

Öffentliches Recht

Standort: Vollstreckungsrecht Problem: Rechtmäßigkeit des Grundverwaltungsakts

BAYVGH, BESCHLUSS VOM 30.03.2005
11 B 03.1818 (BAYVBL 2005, 536)

Problemdarstellung:

Im Verwaltungsvollstreckungsrecht der Länder ist im gestreckten Verfahren (Regelverfahren) für die Rechtmäßigkeit einer Vollstreckungsmaßnahme der Erlass einer *wirksamen* und *vollstreckbaren* Grundverfügung Voraussetzung. Eine Ausnahme hiervon macht lediglich das gekürzte Verfahren (Sofortvollzug), in dem ohne Grundverfügung vollstreckt werden kann.

Ergibt sich die Vollstreckbarkeit dieses Grundverwaltungsakts aus seiner Unanfechtbarkeit (Bestandskraft), ist seine Rechtmäßigkeit unstreitig nicht Vollstreckungsvoraussetzung, weil es gerade Sinn und Zweck der Bestandskraft ist, im Interesse der Rechtssicherheit jeden Zweifel an der Rechtmäßigkeit des Verwaltungsakts zu beseitigen. Lässt der Bürger einen Verwaltungsakt bestandskräftig werden, muss er in jedem Fall mit seiner Erzwingung rechnen.

Ergibt sich die Vollstreckbarkeit jedoch nicht aus der Bestandskraft, sondern daraus, dass Widerspruch und Anfechtungsklage gegen den Verwaltungsakt wegen § 80 II Nr. 1-4 VwGO keine aufschiebende Wirkung haben, so ist streitig, ob in diesem Fall die *Rechtmäßigkeit* weitere, ungeschriebene Tatbestandsvoraussetzung für die Vollstreckung des Verwaltungsakts im gestreckten Verfahren (Regelverfahren) ist. Der BayVGH verneint dies in der vorliegenden Entscheidung.

Dabei übernimmt das Gericht wörtlich den entsprechenden Passus des BVerwG aus NJW 1984, 2591 [2592], der leider sehr missverständlich ist. Dort heißt es zunächst: "Darauf, ob der auf die Vornahme der Handlung gerichtete Verwaltungsakt und die Androhung der Ersatzvornahme rechtmäßig waren, kommt es, wenn sie [...] nicht mehr anfechtbar sind, nicht an." Dass es auf die Rechtmäßigkeit des Verwaltungsakts nach seiner Unanfechtbarkeit (Bestandskraft) nicht mehr ankommt, ist - wie oben ausgeführt - eine unstreitige Selbstverständlichkeit. Allerdings war der Verwaltungsakt im konkreten Fall des BayVGH nicht unanfechtbar, da er am 10.4. erlassen wurde und die Zwangsmaßnahme (hier: Ersatzvornahme) am 9.5. durchgeführt wurde, also vor Ablauf der Monatsfrist des § 70 I VwGO für den Widerspruch. Sodann heißt es aber weiter: "Tragender Grundsatz des Ver-

waltungsvollstreckungsrechts ist, dass die Wirksamkeit und nicht die Rechtmäßigkeit vorausgegangener Verwaltungsakte Bedingung für die Rechtmäßigkeit der folgenden Akte und damit auch der Anwendung des Zwangsmittels ist." In diesem Satz ist von Unanfechtbarkeit (Bestandskraft) nicht mehr die Rede. Vielmehr wird von einem "Grundsatz" gesprochen. Folglich können BVerwG und BayVGH trotz der im Eingangssatz vorgenommenen Beschränkung auf die Fälle der Unanfechtbarkeit bei der Meinung eingetragen werden, welche die Rechtmäßigkeit des Grundverwaltungsakts generell nicht für erforderlich hält.

Am Rande geht es in der Entscheidung noch um die Frage, wann die Rechtswidrigkeit eines Verwaltungsakts "offenkundig" i.S.d. § 44 VwVfG ist mit der Folge, dass der Verwaltungsakt nichtig (unwirksam) ist. Hier wiederholt das Gericht die allgemein anerkannte Auffassung, dass seine Fehlerhaftigkeit dem Verwaltungsakt "auf die Stirn geschrieben", d.h. für einen durchschnittlichen Betrachter intuitiv evident sein muss.

Prüfungsrelevanz:

Das Verwaltungsvollstreckungsrecht ist eines der wichtigsten Rechtsgebiete in beiden juristischen Staatsexamen. Die hier behandelte Streitfrage kann man offen lassen, wenn der der Vollstreckungshandlung zugrunde liegende Verwaltungsakt jedenfalls rechtmäßig ist. Ist er hingegen rechtswidrig, muss der Streit entschieden werden. Im wesentlichen werden drei Meinungen vertreten:

1. Eine Literaturansicht hält die Rechtmäßigkeit des zu erzwingenden Verwaltungsakts im gestreckten Verfahren (Regelverfahren) für eine ungeschriebene Voraussetzung für die Rechtmäßigkeit der Vollstreckungshandlung. Zur Begründung wird auf das Rechtsstaatsprinzip verwiesen, Art. 20 III GG. Solange der Verwaltungsakt noch anfechtbar sei, dürfe der Rechtsschutz des Bürgers nicht durch die Vollziehung unterlaufen werden. Außerdem sei im gekürzten Verfahren (Sofortvollzug) auch immer die Rechtmäßigkeit zu prüfen, weil die Behörde dabei "innerhalb ihrer Befugnisse" handeln müsse (so der Wortlaut des § 55 II VwVG NRW; in anderen Bundesländern finden sich ähnliche Formulierungen), was die Rechtmäßigkeit eines (im Sofortvollzug häufig nur fiktiven) Grundverwaltungsakts voraussetze. Es sei nicht einzusehen, wa-

rum Regelverfahren und Sofortvollzug in diesem Punkt unterschiedlich behandelt werden sollen.

2. Die Rechtsprechung sieht dies nahezu geschlossen anders. Im Sofortvollzug habe der Gesetzgeber die Rechtmäßigkeitsprüfung ausdrücklich im Gesetz vorgesehen, indem er ein "Handeln innerhalb der Befugnisse" fordere, im Regelverfahren hingegen nicht. Dies sei eine bewusste Entscheidung, die zu respektieren sei. Aus Art. 20 III GG ergebe sich auch nichts anderes, denn das Rechtsstaatsprinzip fordere nicht, dass von einem rechtswidrigen Verwaltungsakt kein Gebrauch gemacht werden dürfe. Dies zeige schon § 48 VwVfG, wonach ein rechtswidriger Verwaltungsakt zurückgenommen werden "kann", keineswegs aber zurückgenommen werden muss. Außerdem sei es im Interesse einer effektiven Vollstreckung, auf eine Rechtmäßigkeitsprüfung zu verzichten, weil diese u.U. Ermittlungsaufwand erfordere, der die schnelle und effektive Gefahrenabwehr gefährden oder gar vereiteln könne.

Vertiefungshinweise:

Für die Rechtmäßigkeitsprüfung: *Götz*, Polizei- und Ordnungsrecht, Rz. 328; *Möller/Wilhelm*, Allg. Polizei- und Ordnungsrecht, Rz. 212; *Schoch*, JuS 1995, 309; *HessVGH*, NVwZ 1982, 514 [515]

Gegen die Rechtmäßigkeitsprüfung: *BVerfG*, NVwZ 1999, 290; *BVerwG*, NJW 1984, 2591; *NdsOVG*, NVwZ 1984, 323; *VGH BW*, DÖV 1984, 517 [519]

Kursprogramm:

Examenskurs : "Kein Urlaub in Florida"

Examenskurs : "Das Halteverbot"

Leitsätze (der Redaktion):

1. Für die Rechtmäßigkeit der Anwendung von Verwaltungszwang kommt es im gestreckten Verfahren (Regelverfahren) allein auf die Vollstreckbarkeit, nicht aber auf die Rechtmäßigkeit des zu erzwingenden Verwaltungsakts an.

2. Zur Frage, wann ein Verwaltungsakt wegen eines offenkundigen Fehlers nichtig ist.

Sachverhalt:

Nachdem das Landratsamt A. davon Kenntnis erhalten hatte, dass für einen seit dem 21.12.2001 auf die Klägerin zugelassenen Pkw kein Versicherungsschutz mehr bestand, forderte es sie mit für sofort vollziehbar erklärtem Bescheid vom 10.4.2002 unter Hinweis auf § 29 d der Straßenverkehrszulassungsordnung (StVZO) dazu auf, innerhalb von drei Tagen entweder eine gültige Versicherungsbestätigung oder die Fahrzeugpapiere und die Kennzeichenschilder zur Entstempelung vorzulegen. Daraufhin teilte die Klägerin

dem Landratsamt am 16.4.2002 fernmündlich mit, dass sie das Fahrzeug nicht stilllegen könne, weil es sich bei Herrn B. befinde, von dem sie es im Dezember 2001 gekauft habe; diesem habe sie das Fahrzeug und die Fahrzeugpapiere im März 2002 zur Beseitigung festgestellter Mängel und zur TÜV-Abnahme übergeben, beides aber nicht mehr zurückbekommen, nachdem es zu Meinungsverschiedenheiten über die Bezahlung des Restkaufpreises gekommen sei. Am 9.5.2002 führte die Polizei auf eine entsprechende Bitte des Landratsamts vom 18.4.2002 im Wege der Ersatzvornahme die Entstempelung der Kennzeichenschilder an dem bei Herrn B. befindlichen Fahrzeug durch und legte es still.

Mit Kostenverfügung vom 16.5.2002 forderte das Landratsamt die Klägerin zur Zahlung der für diese Maßnahmen angefallenen Kosten in Höhe von 205,60 € auf. Das Verwaltungsgericht hat der nach erfolglosem Widerspruchsverfahren erhobenen Klage stattgegeben. Der Beklagte hat die zugelassene Berufung eingelegt. Die Berufung hatte Erfolg.

Aus den Gründen:

Das Verwaltungsgericht hat den verfahrensgegenständlichen Leistungsbescheid vom 16.5. 2002 in Gestalt des dazu ergangenen Widerspruchsbescheids vom 13.3.2003 zu Unrecht als rechtswidrig beurteilt; entgegen der Auffassung des Verwaltungsgerichts kann nämlich nicht davon ausgegangen werden, dass die vom Landratsamt am 18.4.2002 angeordnete und von der Polizei am 9.5.2002 durchgeführte Zwangstilllegung des auf die Klägerin zugelassenen Fahrzeugs rechtswidrig war. Soweit das Verwaltungsgericht zur Begründung seiner Auffassung darauf hinweist, dass die Vollstreckung des Bescheids vom 10.4.2002 im Wege der Ersatzvornahme im Hinblick darauf rechtswidrig sei, dass dieser Bescheid selbst nicht nur rechtswidrig sei, sondern seine Rechtswidrigkeit für die Behörde bei der Anordnung der Vollstreckung auch auf der Hand gelegen habe und die Vollstreckung eines solchen Bescheids mit dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit des Verwaltungshandelns nicht vereinbar sei, kann dem aus Rechtsgründen nicht gefolgt werden.

A. Rechtmäßigkeit der Zwangsmaßnahme als Voraussetzung für den Kostenbescheid

Allerdings ist das Verwaltungsgericht bei seiner Entscheidung zutreffend davon ausgegangen, dass Voraussetzung des Kostenerstattungsanspruchs nach Art. 32 BayVwZVG die Rechtmäßigkeit der Ersatzvornahme ist.

B. Vollstreckbarkeit des Grundverwaltungsakts als Voraussetzung für die Vollstreckung

Diese hängt davon ab, dass ein unanfechtbarer bzw. vollziehbarer, auf Vornahme einer Handlung gerichteter Verwaltungsakt und eine wirksame Androhung, die

bereits mit dem Verwaltungsakt auf Vornahme der Handlung verbunden werden kann, vorliegen (Art. 19 Abs. 1, Art. 36 Abs. 1 und 2 BayVwZVG). Diese Voraussetzungen sind erfüllt.

C. Rechtmäßigkeit des Grundverwaltungsakts hingegen keine Voraussetzung für die Vollstreckung

Darauf, ob der auf die Vornahme der Handlung gerichtete Verwaltungsakt und die Androhung der Ersatzvornahme rechtmäßig waren, kommt es, wenn sie nicht nichtig und auch nicht mehr anfechtbar sind, nicht an. Denn tragender Grundsatz des Verwaltungsvollstreckungsrechts ist, dass die Wirksamkeit und nicht die Rechtmäßigkeit vorausgegangener Verwaltungsakte Bedingung für die Rechtmäßigkeit der folgenden Akte und damit auch der Anwendung des Zwangsmittels ist (vgl. BVerwG, DÖV 1984, 887).

D. Wirksamkeit des Grundverwaltungsakts

Anhaltspunkte dafür, dass die mit dem unanfechtbaren Bescheid vom 10.4.2002 an die Klägerin gerichtete Aufforderung, binnen drei Tagen entweder eine gültige Versicherungsbestätigung oder die Fahrzeugpapiere und Kennzeichen vorzulegen, nichtig sein könnte, liegen nicht vor. Nichtig und damit auch ungeeignet, die Grundlage für Vollstreckungsmaßnahmen zu bilden, wäre dieser Bescheid nach Art. 44 Abs. 1 BayVwZVG nur dann, wenn er an einem besonders schwer wiegenden Fehler leiden würde und dies bei verständiger Würdigung aller in Betracht kommender Umstände auch offenkundig wäre.

I. Fehlerhaftigkeit

Dass diese Voraussetzungen für die Annahme einer Nichtigkeit des Bescheids vom 10.4.2002 im Hinblick auf die von den Beteiligten unterschiedlich beantwortete Frage, ob die Klägerin bei Erlass dieses Bescheides Fahrzeughalterin war, gegeben sein könnten, vermag der Senat selbst für den Fall nicht zu erkennen, dass der Rechtsauffassung der Klägerin folgend von einem Verlust ihrer Haltereigenschaft auszugehen wäre. Dabei kann dahinstehen, ob die Anordnung von Maßnahmen nach § 29 d StVZO gegenüber einer Person, die unzweifelhaft Halterin des fraglichen Fahrzeugs war und als solche auch noch in die Fahrzeugpapiere eingetragen ist, die die Verfügungsgewalt über das Fahrzeug und damit ihre Haltereigenschaft dann aber verloren hat, überhaupt als ein besonders schwer wiegender Fehler im Sinne dieser Bestimmung zu qualifizieren wäre; jedenfalls dann, wenn der Betreffende - wie im vorliegenden Fall die Klägerin - die Verfügungsgewalt über das Fahrzeug nicht durch eine strafbare Handlung wie Diebstahl oder Unterschlagung verloren hat, scheint dies im Hinblick darauf äußerst

fraglich, dass in einem solchen Fall kaum von einem besonders schweren Fehler in dem Sinne gesprochen werden kann, dass die Inanspruchnahme des bisherigen Halters in einem so schwer wiegenden Widerspruch zur geltenden Rechtsordnung und den ihr zugrunde liegenden Wertvorstellungen der Gemeinschaft steht, dass es unerträglich wäre, wenn der Verwaltungsakt die mit ihm intendierten Rechtswirkungen hätte (vgl. dazu Kopp, VwVfG, 7. Aufl. 2000, RdNr. 8 zu § 44 m.w.N.).

II. Offenkundigkeit

Unabhängig davon kann bei verständiger Würdigung der von den Beteiligten geltend gemachten Umstände jedenfalls nicht davon ausgegangen werden, dass die dem Bescheid vom 10.4.2002 zugrunde liegende Annahme des Beklagten, die Klägerin sei (noch) Halterin des Fahrzeugs, als offenkundig fehlerhaft im Sinne des Art. 44 Abs. 1 BayVwVfG anzusehen ist. Offenkundigkeit bedeutet, dass die (schwere) Fehlerhaftigkeit des Verwaltungsakts für einen unvoreingenommenen, mit den in Betracht kommenden Umständen vertrauten, verständigen Beobachter ohne weiteres ersichtlich sein muss, sich also geradezu aufdrängen bzw. dem Verwaltungsakt gewissermaßen "auf die Stirn geschrieben" sein muss (vgl. Kopp, a.a.O., RdNr.12 zu § 44 m.w.N.).

Aufgrund des dem Landratsamt von der Klägerin am 16.4.2002 fernmündlich mitgeteilten Umstandes, dass sich das von dieser im Dezember 2001 erworbene und seitdem auf sie zugelassene Fahrzeug seit März 2002 wieder bei Herrn B. befand und dieser wegen Meinungsverschiedenheiten über die Zahlung des Restkaufpreises die Herausgabe des Fahrzeugs und der Fahrzeugpapiere verweigerte, musste jedoch weder der Beklagte noch ein unvoreingenommener Durchschnittsbetrachter zu dem Schluss kommen, dass die Inanspruchnahme der Klägerin als Halterin des Fahrzeugs unmöglich rechtens sein könne.

Als offenkundig fehlerhaft in diesem Sinne könnte die Anordnung vom 10.4.2002 unter den gegebenen Umständen allenfalls dann beurteilt werden, wenn die Behörde damit von der Klägerin ganz offensichtlich etwas tatsächlich oder rechtlich Unmögliches verlangt hätte. Darauf weist nach Sachlage jedoch nichts hin. Denn zum einen hätte die Klägerin der Anordnung vom 10.4.2002 auch dadurch nachkommen können, dass sie der Behörde lediglich eine gültige Versicherungsbescheinigung vorgelegt hätte, zum anderen hatte sie es nach Sachlage auch selbst in der Hand, durch Zahlung des Restkaufpreises - gegebenenfalls unter Vorbehalt - an Herrn B. wieder in den unmittelbaren Besitz des Fahrzeugs zu gelangen. [...]

Standort: Kommunalrecht**Problem: Begriff und Rechte der Fraktion**

OVG NRW, BESCHLUSS VOM 24.01.2005
 15 B 2713/04 (NVwZ-RR 2005, 497)
 BVerfG, BESCHLUSS VOM 16.03.2005
 2 BvR 315/05 (NVwZ-RR 2005, 494)

Problemdarstellung:

In den beiden nachfolgenden Entscheidungen ging es um Ratsfraktionen und deren Rechte.

1. In der Entscheidung des OVG NRW (15 B 2713/04) war zunächst der Begriff einer Fraktion zu klären. Dieser ist im Landesrecht NRW an mehreren Stellen (vgl. z.B. §§ 56 I GO NRW, 40 I KrONRW, 15 I GOLTag) im wesentlichen gleichlautend legal definiert als "freiwillige Vereinigung von Mitgliedern" des jeweiligen Organs, also des Gemeinderats, des Kreistags, Landtags usw. Allerdings setze, so das OVG, eine Fraktion über den Gesetzeswortlaut hinaus nicht nur einen Zusammenschluss von Mitgliedern des Organs voraus, sondern auch eine grundsätzliche politische Übereinstimmung derselben. Damit lehnt es sich näher an den Fraktionsbegriff des § 10 I GOBT an, der fordert, dass die Fraktionsmitglieder "derselben Partei oder solchen Parteien angehören [müssen], die aufgrund gleichgerichteter politischer Ziele in keinem Land miteinander in Wettbewerb stehen." Gänzlich in Übereinstimmung mit diesem bundesrechtlichen Fraktionsbegriff befindet sich das OVG NRW aber wieder nicht, denn während dort allein auf den Status der Mitgliedschaft in einer Partei abgestellt wird, will das OVG die von ihm geforderte "grundsätzliche politische Übereinstimmung" gerade nicht aus diesem, sondern aus dem Fraktionsstatut sowie den Erklärungen der Mitglieder selbst ableiten. Im vorliegenden Fall ließ bereits das Fraktionsstatut eindeutig erkennen, dass keine politische Zusammenarbeit, sondern nur die Erlangung zusätzlicher finanzieller Mittel für jedes einzelne Mitglied angestrebt war.

2. Gegen den Beschluss des OVG versuchte sich die "Fraktion" schließlich mit einer Verfassungsbeschwerde (Vb.) zu wehren. Das BVerfG hat diese mit dem hier im zweiten Teil wiedergegebenen Beschluss nicht angenommen. Aus diesem kann man auch eine Menge lernen:

a. Ein Organstreitverfahren war hier nicht statthaft, weil dieses nur am Verfassungsleben unmittelbar Beteiligten eröffnet ist, Art. 93 I Nr. 1 GG. Hierzu gehören Gemeinderats- oder Kreistagsfraktionen aber nicht (anders: Bundestagsfraktionen als Teile des Organs Bundestag, vgl. § 63 BVerfGG). Mithin war nur eine Vb., nicht aber ein Organstreitverfahren statthaft.

b. Art. 38 I GG ist zwar ein mit der Vb. einklagbares "grundrechtsgleiches" Recht i.S.d. Art. 93 I Nr. 4a

GG. Die Norm gilt aber nach Wortlaut und systematischer Stellung nur für den Deutschen Bundestag, nicht für Landtage, Kreistage, Gemeinderäte usw.

c. Art. 28 I 2 GG gilt zwar für jene, ist aber kein einklagbares grundrechtsgleiches Recht, da in Art. 93 I Nr. 4a GG nicht genannt.

d. Die Justizgrundrechte nach Art. 101 ff. GG (hier wurde Art. 103 I GG gerügt) stehen nach st.Rspr. des BVerfG auch juristischen Personen des öffentlichen Rechts zu. Eine Fraktion ist zwar keine solche, sondern nur ein Organteil, soll sich aber trotzdem darauf berufen können. Die Fraktion im vorliegenden Fall war also insoweit beschwerdebefugt, hatte aber den Rechtsweg nicht erschöpft, so dass ihre Vb. trotzdem unzulässig war. In diesem Zusammenhang sei auf den neuen § 152a VwGO vom 9.12.2004 aufmerksam gemacht.

Prüfungsrelevanz:

Der Begriff der Fraktionen, wie hier vom OVG Münster für Fraktionen des Kreistags in NRW gebildet, kann auch für Fraktionen des Gemeinderats übernommen werden, wie das OVG an vielen Stellen seines Beschlusses selbst klarstellt.

Examensrelevante Probleme lassen sich daraus leicht konstruieren. Dabei muss es nicht wie hier um die Anerkennung einer "Fraktion" als solche gehen, denn eine Vielzahl von Rechten sind in den Gemeinde- und Kreisordnungen an den Fraktionsstatus geknüpft. Macht eine "Fraktion" ein solches Recht geltend, ist zunächst inzidenter zu prüfen, ob es sich beim Anspruchsteller tatsächlich um eine "Fraktion" handelt. Dass neben den gesetzlichen Anforderungen nach ganz überwiegender Rechtsprechung auch gemeinsame politische Ziele ihrer Mitglieder zum Fraktionsstatus gehören, sollte nun jedem Examenskandidaten bekannt sein.

Die vom BVerfG hier offen gelassene Frage, ob sich die Fraktion auf Art. 3 I GG berufen kann, dürfte - wenn man sich denn entscheiden müsste - i.Ü. zu verneinen sein, und zwar gleich auf welcher Ebene (Bund, Land, Kreis, Gemeinde). Grundrechte sind Abwehrrechte des Bürgers gegen den Staat, eine Fraktion ist aber selbst Teil eines staatlichen Organs (Konfusionsargument). Für sie mag es bestenfalls ein allgemeines Willkürverbot aus dem Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 III GG geben; dieses ist jedoch nicht mit der Verfassungsbeschwerde einklagbar, da Art. 20 III GG nicht in Art. 93 I Nr. 4a GG genannt ist.

Vertiefungshinweise:

Zum Begriff der Fraktion: *BVerwG*, NVwZ 1993,

375; *OVG Münster*, NJW 1989, 1105; *OVG Koblenz*, DVBl 1988, 798; *VGH Kassel*, NVwZ 1990, 391

Zum Zusammenschluss von Abgeordneten in anderer Weise als in Fraktionen: *BVerfG*, NJW 1991, 2474

Verfassungsbeschwerde staatlicher Organeile: *BVerfG*, RA 2003, 525 = DVBl 2003, 1316 (Bundestagsabgeordneter)

Kursprogramm:

Examenskurs : "Die Friedenstaube im Rathausfenster"

1. Teil: Entscheidung des OVG NRW vom 24.01.2005 (15 B 2713/04)

Leitsätze:

1. Der Begriff der Fraktion erfordert eine grundsätzliche politische Übereinstimmung ihrer Mitglieder.

2. Ob dies der Fall ist, bemisst sich nach dem Statut des Zusammenschlusses und seiner tatsächlichen Anwendung sowie den Bekundungen der Mitglieder des Zusammenschlusses über die grundsätzliche politische Übereinstimmung, soweit sich diese Erklärungen als glaubhaft erweisen.

Sachverhalt:

Drei Mitglieder eines Kreistags, die als Kandidaten auf den Listen der PDS, der NPD und einer Wählergruppe gewählt worden waren, schlossen sich zu einer Fraktion, der Ast., zusammen. Der Kreistag, der Ag., behandelte sie jedoch nicht als Fraktion. Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung mit dem Ziel, als Fraktion behandelt zu werden, hatte weder vor dem VG noch vor dem OVG Erfolg.

Aus den Gründen:

Der Ast. steht der geltend gemachte Anordnungsanspruch (§ 123 III VwGO i.V. mit § 920 II ZPO) nicht zu. Dieser Anspruch in der Hauptsache ist darauf gerichtet, dass der Ag. der Ast. die Fraktionsrechte zugesteht, also die Rechte, die ihr zustünden, wenn sie eine Fraktion i.S. des 40 I NWKreisO wäre. Dieser Status kommt ihr jedoch nicht zu.

A. Legaldefinition der Fraktion

Nach der genannten Vorschrift sind Fraktionen freiwillige Vereinigungen von Mitgliedern des Kreistages mit einer - hier mit 3 Personen erreichten - Mindestzahl. Weitere ausdrückliche Voraussetzungen stellt das Gesetz nicht auf.

B. Ungeschriebene Voraussetzungen

Sie ergeben sich jedoch aus dem Begriff der Fraktion. Dieser wird maßgeblich durch deren in § 40 II 1 NWKreisO vorgegebene Funktion geprägt (vgl. eben-

so § 56 II 1 NWGO für Fraktionen in den Gemeindevertretungen).

I. Funktion der Fraktionen

Danach wirken die Fraktionen bei der Willensbildung und Entscheidungsfindung in der Vertretung mit. Sie prägen die Willensbildung und Entscheidungsfindung im Plenum vor, indem sie vor der Plenardebatte und -abstimmung in interner Meinungsbildung Willensblöcke bilden, die sie im Plenum möglichst geschlossen zur Geltung bringen. Dadurch wird die Parlamentsarbeit im Plenum erleichtert, das auf die Vorarbeit der Fraktionen angewiesen ist, da eine umfassende erstmalige Meinungsbildung jedes einzelnen Vertreters im Plenum kaum geleistet werden kann (vgl. *OVG Münster*, Urteil vom 14.01.1975 - III A 551/73; Erichsen, *Kommunalrecht des Landes Nordrhein-Westfalen*, 2. Aufl., § 7 A 1b).

II. Allgemeiner Sprachgebrauch

Diese Funktion ist nicht nur rechtlich durch § 40 II 1 NWKreisO zugewiesen, sondern prägt auch die politische Realität von Fraktionen in Deutschland seit der Bildung entsprechender Vereinigungen in der Frankfurter Nationalversammlung. Daher werden sowohl im allgemeinen als auch im juristischen Sprachgebrauch als Fraktionen regelmäßig nur Vereinigungen politisch gleichgesinnter Volksvertreter bezeichnet (vgl. Brockhaus, *Die Enzyklopädie*, 19. Aufl., Bd. 7, S. 525 (Stichwort: Fraktion); Bick, *Die Ratsfraktion*, Diss. 1989, S. 22; Rehn/Cronage/von Lennep, *NWGO*, 2. Aufl., § 56 Anm. 13; Gern, *Deutsches Kommunalrecht*, 3. Aufl., Rdnr. 420; Stober, *Kommunalrecht der Bundesrepublik Deutschland*, 2. Aufl., § 5 VII 1; zu den Fraktionen im nordrhein-westfälischen Landtag Bertrams, *NWVBl* 2005, 10 [13]).

III. Rechtsprechung

Auch in der Rechtsprechung wird eine grundsätzliche politische Übereinstimmung zur möglichst gleichgerichteten und dadurch politisch wirksameren Ausübung der den einzelnen Fraktionsmitgliedern zustehenden Kompetenzen als zum Wesen der Fraktion gehörig angesehen (vgl. *BVerwG*, NVwZ 1993, 375 f.; *OVG Münster*, NJW 1989, 1105; *OVG Koblenz*, DVBl 1988, 798; *DÖV* 1986, 800; *VGH Kassel*, NVwZ 1990, 391 = DVBl 1990, 830).

C. Subsumtion

Die Ast. ist keine Fraktion, weil es am Merkmal grundsätzlicher politischer Übereinstimmung ihrer Mitglieder fehlt.

I. Verschiedene Parteizugehörigkeit belanglos

Allerdings kann das Vorliegen dieses Erfordernisses nicht schon deshalb verneint werden, weil die drei der Ast. angehörenden Kreistagsmitglieder auf Wahllisten

von Parteien oder Wählergruppen sowohl des rechten als auch des linken Randes des politischen Spektrums gewählt wurden. Insbesondere kommt es nicht darauf an, dass der Wähler mit seiner Stimme für die Wahlliste einer extremen Gruppierung keine Fraktion mit Vertretern einer extremen Gruppierung vom anderen Ende des politischen Spektrums habe unterstützen wollen, sodass in der Anerkennung einer solchen Fraktion eine Verfälschung des Wählerwillens liege.

Das Fraktionsbildungsrecht ist Ausfluss des freien Mandats der Mitglieder der Vertretung, die in ihrer Tätigkeit ausschließlich nach dem Gesetz und ihrer freien, nur durch Rücksicht auf das öffentliche Wohl bestimmten Überzeugung zu handeln verpflichtet sind und an Aufträge (auch des Wählers) nicht gebunden sind (§ 28 I NWKreisO, ebenso für die Mitglieder der Gemeindevertretungen § 43 I NWGO).

Auch der Sache nach ist es kein wirklichkeitsfernes politisches Phänomen, dass zwischen Vertretern gegensätzlicher extremer politischer Anschauungen in Wirklichkeit dennoch in vielen Fragen eine grundsätzliche politische Übereinstimmung besteht. In diese Richtung zielen auch die im Verfahren vorgelegten Stellungnahmen einzelner Mitglieder der Ast. zu ihrem jeweiligen politischen Werdegang, etwa die Ausführungen des Kreistagsmitglieds A zu seinem Parteiaustritt.

II. Fraktionsstatut und Bekundungen der Mitglieder entscheiden

Allerdings besteht in Fällen politisch extrem heterogener Zusammensetzung besonderer Anlass festzustellen, ob die erforderliche grundsätzliche politische Übereinstimmung besteht oder ob lediglich ein formaler Zusammenschluss zur Erlangung finanzieller Vorteile oder einer stärkeren Rechtsposition für die Verfolgung der uneinheitlichen individuellen politischen Ziele der einzelnen Mitglieder vorliegt.

Die Frage, ob eine grundsätzliche politische Übereinstimmung vorhanden ist, beurteilt sich nach dem Statut des Zusammenschlusses (§ 40 II 3 NWKreisO) und seiner tatsächlichen Anwendung sowie den Bekundungen der Mitglieder des Zusammenschlusses über die grundsätzliche politische Übereinstimmung, soweit sich diese Erklärungen als glaubhaft erweisen.

1. Fraktionsstatut

Hier ergibt sich allein schon aus dem Statut vom 1.11.2004, dass es an der erforderlichen grundsätzlichen politischen Übereinstimmung fehlt. Bereits der Name "Technische Fraktion" macht deutlich, dass kein auf inhaltlicher Übereinstimmung basierender Zusammenschluss gewollt ist, sondern ein bloß äußerer "technischer" Rahmen des Zusammenwirkens. Das wird nicht entkräftet durch den gekünstelten Erklärungsversuch der Ast., der Begriff bedeute Zusammenwirken im gleichsam unpolitischen, sachbezogenen kommunalen Bereich unbeschadet möglicherweise bestehen-

der Gegensätze in ideologischen, weltpolitischen Fragen.

Auch in der Präambel wird das Bestehen grundlegender politischer Gegensätze mit der Formulierung angedeutet, dass die Fraktionsmitglieder "mit ihrer politischen Vielfalt und Bandbreite" mitwirken. Aus § 5 des Statuts, der vorschreibt, dass alle Entscheidungen einstimmig getroffen werden müssen, ergibt sich, dass keine interne Meinungsbildung der Fraktion angestrebt ist, sondern die volle politische Autonomie aller beibehalten werden soll. Der Wesenskern einer Fraktion, dass nämlich die Mitglieder auf die Ausübung eines Teils ihrer politischen Gestaltungsrechte zu Gunsten einer Bündelung durch die Fraktion verzichten, was grundsätzlich eine Willensbildung der Fraktion nach dem Mehrheitsprinzip erfordert, wird hiermit verfehlt. Dem entspricht die Regelung des § 3 des Statuts, wonach ein Fraktionszwang bei Debatten und Abstimmungen nicht existiert.

Diese Regelung wäre eine Selbstverständlichkeit, wenn damit nur die Wahrung der Ausübung des freien Mandats gemeint wäre. Ihrem aus dem Gesamtzusammenhang erkennbaren Sinn nach bedeutet die Vorschrift aber darüber hinaus, dass jedwedes von der Mehrheitsmeinung der Fraktion abweichende Debatten- und Abstimmungsverhalten ein mit der Fraktionsbildung vereinbares Verhalten sein soll. Das widerspricht jedoch dem Sinn einer Fraktionsbildung. Mit dieser auf bloß äußerliche Zusammenarbeit gerichteten Zielsetzung korrespondiert § 8 S. 2 des Statuts, wonach auf die Möglichkeit eines Ausschlusses einzelner Fraktionsmitglieder verzichtet wird. Darin spiegelt sich die politische Inhaltslosigkeit des Zusammenschlusses wider. Schließlich ergibt auch § 10 des Statuts, dass keine gemeinsame inhaltliche Arbeit gewollt ist. Nach dieser - wegen § 40 III 1 NWKreisO rechtswidrigen - Vorschrift werden Fraktionspauschalen und alle sonstigen Einnahmen unter den Fraktionsmitgliedern zu gleichen Teilen aufgeteilt. Hier wird der eigentliche Sinn des Zusammenschlusses deutlich: Es geht nicht um die finanzielle Abdeckung der sächlichen und personellen Aufwendungen für die Geschäftsführung der Fraktion in Verfolgung ihrer Koordinationsaufgabe (vgl. zum Zweck der Fraktions- und Gruppenfinanzierung in Abgrenzung zur Aufwandsentschädigung des einzelnen Mitglieds der Vertretung OVG Münster, NVwZ-RR 2004, 674 [676]; NVwZ-RR 2003, 59 f.), sondern um die rechtswidrige Erhöhung der dem einzelnen Mitglied zustehenden und nur von ihm zu verwaltenden Aufwandsentschädigung.

2. Bekundungen der Mitglieder

Angesichts der Eindeutigkeit, mit der sich aus den vorgenannten Statutsbestimmungen der fraktionsfremde Charakter des Zusammenschlusses ergibt, bedarf es keiner Untersuchung der tatsächlichen Praktizierung

der politischen Zusammenarbeit. Der Senat hat in Auswertung des Statuts nicht nur die erforderliche Überzeugung, dass eine grundsätzliche politische Übereinstimmung besteht, nicht gewinnen können, sondern ist sich darüber hinaus sicher, dass der Zusammenschluss allein dem fraktionsfremden Ziel dient, eine den einzelnen Mitgliedern nicht zustehende Vergrößerung der Finanzzuwendungen und Mitwirkungsrechte herbeizuführen.

2. Teil: Entscheidung des BVerfG vom 16.03.2005 (2 BvR 315/05)

Leitsatz (der Redaktion):

Zur Zulässigkeit einer Verfassungsbeschwerde durch eine um ihren Status als solche kämpfende Kreistagsfraktion.

Sachverhalt:

Die Beschwerdeführerin streitet um ihre Anerkennung als Fraktion im Kreistag eines nordrhein-westfälischen Kreises. Bei der Wahl des Kreistages des Rhein-Sieg-Kreises im September 2004 entfielen auf die Wahlvorschläge der NPD, der PDS und des Bündnisses für Deutschland je ein Sitz. Die drei Kreistagsmitglieder von NPD, PDS und Bündnis für Deutschland, von denen das PDS-Mitglied zwischenzeitlich aus der Partei ausschied, beschlossen die Gründung der Beschwerdeführerin, einer Fraktion unter der Bezeichnung "Technische Fraktion".

Der Landrat teilte, zuletzt mit dem angegriffenen Bescheid, mit, "die Bildung einer Fraktion zu einer lediglich technischen Zusammenarbeit" erfülle nicht die Voraussetzungen des § 40 der Kreisordnung für das Land Nordrhein-Westfalen. In seinen ersten Sitzungen verfuhr der Kreistag bei der Wahl der Stellvertreter des Landrats, der Besetzung der gebildeten Ausschüsse und der Verteilung der Ausschussvorsitze so, als bestehe die Beschwerdeführerin nicht.

Den Antrag der Beschwerdeführerin, den Kreistag durch einstweilige Anordnung zu verpflichten, sie wie eine Fraktion zu behandeln, lehnte das Verwaltungsgericht mit dem angegriffenen Beschluss ab. Die dagegen erhobene Beschwerde wies das Oberverwaltungsgericht mit dem angegriffenen Beschluss zurück. Es führte unter anderem aus, die grundsätzliche politische Übereinstimmung ihrer Mitglieder gehöre zum Begriff der Fraktion.

Die Beschwerdeführerin hat hiergegen Verfassungsbeschwerde erhoben. Diese wurde nicht zur Entscheidung angenommen.

Aus den Gründen:

Die Verfassungsbeschwerde ist unzulässig. Soweit die Beschwerdeführerin sich auf Art. 28 Abs. 1 Satz 2 GG und Art. 38 Abs. 1 Satz 2 GG beruft, ist sie nicht antragsberechtigt, weil sie nicht behaupten kann, in ei-

nem ihr zustehenden Grundrecht verletzt worden zu sein (Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, § 90 Abs. 1 BVerfGG).

A. Statthaftigkeit

Das scheidet nicht daran, dass sie ein Statusrecht verteidigt und damit ins Organstreitverfahren verwiesen werden müsste (vgl. BVerfGE 43, 142 [148]). Im Streit steht nicht das Verhältnis zwischen Verfassungsorganen oder –organteilen, sondern stehen die organ-schaftlichen Beziehungen innerhalb einer kommunalen Körperschaft. Dieses Verhältnis wird durch einfaches Recht geregelt. Auf das einfachgesetzliche Kommunalverfassungsrecht hat das Verfassungsrecht bestimmenden Einfluss, etwa durch die Verpflichtung auf die repräsentative Demokratie durch Art. 28 Abs. 1 Satz 2 GG. Der Kommunalverfassungsstreit wird dadurch aber nicht zu einem Organstreit verfassungsrechtlicher Art, für den es einen Zugang zum Bundesverfassungsgericht gäbe. Er ist vor den Verwaltungsgerichten auszutragen, die die besondere verfassungsrechtliche Prägung bei ihren Entscheidungen zur Geltung zu bringen haben.

B. Beschwerdebefugnis

I. Art. 38 I GG

Mit einer auf Art. 38 GG gestützten Verfassungsbeschwerde kann nur eine Verletzung von Rechten bei Wahlen zum Bundestag geltend gemacht werden. Auf Landtags- oder Kommunalwahlen ist die Vorschrift nicht, auch nicht entsprechend, anwendbar (vgl. BVerfGE 3, 383 [391]; 6, 121 [130]; 6, 376 [384]; 99, 1 [7]). Gleiches gilt deshalb auch für etwaige Statusrechte der Mitglieder kommunaler Vertretungen oder der von ihnen gebildeten Vereinigungen. Solche Rechte können nur aus der Wahl zu der Vertretung folgen und daher nicht auf Art. 38 GG beruhen.

II. Art. 28 I 2 GG

Rechte aus Art. 28 GG können nicht mit der allgemeinen Verfassungsbeschwerde verteidigt werden, Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, § 90 Abs. 1 BVerfGG (vgl. BVerfGE 3, 383 [390 f.]; 6, 121 [130]; 99, 1 [8]).

III. Art. 3 I GG

Ob die Beschwerdeführerin das Grundrecht aus Art. 3 Abs. 1 GG geltend machen kann, kann offen bleiben. Jedenfalls ist gegen den Gleichheitssatz, in dem ein allgemeiner Rechtsgrundsatz zum Ausdruck kommt und aus dem das Willkürverbot folgt, nicht verstoßen worden. Es ist nicht evident sachfremd und daher nicht willkürlich, dass der Landrat und die befassten Gerichte die angegriffenen Entscheidungen darauf gestützt haben, eine Fraktion könne nur von Kreistagsmitgliedern mit in wesentlicher Hinsicht übereinstimmender politischer Überzeugung gebildet werden. Dies ent-

spricht einem im deutschen Parlamentsrecht verwandten einheitlichen Begriff der Fraktion (Achterberg, Parlamentsrecht, 1984, S. 274). Da die Bündelungs-, Koordinierungs- und Organisationsfunktionen der Fraktionen in Parlamenten und kommunalen Vertretungskörperschaften einander gleichen, spricht nichts gegen eine dem Parlamentsrecht entlehnte Begriffsbildung auch im Kommunalverfassungsrecht.

IV. Art. 103 I GG

Die Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde scheidet nicht an fehlender Antragsberechtigung, soweit die Beschwerdeführerin eine Verletzung ihres Rechts auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG) rügt. Dieses grundrechtsähnliche Recht gilt auch für juristische Personen und andere Personenvereinigungen des öf-

fentlichen Rechts (Art. 19 Abs. 3 GG), denn die durch die so genannten Justizgrundrechte garantierten objektiven Verfahrensgrundsätze müssen gegenüber jedem an einem Gerichtsverfahren Beteiligten eingehalten werden. Eine vermeintliche Verletzung dieser Rechte kann mit der Verfassungsbeschwerde geltend gemacht werden (vgl. BVerfGE 6, 45 [49 f.]; 13, 132 [139]; 21, 362 [373]; 61, 82 [104]; 75, 192 [200]).

C. Rechtswegerschöpfung

Insoweit ist die Verfassungsbeschwerde aber unzulässig, weil der Rechtsweg nicht erschöpft ist (§ 90 Abs. 2 BVerfGG). Die Beschwerdeführerin hätte die Anhörungrüge erheben können (§ 152a VwGO). Von einer weiteren Begründung wird abgesehen (§ 93d Abs. 1 Satz 3 BVerfGG).

Standort: Ordnungsrecht

Problem: Paintball-Spiele

VGH BW, BESCHLUSS VOM 17.05.2004
I S 914/04 (NVWZ-RR 2005, 472)

Problemdarstellung:

Im vorliegenden Fall hatte die Ordnungsbehörde, gestützt auf die Generalklausel des Polizei- und Ordnungsrechts, der ASt. die Veranstaltung von Paintball-Spielen untersagt, weil diese eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung darstellten. Gegen die zugleich getroffene Anordnung der sofortigen Vollziehung des Verbots (§ 80 II Nr. 4 VwGO) ging die ASt. im Wege des § 80 V VwGO vor.

Der VGH als Beschwerdeinstanz fasst in seinem Beschluss zunächst den Stand der Rechtsprechung zu den sogenannten "Laserdromen" zusammen, die allgemein für unzulässig gehalten werden, da die dort veranstalteten Laserspiele durch die im simulierten Töten von Menschen liegende Gewaltverherrlichung gegen die Menschenwürde verstießen (a.A. Teile der Literatur). Sodann bemüht sich der VGH um eine Übertragung der dort gewonnenen Erkenntnisse auf Paintball-Spiele, sieht sich aber mit einer Vielzahl von Ungewissheiten konfrontiert, die das Gericht im vorläufigen Rechtsschutz nicht auszuräumen vermag. Insbesondere stellt es die Frage, ob die Spielvarianten bei Laserdrome- und Paintballspielen vergleichbar sind.

Wegen dieser Unsicherheiten ließ sich nicht klären, wie die Erfolgsaussichten in der Hauptsache sein werden. Deshalb nahm das Gericht seine im Rahmen des Antrags nach § 80 V VwGO allein mögliche Interessenabwägung zwischen Suspensiv- und Vollzugsinteresse nach der möglichen Folgenlast vor. Hier sah es die drohende Existenzvernichtung der ASt. als gravierender an als den Schutz der öffentlichen Interessen, machte der ASt. aber gem. § 80 V 4 VwGO einige Auflagen, um bestimmte Spielvarianten zu verhindern,

bei denen eine Verletzung der Menschenwürde besonders nahe lag.

Prüfungsrelevanz:

Die RA hat wiederholt über die Rechtsprechung zur Zulässigkeit sogen. "Laserdrome" berichtet. Hier geht es nun um ein Paintball-Spiel, die Probleme sind aber identisch. Die Entscheidung zeigt, dass das Thema noch lange aktuell bleiben wird, denn das Gericht erklärt ja gerade, wegen der Vielzahl ungeklärter Fragen eine Prognose über die Erfolgsaussichten in der Hauptsache nicht abgeben zu können.

Soweit der VGH ausführt, eine Entscheidung des EuGH zu diesem Thema stehe noch aus, ist der Beschluss übrigens überholt: Der EuGH hat inzwischen entschieden und das nationale Verbot von Laserdromen in Deutschland in vollem Umfang bestätigt. Das Gericht sieht - wie die ganz überwiegende Rechtsprechung hierzulande - im Betrieb von Laserdromen einen Verstoß gegen die "öffentliche Ordnung" (EuGH, RA 2004, 685 = EuZW 2004, 753). Während die Rspr. also geschlossen und mit europarechtlichem Segen des EuGH einen Verstoß gegen die "öffentliche Ordnung" - und nur gegen diese - bejaht, ist in der Literatur lebhaft umstritten, ob die öffentliche Ordnung, die öffentliche Sicherheit, beide oder keine von beiden durch derartige Spiele gefährdet seien (vgl. hierzu die Vertiefungshinweise).

Obwohl der VGH die Erfolgsaussichten in der Hauptsache ausdrücklich offen gelassen und nur nach Folgenlast entschieden hat, ist die Entscheidung doch interessant, weil sie zum einen den Standpunkt des BVerwG zum Thema "Laserdrome" komprimiert wiedergibt, und zum anderen zeigt, dass man Laserdrome und Paintball-Spiele nicht einfach gleichsetzen darf. Wenn beurteilt werden soll, ob die öffentliche Sicher-

heit oder Ordnung gefährdet ist, wird es immer auf die konkrete Spielvariante ankommen. "Das" Paintball-Spiel gibt es nicht.

Vertiefungshinweise:

- Zulässigkeit von Paintball-Spielen: *VG Dresden*, RA 2003, 738 = NVwZ-RR 2003, 848 (bejaht)
- Paintball-Halle als Schießstätte: *BayVGH*, RA 2001, 680 = BayVBl 2001, 689 (verneint)
- Rechtsprechung zu Laserdromen: *EuGH*, RA 2004, 685 = EuZW 2004, 753; *OVG NRW*, RA 2001, 163 = NWVBl 2001, 94; *OVG NRW*, NWVBl. 1995, 473; *OVG Rh.-Pf.*, NVwZ-RR 1995, 30; *BVerwG*, RA 2002, 359 = NVwZ 2002, 598
- Literatur zum Thema: *Aubel*, Jura 2004, 255; *Szcekalla*, JA 2002, 992; *Störmer*, NWVBl 1997, 313; *Heckmann*, JuS 1999, 986; *Haurand*, JA 1995, 196; *Lippstreu*, GewArch 1993, 311

Kursprogramm:

- Examenskurs* : "Laserdrome"

Leitsätze:

- 1. Ob Paintball-Spiele mit der verfassungsrechtlichen Garantie der Menschenwürde unvereinbar sind und deshalb wegen Verstoßes gegen die öffentliche Sicherheit oder Ordnung auf der Grundlage der polizeirechtlichen Generalklausel untersagt werden können, ist wegen der damit verbundenen komplexen tatsächlichen und schwierigen rechtlichen Fragen im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes nicht verlässlich zu klären.**
- 2. Die Gefährdung der wirtschaftlichen Existenz des Veranstalters begründet das überwiegende private Interesse an der Suspendierung des Sofortvollzugs der Untersagungsverfügung. Dem öffentlichen Interesse an der Begrenzung des mit Paintball-Spielen verbundenen "Gefahrenpotenzials" ist durch Auflagen gem. § 80 V 4 VwGO Rechnung zu tragen.**

Sachverhalt:

Die Ag. untersagte der Ast., Paintball-Spiele durchzuführen. Dem hiergegen gerichteten Eilantrag gab das VG statt. Die Beschwerde der Ag. hatte teilweise Erfolg.

Aus den Gründen:

Die Beschwerde der Ag. ist überwiegend nicht begründet. Nach Auffassung des Senats muss es dabei bleiben, dass die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs der Ast. gegen die Verfügung der Ag. vom 9.2.2004, mit der diese der Ast. - unter Anordnung der sofortigen Vollziehung - die Veranstaltung so genannter "Paintball-Spiele" im Gebäude X in Y untersagt

(Nr. 1.1) und die Verhängung eines Zwangsgeld von 5.000 Euro angedroht hat (Nr. 1.3), wiederhergestellt bzw. angeordnet wird. In Ausübung des ihm nach § 80 V 4 VwGO eingeräumten Ermessens hält es der Senat allerdings für geboten, die Wiederherstellung bzw. Anordnung der aufschiebenden Wirkung mit Auflagen zu versehen.

A. Interessenabwägung

Die nach § 80 V VwGO gebotene Abwägung zwischen dem öffentlichen Interesse an der sofortigen Vollziehbarkeit der Verfügung einerseits und dem Interesse der Ast. andererseits, vorläufig von der sofortigen Vollziehung verschont zu bleiben, fällt in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang zu Lasten der Ag. aus.

I. Erfolgsaussichten in der Hauptsache

Anders als das VG trifft der Senat diese Entscheidung allerdings allein auf Grund einer Abwägung der öffentlichen und privaten Interessen im Einzelfall. Denn bei der im vorliegenden Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes gebotenen und nur möglichen summarischen Prüfung lassen sich die Erfolgsaussichten des Rechtsbehelfs in der Hauptsache nicht verlässlich beurteilen. Vielmehr wirft das Verfahren sowohl schwierige rechtliche als auch komplexe tatsächliche Fragen auf, die einer vertiefenden und abschließenden Prüfung im Widerspruchs- und im gerichtlichen Hauptsacheverfahren vorbehalten bleiben müssen. Die Ag. stützt die Untersagung der Veranstaltung so genannter Paintball-Spiele auf die Regelungen der §§ 1, 3 BadWürttPolG. Zur Begründung führt sie aus, diese Spiele stellten eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung dar, weil es mit dem Menschenbild des Grundgesetzes, insbesondere mit der in Art. 1 I GG normierten Unantastbarkeit der Würde des Menschen unvereinbar sei, die simulierte Tötung von Menschen zum Gegenstand und Ziel eines Unterhaltungsspiels zu machen.

I. Stand der Rechtsprechung zu Laserdromen

a. BVerwG

Zur weiteren Begründung beruft sich die Ag. sowohl in der angefochtenen Verfügung wie in der Beschwerde in erster Linie auf die Entscheidung des BVerwG vom 24.10.2001 (BVerwGE 115, 189 = RA 2002, 359 = NVwZ 2002, 598). In dieser Grundsatzentscheidung hat es das BVerwG ausdrücklich gebilligt, dass die Vorinstanz in dem Betrieb eines so genannten Laserdromes mit simulierten Tötungshandlungen einen Verstoß gegen die von der polizeilichen Generalermächtigung geschützte öffentliche Ordnung gesehen hat.

aa. Menschenwürde

Im Ergebnis zu Recht habe die Vorinstanz in der Ver-

anstellung eines so genannten spielerischen Tötens im Laserdrome eine Verletzung der Menschenwürde (Art. 1 I GG) gesehen. Unterhaltungsspiele könnten auch dadurch gegen die verfassungsrechtliche Garantie der Menschenwürde verstoßen, dass beim Spielteilnehmer eine Einstellung erzeugt oder verstärkt werde, die den fundamentalen Wert- und Achtungsanspruch leugne, der jedem Menschen zukomme. Ein gewerbliches Unterhaltungsspiel, das auf die Identifikation der Spielteilnehmer mit der Gewaltausübung gegen Menschen angelegt sei und ihnen die lustvolle Teilnahme an derartigen - wenn auch nur fiktiven - Handlungen ermöglichen solle, sei wegen der ihm innewohnenden Tendenz zur Bejahung oder zumindest Bagatellisierung der Gewalt und wegen der möglichen Auswirkungen einer solchen Tendenz auf die allgemeinen Wertvorstellungen und das Verhalten in der Gesellschaft mit der verfassungsrechtlichen Menschenwürdegarantie unvereinbar (Hinweis auf BVerfGE 87, 209 [228 ff.] = NJW 1993, 1457 = NStZ 1993, 75). Das OVG sei ohne Rechtsverstoß zu dem Ergebnis gelangt, dass das verbotene Spiel im Laserdrome in der angefochtenen Verfügung zutreffend mit dem Begriff des "spielerischen Tötens" umschrieben worden sei und dass es gerade von daher seinen besonderen Reiz für die Spieler empfangen. Ein solches simuliertes Töten zu Unterhaltungszwecken werde dem gebotenen Respekt vor der Individualität, Identität und Integrität der menschlichen Persönlichkeit nicht gerecht. Es banalisiere und trivialisiere gerade diejenigen Rechtsgüter, an deren Schutz dem Grundgesetz in besonderem Maße gelegen sei. Zu den Höchstwerten der Verfassung sei nämlich neben der Menschenwürde insbesondere auch das menschliche Leben zu zählen; dieses habe der Verfassungsgeber des Jahres 1949 mit Blick auf die Verbrechen des nationalsozialistischen Regimes als die vitale Basis der Menschenwürde und zugleich Voraussetzung für alle anderen Grundrechte in Art. 2 II 1 GG ausdrücklich unter gesonderten Grundrechtsschutz gestellt (Hinweis auf BVerfGE 39, 1 [36, 42] = NJW 1975, 573). Zu dieser Grundaussage der Verfassung setzten sich Behörden und Gerichte der Bundesrepublik Deutschland in Widerspruch, wenn sie Unterhaltungsspiele der in Rede stehenden Art duldeten.

bb. Disponibilität

Die Freiwilligkeit der Teilnahme sowie das gegenseitige Einvernehmen der Spieler sei rechtlich unerheblich, weil die aus Art. 1 I und II 1 GG herzuleitende Wertordnung der Verfassung nicht im Rahmen eines Unterhaltungsspiels zur Disposition stehe (vgl. zum Ganzen BVerwGE 115, 189 = NVwZ 2002, 598).

b. EuGH

Das BVerwG hat mit dem genannten Beschluss das Verfahren ausgesetzt und dem EuGH die Frage zur Vorabentscheidung vorgelegt, ob es mit dem Europäi-

schen Gemeinschaftsrecht vereinbar sei, dass nach nationalem Recht der Betrieb eines Laserdromes mit simulierten Tötungshandlungen untersagt werden müsse, weil er gegen Wertentscheidungen des Grundgesetzes, insbesondere die Menschenwürde, verstoße. Eine Entscheidung des EuGH liegt noch nicht vor. Die Generalanwältin des EuGH hat sich in ihren Schlussanträgen vom 18. 3. 2004 (C-36/02) dafür ausgesprochen, die Vorlagefrage zu verneinen. Das deutsche Verbot des Betriebs eines Laserdromes mit simulierten Tötungshandlungen verstoße nicht gegen das Gemeinschaftsrecht.

2. Übertragung auf Paintball-Spiele

Ob vor diesem Hintergrund auch die Veranstaltung so genannter Paintball-Spiele eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder für die öffentliche Ordnung i.S. der §§ 1, 3 BadWürttPolG begründet und das von der Ag. ausgesprochene ordnungsbehördliche Verbot seine Ermächtigungsgrundlage deshalb in der polizeirechtlichen Generalklausel finden kann, vermag der Senat im vorliegenden Eilverfahren nicht mit der erforderlichen Verlässlichkeit zu beantworten.

a. Uneinigkeit in der Literatur

Ungeachtet der ohnehin bestehenden Schwierigkeiten bei der Bestimmung des begrifflichen Gehalts der verfassungsrechtlichen Garantie der Menschenwürde sind gegen die rechtliche Tragfähigkeit der vom BVerwG in diesem Zusammenhang zu Inhalt und Reichweite des Art. 1 I GG aufgestellten Grundsätze in der Rechtsprechung wie im Schrifttum substantiierte Einwände erhoben worden (vgl. insbesondere VG Dresden, NVwZ-RR 2003, 848; Jarass/Pieroth, GG, 7. Aufl., Art. 1 Rdnr. 16; Fechner, JuS 2003, 734; Heckmann, JuS 1999, 986; Kempfen, NVwZ 1997, 243 m. w. Nachw.). Bereits die hiernach zur Ermittlung der Erfolgsaussichten des Rechtsbehelfs in der Hauptsache notwendige Durchdringung der verfassungsrechtlichen Fragen würde den Rahmen des vorliegenden Verfahrens nach § 80 V VwGO sprengen.

b. Unterschiede zwischen den Spielvarianten

Unabhängig davon vermag der Senat auf Grund der ihm zur Verfügung stehenden Erkenntnismittel zum gegenwärtigen Zeitpunkt nicht zu überschauen, ob - wie von der Ast. geltend gemacht - zwischen dem Betrieb eines Laserdromes mit simulierten Tötungshandlungen, wie er der Entscheidung des BVerwG zu Grunde lag, und der Veranstaltung so genannter Paintball-Spiele Unterschiede bestehen, die einer Übertragung der vom BVerwG aufgestellten Grundsätze auf den vorliegenden Fall entgegenstehen.

aa. Spielhandlung

Dies rührt zunächst daher, dass in tatsächlicher Hinsicht bereits erhebliche Unklarheiten bestehen, welche

Spielhandlung bzw. welcher Spielablauf der rechtlichen Beurteilung überhaupt zugrunde zu legen ist.

Die Ast. hat vorgetragen, Spielhandlung beim "Paintball" sei es, dass Einzelspieler oder Mannschaften um eine Flagge bzw. zwei Flaggen kämpften, die es zu erobern und in die eigene oder gegnerische Startposition zu verbringen gelte. Ein Mittel hierfür sei das Ausschalten der gegnerischen Mitspieler durch deren Markierung, d.h. durch das Treffen des Spielers mit einem "Paintball". Dementsprechend hat das VG angenommen, im Gegensatz zu den Spielen im Laserdrom handele es sich bei Paintball "nach dem derzeitigen Erkenntnisstand wohl nicht um ein Spiel, dessen Inhalt nahezu ausschließlich in der Simulation des Tötens bestehe, das seinen Reiz daher weitestgehend aus dem genussvollen Ausleben der Emotion des Auslösens eines Lebens gewinne". Zur Begründung stellt das VG maßgeblich auf das von der Ast. vorgelegte Regelwerk ("Haus- und Spielordnung" der Ast.) ab, wonach das Markieren von Mitspielern nur ein Aspekt einer mehrschichtigen Spielhandlung sei, es als Ziel des Spiels gelte, eine Flagge aus dem Startpunkt der Gegner in den eigenen Startpunkt zurückzubringen, und das Markieren der Gegenspieler eine spielmitgestaltende, nicht jedoch dominierende Funktion habe, was auch durch die Punktvergabe deutlich werde.

Die Tragfähigkeit dieser Begründung dürfte indes dadurch in Frage gestellt sein, dass das Paintball-Spiel nach den dem Senat zur Verfügung stehenden Erkenntnissen jedenfalls in der Praxis in verschiedenen - rechtlich möglicherweise unterschiedlich zu behandelnden - Varianten betrieben wird. So sieht zwar noch das "Liga-Regelwerk" des Deutschen Paintball-Verbandes (V. 1.0, Stand: 1.1.2000) als "Turnierspiele" lediglich die Formen "Central Flag" und "Capture the Flag" vor. Nach den im Internet von Paintball-Veranstaltern und Paintball-Teams verbreiteten Informationen existieren indes jedenfalls in der Spielpraxis zahlreiche Varianten. Dabei deutet vieles darauf hin, dass jedenfalls bei einzelnen Varianten dem "Markieren" des Gegenspielers - und damit der Simulation des Tötens mittels einer Schusswaffe - die zentrale bzw. ausschließliche Funktion des Spiels zukommt (vgl. etwa die auf der Internetseite von "Cologne Pumpforce" beschriebenen Varianten "Elimination" oder "Präsident"). Dies wird im Falle der Ast. durch die Ermittlungen der Ag. bestätigt [wird ausgeführt].

bb. Spielregeln

Neben diesen tatsächlichen Unklarheiten werden auch in rechtlicher Hinsicht Fragen aufgeworfen, die im Eilverfahren nicht abschließend beantwortet werden können. Soweit das VG der von der Ast. vorgelegten „Haus- und Spielordnung“ Bedeutung für die rechtliche Beurteilung des Paintball-Spielbetriebs beimisst, stellt sich die Frage, ob die dort aufgestellten Regeln in der Praxis überhaupt geeignet sind, dem Spielbe-

trieb die Nähe zu realen kriegerischen oder sonst gewalttätigen Auseinandersetzungen zu nehmen. So wird unter Nr. 16 der Haus- und Spielordnung zwar das Verbot ausgesprochen, die Halle mit Tarnkleidung oder militärischer Kleidung zu betreten. Dieses Verbot dürfte indes durch das Erfordernis, am ganzen Körper Schutzkleidung, insbesondere auch die besonders martialisch anmutenden Schutzmasken zu tragen, jedenfalls in gewissem Umfang konterkariert werden.

Auch erscheint zweifelhaft, ob es für die rechtliche Beurteilung maßgeblich darauf ankommen kann, dass sowohl in der Haus- und Spielordnung wie in der von den Spielern zu unterschreibenden Belehrung der Sport- und Spielcharakter "mehrfach ausdrücklich betont" wird.

3. Vergleichbarkeit mit anderen Spielen

Auch weitere durch das Verfahren aufgeworfene Fragen (etwa die der Vergleichbarkeit mit dem aus dem Schulsport bekannten "Völker- oder Brennball" oder mit gewaltverherrlichenden Video- oder Computerspielen sowie Filmen) sind nicht ohne eine vertiefte Auseinandersetzung in die eine oder andere Richtung zu beantworten. Schließlich kann im Rahmen des Eilverfahrens weder dem Inhalt noch der rechtlichen Bedeutung einschlägiger wissenschaftlicher Untersuchungen (vgl. Steinmetz, Gutachterliche Stellungnahme zur Gewaltaffinität von Mitgliedern der deutschen Paintball-/Gotcha-Szene, zit. nach VG Dresden, NVwZ-RR 2003, 848) nachgegangen werden.

Vor dem Hintergrund dieser in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht bestehenden Ungewissheit sieht sich der Senat zum gegenwärtigen Zeitpunkt an einer verlässlichen Prognose über den Ausgang des Hauptsacheverfahrens gehindert.

II. Abwägung nach Folgenlast

Die danach gebotene Abwägung der im vorliegenden Fall berührten Interessen unter Berücksichtigung der Folgen, die sich voraussichtlich an die Gewährung oder Versagung des beantragten vorläufigen Rechtsschutzes knüpfen würden, führt zum Überwiegen des Interesses der Ast. an der Suspendierung des Sofortvollzugs der angegriffenen Verfügung.

1. Irreparable Folgen für Ast.

Von entscheidender Bedeutung ist dabei nach der Ansicht des Senats, dass bei Vollziehung der Verfügung die Gefahr einer erheblichen und irreparablen Grundrechtsverletzung der Ast. besteht. Bereits das VG hat dem Gesichtspunkt der Gefährdung der wirtschaftlichen Existenz der Ast. im Falle einer sofortigen Einstellung des Paintball-Betriebs im Rahmen der Interessenabwägung maßgebliche Bedeutung beigegeben. Dem ist die Ag. mit der Beschwerde nicht entgegen getreten. Vor diesem Hintergrund geht auch der Senat davon aus, dass bei einem vorläufigem Vollzug

der Untersagungsverfügung die Gefahr besteht, dass die Ast. in einem Umfang Einkommensverluste erleidet, dass von einer unzumutbaren, auch bei nachträglicher Aufhebung der Verfügung nicht mehr rückgängig zu machenden Beeinträchtigung ihrer grundrechtlichen Belange aus Art. 12 I und 14 I GG ausgegangen werden muss.

2. Öffentliche Interessen

Dabei verkennt der Senat nicht, dass mit Blick auf die nicht ausgeräumten tatsächlichen und rechtlichen Unklarheiten ein öffentliches Interesse am Schutz vor möglichen Auswirkungen des Paintball-Spielbetriebs besteht.

Zwar ist das Spiel mit konkreten Gefahren für Leib und Leben der Spieler nicht verbunden. Auch kann nicht davon ausgegangen werden, dass durch die Spielhandlung bestimmte Personen in ihrer Menschenwürde verletzt werden, da sich die Spieler in dem Kampfgeschehen prinzipiell "chancengleich" gegenüber stehen und dies es nicht nahe legt, in dem einen Mitspieler ein Objekt zu sehen, welches dem anderen hilflos ausgeliefert ist (BVerwGE 115, 184 [199] = RA 2002, 359 = NVwZ 2002, 598). Schließlich dürfte es jedenfalls an gesicherten Erkenntnissen dafür fehlen, dass durch den Konsum von Gewaltdarstellungen oder durch die Teilnahme an entsprechenden Unterhaltungsspielen tatsächlich die Hemmschwelle für Gewalt herab gesetzt wird (BVerwGE 115, 179 = RA 2002, 359 = NVwZ 2002, 862; BVerwGE 115, 189 = NVwZ 2002, 598). Allerdings besteht insoweit jedenfalls ein

"Gefahrenpotenzial" (BVerwGE 115, 189 = RA 2002, 359 = NVwZ 2002, 598), das in seinen möglichen Auswirkungen auf die allgemeinen Wertvorstellungen und das Verhalten in der Gesellschaft zwar schwer einzuschätzen ist, an dessen Begrenzung gleichwohl ein öffentliches Interesse besteht.

B. Auflagen als Interessenausgleich

Diesem öffentlichen Interesse trägt der Senat gem. § 80 V 4 VwGO durch die Anordnung der aus dem Tenor ersichtlichen Auflagen in einer Weise Rechnung, die den Spielbetrieb der Ast. nicht grundsätzlich in Frage stellt. In der Beschränkung des Spielbetriebs auf Varianten, bei denen Ziel das Erobern einer Flagge ist, sieht der Senat eine Möglichkeit wenigstens zu verhindern, dass sich die Spielhandlung in dem "Markieren" des Gegenspielers und damit in der Simulation des Tötens mittels Schusswaffe erschöpft. Diese Einschränkung dürfte die Ast. nicht unzumutbar belasten, zumal sie selbst im Beschwerdeverfahren das Spiel nur in dieser Form beschrieben hat.

Der Senat hält die Auflagen für erforderlich, obgleich sie zum Teil mit den Regeln übereinstimmen, die sich die Ast. im Rahmen ihrer "Haus- und Spielordnung" selbst auferlegt hat. Denn von diesen kann sich die Ast. grundsätzlich jederzeit einseitig lösen. Demgegenüber wird der Ag. mit den Auflagen nach § 80 V 4 VwGO die Möglichkeit eingeräumt, im Falle deren Nichtbeachtung durch die Ast. eine Änderung des Beschlusses nach § 80 VII VwGO zu erwirken.

IMPRESSUM

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

Zivilrecht

Standort: § 7 I StVG

Problem: Auslegung des Merkmals "bei Betrieb"

BGH, URTEIL VOM 26.04.2005
VI ZR 168/04 (NJW 2005, 2081)

Problemdarstellung:

Der Kl. hatte in diesem Fall selbst seinen PKW gegen die Begrenzungswand einer Tiefgaragenauffahrt gelenkt. Ursache hierfür war das Entgegenkommen des Bekl. zu 1, wobei streitig geblieben ist, ob dieser mit seinem VW-Bus über die Trennlinie auf die Fahrspur des Kl. geraten ist oder lediglich einen leichten Schlenker zur Fahrbahnmitte hin gemacht hat.

Der BGH hat in seinem Revisionsurteil klargestellt, dass selbst im Falle des Zutreffens der zweiten Sachverhaltsalternative eine Haftung des Bekl. zu 1 auf der Basis des § 7 I StVG in Betracht kommt, da die Betriebsgefahr des VW-Busses auch dann ursächlich für das Unfallgeschehen gewesen ist, wenn die Fahrzeuge sich überhaupt nicht berührt haben und die Ausweichreaktion des Kl. objektiv nicht geboten, sondern vollkommen übertrieben gewesen ist. Selbstverständlich ist in einem solchen Fall auf die Abwägung der Bedeutung der Betriebsgefahr des unfallverursachenden Fahrzeugs auf der einen sowie der Betriebsgefahr des unfallgegnerischen Fahrzeugs bzw. des Mitverschuldens des betroffenen sonstigen Verkehrsteilnehmers auf der anderen Seite für den Unfallhergang besonderes Augenmerk zu legen.

Prüfungsrelevanz:

Der BGH nimmt in dieser Entscheidung Bezug auf seine bisherige Rechtsprechung zur Auslegung des Merkmals "bei dem Betrieb" gem. § 7 I StVG, welche dem Zweck dieser Norm, umfangreichen Schutz vor den Risiken des zwar erlaubten, aber eben gefährlichen Betriebs eines KfZ zu bieten, gerecht werden soll. Das Urteil entwickelt die Grundsätze dieser Rechtsprechung konsequent fort und eignet sich daher sehr gut auch zur Entwicklung eines grundlegenden Verständnisses der Gefährdungshaftung nach § 7 I StVG. Dessen saubere Prüfung sowie die dogmatisch wie auch terminologisch saubere Berücksichtigung der auf Seiten des Geschädigten mitwirkenden Umstände (im Falle eines mit KfZ beteiligten Unfallgegners ist die Betriebsgefahr dieses Fahrzeuges zu berücksichtigen, nur bei fehlendem KfZ darf von Mitverschulden gesprochen werden) sollte jeder Examenkandidat beherrschen.

Vertiefungshinweise:

- Anrechnung der Betriebsgefahr eines KfZ gegenüber minderjährigem Inlineskater: *LG Bielefeld*, RA 2004, 542 = NJW 2004, 2245
- Zur Gefährdungshaftung gem. § 7 StVG nach Inkrafttreten der Schadensrechtsreform: *Garbe/Hagedorn*, JuS 2004, 287

Kursprogramm:

- Examenskurs*: "Das verhängnisvolle Skateboard"

Leitsätze:

Ein Schaden ist "bei dem Betrieb" eines Kraftfahrzeugs entstanden, wenn sich von einem Kraftfahrzeug ausgehende Gefahren ausgewirkt haben. Demgemäß kann selbst ein Unfall infolge einer voreiligen - also objektiv nicht erforderlichen - Abwehr- oder Ausweichreaktion dem Betrieb des Kraftfahrzeugs zugerechnet werden, das diese Reaktion ausgelöst hat.

Sachverhalt:

Der Kl. macht gegen die Bekl. Schadensersatzansprüche aus einem Unfall in einer Tiefgarage geltend. Er und der Bekl. zu 1 besitzen dort jeweils einen Stellplatz. Der von dem Bekl. zu 1 gemietete Stellplatz befindet sich direkt rechts hinter der Ein- bzw. Ausfahrtsrampe zur Tiefgarage. Er muss auf der Rampe nach links ausholen, um dann rechtwinklig nach rechts in seine Parkbox einfahren zu können. Am 08.01.2003 fuhr der Bekl. zu 1 mit seinem VW-Bus die Abfahrt zu der Tiefgarage herunter. Der Kl. wollte diese mit seinem Fahrzeug verlassen und kam dem Bekl. zu 1 entgegengefahren. Als die Fahrzeuge noch drei bis fünf Meter voneinander entfernt waren, lenkte er plötzlich nach rechts und sein PKW kollidierte mit der Wand der Tiefgarage. Die Ursache dieses Manövers ist zwischen den Parteien streitig. Nach der Darstellung des Kl. ist der Bekl. zu 1 plötzlich über die Trennlinie der beiden jeweils 2,90 m breiten Fahrspuren der Ab- bzw. Auffahrt gefahren, so dass er selbst nach rechts ausgewichen und deshalb an die Wand gefahren sei. Nach der Darstellung der Bekl. hat der Bekl. zu 1 lediglich einen kleinen Schlenker innerhalb seiner eigenen Fahrspur nach links gemacht, jedoch sofort nach rechts zurückgelenkt, nachdem er das klägerische Fahrzeug gesehen habe.

Das Amtsgericht hat die Klage abgewiesen. Die Berufung des Kl. blieb ohne Erfolg. Mit der vom BerGer. zugelassenen Revision verfolgt der Kl. sein Klageziel weiter.

Aus den Gründen:

A. Entscheidung und Begründung des BerGer.

Das BerGer. hat eine Haftung der Bekl. aus §§ 7, 17 StVG, § 3 PflVG, § 823 BGB verneint. Der Kl. habe weder den Beweis führen können, dass ein Fahrfehler des Bekl. zu 1 kausal für sein Ausweichen gegen die Garagenwand gewesen sei noch folge eine Haftung der Bekl. unter Zugrundelegung des unstreitigen Sachverhaltes aus der Betriebsgefahr des Beklagtenfahrzeugs. Auch wenn man davon ausgehe, dass der Bekl. zu 1 auf seiner Fahrspur zunächst nur einen kleinen Schlenker nach links gefahren sei, ohne die Mittellinie zu überfahren, und danach sofort wieder auf die rechte Seite seiner Fahrspur zurückgelenkt habe, habe sich nicht die typische Betriebsgefahr seines Fahrzeugs verwirklicht. Den Bekl. sei nicht zuzurechnen, dass der Kl. beim Anblick des VW-Busses seinen eigenen PKW gegen die Wand der Tiefgarage gelenkt habe. Seine Ausweichlenkung sei als gravierender Fahrfehler infolge einer ungerechtfertigten Panikreaktion zu werten. Eine solche gänzlich überzogene Reaktion sei dem anderen Verkehrsteilnehmer nicht mehr nach § 7 StVG zuzurechnen. Bei wertender Betrachtung fehle es an einer "subjektiv vertretbaren Ausweichlenkung aufgrund der konkreten Verkehrssituation". Für eine Zurechnung sei jedoch mindestens erforderlich, dass der geschädigte Kraftfahrzeugführer objektiv nachvollziehbar von einer Gefährdung durch das entgegenkommende Fahrzeug ausgehen durfte. Daran fehle es hier.

B. Entscheidung des BGH in der Revision

Die Erwägungen des BerGer. halten der revisionsrechtlichen Überprüfung nicht stand.

I. Auslegung des Tatbestandsmerkmals "bei dem Betrieb": Verwirklichung der spezifischen Betriebsgefahr eines Kfz

Das Haftungsmerkmal "bei dem Betrieb" ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs entsprechend dem umfassenden Schutzzweck der Vorschrift weit auszulegen. Die Haftung nach § 7 I StVG umfasst daher alle durch den Kraftfahrzeugverkehr beeinflussten Schadensabläufe. Es genügt, dass sich eine von dem Kraftfahrzeug ausgehende Gefahr ausgewirkt hat und das Schadensgeschehen in dieser Weise durch das Kraftfahrzeug mitgeprägt worden ist (vgl. Senatsurteile BGHZ 105, 65, 66; 107, 359, 366; 115, 84, 86 und vom 18.01.2005 - VI ZR 115/04 - VersR 2005, 566, 567). Ob dies der Fall ist, muss mittels einer am Schutzzweck der Haftungsnorm orientierten werten-

den Betrachtung beurteilt werden (vgl. Senatsurteile BGHZ 71, 212, 214; 115, aaO und vom 18.01.2005 - VI ZR 115/04 - aaO). An diesem auch im Rahmen der Gefährdungshaftung erforderlichen Zurechnungszusammenhang fehlt es, wenn die Schädigung nicht mehr eine spezifische Auswirkung derjenigen Gefahren ist, für die die Haftungsvorschrift den Verkehr schadlos halten will (vgl. Senatsurteile BGHZ 79, 259, 263; 107, 359, 367; 115, 84, 86 f.). Für eine Zurechnung zur Betriebsgefahr kommt es maßgeblich darauf an, dass der Unfall in einem nahen örtlichen und zeitlichen Kausalzusammenhang mit einem bestimmten Betriebsvorgang oder einer bestimmten Betriebseinrichtung des Kraftfahrzeugs steht (vgl. Senatsurteile BGHZ 37, 311, 317 f.; 58, 162, 165; vom 11.07.1972 - VI ZR 86/71 - VersR 1972, 1074 f.; vom 10.10.1972 - VI ZR 104/71 - VersR 1973, 83 f. und vom 10.02.2004 - VI ZR 218/03 - VersR 2004, 529, 531). Hiernach rechtfertigt die Anwesenheit eines im Betrieb befindlichen Kraftfahrzeugs an der Unfallstelle allein zwar noch nicht die Annahme, der Unfall sei bei dem Betrieb dieses Fahrzeugs entstanden. Erforderlich ist vielmehr, dass die Fahrweise oder der Betrieb dieses Fahrzeugs zu dem Entstehen des Unfalls beigetragen hat (vgl. Senatsurteile vom 22.10.1968 - VI ZR 178/67 - VersR 1969, 58, 59; vom 11.07.1972 - VI ZR 86/71 - aaO; vom 10.10.1972 - VI ZR 104/71 - aaO und vom 19.04.1988 - VI ZR 96/87 - VersR 1988, 641). Andererseits hängt die Haftung gemäß § 7 StVG nicht davon ab, ob sich der Führer des im Betrieb befindlichen Kraftfahrzeugs verkehrswidrig verhalten hat (vgl. Senatsurteile vom 29.06.1971 - VI ZR 271/69 - VersR 1971, 1060, 1061; vom 13.07.1971 - VI ZR 2/70 - VersR 1971, 1063, 1064 und vom 10.10.1972 - VI ZR 104/71 - aaO), und auch nicht davon, dass es zu einer Kollision der Fahrzeuge gekommen ist (vgl. Senatsurteile vom 16.09.1986 - VI ZR 151/85 - VersR 1986, 1231, 1232 und vom 19.04.1988 - VI ZR 96/87 - aaO). Diese weite Auslegung des Tatbestandsmerkmals "bei dem Betrieb eines Kraftfahrzeugs" entspricht dem weiten Schutzzweck des § 7 I StVG und findet darin ihre innere Rechtfertigung. Die Haftung nach § 7 I StVG ist sozusagen der Preis dafür, dass durch die Verwendung eines Kfz - erlaubterweise - eine Gefahrenquelle eröffnet wird, und will daher alle durch den Kfz - Verkehr beeinflussten Schadensabläufe erfassen. Ein Schaden ist demgemäß bereits dann "bei dem Betrieb" eines Kfz entstanden, wenn sich von einem Kfz ausgehende Gefahren ausgewirkt haben (vgl. Senatsurteil vom 19.04.1988 - VI ZR 96/87 - aaO m. w. N.)

1. Ursächlichkeit des "Schlenkers" des Bekl. zu 1 für die Reaktion des Kl.

Nach diesen Grundsätzen kann das angefochtene Urteil keinen Bestand haben. Die Auffassung des BerGer., hier fehle der Zurechnungszusammenhang, weil der Kl. nicht objektiv nachvollziehbar von einer Ge-

fährdung durch das entgegenkommende Fahrzeug habe ausgehen dürfen, steht mit dieser Rechtsprechung nicht in Einklang. Danach kann selbst ein Unfall infolge einer voreiligen - also objektiv nicht erforderlichen - Abwehr- oder Ausweichreaktion gegebenenfalls dem Betrieb des Kraftfahrzeugs zugerechnet werden, das diese Reaktion ausgelöst hat (vgl. Senatsurteile vom 29.07.1971 - VI ZR 271/69 - aaO und vom 19.04.1988 - VI ZR 96/87 - aaO). Dass der vom Bekl. zu 1 eingeräumte Schlenker nach links, von dem auch das BerGer. ausgeht, die Ausweichbewegung des Kl. veranlasst hat, liegt auf der Hand. Auch wenn das BerGer. sie als Panikreaktion bezeichnet, ist sie doch durch das Verhalten des Bekl. verursacht worden, das vom entgegenkommenden Fahrer in der engen Ausfahrt als gefährlich empfunden werden konnte. Das reicht, wie der Senat in einem vergleichbaren Fall ausgeführt hat, für den Zurechnungszusammenhang aus (vgl. Senatsurteil vom 19.04.1988 - VI ZR 96/87 - aaO). So hat der Senat auch in einem Fall, in dem eine Mofafahrerin unsicher wurde, als sie ein Sattelschlepper überholte, und deshalb stürzte, eine Auswirkung der Betriebsgefahr des LKWs angenommen (vgl. Senatsurteil vom 11.07.1972 - VI ZR 86/71 - aaO), ebenso als ein Fußgänger durch die Fahrweise des nach Hochziehen einer Schranke anfahrens Kraftfahrzeugs unsicher wurde und deshalb stürzte (vgl. Senatsurteil vom 10.10.1972 - VI ZR 104/71 - aaO). Das Merkmal "beim Betrieb" hat er auch bejaht, als ein LKW die voreilige Abwehrreaktion eines nachfolgenden Kraftfahrers auslöste, weil er andauernd blinkte und entweder nach links zog oder schon hart an die Mittellinie herangezogen war (vgl. Senatsurteil vom 29.06.1971 - VI ZR 271/69 - aaO). In all diesen Fällen kam es nicht

darauf an, ob die Abwehr- oder Ausweichreaktion objektiv erforderlich war.

2. Berücksichtigung von Mitverschulden / mitwirkender Betriebsgefahr als ausreichendes Korrektiv

Die vom BerGer. vorgenommene Einschränkung ist auch nicht erforderlich. Vielmehr ist das notwendige Korrektiv für eine sachgerechte Haftungsbegrenzung in den §§ 9, 17, 18 I 2, III StVG enthalten. Nach diesen Vorschriften können die jeweiligen Verursachungsbeiträge sowie ein etwaiges Verschulden berücksichtigt werden, so dass der Schaden angemessen verteilt und gegebenenfalls sogar die Haftung einem Kraftfahrer allein auferlegt werden kann.

II. Zurückverweisung an das BerGer. zwecks weiterer Feststellungen zum Unfallhergang

Eine abschließende Entscheidung ist dem erkennenden Senat nicht möglich, weil das BerGer. - von seinem Standpunkt folgerichtig - die dazu erforderlichen Feststellungen nicht getroffen hat. Die Sache ist daher an das BerGer. zurückzuverweisen, damit es sie nachholen kann. Im weiteren Verfahren wird das BerGer. feststellen müssen, ob sich eine etwaige Haftung des Bekl. zu 1 auch aus § 7 I StVG oder nur aus § 18 I StVG ergeben kann. Es wird gegebenenfalls eine Abwägung nach §§ 9, 17, 18 III StVG vornehmen müssen, wobei nur solche Umstände berücksichtigt werden dürfen, die feststehen, d.h. unstreitig, zugestanden oder nach § 286 ZPO bewiesen sind, und sich auf den Unfall ausgewirkt haben (vgl. Senatsurteile vom 10.01.1995 - VI ZR 247/94 - VersR 1995, 357 und vom 27.06.2000 - VI ZR 126/99 - VersR 2000, 1294, 1296).

Standort: Mietrecht

Problem: Schadensersatz nach unberechtigter Kündigung

BGH, URTEIL VOM 18.05.2005
VIII ZR 368/03 (NJW 2005, 2395)

Problemdarstellung:

In diesem Fall hatte der BGH über die Schadensersatzklage von Mietern zu entscheiden, denen ihre Wohnung wegen Eigenbedarfs (vgl. § 573 II Nr. 2 BGB n. F.) gekündigt worden war. Nach ihrem Auszug mussten die Kl. dann beobachten, wie der beklagte Vermieter sich zunächst 2 1/2 Jahre Zeit mit der Renovierung der Wohnung ließ, um diese dann anderweitig zu vermieten. Im Prozess erklärte der Vermieter den erhöhten Zeitaufwand für die Renovierung mit zahlreichen Eigenleistungen und der zwischenzeitlichen Insolvenz eines beauftragten Unternehmens. Die Fremdvermietung sei auf seine zwischenzeitliche Heirat zurückzuführen, da er sich entschlossen habe, nunmehr eine andere Wohnung im selben Haus zur (größeren) Fa-

milienwohnung umzubauen.

Der BGH stellt nun in seinem Urteil klar, dass eine derartige Begründung der nicht erfolgten Selbstnutzung einer Wohnung nach Eigenbedarfskündigung durchaus plausibel sein kann und sodann der auf Schadensersatz klagende Mieter beweisen muss, dass bei Ausspruch der Kündigung bereits kein Selbstnutzungswille des Vermieters vorgelegen habe. Hierfür trägt der klagende Mieter nach allgemeinen Regeln ohnehin die Darlegungs- und Beweislast, wobei es bleiben kann, wenn der Vermieter im Rahmen seiner sogenannten "sekundären Behauptungslast" plausible Gründe für seinen "Sinneswandel" dargelegt habe.

Prüfungsrelevanz:

Dieses Urteil reiht sich einerseits nahtlos in die Serie praxisrelevanter Entscheidungen des BGH zum Mietrecht ein, andererseits eignet es sich für Ausbildungs-

zwecke ausgezeichnet, da hier grundlegende Ausführungen zur Darlegungs- und Beweislast im Zivilprozess zu finden sind. Beginnend mit der Grundregel, wonach jede Partei die tatsächlichen Voraussetzungen der ihr günstigen Norm darzulegen und im Bestreitensfall zu beweisen hat, über etwaige Besonderheiten beim Beweis negativer oder innerer Tatsachen bis hin zu den Grundsätzen der sekundären Behauptungslast und des Anscheinsbeweises bietet sich insbesondere für Wahlfachkandidaten im ersten Staatsexamen sowie für RechtsreferendarInnen reichlich lohnender Lesestoff.

Vertiefungshinweise:

Beweis des ersten Anscheins bei PIN-gestützten Abhebungen mit gestohlener ec-Karte: *BGH*, RA 2005, 15 = *NJW* 2004, 3623

Zur Darlegungs- und Beweislast des Mieters im Rahmen des § 5 II WiStrG: *BGH*, RA 2004, 385 = *NJW* 2004, 1740

Kursprogramm:

Examenskurs: "Keine Lust auf Schönheitsreparaturen"

Assessorkurs: "Seniorenzentrum"

Leitsätze (zu 2 und 3 der Redaktion):

1. Zur Darlegungs- und Beweislast im Schadensersatzprozess des Mieters wegen unberechtigter Eigenbedarfskündigung.

2. Dass der Vermieter die Wohnung nach dem Auszug des wegen Eigenbedarfs gekündigten Mieters zunächst saniert, um sie seinen Wünschen entsprechend herzurichten, steht dem Eigenbedarf auch dann nicht entgegen, wenn sich die Sanierung - etwa aufgrund zahlreicher Eigenleistungen oder Finanzknappheit - über einen das gewöhnliche Maß überschreitenden Zeitraum erstreckt.

3. Im Falle nicht verwirklichten Eigenbedarfs hat zunächst der Vermieter die Umstände darzulegen, die seinen Sinneswandel begründet haben sollen. Erst wenn dies hinreichend dargetan ist, obliegt dem Mieter der Beweis, dass ein Selbstnutzungswille des Vermieters von Anfang an nicht bestanden habe.

Sachverhalt:

Die Kl. waren seit dem Jahre 1985 Mieter der Erdgeschosswohnung im Hause W. in M., das im Eigentum der Eltern der Kl. zu 2) und des Bekl. stand. Der damals noch ledige Bekl. bewohnte die im selben Haus gelegene Souterrainwohnung. Im Herbst 1998 übertrugen die Eltern das Eigentum an dem Hausgrundstück auf den Bekl. Mit Schreiben vom 28.12.1998 kündigte der Bekl. das mit den Kl. bestehende Miet-

verhältnis zum 31.12.1999 mit der Begründung, er wolle "in die größere, hellere und trockenere Wohnung im Erdgeschoß einziehen". Die Kl. räumten die Wohnung und mieteten ab 01.09.1999 eine andere Wohnung zu einer höheren Miete. In der folgenden Zeit nahm der Bekl., der weiterhin im Souterrain des Hauses wohnte, in der Erdgeschosswohnung - teils in Eigenarbeit, teils durch einen beauftragten Unternehmer - Sanierungsarbeiten vor, die sich bis in das Jahr 2002 hingen. Der Bekl., der Mitte des Jahres 2002 heiratete, vermietete die Erdgeschosswohnung zu dieser Zeit anderweitig. Er hatte seit Anfang des Jahres 2002 damit begonnen, seine Souterrainwohnung auszubauen und lebt mit seiner Ehefrau in dieser durch Umbau vergrößerten Wohnung. Die Kl. haben Schadensersatz wegen Umzugskosten und der Differenz zwischen der ursprünglich und der in der neuen Wohnung gezahlten Miete verlangt, insgesamt 15.619,97 € nebst Zinsen. Des weiteren haben sie die Feststellung begehrt, dass der Bekl. verpflichtet ist, ihnen auch den zukünftig infolge der Kündigung entstehenden Schaden zu ersetzen. Die Kl. haben vorgetragen, der Bekl. habe den im Kündigungsschreiben angegebenen Eigenbedarf vorgetäuscht; er habe zu keinem Zeitpunkt beabsichtigt, die Erdgeschosswohnung selbst zu nutzen. Der Bekl. hat vorgetragen, er habe sich erst zu Beginn des Jahres 2002 - noch vor Abschluss der Sanierungsarbeiten im Erdgeschoss, die sich infolge der Insolvenz des beauftragten Unternehmers unvorhersehbar verzögert hätten - entschlossen, seine Lebensgefährtin zu heiraten und die Souterrainwohnung zur gemeinsamen Ehwohnung auszubauen, weil die Erdgeschosswohnung als Familienwohnung zu klein sei. Das AG hat der Klage überwiegend - hinsichtlich des Zahlungsanspruchs in Höhe von 13.822,26 € nebst Zinsen und hinsichtlich des Feststellungsanspruchs befristet bis zum 29.11.2007 - stattgegeben; im übrigen hat es die Klage abgewiesen und die Aufrechterhaltung des Bekl. mit Gegenforderungen nicht durchgreifen lassen. Auf die Berufung des Bekl. hat das LG die Zahlungsklage insoweit abgewiesen, als der Bekl. zur Zahlung eines 10.795,42 € nebst Zinsen übersteigenden Betrags verurteilt worden ist; im übrigen hat es die Berufung zurückgewiesen. Mit seiner vom Senat zugelassenen Revision verfolgt der Bekl. seinen Antrag weiter, die Klage insgesamt abzuweisen.

Aus den Gründen:

Die Revision hat Erfolg.

A. Entscheidung und Begründung des BerGer.

Das BerGer. hat ausgeführt:

Den Kl. stehe der geltend gemachte Anspruch auf Zahlung von Schadensersatz wegen einer Vertragsverletzung gegen den Bekl. in der zuerkannten Höhe zu, weil dieser das Wohnungsmietverhältnis unter Angabe von unzutreffenden Gründen gekündigt habe. Die Ab-

sicht zur Eigennutzung müsse in einem engen zeitlichen Zusammenhang mit der Kündigungserklärung stehen; insbesondere seien sogenannte Vorratskündigungen unzulässig. Nach dem Vortrag des Bekl. sei davon auszugehen, dass er für die Sanierung der Wohnung circa 2 ½ Jahre benötigt habe. Im Allgemeinen seien Sanierungsarbeiten in dem vom Bekl. beschriebenen Umfang in höchstens sechs Monaten abgeschlossen. Wer die Wohnung vor dem Selbstbezug sanieren wolle, dürfe sich damit nicht beliebig Zeit lassen. Hätte der Bekl. in dem Kündigungsschreiben mitgeteilt, dass er eine Sanierungszeit von 2 ½ Jahren in Anspruch nehme und einen Bezug der Wohnung erst im Jahre 2002 plane, so hätten die Kl. erkannt, dass die Kündigung verfrüht und damit unzulässig sei. Ein Vermieter dürfe nicht kündigen, wenn er nicht sicher wisse, ob er die gekündigte Wohnung selbst nutzen könne oder wolle. Sei streitig, ob der Nutzungswille ursprünglich bestanden habe, treffe den Vermieter die Beweislast. Beweis dafür, dass er die Wohnung ursprünglich selbst habe nutzen wollen, habe der Bekl. nicht angetreten. Dem Bekl. sei der Einwand verwehrt, er sei auch wegen "permanenter Pflichtverletzungen" der Kl. zur Kündigung des Mietverhältnisses berechtigt gewesen; ihm stünden auch die aufrechnungsweise geltend gemachten Gegenforderungen nicht zu.

B. Entscheidung des BGH in der Revision

Die Annahme des BerGer., der Bekl. sei den Kl. zum Schadensersatz verpflichtet, weil er das Mietverhältnis unter Angabe von unzutreffenden Gründen gekündigt habe, hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

I. Vom Bekl. angeführte Gründe ausreichend für Eigenbedarf

Zutreffend ist das BerGer. davon ausgegangen, dass ein Vermieter, der schuldhaft eine Kündigung ausspricht, die wegen fehlenden Kündigungsgrundes unwirksam ist, dem Mieter nach den hier noch anzuwendenden gewohnheitsrechtlich anerkannten Grundsätzen der positiven Vertragsverletzung - das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26.11.2001 findet auf das bereits im Jahr 1999 beendete Mietverhältnis keine Anwendung (vgl. Art. 229 § 5 EGBGB) - zum Schadensersatz verpflichtet ist (Senat, BGHZ 89, 296, 302; BGH, NZM 1998, 718 [unter 2 a] m. w. N.). Dies gilt auch dann, wenn ein vom Vermieter mit der Kündigung geltend gemachter Eigenbedarf, wie die Kl. vorgetragen haben, in Wahrheit nicht besteht (vgl. OLG Karlsruhe, NJW 1982, 54; LG Bochum, NJWE-MietR 1997, 50, jew. m. w. N.; Grapentin in: Bub/Treier, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiere, 3. Aufl., IV Rz. 27, 102; Häublein in: Münch-Komm.BGB, 4. Aufl., § 573 Rz. 104 f.; Staudinger/Rolfs, BGB Neubearb. 2003, § 573 Rz. 165 ff.). Gemäß den für die Kündigung vom 28.12.1998 maßgeblichen Bestimmungen in § 564 b I, II 1 Nr. 2

BGB a.F. (jetzt § 573 I 1, II Nr. 2 BGB) kann der Vermieter ein Mietverhältnis über Wohnraum nur kündigen, wenn er ein berechtigtes Interesse an der Beendigung des Mietverhältnisses hat; als ein berechtigtes Interesse ist es insbesondere anzusehen, wenn der Vermieter die Räume als Wohnung für sich, die zu seinem Hausstand gehörenden Personen oder seine Familienangehörigen benötigt. Hierfür ist es ausreichend, dass der Vermieter vernünftige, nachvollziehbare Gründe für die Inanspruchnahme des Wohnraums für sich oder eine der im Gesetz genannten Personen hat (BGHZ 103, 91 [100]; vgl. BVerfGE 79, 292 [293 f.]; BVerfG, NJW-RR 1994, 333 = WM 1994, 1041 [unter III 1]).

Solche Gründe hat der Bekl. in seinem Kündigungsschreiben vom 28.12.1998 geltend gemacht. An einem berechtigten Interesse des Bekl. zur Kündigung würde es allerdings fehlen, wenn diese Gründe nicht zuträfen, weil der Bekl. bereits damals nicht beabsichtigte, die Wohnung selbst zu nutzen. Soweit das BerGer. angenommen hat, der Bekl. habe das Mietverhältnis unter Angabe unzutreffender Gründe gekündigt, sind seine Ausführungen nicht frei von Rechtsfehlern.

II. Dauer der Sanierungsarbeiten kein zwingendes Anzeichen für unzulässige "Vorratskündigung"

Zu Unrecht ist das BerGer. der Auffassung, bereits aus der Dauer der vom Bekl. vorgenommenen Sanierung der Wohnung von circa 2 ½ Jahren sei zu schließen, dass die Kündigung "verfrüht" und deswegen unzulässig gewesen sei. Zwar ist richtig, dass ein Eigenbedarf des Vermieters nach § 564 b II 1 Nr. 2 S. 1 BGB a.F. (jetzt § 573 II Nr. 2 BGB) nur besteht, wenn der Vermieter die Wohnung gegenwärtig oder in absehbarer Zeit benötigt. Eine sogenannte "Vorratskündigung", der ein gegenwärtig noch nicht absehbarer Nutzungswunsch zugrunde liegt, ist unzulässig (vgl. BVerfG, NJW 1990, 3259; WuM 2002, 21 [unter II 2 b]; Grapentin, aaO, IV Rz. 74; Häublein, aaO, Rz. 68, jew. m. w. N.). Eine solche Vorratskündigung ist nach dem vom BerGer. zugrundegelegten Vorbringen des Bekl. nicht gegeben. Der Bekl. hat seinen Eigenbedarf auf einen gegenwärtigen und nicht auf einen Nutzungswunsch für eine ungewisse Zukunft gestützt.

Der Umstand, dass der Bekl. die Wohnung nach dem Auszug der Kl. zunächst saniert hat, um sie nach seinen Vorstellungen herzurichten, steht einem Eigenbedarf nicht entgegen (vgl. BVerfG, WuM 2002, 21 m. w. N.; OLG Frankfurt/Main, NJW 1992, 2300; Grapentin, aaO, Rz. 71). Dies gilt auch im Hinblick auf die vom BerGer. beanstandete Dauer der Sanierung. Die berechtigte Eigenbedarfskündigung wird nicht schon dadurch unzulässig, dass die im Anschluss an die Räumung der Wohnung ausgeführten Renovierungsarbeiten sich über einen längeren Zeitraum erstrecken, der die dafür normalerweise erforderliche Dauer überschreitet. Dem Vermieter steht es aufgrund

seines durch Art. 14 I GG geschützten Eigentumsrechts frei, die Wohnung nach seinen Vorstellungen umzugestalten. Ob der Eigentümer die von ihm für notwendig erachteten Arbeiten beschleunigt durchführt oder sich die Arbeiten - etwa aufgrund begrenzter finanzieller Mittel oder wegen der Vornahme von Eigenleistungen - über einen längeren Zeitraum erstrecken, berührt die Wirksamkeit der Eigenbedarfskündigung nicht.

Hiervon zu trennen ist die Frage, ob aus der Dauer der Sanierungsarbeiten - gegebenenfalls in Verbindung mit weiteren Umständen - im Rahmen der richterlichen Beweiswürdigung (§ 286 ZPO) auf eine von vornherein fehlende Ernsthaftigkeit der behaupteten Nutzungsabsicht geschlossen werden kann (vgl. dazu BVerfG, WuM 2002, 21). Darauf hat das BerGer. jedoch nicht abgestellt.

III. Bekl. für seinen ursprünglichen Selbstnutzungswillen nicht beweispflichtig

Des weiteren hat das BerGer. zu Unrecht angenommen, der Bekl. trage für das Vorliegen seines ursprünglichen Selbstnutzungswillens die Darlegungs- und Beweislast.

1. Grundregel zur Darlegungs- und Beweislast

Grundsätzlich hat derjenige, der aus einer ihm günstigen Norm Rechte herleitet, deren tatsächliche Voraussetzungen darzulegen und zu beweisen (BGHZ 113, 222 [224 f.]; Senat, BGHZ 116, 278 [288]; Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, 16. Aufl., § 114 Rz. 7 ff.; Stein/Jonas/Leipold, Zivilprozessordnung, 21. Aufl., § 286 Rz. 38 ff.). Dementsprechend ist anerkannt, dass ein Anspruchsteller, der einen Schadensersatzanspruch aus positiver Vertragsverletzung geltend macht, die Tatsachen, welche die Pflichtverletzung begründen, als Voraussetzung des Schadensersatzanspruchs darzulegen und im Bestreitensfalle zu beweisen hat (st.Rspr., Senat, NJW-RR 1990, 1422 = WM 1990, 1977 m.w.N.; Baumgärtel/Laumen, Handbuch der Beweislast im Privatrecht, Band 1, 2. Aufl., Anh. § 282 Rz. 4 ff., 19 ff., 25).

2. Anwendung der Grundregel auch auf Schadensersatzanspruch wegen unberechtigter Eigenbedarfskündigung

Diese Verteilung der Beweislast gilt entgegen einer in der Rechtsprechung und im Schrifttum zum Teil vertretenen Auffassung (LG Bochum, NJWE-MietR 1997, 50 m. w. N.; LG Freiburg, WuM 1979, 215; LG Hamburg, NJW-RR 1993, 333; LG Köln, WuM 1993, 195; Barthelmess, 2. WKSchG, 5. Aufl., § 564 b BGB Rz. 243; Palandt/Weidenkaff, BGB, 64. Aufl., § 573 Rz. 58) auch für den Schadensersatzanspruch aus positiver Vertragsverletzung, den der Mieter gegen den früheren Vermieter wegen einer auf vorgeschobene Eigenbedarfsgründe gestützten Kündigung geltend

macht. Eine sachliche Rechtfertigung dafür, bei diesem Anspruch von dem allgemeinen Grundsatz der Beweislastverteilung abzuweichen, ist nicht gegeben. Der Mieter muss mithin beweisen, dass die vom Vermieter zur Begründung des Eigenbedarfs angegebenen Tatsachen nicht zutreffen, wenn er aus diesem Grund Schadensersatz begehrt.

a. Umgekehrte Beweislastverteilung im Räumungsprozess unerheblich

Für eine Umkehr der Beweislast dahingehend, dass der Vermieter im Schadensersatzprozess des Mieters den mit der Kündigung behaupteten Eigenbedarf zu beweisen hätte, spricht nicht, dass der Vermieter im Räumungsprozess gegen den Mieter die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen des geltend gemachten Eigenbedarfs trägt (so aber LG Freiburg, WuM 1979, 215). Die unterschiedliche Beweislastverteilung ist die Folge der jeweiligen Ansprüche, die im Räumungsprozess des Vermieters einerseits und im Schadensersatzprozess des Mieters andererseits geltend gemacht werden. In Übereinstimmung mit dem allgemeinen Beweislastgrundsatz muss der Vermieter das Vorliegen des behaupteten Eigenbedarfs und damit seine Kündigungsberechtigung als Voraussetzung für seinen Räumungsanspruch beweisen, während der Mieter für den von ihm erhobenen Schadensersatzanspruch als dessen Voraussetzung zu beweisen hat, dass der Eigenbedarf vorgeschoben und die Kündigung deshalb unberechtigt war.

b. Keine generelle Beweislastumkehr bei negativen (inneren) Tatsachen

Ferner ist eine Umkehr der Beweislast auch nicht aufgrund des Umstands geboten, dass es sich bei dem fehlenden Selbstnutzungswillen des Vermieters um eine innere, negative Tatsache handelt, deren Nachweis dem Mieter im Einzelfall Schwierigkeiten bereiten kann (so aber LG Bochum, NJWE-MietR 1997, 50; Barthelmess, § 564 b BGB Rz. 243; wohl auch LG Freiburg, WuM 1979, 215). Die Beweislast für auf innere Tatsachen bezogene Voraussetzungen einer Rechtsfolge wird auch im Rahmen anderer materieller Vorschriften des bürgerlichen Rechts der Partei auferlegt, die daraus eine ihr günstige Rechtsfolge herleitet. Dies gilt etwa für den Nachweis der Arglist gemäß § 123 BGB (BGH, NJW 1957, 988; Baumgärtel/Laumen, § 123 Rz. 1, 3 m. w. N.), der subjektiven Voraussetzungen des § 138 BGB (BGHZ 95, 81 [85]; Baumgärtel/Laumen, § 138 Rz. 1 m. w. N.), der Kenntnis des Geschäftsgegners vom Fehlen der Vertretungsmacht nach § 179 III BGB (Staudinger/Schilken, BGB, Neubearb. 2004), § 179 Rz. 27 m. w. N.) und der Gläubigerbenachteiligungsabsicht nach § 3 I Nr. 1 AnfG a.F. (BGH, NJW-RR 1988, 827 = WM 1988, 799 [unter III 3 a]). Ebenso trägt der Anspruchsteller grundsätzlich auch die Beweislast für

negative Tatsachen (vgl. für das Nichtbestehen eines rechtlichen Grundes gemäß § 812 I 1 BGB: BGHZ 128, 167 [171] m. w. N.; allgemein Baumgärtel, Beweislastpraxis im PrivatR, Rz. 331 ff., 344 m. w. N.).

c. Ausreichender Schutz des Mieters durch die Grundsätze zur "sekundären Behauptungslast"

Der Mieter wird dadurch, dass ihm der Beweis des fehlenden Selbstnutzungswillens des Vermieters auferlegt wird, nicht in unbilliger Weise belastet. Denn der Vermieter darf sich als Anspruchsgegner zur Vermeidung prozessualer Nachteile nicht darauf beschränken, die Behauptung des Mieters, der Vermieter habe im Zeitpunkt der Kündigung die Nutzung der Wohnung nicht ernsthaft beabsichtigt, schlicht zu bestreiten. Nach der ständigen Rechtsprechung des BGH obliegt dem Prozessgegner eine sogenannte sekundäre Behauptungslast, wenn die primär darlegungsbelastete Partei außerhalb des darzulegenden Geschehensablaufs steht und keine Kenntnisse von den maßgeblichen Tatsachen besitzt, während der Prozessgegner zumutbar nähere Angaben machen kann (BGHZ 145, 170 [184 f.]; Senat, NJW 1999, 1404 = WM 1999, 1034 [unter II 2 b aa] jew. m. w. N.). Im Rahmen des Zumutbaren kann vom Prozessgegner insbesondere das substantiierte Bestreiten einer negativen Tatsache unter Darlegung der für das Positivum sprechenden Tatsachen und Umstände verlangt werden (BGH, NJW 1999, 2887 = WM 1999, 2175 [unter 2 c] m. w. N.). Dies gilt auch im Falle des vom Vermieter mit der Kündigung behaupteten, anschließend aber nicht realisierten Eigenbedarfs (so auch LG Frankfurt/Main, WuM 1995, 165). Der Mieter hat in die für den Eigenbedarf geltend gemachten Tatsachen regelmäßig keinen Einblick und kann ohne nähere Darlegung seitens des Vermieters nicht beurteilen, ob dessen Kündigung wegen Eigenbedarfs, die den Mieter zum Auszug veranlasst hat, berechtigt war. Setzt der Vermieter den behaupteten Selbstnutzungswillen nach dem Auszug des Mieters nicht in die Tat um, so liegt der Verdacht nahe, dass der Eigenbedarf nur vorgeschoben gewesen ist (so auch BVerfG, ZMR 2002, 181 = WuM 2002, 21). Unter diesen Umständen ist es dem Vermieter zuzumuten, substantiiert und plausibel ("stimmig", BVerfG, NJW 1997, 2377 = WM 1997, 1293 [unter II 1 a, zu LG Frankfurt/Main, WuM 1995, 165]) darzulegen, aus welchem Grund der mit der Kündigung vorgebrachte Eigenbedarf nachträglich entfallen sein soll (ebenso LG Frankfurt/Main, WuM 1995, 165). Nach der Rechtsprechung des BVerfG ist es unter dem Blickwinkel des Art. 14 GG nicht zu beanstanden, im Falle des nicht verwirklichten Eigenbedarfs dem Vermieter die Darlegungslast für die in seinem Kenntnisbereich liegenden Umstände, die den Sinneswandel bewirkt haben sollen, aufzuerlegen und insoweit strenge Anforderungen zu stellen (BVerfG, NJW 1997, 2377). Erst wenn der Vortrag des Vermieters

dem genügt, obliegt dem Mieter der Beweis für seine Behauptung, dass ein Selbstnutzungswille des Vermieters schon vorher nicht bestanden hatte.

d. Revisionsrechtliche Unterstellung, der Bekl. sei seiner sekundären Behauptungslast nachgekommen

Für das Revisionsverfahren ist zu unterstellen, dass der Bekl. seinen ursprünglichen Selbstnutzungswillen und insbesondere die tatsächlichen Gründe, die nach dem Auszug der Kl. dazu geführt haben sollen, dass er seinen Selbstnutzungswillen aufgegeben habe, substantiiert und plausibel dargelegt hat. Denn das BerGer. hat seine Entscheidung lediglich mit fehlenden Beweisangeboten des Bekl. für das Vorliegen der ursprünglichen Nutzungsabsicht begründet. Die Beweislast dafür liegt jedoch - wie dargelegt - im Rahmen der vorliegenden Schadensersatzklage nicht beim Bekl. Vielmehr ist es nun Sache der Kl., ihre Behauptung, der Beklagte habe bereits vor ihrem Auszug nicht beabsichtigt, in die von ihnen gemietete Erdgeschosswohnung einzuziehen, zu beweisen. Die Kl. haben für ihr Vorbringen auch Beweis angetreten.

IV. Kein Beweis des ersten Anscheins für die fehlende Selbstnutzungsabsicht des Bekl.

Die Entscheidung des BerGer. erweist sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig (§ 561 ZPO). Entgegen der in der Revisionsinstanz vertretenen Auffassung der Kl. ist ihr Vorbringen nicht bereits deshalb als erwiesen anzusehen, weil dafür der Beweis des ersten Anscheins spräche. Es kann offenbleiben, ob unter bestimmten tatsächlichen Voraussetzungen ein Anscheinsbeweis zugunsten des Mieters dafür sprechen kann, dass der vom Vermieter mit der Kündigung behauptete Eigenbedarf nicht bestand, wenn dieser später nicht verwirklicht wird (dazu LG Berlin, GE 1996, 1487; AG Gießen, WuM 1991, 271; Baumgärtel/Laumen, § 564 b BGB Rz. 6 m. w. N.; Häublein in: Münch-Komm.BGB, § 573 Rz. 111; Blank in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, 8. Aufl., § 573 Rz. 84; Staudinger/ Rolfs, § 573 Rz. 176 m. w. N.; zweifelnd OLG Celle, WuM 1984, 5 [6]; a.A. LG Frankfurt/Main, WuM 1995, 165). Im vorliegenden Fall sind die Voraussetzungen für einen Beweis des ersten Anscheins jedenfalls nicht erfüllt. Die Frage, ob ein Anscheinsbeweis eingreift, unterliegt der Prüfung durch das Revisionsgericht (BGHZ 100, 31 [33]; BGH, NJW 2004, 3623 = WM 2004, 2309, zur Veröffentlichung in BGHZ 160, 308 bestimmt [unter II 2 b aa]). Bedenken bestehen bereits, ob ein Anscheinsbeweis im Bereich individueller Willensentschlüsse überhaupt in Betracht kommt (BGHZ 104, 256 [259 ff.]; Musielak/Foerste, ZPO, 4. Aufl., § 286 Rz. 30 m. w. N.; vgl. aber auch BGHZ 123, 311 [315 ff.]). Die Grundsätze über den Beweis des ersten Anscheins sind jedenfalls nur bei typischen Geschehensabläufen anwendbar, das heißt in Fällen, in denen ein Sachverhalt feststeht, der

nach der allgemeinen Lebenserfahrung auf eine bestimmte Ursache oder auf einen bestimmten Ablauf als maßgeblich für den Eintritt eines bestimmten Erfolges hinweist (st.Rspr.; BGH, NJW 2004, 3623 m. w. N.). Ein solcher typischer Geschehensablauf liegt hier nicht vor. Nach der Lebenserfahrung kann nicht allgemein davon ausgegangen werden, dass ein Vermieter, der - wie der Bekl. - nach einer Kündigung wegen Eigenbedarfs in seiner Wohnung über einen Zeitraum von circa 2 ½ Jahren hinweg Sanierungsarbeiten vornimmt und die Wohnung erst dann neu vermietet, diese anderweitige Nutzung typischerweise bereits vor dem Auszug des Mieters beabsichtigt hatte. Allein der große zeitliche Abstand zwischen der Räumung der Wohnung und deren erneuter Vermietung lässt es nicht, wie es der Anscheinsbeweis voraussetzt, als hin-

reichend naheliegend erscheinen, dass sich der Bekl. zur Neuvermietung der Wohnung bereits vor dem Auszug der Kl. entschlossen hatte. Ein Vermieter, der von vornherein eine anderweitige Vermietung beabsichtigt, wird im allgemeinen die notwendigen Sanierungsarbeiten eher zügig durchführen, um einen unnötigen Leerstand der Wohnung zu vermeiden.

V. Aufhebung und Zurückverweisung an das BerGer.

Auf die Revision des Bekl. ist das Berufungsurteil aufzuheben, und die Sache ist zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das BerGer. zurückzuverweisen, da es weiterer Feststellungen dazu bedarf, ob der vom Bekl. mit der Kündigung geltend gemachte Eigenbedarf vorgeschoben war (§§ 562 I, 563 I 1 ZPO).

Standort: Sachenrecht

Problem: Ablösung vorrangiger Grundschuld

BGH, URTEIL VOM 11.05.2005
IV ZR 279/04 (NJW 2005, 2398)

Problemdarstellung:

Die Kl. hatte in diesem Fall als nachrangige Grundschuldgläubigerin von ihrem Ablösungsrecht gem. §§ 1192 I, 1150, 268 I BGB Gebrauch gemacht, als die Bekl. aus ihrer Grundschuld die Zwangsvollstreckung in das Grundstück der gemeinsamen Schuldner betrieb. Die Kl. zahlte zu diesem Zweck den gesamten Betrag der Grundschuld zuzüglich der bis dato entstandenen Kosten des Vollstreckungsverfahrens (vgl. § 75 ZVG).

Infolge der Zahlung ging die Grundschuld auf die Kl. über, vgl. §§ 1192 I, 1150, 268 III BGB. Die Bekl. trat sodann auch die durch die betroffene Grundschuld abgesicherte Forderung an die Kl. ab, was bei dieser zu einer bösen Überraschung führte: Es stellte sich heraus, dass der noch verbliebene Betrag der Forderung der Bekl. gegen die Schuldner wesentlich geringer war, als der Betrag der Grundschuld. Mithin konnte der Grundschuld die Einrede der mangelnden Valutierung gem. § 242 BGB i. V. m. dem Sicherungsvertrag entgegengehalten werden. Diese Einrede konnte auch nicht zugunsten der Kl. gem. §§ 1192 I, 1157 S. 2, 892 BGB überwunden werden, da es an einem rechtsgeschäftlichen Grundschuldwerb der Kl. fehlte. Die daraufhin gegen die Bekl. erhobene Klage auf Auszahlung des durch Verwertung der Grundschuld erzielten Übererlöses blieb in letzter Instanz ohne Erfolg. Die Kl. wurde auf ein Vorgehen gegen die Schuldner und Sicherungsgeber verwiesen. Dabei gibt der BGH zu Bedenken, ob deren Einrede aus dem Sicherungsvertrag nicht gem. § 242 BGB der Erfolg versagt bleiben müsste, sobald sie aus der Verwertung der Grundschuld durch deren ursprünglichen Inhaber einen Übererlös herausbekommen haben, den sie entspre-

chend zur Tilgung anderweitiger Verbindlichkeiten einsetzen konnten.

Prüfungsrelevanz:

Die vorliegende Entscheidung zeigt zunächst die wichtige Bedeutung des Ranges eines Grundpfandrechts, welcher sich gegenüber anderen Grundpfandrechten gem. § 879 I 1 BGB nach der Reihenfolge der Eintragungen in der dritten Abteilung des Grundbuchs bestimmt, im Verwertungsfall auf. Die sich anschließend zeigenden Probleme der Kl. sind insbesondere auf die Abstraktheit der (Sicherungs-) Grundschuld von der zu sichernden Forderung zurückzuführen, die dazu führen konnte, dass eine wirksame Grundschuld in Höhe des durch die Kl. gezahlten Ablösungsbetrages bestand, obwohl die gesicherte Forderung sich zwischenzeitlich nur noch auf einen wesentlich geringeren Betrag belief. Die Entscheidung eignet sich somit sehr gut zur Wiederholung und Vertiefung der examensrelevanten Aspekte des Grundschuldrechts.

Vertiefungshinweise:

- Sicherungsumfang einer Sicherungsgrundschuld in Abhängigkeit von der Zweckerklärung: *BGH, RA 2003, 242 = NJW 2003, 885*
- Zum bereicherungsrechtlichen Anspruch auf Rückübertragung bzw. Aufhebung einer Grundschuld: *BGH, RA 2002, 399 = NJW 2002, 1872*

Kursprogramm:

- Examenskurs:* "Gefahren auf dem Bauernhof"
- Assessorkurs:* "Der unfertige Golfplatz"

Leitsätze:

Macht der nachrangige Grundschuldgläubiger von seinem gesetzlichen Ablösungsrecht Gebrauch,

muss er den vorrangigen Grundschuldgläubiger selbst dann in voller Höhe des dinglichen Rechts befriedigen, wenn eine entsprechende persönliche Forderung, deren Sicherung das vorrangige Grundpfandrecht dient, nicht besteht. Erzielt der vorrangige Grundschuldgläubiger aufgrund der Ablösung des dinglichen Rechts einen Übererlös, findet zwischen den beiden Grundschuldgläubigern kein bereicherungsrechtlicher Ausgleich statt.

Sachverhalt:

Die Kl. nimmt die Bekl. aus ungerechtfertigter Bereicherung in Anspruch. Die Beklagte gewährte den Eheleuten M. (im Folgenden: Schuldner) ein Darlehen über 208.000,00 DM. Zu dessen Absicherung und zur Sicherung aller weiteren Verbindlichkeiten aus ihrer Geschäftsbeziehung zur Bekl. hatten die Schuldner dieser eine in Abteilung III Nr. 6 eingetragene Buchgrundschuld bestellt. Als nachrangige Belastungen waren Buchgrundschulden für die Kl. (Abteilung III Nr. 9) und für die D.-Bank (Abteilung III Nr. 8) eingetragen; an Letztere hatten die Schuldner ihre Ansprüche auf Rückübertragung vor- und gleichrangiger Grundschulden oder Grundschuldteile sowie ihre Ansprüche auf Auskehrung des Übererlöses im Verwertungsfall abgetreten. Die Grundschuld und die von den Schuldnern erworbenen Ansprüche trat die D.-Bank ihrerseits an die Stadtparkasse D. ab. Nachfolgend betrieb die Bekl. aus ihrer Sicherungsgrundschuld die Zwangsversteigerung in das Grundstück der Schuldner; die nachrangigen Grundschulden fanden bei der Feststellung des geringsten Gebots keine Berücksichtigung. Im Versteigerungstermin blieb die Kl. Meistbietende. Zur Abwendung der Versteigerung zahlte sie den Betrag, der zur Befriedigung der Bekl. als bestranger betreibender Gläubigerin und zur Deckung der Kosten erforderlich war. Das Vollstreckungsgericht versagte daraufhin den Zuschlag auf das von der Kl. abgegebene Meistgebot. Die Bekl. trat ihre persönliche Forderung gegen die Schuldner an die Kl. ab und übersandte ihr neben der vollstreckbaren Ausfertigung der Grundschuldbestellungsurkunde einen Jahresauszug für das bei ihr geführte Darlehenskonto. Aus diesem Kontoauszug ergab sich nach Tilgung der persönlichen Forderung ein aus der Vollstreckung erzielter Übererlös von 82.389,89 DM (42.125,28 €), den die Bekl. aufgrund der ihr offengelegten Abtretungen an die Stadtparkasse D. auszahlte. Die Kl. hat sowohl Anspruch auf den Übererlös erhoben als auch eine nachvollziehbare Abrechnung des Darlehenskontos verlangt. Das LG hat ihre darauf gerichtete Klage abgewiesen. Das BerGer. hat die Bekl. verurteilt, der Kl. die nötigen Auskünfte über die an sie abgetretene Darlehensforderung zu erteilen (§ 402 BGB), und festgestellt, dass der Anspruch auf Auszahlung des Übererlöses dem Grunde nach gerechtfertigt sei (§ 813 BGB). Auf die Nichtzulassungsbeschwerde hat der

Senat die Revision zugelassen, soweit der Kl. dem Grunde nach ein bereicherungsrechtlicher Anspruch zuerkannt worden ist; die weitergehende Nichtzulassungsbeschwerde hat er als unzulässig verworfen (§ 26 Nr. 8 EGZPO).

Aus den Gründen:

Das Rechtsmittel der Bekl. hat Erfolg.

A. Entscheidung und Begründung des BerGer.

Das BerGer. hat ausgeführt:

Die Vorschrift des § 813 I 1 BGB komme unmittelbar oder entsprechend zur Anwendung. Sie erweitere den Bereicherungsausgleich auf solche Leistungen, für welche zwar ein Rechtsgrund bestehe, der Leistende aber dennoch keine Gegenleistung erhalte, weil dem erworbenen Recht, zu dessen Befriedigung er die Leistung erbracht habe, eine Einrede entgegenstehe, welche die Durchsetzung des Rechts auf Dauer verhindere. Die Kl. habe die Grundschuld nach § 75 ZVG, §§ 1192 I, 1150, 268 BGB abgelöst. Dazu habe sie eine Zahlung erbringen müssen, die u.a. den nominalen Kapitalbetrag der Grundschuld beinhaltet habe; tatsächlich habe die Grundschuld aber nicht mehr in voller Höhe valuiert. Dieser Umstand könne dem auf die Kl. kraft Gesetzes übergegangenen dinglichen Recht einredeweise entgegengehalten werden. Ein gutgläubig einrededefreier Erwerb durch die Kl. scheidet aus, weil die §§ 1157 S. 2, 1192 I, 892 BGB nur für den Fall des rechtsgeschäftlichen Erwerbs einer Grundschuld zur Anwendung kämen. Die Kl. als die Grundschuld ablösende Dritte dürfe indes nicht schlechter stehen als ein das dingliche Recht ablösender Grundstückseigentümer, der entsprechende Rechte aus dem Sicherungsvertrag ableiten könne. Auf § 819 BGB könne sich die Bekl. nicht berufen, weil sie Kenntnis davon gehabt habe, dass die Grundschuld einredebefahren sei. Der Anspruch der Kl. auf Auszahlung des Übererlöses sei daher dem Grunde nach gerechtfertigt, auch wenn es - weil die Grundschuld noch nicht verwertet worden sei - einen solchen bislang noch nicht gebe. Vielmehr gehe es um den bereicherungsrechtlichen Ausgleich zwischen zwei Berechtigten an einer fortbestehenden Grundschuld.

B. Entscheidung des BGH in der Revision

Das hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Der Kl. steht ein Anspruch aus § 813 I BGB oder einer anderen bereicherungsrechtlichen Vorschrift nicht zu.

I. Abwendung der Versteigerung gem. § 75 ZVG nur bei Zahlung des vollen Grundschuldbetrags

Die Vorschriften der §§ 1150, 1192 I i.V.m. § 268 BGB geben dem nachrangigen Grundpfandgläubiger die Möglichkeit, den Verlust seines Rechts am Grundstück, der ihm aus dem Befriedigungsverlangen eines vorrangigen Grundpfandgläubigers droht, abzuwen-

den. Die danach zur Ablösung der in Abteilung III Nr. 6 eingetragenen Grundschuld berechnete Kl. musste die Bekl. in der vollen Höhe des dinglichen Rechts befriedigen (vgl. BGHZ 108, 372, 379 zum Ablösungsrecht des Eigentümers nach § 1142 BGB). Wird - wie hier - das Recht des die Zwangsvollstreckung betreibenden Gläubigers nach Beginn der Zwangsversteigerung abgelöst, folgt aus § 75 ZVG, dass die Zahlung des nachrangigen Realgläubigers an den mit dem besseren Rang eingetragenen Realgläubiger alle aus dem die Zwangsversteigerung anordnenden Beschluss ersichtlichen Beträge an Hauptschuld, Zinsen und Kosten umfassen muss. Eine geringere Zahlung hat das Vollstreckungsgericht zurückzuweisen; die erstrebte Abwendung der Zwangsversteigerung kann durch sie nicht bewirkt werden (Stöber, ZVG 17. Aufl. § 75 Rz. 2.4).

II. Kein Rückzahlungsanspruch der Kl. wegen teilweisen Nichtbestehens der gesicherten Forderung

Allerdings ist der Bekl. ein Betrag zugeflossen, der ihr angesichts der durch die Grundschuld besicherten persönlichen Forderung schuldrechtlich nicht in dieser Höhe zustand. Das berechtigt die Kl. indes nicht, die nach den §§ 1150, 1192 I i.V.m. § 268 BGB geleistete Zahlung teilweise zurückzufordern. Die Voraussetzungen des § 813 I BGB liegen in ihrem Verhältnis zur Bekl. nicht vor. Die vom BerGer. in diesem Zusammenhang zur Stütze seiner Auffassung herangezogenen Fundstellen aus der Kommentarliteratur sind von vornherein nicht einschlägig, weil sie sich zum Ablösungsrecht eines Dritten nicht verhalten (vgl. RGRK-BGB/Heimann-Trosien, 12. Aufl., § 813 Rz. 10; RGRK-BGB/Joswig, 12. Aufl., § 1191 Rz. 60). Das gleiche gilt für die vom BerGer. angeführte Entscheidung des BGH vom 28.11.86 (NJW 1987, 946).

1. Anspruch auf Auskehr des Übererlöses steht allein den Sicherungsgebern zu

Der Anspruch auf Auskehrung des Übererlöses gebührt allein den Schuldner und Eigentümern des Grundstücks. Diese hatten in ihrer Eigenschaft als Sicherungsgeber auf Grundlage des mit der Bekl. geschlossenen Sicherungsvertrages einen Anspruch auf Rückgewähr des nicht valutierenden Teils der Grundschuld, den die Bekl. nicht mehr erfüllen konnte, weil die Grundschuld kraft Gesetzes auf die Kl. übergegangen war. An dessen Stelle trat ein Anspruch auf den entsprechenden Teil des Erlöses als Ausgleich für die über den Sicherungszweck hinausgehende dingliche Belastung des Grundstücks (Senat in BGHZ 155, 63, 67; BGH, Urteile vom 12.12.1985 - IX ZR 15/85 - NJW 1986, 1487 unter 4; vom 19. 10.1988 - IVb ZR 70/87 - NJW-RR 1989, 173 unter III 2 a; jeweils zum Übererlös in der Zwangsversteigerung). Dem ist die Bekl. durch Weiterleitung eines Betrages von 42.125,28 € an die Stadtparkasse D. als Zessionarin

nachgekommen. Entgegen der Ansicht des BerGer. ist der erzielte Übererlös auch auf eine Verwertung der Grundschuld zurückzuführen. Die Bekl. als Sicherungsnehmerin hat, nachdem auf die Darlehensforderung keine Zahlungen erfolgten, auf die Grundschuld als Sicherheit zurückgegriffen und diese zu ihrer Befriedigung eingesetzt. Es ist weder erforderlich, dass eine Verwertung im Wege der Zwangsversteigerung erfolgt, noch ist das weitere rechtliche Schicksal der Grundschuld entscheidend. Anders als das BerGer. meint, gibt es auch keine zwei Berechtigten an der Grundschuld, die sich bereicherungsrechtlich auseinandersetzen hätten. Die Grundschuld ist auf die Kl. übergegangen; die Bekl. hat ihre Stellung als Grundschuldgläubigerin dadurch verloren.

2. Kein abweichendes Ergebnis trotz einredebehafteten Grundschulderwerbs der Kl.

Diesem Ergebnis steht nicht entgegen, dass die Kl. eine mit einer dauernden Einrede aus dem Sicherungsvertrag behaftete Grundschuld erworben hat (§§ 1169, 1192 I BGB). Beim Übergang einer Grundschuld kraft Gesetzes auf einen ablösungsberechtigten Dritten wird der gute Glaube des Erwerbers an die Einrededefreiheit nicht geschützt. Nach dem klaren Wortlaut der für die Hypothek geltenden Vorschrift des § 1157 S. 2 BGB ist ein einrededefreier gutgläubiger Erwerb nur unter den Voraussetzungen des § 892 BGB möglich, der seinerseits einen Erwerb durch ein auf dingliche Rechtsänderung gerichtetes Rechtsgeschäft voraussetzt, an dem es hier fehlt. Ein gutgläubiger einrededefreier Erwerb wäre deshalb nur in Betracht zu ziehen, wenn § 893 BGB anwendbar wäre. Das ist indes nach § 1157 S. 2 BGB, der bei der Verweisung auf die §§ 892 ff. BGB die Bestimmung des § 893 BGB ausdrücklich ausnimmt, nicht der Fall. Beim Übergang eines Grundpfandrechts kraft Gesetzes ist ein Vertrauen des Ablösenden, der bisherige Gläubiger werde ihn zuvor über bestehende Einreden in Kenntnis setzen, nicht gerechtfertigt, zumal der bisherige Gläubiger das dingliche Recht regelmäßig ohne sein Zutun verliert (vgl. BGH, Urteil vom 12.12.1985 aaO unter 3 b a. E.; ferner unter ausführlicher Auseinandersetzung mit kritischen Stimmen aus der Literatur BGH, Urteil vom 24.09.1996 - XI ZR 227/95 - NJW 1997, 190 unter II 1); es kann deshalb dahinstehen, ob die Vorschrift des § 1157 S. 2 BGB über § 1192 I BGB auch auf Grundschulden Anwendung findet (vgl. BGHZ 155, 63 [66] = NJW 2003, 2673).

3. Keine Gleichstellung des ablösungsberechtigten Dritten mit dem ablösenden Eigentümer

Dem BerGer. ist nicht darin zu folgen, dass die Kl. als die Grundschuld ablösende Dritte nicht schlechter stehen darf als der ablösende Grundstückseigentümer, dem eine entsprechende Einrede aus dem Sicherungsvertrag zusteht, sollte die Grundschuld nicht mehr in

voller Höhe valutieren. Das verkennt die unterschiedliche Ausgangslage bei Ablösung der Grundschuld. Anders als der Eigentümer ist der Dritte am Sicherungsvertrag, aus dem sich die Einrede ableitet, nicht beteiligt. Er nimmt bei Ablösung des dinglichen Rechts auch keine Interessen des Eigentümers wahr, sondern verfolgt eigene Belange. Zweck der §§ 1150, 1192 I, 268 BGB und des § 75 ZVG ist es, den Verlust des Grundstücks durch Zwangsversteigerung zu verhindern, indem nicht - wie an sich geschuldet - aus dem Grundstück selbst, sondern aus sonstigem Vermögen - nämlich dem des nachrangigen Gläubigers - gezahlt wird. Im Vordergrund steht der Erhalt des Haftungsgegenstandes zugunsten des rangschlechteren Gläubigers, der zugleich die Gefahr abwenden möchte, mit seinem nachrangigen Grundpfandrecht auszufallen (vgl. BGHZ 108, 372, 379; RGRK-BGB/Mattern, 12. Aufl. § 1150 BGB Rz. 3). Daher wird ihm ein Ablösungsrecht zugebilligt, wobei es nicht darum geht, den Ablösungsberechtigten nicht schlechter zu stellen als den Eigentümer, sondern allein darum, den Gläubiger des vorrangigen Rechts nicht schlechter zu stellen als bei einer Ablösung durch den Eigentümer selbst. Hinzu treten die Besonderheiten des § 75 ZVG. Ist - wie hier - der volle Betrag der Grundschuld angemeldet worden, kann der Vollstreckungsgefahr nur durch Zahlung des gesamten Betrages begegnet werden. Daraus ergibt sich keine Situation, die die Anwendung des § 813 I BGB rechtfertigen könnte.

III. Möglichkeiten der Kl., gegen die Schuldner vorzugehen

Richtig ist nur, dass die Bekl. den ihre schuldrecht-

liche Forderung übersteigenden Verwertungserlös nicht behalten darf, weil sie als Gläubigerin auch nicht besser gestellt sein darf, als habe sie den Ablösungsbetrag vom Eigentümer selbst erhalten. Folgerichtig hat die Bekl. einen Betrag von 42.125,28 € an die Stadtparkasse D. ausgekehrt. Durch diese Zahlung hat sie ihren Verpflichtungen aus dem Sicherungsvertrag, auf die es in diesem Zusammenhang allein ankommt, genügt. Die Kl. ihrerseits muss sich mit den Sicherungsgebern auseinandersetzen. Dabei kommt eine Inanspruchnahme aus § 812 I BGB in Betracht, weil die Sicherungsgeber auf Kosten der Kl. bereichert sein können (vgl. Jacoby, AcP 203 (2003) 664, 682 f.). Denn ein überschüssiger Betrag, der aus der Verwertung der Grundschuld resultiert, fließt den Sicherungsgebern entweder direkt zu oder - bei Abtretung - einem anderweitigen Gläubiger, der ihn zu ihren Gunsten zur Tilgung von Verbindlichkeiten einsetzt. Ferner kann die Kl. gegen die Sicherungsgeber und Eigentümer des belasteten Grundstücks aus der Grundschuld selbst vorgehen. Dabei wäre zu prüfen, ob den Eigentümern in Fallgestaltungen wie diesen die Einrede der mangelnden Valutierung gemäß § 242 BGB im Hinblick darauf zu versagen ist, dass sie einen Rückgewähranspruch bzw. einen - hier sogar bereits erfüllten - Anspruch auf Auskehrung des Übererlöses gegenüber der anderen Partei des Sicherungsvertrages haben; dem ablösenden Dritten könnte dann nicht zusätzlich die Einrede gemäß §§ 1192 I, 1169 BGB entgegengehalten werden (vgl. Staudinger/Wolfsteiner [2002], § 1150 BGB Rz. 40).

Standort: Arbeitsrecht

Problem: Schriftliche Kündigung durch eine GbR

BAG, URTEIL VOM 21.04.2005
2 AZR 162/04 (NZA 2005, 865)

Problemdarstellung:

Das BAG hatte hier über die Wirksamkeit der Kündigung eines Arbeitsverhältnisses zu entscheiden. Arbeitgeberin war eine aus drei Gesellschaftern bestehende GbR. Das Kündigungsschreiben nannte im Briefkopf diese drei Gesellschafter, deren Unterschrift jeweils auch in der das Schreiben abschließenden Unterschriftenzeile vorgesehen waren. Tatsächlich hatten jedoch nur zwei Gesellschafter unterzeichnet, ohne in irgendeiner Weise kenntlich zu machen, dass bzw. ob der dritte Gesellschafter durch sie vertreten werden sollte.

Das BAG nahm daraufhin die Nichtigkeit der Kündigungserklärung gem. § 125 S. 1 i. V. m. §§ 623, 126 I BGB an. Das Kündigungsschreiben hätte von allen Gesellschaftern eigenhändig unterzeichnet werden

müssen. Dass die Gesellschafter sich gegenseitig in Angelegenheiten der GbR zur alleinigen Vertretung ermächtigt haben mochten, war insofern unbeachtlich, als die Vertretung des nicht unterzeichnenden Gesellschafters durch die beiden anderen dem Schreiben sowie den weiteren Umständen nicht zu entnehmen war. Nach dem Offenkundigkeitsprinzip des § 164 I BGB wäre dieses für eine wirksame Vertretung des dritten Gesellschafters aber unumgänglich gewesen.

Prüfungsrelevanz:

Die vorliegende BAG-Entscheidung berührt mit den Anforderungen an kraft Gesetzes schriftlich abzugebende Willenserklärungen gem. § 126 BGB sowie den Voraussetzungen einer wirksamen Stellvertretung gem. § 164 I BGB zwei hochgradig examensrelevante Gebiete des BGB-AT. Deren Schwierigkeitsgrad sollte keineswegs mit der Begründung, es handle sich ja "nur um BGB-AT", unterschätzt werden. Die Schwie-

rigkeiten liegen oft im Detail, wie dieser Fall einmal mehr zeigt.

Lesenswert sind diesbezüglich insbesondere die grundlegenden Ausführungen des Gerichts zu Funktionen sowie Sinn und Zweck gesetzlicher Formvorschriften.

Vertiefungshinweise:

Zur Reichweite der Vertretungsmacht eines Gesellschafters einer GbR: *BGH*, RA 2000, 694 = *NJW* 2000, 3272

Kein Widerrufsrecht gem. §§ 312 I 1, 355 BGB bei arbeitsrechtlichem Aufhebungsvertrag: *BAG*, Der Betrieb 2004, 1208

Kursprogramm:

Examenskurs: "Traumgrundstücke"

Assessorkurs: "Das Geschäftslokal"

Leitsätze (der Redaktion):

Werden in dem Kündigungsschreiben einer GbR alle Gesellschafter im Briefkopf und ebenso maschinenschriftlich in der Unterschriftenzeile aufgeführt, so reicht es zur Wahrung der Schriftform gem. §§ 623, 126 BGB nicht aus, wenn lediglich einige Gesellschafter ohne weiteren Hinweis auf eine Stellvertretung das Kündigungsschreiben handschriftlich unterzeichnen. Eine solche Erklärung enthält keinen eindeutigen Hinweis darauf, dass es sich nicht lediglich um den Entwurf eines Kündigungsschreibens handelt, dessen Unterzeichnung durch die übrigen Gesellschafter noch ausstand.

Sachverhalt:

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer ordentlichen Kündigung sowie über die Dauer der Kündigungsfrist.

Die Bekl. zu 1) - 3) betreiben in der Rechtsform einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) als Zahnärzte eine Gemeinschaftspraxis. Die Kl. wurde von ihnen auf Grund eines Arbeitsvertrages vom 27.09.2001, der von allen drei Bekl. unterschrieben ist, als Zahnärztin zu einem Bruttogehalt von monatlich 4.500,00 DM zuzüglich einer umsatzabhängigen weiteren Vergütung eingestellt. Vertragsbeginn sollte der 01.11.2001 sein. Innerhalb einer sechsmonatigen Probezeit war eine Kündigungsfrist von 14 Tagen vereinbart, danach eine Frist von sechs Wochen zum Quartalsende. Die Parteien streiten darüber, ob und inwieweit die Kl., die noch bis zum 31.10.2001 in einem anderen Arbeitsverhältnis stand (Resturlaub), bereits ab dem 22.10.2001 Arbeitsleistungen für die Bekl. erbracht hat.

Mit Schreiben vom 26.04.2002 kündigten die Bekl. das Arbeitsverhältnis zum 10.05.2002.

Die Kl. macht geltend, die Kündigung sei schon des-

halb formunwirksam, weil sie nur von zwei Gesellschaftern unterschrieben worden sei. Der Bekl. zu 2) habe auch mangels entsprechender Vollmacht nicht von dem Bekl. zu 1) und dem Bekl. zu 3) vertreten werden können. Jedenfalls fehle es an der erforderlichen Offenkundigkeit einer auch in Vertretung des Bekl. 2) ausgesprochenen Kündigung. Dagegen spreche schon die Verwendung eines gemeinschaftlichen Briefbogens und das Offenlassen des vorgesehenen Raums für die Unterschrift des Bekl. zu 2). Außerdem sei die Kündigung nicht fristgerecht erfolgt. Sie habe bereits ab 22.10.2001 in der Praxis gearbeitet. Dieser Zeitpunkt sei unbeschadet der vertraglichen Festlegung für die Berechnung der Kündigungsfrist maßgebend. Das Arbeitsverhältnis sei deshalb erst durch ihre Eigenkündigung zum 30.09.2002 beendet worden und die Bekl. hätten ihr aus dem Gesichtspunkt des Annahmeverzuges ihr Gehalt bis zum 30.09.2002 nachzuzahlen.

Die Bekl. haben zur Stützung ihres Klageabweisungsantrags behauptet und durch schriftliche Vollmachtsurkunde belegt, die Gesellschafter hätten einander in sämtlichen Angelegenheiten der Zahnarztpraxis Einzelvertretungsvollmacht erteilt mit der Befugnis, im Einzelfall an Beschäftigte der Zahnarztpraxis Untervollmacht zu erteilen. Die Bekl. zu 1) und 3) seien zur Vertretung des Bekl. zu 2) deshalb berechtigt gewesen. Dass sie die Kündigung zugleich im Namen des Bekl. zu 2) hätten aussprechen wollen, ergebe sich aus der Verwendung des Briefbogens der Praxisgemeinschaft. Das Arbeitsverhältnis habe auch entsprechend dem Arbeitsvertrag erst mit dem 01.11.2001 begonnen. Die Kl. sei zuvor nur in der Praxis gewesen, um diese kennen zu lernen bzw. um eine Probearbeit abzuliefern; eine eigentliche Arbeitsleistung habe sie nicht erbracht.

Das ArbGer. hat die Klage abgewiesen. Das LAG hat die Berufung der Kl. zurückgewiesen. Mit der vom LAG zugelassenen Revision verfolgt die Kl. ihre Klageanträge weiter.

Aus den Gründen:

Die Revision ist begründet. Die Kündigung der Bekl. hat das Arbeitsverhältnis der Parteien nicht aufgelöst. Dieses bestand deshalb bis zum 30.09.2002 fort und die Bekl. sind als Gesamtschuldner nach § 615 BGB zur Gehaltszahlung an die Kl. bis zum 30.09.2002 in unbestrittener Höhe verpflichtet.

A. Entscheidung und Begründung des LAG

Das LAG hat angenommen, die Bekl. zu 1) und 3) hätten den Bekl. zu 2) bei Ausspruch der Kündigung rechtswirksam vertreten können. Sie hätten auch durch Verwendung des gemeinschaftlichen Briefkopfes hinreichend deutlich gemacht, dass sie für alle drei Ärzte hätten handeln wollen. Die Unterschriften aller drei Gesellschafter seien aber zur wirksamen Vertretung

der Gemeinschaftspraxis nicht erforderlich gewesen. Die fehlende Unterschrift des Bekl. zu 2) auf dem Kündigungsschreiben schade deshalb nicht. Auch die Kündigungsfrist sei zutreffend berechnet, da auf den rechtlichen, nicht auf den tatsächlichen Arbeitsbeginn abzustellen sei.

B. Entscheidung des BAG in der Revision

Diese Begründung hält den Angriffen der Revision nicht stand.

I. Sinn und Zweck des gesetzlichen Schriftformerfordernisses gem. §§ 623, 126 BGB

Nach § 623 BGB bedarf die Beendigung eines Arbeitsverhältnisses durch Kündigung zu ihrer Wirksamkeit der Schriftform. Die durch Gesetz vorgeschriebene Schriftform wird nach § 126 I BGB dadurch erfüllt, dass die Urkunde von dem Aussteller eigenhändig durch Namensunterschrift oder mittels notariell beglaubigten Handzeichens unterzeichnet wird. Das gesetzliche Schriftformerfordernis hat vor allem Klarstellungs- und Beweisfunktion. Es soll Rechtssicherheit für die Vertragsparteien und eine Beweiserleichterung im Rechtsstreit bewirken. Das Erfordernis der eigenhändigen Unterschrift erfüllt darüber hinaus zusätzliche Zwecke: Durch die eigenhändige Unterschrift wird der Aussteller der Urkunde erkennbar. Die Unterschrift stellt damit eine unzweideutige Verbindung zwischen der Urkunde und dem Aussteller her (Identitätsfunktion). Außerdem wird durch die Verbindung zwischen Unterschrift und Erklärungstext gewährleistet, dass die Erklärung inhaltlich vom Unterzeichner herrührt (Echtheitsfunktion). Schließlich erhält der Empfänger der Erklärung die Möglichkeit zu überprüfen, wer die Erklärung abgegeben hat und ob die Erklärung echt ist (Verifikationsfunktion) (vgl. BT-Drucks. 14/4987, S. 16). Die Schriftform des § 623 BGB schützt damit vor allem den Kündigungsempfänger, der bei einem Zugang einer Kündigung, die nicht in seiner Anwesenheit abgegeben wird (§ 130 I 1 BGB), hinsichtlich der Identität des Ausstellers, der Echtheit der Urkunde und der Frage, wer die Erklärung abgegeben hat, regelmäßig nicht beim Erklärenden sofort nachfragen kann.

II. Offenkundigkeitsprinzip bei schriftlicher Erklärung durch Stellvertreter

Für die Einhaltung der Schriftform ist es erforderlich, dass alle Erklärenden die schriftliche Willenserklärung unterzeichnen (BGH, NJW 2003, 3053; BGH, NJW 2004, 1103). Unterzeichnet für eine Vertragspartei ein Vertreter die Erklärung, muss dies in der Urkunde durch einen das Vertretungsverhältnis anzeigenden Zusatz hinreichend deutlich zum Ausdruck kommen. Unterschreibt für eine GbR nur ein Mitglied ohne einen Vertreterzusatz, so ist regelmäßig nicht auszuschließen, dass vorgesehen war, auch das andere Mitglied oder die anderen Mitglieder sollten die Urkunde

unterschreiben und dass deren Unterschrift noch fehlt (BGH, NJW 2004, 1103).

Die Wahrung der gesetzlichen Schriftform setzt bei einer GbR danach voraus, dass die Urkunde erkennen lässt, dass die Unterschrift der handelnden Gesellschafter auch die Erklärung des nicht unterzeichnenden Gesellschafters decken soll, sie also auch in dessen Namen erfolgt ist (BGHZ 125, 175 [177] = NJW 1994, 1649). Für die Frage, ob jemand eine Erklärung auch in fremdem Namen abgibt, kommt es auf deren objektiven Erklärungswert an, also darauf, wie sich die Erklärung nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrssitte für den Empfänger darstellt. Hierbei sind außer dem Wortlaut der Erklärung alle Umstände zu berücksichtigen, die unter Beachtung der Verkehrssitte Schlüsse auf den Sinn der Erklärung zulassen, insbesondere die dem Rechtsverhältnis zugrunde liegenden Lebensverhältnisse, die Interessenlage, der Geschäftsbereich, dem der Erklärungsgegenstand angehört, und typische Verhaltensweisen. Die gesetzliche Schriftform ist nur gewahrt, wenn der so ermittelte rechtsgeschäftliche Vertretungswille in der Urkunde, wenn auch nur unvollkommen, Ausdruck gefunden hat (BGHZ 125, 175, [178] m. w. N.; BGH, NJW 2002, 3389; vgl. schon RGZ 106, 268). Sind in dem Kündigungsschreiben einer GbR alle Gesellschafter sowohl im Briefkopf als auch maschinenschriftlich in der Unterschriftenzeile aufgeführt, so reicht es zur Wahrung der Schriftform nicht aus, wenn lediglich ein Teil der GbR-Gesellschafter ohne weiteren Vertretungszusatz das Kündigungsschreiben handschriftlich unterzeichnet. Eine solche Kündigungserklärung enthält keinen hinreichend deutlichen Hinweis darauf, dass es sich nicht lediglich um den Entwurf eines Kündigungsschreibens handelt, der versehentlich von den übrigen Gesellschaftern noch nicht unterzeichnet ist.

III. Umfang der revisionsrechtlichen Überprüfung der Auslegung der Kündigungserklärung

Die Auslegung des Kündigungsschreibens der Bekl. durch das LAG ist zwar revisionsrechtlich nur eingeschränkt daraufhin überprüfbar, ob die Rechtsvorschriften über die Auslegung richtig angewandt worden sind, ob der Tatsachenstoff vollständig verwertet oder dabei gegen Denkgesetze und Erfahrungssätze verstoßen worden oder eine gebotene Auslegung unterlassen worden ist (st. Rspr., etwa BAG, NZA 1992, 881 = AP TVG § 4 Ausschlussfristen Nr. 115 = EZA TVG § 4 Ausschlussfristen Nr. 98). Auch diesem eingeschränkten Prüfungsmaßstab hält das angefochtene Urteil jedoch nicht stand.

IV. Gesamtumstände lassen Vertretungswillen der Bekl. zu 1) und 3) nicht erkennen

Die Revision weist zutreffend darauf hin, dass selbst dann, wenn man den Vortrag der Bekl., die unterzeichnenden Gesellschafter seien allein zur Vertretung der

GbR befugt gewesen, als richtig unterstellt, sich daraus nicht die Wirksamkeit der Kündigung ergibt. Das LAG stellt in erster Linie darauf ab, schon durch den Briefkopf des Kündigungsschreibens sei hinreichend deutlich gemacht, dass diejenigen, die die Unterschrift unter das Kündigungsschreiben geleistet hätten, die Kündigungserklärung im Namen aller drei Bekl. abgegeben hätten. Dies greift zu kurz und lässt wesentlichen Auslegungstoff unberücksichtigt. Die Willenserklärung, die nach § 623 BGB durch eine Unterschrift der Erklärenden zu decken war, stellte nach ihrem Wortlaut und dem Gesamtzusammenhang der Urkunde eine Kündigung des Arbeitsverhältnisses der Kl. durch alle drei Gesellschafter dar. Dies ergibt sich nicht nur aus dem Briefkopf, sondern auch aus der Tatsache, dass im Text in der Unterschriftenzeile die Namen aller drei Gesellschafter aufgeführt sind. Grundsätzlich war ein solches Kündigungsschreiben deshalb von allen drei Gesellschaftern zu unterzeichnen. Da auch der Arbeitsvertrag von allen drei Gesellschaftern unterzeichnet worden ist, spricht dies eher dafür, dass im Betrieb der Bekl. die Üblichkeit bestand, zumindest Willenserklärungen von derartigem Gewicht durch alle drei Gesellschafter unterzeichnen zu lassen. Dem widerspricht nicht ohne Weiteres die vorgelegte Vollmachtsurkunde. Sie scheint eher auf Geschäfte des laufenden Geschäftsbetriebs zugeschnitten zu sein. So ist jedenfalls nach der Lebenserfahrung kaum vorstellbar, dass drei Zahnärzte, die sich zu einer Zahnarztpraxis in Form einer GbR zusammengeschlossen haben, den Abschluss und die Kündigung des Arbeitsvertrages mit einer Zahntechnikerin an Beschäftigte der Zahnarztpraxis delegieren, wie dies die Vollmachtsurkunde zulassen würde. Die Gesamtheit der zu

berücksichtigenden Auslegungstatsachen lässt keinen Anhaltspunkt dafür erkennen, dass die zwei Gesellschafter, die das Kündigungsschreiben unterzeichnet haben, gleichzeitig in Vertretung des dritten Gesellschafters handeln wollten. Ein solcher Wille lässt sich aus der Vertragsurkunde nicht einmal andeutungsweise entnehmen. Aus der Sicht der Kl. als Erklärungsempfängerin war bei Zugang des Kündigungsschreibens nicht einmal mit Sicherheit feststellbar, ob nicht irrtümlich lediglich ein noch nicht von allen drei Gesellschaftern unterzeichneter Entwurf einer Kündigung vorlag. Sie konnte dem Schreiben nicht entnehmen, ob der Bekl. zu 2) mit dem Kündigungsvorgang überhaupt befasst war, ob er etwa die Leistung seiner Unterschrift abgelehnt hatte und ob einer der unterzeichnenden Gesellschafter oder gar beide den Willen hatten, das Kündigungsschreiben auch in seinem Namen zu unterzeichnen. Es kann dahinstehen, ob es als Andeutung eines Vertretungswillens ausgereicht hätte, wenn auf dem gemeinschaftlichen Briefbogen etwa einer der Gesellschafter ohne Zusatz des Namens der anderen für die Gesellschaft in Ausübung einer vorhandenen Vollmacht das Kündigungsschreiben unterzeichnet hätte. Das Kündigungsschreiben vom 26.04.2002 stellt jedenfalls eine Willenserklärung dar, die nach der Unterschriftenzeile von allen drei Gesellschaftern hätte unterzeichnet werden müssen, die jedoch lediglich zwei Unterschriften trägt. Dies führt zur Unwirksamkeit der Kündigung nach § 623 BGB.

V. Unbeachtlichkeit des Streits um die Kündigungsfrist
Auf die Frage der Einhaltung der Kündigungsfrist kommt es damit nicht mehr an.

Strafrecht

Standort: § 244 I Nr. 1 a StGB

Problem: Gefährliches Werkzeug

OLG CELLE, BESCHLUSS VOM 18.02.2005
21 Ss 8/05 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Der Angeklagte hatte einen Ladendiebstahl begangen, bei dem er ein zusammengeklapptes Taschenmesser mit einer Klingenlänge von 5,5 cm in seiner Hosentasche bei sich führte. Das Amtsgericht Hannover hatte den Angeklagten aufgrund dieses Vorgangs wegen Diebstahls mit Waffen (§ 244 I Nr. 1 a StGB) verurteilt. Auf die Sprungrevision (§ 335 StPO) des Angeklagten hin hob das OLG Celle das Urteil insoweit auf, da die Feststellungen ein "Beisichführen" im Sinne von § 244 I Nr. 1 a StGB nicht belegen würden.

Prüfungsrelevanz:

Diebstahl (§ 242 StGB) und die entsprechenden Qualifikationen stellen einen absoluten Standardstoff im Examen dar, so dass auch die Kenntnis von Detailproblemen von den Prüfern als selbstverständlich vorausgesetzt wird.

Ein mittlerweile fast schon klassisches Problem stellt die Frage dar, wann ein "Beisichführen eines gefährlichen Werkzeugs" i.S.v. § 244 I Nr. 1 a StGB gegeben ist.

Der Begriff des "gefährlichen Werkzeugs", der durch das 6. StrRG 1998 in § 244 I StGB eingeführt wurde, entspricht demjenigen des § 224 I Nr. 2 StGB. Während er jedoch im Rahmen von § 224 I Nr. 2 StGB einheitlich definiert wird als Gegenstand, der nach objektiver Beschaffenheit und Art der Benutzung im konkreten Einzelfall geeignet ist, erhebliche Verletzungen hervorzurufen (BGH, NStZ 1999, 616; Tröndle/Fischer, § 224 Rn. 9), stößt eine Übertragung der Definition auf § 244 I Nr. 1 a StGB auf Bedenken, da hier (anders als bei § 224 I Nr. 2 StGB) eine konkrete Verwendung des Werkzeugs gar nicht verlangt wird. Zur Frage, wie der Begriff des gefährlichen Werkzeugs i.R.v. § 244 I Nr. 1 a StGB zu verstehen ist, existieren in der Literatur verschiedene Ansätze (vgl. die Darstellung bei Tröndle/Fischer, § 244 Rn. 7 ff.): Teilweise wird bereits die abstrakte Möglichkeit, den Gegenstand als Verletzungswerkzeug einzusetzen, für ausreichend erachtet (SK-Günther, § 250 Rn. 11; Hörnle, Jura 1998, 169), teilweise wird auf die bestimmungsgemäße Verwendung abgestellt (Mitsch, BT 2, 1/236). Nach anderer Auffassung ist die typische Ver-

wendung des Werkzeugs bei einem Diebstahl oder Raub maßgeblich (Schroth, NJW 1998, 2864). Schließlich wird neben der Möglichkeit der Zufügung schwerer Verletzungen durch diesen Gegenstand noch eine Gebrauchsabsicht oder zumindest ein Verwendungsvorbehalt verlangt (Wessels/Hillenkamp, BT 2, Rn. 262 f.; Geppert, Jura 1999, 602).

Die Rechtsprechung hat insofern einen etwas anderen Weg gewählt: Während sie für das Vorliegen eines gefährlichen Werkzeugs im Rahmen von § 244 I Nr. 1 a StGB lediglich verlangt, dass der betreffende Gegenstand geeignet ist, erhebliche Verletzungen zuzufügen, zieht sie die Tathandlung des "Beisichführens" als Korrektiv heran. Im Gegensatz zur insofern wohl herrschenden Literatur (vgl. Tröndle/Fischer, § 244 Rn. 12 mwN) soll es hierfür nämlich nicht bereits ausreichen, dass der Täter die Möglichkeit hat, während der Tat auf das Werkzeug zuzugreifen, sondern zusätzlich das konkrete Bewusstsein des Täters voraussetzen, dass er ein - jederzeit einsatzbereites - Werkzeug zur Verfügung hat, mit dem er einem anderen Menschen erhebliche Verletzungen zufügen könnte (OLG Schleswig, NStZ 2004, 212). Diesen Ansatz vertritt auch das OLG Celle in der vorliegenden Entscheidung und präzisiert ihn insofern als es feststellt, dass die tatsächlichen Anforderungen an die Feststellungen eines entsprechenden Bewusstseins durch den Tatrichter umso geringer sind, je waffenähnlicher, d.h. als Verletzungswerkzeug geeigneter, der Gegenstand ist.

Vertiefungshinweise:

Zum gefährlichen Werkzeug i.S.v. §§ 244 I Nr. 1 a, 250 I Nr. 1 a StGB: *BGH*, NJW 2002, 2889; *NJW* 2003, 1677; *NStZ-RR* 2003, 12; *OLG Schleswig*, NStZ 2004, 212; *BayObLG*, StV 2001, 17; *Dencker*, JR 1999, 36; *Fischer*, NStZ 2003, 569; *Geppert*, Jura 1999, 599; *Graul*, Jura 2000, 204; *Krüger*, Jura 2002, 526; *Lesch*, JA 1999, 30

Kursprogramm:

Examenskurs: "Der Elektromeister"

Leitsatz (der Redaktion):

Der Qualifikationstatbestand des §§ 244 Abs. 1 Nr. 1 a StGB enthält eine eingrenzende subjektive Komponente durch das Merkmal des "Beisichführens". Hierbei ist notwendig, aber auch aus-

reichend, das Bewusstsein des Täters, ein funktionsbereites Werkzeug zur Verfügung zu haben, das geeignet ist, erhebliche Verletzungen zu verursachen. Dies ist nach den konkreten Tatumständen zu bestimmen. Es ist mithin Aufgabe des Tatrichters, ausreichende Feststellungen zum Vorstellungsbild des Täters zu treffen, wobei die Anforderungen an diese Feststellung umso niedriger sind, desto gefährlicher und für einen Einsatz als potenzielles Nötigungsmittel geeigneter, sprich waffenähnlicher der jeweilige Gegenstand ist

Sachverhalt:

Der Angeklagte hat

1. am 22. Juni 2004 in der Oststadt von H. in einer Filiale des P-Marktes der Firmengruppe R den Auslagen zwei Schachteln Marlboro Light entnommen, für die er insgesamt 7,20 € hätte zahlen müssen, sowie einen Lauchsalat, der mit einem Kaufpreis von 0,95 € ausgezeichnet war, wobei er entschlossen war, diese Waren zu entwenden und die Geschäftsräume auch verließ, ohne sie bezahlt zu haben. Er hatte vor, zumindest die Zigaretten zu verkaufen, um dadurch seinen Drogenkonsum finanzieren zu können,
2. am 8. Juli 2004 in der G-Straße 16 in H. in der Parfümerie D aus einer Auslage eine 100 ml-Flasche Eau de Toilette der Marke Fahrenheit, für die er einen Kaufpreis von 59,50 € hätte zahlen müssen, entwendet, um sie später zu verkaufen,
3. sich am 10. Juli 2004 in H. in der I-Straße in dem dortigen Supermarkt der Firma C aufgehalten. In seiner Hosentasche führte er ein Messer mit einer Klingengänge von ca. 5,5 cm "verwendungsbereit" bei sich, "das - wie immer - an einer Kette befestigt war". Auch an diesem Tage war den Angeklagte entschlossen, einen Diebstahl zu begehen, um die Waren später zu verkaufen und von dem Erlös Drogen kaufen zu können. Als er sich unbeobachtet fühlte, entnahm er den Auslagen drei Flaschen Wodka und eine Flasche Grappa, für die er insgesamt einen Kaufpreis von 82,30 € hätte zahlen müssen. Er verstaute die Flaschen unter seiner Jacke und passierte den Kassbereich, ohne die Waren bezahlt zu haben,
4. am 5. September 2004 im Hauptbahnhof H im Markt "I P" zweimal Toblerone zum Preis von je 1,79 €, dreimal Snacks à 0,75 €, einmal Kinder Maxi zum Preis von 0,45 € und einmal Belmandel zum Preis von 0,99 € entwendet, weil er Hunger hatte.

Aus den Gründen:

Das Urteil wird im Schuldspruch mit den zugehörigen Feststellungen aufgehoben, soweit der Angeklagte wegen eines Diebstahls mit Waffen (Tatzeit: 10. Juli 2004) verurteilt worden ist.

Im Rechtsfolgenausspruch wird das Urteil mit den zugehörigen Feststellungen mit Ausnahme der wegen der anderen drei Diebstähle (Tatzeiten: 22. Juni, 8. Juli

und 5. September 2004) verhängten Einzelstrafen aufgehoben.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten der Revision - an eine andere Abteilung des Amtsgerichts Hannover zurückverwiesen.

Die weitergehende Revision des Angeklagten wird als unbegründet verworfen.

I. Entscheidung, Würdigung und Strafzumessung des Amtsgerichts

Das Amtsgericht hat den Angeklagten am 11. November 2004 wegen Diebstahls mit Waffen, Diebstahls und Diebstahls geringwertiger Sachen in zwei Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von acht Monaten verurteilt. [...]

Im Rahmen der Beweiswürdigung hat das Amtsgericht zum Vorfall vom 10. Juli 2004 ausgeführt, der Angeklagte habe sich dahin eingelassen, dass ihm beim Betreten des Supermarktes nicht bewusst gewesen sei, das Messer bei sich gehabt zu haben. "Allerdings" habe der Angeklagte "nahezu im selbem Atemzug angegeben", dass er dieses Messer immer an einer Kette befestigt in seiner Hosentasche trage. Diese Tat würdigt das Gericht als Diebstahl mit Waffen nach § 244 Abs. 1 Nr. 1 a StGB.

Im Rahmen der Strafzumessung hat das Gericht nach umfassender Abwägung der für und gegen den Angeklagten sprechenden Umstände für die Taten zu 1. und 4. jeweils zwei, für die Tat zu 2. drei und für die Tat zu 3. sechs Monate Freiheitsstrafe - auch unter Berücksichtigung von §§ 47 StGB - für tat- und schuldangemessen erachtet.

Gegen dieses Urteil wendet sich der Angeklagte mit der (Sprung-) Revision, mit der er die Verletzung materiellen Rechts - insbesondere die Anwendung des § 244 Abs. 1 Nr. 1 a StGB rügt.

II. Entscheidung des OLG Celle

Die zulässige Revision ist in dem im Tenor ausgeführten Umfang begründet, im Übrigen unbegründet.

1. Zur Revision bzgl. der Taten zu 1., 2. und 4.; Bezeichnung der Tat in der Urteilsformel

Die Nachprüfung des Urteils auf die Sachrüge deckt zum Schuldspruch wegen der Diebstahlshandlungen am 22. Juni, 8. Juli und 5. September 2004 (Taten zu 1., 2. und 4.) keine durchgreifende Rechtsfehler auf. Der Senat verwirft sie daher auf Antrag der Generalstaatsanwaltschaft nach § 349 Abs. 2 StPO.

Der Senat weist in diesem Zusammenhang darauf hin, dass gemäß § 260 Abs. 4 StPO in der Urteilsformel (nur) die rechtliche Bezeichnung der Tat anzugeben ist, derer der Angeklagte schuldig gesprochen wird. Nicht in die Urteilsformel gehören hingegen die gesetzlichen Überschriften von Bestimmungen, die entweder keine eigene Straftat beschreiben, sondern nur

Strafzumessungsregeln enthalten bzw. die lediglich eine andere prozessuale Behandlung zulassen, wie dies im vorliegenden Fall bezüglich des § 248 a StPO der Fall ist (vgl. MeyerGoßner, StPO, 47. Aufl. § 260 Rdn. 25).

2. Zur Revision bzgl. der Tat zu 3.; Voraussetzungen für einen Diebstahl mit Waffen gem. § 244 I Nr. 1 a StGB

Der Schuldspruch wegen Diebstahls mit Waffen nach § 244 Abs. 1 Nr. 1a StGB hält indes der materiell-rechtlichen Prüfung nicht stand.

Es mag dahinstehen, ob es sich bei dem Taschenmesser des Angeklagten tatsächlich um eine Waffe oder ein gefährliches Werkzeug im Sinne dieser Vorschrift handelt.

Jedenfalls fehlt es an hinreichend konkreten Ausführungen zum "Beisichführen" des Messers.

Das Tatbestandsmerkmal des "Beisichführens" im Sinne des § 244 Abs. 1 Nr. 1 a StGB ist nur dann erfüllt, wenn der Täter den Gegenstand bewusst gebrauchsbereit bei sich hatte. Ein entsprechendes Bewusstsein liegt beim Beisichführen von Taschenmessern nicht auf der Hand. Hierzu sind nähere Ausführungen des Tatrichters erforderlich (BGH NStZ-RR 2003, 12).

Der Senat teilt nicht die pauschale Auffassung des BayObLG (StV 2001, 17), wonach der Dieb, der während der Tatausführung ein zusammengeklapptes Taschenmesser in der Hose trägt, immer einen Diebstahl, bei dem er ein gefährliches Werkzeug bei sich führt, begeht. Der Qualifikationstatbestand des §§ 244 Abs. 1 Nr. 1 a StGB enthält vielmehr eine eingrenzende subjektive Komponente durch das Merkmal des "Beisichführens". Hierbei ist notwendig, aber auch aus-

reichend das Bewusstsein des Täters, ein funktionsbereites Werkzeug zur Verfügung zu haben, das geeignet ist, erhebliche Verletzungen zu verursachen. Dies ist nach den konkreten Tatumständen zu bestimmen. Es ist mithin Aufgabe des Tatrichters, ausreichende Feststellungen zum Vorstellungsbild des Täters zu treffen, wobei die Anforderungen an diese Feststellung umso niedriger sind, desto gefährlicher und für einen Einsatz als potenzielles Nötigungsmittel geeigneter, sprich waffenähnlicher der jeweilige Gegenstand ist (Schleswig-Holsteinisches OLG NStZ 2004, 212).

Zwar stellt das Gericht hier fest, der Angeklagte habe das Taschenmesser "verwendungsbereit" bei sich getragen, die näheren Ausführungen im Rahmen der Beweiswürdigung lassen es jedoch zweifelhaft erscheinen, ob die Gebrauchsbereitschaft nicht nur objektiv, sondern auch subjektiv gegeben war.

Nach seiner Einlassung war dem Angeklagten beim Betreten des Supermarktes gerade nicht konkret und aktuell bewusst, dass er das Messer bei sich hatte. Wenn er "nahezu im selben Atemzug" angegeben hat, er habe das Messer immer bei sich, widerlegt diese Einlassung noch nicht; es erläutert eher, warum das Beisichtragen des Messers in den gedanklichen Hintergrund getreten sein soll.

Gerade weil es sich bei dem Taschenmesser mit einer Klingenslänge von (nur) 5,5 cm um einen Gegenstand handelt, der in sozial adäquater Weise von Jedermann bei sich geführt werden kann, waren nähere Feststellungen zur subjektiven Tatseite hier unentbehrlich.

Damit kann das angefochtene Urteil insoweit keinen Bestand haben. [...]

Standort: § 263 a StGB

Problem: Unbefugte Verwendung von Daten

OLG DRESDEN, BESCHLUSS VOM 13.04.2005
2 Ss 654/04 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Der Angeklagte hatte von einer Bekannten deren e-Karte erhalten und auch die dazugehörige PIN erfahren, ohne dass er jedoch dazu befugt sein sollte, Abhebungen vorzunehmen. Trotzdem hob er ohne Wissen der Bekannten von deren Konto insgesamt 1.900 € ab. Das Amtsgericht Weißwasser hatte den Angeklagten aufgrund der Abhebungen wegen Computerbetrugs (§ 263 a I StGB) verurteilt. Das OLG Celle hob dieses Urteil auf da ein "unbefugtes" Verwenden von Daten im Sinne von § 263 a I StGB nicht gegeben sei.

Prüfungsrelevanz:

Der Tatbestand des Computerbetrugs erfreut sich in beiden Examen wegen seiner hohen praktischen Be-

deutung und der zahlreichen darin enthaltenen Probleme bei den Prüfern besonders großer Beliebtheit. Gerade das im vorliegenden Fall angesprochene Problem ist insofern ein echter Klassiker.

Im Rahmen von § 263 a I 3. Fall StGB ist streitig, was Voraussetzung für eine "unbefugte" Verwendung von Daten ist, was insbesondere für die Konstellation diskutiert wird, in der der Täter - wie im vorliegenden Fall - Karte und PIN vom Berechtigten (u.U. durch Täuschung) erhalten hat und diese abredewidrig verwendet (vgl. die Darstellung bei Tröndle/Fischer, § 263 a Rn. 10 ff.). Nach einer Auffassung ist das Merkmal "unbefugt" i.R.v. § 263 a I 3. Fall StGB subjektiv auszulegen (BayObLG, NJW 1994, 960; Gössel, BT 2, § 22 Rn. 13; Hilgendorf, JuS 1997, 130). Nach dieser Auffassung wird eine Verwendung dann von § 263 a I 3. Fall StGB erfasst, wenn sie nicht durch Gesetz oder Vertrag erlaubt ist und dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Verfügungsberechtigten widerspricht.

Demzufolge wäre jede Verwendung der ec-Karte durch eine Person, die nicht der berechnigte Karteninhaber ist, eine "unbefugte" Verwendung i.S.v. § 263 a I 3. Fall StGB, da die Banken in ihren AGBs stets verbieten, die Karten an Dritte weiterzugeben (und somit eine Benutzung durch Dritte erst Recht ihrem Willen widerspricht). Eine andere Auffassung verlangt eine computerspezifische Auslegung, nach der eine unbefugte Verwendung i.S.v. § 263 a I 3. Fall StGB nur gegeben ist, wenn ein entgegenstehender Wille des Rechtsgutinhalters bzgl. der Verwendung sich im Programm niedergeschlagen hat und dieser durch die konkrete Verwendung gerade umgangen wird (OLG Celle, NStZ 1989, 367; LG Ravensburg, StV 1991, 214; Arloth, Jura 1996, 354). Da jedoch auch bei Verwendung einer fremden (aber echten) ec-Karte zusammen mit der passenden PIN keine Sicherungen des Programms überwunden werden, wäre im vorliegenden Fall eine unbefugte Datenverwendung nicht gegeben. Nach herrschender Meinung ist das Merkmal "unbefugt" i.R.v. § 263 a I 3. Fall StGB jedoch betrugspezifisch auszulegen, so dass eine unbefugte Datenverwendung bei einem "täuschungsähnlichen" Verhalten gegeben ist, d.h. wenn sich eine entsprechende Verwendung dieser Daten gegenüber einer Person als Täuschung i.S.v. § 263 I StGB darstellen würde (BGHSt 47, 160; Mühlbauer, wistra 2003, 244; Tröndle/Fischer, § 263 a Rn. 11 mwN). Dementsprechend ist eine unbefugte Datenverwendung zwar gegeben, wenn der Täter durch verbotene Eigenmacht in den Besitz der Karte gelangt ist (vgl. OLG Köln, NStZ 1991, 586; OLG Düsseldorf, NStZ-RR 1998, 137; Schönke/Schröder-Cramer, § 263 a Rn. 11), nicht jedoch, wenn er die Karte - wie im vorliegenden Fall - lediglich durch Täuschung (oder gar ohne zu täuschen) erlangt hat und diese später absprachewidrig verwendet. Dies betont auch das OLG Dresden im vorliegenden Fall.

Vertiefungshinweise:

Zu § 263 a I StGB bei Verwendung fremder ec-Karten am Automaten: BGH, NJW 1995, 669; NJW 2002, 905; BayObLG, NJW 1991, 439; 1994, 960; Arloth, Jura 1996, 354; Hilgendorf, JuS 1997, 130 Kudlich, JuS 2003, 537; Mühlbauer, NStZ 2003, 650; Neumann, StV 1996, 375; Zielinski, JR 2002, 342;

Kursprogramm:

Examenskurs: "Der Missbrauch des Sparbuchs"

Leitsatz:

Das Tatbestandsmerkmal des "unbefugten Verwendens von Daten" bei § 263 a StGB ist betrugspezifisch (einschränkend) auszulegen. Ein Computerbetrug durch unbefugtes Verwenden von Daten liegt nicht vor, wenn dem Täter die Daten (EC-Karte mit PIN) vom Kontoinhaber überlassen wor-

den waren und er damit lediglich absprachewidrig Geldabhebungen tätigt. In Betracht kommt im Einzelfall aber eine Verurteilung wegen Betrugs, wegen Untreue oder wegen Unterschlagung.

Sachverhalt:

Der Angeklagte freundete sich ca. Anfang bis Mitte Mai 2001 mit der später Geschädigten B an. Die einfach strukturierte Frau fasste sehr schnell Zutrauen zu dem Angeklagten und vertraute ihm ihre EC-Codekarte nebst Geheimzahl an. Eine Befugnis über das Konto der Frau bei der Sparkasse D., Zweigstelle W., zu verfügen, hatte der Angeklagte nicht, was er auch wusste. Er erhielt die Codekarte lediglich, um entweder im Auftrag der Frau B Kontoauszüge zu holen oder in deren Beisein Haushaltsgeld vom Konto abzuheben. Frau B war zum damaligen Zeitpunkt alleinstehend, ledig und hatte in ihrem Haushalt 6 leibliche Kinder. Sie lebte von Sozialhilfe und Kindergeld. Dies wusste der Angeklagte. Trotzdem hob er mit der Codekarte und der Geheimnummer am Geldautomaten der Zweigstelle W. vom Konto der Frau B, ohne deren Erlaubnis, folgende Beträge ab:

1. am 07.08.2001 einen Betrag von 900 DM
2. am 08.08.2001 einen Betrag von 100 DM
3. am 08.08.2001 einen Betrag von 900 DM.

Nachdem er das Geld abgehoben hatte, verschwand der Angeklagte spurlos aus dem Lebensbereich der Geschädigten.

Der Angeklagte hatte mit diesen Abhebungen der Geschädigten einen Gesamtschaden von 1.900 DM zugefügt. Dieses Geld war für den Lebensunterhalt der Geschädigten und ihrer Kinder im Monat August 2001 bestimmt. Die Geschädigte musste daher beim Sozialamt in dieser Höhe einen Kredit aufnehmen, den sie bis heute mit monatlich 51 Euro abzahlt.

Aus den Gründen:

Das Amtsgericht Weißwasser hatte den Angeklagten am 06. November 2002 wegen Computerbetruges in drei Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von zehn Monaten verurteilt.

Auf die auf den Rechtsfolgenausspruch beschränkte Berufung des Angeklagten hat das Landgericht Görlitz das Urteil des Amtsgerichts Weißwasser im Rechtsfolgenausspruch aufgehoben und den Angeklagten (unter Einbeziehung einer bereits rechtskräftigen Strafe) zu der Gesamtfreiheitsstrafe von elf Monaten verurteilt; im Übrigen wurde die Berufung verworfen.

Mit seiner auf das Strafmaß beschränkten Revision rügt der Angeklagte die Verletzung materiellen Rechts.

Die Generalstaatsanwaltschaft Dresden hat beantragt, auf die Revision des Angeklagten das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an eine andere Strafkammer des Landgerichts Görlitz zurückzuverweisen.

I. Zur Zulässigkeit der Revision

Die Revision ist zulässig. Zwar ist die Beschränkung der Revision auf den Rechtsfolgenausspruch - wie noch zu zeigen sein wird - unwirksam. Dies führt jedoch nicht zur Unzulässigkeit der Revision, sondern in entsprechender Anwendung des § 318 StPO lediglich zur Unwirksamkeit der Revisionsbeschränkung.

II. Zur unbefugten Datenverwendung i.S.v. § 263 a I StGB

Die Revision hat in der Sache Erfolg. Zu Unrecht ist die Berufungskammer von einer Wirksamkeit der Rechtsmittelbeschränkung ausgegangen. Die Feststellungen des Amtsgerichts sind nämlich nicht geeignet, den Schuldspruch wegen Computerbetruges gemäß § 263 a StGB zu begründen. [...]

Diese Feststellungen [des Amtsgerichts] tragen eine Verurteilung wegen Computerbetruges gemäß § 263 a StGB nicht.

Denn nach zutreffender herrschender Meinung ist das Merkmal der Unbefugtheit der Verwendung von Daten im Sinne des § 263 a StGB "betrugsspezifisch" auszulegen (siehe nur Tröndle/Fischer, StGB 52. Aufl. Rdnr. 11 zu § 263 a mit vielen Nachweisen). Hebt daher - wie hier - jemand an einem Geldautomaten vom Konto eines anderen mit dessen Code-Karte und der Geheimnummer Geld ab, so liegt ein Computerbetrug durch unbefugte Verwendung von Daten dann nicht vor, wenn - so die Feststellungen des Amtsgerichts -

die Daten vom Kontoinhaber überlassen worden waren und er lediglich absprachewidrig handelt (BGHR 263 a Anwendungsbereich 1; BGHSt 47, 160 = NJW 2002, 905; weitere Nachweise aus der Rechtsprechung bei Tröndle/Fischer a.a.O. Rdnr. 13).

Die (unzureichenden) Feststellungen lassen es nicht ausgeschlossen erscheinen, dass der Angeklagte andere Straftatbestände verwirklicht haben kann. Sollte sich der Angeklagte Karte und Geheimnummer durch Täuschung (gegebenenfalls auch durch konkludentes Vorspiegeln) erschlichen haben, so läge Betrug gemäß § 263 StGB vor. Für den Fall, dass dem Angeklagten die EC-Karte und die Geheimnummer mit der Erlaubnis ausgehändigt worden sein sollten, einen bestimmten Höchstbetrag innerhalb des der Geschädigten von der Bank eingeräumten Rahmens abzuheben, entspräche dies der Einräumung einer Bankvollmacht; der abredewidrige Missbrauch dieser Bankvollmacht würde sich dann nicht als "Täuschung" der Bank, sondern gegebenenfalls als Untreue gegenüber der Geschädigten darstellen (vgl. Tröndle/Fischer a.a.O. m.w.N.). Sollten hierzu keine Feststellungen möglich sein, könnte das Abheben und das Verbrauchen des Geldes auch als Unterschlagung gemäß § 246 StGB strafbar sein.

Infolge der unzureichenden Feststellungen bedarf die Sache neuer Verhandlung. [...]

Standort: § 244 V StPO**Problem: Aufklärungspflicht bei Auslandszeugen**

BGH, URTEIL VOM 09.06.2005
3 STR 269/04 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Der Angeklagte war wegen Mitgliedschaft in einer terroristischen Vereinigung (§ 129 a StGB) und Beihilfe zum Mord (§§ 211, 27 StGB) angeklagt worden, da ihm vorgeworfen wurde, mit den Personen zusammengearbeitet zu haben, die die Anschläge am 11.09.2001 in den USA durchgeführt hatten. Nachdem es den Antrag der Bundesanwaltschaft auf Vernehmung eines amerikanischen Fernsehjournalisten als Zeugen abgelehnt hatte, sprach das OLG den Angeklagten, insb. wegen nicht nachweisbaren Vorsatzes, frei. Gegen diesen Freispruch richteten sich die Revisionen der Bundesanwaltschaft und diverser Nebenkläger, die der BGH jedoch zurückwies.

Prüfungsrelevanz:

Wegen der enormen Bedeutung, die die Anschläge von 11.09.2001 weltweit gehabt haben, wird auch im Examen selbstverständlich Kenntnis der entsprechenden strafrechtlichen Konsequenzen als "juristisches

Allgemeinwissen" erwartet werden. Inhaltlich geht es in der vorliegenden Entscheidung allerdings um ziemlich spezielle strafprozessuale Probleme, die erst im zweiten Staatsexamen Bedeutung erlangen dürften.

Zunächst behandelt der BGH die Frage, unter welchen Voraussetzungen die Vernehmung eines Auslandszeugen abgelehnt werden kann. Dies ist gem. § 244 V StPO dann möglich, wenn die Zeugenvernehmung nach pflichtgemäßem Ermessen des Gerichts zur Erforschung der Wahrheit nicht erforderlich ist. Der BGH betont, dass das Gericht, um prüfen zu können, ob die Pflicht des Gerichtes zur umfassenden Ermittlung der Wahrheit die Vernehmung des Auslandszeugen gebietet oder nicht, i.R.v. § 244 V StPO - was ihm sonst verwehrt ist - eine Prognoseentscheidung bzgl. des Inhalts der Aussage des Auslandszeugen und bzgl. des Beweiswertes der entsprechenden Aussage treffen muss. Kommt das Gericht hierbei zu dem Ergebnis, dass der Zeuge die Beweisbehauptung nicht bestätigen wird oder dass es, selbst wenn der Zeuge die Beweisbehauptung bestätigen würde, ausgeschlossen sei, dass dies sich auf die Überzeugungsbildung des Gerichts auswirken würde, kann es seine Vernehmung ablehnen. Dies hatte das Hanseatische OLG im vorliegen-

den Fall getan. Die Revisionsrüge, das OLG habe im Rahmen der Beweisantizipation nicht einfach davon ausgehen dürfen, der Zeuge sei nicht zuverlässig, sondern hätte sich davon durch die Vernehmung des Zeugen überzeugen müssen, wies der BGH zurück. Inhalt der Prognoseentscheidung des Gerichts im Rahmen der Entscheidung gem. § 244 V 2 StPO sei es gerade (auch), eine Prognose bzgl. der Zuverlässigkeit und Glaubwürdigkeit des Zeugen anzustellen. Spreche man dem Gericht diese Kompetenz ab, sei das keine mit der Revision vorzubringende Rüge der Vorgehensweise des Gerichts sondern ein Angriff gegen die gesetzliche Regelung des § 244 V 2 StPO selbst.

Auch enthält die vorliegende Entscheidung interessante Ausführungen zum Grundsatz "in dubio pro reo". Nach dieser strafprozessualen Maxime muss bei Zweifeln des Gerichts, d.h. wenn sich dieses nicht voll von der Schuld des Angeklagten überzeugen kann, die für den Angeklagten günstigste Rechtsfolge eintreten (BGH, NStZ 2000, 498; StV 2001, 666). Der BGH betont jedoch im vorliegenden Fall (in Übereinstimmung mit der bisherigen Rechtsprechung und herrschenden Meinung, vgl. BGH, NStZ 1999, 205; 2001, 609; Meyer-Goßner, § 261 Rn. 26 mwN), dass dieser Grundsatz erst nach abgeschlossener Beweiswürdigung greift und nicht bzgl. einzelner Beweis- oder Indiztatsachen. Da das Hanseatische OLG im vorliegenden Fall bereits eine einzelne Indiztatsache zugunsten des Täters angenommen und nicht erst eine Gesamtbeweiswürdigung vorgenommen hatte, hatte der BGH somit einen Verfahrensverstoß festgestellt.

Trotzdem hob der BGH das Urteil nicht auf, da dieses nicht auf dem Fehler beruhte. Verfahrensfehler, die nicht gem. § 338 StPO absolute Revisionsgründe darstellen, führen nämlich (gem. § 337 StPO) nur dann zur Aufhebung des Urteils, wenn dieses auf dem Fehler beruht. Ein Beruhen ist dann gegeben, wenn die Möglichkeit besteht, dass das Urteil ohne den Fehler anders ausgefallen wäre (BGHSt 1, 346; 22, 278; Meyer-Goßner, § 337 Rn. 37 mwN). Dies konnte der BGH im vorliegenden Fall jedoch ausschließen.

Vertiefungshinweise:

□ Zu § 244 V 2 StPO: BGHSt 40, 60; BGH, NJW 2001, 695; 2002, 2403; NStZ 2004, 99;

□ Zum Grundsatz "in dubio pro reo": BVerfG, MDR 1975, 468; BGH, NStZ 2002, 656; BayVerfGH, NJW 1983, 1600; Hoyer, ZStW 105, 523;

Kursprogramm:

□ Assessorkurs: "Maus"

Leitsätze (der Redaktion):

1. Bei der Prüfung, ob die Aufklärungspflicht die Ladung eines benannten Auslandszeugen gebietet,

sind grundsätzlich das Gewicht der Strafsache, die Bedeutung und der Beweiswert des weiteren Beweismittels vor dem Hintergrund des bisherigen Beweisergebnisses, der zeitliche und organisatorische Aufwand der etwaigen Beweisaufnahme und die damit verbundenen Nachteile durch die Verzögerung des Verfahrens unter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit gegeneinander abzuwägen. In diesem Rahmen ist der Tatrichter von dem sonst geltenden Verbot der Beweisantizipation befreit. Er darf daher bei seiner Entscheidung prognostisch berücksichtigen, welche Ergebnisse von der beantragten Beweisaufnahme zu erwarten sind und wie diese zu würdigen wären.

2. Kommt der Tatrichter bei der i.R.v. § 244 V StGB vorzunehmenden Abwägung mit tragfähiger Begründung zu dem Ergebnis, dass der Zeuge die Beweisbehauptung nicht werde bestätigen können oder dass ein Einfluss auf seine Überzeugung auch dann sicher ausgeschlossen sei, wenn der Zeuge die in sein Wissen gestellte Behauptung bestätigen werde, ist die Ablehnung des Beweisantrages in aller Regel nicht zu beanstanden. Das Revisionsgericht ist insofern darauf beschränkt, die Ermessensentscheidung des Tatrichters auf Rechtsfehler zu überprüfen, und kann daher nicht etwa dessen rechtlich nicht zu beanstandende Ermessensentscheidung durch seine gegebenenfalls abweichende Einschätzung ersetzen.

3. Auch eine besondere potenzielle Bedeutung des Beweismittels hat nicht automatisch zur Folge, dass das dem Tatrichter durch § 244 V 2 StPO eingeräumte Ermessen bei der Beurteilung des Beweisantrags von vornherein auf Null reduziert ist und es den benannten Zeugen notwendig zu vernehmen hat.

4. Der Zweifelssatz ist eine Entscheidungsregel, die das Gericht erst dann zu befolgen hat, wenn es nach abgeschlossener Beweiswürdigung nicht die volle Überzeugung vom Vorliegen einer für den Schuld- oder Rechtsfolgenausspruch unmittelbar entscheidungserheblichen Tatsache zu gewinnen vermag. Auf einzelne Elemente der Beweiswürdigung ist er grundsätzlich nicht anzuwenden. Er gilt jedenfalls nicht für entlastende Indiztatsachen, aus denen lediglich ein Schluss auf eine unmittelbar entscheidungsrelevante Tatsache gezogen werden kann. Kommt das Gericht bezüglich einer derartigen Indiztatsache zu einem non liquet, hat dies daher nicht zur Folge, dass sie zugunsten des Angeklagten als bewiesen anzusehen wäre. Vielmehr ist sie mit der ihr zukommenden Ungewissheit in die Gesamtwürdigung des für die unmittelbar entscheidungserhebliche Tatsache gewonnenen Beweisergebnisses einzustellen.

5. Auf nicht zweifelsfrei festgestellte belastende In-

dizien darf - auch in der Summe - ein Urteil nicht gestützt, sie dürfen zu dessen Begründung nicht einmal ergänzend herangezogen werden. Dem Tatrichter ist es auch verwehrt zu erörtern, wie sich das zweifelhaft gebliebene Belastungsindiz in das sonstige Beweisergebnis einfügt, oder gar zu prüfen, ob der zweifelhaft gebliebene indizielle Sachverhalt für sich - im Rahmen der angeklagten Tat (§ 264 I StPO) - auf von der Anklage abweichender tatsächlicher Grundlage eine Verurteilung tragen könnte.

6. Auch bei einem Freispruch hat der Tatrichter im Allgemeinen das äußere Tatgeschehen soweit wie möglich aufzuklären und in einer geschlossenen Darstellung diejenigen objektiven Tatsachen festzustellen, die er für erwiesen hält, bevor er in der Beweiswürdigung darlegt, aus welchen Gründen er die für einen Schuldspruch erforderlichen zusätzlichen Feststellungen zur objektiven oder zur subjektiven Tatseite nicht zu treffen vermag. Diese Anforderungen dürfen jedoch nicht schematisch in dem Sinne verstanden werden, dass Ausnahmen hiervon nicht möglich wären. Insbesondere bei einem Freispruch aus subjektiven Gründen ist es nicht in allen Fällen erforderlich, den äußeren Tatbestand umfassend aufzuklären und festzustellen, sofern nur die Urteilsgründe die tatsächlichen oder rechtlichen Überlegungen soweit verdeutlichen, dass sie umfassender revisionsgerichtlicher Prüfung offen stehen.

7. Die Würdigung der Beweise ist vom Gesetz dem Tatrichter übertragen (§ 261 StPO). Es obliegt allein ihm, sich unter dem umfassenden Eindruck der Hauptverhandlung ein Urteil über die Schuld oder Unschuld des Angeklagten zu bilden. Das Revisionsgericht ist demgegenüber auf die Prüfung beschränkt, ob die Beweiswürdigung des Tatrichters mit Rechtsfehlern behaftet ist, etwa weil sie Lücken oder Widersprüche aufweist, mit den Denkgesetzen oder gesichertem Erfahrungswissen nicht in Einklang steht oder an die Überzeugung von der Schuld des Angeklagten überzogene Anforderungen stellt. Sind derartige Rechtsfehler nicht feststellbar, hat das Revisionsgericht die tatrichterliche Überzeugungsbildung auch dann hinzunehmen, wenn eine abweichende Würdigung der Beweise möglich gewesen wäre. Dies gilt unabhängig von der Bedeutung und dem Gewicht des strafrechtlichen Vorwurfs des jeweiligen Verfahrens; denn diese vermögen eine unterschiedliche Handhabung der Grundsätze revisionsgerichtlicher Rechtsprüfung nicht zu rechtfertigen.

Sachverhalt:

Der Generalbundesanwalt hat dem Angeklagten mit der vom Oberlandesgericht unverändert zur Haupt-

verhandlung zugelassenen Anklage mitgliedschaftliche Beteiligung an einer terroristischen Vereinigung in Tateinheit mit Beihilfe zum Mord an mindestens 3.066 Menschen zur Last gelegt. Dem lag im einzelnen der Vorwurf zugrunde, der Angeklagte habe sich im Frühsommer 1999 in Hamburg mit den bei den Anschlägen vom 11. September 2001 in den Vereinigten Staaten von Amerika ums Leben gekommenen Mohammed Atta, Marwan Alshehhi und Ziad Jarrah sowie den anderweitig verfolgten Bi, B, E und M zusammengeschlossen, um den von ihnen propagierten "Heiligen Krieg (Dschihad)" der Muslime durch die Begehung von Terrorakten in Ländern des westlichen Kulturkreises, insbesondere in den USA, umzusetzen. Sie hätten den konkreten Entschluss gefasst, den USA durch Anschläge mittels entführter Flugzeuge einen schweren Schlag zu versetzen und Tausende von Menschen zu töten. In Kenntnis und zur Unterstützung dieser Pläne habe der Angeklagte den späteren Attentätern Atta und Alshehhi absprachegemäß erlaubt, seine Adresse in Hamburg Dritten gegenüber zu verwenden. Außerdem habe er die finanziellen Angelegenheiten Es geregelt, als dieser sich von Anfang 2000 bis Mitte August 2000 für die terroristische Vereinigung in Afghanistan aufgehalten habe. Er habe E schließlich auch Geld zur Verfügung gestellt, das dieser für seine im Zusammenhang mit den Anschlägen geplante Reise in die USA benötigt habe. Letztlich habe der Angeklagte den konspirativen Aufenthalt Alshehhis und Bis bis zu deren geplanter Abreise in die USA mitorganisiert, indem er ihnen ein Zimmer in einem Studentenwohnheim für die zeitweilige Unterkunft vermittelt habe.

In der Hauptverhandlung vor dem Oberlandesgericht ist die Videoaufzeichnung einer Reportage des Fernsehsenders Al Jazeera in Augenschein genommen und darüber hinaus der Inhalt dieser Reportage im Wege des Urkundenbeweises eingeführt worden. Hieraus ergab sich, dass ein Journalist dieses Senders, Fo, nach den Anschlägen vom 11. September 2001 ein Gespräch mit den anderweitig Verfolgten Mo - einem angeblichen Mitorganisator der Anschläge - und Bi geführt hatte. Fo ist außerdem einer der Verfasser des Buches "Masterminds of Terror", das sich ebenfalls mit diesen Anschlägen und dem genannten Gespräch befasst.

Im Hauptverhandlungstermin vom 18. Dezember 2003 stellte der Generalbundesanwalt drei Beweisanträge auf Vernehmung des Fo, zu laden über das Londoner Büro von Al Jazeera. Der Zeuge werde bekunden,

- dass Mo sich im Jahr 1999 einige Male in Hamburg mit Bi und Mohammed Atta getroffen habe;
- dass ihm anlässlich eines Interviews von Bi, Mo und dem Al Qaida-Mitglied Ba mitgeteilt worden sei, Atta und Bi seien schon einmal im Jahr 1998 gemeinsam nach Afghanistan gereist und hätten sich in einem Lager der Al Qaida in Kandahar aufgehalten;
- dass ihm Bi einen kleinen Koffer gezeigt ha-

be, in dem sich mehrere zur Vorbereitung der Anschläge verwendete Gegenstände wie Flugpläne, eine Karte des Luftraums über der amerikanischen Ostküste, ein Flugsimulator-Programm auf CD etc. befunden hätten; der Koffer habe aus der Wohnung in der M-Straße (in Hamburg) gestammt, in der Bi mit Atta, Alshehhi, B und E gelebt habe.

Das Oberlandesgericht hat die Beweisanträge nach § 244 Abs. 5 Satz 2 StPO zurückgewiesen. Die Ladung des Zeugen Fo sei zur Erforschung der Wahrheit nach pflichtgemäßem Ermessen nicht erforderlich. Die Beweisbehauptungen des Generalbundesanwalts beruhten allein auf dem Buch "Masterminds of Terror". Eine Analyse der zugrunde liegenden Passagen dieses Buches zeige jedoch, dass es sich hierbei um Spekulationen und Mutmaßungen handele, die der Zeuge Fo im Rahmen seiner redaktionellen Freiheit und zur Erhöhung des Spannungsbogens in sein Buch aufgenommen habe und die nicht auf Angaben Bis oder Mos zurückgingen. Dies werde bezüglich der zweiten und dritten Beweisbehauptung auch durch die Erklärungen des Zeugen Fo bestätigt, die auf dem in Augenschein genommenen Videoband enthalten seien. Die dritte Beweisbehauptung sei im übrigen auch aus tatsächlichen Gründen ohne Bedeutung, denn es werde nicht vorgebracht, dass Bi dem Zeugen Fo erklärt habe, er habe den Inhalt des Koffers in Hamburg anderen Personen, insbesondere dem Angeklagten, gezeigt.

Aus den Gründen:

[...] Das Oberlandesgericht hat den Angeklagten von diesem Vorwurf aus tatsächlichen Gründen freigesprochen. Es hat sich zunächst nicht davon zu überzeugen vermocht, dass der Angeklagte und die genannten weiteren Personen bereits im Jahre 1999 in Hamburg Anschläge der am 11. September 2001 ausgeführten Art selbständig planten oder hierfür schon zu diesem Zeitpunkt von der Organisation Al Qaida angeworben worden waren. Auch das Bestehen sonstiger Pläne der Gruppierung, allgemein zur Verwirklichung des Dschihad terroristische Attentate zu begehen, hat das Oberlandesgericht nicht für erwiesen erachtet. Es hat nicht ausschließen können, dass die Anschläge vom 11. September 2001 bereits zuvor innerhalb der Al Qaida geplant worden waren und Atta, Alshehhi, Jarrah, Bi sowie E für deren Durchführung erst rekrutiert wurden, als sie sich ab Ende 1999 nach Afghanistan in ein Ausbildungslager der Al Qaida begeben hatten. Ob die Genannten nach ihrer Rückkehr nach Hamburg dort bis zu ihrer Abreise in die USA zur Vorbereitung der Anschläge (Pilotenausbildung) bzw. bis zu ihrem Untertauchen eine terroristische Vereinigung bildeten, hat das Oberlandesgericht offen gelassen; denn da dem Angeklagten nicht nachzuweisen sei, dass er während seines eigenen Aufenthalts in Afghanistan oder in Hamburg von den Anschlagplänen erfahren habe, komme seine Verurteilung als Mitglied oder Unter-

stützer einer derartigen Vereinigung nicht in Betracht. Ebenso scheidet aus diesem Grunde ein Schuldspruch wegen Beihilfe zum Mord aus.

Gegen diesen Freispruch wenden sich die Revisionen des Generalbundesanwalts und mehrerer der Nebenkläger. Sämtliche Rechtsmittel rügen die Verletzung formellen und sachlichen Rechts. Sie bleiben ohne Erfolg.

A. Die Revision des Generalbundesanwalts

I. Die Verfahrensrüge

1. Zum Inhalt der Rüge

Der Generalbundesanwalt beanstandet, das Oberlandesgericht habe drei Beweisanträge unter Verstoß gegen § 244 Abs. 5 Satz 2 StPO zurückgewiesen. [...]

2. Zur Zulässigkeit der Rüge

Es bestehen bereits erhebliche Bedenken gegen die Zulässigkeit der Rüge, da sie weder den Inhalt des Buches "Masterminds of Terror" noch den Wortlaut der Mitschrift des Videobandes mitteilt, auf die sich sowohl die Beweisanträge als auch der Ablehnungsbeschluss des Oberlandesgerichts stützen. Indessen kann offen bleiben, ob damit die revisionsrechtlichen Anforderungen an den Vortrag einer Beanstandung des Verfahrens (§ 344 Abs. 2 Satz 2 StPO) verfehlt sind; denn die Rüge ist jedenfalls unbegründet.

a. Zur Zulässigkeit der Ablehnung eines Beweisantrags gem. § 244 V 2 StPO

Gemäß § 244 Abs. 5 Satz 2 i. V. m. Satz 1 StPO kann ein Beweisantrag auf Vernehmung eines Zeugen, dessen Ladung im Ausland zu bewirken wäre, abgelehnt werden, wenn seine Vernehmung nach dem pflichtgemäßen Ermessen des Gerichts zur Erforschung der Wahrheit nicht erforderlich ist. Maßgebendes Kriterium hierfür ist, ob die Erhebung des beantragten Beweises von der Aufklärungspflicht gefordert wird (BGHSt 40, 60, 62; BGH NJW 2001, 695, 696; 2002, 2403, 2404; NStZ 2004, 99, 100); denn durch die Einführung des § 244 Abs. 5 Satz 2 StPO wurde die Möglichkeit der Ablehnung eines Beweisantrags auf Vernehmung eines Auslandszeugen nur um den schmalen Bereich erweitert, in dem die Ablehnungsgründe des bis dahin allein anwendbaren § 244 Abs. 3 Satz 2 StPO es nicht zuließen, einen derartigen Beweisantrag zurückzuweisen, obwohl die Beweiserhebung von der Aufklärungspflicht nicht geboten war (vgl. BGH NJW 2002, 2403, 2404). Bei der Prüfung, ob die Aufklärungspflicht die Ladung eines benannten Auslandszeugen gebietet, sind grundsätzlich das Gewicht der Strafsache, die Bedeutung und der Beweiswert des weiteren Beweismittels vor dem Hintergrund des bisherigen Beweisergebnisses, der zeitliche und organisatorische Aufwand der etwaigen Beweisaufnahme und

die damit verbundenen Nachteile durch die Verzögerung des Verfahrens unter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit gegeneinander abzuwägen (BGH NJW 2001, 695, 696; 2002, 2403, 2404). In diesem Rahmen ist der Tatrichter von dem sonst geltenden Verbot der Beweisantizipation befreit. Er darf daher bei seiner Entscheidung prognostisch berücksichtigen, welche Ergebnisse von der beantragten Beweisaufnahme zu erwarten sind und wie diese zu würdigen wären. Kommt er dabei unter Berücksichtigung sowohl des Vorbringens zur Begründung des Beweisantrags als auch der in der bisherigen Beweisaufnahme - unter Einschluss etwaiger Erkenntnisse aus freibeweislichen Erhebungen zum Beweiswert des Zeugen (vgl. BGH NJW 2002, 2403, 2404; BGH NStZ 2004, 99, 100; BGHR StPO § 244 Abs. 5 Satz 2 Auslandszeuge 5) - angefallenen Erkenntnisse mit tragfähiger Begründung zu dem Ergebnis, dass der Zeuge die Beweisbehauptung nicht werde bestätigen können oder dass ein Einfluß auf seine Überzeugung auch dann sicher ausgeschlossen sei, wenn der Zeuge die in sein Wissen gestellte Behauptung bestätigen werde, ist die Ablehnung des Beweisantrages in aller Regel nicht zu beanstanden (BGHSt 40, 60, 62). Denn das Revisionsgericht ist darauf beschränkt, die Ermessensentscheidung des Tatrichters auf Rechtsfehler zu überprüfen, und kann daher nicht etwa dessen rechtlich nicht zu beanstandende Ermessensentscheidung durch seine gegebenenfalls abweichende Einschätzung ersetzen (vgl. BGH NJW 1998, 3363, 3364).

b. Zum Vorliegen der Voraussetzungen des § 244 V 2 StPO im vorliegenden Fall

Nach diesen Maßstäben hält die Zurückweisung der Beweisanträge revisionsrechtlicher Prüfung stand.

Es ist zunächst rechtlich nicht zu beanstanden, dass das Oberlandesgericht seine Ermessensentscheidung nach dem Wortlaut des Ablehnungsbeschlusses allein auf die im Wege vorweggenommener Beweiswürdigung gewonnene Prognose gestützt hat, einer Vernehmung des Zeugen Fo werde ein relevanter Beweiswert nicht zukommen. Mit der außergewöhnlichen Bedeutung, die dieser Strafsache wegen des gegen den Angeklagten erhobenen Tatvorwurfs zukommt, musste es sich nicht ausdrücklich befassen. Diesem Gesichtspunkt kommt im Rahmen der Ermessensentscheidung nach § 244 Abs. 5 Satz 2 StPO Gewicht vor allem bei der Abwägung zu, ob es unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten angemessen ist, sich um die Ladung schwer erreichbarer oder weit entfernt wohnender Zeugen auch auf die Gefahr hin zu bemühen, dass das Verfahren erheblich verzögert wird oder sogar ausgesetzt werden muss (vgl. BGH NJW 2001, 695, 696). Darum geht es hier indessen nicht. Auf eine mögliche Verfahrensverzögerung durch Ladung des Zeugen Fo hebt das Oberlandesgericht in seinem Zurückweisungsbeschluss nicht ab. Im übrigen fehlt jeder Anhalt

dafür, dass es sich der besonderen Bedeutung dieses Strafverfahrens nicht bewusst gewesen wäre oder sie bei Ablehnung der Beweisanträge nicht bedacht hätte. Im Ansatz zutreffend weist der Generalbundesanwalt allerdings darauf hin, dass der Aussage des Zeugen Fo potentiell ein besonderes Gewicht deswegen hätte zukommen können, weil dieser - neben dem in die Hauptverhandlung eingeführten "Behördenzeugnis" des Bundeskriminalamts vom 10. Dezember 2003 - das einzige Beweismittel war, aus dem sich Erkenntnisse zu Äußerungen der anderweitig verfolgten Bi und Mo über die Planungen, Vorbereitungen und Beteiligten an den Anschlägen vom 11. September 2001 hätten gewinnen lassen können, nachdem die USA jegliche Rechtshilfe für eine Vernehmung dieser beiden, zwischenzeitlich in ihrem Gewahrsam befindlichen Personen, bzw. die Herausgabe von Vernehmungsunterlagen an deutsche Gerichte verweigert hatten und auch die den deutschen Sicherheitsbehörden von den USA überlassenen Vernehmungsprotokolle sämtlich mit Sperrerkklärungen nach § 96 StPO belegt worden waren.

Die besondere potentielle Bedeutung des Beweismittels hatte indessen nicht zur Folge, dass das dem Oberlandesgericht durch § 244 Abs. 5 Satz 2 StPO eingeräumte Ermessen bei der Beurteilung der hier in Rede stehenden Beweisanträge von vornherein auf Null reduziert gewesen wäre und es den benannten Zeugen notwendig zu vernehmen hatte. Vielmehr durfte es auch die Anträge auf Vernehmung des Zeugen Fo mit ihren eng umrissenen und für den Schuldvorwurf gegen den Angeklagten nur entfernt indiziellen Beweisbehauptungen der Prüfung nach den weiteren für die Anwendung des § 244 Abs. 5 Satz 2 StPO maßgeblichen Beurteilungskriterien unterziehen, wenn auch unter Beachtung der potentiellen Bedeutung der Aussage und des Gewichts des Tatvorwurfs. Für diese Prüfung war hier eine besonders tragfähige Grundlage vorhanden. Denn durch die im Strengbeweis (Inaugenscheinnahme des Videobandes nebst Urkundsbeweis zu dessen Inhalt) und im Freibeweis (Lektüre des Buches "Masterminds of Terror") gewonnenen Erkenntnisse über die Verlautbarungen des Zeugen Fo, auf deren Inhalt sich die Beweisanträge des Generalbundesanwalts ausschließlich stützten, war das Oberlandesgericht in umfassender Weise in die Lage versetzt, den Beweiswert des Zeugen Fo in bezug auf die in sein Wissen gestellten Beweisbehauptungen prognostisch vorab zu bewerten (vgl. BGH NJW 1998, 3363, 3364 sowie BGHR StPO § 244 Abs. 5 Satz 2 Auslandszeuge 4 für Fälle, in denen Angaben des Auslandszeugen bereits anderweitig in die Hauptverhandlung eingeführt worden waren).

Die Erwägungen, mit denen das Oberlandesgericht seine Einschätzung über die Zweifelhafteit der Behauptungen des Zeugen Fo und teilweise - hinsichtlich der dritten Beweisbehauptung - auch deren fehlende

Relevanz für die Überzeugungsbildung des Gerichts begründet, sind auf der Grundlage der in den Beweisunterlagen und dem Ablehnungsbeschluss mitgeteilten Passagen des Buches "Masterminds of Terror" und des Videobandes für sich gesehen tragfähig und nachvollziehbar. Zwingend müssen sie nicht sein; ebensowenig ist revisionsrechtlich von Bedeutung, ob eine gegenteilige Einschätzung ebensogut möglich gewesen wäre oder gegebenenfalls sogar näher gelegen hätte.

Die Revisionsbegründung teilt keine Inhalte des Buches oder des Videobandes mit, die der Bewertung des Oberlandesgerichts den Boden entziehen würden. Vielmehr erschöpft sie sich im wesentlichen in dem revisionsrechtlich unbeachtlichen Versuch, die rechtsfehlerfreien Erwägungen des Oberlandesgerichts durch ihre eigene Würdigung zu ersetzen.

Soweit der Generalbundesanwalt darüber hinaus geltend macht, das Oberlandesgericht habe die Grenzen der im Rahmen des § 244 Abs. 5 Satz 2 StPO zulässigen Beweisantizipation überschritten, weil es die Zuverlässigkeit der Angaben des Zeugen Fo nicht durch dessen persönliche Vernehmung abgeklärt, sondern sich auf eine formale Analyse der einschlägigen Textpassagen des Buches beschränkt habe, stellt er im Kern die Befugnis des Tatrichters in Frage, die Beweisunterlagen auf Vernehmung des Zeugen Fo überhaupt einer antizipierten Beweiswürdigung bei der Ablehnungsprüfung nach § 244 Abs. 5 Satz 2 StPO zu unterziehen, und wendet sich damit in der Sache gegen die gesetzliche Regelung.

II. Die Sachrüge

Mit der Sachrüge erhebt der Generalbundesanwalt zahlreiche Einzelbeanstandungen gegen die Beweiswürdigung des Oberlandesgerichts. Diese bleiben ohne Erfolg.

Die Beweiswürdigung des Oberlandesgerichts und ihre Darstellung in den Urteilsgründen entspricht in allen wesentlichen und entscheidungserheblichen Punkten den Anforderungen, die an die Begründung eines Freispruchs zu stellen sind, der darauf beruht, dass sich das Tatgericht nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme nicht mit der erforderlichen Sicherheit von der Schuld des Angeklagten zu überzeugen vermag. Das Oberlandesgericht hat die Umstände nicht verkannt, die dafür sprechen können, dass der Angeklagte in die Planung und Vorbereitung der Anschläge vom 11. September 2001 eingebunden war oder zumindest Kenntnis von ihnen hatte und in dieser Kenntnis die Attentäter unterstützte. Es hat sich mit diesen umfassend auseinandergesetzt und im einzelnen dargelegt, warum es auf der Grundlage der vorhandenen Indizien, denen insoweit eine eindeutige Beweisrichtung nicht zukommt, wegen des Fehlens weiterer aussagekräftiger Beweiszeichen sowie des Vorhandenseins einiger eher entlastender Umstände keine Überzeugung von einem strafbaren Verhalten des Angeklagten

zu gewinnen vermochte. Die Ausführungen des Oberlandesgerichts ermöglichen die umfassende revisionsrechtliche Prüfung seiner Beweiswürdigung. Diese hat keinen durchgreifenden Rechtsfehler ergeben.

Zu den Einzelbeanstandungen der Revision bemerkt der Senat:

1. Zur fehlerhaften Anwendung des Grundsatzes "in dubio pro reo"

Zutreffend macht der Generalbundesanwalt allerdings geltend, dass das Oberlandesgericht bei der Würdigung eines Entlastungsindizes den Zweifelsatz rechtsfehlerhaft angewendet hat.

a. Zur Fehlerhaftigkeit der Feststellungen des OLG

Es hat nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme nicht auszuschließen vermocht, dass Atta, Alshehhi, Bi und Jarrah vor ihrer Reise nach Afghanistan kurzzeitig den Plan gefasst hatten, sich in Tschetschenien am Kampf gegen Rußland zu beteiligen. Ausgehend von der Unwiderlegbarkeit dieser Indizatsache hat es gemeint, diese zugunsten des Angeklagten als erwiesen in die Beweiswürdigung einstellen zu müssen, und sie daher in verschiedenen Beweiszusammenhängen als feststehend behandelt.

Damit hat das Oberlandesgericht Funktion und Bedeutung des Zweifelsatzes verkannt. Dieser ist eine Entscheidungsregel, die das Gericht erst dann zu befolgen hat, wenn es nach abgeschlossener Beweiswürdigung nicht die volle Überzeugung vom Vorliegen einer für den Schuld- oder Rechtsfolgenausspruch unmittelbar entscheidungserheblichen Tatsache zu gewinnen vermag. Auf einzelne Elemente der Beweiswürdigung ist er grundsätzlich nicht anzuwenden. Er gilt jedenfalls nicht für entlastende Indizatsachen, aus denen lediglich ein Schluss auf eine unmittelbar entscheidungsrelevante Tatsache gezogen werden kann. Kommt das Gericht bezüglich einer derartigen Indizatsache zu einem non liquet, hat dies daher nicht zur Folge, dass sie zugunsten des Angeklagten als bewiesen anzusehen wäre. Vielmehr ist sie mit der ihr zukommenden Ungewissheit in die Gesamtwürdigung des für die unmittelbar entscheidungserhebliche Tatsache gewonnenen Beweisergebnisses einzustellen (BGH NStZ 2001, 609 m. w. N.).

Das Oberlandesgericht hätte demgemäß bei seiner Beweiswürdigung lediglich die Möglichkeit in Betracht ziehen dürfen, dass Atta, Alshehhi, Bi und Jarrah vor ihrer Afghanistanreise kurzzeitig eine Beteiligung am Tschetschenienkrieg geplant hatten. Dagegen war es rechtsfehlerhaft, diesen Plan bei der Bewertung des Gesamtwesergebnisses als positiv festgestellt zu berücksichtigen.

b. Kein Beruhen des Urteils auf dem Fehler

Auf diesem Rechtsmangel beruht das Urteil indessen nicht (§ 337 Abs. 1 StPO); denn soweit der "Tschet-

schenienplan" im Rahmen der Beweiswürdigung thematisiert wurde, war er für die Überzeugungsbildung des Oberlandesgerichts ohne ausschlaggebende Bedeutung. Insoweit gilt:

Der "Tschetschenienplan" war zunächst von Belang für die Überzeugung des Oberlandesgerichts, dass die Pläne für die Anschläge vom 11. September 2001 nicht im Jahr 1999 in Hamburg entwickelt worden waren. Hierbei hat es den belastenden Indiztatsachen (zweifelhafte Bekundungen der Zeugin Du; unbestimmte Äußerungen Ms) neben dem "Tschetschenienplan" als entlastend gegenübergestellt: das Studienverhalten der späteren Attentäter; das Fehlen objektiver Hinweise auf Anschlagsvorbereitungen im Jahr 1999 im Gegensatz zu deutlichen derartigen Anhaltspunkten für einen späteren Zeitraum; die fehlenden (finanziellen und personellen) Möglichkeiten, einen derartigen Anschlag aus eigener Kraft durchzuführen; die gewichtigen Hinweise für eine vorherige Planung der Anschläge in Afghanistan. Seine Schlussfolgerung hat das Oberlandesgericht insbesondere durch die Erkenntnisse des Bundesamtes für Verfassungsschutz (Zeuge Fr) bestätigt gesehen.

Stellt man vor diesem Hintergrund in Rechnung, dass das Oberlandesgericht den "Tschetschenienplan" nicht völlig unberücksichtigt lassen musste, sondern als möglich in seine Würdigung einzubeziehen hatte, ist auszuschließen, dass es bei richtiger Behandlung dieses Indizes insoweit zu einer anderen Überzeugung gelangt wäre.

Der "Tschetschenienplan" wird vom Oberlandesgericht darüber hinaus als erwiesen berücksichtigt bei der Behandlung der Frage, ob die "Gruppe um Atta" schon in Hamburg - vor den Afghanistan-Fahrten - von der Al Qaida für die Anschläge vom 11. September 2001 rekrutiert worden sein könnte. Hierfür hat die Beweisaufnahme nach Überzeugung des Oberlandesgerichts keinen Nachweis erbracht, so dass es bei der ernsthaften Möglichkeit der Rekrutierung erst in Afghanistan verblieb. Auch hier ist der "Tschetschenienplan" eines von mehreren Argumenten gegen eine Anwerbung der "Gruppe um Atta" bereits in Hamburg. Es ist auch hier angesichts des Gewichts der weiteren Argumente auszuschließen, dass das Oberlandesgericht zu einer abweichenden Überzeugung gelangt wäre, wenn es den "Tschetschenienplan" nicht als feststehend, sondern als möglich gewürdigt hätte; denn es handelt sich lediglich um die Minderung der Beweisbedeutung eines Entlastungsindizes.

Erwähnung findet der "Tschetschenienplan" weiterhin bei der Erörterung der Motive für die Afghanistanreisen. Insoweit ist zunächst festzuhalten, dass das Oberlandesgericht - entgegen der Revisionsbegründung - mit dem Hinweis auf das "Tschetschenienvorhaben" nicht belegen will, in Afghanistan sei nur eine klassisch-militärische und keine terroristische Ausbildung erfolgt.

Vielmehr vermag das Oberlandesgericht lediglich nicht auszuschließen, dass die "Hamburger Gruppenmitglieder" sich zunächst allein mit der Absicht nach Afghanistan begaben, dort eine militärische Ausbildung zu erhalten. Insoweit werden als mögliche Motive für das Durchlaufen einer derartigen Ausbildung die Beteiligung am Bürgerkrieg in Tschetschenien oder auch nur eine "Solidarisierungsaktion" für denkbar gehalten. Damit ist schon fraglich, ob das Oberlandesgericht das Entlastungsindiz in diesem Zusammenhang nicht doch rechtlich zu treffend nur als möglich in seine Würdigung einbezogen hat. Selbst wenn dies nicht der Fall gewesen sein sollte, ist das Tschetschenienargument an dieser Stelle so untergeordnet, dass ein ausschlaggebender Einfluss auf die Überzeugungsbildung des Oberlandesgerichts auszuschließen ist. [...]

2. Keine fehlerhafte Beweiswürdigung des OLG bzgl. des Vorsatzes des Angeklagten nach Aufgabe des "Tschetschenienplans"

Entgegen der Ansicht des Generalbundesanwalts erweist sich die Beweiswürdigung des Oberlandesgerichts auch nicht deswegen als rechtsfehlerhaft, weil es nicht geprüft hat, wie das "Tschetschenienvorhaben" in Übereinstimmung mit der Feststellung zu bringen ist, die Gruppe in Hamburg habe sich bis zu den Afghanistanaufenthalten der Gruppenmitglieder lediglich mit radikalem Gerede befasst und geistig radikalisiert, und weil es nicht erörtert hat, wie später die Aufgabe dieses Vorhabens gegenüber den in die Pläne für die Anschläge in den USA nicht eingeweihten Angehörigen der Gruppe, namentlich dem Angeklagten, hätte gerechtfertigt werden können. Da das Oberlandesgericht den "Tschetschenienplan" nicht für erwiesen, sondern nur für möglich hielt, durfte es die vom Generalbundesanwalt vermissten Überlegungen nicht anstellen; denn es hätte ihn in diesem Zusammenhang als belastendes Indiz verwertet. Auf nicht zweifelsfrei festgestellte belastende Indizien darf - auch in der Summe (BGH bei Dallinger MDR 1969, 194) - ein Urteil indes nicht gestützt, sie dürfen zu dessen Begründung nicht einmal ergänzend herangezogen werden (BGH JR 1954, 468). Danach ist es dem Tatrichter aber auch verwehrt zu erörtern, wie sich das zweifelhaft gebliebene Belastungsindiz in das sonstige Beweisergebnis einfügt, oder gar zu prüfen, ob der zweifelhaft gebliebene indizielle Sachverhalt für sich - im Rahmen der angeklagten Tat (§ 264 Abs. 1 StPO) - auf von der Anklage abweichender tatsächlicher Grundlage eine Verurteilung tragen könnte.

3. Keine fehlerhafte Beweiswürdigung des OLG bzgl. des Vorsatzes des Angeklagten nach Rückkehr der anderen aus Afghanistan

Der Generalbundesanwalt zeigt auch keinen durchgreifenden Rechtsfehler auf, soweit er die Beweiswür-

digung des Oberlandesgerichts zu der Frage als lückenhaft beanstandet, ob der Angeklagte nach der Rückkehr Attas, Alshehhis, Jarrahs und Bis aus Afghanistan in deren konkretes terroristisches Vorhaben eingeweiht wurde oder zumindest damit rechnete und billigend in Kauf nahm, dass sie nunmehr einen Anschlag nach Art und Ausmaß der am 11. September 2001 verwirklichten Attentate beabsichtigten bzw. jedenfalls allgemein terroristische Ziele verfolgten.

a. Keine fehlerhafte Beweiswürdigung trotz lückenhafter Feststellung der objektiven Voraussetzungen der Strafbarkeit bei Freispruch aus subjektiven Gründen

In diesem Zusammenhang begründet es zunächst keinen Mangel in der Darstellung des Urteils (§ 267 Abs. 5 Satz 1 StPO), dass das Oberlandesgericht den Angeklagten aus subjektiven Gründen vom Vorwurf der Mitgliedschaft in einer terroristischen Vereinigung (und auch vom Vorwurf deren Unterstützung; § 264 Abs. 1 StPO) freigesprochen, dabei jedoch offen gelassen hat, ob Atta, Alshehhi, Jarrah und Bi nach ihrer Rückkehr aus Afghanistan in Hamburg eine terroristische Vereinigung bildeten.

Zwar hat der Tatrichter im allgemeinen das äußere Tatgeschehen soweit wie möglich aufzuklären und in einer geschlossenen Darstellung diejenigen objektiven Tatsachen festzustellen, die er für erwiesen hält, bevor er in der Beweiswürdigung darlegt, aus welchen Gründen er die für einen Schuldspruch erforderlichen zusätzlichen Feststellungen zur objektiven oder zur subjektiven Tatseite nicht zu treffen vermag (vgl. BGH NJW 1980, 2423; 1991, 2094; BGHR StPO § 267 Abs. 5 Freispruch 2, 5, 7, 9, 10). Diese Anforderungen dürfen jedoch nicht schematisch in dem Sinne verstanden werden, dass Ausnahmen hiervon nicht möglich wären (BGHR StPO § 267 Abs. 5 Freispruch 12).

Maßgeblich ist stets, ob die Urteilsgründe ihrer Aufgabe gerecht werden, dem Revisionsgericht die Überprüfung der Beweiswürdigung auf Rechtsfehler zu ermöglichen (vgl. BGHR StPO § 267 Abs. 5 Freispruch 2 und 3). Insbesondere bei einem Freispruch aus subjektiven Gründen ist es nicht in allen Fällen erforderlich, den äußeren Tatbestand umfassend aufzuklären und festzustellen, sofern nur die Urteilsgründe die tatsächlichen oder rechtlichen Überlegungen soweit verdeutlichen, dass sie umfassender revisionsgerichtlicher Prüfung offen stehen (vgl. BGH GA 1974, 61; BGH NJW 1980, 2423).

So liegt es hier. Das Oberlandesgericht hat - soweit ihm dies nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme möglich war - die terroristischen Pläne sowie das Verhalten Attas, Alshehhis, Jarrahs, BiS und auch Es nach deren Rückkehr aus Afghanistan im einzelnen festgestellt und dargelegt. Es hat lediglich offen gelassen, ob die Genannten nach den rechtlichen Erfordernissen des § 129 a Abs. 1 StGB aF eine inländische terroristische Vereinigung im Sinne dieser Vorschrift bildeten. Dies

war auf der Grundlage der sonstigen Beweiswürdigung des Oberlandesgerichts für seine freisprechende Entscheidung indessen ohne Belang. Denn da es sich nicht davon überzeugen konnte, dass der Angeklagte um terroristische Absichten der Genannten und den von ihnen konkret geplanten terroristischen Anschlag wusste, hing sein Freispruch nicht davon ab, ob die Gruppierung rechtlich als inländische terroristische Vereinigung zu werten war. Das versteht sich für den Vorwurf der Beihilfe zum Mord von selbst, gilt gleichermaßen aber auch für den Vorwurf der Mitgliedschaft in einer terroristischen Vereinigung bzw. deren Unterstützung. Denn ob die späteren Attentäter sowie Bi und E rechtlich als Vereinigung im Sinne des § 129 a Abs. 1 StGB aF einzustufen waren oder nicht, ist kein Umstand, der Rückschlüsse auf den Wissensstand bzw. die Vorstellungen des Angeklagten und damit auf die subjektive Tatseite zuläßt. Nur soweit dies der Fall ist, muss eine umfassende Aufklärung des objektiven Sachverhalts vorgenommen werden. Das Oberlandesgericht war daher nicht gehalten, sich mit der genannten Rechtsfrage in den Urteilsgründen zu befassen.

b. Keine fehlerhafte Beweiswürdigung trotz fehlender Ausführungen zu bedingtem Vorsatz des Angeklagten

Die Beweiswürdigung ist auch nicht deswegen lückenhaft, weil nicht erörtert wurde, ob der Angeklagte die ihm vorgeworfenen Taten bedingt vorsätzlich begangen haben könnte.

Beihilfe (zum Mord) ist mit bedingtem Vorsatz möglich (vgl. BGHSt 2, 279, 281; 42, 135, 137 m. w. N.); ebenso kann § 129 a StGB - jedenfalls rechtstheoretisch - in allen seinen Tatvarianten bedingt vorsätzlich verwirklicht werden (s. BGHSt 29, 99, 101 f.; von Bubnoff in LK 11. Aufl. § 129 a Rdn. 19 sowie § 129 Rdn. 69 m. w. N.). Vor diesem Hintergrund weist der Generalbundesanwalt zwar im Grundsatz zutreffend darauf hin, dass das Oberlandesgericht eine rechtlich mögliche Variante der angeklagten Tat (§ 264 Abs. 1 StPO) in den Urteilsgründen nicht ausdrücklich erwogen hat. Dazu war das Oberlandesgericht hier indessen nicht gehalten.

Das Oberlandesgericht hat im einzelnen dargelegt, warum es sich nicht davon zu überzeugen vermochte, dass der Angeklagte nach der Rückkehr Attas, Alshehhis, Jarrahs und Bis aus Afghanistan in deren konkrete Planungen für die Anschläge vom 11. September 2001 eingeweiht wurde. Diese Würdigung ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Weder die dort erörterten Umstände noch die sonstigen vom Oberlandesgericht festgestellten Tatsachen, insbesondere zu den Geschehnissen zwischen der Rückkehr der Genannten aus und dem Aufbruch des Angeklagten nach Afghanistan, boten greifbare tatsächliche Anhaltspunkte dafür, dass der Angeklagte - ohne positiv eingeweiht worden zu sein - zu der Überlegung hätte veranlasst

sein können, Atta und die anderen seien in Afghanistan möglicherweise für Anschläge der am 11. September 2001 ausgeführten Art angeworben worden. Die Möglichkeit bedingt vorsätzlicher Beihilfe zum Mord an 3.066 Menschen musste daher in den Urteilsgründen nicht erwogen werden.

Aber auch eine bedingt vorsätzliche Verwirklichung des § 129 a Abs. 1 oder Abs. 3 StGB aF in der Weise, dass der Angeklagte zwar nicht mit dem konkreten Plan der aus Afghanistan Zurückgekehrten, jedoch mit sonstigen terroristischen Vorhaben der Gruppierung rechnete und - diese billigend in Kauf nehmend - Hilfs- oder Unterstützungsleistungen erbrachte, kam nicht ernsthaft in Betracht. Auch insoweit lässt das Beweisergebnis keine greifbaren Umstände erkennen, die dem nicht eingeweihten Angeklagten die Überlegung nahegelegt hätten, die aus Afghanistan Zurückgekehrten könnten sich in Umsetzung eines dort entgegengenommenen Auftrags in Deutschland als terroristische Vereinigung betätigen mit der Folge, dass sich jede ihnen hier geleistete Unterstützung - selbst durch für sich alltägliche Gefälligkeiten oder unter Studenten übliche Hilfsleistungen - als strafbar erweise.

4. Keine fehlerhafte Beweiswürdigung des OLG bzgl. der Würdigung einzelner Indiztatsachen

Auch mit den übrigen Beanstandungen gegen die Würdigung einzelner Indiztatsachen durch das Oberlandesgericht vermag der Generalbundesanwalt nicht durchzudringen.

Die Würdigung der Beweise ist vom Gesetz dem Tatrichter übertragen (§ 261 StPO). Es obliegt allein ihm, sich unter dem umfassenden Eindruck der Hauptverhandlung ein Urteil über die Schuld oder Unschuld des Angeklagten zu bilden. Das Revisionsgericht ist demgegenüber auf die Prüfung beschränkt, ob die Beweiswürdigung des Tatrichters mit Rechtsfehlern behaftet ist, etwa weil sie Lücken oder Widersprüche aufweist, mit den Denkgesetzen oder gesichertem Erfahrungswissen nicht in Einklang steht oder an die Überzeugung von der Schuld des Angeklagten überzogene Anforderungen stellt. Sind derartige Rechtsfehler nicht feststellbar, hat das Revisionsgericht die tatrichterliche Überzeugungsbildung auch dann hinzunehmen, wenn eine abweichende Würdigung der Beweise möglich gewesen wäre. Nach diesen Grundsätzen ist es auch Sache des Tatrichters, die Bedeutung und das Gewicht der einzelnen be- oder entlastenden Indizien in einer Gesamtwürdigung des Beweisergebnisses zu bewerten. Ist diese Bewertung vertretbar, kann das Revisionsgericht nicht auf der Grundlage einer abweichenden Beurteilung der Bedeutung einer Indiztatsache in die Überzeugungsbildung des Tatrichters eingreifen. Dies gilt unabhängig von der Bedeutung und dem Gewicht des strafrechtlichen Vorwurfs des jeweiligen Verfahrens; denn diese vermögen eine unterschiedli-

che Handhabung der Grundsätze revisionsgerichtlicher Rechtsprüfung nicht zu rechtfertigen.

Nach diesen Maßstäben zeigt die Revision des Generalbundesanwalts mit ihren Rügen zu der Behandlung einzelner Indiztatsachen durch das Oberlandesgericht keinen Rechtsfehler im dargelegten Sinne auf. Denn soweit sie das Fehlen der Erörterung des einen oder anderen belastenden Indizes in verschiedenen Sachzusammenhängen als lückenhaft beanstandet, beruht dies - unausgesprochen - auf einer eigenen Gewichtung von deren Beweisbedeutung. Dadurch wird die vom Oberlandesgericht vorgenommene abweichende Bewertung rechtlich nicht unvertretbar; zwingend muss sie nicht sein. Durch die fehlende Erwähnung einer Indiztatsache in einem bestimmten Beweiszusammenhang wäre nur dann eine Lücke der Beweiswürdigung

begründet, wenn sie nach der ihr vom Oberlandesgericht zugemessenen Beweisbedeutung in diesem Zusammenhang zwingend ausdrücklich zu erörtern war. Eine derartige Lücke ist nicht erkennbar.

Dies gilt auch für die vom Generalbundesanwalt beanstandeten Gesamtwürdigungen. Das Oberlandesgericht hat sowohl am Ende seiner Beweiswürdigung als auch am Ende der Würdigung einzelner Beweiskomplexe ausdrücklich dargelegt, dass es sich der Möglichkeit bewusst war, eine Überzeugung von der Schuld des Angeklagten aufgrund einer Gesamtschau der belastenden Indizien auch dann zu gewinnen, wenn diese je für sich nicht für einen Tatnachweis hinreichen. Es hat nicht nur, wie die Revision meint, einzelne Indiztatsachen aufgezählt, sondern in hinreichender Weise das Beweisergebnis in seiner Gesamtheit gewürdigt und näher dargestellt, warum es sich auch auf der Grundlage einer Gesamtschau der vorhandenen Indizien nicht mit ausreichender Sicherheit von der Berechtigung des Tatvorwurfs hat überzeugen können. Damit ist den Anforderungen an die revisionsrechtliche Nachprüfbarkeit der Beweiswürdigung genügt. Das Oberlandesgericht musste im Rahmen der Gesamtwürdigungen nicht nochmals alle jeweils in Betracht kommenden Indizien erörtern; insbesondere war es nicht gehalten, auch solche Beweisanzeichen erneut ausdrücklich in seine Erwägungen mit einzubeziehen, denen es rechtsfehlerfrei, wenn auch im Gegensatz zur Bewertung des Generalbundesanwalts, nur eine geringe belastende Bedeutung zumaß.

B. Die Nebenklägerrevisionen

1. Revisionen der Nebenkläger Ca, D, He, L und P

1. Zur Unzulässigkeit der Verfahrensrüge

Die Revisionen erheben in verfahrensrechtlicher Hinsicht die Aufklärungsrüge. Sie beanstanden als rechtsfehlerhaft, dass das Oberlandesgericht den am 4. Februar 2004 erneut gestellten Antrag zurückgewiesen

hat, die USA nochmals um Rechtshilfe zu ersuchen mit dem Ziel, Aussagen Bis in das Verfahren einführen zu können.

Die Rüge ist unzulässig. Ob das Oberlandesgericht erneut den Versuch unternehmen musste, Rechtshilfe durch die USA zu erlangen, ist eine Frage der gerichtlichen Aufklärungspflicht (§ 244 Abs. 2 StPO). Demgemäß muss die für rechtsfehlerhaft gehaltene Ablehnung eines entsprechenden Antrags mit der Aufklärungsrüge beanstandet werden. Den an diese gemäß § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO zu stellenden Anforderungen genügt das Revisionsvorbringen nicht; denn es teilt nicht mit, welches konkrete Beweisergebnis durch ein etwa positiv beschiedenes Rechtshilfeersuchen und die daran anschließende Beweisaufnahme erzielt worden wäre. Die nicht näher substantiierte Behauptung, Bi hätte den Angeklagten belastet, entbehrt jedes durch die Beweiserhebung aufklärbaren Sachverhaltselements, das den Tatvorwurf unmittelbar ausfüllen oder auch nur indiziell bestätigen würde.

2. Zur Sachrüge

Die Sachrüge ist nicht näher ausgeführt. Sie ist unbegründet, da die Beweiswürdigung des Oberlandesgerichts, wie bereits im einzelnen dargestellt, aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden ist.

II. Revisionen der Nebenkläger C, F, G, H, R, S und Y

1. Zur Verfahrensrüge

Die Revisionen beanstanden als verfahrensrechtlichen Fehler eine Verletzung des Akteneinsichtsrechts nach § 397 Abs. 1 Satz 2, § 385 Abs. 3 StPO, weil es dem Nebenklägervertreter nicht gestattet wurde, die Akten des Verfahrens gegen den Zeugen A vor dem Oberlandesgericht Düsseldorf (etwa 100 Leitzordner) in vollem Umfang einzuscannen.

Die Rüge scheidet bereits daran, dass sie keinen Verfahrensverstoß des Oberlandesgerichts Hamburg in dieser Strafsache geltend macht. Nach dem Revisionsvortrag waren die Akten des Düsseldorfer Verfahrens nicht beigezogen. Das Einsichtsrecht der Nebenkläger richtete sich daher nicht nach § 397 Abs. 1 Satz 2, § 385 Abs. 3, sondern nach § 475 StPO. Die Entscheidung des zuständigen Richters des Oberlandesgerichts Düsseldorf über Art und Umfang der gewährten Akteneinsicht war unanfechtbar (§ 478 Abs. 3 Satz 2 StPO).

2. Zur Sachrüge

Die Sachrüge ist ebenfalls nicht ausgeführt. Das zur Revision des Generalbundesanwalts Gesagte gilt auch hier entsprechend.

Urteile in Fallstruktur

Standort: Öffentliches Recht

Problem: Auflösung des Bundestages

BVERFG, URTEIL VOM 25.08.2005
2 BVE 4/05; 2 BVE 7/05
(BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Mit dem vorliegenden Urteil wies das BVerfG die gegen die Auflösung des Bundestages und Festsetzung eines Neuwahltermins durch Bundespräsident Köhler gerichteten Organstreitverfahren der Bundestagsabgeordneten Schulz und Hoffmann ab.

Bundeskanzler Schröder hatte bekanntlich am 1.7.05 dem Deutschen Bundestag die Vertrauensfrage nach Art. 68 GG mit dem erklärten Ziel gestellt, in dieser zu unterliegen und so den Weg für eine Bundestagsauflösung durch den Bundespräsidenten und anschließende Neuwahlen (Art. 39 I 4 GG) frei zu machen. Nachdem er unterlegen war, löste Köhler am 21.7.05 den Deutschen Bundestag auf und setzte für den 18. September Neuwahlen an.

Diese final auf Auflösung gerichtete Vertrauensfrage wird vom BVerfG in der vorliegenden Entscheidung erstmals als eigener Typus der Vertrauensfrage anerkannt. Sie ist vom Fall der auf Bestätigung des Bundeskanzlers gerichteten Vertrauensfrage zu unterscheiden und setzt - im Unterschied zu jener "klassischen" Variante des Art. 68 GG - laut BVerfG voraus, dass die Regierung bereits handlungsunfähig ist oder eine solche Handlungsunfähigkeit in naher Zukunft droht. Nur - aber immerhin - in diesem Fall erkennt das BVerfG also eine auf Auflösung gerichtete Vertrauensfrage explizit als verfassungskonform an. Sodann führt das Gericht in konsequenter Bestätigung seiner bisherigen Rspr. aus, dass dem Bundeskanzler bei der Beurteilung der Handlungsfähigkeit seiner Regierung eine Einschätzungsprärogative zustehe, die nur der eingeschränkten Überprüfung auf evidenten Missbrauch unterliege.

Die gegen die Zulässigkeit der auf Auflösung gerichteten Vertrauensfrage erhobenen Einwände der klagenden Abgeordneten, dadurch würde auf Umwegen eine vom Verfassungsgeber nicht gewollte Selbstauflösung des Parlaments eingeführt, teilt das Gericht nicht. Die Tatsache, dass eine Parlamentsauflösung über Art. 68 GG immer eine Vertrauensfrage des Bundeskanzlers selbst voraussetze, verhindere bereits eine Selbstauflösung des Parlaments. Die Entscheidung des Bundeskanzlers werde wiederum vom Bundespräsidenten und

vom BVerfG daraufhin kontrolliert, ob die vorhandene oder absehbare Handlungsunfähigkeit der Regierung als ungeschriebenes, aus Sinn und Zweck des Art. 68 GG ableitbares Tatbestandsmerkmal tatsächlich vorliege. Die verbleibenden, mit der dem Bundeskanzler zugebilligten Einschätzungsprärogative einher gehenden Unsicherheiten müssten im Interesse einer effektiven Regierungsarbeit hingenommen werden. Fühle sich der Bundeskanzler der Parlamentsmehrheit seiner Regierung nicht mehr hinreichend sicher, könne er nicht gegen seinen Willen zum Regieren gezwungen werden.

Prüfungsrelevanz:

In Deutschland gibt es im Moment kein wichtigeres Thema als die Bundestagswahl. Ihre Herbeiführung ist in verfassungsrechtlicher Hinsicht in zahllosen Medienberichten diskutiert worden, ebenso in juristischen Fachbeiträgen (siehe Vertiefungshinweise). Dass dieses Thema auch für das juristische Staatsexamen Relevanz besitzt, ist so sicher wie das Amen in der Kirche.

Die Entscheidung des BVerfG ist übrigens nicht einstimmig ausgefallen. Richterin Lübke-Wolff geht noch über die Senatsmehrheit hinaus. Sie meint, die Vertrauensfrage des Bundeskanzlers könne vom BVerfG überhaupt nicht kontrolliert werden. Sie sei ausschließlich vom Bundestag zu beantworten und damit streng adressatenabhängig. Dritte wie das BVerfG könnten sie - wie von Lübke-Wolff anschaulich formuliert - ebenso wenig überprüfen wie die Frage vor dem Traualtar. Sie teilt daher das Ergebnis der Senatsmehrheit, nicht jedoch die Begründung. Bei Richter Jentsch ist es genau umgekehrt: Er stimmt mit der Senatsmehrheit darin überein, dass die auf Auflösung gerichtete Vertrauensfrage nur, aber immerhin auf evidente Verstöße kontrolliert werden kann, kommt aber anders als diese zu dem Ergebnis, dass ein solcher Verstoß hier vorlag, weil Bundeskanzler Schröder die Mehrheit noch hinter sich gehabt habe, eine Instabilität der Regierung also nur aus politischem Kalkül vorgeschoben worden sei.

Vertiefungshinweise:

- Auf Auflösung gerichtete Vertrauensfrage von Kanzler Schröder: *Ipsen*, NJW 2005, 2201; *Terhechte*, Jura 2005, 512; *Reimer*, JuS 2005, 680
- Auf Auflösung gerichtete Vertrauensfrage von Kanzler Kohl: *BVerfGE* 62, 1

Auf Auflösung gerichtete Vertrauensfrage von Kanzler Brand: *Blichke*, Der Staat, Bd. 12 (1973), 65

Kursprogramm:

Examenskurs : “Des Kanzlers Machtwort”

Leitsätze:

1. Die auf Auflösung des Bundestages gerichtete Vertrauensfrage ist nur dann verfassungsgemäß, wenn sie nicht nur den formellen Anforderungen, sondern auch dem Zweck des Art. 68 GG entspricht. Das Grundgesetz erstrebt mit Art. 63, Art. 67 und Art. 68 eine handlungsfähige Regierung.
2. Die auflösungsgerichtete Vertrauensfrage ist nur dann gerechtfertigt, wenn die Handlungsfähigkeit einer parlamentarisch verankerten Bundesregierung verloren gegangen ist. Handlungsfähigkeit bedeutet, dass der Bundeskanzler mit politischem Gestaltungswillen die Richtung der Politik bestimmt und hierfür auch eine Mehrheit der Abgeordneten hinter sich weiß.
3. Von Verfassungs wegen ist der Bundeskanzler in einer Situation der zweifelhaften Mehrheit im Bundestag weder zum Rücktritt verpflichtet noch zu Maßnahmen, mit denen der politische Dissens in der die Regierung tragenden Mehrheit im Parlament offenbar würde.
4. Das Bundesverfassungsgericht prüft die zweckgerechte Anwendung des Art. 68 GG nur in dem von der Verfassung vorgesehenen eingeschränkten Umfang.
5. Ob eine Regierung politisch noch handlungsfähig ist, hängt maßgeblich davon ab, welche Ziele sie verfolgt und mit welchen Widerständen sie aus dem parlamentarischen Raum zu rechnen hat. Die Einschätzung der Handlungsfähigkeit hat Prognosecharakter und ist an höchstpersönliche Wahrnehmungen und abwägende Lagebeurteilungen gebunden.
6. Eine Erosion und der nicht offen gezeigte Entzug des Vertrauens lassen sich ihrer Natur nach nicht ohne weiteres in einem Gerichtsverfahren darstellen und feststellen. Was im politischen Prozess in legitimer Weise nicht offen ausgetragen wird, muss unter den Bedingungen des politischen Wettbewerbs auch gegenüber anderen Verfassungsorganen nicht vollständig offenbart werden.
7. Drei Verfassungsorgane - der Bundeskanzler, der Deutsche Bundestag und der Bundespräsident - haben es jeweils in der Hand, die Auflösung nach ihrer freien politischen Einschätzung zu verhindern. Dies trägt dazu bei, die Verlässlichkeit der Annahme zu sichern, die Bundesregierung habe ihre parlamentarische Handlungsfähigkeit verloren.

Sachverhalt:

Nach einer Reihe schwerer Wahlniederlagen seiner SPD kommt Bundeskanzler Schröder zu der Auffassung, für den von ihm eingeleiteten, unter dem Schlagwort “Agenda 2010” bekannt gewordenen Reformprozess eine neue Bestätigung des deutschen Volkes einholen zu müssen. Er glaubt, den nötigen Rückhalt für seine Politik nur durch eine vorgezogene Neuwahl erreichen zu können. Deshalb stellte er dem Bundestag am 1.7.2005 - nach einer erneuten, schweren Niederlage der SPD bei der Landtagswahl in NRW - die Vertrauensfrage nach Art. 68 GG. Diese begründete er in seiner Rede vor dem Deutschen Bundestag u.a. wie folgt:

“Mein Antrag hat ein einziges, ganz unmissverständliches Ziel: Ich möchte dem Herrn Bundespräsidenten die Auflösung des 15. Deutschen Bundestages und die Anordnung von Neuwahlen vorschlagen können. Der für meine Partei und für mich selber bittere Ausgang der Landtagswahlen in Nordrhein-Westfalen war das letzte Glied in einer Kette zum Teil empfindlicher und schmerzlicher Wahlniederlagen. In der Folge dessen wurde deutlich, dass es die sichtbar gewordenen Kräfteverhältnisse ohne eine neue Legitimation durch den Souverän, das deutsche Volk, nicht erlauben, meine Politik erfolgreich fortzusetzen.”

Der SPD-Fraktionsvorsitzende Müntefering erklärte ebenfalls am 1.7.2005 vor dem Deutschen Bundestag u.a.: “Wir sind uns aber einig in dem Bewusstsein, dass Gerhard Schröder als Bundeskanzler das Vertrauen der SPD-Bundestagsfraktion hat und dass wir ihn weiter als Bundeskanzler der Bundesrepublik Deutschland haben wollen.” Es folgte ein Zuruf der CDU/CSU: “Das versteht kein Mensch!” Darauf Müntefering: “Sie tun so, als ob es hier um Misstrauen ginge. Es geht heute nicht um Misstrauen.” Weiterer Zuruf der CDU/CSU: “Doch!” Darauf Müntefering: “Ach, das ist aber interessant! Dann, liebe Frau Merkel - Sie sind doch jetzt Kanzlerkandidatin -, stellen Sie den Antrag auf ein Misstrauensvotum. Sie werden sehen: Sie sind in der Minderheit hier in diesem Haus. Das werden Sie ganz deutlich erleben.”

Sprecher von CDU/CSU, Bündnis90/Die Grünen, PDS und FDP sprachen sich im Anschluss ebenfalls für Neuwahlen aus.

Bei der namentlichen Abstimmung über den Antrag des Bundeskanzlers stimmten 151 Abgeordnete mit “Ja”, 296 mit “nein”, 148 enthielten sich der Stimme. Die übrigen 6 Abgeordneten nahmen an der Abstimmung nicht teil.

Daraufhin schlug der Bundeskanzler dem Bundespräsidenten vor, den Deutschen Bundestag aufzulösen. Der Bundespräsident entsprach diesem Antrag und ordnete, mit Gegenzeichnung des Bundeskanzlers, am 21. Juli 2005 die Auflösung des 15. Deutschen Bundestages an (BGBl I S. 2169). Gleichzeitig setzte er mit Gegenzeichnung des Bundeskanzlers und des Bun-

desministers des Innern gemäß § 16 BWahlG die Wahl zum Deutschen Bundestag für den 18. September 2005 fest (BGBl I S. 2170).

Er begründete seine Entscheidung in einer Fernsehansprache am selben Tage u.a. wie folgt: "Der Bundeskanzler hat am 1. Juli vor dem Bundestag deutlich gemacht, dass er mit Blick auf die knappen Mehrheitsverhältnisse keine stetige und verlässliche Basis für seine Politik mehr sieht. [...] Ich habe die Beurteilung des Bundeskanzlers eingehend geprüft. Dazu habe ich viele Gespräche mit den verantwortlichen Politikern und mit Rechtsexperten geführt. [...] Nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahr 1983 hat der Bundespräsident die Einschätzung des Bundeskanzlers zu beachten, es sei denn, eine andere Einschätzung ist eindeutig vorzuziehen. Ich habe Respekt vor allen, die gezweifelt haben, und ich habe ihre Argumente gehört und ernsthaft gewogen. Doch ich sehe keine andere Lagebeurteilung, die der Einschätzung des Bundeskanzlers eindeutig vorzuziehen ist. Ich bin davon überzeugt, dass damit die verfassungsrechtlichen Voraussetzungen für die Auflösung des Bundestages gegeben sind."

Mit ihren am 29. Juli und 1. August 2005 eingegangenen, zur gemeinsamen Entscheidung verbundenen Anträgen wenden sich die beiden Antragsteller, Abgeordnete des Deutschen Bundestages, vor dem BVerfG gegen die Anordnungen des Bundespräsidenten. Die ASt. zu 1) hatte dem Bundeskanzler das Vertrauen ausgesprochen, der ASt. zu 2) hatte an der Abstimmung nicht teilgenommen, weil er sie - wie in einem Redebeitrag unmittelbar vor der Abstimmung erläutert - für verfassungswidrig hielt. Die ASt. machen im wesentlichen geltend, das Grundgesetz sehe ein Selbstauflösungsrecht des Parlaments nicht vor, und der Umweg über die Vertrauensfrage sei hier missbraucht worden, um doch eine solche herbeizuführen und Neuwahlen zu erzwingen. Dies geschehe zudem ohne Not, da der Bundeskanzler die Kanzlermehrheit im Bundestag nie verfehlt und der SPD-Fraktionsvorsitzende noch unmittelbar vor der Abstimmung erklärt habe, die Fraktion stehe hinter dem Kanzler.

Hat ihr Antrag Erfolg?

Lösung:

Der Antrag hat Erfolg, soweit er zulässig und begründet ist.

A. Zulässigkeit

I. Zuständigkeit

"Der Rechtsweg zum Bundesverfassungsgericht ist gemäß Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG, § 13 Nr. 5 BVerfGG gegeben. Danach entscheidet das Bundesverfassungsgericht über die Auslegung des Grundgesetzes aus Anlass von Streitigkeiten über den Umfang der Rechte

und Pflichten eines obersten Bundesorgans oder anderer Beteiligter, die durch das Grundgesetz oder in der Geschäftsordnung eines obersten Bundesorgans mit eigenen Rechten ausgestattet sind. Zwischen dem Bundespräsidenten als oberstem Bundesorgan und den Antragstellern als durch das Grundgesetz (Art. 38 Abs. 1 Satz 2 GG) mit eigenen Rechten ausgestatteten anderen Beteiligten im Sinne des Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG (vgl. BVerfGE 60, 374 [378]) besteht Streit über den Umfang der Rechte und Pflichten des Bundespräsidenten aus Art. 68 Abs. 1 GG einerseits und der Antragsteller aus dem Abgeordnetenstatus (Art. 38 Abs. 1 Satz 2 in Verbindung mit Art. 39 Abs. 1 Satz 1 GG) andererseits.

Dies betrifft nicht nur die Auflösung des Deutschen Bundestages, sondern auch die Bestimmung des Wahltages. Die Befugnis des Bundespräsidenten, den Wahltag zu bestimmen, ergibt sich zwar nicht unmittelbar aus dem Grundgesetz, sondern aus § 16 BWahlG. Die Anordnung der Neuwahl wird aber als staatsorganisatorischer Akt mit Verfassungsfunktion in Art. 39 Abs. 1 und 2 GG vorausgesetzt. Als eine Annex-Entscheidung der Bundestagsauflösung teilt sie deren rechtliches Schicksal (vgl. BVerfGE 62, 1 [31])."

II. Parteifähigkeit

"Die Antragsteller sind als Abgeordnete des Deutschen Bundestages parteifähig im Sinne von Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG, § 63 BVerfGG, soweit sie - wie hier - mit ihrem verfassungsrechtlichen Status verbundene Rechte geltend machen (vgl. BVerfGE 62, 1 [31]; 108, 251 [270] m.w.N.)."

Der Bundespräsident ist als Antragsgegner ebenfalls parteifähig, da er in § 63 BVerfGG ausdrücklich genannt wird.

III. Antragsbefugnis

Die Antragsteller müssten antragsbefugt sein, § 64 Abs. 1 BVerfGG. Dies ist der Fall, wenn zumindest die Möglichkeit besteht, dass sie oder das Organ, dem sie angehören, durch die angegriffenen Maßnahmen des Antragsgegners in ihren Rechten aus dem Grundgesetz verletzt worden sind. Dies bejaht das BVerfG über Art. 39 I 1 GG:

"Die in Art. 39 Abs. 1 Satz 1 GG festgelegte Dauer der Wahlperiode bringt nicht nur zum Ausdruck, in welchen Abständen die demokratische Legitimation der Volksvertretung durch die Wähler (Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG) erneuert werden muss. Die zeitliche Festlegung der Wahlperiode auf vier Jahre soll dem Deutschen Bundestag auch die wirksame und kontinuierliche Erfüllung seiner Aufgabe ermöglichen. An dieser Gewährleistung hat der Status des einzelnen Abgeordneten Anteil. Eine Verkürzung der laufenden Wahlperiode entgegen den Voraussetzungen des Grundgesetzes würde daher zugleich in den vom Grundgesetz gewährleisteten Status des Abgeordneten eingreifen (vgl.

BVerfGE 62, 1 [32]).”

IV. Form und Frist

Für einen Verstoß gegen die Antragsfrist des § 64 III BVerfGG von sechs Monaten ist nichts ersichtlich. Die Einhaltung der Formalien nach § 23 BVerfGG ist ebenfalls mangels gegenteiliger Anhaltspunkte zu unterstellen.

V. Allgemeines Rechtsschutzinteresse

“Die Antragsteller haben ein Rechtsschutzinteresse an der Entscheidung. Zweifel könnten allenfalls beim Antragsteller zu II. bestehen, da dieser an der Abstimmung über den Vertrauensantrag nicht teilgenommen hat und damit dazu beigetragen haben könnte, die Voraussetzungen für die angegriffenen Maßnahmen zu schaffen. Dieses Verhalten bedeutet jedoch schon objektiv nicht notwendigerweise eine Billigung der Auflösungsentscheidung. Darüber hinaus hat der Antragsteller zu II. in seiner mündlichen Erklärung vor dem Deutschen Bundestag zu der Abstimmung über den Vertrauensantrag ausdrücklich seine Einwände gegen die Vorgehensweise des Bundeskanzlers geäußert (vgl. Deutscher Bundestag, Stenografischer Bericht der 185. Sitzung vom 1. Juli 2005, Plenarprotokoll 15/185, S. 17483 f.).”

B. Begründetheit

Der Antrag ist begründet, soweit die angegriffenen Maßnahmen des Antragsgegners verfassungswidrig sind.

I. Auflösung des Deutschen Bundestages

1. Eingriff in die Rechtsstellung der Abgeordneten

“Der verfassungsrechtliche Prüfungsmaßstab folgt aus Art. 38 Abs. 1 Satz 2 in Verbindung mit Art. 39 Abs. 1 Satz 1 und Art. 68 GG. Die antragstellenden Abgeordneten berufen sich auf ihren Status als gewählte Vertreter des Volkes. Nach Art. 39 Abs. 1 Satz 1 GG sind sie für die Dauer von vier Jahren gewählt. Die Auflösung des Deutschen Bundestages vor Ablauf dieser Wahlperiode greift in ihren Status als Abgeordnete ein und ist nur gerechtfertigt, wenn das Grundgesetz dies erlaubt. Der Eingriff in Art. 38 Abs. 1 Satz 2 GG beschränkt sich jedoch nicht allein auf die vorzeitige Beendigung des Abgeordnetenmandats. Die mögliche Auflösung des Deutschen Bundestages kann sich auch mittelbar auf den Status des Abgeordneten auswirken, weil die Stellung des Abgeordneten im politischen Gefüge geschwächt wird, wenn diese Möglichkeit ohne weiteres realisiert werden kann.”

2. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Fraglich ist, ob diese Verkürzung der Legislaturperiode verfassungsrechtlich gerechtfertigt ist. Die Auflösungsanordnung des Bundespräsidenten stützt sich auf

Art. 68 GG. Danach kann auf Antrag des Bundeskanzlers der Bundespräsident den Bundestag auflösen, wenn ein Antrag des Bundeskanzlers, ihm das Vertrauen auszusprechen, nicht die Zustimmung der Mehrheit der Mitglieder des Bundestages gefunden hat. Der Bundespräsident trifft die Entscheidung, den Bundestag aufzulösen oder aber dem Antrag des Bundeskanzlers nicht Folge zu leisten, als politische Leitentscheidung in eigener Verantwortung.“

a. Tatbestand

“Diese Entscheidung obliegt dem pflichtgemäßen Ermessen des Bundespräsidenten. Ein Ermessen im Rahmen des Art. 68 GG ist dem Bundespräsidenten allerdings nur eröffnet, wenn im Zeitpunkt seiner Entscheidung die Voraussetzungen des Art. 68 GG erfüllt sind (vgl. BVerfGE 62, 1 [35]). [...] Kommt eine verfassungsgerichtliche Überprüfung zu dem Ergebnis, dass die Tatbestandserfordernisse des Art. 68 GG nicht erfüllt sind, ist die Auflösung des Deutschen Bundestages verfassungswidrig (BVerfGE 62, 1 [36]).”

Fraglich ist also, ob die Vertrauensfrage hier zulässigerweise gestellt worden ist. Die Antragsteller verneinen dies; sie sind der Ansicht, hier sei rechtsmissbräuchlich gehandelt worden.

aa. Vertrauensfrage gestellt

Die Vertrauensfrage kann nur der Bundeskanzler selbst stellen. Dies ist hier geschehen.

bb. Politisch instabile Lage

Über die weitere Zulässigkeit einer solchen Vertrauensfrage schweigt Art. 68 GG. Es könnten sich jedoch aus Sinn und Zweck der Norm weitere Einschränkungen ergeben. Die auf Auflösung des Bundestages gerichtete Vertrauensfrage ist nur dann verfassungsgemäß, wenn sie nicht nur den formellen Anforderungen, sondern auch dem Zweck des Art. 68 GG entspricht.

(1). Kein Selbstauflösungsrecht des Parlaments

“Die Verkürzung der Wahlperiode kann das Vertrauen in die Funktionsfähigkeit der parlamentarischen Demokratie beeinträchtigen. Die Stabilitätsausrichtung des Grundgesetzes ist eine Antwort auch auf die Erfahrungen mit vorgezogenen Parlamentswahlen in der Weimarer Republik, die den Mitgliedern des Parlamentarischen Rates bei der Ausarbeitung des Grundgesetzes teilweise noch aus eigener Anschauung vor Augen standen. [...] Die Mitglieder des Parlamentarischen Rates konnten aus [der Entwicklung in der Weimarer Republik zwischen 1930 und 1933] den Schluss ziehen, dass rasch hintereinander folgende Parlamentswahlen in Zeiten wirtschaftlicher und politischer Krisen radikale Kräfte begünstigen und das allgemeine Vertrauen in die Regelmäßigkeit der politischen Willensbildung im Verfassungsstaat untergraben können.”

(2). Politisch instabile Lage erforderlich

“Die Entstehungsgeschichte des Art. 68 GG bestätigt, dass die auflösungsgerichtete Vertrauensfrage nur dann gerechtfertigt sein soll, wenn die Handlungsfähigkeit einer parlamentarisch verankerten Bundesregierung verloren gegangen ist. Der Verfassungsgesetzgeber sah die Möglichkeit, dass es zum amtierenden Bundeskanzler aus dem Parlament heraus einerseits keine personelle Alternative für den Weg des Art. 67 GG gibt, der Kanzler aber andererseits für seine Politik auch keine hinreichende Unterstützung einer Mehrheit mehr findet. Der Organisationsausschuss des Parlamentarischen Rates hat in seiner Sitzung vom 16. Dezember 1948 das verfassungsrechtliche Problem einer solchen Konstellation gerade darin gesehen, dass der Kanzler diese Lage nicht aus eigener Initiative beendet, und zwar durch den Weg über eine Vertrauensfrage, um zu Neuwahlen zu gelangen. Als Problem wurde insofern, der an "seinem Stuhl klebende" Bundeskanzler gesehen, der im Amt bleibt, obwohl seine Handlungsfähigkeit nicht mehr gewährleistet ist. Der für die geltende Fassung des Art. 68 GG verantwortliche Organisationsausschuss sah lediglich diejenige Gefahr als noch größer an, dass der Bundestag gegen den Willen des Bundeskanzlers über ein nicht konstruktives Misstrauensvotum zu einer Neuwahl gelangen kann. Ein entsprechender Vorschlag des Redaktionsausschusses wurde deshalb aus dem Entwurf des Grundgesetzes gestrichen (Parlamentarischer Rat, Organisationsausschuss, 28. Sitzung vom 16. Dezember 1948, S. 18 bis 22; siehe auch von Mangoldt, Die Auflösung des Bundestages, DÖV 1950, S. 697 ff.).

Eine Lage der Instabilität zwischen Bundeskanzler und Deutschem Bundestag kann vor diesem Hintergrund nachhaltig nur beendet werden durch den Rücktritt des Kanzlers oder aber durch eine auflösungsgerichtete Vertrauensfrage. Danach ist es gemessen am Sinn des Art. 68 GG nicht zweckwidrig, wenn ein Kanzler, dem Niederlagen im Parlament erst bei künftigen Abstimmungen drohen, bereits eine auflösungsgerichtete Vertrauensfrage stellt. Denn die Handlungsfähigkeit geht auch dann verloren, wenn der Kanzler zur Vermeidung offenen Zustimmungsverlusts im Bundestag gezwungen ist, von wesentlichen Inhalten seines politischen Konzepts abzurücken und eine andere Politik zu verfolgen.”

(3). Kein Vorrang sonstiger Alternativen

“Von Verfassungs wegen ist der Bundeskanzler in einer Situation der zweifelhaften Mehrheit im Bundestag weder zum Rücktritt verpflichtet noch zu Maßnahmen, mit denen der politische Dissens in der die Regierung tragenden Mehrheit im Parlament offenbar würde. Im Fall eines Rücktritts bliebe offen, ob dies zu stabileren parlamentarischen Verhältnissen führte; so wäre es schon ungewiss, ob die Wahl eines neuen Mehrheitskanzlers gemäß Art. 63 GG gelänge. Eine Pflicht des

Bundeskanzlers, den politischen Dissens im Parlament offenkundig zu machen, könnte die vom Grundgesetz erstrebte politische Stabilität zusätzlich erschüttern. Es besteht keine Pflicht, zuerst mit einer - echten - Vertrauensfrage, die auf Zustimmung zu Person und Programm des Bundeskanzlers zielt, im Bundestag die Kräfteverhältnisse auf die Probe zu stellen. Schließlich ist es auch nicht zweckwidrig, wenn der Kanzler im Hinblick auf seine künftige politische Rolle in seiner Fraktion und seiner Partei einen Zeitpunkt wählt, der ein Zerwürfnis noch nicht als irreparabel erscheinen lässt. Der Kanzler kann nicht, um die rechtliche Prüfung zu vereinfachen, gezwungen werden, die instabile Lage zu verschärfen, die er durch die auflösungsgerichtete Vertrauensfrage zu überwinden sucht.”

(4). Prüfungsumfang des BVerfG

“Das Bundesverfassungsgericht prüft die zweckentsprechende Anwendung des Art. 68 GG nur in dem von der Verfassung vorgesehenen eingeschränkten Umfang.”

(a). Einschätzungsprärogative des Bundeskanzlers

“Zu dem vom Bundeskanzler behaupteten Verlust seiner parlamentarischen Mehrheit lassen sich mit den in einem verfassungsgerichtlichen Verfahren verfügbaren Erkenntnismitteln keine sicheren Feststellungen treffen, ohne die politische Handlungsfreiheit unangemessen zu beschränken. [...] Ob eine Regierung politisch noch handlungsfähig ist, hängt maßgeblich davon ab, welche Ziele sie verfolgt und mit welchen Widerständen sie aus dem parlamentarischen Raum zu rechnen hat. Derartige Einschätzungen haben Prognosecharakter und sind an höchstpersönliche Wahrnehmungen und abwägende Lagebeurteilungen gebunden. [...] Die Einschätzung des Bundeskanzlers, er sei für seine künftige Politik nicht mehr ausreichend handlungsfähig, ist eine Wertung, die durch das Bundesverfassungsgericht schon praktisch nicht eindeutig und nicht vollständig überprüft werden kann und ohne Beschädigung des politischen Handlungssystems auch nicht den üblichen prozessualen Erkenntnismitteln zugänglich ist. Selbst wenn man eine Beweisaufnahme für möglich oder geboten hielte, bliebe dem Kanzler ein eigener Einschätzungsspielraum in Bezug auf die festgestellten Tatsachen, insbesondere in Bezug auf deren Bedeutung für die künftige Entwicklung. Dem politischen Willensbildungsprozess mit seinen zulässigen, auch von taktischen und strategischen Motiven geprägten Verhaltensweisen und Rücksichtnahmen darf in Fragen der politischen Einschätzung nicht mit einer nach vollem Beweis strebenden gerichtlichen Sachverhaltsaufklärung Schaden zugefügt werden.”

(b). Evidenzkontrolle

“Auch wenn ein drohender Verlust politischer Handlungsfähigkeit am sachnächsten vom Bundeskanzler

selbst beurteilt werden kann, hat das Bundesverfassungsgericht doch zu prüfen, ob die Grenzen seines Einschätzungsspielraums eingehalten sind, um die Bindung aller staatlichen Organe an das Grundgesetz sicherzustellen. Fehlt es, gemessen an der zu Tage liegenden politischen Gesamtlage, an Anhaltspunkten dafür, dass der Bundeskanzler für sein Regierungshandeln und seine politische Konzeption die parlamentarische Mehrheitsunterstützung verloren hat oder zu verlieren droht, kann er sich nicht erfolgreich auf seine Einschätzungsprärogative berufen. Seine Entscheidung muss auf Tatsachen gestützt sein. Die allgemeine politische Lage sowie einzelne Umstände müssen dabei allerdings nicht zwingend zur Einschätzung des Kanzlers führen, sondern sie lediglich plausibel erscheinen lassen. Der Einschätzungsspielraum des Kanzlers wird nur dann in verfassungsrechtlich gefordertem Umfang geachtet, wenn bei der Rechtsprüfung gefragt wird, ob eine andere Einschätzung der politischen Lage auf Grund von Tatsachen eindeutig vorzuziehen ist (vgl. BVerfGE 62, 1 [52]). Tatsachen, die auch andere Einschätzungen als die des Kanzlers zu stützen vermögen, sind nur dann geeignet, die Einschätzung des Bundeskanzlers zu widerlegen, wenn sie keinen anderen Schluss zulassen als den, dass die Einschätzung des Verlusts politischer Handlungsfähigkeit im Parlament falsch ist.“

cc. Subsumtion

“Von entscheidender Bedeutung ist im vorliegenden Verfahren, ob gemessen an den dargelegten Maßstäben die Handlungsfähigkeit der Regierung nicht mehr gesichert war oder ob der Kanzler - wie die Antragsteller vortragen - eine solche instabile Lage nur vorge-schoben hat, um in zweckwidriger Weise zu einer Neuwahl zu gelangen:

Der Bundeskanzler hat ausgeführt, er befürchte, dass künftig in zentralen Feldern seiner Regierungspolitik, vor allem von der "Agenda 2010", abweichende Stimmen die Mehrheit gefährden würden. Er hat auch erklärt, weshalb öffentliche Loyalitätsbekundungen, zu denen sich nach seiner Ankündigung, auf Neuwahlen hinwirken zu wollen, eine Reihe von Abgeordneten veranlasst sah, an dieser Einschätzung nichts geändert haben. Die Einschätzung des Bundeskanzlers, es habe ihm der Verlust der politischen Handlungsfähigkeit gedroht, wird auch nicht dadurch widerlegt, dass der Fraktionsvorsitzende Müntefering bei der Aussprache zur Vertrauensfrage des Bundeskanzlers am 1. Juli 2005 davon gesprochen hat, dass der Kanzler das Vertrauen der SPD-Fraktion besitze (vgl. Deutscher Bundestag, Stenografischer Bericht der 185. Sitzung vom 1. Juli 2005, Plenarprotokoll 15/185, S. 17474 f.). Diese Äußerung fiel im Zusammenhang mit der Feststellung, dass die Fraktion den Bundeskanzler weiter als Bundeskanzler haben wolle; sie bezog sich ersichtlich allein auf die insoweit unumstrittene Person des Kanz-

lers und hatte nicht den Sinn, vorausgegangene, die Einschätzung des Bundeskanzlers bestätigende Äußerungen zurückzunehmen. Dass vorhandene Unterstützung für eine erneute Kandidatur des amtierenden Bundeskanzlers das Vorliegen der Voraussetzungen des Art. 68 GG nicht ausschließt, hat das Bundesverfassungsgericht bereits im Zusammenhang mit der 1982 von Bundeskanzler Kohl gestellten Vertrauensfrage entschieden (vgl. BVerfGE 62, 1 [38]).

Auch mit der Äußerung des Fraktionsvorsitzenden Müntefering, dass es hier nicht um Misstrauen gehe (vgl. Deutscher Bundestag, Stenografischer Bericht der 185. Sitzung vom 1. Juli 2005, Plenarprotokoll 15/185, S. 17474 f.), wurden nicht die tatbestandlichen Voraussetzungen des Art. 68 GG verneint. Gemeint war dem Zusammenhang nach eindeutig, dass man sich nicht in der Situation eines konstruktiven Misstrauensvotums befinde; dies bekräftigte der Redner im unmittelbaren Anschluss, indem er der Oppositionsführerin prophezeite, sie werde, wenn sie einen entsprechenden Antrag stelle, sehen, dass sie im Bundestag in der Minderheit sei.

Dass der Bundeskanzler mit Blick auf einen möglichen Wahlkampf teilweise politische Forderungen derjenigen Abgeordneten übernimmt, an deren parlamentarischer Unterstützung er zuvor Zweifel geäußert hat, ist gleichfalls nicht geeignet, eine Widerlegung der Einschätzung zu tragen. In diesem Zusammenhang wird als zweifelsfreie Widerlegung der Einschätzung des Kanzlers der Umstand angeführt, dass zwischen dem 22. Mai und dem 1. Juli 2005 die angeblich instabile Koalitionsmehrheit eine Vielzahl von zum Teil umstrittenen Gesetzen mit Mehrheit verabschiedet und dadurch ihre Handlungsfähigkeit unter Beweis gestellt habe.

Die dementsprechende Einschätzung des Kanzlers würde etwa dann widerlegt, wenn entweder die Kanzlermehrheit gerade für solche innerhalb der Partei und der Fraktion umstrittenen Gesetzesvorhaben mobilisiert worden wäre, die unzweideutig als konzeptionell tragend und im Meinungsstreit entscheidend - im vorliegenden Fall vor allem in der Reform der Arbeitsmarktpolitik - betrachtet werden müssen. Die Einschätzung des Kanzlers könnte zudem widerlegt sein, wenn er selbst die Initiative für Gesetze ergriffen hätte, die seiner bisherigen Politik ersichtlich zuwiderliefen.

In der Sitzung des Deutschen Bundestages am Vortag der Vertrauensfrage stand jedoch kein Gesetzesvorhaben auf der Tagesordnung, das als Abkehr von der politischen Konzeption des Kanzlers zu betrachten wäre und damit seiner Argumentation die Plausibilität nähme. Umgekehrt handelte es sich auch nicht um Gesetze, die von seinen innerparteilichen Kritikern als Zumutung hätten empfunden werden können. So nahmen die Koalitionsfraktionen mit eigener Mehrheit Gesetze zur Umweltstatistik, zum Düngemittelrecht und Saatgutverkehr, zur Beschleunigung der Umsetzung von

öffentlich-privaten Partnerschaften, zum Abgeordnetenrecht, zum Protokoll von Kyoto und zur Bundesanstalt für den Digitalfunk an (vgl. Deutscher Bundestag, Stenografischer Bericht der 184. Sitzung vom 30. Juni 2005, Plenarprotokoll 15/184, S. 17305 ff.). Die bereits zuvor im Bundestag beschlossene Verlängerung der Bezugsdauer von Arbeitslosengeld für ältere Arbeitslose ist zwar eine Korrektur an der ursprünglichen Arbeitsmarktreform (vgl. Entwurf eines Fünften Gesetzes zur Änderung des Dritten Buches Sozialgesetzbuch und anderer Gesetze, BTDrucks 15/5556). Es handelt sich aber dabei nicht um einen gravierenden Einschnitt in die Reformkonzeption und erst recht nicht um eine grundsätzliche Abkehr von der damit verbundenen politischen Zielsetzung.”

Nach alledem lagen die Voraussetzungen für eine auf Auflösung des Deutschen Bundestages gerichtete Vertrauensfrage vor.

[Anm.: Das BVerfG hat im Rahmen seiner Subsumtion diverse weitere Äußerungen von Bundeskanzler Schröder in ihrem Wortlaut zitiert und auf evidente Verstöße hin überprüft. Für die Wiedergabe dieser breiten Ausführungen ist hier kein Raum.]

cc. Mehrheit verfehlt

Der Bundespräsident darf im Anschluss an eine solche nur dann über die Auflösung des Bundestages entscheiden, wenn der Bundeskanzler die Kanzlermehrheit verfehlt hat. Hier haben bei 148 Enthaltungen nur 151 Abgeordnete mit "Ja", 296 aber mit "nein" gestimmt. Somit war der Bundeskanzler bei der Vertrauensfrage unterlegen.

Die tatbestandlichen Voraussetzungen für eine Entscheidung des Bundespräsidenten über die Auflösung des Bundestages lagen damit insgesamt vor.

b. Rechtsfolge

“Anhaltspunkte dafür, dass der Bundespräsident mit der Anordnung, den 15. Deutschen Bundestag aufzulösen, die ihm von der Verfassung gezogenen Grenzen überschritten hätte, liegen nicht vor. Der Bundespräsident hat den ihm vom Bundeskanzler unterbreiteten Vorschlag, den Deutschen Bundestag aufzulösen, überprüft. Es kann nicht festgestellt werden, dass dem Bundespräsidenten bei der Ausübung des ihm eingeräumten weiten politischen Ermessens ein Verstoß gegen das Grundgesetz unterlaufen wäre. Der Bundespräsident hat die ihm eröffnete politische Entscheidungsfreiheit gesehen und genutzt. Er hat Ermessenserwägungen angestellt und ist in seiner Gesamtabwägung zu dem verfassungsrechtlich unbedenklichen Ergebnis gekommen, dass dem Wohl des Volkes mit einer Neuwahl am besten gedient sei.”

Mithin ist das Organstreitverfahren insoweit unbegründet, als es sich gegen die Auflösung des Deutschen Bundestages durch den Bundespräsidenten wendet.

II. Festsetzung des Neuwahltermins

“Gründe dafür, dass die sich als Folge aus der Auflösung ergebende Festsetzung der Wahl (Art. 39 Abs. 1 Satz 4 GG) daneben selbstständig verfassungswidrig in die Rechte der Antragsteller eingreifen könnte, sind nicht ersichtlich und von den Antragstellern auch nicht geltend gemacht worden (vgl. BVerfGE 62, 1 [34]).”

Das Organstreitverfahren ist daher auch in diesem Punkt unbegründet.

Standort: Zivilrecht

Problem: “Aushandeln i. S. d. § 305 I 3 BGB”

BGH, URTEIL VOM 19.05.2005
III ZR 437 / 04 (NJW 2005, 2543)

Problemdarstellung:

Der Kl. dieses Prozesses verlangte Rückzahlung einer auf einen Partnerschaftsvermittlungsvertrag geleisteten Anzahlung i. H. v. 2.000,00 €. Er stützte seinen Anspruch nicht darauf, er habe auf eine nicht klagbare Verbindlichkeit (= “Naturalobligation”) geleistet; dieser Argumentation hätte hier wohl § 656 I 2 BGB analog entgegengestanden. Vielmehr hatte er den Vertrag bereits kurz nach Abschluss wieder gestützt auf § 627 BGB gekündigt und verwies nun auf § 628 I 3 BGB, worauf in einem solchen Fall im voraus gezahlte Vergütung durch den Dienstverpflichteten zurückzuerstaten ist.

Bei Vertragsschluss war indes ein vorformuliertes Zusatzdokument unterzeichnet worden, indem die Partei-

en auf das Kündigungsrecht aus § 627 BGB verzichtet hatten. Da anerkannt ist, dass Partnerschaftsvermittlungsinstitute das Kündigungsrecht des auf diese Verträge anwendbaren § 627 BGB nicht durch Formularvertrag ausschließen können (vgl. Palandt/Putzo, § 627 Rz. 5), war entscheidend, ob § 305 I 3 BGB hier die Anwendung von AGB-Recht verhindern konnte, da man dem Kl. die Unterzeichnung der Zusatzvereinbarung ausdrücklich freigestellt hatte.

Der BGH hat hierzu entschieden, dass von einem “Aushandeln” i. S. d. § 305 I 3 BGB bei komplizierten Klauseln nur die Rede sein kann, wenn der AGB-Verwender seinem Vertragspartner deren Inhalt und Bedeutung detailliert darlegt und so zur Disposition stellt.

Prüfungsrelevanz:

Die Entscheidung berührt mit den Voraussetzungen der Anwendbarkeit der §§ 305 ff BGB eine klassische

Klausurproblematik, die in Aufgabenstellungen beider juristischer Staatsexamina immer wieder anzutreffen ist. Die Rechtsnatur des Partnerschaftsvermittlungsvertrags - insbesondere die zuweilen anzutreffenden Versuche der anbietenden Institute, diesen die Gestalt eines Werkvertrags i. S. d. §§ 631 ff BGB zu geben - sowie die (analoge) Anwendbarkeit des § 656 BGB und die des Kündigungsrechts nach § 627 BGB berühren dagegen einen speziellen Bereich des besonderen Schuldrechts, der allerdings ebenfalls bereits Gegenstand von Prüfungsaufgaben war.

Vertiefungshinweise:

Zur Integration des AGBG und anderer Nebengesetze in das BGB: *Arzt, JuS 2002, 528 ff*

Kursprogramm:

Examenskurs : "Keine Lust auf Schönheitsreparaturen"

Assessorkurs : "Der Ehelohn"

Leitsatz:

Stellen sich die Bestimmungen einer im Anschluss an einen Formularvertrag (hier: Partnerschaftsvermittlungsvertrag) unterzeichneten Zusatzvereinbarung als von einer Vertragspartei gestellte Allgemeine Geschäftsbedingung dar (§ 305 I 1, 2 BGB), so reicht für die Beurteilung, die Zusatzvereinbarung sei "im einzelnen ausgehandelt" (§ 305 I 3 BGB), nicht die Feststellung, dass der Verwender der anderen Vertragspartei die Unterzeichnung "freigestellt" habe; Voraussetzung für ein "Aushandeln" ist - jedenfalls bei einem nicht ganz leicht verständlichen Text -, dass der Verwender die andere Vertragspartei über den Inhalt und die Tragweite der Zusatzvereinbarung belehrt hat oder sonst wie erkennbar geworden ist, dass der andere deren Sinn wirklich erfasst hat.

Sachverhalt:

Der Kl. schloss am 13.03.2002 mit der Bekl., für die deren Außendienstmitarbeiterin handelte, einen Partnerschaftsvermittlungsvertrag auf die Dauer von sechs Monaten. Nach dem von der Bekl. vorformulierten Vertragstext verpflichtete sich der Kl., für die Leistungen der Bekl. 6.000,00 € zuzüglich 960,00 € MwSt. = 6.960,00 € zu zahlen; der Gesamtbetrag sollte am 14.03.2002 fällig sein und über ein Darlehen finanziert werden. Weiter enthält das Vertragsformular umfangreiche Bestimmungen über die Rechtsfolgen für den Fall der Kündigung nach § 627 BGB. Getrennt von dieser beiderseits unterschriebenen Vertragsurkunde unterzeichneten der Kl. und die Vertreterin der Bekl. anschließend ein weiteres Schriftstück. Im oberen Teil stand - unter der Überschrift "Kündigungsrecht" - folgender formularmäßiger Text:

"Das Recht der Vertragsschließenden, den heute geschlossenen Partnerschaftsvermittlungsvertrag gemäß § 627 BGB jederzeit - auch ohne Vorliegen eines wichtigen Grundes - zu kündigen, kann vertraglich ausgeschlossen werden (das Recht zur fristlosen Kündigung aus wichtigem Grund gemäß § 626 BGB bleibt hiervon unberührt). Ein wirksamer Ausschluss dieses besonderen gesetzlichen Kündigungsrechtes ist für den Kunden mit der Berechtigung verbunden, jederzeit auch nach Ablauf der im Partnernvermittlungsvertrag bestimmten Vertragszeit von 6 Monaten bei Bedarf unentgeltlich weitere Partnernvorschläge ohne zahlenmäßige Begrenzung abzurufen."

Im unteren Teil hatte jeder von ihnen für sich handschriftlich jeweils einen - von der Bekl. vorgegebenen - Satz auf im Formular dafür vorgesehene Linien gesetzt, nämlich der Kl.: "Ich bin mit dem Ausschluss des Kündigungsrechtes einverstanden." und die Außendienstmitarbeiterin der Bekl.: "Die Fa. D-GmbH (= Bekl.) ist mit dem Ausschluss des Kündigungsrechtes einverstanden."

Mit Schreiben vom 02.04.2002 kündigte der Kl. den Partnerschaftsvermittlungsvertrag unter Berufung auf § 627 BGB, hilfsweise auf § 626 BGB. Seinem Verlangen auf Rückzahlung der von ihm in Höhe von 2.000,00 € geleisteten Anzahlung hat die Bekl. entgegengehalten, dem Kl. stehe kein Kündigungsrecht zu; darüber hinaus hat sie behauptet, sie habe bereits innerhalb einer Woche die für den Kl. bestimmten Partnernvorschläge ausgearbeitet.

Kann der Kl. von der Bekl. Rückzahlung der geleisteten Anzahlung i. H. v. 2.000,00 € verlangen, wenn die Außendienstmitarbeiterin der Bekl. dem Kl. Bedeutung und Sinn der Zusatzvereinbarung nicht näher erläutert, aber darauf hingewiesen hat, dass ihm die Unterzeichnung der Vereinbarung freistehe ?

Lösung:

Der Kl. könnte gegen die Bekl. einen Anspruch auf Rückerstattung der Anzahlung gem. §§ 628 I 3, 812 I 2 Fall 1, 818 II BGB haben.

Dann müsste der Kl. einen Dienstvertrag aus Gründen, welche die dienstverpflichtete Bekl. nicht zu vertreten hat, wirksam gekündigt und die Vergütung für Dienste der Bekl. im Voraus entrichtet haben.

A. Partnerschaftsvermittlungsvertrag als Dienstvertrag

I. Einigung gem. §§ 145 ff BGB

Die Parteien haben einen Vertrag geschlossen, demzufolge die Bekl. gegen ein Entgelt von brutto 6.960,00 € dem Kl. Partnernvorschläge unterbreiten sollte. Die Bekl. wurde hierbei durch ihre Außendienstmitarbeiterin wirksam gem. § 164 I BGB vertreten.

II. Rechtliche Einordnung des Partnerschaftsvermittlungsvertrags

Fraglich ist, ob es sich hierbei um einen Dienstvertrag i. S. d. §§ 611 ff BGB handelte. Ein solcher Vertrag zeichnet sich dadurch aus, dass der Dienstverpflichtete lediglich eine bestimmte Tätigkeit gegen Entgelt zu erbringen hat, wohingegen der Unternehmer eines Werkvertrags i. S. d. §§ 631 ff BGB dem Besteller die Herbeiführung eines bestimmten Erfolgs verspricht. Besteht der geschuldete Erfolg in der erfolgreichen Vermittlung eines Partners, ist eine solche Abrede dem Recht des Maklervertrags zu unterstellen (Palandt/Sprau, § 656 Rz. 6).

Hier sollte die Vergütung der Bekl. nicht davon abhängig sein, dass der Kl. infolge der unterbreiteten Vorschläge tatsächlich eine Partnerschaft eingeht, so dass Maklerrecht nicht zur Anwendung kommt.

Die Anwendung der §§ 631 ff BGB könnte darauf gestützt werden, dass seitens der Bekl. mit der Unterbreitung der Partnervorschläge ein konkreter Erfolg versprochen wurde. Da sich die Pflichten des Dienstverpflichteten i. S. d. §§ 611 ff BGB allerdings auch nicht in einem bloßen "Mühehalten" erschöpfen können, reicht das Versprechen konkreter Partnerschaftsvorschläge nicht aus, um einen Werkerfolg i. S. d. § 631 I BGB annehmen zu können. Vielmehr sind Partnervermittlungsverträge grundsätzlich als Dienstverträge einzustufen, selbst wenn die Partnerschaftsvorschläge dem Kunden in einem eigens für ihn eingerichteten Adressendepot zusammengestellt werden sollen (Münch-Komm./Roth, § 656 Rz. 20).

Die Einigung zwischen den Parteien ist mithin als Dienstvertrag zu qualifizieren.

B. Kein Ausschluss der Rückforderung gem. § 656 I 2 BGB analog

Dem Rückforderungsanspruch des Kl. könnte allerdings von vornherein § 656 I 2 BGB entgegenstehen. Demzufolge kann das auf einen Ehemaklervertrag gezahlte Entgelt nicht mit der Begründung zurückgefordert werden, ein solcher Vertrag begründe keine einklagbare Verbindlichkeit ("Naturalobligation"). Da § 656 BGB direkt den Ehemaklervertrag betrifft, müsste zunächst die Norm auf den vorliegenden Partnerschaftsvermittlungsvertrag analog anwendbar sein. Dies kann aber dahinstehen (zum Streitstand je nach Vertragsgestaltung: Palandt/Sprau, § 656 Rz. 6 - 10), da der Kl. seinen Rückforderungsanspruch nicht mit dem Charakter der Entgeltforderung der Bekl. als Naturalobligation, sondern mit einer Kündigung gem. § 627 BGB begründet.

C. Wirksame Kündigung gem. § 627 BGB

Der Kl. müsste den Partnerschaftsvermittlungsvertrag sodann wirksam gekündigt haben. Da ein der Bekl. zugegangenes Kündigungsschreiben des Kl. vom 02.04.2002 vorliegt, ist allein das Vorliegen eines

Kündigungsgrundes fraglich. Dieser könnte sich aus § 627 BGB ergeben.

I. Anwendbarkeit des § 627 BGB auf den Partnerschaftsvermittlungsvertrag

Dann müsste § 627 BGB auf den hier streitgegenständlichen Partnerschaftsvermittlungsvertrag angewandt werden können.

"Ausgangspunkt ist [...], dass es sich bei dem zwischen den Parteien abgeschlossenen Partnerschaftsvermittlungsvertrag um einen Dienstvertrag handelt, der, da "Dienste höherer Art" zu leisten sind, ohne dass der zur Dienstleistung Verpflichtete in einem Dienstverhältnis mit festen Bezügen steht, nach dem Gesetz jederzeit gekündigt werden kann (§ 627 I BGB; BGHZ 106, 341 [343 ff]; Senat, NJW 1999, 276, 277)."

II. Vertraglicher Ausschluss des Kündigungsrechts gem. § 627 BGB

Hier haben sich jedoch beide Parteien mit dem Ausschluss des Kündigungsrechts nach § 627 BGB einverstanden erklärt. Fraglich ist, ob dieser Ausschluss des § 627 BGB wirksam war und dem Kl. demzufolge kein Kündigungsrecht nach dieser Vorschrift zustand.

I. Abdingbarkeit des § 627 BGB durch Individualabrede

"§ 627 I BGB ist keine zwingende, sondern eine dispositive Regelung, die grundsätzlich durch eine einzelvertragliche Abrede abbedungen werden kann (vgl. nur Staudinger/Preis BGB [2002] § 627 Rz. 6 m.w.N.). Für Partnerschaftsvermittlungsverträge wird zwar einzeln der Standpunkt vertreten, bei ihnen sei wegen des besonderen persönlichen Bezuges der Ausschluss der Kündigungsmöglichkeit selbst durch Individualvereinbarung nach § 138 BGB nichtig (OLG Düsseldorf NJW-RR 1987, 691 [693]; Erman/D. W. Belling, BGB, 11. Aufl. § 627 Rz. 10; Peters, NJW 1989, 2793 [2796]; vgl. auch Münch-Komm/Henssler, § 627 Rz. 627 a.E.). Dieser - von der wohl herrschenden Meinung nicht geteilten (vgl. Staudinger/Preis, § 627 Rz. 6; Palandt/Weidenkaff, § 627 Rn. 5) - Ansicht ist jedoch, soweit keine besonderen Umstände vorliegen, nicht zu folgen."

Gegen den Charakter des Ausschlusses der Kündigungsvereinbarung als Individualabrede spricht allerdings, dass dieser auf einem vordruckten Schriftstück vorformuliert war, bevor der Kl. und die Außendienstmitarbeiterin der Bekl. unterzeichneten. Demzufolge könnte es sich auch um Allgemeine Geschäftsbedingungen i. S. d. § 305 I BGB handeln. Andererseits war die Regelung nicht Bestandteil des zuvor unterzeichneten Vertrags und es stand dem Kl. frei, dieser Vereinbarung zuzustimmen. Ausgehandelte Vertragsbestimmungen sind aber gem. § 305 I 3 BGB gerade keine Allgemeinen Geschäftsbedingungen.

a. Zusatzvereinbarung zur Kündigung nach § 627 BGB grundsätzlich Allgemeine Geschäftsbedingung i. S. d. § 305 I 1, 2 BGB

Nach § 305 I 1, 2 BGB "sind Allgemeine Geschäftsbedingungen alle für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierten Vertragsbedingungen, die eine Vertragspartei (Verwender) der anderen Vertragspartei bei Abschluss eines Vertrages stellt (S. 1), wobei gleichgültig ist, ob die Bestimmungen einen äußerlich gesonderten Bestandteil des Vertrages bilden oder in die Vertragsurkunde selbst aufgenommen werden, welchen Umfang sie haben, in welcher Schriftart sie verfasst sind und welche Form der Vertrag hat (S. 2).

Wie die Revision mit Recht anführt, erfüllt das hier zum Zwecke des Ausschlusses des Kündigungsrechts nach § 627 BGB verwendete Schriftstück diese gesetzliche Definition. Dies gilt zum einen für den von der Bekl. für ihre Vertragsabschlusspraxis vorgegebenen gedruckten Text, zum anderen aber auch für die - an im Formular vorgegebener Stelle - handschriftlich niedergelegten Worte: "Ich bin mit dem Ausschluss des Kündigungsrechts einverstanden" (Kl.) beziehungsweise: "Die Fa. D-GmbH ist mit dem Ausschluss des Kündigungsrechts einverstanden" (Außendienstmitarbeiterin der Bekl.). Es ist in der Rechtsprechung anerkannt, dass auch noch nicht schriftlich niedergelegte Vertragsbedingungen für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert im Sinne des § 305 I 1 BGB sein können, wenn sie zu diesem Zweck "im Kopf" des Verwenders oder seiner Abschlussgehilfen "gespeichert" sind (BGH, NJW 1999, 2180 [2181] m.w.N. aus der BGH-Rspr.; OLG Hamm NJW-RR 1987, 243 [244]). Die Bekl. hat in den Tatsacheninstanzen die Behauptung des Kl., der handschriftliche Teil der Zusatzvereinbarung sei ihm "als Textbaustein vorgegeben" worden, nicht substantiiert bestritten. [...]"

b. Keine abweichende Beurteilung gem. § 305 I 3 BGB
 "Selbst wenn die Voraussetzungen des § 305 I 1, 2 BGB an sich erfüllt sind, liegen Allgemeine Geschäftsbedingungen gleichwohl nicht vor, soweit diese Vertragsbedingungen zwischen den Vertragsparteien im Einzelnen ausgehandelt sind (§ 305 I 3 BGB). Diesen Tatbestand hat das BerGer. indessen zu Unrecht als gegeben erachtet."

aa. Freie Entscheidung, die Vereinbarung (nicht) zu unterzeichnen, kein "Aushandeln"

"Aushandeln" setzt nach der Rechtsprechung des BGH mehr als "Verhandeln" voraus. Der Verwender muss den in seinen Allgemeinen Geschäftsbedingungen enthaltenen gesetzesfremden Kerngehalt inhaltlich ernsthaft zur Disposition stellen und dem Verhandlungspartner Gestaltungsfreiheit zur Wahrung eigener Interessen einräumen; der Kunde muss die reale Möglichkeit erhalten, den Inhalt der Vertragsbedingungen zu beeinflussen (st.Rspr.; vgl. nur BGHZ 143, 103

[111 f]; 150, 299 [302 f])." Hierfür reicht die Feststellung, "es handele sich bei der hier in Rede stehenden Zusatzvereinbarung um eine dem Bekl. ausdrücklich freigestellte, von dem zuvor geschlossenen Partnerschaftsvermittlungsvertrag losgelöste, "selbständige Vereinbarung", nicht aus. Diese Erwägung [...] enthält für sich nicht mehr als eine - wenn auch an sich zutreffende - Abgrenzung des Streitfalls von Fallgestaltungen, in denen dem Kunden von dem Verwender lediglich die Möglichkeit eröffnet wird, den Vertrag entweder unter Zugrundelegung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder gar nicht abzuschließen, worin zweifelsfrei von vornherein kein Zur-Disposition-Stellen der betreffenden Vertragsbedingungen liegt (vgl. Münch-Komm/Basedow, § 305 Rz. 38). "Aushandeln" einer Vertragsbedingung verlangt noch mehr, als dass die eine Vertragsseite, die die Vertragsbedingung vorformuliert hat und so zu erkennen gegeben hat, dass sie - und nicht etwa aus eigenem Antrieb der Auftraggeber - diese als Vertragsinhalt wünscht, der anderen Vertragsseite hierzu einfach (verbal) erklärt, es stehe dieser frei, mit oder ohne diese Vertragsbedingung abzuschließen, beziehungsweise (hier) am bereits unterzeichneten Formularvertrag festzuhalten."

bb. Belehrung des Vertragspartners über Inhalt und Tragweite der Klausel im einzelnen erforderlich

"Im Hinblick darauf, dass der Kunde die reale Möglichkeit erhalten muss, den Inhalt der Vertragsbedingungen zu beeinflussen, ist vielmehr - jedenfalls bei umfangreichen bzw. nicht leicht verständlichen Klauseln - selbstverständliche (zusätzliche) Voraussetzung für die Qualifizierung als "ausgehandelt", dass der Verwender die andere Vertragspartei über den Inhalt und die Tragweite der Klausel(n) im einzelnen belehrt hat (vgl. OLG Celle, BB 1976, 1287; Münch-Komm/Basedow, § 305 Rz. 38) oder sonst wie erkennbar geworden ist, dass der andere Vertragspartner deren Sinn wirklich erfasst hat. Nur so ist auch gewährleistet, dass der Vertragsinhalt, den der vorformulierte Text ergibt, nicht nur vom Verwender, sondern ebenso vom Kunden in seinen rechtsgeschäftlichen Gestaltungswillen aufgenommen worden ist, also als Ausdruck seiner rechtsgeschäftlichen Selbstbestimmung und Selbstverantwortung gewertet werden kann (vgl. BGH, NJW 1991, 1678 [1679])."

Hier "war das Klauselwerk der Bekl. mit der Zusatzvereinbarung zum "Kündigungsrecht" - insbesondere bei Einbeziehung der umfangreichen "kleingedruckten" Textpassagen in der eigentlichen Vertragsurkunde über die von der Bekl. ausbedungenen Rechtsfolgen einer Kündigung nach § 627 BGB - keineswegs für ihre durchschnittlichen Vertragspartner auf den ersten Blick zu verstehen und so klar, dass keiner eine Erläuterung gebraucht hätte." Da es an einer solchen Erläuterung durch die Mitarbeiterin der Bekl. fehlte, liegen die Voraussetzungen des § 305 I 3 BGB nicht vor. Die

Zusatzvereinbarung ist mithin als Allgemeine Geschäftsbedingung zu behandeln.

2. Keine Abdingbarkeit des § 627 BGB durch Allgemeine Geschäftsbedingungen

“Ein Partnerschaftsanbahnungsinstitut kann aber anerkanntermaßen das seinem Vertragspartner nach § 627 BGB zustehende Kündigungsrecht in Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Formularverträgen nicht wirksam ausschließen (BGHZ 106, 341 [346f.]; Senat, NJW 1999, 276 [277]).”

III. Zwischenergebnis

Der Kl. hat den Partnerschaftsvermittlungsvertrag vom 13.03.2002 mithin durch sein Schreiben vom 02.04.2002 wirksam gem. § 627 BGB gekündigt.

D. Kündigung wegen einer Umstandes, den die Bekl. nicht zu vertreten hat

Die (eingeschränkte) bereicherungsrechtliche Haftung des Dienstverpflichteten für die Rückzahlung im voraus entrichteter Vergütung setzt voraus, dass die Kündigung wegen eines Umstandes erfolgte, den der Dienstverpflichtete nicht zu vertreten hat. Da hier lediglich der Kl. von seiner nicht wirksam abbedungenen jederzeitigen Kündigungsmöglichkeit nach § 627 BGB Gebrauch gemacht hat, liegen die Voraussetzungen des § 628 I 3, Halbs. 2 BGB vor.

E. Rückzahlungsanspruch des Kl. unter Berücksichtigung des § 628 I 1 BGB

Gerade im Fall einer nicht durch den Dienstberechtigten veranlassten Kündigung ist jedoch zu beachten, dass diesem gem. § 628 I 1 i. V. m. § 611 I BGB ein Anspruch auf einen seiner bisherigen Tätigkeit ent-

sprechenden Teil der Vergütung zusteht. Insofern erscheint fraglich, inwiefern der Kl. die 2.000,00 € Anzahlung tatsächlich zurückverlangen kann, insbesondere, da die Bekl. behauptet, sie habe bereits innerhalb einer Woche alle für den Kl. bestimmten Partnernvorschläge erarbeitet.

“Ein Anspruch des Kl. auf Rückzahlung seiner Anzahlung oder eines Teils derselben aus § 628 I 3 BGB (vgl. Senat, NJW 1999, 276 [277]) lässt sich [...] auch nicht im Hinblick auf den Einwand der Bekl. ausschließen, ihr stehe selbst bei Wirksamkeit der Kündigung des Kl. nach der getroffenen Vereinbarung für die von ihr bereits erbrachten Leistungen mehr zu als die in Empfang genommene Anzahlung. Die Frage der Höhe der Vergütung der Bekl. nach der Kündigung durch den Kl. kann ohne eine umfassende tatrichterliche Prüfung [...] nicht beurteilt werden. Soweit die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Bekl. dahin gehen sollten, dass diese in jedem Fall der Kündigung durch den Auftraggeber nach § 627 BGB neben dem anteiligen Honorar ohne weiteres Aufwendungsersatzansprüche in einer Größenordnung von 75 % des vereinbarten Gesamthonorars beansprucht, dürften diese Bedingungen einer Inhaltskontrolle nicht standhalten (Senat, NJW 1999, 276 [277]; BGH, NJW 1991, 2763, 2764).”

F Endergebnis

Ein Anspruch des Kl. gem. §§ 628 I 3, 812 I 2 Fall 1, 818 II BGB ist demzufolge gegeben. Die Anspruchshöhe hängt davon ab, inwieweit die Bekl. im Einzelfall nach § 628 I 1 i. V. m. § 611 I BGB einen Anspruch auf Vergütung bislang geleisteter Dienste geltend machen kann.

Standort: § 316 a StGB

Problem: Ausnutzung der Straßenverkehrsverhältnisse

BGH, BESCHLUSS VOM 28.06.2005
4 STR 299/04 (NJW 2005, 2564)

Problemdarstellung:

Der Angeklagte hatte eine Taxifahrerin nach Beendigung der Fahrt mit einem Messer bedroht und dazu gezwungen, ihm Geld herauszugeben. Das LG Berlin hatte den Angeklagten aufgrund dieses Verhaltens insb. wegen räuberischen Angriffs auf Kraftfahrer (§ 316 a I StGB) verurteilt. Der BGH hob diese Verurteilung auf.

Prüfungsrelevanz:

§ 316 a StGB stellt (ähnlich wie §§ 239 a und b StGB) einen Tatbestand dar, der oft im Zusammenhang mit den hochgradig examensrelevanten Tatbeständen der §§ 249 ff. StGB anzusprechen ist. Insofern sind auch bzgl. § 316 a I StGB zumindest Grundkenntnisse er-

forderlich.

Der Tatbestand des § 316 a I StGB setzte bis zum 6. Strafrechtsreformgesetz (StrRG) 1998 voraus, dass der Täter einen Angriff auf den Führer oder Mitfahrer eines Kraftfahrzeugs “unternimmt”. Kennzeichnend für ein solches “Unternehmensdelikt” (heute noch z.B. §§ 131 I Nr. 4, 184 I Nr. 3, 8, 9 StGB) ist, dass Versuch und Vollendung gleichgestellt sind (vgl. §§ 11 I Nr. 6 StGB). Durch das 6. StrRG wurde der Wortlaut der Norm jedoch dahingehend geändert, dass der Täter einen Angriff “verüben” muss. Seitdem dürfte § 316 a I StGB wohl ein normales Erfolgsdelikt darstellen. Was sich am Inhalt der Vorschrift hingegen nicht geändert hat ist, dass der Täter bei seinem Angriff “die besonderen Verhältnisse des Straßenverkehrs” ausnutzen muss.

Ein fast schon klassischer Fall, in dem das Vorliegen der Voraussetzungen des § 316 a I StGB zu diskutie-

ren ist, liegt vor, wenn der Täter einen Taxifahrer unter einem falschen Vorwand an einen (meist einsamen) Ort fahren lässt, um ihn dort zu überfallen. Während der BGH in der Vergangenheit (vgl. BGHSt 13, 27; 15, 322; NStZ 2003, 35) in solchen Fällen den Tatbestand des § 316 a I StGB in ständiger Rechtsprechung bejaht hatte, nahm er erstmals in der Entscheidung NStZ 2004, 207 (= RA 2004, 59), später präzisiert durch NStZ-RR 2004, 171 (= RA 2004, 199), hiervon Abstand. Diese Rechtsprechung wird mit dem vorliegenden Urteil fortgeführt.

Der BGH betont nunmehr, dass § 316 a I StGB eine zeitliche Verknüpfung in der Weise voraussetze, dass das Opfer im Tatzeitpunkt (also bei Verüben des Angriffs) Führer oder Mitfahrer eines Kraftfahrzeugs sein müsse. Führer eines Kraftfahrzeugs im Sinne von § 316 a I StGB sei jedoch nur, wer das Fahrzeug in Bewegung setze, es in Bewegung halte oder mit dem Betrieb des Fahrzeugs und/oder mit der Bewältigung von Verkehrsvorgängen beschäftigt sei. Hieran fehle es regelmäßig, wenn das Fahrzeug aus anderen als verkehrsbedingten Gründen anhalte und das Opfer den Motor ausstelle oder das Fahrzeug verlasse. Diese Rechtsprechung führt der BGH in der vorliegenden Entscheidung fort, betont jedoch, dass ein "Ausnutzen der besonderen Verhältnisse des Straßenverkehrs" auch bei einem laufenden Motor in der Regel dann nicht mehr gegeben sei, wenn das Fahrzeug sich nicht mehr bewege. Ein solches Ausnutzen setze nämlich voraus, dass der Führer eines Kraftfahrzeugs im Zeitpunkt des Angriffs noch mit der Beherrschung seines Kraftfahrzeugs und/oder mit der Bewältigung von Verkehrsvorgängen beschäftigt sei und er gerade deshalb leichter zum Angriffsobjekt eines Überfalls werden könne. Dies könne jedoch bei einem stationären Fahrzeug auch bei laufendem Motor grundsätzlich nur angenommen werden, wenn besondere Umstände hinzukämen, z.B. wenn das Opfer bei einem Automatikwagen das Automatikgetriebe auf Dauerbetrieb belasse und mit dem Fuß auf der Bremse bleibe, um das Weiterrollen des Fahrzeugs zu verhindern.

Vertiefungshinweise:

Zu § 316 a StGB: BGHSt 49, 8; BGH, NStZ 2003, 35; 2004, 207; NStZ-RR 2004, 171; Duttge/Nolden, JuS 2005, 193; Fischer, Jura 2000, 434; Ingelfinger, JR 2000, 225; Mitsch, JA 1999, 662; Wolters, GA 2002, 303;

Kursprogramm:

- Assessorkurs: "Hansen"
 Assessorkurs: "Der Taxifahrer"

Leitsatz:

Zur Bedeutung des Tatbestandsmerkmals "unter

Ausnutzung der besonderen Verhältnisse des Straßenverkehrs".

Sachverhalt (vereinfacht):

D fasste am 20. Juli 2003 gegen 6.00 Uhr während einer Fahrt mit dem Taxi den Entschluss, dessen Fahrer F zu überfallen, um seine Finanzen aufzubessern. Da in der Nähe des zunächst angegebenen Fahrziels in Berlin-Neukölln ein Polizeifahrzeug stand, veranlasste D die Taxifahrerin, weiterzufahren. An der vom Angeklagten genannten Straßenecke stoppte F das Taxi und verlangte bei laufendem Motor den Fahrpreis. D zog ein Messer hervor und hielt es mit den Worten "Geld her!" vor seinem Körper in Richtung der F. Als diese antwortete: "Das ist jetzt nicht Dein Ernst", führte D das Messer bis auf einen Abstand von 20 cm an den Körper der Taxifahrerin heran, die daraufhin eingeschüchtert dem D Geldscheine im Wert von insgesamt 100 Euro aushändigte.

Strafbarkeit des D?

[Anm.: :Straftaten des 18. Abschnitts des StGB sind nicht zu prüfen.]

Lösung:

A. Strafbarkeit des D wegen schweren Raubes gem. §§ 249 I, 250 II Nr. 1 StGB

D könnte sich dadurch, dass er der F das Messer vor den Körper hielt und diese so zur Herausgabe der Geldscheine zwang, wegen schweren Raubes gem. §§ 249 I, 250 II Nr. 1 StGB strafbar gemacht haben.

I. Tatbestand

D müsste zunächst den Tatbestand des Grunddelikts (§ 249 I StGB) erfüllt haben.

1. Raubmittel

D müsste eines der genannten qualifizierten Nötigungsmittel (Gewalt gegen eine Person oder Drohungen mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben) angewandt haben.

a. Gewalt gegen eine Person

Durch das Vorhalten des Messers könnte D Gewalt gegen F angewandt haben. Fraglich ist jedoch, ob dieses Verhalten bereits Gewalt im Sinne von § 249 I StGB darstellt.

aa. Rechtsprechung

Nach einer Auffassung, die von der Rechtsprechung vor allem in der Vergangenheit vertreten wurde, stellt bereits das Vorhalten einer Waffe oder eines vergleichbaren Gegenstandes Gewalt dar, sofern das Opfer hierdurch in einen Erregungszustand gerät und deshalb sein körperliches Wohlbefinden beeinträchtigt

wird (BGHSt 19, 263; 23, 126).

F war durch das Vorhalten des Messers eingeschüchert, so dass auch ihr Wohlbefinden beeinträchtigt war. Nach dieser Auffassung hat D somit Gewalt gegen F angewendet.

bb. Herrschende Literatur

Die herrschende Lehre lehnt in diesen Fällen Gewalt i.S.v. § 249 I StGB ab (Geilen, JZ 1970, 501; Küper, Jura 1983, 206 mwN).

Nach dieser Auffassung liegt also keine Gewaltanwendung durch D vor.

cc. Stellungnahme

In seiner Rechtsprechung zum Gewaltbegriff (i.S.v. § 240 I StGB) hat das BVerfG betont, dass für die Anwendung von Gewalt nicht nur ein körperlich wirkender, sondern insbesondere auch ein körperlich vermittelter Zwang erforderlich sei (BVerfG, NJW 1995, 1141). Eine solche körperliche Vermittlung des Zwangs fehlt aber beim bloßen Drohen mit einer Waffe, auch wenn eine körperliche Wirkung (durch Schockzustände und dergl.) vielleicht noch gegeben ist. Das entscheidende Argument gegen die Rechtsprechung ist jedoch, dass nach ihr eine Unterscheidung zwischen Gewalt einerseits und Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib und Leben andererseits in diesen Fällen praktisch nicht möglich wäre. Wegen des hohen Druckes, der auf das Opfer ausgeübt wird, wird dieses in einen Angstzustand versetzt. Wenn gerade dies aber eine Gewaltanwendung darstellen würde, würde die Drohungsalternative i.R.v. § 249 I StGB jede eigenständige Bedeutung verlieren. Es ist vielmehr darauf abzustellen, dass der Schwerpunkt bei der Drohung mit einer Waffe in der Ankündigung von deren Gebrauch und damit in der Ankündigung eines zukünftigen Übels liegt und gerade nicht in der Zufügung eines gegenwärtigen Übels, was aber für die Gewalt kennzeichnend ist. Auch sind bei der Verneinung von Gewalt im vorliegenden Fall Strafbarkeitslücken nicht zu befürchten, da ja auch die Drohung von § 249 I StGB erfasst wird.

Der letztgenannten Meinung ist somit zu folgen. T hat keine Gewalt gegen eine Person angewandt.

b. Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben

D hat jedoch durch das Vorhalten des Messers konkludent mit deren Tod oder zumindest mit der Beibringung einer erheblichen Verletzung gedroht, also mit einer gegenwärtigen Gefahr für Leib oder Leben.

2. Fremde bewegliche Sache

Bei den erbeuteten Geldscheinen müsste es sich um fremde bewegliche Sachen handeln.

Die Geldscheine stellen bewegliche Sachen dar. Fremd i.S.v. § 249 I StGB ist eine Sache, wenn sie nach bür-

gerlichem Recht im Eigentum eines anderen steht (Tröndle/Fischer, § 249 Rn. 2, § 242 Rn. 5). Die Geldscheine standen im Eigentum der F, so dass sie für D fremd waren.

3. Wegnahme

D müsste die Geldscheine weggenommen haben.

Eine Wegnahme i.S.v. § 249 I StGB setzt - ebenso wie bei § 242 StGB - den Bruch fremden und die Begründung neuen Gewahrsams voraus (Schönke/Schröder-Eser, § 249 Rn. 2).

Streitig ist jedoch, anhand welcher Kriterien das Vorliegen einer Wegnahme beim Raub zu prüfen ist.

a. Rechtsprechung

Nach der Rechtsprechung kommt als Tathandlung einer (räuberischen) Erpressung (§§ 253 I, 255 StGB) entsprechend dem Gesetzeswortlaut jedes Handeln, Dulden oder Unterlassen in Betracht; dann stellt § 249 I StGB eine *lex specialis* zu §§ 253 I, 255 StGB dar, da jeder Raub immer auch eine räuberische Erpressung beinhaltet (bei der das Opferverhalten in dem Dulden der Wegnahme besteht, vgl. BGHSt 41, 123). Da die räuberische Erpressung somit keine Vermögensverfügung des Opfers voraussetzt, ist auch ein Verfügungsbewusstsein nicht erforderlich, so dass die Abgrenzung zwischen Raub und räuberischer Erpressung nach dem äußeren Erscheinungsbild durchzuführen ist.

D hatte sich von F die Geldscheine aushändigen lassen. Vom äußeren Erscheinungsbild her stellt dies eine Weggabe und keine Wegnahme dar, so dass nach dieser Auffassung ein Raub nicht gegeben ist.

b. Herrschende Literatur

Nach herrschender Lehre muss das Verhalten des Genötigten i.R.v. §§ 253 I, 255 StGB stets (wie beim Betrug) eine Vermögensverfügung darstellen; der Raub hingegen setzt (wie der Diebstahl) eine Wegnahme durch den Täter voraus. Deshalb stehen § 249 I StGB und §§ 253 I, 255 StGB - ebenso wie § 242 I StGB und § 263 I StGB - in einem Exklusivitätsverhältnis; die Abgrenzung hat hier ebenso wie dort nach der inneren Willensrichtung des Opfers zu erfolgen (Tröndle/Fischer, § 253 Rn. 9 mwN).

Innerhalb der Literatur ist jedoch umstritten, wie die innere Willensrichtung des Opfers beschaffen sein muss, damit eine Wegnahme i.S.v. § 249 I StGB gegeben ist.

aa. 1. Untermeinung

Nach einer Meinungsgruppe liegt eine Wegnahme i.S.v. § 249 I StGB vor, wenn das Opfer glaubt, dass die Beute auch ohne seine Mitwirkung dem Zugriff des Täters preisgegeben sei; eine Vermögensverfügung i.S.v. §§ 253 I, 255 StGB soll hingegen vorliegen, wenn das Opfer annimmt, dass der Täter auf seine Mitwirkung zur Erlangung des Gewahrsams an-

gewiesen sei (Küper, BT, S. 376; Wessels/Hillenkamp, Rn. 713, 731).

F wusste hier, dass D auch ohne ihre Mitwirkung an das Geld gelangen könnte, da dieses innerhalb des Taxis nicht weiter besonders gesichert war. Nach dieser Auffassung wäre also eine Wegnahme gegeben.

bb. 2. Untermeinung

Nach einer anderen Auffassung liegt eine Wegnahme i.S.v. § 249 I StGB vor, wenn das Opfer glaubt, es habe keine andere Wahl als sich dem Täter unterzuordnen, da Widerstand praktisch zwecklos sei (Krey, BT 2, Rn. 314).

F wusste, dass D ein Messer besaß, das er ihr auch bereits unmittelbar vor den Körper hielt. Ihr war also klar, dass er sie im Falle einer Weigerung ohne weitere Hindernisse überwinden zu müssen sofort schwer verletzen oder sogar töten konnte. Insofern ist nicht davon auszugehen, dass sie einen Widerstand für sinnvoll hielt. Auch nach dieser Auffassung wäre somit eine Wegnahme gegeben.

cc. 3. Untermeinung

Eine dritte Meinungsgruppe innerhalb der Literatur geht davon aus, dass eine Wegnahme i.S.v. § 249 I StGB immer dann vorliege, wenn das Opfer den Gewahrsam nicht willentlich übertrage, wobei das äußere Erscheinungsbild als Indiz für die Willentlichkeit des Opferverhaltens dienen solle (Rengier, BT 2, § 11 Rn. 22 a; Biletzki, Jura 1995, 636).

Nach dem äußeren Erscheinungsbild ist hier eine Wegnahme nicht gegeben (s.o.), sodass nach dieser Meinung auch ein willentliches Opferverhalten und somit keine Wegnahme vorliegt.

c. Stellungnahme

Gegen die erste und zweite Untermeinung innerhalb der Literatur spricht, dass deren Kriterien für das Vorliegen einer Wegnahme lebensfremd sind und insbesondere der besonderen Drucksituation, in der sich das Opfer bei einem Raub oder einer räuberischen Erpressung befindet, nicht hinreichend Rechnung tragen. Wenn das Opfer Ziel einer Gewaltanwendung ist oder mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben bedroht wird, wird es nicht erst lange überlegen, ob der Täter auch ohne seine Mitwirkung auf die Beute zugreifen könnte oder ob es für das Opfer sinnvoll wäre, sich dem Willen des Täters zu widersetzen. Es wird, um die Anwendung der Gewalt zu beenden oder um den Eintritt des angedrohten Übels abzuwenden, das tun, was der Täter von ihm verlangt. Selbst wenn man als Opferreaktion bei der (räuberischen) Erpressung eine Vermögensverfügung verlangt, erscheinen qualifizierte Anforderungen an ein Verfügungsbewusstsein, wie sie zur Abgrenzung von Diebstahl und Betrug erforderlich sind, bei der Abgrenzung von Raub und räuberischer Erpressung fehl am Platze. Beim unbewussten

Selbstschädigungsdelikt des Betrugers ist es nahe liegend, erhöhte Anforderungen an das Verfügungsbewusstsein (die "Freiwilligkeit") zu stellen. Die (räuberische) Erpressung hingegen ist ein Delikt, das von einer bewussten Selbstschädigung gekennzeichnet ist; das Opfer nimmt hier das selbstschädigende Verhalten stets nur vor, um sich zu schützen. Sofern man hier überhaupt noch eine Vermögensverfügung fordern kann, dürfen die Anforderungen an eine solche (anders als bei § 263 I StGB) nicht besonders hoch geschraubt werden. Deshalb sind die erste und zweite Untermeinung der Literatur abzulehnen. Die übrigen Auffassungen kommen zum selben Ergebnis, so dass eine weitere Streitentscheidung nicht erforderlich ist.

D hat das Geld nicht weggenommen.

II. Ergebnis

D ist nicht strafbar gem. §§ 249 I, 250 II Nr. 1 StGB.

B. Strafbarkeit des D wegen schwerer räuberischer Erpressung gem. §§ 253 I, 255, 250 II Nr. 1 StGB

D könnte sich jedoch dadurch, dass er der F das Messer vor den Körper hielt und diese so zur Herausgabe der Geldscheine zwang, wegen schwerer räuberischer Erpressung gem. §§ 253 I, 255, 250 II Nr. 1 StGB strafbar gemacht haben.

I. Tatbestand

1. Grunddelikt: §§ 253 I, 255 StGB

a. Raubmittel

D hat der F mit gegenwärtiger Gefahr für Leib und Leben gedroht (s.o.), er hat also eines der genannten qualifizierten Nötigungsmittel angewandt.

b. Opferverhalten

Weiter erfordert der Tatbestand der §§ 253 I, 255 StGB ein Opferverhalten. Streitig ist jedoch, welche Anforderungen an dieses zu stellen sind.

aa. Rechtsprechung

Nach der Rechtsprechung genügt als Opferverhalten im Rahmen der (räuberischen) Erpressung - entsprechend dem Wortlaut des § 253 I StGB - jedes Handeln, Dulden oder Unterlassen des Opfers (BGH, NStZ 1999, 350; NStZ-RR 1997, 321). D hat hier Geldscheine herausgegeben, was eine Handlung darstellt. Nach dieser Auffassung ist somit ein taugliches Opferverhalten gegeben.

bb. Herrschende Lehre (Verfügungstheorie)

Nach der herrschenden Meinung in der Literatur setzt die (räuberische) Erpressung - wegen ihrer strukturellen Nähe zu § 263 I StGB - ebenso wie der Betrug als Opferverhalten stets eine Vermögensverfügung voraus (Tröndle/Fischer, § 253 Rn. 9, § 255 Rn. 3; Wes-

sels/Hillenkamp, BT 2, Rn. 709 mwN), also ein Handeln, Dulden oder Unterlassen des Opfers, das sich unmittelbar vermögensmindernd auswirkt (Biletzki, Jura 1995, 636; Schönke/Schröder-Cramer, § 253 Rn. 8 mwN). Durch die Herausgabe der Geldscheine hat F unmittelbar Besitz und Gewahrsam an diesen verloren, so dass das Vermögen der F um diese Positionen gemindert wurde. Somit ist eine Vermögensverfügung und damit auch nach dieser Auffassung ein taugliches Opferverhalten gegeben.

cc. Zwischenergebnis

Nach beiden Auffassungen liegt ein taugliches Opferverhalten vor, so dass eine Streitentscheidung entbehrlich ist.

c. Vermögensnachteil

D müsste dem Vermögen der F einen Nachteil zugefügt haben.

Der Begriff des Vermögensnachteils i.S.v. § 253 I StGB ist inhaltlich identisch mit dem des Vermögensschadens i.S.v. § 263 I StGB (BGH, NStZ-RR 1998, 233; Lackner/Kühl, § 253 Rn. 4). Ein solcher liegt vor, wenn der Gesamtwert des Vermögens des Opfers oder eines Dritten nach dem tatbestandlichen Opferverhalten verringert ist, d.h. wenn das Opfer nach der Tat über weniger Vermögen verfügt als vorher; dies ist im Wege einer "Gesamtsaldierung" aller Vermögenswerte des Vermögensinhabers zu ermitteln (BGHSt 3, 102; NStZ 1997, 32; Tröndle/Fischer, § 263 Rn. 70).

Da das Vermögen der F durch die Übergabe der Geldscheine gemindert wurde (s.o.), wäre ein Vermögensnachteil nur dann nicht gegeben, wenn diese Minderung durch die Erlangung eines Äquivalents ausgeglichen würde. F hat jedoch keinen Ausgleich erhalten, so dass ein Vermögensnachteil vorliegt.

d. Kausalität

Die erforderliche Kausalität der Raubmittelanwendung für das Opferverhalten und des Opferhaltens für den Vermögensnachteil ist gegeben.

e. Vorsatz

D handelte vorsätzlich.

f. Absicht rechtswidriger und stoffgleicher Bereicherung

D müsste in der Absicht gehandelt haben, sich einen Vermögensvorteil zu verschaffen.

D wollte Besitz und Gewahrsam an den Geldscheinen erlangen, was ihm ermöglichen würde, mit diesen zu bezahlen, so dass es einen Vermögensvorteil darstellt. Da es auch das Ziel des D war, diesen Vermögensvorteil zu erlangen, hatte er eine entsprechende Absicht.

Die i.R.v. § 253 I StGB beabsichtigte Bereicherung muss stoffgleich sein, d.h. der vom Täter beabsichtigte Vermögensvorteil muss das Spiegelbild des Vermö-

gensnachteils beim Opfer darstellen, was dann der Fall ist, wenn beide aus demselben Opferverhalten resultieren (BGH, NStZ 2002, 254; Schönke/Schröder-Eser, § 253 Rn. 20). Hier entsprach der Vorteil, den D für sich wollte - Besitz und Gewahrsam an den Geldscheinen - genau dem Nachteil, den die F erlitt (s.o.); beide beruhten auch auf demselben Verhalten der F, nämlich der Herausgabe der Geldscheine.

Weiterhin müsste die beabsichtigte Bereicherung auch rechtswidrig sein. Dies ist dann der Fall, wenn sie der Rechtsordnung widerspricht, also dann, wenn der Täter keinen fälligen und einredefreien Anspruch auf den erstrebten Vorteil hat (Joecks, § 253 Rn. 17). D hatte keinen Anspruch auf Herausgabe des Geldes, so dass die beabsichtigte Bereicherung auch rechtswidrig war. Da es sich bei der Rechtswidrigkeit der beabsichtigten Bereicherung um ein objektives Tatbestandsmerkmal handelt, ist insofern Vorsatz erforderlich (BGH, NStZ 2002, 481; Tröndle/Fischer, § 253 Rn. 14 a mwN). D wusste, dass er keinen Anspruch auf die Übergabe des Geldes hatte, so dass er auch Vorsatz bzgl. der Rechtswidrigkeit der beabsichtigten Bereicherung hatte.

2. Qualifikation: § 250 II Nr. 1 StGB

D könnte auch den Qualifikationstatbestand des § 250 II Nr. 1 StGB verwirklicht haben. Die Qualifikationen der §§ 250, 251 StGB gelten auch für den Tatbestand der räuberischen Erpressung, da die Formulierung in § 255 StGB ("gleich einem Räuber zu bestrafen") nicht nur auf den Strafraum des § 249 I StGB verweist, sondern auch auf die Qualifikationen des Raubes (BGH, StV 1982, 575; Schönke/Schröder-Eser, § 255 Rn. 4). D müsste also bei der Tat eine Waffe oder ein anderes gefährliches Werkzeug verwendet haben.

Gefährliches Werkzeug i.S.v. § 250 II Nr. 1 StGB ist jedenfalls ein solches, das objektiv gefährlich ist, also geeignet, erhebliche Verletzungen zuzufügen (BGHSt 44, 103; StV 1999, 646). Dies ist bei einem Messer der Fall.

D müsste das Messer auch verwendet haben.

"Verwenden" i.S.v. § 250 II Nr. 1 StGB umfasst jeden Gebrauch des Werkzeugs, auch einen solchen im Rahmen einer Drohung (BGH, NStZ 1998, 174; Tröndle/Fischer, § 250 Rn. 7). D hat mit dem Messer gedroht (s.o.), dieses also auch gebraucht.

Da D bzgl. der qualifizierenden Umstände auch vorsätzlich handelte, hat er den Tatbestand des § 250 II Nr. 1 StGB verwirklicht.

II. Rechtswidrigkeit und Schuld

D handelte auch rechtswidrig und schuldhaft. D ist strafbar gem. §§ 253 I, 255, 250 II Nr. 1 StGB.

C. Strafbarkeit des D wegen Unterschlagung gem. § 246 I StGB

Die mit verwirklichte Unterschlagung gem. § 246 I StGB tritt hinter die schwerer bestrafte schwere räube-

rische Erpressung zurück (§ 246 I a.E. StGB).

D. Strafbarkeit des D wegen räuberischen Angriffs auf Kraftfahrer gem. § 316 a I StGB

D könnte sich dadurch, dass er die F bei einem Halt mit dem Auto mit dem Messer bedrohte und sie so dazu zwang, das Geld herauszugeben, wegen räuberischen Angriffs auf Kraftfahrer gem. § 315 a I StGB strafbar gemacht haben.

I. Tatbestand

1. Verüben eines Angriffs auf Leib, Leben oder Entschlussfreiheit

D müsste zunächst einen Angriff auf Leib, Leben oder Entschlussfreiheit der F verübt haben.

a. Verüben eines Angriffs durch Angabe des Fahrtzieles

Dadurch, dass D der F ein zweites Fahrtziel nannte in dem Willen, sie dort zu überfallen, könnte er bereits einen Angriff auf ihre Entschlussfreiheit verübt haben. Ein Angriff auf die Entschlussfreiheit i.S.v. § 316 a I StGB setzt eine gegen die Entschlussfreiheit des Opfers gerichtete Handlung des Täters voraus, sofern das Opfer jedenfalls deren objektiven Nötigungscharakter wahrnimmt; allerdings muss das Opfer weder die feindliche Willensrichtung des Täters zu erkennen noch muss sich der Angriff bereits unmittelbar gegen das Vermögen des Opfers richten (BGH, NSTZ 2004, 207). Diese Voraussetzungen sind jedoch nicht gegeben, wenn der Täter listig dem Opfer ein neues Fahrtziel in dem Willen angibt, das Opfer dort zu überfallen (BGH, NSTZ 2004, 207; NK-Herzog, § 316 a Rn. 27; SK-Horn, § 316 a Rn. 4 a; Tröndle/Fischer, § 316 a Rn. 8; Maurach/Schroeder/Maiwald, BT 1, § 35 Rn. 51; Wolters, GA 2002, 303). Diese Beschränkung des Tatbestandes des § 316 a StGB auf den Einsatz von Nötigungsmitteln ergibt sich bereits aus dem Wortlaut der Vorschrift. Denn die Täuschung des Opfers durch den Täter hindert nicht dessen Entschluss und beeinträchtigt auch nicht seine Entschlussfreiheit, sondern bewirkt lediglich ein falsches Motiv für die vom Opfer weiterhin als frei empfundene Willensbildung und Willensbetätigung.

Durch die Angabe des zweiten Fahrtzieles hat D somit keinen Angriff auf die Entschlussfreiheit der F verübt.

b. Verüben eines Angriffs durch Bedrohung mit dem Messer

D könnte jedoch durch das Vorhalten des Messers am Fahrtende einen Angriff auf Leib, Leben und Entschlussfreiheit der F verübt haben.

Durch das Vorhalten des Messers hat D der F mit einer gegenwärtigen Gefahr für Leib und Leben gedroht (s.o.). Er hat durch die Anwendung dieses (qualifizierten) Nötigungsmittels einen Angriff auf Leib, Leben

und insbesondere Entschlussfreiheit der F verübt.

2. Taugliches Opfer

Der Angriff i.R.v. § 316 a StGB muss sich stets gegen den Führer eines Kraftfahrzeugs oder einen Mitfahrer richten. Da das Taxi im Zeitpunkt des durch D verübten Angriffs stand, könnte fraglich sein, ob die F im Tatzeitpunkt noch Führerin des Kraftfahrzeugs war.

Hierzu der BGH: "Nach dem Tatbestand des § 316 a StGB ist eine zeitliche Verknüpfung dergestalt erforderlich, dass das Opfer bei Verüben des Angriffs entweder Führer oder Mitfahrer eines Kraftfahrzeugs ist (BGHSt 49, 8, 11 f.). Führer eines Kraftfahrzeugs im Sinne dieser Vorschrift ist, wer das Fahrzeug in Bewegung zu setzen beginnt, es in Bewegung hält oder allgemein mit dem Betrieb des Fahrzeugs und/oder mit der Bewältigung von Verkehrsvorgängen beschäftigt ist (BGHSt 49, 8, 14; BGHR StGB § 316 a Abs. 1 Straßenverkehr 18; vgl. Sowada in LK 11. Aufl. § 316 a Rdn. 17 m.w.N.). Danach ist Führer des Kraftfahrzeugs stets derjenige, der es im Straßenverkehr in Bewegung hält. Befindet sich das Fahrzeug, in dem sich das (potenzielle) Tatopfer aufhält, nicht (mehr) in Bewegung, so ist darauf abzustellen, ob das Opfer als Fahrer (noch) mit der Bewältigung von Betriebs- oder Verkehrsvorgängen befasst ist (vgl. BGHSt 49, 8, 14). Bei einem verkehrsbedingten Halt, etwa an einer Rotlicht zeigenden Ampel (vgl. BGHR StGB § 316 a Abs. 1 Straßenverkehr 16), an einer geschlossenen Bahn-schranke oder in einem Stau, wird dies in der Regel zu bejahen sein, weil der Lenker eines Kraftfahrzeugs in einer solchen Situation - unabhängig davon, ob er den Motor weiterlaufen lässt oder kurzfristig ausstellt - seine Aufmerksamkeit weiter auch auf das Verkehrsgeschehen richten muss (vgl. BGHSt 49, 8, 15 m.w.N.).

Auch bei einem nicht verkehrsbedingten Halt bleibt der Fahrer, solange er sich in dem Fahrzeug aufhält und mit dessen Betrieb und/oder mit der Bewältigung von Verkehrsvorgängen beschäftigt ist, weiterhin Führer des Kraftfahrzeugs im Sinne des § 316 a StGB (vgl. BGHR StGB § 316 a Abs. 1 Straßenverkehr 17, 18, 19; BGH, Beschluss vom 17. Februar 2005 - 4 StR 537/04). Dies ist allerdings regelmäßig dann nicht der Fall, wenn das Tatopfer sein Fahrzeug zum Halten gebracht und den Motor ausgestellt hat (BGHSt 49, 8, 15; BGH, Beschlüsse vom 30. März 2004 - 4 StR 35 und 53/04).

So liegt es hier jedoch nicht, denn die Geschädigte [...] hatte [...] den Motor ihres Taxis weiter laufen lassen [...]. Die Annahme des Landgerichts, dass die geschädigte Taxifahrer[in] zum Zeitpunkt des Angriffs weiterhin Führer ihres Kraftfahrzeugs war [...], weil sie mit dem Betrieb ihres Fahrzeugs beschäftigt war [...], ist unter den hier gegebenen Umständen [nicht] zu be-
anstanden."

F war also im Tatzeitpunkt Führerin eines Kraftfahr-

zeugs und somit taugliches Opfer eines Tat gem. § 316 a StGB.

3. Ausnutzen der besonderen Verhältnisse des Straßenverkehrs

D müsste zu seinem Überfall die besonderen Verhältnisse des Straßenverkehrs ausgenutzt haben.

Hierzu führt der BGH aus: "Liegt nach den genannten Grundsätzen ein Angriff auf den Führer eines Kraftfahrzeugs im Sinne des § 316 a StGB vor, ist in einem zweiten Schritt zu prüfen, ob der Täter 'dabei die besonderen Verhältnisse des Straßenverkehrs' ausgenutzt hat (vgl. nur BGHR StGB § 316 a Abs. 1 Straßenverkehr 16 bis 19; zur eigenständigen Bedeutung des opferbezogenen Tatbestandsmerkmals der besonderen Verhältnisse des Straßenverkehrs vgl. Sowada aaO § 316 a Rdn. 37; Duttge/Nolden JuS 2005, 193, 197). Danach ist erforderlich, dass der tatbestandsmäßige Angriff gegen das Tatopfer als Kraftfahrzeugführer unter Ausnutzung der spezifischen Bedingungen des Straßenverkehrs begangen wird (BGHSt 49, 8, 11). Das ist objektiv der Fall, wenn der Führer eines Kraftfahrzeugs im Zeitpunkt des Angriffs noch in einer Weise mit der Beherrschung seines Kraftfahrzeugs und/oder mit der Bewältigung von Verkehrsvorgängen beschäftigt ist, dass er gerade deshalb leichter zum Angriffsobjekt eines Überfalls werden kann (vgl. BGHSt 49, 8, 14 f. m.w.N.; BGHR StGB § 316 a Abs. 1 Straßenverkehr 16 bis 19). Für das Ausnutzen der darin liegenden besonderen Verhältnisse des Straßenverkehrs ist in subjektiver Hinsicht allerdings nicht zu verlangen, dass der Täter eine solche Erleichterung seines Angriffs zur ursächlichen Bedingung seines Handelns macht; vielmehr genügt es, dass er sich - entsprechend dem Ausnutzungsbewusstsein bei der Heimtücke nach § 211 Abs. 2 StGB (vgl. BGHR StGB § 211 Abs. 1 Heimtücke 1, 9, 11, 26) - in tatsächlicher Hinsicht der die Abwehrmöglichkeiten des Tatopfers einschränkenden besonderen Verhältnisse des Straßenverkehrs bewusst ist (vgl. Sowada aaO Rdn. 43). Welche Anforderungen an die Darlegung der Voraussetzungen dieses Tatbestandsmerkmals in den Urteilsgründen zu stellen sind, hängt von den Umständen des Einzelfalles ab:

Verübt der Täter den Angriff auf den Führer eines Kraftfahrzeugs im fließenden Verkehr, ist dies ein gewichtiges Indiz dafür, dass er dabei auch die besonderen Verhältnisse des Straßenverkehrs ausnutzt. Im fließenden Verkehr ist dem Führer eines Kraftfahrzeugs infolge der Beanspruchung durch das Lenken des Fahrzeugs wegen der damit verbundenen Konzentration auf die Verkehrslage und die Fahrzeugbedienung bei einem Angriff eine Gegenwehr erschwert (vgl. BGHSt 38, 196, 197), so dass er gerade deshalb leichter Opfer eines räuberischen Angriffs werden kann (vgl. BGHSt 49, 8, 14 f. m.w.N.). Einer besonderen Begründung durch den Tatrichter bedarf es daher re-

gelmäßig nicht.

Diese Gesichtspunkte gelten auch dann, wenn das Kraftfahrzeug während der Fahrt verkehrsbedingt - und mit laufendem Motor - hält und der Fahrer darauf wartet, seine Fahrt zugleich nach Veränderung der Verkehrssituation fortsetzen zu können und sich das Fahrzeug mithin - trotz des vorübergehenden Halts - weiterhin im fließenden Verkehr befindet (vgl. BGHSt 38, 196, 197 f.), wie etwa bei einem Halt an einer Rotlicht zeigenden Ampel (vgl. BGHSt 49, 8, 14 f.; BGHR StGB § 316 a Abs. 1 Straßenverkehr 16).

Grundsätzlich kann auch bei einem Halt aus anderen Gründen infolge spezifischer Bedingungen des Straßenverkehrs eine Gegenwehr des angegriffenen Kraftfahrzeugführers erschwert sein. Eine Erschwerung der Gegenwehr, wie sie dem fließenden Verkehr eigentümlich ist (vgl. BGHSt 38, 196, 197), folgt bei einem nicht verkehrsbedingten Halt jedoch nicht ohne weiteres daraus, dass der Motor noch läuft und der Fahrer deshalb zum Zeitpunkt des Angriffs noch mit dem Betrieb des Fahrzeugs beschäftigt ist. So liegt bei einem nicht verkehrsbedingten Halt mit laufendem Motor außerhalb der allgemeinen Fahrbahn (etwa in einer Parkbucht oder einer Einfahrt) ohne eingelegten Gang bei angezogener Handbremse eine Erschwerung der Gegenwehr gerade infolge der spezifischen Bedingungen des Straßenverkehrs regelmäßig dann nicht vor, wenn der Kraftfahrzeugführer, wie etwa der Taxifahrer beim Kassieren des Fahrpreises, seine Aufmerksamkeit nicht in erster Linie auf das Führen des Fahrzeugs, sondern auf andere Tätigkeiten richtet.

Bei einem nicht verkehrsbedingten Halt - wie er hier jeweils zugrunde lag - müssen daher, was der Tatrichter im einzelnen darzulegen hat, neben der Tatsache, dass der Motor des Kraftfahrzeuges noch läuft, weitere verkehrsspezifische Umstände vorliegen, aus denen sich ergibt, dass das Tatopfer als Kraftfahrzeugführer zum Zeitpunkt des Angriffs noch in einer Weise mit der Beherrschung des Fahrzeugs und/oder mit der Bewältigung von Verkehrsvorgängen beschäftigt war, dass es gerade deshalb leichter Opfer des räuberischen Angriffs wurde und der Täter dies für seine Tat ausnutzte (vgl. BGHR StGB § 316 a Abs. 1 Straßenverkehr 18).

So kann ein Ausnutzen der spezifischen Bedingungen des Straßenverkehrs dann gegeben sein, wenn der Angriff 'unmittelbar' im Zusammenhang mit dem Anhaltevorgang verübt wird (vgl. BGH, Beschluss vom 2. Dezember 2003 - 4 StR 471/03), wenn sich das Fahrzeug nach dem Anhalten mit laufendem Motor während der heftigen Gegenwehr seines angegriffenen Führers plötzlich in Bewegung setzt (vgl. BGH, Beschluss vom 4. Dezember 2003 - 4 StR 498/03), wenn der Fahrer das Automatikgetriebe auf Dauerbetrieb belässt und mit dem Fuß auf der Bremse bleibt, um das Weiterrollen des Fahrzeugs zu verhindern (vgl. BGHR StGB § 316 a Abs. 1 Straßenverkehr 17) oder wenn

der Fahrer nach einem Blick in den Rückspiegel, um zu prüfen, ob an dieser Stelle ein Anhalten gefahrlos möglich ist, sein Fahrzeug mit laufendem Motor auf einer schmalen Kreisstraße ohne Randstreifen anhält, um einen Anhalter aussteigen zu lassen (vgl. BGH, Beschluss vom 17. Februar 2005 - 4 StR 537/04).

Solche Umstände, die ein Ausnutzen der besonderen Verhältnisse des Straßenverkehrs durch [den] Angeklagten belegen, hat das Landgericht jedoch nicht festgestellt; sie sind auch dem Gesamtzusammenhang der Urteilsgründe nicht ohne weiteres zu entnehmen.”

D hat also nicht die besonderen Verhältnisse des Straßenverkehrs ausgenutzt.

II. Ergebnis

D ist nicht strafbar gem. § 316 a I StGB.

E. Gesamtergebnis und Konkurrenzen

D hat sich wegen schwerer räuberischer Erpressung gem. §§ 253 I, 255, 250 II Nr. 1 StGB strafbar gemacht.

*Literaturauswertung**Öffentliches Recht*

Autor/Titel:	Böhm, Klaus Michael: "Das Europäische Haftbefehlsgesetz und seine rechtsstaatlichen Mängel"
Fundstelle:	NJW 2005, 2588 (Heft 36)
Inhalt:	Kurze Besprechung des BVerfG-Urteils zum Europäischen Haftbefehl (BVerfG, RA 2005, 491 = NJW 2005, 2289), das in der letzten RA als Urteil in Fallstruktur behandelt wurde. Der Autor stimmt dem Urteil i.E. zu, teilt jedoch die von Richterin Lübke-Wolff in ihrem Sondervotum geäußerten Bedenken hinsichtlich der praktischen Auswirkungen der vollständigen Aufhebung des Gesetzes ohne Übergangsfrist.

Autor/Titel:	Schoch, Friedrich: "Verordnungen zur Gefahrenabwehr"
Fundstelle:	Jura 2005, 600 (Heft 9)
Inhalt:	Der Beitrag liefert einen Überblick über die Rechtsverordnung als Mittel der Gefahrenabwehr. Nachdem der Autor sie zu anderen Handlungsformen der Verwaltung (Satzung, Allgemeinverfügung) abgegrenzt hat, geht er auf alle mit ordnungsbehördlichen Verordnungen zusammen hängenden Examensprobleme ein (Rechtsgrundlagen, formelle Rechtmäßigkeit, materielle Rechtmäßigkeit, Bestimmtheit, Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht, Ermessensfehler usw.).

Autor/Titel:	Steinbarth, Sebastian: "Unmittelbare Wirkung von EG-Richtlinien und richtlinienkonforme Auslegung des innerstaatlichen Rechts in der Rechtsprechung des EuGH"
Fundstelle:	Jura 2005, 607 (Heft 9)
Inhalt:	Der Autor fasst die Entwicklung der Rechtsprechung des EuGH zur unmittelbaren innerstaatlichen Geltung von EG-Richtlinien anschaulich zusammen. Die richtlinienkonforme Auslegung nationaler Rechtsakte nimmt dabei einen besonders breiten Raum ein.

Zivilrecht

Autor/Titel:	Joussen, Jacob: "Der gesetzliche Übergang der Hypothek"
Fundstelle:	Jura 2005, 577 (Heft 9)
Inhalt:	Der Autor greift in diesem Beitrag die verschiedenen Rechtsfolgen auf, die sich im Falle der Bezahlung einer hypothekarisch gesicherten Forderung für das weitere Schicksal des Grundpfandrechts ergeben. Er stellt hierbei deutlich heraus, dass danach zu differenzieren ist, ob Schuldner der gesicherten Forderung und Eigentümer des belasteten Grundstücks identische oder verschiedene Personen sind. Weiter ist bei Personenverschiedenheit darauf zu achten, wer bezahlt und ob aus dieser Zahlung Regressforderungen gegen den jeweils anderen Beteiligten resultieren. Die häufig als sehr schwierig empfundenen "Zahlungsfälle" des Hypothekenrechts werden so anschaulich zusammengefasst.

Autor/Titel:	Weiler, Frank: "Der Zugang von Willenerklärungen"
Fundstelle:	JuS 2005, 788 (Heft 9)
Inhalt:	Dieser Lernbeitrag beschäftigt sich mit der Bedeutung und den Voraussetzungen des Zugangs empfangsbedürftiger Willenserklärungen. Es werden verschiedene Kommunikationssituationen (Austausch von Erklärungen unter Anwesenden / Abwesenden) und Kommunikationsmittel (verkörperte / nicht verkörperte Willenserklärungen) behandelt und die Bedeutung von Zugangshindernissen dargestellt. Der Beitrag ermöglicht so die Wiederholung oder Vertiefung eines klassischen Themengebiets des BGB-AT.

Autor/Titel:	Hoffmann, Helmut: "Die Entwicklung des Internetrechts bis Mitte 2005"
Fundstelle:	NJW 2005, 2595 (Heft 36)
Inhalt:	Die Erfassung von Rechtsproblemen in Verbindung mit der weiter an Bedeutung zunehmenden Kommunikationsplattform Internet mit Hilfe der Vorschriften des BGB, aber auch weiterer Rechtsquellen wie etwa des reformierten UWG oder des Teledienstgesetzes (TDG) nimmt weiter breiten Raum in der aktuellen Rechtsprechung. Die jüngsten Entwicklungen der Rechtsprechung, etwa die Annahme eines Widerrufsrechts des Verbrauchers bei ebay-Auktionen trotz § 312 d IV Nr. 5 BGB oder die Frage der Entgeltzahlungspflicht eines Anschlussinhabers nach Einwahl eines sog. "Dialers" werden hier zusammengefasst dargestellt.

Strafrecht

Autor/Titel:	Swoboda, Sabine: "Betrug und Erpressung im Drogenmilieu: Abschied von einem einheitlichen Vermögensbegriff"
Fundstelle:	NStZ 2005, 476 (Heft 9)
Inhalt:	Gerade bei der Begehung von Vermögensstraftaten im Ganovenumfeld stellt sich häufig die Frage nach der Definition des Vermögensbegriffs im Strafrecht, der gerade in der Literatur heftig umstritten ist. In ihrem Aufsatz geht die Verfasserin allerdings nur auf die Rechtsprechung ein. Sodann entwickelt sie einen eigenen Lösungsvorschlag, für den die zivilrechtliche Generalklausel des § 242 BGB den entscheidenden Leitgedanken liefern soll.

Autor/Titel:	Rotthaus, K. P.: "Ergänzende Erhebungen über die Verhängung und die vorzeitige Beendigung der lebenslangen Freiheitsstrafe"
Fundstelle:	NStZ 2005, 482 (Heft 9)
Inhalt:	Ein beliebter (wohl durch § 57 a StGB ausgelöster) Irrtum auch bei Jurastudenten ist die Annahme, eine "lebenslange" Freiheitsstrafe betrage tatsächlich nur 15 Jahre. Der Autor stellt dies richtig, plädiert für eine Reform der Tötungsdelikte (die eigentlich schon lange beschlossen ist) und betont die Bedeutung der Erfassung statistischer Daten, um eine solche Reform sinnvoll durchführen zu können.

Autor/Titel:	Schiemann, Anja: "Mord oder Totschlag? - Kannibalismus und die Grenze des Strafrechts (BGH, NJW 2005, 1876)"
Fundstelle:	NJW 2005, 2350 (Heft 33)
Inhalt:	Die Verfasserin überprüft die Entscheidung des BGH in einem der aufsehenerregendsten Fälle der jüngsten Vergangenheit (= RA 2005, 358), wobei sie Schwächen im Ergebnis und in der Argumentation des BGH aufzeigt.