holtz MDR 1979, 806). Der Vermögensschaden hatte sich schon dadurch realisiert, dass der Angekl. das Geld erhalten hatte und 200 m weit flüchten konnte."

5. Vorsatz und Bereicherungsabsicht

A handelte vorsätzlich und mit dem zielgerichteten Erfolgswillen sich einen stoffgleichen Vermögensvorteil zu verschaffen. Der angestrebte Vorteil war auch rechtswidrig, da A - wie er wusste - keinen fälligen und einredfreien Anspruch auf das Geld hatte.

II. Rechtswidrigkeit und Schuld

Der Angekl. handelte auch rechtswidrig und schuldhaft.

III. Ergebnis

A hat sich wegen vollendeten Betrugs gem. § 263 I StGB strafbar gemacht. Der Strafbarkeit steht nicht entgegen, dass die Tat durch einen verdeckten Ermittler der Polizei mit verursacht worden ist (vgl. BGH, NStZ 2001, 353 m. Anm. Weber, NStZ 2002, 50).

B. Strafbarkeit wegen gefährlicher Körperverletzung

gem. §§ 223 I, 224 I Nr. 4 StGB durch das Schlagen

I. Tatbestand

1. Körperliche Misshandlung

Körperliche Misshandlung ist jede üble, unangemessene Behandlung, die das körperliche Wohlbefinden nicht nur unerheblich beeinträchtigt. Indem M u.a. auch von A geschubst und getreten wurde, wurde er körperlich misshandelt.

2. Qualifikationsmerkmal des § 224 I Nr. 4 StGB

Da die Tritte und Schläge von A und seinen Mittätern im gemeinschaftlichen Zusammenwirken abgegeben wurden, ist auch das Qualifikationsmerkmal des § 224 I Nr. 4 StGB verwirklicht.

3. Vorsatz, Rechtswidrigkeit und Schuld

A handelte auch vorsätzlich, rechtswidrig und schuldhaft.

II. Ergebnis

Er hat sich wegen gefährlicher Körperverletzung strafbar gemacht.

C. Strafbarkeit wegen versuchter räuberischer Erpressung gem. §§ 249, 253 I, 255, 22, 23 I StGB durch das Verhalten im Zusammenhang mit dem Herausgabeverlangen des M

I. Vorprüfung

Da es dem Angekl. und seinen Mittätern nicht gelungen ist, den Zeugen M von seinem Herausgabeverlangen abzuhalten, ist das Delikt nicht vollendet. Der Versuch der räuberischen Erpressung ist wegen des Verbrechenscharakters des Delikts (§ 255 i.V.m. §§ 249 I, 12 I StGB) mit Strafe bedroht.

II. Tatentschluss

Tatentschluss erfordert die Vorstellung und den Willen zur Verwirklichung des gesetzlichen Tatbestandes sowie das Vorliegen etwaiger besonderer subjektiver Unrechtsmerkmale. Dazu führt der BGH aus: "Der Angekl. und seine Mittäter wollten einen Drogenkäufer betrügen und gegebenenfalls zusätzlich Gewalt oder Drohungen anwenden, um das Kaufgeld ohne Gegenleistung zu erlangen. Tatsächlich wurde der Zeuge M auch geschubst und getreten, um ihn davon abzuhalten, sein Rückgabeverlangen durchzusetzen, nachdem er die Täuschung bemerkt hatte. In solchen Fällen findet auch der Erpressungstatbestand jedenfalls dann Anwendung, wenn unmittelbar anschließend das Mittel der Gewalt eingesetzt wird, um das Opfer zu einem solchen Verhalten zu nötigen (vgl. auch BGHSt 25, 224, 226; BGH NJW 1984, 501; BGHR StGB § 263 I Versuch mwN; zum umgekehrten Fall, dass der Käufer sein Geld mit Nötigungsmitteln zurückverlangt, vgl. BGH NStZ-RR 2000, 234)."

III. Unmittelbares Ansetzen

Indem er mit den Tritten und Schlägen bereits Nötigungsmittel i.S. des § 255 StGB einsetzte, hat A nach seiner Vorstellung von der Tat auch unmittelbar zur Deliktsverwirklichung angesetzt.

IV. Rechtswidrigkeit und Schuld

Er handelte rechtswidrig und schuldhaft.

V. Ergebnis

Da keine Anhaltspunkte für einen Rücktritt bestehen, hat sich A wegen versuchter räuberischer Erpressung

strafbar gemacht.

D. Gesamtergebnis

Dazu der BGH: "Versuchte räuberische Erpressung und gefährliche Körperverletzung stehen zum Betrug in Tateinheit (§ 52 StGB). Tatmehrheit ist nicht gegeben, weil der Betrug zwar vollendet, aber noch nicht beendet war." Die ebenfalls verwirklichte vollendete Nötigung gem. § 240 I StGB tritt hinter der versuchten räuberischen Erpressung im Wege der Gesetzeskonkurrenz zurück.