

Öffentliches Recht

Standort: Grundrechte

Problem: Kunstfreiheit gegenüber dem Künstler

BVERFG, BESCHLUSS VOM 27.07.2005
1 BVR 2501/04 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Die Beschwerdeführerin (Bf.), eine Tonträgerproduzentin, schloss mit dem Sänger X N 1998 einen Künstlervertrag ab, über dessen Inhalt und Wirksamkeit die Vertragsparteien vor Gericht stritten. Das LG wies die Auskunfts- und Schadensersatzklage der Bf. ab, da der Künstlervertrag wegen Sittenwidrigkeit nichtig sei. Der Vertrag unterwerfe X N weitgehend der Disposition der Bf., die praktisch alle Entscheidungen im Zusammenhang mit der Betätigung des Künstlers als Musiker kontrolliere. Zudem könne sich X N von dem Vertrag praktisch nicht mehr lösen. Die hiergegen gerichteten Rechtsmittel blieben vor dem OLG und dem BGH ohne Erfolg, woraufhin die Bf. schließlich Verfassungsbeschwerde erhob, mit der sie sich im Wesentlichen auf ihre Kunstfreiheit und die Privatautonomie berief.

Das BVerfG führt aus, dass die Kunstfreiheit zwar grundsätzlich auch allen Personen zustehe, die daran mitwirken, ein Kunstwerk geschäftsmäßig zu vertreiben. Die Kunstfreiheit werde jedoch um des künstlerischen Schaffens willen gewährleistet, während die Vermittlung des Kunstwerks demgegenüber eine dienende Funktion habe. Diese dienende Funktion schließe jedenfalls dann eine Inanspruchnahme des Grundrechts durch den Mittler aus, wenn dieser damit kein künstlerisches Konzept, sondern – wie im vorliegenden Fall – kommerzielle Interessen gegenüber dem Künstler verfolge.

Zur Privatautonomie wird ausgeführt, dass diese zwar von Art. 2 I GG geschützt sei, das Kriterium der Sittenwidrigkeit als Grenze der Privatautonomie verfassungsrechtlich aber nicht zu beanstanden sei. Der Staat habe sogar die Pflicht, zum Schutze des Schwächeren gegen den Stärkeren einzuschreiten, wenn eine gewisse Grenze überschritten sei, um die Grundrechte des Schwächeren nicht faktisch leerlaufen zu lassen ("Schutzpflicht des Staates"). Darüber zu entscheiden, ob im Einzelfall Sittenwidrigkeit vorgelegen habe oder nicht, sei letztlich Sache der Fachgerichte.

Prüfungsrelevanz:

Die Entscheidung hat zum einen für Aufsehen gesorgt, weil sie einen der prominentesten Musiker Deutsch-

lands betrifft und dessen Rechtsstreit mit seiner ehemaligen Plattenfirma beendet, der sich über Jahre hinweg. Sie ist aber auch juristisch interessant:

1. Es handelte sich um einen Rechtsstreit zwischen Privatrechtssubjekten. Zwischen diesen gelten die Grundrechte, welche zunächst nur den Staat verpflichten (vgl. Art. 1 III GG), zumindest nicht unmittelbar. Zwar mögen die Urteile der Zivilgerichte Judikativakte und damit tauglicher Beschwerdegegenstand einer Verfassungsbeschwerde sein; eine Beschwerdebefugnis i.S.d. § 90 I BVerfGG setzt aber immer zumindest die Möglichkeit einer Grundrechtsverletzung voraus. An einer solchen könnte es fehlen, wenn die Grundrechte in dem streitigen Rechtsverhältnis keine Geltung hätten. Anders formuliert: Ein Urteil eines Zivilgerichts kann nicht gegen Grundrechte verstoßen, wenn diese vom Gericht gar nicht zu prüfen waren, weil sie keine Anwendung fanden. Jedoch ist anerkannt, dass die Grundrechte im Zivilrecht zumindest mittelbar über die Generalklauseln Anwendung finden, hier also über den Begriff "Sittenwidrigkeit" i.S.d. § 138 BGB. Das BVerfG, welches diese mittelbare Drittwirkung der Grundrechte in st.Rspr. vertritt (vgl. nur BVerfGE 89, 214 [229]; 103, 89 [100]), geht hierauf in dem vorliegenden Beschluss nur noch kurz ein.

2. Das BVerfG bestätigt seine Rspr. zur Kunstfreiheit, wonach diese nicht nur dem Künstler, sondern auch Dritten zukomme, die mit der Verbreitung der Kunst zu tun haben. Soweit ersichtlich ist dies aber das erste Mal, dass ein Dritter die Kunstfreiheit gegen den Künstler ins Feld führt. Dieser Möglichkeit erteilt das BVerfG eine kategorische Absage.

3. Die Entscheidung sollte schließlich zum Anlass genommen werden, die verschiedenen Kunstbegriffe zu wiederholen: Das BVerfG vertritt seit seiner grundlegenden "Mephisto"-Entscheidung (BVerfGE 30, 173, 189 ff.) einen offenen Kunstbegriff, wonach sich die Kunst wegen ihrer Dynamik jeder statischen Definition entziehe, jedoch durch Kriterien des schöpferischen Gestaltens ("Werkbereich") und der vielschichtigen Deutungsmöglichkeiten für den Betrachter ("Wirkbereich") geprägt werde. Daneben gibt es zahllose andere Kunstbegriffe wie den formellen, nach dem es auf die Einordnung in bestimmte anerkannte Kunstformen wie Malerei, Bildhauerei usw. ankommt, und den materiellen, der allein das schöpferische Gestalten in den Vordergrund stellt. Einigkeit besteht - soweit ersicht-

lich - jedenfalls darüber, dass es zur Bestimmung der Kunst nicht allein auf die Sicht des Künstlers selbst (Beuys: "Jeder Mensch ist ein Künstler"), Mehrheitsauffassungen ("gesundes Volksempfinden") oder gar wertende Kriterien (gut oder schlecht, hübsch oder hässlich) ankommen kann.

Vertiefungshinweise:

- Schutz der Kunstfreiheit: BVerfGE 77, 240 [253 ff.]; 81, 278 [292 ff.]; 83, 130 [138 ff.]
- Erstreckung der Kunstfreiheit auf andere Personen als den Künstler: BVerfGE 81, 278 [292]; 36, 321 [331]; 30, 173 [191]; NJW 2001, 598
- Schutz der Privatautonomie: BVerfGE 72, 155 [170]; 81, 242 [254]; 89, 214 [231]; 103, 89 [100]

Kursprogramm:

- Examenskurs : "Ernie der Flitzer"
- Examenskurs : "Der anachronistische Zug"

Sachverhalt:

Die Beschwerdeführerin (Bf.), ein Tonträgerunternehmen, schloss mit dem Beklagten des Ausgangsverfahrens 1998 einen Künstlervertrag ab, dessen Wirksamkeit, Inhalt und Verpflichtungsgehalt Gegenstand des Ausgangsverfahrens waren. Zum Produktionsumfang enthielt der Vertrag in Ziffer 4.1.1 die Verpflichtung des Künstlers, pro Vertragsjahr einen Langspieltonträger mit zehn bisher unveröffentlichten Aufnahmen zu produzieren. Im Falle einer Nichteinigung über die aufzunehmenden Titel und ihre Zahl räumte der Vertrag der Bf. die Letztentscheidungsbefugnis ein. Ebenso sollte die endgültige Entscheidung über Produktionsort, -zeit, -dauer sowie die Produktionsdetails, Inhalt, Gestaltung und Durchführung von Bildtonträgern sowie Zeitpunkt, Ort, Art, Dauer und Form der Veröffentlichung der Aufnahmen in der endgültigen Entscheidung der Bf. liegen. Zur Vertragsdauer enthielt Ziffer 9 die Regelung:

"Dieser Vertrag wird auf die Dauer von einem (1) Jahr ab dem 01.10.1997 abgeschlossen. Ein Vertragsjahr endet jedoch frühestens sechs (6) Monate nach Veröffentlichung der jeweils letzten vertragsgegenständlichen Produktion gemäß Ziff. 4.1.1 bzw. nicht vor Ablauf von vier (4) Wochen, nachdem [die Bf.] schriftlich aufgefordert hat, mitzuteilen, ob [sie] von einer der in Ziffer 9.2 geregelten Optionen Gebrauch zu machen wünscht, je nachdem welcher Zeitpunkt später liegt. [Ihr] wird eine Option auf Verlängerung des Vertrages um viermal (4x) ein (1) Jahr eingeräumt."

Zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses betätigte sich der Beklagte bereits in einer Künstlergruppe, mit der er auch auftrat. Die aufgrund der Zusammenarbeit mit der Bf. entstandenen Tonträgeraufnahmen des Beklagten erwiesen sich in der Folgezeit als ungewöhnlich

erfolgreich. Im Mai 1999 teilte die Bf. dem Beklagten mit, sie übe das Optionsrecht für das zweite Vertragsjahr aus, die letzte Single des ersten Vertragsjahres werde voraussichtlich am 4. Oktober 1999 veröffentlicht, so dass Beginn des zweiten Vertragsjahres der 3. April 2000 sei. Im März 2001 erklärte die Bf. die Ausübung der Option auf das dritte Vertragsjahr.

Nachdem der Beklagte mehrfach die Kündigung des Künstlervertrags aus wichtigem Grund ausgesprochen hatte, erhob die Bf. Klage auf Auskunft über die Verwertung diverser Tonträger, die der Beklagte unter anderem mit der Künstlergruppe aufgenommen hatte, und begehrte Schadensersatz wegen der Verletzung des Künstlervertrags. Das Landgericht wies mit Urteil vom 19. April 2002 die Klage ab. Die Bf. könne keine Ansprüche aus dem Künstlervertrag geltend machen; denn dieser sei gemäß § 138 Abs. 1 BGB sittenwidrig und damit nichtig. Der Vertrag unterwerfe den Beklagten weitestgehend der Dispositions- und Entscheidungsbefugnis der Bf. Er schränke damit die künstlerische Freiheit des Beklagten als ausübendem Künstler weitestgehend zugunsten der Bf. ein. Praktisch alle Entscheidungen im Zusammenhang mit der Betätigung des Beklagten als Musiker stünden nach dem Vertrag letztlich der Bf. zu. Schwersten Bedenken sei auch die Vergütungs- und Abrechnungsregelung des Vertrags ausgesetzt. Diese den Beklagten einseitig belastenden Regelungen könnten von der Bf. aufgrund der Laufzeitregelung des Vertrags in nicht mehr hinnehmbarer Weise zeitlich ausgedehnt werden. Auch die behauptete Branchenüblichkeit einzelner Bestimmungen des Vertrags ändere nichts an der Beurteilung der Gesamtregelung. Es gebe zudem kein Sonderrecht der Musikbranche, dass in diesem Bereich eine massive Benachteiligung einer Partei zugunsten der anderen hinzunehmen sei. Das für die Sittenwidrigkeit nach § 138 Abs. 1 BGB erforderliche subjektive Moment habe vorgelegen. Der Künstlervertrag sei damit als wucherähnliches Rechtsgeschäft insgesamt nichtig. Eine Reduktion der Klausel Ziffer 9.1 auf eine "Kernlaufzeit" von einem Kalenderjahr mit vier Verlängerungsoptionen griffe zu tief in das Regelungssystem des Vertrags ein; da die Nichtigkeit an die Gesamtheit der Regelungen anknüpfe, sei eine geltungserhaltende Reduktion nicht möglich, ohne den Vertrag sozusagen "neu aufzusetzen", wozu das Gericht nicht berufen sei. Das Oberlandesgericht wies die Berufung der Bf. mit Urteil vom 9. Juli 2003 zurück. Mit Beschluss vom 7. Oktober 2004 wies der Bundesgerichtshof die Nichtzulassungsbeschwerde der Bf. als unbegründet zurück. Die Bf. rügt mit ihrer gegen die drei zivilgerichtlichen Entscheidungen gerichteten Verfassungsbeschwerde die Verletzung von Art. 2 Abs. 1 und Art. 5 Abs. 3 in Verbindung mit Art. 19 Abs. 3 GG. Sie könne sich neben der Vertragsfreiheit des Art. 2 Abs. 1 GG und der darin geschützten Privatautonomie mit der Gewährleistung von Abschluss- und Inhaltsfreiheit auch

auf das Grundrecht der Kunstfreiheit aus Art. 5 Abs. 3 GG berufen. Dieses Grundrecht schütze nicht nur den Werkbereich des Künstlers, sondern auch den Wirkungsbereich; das Bundesverfassungsgericht erstrecke den Schutz der Kunstfreiheit auf die unentbehrliche Mittlerfunktion zwischen Künstler und Publikum. Damit erfasse der Schutzbereich auch Verleger, Galeristen oder wie hier Tonträgerunternehmen.

Aus den Gründen:

Die Verfassungsbeschwerde ist nicht zur Entscheidung anzunehmen, weil die Annahmenvoraussetzungen des § 93 a Abs. 2 BVerfGG nicht vorliegen. Der Verfassungsbeschwerde kommt weder eine grundsätzliche verfassungsrechtliche Bedeutung zu noch ist ihre Annahme zur Durchsetzung der Rechte der Bf. angezeigt.

A. Keine grundsätzliche Bedeutung

Die Voraussetzungen einer Verletzung der von Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG geschützten Kunstfreiheit sind ebenso geklärt wie die Reichweite und die Schranken der Privatautonomie in Art. 2 Abs. 1 GG.

B. Keine Grundrechtsverletzung erkennbar

Die Verfassungsbeschwerde hat keine Aussicht auf Erfolg.

I. Kunstfreiheit

Die angegriffenen Entscheidungen verletzen die Bf. nicht in dem Recht auf Kunstfreiheit aus Art. 5 Abs. 3 in Verbindung mit Art. 19 Abs. 3 GG.

1. Kunstbegriff

Die Kunstfreiheitsgarantie betrifft in gleicher Weise den "Werkbereich" wie den "Wirkbereich" des künstlerischen Schaffens. Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG schützt, wie das Bundesverfassungsgericht in der Mephisto-Entscheidung (BVerfGE 30, 173 [189]) ausgeführt hat, nicht nur die künstlerische Betätigung, sondern darüber hinaus auch die Darbietung und Verbreitung des Kunstwerks, die für die Begegnung mit dem Werk als einem kunstspezifischen Vorgang sachnotwendig ist. Die Ausstrahlungswirkung dieser Verfassungsbestimmung erstreckt sich daher auf die Medien (Kommunikationsmittel), da sie durch Vervielfältigung, Verbreitung und Veröffentlichung die zwischen Künstler und Publikum unentbehrliche Mittlerfunktion ausüben (vgl. BVerfGE 36, 321 [331]). Dieser "Wirkbereich", in dem der Öffentlichkeit Zugang zu dem Kunstwerk verschafft wird, ist der Boden, auf dem die Freiheitsgarantie des Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG vor allem erwachsen ist (vgl. BVerfGE 30, 173 [189]).

2. Personaler Schutzbereich

a. Grundsätzliche Erstreckung auf Dritte

Soweit es daher zur Herstellung der Beziehungen zwi-

schen Künstler und Publikum der publizistischen Medien bedarf, sind auch die Personen durch die Kunstfreiheitsgarantie geschützt, die hier eine solche vermittelnde Tätigkeit ausüben (vgl. BVerfGE 30, 173 [191]). Dementsprechend hat das Bundesverfassungsgericht auch dem Schallplattenhersteller (vgl. BVerfGE 36, 321 [331]) und dem Verleger (vgl. BVerfGE 30, 173 [191]; BVerfG, 2. Kammer des Ersten Senats, Beschluss vom 29. Juni 2000 – 1 BvR 825/98 -, NJW 2001, S. 598) grundsätzlich die Berufung auf das Grundrecht aus Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG gestattet, ebenso allen Personen, die daran mitwirken, ein Kunstwerk geschäftsmäßig zu vertreiben (vgl. BVerfGE 81, 278 [292]). Hiernach ist die Berufung auch eines Tonträgerunternehmens auf das Grundrecht aus Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG nicht generell ausgeschlossen.

b. Ausnahme: Nicht im Verhältnis zum Künstler

Im vorliegenden Fall fällt jedoch die konkrete Handlung, wegen derer die Bf. sich auf die Kunstfreiheit beruft, nicht in den Schutzbereich des Grundrechts. Die Bf. begehrt den Schutz der Kunstfreiheit für den Abschluss eines Künstlervertrags, bei dem ihr der Künstler als Vertragspartner gegenübersteht und durch den die Vermarktung der von ihm zu schaffenden Kunstwerke geregelt werden soll. Nach ihrer Auffassung soll in einer auf den Ausgleich widerstreitender Grundrechte gerichteten Abwägung die von ihr in Anspruch genommene Kunstfreiheit des Wirkungsbereichs derjenigen des Künstlers für den Werkbereich gegenübergestellt werden. Die Kunstfreiheit wird jedoch um des künstlerischen Schaffens willen gewährleistet, während die Vermittlung des Kunstwerks demgegenüber eine dienende Funktion hat (vgl. BVerfGE 77, 240 [253]). Diese dienende Funktion schließt jedenfalls eine Inanspruchnahme des Grundrechts durch den Mittler dann aus, wenn dieser damit kein künstlerisches Konzept, sondern kommerzielle Interessen gegenüber dem Künstler durchzusetzen beabsichtigt.

II. Allgemeine Handlungsfreiheit

Die Entscheidungen verkennen auch nicht die Bedeutung der in Art. 2 Abs. 1 GG geschützten Privatautonomie der Bf.

1. Schutzbereich betroffen

a. Mittelbare Wirkung von Grundrechten im Zivilrecht

Im Privatrechtsverkehr entfalten die Grundrechte ihre Wirkkraft als verfassungsrechtliche Wertentscheidungen durch das Medium der Vorschriften, die das jeweilige Rechtsgebiet unmittelbar beherrschen, damit vor allem durch die zivilrechtlichen Generalklauseln (vgl. BVerfGE 89, 214 [229]; 103, 89 [100]). Der Staat hat auch insoweit die Grundrechte des Einzelnen zu schützen und vor Verletzung durch andere zu bewahren

(vgl. BVerfGE 103, 89 [100] m.w.N.). Den Gerichten obliegt es, diesen grundrechtlichen Schutz durch Auslegung und Anwendung des Rechts zu gewähren und im Einzelfall zu konkretisieren. Ihrer Beurteilung und Abwägung von Grundrechtspositionen im Verhältnis zueinander kann das Bundesverfassungsgericht nur dann entgegenreten, wenn eine angegriffene Entscheidung Auslegungsfehler erkennen lässt, die auf einer grundsätzlich unrichtigen Auffassung von der Bedeutung eines Grundrechts, insbesondere vom Umfang seines Schutzbereiches, beruhen und auch in ihrer materiellen Bedeutung für den Rechtsfall von einigem Gewicht sind (vgl. BVerfGE 18, 85 [93]; 42, 143 [149]; 103, 89 [100]; stRspr). Dies ist vorliegend nicht der Fall.

b. Schutz der Privatautonomie

Durch Art. 2 Abs. 1 GG wird das Prinzip der eigenen Gestaltung der Rechtsverhältnisse durch den Einzelnen nach seinem Willen gewährleistet (vgl. BVerfGE 72, 155 [170]). Die Vertragspartner bestimmen selbst, wie ihre gegenläufigen Interessen angemessen auszugleichen sind, und verfügen damit zugleich über ihre grundrechtlich geschützten Positionen ohne staatlichen Zwang (vgl. BVerfGE 81, 242 [254]). Wechselseitige Bindung und Freiheitsausübung finden so ihre Konkretisierung. Der zum Ausdruck gebrachte übereinstimmende Wille der Vertragsparteien lässt deshalb in der Regel auf einen durch den Vertrag hergestellten sachgerechten Interessenausgleich schließen, den der Staat grundsätzlich zu respektieren hat (vgl. BVerfGE 81, 242 [254]; 103, 89 [100]).

2. Schranken

Die durch Art. 2 Abs. 1 GG gewährleistete Privatauto-

nomie setzt aber voraus, dass die Bedingungen der Selbstbestimmung des Einzelnen auch tatsächlich gegeben sind. Ist aufgrund einer besonders einseitigen Aufbürdung von vertraglichen Lasten und einer erheblich ungleichen Verhandlungsposition der Vertragspartner ersichtlich, dass in einem Vertragsverhältnis ein Partner ein solches Gewicht hat, dass er den Vertragsinhalt faktisch einseitig bestimmen kann, ist es Aufgabe des Rechts, auf die Wahrung der Grundrechtspositionen beider Vertragspartner hinzuwirken, um zu verhindern, dass sich für einen Vertragsteil die Selbstbestimmung in eine Fremdbestimmung verkehrt (BVerfGE 89, 214 [232]; 103, 89 [100 f.]). Hier greifen ergänzend solche zivilrechtlichen Generalklauseln ein, die als Übermaßverbote wirken, vor allem die §§ 138, 242, 315 BGB. Der entsprechende Schutzauftrag des Grundrechts richtet sich dann an den Richter, der den objektiven Grundentscheidungen der Grundrechte in Fällen gestörter Vertragsparität mit den Mitteln des Zivilrechts Geltung zu verschaffen hat (vgl. BVerfGE 81, 242, [256]).

Die Annahme der Gerichte, der zwischen der Bf. und dem Beklagten des Ausgangsverfahrens geschlossene Künstlervertrag lasse es in erheblichem Maße an einem gerechten Interessenausgleich mangeln, so dass er als sittenwidrig im Sinne des § 138 Abs. 1 BGB anzusehen sei, lässt keine Auslegungsfehler erkennen, die auf einer grundsätzlich unrichtigen Auffassung von der Bedeutung des auf Seiten der Bf. betroffenen Grundrechts aus Art. 2 Abs. 1 GG beruhen. Insbesondere ist nicht festzustellen, dass die Fachgerichte in der gebotenen Abwägung die Grundrechte des beklagten Künstlers einseitig hervorgehoben und die Grundrechte der Bf. verkannt hätten [wird ausgeführt].

Standort: Pressefreiheit Problem: Mittelbarer Eingriff durch Verfassungsschutzbericht

BVERFG, BESCHLUSS VOM 24.05.2005
1 BvR 1072/01 (NJW 2005, 2912)

Problemdarstellung:

Das BVerfG hatte sich mit der Frage zu beschäftigen, wann ein mittelbarer Eingriff in die Pressefreiheit angenommen werden kann und unter welchen Voraussetzungen sich ein solcher rechtfertigen lässt.

Konkret ging es darum, dass der Verfassungsschutzbericht des Landes NRW eine Zeitschrift im Rahmen der Berichterstattung über rechtsextremistische Bestrebungen ausführlich behandelte. Zwar wurde dadurch die Pressefreiheit nicht unmittelbar beeinträchtigt, denn der Verfassungsschutzbericht setzt keine Rechtsfolgen. Das BVerfG lässt aber explizit auch rein faktische Auswirkungen - hier etwa zu erwartende geringere finanzielle Erträge durch verändertes Käuferverhalten

infolge des negativen Verfassungsschutzberichts - genügen.

Zur Rechtfertigung eines solchen Eingriffs greift das BVerfG wie gewohnt auf die Schrankentrias des Art. 5 II GG, hier auf § 15 II des Gesetzes über den Verfassungsschutz in Nordrhein-Westfalen als "allgemeines Gesetz" zurück. Allerdings war diese in unverhältnismäßiger und damit nicht verfassungskonformer Weise angewendet worden, u.a. deswegen, weil im Verfassungsschutzbericht nicht hinreichend deutlich gemacht wurde, dass nur der Verdacht - nicht die Gewissheit - verfassungsfeindlicher Aktivitäten gegen den Zeitschriftenverlag bestand.

Prüfungsrelevanz:

Der Beschluss deckt sich nur teilweise mit früheren Entscheidungen des BVerfG zum Eingriffsbegriff und

zum Gesetzesvorbehalt. So hatte bereits 1975 der 2. Senat des BVerfG zu Art. 21 GG - kein Grundrecht, aber immerhin die konstituierende Norm für die Rolle der Parteien in unserer Demokratie - entschieden, dass über *faktische* Nachteile des Informationshandelns hinaus *rechtliche* Auswirkungen an die staatliche Maßnahme geknüpft sein müssen, um einen Eingriff in die Rechte der Parteien darstellen zu können (BVerfGE 40, 287 [293]). Bei Art. 5 I 2 GG soll nun ein faktischer Nachteil allein bereits für einen Grundrechtseingriff genügen. Allerdings hatte sich diese Rechtsprechung in der Folgezeit bereits abgeschwächt. Dies gilt insbesondere für den Problembereich der staatlichen Warnungen, die auch "nur" mittelbar-faktisch in Grundrechte eingreifen - etwa in Art. 12 I GG über verändertes Käuferverhalten bei einer Produktwarnung oder in Art. 4 GG über geringeren Zulauf bei Warnung vor Jugendsekten - und bei denen das BVerfG inzwischen auch mittelbar-faktische Auswirkungen für einen Grundrechtseingriff genügen lässt (so jedenfalls dann, wenn es sich um eine wertende Stellungnahme und nicht um reine Tatsachenmitteilung handelt). Solche Warnungen sollen aber in aller Regel nicht "wesentlich" i.S.d. Wesentlichkeitstheorie des BVerfG sein und deshalb keinen Gesetzesvorbehalt auslösen (vgl. zu diesem Problem Murswiek, NVwZ 2003, 1 ff.). Grundrechtseingriff und Wesentlichkeit seien, so das BVerfG dort, gerade im Bereich mittelbar-faktischer Eingriffe nicht mehr kongruent. Ein mittelbarer Eingriff in die Pressefreiheit sei aber, so der Entscheidungstenor des hier vorliegenden Beschlusses, immer nur durch ein Gesetz zu rechtfertigen. Dies lässt sich mit der Rechtsprechung zu staatlichen Warnungen kaum vereinbaren. Es gilt also anzumerken, dass an Verfassungsschutzberichte im Lichte des Art. 5 I 2 GG offenbar strengere Anforderungen zu stellen sind als an andere Formen informativen Staatshandelns.

Vertiefungshinweise:

Zu mittelbar-faktischen Grundrechtseingriffen bei staatlichen Warnungen: *BVerfG*, RA 2002, 449 = NJW 2002, 2626; RA 2002, 292 = NJW 2002, 2621; *BVerwG*, NJW 1991, 1770; *BVerwGE* 90, 112; *BVerwG*, NVwZ 1994, 162; *OVG NRW*, NVwZ 1997, 302; *OVG Hamburg*, NVwZ 1995, 498; *BayVGH*, NVwZ 1995, 793; *Murswiek*, NVwZ 2003, 1; *Lege*, DVBl 1999, 569; *Muckel*, JA 1995, 343; *Discher*, JuS 1993, 463

Zum Vorbehalt des Gesetzes: *OVG Münster*, RA 2002, 427 = NWVBl 2002, 239

Zur Pressefreiheit: *BVerfG*, RA 2002, 17 = NJW 2001, 3613

Kursprogramm:

Examenskurs : "Alcopops"

Examenskurs : "Pazifisten"

Leitsätze:

1. Der Hinweis im Verfassungsschutzbericht eines Landes auf den Verdacht verfassungsfeindlicher Bestrebungen eines Presseverlags kommt einem Eingriff in die Pressefreiheit gleich und bedarf deshalb der Rechtfertigung durch ein allgemeines Gesetz im Sinne des Art. 5 Abs. 2 GG.

2. § 15 Abs. 2 des Gesetzes über den Verfassungsschutz in Nordrhein-Westfalen ist ein solches Gesetz.

3. Zu den verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Begründung eines Verdachts verfassungsfeindlicher Bestrebungen eines Presseverlags.

Sachverhalt:

Das Innenministerium des Landes Nordrhein-Westfalen gibt jährlich Verfassungsschutzberichte zur Information der Öffentlichkeit heraus. Rechtsgrundlage ist § 15 Abs. 2 in Verbindung mit § 3 Abs. 1 des Gesetzes über den Verfassungsschutz in Nordrhein-Westfalen (VSG NRW). Diese Norm enthält eine Ermächtigung zur Information der Öffentlichkeit in Verfassungsschutzberichten, um über verfassungsfeindliche Bestrebungen und Tätigkeiten aufzuklären. In den Berichten über die Jahre 1994 und 1995 wurde die "Junge Freiheit" im Rahmen der Berichterstattung über rechtsextremistische Bestrebungen ausführlich behandelt. Die in ihr veröffentlichten Beiträge enthielten nach Einschätzung des Landes Anhaltspunkte für den Verdacht verfassungsfeindlicher Bestrebungen. Zum Beleg greifen die Verfassungsschutzberichte einzelne Artikel aus der "Jungen Freiheit" heraus, um auf dieser Grundlage ein Gesamturteil über die Zeitung und die hinter ihr stehende Gruppierung zu begründen.

Das VG wies die von der Bf. erhobene Klage unter anderem mit der Begründung ab, dass die Aufnahme von Passagen über die "Junge Freiheit" in die Verfassungsschutzberichte den Schutzbereich der Pressefreiheit nicht berühre. Mit der gleichen rechtlichen Begründung wies das OVG den Antrag auf Zulassung der Berufung zurück. Die gegen die gerichtlichen Entscheidungen gerichtete Vb hatte Erfolg.

Aus den Gründen:

Die zulässige Verfassungsbeschwerde ist begründet.

A. Pressefreiheit

Die angegriffenen Entscheidungen verletzen die Beschwerdeführerin in ihrem Grundrecht auf Pressefreiheit aus Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG.

I. Schutzbereich betroffen

Das Verwaltungsgericht hat die Klage der Beschwer-

deführerin unter anderem mit der Begründung abgewiesen, dass die Aufnahme von Passagen über die "Junge Freiheit" in die nordrhein-westfälischen Verfassungsschutzberichte 1994 und 1995 den Schutzbereich der Pressefreiheit nicht berühre. Die gleiche rechtliche Beurteilung ist ein tragendes Argument für die Zurückweisung des Antrags auf Zulassung der Berufung durch das Obergericht. Diese Auffassung verkennt die Reichweite des grundrechtlichen Schutzbereichs der Pressefreiheit.

1. Personaler Schutzbereich

Die Beschwerdeführerin als Verlegerin und Herausgeberin einer Wochenzeitung ist durch die Grundrechte aus Art. 5 Abs. 1 Satz 1 und 2 GG geschützt. Auch als juristische Person des Privatrechts kann sie sich gemäß Art. 19 Abs. 3 GG auf die Meinungs- und Pressefreiheit berufen (vgl. BVerfGE 80, 124 [131]; 95, 28 [34]). Das Grundrecht sichert die Freiheit der Herstellung und Verbreitung von Druckerzeugnissen und damit das Kommunikationsmedium Presse (vgl. BVerfGE 85, 1 [12 f.]). Demgegenüber schützt die Meinungsfreiheit des Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG Form und Inhalt von Meinungsäußerungen, auch wenn sie in einem Presseerzeugnis verbreitet werden (vgl. BVerfGE 97, 391 [400]).

2. Sachlicher Schutzbereich

Prüfungsmaßstab ist vorliegend die Pressefreiheit. Die staatliche Maßnahme trifft das Presseerzeugnis selbst und beeinflusst die Rahmenbedingungen pressemäßiger Betätigung. Gegenstand der Verfassungsschutzberichte ist der Hinweis auf den Verdacht, dass die Beschwerdeführerin bestrebt sei, mit Hilfe der Zeitung die freiheitliche demokratische Grundordnung in Bund und Ländern zu beseitigen oder außer Geltung zu setzen. Die Verfassungsschutzberichte greifen zum Beleg des angenommenen Verdachts verfassungsfeindlicher Bestrebungen einzelne Artikel aus der "Jungen Freiheit" heraus, um auf dieser Grundlage ein Gesamturteil über die Zeitung und die hinter ihr stehende Gruppierung zu begründen: Die negative Beurteilung der Bestrebungen gilt der Organisation, die sich der Zeitung als Sprachrohr bedient.

In diesem Zusammenhang bewerten die Verfassungsschutzberichte einzelne Meinungsäußerungen je für sich als verfassungsfeindlich und rechnen sie der Beschwerdeführerin zu. Insoweit kann auch die Meinungsfreiheit des Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG zum Prüfungsmaßstab werden. Hier wendet sich die Beschwerdeführerin aber nur gegen die aus den Artikeln gezogenen Folgerungen über verfassungsfeindliche Bestrebungen der Beschwerdeführerin als Verlegerin einer Zeitung. Daher hat das Grundrecht auf Meinungsfreiheit keine eigenständige Bedeutung für die verfassungsrechtliche Beurteilung der angegriffenen Entscheidungen im vorliegenden Verfahren.

II. Eingriff

Nicht jedes staatliche Informationshandeln und nicht jede Teilhabe des Staates am Prozess öffentlicher Meinungsbildung ist als Grundrechtseingriff zu bewerten (vgl. BVerfGE 105, 252 [265 ff.] - zu Art. 12 Abs. 1 GG -; 105, 279 [294 ff., 299 ff.] - zu Art. 4 Abs. 1 GG -). Maßgebend ist, ob der Schutzbereich eines Grundrechts berührt wird und ob die Beeinträchtigung einen Eingriff oder eine eingriffsgleiche Maßnahme darstellt. Das ist bei der Nennung der Beschwerdeführerin im Verfassungsschutzbericht zu bejahen.

1. Mittelbarer Eingriff ausreichend

Der Schutzbereich des Grundrechts der Pressefreiheit bestimmt sich unter Berücksichtigung des Zwecks der grundrechtlichen Verbürgung. Die Pressefreiheit ist grundrechtlich im Hinblick darauf besonders geschützt, dass eine freie, nicht von der öffentlichen Gewalt gelenkte Presse ein Wesenselement des freiheitlichen Staates und für eine Demokratie unentbehrlich ist (vgl. BVerfGE 20, 162 [174]). Aufgabe der Presse ist es dementsprechend, umfassende Information zu ermöglichen, die Vielfalt der bestehenden Meinungen wiederzugeben und selbst Meinungen zu bilden und zu vertreten (vgl. BVerfGE 52, 283 [296]). Dies setzt ihre Unabhängigkeit vom Staat voraus. Die Pressefreiheit schützt die Grundrechtsträger daher vor Einflussnahmen des Staates auf die mit Hilfe der Presse verbreiteten Informationen, insbesondere vor negativen oder positiven Sanktionen, die an Inhalt und Gestaltung des Presseerzeugnisses anknüpfen (vgl. BVerfGE 80, 124 [133 f.] - zu Subventionen).

Der Schutz vor inhaltsbezogenen Einwirkungen betrifft nicht allein Eingriffe im traditionellen Sinne (zum herkömmlichen Eingriffsbegriff siehe BVerfGE 105, 279 [300]), sondern kann auch bei mittelbaren Einwirkungen auf die Presse (vgl. BVerfGE 52, 283 [296]) ausgelöst werden, wenn sie in der Zielsetzung und ihren Wirkungen Eingriffen gleich kommen (vgl. BVerfGE 105, 252 [273]). Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG gewährt den Trägern der Pressefreiheit daher ein subjektives Abwehrrecht auch gegen Beeinträchtigungen, die mittelbar über eine Einflussnahme des Staates auf Dritte eintreten, etwa dadurch, dass das Verhalten dieser Dritten die publizistischen Wirkungsmöglichkeiten oder die finanziellen Erträge des Presseorgans in einer Weise nachteilig beeinflusst, die einem Eingriff gleichkommt. Dass über faktische Nachteile des Informationshandelns hinaus rechtliche Auswirkungen an die staatliche Maßnahme geknüpft sein müssen - wie der Zweite Senat im Jahre 1975 für den Bereich des Art. 21 GG angenommen hat (BVerfGE 40, 287 [293]) - ist demgegenüber nicht Voraussetzung dafür, dass die Kommunikationsfreiheit beeinträchtigt sein kann.

2. Subsumtion

Vorliegend dienen die Erwähnung der "Jungen Frei-

heit" und die kritische Auseinandersetzung mit ihr in den Verfassungsschutzberichten dem in § 3 Abs. 1 und § 15 Abs. 2 VSG NRW umschriebenen Zweck des Verfassungsschutzes, durch Aufklärung der Öffentlichkeit Bestrebungen gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung des Bundes und der Länder abzuwehren. Die im Rahmen dieser Zielsetzung durch einen Verfassungsschutzbericht ausgelösten Wirkungen kommen einem Eingriff gleich.

Der Verfassungsschutzbericht ist kein beliebiges Erzeugnis staatlicher Öffentlichkeitsarbeit. Er zielt auf die Abwehr besonderer Gefahren (§ 1 VSG NRW) und stammt von einer darauf spezialisierten und mit besonderen Befugnissen (vgl. §§ 5 ff. VSG NRW), darunter der Rechtsmacht zum Einsatz nachrichtendienstlicher Mittel, arbeitenden Stelle. Insofern geht eine Veröffentlichung im Verfassungsschutzbericht über die bloße Teilhabe staatlicher Funktionsträger an öffentlichen Auseinandersetzungen oder an der Schaffung einer hinreichenden Informationsgrundlage für eine eigenständige Entscheidungsbildung der Bürger, etwa als Marktteilnehmer (vgl. BVerfGE 105, 252 [267 ff.]), hinaus. Sie ist eine an die verbreiteten Kommunikationsinhalte anknüpfende, mittelbar belastende negative Sanktion gegen die Beschwerdeführerin.

Die Verfassungsschutzbehörde bewertet in den Berichten einzelne Inhalte der Zeitung als verfassungsfeindlich und versieht dies mit Schlussfolgerungen über die Bestrebungen der Beschwerdeführerin. Die Äußerung im Verfassungsschutzbericht hat nach Auffassung des Verwaltungsgerichts zugleich den Charakter einer Warnung vor der Beschwerdeführerin und der von ihr verantworteten Zeitung (zur Warnfunktion siehe auch OVG NRW, NVwZ 1994, S. 588 f.; Murswiek, NVwZ 2004, S. 769 [771] m.w.N. in Fn 21). Der Verlag und die Redaktion der "Jungen Freiheit" werden durch die Erwähnung in den Verfassungsschutzberichten zwar nicht daran gehindert, die Zeitung weiter herzustellen und zu vertreiben sowie auch zukünftig Artikel wie die beanstandeten abzudrucken. Ihre Wirkungsmöglichkeiten werden jedoch durch den Verfassungsschutzbericht nachteilig beeinflusst. Potenzielle Leser können davon abgehalten werden, die Zeitung zu erwerben und zu lesen, und es ist nicht unwahrscheinlich, dass etwa Inserenten, Journalisten oder Leserbriefschreiber die Erwähnung im Verfassungsschutzbericht zum Anlass nehmen, sich von der Zeitung abzuwenden oder sie zu boykottieren.

Eine solche mittelbare Wirkung der Verfassungsschutzberichte kommt einem Eingriff in das Kommunikationsgrundrecht gleich.

III. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Die Annahme der Behörde und der Gerichte, die allerdings im Rahmen der Prüfung des Art. 2 Abs. 1 GG erfolgt ist, eine solche Beeinträchtigung sei jedenfalls gerechtfertigt, hält verfassungsrechtlicher Prüfung

nicht in jeder Hinsicht stand.

Der Staat ist grundsätzlich nicht gehindert, das tatsächliche Verhalten von Gruppen oder deren Mitglieder wertend zu beurteilen (vgl. BVerfGE 105, 279 [294] - zu Art. 4 Abs. 1 GG -). Die Verteidigung von Grundsätzen und Wertvorgaben der Verfassung durch Organe und Funktionsträger des Staates kann auch mit Hilfe von Informationen an die Öffentlichkeit und der Teilhabe an öffentlichen Auseinandersetzungen erfolgen. Führt das staatliche Informationshandeln aber zu Beeinträchtigungen, die einem Grundrechtseingriff gleichkommen (vgl. BVerfGE 105, 252 [273]), bedürfen sie der Rechtfertigung (vgl. BVerfGE 105, 279 [299 ff.] - zu Art. 4 GG -).

1. Schranke

Die Pressefreiheit ist nicht unbeschränkt gewährleistet. Sie findet ihre Schranken nach Art. 5 Abs. 2 GG unter anderem in den allgemeinen Gesetzen. Allgemein sind Gesetze, die sich nicht gegen das Grundrecht an sich oder gegen die Äußerung einer bestimmten Meinung richten, sondern dem Schutz eines schlechthin, ohne Rücksicht auf eine bestimmte Meinung, zu schützenden Rechtsguts dienen (vgl. BVerfGE 7, 198 [209 f.]; 97, 125 [146]; stRspr).

§ 15 Abs. 2 VSG NRW ist ein solches allgemeines Gesetz. Die in § 15 Abs. 2 VSG NRW enthaltene Ermächtigung zur Information der Öffentlichkeit in Verfassungsschutzberichten zum Zweck der Aufklärung über verfassungsfeindliche Bestrebungen und Tätigkeiten dient, wie die Bezugnahme auf § 3 Abs. 1 VSG NRW zeigt, dem Schutz der freiheitlichen demokratischen Grundordnung in Bund und Ländern. Die Ermächtigung ist weder gegen eine bestimmte Meinung noch gegen den Prozess der freien Meinungsbildung oder gegen freie Information als solche gerichtet, sondern zielt auf die Wahrung eines allgemein in der Rechtsordnung, hier der Verfassung, verankerten Rechtsguts, dessen Schutz unabhängig davon ist, ob es durch Meinungsäußerungen oder auf andere Weise gefährdet oder verletzt wird.

2. Verfassungsmäßigkeit der Schranke

a. Formell

Bedenken gegen die formelle Verfassungsmäßigkeit des § 15 Abs. 2 in Verbindung mit § 3 Abs. 1 VSG NRW bestehen nicht. Insbesondere hat das Land Nordrhein-Westfalen seine Gesetzgebungskompetenz nicht überschritten. Der Bund hat nach Art. 73 Nr. 10 Buchstabe b GG zwar die ausschließliche Gesetzgebungskompetenz für die Zusammenarbeit des Bundes und der Länder im Bereich des Verfassungsschutzes, nicht aber für den Verfassungsschutz allgemein. Insofern ergibt sich die Gesetzgebungskompetenz der Länder aus Art. 70 Abs. 1 GG. Die Länder sind zum Erlass von Gesetzen zur Abwehr von Bestrebungen ge-

gen die freiheitliche demokratische Grundordnung be-
fugt, soweit sich diese im jeweiligen Land auswirken
und damit dort Gefahren hervorrufen können. Dies
kann bei einer Zeitung in jedem Bundesland der Fall
sein, in dem sie vertrieben wird. Entgegen der Auf-
fassung der Beschwerdeführerin ist nicht ent-
scheidend, ob die Bestrebungen ihren Ausgang in ei-
nem anderen Bundesland haben - vorliegend Berlin,
dem Sitz von Redaktion und Verlag der "Jungen Frei-
heit".

Dem Gesetzgeber ist es auch nicht grundsätzlich ver-
wehrt, zur Abwehr verfassungsfeindlicher Bestrebun-
gen zu Maßnahmen zu ermächtigen, deren Wirkungen
die Grenzen des Landes unvermeidbar überschreiten.
Bei Verfassungsschutzberichten als Druckerzeugnis-
sen ist niemals auszuschließen, dass die in ihnen ent-
haltenen Informationen auch in anderen Ländern
wahrgenommen oder - etwa über die Berichterstattung
in den Medien - weiter verbreitet werden.

b. Materiell

Auch in materiellrechtlicher Hinsicht bestehen keine
verfassungsrechtlichen Bedenken gegen § 15 Abs. 2 in
Verbindung mit § 3 Abs. 1 VSG NRW, der die Behör-
de unter näher bezeichneten Voraussetzungen dazu
ermächtigt, in dem Verfassungsschutzbericht über ver-
fassungsfeindliche Bestrebungen zu informieren.

3. Verfassungsmäßigkeit der Anwendung

Bei der Nutzung der Ermächtigung des § 15 Abs. 2
VSG NRW zur Veröffentlichung von Informationen
im Verfassungsschutzbericht sind die rechtlichen
Grenzen des Ermessens zu beachten (vgl. § 40 VwVfG
NRW), zu denen der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz
gehört.

aa. Geeignetheit

Die Veröffentlichung in den Verfassungsschutzberich-
ten ist eine grundsätzlich geeignete Vorkehrung zur
Aufklärung der Öffentlichkeit und in diesem Rahmen
zur Abwehr verfassungsfeindlicher Bestrebungen.

bb. Erforderlichkeit

Das Gebot der Erforderlichkeit wird in § 15 Abs. 2
VSG NRW zwar ausdrücklich nur für die Veröffentli-
chung personenbezogener Daten erwähnt. Es gilt aber
als Bestandteil des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes
kraft Verfassungsrechts stets bei Eingriffen oder ein-
griffsgleichen Beeinträchtigungen von Grundrechten
und ist daher ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal
der Norm.

cc. Angemessenheit

Die rechtsstaatlichen Anforderungen an die Verhält-
nismäßigkeit einer belastenden Maßnahme werden im
Einzelnen durch den Rang des zu schützenden Rechts-
guts und die Intensität seiner Gefährdung beeinflusst,

aber auch durch die Art und Schwere der Beeinträchti-
gung des Freiheitsrechts des nachteilig Betroffenen.

(1). Schutzzweck

Die Verfassungsschutzbehörde und die Gerichte haben
§ 15 Abs. 2 in Verbindung mit § 3 Abs. 1 Nr. 1 VSG
NRW dahingehend ausgelegt, dass das Vorliegen tat-
sächlicher Anhaltspunkte für den Verdacht verfas-
sungsfeindlicher Bestrebungen für die Aufnahme in
den Verfassungsschutzbericht ausreicht. Zum Beleg
haben sie sich auf den letzten Satzteil von § 3 Abs. 1
VSG NRW berufen, der die Aufgabe der Verfassungs-
schutzbehörde allgemein durch die Worte beschränkt:
"soweit tatsächliche Anhaltspunkte für den Verdacht
solcher Bestrebungen und Tätigkeiten vorliegen". Un-
geachtet der in der Literatur an diesem Normenver-
ständnis insbesondere aus systematischen Gründen
geäußerten Kritik (vgl. Murswiek, NVwZ 2004, S. 769
[775]) hat das Bundesverfassungsgericht bei der ver-
fassungsrechtlichen Bewertung der angegriffenen
Maßnahmen von der Auslegung durch die Fachgerichte
auszugehen, weil gegen sie verfassungsrechtliche
Bedenken nicht zu erheben sind.

Die tatsächlichen Anhaltspunkte müssen allerdings
hinreichend gewichtig sein. Rechtfertigen sie nur den
Schluss, dass möglicherweise ein Verdacht begründet
ist, reichen sie auch nach dieser Auslegung als Grund-
lage einer Grundrechtsbeeinträchtigung nicht aus. Ste-
hen die Bestrebungen noch nicht fest, begründen tat-
sächliche Anhaltspunkte aber einen entsprechenden
Verdacht, muss dessen Intensität hinreichend sein, um
die Veröffentlichung in Verfassungsschutzberichten
auch angesichts der nachteiligen Auswirkungen auf
die Betroffenen zu rechtfertigen.

Unter Bestrebungen im Sinne des § 15 Abs. 2 VSG
NRW versteht das Gesetz politisch motivierte, ziel-
und zweckgerichtete Verhaltensweisen in einem oder
für einen Personenzusammenschluss, der darauf ge-
richtet ist, einen der in § 3 Abs. 4 VSG NRW genann-
ten Verfassungsgrundsätze zu beseitigen oder außer
Geltung zu setzen (§ 3 Abs. 3 Satz 1 Buchstabe c VSG
NRW). Für einen Personenzusammenschluss handelt,
wer ihn in seinen Bestrebungen nachdrücklich unter-
stützt (§ 3 Abs. 3 Satz 2 VSG NRW). Verhaltenswei-
sen von Einzelpersonen, die nicht in einem oder für
einen Personenzusammenschluss handeln, sind nur
ausnahmsweise als Bestrebungen im Sinne des Geset-
zes zu bewerten, so wenn sie auf die Anwendung von
Gewalt gerichtet sind (§ 3 Abs. 3 Satz 2 VSG NRW).

Mit der Definition der Bestrebungen in § 3 Abs. 3 Satz
1 Buchstabe c VSG NRW greift das Gesetz ein auch in
§ 92 Abs. 3 Nr. 3 StGB enthaltene Tatbestandsmerk-
mal auf. Im Strafrecht ist anerkannt, dass die Missbil-
ligung eines Verfassungsgrundsatzes zur Erfüllung des
Tatbestandsmerkmals nicht ausreicht. Vorausgesetzt
ist vielmehr, dass bestimmte Personen oder Gruppen
sich bemühen, einen der Verfassungsgrundsätze zu

beseitigen (vgl. Stree/Sternberg-Lieben in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, 26. Aufl. 2001, Rn. 16 f. zu § 92). Die bloße Kritik an Verfassungswerten und Verfassungsgrundsätzen ist nicht als Gefahr für die freiheitliche demokratische Grundordnung einzuschätzen, wohl aber darüber hinausgehende Aktivitäten zu deren Beseitigung. Unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit müssen Art und Schwere der Sanktion auf das konkrete Gefahrenpotential abgestimmt sein.

(2). Wechselwirkungslehre

Knüpft die Sanktion an Meinungsäußerungen oder Presseveröffentlichungen an, muss ergänzend berücksichtigt werden, dass die Meinungs- und die Pressefreiheit ihrerseits konstituierend für die Demokratie sind, die auch eine kritische Auseinandersetzung mit Verfassungsgrundsätzen und -werten zulässt. Der Schutzgehalt der Kommunikationsgrundrechte kann Auswirkungen sowohl auf die Anforderungen an die Feststellung von Bestrebungen oder eines entsprechenden Verdachts als auch auf die rechtliche Bewertung der ergriffenen Maßnahme haben, insbesondere im Hinblick auf ihre Angemessenheit.

(a). Anknüpfung an Inhalte grds. zulässig

Es ist allerdings verfassungsrechtlich unbedenklich, wenn die Verfassungsschutzbehörde die Aufnahme in ihren Bericht insoweit an die Inhalte von Meinungsäußerungen knüpft, als diese Ausdruck eines Bestrebens sind, die freiheitliche demokratische Grundordnung zu beseitigen. Es ist dem Staat grundsätzlich nicht verwehrt, aus Meinungsäußerungen Schlüsse zu ziehen und gegebenenfalls Maßnahmen zum Rechtsgüterschutz zu ergreifen. So dürfen Äußerungen zur Ankündigung einer Straftat zum Anlass für Maßnahmen gegen die Tatverwirklichung werden. Lassen sich Bestrebungen zur Beseitigung der freiheitlichen demokratischen Grundordnung aus Meinungsäußerungen ableiten, dürfen Maßnahmen zur Verteidigung dieser Grundordnung ergriffen werden. Der Schutz durch Art. 5 Abs. 1 GG wirkt sich aber bei der Prüfung aus, ob sich die verfassungsfeindliche Bestrebung in der Äußerung manifestiert. Dabei ist zu berücksichtigen, dass Kritik an der Verfassung und ihren wesentlichen Elementen ebenso erlaubt ist wie die Äußerung der Forderung, tragende Bestandteile der freiheitlichen demokratischen Grundordnung zu ändern.

Dementsprechend reicht die bloße Kritik an Verfassungswerten nicht als Anlass aus, um eine verfassungsfeindliche Bestrebung im Sinne des § 15 Abs. 2 in Verbindung mit § 3 Abs. 3 VSG NRW zu bejahen oder allein deshalb die negative Sanktion einer Veröffentlichung in den Verfassungsschutzberichten zu ergreifen. Auch sieht § 15 Abs. 2 VSG NRW eine von der Feststellung des Verdachts solcher Bestrebungen abgelöste inhaltliche Bewertung von Artikeln im Ver-

fassungsschutzbericht nicht vor. Einzelne Artikel können allerdings zur Begründung des Verdachts verfassungsfeindlicher Bestrebungen herangezogen werden, wenn sie aus sich heraus oder im Zusammenwirken mit anderen Befunden darauf hindeuten.

(b). Erstreckung auf redaktionsfremde Artikel grds. zulässig

Die Nutzung der in der Zeitung veröffentlichten Artikel als Anhaltspunkte für entsprechende Bestrebungen der Beschwerdeführerin darf sich auch auf solche Artikel beziehen, die sie oder die Mitglieder ihrer Redaktion nicht selber verfasst haben. Allerdings rechnet § 3 Abs. 3 Satz 1 VSG NRW Verhaltensweisen von Einzelpersonen, die nicht die Voraussetzungen des § 3 Abs. 3 Satz 3 VSG NRW erfüllen, ausdrücklich nicht zu den Bestrebungen im Sinne des Gesetzes, soweit sie nicht in einem oder für einen Personenzusammenschluss handeln. Es bedarf daher besonderer Anhaltspunkte, warum aus den Artikeln von Dritten, die der Redaktion nicht angehören, entsprechende Bestrebungen von Verlag und Redaktion abgeleitet werden können. Dies kann der Fall sein, wenn durch die redaktionelle Auswahl der von Dritten geschriebenen Veröffentlichungen verfassungsfeindliche Bestrebungen von Verlag und Redaktion zum Ausdruck kommen.

Bei der Bewertung ist allerdings zu berücksichtigen, dass Zeitungen sich üblicherweise nicht alle veröffentlichten Inhalte zu Eigen machen, auch wenn sie sich nicht jeweils ausdrücklich von ihnen distanzieren. Dementsprechend hat das Verwaltungsgericht ausgeführt, maßgebliche Anhaltspunkte folgten in erster Linie aus Artikeln und Kommentaren der Redaktionsmitglieder selbst sowie der freien Mitarbeiter. Andere Äußerungen schieden jedenfalls aus, soweit die Zeitung ohne eigene Identifikation einen "Markt der Meinungen" eröffne. Sei dies nicht der Fall, könnten Äußerungen Dritter, etwa sonstiger Autoren und Leserbriefschreiber, dem Verlag und der Redaktion zuzurechnen sein, es sei denn, es handele sich nur um einzelne Entgleisungen.

Diese Auffassung ist im Grundsatz verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden. Bei ihrer Umsetzung ist aber zu beachten, dass es der Zeitung freisteht, Funktion und Reichweite des eröffneten Forums zu begrenzen, etwa auf ein bestimmtes politisches Spektrum. Wird aus dem Abdruck der von Dritten stammenden Artikel oder Leserbriefe der Wille der Redaktion erkennbar, sich nicht auf Beiträge zu beschränken, die einer bestimmten redaktionellen Linie entsprechen, kann aus ihrer Veröffentlichung nicht zwingend geschlossen werden, dass darin zugleich eine Bestrebung von Verlag und Redaktion erkennbar wird. Dazu bedürfte es ergänzender Anhaltspunkte. Versteht sich die Zeitung dagegen nicht auch als "Markt der Meinungen", ist es verfassungsrechtlich unbedenklich, der Redaktion die in den Artikeln veröffentlichten verfas-

sungsfeindlichen Positionen zuzurechnen, wenn sie sich nicht ausdrücklich von ihnen distanziert. Eine Zurechnung ist ebenfalls möglich, wenn aus der Auswahl der Artikel und Meinungsäußerungen von Dritten eine bestimmte inhaltliche Linie erkennbar wird.

(c). Differenzierung zwischen Verdacht und Gewissheit geboten

Soweit ein auf Tatsachen gegründeter Verdacht verfassungsfeindlicher Bestrebungen der Gruppierung besteht, ist der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit Maßstab für die Entscheidung, in welcher Art und Weise darüber berichtet werden darf.

Der Beschränkung der Maßnahme auf das zum Rechtsgüterschutz Erforderliche entspricht es, bei einer Berichterstattung aus Anlass eines Verdachts nicht den Eindruck zu erwecken, es stehe fest, dass die betroffene Gruppierung gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung gerichtete Bestrebungen verfolgt. Daher ist - etwa in den gewählten Überschriften und der Gliederung des Berichts - deutlich zwischen solchen Organisationen zu unterscheiden, für die nur ein Verdacht besteht, und solchen, für die solche Bestrebungen erwiesen sind. Der Grundsatz der Erforderlichkeit gebietet es ferner, bei einer über einen längeren Zeitraum wiederholt erfolgenden Veröffentlichung eines solchen nur auf einzelne Publikationen gestützten Verdachts anderweitige Maßnahmen zu ergreifen, um abzuklären, ob die Bestrebungen tatsächlich bestehen.

(3). Subsumtion

Diesen verfassungsrechtlichen Anforderungen tragen die Entscheidungen des Verwaltungsgerichts und des Oberverwaltungsgerichts nicht in jeder Hinsicht Rechnung.

(a). Zurechnung der Artikel nicht ordnungsgemäß begründet

Wie ausgeführt, ist es grundsätzlich verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, dass der Verdacht verfassungsfeindlicher Bestrebungen auf Veröffentlichungen in der Zeitung gestützt wird, soweit sie der Beschwerdeführerin zuzurechnen sind. [...] Den verfassungsrechtlichen Anforderungen genügt aber nicht die Begründung, warum die zum Beleg herangezogenen Artikel Ausdruck der verfassungsfeindlichen Bestrebungen von Verlag und Redaktion und nicht nur ihrer Autoren sein sollen. Das Verwaltungsgericht verwirft die Annahme, die "Junge Freiheit" habe einen "Markt der Meinungen" eröffnet, indem es dafür voraussetzt, es müsse dann "alles vertreten werden können und vertreten werden". Von der Pressefreiheit ist auch die Entscheidung erfasst, ein Forum nur für ein bestimmtes politisches Spektrum bieten zu wollen, dort aber den Autoren große Freiräume zu gewähren und sich in

der Folge nicht mit allen einzelnen Veröffentlichungen zu identifizieren. Die "Junge Freiheit" ist nach eigener Einschätzung rechtskonservativ, veröffentlicht aber im rechten Spektrum Artikel höchst unterschiedlicher Autoren mit unterschiedlichen Anliegen. Darunter sind zum Teil auch Artikel von prominenten konservativen Politikern und Schriftstellern, die nicht im Verdacht verfassungsfeindlicher Bestrebungen stehen. Es bedürfte also besonderer Anhaltspunkte dafür, warum die Redaktion sich nicht mit diesen Artikeln, wohl aber mit den von den Gerichten herangezogenen Beiträgen identifiziert, oder aber dafür, dass sie sich dieses Spektrums von Meinungen nur bedient, um in einem solchen Umfeld verfassungsfeindliche Beiträge plazieren und der Öffentlichkeit besser vermitteln zu können. Ausführungen dazu haben die Gerichte offenbar deshalb unterlassen, weil sie irrig davon ausgegangen sind, die "Junge Freiheit" könne allein deshalb nicht als "Markt der Meinungen" verstanden werden, weil sie nur für ein bestimmtes politisches Spektrum offenstehe.

(b). Intention statt Empfängerhorizont entscheidet

Verfassungsrechtlichen Bedenken begegnen ebenfalls die Annahmen, maßgebend sei der objektive Erklärungsinhalt einer Verlautbarung, wie er auf Dritte wirke (so das Verwaltungsgericht), und dass es darauf ankomme, wie die Artikel bei vernünftiger Betrachtung verstanden werden können (so das Oberverwaltungsgericht). Diese Vorgehensweisen verkennen die Anforderungen an die Feststellung des Verdachts verfassungsfeindlicher Bestrebungen eines Presseverlags. Die gesetzliche Ermächtigung zu den hier maßgeblichen Grundrechtsbeeinträchtigungen knüpft nach § 3 Abs. 3 Satz 1 Buchstabe c VSG NRW ausschließlich an die Ziele der Gruppe an, stellt also insofern nicht auf die Wirkung auf Dritte ab. [...]

(c). Verdacht nicht hinreichend gekennzeichnet

Obwohl die Behörde nur von tatsächlichen Anhaltspunkten für einen Verdacht ausgegangen ist, hat sie die Beschwerdeführerin unter den Überschriften "Rechtsextremismus", "Rechtsextremistische Publikationen, Verlage, Vertriebe, Medien" beziehungsweise "Rechtsextremistische Organisationen, Gruppierungen und Strömungen" ohne jede Differenzierung in der Gliederung oder in den Überschriften des Berichts auf die gleiche Stufe gestellt wie Gruppen, für die sie verfassungsfeindliche Bestrebungen festgestellt hat. Es könnte ein milderer Mittel sein, durch die Gestaltung des Berichts zu verdeutlichen, dass die verfassungsfeindlichen Bestrebungen keineswegs festgestellt sind. Zwar wird im Textteil des Berichts nicht behauptet, diese Bestrebungen stünden fest; vielmehr wird nur von tatsächlichen Anhaltspunkten für den Verdacht solcher Bestrebungen gesprochen. Der flüchtige Leser wird diese Differenzierung aber möglicherweise nicht

wahrnehmen und könnte dazu durch die fehlende Differenzierung in der äußeren Aufmachung des Berichts verleitet werden. Auch ist zu berücksichtigen, dass die Medien bei ihrer Berichterstattung über verfassungsfeindliche Bestrebungen im Text enthaltene Nuancierungen üblicherweise nicht wiederzugeben pflegen, sondern alle im Verfassungsschutzbericht in der gleichen Rubrik aufgeführten Organisationen auf eine Stufe stellen. Es obliegt den weiteren Feststellungen durch die Fachgerichte, ob durch die äußere Aufmachung und die inhaltliche Darstellung im Bericht zwei-

felsfrei und leicht erkennbar verdeutlicht worden ist, dass verfassungsfeindliche Bestrebungen nicht erwiesen sind. [...]

B. Andere Grundrechte

Ob darüber hinaus weitere Grundrechte, etwa Art. 2 Abs. 1 und Art. 12 Abs. 1 GG, verletzt worden sind, kann vorliegend dahinstehen. Auch ist eine Entscheidung über die Rüge der Verletzung von Verfahrensgrundrechten entbehrlich. [...]

Standort: Straßenrecht Problem: Abstellen eines KfZ auf Parkfläche als Sondernutzung

OVG NRW, URTEIL VOM 12.07.2005
11 A 4433/02 (NJW 2005, 3162)

Problemdarstellung:

Im vorliegenden Fall ging es um die Abgrenzung zwischen erlaubnisfreiem Gemeingebrauch und erlaubnispflichtiger Sondernutzung einer Parkfläche. Die Rechtsprechung und die h.M. in der Literatur stehen auf dem Standpunkt, dass das Parken eines KfZ auf einer dafür vorgesehenen Fläche als Gemeingebrauch einzustufen ist, wenn das KfZ nach seinem Abstellen wieder in Betrieb genommen werden soll. Steht das Fahrzeug hingegen nur zu Reklamezwecken dort, liege eine Sondernutzung vor, die straßen- und wegerechtlich von einer Erlaubnis abhängig und vielfach - wie hier - mit der Erhebung von Sondernutzungsgebühren verbunden ist.

Die Abgrenzung habe sich - so das OVG NRW im vorliegenden Fall - dabei nicht an dem Zweck zu orientieren, der vom Berechtigten mit dem Abstellen des KfZ verfolgt worden sei, sondern an der objektiven Wahrnehmung durch Dritte. Das Gericht nennt auch Kriterien, die bei wertender Betrachtung für Reklamezwecke und damit für Sondernutzung sprechen sollen, wie

- die technisch-konstruktive Bauart des Fahrzeugs (etwa ein zum Transport ungeeigneter Anhänger),
- die Gestaltung der Werbebeschriftung,
- die Wahl des Abstellensorts (etwa an einer stark befahrenen Straße oder auf der Brücke über eine Autobahn),
- die Ausrichtung zur Straße (längs oder quer zur Fahrbahn),
- die Entfernung zur Wohnung oder zum Betriebsitz,
- die Dauer des Abstellens.

Prüfungsrelevanz:

In der RA wurde bereits mehrfach über Fälle aus dem Straßen- und Wegerecht berichtet, in denen die Abgrenzung zwischen Gemeingebrauch und Sondernut-

zung eine Rolle spielte (vgl. Vertiefungshinweise, ferner VG Gießen, RA 2001, 445). Bei diesem Problem handelt es sich um einen echten "Examensklassiker", bei dem es entscheidend auf die Erkenntnis ankommt, dass die landesrechtlichen Normen über den Gemeingebrauch im Lichte des höherrangigen Rechts ausgelegt werden müssen. Das OVG führt hier geradezu schulmäßig aus, dass ein Verhalten, das nach dem Straßenverkehrsrecht des Bundes (StVG, StVO) zulässig ist, nicht nach dem Straßen- und Wegerecht der Länder eingeschränkt sein kann, m.a.W. alles, was straßenverkehrsrechtlich zulässig ist, automatisch Gemeingebrauch darstellen muss.

Ebenso häufig notwendig wie die Auslegung des Straßen- und Wegerechts im Lichte des Straßenverkehrsrechts ist die Auslegung im Lichte der Grundrechte, insbesondere im Lichte des Art. 5 I GG. Dieser erlaubt bspw. den Gemeingebrauch in Fußgängerzonen zum Zweck der Kommunikation. Man spricht von "kommunikativem Gemeingebrauch". Grenzen des Gemeingebrauchs sind dort erreicht, wo Dritte in ihrem Gemeingebrauch gestört, also z.B. Hindernisse bereitet werden. Dergleichen kann - auch unter Berücksichtigung der Grundrechte - nur noch unter besonderen Umständen - und dann i.d.R. als erlaubte Sondernutzung, nicht mehr als erlaubnisfreier Gemeingebrauch - zulässig sein (diskutiert etwa für Informationsstände von Parteien im Wahlkampf, vgl. VG Frankfurt, NVwZ-RR 1998, 88).

Vertiefungshinweise:

- Parken zu Reklamezwecken als Sondernutzung: OVG NRW, NVwZ 2002, 218; NVwZ-RR 2004, 885; BauR 2004, 67; OVG Hamburg, VRS 98 [2000], 396 [397 f.]; VRS 107 [2004], 73 [75 f.]; NJW 2004, 1970; LG Frankfurt a.M., NVwZ-RR 2003, 387 [388]; VG Frankfurt a. M., NVwZ-RR 2004, 375; OLG Düsseldorf, NVwZ 1991, 206; OLG Hamm, DAR 1999, 226
- Verhältnis von Straßen- und Versammlungsrecht: VG Berlin, RA 2004, 472 = NVwZ 2004, 761
- Sondernutzung und Pressefreiheit: VG Karlsruhe,

RA 2002, 47 = NJW 2002, 160; BayVGH, NVwZ-RR 2000, 726

Leitsätze (der Redaktion):

1. Das Abstellen eines zugelassenen und betriebsbereiten Kraftfahrzeugs auf einer zum Parken zugelassenen öffentlichen Straßenverkehrsfläche ist grundsätzlich als straßenrechtlicher Gemeingebrauch zulässig.

2. Eine erlaubnispflichtige Sondernutzung liegt hingegen vor, wenn das Fahrzeug zu einem anderen Zweck als dem der späteren Wiederinbetriebnahme abgestellt worden ist, beispielsweise zu Reklamzwecken.

Sachverhalt:

Der Kl. wendet sich gegen einen Gebührenbescheid, mit dem ihn der Bekl. zur Zahlung straßenrechtlicher Sondernutzungsgebühren für das Abstellen eines als Werbefahrzeug qualifizierten Kraftfahrzeugs herangezogen hat. Das VG gab der Klage statt. Die Berufung des Bekl. hatte Erfolg.

Aus den Gründen:

Der angefochtene Gebührenbescheid des Bekl. vom 26.5.2000 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 11.8.2000 ist rechtmäßig, die Klage daher unter Änderung des angefochtenen Urteils abzuweisen (§ 113 I 1 VwGO).

A. Ermächtigungsgrundlage

Rechtsgrundlage der streitigen Gebührenerhebung ist § 19a i.V. mit § 7 NWStrWG und Nr. 2.4 des Gebührentarifs der Sondernutzungsatzung der Stadt F. vom 21.6.1999. Hiernach können für das als Sondernutzung erlaubnisbedürftige Abstellen von Kraftfahrzeugen oder Anhängern ausschließlich zu Werbezwecken Sondernutzungsgebühren in Höhe von 44 DM "pro Stück/Tag" erhoben werden. Bedenken gegen die Rechtmäßigkeit dieser Ermächtigungsgrundlage sind weder geltend gemacht worden noch ersichtlich.

B. Tatbestand

I. Fahrzeug abgestellt

Es ist mittlerweile auch zwischen den Bet. außer Streit gestellt, dass das damals auf den Kl. zugelassene Kraftfahrzeug in der Zeit, für die Gebühren erhoben worden sind, wie vom Bekl. festgestellt, abgestellt war.

II. Abgrenzung von Gemeingebrauch und Sondernutzung

Entscheidungserheblich ist daher nur die Frage, ob dieses Abstellen im Rahmen des Gemeingebrauchs erfolgte oder Sondernutzung war.

1. Nach Straßenrecht

Gemäß § 18 I 1 NWStrWG ist die Benutzung der Straßen über den Gemeingebrauch hinaus unbeschadet des - hier unter keinem Gesichtspunkt anwendbaren - § 14a I NWStrWG Sondernutzung. Nach der Legaldefinition des Gemeingebrauchs in § 14 I 1 NWStrWG ist der Gebrauch der öffentlichen Straßen jedermann im Rahmen der Widmung und der verkehrsrechtlichen Vorschriften gestattet, wobei nach Absatz 3 Satz 1 dieser Vorschrift kein Gemeingebrauch vorliegt, wenn die Straße nicht vorwiegend zu dem Verkehr benutzt wird, dem sie zu dienen bestimmt ist.

2. Auswirkungen des Straßenverkehrsrechts

Das Abstellen des damals auf den Kl. zugelassenen Kraftfahrzeugs war eine Sondernutzung. Dadurch wurde die H.-Straße bei Würdigung aller Umstände nicht vorwiegend zu dem bestimmungsgemäßen Verkehrszweck benutzt.

Das Straßen- und Wegerecht entscheidet über den Gemeingebrauch, das heißt wann und inwieweit eine Straße dem Verkehr zur Verfügung gestellt wird. Über die Ausübung des Gemeingebrauchs entscheidet allein das vom Bundesgesetzgeber gem. den Art. 72 I, 74 I Nr. 22 GG abschließend geregelte Straßenverkehrsrecht. Auch der ruhende Verkehr unterfällt dem Straßenverkehrsrecht. Der Landesgesetzgeber kann einen Vorgang, der dem Straßenverkehr zuzurechnen ist, unter wegerechtlichen Gesichtspunkten nicht abweichend von der StVO regeln (vgl. BVerwG, Buchholz 442.151 § 12 StVO Nr. 4, S. 9, und - diesem Vorlagebeschluss nachfolgend - BVerfGE 67, 299 [320 ff.]). Hieraus folgt, dass ein Verkehrsvorgang, der den Vorgaben des Straßenverkehrsrechts entspricht, gleichzeitig straßenrechtlich zulässiger Gemeingebrauch ist.

3. Subsumtion

a. Grundsatz

Das Abstellen eines zugelassenen und betriebsbereiten Kraftfahrzeugs auf einer zum Parken zugelassenen öffentlichen Straßenverkehrsfläche ist grundsätzlich ein straßenverkehrsrechtlich zulässiges Parken und damit eine Benutzung der Straße im Rahmen des straßenrechtlichen Gemeingebrauchs (vgl. etwa BVerwG, Buchholz 442.151 § 1 StVO Nr. 5, S. 3 f. u. § 12 StVO Nr. 4).

b. Ausnahme

Eine andere Sichtweise ist jedoch bei Fahrzeugen geboten, die allein oder überwiegend zu einem anderen Zweck als dem der späteren Wiederinbetriebnahme "geparkt" werden mit der Folge, dass eine über den Gemeingebrauch hinausgehende Sondernutzung der Straße vorliegt. Denn damit wird das Fahrzeug zu einer auf die Straße aufgetragenen verkehrsfremden "Sa-

che", nicht anders als jeder beliebige sonstige körperliche Gegenstand. Derartige Vorgänge fallen bereits aus der Widmung zum Verkehr und damit aus dem einschlägigen Gemeingebrauch heraus, da sie nicht "zum Verkehr" geschehen (vgl. BVerwG, Buchholz 442.151 § 1 StVO Nr. 5; BVerfGE 67, 299 [323]; Sauthoff, Straße und Anlieger, 2003, S. 218 f., m.w.N.). Dies ist etwa der Fall, wenn die Straße trotz einer scheinbar äußerlichen Teilnahme am Straßenverkehr zum alleinigen oder überwiegenden Zweck der Werbung benutzt wird. Der Verkehrsraum wird dann zu verkehrsfremden Zwecken in Anspruch genommen, das Fahrzeug seiner Eigenschaft als Transportmittel entkleidet und als (motorisierte) Reklamefläche verwendet. Es ist daher in der Rechtsprechung im Grundsatz anerkannt, dass der Einsatz von Werbefahrzeugen den Gemeingebrauch überschreiten und eine straßenrechtliche Sondernutzung darstellen kann.

Dies gilt sowohl für reine Werbefahrten mit Kraftfahrzeugen oder Anhängern (BVerfGE 40, 371 [380 ff.]; BVerwG, GewArch 1971, 139; BayObLG, NJW 1966, 846 [847]) als auch für das Abstellen eines Kraftfahrzeugs zu Werbezwecken (VGH München, BayVBl 1965, 314) oder das Abstellen eines Reklameanhängers (OVG Münster, BauR 2004, 67, sowie Beschlüsse vom 19.2.1997 - 23 E 1058/96 - und vom 20.7.2004 - 11 A 1075/04 -, jeweils unveröffentlicht; VRS 45, 73 [74 f.]). Dieser Rechtsprechung hat sich auch die Literatur angeschlossen (vgl. etwa Hentschel, StraßenverkehrsR, 38. Aufl. [2005], § 12 StVO Rdnr. 42a; Grote, in: Kodal/Krämer, StraßenR, 6. Aufl. [1999], Kap. 24 Rdnr. 111; Wallbaum, Städte- und Gemeinderat 2003, 25).

c. Abgrenzung

Die Frage, ob das Abstellen eines Kraftfahrzeugs bzw. eines Anhängers im öffentlichen Verkehrsraum noch als Parken und damit als zulässige Ausübung des Gemeingebrauchs zu werten ist oder ob das Abstellen eines solchen Fahrzeugs wie eine Werbeanlage wirkt und damit eine Sondernutzung darstellt, lässt sich nur auf Grund der Umstände des konkreten Einzelfalls beurteilen.

aa. Zweck irrelevant

Dabei kommt es nicht vorrangig auf die innere Motivation des Sondernutzers an. Denn eine Werbewirkung können nicht nur speziell zu Werbezwecken in den Verkehr gebrachte Fahrzeuge entwickeln, son-

dern auch solche, die zwar äußerlich bestimmungsgemäß am Straßenverkehr teilnehmen, aber zeitweise faktisch so genutzt werden, dass sie mit ihrer Werbeaufschrift objektiv die Funktion einer Werbeanlage erfüllen (vgl. OVG Münster, BauR 2004, 67; Beschluss vom 20.7.2004 - 11 A 1075/04; OVG Hamburg, VRS 98 [2000], 396 [398]).

bb. Vielmehr objektive Wahrnehmung entscheidend

Objektive Anhaltspunkte für die Beurteilung, ob ein Fahrzeug als Werbeträger auf einer öffentlichen Straße abgestellt ist, können unter anderem sein: die technisch-konstruktive Bauart des Fahrzeugs (etwa ein zum Transport ungeeigneter Anhänger), die Gestaltung der Werbebeschriftung, die Wahl des Abstellungsorts (etwa an einer stark befahrenen Straße oder auf der Brücke über eine Autobahn), die Ausrichtung zur Straße (längs oder quer zur Fahrbahn), die Entfernung zur Wohnung oder zum Betriebsitz, die konkrete Dauer der Aufstellung und Ähnliches mehr.

cc. Konkreter Fall

Bei einer auf die objektiven Gegebenheiten abstellenden Gesamtschau der Umstände des vorliegenden Falls steht es zur Überzeugung des Senats fest, dass das Fahrzeug des Kl. zu Werbezwecken abgestellt war.

Schließlich belegt die Länge der Abstelldauer entgegen der Auffassung des Kl. ein Abstellen zu Werbezwecken. Das Fahrzeug stand über fünf Wochen an der gleichen Stelle. Ein Fahrzeug dient aber unbeschadet der Tatsache, dass auch das Dauerparken eines betriebsbereiten Fahrzeugs ein straßenverkehrsrechtlich zulässiger Vorgang ist, vorwiegend der Fortbewegung. Weil das Fahrzeug hier praktisch nicht mehr als Verkehrsmittel, sondern als Werbeträger benutzt wurde, ist der vorliegende Fall nicht mit demjenigen der Reklame an einem Omnibus oder des mit einer Firmenaufschrift, einem Logo, einem Produkthinweis oder ähnlichem versehenen Transportfahrzeuges eines Unternehmens vergleichbar, bei dem die Werbung nur gelegentlich der Verkehrsteilnahme geschieht.

Ebenso unterscheidet sich der hier zu beurteilende Sachverhalt schließlich sowohl im Tatsächlichen als auch im Rechtlichen von dem mit Urteil des Senats vom 4.12.2000 (OVG Münster, NVwZ 2002, 218) entschiedenen Fall eines mit einer Verkaufsofferte geparkten Personenkraftwagen, weil dort die Eigenschaft des Fahrzeugs als Verkehrsmittel als aufrechterhalten betrachtet werden konnte.

Standort: Versammlungsrecht**Problem: Nacktradeln als Ordnungswidrigkeit**

VG KARLSRUHE, BESCHLUSS VOM 02.06.2005
6 K 1058/05 (NJW 2005, 3658)

Problemdarstellung:

Das VG hatte sich mit dem kuriosen Fall einer "Nacktradel-Aktion" zu befassen, die von der Behörde unter Anordnung der sofortigen Vollziehung (§ 80 II Nr. 4 VwGO) verboten worden war. Das VG segnet in seinem hiergegen gerichteten Beschluss nach § 80 V 1 VwGO das Verbot inzidenter ab. Die "Nacktrader" seien eine Versammlung (genauer: Ein Aufzug) i.S.d. Versammlungsgesetzes. Sie verstießen gegen die öffentliche Sicherheit in Gestalt des § 118 I OWiG und damit gegen die öffentliche Sicherheit i.S.d. § 15 I VersG, so dass ein Verbot ausgesprochen werden könne.

Prüfungsrelevanz:

Nacktflitzer beschäftigen die Rechtsprechung alle Jahre wieder. Der vorliegende Fall weist allerdings einige Besonderheiten auf, die von den klassischen Fällen abweichen:

1. So handelte es sich hier nicht um einen einzelnen "Flitzer", sondern um ein Kollektiv. Dem VG genügte es, dass drei Personen nackt auf einem Fahrrad nebeneinander herradeln, um eine Versammlung i.S.d. Versammlungsgesetzes zu bejahen. Dies hätte in einer gutachterlichen Falllösung zumindest breiterer Ausführungen bedurft, da zumindest nicht ohne weiteres ersichtlich ist, inwieweit das Vorhandensein oder Nichtvorhandensein von Kleidung eine Form der Meinungskundgabe sein soll. Das VG stellt in seiner nicht eindeutigen Begründung dann auch weniger auf die tatsächliche Kundgabe, als mehr auf die (für sich genommen belanglose) Intention ab, mit dem Nacktsein eine Meinung kundtun zu *wollen*. Erst durch die Annahme einer Versammlung wurde der Anwendungsbereich des Versammlungsgesetzes eröffnet; ansonsten hätte auf die polizei- und ordnungsrechtliche Generalklausel zurückgegriffen werden müssen.

2. Das VG wählt zur Rechtfertigung des Verbots den Weg über die "öffentliche Sicherheit", indem es das Nacktsein an dafür nicht vorgesehenen Orten als Ordnungswidrigkeit i.S.d. § 118 OWiG einstuft und damit eine Gefährdung der Rechtsordnung als Schutzgut der öffentlichen Sicherheit bejaht. Dieser Weg ist ungewöhnlich, werden die Nacktflitzer doch mehrheitlich über die "öffentliche Ordnung" behandelt. Namentlich das OVG NRW, welches auf die "öffentliche Ordnung" abstellt, hat § 118 OWiG in seiner Parallelentscheidung (OVG NRW, NJW 1997, 1180) nicht einmal erwähnt. Die Vorschrift führt ein Schattendasein, weil sie recht unbestimmt ist und insoweit verfas-

sungsrechtlichen Bedenken unterliegt. Allerdings ist dem VG zuzugeben, dass die Subsumtion unter § 118 OWiG schlüssig ist. Sie bietet praktisch den entscheidenden Vorteil, dass auch dort eingeschritten werden kann, wo eine Gefahr für die "öffentliche Ordnung" nicht ausreicht (so z.B. in der polizeirechtlichen Generalklausel des § 8 PolG NRW). Spätestens nach dem vorliegenden Beschluss des VG dürfte der Weg über § 118 OWiG gut vertretbar sein.

Vertiefungshinweise:

Nackte in der Öffentlichkeit: *OVG NRW*, NJW 1997, 1180; *DÖV* 1996, 1052; *VGH BW*, NJW 2003, 234; *OLG Karlsruhe*, *NStZ-RR* 2000, 309

Kursprogramm:

Examenskurs : "Ernie, der Flitzer"

Leitsatz:

Ein Aufzug in Form einer "Nacktradel-Aktion" kann auf der Grundlage des Versammlungsgesetzes verboten werden, weil unbekleidetes Fahrradfahren auf öffentlichen Straßen und in öffentlichen Anlagen, in denen die Begegnung mit nackten Menschen nicht zu erwarten ist, eine Ordnungswidrigkeit in Gestalt einer Belästigung der Allgemeinheit und damit einen Verstoß gegen die öffentliche Sicherheit darstellt.

Sachverhalt:

Am 23.4.2005 meldete der Ast. beim Landratsamt Rastatt eine Veranstaltung für den 11.6.2005 an. Nach seinen Angaben beabsichtigen drei bis zwölf Teilnehmer, im Rahmen des "Weltnacktradeltags" in der Zeit von 13 bis 17.30 Uhr ab der Staustufe Iffezheim in Richtung Süden bis zur Landkreisgrenze und wieder zurück zum Ausgangspunkt nackt zu radeln. Ziel der Aktion ist, "für Nacktheit als zweckdienliche und gesellschaftsfähige Kleidung und gegen das Verstecken von Körpern in blickdichten und gebührenpflichtigen Ghettos einzutreten". Nach Anhörung des Ast. verbot das Landratsamt Rastatt die angemeldete "Nacktradel-Aktion" sowie jede Form einer Ersatzveranstaltung; die sofortige Vollziehung der Verfügung wurde angeordnet. Den hiergegen gerichteten Eilantrag lehnte das VG ab.

Aus den Gründen:**A. Formelle Rechtmäßigkeit der Vollziehungsanordnung**

Der Ag. hat die sofortige Vollziehung der angegriffenen Verfügung formell ordnungsgemäß angeordnet

(vgl. § 80 III VwGO). Die von der Behörde gegebene Begründung genügt auch den Anforderungen an ein besonderes Vollzugsinteresse, weil bei der Durchführung der "Nacktradel-Aktion" am 11.6.2005 die Begehung einer Ordnungswidrigkeit zu erwarten ist und damit die besondere Eilbedürftigkeit außer Frage steht.

B. Interessenabwägung

Sind die formellen Voraussetzungen für die Anordnung der sofortigen Vollziehung erfüllt, so ergibt die bei einer Entscheidung nach § 80 V VwGO vorzunehmende Interessenabwägung, dass das öffentliche Interesse am Sofortvollzug der streitgegenständlichen Verbotsverfügung das entgegenstehende Interesse des Ast. an der Aussetzung der Entscheidung überwiegt, weil das Versammlungsverbot bei summarischer Prüfung rechtlichen Bedenken nicht unterliegt.

I. Ermächtigungsgrundlage

Rechtsgrundlage für die vom Ast. angemeldete Versammlung bzw. den von ihm angemeldeten Aufzug in Form einer "Nacktradel-Aktion" ist § 15 I VersG.

II. Tatbestand

1. Versammlung/Aufzug

Zunächst ist festzuhalten, dass das Versammlungsgesetz auf die Veranstaltung des Ast. anwendbar ist. Es handelt sich um eine Versammlung, nämlich eine Personenmehrheit mit einem verbindenden Zweck in Form eines Aufzugs. Die Aktion ist durch gemeinschaftliche Kommunikation geprägt und zielt auf die Teilhabe an der öffentlichen Meinung ab. Unerheblich ist, ob die Teilnehmer der Veranstaltung etwa Plakate mitführen oder sich in Form von Parolen zu ihren Zielen bekennen. Durch die vom Ast. beabsichtigte Bekanntmachung der Veranstaltung und die Darbietung der "nackten Körper" der Veranstaltungsteilnehmer wird nach außen ausreichend deutlich, dass für "öffentliche Nacktheit" als Lebensform und gegen "Nacktheit ausschließlich in abgetrennten Bereichen" geworben wird.

Da sich die Versammlung "auf dem Fahrrad" unter freiem Himmel fortbewegt, handelt es sich um einen Aufzug im Sinne des Versammlungsgesetzes. Durch Ortswechsel soll ein größerer Personenkreis mit der demonstrativen Aussage der Teilnehmer konfrontiert werden; Art, Ort und Geschwindigkeit der Fortbewegung eines Aufzugs sind unerheblich. Vor diesem Hintergrund stellt das Versammlungsgesetz eine abschließende Regelung dar, die einen Rückgriff auf das allgemeine Polizeirecht als Ermächtigungsgrundlage ausschließt (vgl. Dietel/Gintzel/Kniesel, Demonstrations- und Versammlungsfreiheit, 13. Aufl., § 15 Rdnr. 4).

2. Öffentliche Sicherheit

Nach § 15 I VersG kann die zuständige Behörde - hier

das Landratsamt Rastatt als Kreispolizeibehörde - den Aufzug verbieten oder von bestimmten Auflagen abhängig machen, wenn nach den zur Zeit des Erlasses der Verfügung erkennbaren Umständen die öffentliche Sicherheit oder Ordnung bei Durchführung des Aufzugs unmittelbar gefährdet ist. Schutzgut der öffentlichen Sicherheit sind subjektive Rechtsgüter und Rechte des Einzelnen, die Einrichtungen und Veranstaltungen des Staates und sonstiger Träger von Hoheitsgewalt sowie die Durchsetzung der in der objektiven Rechtsordnung begründeten Verhaltenspflichten. Dazu gehört vor allem die Verhütung und vorbeugende Bekämpfung von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten. Denn die Ausübung der Versammlungsfreiheit gibt keine Rechtfertigung für strafbares oder ordnungswidriges Verhalten.

a. Inhalt des § 118 OWiG

Gemessen daran ist hier das Schutzgut der öffentlichen Sicherheit betroffen, weil durch die "Nacktradel-Aktion" des Asta die Begehung von Ordnungswidrigkeiten - hier Belästigung der Allgemeinheit nach § 118 OWiG - droht. Wer sich unbedeckt auf öffentlichen Straßen und in öffentlichen Anlagen, in denen die Begegnung mit nackten Menschen nicht zu erwarten ist, in einer Weise aufhält, dass er anderen Benutzern den Anblick seines nackten Körpers aufdrängt, handelt ordnungswidrig i. S. von § 118 OWiG (vgl. zum Nacktjoggen als Belästigung der Allgemeinheit OLG Karlsruhe, NStZ-RR 2000, 309). Nach § 118 I OWiG handelt ordnungswidrig, wer eine grob ungehörige Handlung vornimmt, die geeignet ist, die Allgemeinheit zu belästigen oder zu gefährden und die öffentliche Ordnung zu beeinträchtigen.

b. Grob ungehörige Handlung

Eine "grob ungehörige Handlung" liegt dann vor, wenn die Handlung in einem so deutlichen Widerspruch zur Gemeinschaftsordnung steht, dass sie jeder billig denkende Bürger als eine grobe Rücksichtslosigkeit gegenüber jedem Mitbürger ansehen würde, sie sich also gleichsam als eine Missachtung der durch die Gemeinschaftsordnung geschützten Interessen darstellt. Solch ein schutzwürdiges Interesse ist auch das Schamgefühl. In der Schamhaftigkeit offenbart sich vor allem die Scheu des Menschen, die eigene Nacktheit ungerufen fremden Blicken auszusetzen, ihr kann es aber auch widerstreben, mit nackten fremden Menschen konfrontiert zu werden.

Die Anschauungen darüber, ob das Schamgefühl der Allgemeinheit in diesem Sinne tangiert wird, sind freilich zeitbedingt und damit dem Wandel unterworfen. Die Rechtsprechung hat sich bei dieser Beurteilung weder nach den Auffassungen besonders pruder noch ungewöhnlich liberaler Kreise zu richten. Allerdings sind tief greifende und nachhaltige Änderungen der sittlichen Wertvorstellungen der Allgemeinheit, die

von einer gegenüber früheren Zeiten unbefangeneren und freieren Auffassung hinsichtlich der Konfrontation mit menschlicher Nacktheit gekennzeichnet sind, zu berücksichtigen; entscheidend sind jeweils die Umstände des Einzelfalls (vgl. zum Ganzen OLG Karlsruhe, NStZ-RR 2000, 309).

An diesem Maßstab orientiert steht das unbedeckte Präsentieren eines menschlichen Körpers auf öffentlichen Straßen und in öffentlichen Anlagen nach wie vor regelmäßig im Gegensatz zu den allgemein anerkannten Regeln der ungeschriebenen Gemeinschaftsordnung. Denn das Verhalten des Ast. und der übrigen Teilnehmer ist gerade dadurch gekennzeichnet, dass sie Benutzern öffentlicher Straßen und Wege den Anblick ihrer nackten Körper aufdrängen, ohne dass diese frei entscheiden könnten, ob sie mit deren Anblick konfrontiert werden wollen oder nicht. Gerade die unfreiwillige Konfrontation an Orten, an denen die Begegnung mit nackten Menschen nicht zu erwarten ist, berührt aber auch nach heute noch allgemein vorherrschender Vorstellung das Schamgefühl in besonderer Weise (vgl. zum Ganzen OLG Karlsruhe, NStZ-RR 2000, 309).

Zwar ist dem Ast. zuzugeben, dass gegenüber früheren Zeiten eine unbefangenerere und freiere Einstellung hinsichtlich nackten Badens an Stränden oder in Schwimmbädern - in Schwimmbädern dürfte allerdings nur *oben* ohne üblicher geworden sein -, auch wenn es sich nicht um ein abgeschlossenes FKK-Areal handelt, breiten Raum gewonnen hat; insbesondere an den Baggerseen und Nebenarmen des Rheins mag in bestimmten Bereichen Nacktbaden üblich sein. Der Bevölkerung sind diese Verhaltensweisen in bestimmten Bereichen aber durchaus geläufig, jeder kann sein Verhalten durch die Wahl seines Badeorts danach ausrichten.

Anders liegt der Fall hier. Dem Ast. geht es gerade darum, jedermann entlang des Rheins auf seiner Fahrtstrecke - sei es auf öffentlichen Straßen, Liegewiesen, Campingplätzen, Gaststätten oder Spazierwegen -, also ganz überwiegend an Orten, an denen man „völlige Nacktheit“ nicht erwartet, mit seiner Lebenseinstellung zu konfrontieren. Dass die Betroffenen das Ganze übersehen oder wegschauen können, stellt die unfreiwillige Konfrontation nicht in Frage. Gleiches gilt für die Angabe des Ast., auf dem Fahrrad seien die Schamteile kaum einsehbar; die Nacktheit der Teilneh-

mer des Aufzugs ist jedenfalls für jedermann erkennbar, zumal sie als größere Gruppe massiv auftreten.

c. Belästigung der Allgemeinheit

Die grobe Ungehörigkeit der Handlungen des Ast. ist auch geeignet, gerade die Allgemeinheit, das heißt eine unbestimmte, nicht individuell abgegrenzte Mehrheit von Personen, zu belästigen. Rechtlich ohne Belang ist in diesem Zusammenhang, ob ein Teil der betroffenen Bürger eine Begegnung mit den unbedeckten Radlern billigend, gleichgültig oder belustigend hinnehmen würde. Bei der Frage, ob die Handlungen des Ast. geeignet sind, die Allgemeinheit zu belästigen, kommt es nur auf das Werturteil an, das die Gesamtheit des an der Verkehrssitte interessierten Publikums über den Vorgang fällt. Der vom Ast. angeführte Gesichtspunkt des Minderheitenschutzes - insbesondere die grundrechtlich geschützte Verhaltensfreiheit - darf zwar nicht „zu kurz kommen“, das heißt eine extreme Sexualmoral darf nicht zum Maß aller Dinge erhoben werden. Die Interessen des Ast. müssen aber dann zurücktreten, wenn - wie hier - das fragliche Verhalten von einer Mehrheit missbilligt wird.

3. Öffentliche Ordnung

Schließlich ist - vor dem Hintergrund des bisher Dargelegten - die Eignung der Aktion des Ast. zur Beeinträchtigung der öffentlichen Ordnung zu bejahen; die einzelnen Merkmale des Tatbestands des § 118 I OWiG überschneiden sich insoweit (vgl. Senge, in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, OWiG, § 118 Rdnr. 4).

III. Rechtsfolge

Vor diesem Hintergrund durfte die Versammlungsbehörde nach § 15 I VersG diejenigen Maßnahmen ergreifen, die ihr nach pflichtgemäßem Ermessen erforderlich erschienen, um der Begehung von Ordnungswidrigkeiten und damit Gefahren für die öffentliche Sicherheit vorzubeugen.

Das vollständige Verbot des Aufzugs entspricht auch dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, weil mildere Maßnahmen nicht ersichtlich sind. So scheidet insbesondere etwa eine behördliche Auflage „nicht vollständig nackt Rad zu fahren“ schon deshalb aus, weil es dem Ast. entsprechend der Zielsetzung der Veranstaltung gerade auf die Nacktheit ankommt.

Zivilrecht

Standort: Zivilprozessrecht

Problem: Widerruf eines Prozessvergleichs

BGH, URTEIL VOM 30.09.2005
V ZR 275 / 04 (NJW 2005, 3576)

Problemdarstellung:

Die Kl. hatte mit dem bekl. Land einen Prozessvergleich geschlossen, in dem beide Parteien sich den Widerruf bis zum 23.09.2003 vorbehielten. Eine ausdrückliche Regelung bezüglich des richtigen Adressaten des Widerrufs wie etwa die zuweilen anzutreffende Wendung "... durch schriftliche Erklärung zu den Gerichtsakten bis zum ..." fehlte. Am 23.09.2003 ging dann beim Landgericht die Widerrufserklärung des bekl. Landes ein. Die Zustellung der beglaubigten Abschrift an die Kl. erfolgte zwangsläufig nach Ablauf der Widerrufsfrist, weshalb die Kl. die Auffassung vertrat, der Rechtsstreit sei durch wirksamen, nicht widerrufenen Vergleich beendet. Sie konnte diese Argumentation auf die bisherige Rechtsprechung des BGH stützen, der den Widerruf in Ermangelung einer ausdrücklichen oder stillschweigenden Festlegung des richtigen Empfängers dem materiell-rechtlichen Teil des Vergleichs zuordnete mit der Folge, dass der Widerruf als empfangsbedürftige Willenserklärung gem. § 130 I 1 BGB gegenüber dem Vertragspartner zu erklären war. Insofern bestand eine Diskrepanz zu der Rechtsprechung des BVerwG, die allerdings durch § 106 S. 2 VwGO (Annahme eines gerichtlichen Vergleichsvorschlags durch schriftliche Erklärung gegenüber dem Gericht) erklärbar war, da sich eine solche Norm in der ZPO nicht fand.

Mit Wirkung zum 01.01.2002 wurde durch die ZPO-Reform mit § 278 VI ZPO eine dem § 106 S. 2 VwGO vergleichbare Regelung eingeführt. Dementsprechend vertritt der BGH nunmehr die Auffassung, dass jedenfalls nach Inkrafttreten dieser - mit Wirkung zum 01.09.2004 um die Möglichkeit der schriftlichen Unterbreitung eines Vergleichsvorschlags seitens der Parteien erweiterten - Norm geschlossene Vergleiche sowohl dem Vertragspartner als auch dem Gericht gegenüber widerrufen werden können, sofern keine abweichende Vereinbarung getroffen wurde.

Prüfungsrelevanz:

Diese Entscheidung enthält wesentliche Aussagen zu Rechtsnatur und Bedeutung des Prozessvergleichs, der einerseits materiell-rechtlicher Vertrag i. S. d. § 779 BGB, durch den die Parteien ihren Streit über ein zwi-

schen ihnen bestehendes Rechtsverhältnis beilegen, ist, andererseits den hierüber geführten Prozess wirksam beenden soll. Diese prozessuale Wirkung ist in der ZPO nirgendwo ausdrücklich geregelt, vielmehr wird die Existenz des Prozessvergleichs an verschiedenen Stellen vorausgesetzt, vgl. neben dem für diese Entscheidung relevanten § 278 VI ZPO etwa § 794 I Nr. 1 (Vollstreckungstitel) oder § 160 III Nr. 1 (Protokollierungspflicht) ZPO. Wie wichtig das Verständnis dieser Doppelnatur, die in ähnlicher Form auch bei der sog. Prozessaufrechnung besteht, ist, zeigt die Tatsache, dass auch das in diesem Fall entscheidende Problem des richtigen Widerrufsadressaten durch den BGH anhand einer ausführlichen Argumentation zur Rechtsnatur des Prozessvergleichs gelöst wurde.

Vertiefungshinweise:

- Bei Widerrufsvergleich keine qualifizierte Vollstreckungsklausel erforderlich: *OLG Stuttgart*, RA 2005, 198 = NJW 2005, 909
- Gegenauffassung: Qualifizierte Vollstreckungsklausel bei Widerrufsvergleich erforderlich: *BAG*, NJW 2004, 701 = NZA 2004, 117
- Zur Hemmung der Verjährung durch einen Widerrufsvergleich: *BGH*, RA 2005, 462 = NJW 2005, 2004
- Keine Prozessbeendigung durch außergerichtlichen Vergleich: *BGH*, RA 2002, 345 = NJW 2002, 1503

Kursprogramm:

- Examenskurs*: "Großeinkauf mit Hindernissen"
- Assessorkurs*: "Spätes Kommen"

Leitsatz:

Der Widerruf eines Prozessvergleichs kann wirksam sowohl dem Gericht als auch der anderen Vergleichspartei gegenüber erklärt werden, wenn die Parteien keine hiervon abweichende Vereinbarung getroffen haben; dies gilt jedenfalls für Prozessvergleiche, die seit dem 01.01.2002 geschlossen wurden.

Sachverhalt:

Die Parteien streiten um die prozessbeendende Wirkung eines vor dem Landgericht im September 2003 geschlossenen Vergleichs, in dem es unter Nr. 4 heißt: „Den Parteien bleibt vorbehalten, den Vergleich bis zum 23.09.2003 zu widerrufen“. Mit bei dem Landge-

richt an diesem Tag eingegangenem Schriftsatz hat das beklagte Land den Widerruf des Vergleichs erklärt. Eine beglaubigte Abschrift dieses Schriftsatzes ist dem Prozessbevollmächtigten der Kl. erst nach Ablauf der Widerrufsfrist zugestellt worden. Auf Antrag der Kl. hat das Landgericht festgestellt, dass der Rechtsstreit durch den gerichtlichen Vergleich beendet worden sei. Das Oberlandesgericht hat demgegenüber die Unwirksamkeit des Prozessvergleichs ausgesprochen. Hiergegen richtet sich die von dem Oberlandesgericht zugelassene Revision, mit der die Kl. die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils erstrebt. Das beklagte Land beantragt die Zurückweisung des Rechtsmittels.

Aus den Gründen:

A. Entscheidung und Begründung des BerGer.

Nach Auffassung des BerGer. hat das beklagte Land den Vergleich durch die bei dem Landgericht innerhalb der Widerrufsfrist eingegangene Erklärung wirksam widerrufen. Unter Widerrufsvorbehalt geschlossene Prozessvergleiche seien - sofern die Parteien keine abweichende Vereinbarung getroffen hätten - sowohl dem Gericht als auch dem Vertragspartner gegenüber widerruflich. Der Prozessvergleich habe Doppelcharakter. Neben seinem materiellrechtlichen Inhalt komme ihm eine verfahrensbeendende und titelschaffende Funktion zu, sodass er auch Prozesshandlung sei. Da prozessbeendende Wirkung nur dem materiellrechtlich und prozessual wirksam zustande gekommenen Vergleich zukomme, liege ein wirksamer Widerruf auch dann vor, wenn die Prozesshandlung "Vergleich" dem Gericht gegenüber widerrufen werde. Als Adressat der Widerrufserklärung komme das Gericht in Betracht, weil vor und gegenüber ihm prozessual gehandelt werde. Dies verdeutliche § 278 VI ZPO, der die Möglichkeit biete, einen gerichtlichen Vergleichsvorschlag (auch) durch Schriftsatz an das Gericht anzunehmen. Für die vergleichbare Vorschrift des § 106 S. 2 VwGO gehe auch das Bundesverwaltungsgericht davon aus, dass bei Fehlen einer abweichenden Vereinbarung der Widerruf dem Gericht gegenüber zu erklären sei.

B. Entscheidung des BGH in der Revision

Diese Ausführungen halten einer revisionsrechtlichen Überprüfung stand. Das beklagte Land hat den Vergleich wirksam durch die dem Gericht gegenüber abgegebene Erklärung widerrufen. Dem BerGer. ist darin beizutreten, dass der Widerruf eines Prozessvergleichs sowohl dem Gericht als auch der anderen Vergleichspartei gegenüber wirksam erklärt werden kann, wenn der Vergleich keine abweichende Vereinbarung über den Widerrufsadressaten enthält; dies gilt jedenfalls für Prozessvergleiche, die seit dem 01.01.2002 geschlossen wurden.

I. Fehlen einer vorrangigen Festlegung des Widerrufsadressaten durch Parteivereinbarung

Für die Beantwortung der Frage, wem gegenüber der in einem Prozessvergleich vorbehaltene Widerruf zu erklären ist, kommt es vorrangig auf eine in dem Vergleich getroffene Bestimmung an (BGH, NJW 1980, 1753 [1754]; BAG, NJW 1998, 2844 [2845]; BVerwGE 92, 29 [30]). Eine Vereinbarung der Parteien über den Widerrufsadressaten hat das BerGer. nicht festgestellt. Die Revision verweist auf keine Umstände, aus der sich eine ihr günstige Abrede im Sinne einer ausschließlichen Empfangszuständigkeit des Vergleichspartners ergeben könnte.

II. Widerrufsadressat bei fehlender Parteivereinbarung

Umstritten ist, wem gegenüber der Widerruf eines Prozessvergleichs zu erklären ist, wenn die Parteien hierüber keine Regelung getroffen haben.

1. Bisheriger Streitstand zum zivilprozessualen Vergleich

Im Anschluss an das Reichsgericht (RGZ 161, 253 [255]) hat der Bundesgerichtshof in älteren Entscheidungen die Auffassung vertreten, der Vorbehalt des Widerrufs gehöre zum sachlich-rechtlichen Teil eines Prozessvergleichs, sodass bei Fehlen einer Vereinbarung über die Empfangszuständigkeit der Widerruf als empfangsbedürftige Willenserklärung nach § 130 BGB wirksam nur dem Vergleichspartner gegenüber erklärt werden könne (BGH, LM BGB § 130 BGB Nr. 2 S. 2; ZZZ 71, 454 [455]); jedoch hat er eigens darauf hingewiesen, dass die Annahme einer Empfangszuständigkeit des Gerichts durch stillschweigende Vereinbarung möglich sei (BGH, ZZZ 71 aaO.). Dieser Hinweis hat in der Praxis vielfach zu der Annahme derartiger stillschweigender Vereinbarungen geführt (etwa OLG Düsseldorf, NJW-RR 1987, 255 [256]; OLG Köln, NJW 1990, 1369; OLG Brandenburg, NJW-RR 1996, 123; vgl. auch BAG, AP ZPO § 794 Nr. 1; BSGE 24, 4 [6]). Die daraus resultierende Rechtsunsicherheit bei der Bestimmung des Widerrufsadressaten hat die Kommentarliteratur zu der Empfehlung bewogen, der Widerruf möge vorsorglich dem Gegner und dem Gericht gegenüber erklärt werden (vgl. etwa Zöller/Stöber, ZPO, 25. Aufl., § 794 Rz. 10a m.w.N.). Auch fehlt es nicht an Stimmen im Schrifttum, die einer Empfangszuständigkeit sowohl des Gerichts als auch des Gegners den Vorzug einräumen (so etwa Stein/Jonas/Münzberg, ZPO, 22. Aufl., § 794 Rz. 85 f. m.w.N.; MünchKomm-ZPO/Wolfsteiner, 2. Aufl., § 794 Rz. 61; Wieczorek/Schütze/Paulus, ZPO, 3. Aufl., § 794 Rz. 39).

2. Parallele Diskussion zum verwaltungsprozessualen Vergleich

Im Bereich des Verwaltungsprozessrechts hat sich ein

Wechsel in der Rechtsprechung vollzogen. Hatte sich das Bundesverwaltungsgericht zunächst ebenfalls der Auffassung des Reichsgerichts angeschlossen (BVerwGE 10, 110 [111]), steht es nunmehr auf dem Standpunkt, ein Prozessvergleich könne nur dem Gericht gegenüber wirksam widerrufen werden (BVerwGE 92, 29 [30 ff]). Von einer Vorlage an den Gemeinsamen Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes hat das Bundesverwaltungsgericht – die Entscheidung stammt aus dem Jahr 1993 – mit der Erwägung abgesehen, die Zivilprozessordnung enthalte keine der Neufassung des § 106 VwGO vergleichbare Regelung und damit keine gesetzliche Grundlage für eine Empfangszuständigkeit des Gerichts (BVerwG, NJW 1993, 2193 [2194] – insoweit in BVerwGE 92, 29 ff. nicht abgedruckt).

Mit dem Gesetz zur Reform des Zivilprozesses vom 27.07.2001 (BGBl. I S. 1887) ist die Zivilprozessordnung inzwischen nach dem Vorbild des § 106 S. 2 VwGO durch Einfügung der Regelung des § 278 VI ZPO umgestaltet worden (vgl. MünchKommZPO/Prütting, 2. Aufl., Aktualisierungsband, § 278 Rz. 37). Danach können Prozessvergleiche seit dem 01.01.2002 auch dadurch geschlossen werden, dass die Parteien einen gerichtlichen Vergleichsvorschlag durch Schriftsatz annehmen, wobei die Annahme dem Gericht gegenüber zu erklären ist.

3. Auswirkungen der ZPO-Reform und Schutzbedürftigkeit des Widerrufenden

Vor diesem Hintergrund entscheidet der Senat dahin, dass der Widerruf, jedenfalls nach neuem Recht, wirksam sowohl dem Gericht als auch dem Vergleichspartner gegenüber erklärt werden kann, sofern die Parteien keine hiervon abweichende Vereinbarung getroffen haben. Das folgt nicht nur aus der Rechtsnatur des Prozessvergleichs, sondern zudem aus systematischen und teleologischen Erwägungen.

a. Doppelnatur des Prozessvergleichs und Bedeutung des § 278 VI ZPO n. F.

Der Prozessvergleich ist ein Vertrag, der eine Doppelnatur aufweist (BGHZ 16, 388 [390]; 28, 171 [172]; 41, 310 [311]; 79, 71 [74]; 80, 389 [392]; 128, 320 [323]; 142, 84 [88]; BGH, NJW 1980, 1753 [1754]). Er ist Prozesshandlung, weil er den Rechtsstreit beendet, und privatrechtliches Rechtsgeschäft, weil er sachlichrechtlich die Ansprüche und Verbindlichkeiten der Parteien regelt (vgl. BGH, NJW 1980, 1753 [1754]; NJW 1980, 1752 [1753]). Jedoch stehen Prozesshandlung und Rechtsgeschäft nicht getrennt nebeneinander. Vielmehr bildet der Prozessvergleich eine Einheit, die eine gegenseitige Abhängigkeit der prozessualen Wirkungen und der materiellrechtlichen Regelungen bewirkt (vgl. BGHZ 79, 71 [74 f.]). Daher ist ein Prozessvergleich nur wirksam, wenn sowohl die materiellrechtlichen Voraussetzungen für einen Vergleich als

auch die prozessualen Anforderungen erfüllt sind, die an eine wirksame Prozesshandlung zu stellen sind. Fehlt es auch nur an einer dieser Voraussetzungen, liegt ein wirksamer Prozessvergleich nicht vor; die prozessbeendende Wirkung tritt nicht ein. Auf dieser Grundlage erweist es sich zunächst als zutreffend, wenn der Vergleichspartner – bezogen auf die materiellrechtliche Komponente des Prozessvergleichs – als Adressat der Widerrufserklärung angesehen wird (§ 130 BGB). Nur ist damit nichts gegen eine Empfangszuständigkeit auch des Gerichts unter dem Blickwinkel des Widerrufs der bei Abschluss des Vergleichs ebenfalls abgegebenen – auf die Beendigung des Prozesses gerichteten – Prozesshandlung gewonnen. So wenig § 130 BGB von prozessrechtlichen Erwägungen überlagert wird, so wenig vermag die genannte Vorschrift des bürgerlichen Rechts die nach Prozessrecht bestehende Zuständigkeit des Gerichts zur Entgegennahme von Prozesshandlungen – einschließlich ihres Widerrufs – zu verdrängen (vgl. auch MünchKommZPO/Wolfsteiner, 2. Aufl., § 794 Rz. 61). Es widerspricht der Zuordnung des Prozessvergleichs zum materiellen und prozessualen Recht, bei der Bestimmung des Widerrufsadressaten die bei einem unter Widerrufsvorbehalt geschlossenen Vergleich gegebene Widerruflichkeit der Prozesshandlung auszublenden und nur das materielle Recht in den Blick zu nehmen (ähnlich Stein/Jonas/Münzberg, aaO, Rz. 86). Für den fristgerechten Widerruf eines gerichtlichen Vergleichs folgt daraus, dass die dem Gericht gegenüber widerrufene Prozesshandlung – als solche ist eine an das Gericht gerichtete Widerrufserklärung ohne weiteres zu verstehen – den Eintritt der prozessbeendenden Wirkung des Vergleichs ebenso hindert wie der dem Vergleichspartner nach § 130 BGB erklärte Widerruf. Dies gilt jedenfalls, seit mit dem Gesetz zur Reform des Zivilprozesses (aaO.) die Möglichkeit des Abschlusses eines Prozessvergleichs bei Abwesenheit der Parteien eingeführt worden ist. Nach § 278 VI 1 ZPO kann ein Vergleich nunmehr auch dadurch geschlossen werden, dass die Parteien einen Vergleichsvorschlag des Gerichts durch Schriftsatz dem Gericht gegenüber annehmen. Dann aber entspricht es nicht nur der Rechtsnatur des Prozessvergleichs, sondern zudem der Systematik des Gesetzes, dass der Widerruf auch dem Gericht gegenüber erklärt werden kann. Zwar wird für einen Widerrufsvorbehalt in einem gerichtlichen Vergleichsvorschlag nur selten Anlass bestehen. Das ändert aber nichts daran, dass die Neuregelung einen wesentlichen Anhalt für die Auslegung bietet.

b. Erfordernis einer nachvollziehbaren Rechtslage für nicht anwaltlich vertretene Parteien

Gründe der Rechtssicherheit untermauern die vom Senat zugrunde gelegte Lösung. Die Frage, ob und mit welchem Inhalt eine stillschweigende Abrede über den

Widerrufsadressaten anzunehmen ist, ist selbst für Rechtskundige nicht immer einfach und schon gar nicht zweifelsfrei zu beantworten. Angesichts der daraus resultierenden Unsicherheiten mag es anwaltlicher Vorsicht entsprechen, den Widerruf vorsorglich sowohl dem Gericht als auch dem Gegner zu erklären. Den Parteien – insbesondere den nicht durch einen Anwalt vertretenen – ein solches Vorgehen ansinnen zu wollen, überspannte jedoch die Anforderungen an dasjenige, was von einer auf Wahrung ihrer prozessualen Belange bedachten Partei zumutbarer Weise erwartet werden kann. Bei der Bestimmung des Widerrufsadressaten ist daher darauf Bedacht zu nehmen, dass auch eine nicht anwaltlich vertretene Partei ohne komplizierte rechtliche Überlegungen den Widerruf erreichen kann (so BAG, AP ZPO § 794 Nr. 1). Auch das spricht dafür, eine Empfangszuständigkeit für Widerrufserklärungen sowohl bei Gericht als auch bei der anderen Vergleichspartei zu bejahen. Schutzwürdige Belange des Widerrufsgegners werden dadurch nicht berührt. Dieser hat es in der Hand, auf die Vereinbarung einer bestimmten Empfangszuständigkeit zu drängen, wenn eine solche für ihn von besonderer Be-

deutung ist. Sieht er hiervon ab, erweckt er in aller Regel den Eindruck der Gleichgültigkeit zu dieser Frage (Stein/Jonas/Münzberg, aaO., Rz. 86).

III. Keine Vorlage nach § 132 III, IV GVG

Die Voraussetzungen für eine Vorlage an den Großen Senat nach § 132 III, IV GVG oder an den Gemeinsamen Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes nach § 2 I RsprEinhG liegen schon deshalb nicht vor, weil die eine ausschließliche Empfangszuständigkeit des Gegners bejahenden Entscheidungen (oben B. II. 1.) sämtlich vor Umgestaltung der zivilprozessualen Vorschriften über den Prozessvergleich ergangen sind. Die maßgebende Rechtslage hat sich mit der Einfügung von § 278 VI ZPO wesentlich geändert. Das schließt eine Verpflichtung zur Vorlage aus (vgl. BVerwG, NJW 1993, 2193 [2194]). Soweit der Senat entgegen der Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts nicht von einer ausschließlichen Empfangszuständigkeit des Gerichts ausgeht, scheidet eine Vorlageverpflichtung am Fehlen einer entscheidungserheblichen Divergenz (vgl. GmS-OGB, BGHZ 88, 353 [356 f.]; BGHZ 158, 295 [310]).

Standort: Zwangsvollstreckung

BGH, URTEIL VOM 08.11.2005
XI ZR 90 / 05 (BISLANG UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

In diesem Fall hatte der Kl. wegen eines titulierten Zahlungsanspruches einen Pfändungs- und Überweisungsbeschluss (PfÜB) in die Ansprüche seiner Schuldnerin aus der Geschäftsverbindung zu der beklagten Sparkasse, bei welcher die Schuldnerin zwei Girokonten unterhielt, erwirkt. Im Rahmen der Drittschuldnererklärung nach § 840 ZPO hatte die Sparkasse mitgeteilt, dass beide Konten aktuell kein pfändbares Guthaben auswiesen und an künftigem Guthaben laut ihren AGBen vorrangige Pfandrechte bestünden. Daraufhin wollte es der Kl. genau wissen und verlangte klageweise Auskunft über die Kontobewegungen und Kontostände durch Herausgabe der Kontoauszüge und Rechnungsabschlüsse betreffend die gepfändeten Konten vom Zeitpunkt der Zustellung des PfÜB's an.

Der BGH lehnte einen solchen Anspruch ab und zeigte eine strikte Trennung zwischen dem allgemeinen (Neben-) Anspruch auf Erteilung solcher Auskünfte, die zur Bezifferung und Geltendmachung des gepfändeten Anspruches nötig sind, einerseits und einem selbständigen Anspruch auf Erteilung von Kontoauszügen und Rechnungsabschlüssen auf. Erstgenannter ist untrennbar mit dem gepfändeten Anspruch verbunden, während es sich bei letztgenanntem um einen selbständigen Anspruch aus dem der Kontoführung zugrundeliegenden Girovertrag (§§ 676 f, 675, 666

Problem: Reichweite einer Kontenpfändung

BGB) handelt, der schon deshalb nicht auf den Pfändungsgläubiger übergehen kann, weil diesem sonst durch die einzelnen aus den Kontoauszügen ersichtlichen Informationen die Möglichkeit einer "Ausforschungspfändung" gegeben würde. Schließlich zeigt auch die Vorschrift des § 836 III ZPO, dass primäre Auskunftsource des Vollstreckungsgläubigers bezüglich der zur Geltendmachung der gepfändeten Forderung begehrten Informationen der Vollstreckungsschuldner sein soll.

Prüfungsrelevanz:

Die Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen in Forderungen und sonstige Vermögensrechte des Schuldners durch den sog. PfÜB nach Maßgabe der §§ 828 ff ZPO sollte in ihren Grundzügen schon den Kandidaten im 1. Staatsexamen vertraut sein, von RechtsreferendarInnen werden hier auch vertiefte Kenntnisse verlangt. Die vorliegende Entscheidung zur Reichweite der Pfändung von Ansprüchen aus einem Girokonto baut auf derartige Kenntnisse auf und vertieft diese. Sie betrifft zudem eine in der Praxis nicht selten anzutreffende und häufig im Vergleich zur Sachpfändung durch den Gerichtsvollzieher auch erfolgversprechendere Möglichkeit der Zwangsvollstreckung.

Vertiefungshinweise:

- Zur Pfändung in die "offene Kreditlinie": BGH, NJW 2001, 1937
- Überblick über die Zwangsvollstreckung in Wert-

papiere: *Becker*, JuS 2005, 232

Kursprogramm:

- Examenskurs*: "Das gepfändete Sparbuch"
- Assessorkurs*: "Die gepfändete Mietforderung"

Leitsatz:

Der Anspruch des Kontoinhabers auf Erteilung von Kontoauszügen und Rechnungsabschlüssen ist ein selbständiger Anspruch aus dem Girovertrag, der bei einer Kontenpfändung nicht als Nebenanspruch mit der Hauptforderung mit gepfändet werden kann.

Sachverhalt:

Der Kl. nimmt nach einer Pfändung von Girokonten die beklagte Sparkasse als Drittschuldnerin auf Auskunft und Zahlung in Anspruch. Dem liegt folgender Sachverhalt zugrunde: Der Kl. betreibt wegen einer titulierten Geldforderung in Höhe von 2.031,81 € nebst Zinsen und Vollstreckungskosten die Zwangsvollstreckung gegen die Streitverkündete S. O. (im Folgenden: Schuldnerin), die bei der Bekl. zwei Girokonten unterhält. Das Amtsgericht R. hat am 28.03.2003 einen Pfändungs- und Überweisungsbeschluss erlassen, der die angeblichen, im Einzelnen näher bezeichneten Forderungen der Schuldnerin aus ihrer Geschäftsverbindung zu der Bekl. erfasst. In Ziffer 10 dieses Beschlusses heißt es:

"Die Pfändung des Hauptanspruchs erstreckt sich auch auf die Nebenrechte wie den Anspruch auf Auskunftserteilung und Rechnungslegung aus dem Bankverhältnis, insbesondere die Angabe des Kontostandes bei Zustellung des Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses, die Angabe der auf dem Konto erfolgten Gutschriften mit Bezeichnung der Leistung, des Betrages und des Datums, die Angabe der einzelnen Belastungen mit Betrag und Datum und die jeweiligen Abschlussalden zu den Quartalsabschlüssen für die gepfändeten Konten vom Tage der Zustellung an. Zudem wird angeordnet, dass Monatskonten, Kontenrechnungübersichten bzw. Kontoauszüge herauszugeben sind."

Im April 2003 teilte die Bekl. dem Kl. mit, die beiden Girokonten wiesen im Zeitpunkt der Pfändung kein pfändbares Guthaben auf, die Pfändung künftiger Forderungen sei vorgemerkt, sie selbst habe eigene vorrangige Forderungen, die sie gemäß AGB-Pfandrecht geltend mache. Mit der Klage begehrt der Kl. Auskunftserteilung und Rechnungslegung über die beiden gepfändeten Konten ab Zustellung des Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses am 07.04.2003 mittels Herausgabe der Bankauszüge und Rechnungsabschlüsse, Zahlung eines bezifferten Teilbetrages von 1.870,60 € sowie einen weiteren, nach Auskunftserteilung noch zu beziffernden Restbetrag jeweils nebst Zinsen. Er ist

der Meinung, die Bekl. habe ihm aufgrund des Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses umfassend und unentgeltlich Auskunft über die gepfändeten Konten mittels Herausgabe von Rechnungsabschlüssen und Kontoauszügen zu erteilen. Das AG hat die Bekl. durch Teilurteil antragsgemäß zur Auskunft verurteilt. Hiergegen hat die Bekl. Berufung mit dem Antrag eingelegt, sie lediglich zur Auskunft mittels Herausgabe vierteljährlicher Rechnungsabschlüsse Zug um Zug gegen Erstattung der hierfür anfallenden Kosten von 30,- € pro Auskunftserteilung zu verurteilen. Das BerGer. hat die Berufung zurückgewiesen. Mit der vom BerGer. zugelassenen Revision verfolgt die Bekl. ihr Klageabweisungsbegehren im Umfang ihres Berufungsantrages weiter.

Aus den Gründen:

Die Revision ist begründet.

A. Entscheidung und Begründung des BerGer.

Das BerGer. hat zur Begründung seiner Entscheidung im Wesentlichen ausgeführt:

Die Bekl. habe dem Grunde nach eine Auskunftspflicht und Rechnungslegungspflicht anerkannt. Die entsprechenden Rechte des Vollstreckungsschuldners seien als unselbständige Nebenrechte zur Hauptforderung aus der Bankverbindung mitgepfändet. Diese Nebenrechte schlossen den Anspruch auf Herausgabe regelmäßiger Kontoauszüge ein. Die Bekl. habe keinen Anspruch auf Erstattung der durch die Auskunftserteilung entstehenden Kosten durch den Kl. Ein vertraglicher Anspruch gemäß §§ 669, 670 BGB bestehe nicht, weil der Kl. keinen Auftrag erteilt habe, sondern seine mitgepfändeten Nebenrechte geltend mache. Auch die Voraussetzungen der §§ 261 III, 811 II BGB seien nicht erfüllt. Aus den Grundsätzen zu den Kosten der Drittschuldnererklärung gemäß § 840 ZPO, die hier entsprechend anwendbar seien, ergebe sich ebenfalls keine Kostenpflicht des Gläubigers.

B. Entscheidung des BGH in der Revision

Diese Ausführungen halten rechtlicher Überprüfung nicht stand.

I. Zulässige Entscheidung über Auskunftsantrag durch Teilurteil

Entgegen der Auffassung der Revision ist allerdings rechtlich nicht zu beanstanden, dass das BerGer. das erstinstanzliche Urteil nicht deshalb aufgehoben hat, weil das AG über den Antrag auf Auskunftserteilung und Rechnungslegung durch Teilurteil entschieden hat. Es ist charakteristisch für eine unbezifferte Stufenklage nach § 254 ZPO, die der Kl. mit einer bezifferten Teilklage verbunden hat, dass durch Teilurteil zunächst über das Auskunftsbegehren entschieden wird, es sei denn, der unbezifferte Hauptsacheanspruch besteht nicht (BGHZ 107, 236, 239; Zöller/Greger, ZPO

25. Aufl. § 254 Rz. 3, 7, 9 m.w.N.). Eine Gefahr einander widersprechender Entscheidungen ist entgegen der Ansicht der Revision nicht ersichtlich.

II. Kein Anspruch des Kl. auf Herausgabe von Bankauszügen und Rechnungsabschlüssen

Rechtsfehlerhaft ist aber die nicht näher begründete Auffassung des BerGer., dem Kl. stehe aufgrund des Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses ein Anspruch auf Herausgabe sämtlicher Bankauszüge und Rechnungsabschlüsse über die gepfändeten Konten gegen die Bekl. als Drittschuldnerin zu.

1. Unterscheidung zwischen Anspruch auf Erteilung von Bankauszügen und allgemeinem Auskunftsanspruch

Bereits im Ansatz fehlerhaft hat das BerGer. den Anspruch des Bankkunden auf Erteilung von Kontoauszügen und Rechnungsabschlüssen aus dem Girovertrag (vgl. BGH, WM 1985, 1098 [1099]) gleichgesetzt mit dem als Nebenanspruch mitgepfändeten, nach §§ 412, 401 BGB auf den Gläubiger übergehenden Auskunftsanspruch (vgl. BGH, WM 2003, 1891 [1892]). Zwischen diesen beiden unterschiedlichen Auskunftsansprüchen ist aber streng zu unterscheiden, auch wenn beide Ansprüche auf § 666 BGB basieren (vgl. Lwowski/Bitter, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, 2. Aufl., § 33 Rz. 30 a; Staudinger/Bittner, BGB, Neubearb. 2004, § 259 Rz. 20; Terpitz, WuB, VI E., § 829 ZPO 6.88).

a. Unselbständiger Anspruch auf Erteilung von Auskünften, die zur Geltendmachung der Hauptforderung erforderlich

Der als Nebenanspruch des gepfändeten Hauptanspruchs auf den Gläubiger übergehende Auskunftsanspruch zielt lediglich darauf ab, Gegenstand und Betrag des Hauptanspruchs zu ermitteln (BGH, WM 2003, 1891 [1892]). Er folgt dem gepfändeten Hauptanspruch daher nur, soweit dessen Geltendmachung eine Auskunft oder eine Rechnungslegung erfordert (Staudinger/Bittner, BGB, Neubearb. 2004, § 259 Rz. 20). Besteht der gepfändete Auszahlungsanspruch nicht, weil auf dem Konto des Schuldners kein Guthaben vorhanden ist, und geht deshalb die Pfändung ins Leere, kann auch der Auskunftsanspruch nicht auf den Gläubiger übergehen (LG Itzehoe, WM 1988, 994 [996]; LG Aachen, JurBüro 1991, 873 [875]; Bach-Heuker, in: Hellner/Steuer, Bankrecht und Bankpraxis, Rz. 2/1186 m.w.N.; Sühr, WM 1985, 741 [742]). Diesen unselbständigen Nebenanspruch macht der Kl. - was das BerGer. verkannt hat - mit seiner Klage nicht geltend.

b. Anspruch auf Erteilung von Bankauszügen und Rechnungsabschlüssen selbständiger Anspruch

Der Kl. verfolgt damit vielmehr den Anspruch der

Schuldnerin auf Erteilung von Kontoauszügen und Rechnungsabschlüssen. Dabei handelt es sich um einen selbständigen Anspruch aus dem Girovertrag (§§ 666, 675 BGB). Dieser setzt keinen anderen Anspruch voraus, dessen Geltendmachung die begehrte Auskunft vorbereiten soll, sondern er dient unabhängig hiervon der Information des Auskunftsberechtigten über die Geschäfte, die der Auskunftspflichtete in seinem Interesse geführt hat (Senat, BGHZ 107, 104 [108]; WM 2001, 621). Dieser Anspruch besteht daher auch dann, wenn das Konto kein Guthaben aufweist (Bach-Heuker, in: Hellner/Steuer, Bankrecht und Bankpraxis Rz. 2/1182; Staudinger/Hopt/Mülbert, BGB, 12. Aufl., Vorbem. zu §§ 607 ff. Rz. 103).

2. Kein Übergang des selbständigen Auskunftsanspruchs auf den Pfändungsgläubiger

Entgegen der Ansicht des BerGer. steht dem Kl. dieser selbständige Auskunftsanspruch auf Erteilung von Rechnungsabschlüssen und Überlassung von Kontoauszügen nicht zu. Der Senat schließt sich der ganz herrschenden Meinung in der Instanzrechtsprechung und Literatur an, nach der der selbständige Auskunftsanspruch im Gegensatz zum unselbständigen Nebenanspruch nicht auf den Pfändungsgläubiger übergeht (LG Frankfurt a.M., WM 1986, 1008; LG Hildesheim, JurBüro 1988, 547 [549]; LG Itzehoe, WM 1988, 994; LG Aachen, JurBüro 1991, 873 [875]; LG Stuttgart, Rpfleger 1994, 471 [472]; AG Meldorf, SchiHA 1987, 152 und WM 1987, 1503; Bach-Heuker, in: Hellner/Steuer, Bankrecht und Bankpraxis, Rz. 2/1187 f.; Brehm, in: Stein/Jonas, ZPO, 22. Aufl., § 829 Rz. 80; Canaris, Bankvertragsrecht, 3. Aufl., Rz. 193; Baumbach/Hopt, HGB, 31. Aufl., § 357 Rz. 8; Staudinger/Hopt/Mülbert, BGB, 12. Aufl., Vorbem. zu §§ 607 ff. Rz. 120; Lwowski/Bitter, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, 2. Aufl., § 33 Rz. 30 a; Münch-KommBGB/Krüger, 4. Aufl., § 259 Rz. 18; Münch-KommHGB/Hadding/Häuser, Zahlungsverf., Rz. A 250; Zöllner/Stöber, ZPO, 25. Aufl., § 829 Rz. 33 "Kontokorrent" Buchst. d; Vollkommer, WuB, VI E., § 829 ZPO 1.04; a.A. LG Cottbus, InVo 2003, 244 [245]; AG Rendsburg, WM 1987, 1179; Hartmann, in: Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 63. Aufl., Grdz. § 704 Rz. 87; Musielak/Becker, ZPO, 4. Aufl., § 850 k Rz. 18).

a. Verhinderung einer unzulässigen "Ausforschungs-pfändung"

Ginge der selbständige und umfassende Auskunftsanspruch des Bankkunden auf den Pfändungsgläubiger über, würde dieser Informationen erhalten, die keine Beziehung zu dem gepfändeten Hauptanspruch auf Auszahlung des positiven Saldos haben und daher nicht mehr durch den Zweck des übergegangenen Nebenanspruchs gedeckt sind. Für den Zahlungsanspruch des Gläubigers ist es nicht notwendig zu erfahren, wel-

che Lastschriften aufgrund der vorrangigen Pfändung zurückgegeben wurden bzw. woher eine Gutschrift kam und welcher Anspruch dieser zugrunde lag. Das gilt auch im Fall der Hilfspfändung des Anspruchs auf Gutschrift künftiger Eingänge, der durch die jeweilige Gutschrift erfüllt worden ist (Bach-Heuker, in: Hellner/Steuer, Bankrecht und Bankpraxis, Rz. 2/1185, 2/1187). Vielmehr könnte der Gläubiger sich dadurch umfassend über die gesamte Geschäftstätigkeit des Schuldners informieren; er erführe von weiteren Pfändungsgrundlagen und könnte darauf Folgepfändungen gegen andere Drittschuldner ausbringen. Damit würde die Pfändung der Ansprüche aus dem Girokonto auf eine unzulässige, von der Zivilprozessordnung nicht vorgesehene Ausforschungspfändung hinauslaufen (AG Meldorf, WM 1987, 1503; Engel, BKR 2003, 878 [879]; Hadatsch/Wagner, Die Bearbeitung von Pfändungsbeschluss und Drittschuldnererklärung, 6. Aufl., S. 141; Sühr, WM 1985, 741 [743]; Weber, WuB, VI E., § 829 ZPO 3.87).

b. Vollstreckungsschuldner primäre Auskunftsource des Gläubigers: § 836 III ZPO

Ein berechtigtes Interesse des Vollstreckungsgläubigers an der Herausgabe der Kontoauszüge und Rechnungsabschlüsse kann auch nicht damit begründet werden, dass er diese zur Bezifferung seines Zahlungsanspruchs und zur Substantiierung der Einziehungsklage benötige. Denn aus § 836 III ZPO ergibt sich, dass der Schuldner die primäre Auskunftsource für den Gläubiger sein soll, von dem letzterer sich die erforderlichen Informationen und Urkunden - aufgrund der weiten Definition dieser Urkunden (BGH, WM 2003, 625 [626]) gegebenenfalls auch Kontoauszüge (Brehm, in: Stein/Jonas, ZPO, 22. Aufl., § 836 Rz. 14 Fn. 43; Musielak/Becker, ZPO, 4. Aufl., § 836 Rz. 7) - beschaffen kann, falls ihm die Auskünfte, die er von dem Drittschuldner nach § 840 ZPO oder als Auskunft aufgrund des unselbständigen Nebenanspruchs erhalten hat, nicht genügen.

c. Schuldner muss weiter § 850 k ZPO überprüfen können

Dem vollständigen Übergang des Anspruchs auf Herausgabe der Kontoauszüge und Rechnungsabschlüsse auf den Pfändungsgläubiger steht zudem entgegen, dass dem Kreditinstitut damit die Möglichkeit genommen würde, einen Kontokorrentabschluss im Sinne des § 355 HGB herbeizuführen (LG Itzehoe, WM 1988, 994 [995]; Bach-Heuker, in: Hellner/Steuer, Bankrecht und Bankpraxis, Rz. 2/1188), weil für das Saldoanerkennen trotz der Pfändung weiterhin der Schuldner zuständig bleibt (vgl. Bach-Heuker, in: Hellner/Steuer, Bankrecht und Bankpraxis, Rz. 2/1188; Münch-KommHGB/Hefermehl, § 357 Rz. 10; Staub/Canaris, HGB, 4. Aufl., § 357 Rz. 40). Außerdem wäre der Kontoinhaber nicht hinreichend über die Ein- und

Ausgänge auf seinem Konto und die Höhe der gepfändeten Beträge informiert (LG Stuttgart, Rpfleger 1994, 471 [472]; Engel, BKR 2003, 878 [879]). Er hätte nicht mehr die Möglichkeit zu überprüfen, ob von ihm zu reklamierende Fehlbuchungen oder durch § 850 k ZPO oder § 55 SGB I geschützte Gutschriften erfolgt sind.

3. Keine abweichende Beurteilung aufgrund Ziff. 10 des PfÜB

Der geltend gemachte Anspruch steht dem Kl. auch unter Berücksichtigung von Ziffer 10 des von der beklagten Sparkasse nicht angegriffenen Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses nicht zu. Danach erstreckt sich "die Pfändung des Hauptanspruchs ... auch auf die Nebenrechte wie den Anspruch auf Auskunftserteilung und Rechnungslegung aus dem Bankverhältnis, insbesondere die Angabe des Kontostandes ...". Hauptanspruch ist dabei der gepfändete Auszahlungsanspruch der Schuldnerin. Ausgehend davon sowie vom Wortlaut ("Nebenrechte", "insbesondere") muss der Pfändungs- und Überweisungsbeschluss dahin verstanden werden, dass er nur unselbständige, nach §§ 412, 401 BGB auf den Gläubiger übergehende Nebenansprüche auf Auskunftserteilung erfasst, nicht aber selbständige, vom gepfändeten Hauptanspruch unabhängige Auskunftsansprüche der Schuldnerin als Kontoinhaberin aus dem mit der Bekl. geschlossenen Girovertrag. Das gilt besonders, da diese Ansprüche nicht pfändbar sind (LG Frankfurt a.M., WM 1986, 1008; LG Itzehoe, WM 1988, 994 [995]; LG Aachen, JurBüro 1001, 873 [875]; LG Stuttgart, Rpfleger 1994, 471 [472]; Bach-Heuker, in: Hellner/Steuer, Bankrecht und Bankpraxis, Rz. 1188; Münch-KommBGB/Krüger, 4. Aufl., § 259 Rz. 18; Münch-KommHGB/Hadding/Häuser, Zahlungsverf., Rz. A 250). Zumindest ist der Pfändungs- und Überweisungsbeschluss insoweit nicht klar und bestimmt. Dies geht zu Lasten des Klägers. Dass in Ziffer 10 S. 2 unter anderem die Herausgabe von Kontoauszügen angeordnet wird, ändert im Ergebnis nichts. Insoweit ist schon nicht hinreichend klar, dass sich diese Anordnung an die Bekl. richtet. Hinzu kommt, dass die Bekl. mit der Schuldnerin jedenfalls hinsichtlich eines Kontos vereinbart hatte, dass die Erteilung von Kontoauszügen mittels Kontoauszugsdrucker erfolgt und Auszüge nur übersandt werden, wenn der Auszugsdrucker von der Schuldnerin über einen längeren Zeitraum nicht in Anspruch genommen worden ist. Dies kann die Bekl. auch dem Kläger entgegenhalten (Engel, BKR 2003, 878 [879]). Dass die Schuldnerin den Auszugsdrucker längere Zeit nicht betätigt hat, ist nicht vorgetragen.

III. Verurteilung zur Erteilung vierteljährlicher Rechnungsabschlüsse durch Bekl. nicht angegriffen

Soweit die Verurteilung der Bekl. durch das AG die Herausgabe vierteljährlicher Rechnungsabschlüsse

einschließt, kommt eine Klageabweisung allerdings nicht in Betracht, weil die Bekl. das amtsgerichtliche Urteil insoweit nicht angefochten hat und das BerGer. an den Berufungsantrag der Bekl. gebunden war (§ 528 S. 2 ZPO).

1. Eingeschränkter Berufungsantrag als schlüssiges prozessuales Anerkenntnis

Mit der beschränkten Anfechtung des amtsgerichtlichen Urteils hat die Bekl. ein schlüssiges prozessuales Anerkenntnis (vgl. dazu Zöller/Vollkommer, ZPO, 25. Aufl., Vor § 306 Rz. 12) mit der Einschränkung abgegeben, dass sie sich nur einer Verurteilung Zug um Zug gegen Erstattung von Kosten in Höhe von 30,- € beugen will. Wenn der Kl. - wie hier - auf einer einschränkungslosen Verurteilung besteht, kann insofern zwar kein Anerkenntnisurteil nach § 307 ZPO ergehen. Dennoch ist die Bekl. an ihr Anerkenntnis gebunden. Das Gericht entscheidet nicht mehr über das materiell-rechtliche Bestehen des anerkannten Hauptanspruchs, sondern lediglich über die Berechtigung des geltend gemachten Gegenrechts (BGHZ 107, 142 [146 f.]). Die Verurteilung zur Herausgabe vierteljährlicher Rechnungsabschlüsse ist daher - auch wenn, wie dargelegt, ein entsprechender materiell-rechtlicher Anspruch nicht besteht - aufgrund des Anerkenntnisses

der Bekl. zu Recht erfolgt.

2. Bestehen eines Zurückbehaltungsrechts der Bekl.

Rechtsfehlerhaft hat das BerGer. aber ein Zurückbehaltungsrecht der Bekl. verneint. Die Bekl. ist berechtigt, die Auskunftserteilung von der Zahlung des begehrten Entgelts in Höhe von 30,- € abhängig zu machen. Da der Kl. keinen Anspruch auf Erteilung der vierteljährlichen Rechnungsabschlüsse hat, handelt es sich um eine freiwillige Leistung der Bekl., für die sie auch ein von ihr zu bestimmendes Entgelt verlangen kann. Für eine Angemessenheitsüberprüfung des verlangten Entgelts ist angesichts der Tatsache, dass die Bekl. die Erteilung der Rechnungsabschlüsse völlig verweigern könnte, kein Raum. Ziffer 17 Abs. I und II AGB-Sparkassen, die eine gerichtliche Überprüfung eröffnen würde, findet keine Anwendung, weil die Allgemeinen Geschäftsbedingungen im Verhältnis zum Kl. mangels Einbeziehung nicht gelten.

IV. Eigene Sachentscheidung des Revisionsgerichts

Das angefochtene Urteil war nach alledem aufzuheben (§ 562 I ZPO). Da weitere Feststellungen nicht zu treffen sind, konnte der Senat in der Sache selbst entscheiden (§ 563 III ZPO).

Standort: Gesellschaftsrecht

Problem: Bedingte Geschäftsführerbestellung

BGH, URTEIL VOM 24.10.2005
II ZR 55 / 04 (BISLANG UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

In diesem Fall wollten die Gesellschafter einer GmbH sicherstellen, dass der von ihnen bestellte Geschäftsführer (vgl. § 6 III GmbHG), der auch noch einer Geschäftsführertätigkeit in einer anderen Gesellschaft nachging, jedenfalls mittelfristig seine ganze Arbeitskraft ihrer GmbH zur Verfügung stellt. Es wurde deshalb vereinbart, dass der Geschäftsführer ausscheidet, wenn er seine ganze Arbeitskraft ab dem 31.12.1996 nicht vollständig der GmbH und seinen dortigen Aufgaben zur Verfügung stellt. Nachdem der beklagte Geschäftsführer seine Tätigkeit bei der zweiten GmbH weit über das Jahr 1996 beibehielt, begehrten die GmbH sowie ihr zweiter Geschäftsführer die Feststellung, dass der beklagte Geschäftsführer bei der GmbH eben diese Stellung nicht mehr bekleidet.

Dieser Klage war in letzter Instanz Erfolg beschieden. Der BGH stellt in seinem Urteil heraus, dass die Geschäftsführerbestellung einer GmbH nicht - wie kraft gesetzlicher Regelung etwa die Auflassung (§ 925 II BGB) und kraft Verallgemeinerung des Rechtsgedankens des § 388 S. 2 BGB die Ausübung von Gestaltungsrechten - generell bedingungsfeindlich ist. Auch

stehen Belange des Gläubigerschutzes sowie Interessen der GmbH selbst der Argumentation des Senats zufolge einem solchen - in § 158 BGB ausdrücklich zugelassenen - Bedingungs-zusammenhang nicht entgegen. Das Gericht tritt damit einer beachtlichen Literaturauffassung entgegen, wonach eine bedingte Geschäftsführerbestellung nicht zulässig sei, da der Rechtsverkehr stets wissen müsse, wer etwa für die Führung der Geschäfte den Anforderungen an ordentliche Geschäftsleute entsprechend verantwortlich sei (§ 43 GmbHG), wem die Buchführung obliege (§ 41 GmbHG), wer im Fall der Zahlungsunfähigkeit rechtzeitig die Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu betreiben habe (§ 64 GmbHG), etc.

Prüfungsrelevanz:

Die Relevanz dieses Urteils beschränkt sich keineswegs auf Wahlfachprüfungen mit dem Gegenstand Handels- und Gesellschaftsrecht. Da zu Bedeutung und Zulässigkeit von Bedingungen i. S. d. § 158 BGB auch grundlegende Argumentationen die Urteilsbegründung tragen, kann eine entsprechende Problematik auch in Pflichtfachaufgaben integriert werden. Dann wäre es gerade Aufgabe des Kandidaten, sich von einem möglichen ersten Schreck angesichts der auf den ersten Blick recht speziellen Problematik zu erholen,

um sodann den Fall unter Heranziehung des "juristischen Handwerkzeugs" einer tragbaren Lösung zuzuführen.

Vertiefungshinweise:

Drittwiderspruchsklage einer Ein-Mann-GmbH gegen Gläubiger ihres Alleingeschafters: *BGH*, RA 2004, 103 = *NJW* 2004, 217

Zur Durchgriffshaftung zu Lasten der GmbH-Gesellschafter entgegen § 13 II GmbHG: *BGH*, RA 2002, 639 = *NJW* 2002, 3024

Kursprogramm:

Examenskurs: "G-Großhandels-GmbH"

Assessorkurs: "Spätes Kommen"

Leitsätze:

Der Geschäftsführer einer GmbH kann unter einer auflösenden Bedingung bestellt werden. Sieht der Bestellungsakt vor, dass das Amt endet, wenn der Geschäftsführer ab einem bestimmten Zeitpunkt der GmbH nicht seine volle Arbeitskraft zur Verfügung stellt, so verliert der Geschäftsführer automatisch sein Amt, wenn er zu dem genannten Zeitpunkt diese Voraussetzung nicht erfüllt, etwa weil er außerdem einer weiteren Tätigkeit nachgeht.

Sachverhalt:

Die familiär geprägte W. GmbH & Co. KG hat die klagende GmbH (Kl. zu 2) als Komplementärin. An ihr sind neben weiteren Personen der Kl. zu 1 und der Bekl. zu 1 sowie dessen Mutter, die Bekl. zu 2, beteiligt. Durch Gesellschafterbeschluss vom 25.03.1994 wurde - neben dem Kl. zu 1 - der Bekl. zu 1 zum Geschäftsführer der Kl. zu 2 bestellt. Weiter heißt es in dem Beschluss:

"Stellt der Geschäftsführer J. N. (Bekl. zu 1) ab dem 31.12.1996 nicht seine volle Arbeitskraft zur Verfügung, so scheidet er als Geschäftsführer aus der W. Verwaltungsgesellschaft mbH (Kl. zu 2) aus; insoweit ist seine Bestellung zum Geschäftsführer befristet."

Hintergrund dieser Regelung war, dass der Bekl. zu 1 als Geschäftsführer der L. GmbH tätig war und ihm die Möglichkeit eröffnet werden sollte, sein Engagement in der anderen Gesellschaft nicht abrupt, sondern mit einer längeren Übergangsfrist zu beenden. Dementsprechend wurde dem Bekl. zu 1 in dem Geschäftsführerdienstvertrag die Befugnis eingeräumt, seine bislang ausgeübte Tätigkeit als Geschäftsführer der L. GmbH bis zum 31.12.1996 in eingeschränktem Umfang fortzusetzen. Tatsächlich nahm der Bekl. zu 1 über diesen Zeitpunkt hinaus bis Februar 2003 die Funktion des Geschäftsführers der L. GmbH wahr. Mit ihrer Klage begehren die Kl. die Feststellung, dass der Bekl. zu 1 nicht mehr Geschäftsführer der Kl. zu 2 ist.

Das Oberlandesgericht hat der - erstinstanzlich abgewiesenen - Klage auf die Berufung der Kl. stattgegeben. Mit ihrer - von dem Senat zugelassenen - Revision verfolgen die Bekl. ihren Klageabweisungsantrag weiter.

Aus den Gründen:

Die Revision der Bekl. ist nicht begründet.

A. Entscheidung und Begründung des BerGer.

Das Oberlandesgericht (ZIP 2004, 951), das die Feststellungsklage als zulässig erachtet, meint, der Bekl. zu 1 sei nicht mehr Geschäftsführer der Kl. zu 2. Der Bekl. zu 1 sei unter der auflösenden Bedingung zum Geschäftsführer der Kl. zu 2 bestellt worden, ihr ab dem 31.12.1996 seine volle Arbeitskraft zur Verfügung zu stellen. Diese Bedingung sei zwischenzeitlich eingetreten, weil der Bekl. zu 1 seine Tätigkeit bei der L. GmbH nicht aufgegeben habe. Die Bestellung eines Geschäftsführers unter einer auflösenden Bedingung unterliege keinen Wirksamkeitsbedenken, weil sie die Rechtsstellung Dritter nicht beeinträchtige.

B. Entscheidung des BGH in der Revision

Diese Ausführungen halten revisionsrechtlicher Prüfung stand.

I. Zulässigkeit der Feststellungsklage

Zutreffend hat das BerGer. die Feststellungsklage für zulässig gehalten.

1. Anfechtung des Gesellschafterbeschlusses keine Alternative zur Feststellungsklage

Ob der Bekl. zu 1 infolge des Eintritts einer auflösenden Bedingung sein Geschäftsführeramt bei der Kl. zu 2 verloren hat, kann nur im Rahmen einer Feststellungsklage (§ 256 ZPO) geklärt werden. Eine Anfechtung des Gesellschafterbeschlusses vom 25.03.94 über die Bestellung des Bekl. zu 1 zum Geschäftsführer der Kl. zu 2 kommt nicht in Betracht, weil die Parteien übereinstimmend von der Wirksamkeit dieses Beschlusses ausgehen und ihr Streit allein dessen inhaltliche Tragweite betrifft (vgl. Senat, ZIP 1999, 656 = WM 1999, 796).

2. Feststellungsinteresse i. S. d. § 256 I ZPO im Verhältnis aller Prozessbeteiligten zueinander gegeben

Die Feststellungsklage der Kl. zu 2 ist gegen den Bekl. zu 1 ohne weiteres zulässig, weil sie ein rechtliches Interesse an der verbindlichen Klärung hat, ob der Bekl. zu 1 noch ihr Geschäftsführungs- und Vertretungsorgan ist (vgl. Senat, ZIP 2005, 1365 f. zum umgekehrten Fall der Feststellungsklage des Geschäftsführers). Zulässigkeitsbedenken bestehen ebenfalls nicht, soweit die Feststellung im Verhältnis des Kl. zu 1 zu den Bekl. zu 1 und 2 als Gesellschafter der Kl. zu 2 begehrt wird. Da für die Rechtsbeziehungen der Ge-

sellschafter von erheblicher Bedeutung ist, wer das Amt des Geschäftsführers innehat, kann diese Frage auch im Verhältnis der Gesellschafter zueinander durch eine Feststellungsklage geklärt werden (BGHZ 121, 257 f. m.w.N.), zumal sich das Problem der Rechtskraftstreckung des Urteils auf die GmbH (BGHZ, aaO.) wegen der Beteiligung der Kl. zu 2 am vorliegenden Rechtsstreit nicht stellt. Wegen des gleich gelagerten Klärungsinteresses begegnet die Zulässigkeit der Feststellungsklage auch im Verhältnis der Kl. zu 2 zu der Bekl. zu 2 keinen Bedenken.

3. Zulässige Vertretung der Kl. zu 2 durch den Kl. zu 1 als amtierender Geschäftsführer

Die Kl. zu 2 wird im vorliegenden Rechtsstreit zutreffend durch ihren Geschäftsführer, den Kl. zu 1, vertreten. Solange die Gesellschaft nicht von ihrer Befugnis nach § 46 Nr. 8 2. Alternative GmbHG Gebrauch macht, kann sie im Rechtsstreit gegen einen früheren Geschäftsführer durch die amtierenden Geschäftsführer vertreten werden (Senat, ZIP 1992, 760).

II. Begründetheit der Feststellungsklage

Auch in der Sache ist dem BerGer. zu folgen, dass der unter einer auflösenden Bedingung zum Geschäftsführer der Kl. zu 2 bestellte Bekl. zu 1 dieses Amt mit Eintritt der Bedingung verloren hat.

1. Bestellung des Bekl. zu 1 als Geschäftsführer auflösend bedingt gem. § 158 II BGB

Der Bekl. zu 1 ist unter einer auflösenden Bedingung (§ 158 BGB) zum Geschäftsführer der Kl. zu 2 berufen worden, weil er als Geschäftsführer ausscheiden sollte, sofern er der GmbH "ab dem 31.12.1996 nicht seine volle Arbeitskraft zur Verfügung" stellt. Durch diese Gestaltung wurde eine Befristung mit einer Bedingung kombiniert, weil die auflösende Bedingung erst nach einem bestimmten Zeitablauf Rechtswirkungen zeitigen sollte. Eine solche Regelung ist rechtlich nicht zu beanstanden (Staudinger/Bork, BGB 2003, § 163 Rz. 4). Die Bestellung des Bekl. zu 1 als Geschäftsführer der Kl. zu 2 sollte nach Maßgabe des Gesellschafterbeschlusses vom 25.03.1994 - ungeachtet seiner tatsächlichen Arbeitsleistung - bis zum 31.12.1996 fortauern, sodann aber erlöschen, falls der Bekl. zu 1 der Kl. zu 2 nicht seine volle Arbeitskraft widmet. Die auflösende Bedingung ist eingetreten, weil der Bekl. zu 1 seine Tätigkeit als Geschäftsführer der L. GmbH bis in das Jahr 2003 fortgesetzt hat. Dabei kann dahinstehen, ob die auflösende Bedingung bereits am 01.01.1997 oder - wie das BerGer., das von einer Fristverlängerung ausgeht, meint - am 30.06. bzw. 25.08.1998 eingetreten ist.

2. Zulässigkeit der bedingten Geschäftsführerbestellung entgegen der h. Lit.

Die Bestellung eines Geschäftsführers unter einer auflösenden Bedingung ist entgegen der Auffassung der

Revision zulässig. Das Schrifttum lehnt eine in dieser Weise gestaltete Bestellung des Geschäftsführers überwiegend mit der Begründung als unzulässig ab, die Rechtssicherheit erfordere, dass für jedermann deutlich sei, welche Person die im öffentlichen Interesse stehenden Pflichten aus §§ 41, 43 III, 64 GmbHG zu erfüllen habe (Hommelhoff/ Kleindiek in: Lutter/ Hommelhoff, GmbHG, 16. Aufl., § 6 Rz. 25; Scholz/Uwe H. Schneider, GmbHG, 9. Aufl., § 6 Rz. 27; Roth/ Altmeppen, GmbHG, 5. Aufl., § 6 Rz. 34; Michalski/ Heyder, GmbHG 2002, § 6 Rz. 83; Rowedder/ Schmidt-Leithoff, GmbHG, 4. Aufl., § 6 Rz. 29; Marschner-Barner/Diekmann in: MünchHdbGesR, Bd. 3, 2. Aufl., § 42 Rz. 39). Dies überzeugt den Senat nicht. Vielmehr ist in Übereinstimmung mit der Gegenauffassung die Bestellung eines Geschäftsführers unter einer auflösenden Bedingung zulässig (Lutter/ Hommelhoff, aaO., § 38 Rz. 40; Baumbach/Hueck/ Zöllner, GmbHG, 17. Aufl., § 38 Rz. 38 b; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Koppensteiner, aaO., § 38 Rz. 39), weil dadurch Belange der Rechtssicherheit nicht in stärkerem Maße als bei einer anderen Form der Abberufung berührt werden.

a. Bestellung des Geschäftsführers einer GmbH nicht von vornherein bedingungsfeindlich

§ 158 BGB sieht ausdrücklich die Möglichkeit vor, die Wirksamkeit eines Rechtsgeschäfts von einer aufschiebenden oder auflösenden Bedingung abhängig zu machen. Mit Hilfe einer Bedingung können die rechtsgeschäftlich Handelnden für spätere Entwicklungen durch eine darauf abgestimmte Regelung Vorsorge treffen. Die Bedingung ist danach ein wichtiges Instrument der Vertragsgestaltung. Den mit der Vereinbarung einer Bedingung verbundenen Schwebezustand und die sich daraus ergebenden Unwägbarkeiten nimmt der Gesetzgeber grundsätzlich in Kauf. Lediglich bestimmte Rechtsgeschäfte (Beispiele: Auflassung, § 925 II BGB; Eheschließung, § 1311 S. 2 BGB) und die Ausübung von Gestaltungsrechten (Beispiel: § 388 S. 2 BGB) hat der Gesetzgeber der Verknüpfung mit einer Bedingung entzogen. Die Bestellung zum Geschäftsführer einer GmbH wird erst mit der Annahme des Amtes wirksam; sie gehört nicht zu den "bedingungsfeindlichen" Rechtsgeschäften und kann daher an eine auflösende Bedingung geknüpft werden.

b. Unsicherheit bezüglich der Geschäftsführerstellung auch in anderen Fallkonstellationen möglich

Die auflösend bedingte Bestellung eines Geschäftsführers ist nicht deswegen mit besonderen Unsicherheitsfaktoren behaftet, weil die Frage, ob die Bedingung eingetreten ist oder nicht, kontrovers beurteilt werden kann. Auch in anderen Fällen kann die Abberufung eines Geschäftsführers mit ähnlichen rechtlichen Zweifeln behaftet sein: Kann der Geschäftsführer

wegen einer entsprechenden Satzungsgestaltung nach § 38 II GmbHG nur aus wichtigem Grund abberufen werden, kommt es häufig zu gegensätzlichen Beurteilungen, ob der dem Geschäftsführer gemachte Vorwurf seinem Schweregrad nach eine sofortige Abberufung rechtfertigt (vgl. etwa die Nachweise bei Scholz/Uwe H. Schneider, aaO., § 38 Rz. 43-53) oder fehlerfrei festgestellt worden ist (vgl. Senat, ZIP 1995, 560 [562] = WM 1995, 709). Ebenso können Unstimmigkeiten entstehen, ob sich die zunächst befristete Bestellung verlängert hat und deshalb nur durch einen Widerruf beendet werden kann. Nicht anders verhält es sich bei der Prüfung, ob die Organstellung des Geschäftsführers wegen Amtsunfähigkeit entfallen ist (vgl. BGHZ 115, 78 [80]), ob eine wirksame Amtsniederlegung stattgefunden hat (vgl. BGHZ 121, 257 [260]) oder ob mit der Beendigung des Dienstvertrages der Verlust der Organstellung einhergeht (vgl. BGHZ 112, 103 [115]). Diese Beispiele rechtlicher Zweifelsfälle bei der Abberufung eines Geschäftsführers ver-

anschaulichen, dass die Unsicherheit des Bedingungseintritts der Bestellung eines Geschäftsführers unter einer auflösenden Bedingung nicht entgegensteht.

c. Schutz der Gläubigerbelange durch § 15 HGB

Gläubigerschutzbelange wie auch die berechtigten Interessen der Gesellschaft verbieten ebenfalls nicht die Bestellung unter einer auflösenden Bedingung. Wird der Geschäftsführer nach Eintritt der Bedingung rechtsgeschäftlich tätig, kann der redliche Geschäftsverkehr auf die Eintragung in das Handelsregister (§ 15 HGB) und die danach fortbestehende Vertretungsmacht vertrauen, zumal eine Bedingung nicht eintragungsfähig ist (MünchKomm/Westermann, BGB, 4. Aufl., § 158 Rz. 34). Schließlich unterliegt der nach Bedingungseintritt tätig bleibende "faktische" Geschäftsführer dem Pflichtenkreis eines ordentlichen Geschäftsführers und haftet etwa bei einer Missachtung der Insolvenzantragspflicht (§ 64 I GmbHG; vgl. Senat, ZIP 2005, 1550 und ZIP 2005, 1414).

IMPRESSUM

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

Strafrecht

Standort: § 24 StGB

Problem: Fehlgeschlagener Versuch; Freiwilligkeit

BGH, URTEIL VOM 15.09.2005

4 STR 216/05 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Der Angeklagte hatte vor, seinen Sohn zu erschießen. Deshalb lauerte er ihm, mit einem geladenen Revolver bewaffnet, im Dunkeln auf. Als der Sohn zusammen mit der Schwiegertochter des Angeklagten erschien und dieser wegen der schlechten Lichtverhältnisse nicht genau erkennen konnten, welche der beiden Gestalten sein Sohn war, schoss er mehrfach auf die beiden. Er traf seine schwangere Schwiegertochter tödlich, verwundete den Sohn jedoch nur leicht. Der Sohn lief ins Haus und kam kurz darauf mit einem Gegenstand zurück, den der Angeklagte für eine Pistole hielt. Der Angeklagte floh deshalb und rief die Polizei. Das Landgericht Saarbrücken hatte den Angeklagten isb. wg. Mordes (an der Schwiegertochter) und versuchten Mordes (am Sohn) verurteilt. Die Revision des Angeklagten, mit der dieser vortrug, es liege ein strafbefreiender Rücktritt vom Versuch vor, wies der BGH als unbegründet zurück.

Prüfungsrelevanz:

Die Prüfung der Voraussetzungen eines strafbefreienden Rücktritts vom Versuch gem. § 24 StGB gehören zu klassischen Examensproblemen aus dem Bereich des Allgemeinen Teils. Im vorliegenden Fall spricht der BGH insbesondere die Fallgruppe des fehlgeschlagenen Versuchs sowie das Kriterium der Freiwilligkeit an.

Nach herrschender Meinung ist ein strafbefreiender Rücktritt vom Versuch gem. § 24 StGB von vornherein ausgeschlossen, wenn der Versuch fehlgeschlagen ist, d.h. wenn der Täter glaubt, den tatbestandlichen Erfolg gar nicht mehr oder jedenfalls nicht ohne erhebliche zeitliche Zäsur herbeiführen zu können (BGHSt 35, 90; BGH, StV 1999, 596; Wessels/Beulke, AT, Rn. 628; Schönke/Schröder-Eser, § 24 Rn. 7 mwN). Wenn der Täter davon ausgehe, dass er die Tat sowie so nicht mit den zur Verfügung stehenden Mitteln ausführen könne, dann stelle es auch kein "Aufgeben" der Tat i.S.v. § 24 I 1. Fall StGB dar, wenn er aufhöre, so dass in diesen Fällen gar kein Rücktritt in Betracht komme. Die Gegenauffassung erkennt den fehlgeschlagenen Versuch nicht als eigene, den Rücktritt ausschließende Fallgruppe, an (Otto, AT, § 19 Rn. 8 ff.; Kühl, Jus 1981, 193). Da der Rücktritt im Gesetz

nicht geregelt sei, stelle die Annahme einer solchen, den (strafbefreienden und damit für den Täter positiven) Rücktritt ausschließenden Konstellation eine Analogie zu Lasten des Täters dar, die gem. Art. 103 II GG, § 1 StGB unzulässig sei. Nach dieser Auffassung ist aber in entsprechenden Fällen auch kein Rücktritt gegeben; verneint wird hier größtenteils die Freiwilligkeit. Der BGH führt im vorliegenden Urteil seine bisherige Rechtsprechung fort und hält - ohne weitere Ausführungen - das Nichtvorliegen eines fehlgeschlagenen Versuchs für eine Voraussetzung des Rücktritts. Weiter befasst sich der BGH mit der Frage, wann ein Rücktritt "freiwillig" i.S.v. § 24 StGB ist (vgl. hierzu den Überblick bei Tröndle/Fischer, § 24 Rn. 18 ff.). Während ein Teil der Literatur hier qualifizierte Anforderungen stellt, etwa ein Verhalten verlangt, dass nicht nur durch die "Verbrechervernunft" bedingt ist oder eine "Rückkehr zu rechtstreuem Verhalten" darstellt (SK-Rudolphi, § 24 Rn. 15; Roxin, ZStW 80, 708; Borchert/Hellmann, Jura 1982, 662), reicht es nach ständiger Rechtsprechung aus, dass der Täter aus autonomen (selbstgesetzten) Motiven heraus handelt (BGHSt 7, 296 [299]; BGH, NStZ 1994, 428; 2004, 324; StV 2003, 615). Auch ein Handeln aus autonomen Motiven heraus kann jedoch fraglich sein, wenn der Täter lediglich aus Angst vor Strafe die Tat aufgibt. Die Rechtsprechung differenziert hier: Gibt der Täter die Tatausführung aus allgemeiner Angst vor Strafe auf, so ist Freiwilligkeit gegeben (BGHSt 9, 53; 21, 217; OLG Düsseldorf, NJW 1999, 2911), ist die Angst vor Strafe jedoch in einer (vermeintlichen) Veränderung äußerer Umstände begründet, die es aus Sicht des Täters plötzlich als wahrscheinlicher erscheinen lassen, dass er gefasst und bestraft wird, so ist sein Verhalten nicht mehr freiwillig (BGH, NStZ 1992, 536; 1993, 77; 1996, 352). Diese Rechtsprechung führt der BGH auch in vorliegenden Entscheidung fort.

Vertiefungshinweise:

❑ Zum fehlgeschlagenen Versuch: BGH, NStZ 1993, 40; 1999, 395; 2000, 422; NStZ-RR 2005, 70; Haft, NStZ 1994, 536; v. Heintschel-Heinegg, ZStW 109, 33; Kudlich, JuS 1999, 24; Otto, Jura 1992, 423; Scheinfeld, JuS 2002, 250

❑ Zur Freiwilligkeit des Rücktritts: BGHSt 7, 296; 35, 187; 42, 160; BGH, NStZ 2004, 324; Bloy, JR 1989, 70; Grasnick, JZ 1989, 821; Lampe, JuS 1989, 610; Jäger, NStZ 1998, 161; Jakobs, JZ 1988, 519; Küper,

JZ 1997, 229; *Lackner*, NSStZ 1988, 405; *Sonnen*, JA 1997, 184

Kursprogramm:

- Examenskurs: "Der Schmuckhändler"
- Examenskurs: "Eifersucht ist eine Leidenschaft..."

Leitsätze (der Redaktion):

- 1. Ein Fehlschlag, der nach der Rechtsprechung einen Rücktritt ausschließt, liegt vor, wenn der Täter die Tat, wie er weiß, mit den bereits eingesetzten oder den zur Hand liegenden Mitteln nicht mehr ohne zeitliche Zäsur vollenden kann, so dass ein erneutes Ansetzen notwendig ist, um zu dem gewünschten Ziel zu gelangen.**
- 2. Hat sich aus der Sicht des Täters durch nicht vorhergesehene Umstände das für ihn mit der Tatbegehung verbundene Risiko beträchtlich erhöht und sieht er deshalb von der weiteren Tatausführung ab, so fehlt es an der für einen strafbefreienden Rücktritt erforderlichen Freiwilligkeit.**
- 3. Die Verletzung mehrerer Strafgesetze durch dieselbe Handlung ist jedenfalls dann ein Grund, die Tat innerhalb des Strafrahmens der insoweit bestimmenden Norm nachteiliger zu bewerten, wenn das tateinheitlich verwirklichte Delikt selbstständiges Unrecht verkörpert.**

Sachverhalt:

Der zur Tatzeit 61 Jahre alte Angeklagte hatte seinen Sohn Ralf W. nach dessen Rückkehr aus dem Ausland im Jahre 2000 bei der Begleichung seiner Altschulden und beim Aufbau eines eigenen Betriebes finanziell unterstützt. Ende 2002/Anfang 2003 wurden die Firmen des Angeklagten und seines Sohnes zusammengelegt und das Eigentum an dem Familienanwesen neu aufgeteilt, so dass sich die zusammengelegten Firmen im Alleineigentum des Sohnes des Angeklagten befanden. Im Gegenzug wurde dem Angeklagten die Geschäftsführung übertragen und ihm ein monatlicher unkündbarer Lohn von 3.000 Euro versprochen. Im März 2003 erteilte Ralf W. dem Angeklagten Baustellen- und Büroverbot. Im Mai 2003 stellte er die monatlichen Zahlungen von 3.000 Euro an den Angeklagten ein und kündigte schließlich die Krankenversicherungen seiner Eltern. Der Angeklagte reagierte darauf mit beleidigenden Äußerungen gegenüber seinem Sohn, dessen Ehefrau Petra, die zur Tatzeit in der 30. Woche schwanger war, und deren Eltern. Er erstattete mehrfach anonym Strafanzeige gegen seinen Sohn, unter anderem wegen angeblichen Drogenhandels und Steuerhinterziehung.

Der Angeklagte, der annahm, bei den Besuchern seines Sohnes handele es sich um Mitglieder der "Hell's Angels" oder der "MC Outlaws", beobachtete und fotografierte regelmäßig - bei Dunkelheit unter Verwen-

dung eines Nachtsichtgerätes - die Wohnung seines Sohnes. Anfang Oktober 2003 erklärte der Angeklagte einem langjährigen Mitarbeiter bei einem Telefongespräch, er wolle die Firma von seinem Sohn zurück haben und kündigte an, er werde diesen erschießen. Bevor das Kind der Ehefrau seines Sohnes auf die Welt komme, "erschieße er sie beide". Etwa sechs Wochen vor der Tat bedrohte der Angeklagte auf dem Familienanwesen seinen Sohn mit einem Revolver und forderte ihn auf, sein Fahrzeug umzuparken. Als Ralf W. dies ignorierte und entgegnete, der Angeklagte sollte doch schießen, drehte dieser seine Waffe um und bot seinem Sohn an, dieser solle auf ihn schießen.

Am späten Nachmittag des 26. November 2003 stellte der Angeklagte fest, dass die Nummernschilder von dem Firmenwagen, den er privat nutzte, abgeschraubt waren. An der Windschutzscheibe des Autos befand sich ein Zettel mit der Nachricht: "Auto wird abgemeldet. MfS Ralf". In dem Angeklagten "reifte nun endgültig die Überzeugung, seinen Sohn töten zu müssen. Er setzte sich gegen 18.00 Uhr in seine Küche - von der aus er den Hof überblicken konnte - und wartete auf die Heimkehr seines Sohnes". Gegen 21.30 Uhr kamen Ralf W. und seine Ehefrau Petra durch den hinteren Durchgang in den Innenhof. Der Angeklagte, der den Lichtkegel des Autos seines Sohnes gesehen hatte, war zur Hintertür seiner Wohnung hinuntergegangen, hatte diese geöffnet und sich, ohne die über der Tür angebrachte Beleuchtung einzuschalten, auf die Treppe vor der Tür gestellt. Er wollte seinen Sohn mit seinem mit fünf Vollmantelkegelspitzgeschossen geladenen Revolver erschießen, sobald dieser den Innenhof betrat. Als er sah, dass seine Schwiegertochter neben seinem Sohn ging, zögerte er einen Augenblick. Da er befürchtete, sein Vorhaben könne scheitern und er abermals "versagen", schoss der Angeklagte ohne Vorwarnung zweimal auf Ralf und Petra W., die sich kurz vor der zu ihrer Wohnung führenden Außentreppe befanden. Dabei konnte er, weil es im Hofraum dunkel war, lediglich unklare Umrissformen zweier Personen erkennen.

"Da sich das Ehepaar in Bewegung befand, dem Angeklagten vor Aufregung die Hände zitterten, er von dem unerwarteten Auftauchen der Petra W. überrascht und es insgesamt relativ dunkel war, konnte er - wie er wusste - keinen gezielten Schuss auf seinen Sohn abgeben. Er konnte die beiden Personen im Moment der Abgabe der beiden Schüsse nicht einmal genau voneinander unterscheiden. Er hatte gehofft bei den ersten beiden Schüssen auf die beiden Personen seinen Sohn zu treffen, die Gefahr der Tötung seiner Schwiegertochter war ihm aber bewusst und er nahm sie in Kauf. Nahezu gleichzeitig, allenfalls Bruchteile einer Sekunde vor den beiden Schüssen, wurde dem Ralf W. eine Person in der Haustür seines Vaters gewahr, was ihn veranlasste sich in diese Richtung zu drehen. Einer der beiden Schüsse durchschlug zunächst den linken Un-

terarm der Petra W., streifte anschließend den rechten Unterarm des Ralf W. bevor er schließlich nach Eintreten in ihre linke Brust ihr Herz durchdrang und im Brustkorb stecken blieb. Das zweite Geschoss verfehlte die beiden und bohrte sich in die Wand des Hauses”.

Ralf und Petra W. liefen in Richtung der Treppe zu ihrer Wohnung. Die tödlich getroffene Petra W. kam auf der Treppe zu Fall und begann zu schreien. Ralf W. versuchte vergeblich, seine Ehefrau hochzuziehen und lief dann die Treppe hinauf zu seiner Wohnung. Der Angeklagte schoss zwei weitere Male auf Ralf W., traf diesen jedoch nicht. Dieser lief in seine Wohnung und kehrte mit einem schnurlosen Telefon in der Hand vor die Wohnungstür zurück. Er trat mehrmals einige Schritte vor und gleich wieder zurück und tat dabei so, als ziele er mit dem Telefon in der Hand auf den Angeklagten. Dieser zielte jeweils erneut auf Ralf W., schoss jedoch nicht. Nach einigen Minuten ging der Angeklagte in seine Wohnung, alarmierte mit den Worten “Ich habe meinen Sohn erschossen” telefonisch die Polizei und forderte sie kurz danach mit einem weiteren Telefonanruf auf, einen Notarzt zu verständigen. Das von Petra W. vor ihrem Tode entbundene Mädchen verstarb zwei Stunden nach seiner Geburt.

Aus den Gründen:

I. Entscheidung des Landgerichts

Das Landgericht hat den Angeklagten wegen Mordes in Tateinheit mit versuchtem Mord, gefährlicher Körperverletzung und mit Schwangerschaftsabbruch zu einer Freiheitsstrafe von zwölf Jahren verurteilt. Der Angeklagte rügt mit seiner hiergegen gerichteten Revision die Verletzung formellen und materiellen Rechts. Die Staatsanwaltschaft wendet sich mit ihrer zu Ungunsten des Angeklagten eingelegten Revision allein gegen die Annahme erheblich verminderter Schuldfähigkeit.

Das Rechtsmittel des Angeklagten ist unbegründet im Sinne des § 349 Abs. 2 StPO. Das vom Generalbundesanwalt vertretene, wirksam auf den Strafausspruch beschränkte Rechtsmittel der Staatsanwaltschaft hat dagegen Erfolg. [...]

Nach Auffassung des Landgerichts ist eine erhebliche Verminderung der Steuerungsfähigkeit des Angeklagten nicht auszuschließen. Aus dem Inhalt der Hauptverhandlung ergäben sich ausreichend Anhaltspunkte dafür, dass der Angeklagte im Tatzeitpunkt “im Zustand einer affektbedingten Störung seiner Bewusstseinstätigkeit gehandelt haben könnte.”

II. Revision des Angeklagten

1. Zu den Verfahrensrügen

Die Verfahrensrügen sind aus den Gründen der An-

tragschrift des Generalbundesanwalts jedenfalls unbegründet.

2. Zur Sachrüge

Die Überprüfung des Urteils aufgrund der Sachrüge hat keinen den Angeklagten belastenden Rechtsfehler ergeben.

a. Zum Fehlen eines strafbefreienden Rücktritts

Der Schuldspruch ist, wie der Generalbundesanwalt in seiner Antragschrift zutreffend dargelegt hat, auch unter Berücksichtigung der vom Beschwerdeführer dagegen erhobenen Einwendungen, rechtlich nicht zu beanstanden.

Dies gilt auch, soweit das Landgericht einen strafbefreienden Rücktritt des Angeklagten von dem Mordversuch zum Nachteil seines Sohnes verneint, dies jedoch nicht näher begründet hat.

Dass “der Tötungsversuch des Angeklagten spätestens dann fehlgeschlagen war”, als sich sein Sohn in seine Wohnung hatte flüchten können, liegt hier nahe. Denn ein Fehlschlag, der nach der Rechtsprechung einen Rücktritt ausschließt (vgl. BGHSt 34, 53, 56; 35, 90, 94; 39, 221, 228), liegt vor, wenn der Täter die Tat, wie er weiß, mit den bereits eingesetzten oder den zur Hand liegenden Mitteln nicht mehr ohne zeitliche Zäsur vollenden kann (vgl. BGHSt 39, 221, 228; BGHSt 41, 368, 369; BGH NSStZ-RR 2002, 168), so dass ein erneutes Ansetzen notwendig ist, um zu dem gewünschten Ziel zu gelangen (vgl. BGHSt 39, 221, 232; 41, 368, 369).

Selbst wenn der Angeklagte, was nach den Feststellungen fern liegt, nach Abgabe des vierten Schusses davon ausgegangen sein sollte, dass er die Tat ohne zeitliche Zäsur noch hätte vollenden können, fehlt es jedenfalls an der gemäß § 24 Abs. 1 Satz 1 StGB erforderlichen Freiwilligkeit des Rücktritts. Hat sich aus der Sicht des Täters durch nicht vorhergesehene Umstände das für ihn mit der Tatbegehung verbundene Risiko beträchtlich erhöht und sieht er deshalb von der weiteren Tatausführung ab (BGH NSStZ 1993, 76, 77 und 279 jew. m. w. Nachw.), ist der Rücktritt nicht freiwillig.

So liegt es hier. Nach den Feststellungen hatte der Angeklagte, als es seinem Sohn gelang, in seine Wohnung zu flüchten, nur noch einen Schuss zu Verfügung. Er wusste, dass sein Sohn eine Schusswaffe besaß. Bei dieser Sachlage war eine weitere Ausführung der Tat aus der Sicht des Angeklagten mit einem erheblichen Risiko verbunden. Nach den vorangegangenen Fehlschüssen konnte der Angeklagte wegen der Entfernung und der Lichtverhältnisse nicht sicher sein, seinen Sohn zu treffen, als dieser jeweils kurz aus seiner Wohnung kam und seinerseits ein Zielen vor-täuschte. Eine Möglichkeit, ohne Eigengefährdung zunächst die Distanz zu verringern, um mit der letzten Patrone sicher treffen zu können, bestand nicht. Dass

der Angeklagte nicht wegen des nunmehr (vermeintlich) erhöhten Risikos, sondern aus anderen Gründen von der Abgabe eines weiteren Schusses absah, liegt nach dem Gesamtzusammenhang der Urteilsgründe, insbesondere im Hinblick auf seine Angaben nach seiner Festnahme, so fern, dass es hierzu keiner näheren Darlegung bedurfte.

b. Zur Strafzumessung

Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers begegnet auch die Strafzumessungserwägung, der Angeklagte habe nicht "nur" seine an seiner Situation unschuldige Schwiegertochter erschossen, sondern darüber hinaus tateinheitlich einen versuchten Mord begangen und dazu das Leben eines - zunächst ungeborenen - Kindes vernichtet, keinen rechtlichen Bedenken.

Die strafscharfende Berücksichtigung der tateinheitlichen Verwirklichung des § 218 Abs. 1 StGB verstößt nicht gegen das Doppelverwertungsverbot des § 46 Abs. 3 StGB. Die Verletzung mehrerer Strafgesetze durch dieselbe Handlung ist jedenfalls dann ein Grund, die Tat innerhalb des Strafrahmens der insoweit bestimmenden Norm nachteiliger zu bewerten, wenn das tateinheitlich verwirklichte Delikt - wie hier - selbstständiges Unrecht verkörpert (vgl. BGHR StGB § 46 Abs. 2 Wertungsfehler 20; BGH NSTZ 1993, 434).

Auch hat das Landgericht mit der Erwägung, der Angeklagte habe nicht "nur" seine "an seiner Situation unschuldige Schwiegertochter erschossen", nach dem Gesamtzusammenhang nicht das Fehlen eines Strafmilderungsgrundes straferschwerend berücksichtigt, sondern den Umstand, dass der Angeklagte, um seinen an der Situation schuldigen Sohn wie geplant erschießen zu können, die Tötung eines weiteren - unbeteiligten - Menschen in Kauf nahm. Das ist hier ein tauglicher Strafzumessungsgrund (BGHSt 34, 345, 350 ff.).

III. Revision der Staatsanwaltschaft

Das Rechtsmittel der Staatsanwaltschaft hat Erfolg.

1. Zur verminderten Schuldfähigkeit des Angeklagten

Die Annahme einer affektbedingten erheblichen Verminderung der Steuerungsfähigkeit des Angeklagten hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand.

a. Zum Fehlen ausreichender Feststellungen des Landgerichts

Das Landgericht hat ausgeführt, "ausgehend von den ausführlichen und überzeugenden Ausführungen des psychiatrischen Sachverständigen" könne es "im Zweifel zugunsten des Angeklagten nicht ausschließen, dass er sich zur Tatzeit in einem die Steuerungsfähigkeit erheblich beeinträchtigenden Zustand der tiefgreifenden Bewusstseinsstörung befunden hat und er deshalb bei Begehung der Tat nur vermindert schuldfähig im Sinne des § 21 StGB war." Zu den Ausführungen des Sachverständigen teilt das Urteil

mit, dass sich für diesen im Rahmen der Exploration die Schwierigkeit ergeben hat, "dass sich wegen der Verteidigungsstrategie aus der Einlassung des Angeklagten und den ihn vermeintlich schützenden Bekundungen seiner Tochter und seiner Ehefrau kein umfassendes psychopathologisches Bild ergeben hat."

Dies lässt besorgen, dass das Landgericht, was rechtlich bedenklich ist (vgl. BGH NSTZ 2005, 149), bei der Beurteilung der Schuldfähigkeit lediglich auf Gesichtspunkte abgestellt hat, die nach den Ausführungen des Sachverständigen abstrakt für oder gegen einen Affekt sprechen können. Den Urteilsausführungen lässt sich nicht entnehmen, ob sich der Sachverständige in der Hauptverhandlung mit dem für ihn neuen, der Verurteilung zugrunde liegenden Sachverhalt auseinandergesetzt und zu den medizinisch-psychiatrischen Anknüpfungstatsachen konkret auf den Angeklagten bezogene Ausführungen gemacht hat. Hierzu hätte sich das Urteil aber insbesondere deshalb verhalten müssen, weil das Landgericht - insoweit zutreffend (vgl. BGH NSTZ-RR 2004, 234) - nicht von dem klassischen Fall eines schuldrelevanten Affekts, sondern von einer affektbedingten Bewusstseinsstörung infolge "einer irrationalen Fokussierung und Fixierung" des Angeklagten auf seinen Sohn ausgegangen ist (zur Beeinträchtigung der Steuerungsfähigkeit bei einer Ausweitung einer "überwertigen Idee" vgl. BGHR StGB § 21 seelische Abartigkeit 25).

Das Landgericht hat sich zudem nicht damit auseinandergesetzt, dass der Angeklagte nach den Feststellungen am Tatort, nachdem er sich entschlossen hatte, seinen Sohn zu erschießen, etwa dreieinhalb Stunden auf dessen Rückkehr gewartet hat. Auch dies kann aber ebenso wie die vorangegangene Tatplanung und die zielgerichtete Vorgehensweise bei der Tatausführung ein deutliches Anzeichen dafür sein, dass er nicht infolge einer Bewusstseinsstörung gehandelt hat (vgl. BGH NSTZ-RR 2004, 234 m. w. N.). Gegen eine tiefgreifende Bewusstseinsstörung sprechen kann ferner ein rationales und umsichtiges Verhalten nach der Tat (vgl. BGH NSTZ 1990, 231), insbesondere dann, wenn - wie hier - Anzeichen für eine den Affektabbau begleitende schwere seelische Erschütterung des Täters fehlen (vgl. BGHR StGB § 21 Affekt 7).

Das Landgericht hätte sich deshalb damit auseinandersetzen müssen, dass der Angeklagte, der nach Beendigung der Tat in seine Wohnung gegangen war, dort nicht nur zwei Telefongespräche mit der Polizei führte, sondern auch die Hülsen der verschossenen Munition aus seinem Revolver entfernte, und er sich dann bis zum Eintreffen der Polizei hinter einem Wohnmobil versteckte, weil er fürchtete, sein Sohn werde seine Pistole holen, um ihn zu erschießen.

b. Zur fehlerhaften Anwendung des Zweifelssatzes durch das Landgericht

Die Urteilsausführungen lassen zudem besorgen, dass

das Landgericht den Zweifelssatz auch auf die Rechtsfrage, ob die nach seiner Auffassung vorliegende Beeinträchtigung des Angeklagten im Sinne von § 21 StGB "erheblich" ist, angewendet hat. Eine Rechtsfrage kann aber nicht auf der Grundlage des Zweifelssatzes beantwortet werden (st. Rspr., vgl. BGHSt 43, 66, 77; BGH NStZ 2005, 149, 150). Bei der Beurteilung der Erheblichkeit einer Beeinträchtigung im Sinne des § 21 StGB fließen normative Gesichtspunkte ein. Entscheidend sind die Anforderungen, die die Rechtsordnung an jedermann stellt. Diese sind umso

höher, je schwerwiegender das in Rede stehende Delikt ist (st. Rspr., vgl. BGH NStZ 2004, 437 f. m.w.N.), bei vorsätzlichen Tötungsdelikten also besonders hoch (BGH NStZ 2005, 149, 150).

2. Aufhebung des Strafausspruchs

Die aufgezeigten Rechtsfehler führen zur Aufhebung des Strafausspruchs. Die danach notwendige erneute Prüfung lässt den Schuldspruch unberührt. Es fehlt an jeglichem Anhalt, der Angeklagte könne zur Tatzeit im Sinne des § 20 StGB schuldunfähig gewesen sein.

Standort: §§ 57 a, 211 StGB

Problem: Grausamkeit; besondere Schuldschwere

BGH, URTEIL VOM 08.09.2005

1 STR 159/05 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Der Angeklagte hatte sich auf Anregung seiner Mitangeklagten, weil diese das Opfer als lästig empfanden, dazu entschlossen, dieses zu töten. Da das Opfer Diabetiker war, wollten sie den Tod durch Injektion einer Überdosis Insulin herbeiführen. Nachdem sie dem Opfer die Injektion gewaltsam verabreicht hatten, starb dieses jedoch auch während der gesamten folgenden Nacht nicht. Deshalb fuhren die Täter - entgegen dem ursprünglichen Plan - am nächsten Tag mit dem Opfer in ein Waldstück und erschlugen es.

Das Landgericht Hof hatte den Angeklagten insb. wegen eines mittäterschaftlichen, heimtückisch und aus niedrigen Beweggründen begangenen Mordes (§ 211 StGB) verurteilt; eine besondere Schwere der Schuld des Angeklagten (§§ 57 a I 1 Nr. 2 StGB) hatte das Landgericht nicht festgestellt. Die Revision der Staatsanwaltschaft, die die Verneinung des Mordmerkmals "grausam" und das Fehlen der Feststellung der besonderen Schwere der Schuld rügte, wies der BGH zurück.

Prüfungsrelevanz:

Straftaten gegen Leib und Leben und hierbei insb. § 211 StGB stellen in beiden Examen einen Standardstoff dar. Nicht nur der klassische Streit um das Verhältnis von Mord und Totschlag und die sich hieraus ergebenden Konsequenzen für die Anwendung von § 28 StGB ist hierbei immer wieder Gegenstand von Examensaufgaben, sondern auch die Voraussetzungen der einzelnen Mordmerkmale. Die besondere Schwere der Schuld bei Verurteilung zu einer lebenslangen Freiheitsstrafe hingegen ist ein Problem, das wohl nur im zweiten Staatsexamen relevant werden dürfte.

Das Mordmerkmal "grausam" ist dann verwirklicht, wenn der Täter dem Opfer in gefühlloser, unbarmherziger Gesinnung körperliche oder seelische Schmerzen

oder Qualen zufügt, die nach Stärke und Dauer über das für die Tötung erforderliche Maß hinausgehen (BGHSt 37, 40; NStZ 1994, 239; SK-Horn, § 211 Rn. 41 ff. mwN). Hierbei kann es insb. für eine grausame Tötung sprechen, dass der Täter einen Weg zur Tatbegehung wählt, der wegen seiner langen Dauer mit gravierenden Leiden des Opfers verbunden ist (Tröndle/Fischer, § 211 Rn. 23). Im vorliegenden Fall lag zwischen der ersten Insulininjektion und dem Tod des Opfers fast ein ganzer Tag, so dass die Annahme einer grausamen Tötung denkbar gewesen wäre. Der BGH betont insofern, dass das mehraktige Geschehen (erst Injektion des Insulins, dann Erschlagen) nicht zur Begründung einer grausamen Tötung herangezogen werden könne, da diese Vorgehensweise nicht von Anfang an geplant war. Ob allein die Tatsache, dass nach dem Tatplan die Insulininjektion nicht unverzüglich, sondern erst innerhalb von ein oder zwei Stunden zum Tode des Opfers führen sollte, für eine grausame Tötung ausreichen würde, ließ der BGH offen, da selbst bei Annahme einer grausamen Tötung eine besondere Schwere der Schuld nicht gegeben sei und deshalb das Urteil keinen Rechtsfehler zu Gunsten des Angeklagten aufweise.

Zentraler Punkt der vorliegenden Entscheidung ist die Frage, unter welchen Voraussetzungen bei einer Verurteilung zu einer lebenslangen Freiheitsstrafe die besondere Schwere der Schuld des Verurteilten angenommen werden kann. Dies führt nämlich gem. § 57 a I 1 Nr. 2 StGB dazu, dass - anders als bei einer "normalen" Verurteilung zu lebenslanger Freiheitsstrafe - nicht nach 15 Jahren geprüft wird, ob der Rest der Strafe zur Bewährung auszusetzen ist (sondern frühestens nach 17 Jahren, vgl. Schönke/Schröder-Stree, § 57 a Rn. 7). Eine allgemeine Definition dafür, wann die Schuld des Täters als "besonders schwer" anzusehen ist, hat insb. die Rechtsprechung bis heute nicht geliefert. Der BGH hat die Verantwortung für eine entsprechende Beurteilung dem Tatrichter aufgelegt, der auf Grund einer zusammenfassenden Würdigung von Tat und Täterpersönlichkeit die Schuld daraufhin

zu bewerten habe, ob sie nach seiner Auffassung besonders schwer sei (BGHSt 40, 360 [370]). Der BGH betont in der vorliegenden Entscheidung, dass es dem Revisionsgericht grundsätzlich verwehrt ist, seine eigene Auffassung bzgl. der besonderen Schwere der Schuld an die Stelle derjenigen des Tatrichters zu setzen; es kann allenfalls überprüfen, ob der Tatrichter alle in diese Abwägung einzustellenden Umstände berücksichtigt hat. In Übereinstimmung mit seiner bisherigen Rechtsprechung (vgl. BGHSt 41, 57 [63]) betont der BGH jedoch im vorliegenden Fall, dass die kumulative Verwirklichung mehrerer Mordmerkmale allein eine besondere Schuldschwere nicht zu begründen vermag.

Vertiefungshinweise:

□ Zum Mordmerkmal "grausam": BGHSt 3, 180; 49, 189 [197]; BGH, StV 1984, 509; 1997, 565; Bertram, NJW 2004, 2278; Bröhmer/Bröhmer, NStZ 2005, 38; Fabricius, StV 1995, 637; Mitsch, JuS 1996, 214

□ Zur besonderen Schwere der Schuld gem. § 57 a I 1 Nr. 2 StGB: BGHSt 40, 360; Hauf, NJW 1995, 1072; Kintzi, JR 1995, 249; Krümpelmann, NStZ 1995, 337; Streng, JZ 1995, 556

Leitsätze (der Redaktion):

1. "Grausam" tötet, wer dem Opfer aus gefühlloser, unbarmherziger Gesinnung Schmerzen oder Qualen körperlicher oder seelischer Art zufügt, die nach Stärke oder Dauer über das für die Tötung erforderliche Maß hinausgehen. Die Grausamkeit muss nicht notwendig in der eigentlichen Ausführungshandlung im engeren Sinne und den durch diese verursachten Leiden liegen; sie kann sich auch aus den Umständen ergeben, unter denen die Tötung eingeleitet und vollzogen wird. Das grausame Verhalten muss vor Abschluss der den tödlichen Erfolg herbeiführenden Handlung auftreten und vom Tötungsvorsatz umfasst sein.

2. Die Entscheidung über die Frage, ob die besondere Schuldschwere im Sinne von § 57 a I 1 Nr. 2 StGB zu bejahen ist, hat der Tatrichter ohne Bindung an begriffliche Vorgaben im Wege einer zusammenfassenden Würdigung von Tat und Täterpersönlichkeit zu treffen, wobei ein Bejahen nur möglich ist, wenn Umstände von Gewicht vorliegen. Dem Revisionsgericht ist bei der Nachprüfung der Entscheidung eine ins Einzelne gehende Richtigkeitskontrolle versagt; es hat lediglich zu prüfen, ob der Tatrichter alle maßgeblichen Umstände bedacht und abgewogen hat, ist aber gehindert, seine eigene Wertung an die Stelle der tatrichterlichen Wertung zu setzen.

Sachverhalt:

Die Mitangeklagten G, D und der Angeklagte kamen

überein, K, von dem sie wussten, dass er an Diabetes litt, durch eine Überdosis Insulin zu töten. Die Initiative ging von der damals 17-jährigen Go aus. K hatte sich um sie als Partnerin bemüht und sie daher finanziell unterstützt. Als er die finanziellen Zuwendungen sperrte, wollte sie sich des für sie nutzlos und lästig gewordenen K entledigen. Der 25-Jährige, mit einem IQ von 78 unterdurchschnittlich intelligente Angeklagte stimmte dem Tötungsvorschlag der intellektuell weit überlegenen Go zu, um einen Nebenbuhler auszuschalten, sie durch das Geheimnis um eine schwere Straftat an sich zu binden und den Kontakt zu dem vermeintlich gemeinsamen Sohn zu sichern. Der 18-jährige D, der Neffe des Angeklagten, der sich dem Müßiggang hingab, bei seinem Onkel wohnte und von diesem ernährt wurde, sagte seine Mitwirkung an einer gemeinsamen Tötung zu, weil er im Falle der Weigerung fürchtete, seinen bequemen Lebensstil zu verlieren.

Am 8. Juli 2003 zwischen 18.00 und 19.00 Uhr überfielen die männlichen Angeklagten in der Wohnung der auch anwesenden Go den völlig ahnungslosen K hinterrücks und brachten ihn zu Boden. Go versetzte ihm mindestens eine Insulin-Injektion, danach D mindestens eine weitere. K verfiel in einen Zustand des Unterzuckers. Er verlor seine Kräfte und begann zu schwitzen. Da K nach einer gewissen Zeit noch lebte, waren sich die Angeklagten unsicher, ob die Injektionen für den Tod ausreichend waren. Der Angeklagte holte aus der Wohnung des Opfers weiteres Insulin, womit ihm mindestens eine weitere Injektion gewaltsam gesetzt wurde. Nach den Injektionen äußerte K, er brauche dringend Zuckerwasser, sonst werde er sterben. Die Angeklagten warteten nun auf den Tod ihres Opfers. Nachdem sie sich drei Portionen Pizza beschafft und verzehrt hatten, sorgten sie dafür, dass das zwar stark geschwächte, aber noch handlungsfähige Opfer nicht entkommen konnte. K wäre im Laufe der Nacht in der Lage gewesen, aus eigener Kraft das Haus zu verlassen. Sie versperrten daher die Wohnungstüre. In der Nacht schliefen Go und einer der männlichen Angeklagten mit K im Wohnzimmer, der andere lag vor der Zimmertüre, so dass K den Raum nicht unbemerkt verlassen konnte.

Am nächsten Morgen, dem 9. Juli 2003, war K leicht benommen, geschwächt und schwitzte, lebte aber noch. Den Angeklagten war klar, dass die bei dem zuckerkranken Opfer kaum nachweisbare Tötung durch Insulinvergiftung fehlgeschlagen war. Sie entschlossen sich auf ihren ursprünglichen Plan, der Tötung durch Erschlagen, zurückzugreifen. Zu diesem Zweck hatte Go "K's Todeslatte" gebaut und auch so beschriftet. Dabei handelte es sich um eine 1,16 m lange Holzlatte, an deren einem Ende ein sackartiger Gegenstand, gefüllt mit Kieselsteinen, Nägeln, Nadeln, Schrauben und einer 2,1 kg schweren Eisenkugel befestigt war. Die Angeklagten führten ihr Opfer in einen Pkw und verstaute die "Todeslatte". Bei einem not-

wendigen Zwischenstopp an einer Tankstelle verließ K unbemerkt das Fahrzeug und begab sich in ein nahe gelegenes Wirtshaus. Als D sein Fehlen bemerkte, ging er hinterher und fuhr ihn in den Gasträumen an, er wolle doch nicht etwa telefonieren. K erwiderte "Nein, nein, passt schon" und ging mit ihm zum Auto zurück. Nach anschließender Weiterfahrt in ein Waldstück töteten die Angeklagten ihr Opfer dort gemeinsam. D zerrte K hierzu aus dem Pkw. Go schlug mindestens zweimal mit der "Todeslatte" auf seinen Kopf, bis das sackartige Gebilde abbriss. Dann schlug D mit der Eisenkugel aus dem Sack mindestens dreimal gegen den Kopf des nun am Boden liegenden Opfers und zog schließlich den Gürtel des Opfers um dessen Hals so lange zu, bis K kein Lebenszeichen mehr von sich gab. Das sachverständig beratene Landgericht konnte nicht ausschließen, dass das Opfer bereits durch den ersten Schlag mit der "Todeslatte" das Bewusstsein verloren hatte. Infolge der Schädelzertrümmerung wäre der Tod in jedem Fall binnen maximal einer halben Stunde eingetreten. Welche der Handlungen den Tod herbeigeführt hat, konnte nicht festgestellt werden.

Aus den Gründen:

I. Entscheidung des Landgerichts

Das Landgericht hat den Angeklagten wegen eines heimtückisch und aus niedrigen Beweggründen begangenen Mordes in Tateinheit mit Freiheitsberaubung unter Einbeziehung der Einzelstrafen aus einem anderen Urteil zu einer lebenslangen Gesamtfreiheitsstrafe verurteilt. Dagegen richtet sich die vom Generalbundesanwalt vertretene Revision der Staatsanwaltschaft mit der Sachrüge. Sie erstrebt die Feststellung der besonderen Schwere der Schuld und das Bejahen des weiteren Mordmerkmals "grausam". Das Rechtsmittel hat keinen Erfolg.

II. Begründung des Landgerichts

Das Landgericht hat das Mordmerkmal "grausam" verneint, weil der Wille der Angeklagten nicht darauf gerichtet gewesen sei, K bewusst und geplant außergewöhnliche körperliche und seelische Qualen zuzufügen. Die Länge des gesamten Tötungsgeschehens sei nicht beabsichtigt gewesen.

Beim Transport in den Wald habe K selbst nicht definitiv gewusst, dass er auf jeden Fall getötet werden sollte, was sich aus seiner Rückkehr aus dem Gasthaus zum Auto ergebe. Durch die mögliche Bewusstlosigkeit beim ersten Schlag scheide auch objektiv die Zufügung besonders starker Schmerzen aus.

Der Tatrichter hat unter Abwägung der für und gegen den Angeklagten sprechenden Umstände eine besondere Schwere der Schuld nicht festgestellt.

III. Rechtsmittel; Entscheidung des BGH

Die Revision ist nach deren Begründung zulässig da-

rauf beschränkt, das Landgericht habe zu Unrecht die Feststellung der besonderen Schwere der Schuld und ein weiteres Mordmerkmal verneint. Die Verneinung der besonderen Schuldschwere begegnet im Ergebnis keinen durchgreifenden Bedenken (§§ 57 a Abs. 1 Satz 1 Nr. 2, 57 b StGB).

1. Zum Mordmerkmal der Grausamkeit

"Grausam" tötet, wer dem Opfer aus gefühlloser, unbarmherziger Gesinnung, Schmerzen oder Qualen körperlicher oder seelischer Art zufügt, die nach Stärke oder Dauer über das für die Tötung erforderliche Maß hinausgehen (st. Rspr., vgl. BGHR StGB § 211 Abs. 2 Grausam 1 m.w.N.). Die Grausamkeit muss nicht notwendig in der eigentlichen Ausführungshandlung im engeren Sinne und den durch diese verursachten Leiden liegen; sie kann sich auch aus den Umständen ergeben, unter denen die Tötung eingeleitet und vollzogen wird. Das grausame Verhalten muss vor Abschluss der den tödlichen Erfolg herbeiführenden Handlung auftreten und vom Tötungsvorsatz umfasst sein (vgl. BGHSt 37, 40 m.w.N.).

Das Landgericht hat bei seinen Erwägungen zur Grausamkeit auf die Dauer des gesamten zweiaktigen Tötungsgeschehens abgestellt. Diese war durch den Wechsel der Tatmittel bedingt und - wie das Landgericht zutreffend ausführt - von den Angeklagten nicht beabsichtigt. Die Schlussfolgerung der Kammer aus der Rückkehr des Opfers vom Gasthaus zum Auto, dieses habe beim Transport nicht definitiv gewusst, dass es auf jeden Fall getötet werden sollte, ist rechtlich ebenfalls nicht zu beanstanden.

Zum Zustand des K während der Nacht, als die Angeklagten auf dessen Tod infolge Insulinvergiftung warteten, stellt das Urteil jedoch lediglich fest, dass ihr Opfer stark geschwächt, aber noch handlungsfähig war und aus eigener Kraft hätte entkommen können. Weitere Feststellungen zum körperlichen und seelischen Zustand des K während des Verlaufs der Nacht finden sich nicht. Dass er einschlief, ist dem Urteil nicht mit hinreichender Klarheit zu entnehmen. Durch die Äußerung, er brauche dringend Zuckerwasser, sonst werde er sterben, war den Angeklagten seine Todesangst bekannt. Dass diese während der Nacht andauerte, liegt nahe, konnte indes vom Landgericht nicht näher aufgeklärt werden. In dem Verhalten der Angeklagten während dieser ersten Tatphase, die von abends 18.00 bzw. 19.00 Uhr bis zum nächsten Morgen andauerte, könnte ein bewusstes Zufügen seelischer und körperlicher Qualen liegen, welches wegen dieses langen Zwartens als grausam zu bewerten wäre.

2. Zum Fehlen der besonderen Schwere der Schuld selbst bei Annahme eines weiteren Mordmerkmals

Das Bejahen des Mordmerkmals der Grausamkeit wäre hier jedoch nicht geeignet, die Schwere der Schuld zu erhöhen.

Die Entscheidung über die Frage, ob die besondere Schuldschwere im Sinne von § 57 a Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 StGB zu bejahen ist, hat der Tatrichter ohne Bindung an begriffliche Vorgaben im Wege einer zusammenfassenden Würdigung von Tat und Täterpersönlichkeit zu treffen, wobei ein Bejahen nur möglich ist, wenn Umstände von Gewicht vorliegen. Dem Revisionsgericht ist bei der Nachprüfung der Entscheidung eine ins Einzelne gehende Richtigkeitskontrolle versagt; es hat lediglich zu prüfen, ob der Tatrichter alle maßgeblichen Umstände bedacht und abgewogen hat, ist aber gehindert, seine eigene Wertung an die Stelle der tatrichterlichen Wertung zu setzen (BGHSt 40, 360, 370).

Eine an diesen Maßstäben orientierte Gesamtwürdigung enthält das angefochtene Urteil. Der Tatrichter hat dabei keine gegen den Angeklagten sprechenden Umstände von Gewicht übersehen. Er hat die Verwirklichung von zwei Mordmerkmalen ausdrücklich hervorgehoben. Die Tatausführung hat er außerdem als

verwerfliches Handeln mit einem hohen Maß an Brutalität bewertet.

Der Senat kann daher ausschließen, dass er das lange Zuwarten in der Nacht nicht bedacht und in seine Überlegungen einbezogen hat, selbst wenn er die nahe liegende Subsumtion unter das Mordmerkmal der Grausamkeit nicht vorgenommen hat. Auf ein bloßes Zusammenzählen von Mordmerkmalen kommt es im Rahmen der vorzunehmenden Gesamtwürdigung nicht an (vgl. BGHSt 41, 57, 63). Gegen eine schematische Bewertung von einzelnen Umständen spricht hier gerade die Täterpersönlichkeit. Insoweit hebt der Tatrichter hervor, dass der unterdurchschnittlich intelligente Angeklagte seinen jugendlichen bzw. heranwachsenden Mittätern intellektuell unterlegen, nicht der Motor und Verursacher des Mordkomplotts war und von selbst nicht auf die Idee der Tötung gekommen wäre. Diese Abwägung ist rechtlich nicht zu beanstanden, auch wenn eine andere Bewertung möglich gewesen wäre.

Standort: § 105 I 2 StPO

Problem: Eilkompetenz der Staatsanwaltschaft

BGH, BESCHLUSS VOM 11.08.2005
5 STR 200/05 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Die Staatsanwaltschaft hatte bei der zuständigen Richterinnen die Anordnung einer Durchsuchung beantragt, weil sie in der Wohnung des Beschuldigten Rauschgift vermutete, das noch am selben Tag abgeholt werden sollte. Die Richterinnen weigerte sich, ohne Kenntnis der entsprechenden Akte einen entsprechenden Beschluss zu erlassen. Daraufhin bejahte die Staatsanwaltschaft das Vorliegen von Gefahr im Verzug und ordnete die Durchsuchung gem. § 105 I 2 2. Halbsatz StPO selbst an.

Bei der Vernehmung einer Beschuldigten wurde diese von der Polizei darauf hingewiesen, dass sie das Recht habe, einen Verteidiger zu befragen. Da der Verteidiger der Beschuldigten unter der ermittelten Telefonnummer nicht erreichbar war, erklärte sie, sie verzichte auf einen Verteidiger. Sie wurde daraufhin vernommen, ohne dass man sie darauf hingewiesen hatte, dass sie über einen örtlichen Anwaltsnotdienst ein anderer Verteidiger hätte erreicht werden können.

Beide Verfahrensweisen hielt der BGH - in Übereinstimmung mit dem Landgericht Dresden - für rechtmäßig und wies die Revisionen der Angeklagten insofern zurück.

Prüfungsrelevanz:

Sowohl die Voraussetzungen für die eine Zuständigkeit der Staatsanwaltschaft für die Anordnung von Zwangsmaßnahmen begründende Gefahr im Verzug

(vgl. neben § 105 I 2 2. Halbsatz StPO z.B. §§ 100 b I 2, 100 f II 2 StPO) als auch die Pflichten von Polizei und Staatsanwaltschaft zur Herstellung eines Kontaktes zwischen Beschuldigtem und Verteidiger bei der Vernehmung des ersteren stellen klassische strafprozessuale Probleme dar, deren Kenntnis jedenfalls im zweiten Staatsexamen unerlässlich ist.

Gem. § 105 I StPO ist für die Anordnung von Durchsuchungen grundsätzlich der Richter zuständig; die Staatsanwaltschaft hat die Kompetenz hierzu allerdings bei Gefahr im Verzug. Eine solche ist grundsätzlich dann gegeben, wenn eine Einhaltung des vorgeschriebenen Verfahrens den Zweck der Maßnahme (hier also insb. das Auffinden der gesuchten Beweismittel/Beschuldigten) gefährden würde (vgl. Beulke, StPO, Rn. 108). Interessant ist insofern vor allem die Frage, ob diese Voraussetzungen auch dann gegeben sind, wenn - wie im vorliegenden Fall - eine richterliche Entscheidung von der Staatsanwaltschaft beantragt wird, der Richter sich aber (insb. wg. fehlender Kenntnis der Akten) weigert, die Entscheidung, jedenfalls innerhalb der erforderlichen Frist, zu treffen. Der BGH hat - mit Zustimmung der herrschenden Literatur - in diesem Fall das Vorliegen von Gefahr im Verzug jedenfalls für die Fälle bejaht, in denen die Weigerung des Richters nicht auf eine unzureichende Information durch die Staatsanwaltschaft zurückzuführen ist (BGH, NSTz 2001, 604 [606]; Meyer-Goßner, § 105 Rn. 2 mwN). Der Vorrang der Prüfung der Voraussetzungen des Durchsuchungsbeschlusses durch einen Richter wird in diesem Fall nach Auffassung des BGH nicht umgangen, da der Richter sich ja gerade weigere, eine entsprechende Prüfung vorzunehmen (a.A.:

Krehl, NStZ 2003, 463).

Gem. § 136 I 2 StPO ist der Beschuldigte bei seiner ersten Vernehmung insb. darauf hinzuweisen, dass es ihm freistehe, einen Verteidiger hinzuzuziehen. Damit diese Belehrung nicht zur inhaltsleeren Formel verkommt, sind die Strafverfolgungsorgane auch verpflichtet, dem Beschuldigten bei der Herstellung des Kontaktes zu seinem Verteidiger zu helfen (BGHSt 42, 15). Sofern er die Hinzuziehung eines Verteidigers begehrt aber noch keinen bestimmten hat, ist er ggf. auch über das Bestehen eines anwaltlichen Notdienstes zu informieren (Kutschera, StraFo 2001, 262; Meyer-Goßner, § 136 Rn. 10 mwN). Der BGH betont jedoch im vorliegenden Fall, dass bei einem Verzicht des Beschuldigten auf die Hinzuziehung eines Verteidigers eine Belehrung über das Bestehen eines solchen Notdienstes unterbleiben kann (so bereits BGHSt 47, 233). Dies erscheint auch nachvollziehbar, da es ja dem Beschuldigten sowieso freisteht, einen Verteidiger hinzuziehen oder nicht. Entscheidet er sich dagegen, ist es überflüssig, ihn über die Möglichkeiten zu informieren, die er hätte, um einen Verteidiger zu erreichen (denn das will er ja gerade nicht).

Vertiefungshinweise:

Zur Eilkompetenz der Staatsanwaltschaft i.R.v. § 105 I 2 StPO bei Weigerung des Richters, zu entscheiden: *BGH*, NStZ 2001, 604; *Beichel/Kieninger*, NStZ 2003, 10; *Höfling*, JR 2003, 410; *Hofmann*, NStZ 2003, 230; *Krehl*, NStZ 2003, 463; *Schulz*, NStZ 2003, 635

Zu den Mitwirkungspflichten der Polizei bei der Beschaffung eines Verteidigers: *BGHSt* 42, 16; 47, 233; *Hamm*, NJW 1996, 2185; *Müller*, StV 1996, 358; *Roxin*, JZ 2002, 899; *Schwaben*, NStZ 2002, 290; *Ventzke*, StV 1996, 524

Kursprogramm:

Assessorkurs: "Die Taxifahrt"

Leitsätze (der Redaktion):

1. Die rechtmäßige Inanspruchnahme der Eilkompetenz der Staatsanwaltschaft setzt voraus, dass die richterliche Anordnung nicht eingeholt werden kann, ohne dass der Zweck der Maßnahme gefährdet wird. Solches liegt auch vor, wenn der Ermittlungsrichter meint, ohne Aktenkenntnis nicht, auch nicht mündlich, entscheiden zu können und der Verlust der Beweismittel zeitnah droht. Bei dieser Sachlage fehlt es an einer eigenverantwortlichen Prüfung und Entscheidung durch den Ermittlungsrichter, die es der Staatsanwaltschaft verwehren würde, anstelle des Gerichts die Durchsuchung anzuordnen.

2. Scheitert der Versuch des Beschuldigten, mit

dem von ihm gewählten Verteidiger Kontakt aufzunehmen, sind die Polizeibeamten nicht verpflichtet, den Beschuldigten auf einen bestehenden Anwaltsnotdienst hinzuweisen, sofern nicht der Beschuldigte weiter die Herstellung des Kontakts mit einem (anderen) Verteidiger verlangt.

Sachverhalt:

Der Angeklagte F kaufte - in Anwesenheit der Zeugin S - von Februar bis April 2004 in Dresden an fünf verschiedenen Orten je 120 bis 125 g Heroin von einem "M" für jeweils 3.000 Euro und nach einer Zugfahrt nach Berlin dort - an einem unbekanntem Platz - weitere 125 g. Der Angeklagte F und die Zeugin S verpackten nach den ersten drei Ankäufen einen Teil des erworbenen Rauschgifts als Kügelchen zu je 0,2 g in Plastikfolie. Die Reste aus den ersten drei Ankäufen und die übrigen Gesamtmengen verpackte der Angeklagte F mit Unterstützung seiner Lebensgefährtin, der Angeklagten K, in deren Wohnung auf die gleiche Weise. F und andere Personen, darunter auch die Zeugin S, verkauften das Rauschgift mit Gewinn im Stadtgebiet Dresdens.

Aus den Gründen:

I. Entscheidung des Landgerichts

1. Inhalt der Entscheidung

Das Landgericht hat den Angeklagten F wegen unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in sechs Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von vier Jahren und zehn Monaten und die Angeklagte K als dessen Gehilfin zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von einem Jahr und acht Monaten verurteilt. Hinsichtlich dreier Fälle hat das Landgericht die Angeklagten ausweislich des verkündeten Urteils tenors und der Urteilsgründe freigesprochen. Die Urteilsurkunde enthält diesen Teil des verkündeten Tenors zwar nicht; maßgebend ist aber der aus dem Protokoll ersichtliche verkündete Urteils tenor (vgl. Meyer-Goßner, StPO 48. Aufl. § 268 Rdn. 18).

2. Beweiswürdigung des Landgerichts

[...] Das Landgericht stützt seine Beweisführung ganz wesentlich auf die als glaubhaft erachtete Aussage der Zeugin S. Durch diese seien Angaben der Angeklagten K im Ermittlungsverfahren - sie und der Angeklagte F seien nur Verpacker des von S und deren Lebensgefährtin A angelieferten und später wieder verkauften Rauschgifts gewesen - widerlegt. Obwohl das Landgericht auf Grund weiterer Zeugenaussagen fehlerfrei davon ausgehen konnte, F sei als "John vom Postplatz" ein bekannter Drogenkleinverkäufer in Dresden gewesen, reicht dies als Stütze der belastenden Aussagen der Zeugin S für sechs Ankäufe erheblicher Drogenmengen und deren Weiterverkauf in alleiniger Regie des Angeklagten F im Blick auf die Besonder-

heiten der Beweislage nicht aus.

II. Entscheidung des BGH

Die Revisionen der Angeklagten haben mit der Sachrüge Erfolg. Auf die Verfahrensrügen kommt es demnach nicht mehr an.

1. Zur Beweiswürdigung des Landgerichts bzgl. der Aussagen der Zeugin S

Die beweiswürdigen Ausführungen des Landgerichts sind zum Teil widersprüchlich. Sie entbehren ferner der Darlegung der Entstehungsgeschichte der belastenden Aussagen der Zeugin S und setzen sich nicht mit einer nahe liegenden Falschbelastungshypothese auseinander. Solches war vorliegend aber geboten, weil widersprüchliche Aussagen von in ein Geflecht illegalen Rauschgifthandels verstrickter Personen zu würdigen waren, deren Motivation möglicherweise auf eigene Vorteile oder auf die Abwehr weiterer Beschuldigungen ausgerichtet war (vgl. BGH, Beschluss vom 4. August 2004 – 5 StR 267/04; BGH StV 2005, 253, 254; jeweils m.w.N.).

a. Zur Feststellung der Anwesenheit der Zeugin S bei sechs Rauschgiftgeschäften

Die Feststellungen des Landgerichts, die Zeugin S sei bei den sechs Ankäufen des F von "M" anwesend gewesen, wird von der in der Beweiswürdigung wiedergegebenen Aussage dieser Zeugin nicht gedeckt. Danach hatte sie nämlich ausgesagt, sie hätte "M" selbst nur zwei- bis dreimal gesehen, "ansonsten habe dieser sich nur mit dem Angeklagten F getroffen". Die Zeugin S hatte ferner unmittelbar nach ihrem Aufgriff am 12. Mai 2004 gegenüber Polizeibeamten geäußert, dass "M" größere Mengen Drogen an F - auch in die Wohnung der Angeklagten K - geliefert hätte. Die daraufhin erfolgte Durchsuchung brachte aber nur vier Heroinbömbchen zutage.

b. Zu Widersprüchen zwischen den Aussagen der Zeugin S und denen anderer Zeugen

Ebenfalls am 12. Mai 2004 hatte der Zeuge T bei einer Polizeikontrolle angegeben, er hätte Heroin bei der Zeugin S und deren Freund A gekauft. Diese Aussage hätte aber im Blick auf den zeitlichen Zusammenhang die Erörterung der Frage nahe gelegt, ob die Zeugin S nicht in Kenntnis des gegen sie und ihren Lebensgefährten gerichteten Tatverdachts - zudem in einer Situation möglicher Aufklärungshilfe -, um ihren Freund zu schonen, den ihr als Drogenhändler bekannten Angeklagten F als den Lieferanten einer größeren Menge Heroin zu Unrecht benannt haben könnte. Eine solche Falschbelastungshypothese hätte möglicherweise zwar widerlegt werden können, weil die Zeugin S in einer späteren Aussage, deren Zeitpunkt und nähere Umstände das Landgericht aber nicht mitteilt, auch A belastet hatte, der ab Ende Mai bis zu seinem Verschwin-

den Mitte August 2004 ebenfalls von "M" alle zwei Wochen Heroin gekauft hätte. Dieser Zusammenhang wird freilich vom Landgericht nicht beweiswürdigend erwogen. Offen bleibt daneben auch der Widerspruch zwischen der Aussage des Zeugen T, A sei schon am 12. Mai 2004, vor der Verhaftung des F, als Rauschgifthändler aufgetreten, und der Aussage der Zeugin S, die bekundet hatte, erst Ende Mai habe sie mit A zusammen den Rauschgifthandel aufgenommen.

Bedenken begegnet es auch, soweit das Landgericht zur Stützung der Glaubhaftigkeit der Aussage der Zeugin S darauf abgestellt hat, dass sie bei ihrer polizeilichen Vernehmung den Eindruck vermittelt habe, sie hätte "aussteigen" wollen. Nach den weiteren Feststellungen war sie nämlich bis zu ihrer Entgiftung im August 2004 drogenabhängig und als Drogenhändlerin tätig.

2. Zum Beruhen des Urteils auf den Aussagen der Zeugin S

Somit kann der Schuldspruch zum Nachteil des Angeklagten F nicht bestehen bleiben. Die Sache bedarf neuer tatrichterlicher Aufklärung und Bewertung. Dies gilt auch, soweit die Angeklagte K verurteilt worden ist. Der Senat hat zwar erwogen, ob die [...] wiedergegebene Beschuldigtenaussage dieser Angeklagten als Grundlage des Schuldspruchs ausreicht. Dies kann aber nicht angenommen werden, weil das Landgericht die Verurteilung der Angeklagten K nicht allein auf ihr - auch nur als wenig substantiiert mitgeteiltes - polizeiliches Geständnis gestützt hat, sondern auch Aussagen der Zeugin S ohne weitere Würdigung zur Überzeugungsbildung mit herangezogen hat. Demnach ist nicht auszuschließen, dass auch die Verurteilung der Angeklagten K auf der unzureichenden Beweiswürdigung der Aussage der Zeugin S beruht.

3. Zu den Verfahrensrügen

Für die neue Hauptverhandlung weist der Senat darauf hin, dass die mit den Verfahrensrügen geltend gemachten Umstände eine rechtswidrige Erlangung von Beweismitteln nicht begründen. Beweisverwertungsverbote scheiden damit von vornherein aus (vgl. dazu BVerfG NJW 2005, 1917, 1923; BGH NJW 2005, 1060; BGHR StPO § 105 Abs. 1 Durchsuchung 4).

a. Zur Zuständigkeit der Staatsanwaltschaft bzgl. der Durchsuchungsanordnung gem. § 105 I 2 2. Halbsatz StPO

Die ermittelnde Staatsanwältin wurde am Tag der vorläufigen Festnahme der Zeugin S gegen 16.15 Uhr von deren polizeilicher Aussage unterrichtet, dass sich ca. 50 g Heroin des "J" in der Wohnung der Angeklagten K befinden müssten, da diese Menge gegen 19.00 Uhr von einem "Jo" abgeholt werden sollte. "Bei sofortiger Rücksprache mit der Ermittlungsrichterin erklärte diese, dass sie ohne Akte keinen Durchsuchungsbeschluss

erlassen kann. Vor dem Hintergrund, dass der Zugriff in Kürze erfolgen musste, wurde Durchsuchung wegen Gefahr in Verzug angeordnet." Davon ausgehend war die Anordnung gemäß § 105 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 2 StPO rechtmäßig. Die rechtmäßige Inanspruchnahme der Eilkompetenz der Staatsanwaltschaft setzt voraus, dass die richterliche Anordnung nicht eingeholt werden kann, ohne dass der Zweck der Maßnahme gefährdet wird (vgl. BGH JZ 1962, 609, 610; Meyer-Goßner, StPO 48. Aufl. § 98 Rdn. 6). Solches liegt auch vor, wenn - wie hier - die Ermittlungsrichterin meint, ohne Aktenkenntnis nicht, auch nicht mündlich (vgl. BGH NJW 2005, 1060) entscheiden zu können, und der Verlust der Betäubungsmittel als Beweismittel zeitnah droht (vgl. Hofmann NStZ 2003, 230, 232; Schulz NStZ 2003, 635, 636; Schäfer in Löwe/Rosenberg, StPO 25. Aufl. § 105 Rdn. 24; Meyer-Goßner aaO § 105 Rdn. 2). Bei dieser Sachlage fehlt es an einer eigenverantwortlichen Prüfung und Entscheidung durch die Ermittlungsrichterin, was es der Staatsanwaltschaft verwehren würde, anstelle des Gerichts die Durchsuchung anzuordnen (vgl. BGH NStZ 2001, 604, 606). Einer Verhinderung von Beweismittelverlusten durch Wahrnehmung der Eilkompetenz stehen verfassungsrechtliche Einwände nicht entgegen. Ein solches Vorgehen entspricht der verfassungsrechtlichen Gewährleistung einer rechtsstaatlich geordneten Rechtspflege, die sich, bei nachhaltiger Sicherung der Rechte des Beschuldigten, auch auf eine wirksame Strafverfolgung erstreckt. Daher müssen die Strafverfolgungsbehörden die Entscheidung, ob auf Grund der konkreten Umstände des Einzelfalls von der Gefahr eines Beweismittelverlusts auszugehen ist, so rechtzeitig treffen können, dass dieser Gefahr wirksam begegnet werden kann (BVerfGE 103, 142, 154 f.). Der Senat entnimmt dem Ergebnis dieser Abwägung die Zulässigkeit der Inanspruchnahme der Eilkompetenz auch in dem Fall einer unzutreffenden richterlichen Kompetenzausübung.

Etwas anderes könnte sich allerdings dann ergeben, falls die Ermittlungsrichterin, was die Revisionen behaupten, von der Staatsanwältin unvollständig unterrichtet worden ist, um eine Ablehnung eines richterlichen Beschlusses zu provozieren und dadurch für sich die Eilkompetenz zu begründen. Dafür bestehen aber keine Anhaltspunkte.

b. Zum Fehlen eines Verstoßes gegen § 136 I 2 StPO

Die - keine Drogen konsumierende - Angeklagte K hat als Beschuldigte nach Eröffnung des Tatvorwurfes bekundet, sie werde einen Rechtsanwalt mit der Wahr-

nehmung ihrer Interessen beauftragen. Sie war nach weiterer Belehrung über die Voraussetzungen des § 31 BtMG am Abend des 12. Mai 2004 zu Äußerungen über den Tatvorwurf bereit. Sie wünschte aber zunächst eine Besprechung mit Rechtsanwalt V aus Berlin.

Die zu diesem Zweck über den deutschen Rechtsanwaltszentralruf sodann ermittelte Mobiltelefonnummer dieses Rechtsanwalts erwies sich aber als "nicht vergeben". Die Beschuldigte erklärte daraufhin, sie verzichte auf einen Anwalt und möchte trotzdem zum Sachverhalt aussagen. Die danach erfolgte Beschuldigtenvernehmung ist verwertbar. Der vernehmende Polizeibeamte war nicht verpflichtet, die Beschuldigte nach Scheitern der Kontaktaufnahme mit Rechtsanwalt V in Erfüllung der Pflicht zur Belehrung über das Recht der Verteidigerkonsultation nach § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO - wie die Revisionen meinen - auf den Dresdner Anwaltsnotdienst hinzuweisen (vgl. BGHSt 47, 233, 234 f.).

Indes hat der Senat eine derartige Hilfestellung für den Fall erwogen, dass ein Beschuldigter zunächst nach einem Verteidiger verlangt hatte und die Vernehmung ohne vorangegangene Konsultation eines Verteidigers fortgesetzt wurde (vgl. BGHSt 42, 15, 19 f.; anders BGHSt 42, 170, 173). Vorliegend hat die Beschuldigte zunächst auch allgemein ihre Absicht bekundet, einen Rechtsanwalt beauftragen zu wollen, was nach der Entscheidung des Senats eine Pflicht zur Hilfestellung hätte auslösen können.

Indes war die gebotene Hilfe nach Benennung eines bestimmten Rechtsanwalts auf eine Ermöglichung der Kontaktaufnahme mit diesem beschränkt. Die dafür erforderliche Hilfe hat der vernehmende Polizeibeamte geleistet. Nach Scheitern der Verbindung mit Rechtsanwalt V hat die Beschuldigte nicht etwa zu erkennen gegeben, sie wolle einen anderen Rechtsanwalt wählen. Sie hat damit ihr Recht auf Verteidigerkonsultation letztlich nicht anders ausgeübt, als wenn sie von vornherein zu erkennen gegeben hätte, dass sie keinen Verteidiger konsultieren wolle (vgl. BGHSt 47, 233, 234).

4. Hinweise an den neuen Tatrichter

Für die neue Beweiswürdigung weist der Senat ferner darauf hin, dass erneut festzustellende Qualitätsmängel der Aussage der Belastungszeugin S einer genaueren Darstellung und Bewertung der die Mängel begründeten Umstände und einer Betrachtung der Entwicklung der verschiedenen Aussagen in einer Gesamtwürdigung bedürfen (vgl. BGH NJW 2003, 2250 m.w.N.).

Urteile in Fallstruktur

Standort: Grundrechte

Problem: Ungleichbehandlung wegen des Geschlechts

BVERFG, BESCHLUSS VOM 25.10.2005
2 BVR 524/01 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Im vorliegenden Fall ging es um die Frage, wann eine Ungleichbehandlung wegen des Geschlechts i.S.d. Art. 3 III 1 GG vorliegt und wann diese verfassungsrechtlich gerechtfertigt sein kann. Problemaufhänger war, dass das ehemalige Ausländergesetz in § 21 AuslG - und jetzt das Aufenthaltsgesetz in § 33 AufenthG - die erleichterte Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis für ein im Bundesgebiet geborenes Kind allein an den Aufenthaltstitel der Mutter knüpfen, die aufenthaltsrechtliche Situation des Vaters hingegen ohne Belang ist.

Das Besondere an der vorliegenden Fallkonstruktion ist, dass Rechtsfolgen für eine Person (das Kind) nicht an *deren* Geschlecht, sondern an das *Geschlecht Dritter* (der Eltern) geknüpft werden. Das BVerfG hält Art. 3 III 1 GG aber trotzdem auch hinsichtlich des nur mittelbar betroffenen Kindes für einschlägig. Zur Begründung bedient es sich eines dogmatisch kaum nachvollziehbaren Rückgriffs auf Art. 6 GG: Art. 3 III 1 GG und Art. 6 GG seien "in besonderer Weise verbunden", weshalb auch Differenzierungen im Aufenthaltsrecht der Kinder nach dem Geschlecht der Eltern anhand des speziellen Gleichheitssatzes des Art. 3 III 1 GG zu beurteilen seien.

Sodann stellte sich dem Gericht die Frage nach der Rechtfertigung einer solchen Ungleichbehandlung. Das BVerfG vertritt in st.Rspr. die Auffassung, dass diese bei Art. 3 III 1, 1. Fall GG nur möglich sei, um objektiv-biologischen Unterschieden zwischen Mann und Frau Rechnung zu tragen oder kollidierendes Verfassungsrecht zu schützen. Im vorliegenden Fall werden beide Fallgruppen angesprochen, aber i.E. verneint. § 21 AuslG war, § 33 AufenthG ist somit verfassungswidrig.

Das BVerfG hat dem Gesetzgeber bis zum 31.12.2006 Zeit zur Nachbesserung gegeben. Bis dahin können die genannten Bestimmungen zugunsten von Kindern, die ein Aufenthaltsrecht von der Mutter ableiten, weiter angewandt werden. Entscheidungen über Anträge, die an das Aufenthaltsrecht des Vaters anknüpfen, sind auszusetzen.

In einem obiter dictum deutet das BVerfG übrigens an, dass dem vorliegenden Beschluss keineswegs entnommen werden könne, dass sich *jede* Ungleichbehandlung von vornherein verbiete. Vielmehr könne es durchaus zulässig sein, an das Aufenthaltsrecht des Vaters eines nichtehelichen Kindes nur dann anzuknüpfen, wenn ihm ein Sorgerecht zustehe oder er in familiärer Lebensgemeinschaft mit seinem Kind lebe. Nur die alleinige, voraussetzungslose und dauerhafte Anknüpfung an den Status der Mutter für die erstmalige Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis sei nicht zulässig.

Prüfungsrelevanz:

Gerade die Gleichheit von Frau und Mann hat die Rechtsprechung in der jüngeren Vergangenheit immer wieder beschäftigt. Erinnert sei beispielhaft an das Thema "Frauen zur Bundeswehr" und an die Problematik betreffend den Ehenamen (vgl. zu diesen die Vertiefungshinweise). Deshalb besitzt das Thema latente Examensrelevanz. Die Anforderungen an die Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung bei Art. 3 GG müssen jedem Examenskandidaten bekannt sein:

1. Bei Art. 3 I GG prüft das BVerfG bei intensiver Beeinträchtigung mit der sogen. "neuen Formel" die Verhältnismäßigkeit des Eingriffs, während bei weniger belastenden Beeinträchtigungen nach wie vor die bekannte "Willkürformel" greift, nach der jeder sachliche Grund zur Rechtfertigung genügt. Die Intensität der Beeinträchtigung wird anhand von Indizien bestimmt. Sie wächst, wenn und soweit

- neben Art. 3 I GG auch noch Freiheitsgrundrechte betroffen sind,
- der Betroffene das Differenzierungskriterium nicht beeinflussen kann (z.B. Alter),
- das Kriterium ähnlich wie die in Art. 3 III GG genannten Differenzierungsverbote personenbezogen ist (z.B. Körpergröße, Augenfarbe).

2. Bei Art. 3 III GG spielen diese Kriterien keine Rolle. Eine Ungleichbehandlung ist vielmehr grds. unzulässig, eine Rechtfertigung scheidet gänzlich aus. Hier von macht das BVerfG lediglich zwei Ausnahmen, nämlich - wie erwähnt - eine Rechtfertigung im Lichte kollidierenden Verfassungsrechts, und hinsichtlich des Merkmals "Geschlecht" zusätzlich noch aufgrund

objektiv-biologischer Unterschiede, wie z.B. Schwangerschaft und Geburt.

Vertiefungshinweise:

- Frauen zur Bundeswehr: *EuGH*, RA 2000, 61 = NJW 2000, 497; RA 2000, 65 = NJW 2000, 499
- Gleichheit beim Familiennamen: *BVerfGE* 84, 9 ff.
- Zu den Gleichheitsgrundrechten: *BVerfGE* 99, 367, 389; *BVerfG*, RA 2000, 468 = NJW 2000, 1939; *Michael*, JuS 2001, 866; *Pieroth/Görisch*, NWVBl 2001, 282

Kursprogramm:

- Examenskurs : "Martina"

Leitsatz:

Mit Art. 3 III 1 GG ist es nicht vereinbar, die erleichterte Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis für ein im Bundesgebiet geborenes Kind allein an den Aufenthaltstitel der Mutter, nicht hingegen auch des Vaters zu knüpfen.

Sachverhalt:

§ 33 S. 1 AufenthG lautet: "Einem Kind, das im Bundesgebiet geboren wird, ist abweichend von den §§ 5 und 29 Abs. 1 Nr. 2 von Amts wegen eine Aufenthaltserlaubnis zu erteilen, wenn die Mutter eine Aufenthaltserlaubnis oder eine Niederlassungserlaubnis besitzt."

K ist das Kind ausländischer Eltern, wobei der Vater, nicht aber die Mutter des K eine Aufenthaltserlaubnis besitzt. K fühlt sich durch § 33 S. 1 AufenthG in seinem Grundrecht aus Art. 3 III 1, 1. Fall GG verletzt, weil aufenthaltsrechtlich nach dem Geschlecht des Elternteils differenziert werde.

Zu Recht?

[Anm.: Der Fall ist nach aktueller Gesetzeslage gelöst. Die Originalentscheidung des BVerfG betraf jedoch einen Fall, in dem noch § 21 AuslG galt. Das AuslG wurde zum 1.1.2005 durch das Aufenthaltsgesetz vom 30. Juli 2004 (BGBl I, S. 1950) abgelöst. In diesem entspricht § 33 AufenthG dem früheren § 21 AuslG. Soweit im Beschluss des BVerfG von § 21 AuslG die Rede ist, wurde das Zitat daher durch § 33 AufenthG ersetzt und dies durch eckige Klammern kenntlich gemacht.]

Lösung:

K wäre in seinem Grundrecht aus Art. 3 III 1, 1. Fall GG verletzt, wenn § 33 S. 1 AufenthG zu seinen Lasten eine Ungleichbehandlung wegen des Geschlechts

darstellte und sich diese nicht verfassungsrechtlich rechtfertigen ließe.

A. Ungleichbehandlung wegen des Geschlechts

"Nach Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG darf niemand wegen seines Geschlechts, seiner Abstammung, seiner Rasse, seiner Sprache, seiner Heimat und Herkunft, seines Glaubens, seiner religiösen oder politischen Anschauungen benachteiligt oder bevorzugt werden. Diese Verfassungsnorm verstärkt den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG, indem sie der dem Gesetzgeber darin eingeräumten Gestaltungsfreiheit enge Grenzen zieht. Danach darf das Geschlecht grundsätzlich nicht Anknüpfungspunkt für eine rechtliche Ungleichbehandlung sein. Das gilt auch dann, wenn eine Regelung nicht auf eine nach Art. 3 Abs. 3 GG verbotene Ungleichbehandlung angelegt ist, sondern in erster Linie andere Ziele verfolgt (vgl. BVerfGE 85, 191 [206]; 97, 35 [43]; 97, 186 [197])."

I. Anknüpfungspunkt Geschlecht

Das BVerfG führt zunächst aus, § 33 S. 1 AufenthG an das Geschlecht anknüpft, indem die Norm den aufenthaltsrechtlichen Status des Vaters unberücksichtigt lässt:

"[§ 33 S. 1 AufenthG] stellt die im Bundesgebiet geborenen ausländischen Kinder, deren Mutter eine Aufenthaltserlaubnis oder eine Aufenthaltsberechtigung hat, gegenüber denjenigen besser, bei denen allein der Vater einen entsprechenden ausländerrechtlichen Status hat. Darin liegt eine Bevorzugung wegen des Geschlechts im Sinne von Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG. [§ 33 S. 1 AufenthG] differenziert zwischen beiden Elternteilen. Nur in Anknüpfung an die Mutter besteht ein gebundener Anspruch ohne weitere Voraussetzungen. Angeknüpft wird mithin an das Geschlecht eines Elternteils; die Vater-Kind-Beziehung wird benachteiligt."

II. Mittelbare Auswirkungen genügen

Fraglich ist allerdings, ob K hierdurch betroffen ist, denn es wird nicht nach seinem Geschlecht (also dem des Kindes), sondern nach dem der Eltern differenziert. Nach Ansicht des BVerfG genügt dies aber schon für eine Anwendbarkeit des Art. 3 III 1 GG:

"Dass [§ 33 S. 1 AufenthG] nicht die Rechtsverhältnisse der Eltern selbst, sondern das Aufenthaltsrecht der Kinder in Abhängigkeit vom Geschlecht der Eltern unterschiedlich regelt, hindert nicht, die Vorschrift an Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG zu messen. Zum einen ist entscheidend, ob die in Art. 3 Abs. 3 GG genannten Merkmale Anknüpfungspunkt für differenzierende Regelungen sind. Daher kann eine gemäß Art. 3 Abs. 3 GG unzulässige Differenzierung, von der Rechtspositionen Dritter abhängen, von diesen jedenfalls als

Verstoß gegen den allgemeinen Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) geltend gemacht werden. Zum anderen ist die durch Art. 6 GG geschützte Eltern-Kind-Beziehung zu berücksichtigen. Regelungen über das Aufenthaltsrecht des Kindes betreffen angesichts der grundrechtlich geschützten wechselseitigen familiären Bindungen sowohl die Elternteile als auch das Kind. Insoweit sind die verfassungsrechtlichen Gewährleistungen des Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG und des Art. 6 GG in besonderer Weise verbunden und Differenzierungen im Aufenthaltsrecht der Kinder nach dem Geschlecht der Eltern anhand des speziellen Gleichheitssatzes des Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG zu beurteilen (vgl. BVerfGE 37, 217 [244 ff.]).“

III. Ungleichbehandlung

“Die Anknüpfung an den aufenthaltsrechtlichen Status der Mutter führt zu einer gewichtigen Bevorzugung gegenüber anderen minderjährigen Ausländern, namentlich solchen im Bundesgebiet geborenen, deren Vater eine Aufenthaltserlaubnis besitzt und deren Mutter - aus welchen Gründen auch immer - kein Aufenthaltsrecht vermitteln kann. Der Aufenthalt des Kindes wird von Geburt an ohne weitere Prüfung von Amts wegen legalisiert. Der Anspruch auf erstmalige Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach [§ 33 S. 1 AufenthG] besteht, solange das Kind minderjährig ist und der entsprechende Status der Mutter andauert.“

B. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

“An das Geschlecht anknüpfende differenzierende Regelungen sind mit Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG nur vereinbar, soweit sie zur Lösung von Problemen, die ihrer Natur nach nur entweder bei Männern oder bei Frauen auftreten können, zwingend erforderlich sind. Fehlt es an zwingenden Gründen für eine Ungleichbehandlung, lässt sich diese nur noch im Wege einer Abwägung mit kollidierendem Verfassungsrecht legitimieren (BVerfGE 85, 191 [207 ff.]; 92, 91 [109]).“

I. Objektiv-biologische Unterschiede

1. Besondere Nähebeziehung der Mutter zum Kind

Ein objektiv-biologischer Unterschied zur Rechtfertigung der Anknüpfung an die Person der Mutter könnte in der besonderen Nähebeziehung zwischen Mutter und Kind liegen, etwa dergestalt, dass die im Kleinst- und Kleinkindalter besonders belastete Mutter von der Erfüllung ausländerrechtlicher Verpflichtungen freigestellt werden sollte. Das BVerfG verneint eine solche Schutzrichtung jedoch, ohne sich darauf einzulassen, ob es eine derartige, besondere Nähebeziehung zwischen Mutter und Kind gibt, die über die Nähebeziehung des Vaters zum Kind hinaus geht:

“[§ 33 S. 1 AufenthG] enthält keine Regelung zum

Schutz der Mutter-Kind-Beziehung, so dass hier nicht über die sachliche und zeitliche Reichweite dieses Differenzierungsgrundes zu befinden ist. Weder der Wortlaut des [§ 33 S. 1 AufenthG] noch der sachliche Gehalt der zugehörigen Regelungen oder die Gesetzesbegründung, der zufolge dem besonderen Sachverhalt der Geburt des Kindes im Bundesgebiet Rechnung getragen werden soll (vgl. BTDrucks 11/6960, S. 22; s. auch BTDrucks 15/420, S. 83, jeweils zu § 21 AuslG), nimmt die Mutter-Kind-Beziehung in den Blick. Auch die fortdauernde Privilegierungswirkung lässt erkennen, dass es nicht um den Schutz einer besonderen Nähebeziehung zwischen Mutter und Kleinkind geht. Die Vorschrift beantwortet die - im Anschluss an die Einführung der Aufenthaltserlaubnispflicht für Ausländer bis zur Vollendung des 16. Lebensjahres durch das Ausländergesetz 1990 regelungsbedürftig gewordene - Frage der erstmaligen Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis an ein in Deutschland geborenes Kind. Wie sich insbesondere aus dem Verzicht auf materielle Voraussetzungen ergibt, verfolgt der Gesetzgeber dabei das Ziel, das Kind am rechtmäßigen Aufenthalt eines Elternteils teilhaben zu lassen. Das Aufenthaltsrecht der Mutter bildet erkennbar nur den ordnungsrechtlichen Anknüpfungspunkt für die Erteilung der Aufenthaltserlaubnis, den der Gesetzgeber aus Gründen der Praktikabilität gewählt haben dürfte. Nach Gegenstand und Zielsetzung der gesetzlichen Regelung ist deren Anknüpfung ausschließlich an das Aufenthaltsrecht der Mutter, wenn überhaupt, so jedenfalls nicht zwingend erforderlich. Eine Gleichbehandlung beider Elternteile ist ohne Weiteres möglich. Der zu ordnende Lebenssachverhalt - der Aufenthaltsstatus des Kindes - betrifft Vater und Mutter in gleicher Weise. Die Erwägung, die Mutter - insbesondere während des Kleinst-, aber auch des Kleinkindalters - von der Erfüllung ausländerrechtlicher Verpflichtungen zu entlasten, geht fehl, weil dieser Effekt auch bei Anknüpfung an das Aufenthaltsrecht des Vaters erzielt würde.“

2. Praktische Schwierigkeiten

Das BVerfG erkennt ferner praktische Schwierigkeiten bei der Anknüpfung (auch) an den Status des Vaters, hält diese aber nicht für so unüberwindbar, dass sie einen zwingenden objektiv-biologischen Unterschied ausmachen könnten:

“Das Aufenthaltsrecht des Kindes (auch) von dem des Vaters abzuleiten, stößt ferner nicht auf unüberwindbare praktische Schwierigkeiten, so dass auch von daher die Anknüpfung an das Aufenthaltsrecht der Mutter nicht zwingend erforderlich ist. Die Annahme, Väter, die in Deutschland ein Aufenthaltsrecht haben, seien typischerweise nicht erreichbar, wäre offensichtlich verfehlt. Die mögliche Erwägung, das Auf-

enthaltsrecht des Kindes bedürfe schneller und einfacher Klärung und deshalb sei allein auf die Mutter abzustellen, hat im Gesetz keinen Niederschlag gefunden und trägt auch in der Sache nicht. Für die Erteilung der Aufenthaltserlaubnis nach [§ 33 S. 1 AufenthG] besteht kein zeitlicher Rahmen. Zudem mag das Ziel, den Aufenthalt des Kindes rasch und möglichst rechtssicher zu regeln, zwar unter Zweckmäßigkeitsaspekten berechtigt sein, einen zwingenden Grund für eine geschlechtsspezifische Differenzierung stellt es indes nicht dar.”

II. Kollidierendes Verfassungsrecht

Die Ungleichbehandlung ließe sich nach alledem nur noch auf Grund einer Abwägung mit kollidierendem Verfassungsrecht rechtfertigen.

1. Kindeswohl und Einheit der Familie, Art. 6 GG

“Das durch Art. 6 GG in verschiedenen Ausprägungen gewährleisteteste Kindeswohl verlangt nicht, dass das Kind aufenthaltsrechtlich ausschließlich der Mutter zugeordnet wird. Während es von Verfassungs wegen geboten ist, dass dem Kind von seiner Geburt an eine Person zur Seite steht, die für das Kind rechtsverbindlich handeln kann, und es daher verfassungsgemäß ist, das nichteheliche Kind bei seiner Geburt sorgerechtlich grundsätzlich der Mutter zuzuordnen (vgl. BVerfGE 107, 150 [170 f.]), besteht aufenthaltsrechtlich kein vergleichbarer Bedarf an einer Regelung, die eine Zuordnung zur Mutter unter vollständiger Ausklammerung des Vaters rechtfertigen könnte. [...] Weder Aspekte der Familieneinheit noch solche der gerade in der ersten Zeit nach der Geburt des Kindes meist besonders intensiven Gemeinschaft zwischen Mutter und Kind oder etwaiger darüber hinaus gehender, durch Art. 6 Abs. 4 GG geschützter Anliegen der Mutter-Kind-Beziehung lassen sich ausschließlich dadurch verwirklichen, dass die - ihrerseits durch Art. 6 GG geschützten - Interessen des Vaters ausgeklammert werden. Im Gegenteil stehen der in [§ 33 S. 1 AufenthG] vorgenommenen Differenzierung die verfassungsgestützten Wertungen des Familienrechts entgegen. Leitbild des Art. 3 Abs. 2 Satz 1 GG in Verbindung mit Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG ist eine Gleichberechtigung beider Elternteile (vgl. BVerfGE 10, 59 [67]; 37, 217 [250 f.]; 47, 85 [100]; 55, 171 ff.; 84, 168 [178 ff.]; 92, 158 [176 ff.]; 99, 145 [164]; 108, 82 [101]). Mit dem Gesetz zur Reform des Kindschaftsrechts vom 16. Dezember 1997 (BGBl I S. 2942) hat der Gesetzgeber verdeutlicht, dass die gemeinsame

Sorge beider Elternteile für das Kind der Regelfall sein soll und Umgangsrechte und -pflichten im Hinblick auf beide Elternteile bestehen. Gestärkt wurden sowohl die kindlichen Interessen am Schutz der Beziehung zu beiden Elternteilen als auch die gemeinsame elterliche Verantwortlichkeit für das Kind. Zugleich wurde eine rechtliche Aufwertung und Festigung des Verhältnisses zwischen dem nichtehelichen Kind und seinem Vater angestrebt (vgl. BTDrucks 13/4899 S. 1, 29 f., 63 f.). Vor diesem Hintergrund kann die besonders geschützte Mutter-Kind-Beziehung nicht - auch nicht im Hinblick auf deren typischerweise intensivste Phase unmittelbar nach der Geburt - eine generelle und auf Dauer wirkende Benachteiligung des Vaters im Zusammenhang mit dem Aufenthaltsrecht des Kindes rechtfertigen. Wenn der Gesetzgeber für das erleichterte Aufenthaltsrecht des Kindes allein auf den Aufenthaltsstatus der Mutter abhebt, vernachlässigt er sowohl die Sorgerechtslage als auch die tatsächlichen Lebensverhältnisse der Familien, die häufig von gemeinsamer Sorge und häufiger als früher sogar von einer vorrangigen oder ausschließlichen Betreuung des Kindes durch den Vater geprägt sind (zu vergleichbaren Erwägungen in Bezug auf den Erwerb der deutschen Staatsangehörigkeit BVerfGE 37, 217 [244 ff.]).”

2. Gleichbehandlungsgebot, Art. 3 II GG

“Das Gleichberechtigungsgebot des Art. 3 Abs. 2 GG vermag die Ungleichbehandlung nicht zu rechtfertigen. Zwar berechtigt dieses Gebot den Gesetzgeber, faktische Nachteile, die typischerweise Frauen treffen, durch begünstigende Regelungen auszugleichen (vgl. BVerfGE 85, 191 [207]; 92, 91 [109]; 104, 373 [393]). Es geht hier aber nicht um den Ausgleich von Nachteilen und die Verwirklichung von Gleichstellung zugunsten von Frauen. Vielmehr ist die Regelung des [§ 33 S. 1 AufenthG] eher geeignet, überkommene Rollenverteilungen zwischen Mutter und Vater in der Familie zu verfestigen, wenn das Kind einseitig und dauerhaft dem "Zuständigkeitsbereich" der Mutter zugeordnet wird. Dem will Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG gerade begegnen (vgl. BVerfGE 85, 191 [207]; 87, 1 [42]; 87, 234 [258]; 92, 91 [112]).”

C. Ergebnis

Mithin ist eine verfassungsrechtliche Rechtfertigung insgesamt nicht möglich. § 33 S. 1 AufenthG ist verfassungswidrig und verletzt K in seinem Grundrecht aus Art. 3 III 1, 1. Fall GG.

Standort: Bereicherungsrecht**Problem: Anwendbarkeit des § 817 S. 2 BGB**

BGH, URTEIL VOM 10.11.2005

III ZR 72 / 05 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Der Kl. hatte sich in diesem Fall an einem nach dem Schneeballsystem organisierten sog. "Schenkkreis" beteiligt: Die Mitspieler waren pyramidenartig angeordnet, Mitglieder des obersten Ranges bekamen von den nachgeordneten Mitspielern einen festgelegten Geldbetrag geschenkt. Die Beschenkten schieden sodann aus dem Spiel aus, die Schenker rückten in den "Empfängerkreis" auf und mussten nun ihrerseits neue Mitspieler werben, die bereit waren, zunächst den unteren Rang der Schenker zu bekleiden, um nach erfolgter Zahlung wiederum in den Empfängerkreis aufzurücken, usw...

Nachdem der Kl. 1.250,- € an die Bekl. gezahlt hatte, platzte (natürlich) das System, so dass sich keine neuen Geber fanden, von denen der Kl. Zahlungen zu erwarten hatte.

Der BGH gab der Rückzahlungsklage auf der Basis des § 812 I 1 Fall 1 BGB statt, da das Schneeballsystem von Anfang an so ausgestaltet war, dass nur die ersten Mitglieder des "Empfängerkreises" profitieren konnten, nachrückende Spieler aber zwangsläufig ihren Einsatz umsonst tätigten, da sehr schnell niemand mehr zu finden war, der sich hierauf einließ. Der "Schenkkreis" war demzufolge sittenwidrig und gem. § 138 I BGB nichtig, der Rückforderung des Kl. stand nach Ansicht des BGH auch nicht § 817 S. 2 BGB entgegen, da dieser gerade zu dem nicht beabsichtigten Ergebnis führen würde, dass die Mitglieder des noch bedachten "Empfängerkreises" den erhaltenen Betrag behalten dürften.

Prüfungsrelevanz:

Die besondere Examensbedeutung des Bereicherungsrechts dürfte keine besondere Erläuterung erfordern. Im System der §§ 812 ff BGB ist die Vorschrift des § 817 S. 2 BGB von zentraler Bedeutung, da zu dessen Anwendungsbereich, bzw. zur Einschränkung desselben nach den Grundsätzen von Treu und Glauben (§ 242 BGB) eine rege Diskussion geführt wird, die durch zahlreiche hierzu ergangene BGH-Urteile - man denke nur an die viel kritisierte Schwarzarbeiterentscheidung - entfacht und angeheizt wurde. In diesem Fall dürfte geharnischte Kritik am BGH allerdings nicht angebracht sein, da es Sinn und Zweck der Anwendung des § 138 I BGB auf Schneeballsysteme der beschriebenen Art in der Tat ad absurdum führen wür-

de, würde man über § 817 S. 2 BGB den noch durch das System Begünstigten die so erworbenen Vorteile belassen.

Vertiefungshinweise:

Zur Beweislast für die Rechtsgrundlosigkeit einer Leistung: *BGH*, RA 2003, 297 = *NJW* 2003, 1039

§ 817 S. 2 BGB bei Rückabwicklung des Kaufs eines Radarwarngeräts: *BGH*, RA 2005, 339 = *NJW* 2005, 1490

Kursprogramm:

Examenskurs: "Schwarzarbeit"

Examenskurs: "Von Titelhändlern und anderen selbstlosen Menschen"

Leitsatz:

Der Konditionssperre nach § 817 S. 2 BGB können ausnahmsweise der Grund und der Schutzzweck der Nichtigkeitssanktion (§ 138 I BGB) - hier: sittenwidriger, nach dem Schneeballsystem organisierter "Schenkkreis" - entgegenstehen.

Sachverhalt:

Der Kl. verlangt die Rückerstattung eines Betrages, den er am 19.11.2003 im Zuge der Teilnahme an einem sogenannten "Schenkkreis" an die Bekl. gezahlt hat. Die "Schenkkreise" waren nach Art einer Pyramide organisiert. Die an der Spitze stehenden Mitglieder des "Empfängerkreises" erhielten von ihnen nachgeordneten "Geberkreisen" bestimmte Geldbeträge. Darauf schieden die "Beschenkten" aus dem "Spiel" aus; an ihre Stelle traten die Mitglieder der nächsten Ebene, die nunmehr die Empfängerposition einnahmen. Es galt dann, genügend Teilnehmer für neu zu bildende "Geberkreise" zu finden, die bereit waren, den festgelegten Betrag an die in den "Empfängerkreis" aufgerückten Personen zu zahlen. Die Anwerbung war Sache der auf der untersten Reihe verbliebenen "Mitspieler". In Kenntnis des vorbeschriebenen Systems trat der Kl. in einen "Geberkreis" ein und zahlte an die Bekl., die mit anderen den "Empfängerkreis" besetzt hatte, 1.250,- €. Er wollte weiter im Spiel bleiben und selbst später "Beschenkter" werden. Nachdem dies misslungen ist, fordert der Kl. von der Bekl. den Betrag i. H. v. 1.250,- € zurück?

Steht dem Kl. ein solcher Rückzahlungsanspruch zu ?

Lösung:**A. Anspruch gem. § 812 I 1 Fall 1 BGB**

Der Kl. könnte gegen die Bekl. einen Anspruch auf Rückzahlung der 1.250,- € aus § 812 I 1 Fall 1 BGB (“*condictio indebiti*”) haben.

I. Etwas erlangt

Dann müsste die Bekl. zunächst “etwas” i. S. d. § 812 BGB erlangt haben. “Etwas” ist hierbei als jede Verbesserung der Vermögenssituation zu verstehen und weit auszulegen (Jauernig/Schlechtriem, § 812 Rz. 8). Die Bekl. hat hier eine Zahlung i. H. v. 1.250,- € erlangt. Ob dieses durch Eigentumsverschaffung an Bargeld oder etwa durch Banküberweisung geschehen ist, kann hier nicht genau beurteilt werden. Jedenfalls handelt es sich bei den 1.250,- € aber um einen Vermögensvorteil i. S. d. § 812 BGB.

II. Durch Leistung des Kl.

Die Bekl. müsste diesen Vermögensvorteil durch eine Leistung des Kl. erlangt haben. Leistung i. S. d. § 812 BGB ist jede bewusste und zweckgerichtete Mehrung fremden Vermögens (BGHZ 40, 272 [277]; Jauernig/Schlechtriem, § 812 Rz. 4). Im Falle der *condictio indebiti* muss mit der Leistung der Zweck verfolgt worden sein, eine bestimmte Schuld zu tilgen (Palandt/Sprau, § 812 Rz. 71 m. w. N.).

Hier hat der Kl. sich zur Teilnahme an einem sogenannten “Schenkkreis” entschlossen. Dieses Spielsystem sah vor, dass er an die Bekl. als Angehörige des “Empfängerkreises” den festgelegten Betrag von 1.250,- € zahlen musste, um so in den “Empfängerkreis” aufzurücken und später selbst in den Genuss von Zahlungen neu angeworbener Mitspieler zu kommen. Der Kl. hat mithin gezahlt, um seinen Verpflichtungen aus der Teilnahme an dem Schenkkreis gegenüber der Bekl. nachzukommen. Es lag mithin eine Leistung “*solvendi causa*” des Kl. vor.

III. Ohne rechtlichen Grund

Die Leistung müsste ohne Rechtsgrund erfolgt sein, wobei im Falle des § 812 I 1 Fall 1 BGB der Rechtsgrund für die Leistung von Anfang an gefehlt haben muss, wogegen er im Falle des § 812 I 2 Fall 1 BGB (“*condictio ob causam finitam*”) im Nachhinein wieder entfallen ist (Münch-Komm/Lieb, § 812 Rz. 175). Ob für die Rechtsgrundlosigkeit das vollständige Fehlen einer wirksamen Verbindlichkeit oder das Verfehlen des mit der Leistung verfolgten Tilgungszweckes maßgeblich ist, wird unterschiedlich beurteilt (vgl. Jauernig/Schlechtriem, § 812 Rz. 12 m. w. N.). Dieses kann bei Fehlen einer gültigen Kausalvereinbarung letztlich aber dahinstehen, da eine hierauf entrichtete Leistung ihren Tilgungszweck dann in jedem Fall ver-

fehlen musste.

1. § 762 I 1 BGB

Das Fehlen einer gültigen Kausalvereinbarung könnte sich einerseits daraus ergeben, dass der Kl. seinen Verpflichtungen aus dem als “Schenkkreis” bezeichneten Spielsystem nachkommen wollte. Gem. § 762 I 1 BGB wird durch ein Spiel oder eine Wette eine Verbindlichkeit nicht begründet. Allerdings bestimmt § 762 I 2 BGB, dass mit dieser Begründung auf Grund eines Spiels erbrachte Leistungen nicht zurückgefordert werden können. Es besteht insoweit eine unvollkommene Verbindlichkeit, die zwar gegen den Schuldner nicht durchgesetzt werden kann, gleichwohl aber einen Rechtsgrund für den Erhalt einer Leistung bilden kann (Palandt/Heinrichs, vor § 241 Rz. 12). Aufgrund des Charakters des “Schenkkreises” als Spielsystem liegt also keine Rechtsgrundlosigkeit der Leistung des Kl. vor.

2. § 138 I BGB

Die dem Spielsystem zugrundeliegenden Abreden könnten allerdings wegen eines Verstoßes gegen die guten Sitten gem. § 138 I BGB nichtig sein und deshalb als Rechtsgrund für die Leistung des Kl. nicht in Betracht kommen.

a. Anwendbarkeit des § 138 I BGB neben § 762 I BGB

Mit dieser Begründung käme ein Rückzahlungsanspruch des Kl. aber nur in Betracht, wenn dieser sich trotz § 762 I 2 BGB auf die Sittenwidrigkeit des Spielsystems berufen könnte.

“Diese Vorschrift greift nur dann Platz, wenn die Rückforderung auf den Spielcharakter gestützt wird. Ist die “Spielvereinbarung” [...] gemäß § 138 I BGB nichtig, gelten die allgemeinen Regeln (§§ 812 ff BGB; vgl. OLG Bamberg, NJW-RR 2002, 1393 [1394]; LG Trier, NJW 1990, 313; LG Freiburg NJW-RR 2005, 491 [492]; Staudinger/Engel, BGB 2001, § 762 Rz. 26; Janoschek in: Bamberger/Roth, BGB 2003, § 762 Rz. 17; Münch-Komm/Habersack, § 762 Rz. 13 und 24; Palandt/Sprau, § 762 Rn. 10).”

b. Voraussetzungen der Sittenwidrigkeit gem. § 138 I BGB

Das Schenkkreis-Spiel müsste dann tatsächlich sittenwidrig gem. § 138 I BGB sein. Hierfür ist maßgeblich ein Verstoß gegen das “Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden” (Jauernig/Jauernig, § 138 Rz. 6). “Die im Streitfall zu beurteilenden, nach dem Schneeballsystem organisierten “Schenkkreise” waren anstößig (§ 138 I BGB), weil die große Masse der Teilnehmer - im Gegensatz zu den initiiierenden “Mitspielern”, die (meist) sichere Gewinne erzielten - zwangsläufig keinen Gewinn machten, sondern lediglich ihren

“Einsatz” verloren. Das “Spiel” zielte allein darauf ab, zugunsten einiger weniger “Mitspieler” leichtgläubige und unerfahrene Personen auszunutzen und sie zur Zahlung des “Einsatzes” zu bewegen (vgl. BGH, NJW 1997, 2314 [2315]). Einem solchen sittenwidrigen Verhalten steuert § 138 I BGB [entgegen], indem er für entsprechende Vereinbarungen Nichtigkeit anordnet.”

Damit lag Rechtsgrundlosigkeit der Leistung des Kl. gem. § 812 I 1 Fall 1 BGB vor.

IV. Ausschluss der Rückforderung gem. § 817 S. 2 BGB

Der demzufolge dem Grunde nach gegebene Rückzahlungsanspruch könnte jedoch gem. § 817 S. 2 BGB ausgeschlossen sein, wenn dem leistenden Kl. gleichfalls ein Verstoß gegen die guten Sitten anzulasten ist. Entgegen seinem nur auf den § 817 S. 1 BGB bezogenen Wortlaut ist § 817 S. 2 BGB nach weitgehend anerkannter Auffassung auf jegliche Leistungskondition anwendbar, wenn auch dem Leistenden ein Verstoß gegen ein Verbotsgesetz oder die guten Sitten anzulasten ist (Münch-Komm./Lieb, § 817 Rz. 10 m. w. N.). Dafür könnte hier sprechen, dass der Kl. seine Leistung letztendlich erbracht hat, um selbst in der “Empfängerkreis” aufzurücken und Zahlungen neu angeworbener Mitspieler zu erhalten.

Hierzu der BGH:

“Der Bereicherungsanspruch scheidet [...] nicht an § 817 S. 2 BGB. [...] Das BerGer. hat dazu ausgeführt, es spreche zwar einiges dafür, dass der Kl. sich der Sittenwidrigkeit der Spielanlage bewusst gewesen sei oder sich zumindest dieser Einsicht leichtfertig verschlossen habe. Mit der Zahlung an die Bekl. habe er indes nicht unmittelbar sittenwidrige Ziele verfolgt; er sei in dieser Phase des “Spiels” passiv gewesen. Ob dem zu folgen ist, kann dahinstehen. Dem BerGer. ist jedenfalls darin zuzustimmen, dass der Grund und der Schutzzweck der Nichtigkeitssanktion (§ 138 I BGB) hier - ausnahmsweise - gegen eine Konditionssperre gemäß § 817 S. 2 BGB sprechen (vgl. zu einer solchen Einschränkung des § 817 S. 2 BGB im Hinblick auf den Zweck eines Verbotsgesetzes in Verbindung mit dem Grundsatz von Treu und Glauben: BGHZ 111, 308 [312 f.] einerseits, BGHZ, 118, 142 [150]; 182 [193] und WM 1993, 1765 [1767] andererseits; s. ferner OLG Celle, NJW 1996, 2660 [2661]; OLG Köln, NJW 2005, 3290 [3291 f.]; Münch-Komm./Lieb, § 817 Rz. 13; Erman/H.P. Westermann, BGB, 11. Aufl. 2004, § 817 Rz. 15; Larenz/Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. II Besonderer Teil, 2. Halbband 13. Aufl. 1994, S. 166).”

Die Nichtigkeitssanktion des § 138 I BGB betreffend des hier initiierten Schneeballsystems “würde [...], wie das BerGer. zu Recht ausgeführt hat, im Ergebnis

konterkariert und die Initiatoren solcher “Spiele” zum Weitermachen geradezu einladen, wenn sie die mit sittenwidrigen Methoden erlangten Gelder - ungeachtet der Nichtigkeit der das “Spiel” tragenden Abreden - behalten dürften.”

Der Ausschlussgrund des § 817 S. 1 BGB steht dem Rückforderungsanspruch des Kl. mithin nicht entgegen.

V. Ergebnis

Der Kl. hat gegen die Bekl. einen Anspruch auf Rückzahlung der 1.250,- € aus § 812 I 1 Fall 1 BGB.

B. Anspruch gem. § 817 S. 1 BGB

Dem Kl. könnte ein Rückzahlungsanspruch i. H. v. 1.250,- € zudem aus § 817 S. 1 BGB zustehen.

Auch § 817 S. 1 BGB setzt voraus, dass der Anspruchsgegner durch die Leistung des Anspruchstellers einen Vermögensvorteil erlangt hat. Hinzukommen muss, dass der Leistungsempfänger gerade durch die Annahme der Leistung gegen ein Verbotsgesetz oder die guten Sitten verstößt (Palandt/Sprau, § 817 Rz. 6). Hinsichtlich der Vermögensmehrung auf Seiten der Bekl. durch eine Leistung des Kl. kann auf die Ausführungen oben unter A. I. und II. verwiesen werden. Da gerade die Entgegennahme der Leistung des zuvor angeworbenen “Schenkers” für diesen den Druck begründet, nun seinerseits neue “Mitspieler” anzuwerben, um so auch vom Aufrücken in den “Empfängerkreis” zu profitieren und seinen Einsatz wieder “herauszuholen”, liegt auch gerade in der Entgegennahme der Zahlung des Kl. durch die Bekl. ein Verstoß gegen die guten Sitten, so dass auch die Anspruchsvoraussetzungen des § 817 S. 1 BGB gegeben sind.

Zur Frage des Konditionsausschlusses nach § 817 S. 2 BGB gelten die obigen Ausführungen unter A. IV. Entsprechend.

Der Kl. kann sein Rückzahlungsverlangen demzufolge auch auf einen Anspruch nach § 817 S. 1 BGB stützen.

C. Anspruch gem. § 823 I BGB

Ein Schadensersatzanspruch des Kl. aus § 823 I BGB scheidet hier ersichtlich daran, dass der Kl. in keinem durch § 823 I BGB absolut geschützten Rechtsgut verletzt wurde. Er hat durch die Zahlung der 1.250,- € an die Bekl. lediglich eine Vermögenseinbuße erlitten. Das Vermögen als solches wird durch § 823 I BGB jedoch nicht geschützt.

D. Anspruch gem. § 823 II BGB i. V. m. § 263 StGB

Dem Kl. könnte allerdings ein Schadensersatzanspruch gem. § 823 II BGB i. V. m. § 263 StGB zustehen.

I. Schutzgesetz i. S. d. § 823 II BGB

Dann müsste zunächst ein Schutzgesetz i. S. d. § 823

II BGB vorliegen. Dieses ist jede materielle Rechtsnorm, die zumindest auch dem Schutz von Individualinteressen zu dienen bestimmt ist (Palandt/Thomas, § 823 Rz. 140 f.).

Der Tatbestand des Betruges nach § 263 StGB dient dem Schutz der Vermögen Einzelner und ist daher Schutzgesetz in diesem Sinne.

II. Verstoß

Die Bekl. müsste gegen § 263 StGB verstoßen, d. h. tatbestandsmäßig, rechtswidrig und schuldhaft gehandelt haben.

Der objektive Tatbestand des Betrugs verlangt zunächst eine Täuschungshandlung des Täters, das beim Gegenüber eine Fehlvorstellung über Tatsachen hervorruft oder aufrecht erhält (Tröndle/Fischer, § 263 Rz. 6).

Der Kl. trat hier in Kenntnis des nach dem Schneeballsystems organisierten Spielsystems in den "Schenk-kreis" ein. Er wusste also, dass sich sein Einsatz nur

lohnen würde, wenn es gelänge, ausreichend neue Geber anzuwerben.

Daher kann von einem Irrtum des Kl., den die Bekl. durch eine tatbestandsmäßige Täuschungshandlung hervorgerufen haben könnte, keine Rede sein.

III. Ergebnis

Ein Anspruch des Kl. aus § 823 II BGB i. V. m. § 263 StGB scheidet aus.

E. Anspruch gem. § 826 BGB

Schließlich käme noch ein Anspruch des Kl. auf Schadensersatz aus § 826 BGB in Betracht, Dann müsste die Bekl. aber den Vorsatz gehabt haben, den Kl. zu schädigen. Hierfür sind keine Anhaltspunkte ersichtlich, so dass auch ein Anspruch aus § 826 BGB ausscheidet.

Standort: § 239 b StGB

Problem: Zeitlicher und funktionaler Zusammenhang

BGH, URTEIL VOM 20.09.2005

1 STR 86/05 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Der Angeklagte befürchtete, dass das Opfer Dritten gegenüber von seiner Tätigkeit als Drogendealer erzählen könnte. Deshalb fuhr er mit diesem zweimal zu einer einsamen Stelle im Wald und setzte es dort massiv unter Druck, um es davon abzuhalten, insb. gegenüber der Polizei entsprechende Angaben zu machen. Beim ersten Mal bedrohte er das Opfer mit einer Schreckschusspistole, beim zweiten Mal schnitt er ihm zusammen mit einem Komplizen ein "V" (für "Verräter") mit einem Messer in die Brust. Das Landgericht Mosbach hatte in dem Verhalten jeweils eine Geiselnahme (§ 239 b I StGB) gesehen und den Angeklagten entsprechend verurteilt. Der BGH hob die Verurteilung insofern auf.

Prüfungsrelevanz:

Das im vorliegenden Fall zentrale Problem der Anwendbarkeit von §§ 239 a und b StGB in Zwei-Personen-Verhältnissen stellt in beiden Examen absolutes Standardwissen dar, nicht zuletzt deshalb, weil es (für § 239 a StGB) oft im Zusammenhang mit den besonders examensrelevanten Tatbeständen der §§ 249, 253, 255 StGB anzusprechen ist. Klassisch (wenn auch in der letzten Zeit nicht mehr ganz so häufig diskutiert) ist auch die Frage, ob das Vorhalten einer Waffe Gewalt darstellt. In letzter Zeit häufiger aufgeworfen

worden ist das Problem, ob ein Sich-Bemächtigen i.S.v. §§ 239 a, b StGB auch durch eine Täuschung bewirkt werden kann.

Bzgl. des erstgenannten Problems setzt der BGH im vorliegenden Urteil seine bisherige Rechtsprechung fort und fordert i.R.v. § 239 b I StGB einen zeitlich-funktionalen Zusammenhang zwischen dem Schaffen der Bemächtigungslage und der beabsichtigten Ausnutzung zur Begehung einer qualifizierten Nötigung. Besonders deutlich stellt der BGH heraus, dass es an einem solchen Zusammenhang stets fehlen muss, wenn die der Täter das Opfer zu einem Verhalten nötigen will, dass dieses erst nach Beendigung der Bemächtigungslage vornehmen soll.

Ebenso wie in der Entscheidung RA 2005, 430 beschränkt der BGH auch im vorliegenden Urteil die eingeschränkte Anwendbarkeit von §§ 239 a und b StGB nicht ausdrücklich auf Zwei-Personen-Verhältnisse (anders z.B. BGH, NStZ-RR 2004, 333). Dem könnte zu entnehmen sein, dass der BGH die teleologische Reduktion der genannten Tatbestände auch in Dreiecksverhältnissen vornehmen will. Dies hatte er in der Vergangenheit nicht immer eindeutig umgesetzt (vgl. BGH, NStZ 1999, 509), wobei in der Literatur häufig betont wird, dass eine tatbestandliche Reduktion, die aus dem Charakter von §§ 239 a und b StGB als unvollkommen zweiaktige Delikte resultiert, im Dreiecksverhältnis ebenso durchzuführen sein müsste wie in einem Zwei-Personen-Verhältnis, die sich an der Natur der Delikte jeweils nichts ändert (vgl. Tröndle/Fischer, § 239 a Rn. 8 a mWN). Andererseits sollte

man das Fehlen eines entsprechenden Hinweises des BGH im vorliegenden Urteilvielleicht auch nicht überbewerten, da es sich hier eindeutig um ein Zwei-Personen-Verhältnis handelte, so dass der BGH Ausführungen zur Anwendbarkeit von § 239 b StGB im Dreiecksverhältnis vielleicht auch einfach nur für entbehrlich gehalten hat.

Vertiefungshinweise:

□ Zum Erfordernis eines funktionalen Zusammenhangs im Rahmen von §§ 239 a, b I StGB: *BGHSt* 40, 350; *BGH*, RA 2005, 430; *Baier*, JA 2000, 191; *Fahl*, Jura 1996, 456

Kursprogramm:

□ *Examenskurs*: "Der Bankräuber"

Leitsatz (der Redaktion):

Für eine Geiselnahme gem. § 239 b I StGB ist es erforderlich, dass zwischen der Entführung des Opfers und der beabsichtigten Nötigung ein funktionaler und zeitlicher Zusammenhang derart besteht, dass der Täter das Opfer während der Dauer der Entführung nötigen will und die abgenötigte Handlung auch während der Dauer der Zwangslage vorgenommen werden soll. Denn der Zweck dieser Strafvorschrift, die schon wegen ihrer hohen Mindeststrafe der einschränkenden Auslegung bedarf, besteht gerade darin, das Sich-Bemächtigen oder die Entführung des Opfers deshalb besonders unter Strafe zu stellen, weil der Täter seine Drohung während der Dauer der Zwangslage jederzeit realisieren kann.

Sachverhalt:

G hatte dem S in der Vergangenheit Drogen verkauft, was S diversen anderen Leuten berichtet hatte. G hatte daraufhin den S gebeten, dies nicht zu tun, damit sich seine Tätigkeit nicht herumspreche.

Später erfuhr G, dass S trotzdem anderen Personen von dem Verkauf der Drogen erzählt hatte. Da S nach Meinung des G offenbar ohne Druck nicht bereit war, seiner Bitte zu folgen, beschloss er, ihn in ein entlegenes Waldstück zu verbringen und dieses Mal den Druck auf S nachhaltig zu verstärken. Zu diesem Zweck sprach er S an und bat ihn freundlich und unter Verdeckung seiner wahren Absichten, in sein Fahrzeug einzusteigen, um mit ihm nochmals über den vergangenen Vorfall zu reden. S ließ sich täuschen, stieg in das Fahrzeug ein, worauf G sofort losfuhr, sodass S das fahrende Fahrzeug nicht mehr verlassen konnte. G fuhr sodann in ein abgelegenes Waldgebiet, welches nur über Forstwege erreicht werden kann. Dort ange-

kommen ließ er S aussteigen und zog eine Schreckschusspistole, welche auf den Zeugen S den Eindruck einer scharfen Waffe machte. G wies sein Opfer darauf hin, dass er "keinen Spaß mache" und S offenbar immer noch nicht gelernt habe, "das Maul zu halten". Um ihn künftig zum Schweigen zu bringen und einzuschüchtern, richtete G in der Folge mehrfach die Waffe gegen S und drohte, ihn zu erschießen. Um seine Drohungen durchzusetzen und damit S ihn in Zukunft weder bei der Polizei noch bei anderen Personen "verpfeifen" werde, schoss G neben S in den Boden, so dass das durch die Druckwelle aufgewirbelte Laub den Eindruck einer scharfen Waffe verstärkte und S nunmehr ernsthaft davon ausging, dass der Angeklagte ihn töten wolle, um ihn zum Schweigen zu bringen. In der Folge schoss der Angeklagte auch an der weisungsgemäß ausgestreckten Hand und am Oberschenkel von S nur knapp vorbei. Er forderte schließlich den am ganzen Leib zitternden Zeugen S auf, ihm seine Jacke auszuhändigen - dem kam S nach - und außerdem in Zukunft den Mund zu halten, da er sonst ernst machen und ihn töten werde. Danach ließ er S allein im Waldstück, vier Kilometer von der nächsten Verkehrsstraße entfernt, zurück.

Einige Wochen später erhielt G eine polizeiliche Ladung zu einer Beschuldigtenvernehmung, weshalb er davon ausging, dass S nunmehr Angaben gegenüber den Ermittlungsbehörden gemacht habe. Daraufhin beschlossen G und sein Freund K, S gemeinsam abzustrafen. Sie waren sich dabei einig, dass einfache Drohungen nicht mehr ausreichen würden und man S notfalls dauerhaft verletzen müsse, damit dieser endlich lerne, dass man andere Menschen nicht verrät. Sie verabredeten, ihn beim nächsten Aufeinandertreffen freundlich anzusprechen und ihn zum Einsteigen in den Pkw zu bewegen; danach wollte man ihn in ein einsames Waldstück verbringen, ihn dort gemeinsam zusammenschlagen und zuletzt das Wort "Verräter" mit einem Messer quer über die Brust einschneiden. Gleichzeitig sollte S aufgefordert werden, seine bei der Polizei gemachten Angaben zurückzuziehen und zukünftig den Mund zu halten.

Diesem Plan entsprechend überredeten sie S, als sie ihn dann wenige Tage später trafen, in den Pkw des G einzusteigen, angeblich um mit ihm zu reden. Da sie zu zweit und zudem ihm körperlich überlegen waren, kam dieser ihrem freundlich geäußerten Verlangen nach. Als sie zu seiner Überraschung dann losfuhren, wollte er zwar aussteigen, was ihm aber nicht mehr möglich war. Im Wald angekommen, musste S seine Oberbekleidung ausziehen. Danach schriekten K und G ihn mehrfach an, dass er seinen Verrat eingestehen sollte, worauf S jedoch nur antwortete, dass er niemanden verraten habe. Daraufhin schlug G mit den Fäusten auf S ein, wobei K ihn anfeuerte. Gleichzeitig heiz-

te K die Atmosphäre dadurch weiter auf, dass er sagte, S sei ein Verräter und müsse bestraft werden. G versetzte S zunächst einen Faustschlag ins Gesicht und, nachdem S zu Boden gegangen war, mehrere Tritte in den Bauch, die Wade und gegen den Kopf. Nach einem weiteren Schlag des G ergriff K den S an beiden Armen und hielt ihn fest. Daraufhin schnitt G mit einem Klappmesser mit einer Klingenlänge von 10 cm den Buchstaben "V" mit einer Schenkellänge von etwa 10 cm etwa 5 mm tief in die Brust des Opfers. Als sich zu diesem Zeitpunkt unerwartet ein von einem Forstarbeiter gesteuerter Radlader näherte und die Angeklagten fürchteten, entdeckt zu werden, forderten sie S nochmals auf, in Zukunft seinen Mund zu halten. Sie nahmen ihn daraufhin im Pkw eine Strecke mit und ließen ihn an einem Ortsrand frei, wobei sie nochmals von ihm verlangten, er solle seine Angaben bei der Polizei zurückziehen.

Der Zeuge S wurde in der Folge aufgrund der Schwere der Verletzungen ins Krankenhaus gebracht, wobei die ihm zugefügte Schnittwunde mit über 30 Stichen genäht werden musste und auch einige Monate später noch eine deutlich erkennbare ca. 10 cm große V-förmige Narbe zu sehen war.

Wie haben G und K sich nach dem StGB strafbar gemacht?

[Bearbeitervermerk: §§ 226, 241 StGB sowie Straftaten des 19. und 20. Abschnitts sind nicht zu prüfen.]

Lösung:

A. 1. Tatkomplex: Die erste Fahrt in den Wald

I. Strafbarkeit des G gem. § 239 b I StGB durch die Fahrt und das Bedrohen des S

G könnte sich dadurch, dass er mit S in den Wald fuhr und ihn dort mit einer Schreckschusspistole bedrohte, wegen Geiselnahme gem. § 239 b I StGB strafbar gemacht haben.

1. Tatbestand

a. Tathandlung

Zunächst müsste eine tatbestandmäßige Handlung des G vorliegen, d.h. G müsste den S entführt oder sich des S bemächtigt haben.

aa. Entführen

Dadurch, dass er mit S in den Wald fuhr, könnte G den S entführt haben.

Ein Entführen i.S.v. § 239 b I StGB setzt voraus, dass der Täter das Opfer gegen dessen Willen an einen anderen Ort verbringt, an dem es dem ungehemmten Ein-

fluss des Täters ausgesetzt ist (BGH, NStZ 1994, 283; Tröndle/Fischer, § 239 b Rn. 3, § 239 a Rn. 4).

Als S in das Auto des G einstieg, wollte er sich lediglich vor Ort mit G unterhalten; mit G wegfahren wollte S überhaupt nicht, sodass die dann erfolgte Ortsveränderung durch die Fahrt zum Wald gegen den Willen des S geschah. An der einsamen Stelle im Wald, an der Hilfe für S nicht zu erlangen war, war er auch dem ungehemmten Einfluss des G ausgesetzt. G hat den S also entführt.

bb. Sich-Bemächtigen

G könnte sich weiter des S bemächtigt haben, indem er diesen mit der Schreckschusspistole bedrohte.

Ein "Sich-Bemächtigen" i.S.v. § 239 b I StGB ist dann gegeben, wenn der Täter die physische Herrschaftsgewalt über den Körper des Opfers erlangt (BGH, StV 1999, 646; Renzikowski, JZ 1994, 492).

Hier könnte ein Sich-Bemächtigen darin liegen, dass G den S mit einer Schreckschusspistole bedrohte und ihm hierbei den Eindruck vermittelte, es handele sich um eine "scharfe" Waffe. Fraglich ist jedoch, ob ein solches Verhalten für ein "Sich-Bemächtigen" i.S.v. § 239 b I StGB ausreicht.

(1) Minderheitsmeinung

Nach einer in der Literatur vertretenen Auffassung genügt die Erlangung der Kontrolle über das Opfer durch den Täter jedenfalls dann nicht für ein Sichbemächtigen i.S.v. §§ 239 a, b StGB, wenn die Erlangung der Kontrolle nur durch eine Täuschung über das Bestehen einer Gefahr für das Opfer (z.B. Täuschung über die Einsatzbereitschaft einer Schusswaffe) bewirkt wird; erforderlich sei insofern stets das objektive Bestehen einer (zumindest abstrakten) Gefahr für das Opfer (MüKo-StGB-Renzikowski, § 239a Rn. 37; Jo-ecks, § 239a Rn. 10; Tröndle/Fischer, § 239a Rn. 4 b). Da G den S nicht mit einer echten Waffe bedrohte, sondern nur mit einer Schreckschusspistole, diesen also lediglich durch die Täuschung darüber, dass es sich um eine echte Pistole handelte, kontrollierte, wäre nach dieser Auffassung ein Sich-Bemächtigen nicht gegeben.

(2) Herrschende Meinung

Nach der Gegenauffassung, insb. der Rechtsprechung, reicht es im Rahmen des Sich-Bemächtigen auch aus, wenn die Herrschaftsgewalt mit List, insb. durch eine Täuschung, herbeigeführt wird (BGH, NStZ 1986, 166; 1999, 509; 2002, 31; Rengier, GA 1985, 318; Wessels/Hillenkamp, BT 2, Rn. 742 mwN).

Nach dieser Auffassung hätte G sich des S bemächtigt.

(3) Stellungnahme

Für die erstgenannte Auffassung spricht die hohe Min-

destraße der §§ 239 a, b StGB. Es erscheint fraglich, ob diese tatsächlich bereits dann verwirkt sein kann, wenn das erforderliche Herrschaftsverhältnis nur auf eine Täuschung zurückzuführen ist. Andererseits ist etwa i.R.v. § 239 I StGB anerkannt, dass eine Freiheitsberaubung auch dadurch bewirkt werden kann, dass der Täter das Opfer durch eine Täuschung dazu bringt, an einem Ort zu verharren (LK-Träger/Schluckebier, § 239 Rn. 14; Tröndle/Fischer, § 239 Rn. 8 mwN); es ist insofern also nicht erforderlich, dass ein objektives Hindernis für die Fortbewegung des Opfers besteht. Dann ist aber auch nicht ersichtlich, warum die Überlegenheit des Täters i.R.v. §§ 239 a, b StGB objektiv bestehen muss und nicht auch auf einer Täuschung beruhen kann. Auch der Grund für die hohe Mindeststrafe von §§ 239 a, b StGB, die funktionale Verbindung der Schaffung einer Zwangslage mit einer später vorzunehmenden Erpressung (bei § 239 a StGB) bzw. qualifizierten Nötigung (bei § 239 b StGB) zwingt nicht dazu, das Bestehen einer objektiven Gefahr für das Opfer zu fordern. Der herrschenden Meinung ist somit zu folgen. G hat sich des S bemächtigt.

2. Teleologische Reduktion von § 239 b StGB im Zwei-Personen-Verhältnis

Nach dem Wortlaut des § 239 b I StGB ist dieser Tatbestand (ebenso wie § 239 a I StGB) ohne weitere Einschränkung auch in Zwei-Personen-Verhältnissen anwendbar, da er auch die Fälle erfasst, in denen der Täter das Opfer entführt oder sich des Opfers bemächtigt, um "die Sorge des Opfers um sein Wohl" auszunutzen; ein Dreiecksverhältnis, wie man es klassischerweise mit dem Tatbestand der Geiselnahme assoziiert, wird somit nicht zwingend vorausgesetzt. Jedoch hätte eine uneingeschränkte Anwendung von § 239 b StGB in Zwei-Personen-Verhältnissen zur Folge, dass Fälle, die bereits z.B. von § 177 I StGB erfasst werden auch gem. § 239 b I StGB strafbar wären, so dass dessen höherer Strafnahmen letztlich die anderen (im Zwei-Personen-Verhältnis aber typischeren) Normen verdrängen würde.

Rechtsprechung und herrschende Lehre lösen dieses Problem, indem sie den Charakter von § 239 b I StGB als unvollkommen zweiaktiges Delikt betonen und zwischen dem (objektiv verwirklichten) Teilakt des Entführens oder Sich-Bemächtigens und dem (in die Tätersvorstellung verlagerten) Teilakt der angestrebten weiteren qualifizierten Nötigung einen funktionalen Zusammenhang verlangen (BGHSt 40, 350 [359]; LK-Träger-Schlickebieer, § 239 b Rn. 8). Dieser soll dann vorliegen, wenn die Bemächtigungssituation eine eigenständige Bedeutung erlangt, wenn also die Lage, die der Täter ausnutzen will, zunächst eine gewisse Stabilisierung erfahren soll (BGH, NSStZ 1999, 509;

Tröndle/Fischer, § 239 b Rn. 6). Weiter setzt dies voraus, dass das abgenötigte Verhalten des Opfers noch während des Fortbestehens der Zwangslage erfolgen soll (BGHSt 40, 350).

Dies verneint der BGH im vorliegenden Fall: "Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist es erforderlich, dass zwischen der Entführung eines Opfers und einer beabsichtigten Nötigung ein funktionaler und zeitlicher Zusammenhang derart besteht, dass der Täter das Opfer während der Dauer der Entführung nötigen will (vgl. BGHSt 40, 350, 355, 359) und die abgenötigte Handlung auch während der Dauer der Zwangslage vorgenommen werden soll (BGHR StGB § 239 b Entführen 4). Denn der Zweck dieser Strafvorschrift, die schon wegen ihrer hohen Mindeststrafe der einschränkenden Auslegung bedarf, besteht gerade darin, das Sich-Bemächtigen oder die Entführung des Opfers deshalb besonders unter Strafe zu stellen, weil der Täter seine Drohung während der Dauer der Zwangslage jederzeit realisieren kann (BGH, Beschluß vom 14. Mai 1996 - 4 StR 174/96). Allerdings liegt eine vollendete Nötigung bereits dann vor, wenn der Täter mehrere Verhaltensweisen des Opfers erstrebt, aber nur eine davon realisiert wird (BGH bei Dallinger MDR 1972, 386 f.), wobei auch das Erreichen eines Teilerfolges des Täters, der mit Blick auf ein weitergehendes Ziel jedenfalls vorbereitend wirkt, für eine Nötigung (§ 240 Abs. 1 StGB) ausreichend sein kann. Ebenso kann eine beliebige Handlung, Duldung oder Unterlassung einen Nötigungserfolg im Sinne des § 239 b StGB darstellen (BGH, Beschl. vom 2. Oktober 1996 - 3 StR 378/96). Jedenfalls solche Handlungen des Opfers, die eine nach der Vorstellung des Täters eigenständig bedeutsame Vorstufe des gewollten Enderfolgs darstellen, führen zur Vollendung der mit der qualifizierten Drohung erstrebten Nötigung (BGHR StGB § 239b Nötigungserfolg 1).

Im [vorliegenden] Fall [...] wollte der Angeklagte G den Zeugen S einschüchtern und ihn dadurch künftig zum Schweigen bringen, insbesondere sollte er ihn weder bei der Polizei noch bei anderen Personen 'verpfeifen'. Damit waren seine Ziele auf ein Unterlassen in der Zukunft gerichtet, auf einen Zeitraum, zu dem der Zeuge aus der Gewalt des Angeklagten entlassen war. Aus den Feststellungen des Landgerichts ergibt sich nicht, dass der Angeklagte davon ausgegangen ist, dass er bereits während der Bemächtigungssituation, insbesondere durch seinen Waffeneinsatz, erreichen wollte und konnte, dass der Zeuge S sich zu diesem Zeitpunkt endgültig zu einem Schweigen verpflichtet und noch vor seiner Zurücklassung im Wald eine derartige Erklärung abgegeben hat."

Der Tatbestand des § 239 b I StGB ist somit im vorliegenden Fall nicht erfüllt.

[Anmerkung: Sieht man als abgenötigtes Opferverhalten allerdings die Herausgabe der Jacke, die der G wohl auch schon von Anfang an beabsichtigte und die ja auch während der Bemächtigungssituation erfolgen sollte, so wäre es vor dem Hintergrund der o.a. Argumentation des BGH durchaus denkbar, § 239 b StGB hier anzunehmen.]

2. Ergebnis

G ist nicht strafbar gem. § 239 b I StGB.

II. Strafbarkeit des G gem. § 239 I StGB durch die Fahrt und das Bedrohen mit der Pistole

Dadurch, dass G mit dem S gegen dessen Willen losfuhr und diesen später im Wald mit einer Schreckschusspistole bedrohte, könnte G sich wegen Freiheitsberaubung gem. § 239 I StGB strafbar gemacht haben.

1. Tatbestand

a. Tathandlung

G müsste S eingesperrt oder auf andere Weise der Freiheit beraubt haben.

aa. Einsperren

G könnte S eingesperrt haben.

Einsperren bedeutet, das Verlassen eines Raumes durch äußere Vorrichtungen zu verhindern (Lackner/Kühl, § 239 Rn. 3; Joecks, § 239 Rn. 12).

Da sich dem Sachverhalt nicht entnehmen lässt, dass G den S durch äußere Vorrichtungen, etwa durch das Aktivieren einer Zentralverriegelung, daran gehindert hat, den Pkw zu verlassen, ist ein Einsperren nicht gegeben.

bb. Freiheitsberaubung auf andere Weise

G könnte S aber auf andere Weise der Freiheit beraubt haben.

Eine Freiheitsberaubung "auf andere Weise" ist dann gegeben, wenn dem Opfer durch ein anderes Mittel die Möglichkeit der Fortbewegung genommen wird (Schönke/Schröder-Eser, § 239 Rn. 6 LK-Träger/Schluckebier, § 239 Rn. 13).

Hierbei ist allgemein anerkannt, dass eine Freiheitsberaubung "auf andere Weise" auch durch schnelles Fahren mit einem Fahrzeug begangen werden kann, wenn hierdurch die Fahrzeuginsassen am (gefährlosen) Verlassen des Wagens gehindert werden (BGH, NStZ 1992, 33 [34]; RA 2005, 281; OLG Koblenz, VRS 49, 347 [350]). Dadurch, dass G nach dem Einsteigen des S losfuhr, hat er diesen also auf andere Weise der Freiheit beraubt.

Auch in dem Vorhalten der Schreckschusspistole könnte eine Freiheitsberaubung auf andere Weise lie-

gen.

Nach ganz herrschender Meinung können auch Drohung oder List das Mittel zur Freiheitsberaubung sein, wenn hierdurch zumindest eine psychische Barriere gegen das Weggehen beim Opfer erzeugt wird (Joecks, § 239 Rn. 14; LK-Träger/Schluckebier, § 239 Rn. 14; Tröndle/Fischer, § 239 Rn. 8). G hat dem S durch das Vorhalten der Schreckschusspistole im Wald zumindest konkludent damit gedroht, den S zu erschießen, wenn dieser versuchen würde, wegzugehen. Er hat ihn also durch Drohung an der Fortbewegung gehindert. Zwar wäre es G gar nicht möglich gewesen, S zu erschießen, da G nur eine Schreckschuss- und keine echte Pistole bei sich führte, da jedoch auch List und damit auch eine Täuschung als Mittel der Freiheitsberaubung in Betracht kommen, stellt auch das Bedrohen mit der Waffe eine Freiheitsberaubung "auf andere Weise" dar.

G hat den S also auf andere Weise der Freiheit beraubt.

b. Vorsatz

G handelte auch vorsätzlich.

2. Rechtswidrigkeit und Schuld

G handelte auch rechtswidrig und schuldhaft.

3. Ergebnis

G ist strafbar gem. § 239 I StGB.

III. Strafbarkeit des G gem. § 240 I StGB durch das Bedrohen des S

Dadurch, dass G den S mit der Schreckschusspistole bedrohte und sich von diesem dessen Jacke geben ließ, könnte sich G wegen Nötigung gem. § 240 I StGB strafbar gemacht haben.

1. Tatbestand

a. Nötigungsmittel

A müsste ein Nötigungsmittel, also Gewalt oder Drohung mit einem empfindlichen Übel, angewandt haben.

aa. Gewalt

Das Vorhalten der (Schreckschuss-) Pistole könnte Gewalt i.S.v. § 240 I StGB darstellen. Fraglich ist jedoch, ob ein solches Verhalten tatsächlich als Anwendung von Gewalt verstanden werden kann.

(1) Rechtsprechung

Nach der von der Rechtsprechung (vor allem in bereits länger zurückliegenden Entscheidungen) vertretenen Auffassung stellt bereits das Vorhalten einer (Schuss-) Waffe oder eines vergleichbaren Gegenstandes eine

Anwendung von Gewalt dar, wenn das Opfer hierdurch in einen Zustand physischer Erregung gerät und deshalb sein körperliches Wohlbefinden beeinträchtigt wird (BGHSt 19, 263; 23, 126).

S war durch das Vorhalten der Pistole so verängstigt, dass er am ganzen Körper zitterte, so dass sein Wohlbefinden beeinträchtigt war. Nach dieser Auffassung ist somit eine Anwendung von Gewalt gegeben.

(2) *Herrschende Literatur*

Nach der Gegenauffassung liegt in diesen Fällen keine Gewaltanwendung vor (Joecks, § 249 Rn. 19 ff.; Geilen, JZ 1970, 501; Küper, Jura 1983, 206 mwN).

(3) *Stellungnahme*

In seiner Rechtsprechung zum Begriff der "Gewalt" i.S.v. § 240 I StGB betont das BVerfG, dass für die Anwendung von Gewalt nicht nur ein körperlich wirkender, sondern insbesondere auch ein körperlich vermittelter Zwang erforderlich ist (BVerfG, NJW 1995, 1141). Eine solche körperliche Einwirkung fehlt jedoch beim bloßen Drohen mit einer Waffe, auch wenn eine körperliche Auswirkung (durch Schockzustände und dergl.) vielleicht noch gegeben ist. Die klassische Abgrenzung zwischen Gewalt als körperlich wirkendem Zwang und Drohung als psychisch wirkendem Zwang würde bei der weiten Auslegung des Gewaltbegriffs durch die Rechtsprechung unterlaufen. Auch gibt es kein Bedürfnis für eine so weite Auslegung des Gewaltbegriffs, da diese Fälle stets unter die Drohungsalternative des Tatbestandes des § 240 I StGB zu fassen sein dürften, so dass auch Strafbarkeitslücken nicht drohen. Der letztgenannten Auffassung ist somit zu folgen.

G hat keine Gewalt angewendet.

bb. Drohung mit einem empfindlichen Übel

G könnte S jedoch mit einem empfindlichen Übel gedroht haben.

Drohung i.S.v. § 240 I StGB ist das Inaussichtstellen eines zukünftigen Übels, auf dessen Eintritt der Täter Einfluss hat oder zu haben vorgibt (BGHSt 16, 386; Tröndle/Fischer, § 240 Rn. 31); empfindlich ist das angedrohte Übel dann, wenn es bei objektiver Betrachtung geeignet ist, einen besonnenen Menschen in der konkreten Situation zu dem vom Täter erstrebten Verhalten zu veranlassen (BGH, NStZ 1982, 287; Lackner/Kühl, § 240 Rn. 13).

G hatte durch das Vorhalten der Pistole und die Warnschüsse zumindest konkludent angekündigt, direkt auf den S zu schießen und diesem so - da G ja auch konkludent behauptete, es handele sich um eine echte Pistole - erhebliche Verletzungen zuzufügen bzw. ihn sogar zu töten. Dieses angedrohte Übel (die Zufügung schwerer Verletzungen oder sogar des Todes) ist ge-

eignet, auch einen besonnenen Menschen zu dem von G beabsichtigten Verhalten (Unterlassen weitere Angaben zum Tätigkeit des G als Dealer und Herausgabe der Jacke) zu veranlassen, so dass es sich auch um ein empfindliches Übel handelt.

G hat mit einem empfindlichen Übel gedroht.

b. Nötigungserfolg

G müsste S zu einer Handlung, Duldung oder Unterlassung genötigt haben.

Er hat den S insb. dazu genötigt, dem G die Jacke herauszugeben, sodass der Nötigungserfolg gegeben ist.

c. Nötigungsspezifische Kausalität

Zwischen Nötigungshandlung und Nötigungserfolg muss eine nötigungsspezifische Kausalität in der Weise bestehen, dass die Opferreaktion die spezifische und unmittelbare Folge des angewandten Zwangsmittels darstellt (BGHSt 37, 353; BayObLG, NStZ 1990, 281; Schönke/Schröder-Eser, § 240 Rn. 14), d.h. das Opfer muss das vom Täter begehrte Verhalten gerade deshalb vornehmen, weil der Täter durch die Anwendung des Nötigungsmittels Druck auf das Opfer ausübt und nicht aus anderen Gründen.

S hatte G seine Jacke nur deshalb gegeben, weil dieser ihn mit einer vermeintlich echten Pistole bedrohte, so dass auch die nötigungsspezifische Kausalität gegeben ist.

d. Vorsatz

G handelte auch vorsätzlich. Zwar ist i.R.v. § 240 I StGB streitig, ob der Täter bzgl. des abgenötigten Verhaltens mit Absicht im Sinne eines zielgerichteten Verhaltens handeln muss (so Schönke/Schröder-Eser, § 240 Rn. 34; SK-Horn/Wolters, § 240 Rn. 7 mwN) oder ob insofern ggf. sogar ein billigendes In-Kauf-Nehmen ausreichen kann (so BGHSt 5, 246; Tröndle/Fischer, § 240 Rn. 53). Dies kann jedoch dahinstehen, da G gezielt gehandelt hatte, damit S ihm die Jacke herausgab, so dass die subjektiven Tatbestandsvoraussetzungen des § 240 I StGB auf jeden Fall gegeben sind.

2. Rechtswidrigkeit

Das Verhalten des G müsste auch rechtswidrig gewesen sein.

a. Keine Rechtfertigung

G dürfte nicht gerechtfertigt sein. Rechtfertigungsgründe sind jedoch auch nicht ersichtlich.

b. Verwerflichkeit (§ 240 II StGB)

Des weiteren müsste die von G begangene Tat aber auch verwerflich sein (§ 240 II StGB).

Verwerflich ist die Tat, wenn sie einen erhöhten Grad

sittlicher Missbilligung aufweist bzw. das Handeln sozialwidrig ist, wobei es sich um ein sozial unerträgliches Verhalten handeln muss (BGHSt 17, 331; 35, 270 [277]; Tröndle/Fischer, § 240 Rn. 41).

Die Drohung mit der Zufügung schwerer Verletzungen oder gar der Tötung des Opfers - wie im vorliegenden Fall - dürfte jedoch stets i.S.v. § 240 II StGB verwerflich sein.

Das Handeln des G war also rechtswidrig.

3. Schuld

G handelte auch schuldhaft.

4. Ergebnis

G ist strafbar gem. § 240 I StGB.

B. 2. Tatkomplex: Die zweite Fahrt in den Wald

I. Strafbarkeit von G und K gem. §§ 239 b I, 25 II StGB durch die Fahrt und das Bedrohen des S

Dadurch, dass sie mit S in den Wald führen und ihn dort schlagen, könnten G und K sich wegen mittäterschaftlicher Geiselnahme gem. §§ 239 b I, 25 II StGB strafbar gemacht haben.

Auch hier würde jedoch eine Bestrafung wegen Geiselnahme einen zeitlichen und funktionalen Zusammenhang zwischen der Schaffung der Zwangslage und dem abzunötigenden Verhalten des Opfers voraussetzen (s.o.).

Hierzu der BGH: "Auch [in diesem Fall] ergibt sich aus den Feststellungen der Strafkammer nicht, dass der Zeuge S auf die Drohungen und Aufforderungen der Angeklagten G und K, 'seinen Mund zu halten' und seine angeblichen Angaben bei der Polizei zurück zu ziehen, eine entsprechende zusagende oder sonst zustimmende Erklärung noch während der andauernden Bemächtigungslage abgegeben hat; daher fehlt es am erforderlichen funktionalen Zusammenhang zwischen dem Sich-Bemächtigen einerseits und der beabsichtigten Nötigung durch qualifizierte Drohung andererseits (vgl. hierzu BGHR StGB § 239b Nötigungserfolg 1). [...] Das Verhalten der beiden Angeklagten stellt danach keine Geiselnahme dar."

G und K sind also nicht strafbar gem. §§ 239 b I, 25 II StGB.

II. Strafbarkeit von G und K gem. §§ 239 I, 25 II StGB durch die Fahrt und das Verhalten im Wald

Dadurch, dass G und K mit S gegen dessen Willen losfahren und diesen später durch die Schläge und ihre körperliche Überlegenheit einschüchterten, könnten G und K sich wegen mittäterschaftlicher Freiheitsberaubung gem. §§ 239 I, 25 II StGB strafbar gemacht haben.

1. Tatbestand

a. Tathandlung: Freiheitsberaubung auf andere Weise

Durch das Losfahren mit dem Pkw und auch dadurch, dass sie den S im Wald so unter Druck setzten, dass dieser keine Möglichkeit mehr sah, wegzugehen und sich dem Zugriff der Täter zu entziehen, haben G und K den S auf andere Weise der Freiheit beraubt (s.o.).

b. Mittäterschaft (§ 25 II StGB)

G und K müssten diese Tat als Mittäter i.S.v. § 25 II StGB begangen haben.

G und K handelten als gleichberechtigte Partner im Wege arbeitsteiligen Zusammenwirkens auf Grund eines gemeinsamen Tatplans und somit "gemeinschaftlich" i.S.v. § 25 II StGB. Eine mittäterschaftliche Begehung ist somit gegeben.

c. Vorsatz

G und K handelten auch vorsätzlich.

2. Rechtswidrigkeit und Schuld

Das Verhalten von G und K war auch rechtswidrig und schuldhaft.

3. Ergebnis

G und K sind strafbar gem. §§ 239 I, 25 II StGB.

III. Strafbarkeit von G und K gem. §§ 240 I, 25 II StGB durch das Bedrohen des S

Dadurch, dass G und K den S dazu zwangen, seinen Oberkörper zu entblößen, könnte sie sich wegen mittäterschaftlicher Nötigung gem. §§ 240 I, 25 II StGB strafbar gemacht haben.

1. Tatbestand

a. Nötigungsmittel

Bevor S seinen Oberkörper entblößte, hatten G und K diesen noch nicht geschlagen, so dass sie keine Gewalt zur Erreichung des Nötigungserfolges angewandt haben. Sie haben dem S jedoch - zumindest konkludent - durch ihr bedrohliches Auftreten und das Verbringen des S an einen einsamen Ort mit der Zufügung von Verletzungen, also mit einem empfindlichen Übel, gedroht.

b. Mittäterschaft (§ 25 II StGB)

G und K handelten als gleichberechtigte Partner im Wege arbeitsteiligen Zusammenwirkens auf Grund eines gemeinsamen Tatplans und somit als Mittäter gem. § 25 II StGB.

c. Nötigungserfolg

S entblößte seinen Oberkörper, nahm also eine Hand-

lung vor. Der Nötigungserfolg ist somit gegeben.

d. Nötigungsspezifische Kausalität

S entkleidete sich auch nur deshalb, weil G und K ihn unter Druck setzten, so dass auch die nötigungsspezifische Kausalität gegeben ist.

e. Vorsatz

G und K handelten vorsätzlich

2. Rechtswidrigkeit

Rechtfertigungsgründe sind nicht ersichtlich. Wegen des erheblichen Drucks, den G und K auf S ausübten und weil sie ihn dazu veranlassten, sich in einem kalten Waldstück (zumindest teilweise) zu entkleiden, was sich als besonders unangenehm darstellt, ist die Tat auch i.S.v. § 240 II StGB verwerflich.

3. Schuld

G und K handelten auch schuldhaft.

4. Ergebnis

G und K sind strafbar gem. §§ 240 I, 25 II StGB.

IV. Strafbarkeit von G und K gem. §§ 223 I, 224 I Nr. 2, 4, 5, 25 II StGB durch die Messerschnitte

Dadurch, dass sie S mit einem Messer ein "V" in die Brust schnitten, könnten G und K sich wegen gefährlicher Körperverletzung gem. §§ 223 I, 224 I Nr. 2, 4, 5, 25 II StGB strafbar gemacht haben.

1. Tatbestand

a. Grunddelikt (§ 223 I StGB)

aa. Körperliche Misshandlung, Gersundheitsschädigung

G und K könnten S körperlich misshandelt oder an der Gesundheit geschädigt haben.

Körperliche Misshandlung i.S.v. § 223 I StGB ist jede üble, unangemessene Behandlung, die das körperliche Wohlbefinden oder die körperliche Integrität nicht nur unerheblich beeinträchtigt (BGHSt 25, 277; Tröndle/Fischer, § 223 Rn. 3 a mwN); Gesundheitsschädigung ist das Hervorrufen oder Steigern eines pathologischen Zustands (BGH, NJW 1960, 2253; Tröndle/Fischer, § 223 Rn. 6).

Dass G und K dem S ein "V" in den Brustkorb schnitten, stellt eine üble, unangemessene Behandlung dar, durch die das körperliche Wohlbefinden und die körperliche Integrität des S erheblich beeinträchtigt wurden. Auch haben G und K mit den Schnittwunden einen pathologischen Zustand hervorgerufen. Sie haben also den S körperlich misshandelt und an der Gesundheit geschädigt.

bb. Mittäterschaft (§ 25 II StGB)

G und K handelten im Wege arbeitsteiligen Zusammenwirkens auf Grundlage eines gemeinsamen Tatplans und somit "gemeinschaftlich" i.S.v. § 25 II StGB.

b. Qualifikation (§ 224 I StGB)

aa. § 224 I Nr. 2 StGB

G und K könnten mit dem Messer ein gefährliches Werkzeug verwendet haben.

Gefährliches Werkzeug i.S.v. § 224 I Nr. 2 StGB ist jeder Gegenstand, der nach seiner objektiven Beschaffenheit und der Art seiner Verwendung im konkreten Einzelfall geeignet ist, erhebliche Verletzungen zuzufügen (BGHSt 30, 375 [377]; BGH, NStZ 1999, 616; Lackner/Kühl, § 223 Rn. 5).

Ein Messer, das dazu verwendet wird, jemandem in die Brust zu schneiden, ist nach seiner Beschaffenheit und der Art der konkreten Verwendung geeignet, erhebliche Verletzungen zuzufügen. G und K haben somit ein gefährliches Werkzeug verwendet.

bb. § 224 I Nr. 4 StGB

G und K könnten außerdem die Tat jeweils mit einem anderen Beteiligten gemeinschaftlich begangen haben. G und K haben die Körperverletzung als Mittäter begangen (s.o.), waren also gem. § 28 II StGB Beteiligte an der Tat. Eine "gemeinschaftliche" Begehung i.S.v. § 224 I Nr. 2 StGB setzt nicht unbedingt voraus, dass jeder der Beteiligten dem Opfer eigenhändig Verletzungen zufügt; eine Anwesenheit am Tatort bei aktiver physischer Unterstützung des Tatausführenden reicht insofern aus (BGHSt 47, 383 [384 f.]; Tröndle/Fischer, § 224 Rn. 11 a). Während G dem S die Schnittverletzungen zufügte, hielt K ihn an den Armen fest, so dass eine gegenseitige physische Unterstützung gegeben ist. Die objektiven Voraussetzungen des § 224 I Nr. 4 StGB liegen somit auch vor.

cc. § 224 I Nr. 5 StGB

Die Messerschnitte in die Brust des S könnten auch eine das Leben gefährdende Behandlung darstellen.

Zwar ist i.R.v. § 224 I Nr. 5 StGB streitig, ob dieser Tatbestand den Eintritt einer konkreten Lebensgefahr voraussetzt (so Stree, Jura 1980, 291; NK-Paeffgen, § 224 Rn. 28 mwN) oder ob auch eine abstrakt lebensgefährliche Behandlung ausreicht (so BGH, NStZ 2004, 618; 2005, 156; Geerds, Jura 1988, 46). Bei tiefen Schnitten mit einem Messer in die Brust des Opfers ist jedoch eine Entscheidung dieses Streits entbehrlich, da diese auf Grund dessen, das es dort nahe liegend ist, dass der Täter ein lebenswichtiges Organ erheblich verletzt, auch eine konkret lebensgefährdende Behandlung gegeben ist. Nach beiden Meinungen lie-

gen somit die Voraussetzungen des § 224 I Nr. 5 StGB vor.

c. Vorsatz

G und K handelten auch vorsätzlich.

2. Rechtswidrigkeit und Schuld

G und K handelten auch rechtswidrig und schuldhaft.

3. Ergebnis

G und K sind strafbar gem. §§ 223 I, 224 I Nr. 2, 4, 5, 25 II StGB.

C. Gesamtergebnis und Konkurrenzen

G und K haben im Rahmen der zweiten Fahrt in den Wald durch dieselbe Handlung eine Freiheitsberaubung, Nötigung und gefährliche Körperverletzung, jeweils in Mittäterschaft, begangen. Diese bleiben wegen der unterschiedlichen Schutzbereiche in Tateinheit (§ 52 StGB) nebeneinander bestehen. Durch eine weitere Handlung, die erste Fahrt in den Wald, hat G sich entsprechend gem. §§ 239 I, 240 I, 52 StGB strafbar gemacht. Diese Taten stehen zu dem zweiten Tatkomplex in Tatmehrheit (§ 53 StGB).

*Literaturauswertung**Öffentliches Recht*

| | |
|---------------------|--|
| Autor/Titel: | Schmidt, Julia: "Ist das Reinheitsgebot für Bier noch zu retten?" |
| Fundstelle: | NJW 2005, 3617 (Heft 50) |
| Inhalt: | Die Autorin gibt aus Anlass der aktuellen Entscheidung des BVerwG vom 24.2.05 (NJW 2005, 1736), welche sie zugleich bespricht, zunächst einen Überblick über die bewegte Geschichte, die das deutsche Reinheitsgebot erfahren hat, seit der EuGH 1987 entschied, dass es in seiner damaligen Fassung gegen Art. 28 EG verstieß (EuGH, NJW 1987, 1133). Sodann wendet sie sich der Frage zu, ob es in seiner aktuellen Form (kodifiziert in § 9 I VorlBierG) mit Grundrechten vereinbar ist. Sie kommt zu dem Ergebnis, dass durch die gegenwärtig bestehende Inländerdiskriminierung insbesondere Bedenken im Hinblick auf Art. 3 I GG bestehen. |

| | |
|---------------------|---|
| Autor/Titel: | Schreiber, Wolfgang: "Nachwahlregelung im Bundeswahlgesetz änderungsbedürftig" |
| Fundstelle: | ZRP 2005, 252 (Heft 8) |
| Inhalt: | Die Nachwahl im Wahlkreis 160 (Dresden I) bei der letzten Bundestagswahl hat nicht nur eine Fülle von praktischen Problemen nach sich gezogen, sondern auch eine Reihe von juristischen Fragen aufgeworfen, denen dieser Beitrag nachgeht. Es werden nach einer Bestandsaufnahme verschiedene Lösungsmöglichkeiten diskutiert, um zu verhindern, dass es erneut zu Verzögerungen durch eine Nachwahl kommen kann. |

Zivilrecht

| | |
|---------------------|--|
| Autor/Titel: | Mückl, Patrick: "Grundstrukturen und Problemschwerpunkte des § 275 II BGB" |
| Fundstelle: | Jura 2005, 809 (Heft 12) |
| Inhalt: | Der Autor befasst sich mit der Regelung der faktischen Unmöglichkeit in § 275 II BGB in der seit dem 01.01.2002 geltenden Fassung und der an dieser Norm zwischenzeitlich geübten Kritik. Er stellt heraus, dass § 275 II BGB eine dispositive Norm ist, die eine Leistungsstörung nur dann regelt, wenn dieses nicht bereits die dem geschlossenen Vertrag zu entnehmenden Risikozuweisungen der Vertragsparteien untereinander leisten können. Weiter wird ausführlich zu § 275 III BGB und dem § 313 BGB - insbesondere zu den nach § 313 BGB zu lösenden Fällen der sog. "wirtschaftlichen Unmöglichkeit" - abgegrenzt sowie ein Katalog von Kriterien erstellt, die im Rahmen der Abwägung von Leistungsinteresse des Gläubigers einerseits und Leistungsaufwand des Schuldners andererseits berücksichtigungsfähig sind. |

| | |
|---------------------|--|
| Autor/Titel: | Feldhahn, Peer: "Die Störung der Geschäftsgrundlage im System des reformierten Schuldrechts" |
| Fundstelle: | NJW 2005, 3381 (Heft 47) |
| Inhalt: | Die Lektüre dieses Beitrages ist im Anschluss an die des oben genannten Aufsatzes von Mückl zu empfehlen. Während Mückl zu Recht die Fälle der "wirtschaftlichen Unmöglichkeit" dem Anwendungsbereich des § 313 BGB und gerade nicht des § 275 II BGB zuordnet, beschäftigt sich der Autor hier über einen großen Teil seines Beitrags mit der wohl verfehlten Fragestellung, wie in Fällen der wirtschaftlichen Unmöglichkeit das Verhältnis der Rücktrittsmöglichkeit des Gläubigers nach §§ 326 V, 323 BGB zu der Störung der Geschäftsgrundlage nach § 313 BGB zu behandeln ist. |

| | |
|---------------------|---|
| Autor/Titel: | Witt, Carl-Heinz: "Beweislastumkehr nach § 476 BGB bei äußerlichen Beschädigungen der Kaufsache" |
| Fundstelle: | NJW 2005, 3486 (Heft 48) |
| Inhalt: | Der Beitrag setzt sich bereits mit der Entscheidung BGH, NJW 2005, 3490 = RA 2005, 676, in welcher der BGH weitere Grundregeln für die Anwendung der Beweislastumkehr des § 476 BGB bei Verbrauchsgüterkäufen aufgestellt hat, auseinander. Das Urteil wird positiv bewertet, insbesondere die Klarstellung, dass bei äußerlichen Beschädigungen der Kaufsache, die der Käufer auch während seiner Nutzungszeit verursacht haben kann, nicht schon das Vorliegen eines Mangels überhaupt in Frage gezogen werden kann, da die Beweislastumkehr dann leerliefe, andererseits ein auch für einen Laien ohne weiteres erkennbarer Mangel mit der Vermutung unvereinbar sein kann, da dann eine Rüge des Käufers bereits bei Gefahrübergang zu erwarten gewesen wäre. |

Strafrecht

| | |
|---------------------|---|
| Autor/Titel: | Fahl, Christian: "Der strafbare Vollrausch (§ 323 a StGB)" |
| Fundstelle: | JuS 2005, 1076 (Heft 12) |
| Inhalt: | § 323 a StGB wurde als Lösung für die Fälle konzipiert, in denen eine Bestrafung des Täters wegen einer in einem Rausch begangenen Straftat an der rauschbedingten Schuldunfähigkeit scheitert. In dem vorliegenden Aufsatz erwähnt der Autor nicht nur (kurz) die klassische Frage, welche Blutalkoholkonzentration für einen "Rausch" im Sinne dieser Vorschrift erforderlich ist, sondern bespricht auch die - weit interessanteren - Fragen nach der Möglichkeit einer Wahlfeststellung bei Unsicherheiten bzgl. der Schuldunfähigkeit, der Subsidiaritätsklausel des § 323 a StGB sowie Konstellationen von Täterschaft und Teilnahme. Im Rahmen der Examensvorbereitung unbedingt lesenswert. |

| | |
|---------------------|--|
| Autor/Titel: | Erb, Volker: "Notwehr als Menschenrecht" |
| Fundstelle: | NStZ 2005, 593 (Heft 12) |
| Inhalt: | Der Verfasser nimmt die aktuelle Entscheidung des LG Frankfurt im sog. "Fall Daschner" (NJW 2005, 692 = RA 2005, 222) zum Anlass, nicht nur die Unterschiede zwischen Notwehr und Notstand darzulegen, sondern auch auf die einzelnen Voraussetzungen der Notwehr einzugehen. Außerdem hinterfragt er kritisch die Auffassung des LG, die Menschenwürde stelle stets eine Schranke für die Notwehr dar. Mal abgesehen davon, dass der Verfasser hier mehr oder weniger unverändert lediglich einen von ihm gehaltenen Vortrag wiedergibt, ist der Aufsatz inhaltlich sehr interessant. |

| | |
|---------------------|---|
| Autor/Titel: | Herzberg, Rolf: "Zweifelsfragen des § 222 StGB" |
| Fundstelle: | NStZ 2005, 602 (Heft 12) |
| Inhalt: | Wenn einer der klügsten Köpfe des Strafrechts einen Aufsatz zu seinem Lieblingstatbestand verfasst und dazu eine interessante aktuelle Entscheidung als Aufhänger verwendet (nämlich BGH, NStZ 2005, 446 = RA 2005, 376), dann ist das Ergebnis eigentlich immer lesenswert. Leider liegt der Schwerpunkt der Ausführungen dieses Aufsatzes in der Prüfung der Verfassungsmäßigkeit des (zugegebenermaßen sehr weiten) Tatbestandes des § 222 StGB und der Frage, ob und inwiefern die persönlichen Fähigkeiten des Täters eine Strafbarkeit gem. § 222 StGB einschränken oder sogar ausschließen können, wobei es sich wohl nicht unbedingt um die spannendsten Probleme in diesem Zusammenhang handelt. |