Öffentliches Recht

Standort: Versammlungsrecht Problem: Öffentliche Ordnung als Verbotsgrund

BVERFG, BESCHLUSS VOM 26.01.2006
1 BVQ 3/06 (BAYVBL 2006, 348)

Problemdarstellung:

Im vorliegenden Beschluss des BVerfG ging es noch einmal um die Frage, ob und wann die "öffentliche Ordnung" einen Verbotsgrund i.S.d. § 15 I VersG gegenüber einer rechtsgerichteten Versammlung darstellen kann. Über den latenten Konflikt des BVerfG mit den Oberverwaltungsgerichten - insbesondere dem OVG Münster - hatte die RA bereits mehrfach berichtet (siehe Vertiefungshinweise). Hier hatte nun das OVG Lüneburg angenommen, allein die Wahl eines Veranstaltungsdatums könne gegen die "öffentliche Ordnung" verstoßen und damit ein Verbot der Versammlung begründen, wenn es in der Nähe eines Datums liege, das mit der nationalsozialistischen Unrechtsherrschaft assoziiert wird (Kriegsende, Machtergreifung, Führergeburtstag, Auschwitzbefreiung usw.).

Das BVerfG bekräftigt seine Rspr., wonach dergleichen für ein Verbot nicht ausreiche, wenngleich Auflagen erteilt werden könnten. Es müsse schon eine gezielte Provokation der Opfer des Nationalsozialismus festgestellt und begründet werden; allein die Wahl eines bestimmten Veranstaltungsdatums genüge nicht, zumal diese von der Versammlungsfreiheit des Art. 8 I GG gedeckt sei.

Prüfungsrelevanz:

Das BVerfG sieht jede Versammlung, unabhängig von ihrer Zielrichtung, als von Art. 8 I GG geschützt an. Da ein Verbot die stärkste Form des Eingriffs und die Versammlungsfreiheit in einer Demokratie besonders wichtig sei, legt es an ein Versammlungsverbot nach § 15 VersG besonders strenge Maßstäbe an. Die recht unbestimmte "öffentliche Ordnung" scheide danach als Verbotsgrund grds. aus, weil sie die jeweils herrschende Anschauung schützt, die Versammlungsfreiheit aber auch und gerade ein Minderheitenrecht sei. Bei der "öffentlichen Sicherheit" ergebe sich aus dem Merkmal der "unmittelbaren" Gefährdung ein gesteigerter Wahrscheinlichkeitsgrad, der nicht nur - wie allgemein im Polizei- und Ordnungsrecht - die hinreichende, sondern eine an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit eines Störungseintritts erfordere. Zudem müsse vor einem Verbot geprüft werden, ob dieser Gefahr nicht mit Auflagen begegnet werden könne; ein Verbot sei nur als "ultima ratio" zulässig.

Die Fachgerichte - vor allem das OVG NRW, aber auch das OVG Lüneburg in dem hier vom BVerfG aufgehobenen Beschluss - gehen mit derartigen Verboten wesentlich großzügiger um. Wer gegen die Verfassung und deren Werteordnung kämpfe, könne sich zum Schutz dieses Kampfes nicht auf die Verfassung, also vor allem nicht auf Art. 8 I GG berufen. Folglich bestünde auch keine Notwendigkeit, Verbote solcher Versammlungen besonders strengen Voraussetzungen zu unterwerfen.

Dieser Streit zieht sich in den letzten Jahren wie ein roter Faden durch die Rspr. und Lit. zum Versammlungsverbot. Er ist im § 15 VersG bei dem jeweiligen Merkmal zu erörtern und sollte daher jedem Examenskandidaten geläufig sein.

Vertiefungshinweise:

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

❑ Verbot rechtsgerichteter Versammlungen: *BVerfG*, RA 2004, RA 2004, 613 = NJW 2004, 1618; RA 2001, 256 = NJW 2001, 1409; 2001, 2072; NVwZ-RR 2000, 554 gegen *OVG NRW*, RA 2001, 256 = NJW 2001, 2113; DVBl 2001, 584

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs* : "Rechtes Verhalten"

❑ *Examenskurs* : "Der anachronistische Zug"

❑ *Assessorkurs* : "Fieser Verein"

Leitsatz (der Redaktion):

Zur Frage, wann die öffentliche Ordnung i.S.d. § 15 I VersG unmittelbar gefährdet ist und wann eine solche unmittelbare Gefährdung der öffentlichen Ordnung ein Versammlungsverbot rechtfertigen kann.

Sachverhalt:

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

Am 13. Januar 2006 meldete der Antragsteller für den 28. Januar 2006 eine Demonstration in Lüneburg unter dem Motto an: "Keine Demonstrationsverbote - Meinungsfreiheit erkämpfen". Mit Bescheid vom 19. Janu-

ar 2006 verbot die Stadt Lüneburg - die Antragsgegnerin des Ausgangsverfahrens - unter Anordnung der sofortigen Vollziehung die Durchführung des angemeldeten Aufzugs. Der Versammlungsbehörde lägen Anhaltspunkte dafür vor, dass der Antragsteller abweichend von dem angemeldeten Versammlungsmotto eine Versammlung zu dem Thema "Gegen staatliche Repression - den § 130 [StGB] kippen!" beabsichtige. Werde eine Versammlung mit diesem Thema am Folgetag des 27. Januar 2006 als dem Gedenktag der Opfer des Nationalsozialismus durch rechtsextremistische Kreise veranstaltet, so führe diese Art und Weise der Durchführung der Versammlung zu einer unmittelbaren und erheblichen Gefährdung der öffentlichen Ordnung. Der Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der hiergegen erhobenen Anfechtungsklage blieb vor dem VG und OVG erfolglos.
Das BVerfG stellte auf den Eilantrag nach § 32 BVerfGG hin die aufschiebende Wirkung der Anfechtungsklage des Antragstellers mit der Maßgabe wieder her, dass von der Versammlungsbehörde für erforderlich gehaltenen Auflagen Folge zu leisten ist.

Aus den Gründen:
Der zulässige Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung ist begründet.

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

B. Begründetheit
Im Eilrechtsschutzverfahren sind die erkennbaren Erfolgsaussichten einer Verfassungsbeschwerde zu berücksichtigen, wenn - wie hier - aus Anlass eines Versammlungsverbots über einen Antrag auf einstweiligen Rechtsschutz zur Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung eines Rechtsbehelfs zu entscheiden ist und ein Abwarten bis zum Abschluss des Verfassungsbeschwerdeverfahrens oder des Hauptsacheverfahrens den Versammlungszweck mit hoher Wahrscheinlichkeit vereitelte. Ergibt die Prüfung im Eilrechtsschutzverfahren, dass eine Verfassungsbeschwerde offensichtlich begründet wäre, läge in der Nichtgewährung von Rechtsschutz der schwere Nachteil für das gemeine Wohl im Sinne des § 32 Abs. 1 BVerfGG (vgl. BVerfGE 111, 147 [153]).

I. Ermächtigungsgrundlage fehlt
Die dem Bundesverfassungsgericht im Eilrechtsverfahren allein mögliche vorläufige Prüfung lässt eine Rechtsgrundlage für das ausgesprochene Versammlungsverbot nicht erkennen. Die Erwägungen der Antragsgegnerin und der Verwaltungsgerichte sind in rechtlicher Hinsicht offensichtlich nicht tragfähig. Es kann dahinstehen, ob die Versammlungsbehörde sowie die angegriffenen Entscheidungen davon ausgehen durften, dass der Antragsteller die Durchführung der Veranstaltung unter einem anderen als dem von ihm angemeldeten Motto beabsichtige. Denn die Argumentation der Antragsgegnerin und der Verwaltungsgerichte ist anhand der Maßstäbe zur Überprüfung im Rahmen des Eilrechtsschutzverfahrens in rechtlicher Hinsicht auch dann nicht tragfähig, wenn die Tatsachenfeststellungen und Tatsachenwürdigungen in den angegriffenen Entscheidungen zu Grunde gelegt werden.

II. Insbesondere nicht § 15 I VersG
Die Anordnung eines Versammlungsverbots lässt sich hier nicht auf eine Gefährdung der öffentlichen Ordnung im Sinne des § 15 Abs. 1 VersG stützen. Das Verbot gründet im vorliegenden Fall auf der Annahme, eine Versammlung, welche die rechtspolitische Forderung nach einer Abschaffung oder Änderung der Strafvorschrift des § 130 StGB zum Gegenstand habe, gefährde dann die öffentliche Ordnung, wenn eine solche Veranstaltung von rechtsextremistischen Kreisen in unmittelbarer zeitlicher Nähe zu dem Tag des Gedenkens an die Opfer des Holocaust (dem 27. Januar 2006) oder in zeitlicher Nähe zum Tag der "Machtergreifung" Hitlers am 30. Januar des jeweiligen Jahres stattfinde.

1. Öffentliche Ordnung als Verbotsgrund
§ 15 VersG trägt Beschränkungen der Versammlungsfreiheit, darunter auch zur Abwehr von Gefahren für die öffentliche Ordnung, allein unter der Voraussetzung, dass eine solche Gefahr für die öffentliche Ordnung nicht aus dem Inhalt der zu erwartenden Äußerungen und mithin der thematischen Ausrichtung der Versammlung gefolgert werden, sondern sich aus der sonstigen Art und Weise der Durchführung der Versammlung ergibt.

a. Zeitliche nähe zu historischen Ereignissen
Die öffentliche Ordnung kann zwar auch verletzt sein, wenn Rechtsextremisten einen Aufzug an einem speziell der Erinnerung an das Unrecht des Nationalsozialismus und den Holocaust dienenden Gedenktag so durchführen, dass von seiner Art und Weise Provokationen ausgehen, die das sittliche Empfinden der Bürgerinnen und Bürger erheblich beeinträchtigen (vgl. BVerfG, 1. Kammer des Ersten Senats, Beschluss vom 26. Januar 2001 - 1 BvQ 9/01 -, DVBl 2001, S. 558). Aus der bloßen zeitlichen Nähe des Zeitpunkts der Versammlung zu einem solchen Gedenktag allein kann eine solche provokative Wirkung jedoch nicht abgeleitet werden.
Dementsprechend hat das Bundesverfassungsgericht in

dem soeben erwähnten Beschluss eine Provokationswirkung durch eine am 28. Januar abgehaltene rechtsextremistische Versammlung nicht gesehen. Eine solche Provokationswirkung kann vorliegend nicht unter dem von den Gerichten herangezogenen Gesichtspunkt einer Ausstrahlungswirkung abgeleitet werden. In bloßer Nähe zu einem dem Gedenken an das nationalsozialistische Unrechtsregime und seine Opfer gewidmeten Gedenktag liegenden Terminen kommt in der Gesellschaft kein eindeutiger Sinngehalt zu, der bei Durchführung eines Aufzugs an solchen Tagen in einer Weise angegriffen wird, dass hierdurch in gleicher Weise grundlegende soziale oder ethische Anschauungen in erheblicher Weise verletzt werden, wie dies für gerade an solchen Gedenktagen stattfindende Versammlungen der Fall sein kann.

b. Veranstaltungsmotto

Versammlungsbehörde und Gerichte konnten eine Störung der öffentlichen Ordnung hier auch nicht in tragfähiger Weise aus dem von ihnen zu Grunde gelegten, von dem angemeldeten Zweck der Versammlung abweichenden Motto der Versammlung ableiten.

Zwar ist es nicht ausgeschlossen, Maßnahmen nach § 15 Abs. 1 VersG zur Abwehr einer Gefahr für die öffentliche Ordnung vorzusehen (vgl. BVerfG, 1. Kammer des Ersten Senats, NJW 2001, S. 1409 [1410]).

aa. Art. 5 I 1 GG zu berücksichtigen

Soweit die ordnungsbehördliche Verfügung sich auf den Inhalt von Aussagen bezieht - dies ist bei der Anknüpfung an das Motto der Versammlung und die zu erwartenden Äußerungen der Versammlungsteilnehmer der Fall -, ist sie auch am Maßstab des Art. 5 Abs. 1, 2 GG zu beurteilen (vgl. BVerfG, 1. Kammer des Ersten Senats, NJW 2001, S. 2069 [2070]). Die Äußerung verliert den Schutz des Art. 5 Abs. 1 GG nicht allein wegen rechtsextremistischer Inhalte, es sei denn, sie sind strafbar.

bb. Schranken

Die verfassungsrechtlichen Grenzen der Inhalte einer auf einer Versammlung geäußerten Meinung richten sich nicht nach Art. 8 Abs. 2 GG, sondern nach Art. 5 Abs. 2 GG (vgl. BVerfGE 90, 241 [246]). Es gilt hierbei die Vermutung zugunsten freier Rede in öffentlichen Angelegenheiten (vgl. BVerfGE 7, 198 [208]; stRspr). Die Bürger sind grundsätzlich auch frei, grundlegende Wertungen der Verfassung in Frage zu stellen oder die Änderung tragender Prinzipien zu fordern (vgl. BVerfGK 2, 1 [5]). Gleiches gilt für die Rechtsordnung im Übrigen, also auch die Strafrechtsordnung. Eine Grenze besteht nach Art. 5 Abs. 2 GG, soweit Meinungsäußerungen auf verfassungsgemäße Weise rechtlich verboten, insbesondere unter Strafe gestellt sind.

cc. Subsumtion

Soweit die Versammlungsbehörde ihr Verbot in gänzlich pauschaler Weise und ohne konkrete Zuordnung zu Einzelmerkmalen des § 15 VersG auch auf eine drohende Begehung von Propagandastraftaten gestützt hat, sind die Gerichte hierauf nicht zurückgekommen. Die Entscheidungen stützen sich ferner nicht auf die Erwägung, dass das zu Grunde zu legende Versammlungsmotto oder der Inhalt der bei der Versammlung zu erwartenden Äußerungen strafbaren Inhalt habe und damit eine Gefährdung der öffentlichen Sicherheit zu erwarten stehe.

Eine von der Art und Weise der äußeren Durchführung des Versammlungsgeschehens ausgehende unerträgliche Provokationswirkung und damit eine Störung der öffentlichen Ordnung wollen die Gerichte vielmehr aus dem Umstand herleiten, dass das von den Gerichten für sich genommen als zulässig bewertete Motto zum Gegenstand einer Versammlung gemacht werde, deren Termin in unmittelbarer zeitlicher Nähe zu einem dem Gedenken an den nationalsozialistischen Holocaust gewidmeten Gedenktag liege und damit von dessen Ausstrahlungswirkung erfasst werde. Ging jedoch weder von dem Motto der geplanten Veranstaltung und den hieran anknüpfenden zu erwartenden Äußerungen der Versammlungsteilnehmer noch von dem geplanten Termin der Versammlung für sich genommen eine greifbare Provokationswirkung aus, so kann eine Störung der öffentlichen Ordnung unter dem Gesichtspunkt einer von der äußeren Art und Weise des Versammlungsgeschehens ausgehenden Provokationswirkung grundsätzlich auch nicht daraus hergeleitet werden, dass für sich genommen unbedenkliche rechtspolitische Forderungen an einem für sich genommen gleichfalls unbedenklichen Zeitpunkt geäußert werden.

Einer tragfähigen Begründung entbehrt die Auffassung der Gerichte, schon in der bloßen Erhebung der rechtspolitischen Forderung nach einer Abänderung oder Abschaffung der Strafnorm des § 130 StGB sei ein unmittelbarer Angriff auf die von dieser Strafnorm geschützte Würde der Opfer des nationalsozialistischen Unrechtsregimes zu sehen, wenn eine solche Forderung durch Vertreter rechtsextremistischer Auffassungen erhoben werde. Die von den Gerichten festgestellten Umstände tragen eine solche Deutung der Zielrichtung des Versammlungsmottos nicht. Allein der Umstand, dass diese rechtspolitische Forderung, wenn sie in unmittelbarer zeitlicher Nähe zu einem dem Gedenken an das nationalsozialistische Unrechtsregime gewidmeten Gedenktag erhoben wird, von Teilen der Bevölkerung als Provokation empfunden wird, vermag den schweren Vorwurf einer Verletzung der Menschenwürde der Opfer noch nicht zu rechtfertigen. Zwar setzt die Menschenwürde auch der Freiheit der Meinungsäußerung sowie der Versammlungsfreiheit Grenzen (vgl. BVerfGE 102, 347 [366 f.]). Jedoch be-

darf es stets einer sorgfältigen Begründung, wenn angenommen werden soll, dass der Gebrauch eines Grundrechts die Menschenwürde verletzt oder angreift (vgl. BVerfGE 93, 266 [293]). Dem tragen die Erwägungen der Gerichte nicht hinreichend Rechnung.

c. Missbrauch der VErsammlungsfreiheit

Die Entscheidung des Oberverwaltungsgerichts lässt sich auch nicht aus dem Gesichtspunkt des Missbrauchs der Versammlungsfreiheit begründen. Dass ein Veranstalter sich taktisch verhält und einen Versammlungstermin meidet, der Anlass für ein Verbot schaffen könnte, ist von seiner Entscheidungsfreiheit über die Art der Durchführung der Versammlung gedeckt.

2. Öffentliche Sicherheit als Verbotsgrund

Nicht ersichtlich und von den Gerichten und der Versammlungsbehörde nicht geltend gemacht ist, dass bei Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung anderweitige Gefährdungen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung zu befürchten stünden, denen nicht anders als durch ein Verbot der Versammlung entgegengewirkt werden könnte.

III. Ergebnis

Das Bundesverfassungsgericht verbindet die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung mit der im Tenor aufgeführten Maßgabe, dass Auflagen der Versammlungsbehörde Folge zu leisten ist. Die Versammlungsbehörde hat zu entscheiden, ob und welche Auflagen gemäß § 15 VersG erforderlich und unter Berücksichtigung des grundrechtlichen Schutzes des Antragstellers aus Art. 5 und 8 GG angemessen sind.

Standort: Enteignender Eingriff Problem: Naturgewalt als Schadenursache

BGH, URTEIL VOM 19.01.2006
III ZR 121/05 (DVBL 2006, 766)

Problemdarstellung:

Der BGH hatte sich mit der Frage zu beschäftigen, ob ein Anspruch aus enteignendem Eingriff auch in Betracht kommt, wenn der Eigentumseingriff durch eine Naturkatastrophe (im Fall: Überschwemmung eines gemeindlichen Rückhaltebeckens infolge eines "Jahrhundertregens") eingetreten ist. Das Gericht bejaht dies grds., wenn alle zumutbaren Vorkehrungen zur Vermeidung solcher Schäden getroffen wurden.

Prüfungsrelevanz:

Der Anspruch aus enteignendem Eingriff wird heute aus dem "allgemeinen Aufopferungsgedanken der §§ 74, 75 EALR in seiner richterrechtlichen Ausprägung" (so BGHZ 91, 20, 26) hergeleitet. Der Rückgriff auf die Einleitung zum Allgemeinen Landrecht Preußens (EALR) war notwendig geworden, nachdem das BVerfG im legendären "Nassaukiesungsbeschluss" (BVerfGE 58, 300) die bis dahin vom BGH favorisierte Analogie zu Art. 14 III GG für unzulässig erklärt hatte, da den Zivilgerichten nach Art. 14 III 4 GG lediglich die Befugnis zustehe, über die *Höhe* der Entschädigung zu befinden, nicht aber neue Anspruchsgrundlagen im Wege der Analogiebildung zu schaffen.

Im Gegensatz zum "enteignungsgleichen Eingriff", der ein *rechtswidriges* hoheitliches Handeln fordert, setzt der "enteignende Eingriff" voraus, dass durch *rechtmäßiges* hoheitliches Handeln in das Eigentum des Geschädigten eingegriffen wurde, wobei es für diesen zu einem sogen. "Sonderopfer" gekommen sein muss, d.h. es unerträglich wäre, den Eingriff ohne Entschädigung hinzunehmen. Hauptanwendungsfall sind - wie auch der BGH erwähnt - hoheitliche Realakte, in deren Folge es zu Schäden kommt.

Hier lag mit dem Bau und der Unterhaltung des Rückhaltebeckens durch die Gemeinde ein hoheitliches Handeln vor. Auch wurde infolge der Überschwemmung desselben das Haus des Klägers überflutet und damit in sein Eigentum eingegriffen (Substanzschaden). Problematisch war jedoch die Kausalität, also die Frage, ob die Überflutung des Hauses des Klägers noch der Gemeinde bzw. dem von ihr unterhaltenen Rückhaltebecken zugerechnet werden konnte, oder ob der "Jahrhundertregen" nicht die Kausalkette zwischen hoheitlichem Handeln und Eigentumsverletzung durchbricht.

Der BGH hat sich für letzteres entschieden, schon die Kausalität verneint und folgerichtig zum Vorliegen eines Sonderopfers nicht mehr Stellung bezogen. Gleichzeitig hat der Senat angedeutet, dass er diesen Gedanken für verallgemeinerungsfähig hält. Künftig werden Schäden aus Naturkatastrophen folglich nicht mehr über den enteignenden Eingriff erstattet werden müssen, wenn - und diese wichtige Einschränkung hat der BGH explizit in den Leitsatz aufgenommen - der Staat alles Zumutbare getan hat, um die daraus resultierenden Folgen abzuwenden.

Vertiefungshinweise:

❑ Enteignender Eingriff und Naturgewalten: BGHZ 158, 263; 159, 19

❑ Ausführlich zum enteignenden Eingriff: OLG Bamberg, RA 2006, 306 = NVwZ-RR 2006, 226

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs* : "Die Vögel"

Leitsatz:

Beim Überlauf eines offenen Regenrückhaltebeckens infolge eines Katastrophenregens kann sich die Gemeinde gegenüber der Haftung aus enteignendem Eingriff grundsätzlich auf höhere Gewalt berufen. Das setzt allerdings voraus, dass sie alle technisch möglichen und mit wirtschaftlich zumutbarem Aufwand realisierbaren Sicherungsmaßnahmen ergriffen hatte, um eine Überschwemmung der Nachbargrundstücke zu verhindern, oder dass sich der Schaden auch bei solchen Maßnahmen ereignet hätte.

Sachverhalt:

Der Kläger ist Eigentümer eines im Gebiet der beklagten Gemeinde D. gelegenen Hausgrundstücks. Oberhalb des Grundstücks, etwa 40 m vom Haus entfernt, befindet sich am Hang ein von der Beklagten betriebenes offenes Regenrückhaltebecken, das an die Regenwasserkanalisation eines darüber liegenden Neubaugebiets angeschlossen ist. In der wasserrechtlichen Genehmigung hierzu ist unter anderem bestimmt, es sei durch eine Verwallung bzw. Gestaltung des Geländes zwischen dem Regenrückhaltebecken und den angrenzenden bebauten Grundstücken sicherzustellen, dass bei einer Überstauung des Beckens die Nachbargrundstücke nicht überflutet würden. Am 17./18. Juli 2002 kam es im Umkreis der Gemeinde zu einem Starkregen, in dessen Folge auch das Haus des Klägers überflutet wurde.

Der Kläger hat dies zum größten Teil auf den Übertritt erheblicher Wassermengen aus dem Regenrückhaltebecken zurückgeführt und der Beklagten verschiedene Fehler bei der Planung und Ausführung der Anlage vorgeworfen. Die Beklagte hat sich unter anderem auf einen statistisch nur alle 100 Jahre vorkommenden Katastrophenregen berufen.

Das Landgericht hat die auf Zahlung von Schadensersatz in Höhe von 4.414 € sowie auf Feststellung der weiteren Ersatz-pflicht der Beklagten gerichtete Klage abgewiesen, das Berufungsgericht hat ihr in Höhe von 2.964 € nebst Zinsen stattgegeben und die Berufung des Klägers im Übrigen zurückgewiesen. Mit der - vom Berufungsgericht zugelassenen - Revision verfolgt die Beklagte im Umfang ihrer Beschwer ihren Klageabweisungsantrag weiter.

Aus den Gründen:

Die Revision hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils, soweit zum Nachteil der Beklagten erkannt ist, und insoweit zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

A. Entscheidung der Vorinstanz

Das Berufungsgericht bejaht unter Bezugnahme auf das Senatsurteil BGHZ 158, 263 einen Entschädigungsanspruch des Klägers aus enteignendem Eingriff. Die vom Bundesgerichtshof dabei offen gelassene Frage, ob ein ganz ungewöhnlicher und seltener Starkregen (Katastrophenregen) eine Haftung der Gemeinde für den Überlauf eines offenen Regenrückhaltebeckens entfallen lasse, sei auch unter Berücksichtigung der späteren Senatsentscheidung BGHZ 159, 19 zur Gefährdungshaftung nach § 2 HPflG bei einem Rückstau in der Abwasserkanalisation zu verneinen. Ein offenes Regenrückhaltebecken von einiger Größe unterscheide sich durch zwei Momente von einem Kanalsystem, die es gerechtfertigt erscheinen ließen, eine Haftung aus enteignendem Eingriff auch bei einem außergewöhnlichen Regenereignis zu bejahen. Zum einen bedeute ein solches Regenrückhaltebecken für die benachbarten Grundstückseigentümer ein Gefährdungspotential, welches dasjenige deutlich übersteige, das eine Abwasserkanalisation für die Anrainer mit sich bringe, insbesondere, wenn das Becken an einem Hang oberhalb von Privatgrundstücken wie vorliegend belegen sei. Zum anderen bewege sich der wirtschaftliche Aufwand der Gemeinde, um auch bei einem Katastrophenregen einen Überlauf auszuschließen, noch in einem zumutbaren Rahmen. Auf die Frage, ob es sich bei dem hier niedergegangenen Regen tatsächlich um einen außergewöhnlichen und seltenen Starkregen gehandelt habe, komme es deshalb nicht an. Entscheidend sei allein, ob das in den Keller des Klägers eingedrungene Wasser jedenfalls ganz überwiegend aus dem Regenrückhaltebecken der Beklagten gestammt habe. Davon sei das Berufungsgericht überzeugt. Der Einwand der Beklagten, der Wassereinbruch wäre einige Minuten später jedenfalls in gleicher Weise geschehen, weil infolge des starken Regens Wasser vom Neubaugebiet hangabwärts geflossen wäre, greife nicht durch. Es lasse sich nicht mit hinreichender Sicherheit aufklären, wie der Verlauf der Dinge gewesen wäre, wenn aus dem Regenrückhaltebecken kein Wasser ausgetreten wäre.

B. Entscheidung des BGH

Diese Ausführungen halten den Angriffen der Revision nicht stand.

I. Anspruchsgrundlage

Im Ansatz mit Recht hat das Berufungsgericht allerdings einen Anspruch des Klägers aus enteignendem Eingriff geprüft.

II. Voraussetzungen

Solche Ansprüche kommen in Betracht, wenn an sich rechtmäßige hoheitliche Maßnahmen bei einem Betroffenen zu - meist atypischen und unvorhergesehenen - Nachteilen führen, die er aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen hinnehmen muss, die aber die Schwelle des enteignungsrechtlich Zumutbaren übersteigen (vgl. Senatsurteile BGHZ 91, 20, 21 f., 26 f.; 158, 263, 267 m.w.N.). Das hat der Senat in dem vom

Berufungsgericht angeführten Urteil BGHZ 158, 263, 268 f. auch für Schäden aus dem Überlauf eines in das Kanalsystem der Gemeinde eingegliederten Regenrückhaltebeckens angenommen, ungeachtet dessen, dass es dazu erst aufgrund starker Regenfälle kommen konnte. Derartige Umstände liegen nicht außerhalb der von hoher Hand geschaffenen und in dem Bauwerk selbst angelegten Gefahrenlage.

1. Rechtmäßiges Handeln

Für den Streitfall gilt nichts anderes. Feststellungen zu den vom Kläger behaupteten Mängeln beim Bau und Betrieb der Anlage, die gegebenenfalls einen Amtshaftungsanspruch oder einen Anspruch aus (rechtswidrigem) enteignungsgleichem Eingriff rechtfertigen könnten, hat das Berufungsgericht nicht getroffen. Für das Revisionsverfahren ist deswegen zugunsten der Beklagten davon auszugehen, dass die von ihr getroffenen hoheitlichen Maßnahmen insgesamt rechtmäßig waren.

2. Kausalität

Der Senat hat in dem genannten Urteil indessen ausdrücklich offen gelassen, ob bei wertender Betrachtung anders zu entscheiden wäre, wenn der Überstau des Regenrückhaltebeckens durch einen ganz ungewöhnlichen und seltenen Starkregen (Katastrophenregen), wie er hier mangels gegenteiliger Feststellungen des Berufungsgerichts gleichfalls unterstellt werden muss, verursacht wurde.

a. Grundsatz: Keine Haftung bei Naturkatastrophe

Er beantwortet diese Frage nunmehr im Anschluss an das zu § 2 Abs. 3 HPflG ergangene Senatsurteil BGHZ 159, 19, 22 ff. dahin, dass sich die Gemeinde grundsätzlich auch gegenüber der Haftung aus enteignendem Eingriff auf eine in einem Katastrophenregen zum Ausdruck kommende höhere Gewalt berufen kann.

In einem solchen Fall verwirklicht sich zwar ebenso die ständige latente Gefährdung der Anliegergrundstücke. Die auf der Verantwortung für die Herrschaft über bestimmte Gefahrenstellen, insbesondere für den Betrieb gefährlicher Anlagen, beruhende Haftung des Inhabers, wie sie auch hier trotz der abweichenden Rechtsgrundlage des Entschädigungsanspruchs in Rede steht, findet jedoch nach den gesetzlichen Bestimmungen und der ihnen zugrunde liegenden Bewertung des Gesetzgebers fast durchweg ihre Grenze an den Wirkungen höherer Gewalt (für die Anlagenhaftung: § 2 Abs. 3 Nr. 3 HPflG). Das Schadensereignis ist dann letztlich nicht mehr den Risiken der Anlage, sondern dem von außen kommenden "Drittereignis" (hier: Naturkatastrophe) zuzurechnen. Eine generelle Ausnahme von diesen Grundsätzen für ein in das gemeindliche Kanalnetz eingegliedertes Regenrückhaltebecken ist nicht gerechtfertigt. Soweit das Berufungsgericht dem entgegen auf ein allgemein höheres Gefährdungspotential von Regenrückhaltebecken sowie auf einen geringeren wirtschaftlichen Aufwand bei deren Errichtung verweist, kann dem im Einzelfall hinreichend unter dem Gesichtspunkt Rechnung getragen werden, dass die Gemeinde auch bei einem außergewöhnlichen Naturereignis alles ihr Zumutbare zur Verhütung von Schäden getan haben muss (s. sogleich).

b. Ausnahme: Zumutbare Vorkehrungen nicht getroffen

Ein Haftungsausschluss wegen der Wirkungen elementarer Naturkräfte setzt wie allgemein die Berufung auf höhere Gewalt nach ständiger Rechtsprechung voraus, dass das Schadensereignis mit wirtschaftlich erträglichen Mitteln auch durch äußerste, nach der Sachlage vernünftigerweise zu erwartende Sorgfalt nicht verhütet oder unschädlich gemacht werden kann (vgl. nur Senatsurteil BGHZ 159, 19, 23 m.w.N.). Dieser Gesichtspunkt lässt sich in gleicher Weise auf die Ersatzpflicht aus enteignendem Eingriff infolge der Überflutung eines Regenrückhaltebeckens übertragen.

Es reicht deswegen in solchen Fällen nicht aus, dass die Gemeinde einen ganz außergewöhnlichen Starkregen vorträgt. Sie muss darüber hinaus darlegen und notfalls beweisen, dass sie alle technisch möglichen und mit wirtschaftlich zumutbarem Aufwand realisierbaren Sicherungsmaßnahmen ergriffen hat, um einen Überstau des Regenrückhaltebeckens und eine Überschwemmung der Nachbargrundstücke zu verhindern, oder dass sich der Schaden auch bei derartigen Maßnahmen ereignet hätte. Als eine solche Gegenmaßnahme kommt vorliegend zumindest der bereits in der wasserrechtlichen Genehmigung verlangte, eine Überflutung ausschließende Wall in Betracht.

Auf dieser Grundlage hat das Berufungsgericht das Streitverhältnis nicht geprüft. Die Zurückverweisung gibt ihm Gelegenheit, dies nachzuholen. Vorsorglich weist der Senat darauf hin, dass das Berufungsgericht, sollte es hiernach erneut zu einer Haftung der Beklagten gelangen, deren Einwand wird nachgehen müssen, einige Minuten später wäre das Grundstück des Klägers ohnehin durch vom Hang neben dem Regenrückhaltebecken herabfließende Wassermassen in gleicher Weise überschwemmt worden. Die Revision rügt zu Recht, dass das Berufungsgericht vor Feststellung einer Unaufklärbarkeit des Kausalverlaufs den hierzu von der Beklagten angebotenen Sachverständigenbeweis hätte erheben müssen.

Standort: Grundrechte Problem: Kopftuch

OVG BREMEN, BESCHLUSS VOM 26.08.2005
2 B 158/05 (NVwZ-RR 2006, 402)

Problemdarstellung:

Das BVerfG hatte bekanntlich mit Urteil vom 24.09.2003 (RA 2003, 601 = NJW 2003, 3111) entschieden, dass einer Lehrerin die Übernahme in das Beamtenverhältnis nicht unter dem Hinweis verweigert werden dürfe, dass sie beabsichtige, im Unterricht ein Kopftuch zu tragen. Zur Begründung hatte das BVerfG ausgeführt, die "Eignung" gem. Art. 33 II GG könne ihr nicht abgesprochen werden, da sie sich auch im Dienst auf ihre Glaubensfreiheit aus Art. 4 I GG berufen könne, und eine grundrechtlich geschützte Position nicht zur Nichteignung führen könne. Zwar unterliege Art. 4 I GG verfassungsimmanenten Schranken, und solche ließen sich z.B. mit dem staatlichen Bildungsauftrag (Art. 7 GG), der negativen Glaubensfreiheit der Schüler (Art. 4 I GG), dem Erziehungsrecht der Eltern (Art. 6 II GG) und der Neutralitätspflicht der Beamten (Art. 33 V GG) durchaus finden; solche verfassungsimmanenten Schranken bedürften aber ihrerseits wieder der Konkretisierung durch ein (einfaches) Gesetz. Hieran fehlte es seinerzeit im Landesrecht Baden-Württembergs, welches der BVerfG-Entscheidung zugrunde lag.

Diese Begründung haben einige Bundesländer nun zum Anlass genommen, Kopftuch-Verbote für Lehrerinnen in ihr Landesbeamtenrecht aufzunehmen. So u.a. Bremen in § 59 b Abs.4 und 5 BremSchulG, dessen Wortlaut im Sachverhalt der vorliegenden Entscheidung des OVG Bremen wiedergegeben ist. Im Geltungsbereich einer solchen Regelung neigen die Fachgerichte nun dazu, Nichteinstellungen wegen beabsichtigten Kopftuchtragens für rechtmäßig zu erklären. So auch das OVG Bremen in seinem im vorläufigen Rechtsschutzwege ergangenen Beschluss.

Prüfungsrelevanz:

Der Fall zeigt, dass die Kopftuch-Problematik ungebrochene Prüfungsrelevanz besitzt. Das OVG Bremen befindet sich ganz auf der Linie des BVerwG, das auch ein völliges Verbot des Kopftuchtragens für verfassungsgemäß hält (BVerwG, RA 2004, 749 = NJW 2004, 3581 zum neuen § 38 BWSchulG). Über kurz oder lang wird sich auch das BVerfG mit der Verfassungsmäßigkeit der landesrechtlichen Normen zu beschäftigen haben. Das letzte Wort im Kopftuch-Streit ist also noch nicht gesprochen.

Vertiefungshinweise:

❑ Die Historie des Kopftuch-Streits: *VG Stuttgart*, ZfBR 2000, 66; *VGH Mannheim*, NJW 2001, 2899; *BVerwGE* 116, 359; *BVerfGE* 108, 282

❑ Literaturbeiträge und Fälle zur "Kopftuch"-Problematik: *Demel/Lochen*, JA 2002, 878; *Häußler*, BayVBl 2002, 619; *Triebel*, BayVBl 2002, 624; *Schöbener*, Jura 2003, 186; *Hufen*, JuS 2003, 1220; *Bertrams*, DVBl 2003, 1225

❑ Kritisch zum Urteil des BVerfG: *Ipsen*, NVwZ 2003, 1210; *Pofalla*, NJW 2004, 1218

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs* : "Oben ohne"

Leitsätze

1. Einer Lehramtsbewerberin moslemischen Glaubens, die sich weigert, auf das Tragen des Kopftuches beim Unterrichten zu verzichten, kann die Zulassung zum Vorbereitungsdienst und die Ernennung zur Beamtin auf Widerruf versagt werden.

2. Der Zulasssungsanspruch bei staatlichen Ausbildungen mit Monopolcharakter wie dem Vorbereitungsdienst für das Lehramt an öffentlichen Schulen kann nach Art. 12 1 2 GG durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes aufgestellte subjektive Zulassungsvoraussetzungen beschränkt werden, die dem Schutz eines wichtigen und sicherungsbedürftigen Gemeinschaftgutes vor möglichen Nachteilen oder Gefahren zu dienen bestimmt oder geeignet sind (BVerwGE 64, 142 m. w. Nachw.). Ein derartiges Gemeinschaftsgut ist der staatliche Erziehungsauftrag (Art. 7 I GG).

3. Den staatlichen Erziehungsauftrag sichernde gesetzliche Regelungen über die Aufgaben der Lehr- und Betreuungskräfte einschließlich der Referendare/innen beim Unterrichten sind zugleich subjektive Zulassungsvoraussetzungen für die Aufnahme in den Vorbereitungsdienst, da sie über die Regelung von Dienstpflichten mittelbar auch unerlässliche Eignungsvoraussetzungen für das Lehramt festlegen.

4. Einem Lehramtsbewerber, der prinzipiell nicht bereit ist, bestimmten gesetzlich geregelten Dienstpflichten für Referendare/innen beim Unterrichten zu genügen, fehlt - ohne dass es dazu einer Prognoseentscheidung bedarf - die beamtenrechtliche Eignung i. S. des Art. 33 II GG, zu der die unbedingte Bereitschaft gehört, entsprechend dem zu leistenden Diensteid u. a. die Pflichten des Amtes gewissenhaft zu erfüllen (vgl. § 58 BremBG).

5. § 59b IV und V BremSchulG begründen für moslemische Lehrkräfte die Dienstpflicht, in der Schule auf das Tragen eines Kopftuches zu verzich-

ten. Diese Pflicht gilt bei der Erteilung von Unterricht auch für Referendarinnen.
6. § 59 b IV und V BremSchulG begegnet keinen durchgreifenden verfassungsrechtlichen Bedenken.

Sachverhalt:
Die Antragstellerin begehrt, im Wege einstweiliger Anordnung vorläufig in den Vorbereitungsdienst für das Lehramt an öffentlichen Schulen im Bereich der Sekundarstufe II aufgenommen zu werden. Sie ist 1975 als Kind türkischer Zuwanderer geboren, moslemischen Glaubens und seit 1999 aufgrund Einbürgerung deutsche Staatsangehörige. Am 25.01.2005 legte sie die 1. Staatsprüfung für das Lehramt an öffentlichen Schulen für den Stufenschwerpunkt Sekundarstufe II (Unterrichtsfächer: Deutsch und Religionskunde) mit „gut bestanden“ (2,4) ab. Zum 01.05.2005 bewarb sich sie sich bei der Antragsgegnerin um Aufnahme in den Vorbereitungsdienst für das Lehramt an öffentlichen Schulen. Nachdem mit der Antragstellerin am 07.04.2005 ein Einstellungsgespräch geführt worden war, lehnte das Landesinstitut für Schule mit Bescheid vom 21.04.2005 die Zulassung zum Vorbereitungsdienst ab: Nach den kapazitätsbedingten Zulassungsregelungen hätte ihr zwar ein Ausbildungsplatz zugewiesen werden können. Die Zulassung sei aber zu versagen, da die Antragstellerin nicht bereit sei, verbindlich zu erklären, beim Unterricht im Fach Biblische Geschichte (BGU) auf das Tragen eines Kopftuches zu verzichten.
Die Antragstellerin legte dagegen mit Schreiben vom 26.04.2005 Widerspruch ein, über den noch nicht entschieden ist. Zugleich hat sie am 26.04.2005 beim Verwaltungsgericht Bremen beantragt, der Antragsgegnerin im Wege einstweiliger Anordnung aufzugeben, sie vorläufig in den Vorbereitungsdienst für das Lehramt an öffentlichen Schulen im Bereich der Sekundarstufe II mit den Fächern Deutsch und Religionskunde aufzunehmen.
Das Verwaltungsgericht hat mit Beschluss vom 19.05.2005 die begehrte einstweilige Anordnung erlassen. Dagegen wendet sich die Antragsgegnerin mit ihrer am 23.05.2005 eingelegten Beschwerde. Sie stützt ihre Ablehnung nunmehr auf den im Laufe des Verfahrens (09.07.2005) in Kraft getretenen § 59 b Abs.4 und 5 BremSchulG. Die Vorschrift lautet:
“(4) Die öffentlichen Schulen haben religiöse und weltanschauliche Neutralität zu wahren. Dieser Verpflichtung muss das Verhalten der Lehr- und Betreuungskräfte in der Schule gerecht werden. Die Lehrkräfte und das betreuende Personal müssen in jedem Fach auf die religiösen und weltanschaulichen Empfindungen aller Schülerinnen und Schüler sowie auf das Recht der Erziehungsberechtigten Rücksicht nehmen, ihren Kindern in Glaubens- und Weltanschauungsfragen Überzeugungen zu vermitteln. Diese Pflichten der Lehrkräfte und des betreuenden Personals erstrecken sich auf die Art und Weise der Kundgabe des eigenen Bekenntnisses. Auch das äußere Erscheinungsbild der Lehrkräfte und des betreuenden Personals darf in der Schule nicht dazu geeignet sein, die religiösen und weltanschaulichen Empfindungen der Schülerinnen und Schüler und der Erziehungsberechtigten zu stören oder Spannungen, die den Schulfrieden durch Verletzung der religiösen und weltanschaulichen Neutralität gefährden, in die Schule zu tragen. (5) Für Referendare und Referendarinnen gilt Abs.4 nur, soweit sie Unterricht erteilen.”
Die Beschwerde hatte Erfolg.

Aus den Gründen:
Die zulässige Beschwerde ist begründet. Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung ist unter Aufhebung des angefochtenen Beschlusses zurückzuweisen. Die Voraussetzungen für den Erlass einer einstweiligen Anordnung (vgl. § 123 Abs.1 u. 3 VwGO iVm. § 920 Abs.2 ZPO) sind nicht erfüllt.

A. Anordnungsanspruch
Es ist nicht glaubhaft, d.h. überwiegend wahrscheinlich, dass der Antragstellerin ein Anordnungsanspruch zusteht. Die Antragstellerin kann nicht verlangen, zum Vorbereitungsdienst im Beamtenverhältnis auf Widerruf zugelassen zu werden.

I. Entscheidungserheblicher Zeitpunkt
Für die Entscheidung über den Zulassungs- und Ernennungsanspruch wird es in der Hauptsache auf die Sach- und Rechtslage zur Zeit der letzten mündlichen Verhandlung ankommen. Zwar ist bei Verpflichtungsklagen auf Einstellung in das Beamtenverhältnis, soweit neben der Feststellung objektiver Tatsachen eine Eignungsbeurteilung gefordert ist, grundsätzlich nach der im Zeitpunkt der behördlichen Entscheidung geltenden Sach- und Rechtslage zu entscheiden. Soweit es sich aber um die Frage handelt, ob einem Einstellungsantrag im Hinblick auf ein gesetzliches Tatbestandsmerkmal aus Rechtsgründen, d.h. ohne einen vorgehenden prognostischen Akt wertender Erkenntnis wie in der Regel bei der Eignungsbeurteilung, stattgegeben werden muss oder nicht stattgegeben werden darf, ist auf den Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung in der Tatsacheninstanz abzustellen (BVerwG, U.v.24.06.2004 - 2C 45/03 - NJW 2004,3581 f. = DVBl. 2004,1424). Da sich die Antragsgegnerin für die Ablehnung des Zulassungsbegehrens auf die Pflichtenstellung der Referendare/innen bei der Erteilung von Unterricht nach § 59 b Abs.4 u.5 BremSchulG bzw. Art. 32 u. 33 BremLV, d.h. auf eine eignungsausschließende gesetzlich geregelte subjektive Zulassungsvoraussetzung beruft, sind insoweit im Laufe dieses Verfahrens eingetretene Rechtsänderungen zu berücksichtigen. [...]

II. Eignungsmangel wegen Kopftuchtragens

Die Antragstellerin hat nach § 6 Abs.2 BremBG iVm. § 3 Abs.2 u. § 4 der Verordnung über den Vorbereitungsdienst für das Lehramt an öffentlichen Schulen v. 12.07.1976 (BremGBl. S.177) keinen Anspruch, unter Berufung in das Beamtenverhältnis auf Widerruf zum Vorbereitungsdienst zugelassen zu werden, da sie wegen ihrer Weigerung, beim Unterrichten auf das Tragen eines Kopftuches zu verzichten, i.S. des § 4 der VO „die beamtenrechtlichen Voraussetzungen" nicht erfüllt. Der Zulassungsanspruch bei staatlichen Ausbildungen mit Monopolcharakter wie dem Vorbereitungsdienst für das Lehramt an öffentlichen Schulen kann nach Art. 12 Abs.1 S.2 GG durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes aufgestellte subjektive Zulassungsvoraussetzungen beschränkt werden, die dem Schutz eines wichtigen und sicherungsbedürftigen Gemeinschaftgutes vor möglichen Nachteilen oder Gefahren zu dienen bestimmt oder geeignet sind (BVerwGE 64,142 mNw.). Ein derartiges Gemeinschaftsgut ist unbestritten der staatliche Erziehungsauftrag (Art. 7 Abs.1 GG). Diesen sichernde gesetzliche Regelungen über die Aufgaben der Lehr- und Betreungskräfte einschließlich der Referendare/innen beim Unterrichten sind zugleich auch subjektive Zulassungsvoraussetzungen für die Aufnahme in den Vorbereitungsdienst, da sie über die Regelung von Dienstpflichten mittelbar auch unerlässliche Eignungsvoraussetzungen für das Lehramt festlegen. Einem Lehramtsbewerber, der prinzipiell nicht bereit ist, bestimmten gesetzlich geregelten Dienstpflichten für Referendare/innen beim Unterrichten zu genügen, fehlt - ohne dass es dazu einer Prognoseentscheidung bedarf - offensichtlich die beamtenrechtliche Eignung i.S. des Art.33 Abs.2 GG, zu der die unbedingte Bereitschaft gehört, entsprechend dem zu leistenden Diensteid u.a. die Pflichten des Amtes gewissenhaft zu erfüllen (vgl. § 58 BremBG). Es ist im Ansatz - auch darin folgt der Senat dem Verwaltungsgericht - verfassungsrechtlich unbedenklich, einen solchen Bewerber nicht zum Vorbereitungsdienst zuzulassen und seine Ernennung abzulehnen (vgl. Schnellenbach, Beamtenrecht in der Praxis (5.), Rdn.9; vgl auch BVerfG, U.v. 24.09.2003 - 2 BvR 1436/02, E 108,282, 309, 320: „Eignungsmangel"). So liegt es hier.

1. Gesetzliche Konkretisierung

Die Antragsgegnerin stützt ihre Ablehnung nunmehr auf den im Laufe des Verfahrens (09.07.2005) in Kraft getretenen § 59 b Abs.4 und 5 BremSchulG. [...] Die Vorschrift regelt abgeleitet aus der verfassungsrechtlichen Pflicht des Staates zu weltanschaulich religiöser Neutralität und der nach Art. 33 S.2 BremLV für Lehrer bestehenden Verpflichtung, auf die religiösen und weltanschaulichen Verpflichtungen aller Schüler Rücksicht zu nehmen , besondere Dienstpflichten für die Lehr- und Betreuungskräfte einschließlich der Unterricht erteilenden Referendare/innen an den bremischen öffentlichen Schulen. Die daraus abgeleiteten Pflichten zu religiöser und weltanschaulicher Neutralität und Rücksichtnahme werden auf die Art und Weise der Kundgabe des eigenen Bekenntnisses und das äußere Erscheinungsbild des Lehrpersonals erstreckt. Nach der Begründung des Gesetzes (Brem. Bürgerschaft Drs.16/662) sah sich der Gesetzgeber dazu aufgrund der gewachsenen religiösen Vielfalt in der Gesellschaft, sowie insbesondere aufgrund des Urteils des Bundesverfassungsgerichts v 24.09.2003 - 2 BvR 1436/02, E 108,282-340) veranlasst, in dem u.a. ausgeführt wird, das es Sache des demokratisch legitimierten Landesgesetzgebers sei zu regeln, wie auf gewandelte gesellschaftliche Verhältnisse und zunehmende weltanschaulich religiöse Vielfalt in der Schule zu antworten ist, insbesondere welche Verhaltensregelungen in Bezug auf Kleidung und sonstiges Auftreten gegenüber den Schulkindern für Lehrer/innen zur näheren Konkretisierung ihrer allgemeinen beamtenrechtlichen Pflichten und zur Wahrung des religiösen Friedens in der Schule aufgestellt werden sollen und welche Anforderungen demgemäß zur Eignung für ein Lehramt gehören (BVerfGE 108, 282, 310).

2. Anwendung auf Kopftuchtragen

Das Tragen eines Kopftuches aus religiösen Gründen in einer bremischen öffentlichen Schule (vgl. § 1 Abs.1 BremSchulG) verstößt gegen die in § 59 b Abs.4 BremSchulG für Lehrkräfte einschließlich der unterrichtenden Referendare/innnen geregelte Dienstpflicht, durch ihr äußeres Erscheinungsbild die religiösen und weltanschaulichen Empfindungen der Schülerinnen und Schüler und der Erziehungsberechtigten nicht zu stören und keine Spannungen, die den Schulfrieden durch Verletzung der religiösen und weltanschaulichen Neutralität gefährden, in die Schule zu tragen.

a. Glaubensbetätigung

Eine Lehrkraft, die in der Schule ein sogenanntes islamisches Kopftuch trägt, gibt damit zu verstehen, dass sie sich zur Religion des Islam bekennt und dessen als von ihr verpflichtend empfundene Bekleidungsvorschriften beachtet. Das Tragen des Kopftuches stellt damit eine bewusste Kundgabe der religiösen Überzeugung in der Schule dar. Für die Frage, ob das Tragen des Kopftuches i.S. der Vorschrift abstrakt geeignet ist, den Schulfrieden gefährdende Störungen und Spannungen der beschriebenen Art hervorzurufen und damit einen Eignungsmangel zu begründen, kommt es nicht auf die subjektiven Beweggründe der Lehrkraft an, das Kopftuch konsequent zu tragen, sondern auf die objektive Wirkung des religiösen Symbols, d.h. wie es vom Betrachter wahrgenommen wird (objektiver Empfängerhorizont).

Insoweit sind nach der Rechtsprechung des Bundes-

verfassungsgerichts (BVerfGE 108, 282, 305) bei der Beurteilung alle denkbaren Möglichkeiten, wie das Tragen des Kopftuches verstanden werden kann, zu berücksichtigen. Das von Musliminnen getragene Kopftuch wird als „Kürzel“ für höchst unterschiedliche Aussagen und Wertvorstellungen wahrgenommen (BVerfGE 108, 282, 304). Es steht für, die Bereitschaft, verpflichtend empfundene religiös fundierte Bekleidungsregeln einzuhalten, das Festhalten an Traditionen der Herkunftsgesellschaften, die Bewahrung der eigenen Identität in der Diaspora, Rücksicht auf Traditionen der Eltern, Bewahrung der Differenz als Voraussetzung der Integration, Zeichen für sexuelle Nichtverfügbarkeit, Abgrenzung von den Werten der westlichen Gesellschaft, insbesondere von der individuellen Selbstbestimmung und der Emanzipation der Frau und in jüngster Zeit auch verstärkt als Symbol des islamischen Fundamentalismus. Das islamische Kopftuch stellt damit ein ausdrucksstarkes Symbol dar, dessen Ausstrahlung in der Schule besondere Intensität erreichen kann, weil die Schüler für die gesamte Dauer des Schulbesuchs mit der im Mittelpunkt des Unterrichts stehenden Lehrkraft ohne Ausweichmöglichkeit konfrontiert sind.

b. Abstrakte Gefahr von Konflikten vorhanden

Da es u.a. eindeutig auf eine bestimmte religiöse und weltanschauliche Überzeugung der Lehrkraft hinweist, kann das Tragen des Kopftuches auf Unverständnis oder Ablehnung bei anders denkenden Schülern, die sich dem nicht entziehen können, aber auch bei deren Erziehungsberechtigten stoßen. Konflikte zwischen Eltern und Lehrern, die im Zusammenhang mit dem Kopftuch einer Lehrkraft entstehen können, können sich auf die Schüler/innen, die Gremien der Schule und schließlich auf das ganze Schulleben übertragen. Andererseits können sich auch Erziehungsberechtigte entgegen ihrer Einstellung veranlasst sehen, mit der Folge persönlicher Belastungen Proteste zu unterdrücken, weil sie Nachteile für ihre Kinder befürchten. (vgl. zu allem BVerfG aaO. S. 306 ff.) Auch können religionsmündige islamische Schülerinnen, die für sich erwägen, den Schritt zur Ablegung des Kopftuches zu wagen, durch eine Lehrkraft, die kompromisslos im Unterricht das Kopftuch trägt, entmutigt werden, eine ihrer Überzeugung entsprechende Entscheidung zu treffen. Die danach mit dem Tragen des Kopftuches in der Schule zu erwartenden Spannungen und Störungen sind geeignet, den Schulfrieden ernstlich zu gefährden. Die zunehmende religiöse Vielfalt in der Gesellschaft hat das Potential möglicher Konflikte erheblich gesteigert. Gerade in der Schule treffen die unterschiedlichen religiösen Auffassungen unausweichlich und mitunter auch hart aufeinander. Das darin liegende Konfliktpotential kann sich deshalb dort besonders empfindlich auswirken und zu einer Gefährdung des religiösen Schulfriedens führen. Gefährdungen dieser Art können sich insbesondere aus der Besorgnis der Eltern vor einer ungewollten religiösen Beeinflussung ihrer Kinder entwickeln. Zu einer solchen Besorgnis können Einbußen an Neutralität im Erscheinungsbild entscheidend beitragen. Dies gilt nach den dargestellten Wirkungen gerade auch für das von einer Lehrerin, namentlich beim Unterrichten getragene Kopftuch als religiöses Symbol. Es erfüllt über den unbestimmten Rechtsbegriff der Eignung den abstrakten Gefährdungstatbestand des § 59 b Abs.4 BremSchulG in Bezug auf die staatliche Neutralität und den Schulfrieden. Daraus leitet sich die Dienstpflicht ab, auf das Tragen des Kopftuches zu verzichten (vgl. BVerwG, U.v. 23.06.2004 - 2 C 45/03, DVBl. 2004,1424,1426).

Der Verzicht ist nach der Gesetzeslage nicht nur, worauf die angegriffene Verfügung abzielt, von Referendarinnen bei der Erteilung von Unterricht im Fach BGU gefordert. Er ist vielmehr schlechthin bei der Erteilung von Untericht zu leisten. Die generelle und kompromisslose Weigerung, diese Dienstpflicht nach Zulassung zum Vorbereitungsdienst und Ernennung zum Beamten auf Widerruf zu erfüllen, ist ein offenkundiger Eignungsmangel, der - ohne dass es dazu noch einer Prognose bedarf - die Berufung in das Beamtenverhältnis ausschließt.

c. Konkrete Konflikte nicht erforderlich

Soweit die Antragstellerin einwendet (Schriftsatz v. 15.08.2005, S.2 3.Abs.), das Tragen des Kopftuches lasse für sie nur und ausschließlich Rückschlüsse auf ihre individuell gelebte Frömmigkeit und Religiösität zu, sie wolle weder ein religiöses Bekenntnis demonstrieren oder überhaupt irgendeine Botschaft vermitteln, verkennt sie, dass es für die gefährdende Eignung des Kopftuches nicht auf ihre subjektiven Beweggründe ankommt, sondern auf dessen objektive Wirkung als religiöses Symbol. Zur Begründung der Dienstpflicht, auf das Tragen des Kopftuches beim Unterrichten zu verzichten, bedarf es entgegen der Auffassung der Antragstellerin ferner nicht des Nachweises einer konkreten Gefahr.

Auch das BVerfG (aaO., S.303, 307) und ihm folgend das Bundesverwaltungsgericht (aaO., S.1426) stufen den Fall, dass Lehrkräfte in Schule und Unterricht ein Kopftuch tragen, ausdrücklich tatbestandlich als Fall einer abstrakten Gefahr für den staatlichen Erziehungsauftrag und den Schulfrieden ein, die allerdings eine Dienstpflicht zum Verzicht nur aufgrund einer hinreichend bestimmten gesetzlichen Grundlage begründen kann, da weder der beamtenrechtliche Eignungsbegriff noch die allgemeine beamtenrechtlich geregelte Pflichtenstellung, für sich eine hinreichende Rechtsgrundlage bieten, um der Gefahr vorbeugend zu begegnen. Diese Lücke füllt nunmehr für die Lehrkräfte an öffentlichen Schulen im Land Bremen § 59 b BremSchulG.

3. Verfassungsmäßigkeit der Regelung
Im Rahmen der im Eilverfahren nur möglichen und gebotenen Sach- und Rechtslage ist davon auszugehen, dass § 59 b Abs.4 u. 5 BremSchulG verfassungsrechtlich unbedenklich, d.h. mit höherrangigem Recht vereinbar ist.

a. Bestimmtheit
Die Vorschrift ist entgegen der Auffassung der Antragstellerin inhaltlich hinreichend bestimmt. Sie bezeichnet die Rechtsgüter, deren Schutz sie dient (religiöse und weltanschauliche Neutralität und den Schulfrieden) und knüpft an die abstrakte Eignung eines Verhaltens (Kundgabe, äußeres Erscheinungsbild) an, diese Schutzgüter zu gefährden oder zu stören. Diesem Ansatz entsprechend erfasst sie jegliche Art von Bekundung, besonders hervorgehoben auch durch religiöse und weltanschauliche Bezüge im äußeren Erscheinungsbild. Für den Normadressaten, d.h. die unterrichtenden Lehrkräfte, ist damit ohne weiteres erkennbar, dass die bewusste Wahl einer religiös und weltanschaulich bestimmten Kleidung, die im Schulleben zu Spannungen führen kann, sich generell mit der durch die Vorschrift begründeten Pflichtenstellung des schulischen Lehrpersonals nicht verträgt und deshalb als Dienstpflichtverletzung zu unterbleiben hat. [...] Der vom Landesgesetzgeber gewählte Weg, möglichen Konflikten schon bei Bestehen einer abstrakten Gefahr entgegenzuwirken, ist deshalb im Hinblick auf das Bestimmtheitsgebot verfassungsrechtlich unbedenklich.

b. Gleichbehandlung
Dies gilt namentlich auch, soweit für die abstrakte Abgrenzung der Gefährdungslage auf die Eignung des religiösen Symbols oder Bezugs abgestellt wird (vgl. BVerfG aaO. S.303). Im Hinblick auf den Gleichbehandlungsgrundsatz kann es dabei nur auf die objektive Eignung, nicht aber auf das Ergebnis einer Einzelfallprüfung, bei der die Gesamtumstände des jeweiligen Falles zu berücksichtigen wären, ankommen. Dies vorausgesetzt, ist eine hinreichend berechenbare und voraussehbare Bestimmung der Dienstpflichten des unterrichtenden Personals auch für den Fall der Kundgabe eines Bekenntnisses durch das äußere Erscheinungsbild gegeben.

c. Glaubensfreiheit
§ 59 b Abs.4 S.4 u. 5, Abs.5 BremSchulG beschränkt in verfassungsrechtlich zulässiger Weise die von der Antragstellerin für sich in Anspruch genommene, durch Art. 4 Abs.1 u.2 GG geschützte Freiheit, ihre Glaubensüberzeugung durch das Tragen des Kopftuches nach Einstellung in den Vorbereitungsdienst beim Unterrichten in der Schule kundzugeben.

aa. Verfassungsimmanente Schranken
Der positiven Glaubensfreiheit eines Lehrers stehen in der Schule die ebenfalls durch Art. 4 GG geschützte negative Glaubensfreiheit der Schüler, das Erziehungsrecht der Eltern (Art. 6 Abs.2 GG), das staatliche Erziehungsrecht (Art. 7 GG), die staatliche Pflicht zu religiöser-weltanschaulicher Neutralität und Toleranz (vgl. Art 33 BremLV) gegenüber.

bb. Praktische Konkordanz
Im Hinblick auf das darin liegende unvermeidliche Spannungsverhältnis war der bremische Landesgesetzgeber gehalten, die Frage, in welchem Umfang Lehrer/innen unter Beschränkung ihrer individuellen Glaubensfreiheit für ihr Verhalten in der Schule zur Wahrung der weltanschaulichreligiösen Neutralität des Staates Pflichten auferlegt werden dürfen, nach dem Prinzip der praktischen Konkordanz bzw. dem Gebot des verhältnismäßigen Ausgleichs der einander widerstreitenden Grundrechtspositionen zu regeln (BVerfG aaO. S.302, BVerwG aaO. S.1427).
Ausweislich der Gesetzesbegründung (aaO.) hat sich der Gesetzgeber bei seiner Aufgabe, einen allseits zumutbaren Kompromiss zu normieren, wie geboten im Ansatz von Art.33 BremLV leiten lassen, der ausgehend von dem für die bremischen Schulen geltenden Grundsatz der Duldsamkeit, den Lehrern auferlegt, „in jedem Fach auf die religiösen und weltanschaulichen Empfindungen aller Schüler Rücksicht zu nehmen“. Dies ist mit entsprechender Diktion in § 59 b Abs.4 S.3 BremSchulG übernommen worden. Aus der staatlichen Pflicht zu religiöser und weltanschaulicher Neutralität und der damit korrespondierenden Pflicht der Lehrkräfte zu Rücksichtnahme nach Art.33 S.2 BremLV wird eine Beschränkung der positiven Bekenntnisfreiheit der Lehrkräfte begründet, der im Hinblick auf mögliche Gefährdungen des Schulfriedens nicht nur bei der Kundgabe des eigenen Bekenntnisses, sondern auch durch das äußere Erscheinungsbild i.S. einer Dienstpflicht Rechnung zu tragen ist (Gesetzesbegründung aaO.). Der in dieser Weise vorgenommene Ausgleich hält sich orientiert an der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts (aaO. S.310 ff.) in der Bandbreite des Gestaltungsermessens des Gesetzgebers, innerhalb der er sich bei Wahrung von Gleichheit, Systemgerechtigkeit und Verhältnismäßigkeit bewegen kann (vgl. BVerwG aaO., S.1427). Dies gilt namentlich auch für die Entscheidung, abstrakten Gefahren durch das äußere Erscheinungsbild schon im Vorfeld, d.h. präventiv zu begegnen.
Der Gesetzgeber war nicht gehalten, die zunehmende religiöse Vielfalt in der Schule aufzunehmen und als Mittel für die Einübung von gegenseitiger Toleranz zu nutzen, um so einen Beitrag in dem Bemühen um Integration zu leisten. Er durfte statt dessen im Rahmen seiner Gestaltungsfreiheit auch der staatlichen Neutralitätspflicht im schulischen Bereich eine striktere Bedeutung beimessen und demgemäß auch durch das

äußere Erscheinungsbild einer Lehrkraft vermittelte religiöse Bezüge von den Schülern grundsätzlich fernhalten, um Konflikte mit Schülern, Eltern oder anderen Lehrkräften im Interesse des Schulfriedens von vornherein zu vermeiden (BVerfG aaO.).

d. Berufsfreiheit

§ 59 b Abs.4 S.4 u. 5 BremSchulG ist, auch soweit er als Berufsausübungsregelung die Berufsfreiheit (Art. 12 Abs.1 GG) einschränkt, nicht unverhältnismäßig. Der religiöse Schulfrieden ist ein Rechtsgut von herausragender Bedeutung, dessen Schutz auch präventiv, d.h. bei lediglich abstrakter Gefährdung erforderlich und damit gerechtfertigt ist. Auch verlangt die Verpflichtung, im Wege praktischer Konkordanz einen schonenden Ausgleich der betroffenen Grundrechte herbeizuführen, nicht, dass alle betroffenen Rechtspositionen gleichermaßen Einbußen erleiden. Der Gesetzgeber darf eine Lösung wählen, nach der nur eines der beteiligten (Grund-) Rechte Beschränkungen erfährt bzw. zu weichen hat (BVerwG aaO., S.1428). Die Regelung ist auch nicht übermäßig, da sie entsprechend dem Regelungserfordernis nur das dienstliche Verhalten der Lehrkräfte an den bremischen öffentlichen Schulen (§ 1 Abs.1 u. 2 BremSchulG) betrifft und deren außerdienstliches Verhalten unberührt lässt. Dies gilt erst recht für Referendare/innen, da für sie nach § 59 b Abs.5 BremSchulG die Dienstpflicht nur besteht, soweit sie Unterricht erteilen. Sie betrifft auch nicht ausschließlich muslimische Lehrkräfte, sondern gilt für das bekenntnismäßige Verhalten aller Lehrkräfte, gleich welchen Bekenntnisses.

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wird auch gewahrt, soweit die Regelung für Bewerber, die - wie die Antragstellerin - zum Vorbereitungsdienst erst zugelassen werden wollen, darüber hinaus nach dem bremischen Lehrerausbildungsrecht unter dem Aspekt der beamtenrechtlichen Eignung die Bedeutung einer Berufswahlregelung zukommt. Für diesen Personenkreis hat die Regelung die Bedeutung einer subjektiven Zulassungsvoraussetzung, die nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nur zum Schutz überragend gewichtiger Gemeinschaftsgüter zulässig ist (vgl. BVerfGE 7,377, 405; 33,303, 336; BVerwG u.v. 22.10.1981 - 2 C 42/80, BVerwGE 64,142 ff).

Diese Voraussetzung ist hier jedoch erfüllt, da - wie eingangs dargelegt - der religiöse Schulfrieden ein Rechtsgut von überragender Bedeutung ist, dessen Schutz auch präventiv, d.h. bei lediglich abstrakter Gefährdung erforderlich ist. Der u.a. mit § 59 b Abs.4 BremSchulG verfolgte Zweck, im Interesse des Schulfriedens die Rücksichtnahmepflicht auch auf das Erscheinungsbild der Lehrkräfte zu erstrecken, würde konterkariert, wenn man Unterricht erteilende Referendare/innen davon ausnehme. Die dann gegebene Ungleichbehandlung würde die zu befürchtenden Konflikte geradezu provozieren und von Fall zu Fall Einzelfallösungen erfordern, die, insbesondere wenn es zu Rechtstreitigkeiten kommt, den Schulbetrieb erheblich belasten und die Erfüllung des staatlichen Erziehungsauftrag im betroffenen Bereich in Frage stellen oder unmöglich machen können.

B. Ergebnis

Der Antragstellerin steht danach ein Zulassungs- und Ernennungsanspruch nicht zu. Da es ihr bei Aufnahme in den Vorbereitungsdienst einfachgesetzlich in jedem Unterrichtsfach untersagt wäre, das islamische Kopftuch zu tragen, kann dahinstehen, ob diese Rechtsfolge für das Unterrichtsfach BGU, das allein Gegenstand des hier fraglichen Ablehnungsbescheids vom 21.04.2005 ist, auch aus Art. 32 Abs.1 BremLV, wonach an den bremischen öffentlichen Schulen der Unterricht in BGU auf allgemein christlicher Grundlage zu erteilen ist, hergeleitet werden kann,. Unentschieden bleiben kann danach auch, ob bereits aus dem Rücksichtnahmegebot des Art. 33 BremLV zweifelsfrei ein grundrechtsbeschränkendes Verbot hergeleitet werden könnte.

Standort: VerwR AT — Problem: Abgrenzung von VA und Weisung

OVG BAUTZEN, BESCHLUSS VOM 17.11.2005
3 BS 164/05 (NVWZ 2006, 715)

Problemdarstellung:

Im vorliegenden Fall verlangte der Dienstherr von einer alkoholabhängigen Richterin, ihre sie privat behandelnden Ärzte zugunsten des Amtsarztes von der Schweigepflicht zu entbinden. Hiergegen erhob sie Klage und begehrte im Wege des vorläufigen Rechtsschutzes Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung derselben (§ 80 II Nr. 4 VwGO). Das OVG Bautzen stufte das Verlangen des Dienstherrn mangels Außenwirkung (vgl. § 35 S. 1 VwVfG) jedoch nicht als Verwaltungsakt, sondern als Realakt in Form einer innerdienstlichen Weisung ein, mit der Folge, dass weder eine Anfechtungsklage in der Hauptsache noch ein Antrag nach § 80 V 1 VwGO im vorläufigen Rechtsschutz statthaft waren, da beide nur gegen belastende Verwaltungsakte gerichtet werden können. Statt dessen handle es sich um eine allgemeine Leistungsklage in der Hauptsache und einen Antrag nach § 123 I VwGO im vorläufigen Rechtsschutz, in welche die anders lautenden Anträge der Richterin umgedeutet werden könnten.

Die klassische Abgrenzung zwischen Weisung und Verwaltungsakt in sogen. “besonderen Gewaltverhält-

nissen", bei denen der Adressat in einer besonderen Nähebeziehung zum Staat steht (Richter, Soldaten, Beamte usw.), vollzieht sich danach, ob das Grund- oder Betriebsverhältnis betroffen ist. Teilweise werden andere Begriffe verwendet (z.B. Status- statt Grundverhältnis und Amts- statt Betriebsverhältnis), in der Sache ist man sich jedoch einig: Geht es nur um den Dienstbetrieb innerhalb der Verwaltung, liegt eine innerdienstliche Weisung vor, während solche Maßnahmen, die die Person als solche betreffen, Verwaltungsakte sein sollen. Letztlich kommt es also darauf an, ob der Amtswalter angesprochen wird (Betriebsverhältnis, Weisung) oder die natürliche Person (Grundverhältnis, VA).

Als Indiz für letzteres gilt die Grundrechtsrelevanz der Maßnahme. Da die Entbindung von der ärztlichen Schweigepflicht grundrechtsrelevant ist (Art. 2 II, 1 I i.V.m. 2 I GG), bejaht eine verbreitete Meinung für sie die Außenwirkung und damit die VA-Qualität.

Anders jedoch das OVG Bautzen, welches sich auf eine entsprechende Entscheidung des BVerwG stützt. Außenwirkung liege nur vor, wenn die Maßnahme auf unmittelbare Herbeiführung einer Rechtsfolge mit Außenwirkung *gerichtet* sei, d.h. final auf Außenwirkung abziele. Unbeachtlich sei hingegen, ob sie *tatsächlich* Außenwirkung entfalte. Die Entbindung von der ärztlichen Schweigepflicht mag danach tatsächlich grundrechtsrelevant sein; sie diene aber ausschließlich innerdienstlichen Belangen (Feststellung der Dienst(un)fähigkeit des Beamten), sei also nicht auf Außenwirkung gerichtet, und deshalb Realakt.

Prüfungsrelevanz:

Schon die Entscheidung des OVG Bautzen selbst zeigt, wie unerlässlich Kenntnisse über das Vorliegen oder Nichtvorliegen eines Verwaltungsakts gem. § 35 VwVfG für den Examenserfolg sind. Schon die Bestimmung der statthaften Klage- bzw. Antragsart hängt entscheidend davon ab. Daneben gibt es auf praktisch allen Gebieten des öffentlichen Rechts eine Vielzahl von Vorschriften, die Rechtsfolgen an das Vorliegen oder Nichtvorliegen eines Verwaltungsakts knüpfen (vgl. nur aus dem VwVfG §§ 28, 37 II, 43, 44, 48 ff. VwVfG u.v.m.).

Vertiefungshinweise:

❑ Weisung zur Befreiung von der ärztlichen Schweigepflicht als VA: *BVerwG*, NVwZ 2001, 436 (verneint); *OVG Berlin*, NVwZ-RR 2002, 762; *OVG Lüneburg*, NVwZ 1990, 1194 (bejaht)

❑ Weitere Fälle zur Abgrenzung von VA und Weisung: *BayVGH*, RA 2003, 276 = BayVBl 2003, 212; *OVG Frankfurt/Oder*, RA 1999, 11 = NJW 1998, 3513; *OVG Lüneburg*, RA 1999, 68 = NVwZ 1999, 84

❑ Alkoholmissbrauch eines Beamten: *OVG Lüneburg*, NVwZ-RR 2005, 553 (zur disziplinarischen Ahndung); *OVG Koblenz*, NVwZ-RR 1990, 154 (zur Untersuchungsanordnung als VA)

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs* : "Die wilde Ehe"

Leitsätze:

1. Rechtsgrundlage für die an einen Richter zur Vorbereitung der Entscheidung über eine Versetzung in den Ruhestand wegen Dienstunfähigkeit ergehende Weisung, die ihn behandelnden Privatärzte von der Schweigepflicht zu entbinden, ist § 3 SächsRiG in Verbindung mit der allgemeinen, dem Beamtenverhältnis innewohnenden Treue- und Gehorsamspflicht.

2. Die Weisung stellt keinen Verwaltungsakt dar. Einstweiliger Rechtsschutz ist nach § 123 VwGO zu gewähren.

3. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Überprüfung der Rechtmäßigkeit der im Ermessen des Dienstvorgesetzten stehenden Weisung ist der Zeitpunkt der letzten Behördenentscheidung.

Sachverhalt:

Das VG hat die aufschiebende Wirkung der Klage der Ast. gegen die Anordnung, die sie behandelnden Ärzte des Klinikums C. GmbH - Klinik für Psychiatrie - gegenüber dem zuständigen Amtsarzt von der Schweigepflicht zu entbinden, wiederhergestellt. Die hiergegen gerichtete Beschwerde war erfolgreich.

Aus den Gründen:

A. Zulässigkeit

I. Statthaftigkeit des Antrags

Einstweiliger Rechtsschutz kann schon nicht nach § 80 V VwGO gewährt werden. Die in der Hauptsache erhobene Klage ist als Anfechtungsklage nicht statthaft, weil es sich bei der streitgegenständlichen Anordnung nicht um einen Verwaltungsakt i.S. von § 1 SächsVwVfG i.V. mit § 35 S. 1 VwVfG handelt. Das einstweilige Rechtsschutzbegehren ist als Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung nach § 123 VwGO zwar zulässig, aber nicht begründet.

1. Bisher herrschende Meinung

Die Rechtsqualität von - die Entscheidung über die Versetzung in den vorzeitigen Ruhestand (§ 42 I BBG, entspricht § 52 I SächsBG) oder die Reaktivierung von Ruhestandsbeamten (§ 45 I BBG) vorbereitenden - Weisungen der Dienstbehörde, sich amtsärztlich untersuchen zu lassen, ist in Rechtsprechung und Literatur umstritten. Wohl überwiegend wurde und wird die Verwaltungsaktqualität mit der Begründung bejaht,

dass die Anordnung den Beamten im Schwerpunkt als Grundrechtsträger betreffe und gegebenenfalls selbstständig disziplinarrechtlich verfolgbar sei (vgl. zu § 42 I 3 BBG: OVG Berlin, NVwZ-RR 2002, 762; OVG Lüneburg, NVwZ 1990, 1194; offen gelassen zu Art. 59 I BayBG: VGH München, NVwZ-RR 2000, 35; Summer, in: Fürst, GKÖD I, K § 42 Rdnr. 23; Battis, BBG, 2. Aufl. [1997], § 42 Rdnr. 7; Woydera/Summer/Zängl, SächsBG, § 52 Anm. 19c; Kopp/Ramsauer, VwVfG, 8. Aufl. [2003], § 35 Rdnrn. 66 und 86).

2. Meinung des BVerwG

Das BVerwG hat die Frage nunmehr verneint und zur Aufforderung nach § 45 III 1 BBG ausgeführt: Sofern man die Maßnahme als eine die Mitwirkungspflicht des Beamten konkretisierende Weisung ansehe, fehle es an dem für einen Verwaltungsakt nach § 35 S. 1 VwVfG notwendigen Merkmal der unmittelbaren Außenwirkung. Ob einer Maßnahme diese Wirkung zukomme, hänge davon ab, ob sie ihrem objektiven Sinngehalt nach dazu bestimmt sei, Außenwirkung zu entfalten, nicht aber davon, wie sie sich im Einzelfall auswirke. Die Weisung nach § 45 III 1 BBG sei eine interne Maßnahme, die ihrem objektiven Sinngehalt nach in der Regel nicht dazu bestimmt sei, den Ruhestandsbeamten als Person zu verpflichten. Sie sei regelmäßig an ihn allein in seiner Eigenschaft als Ruhestandsbeamter gerichtet und ergehe daher im Rahmen des Ruhestandsbeamtenverhältnisses, so dass sie keine Außenwirkung erzeuge (vgl. BVerwGE 111, 246).

3. Stellungnahme des OVG Bautzen

Mit derselben Begründung lässt sich die an den aktiven Beamten oder Richter ergehende Aufforderung, sich amtsärztlich untersuchen zu lassen, als interne Maßnahme im jeweiligen Dienstverhältnis werten (vgl. Plog/Wiedow/Beck/Lemhöfer, BBG, § 42 Rdnr. 10b und § 45 Rdnr. 4: jeweils kein Verwaltungsakt; vgl. auch VG München, Beschluss vom 22.2.2005 - M 5 E 04.6379, Juris). Gleiches gilt für die im Zusammenhang mit der Untersuchungsanordnung ergehende Weisung, behandelnde Privatärzte gegenüber dem Amtsarzt von der Schweigepflicht zu entbinden, wenn dies aus dessen Sicht zusätzlich zur persönlichen Untersuchung zum Zweck der Erstellung des Gutachtens erforderlich ist.

Der Umstand, dass die unberechtigte Weigerung des aktiven Beamten oder Richters, der Weisung Folge zu leisten, im Unterschied zur Weigerung des Ruheständlers ein Dienstvergehen darstellen (vgl. § 77 I und II BBG, § 96 I und II SächsBG) und mit Disziplinarmaßnahmen geahndet werden kann, rechtfertigt keine andere Beurteilung. Denn die Erzwingbarkeit mit Mitteln des Disziplinarrechts betrifft allenfalls den Regelungscharakter der Weisung. Sofern man in dieser eine vorbereitende Verfahrenshandlung erblickt, hat die Erzwingbarkeit wie die Vollstreckbarkeit ferner zur Folge, dass selbstständige Rechtsbehelfe nach § 44a S. 2 VwGO zulässig sind. Ohne Einfluss ist sie hingegen auf die Prüfung der unmittelbaren Außenwirkung als Begriffsmerkmal des Verwaltungsakts (vgl. BVerwGE 111, 246 = NVwZ 2001, 436; a.A. OVG Lüneburg, NVwZ 1990, 1194).

II. Umdeutung

Der Rechtsschutz der Ast. wird durch die Verneinung der Verwaltungsaktqualität nicht geschmälert, da der nach § 80 V VwGO gestellte Antrag - parallel zur Umdeutung der in der Hauptsache erhobenen Anfechtungsklage in eine gegen die dienstliche Weisung gerichtete allgemeine Leistungsklage - als Antrag nach § 123 VwGO ausgelegt werden kann (vgl. BVerwG, NVwZ-RR 1998, 574; VGH München, NVwZ-RR 2000, 35).

B. Begründetheit

Der danach statthafte Antrag hat jedoch keinen Erfolg. Es fehlt an einem Anordnungsanspruch, weil die streitgegenständliche Weisung rechtmäßig ist. Sie ermangelt weder der gesetzlichen Grundlage, noch verletzt sie die Ast. in ihrem Persönlichkeitsrecht. Der gegenteiligen Auffassung des VG vermag sich der Senat nicht anzuschließen.

I. Rechtsgrundlage

Die an die Ast. gerichtete Weisung, die sie privat behandelnden Klinikärzte von der Schweigepflicht zu entbinden, findet ihre Rechtsgrundlage in § 3 SächsRiG in Verbindung mit der allgemeinen, dem Beamtenverhältnis innewohnenden Treue- und Gehorsamspflicht. Diese ist in § 73 S. 2 SächsBG verankert und kommt u. a. in § 52 I 3 SächsBG zum Ausdruck, wonach der Richter gehalten ist, sich nach Weisung des Dienstvorgesetzten ärztlich untersuchen und, falls ein Amtsarzt dies für erforderlich hält, beobachten zu lassen, wenn Zweifel über seine Dienstunfähigkeit bestehen. Die dienstrechtliche Treuepflicht ist in den genannten Vorschriften aber nicht abschließend geregelt, sondern umfasst die grundsätzliche Verpflichtung des Richters, an der für die Durchführung eines ordnungsgemäßen Dienstbetriebs erforderlichen Klärung des eigenen Gesundheitszustandes mitzuwirken und dazu beizutragen, seinen Dienstvorgesetzten die Überzeugung zu vermitteln, dass er dienstfähig ist (vgl. zu §§ 42 I 3, 55 S. 2 und 73 I 3 BBG: BVerwG, DVBl 1981, 502; VGH München, BayVBl 1985, 630). Die gebotene Mitwirkung kann auch die Verpflichtung einschließen, einen behandelnden Privatarzt gegenüber dem Amtsarzt von seiner Schweigepflicht zu entbinden. Voraussetzung dafür ist, dass der mit der Untersuchung beauftragte Amtsarzt ohne Kenntnis der vorangegangenen Krankheitsgeschichte die Dienstfähigkeit des Richters nicht oder nur unvollständig beurteilen

kann. Ist die Offenlegung der Krankheitsgeschichte für die amtsärztliche Begutachtung von entscheidender Bedeutung, so ginge die Verpflichtung zur amtsärztlichen Untersuchung ins Leere, wenn der Richter die Entbindung verweigern könnte (vgl. auch Summer, in: GKÖD, K § 42 Rdnr. 22; Woydera/Summer/Zängl, § 78 Rdnr. 27). Die Rechtmäßigkeit der Entbindungsanordnung setzt freilich voraus, dass die zu Grunde liegende Untersuchungsanordnung ihrerseits gerechtfertigt ist. Das erfordert, dass sich die Zweifel des Dienstherrn an der Dienstfähigkeit des Richters auf konkrete Umstände stützen und nicht aus der Luft gegriffen sind (vgl. BVerwG, Beschluss vom 17.9.1997 - 2 B 106/97, Juris).

II. Prüfungsumfang

Die an den Richter ergehende Weisung, wegen Zweifeln an seiner Dienstfähigkeit Privatärzte von der Schweigepflicht gegenüber dem Amtsarzt zu entbinden, steht ebenso wie die Aufforderung, sich ärztlich untersuchen zu lassen, im Ermessen des Dienstherrn. Sie kann daher von den Verwaltungsgerichten nur eingeschränkt darauf hin überprüft werden, ob sie ermessensfehlerfrei, insbesondere unter Wahrung der durch dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gezogenen Grenzen ergangen ist (vgl. BVerwGE 111, 246; OVG Berlin, NVwZ-RR 2002, 762). Maßgeblich für die verwaltungsgerichtliche Überprüfung der Rechtmäßigkeit der Ermessensentscheidung ist der Zeitpunkt der letzten Behördenentscheidung (BVerwG, Beschluss vom 17.9.1997 - 2 B 106/97, a.a.O.).

III. Ergebnis

Gemessen an diesen Grundsätzen begegnen die streitgegenständliche Weisung und die zu Grunde liegende Untersuchungsanordnung des Ag. vom 6.8.2004 keinen durchgreifenden Bedenken. Die Zweifel des Ag. an der Dienstfähigkeit der Ast. sind entgegen deren Auffassung nach der im vorliegenden Verfahren nur möglichen summarischen Prüfung hinreichend begründet. Sie ergeben sich aus den dienstlichen Auswirkungen eines Alkoholmissbrauchs sowie daraus, dass der damals zuständige Amtsarzt im Anschluss an eine Erkrankung der Ast. am 9. 7. 2004 zur Absicherung einer früheren gutachterlichen Prognose zu ihrer vollen Dienstfähigkeit die vollständige Kenntnis der Ergebnisse ihrer stationären Behandlung für erforderlich hielt [wird ausgeführt].

Zivilrecht

Standort: Erbrecht Problem: Prozessführungsbefugnis des Miterben

BGH, URTEIL VOM 05.04.2006
IV ZR 139/05 (NJW 2006, 1969)

Problemdarstellung:

Der Kl. dieses Rechtsstreites stand mit seinem Bruder in ungeteilter Erbengemeinschaft. Zu dem Nachlass gehörte ein Grundstück, an dem er gemeinsam mit seinem Bruder - vgl. § 2040 I BGB - der beklagten Bank zwei Sicherungsgrundschulden in einer Gesamthöhe von 670.000,- DM (= 342.565,56 €) bestellte. Die notariellen Bestellungsurkunden enthielten jeweils die Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung gem. §§ 794 I Nr. 5, 800 ZPO. Nur der Kl. wandte sich nun mit der Vollstreckungsabwehrklage gem. §§ 794 I Nr. 5, 795, 797, 767 ZPO gegen die zwischenzeitlich eingeleitete Vollstreckung in das Grundstück, da er die Bekl. aus verschiedenen rechtlichen Gesichtspunkten heraus für verpflichtet hielt, die Grundschulden zurück zu übertragen.

Das BerGer. nahm hier den Standpunkt ein, die Klage sei mangels Prozessführungsbefugnis des Kl. schon nicht zulässig. § 2039 S. 1 BGB, aus dem an und für sich anerkanntermaßen im Wege der gesetzlichen Prozessstandschaft die Befugnis einzelner Miterben resultiert, zum Nachlass gehörende Ansprüche allein geltend zu machen (vgl. nur Palandt/Edenhofer, § 2039 Rz. 1, 6), könne hier nicht angewandt werden, da der nur die Geltendmachung materieller Ansprüche betreffe, nicht jedoch die prozessuale Gestaltungsklage aus § 767 ZPO. Im übrigen folge dies aus § 767 III ZPO, da anderenfalls nicht sichergestellt wäre dass Einwendungen einzelner Miterben und solche, die nur gemeinsam vorgetragen werden können, in einem Verfahren abgehandelt werden.

Der BGH erteilt dieser Rechtsauffassung des BerGer. eine scharfe Absage. § 2039 S. 1 BGB ist selbstverständlich auch dann anwendbar, wenn die Geltendmachung zum Nachlass gehörender Ansprüche prozessual im Wege der Klage nach § 767 ZPO erfolt. Insbesondere handelt es sich hierbei auch nicht um die Ausübung eines Gestaltungsrechts - dieses können die Miterben nur gemeinsam (Palandt/Edenhofer, § 2039 Rz. 4) -, da im Erfolgsfall lediglich das Urteil auf die Vollstreckungsabwehrklage rechtsgestaltende Wirkung hat. Das Bündelungsgebot des § 767 III ZPO soll zum Schutze der Rechtskraft eines bereits bestehenden abweisenden Urteils auf eine Vollstreckungsabwehrklage für ein weiteres Verfahren Einwendungen präkludieren, ohne hierbei eine Aussage zur Prozessführungsbefugnis zu treffen.

Prüfungsrelevanz:

Die Vollstreckungsabwehrklage zählt zu den wichtigsten vollstreckungsrechtlichen Rechtsbehelfen, deren Kenntnis in beiden juristischen Staatsexamina unverzichtbar ist. Besonderheiten hinsichtlich der Zulässigkeit einer solchen Klage bestehen in Abhängigkeit von der Art des Titels, dessen Vollstreckbarkeit mit dieser Klage beseitigt werden soll. Im Falle einer notariellen Urkunde erklärt etwa § 797 IV ZPO die Präklusionsvorschrift des § 767 II ZPO für nicht anwendbar, da die notarielle Urkunde nicht rechtskraftfähig ist. Interessant auch, dass nach §§ 797 V, 802 ZPO das Gericht, bei dem der klagende (!) Schuldner seinen allgemeinen Gerichtsstand hat, für die Klage ausschließlich örtlich zuständig ist.

Der vorliegende Fall verbindet diesen interessanten Klagetypus mit einer Diskussion der §§ 2038 - 2040 BGB und damit einem Gebiet des Erbrechts, das zu dessen Grundzügen und damit wiederum zum generell examensrelevanten Prüfungsstoff gezählt werden darf. Er bietet sich daher als Ausgangsfall für Examensaufgabensteller durchaus an.

Vertiefungshinweise:

❑ Vollstreckungserinnerung gegen Ablehnung der Pfändung eines Grabsteins: *BGH*, RA 2006, 372 = NJW 2006, 1600

❑ Berücksichtigung des Erfüllungseinwandes auch im Verfahren nach § 887 ZPO: *BGH*, RA 2005, 87 = NJW 2005, 367

❑ Kenntnis von vollzogener Abtretung allein begründet keine Klage nach § 767 ZPO: *BGH*, RA 2001, 72 = NJW 2001, 231 = MDR 2001, 109

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs:* “Das Trauerspiel”

❑ *Assessorkurs:* “Die Maklerprovision”

Leitsatz:

Ein einzelner Miterbe ist gemäß § 2039 S. 1 BGB prozessführungsbefugt für eine Vollstreckungsgegenklage gemäß § 767 ZPO gegen die Zwangsvollstreckung in ein Nachlassgrundstück, wenn damit ein zum Nachlass gehörender Anspruch durchge-

setzt werden soll (im Anschluss an BGHZ 14, 251).

Sachverhalt:
Der Kl. wendet sich im Wege der Vollstreckungsgegenklage gegen die Zwangsvollstreckung aus zwei Grundschulden. Er ist mit seinem Bruder - dem vormaligen Kl. zu 2) - in ungeteilter Erbengemeinschaft Eigentümer eines Grundstücks. Hieran bestellten beide der beklagten Bank mit notariellen Urkunden vom 16.01. und 14.04.1998 zwei Grundschulden über 400.000,- DM bzw. 270.000,- DM und unterwarfen sich der sofortigen Zwangsvollstreckung. Die Grundschulden sollten von der Bekl. an die B.-GmbH ausgereichte Darlehen sichern. Der Kl. wirft der Bekl. vor, ihn über Liquiditätsprobleme der GmbH nicht aufgeklärt und insoweit getäuscht zu haben. Die finanzielle Situation sei ihr als Hausbank der - inzwischen insolventen - GmbH bekannt gewesen. Die Bekl. dürfe wegen Sittenwidrigkeit der Grundschuldbestellungen und bestehender Gegenansprüche auf Schadensersatz aus § 826 BGB und Verschulden bei Vertragsschluss (c.i.c.) nicht aus den Grundschulden vollstrecken; sie müsse diese Sicherheiten zurückgewähren. Zusätzlich hat der Kl. die Grundschuldbestellungen wegen arglistiger Täuschung angefochten, da er nicht über den - seiner Ansicht nach überhöhten - Grundschuldzins von 18% aufgeklärt worden sei.
Das Landgericht hat der Klage hinsichtlich der ersten Grundschuld stattgegeben, im Übrigen die Klage abgewiesen. Auf die Berufung der Bekl. hat das BerGer. die Vollstreckungsgegenklage insgesamt als unzulässig abgewiesen. Die Berufung des Kl. hat es zurückgewiesen. Mit der Revision verfolgt der Kl. sein Klagebegehren insgesamt weiter.

Aus den Gründen:
Die Revision hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das BerGer.

A. Entscheidung und Begründung des BerGer.
Das BerGer. hält den Kl. nicht für allein prozessführungsbefugt. Diese Befugnis ergebe sich unter anderem nicht aus § 2039 S. 1 BGB. Dessen Anwendungsbereich sei auf materiell-rechtliche Ansprüche beschränkt. Dafür sprächen prozessökonomische Erwägungen wegen sonst möglicher "Vervielfachung von Klageverfahren mit identischem Streitgegenstand" und ein Vergleich mit dem weiter gefassten § 2038 I 2 BGB. Auch nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes (BGHZ 14, 251) lägen die Voraussetzungen des § 2039 S. 1 BGB nicht vor, da weder die Anfechtung der Grundschuldbestellungen noch deren Sittenwidrigkeit oder auf § 826 BGB oder c.i.c. gestützte Zurückbehaltungsrechte materiell-rechtliche Ansprüche seien. Im Übrigen stehe § 767 III ZPO, der in prozessualer Hinsicht lex specialis zu § 2039 BGB sei, Vollstreckungsabwehrklagen einzelner Miterben entgegen. Anderenfalls könnten nicht alle Einwendungen - die einzelner Miterben nach § 2039 BGB einerseits und die, wie etwa Gestaltungsrechte, gemäß § 2040 BGB zwingend von der gesamten Erbengemeinschaft vorzubringenden andererseits - gebündelt geltend gemacht werden.

B. Entscheidung des BGH in der Revision
Das hält rechtlicher Nachprüfung bereits im Ansatz nicht stand.

I. Prozessführungsbefugnis des Kl. infolge gesetzlicher Prozessstandschaft gem. § 2039 S. 1 BGB
Die Prozessführungsbefugnis des Kl. ergibt sich aus § 2039 S. 1 BGB, der ihn berechtigt, in gesetzlicher Prozessstandschaft für die Erbengemeinschaft - und nicht etwa in Vertretung der übrigen Miterben - zum Nachlass gehörende Ansprüche ohne deren Mitwirkung auch klageweise geltend zu machen (einhellige Auffassung, vgl. BGH, Urteil vom 06.10.2004 - XII ZR 323/01 - ZEV 2005, 63 unter 1 b; BGHZ 44, 367 [370 ff]; RGZ 149, 193 [194]; BVerfG, NJW-RR 1998, 1081; BVerwG, Buchholz 424.01 § 149 FlurbG Nr. 5; Ann, Die Erbengemeinschaft, S. 258; Soergel/Wolf, BGB, 13. Aufl., § 2039 BGB Rz. 9; Lohmann in: Bamberger/Roth, BGB, § 2039 Rz. 2; Staudinger/Werner, BGB [2002], § 2039 Rz. 25; Münch.Komm.-BGB/Heldrich, 4. Aufl., § 2039 Rz. 20; Schlüter in: Erman, BGB, 11. Aufl., § 2039 Rz. 1; Stürner in: Jauernig, BGB, 11. Aufl., § 2039 Rz. 3). Die davon abweichende Auffassung des BerGer. überzeugt nicht; die von ihm dafür angeführten Gründe sind nicht tragfähig.

1. Unterschiedliche Regelungsbereiche von § 2038 I 2 BGB und § 2039 S. 1 BGB
Die verschiedenen sprachlichen Fassungen der §§ 2038 I 2 und 2039 S. 1 BGB beruhen allein auf deren unterschiedlichen Regelungsbereichen. Sie rechtfertigen deshalb auch keine einschränkende Auslegung des § 2039 BGB, wie sie das BerGer. vornehmen möchte. So reicht § 2038 BGB einerseits weiter als § 2039 BGB, da er nicht auf Ansprüche beschränkt ist, sondern auch rein tatsächliche und - anders als § 2039 BGB - auch belastende und nicht nur begünstigende Maßnahmen gestattet (vgl. Senatsurteil vom 28.09.2005 - IV ZR 82/04 - zur Veröffentlichung bestimmt in BGHZ 164, 181 - Rz. 12). Andererseits geht § 2039 S. 1 BGB über § 2038 I 2 BGB hinaus, indem er zur Geltendmachung eines Anspruchs durch einen einzelnen Miterben keine Dringlichkeit voraussetzt (vgl. BGH, Urteil vom 06.10.2004 - XII ZR 323/01 - ZEV 2005, 63 unter 1 c bb). § 2039 S. 1 BGB soll so gewährleisten, dass jeder Miterbe die durch Untätigkeit einzelner Miterben drohenden Nachteile abwenden kann, ohne selbst einen unberechtigten Sonder-

vorteil zu haben und ohne erst umständlich auf Zustimmung der übrigen klagen zu müssen (Protokolle zum BGB, Bd. V S. 864 f.; RGZ 149, 193 [194]; Soergel/Wolf, aaO § 2039 BGB Rz. 1).

2. § 767 III ZPO schränkt § 2039 S. 1 BGB nicht ein
Das Bündelungsgebot des § 767 III ZPO steht der durch § 2039 S. 1 BGB gewährten Prozessführungsbefugnis nicht entgegen. Es bewirkt nur eine Präklusion von Einwendungen für spätere - wiederholte - Vollstreckungsgegenklagen (Zöller/Herget, ZPO, 25. Aufl., § 767 Rz. 22). Daraus ergibt sich entgegen der Ansicht des BerGer. aber keine prozessuale Pflicht, alle möglichen Einwendungen schon im ersten Verfahren geltend zu machen, mit der Folge, dass bei Nichteinhaltung dieser Pflicht eine sonst gegebene Prozessführungsbefugnis entfiele.

3. Mögliche prozessökonomische Nachteile hinzunehmen
Im Falle mehrerer Klagen einzelner Miterben hinsichtlich desselben Anspruchs können sich allerdings - prozessökonomisch gesehen - Reibungsverluste ergeben. Das liegt in der Natur des jeweils individuellen Streitgegenstandes. Danach erstreckt sich die Rechtskraft eines durch einen einzelnen Miterben nach § 2039 S. 1 BGB erwirkten Urteils nicht auf die am Prozess nicht beteiligten Miterben (RGZ aaO; BFHE 156, 8 [10]). Dies ist als notwendige Folge der gesetzlichen Regelung hinzunehmen (BVerwG, RÜ BARoV 2003, 7; Ann, aaO., S. 259; vgl. auch BGH, Urteil vom 21.12.1988 - VIII ZR 277/87 - NJW 1989, 2133 unter II 2 b).

II. Zur Geltendmachung eines zum Nachlass gehörenden Anspruches i. S. d. § 2039 S. 1 BGB
Die Auffassung des BerGer., der Kl. mache keinen Nachlassanspruch im Sinne des § 2039 S. 1 BGB geltend und sei deswegen daraus auch nicht prozessführungsbefugt, ist mit dem grundlegenden Urteil des Bundesgerichtshofes vom 13.07.1954 (BGHZ 14, 251) nicht zu vereinbaren.

1. Anspruch i. S. d. § 194 I BGB erforderlich
Richtig ist allerdings, dass auch nach dieser Rechtsprechung, von der abzuweichen der Senat keinen Anlass sieht, Nachlassansprüche gemäß § 2039 S. 1 BGB nur solche im Sinne des § 194 I BGB sein können. Das hindert einen einzelnen Miterben aber nicht schon grundsätzlich, eine prozessuale Gestaltungsklage zu erheben, wie sie die auf Beseitigung der einem Anspruch gewährten Vollstreckbarkeit gerichtete Vollstreckungsgegenklage nach § 767 ZPO i.V. m. §§ 794 I Nr. 5, 795, 797 ZPO darstellt (BGHZ 118, 229 [235 f.]; 22, 54 [56]). Zwar behält § 2040 BGB auch die Ausübung von Gestaltungsrechten der gesamten Erbengemeinschaft vor, doch gilt dies nur für rechtsgeschäftliche Verfügungen. Bei der Vollstreckungsgegenklage hat indes nur - wie bei der Nichtigkeitsklage aus § 579 ZPO (BGHZ 14, 251 [255]) - das richterliche Urteil Gestaltungswirkung.

2. Geltendmachung des Anspruches auch mittels der Gestaltungsklage nach § 767 ZPO denkbar
Die bloße Einkleidung der Vollstreckungsgegenklage als Rechtsgestaltungsklage kann - ebenso wie bei der Nichtigkeitsklage - nicht verhüllen, dass die Klage nur das Mittel ist, den vom Kl. behaupteten (materiellen) Anspruch durchzusetzen (vgl. BGHZ, aaO.). Dieser zielt darauf, die Unterlassung der Zwangsvollstreckung aus den Grundschulden und damit letztlich deren Rückgewähr zu erreichen. Für dieses sachlichrechtliche Begehren kommen Ansprüche aus der Sicherungsabrede (vgl. Wenzel, Sicherung von Krediten durch Grundschulden, Rz. 2410, 2421, 2426 m.w.N.), § 812 I BGB i.V. m. § 138 BGB, § 826 BGB oder c.i.c. in Betracht (vgl. BGHZ 151, 316 [327]; BGH, Urteil vom 07.05.1987 - IX ZR 198/85 - NJW-RR 1987, 1291 unter 1). Mit seinem für das Revisionsverfahren als zutreffend zu unterstellenden Vortrag legt der Kl. deren Voraussetzungen hinreichend schlüssig dar. Solche im Zusammenhang mit der Bestellung von Grundschulden für ein Nachlassgrundstück stehende Ansprüche auf Rückgewähr oder entsprechenden Schadensersatz könnte jeder Miterbe nach § 2039 S. 1 BGB geltend machen. Nichts anderes kann dann aber gelten, wenn diese Ansprüche nicht unmittelbar, sondern in der verfahrensrechtlichen Einkleidung einer Vollstreckungsgegenklage durchgesetzt werden sollen (vgl. BGHZ 14, 251; ausdrücklich zustimmend Soergel/Wolf, aaO., § 2039 Rz. 5, 8; vgl. auch Münch.Komm.BGB/Heldrich, aaO., § 2039 Rz. 2, 19; Lange/Kuchinke, Erbrecht, 5. Aufl., § 43 III 4 a).

III. Zur Nachlasszugehörigkeit des mit der Klage verfolgten Anspruchs
Entgegen der Revision bestehen schließlich keine Zweifel, dass der vom Kl. verfolgte Anspruch zum Nachlass gehört. Diese Zugehörigkeit ist gegeben, wenn die Erbengemeinschaft als solche Rechtsträgerin des Anspruchs ist (BGHZ 23, 207 [212]; Staudinger/Werner, aaO., § 2039 Rz. 7; Soergel/Wolf, aaO., § 2039 Rz. 3; Münch.Komm.-BGB/Heldrich, aaO., Rz. 3). Hier richtet sich der titulierte dingliche Anspruch aus §§ 1147, 1192 I BGB gegen die Miterbengemeinschaft, der das Eigentum am belasteten Grundstück zur gesamten Hand zusteht (§§ 2032 ff. BGB; Senatsurteil vom 27.10.2004 - IV ZR 174/03 - NJW 2005, 284 unter 2 a). Ist aber die Gesamthand Schuldnerin eines Grundpfandrechts, so kann für einen Anspruch, der im Ergebnis auf die Rückabwicklung eben dieser Sicherheitenbestellung abzielt, nichts anderes gelten (vgl. BGH, Urteil vom 30.10.1986 - IX ZR 126/85 - NJW 1987, 434 unter II 3 b zu § 2041 S. 1 BGB; auch

Münch.Komm.-BGB/Heldrich, aaO., § 2039 Rz. 2). Auch dieser Anspruch steht den Miterben zur gesamten Hand zu, er gehört zum Nachlass und kann vom Kl. allein für die Erbengemeinschaft geltend gemacht werden. Der damit möglich gewordenen Zeugenstellung seines Miterben (vgl. nur Münch.Komm.-BGB/Heldrich, aaO., § 2039 Rz. 20) kann im Rahmen der Beweiswürdigung hinreichend Rechnung getragen werden (vgl. BGH, Urteile vom 02.10.1987 - V ZR 182/86 - NJW-RR 1988, 126 unter II 2 b; vom 12.12.1987 - II ZR 21/87 - NJW 1988, 1585).

Standort: Kaufrecht Problem: Anwendbarkeit des § 323 V 2 BGB bei Arglist

BGH, URTEIL VOM 24.03.2006
V ZR 173/05 (NJW 2006, 1960)

Problemdarstellung:

Nach den Feststellungen der Instanzgerichte hatten die Bekl. den Kl. hier beim Verkauf einer Eigentumswohnung einen Feuchtigkeitsschaden verschwiegen, dessen Beseitigung ca. 2.500,- € kosten würde. Angesichts des Kaufpreises von 84.363,16 € ein relativ geringfügiger Schaden, dessen Beseitigung die Bekl. gleichwohl ablehnten. Die Klage auf Kaufpreisrückzahlung gem. §§ 437 Nr. 2, 323 I, 346 BGB blieb in den beiden ersten Instanzen trotzdem erfolglos. Es wurde auf die Regelung des § 323 V 2 BGB verwiesen, wonach eine vollständige Rückabwicklung eines gegenseitigen Vertrags infolge Rücktritts bei einer nur unerheblichen Pflichtverletzung des Schuldners ausgeschlossen sein soll. Es bleibt dem Gläubiger unbenommen, wegen eines Mangels den Kaufpreis zu mindern (§§ 437 Nr. 2, 323, 441 I 2 BGB) oder Schadensersatz zu verlangen, hinsichtlich des großen Schadensersatzes statt der Leistung jedoch mit der parallelen Einschränkung durch § 281 I 3 BGB.

Der BGH korrigierte diese Entscheidungen mit seinem vorliegenden Urteil dahingehend, dass die schuldnerschützende Vorschrift des § 323 V 2 BGB (entsprechend: § 281 I 3 BGB) jedenfalls grundsätzlich unanwendbar ist, wenn der Verkäufer dem Käufer das Vorliegen eines Mangels arglistig verschwiegen hat. Anders als noch § 459 I 2 BGB a. F., der für den vollständigen Ausschluss der Gewährleistung allein auf das objektive Vorliegen eines nur unerheblichen Mangels abstellte, ist nach § 323 V 2 BGB die Schwere der Pflichtverletzung maßgeblich. Dieses lässt Raum für die Bewertung, dass das Interesse des Schuldners an dem Bestand des Vertrags, den er in seiner konkreten Form überhaupt erst durch seine Arglist zustande gebracht hat, hier nicht den Vorrang vor dem Wunsch des Gläubigers genießen kann, den Vertrag rückgängig zu machen.

Prüfungsrelevanz:

Die Ausführungen des BGH zeigen, dass bereits unter Geltung des alten Schuldrechts umstritten war, inwiefern sich ein arglistiger Verkäufer auf die Geringwertigkeitsklausel des § 459 I 2 BGB berufen konnte. Es wurde hier also ein bereits sehr alter Streit zur Schutzwürdigkeit des arglistigen Verkäufers käufer- und damit häufig verbraucherfreundlich entschieden. Soweit noch Fälle nach altem Recht zu entscheiden sind, ist bei der Übertragung dieser Grundsätze aber Vorsicht geboten, da der BGH sein Urteil zu § 323 V 2 BGB gerade auch mit der gegenüber § 459 I 2 BGB a. F. neuen Betonung des Ausmaßes der Pflichtwidrigkeit des Schuldnerverhaltens begründete.

Die Kenntnis dieses Urteils sowie seiner tragenden Erwägungen ist Examenskandidaten aufgrund der großen Relevanz des Kaufrechts wie auch des allgemeinen Leistungsstörungsrechts in Ausbildung und Praxis dringend zu empfehlen. Auch die weiteren Ausführungen des Senats zum Verhältnis der einzelnen gewährleistungsrechtlichen Ansprüche zueinander sollten vor diesem Hintergrund nicht ungelesen bleiben.

Vertiefungshinweise:

❑ Bei wirksamem Gewährleistungsausschluss grundsätzlich auch kein Anspruch auf Abtretung von Ansprüchen gegen den Erstverkäufer: *BGH*, RA 2004, 448 = NJW 2004, 1873

❑ Zur Verjährung werkvertraglicher Gewährleistungsansprüche bei Arglist des Unternehmers: *BGH*, RA 2005, 201 = NJW 2005, 893

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs:* "Augen auf beim Mustangkauf"

❑ *Assessorkurs:* "Der versicherte PKW"

Leitsatz:

Eine den Rücktritt und die Geltendmachung von Schadensersatz statt der ganzen Leistung ausschließende unerhebliche Pflichtverletzung ist beim Kaufvertrag in der Regel zu verneinen, wenn der Verkäufer über das Vorhandensein eines Mangels arglistig getäuscht hat.

Sachverhalt:

Mit notariellem Vertrag vom 16.08.2002 kauften die Kl. von den Bekl. eine Eigentumswohnung unter Ausschluss der "Gewährleistung" für Sachmängel. Der Kaufpreis betrug 84.363,16 €. Für Maklerprovision, Grunderwerbsteuer, Gebühren des Grundbuchamts und des beurkundenden Notars wandten die Kl. ins-

gesamt 8.778,91 € auf. Nach der Übergabe der Wohnung stellten die Kl. u.a. einen Feuchtigkeitsschaden fest, dessen Beseitigung rund 2.500,- € kostet. Die Kl. erklärten den Rücktritt vom Vertrag, nachdem die Bekl. die geforderte Nachbesserung abgelehnt hatten. Nunmehr verlangen sie die Rückabwicklung des Kaufvertrags, machen hierzu die Unwirksamkeit des Haftungsausschlusses geltend und behaupten, den Bekl. sei der Schaden schon vor Vertragsschluss bekannt gewesen.

Das Landgericht hat die auf Rückzahlung des Kaufpreises, Erstattung der Vertragskosten sowie auf Feststellung des Annahmeverzugs und der Verpflichtung zum Ersatz des derzeit nicht bezifferbaren Schadens gerichtete Klage abgewiesen. Die hiergegen gerichtete Berufung ist erfolglos geblieben. Mit der von dem Oberlandesgericht zugelassenen Revision verfolgen die Kl. ihr Begehren weiter. Die Bekl. beantragen die Zurückweisung des Rechtsmittels.

Aus den Gründen:

A. Entscheidung und Begründung des BerGer.

Das BerGer. steht auf dem Standpunkt, eine Rückabwicklung des Kaufvertrags scheitere daran, dass der Feuchtigkeitsschaden als unerheblicher Mangel im Sinne von § 323 V 2 BGB zu qualifizieren sei. Bei einzelfallbezogener Interessenabwägung überwiege das Interesse der Bekl. am Fortbestand des Vertrags. Zu Lasten der Bekl. sei zwar deren arglistiges Verhalten zu berücksichtigen. Dennoch falle die Interessenabwägung zu ihren Gunsten aus, weil der vergleichsweise geringe Mangelbeseitigungsaufwand von nur 2.500,- € nicht die Nachteile aufwiege, die sie bei einer Rückabwicklung erlitten. Die Bekl. müssten bei Rückabwicklung des Vertrags nicht nur den Kaufpreis erstatten, sondern auch die Vertragskosten und ggf. die mit einer vorzeitigen Darlehensablösung einhergehenden Vorfälligkeitszinsen.

B. Entscheidung des BGH in der Revision

Diese Ausführungen halten einer revisionsrechtlichen Prüfung nicht stand.

I. Anspruch der Kl. auf Kaufpreisrückzahlung gem. §§ 437 Nr. 2, 323, 346 BGB

Das BerGer. hat die Voraussetzungen für einen Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises nach §§ 437 Nr. 2, 323, 346 BGB zu Unrecht verneint.

1. Mangelhafte Kaufsache und gem. § 444 Fall 1 BGB unbeachtlicher Gewährleistungsausschluss

Allerdings geht das BerGer. zutreffend davon aus, dass die Feuchtigkeitsschäden einen Mangel der Kaufsache bilden. Der Sache nach hat es auch zutreffend zugrunde gelegt, dass sich die Bekl. nach § 444 BGB auf den vereinbarten Haftungssausschluss insoweit nicht berufen können, weil ihnen der Mangel bekannt gewesen sei. Die gegen die Feststellung der Kenntnis erhobenen Gegenrügen hat der Senat geprüft, jedoch im Ergebnis nicht für durchgreifend erachtet; von einer weiteren Begründung hierzu wird abgesehen (§ 564 I ZPO).

2. § 323 V 2 BGB bei Arglist des Verkäufers grundsätzlich nicht anwendbar

Rechtsfehlerhaft ist indessen die Annahme, es liege lediglich eine den Rücktritt ausschließende unerhebliche Pflichtverletzung im Sinne des § 323 V 2 BGB vor. Dabei kann offen bleiben, ob es bei Mangelbeseitigungskosten von 2.500,- € noch gerechtfertigt sein kann, eine unerhebliche Pflichtverletzung zu bejahen (krit. Anw.Komm.-BGB/Büdenbender, § 437 Rz. 36; differenzierend Schmidt-Räntsch in: Festschrift für Wenzel, 2005, S. 409, 411 ff, 423 f. m.w.N.; vgl. auch Erman/Grunewald, BGB, 11. Aufl., § 437 Rz. 7 m.w. N.: Es komme nicht nur auf die Relation der Mangelbeseitigungskosten zum Kaufpreis an, sondern auch darauf, ob die Kosten absolut gesehen geringfügig seien). Denn selbst bei einer nach objektiven Gesichtspunkten geringfügigen Pflichtverletzung kann der Käufer zumindest grundsätzlich die Rückabwicklung des Vertrags verlangen, wenn der Verkäufer – wie hier – einen Mangel arglistig verschwiegen hat.

a. § 323 V 2 BGB n. F. Nachfolgeregelung für § 459 I 2 BGB a. F.

Die durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz mit Wirkung zum 01.01.2002 eingeführte Vorschrift des § 323 V 2 BGB löst u.a. die bisher für das Kaufrecht maßgebliche Regelung des § 459 I 2 BGB a.F. ab. Während nach der früheren Gesetzeslage die Gewährleistungshaftung des Verkäufers bei Unerheblichkeit insgesamt entfiel, wird nach heutigem Recht lediglich die Rückabwicklung des Kaufvertrags ausgeschlossen; das Recht auf Minderung und der Anspruch auf kleinen Schadensersatz bleiben dem Käufer auch bei Unerheblichkeit des Mangels erhalten.

b. Anwendung des § 459 I 2 BGB a. F. bei Arglist des Verkäufers streitig

Bereits nach altem Recht war umstritten, ob der Haftungsausschluss bei geringfügigen Mängeln auch dann gelten sollte, wenn der Verkäufer diese arglistig verschwiegen hatte. So wollte eine Auffassung die Geringfügigkeitsklausel des § 459 I 2 BGB a.F. unter Hinweis auf Wortlaut und Entstehungsgeschichte der Norm auch bei arglistigem Verhalten des Verkäufers zur Anwendung bringen (RG SeuffA 83 Nr. 66; OLG Stuttgart, NJW-RR 1997, 754; Münch.Komm.-BGB/Westermann, 3. Aufl., § 463 a.F. Rz. 5; Palandt/Putzo, BGB, 60. Aufl., § 463 a.F. Rz. 11; Soergel/Huber, BGB, 12. Aufl., § 463 a.F. Rz. 22 und 25). Demgegenüber sprach sich eine andere Auffassung für eine Haftung des Verkäufers aus, um die Tatbestände

der Arglist und der zugesicherten Eigenschaft gleich zu behandeln (OLG Köln, MDR 1986, 495; OLG Naumburg, OLGR 1999, 155; Staudinger/Honsell, BGB [1995], § 459 a.F. Rz. 61 und § 463 a.F. Rz. 12; RGRK-BGB/Mezger, 12. Aufl., § 463 a.F. Rz. 1; wohl auch Erman/Grunewald, BGB, 10. Aufl., § 463 a.F. Rz. 5). Der Senat hat diese Frage bislang offen gelassen (Urteil vom 10.07.1963, V ZR 66/62, WM 1963, 967 f.; ebenso OLG Karlsruhe, MDR 1992, 129; KG, NJW-RR 1989, 972 f.).

c. Fortsetzung des Streites unter Geltung des neuen Schuldrechts

Auch unter der Geltung des neuen Schuldrechts besteht keine Einigkeit über die Berücksichtigung der Arglist. Den Gegenstand der Auseinandersetzung bildet nunmehr die Frage, ob der in § 323 V 2 BGB geregelte Ausschluss der Rückabwicklung eines Vertrags auch dem arglistigen Verkäufer zugute kommen soll (die Frage bejahend Anw.Komm.-BGB/Dauner-Lieb, § 323 Rz. 36; Bamberger/Roth/Faust, BGB, 2003, § 437 Rz. 27; Soergel/Gsell, BGB, 13. Aufl., § 323 Rz. 216; verneinend Reinking/Eggert, Der Autokauf, 9. Aufl., Rz. 1442 und 1616; vermittelnd Palandt/Grüneberg, BGB, 65. Aufl., § 323 Rz. 32 und Staudinger/Otto, BGB [2004], § 323 Rz. 30, die ein arglistiges Verhalten des Verkäufers im Rahmen einer umfassenden Interessenabwägung berücksichtigen wollen).

d. Streitentscheid durch den erkennenden Senat

Der Senat entscheidet die Rechtsfrage europarechtskonform (Art. 3 VI, 8 II der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie, abgedruckt in NJW 1999, 2421 ff) dahin, dass eine unerhebliche Pflichtverletzung im Sinne von § 323 V 2 BGB zumindest in der Regel zu verneinen ist, wenn dem Verkäufer arglistiges Verhalten zur Last fällt. § 437 Nr. 2 BGB verweist bei Vorliegen eines Mangels auf die den Rücktritt von gegenseitigen Verträgen betreffende Vorschrift des § 323 BGB. Anders als § 459 I 2 BGB a.F. knüpft § 323 V 2 BGB nicht an die Unerheblichkeit des Mangels an, sondern über das Merkmal der Pflichtwidrigkeit an ein Verhalten des Schuldners. Das lässt Raum für die Berücksichtung arglistigen Verhaltens. Da die Verletzung der Pflicht zur Verschaffung einer mangelfreien Sache (vgl. §§ 434, 437 BGB; BT-Drucks 14/6040, S. 209, 219 f.) bei Arglist ein anderes Gewicht erhält als im Regelfall, in dem ein Verkäufer unter Beachtung der grundlegenden Redlichkeitsanforderungen des Geschäftsverkehrs eine mangelhafte Sache liefert (vgl. auch BT-Drucks aaO., S. 210), erscheint es sachgerecht, diesem qualitativ erheblichen Unterschied auch bei der Konkretisierung des Merkmals der Unerheblichkeit Rechnung zu tragen (vgl. auch Bamberger/Roth/Saenger, Art. 25 CISG Rz. 8; für Art. 25, 49 CISG offen gelassen in BGHZ 132, 290 [303]). Die Vorschrift des § 325 V 2 BGB enthält eine Ausnahme von der allgemeinen Regelung des § 323 I BGB, die dem Gläubiger bei einer Pflichtverletzung des Schuldners generell ein Rücktrittsrecht einräumt. Diesem Regel-Ausnahme-Verhältnis liegt eine Abwägung der Interessen des Gläubigers und des Schuldners zugrunde. Während der Gesetzgeber bei einer mangelhaften Leistung grundsätzlich dem Rückabwicklungsinteresse des Gläubigers den Vorrang einräumt, soll dies ausnahmsweise bei einer unerheblichen Pflichtverletzung nicht gelten, weil das Interesse des Gläubigers an einer Rückabwicklung bei nur geringfügigen Vertragsstörungen in der Regel gering ist, wohingegen der Schuldner oft erheblich belastet wird (vgl. auch Erman/Grunewald, BGB, 11. Aufl., § 437 Rz. 7; ähnlich Soergel/Gsell, aaO., § 323 Rz. 213). Daher überwiegt in diesen Fällen ausnahmsweise das Interesse des Schuldners am Bestand des Vertrags. Bei typisierender Betrachtung scheidet ein überwiegendes Interesse des Schuldners jedoch aus, wenn dieser arglistig gehandelt hat. Wird der Abschluss eines Vertrags durch arglistiges Verhalten einer Partei herbeigeführt, so verdient deren Vertrauen in den Bestand des Rechtsgeschäfts keinen Schutz (vgl. Senat, Urteil vom 11.05.1979, V ZR 75/78, NJW 1979, 1983 [1984]). Vielmehr bleibt es in diesen Fällen bei dem allgemeinen Vorrang des Gläubigerinteresses an einer Rückabwicklung des Vertrags, ohne dass es hierzu einer weiteren Abwägung bedürfte. Ob dies selbst dann gilt, wenn die Pflichtverletzung des Verkäufers trotz Vorliegens einer arglistigen Täuschung derart unbedeutend ist, dass eine verständige Vertragspartei ohne weiteres am Vertrag festhalten würde - was bei Mängeln mit Bagatellcharakter in Betracht zu ziehen ist -, braucht nicht entschieden zu werden, weil davon vorliegend keine Rede sein kann.

3. Fristsetzung seitens der Kl. entbehrlich gem. § 323 II Nr. 1 BGB

Die Abweisung des Anspruchs auf Rückzahlung des Kaufpreises nebst Zinsen ist nicht im Ergebnis aus anderen Gründen richtig. Die Kl. sind wirksam von dem Kaufvertrag zurückgetreten. Einer Fristsetzung bedurfte es nicht, weil die Beklagten mit Anwaltsschreiben vom 29.04.2004 eine Nacherfüllung ernsthaft und endgültig verweigert haben (§ 323 II Nr. 1 BGB). Der Zinsanspruch ist aus § 291 BGB begründet.

II. Klage auch im Übrigen vollumfänglich begründet

Ist der Kaufvertrag danach rückabzuwickeln, erweist sich die Abweisung der Klage auch im Übrigen als rechtsfehlerhaft.

1. Anspruch der Kl. auf Ersatz der Vertragskosten gem. §§ 437 Nr. 3, 284 BGB

Der Anspruch auf Erstattung der Vertragskosten findet seine Grundlage in §§ 437 Nr. 3, 284 BGB. Dieses

Recht steht dem Käufer einer mangelhaften Sache nach § 325 BGB auch dann zu, wenn er – wie hier – wegen des Mangels den Rücktritt von dem Kaufvertrag erklärt hat (vgl. auch BT-Drucks 14/6040, S. 221; BGH, Urteil vom 20.07.2005, VIII ZR 275/04, NJW 2005, 2848, zur Veröffentlichung in BGHZ 163, 381 bestimmt).

2. Anspruch der Kl. auf Schadensersatz statt der Leistung nicht gem. § 281 I 3 BGB ausgeschlossen

Der Antrag, die weitere Schadensersatzpflicht der Bekl. festzustellen, hat Erfolg. Das gemäß § 256 I ZPO erforderliche Feststellungsinteresse ergibt sich daraus, dass die Kl. zu einer abschließenden Bezifferung des ihnen entstandenen Schadens derzeit nicht in der Lage sind. In der Sache ist das Feststellungsbegehren aus §§ 437 Nr. 3, 280, 281 BGB begründet. Der Befugnis der Kl., Schadensersatz statt der ganzen Leistung zu verlangen, steht schon deshalb nicht § 281 I 3 BGB entgegen, weil eine unerhebliche Pflichtverletzung nicht vorliegt. Insoweit müssen die gleichen Maßstäbe wie bei § 323 V 2 BGB gelten, weil nur so der vom Gesetzgeber gewollte Gleichlauf von beiden auf die Liquidation des Vertrags gerichteten Rechtsbehelfen (vgl. BT-Drucks. 14/7052, S. 185) erreicht werden kann.

3. Annahmeverzug der Bekl. hinsichtlich der Rückauflassung der Eigentumswohnung

Schließlich ist der Annahmeverzug der Bekl. festzustellen. Zwar muss nach § 294 BGB eine Leistung grundsätzlich tatsächlich so angeboten werden, wie sie zu bewirken ist, was bei einer Auflassungsverpflichtung regelmäßig die Mitteilung eines Termins zur Beurkundung bei einem Notar voraussetzt (Senat, BGHZ 116, 244 [250]). Ausnahmsweise reicht jedoch zur Begründung des Annahmeverzugs nach § 295 BGB auch ein wörtliches Angebot aus, wenn sich die Gläubiger - wie hier - bestimmt und eindeutig geweigert haben, die ihnen obliegende Gegenleistung zu erbringen (Senat, Urteil vom 15.11.1996, V ZR 292/95, NJW 1997, 581).

III. Eigene Sachentscheidung des Senats möglich

Nach allem hat das angefochtene Urteil keinen Bestand. Der Senat kann in der Sache selbst entscheiden, weil der Rechtsstreit zur Endentscheidung reif ist im Sinne von § 563 III ZPO. Weitere Feststellungen kommen nicht in Be-tracht.

IV. Kostenentscheidung

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 91, 100 IV 1 ZPO.

Standort: Bereicherungsrecht Problem: Ausgleich im Mehrpersonenverhältnis

BGH, URTEIL VOM 11.04.2006
XI ZR 220/05 (NJW 2006, 1965)

Problemdarstellung:

Obwohl eine schriftliche Einzugsermächtigung des Streithelfers der Kl. nicht vorlag, ließ die Bekl. den Rechnungsbetrag von 1.508,58 € für an der EDV-Anlage des Streithelfers durchgeführte Arbeiten im Lastschriftverfahren von dessen Konto einziehen. Der Belastung seines Kontos am 03.11.2003 durch die Kl. - seine Bank - widersprach der Streithelfer der Kl. am 27.01.2004 mit der Folge, dass die Kl. den streitgegenständlichen Betrag seinem Konto wieder gutschrieb und ihn nunmehr von der Bekl. zurückforderte.

Mit diesem Verlangen bekam die Kl. nunmehr letztinstanzlich Recht. Der BGH nahm einen Anspruch aus § 812 I 1 Fall 2 BGB (Nichtleistungskondiktion) an. Dem stehe insbesondere nicht die Annahme einer Leistung des Betrages durch den Streithelfer der Kl. an die Bekl. entgegen. Selbst bei Vorliegen einer schriftlichen Einzugsermächtigung und anschließendem Widerspruch gegen die Kontobelastung soll sich nach den Ausführungen des Senats daran nichts ändern. Das Erteilen einer Einzugsermächtigung sei lediglich als die Erlaubnis zu verstehen, das von der Kreditwirtschaft entwickelte technische Verfahren des Lastschrifteinzug zu benutzen. Nicht enthalten sei jedoch eine Ermächtigung, der eigenen Bank Anweisungen für Verfügungen über vorhandenes Kontoguthaben zu verfügen. Der Fall war daher nicht mit der Leistung kraft Anweisung zu vergleichen, in dem es auch bei unwirksamer Anweisung dann zu einer "Rückabwicklung über das Dreieck" kommen kann, wenn der Schuldner des Valutaverhältnisses in zurechenbarer Weise den Rechtsschein einer wirksamen Anweisung setzt, etwa indem er einen bereits geschlossen Überweisungsvertrag wieder kündigt oder einen bereits in Verkehr gebrachten Scheck sperren lässt. Einer Direktkondiktion stand im Ergebnis somit nichts im Weg.

Prüfungsrelevanz:

Gerade in jüngster Vergangenheit erfreute sich die Problematik bereicherungsrechtlicher Mehrpersonenverhältnisse wiederum großer Aufmerksamkeit in Rechtsprechung und Ausbildungsliteratur. Dies zeigen nicht zuletzt die beiden in diesem Heft aufgenommenen BGH-Entscheidungen zu diesem Problemkreis sowie die dortigen Vertiefungshinweise. Neben einer Vertiefung der diesbezüglichen Kenntnisse ist das hier dargestellte Urteil natürlich lesenwert, weil es einen tieferen Einblick in die verschiedenen Möglichkeiten des unbaren Zahlungsverkehrs und die rechtliche Be-

urteilung dieser Vorgänge durch den BGH gewährt. Zudem werden die einzelnen Voraussetzungen des § 812 I 1 Fall 2 BGB und ihre Bedeutung in den ausführlichen Entscheidungsgründen durch den Senat sehr deutlich herausgearbeitet.

Vertiefungshinweise:

❑ Direktkondiktion möglich, wenn an den Zessionar des vermeintlichen Gläubigers einer tatsächlich bestehenden Forderung gezahlt: *BGH*, NJW 2006, 1731 (auch abgedruckt in dieser RA)

❑ Direktkondiktion nach Scheinanweisung eines vermeintlichen Darlehensnehmers: *BGH*, RA 2003, 169 = NJW 2003, 582

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs:* "Heimatfilm"

❑ *Assessorkurs:* "Der fränkische Bauernschrank"

Leitsatz:

Im Einzugsermächtigungsverfahren kann der Schuldnerbank, die den Lastschriftbetrag zunächst dem Girokonto des Schuldners belastet, auf dessen Widerspruch aber wieder gutgeschrieben hat, ein unmittelbarer Bereicherungsanspruch gegen den Gläubiger zustehen.

Sachverhalt:

Die klagende Sparkasse nimmt die Bekl. auf Rückzahlung eines im Einzugsermächtigungsverfahren eingezogenen Lastschriftbetrages in Anspruch. Die Bekl. stellte dem Streithelfer der Kl. Arbeiten an seiner EDV-Anlage mit 1.508,58 € in Rechnung und zog diesen Betrag am 03.11.2003 von seinem Girokonto bei der Kl. im Einzugsermächtigungsverfahren ein. Am 27.01.2004 widersprach der Streithelfer der Kl. der Belastung seines Kontos. Daraufhin schrieb die Kl. den Rechnungsbetrag seinem Konto mit Wertstellung zum 03.11.2003 wieder gut. Die Kl. ist der Auffassung, die Bekl. sei zum Lastschrifteinzug nicht berechtigt gewesen, weil sie die abgerechneten Arbeiten mangelhaft ausgeführt und der Streithelfer für das belastete Konto keine schriftliche Einzugsermächtigung erteilt habe.

Das Amtsgericht hat die Klage auf Zahlung von 1.508,58 € nebst Zinsen abgewiesen. Das BerGer. hat ihr stattgegeben. Mit der vom BerGer. zugelassenen Revision erstrebt die Bekl. die Wiederherstellung des amtsgerichtlichen Urteils.

Aus den Gründen:

Die Revision ist unbegründet.

A. Entscheidung und Begründung des BerGer.

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

Der Kl. stehe gegen die Bekl. ein Anspruch gemäß § 812 I 1 Alt. 2 BGB auf Zahlung von 1.508,58 € zu. Die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung einer Lastschrift richte sich nach denselben Grundsätzen wie die einer Zahlung durch Überweisung. Danach habe der Angewiesene einen unmittelbaren Bereicherungsanspruch gegen den Anweisungsempfänger, wenn es an einer wirksamen Anweisung fehle. Dies sei hier der Fall, weil der Streithelfer der Kl. der Bekl. jedenfalls für sein Konto bei der Kl. keine schriftliche Einzugsermächtigung erteilt habe. Ob eine wirksame Anweisung auch deshalb fehle, weil der Streithelfer der Kontobelastung widersprochen habe, könne dahinstehen. Mangels wirksamer Anweisung habe die Bekl. den eingezogenen Betrag ohne rechtlichen Grund erlangt. Auf ihre Werklohnforderung gegen den Streithelfer der Kl. könne die Bekl. sich gegenüber der Kl. nicht berufen.

B. Entscheidung des BGH in der Revision

Diese Ausführungen halten rechtlicher Überprüfung nicht stand.

I. Direktanspruch des Angewiesenen gegen Anweisungsempfänger bei fehlender Anweisung möglich

Das BerGer. ist rechtsfehlerfrei davon ausgegangen, dass sich der Bereicherungsausgleich in Fällen der Leistung kraft Anweisung, etwa aufgrund eines Überweisungsauftrages, grundsätzlich innerhalb des jeweiligen Leistungsverhältnisses vollzieht, also zum einen zwischen dem Anweisenden und dem Angewiesenen und zum anderen zwischen dem Anweisenden und dem Anweisungsempfänger (st.Rspr., vgl. BGHZ 147, 269 [273]; Senat, Urteil vom 21.06.2005 - XI ZR 152/04, WM 2005, 1564 [1565]; jeweils m.w.N.). Allerdings hat der Angewiesene ausnahmsweise einen unmittelbaren Bereicherungsanspruch gegen den Anweisungsempfänger, wenn eine wirksame Anweisung fehlt. Dies gilt unabhängig davon, ob der Anweisungsempfänger das Fehlen einer wirksamen Anweisung im Zeitpunkt der Zuwendung kannte, weil die Zahlung ohne gültige Anweisung dem vermeintlich Anweisenden nicht als seine Leistung zugerechnet werden kann, selbst wenn dieser den gezahlten Betrag dem Zahlungsempfänger tatsächlich schuldete (Senat, BGHZ 147, 145 [151] und Urteil vom 21.06.2005 - XI ZR 152/04, WM 2005, 1564 [1565 f.]; jeweils m.w.N.).

II. Anwendbarkeit dieser Grundsätze auch auf Lastschriftverfahren

Diese bereicherungsrechtlichen Grundsätze gelten prinzipiell auch für die Zahlung mittels Lastschrift (BGHZ 69, 186 [188]; BGH, Urteil vom 20.09.1982 - II ZR 186/81, WM 1982, 1246 [1247]; Grundmann, in: Ebenroth/Boujong/Joost, HGB BankR, Rz. II 140;

Münch.Komm.-BGB/Lieb, 4. Aufl., § 812 Rz. 99; Weber, Recht des Zahlungsverkehrs, 4. Aufl., S. 194). Obwohl die Initiative zum Lastschrifteinzug vom Gläubiger und nicht, wie bei der Überweisung, vom Schuldner ausgeht, handelt es sich rechtlich und wirtschaftlich in beiden Fällen um Leistungen des Schuldners (BGHZ 69, 186 [188]; Münch.Komm.-BGB/Lieb, 4. Aufl. § 812 Rz. 99; Weber, Recht des Zahlungsverkehrs, 4. Aufl., S. 194).

III. Einzugsermächtigung ohne Bedeutung für Bestimmung der Leistungsbeziehungen

Das BerGer. hat ferner im Ergebnis zutreffend angenommen, dass dem Streithelfer der Kl. die Belastung seines Kontos mit dem Rechnungsbetrag und die entsprechende Gutschrift auf dem Konto der Bekl. nicht als Leistung zurechenbar sind. Dies ergibt sich aber, anders als das BerGer. meint, nicht aus dem Fehlen einer schriftlichen Einzugsermächtigung. Auch eine schriftliche Einzugsermächtigung rechtfertigt es nicht, eine im Lastschriftverfahren bewirkte Zahlung als Leistung des Schuldners anzusehen. In einer vom Schuldner dem Gläubiger erteilten Einzugsermächtigung liegt keine Ermächtigung oder Vollmacht, das Weisungsrecht des Schuldners gegenüber seiner Bank auszuüben und über sein Guthaben bei dem Kreditinstitut zu verfügen, sondern nur die Gestattung, das von der Kreditwirtschaft entwickelte technische Verfahren des Lastschrifteinzugs zu benutzen (Senat, Urteil vom 14.02.1989 - XI ZR 141/88, WM 1989, 520 [521]).

1. Im Einzugsermächtigungsverfahren Zugriff auf Kundenkonto ohne dessen Auftrag

Anders als im Abbuchungsauftragsverfahren (vgl. BGHZ 72, 343 [345]; BGH, Urteil vom 10.04.1978 - II ZR 203/76, WM 1978, 819 [820]; van Gelder, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, 2. Aufl., § 57 Rz. 64, § 58 Rz. 45) greift die Schuldnerbank im Einzugsermächtigungsverfahren ohne eine Weisung oder einen Auftrag ihres Kunden auf dessen Konto zu (BGHZ 74, 300 [304]; Senat, BGHZ 144, 349 [353]; 162, 294 [302 f.]; BGH, Urteil vom 10.01.1996 - XII ZR 271/94, WM 1996, 335 [337]). Sie handelt bei der Einlösung einer Lastschrift im Einzugsermächtigungsverfahren nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGHZ 69, 82 [84 f.]; 74, 309 [312]; 95, 103 [105 f.]; Senat, BGHZ 144, 349 [353]) nur aufgrund einer von der Gläubigerbank oder einer etwa eingeschalteten Zwischenbank im eigenen Namen im Interbankenverhältnis erteilten Weisung.

2. Kontoinhaber kann Zugriff nachträglich genehmigen (§ 684 S. 2 BGB)

Da die Bank mangels Weisung des Schuldners dessen Konto zunächst unberechtigt belastet, kann der Schuldner ihr gegenüber der Belastung seines Kontos ohne Angabe von Gründen sowie unabhängig von dem Bestehen einer Verpflichtung im Valutaverhältnis widersprechen. Die Schuldnerbank hat dementsprechend keinen Aufwendungsersatzanspruch, solange ihr Kunde die Belastungsbuchung nicht nach § 684 S. 2 BGB genehmigt hat (BGHZ 74, 309 [312]; 95, 103 [106]; Senat, BGHZ 144, 349 [353 f.]; 162, 294 [303]). Erst die nachträgliche Zustimmung des Schuldners ergibt die Berechtigung der Schuldnerbank zur Einlösung der Lastschrift. Diese Genehmigung tritt an die Stelle einer Weisung im Sinne der §§ 675, 665 BGB, wie sie beim Überweisungsauftrag (vor Einführung der §§ 676a ff. BGB) oder beim Abbuchungsauftrag der Belastung vorausgeht (Hadding, WM 1978, 1366 [1368]).

3. Bei Fehlen der Genehmigung keine Anweisung

Verweigert der Schuldner hingegen die Genehmigung, indem er der Belastungsbuchung widerspricht, fehlt eine ihm zurechenbare Anweisung, so dass die Gutschrift auf dem Gläubigerkonto dem Schuldner nicht als Leistung zugerechnet werden und die Schuldnerbank gemäß § 812 I 1 Alt. 2 BGB beim Gläubiger Rückgriff nehmen kann (Soergel/Häuser/Welter, BGB, 12. Aufl., § 675 Rz. 205; van Gelder, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, BankrechtsHandbuch, 2. Aufl., § 58 Rz. 145; Stierle, Der Bereicherungsausgleich bei fehlerhaften Banküberweisungen, S. 115; Klinger, Die Rückabwicklung unberechtigter Lastschriften im Einzugsermächtigungsverfahren, Diss., Würzburg 1989, S. 220, 249 f., 283 f.; Denck, ZHR 147 (1983), 544 [561 f.]; Rinze, JuS 1991, 202 [205, 207]; vgl. auch Kümpel, Bank- und Kapitalmarktrecht, 3. Aufl., Rz. 4.502; a.A. LG Bonn, ZIP 2004, 2183 [2186]; Gößmann, Recht des Zahlungsverkehrs, 3. Aufl., Rz. 188 f.; Weber, Recht des Zahlungsverkehrs, 4. Aufl., S. 196; Ott, JA 1992, 170 [176]). Ob der Gläubiger aufgrund der ihm erteilten Einzugsermächtigung von einer Leistung des Schuldners ausgeht, ist unerheblich. Der so genannte Empfängerhorizont kann eine wirksame Anweisung als objektive Grundlage der Zurechnung nicht ersetzen (Senat BGHZ 147, 145 [151] und Urteil vom 21.06.2005 - XI ZR 152/04, WM 2005, 1564 [1565 f.]; jeweils m.w.N.).

4. Position des Gläubigers nicht mit derjenigen bei der Giroüberweisung vergleichbar

Gegen eine Durchgriffskondiktion unabhängig vom Vorliegen einer Einzugsermächtigung kann entgegen Canaris (Bankvertragsrecht, 3. Aufl., Rz. 627), der die vom Bundesgerichtshof nicht geteilte Ermächtigungstheorie vertritt, nicht eingewandt werden, der Lastschriftgläubiger erfahre dadurch eine beträchtliche Verschlechterung seiner Rechtsstellung gegenüber der Giroüberweisung. Die Rechtsstellung des Lastschriftgläubigers ist wegen der prinzipiell unbefristeten Widerspruchsmöglichkeit des Schuldners im Einzugser-

mächtigungsverfahren mit der des Überweisungsempfängers von vornherein nicht vergleichbar. Die daraus resultierenden Nachteile nimmt der Lastschriftgläubiger wegen der Vorteile, die das Einzugsermächtigungsverfahren bietet, bewusst in Kauf (Klinger, Die Rückabwicklung unberechtigter Lastschriften im Einzugsermächtigungsverfahren, Diss., Würzburg 1989, S. 251, 262; Denck, ZHR 147 (1983), 544 [561]). Die Vorteile bestehen für den Gläubiger vor allem darin, dass er im Einzugsermächtigungsverfahren die Initiative beim Zahlungseinzug ergreifen kann, nicht darauf angewiesen ist, die pünktliche Zahlung seiner Schuldner abzuwarten, dass die sofortige Gutschrift der eingereichten Lastschrift Liquiditäts- und Zinsvorteile bewirkt und dass die Zahlungsüberwachung rationalisiert wird, weil nur noch die in der Regel wenigen Rückbelastungen bearbeitet werden müssen (BGHZ 161, 49 [57]; BGH, Urteil vom 10.01.1996 - XII ZR 271/94, WM 1996, 335 [336]).

IV. Anspruch der Kl. aus Nichtleistungskondiktion im vorliegenden Fall

Die Entscheidung des BerGer. stellt sich aber aus anderen Gründen als richtig dar (§ 561 ZPO). Das BerGer. hat im Ergebnis zu Recht einen Anspruch der Kl. gegen die Bekl. gemäß § 812 I 1 Alt. 2 BGB (Nichtleistungskondiktion) auf Zahlung von 1.508,58 € bejaht.

1. Keine vorrangige Leistung des Streithelfers der Kl. an die Bekl.

Eine dem Streithelfer der Kl. zurechenbare Leistung an die Bekl. liegt nicht vor.

a. Keine Genehmigung der Abbuchung durch den Streithelfer der Kl.

Er hat der am 03.11.2003 erfolgten Belastung seines Kontos bei der Kl. am 27.01.2004 wirksam widersprochen. Dass die sechswöchige Frist gemäß Abschnitt III Nr. 2 S. 1 LSA in diesem Zeitpunkt bereits abgelaufen war, ist unerheblich (vgl. Senat BGHZ 144, 349 [354]), weil dieses Abkommen gemäß Abschnitt IV Nr. 1 Rechte und Pflichten nur zwischen den beteiligten Kreditinstituten, aber nicht gegenüber dem Streithelfer der Kl. als Schuldner begründet. Der Streithelfer der Kl. hatte die Belastung seines Kontos nach den Feststellungen des BerGer. und dem Sachvortrag der Parteien auch nicht zuvor genehmigt. Eine solche Genehmigung ergibt sich nicht aus Nr. 7 Abs. IV S. 2 AGB-Sparkassen. Danach gilt die Genehmigung spätestens dann als erteilt, wenn der Kunde der Belastung nicht vor Ablauf von sechs Wochen nach Zugang eines Rechnungsabschlusses widerspricht. Auch wenn dem Streithelfer der Kl. nach dem Ende des vierten Quartals 2003 ein Rechnungsabschluss zugegangen sein sollte, waren bis zum 27.01.2004 noch keine sechs Wochen vergangen.

b. Kein Rechtsschein einer Leistung des Streithelfers der Kl.

Die Bekl. kann sich auch nicht auf einen durch den Streithelfer geschaffenen Rechtsschein einer Leistung berufen. Der Streithelfer hat einen solchen Rechtsschein nicht in zurechenbarer Weise veranlasst. Allein die Erteilung einer Einzugsermächtigung begründet nicht den Rechtsschein einer wirksamen Anweisung, auch wenn der Schuldner dadurch mittelbar die Zahlung an den Gläubiger veranlasst. Die Einzugsermächtigung enthält, wie dargelegt, keine Ermächtigung oder Vollmacht, das Weisungsrecht des Schuldners gegenüber seiner Bank auszuüben und über sein Guthaben bei dieser zu verfügen, sondern nur die Gestattung, das von der Kreditwirtschaft entwickelte technische Verfahren des Lastschrifteinzugs zu benutzen (Senat, Urteil vom 14.02.1989 - XI ZR 141/88, WM 1989, 520 [521]). Daher ist der Fall, dass der Schuldner zunächst eine Einzugsermächtigung erteilt, später aber der darauf beruhenden Belastungsbuchung widerspricht, entgegen der Auffassung der Revision nicht mit der Situation vergleichbar, dass zunächst eine wirksame Anweisung erteilt und später widerrufen wird.

2. Zu den weiteren Voraussetzungen des § 812 I 1 Alt. 2 BGB

Auch die weiteren Voraussetzungen einer Nichtleistungskondiktion sind erfüllt.

a. Vermögensverschiebung zugunsten der Bekl.

Die Bekl. hat "etwas" im Sinne des § 812 I 1 Alt. 2 BGB, nämlich die Gutschrift des Rechnungsbetrages auf ihrem Konto, erlangt. Dies gilt unabhängig davon, ob der Bekl. eine Einzugsermächtigung des Streithelfers der Kl. vorlag. Das im Fall einer unberechtigten Lastschrift bestehende Stornierungsrecht der Gläubigerbank lässt die Bereicherung des Gläubigers nicht entfallen (a.A. Grundmann, in: Ebenroth/Boujong/Joost, HGB BankR, Rz. II 142). Dass die Gläubigerbank ihr Stornierungsrecht im vorliegenden Fall ausgeübt hat, obwohl die Kl. nicht sie gemäß Abschnitt III Nr. 2 S. 2, Abschnitt I Nr. 5 LSA, sondern die Bekl. gemäß § 812 Abs. I 1 Alt. 2 BGB in Anspruch nimmt, ist den Feststellungen des BerGer. und dem Sachvortrag der Parteien nicht zu entnehmen.

b. Vermögensverschiebung durch Eingriff in Rechte der Kl.

Die Bekl. hat die Gutschrift des Rechnungsbetrages auf Kosten der Kl. erlangt. Auch dies gilt unabhängig davon, ob die Bekl. die Lastschrift unberechtigt eingereicht hat und der Kl. ein Schadensersatzanspruch gemäß Abschnitt III Nr. 2 S. 2, Abschnitt I Nr. 5 LSA gegen die Gläubigerbank zusteht. Allein das Bestehen eines solchen Anspruchs hätte nicht zur Folge, dass das Vermögen der Gläubigerbank und nicht das der Kl. als Schuldnerbank belastet wird (a.A. Klinger, Die

Rückabwicklung unberechtigter Lastschriften im Einzugsermächtigungsverfahren, Diss., Würzburg 1989, S. 264; Schwintowski, in: Schwintowski/Schäfer, Bankrecht, 2. Aufl., § 8 Rz. 100). Davon wäre erst auszugehen, wenn die Gläubigerbank, anders als im vorliegenden Fall, tatsächlich Schadensersatz geleistet hätte. Grundsätzlich kann ein Gläubiger, dem Ansprüche gegen mehrere Schuldner zustehen, frei wählen, welchen der Schuldner er in Anspruch nehmen will, auch wenn der eine nach Bereicherungsrecht und der andere auf Schadensersatz haftet (vgl. BGHZ 52, 39 [42 ff]). Im Fall des Widerspruchs gegen eine Lastschrift ist für die Schuldnerbank die Inanspruchnahme des Gläubigers, sofern er nicht insolvent ist, zudem einfacher als die der Gläubigerbank. Denn im Verhältnis zum Gläubiger genügt die Darlegung, dass der Schuldner der Belastungsbuchung widersprochen hat, während ein Anspruch gegen dessen Bank nur gegeben ist, wenn die Zahlstelle darüber hinaus nachweisen kann, dass es sich um eine unberechtigte Lastschrift handelte, was einen Rückgriff auf das Valutaverhältnis erfordert, das beiden Banken nicht bekannt ist (vgl. van Gelder, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, 2. Aufl., § 58 Rz. 141).

c. Rechtsgrundlosigkeit der Vermögensverschiebung

Die Bekl. hat die Gutschrift im Verhältnis zur Kl. auch ohne rechtlichen Grund erlangt. Ob ihr gegen den Streithelfer der Kl. ein Anspruch auf Zahlung des Rechnungsbetrages zustand, ist unerheblich.

V. Zurückweisung der Revision

Die Revision war demnach als unbegründet zurückzuweisen.

Standort: Bereicherungsrecht Problem: Ausgleich im Mehrpersonenverhältnis

BGH, URTEIL VOM 26.01.2006
I ZR 89/03 (NJW 2006, 1731)

Problemdarstellung:

Die beklagte Bank hatte der Kl. mitgeteilt, dass ihr Geschäftspartner Herr Walter S. im Rahmen einer Globalzession sämtliche seiner aus seinem Geschäftsbetrieb erwachsenden Forderungen an sie - die Bank - abgetreten habe. Die Kl. sah sich sodann Forderungen der S.-GmbH ausgesetzt, die in ihren Geschäftsbeziehungen die Aufgaben des - zwischenzeitlich in Insolvenz gefallenen - Walter S. übernommen hatte. Aufgrund einer Verwechslung wurde der streitgegenständliche Betrag von 32.189,89 € mit weiteren 18.403,85 €, die für einen völlig anderen Geschäftspartner bestimmt waren, auf ein Konto des Walter S. bei der Bekl. überwiesen. Diese hatte Herrn S. die Verfügung über die eingegangenen Beträge gestattet und wehrte sich nun gegen den Versuch der Kl., die ausgezahlten Beträge direkt bei ihr zu kondizieren.

Hiermit hatte die Bekl. in der Berufungsinstanz Erfolg. Das BerGer. verglich diesen Fall mit der Situation, in welcher der Gläubiger einer vermeintlichen Forderung diese an einen Zessionar abgetreten und jener auch die Zahlung des Schuldners erhalten hatte. Hier hatte der BGH entschieden, dass der bereicherungsrechtliche Ausgleich infolge Nichtbestehens dieser Forderung grundsätzlich "über das Dreieck" zu erfolgen habe, da in den Rechtsbeziehungen zwischen Schuldner und Zedent auch der vermeintliche Rechtsgrund für die Zahlung zu suchen sei. Eine Direktkondiktion scheidet hingegen aus.

Der BGH unterstreicht in dieser Entscheidung aber, dass der vorliegende Fall anders gelagert ist: Es bestand bei der Kl. als Schuldnerin lediglich ein Irrtum über die Person des Gläubigers der tatsächlich bestehenden Forderung und somit der Relevanz der von ihm vorgenommenen Globalzession. Diesen Irrtum hatte der vermeintliche Gläubiger Herr Walter S. aber in keiner Weise verursacht. Auch hatte er gegenüber der Bekl. in keiner Weise den Anschein erweckt, die auf das bei ihr geführte Konto eingegangenen Zahlungen seien als seine Leistung an die Bekl. zu verstehen. Der BGH sah daher keinen Grund, Herrn Walter S. in eine bereicherungsrechtliche Rückabwicklung über das Dreieck einzubeziehen und nahm dem Grunde nach eine Direktkondiktion der Kl. gegen die Bekl. an.

Prüfungsrelevanz:

Die Rückabwicklung fehlgeleiteter Leistungen in bereicherungsrechtlichen Mehrpersonen-konstellationen zählt zu den im ersten wie zweiten Staatsexamen meistgefürchteten Problemstellungen des materiellen Zivilrechts. Dieser Fall zeigt, warum: Sobald die ausdrücklichen Regelungen der §§ 816, 822 BGB nicht eingreifen, ist jeder Einzelfall dahingehend zu untersuchen, wer jeweils die Parteien der Leistungsverhältnisse sind, zwischen denen grundsätzlich auch die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung zu erfolgen hat. Von diesem Grundsatz existieren aber wiederum zahlreiche Ausnahmen, insbesondere wenn aus der Sicht des Leistungsempfängers aufgrund durch Dritte zurechenbar gesetzter Rechtsscheinstatbestände die Leistungsverhältnisse vollkommen anders zu beurteilen sind, als dies aus objektiver Sicht oder gar der des Leistenden der Fall ist.

Die Kenntnis möglichst vieler Entscheidungen zu dieser Problematik ist uneingeschränkt zu empfehlen, darf aber auch hier nicht dazu verleiten, zu fallorientiert zu lernen. Auch das BerGer. glaubte in diesem Fall, auf eine BGH-Entscheidung aus 1988 zurückgreifen zu können und übersah dabei die entscheidenden Umstän-

de, die hier zu der genau entgegengesetzten Bewertung der Angelegenheit führten.

Vertiefungshinweise:

❑ Direktkondiktion der Schuldnerbank gegen den Gläubiger nach Widerspruch gegen Lastschrift: *BGH*, NJW 2006, 1965 (auch abgedruckt in dieser RA)

❑ Überblick über die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung bei fehlerhafter Anweisung: *Neef*, JA 2006, 458

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs:* "Heimatfilm"

❑ *Examenskurs:* "Der ratsuchende Bürge"

❑ *Assessorkurs:* "Der fränkische Bauern-schrank"

Leitsatz:

Wer sich als Schuldner einer (tatsächlich bestehenden) Forderung in der Person des Gläubigers irrt und dementsprechend auch irrtümlich annimmt, dieser habe die Forderung an einen Dritten abgetreten, kann das, was er an den Dritten als den vermeintlichen neuen Gläubiger geleistet hat, unmittelbar von diesem kondizieren.

Sachverhalt:

Die Kl. betreibt einen Holzhandel. Bis zur Mitte des Jahres 2001 stand sie in ständiger Geschäftsbeziehung zu dem Transportunternehmen Walter S. Die beklagte Bank teilte der Kl. mit Schreiben vom 13.04.2000 mit, dass Walter S. mit Vertrag vom 28.01.1997 zu ihren Gunsten eine Globalzession hinsichtlich aller bestehenden und zukünftigen Forderungen aus seinem Geschäftsbetrieb vorgenommen habe und die Kl. Zahlungen ausschließlich auf das bei ihr geführte Konto von Walter S. zu leisten habe. Walter S. stellte zum 31.05.2001 die Zusammenarbeit mit der Kl. ein. Am 07.08.2001 wurde über sein Vermögen das Insolvenzverfahren eröffnet. Zum Insolvenzverwalter wurde der Nebenintervenient bestellt, der dem vorliegenden Rechtsstreit auf Seiten der Bekl. beigetreten ist. Seit Juni 2001 arbeitete die Kl. mit der neu gegründeten S.-Transport-GmbH (im Weiteren: S.-GmbH) zusammen. Am 28.06.2001 überwies sie einen Betrag von 62.888,27 DM auf das bei der Bekl. geführte Konto von Walter S.; am 10.07.2001 nahm sie eine weitere Überweisung auf dieses Konto in Höhe von 37.835,27 DM vor. Die Überweisungen betrafen lediglich in Höhe von 1.770,78 DM Forderungen von Walter S.; in Höhe des Restbetrages von 98.952,76 DM - umgerechnet 50.593,74 € - sollten Rechnungen der S.-GmbH über 28.370,69 DM und 34.587,27 DM sowie der H.-Transporte GmbH über 35.994,80 DM beglichen werden. Zu den Überweisungen auf das Konto von Walter S. zur Begleichung von Rechnungen der S.-GmbH kam es nach Darstellung der Kl. deshalb, weil ihre zentrale Buchhaltung wegen eines internen Informationsversehens nichts von der Umstellung der Geschäftsverbindung von Walter S. auf die S.-GmbH (und der entsprechenden Änderung der Bankverbindung) erfahren hatte. Der Betrag, der zur Begleichung der Rechnung der H.-Transporte GmbH bestimmt war, wurde versehentlich mit auf das Konto von Walter S. eingezahlt. Die Kl. hat die Ansicht vertreten, sie könne die versehentlich überwiesenen Beträge unmittelbar von der Bekl. zurückverlangen. Dieser sei bekannt gewesen, dass den Überweisungen keine Forderungen von Walter S. an die Kl. zugrunde gelegen hätten. Die Kl. hat beantragt, die Bekl. zur Zahlung von 50.593,74 € nebst Zinsen zu verurteilen. Die Bekl. hat demgegenüber vorgebracht, die Kl. könne von ihr keinen Bereicherungsausgleich verlangen, da diese an Walter S. als ihren vermeintlichen Gläubiger geleistet habe. Sie selbst habe keine Kenntnis davon gehabt, dass die Kl. den streitgegenständlichen Betrag nur versehentlich auf das Konto von Walter S. überwiesen habe. Jedenfalls sei sie entreichert, weil sie den Kontoinhaber - in Unkenntnis von dem geltend gemachten Anspruch - über die eingegangenen Beträge habe verfügen lassen. Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Die Berufung des Nebenintervenienten hat zur Abweisung der Klage geführt. Mit ihrer (vom Senat zugelassenen) Revision verfolgt die Kl. ihren Zahlungsanspruch weiter. Der Nebenintervenient beantragt, das Rechtsmittel zurückzuweisen.

Aus den Gründen:

A. Entscheidung und Begründung des BerGer.

Das BerGer. hat die Klage für unbegründet erachtet und hierzu ausgeführt:

Der Kl. stehe kein Bereicherungsanspruch gegen die Bekl. zu, weil diese zu keinem Zeitpunkt ungerechtfertigt bereichert gewesen sei. Die Kl. habe im Hinblick auf die zwischen Walter S. und der Bekl. vereinbarte Abtretung an die Bekl. gezahlt. Wenn auf eine abgetretene Forderung gezahlt werde, gelte der Grundsatz, dass die bereicherungsrechtliche Rückforderung des Schuldners gegen den Leistungsempfänger, den Zedenten, und nicht gegen den Zessionar zu richten sei. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz sei hier auch dann nicht anzunehmen, wenn unterstellt werde, dass die Bekl. bei Empfang der Zahlungen gewusst habe, dass diese auf einem Irrtum beruhten. Die Kl. habe nicht an die Bekl. geleistet, sondern auf das einzige Geschäftskonto Walter S.` als des vermeintlichen Gläubigers gezahlt, über das dieser unstreitig auch habe verfügen können.

B. Entscheidung des BGH in der Revision

Die Revision hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der

Sache an das BerGer.

I. Bereicherungsrechtliche Rückzahlungs-verpflichtung der Bekl. dem Grunde nach

Die Kl. kann die Beträge, die sie irrtümlich an die Bekl. als die vermeintliche Gläubigerin gezahlt hat, von dieser als ungerechtfertigte Bereicherung zurückverlangen (§ 812 I 1 BGB), wenn die Bekl. nicht entreichert ist (§ 818 III BGB) oder nach § 819 I, § 818 IV BGB der verschärften Bereicherungshaftung unterliegt.

1. Grundsätze der Rückabwicklung bei Zahlung auf vermeintliche Forderung an Zessionar

Das BerGer. hat sich bei seiner Entscheidung maßgeblich auf das in BGHZ 105, 365 ff. veröffentlichte Urteil des IVb.-Zivilsenats des Bundesgerichtshofs vom 02.11.1988 gestützt. Danach findet, wenn der Schuldner nach Abtretung des Anspruchs an den Abtretungsempfänger geleistet hat, der Bereicherungsausgleich grundsätzlich nicht direkt in dem Verhältnis zwischen diesen beiden Personen statt, sondern zum einen zwischen dem Abtretungsempfänger und dem Abtretenden und zum anderen zwischen diesem und dem Schuldner (BGHZ 105, 365 [368 ff]; vgl. weiter BGHZ 122, 46 [50 f.]; BGH, Urt. v. 19.01.2005 - VIII ZR 173/03, NJW 2005, 1369 f.; zum Meinungsstand in der Literatur vgl. die Nachweise bei BGH, NJW 2005, 1369 [1370] sowie Erman/H.P. Westermann, BGB, 11. Aufl., § 812 Rz. 36 m.w.N.). Der sachliche Grund für die insoweit vorgenommene bereicherungsrechtliche Rückabwicklung im Verhältnis zwischen dem (vermeintlichen) Schuldner und dem Zedenten liegt darin, dass in dem zwischen ihnen bestehenden Vertrag der angenommene Rechtsgrund für die vermeintlich geschuldete Zahlung zu sehen ist. Das legt nach den hierfür maßgeblichen Gesichtspunkten der Risikoverteilung und des Vertrauensschutzes eine Leistungskondiktion in diesem Vertragsverhältnis nahe, sofern nicht besondere Umstände eine andere Risikoverteilung gebieten (BGH, NJW 2005, 1369 f.). Letzteres ist etwa dann der Fall, wenn der Abtretungsempfänger den Schuldner ohne Zutun des Abtretenden zur Zahlung genötigt hat (vgl. BGH, Urt. v. 08.06.1988 - IVb ZR 51/87, NJW 1989, 161 [162] und dazu Dörner, NJW 1990, 473 [476 f.] sowie Erman/H.P. Westermann aaO., § 812 Rz. 36 a.E. m.w.N.).

2. Kl. wollte auf tatsächlich bestehende, nicht abgetretene Forderung zahlen

Entgegen der Ansicht des BerGer. ist der Streitfall mit Fällen dieser Art jedoch nicht vergleichbar. Dies gilt schon deshalb, weil die Forderungen, auf die die Kl. gezahlt hat, tatsächlich bestanden und auch nicht an einen Dritten abgetreten worden waren. Die Überweisungen der Kl. auf das bei der Bekl. geführte Konto von Walter S. hatten ihren Grund nicht in dem Vertrag zwischen der Kl. und Walter S., sondern wurden als Zahlungen auf Forderungen, die Dritten zustanden, lediglich dorthin fehlgeleitet. Walter S. hat keinen ihm zurechenbaren Grund für einen Anschein gesetzt, die Zahlungen der Kl. seien als Leistungen von ihm an die Bekl. anzusehen. Es besteht daher kein Grund, ihn in den Bereicherungsausgleich einzubeziehen. Walter S. hatte zu dem Irrtum der Kl., wer Gläubiger der Forderungen sei, die sie begleichen wollte, in keiner Weise beigetragen. Die Globalzession, die er mit der Bekl. vereinbart hatte, bezog sich nur auf Forderungen, die ihm selbst zustanden. Der Irrtum der Kl., die Rechnungen, auf die sie zahlen wollte, bezögen sich auf Forderungen von Walter S., hatte lediglich - ebenfalls ohne dessen Beteiligung - zur Folge, dass sie auch annahm, sie müsse diese Forderungen wegen der Globalzession durch Zahlung an die Bekl. als neue Gläubigerin erfüllen. Dabei müsse sie der Weisung nachkommen, die ihr die Bekl. bei der Mitteilung der Globalzession erteilt hatte, Zahlungen an sie als neue Gläubigerin durch Überweisung auf das bei ihr eingerichtete Konto von Walter S. zu leisten.

3. Ursprünglicher / tatsächlicher Gläubiger, der keinen Irrtum veranlasst, nicht einzubeziehen

Der vorliegende Fall ist danach dadurch gekennzeichnet, dass der Schuldner bei seiner Zahlung an einen anderen als den (ursprünglichen) Gläubiger einem Irrtum unterlegen ist, den letzterer nicht veranlasst hatte. In solchen Fällen hat die Rechtsprechung jeweils dem zahlenden Schuldner einen direkten Bereicherungsanspruch gegen den Zahlungsempfänger zuerkannt. Dies gilt etwa in dem - auch vom BerGer. angesprochenen - Fall, dass der Schuldner irrtümlich oder versehentlich an den Abtretungsempfänger eine Überzahlung vorgenommen hat (vgl. BGH NJW 1989, 161 [162]). Ebenso ist der Fall entschieden worden, dass der Schuldner bei seiner Leistung irrig von einer Abtretung ausgegangen ist (vgl. BGHZ 113, 62 [70]). Ein direkter Bereicherungsanspruch des Schuldners gegenüber demjenigen, auf den die Forderung vermeintlich übergegangen war, ist außerdem für den Fall bejaht worden, dass der Drittschuldner bei mehrfacher Forderungspfändung irrtümlich an einen nachrangigen Vollstreckungsgläubiger geleistet hat und deshalb nochmals an den vorrangigen Gläubiger leisten muss (BGHZ 82, 28 [31 ff).

4. Empfängerhorizont der Bekl. hier nicht maßgeblich

Nach dem vorstehend Ausgeführten kommt es nicht auf die Frage an, ob die Bekl. bei Erhalt der Zahlungen nach ihrem Empfängerhorizont von Leistungen des Walter S. ausgehen durfte. Nach einer allgemeinen Erkenntnis der Rechtsscheinslehre wird auch ein Gutgläubiger bei fehlender Zurechenbarkeit des Rechtsscheins nicht geschützt (vgl. BGHZ 147, 145 [151]; 152, 307 [312]; Münch.-Komm.BGB/Lieb, 4. Aufl., §

812 Rz. 54 ff.; Larenz/Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. II 2, 13. Aufl., § 70 IV 2, jeweils m.w.N.).

5. Bekl. - nicht Walter S. - war Leistungsempfängerin
Der Anspruchsverpflichtung der Bekl. steht auch nicht der Umstand entgegen, dass die Kl. die fraglichen Zahlungen auf das bei der Bekl. geführte Konto von Walter S. erbracht hat. Die Bekl. war insoweit, nachdem sie die zu ihren Gunsten erfolgte Globalzession von Walter S. offengelegt hatte, nicht lediglich Zahlstelle, sondern Empfängerin der Leistung.

II. Zurückverweisung zwecks tatsächlicher Feststellungen zur Bösgläubigkeit der Bekl.
Die Entscheidung des Rechtsstreits hängt nach Allem davon ab, ob sich die Bekl. darauf berufen kann, dass sie entreichert ist (§ 818 III BGB), oder ob sie - wie die Kl. behauptet - in jedem Fall gemäß § 819 I, § 818 IV BGB wegen Kenntnis vom Mangel des rechtlichen Grundes der verschärften Bereicherungshaftung unterliegt. Da das BerGer. in dieser Hinsicht keine Feststellungen getroffen hat, vermag der Senat den Rechtsstreit nicht abschließend zu entscheiden. Dementsprechend ist das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache an das BerGer. zurückzuverweisen.

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 (*zugleich Öffentliches Recht*)
REDAKTEURE:	Rechtsanwalt Frank Bollmeyer (*Zivilrecht*); Rechtsanwalt Uwe Schumacher (*Strafrecht*) 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 65 Euro (Einzelpreis: 6 Euro/Heft) inkl. USt. und Versandkosten. Jahresregister gratis enthalten. 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 *früherer* Jahrgänge können zum Preis von 6 Euro/Heft nachbestellt werden, solange Vorrat reicht. Jahrgangsregister ab 1999: 5 Euro/Jahrgang. Einbanddecken (dunkelblau, jahresneutral): 9 Euro/Stück. Nachbestellung von Sonderbeilagen auf Anfrage. Alle Preise zzgl. 3,50 Euro Versandkosten. Bitte Verrechnungsscheck oder Einzugsermächtigung beifügen. Der Bezug von Einzelheften des *laufenden* Jahrgangs ist nur i.V.m. einem Abonnement möglich.

Strafrecht

Standort: § 123 StGB Problem: Hausrecht nach Ablauf des Nutzungsvertrages

HANSOLG HAMBURG, BESCHLUSS VOM 02.03.2006 III-3/06 - 1 SS 2/06 (STRAFO 2006, 248)

Problemdarstellung:

Die Stadt Hamburg hatte einem Verein - befristet bis zum 31.08.2004 - ein Grundstück zur Nutzung als Wohnwagenabstellplatz überlassen. Eine Verlängerung der Überlassung über diesen Zeitpunkt hinaus hatte sie abgelehnt und durch eine Allgemeinverfügung eine weitere Nutzung untersagt. Einen Widerspruch gegen diese Verfügung hatte das Oberverwaltungsgericht Hamburg zurückgewiesen. Trotzdem waren auch nach dem 31.08.2004 nicht sämtliche Wohnwagen von dem Gelände entfernt worden. Auch die Angeklagte weigerte sich bis zum 08.09.2004 vehement, den Platz zu verlassen und musste schließlich von der Polizei entfernt werden. Aufgrund dieses Verhaltens wurde sie vom AG wegen Hausfriedensbruchs (§ 123 StGB) verurteilt. Das OLG Hamburg hob diese Verurteilung auf, da nicht festgestellt werden könne, dass die Angeklagte das Hausrecht der Stadt Hamburg verletzt habe, da die Stadt ihr Hausrecht an dem Grundstück im Tatzeitpunkt noch gar nicht wiedererlangt hatte.

Prüfungsrelevanz:

Zwar ist der Tatbestand des Hausfriedensbruchs (§ 123 StGB) praktisch nie der Schwerpunkt von Examensaufgaben, jedoch stellt er gelegentlich einen "Nebenkriegsschauplatz" dar, so dass auch bzgl. dieses Delikts die Kenntnis der wichtigsten Detailprobleme unverzichtbar ist.

Ein klassisches Problem im Rahmen des § 123 StGB ist die Frage, ob der Mieter, der sich nach Ablauf des Mietverhältnisses weigert, das Grundstück oder die Wohnung herauszugeben, sich wegen Hausfriedensbruchs strafbar macht. Da der Hausfriedensbruch den Schutz fremden Hausrechts bezweckt (vgl. LK-Lilie, § 123 Rn. 1; Tröndle/Fischer, § 123 Rn. 2 mwN) ist eine solche Strafbarkeit nur möglich, wenn nach Ende des Mietverhältnisses nicht mehr der Mieter selbst das Hausrecht besitzt.

Inhaber des Hausrechts ist derjenige, der die Befugnis hat, anderen den Zugang zu den geschützten Räumen zu verwehren (Schönke/Schröder-Lenckner/Sternberg-Lieben, § 123 Rn. 16). Bei vermieteten Räumen hat stets der Mieter das Hausrecht - auch gegenüber dem Vermieter (OLG Düsseldorf, MDR 1998, 46; Wessels/Hettinger, BT 1, Rn. 576). Nach ganz herrschender Meinung besteht dieses Hausrecht auch nach Beendigung des Mietverhältnisses fort, jedenfalls sofern der fortwährende Besitz des Mieters noch ein Ausfluss des früheren Mietverhältnisses ist und keine "offene Anmaßung" eines Hausrechts im Sinne einer Hausbesetzung darstellt (OLG Düsseldorf, NJW 1991, 186; Tröndle/Fischer, § 123 Rn. 3; Schönke/Schröder-Lenckner/Sternberg-Lieben, § 123 Rn. 17 mwN).

Diese Rechtsprechung führt das OLG Hamburg auch im vorliegenden Fall fort.

Vertiefungshinweise:

❑ Zum Hausrecht nach Ablauf eines Nutzungsüberlassungs-, insb. Mietvertrages: *RG*St 36, 323; *OLG Köln*, NJW 1996, 472; *OLG Düsseldorf*, MDR 1998, 46; NJW 1991, 186; *Dölling*, JR 1992, 167; *Hümmerich*, DB 2001, 1778

Leitsätze:

1. Das Hausrecht an einem zum Zwecke der Aufstellung von Wohnwagen überlassenen Grundstück fällt nicht mit Ablauf des Nutzungsvertrages an den Eigentümer zurück, sondern verbleibt beim Nutzer, soweit dieser weiterhin den unmittelbaren Besitz am Grundstück ausübt. Das Hausrecht des Nutzers endet erst, wenn der Eigentümer auf Grund eines Räumungstitels etwa im Wege der Zwangsräumung wieder den unmittelbaren Besitz am Grundstück erlangt hat.

2. Die Vollziehbarkeit einer Anordnung, mit der die Entfernung der Wohnwagen angeordnet und Nutzung des Grundstücks zum Aufstellen von Wohnwagen untersagt wird, hat ebenfalls nicht den Übergang des Hausrechts auf den Eigentümer zur Folge.

3. Eine nicht mehr aus dem früheren Vertragsverhältnis abgeleitete, sondern auf eine angemaßte und nicht schützenswerte vermeintliche Rechtsposition gestützte Besitznahme liegt nicht vor, wenn die Nutzer die vollziehbare Anordnung zur Entfernung der Wohnwagen erfüllen, sich aber gleichwohl weigern, ohne Räumungstitel das Grundstück zu verlassen, weil sie eine Verlängerung des Nutzungsvertrages erreichen wollen.

Sachverhalt:

Die Angeklagte hielt sich am 08.09.2004 trotz Aufforderung eines Vertreters der Grundeigentümerin, das Grundstück zu räumen, auf dem stadteigenen Gelände des sog. Wendebeckens an der Straße L in Hamburg auf.

Der Verein M eV (im Folgenden: Verein) hatte [...] die Erlaubnis erhalten, dieses Grundstück als Wohnwagenstandplatz zu nutzen. Die Genehmigung war befristet bis zum 31.08.2004 und wurde nicht verlängert. Gleichzeitig wurde ein entsprechend befristeter Grundstücküberlassungsvertrag zwischen der Stadt Hamburg und dem Verein abgeschlossen. Bei dem Wendebecken handelte es sich um ein Grundstück, welches durch einen Betonring mit draufgesetztem Maschendrahtzaun begrenzt und über eine Rampe zu erreichen war. Durch Allgemeinverfügung vom 16.08.2004 wurde die weitere Nutzung der Fläche zum Zwecke des Aufstellens von Wohnwagen sowie das Beziehen und die Nutzung von dort aufgestellten Wohnwagen als Wohnungen oder zum nur vorübergehenden Aufenthalt über den 31.08.2004 hinaus untersagt. [...]

Der Widerstand der Bauwagenszene gegen die Beendigung der Nutzung des Platzes endete damit jedoch nicht. So wurde ein Flugblatt verteilt, in welchem zu Demonstrationen am 21.08.2004 aufgerufen und ab dem 27.08.2004 Open-End-Aktionstage rund um die Räumung angekündigt wurden. Weiterhin heißt es im Flugblatt, zentrales Ziel sollte es sein, die Räumung zu verhindern, daneben sollte aber auch versucht, werden, zusammen mit anderen Initiativen und Gruppen in andere soziale Konflikte zu intervenieren. Es sollten Aktion, Spaß und echtes Räumungsszenario geboten werden.

Eine Nutzungsentschädigung in Höhe von 159,39 EUR wurde auch für September 2004 bezahlt und von der Stadt Hamburg auch nicht zurücküberwiesen.

In den Tagen vor dem 08.09.2004 wurden alle bewohnbaren Wohnwagen von den Nutzern abtransportiert. Es verblieben nur noch wenige beschädigte Wagen auf dem Platz.

Am Morgen des 08.09.2004 befanden sich mehrere Personen auf dem Grundstück. Die Angeklagte postierte sich auf einem 6 Meter hohen Dreibein. Dorthin war sie mittels einer Kletterausrüstung gekommen. Die Polizei entschloss sich an diesem Tag, den Platz zu räumen. Der Zeuge Dr. B forderte als Vertreter der Eigentümerin die anwesenden Personen über Lautsprecher gut verständlich zunf Verlassen des Platzes auf. Die Angeklagte verließ das Grundstück nicht. Eine Stunde später wurde der Platz geräumt. [...]

Aus den Gründen:

[...] Die Feststellungen tragen die Verurteilung der Angeklagten wegen Hausfriedensbruch nicht, denn es fehlen die erforderlichen Feststellungen, dass die Freie und Hansestadt Hamburg am 08.09.2004 (wieder) Hausrechtsinhaberin war.

Mit dem Grundstücküberlassungsvertrag hatte die Stadt das Hausrecht an dem Grundstück dem Verein übertragen. Die Feststellungen lassen nicht erkennen, dass dieses Hausrecht vor oder bei der Räumung am 08.09.2004 wieder an die Freie und Hansestadt Hamburg zurückgefallen ist.

1. Kein Rückfall des Hausrechts an die Stadt Hamburg durch Rückgabe des Grundstücks

Es ist nicht festgestellt worden, dass der Verein das Grundstück an die Stadt zurückgegeben, d.h. willentlich die vollständige Verfügungsgewalt über das Grundstück der Eigentümerin zurückübertragen hat. Ebensowenig lässt sich den Feststellungen entnehmen, dass der Verein das Grundstück vor oder am 08.09.2004 aufgegeben und damit die Möglichkeit geschaffen hat, dass die Eigentümerin wieder alleinigen unmittelbaren Besitz am Grundstück ausüben kann. Angesichts der auf dem Grundstück verbliebenen nicht bewohnbaren Wohnwagen und der Personen, die sich dort aufhielten, sowie der Zahlung eines Nutzungsentgelts auch für den Monat September 2004 spricht vielmehr alles dafür, dass der Verein bis zur Räumung des Grundstücks unmittelbarer Besitzer des ihm von der Stadt überlassenen Grundstücks geblieben ist. Die Wegschaffung der bewohnbaren Wohnwagen stellt sich nur als Befolgung der Allgemeinverfügung.dar, um weitere Nachteile zu vermeiden.

2. Kein (automatischer) Rückfall des Hausrechts an die Stadt Hamburg durch Ablauf des Überlassungsvertrags

Das Hausrecht ist auch nicht mit dem Ablauf des Überlassungsvertrages an die Eigentümerin zurückgefallen. Es ist allgemein anerkannt, dass das Hausrecht einem Mieter gegenüber dem Vermieter auch noch nach Beendigung des Mietverhältnisses zusteht, solange er sich im unmittelbaren Besitz befindet; die schuldrechtliche Verpflichtung zur Rückgabe ändert daran nichts (Trändle/Fischer, 53. Aufl. 2006, Rn 3 zu § 123 StGB; Schönke/Schröder-Lenckner, 26. Aufl. 2001, Rn 17 zu § 123 StGB jeweils m.w.N.). Das Hausrecht des Mieters findet seine Legitimation als eine auch gegenüber dem Eigentümer und Vermieter strafrechtlich geschützte Rechtsposition darin, dass der Vermieter die Verfügungsbefugnis über den Mietgegenstand auf den Mieter übertragen hat (vgl. Dölling, JR 1992, 167). Das Hausrecht des Mieters endet erst, wenn der Eigentümer auf Grund eines Räumungstitels etwa im Wege der Zwangsräumung wieder den unmittelbaren Besitz am Mietgegenstand erlangt hat.

3. Kein Rückfall des Hausrechts an die Stadt Hamburg durch Allgemeinverfügung

Das Hausrecht ist nicht auf Grund der Allgemeinverfügung vom 16.08.2004 auf die Stadt übergegangen. Die

Allgemeinverfügung ordnet schon ihrem Wortlaut nach nicht eine Räumung des Grundstücks an, sondern lediglich ein Verbot der weiterer Nutzung zum Aufstellen von Wohnwagen sowie deren Gebrauch als Wohnung oder zum sonstigen nicht nur vorübergehenden Aufenthalt. Nach dem Wortlaut der Allgemeinverfügung wurden die Nutzer lediglich zur Entfernung der Wohnwagen verpflichtet, soweit sie bewohnbar waren, zum persönlichen Verlassen des Grundstücks waren sie auf Grund der Allgemeinverfügung nicht verpflichtet. Der Begriff der Räumung i.S.d. Beeinflussbarkeit des Hausrechts ist weiter als der in der Allgemeinverfügung verwendete Begriff der Nutzung gefasst. Räumung bedeutet neben der Verschaffung des unmittelbaren Besitzes - und weiter gehend als der dingliche Herausgabeanspruch nach § 985 BGB, der nur auf die Verschaffung des unmittelbaren Besitzes gerichtet ist - die Rückgabe der Sache bei Vertragsende im vertragsgemäß geschuldeten Zustand. Die Allgemeinverfügung befasst sich jedoch schon mit Fragen des Besitzes nicht, sondern schränkt ausschließlich den Gebrauch auf dem Grundstück ein.

4. Kein Rückfall des Hausrechts an die Stadt Hamburg durch die Entscheidung des OVG HH

Die Feststellung des AG, die bisherigen Nutzer seien durch das Oberverwaltungsgericht Hamburg "letztlich rechtskräftig zur Räumung des Geländes bis spätestens 31.08.2004" verpflichtet worden, ist nicht durch die Beweiswürdigung belegt. [...] Aus der von der Revision in zulässiger Weise erhobenen Rüge der Verletzung des § 261 StPO ergibt sich vielmehr, dass das Oberverwaltungsgericht Hamburg [...] die Beschwerde gegen den Beschluss des Verwaltungsgerichts vom 30.08.2004 zurückgewiesen hat, mit dem der Antrag, die aufschiebende Wirkung der Widersprüche gegen die Allgemeinverfügung vom 06.08.2004 wiederherzustellen, zurückgewiesen worden ist. Es besteht kein Zweifel daran, dass es sich um die Allgemeinverfügung handelt, deren Datum im amtsgerichtlichen Urteil mit 16.08.2004 angegeben worden ist. Da diese Allgemeinverfügung, wie vorstehend ausgeführt, keine Räumung des Grundstücks anordnete, konnte mit diesem Beschluss des Oberverwaltungsgerichts auch keine Pflicht zur Räumung rechtskräftig festgestellt werden. [...]

5. Kein Rückfall des Hausrechts an die Stadt Hamburg wegen vom Überlassungsvertrag unabhängiger Besitzanmaßung der Angeklagten

Es wurden auch keine ausreichenden Feststellungen dazu getroffen, ob die Angeklagte sich den Besitz auf Grund eines neuen, vom Vertragsverhältnis unabhängigen Entschlusses angemaßt hat und somit kein Schutz des ehemaligen Hausrechts mehr besteht. Allerdings hat das OLG Düsseldorf (NJW 1991, 186 ff.) in einem Fall, in dem nach abgeschlossenem Räumungsprozess die Räumung durch den Gerichtsvollzieher mit der Besetzung der Wohnung verhindert werden sollte, Hausfriedensbruch der Besetzer angenommen, weil jene ihren Besitz nicht mehr auf das frühere Vertragsverhältnis stützen, sondern den Besitz auf Grund eines angemaßten Besitzrechtes unter Verdrängung des Berechtigten fortsetzen und notfalls mit Gewalt verteidigen wollen.

So liegt der Fall hier aber nicht. Es liegt bereits kein Räumungstitel vor. Die mitgeteilten Fakten tragen auch nicht den Schluss, die Angeklagte und die übrigen Personen, die sich am 08.09.2004 auf dem Gelände aufhielten, seien entschlossen gewesen, abseits vom Vertrag ein eigenes Besitzrecht zu proklamieren. Die bisherigen Nutzer des Grundstücks haben mit der Ausschöpfung der rechtlichen Möglichkeiten gegen die Allgemeinverfügung gezeigt, dass sie sich nicht außerhalb des Rechts stellen wollen. Nachdem die Allgemeinverfügung nicht bestandskräftig, aber letztlich vollziehbar war, haben sie die Anordnung befolgt und die bewohnbaren Wohnwagen vom Gelände entfernt. Sie haben ferner die Nutzungsentschädigung für den Monat September gezahlt. Auch aus dem Inhalt des Flugblattes [...] ergibt sich nicht, dass sich die auf den Platz befindlichen Personen nicht mehr auf den beendeten Vertrag beziehen wollten. Feststellungen, dass hier Handlungen der Anwesenden vorliegen, die für jeden Dritten objektiv erkennbar den Entschluss der Anwesenden nach außen kundgetan haben, fortan nicht mehr auf Grund des nachwirkenden Ausflusses des früheren Vertragsverhältnisses, sondern auf Grund eines angemaßten Besitzrechtes unter Verdrängung des Berechtigten den Besitz fortzusetzen und diesen notfalls mit Gewalt zu verteidigen, liegen nach den bisher getroffenen

Feststellungen nicht vor. Dass sich die Angeklagte auf ein 6 Meter hohes Dreibein begeben hatte, von dem sie von der Polizei erst mühsam heruntergeholt werden musste, reicht dem Senat hierfür allein nicht aus.

Standort: §§ 244 I Nr. 2, 244 a StGB Problem: "Gemischte" Bande

BGH, URTEIL VOM 19.04.2006 (LG BIELEFELD)
4 STR 395/05 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Die Angeklagten hatten mehrere Autodiebstähle begangen, bei denen der Angeklagte B die eigentlichen Diebstahlshandlungen vorgenommen hatte, nachdem ihm der Angeklagte A die zur Überwindung der Sicherungssysteme erforderlichen Geräte besorgt hatte. Später sollten dann die gestohlenen Fahrzeuge von einem Bekannten des A, dem "Meister", umgearbeitet werden, um sie wieder verkaufen zu können. Der Angeklagte Ba, der nachträglich hinzutrat, stellte (gegen Bezahlung) eine Scheune zur Verfügung, in der die gestohlenen Fahrzeuge bis zu ihrer Umarbeitung untergestellt wurden. Das LG Bielefeld hatte die Angeklagten insb. wegen Beteiligung am schweren Bandendiebstahl (§§ 244 I Nr. 2, 244 a I StGB) veruteilt. Der BGH hob diese Verurteilung teilweise auf, da jedenfalls die Taten, an denen der Ba (noch) nicht mitgewirkt habe, keine Bandentaten seien.

Prüfungsrelevanz:

Vermögensdelikte sind in beiden Examen ein immer wiederkehrender Standardstoff und gerade beim Tatbestand des Diebstahls (§ 242 StGB) und seinen Qualifikationen (§§ 244, 244 a StGB) ist die Kenntnis von Detailproblemen absolut unerlässlich.

Nachdem lange Zeit streitig war, ob eine "Bande" i.S.v. § 244 I Nr. 2, 244 a I StGB das Zusammenwirken von mindestens drei Personen voraussetzt oder ob auch bereits zwei Personen eine Bande bilden können, hat sich der Große Srafsenat des BGH im Jahre 2001 (BGH, NJW 2001, 421) der herrschenden Literaturauffassung angeschlossen und geht seitdem davon aus, dass eine Bande stets den Zusammenschluss von mindestens drei Personen voraussetzt.

Für die vorliegende Entscheidung bedeutet das, dass für die Fälle, in denen nur A, B und der "Meister" mitwirkten, die Tat einer Bande nur dann angenommen werden kann, wenn auch der "Meister" als Bandenmitglied anzusehen ist, da A und B alleine die Mindestmitgliederzahl für eine Bande nicht erreichen würden. Dies lehnt der BGH jedoch ab, da die Beiträge des "Meisters" erst nach Beendigung der jeweiligen Diebstahlstaten erbracht werden sollten und deshalb keine Beteiligung hieran (und somit auch keine Mitgliedschaft in der Diebesbande) mehr begründen können. Der BGH weist darauf hin, dass für den Fall, dass ein solcher Beitrag bereits vor Begehung des Diebstahls zugesichert wird, die Zusicherung eine (psychische) Beihilfe zum Diebstahl darstellen kann und hierüber somit eine Teilnahme am Diebstahl und damit auch eine Mitgliedschaft in einer evtl. bestehenden Diebesbande begründet werden kann.

Nach ständiger Rechtsprechung des BGH steht es einer Bandenmitgliedschaft nämlich nicht entgegen, dass eines der Bandenmitglieder von vornherein bei allen Taten der Bande "nur" Gehilfe sein soll (vgl. BGHSt 47, 214 [218 f.]). Während dies in der Literatur größtenteils befürwortet wird (Tröndle/Fischer, § 244 Rn. 18 mwN), gibt es aber doch auch eine Gegenauffassung, die eine Beteiligung nur als Teilnehmer an sämtlichen Bandentaten wegen der damit verbundenen untergeordneten Stellung für eine Bandenmitgliedschaft nicht ausreichen lassen will (Lackner/Kühl, § 244 Rn. 6; Gaede, StV 2003, 78).

Nach der letztgenannten Auffassung wäre somit auch in den vom BGH geprüften Fällen, in denen der Ba durch das Unterstellen der gestohlenen Autos mitwirkte, ein Bandendiebstahl ausgeschlossen, da das Unterstellen der Autos zwar im Rahmen einer Hehlerei (§ 259 StGB) u.U. ein täterschaftliches Verhalten darstellen könnte, aber das Unterstellen (und die entsprechende vorherige Zusicherung) im Rahmen des Diebstahls allenfalls eine Beihilfe begründet. Für den BGH ist dies jedoch kein Problem. Er betont zwar, dass eine Diebesbande i.S.v. §§ 244 I Nr. 2, 244 a I StGB nicht aus Dieben und Hehlern gemischt sein kann (anders übrigens bei § 260 I Nr. 2, 260 a StGB, vgl. Tröndle/Fischer, § 260 Rn. 3 mwN). Da jedoch die Zusicherung des Ba, die Autos später unterzustellen, eine Beihilfe zum Diebstahl darstellt ist Ba nicht nur Hehler sondern auch am Diebstahl beteiligt und somit (vorbehaltlich der übrigen Voraussetzungen, insb. eines entsprechenden Vorsatzes) Mitglied der (Diebes-) Bande.

Vertiefungshinweise:

❑ Zur Bandenmitgliedschaft von Gehilfen: *BGH*, StV 2002, 191; RA 2003, 578; *Erb*, JR 2002, 338; *Gaede*, StV 2003, 78; *Rath*, GA 2003, 823; *Toepel*, StV 2002, 540

❑ Zu gemischten Banden aus Dieben und Hehlern: *BGH*St 46, 331; *Jakobs*, JR 1985, 342; *Miehe*, StV 1997, 249

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs*: "Das eingespielte Team"

Leitsätze (der Redaktion):

1. Mitglied einer Bande kann auch derjenige sein, dem nach der Bandenabrede nur Gehilfentätigkeit zukommt. Die in der Bandenabrede begründete erhöhte abstrakte Gefährlichkeit durch die auf eine gewisse Dauer angelegte enge Bindung, die einen

ständigen Anreiz zur Fortsetzung der kriminellen Tätigkeit bildet (Organisationsgefahr), besteht bei einer Diebesbande unabhängig davon, ob dem einzelnen Mitglied bei der Verwirklichung der konkreten Tat eine "täterschaftliche" Beteiligung zufällt. Allerdings darf es sich nicht um Beiträge von gänzlich untergeordneter Bedeutung handeln.
2. Das Gesetz sieht eine aus Dieben und Hehlern bestehende "gemischte" Bande als Qualifikationsmerkmal nur bei den Hehlereitatbeständen (§§ 260 Abs. 1 Nr. 2, 260 a Abs. 1 StGB) vor, nicht dagegen bei den entsprechenden Diebstahlstatbeständen (§§ 244 Abs. 1 Nr. 2, 244 a Abs. 1 StGB). Damit scheidet indes die Annahme einer aus der Mindestanzahl von Mitgliedern bestehenden Diebesbande nur aus, wenn sich jemand, der nur Hehler ist, mit zwei anderen am Diebstahl Beteiligten zusammenschließt, nicht aber, wenn der Betreffende nach der Bandenabrede auch zugleich an den Diebstahlstaten teilnehmen soll. Dieses Ergebnis ist die Konsequenz aus der Rechtsprechung, die eine Vereinbarkeit von Hehlerei und Teilnahme am Diebstahl anerkennt.

Sachverhalt:
Der Angeklagte B vereinbarte vor Beginn der verfahrensgegenständlichen Taten im November 2003 mit einem polnischen Staatsangehörigen namens A, im Bundesgebiet hochwertige Kraftfahrzeuge zu entwenden, sie in einem sicheren Versteck mit neuen Schließsystemen, Steuergeräten und Fahrzeugidentifikationsnummern (FIN) zu versehen und die so "umgearbeiteten" Fahrzeuge weiterzuverkaufen. Für jeden entwendeten Kraftwagen sollte der Angeklagte B von A 5.000 bis 6.000 Dollar erhalten. Gemäß der Absprache oblag die unmittelbare Durchführung der Autodiebstähle ausschließlich dem Angeklagten B, während A im Vorfeld der Taten die zur Überwindung der Sicherungssysteme notwendigen Motor- und Getriebesteuergeräte beschaffen und nach den Taten die Weiterveräußerung der durch Kurierfahrer nach Polen verbrachten Fahrzeuge besorgen sollte. Die Umarbeitung der FIN sollte von einem Partner des A mit dem Decknamen "Meister" vorgenommen werden. Dieser reiste auf Veranlassung des A jeweils eigens aus Polen ein. Nachdem das erste Versteck im Januar 2004 von der Polizei entdeckt worden war, erklärte sich der Angeklagte Ba nach Verhandlungen mit A und dem Angeklagten B bereit, die entwendeten Fahrzeuge gegen Zahlung von 500 Euro pro Stück in einer von ihm angemieteten Scheune unterzustellen.

Aus den Gründen:

I. Entscheidung des Landgerichts
Das Landgericht hat den Angeklagten B unter Freisprechung im Übrigen wegen schweren Bandendiebstahls in 20 Fällen, versuchten schweren Bandendiebstahls in zwei Fällen und wegen Diebstahls zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von sechs Jahren und sechs Monaten verurteilt, den Angeklagten Ba wegen einer Beihilfe zum schweren Bandendiebstahl in Tateinheit mit gewerbsmäßiger Bandenhehlerei in 13 Fällen und zum Diebstahl zu einer Freiheitsstrafe von zwei Jahren und vier Monaten. Mit ihren hiergegen eingelegten Revisionen rügen die Angeklagten die Verletzung materiellen Rechts und wenden sich insbesondere gegen die Annahme von Bandentaten.
Die Rechtsmittel haben in dem aus der Beschlussformel ersichtlichen Umfang Erfolg; im Übrigen sind sie unbegründet im Sinne des § 349 Abs. 2 StPO. [...]

II. Entscheidung des BGH

1. Begründetheit der Sachrüge
Die Sachrüge hat in folgenden Fällen Erfolg:

a. Fälle 1 bis 6 der Urteilsgründe
In diesen Fällen hält die Verurteilung des Angeklagten B wegen schweren Bandendiebstahls rechtlicher Nachprüfung nicht stand. Die Annahme des Landgerichts, dass insoweit neben den Angeklagten B und A auch "Meister" Bandenmitglied im Sinne der §§ 244 a Abs. 1, 244 Abs. 1 Nr. 2 StGB sei, ist durch die Feststellungen nicht belegt.
Die Tätigkeiten, die "Meister" entfaltete, erfolgten erst, nachdem der Angeklagte B die entwendeten Kraftfahrzeuge in einem Versteck sicher untergebracht hatte und die Diebstahlstaten beendet waren (vgl. BGHR StGB § 259 Abs. 1 Absatzhilfe 7; BGH NStZ 2003, 32). Sie dienten dazu, die Weiterveräußerung der Fahrzeuge durch A zu ermöglichen. War dieser ausnahmsweise zur Übernahme eines Fahrzeugs nicht bereit oder kam es aus sonstigen Gründen nicht zu einer Einigung mit dem Angeklagten B - wie später in den Fällen 17, 19 und 20 der Urteilsgründe - führte "Meister" keine Umarbeitungen durch.
Diese Tätigkeiten belegen die Mitgliedschaft des "Meister" in der Diebesbande nicht. Zwar kann auch eine Absprache hinsichtlich einer späteren Mitwirkung bei der Beuteverwertung als Teilnahme bei der Vortat und außerdem als Hehlerei in Betracht kommen (vgl. BGHSt 7, 134, 142; BGH NStZ 2002, 200, 201 m.w.N.). Eine solche lag jedoch nach den Urteilsfeststellungen hier nicht vor. Das Tätigwerden des "Meister" erfolgte ohne konkreten Bezug zu den Diebstahlstaten; es geschah nur im Interesse und auf Einzelweisung des A im Hinblick auf dessen Hehlereihandlungen. Dies vermag eine Mitgliedschaft in einer Diebstahlsbande nicht zu begründen (vgl. BGH StV 2001, 459; BGH NStZ 2003, 32).
Der Angeklagte B. hat sich demnach in den Fällen 1 bis 6 der Urteilsgründe jeweils nur wegen Diebstahls strafbar gemacht (§§ 242, 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 und

3 StGB).

b. Fälle II. 7 und 9 der Urteilsgründe

Auch in diesen Fällen hält die Verurteilung des Angeklagten B wegen schweren Bandendiebstahls ebenso wie die des Angeklagten Ba wegen Beihilfe dazu rechtlicher Prüfung nicht stand. In diesen beiden Fällen entwendete der Angeklagte B Kraftfahrzeuge, die nicht zum Weiterverkauf bestimmt waren, sondern die er ausschließlich für seinen eigenen Gebrauch verwenden wollte und auch, nachdem sie zunächst in der von dem Angeklagten Ba zur Verfügung gestellten Scheune gesichert worden waren, verwendet hat.

Diese Taten waren daher nicht Ausfluss der Bandenabrede (vgl. BGH, Beschluss vom 17. Januar 2006 - 4 StR 595/05), sondern geschahen losgelöst davon.

Die Angeklagten haben sich insoweit nur des Diebstahls, §§ 242, 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 und 3 StGB (B) bzw. der Beihilfe dazu (Ba) schuldig gemacht. Bei Letzterem entfällt in beiden Fällen auch der Vorwurf einer tateinheitlich begangenen gewerbsmäßigen Bandenhehlerei.

c. Fall II. 13 der Urteilsgründe

Insoweit ist der Angeklagte B ebenfalls nicht wegen (schweren) Bandendiebstahls, sondern nur wegen Diebstahls, §§ 242, 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 und 3 StGB, zu bestrafen, da eine Beteiligung des Angeklagten Ba an dem Kraftfahrzeugdiebstahl nicht sicher festgestellt werden konnte.

2. Unbegründetheit der Sachrüge in den Fällen II. 8, 10 bis 12, 14, 16 bis 23 der Urteilsgründe

Hinsichtlich dieser Taten hat das Landgericht im Ergebnis zu Recht angenommen, dass sich die Angeklagten B, A und Ba zu einer "Dreier(diebes)bande" zusammengeschlossen hatten und die Kraftfahrzeugdiebstähle (§ 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 und 3 StGB) als schwere Bandendiebstähle zu bewerten sind, da sie unter Mitwirkung eines anderen Bandenmitglieds begangen wurden.

Entgegen der Ansicht der Revision steht dem nicht entgegen, dass entsprechend der Bandenabrede an den Diebstählen ein täterschaftlicher Beitrag ausschließlich vom Angeklagten B erbracht werden sollte, während A und Ba insoweit lediglich Gehilfendienste im Vorfeld der Taten und nach Vollendung leisten sollten.

Wie der Senat im Anschluss an BGHSt 46, 321 entschieden hat (BGHSt 47, 214), kann Mitglied einer Bande auch derjenige sein, dem nach der Bandenabrede nur Aufgaben zufallen, die sich bei wertender Betrachtung als Gehilfentätigkeit darstellen. Die in der Bandenabrede begründete erhöhte abstrakte Gefährlichkeit durch die auf eine gewisse Dauer angelegte enge Bindung, die einen ständigen Anreiz zur Fortsetzung der kriminellen Tätigkeit bildet (Organisationsgefahr), besteht bei einer Diebesbande unabhängig davon, ob dem einzelnen Mitglied bei der Verwirklichung der konkreten Tat eine "täterschaftliche" Beteiligung zufällt. Ebenso wie es zur Qualifikation der Einzeltat als Bandentat genügt, dass bei der eigentlichen Tatbegehung ein Bandenmitglied allein handelt und sich die erforderliche Mitwirkungshandlung eines weiteren Bandenmitglieds in Beihilfehandlungen etwa im Vorbereitungsstadium erschöpft, ist die Zusage regelmäßiger Erbringung solcher Tatbeiträge auch grundsätzlich geeignet, die Bandenmitgliedschaft zu begründen (vgl. Erb JR 2002, 337, 339 unter Hinweis auf BGHSt 46, 321). Allerdings darf es sich nicht um Beiträge von gänzlich untergeordneter Bedeutung handeln, da diese eine Organisationsgefahr schwerlich begründen oder steigern können.

So verhält es sich hier indes nicht: Die Tätigkeit des A war für die Diebstahlstaten von erheblicher Bedeutung. Bereits der Tatplan stammte von A, die Besorgung der für die Tatdurchführung unbedingt notwendigen Steuergeräte erfolgte durch ihn, außerdem sicherte er in aller Regel die Abnahme der entwendeten Kraftfahrzeuge zu einem Festpreis zu. Dass A damit zugleich an einer Diebesbande (als Gehilfe) und einer Hehlerbande (als Täter) beteiligt war, steht zu der Gesetzeslage nicht in Widerspruch.

Allerdings sieht das Gesetz eine aus Dieben und Hehlern bestehende "gemischte" Bande als Qualifikationsmerkmal nur bei den Hehlereitatbeständen (§§ 260 Abs. 1 Nr. 2, 260 a Abs. 1 StGB) vor, nicht dagegen bei den entsprechenden Diebstahlstatbeständen (§§ 244 Abs. 1 Nr. 2, 244 a Abs. 1 StGB).

Damit scheidet indes die Annahme einer aus der Mindestanzahl von Mitgliedern bestehenden Diebesbande nur aus, wenn sich jemand, der nur Hehler ist, mit zwei anderen am Diebstahl Beteiligten zusammenschließt, nicht aber, wenn der Betreffende nach der Bandenabrede auch zugleich an den Diebstahlstaten teilnehmen soll. Dieses Ergebnis ist die Konsequenz aus der Rechtsprechung, die eine Vereinbarkeit von Hehlerei und Teilnahme am Diebstahl anerkennt (so schon BGHSt 7, 134).

Auch die Beihilfehandlungen des Angeklagten Ba waren nach den Feststellungen für die Diebstahlstaten von Gewicht. Er stellte gegen Entgelt die von ihm gemietete Scheune zur Verfügung und garantierte so die Sicherung der Diebesbeute unmittelbar nach der Tat. Seine nicht unerhebliche Einbindung in die Bandenstruktur wird auch dadurch belegt, dass nur er über einen Schlüssel zu der Scheune verfügte. [...]

Standort: § 200 I StPO Problem: Bestimmtheit der Anklageschrift

BGH, URTEIL VOM 28.04.2006 (LG BAD KREUZNACH) 2 STR 174/05 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Die Angeklagten hatten "normales" Getreide als "Bio"-Getreide zu einem erheblich höheren Preis verkauft. In der entsprechenden Anklageschrift wurde den Angeklagten nur vorgeworfen, innerhalb eines bestimmten (benannten) Zeitraumes in 104 Fällen einen Betrug (§ 263 I StGB) begangen zu haben, wobei die einzelnen Fälle nicht im Anklagesatz, sondern nur im wesentlichen Ergebnis der Ermittlungen in der Anklageschrift aufgeführt wurden und dementsprechend auch nicht in der mündlichen Verhandlung gem. § 243 III 1 StPO verlesen wurden.

Das LG Bad Kreuznach hatte hierin keinen Fehler gesehen und die Angeklagten der Anklageschrift entsprechend verurteilt. Der BGH hob das Urteil auf die Verfahrensrüge der Angeklagten hin auf.

Prüfungsrelevanz:

Strafprozessuale Probleme treten im ersten Examen eigentlich nur in Form von Zusatzfragen oder in der mündlichen Prüfung auf; gerade ein so spezielles Problem wie das der vorliegenden Falles bzgl. der Erfordernisse an die Bestimmtheit der Anklageschrift dürfte deshalb eher im zweiten Examen auftauchen, dort allerdings kann man es sehr schön in eine der beliebten Revisionsaufgabenstellungen einbinden, so dass hier eine entsprechende Kenntnis unbedingt erforderlich ist.

Die Funktionen der Anklageschrift bestehen darin, den Angeschuldigten über den gegen ihn erhobenen Vorwurf zu unterrichten (Informationsfunktion) und in persönlicher und sachlicher Hinsicht den Verfahrensgegenstand zu bezeichnen, über den das Gericht im Zwischenverfahren und - sofern es zur Eröffnung des Hauptverfahrens kommt - im Hauptverfahren zu entscheiden hat (Umgrenzungsfunktion) (BGHSt 40, 390 [392]; Meyer-Goßner, § 200 Rn. 2 mwN).

Diese Funktionen der Anklageschrift sind so wichtig, dass es ein - vom Amts wegen zu berücksichtigendes (vgl. BGH, wistra 2003, 382 [383]) - Prozesshindernis darstellt, wenn die angeklagten Taten anhand der Anklageschrift nicht genügend konkretisierbar sind, so dass unklar bleibt, auf welchen konkreten Sachverhalt sich die Anklage bezieht und welchen Umfang die Rechtskraft eines daraufhin ergehenden Urteils haben würde (BGH, NStZ 1984, 133; 1992, 553). In der vorliegenden Entscheidung stellt der BGH klar, dass es hierfür nicht zwingend erforderlich ist, dass diese Konkretisierung bereits im Anklagesatz erfolgt; entsprechende Angaben im Rahmen des wesentlichen Ergebnisses der Ermittlungen sind insofern ausreichend, da auch dies Teil der Anklageschrift ist und sein Inhalt somit im Rahmen der Prüfung, ob die Anklageschrift ihre o.g. Funktionen erfüllt, berücksichtigt werden muss.

Erfolgt jedoch die erforderliche Konkretisierung der angeklagten Taten - wie im vorliegenden Fall - in der Anklageschrift nur durch das wesentliche Ergebnis der Ermittlungen und nicht durch den Anklagesatz, so ist zu berücksichtigen, dass in der Hauptverhandlung gem. § 243 III 1 StGB nur der Anklagesatz (und gerade nicht das wesentliche Ergebnis der Ermittlungen) durch den Staatsanwalt verlesen wird. Sinn dieser Verlesung ist es, die Schöffen und beisitzenden Richter, die die Anklageschrift noch nicht gelesen haben sowie natürlich auch den Angeklagten und dessen Verteidiger (und nicht zuletzt die Öffentlichkeit) über den Tatvorwurf hinreichend zu informieren, was für die Prozessbeteiligten insb. deshalb ganz wichtig ist, damit sie ihre Prozessführung entsprechend ausrichten können (Krekeler, NStZ 1995, 299; Meyer-Goßner, § 243 Rn. 13). Deshalb stellt es nach Auffassung des BGH einen Verstoß gegen § 243 III 1 StGB dar, wenn der verlesene Anklagesatz allein nicht die Informations- und Umgrenzungsfunktion der Anklageschrift erfüllt, weil die insofern erheblichen Angaben nicht im Anklagesatz, sondern nur im (nicht verlesenen) wesentlichen Ergebnis der Ermittlungen enthalten sind.

Vertiefungshinweise:

❑ Zu den Anforderungen an den Anklagesatz: *BGH*St 29, 124; *BGH*, JZ 1987, 316; NStZ 1984, 133; 1992, 553; 1997, 331; *Deckers*, NJW 1996, 3110; *Krause/Thon*, StV 1985, 253; *Ruppert*, MDR 1994, 976

Leitsätze (der Redaktion):

1. Sachliche Lücken der Anklageschrift begründen nur dann ein Verfahrenshindernis, wenn die angeklagten Taten anhand der Anklageschrift nicht genügend konkretisierbar sind, so dass unklar bleibt, auf welchen konkreten Sachverhalt sich die Anklage bezieht und welchen Umfang die Rechtskraft eines daraufhin ergehenden Urteils haben würde. Auch wenn der Anklagesatz lückenhaft ist, erfüllt die Anklage die Umgrenzungsfunktion noch hinreichend, wenn der Angeklagte die einzelnen Tatvorwürfe dem wesentlichen Ergebnis der Ermittlungen entnehmen kann.

2. Nach § 200 I 1 StPO ist die dem Angeklagten zur Last gelegte Tat sowie Zeit und Ort ihrer Begehung so genau zu bezeichnen, dass die Identität des geschichtlichen Vorgangs dargestellt und erkennbar wird, welche bestimmte Tat gemeint ist; sie muss

sich von anderen gleichartigen strafbaren Handlungen des Täters unterscheiden lassen. Dabei muss die Schilderung umso konkreter sein, je größer die allgemeine Möglichkeit ist, dass der Angeklagte verwechselbare weitere Straftaten gleicher Art verübt hat.

3. Die erforderliche hinreichende Konkretisierung der Tat muss sich grundsätzlich schon aus dem Anklagesatz ergeben, um der Informationsfunktion der Anklage gerecht zu werden. Der Zweck der Verlesung des Anklagesatzes (§ 243 Abs. 3 Satz 1 StPO) geht dahin, diejenigen Richter - insbesondere die Schöffen -, denen der Inhalt der Anklage noch nicht bekannt ist, sowie die Öffentlichkeit darüber zu unterrichten, auf welchen geschichtlichen Vorgang sich das Verfahren bezieht, und ihnen zu ermöglichen, während der ganzen Verhandlung ihr Augenmerk auf die Umstände zu richten, auf die es in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht ankommt. Den Prozessbeteiligten soll Gewissheit darüber vermittelt werden, auf welche Tat sie ihr Angriffs- und Verteidigungsvorbringen einzurichten haben. Eine hinreichende Konkretisierung erst im wesentlichen Ergebnis der Ermittlungen genügt deshalb nicht.

Sachverhalt:

Der Angeklagte fasste den Plan, gemeinschaftlich mit seinem Schwager Yggfried S, der als Inhaber der Firma E im Handel mit ökologisch erzeugten Agrarprodukten tätig war, seiner damaligen Ehefrau Solveig, seinem Sohn Gernot und seinem Neffen Gunnar N konventionell erzeugtes Speise- und Futtergetreide, konventionell erzeugten Raps und konventionell erzeugte Hülsenfrüchte als Ware aus kontrolliert ökologischem Anbau gemäß VO (EWG) 2092/91, deren Preis etwa doppelt so hoch war wie für konventionelle Ware, zu verkaufen. Entsprechend diesem Plan schloss Yggfried S ab Juni 1999 in 58 Fällen Verträge über die Lieferung von "Bio"- oder "Öko"-Erzeugnissen aus EU-konformem Anbau, wobei 27 Verträge die Lieferung von Speisegetreide, die übrigen Verträge Futtermittel betrafen. Die tatsächlich gelieferten Produkte stammten aus konventionellem Anbau, was die Abnehmer nicht erkannten. Der Netto-Verkaufspreis der Lieferungen betrug insgesamt 11.627.458,28 DM, der Preis für konventionelle Produkte hätte hingegen nur 7.055.088,37 DM betragen, so dass den Abnehmern ein Schaden von 4.572.369,91 DM entstanden ist.

Die Anklageschrift vom 16. November 2001 warf dem Angeklagten vor, in der Zeit vom 4. Juli 1999 bis zum 24. August 2000 in A, B und an anderen Orten gemeinschaftlich handelnd in 104 Fällen als Mitglied einer Bande, die sich zur fortgesetzten Begehung von Straftaten nach § 263 StGB verbunden hat, gewerbsmäßig in der Absicht, sich oder einem Dritten einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen, das Vermögen anderer dadurch beschädigt zu haben, dass er durch Vorspiegelung falscher Tatsachen einen Irrtum erregte und in 38 Fällen tateinheitlich hierzu entgegen § 17 Nr. 5 LMBG Lebensmittel unter irreführender Angabe in den Verkehr gebracht zu haben. Der Anklagesatz beschrieb allgemein den Tatplan und die Tatausführung und teilte mit, dass mit Kunden der Firma E des mitangeklagten Schwagers des Angeklagten 38 Verträge über Speisegetreide und 74 Verträge über Futterware aus kontrolliert biologischem Anbau geschlossen worden waren, tatsächlich aber in 1058 Einzelpartien 28.670.034 kg Ware aus konventionellem Anbau zu einem Gesamtpreis von 11.192.953,35 DM geliefert worden war. Die notwendigen Einzelheiten zu den Verträgen, den Vertragspartnern oder zu den Lieferungen, wie zum Beispiel wann mit wem welcher Vertrag über welches Erzeugnis zu welchem Preis geschlossen worden ist und durch welche Einzellieferungen (Produkt, Menge, Zeitpunkt) die Verträge erfüllt wurden, enthielt erst das wesentliche Ergebnis der Ermittlungen. Dieses wurde jedoch in der Hauptverhandlung nicht verlesen.

Aus den Gründen:

I. Entscheidung des Landgerichts; Rechtsmittel

Das Landgericht hat den Angeklagten wegen Betrugs in Tateinheit mit Inverkehrbringen von Lebensmitteln unter irreführender Bezeichnung zu einer Freiheitsstrafe von acht Jahren verurteilt und die Sicherungsverwahrung angeordnet. Der Angeklagte rügt mit seiner Revision die Verletzung materiellen und formellen Rechts und macht Verfahrenshindernisse geltend.

II. Entscheidung des BGH

Das Rechtsmittel hat mit einer Verfahrensrüge Erfolg. [...]

1. Keine Verfahrenshindernisse, insb. keine unzureichende Konkretisierung der angeklagten Tat

Verfahrenshindernisse liegen nicht vor. Nur schwere Mängel einer Anklageschrift führen zu ihrer Unwirksamkeit. Sachliche Lücken der Anklageschrift begründen nur dann ein Verfahrenshindernis, wenn die angeklagten Taten anhand der Anklageschrift nicht genügend konkretisierbar sind, so dass unklar bleibt, auf welchen konkreten Sachverhalt sich die Anklage bezieht und welchen Umfang die Rechtskraft eines daraufhin ergehenden Urteils haben würde (BGH NStZ 1984, 133; 1992, 553). Auch wenn der Anklagesatz hier lückenhaft ist (dazu unter 3.), erfüllt die Anklage die Umgrenzungsfunktion noch hinreichend, da der Angeklagte die einzelnen Tatvorwürfe dem wesentlichen Ergebnis der Ermittlungen entnehmen konnte (vgl. BGHR StPO § 200 Abs. 1 Satz 1 Tat 12).

2. Zum Verstoß gegen § 243 III 1 StPO

Der Rüge der Verletzung des § 243 Abs. 3 Satz 1

StPO, weil der in der Hauptverhandlung verlesene Anklagesatz keine ausreichende Konkretisierung der einzelnen Tatvorwürfe und Tatumstände enthalte, ist hingegen begründet.

a. Verstoß des Anklagesatzes gegen § 200 I 1 StPO wegen mangelnder hinreichender Konkretisierung
Dieser Anklagesatz genügt nicht den Anforderungen des § 200 Abs. 1 Satz 1 StPO. Danach ist die dem Angeklagten zur Last gelegte Tat sowie Zeit und Ort ihrer Begehung so genau zu bezeichnen, dass die Identität des geschichtlichen Vorgangs dargestellt und erkennbar wird, welche bestimmte Tat gemeint ist; sie muss sich von anderen gleichartigen strafbaren Handlungen des Täters unterscheiden lassen. Dabei muss die Schilderung umso konkreter sein, je größer die allgemeine Möglichkeit ist, dass der Angeklagte verwechselbare weitere Straftaten gleicher Art verübt hat (st. Rspr., vgl. BGHR StPO § 200 Abs. 1 Satz 1 Tat 3, 7, 20; Meyer-Goßner StPO 48. Aufl. § 200 Rdn. 7; Tolksdorf in KK-StPO 5. Aufl. § 200 Rdn. 3; Rieß in Löwe/Rosenberg StPO 25. Aufl. § 200 Rdn. 13). Danach ist, um der Informationsfunktion der Anklage gerecht zu werden, bei einer Serie von Straftaten erforderlich, dass die dem Angeklagten im einzelnen vorgeworfenen Tathandlungen nach Tatzeit, Tatort, Tatausführung und anderen individualisierenden Merkmalen ausreichend beschrieben und dargelegt werden (Rieß aaO § 200 Rdn. 14 b). So genügt es grundsätzlich nicht, den Tatzeitraum nach Beginn und Ende einzugrenzen, die in allen Fällen gleichartige Begehungsweise allgemein zu schildern und dabei den betrügerisch herbeigeführten Gesamtschaden zu beziffern (vgl. BGH NStZ 1986, 275, 276; vgl. aber auch OLG Düsseldorf, NStZ-RR 1996, 275, 276). Eine Ausnahme wird, beispielsweise bei Serienfällen sexuellen Kindesmissbrauchs, nach der Rechtsprechung nur dann zugelassen, wenn eine Individualisierbarkeit nach genauer Tatzeit und genauem Geschehensablauf bei der Begehung einer Vielzahl gleichartiger Taten nicht möglich ist und dies zu gewichtigen Lücken in der Strafverfolgung führen würde und wenn es im Rahmen der Anklageerhebung wenigstens gelingt, das Tatopfer, die Grundzüge der Art und Weise der Tatbegehung, einen bestimmten Tatzeitraum und die (Höchst-)Zahl der vorgeworfenen Straftaten, die Gegenstand der Anklage sein sollen, mitzuteilen (vgl. BGHSt 40, 44, 46).

b. Konkretisierung im wesentlichen Ergebnis der Ermittlungen i.R.v. § 243 III 1 StPO nicht ausreichend
Die danach erforderliche hinreichende Konkretisierung der Tat muss sich grundsätzlich schon aus dem Anklagesatz ergeben, um der Informationsfunktion der Anklage gerecht zu werden. Der Zweck
der Verlesung des Anklagesatzes (§ 243 Abs. 3 Satz 1 StPO) geht dahin, diejenigen Richter - insbesondere die Schöffen -, denen der Inhalt der Anklage noch nicht bekannt ist, sowie die Öffentlichkeit darüber zu unterrichten, auf welchen geschichtlichen Vorgang sich das Verfahren bezieht, und ihnen zu ermöglichen, während der ganzen Verhandlung ihr Augenmerk auf die Umstände zu richten, auf die es in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht ankommt. Den Prozessbeteiligten soll Gewissheit darüber vermittelt werden, auf welche Tat sie ihr Angriffs- und Verteidigungsvorbringen einzurichten haben (vgl. BGHR StPO § 243 Abs. 3 Anklagesatz 2; BGH NJW 1982, 1057; Tolksdorf aaO § 243 Rdn. 23; Gollwitzer in Löwe/Rosenberg StPO 25. Aufl. § 243 Rdn. 50 m.w.N.). Diesen Anforderungen genügte der Anklagesatz hier nicht.

c. Zum Beruhen des Urteils auf dem Fehler
Ein Beruhen des Urteils auf dem Gesetzesverstoß vermag der Senat in Übereinstimmung mit dem Generalbundesanwalt nicht auszuschließen. Zwar kann in Ausnahmefällen der Verhandlungsverlauf es trotz mangelhaftem oder überhaupt nicht verlesenem Anklagesatz allen Verfahrensbeteiligten gestatten, den Tatvorwurf im erforderlichen Umfang zu erfassen und ihre Prozessführung entsprechend einzurichten, nämlich dann, wenn die Sach- und Rechtslage einfach und überschaubar ist oder wenn die Prozessbeteiligten auf andere Weise über den Gegenstand des Verfahrens unterrichtet worden sind (vgl. BGH NStZ 2000, 214; bei Miebach NStZ 1991, 28; BGHR StPO § 243 Abs. 3 Anklagesatz 2). Ein solcher Ausnahmefall liegt hier angesichts des Umfangs des Prozessstoffs (1058 Einzellieferungen, 139 Hauptverhandlungstage) jedoch ersichtlich nicht vor.

3. Zu den sonstigen Verfahrensrügen
Zu den übrigen Verfahrensrügen bemerkt der Senat Folgendes: Rechte des Angeklagten können bei rechtsmissbräuchlichem Verhalten eingeschränkt oder sogar ganz verwirkt werden. Für das Beweisantragsrecht gelten insoweit die Grundsätze der Entscheidung BGHSt 38, 111, gegebenenfalls können auch die vom 5. Strafsenat, Beschluss vom 14. Juni 2005 - 5 StR 129/05 (StV 2006, 113 m. Anm. Dahs und m. Anm. Gössel JR 2006, 125) aufgezeigten Lösungsmöglichkeiten erwogen werden. Das Recht auf ein faires Verfahren und das Recht des Angeklagten, sich selbst zu verteidigen (Art. 6 Abs. 3 Buchst. c und d EMRK) gebieten es allerdings, permanent zu überprüfen, ob eine Beschränkung der Verteidigungsrechte des Angeklagten weiterhin erforderlich ist. Eine vorweggenommene Einschränkung des letzten Wortes kommt nur unter ganz besonderen Umständen in Betracht, insbesondere wenn feststeht oder sicher zu erwarten ist, dass der Angeklagte das letzte Wort in rechtsmissbräuchlicher Weise ausübt oder ausüben wird.

Urteile in Fallstruktur

Standort: Öffentliches Recht Problem: Taubenfütterungsverbot und Grundrechte

VGH BW, URTEIL VOM 27.09.2005
1 S 261/05 (VBLBW 2006, 103)

Problemdarstellung:

Der VGH BW hatte sich mit der Rechtmäßigkeit eines Taubenfütterungsverbots zu beschäftigen. In einer Rechtsverordnung war das Füttern von Tauben untersagt; nachdem die Klägerin mehrfach beim Taubenfüttern angetroffen worden war, erhielt sie eine Verbotsverfügung. Die Besonderheit des Falles lag darin, dass die Klägerin neben allgemeinen Bedenken gegen ein Taubenfütterungsverbot - dieses sei unverhältnismäßig und mit dem Staatsziel des Tierschutzes aus Art. 20 a GG nicht zu vereinbaren - spezielle, gerade in ihrer Person liegende Gründe gegen ein Fütterungsverbot anführte. Sie behauptete nämlich, aus Gewissensgründen Tauben füttern zu müssen, berief sich also auf den Schutz des Art. 4 I GG.

Der VGH BW stellt fest, dass die Gewissensfreiheit aus Art. 4 I GG tatsächlich neben dem sogen. "forum internum" - also der Freiheit, überhaupt eine Gewissensentscheidung zu treffen - auch das sogen. "forum externum" schütze, also die Freiheit, die getroffene Gewissensentscheidung auch auszuleben. Mithin ist auch das Füttern von Tauben - wenn es dem Betroffenen denn gelingt, einen echten Gewissenskonflikt darzulegen - von Art. 4 I GG geschützt, und zwar schrankenlos, mit der Folge, dass es dem Einzelnen im Bereich seiner Gewissensentscheidung erlaubt sein muss, gegen ansonsten wirksame gesetzliche Ge- oder Verbote zu verstoßen. Der VGH erkennt diese "situative Normdurchbrechung" oder "partielle Entpflichtung von der Normbefolgung" auch ausdrücklich an.

Das Gericht meint aber, dass diese nur dann geboten sei, wenn "situative Normdurchbrechung" oder "partielle Entpflichtung von der Normbefolgung" das *einzige Mittel* zur Bewältigung des Gewissenskonflikts seien. Ist es dem Betroffenen m.a.W. möglich, sein Gewissen auf andere Weise zu beruhigen, kommt eine Normbefreiung nicht in Betracht. So hatte der VGH keine Probleme, die taubenfreundliche Klägerin auf andere Möglichkeiten zu verweisen, sich im Bereich des Tier- bzw. Taubenschutzes zu engagieren.

Prüfungsrelevanz:

Die Fälle, in denen Menschen Art. 4 I GG für sich entdecken, um von ihnen unliebsamen Ge- oder Verboten befreit zu werden, nehmen kein Ende (vgl. Vertiefungshinweise). Allerdings war es bisher überwiegend die Glaubensfreiheit, die gegen Schulpflicht, Wehrpflicht, Pflicht zur Zahlung von Steuern, Befreiung vom Verbot des Drogenkonsums, Befreiung von der Wahlhelferschaft und viele andere, in der Laiensphäre geborene Ideen herhalten musste. Insofern ist es neu, dass jemand auf die Gewissensfreiheit verfällt. Allerdings sind die Probleme identisch, denn bei Glaubens- und Gewissensfreiheit schützt Art. 4 I GG auch das "forum externum", und in beiden Fällen existieren (jedenfalls nach st.Rspr. des BVerfG, a.A. z.T. die Lit. bzgl. der Glaubensfreiheit wegen Art. 140 GG i.V.m. 136 I WRV) allenfalls verfassungsimmanente Schranken. Richtig an der Entscheidung des VGH ist, dass immerhin diese - in Bezug auf das Taubenfütterungsverbot kommen insbesondere Eigentum (Art. 14 GG) und Gesundheit (Art. 2II GG) in Betracht - einen Eingriff in Art. 4 I GG rechtfertigen können, wenn ein Ausgleich der widerstreitenden Interessen im Wege der "praktischen Konkordanz" dies gebietet.

Für eine erfolgreiche Fallbearbeitung ist es ferner unerlässlich, zwischen der konkreten Gefahr, die für das (konkrete) Fütterungsverbot gegenüber der Klägerin vorliegen muss, und der abstrakten Gefahr, die für den Erlass der (abstrakten) Verbotsverordnung genügt, zu differenzieren. Gleiches gilt für die Verhältnismäßigkeit der Verordnung einerseits (Verstoß gegen das Tierschutzgebot aus Art. 20 a GG?) und des Fütterungsverbots gegenüber der Klägerin andererseits (Verstoß gegen ihre Gewissensfreiheit aus Art. 4 I GG?).

Vertiefungshinweise:

- ❑ Taubenfütterungsverbot durch Rechtsverordnung: VGH BW, NVwZ-RR 1992, 19; OLG Stuttgart, VBlBW 1966, 46; Nds. OVG, NuR 1997, 610
- ❑ Befreiung von der Schulpflicht wegen Art. 4 GG: VG Aachen, RA 2002, 621 = NJW 2002, 3191; VGH BW, DVBl 2003, 347; OVG NRW, NVwZ 1992, 77
- ❑ Genehmigung zum Hanfanbau wegen Art. 4 GG: BVerwG, NVwZ 2001, 924
- ❑ Befreiung von der Steuerpflicht wegen Art. 4 GG: BVerfG, NJW 2003, 2600
- ❑ Wahlhelferschaft contra Art. 4 GG: OVG NRW, RA 2003, 256 = NWVBl 2003, 102

Kursprogramm:
❑ *Examenskurs* : "Betteln verboten"

Leitsätze:
1. Zur Abwehr der von verwilderten Haustauben (Stadttauben) ausgehenden Gefahren insbesondere für das Eigentum und die menschliche Gesundheit kann die Polizeibehörde auch nach Einfügung des Staatsziels des Tierschutzes in Art. 20 a GG durch Polizeiverordnung ein Taubenfütterungsverbot erlassen
2. Auch bei einem Gewissenskonflikt ist es nicht geboten, den Betroffenen von der Befolgung einer Rechtsnorm freizustellen, wenn er auf zumutbare Handlungsalternativen verwiesen werden kann.

Sachverhalt:
In Mannheim (BW) existiert eine formell ordnungsgemäß erlassene Polizeiverordnung (PolVO) vom 5.12.1997, nach deren § 3 I Nr. 14 auf Straßen, in Grün- und Freizeitanlagen und unterirdischen Anlagen der Stadt das Füttern von Tauben untersagt ist.
Nachdem die Klägerin im November 2002 vom Polizeivollzugsdienst mehrfach beim Taubenfüttern angetroffen worden war und sie dabei zu erkennen gegeben hatte, dass sie ungeachtet des in der Polizeiverordnung normierten Taubenfütterungsverbots weiterhin aus Mitleid die Tiere zu füttern gedenke, untersagte die Beklagte der Klägerin dies mit Verfügung vom 2.12.2002. Die Klägerin gibt an, ihr Mitleid mit den Tieren sei so stark, dass ein Fütterungsverbot sie in einen Gewissenskonflikt stürzen würde. Gerade für sie bedeute es daher eine unerträgliche Härte. Jedenfalls könne man Taubenhäuser mit kontrollierter Fütterung einführen. Zudem sei der Tierschutz ja nun auch im Grundgesetz verankert.

Ist die Verfügung vom 2.12.2002 rechtmäßig?

Lösung:
Die Verfügung ist rechtmäßig, soweit sie auf einer wirksamen Ermächtigungsgrundlage beruht, die in formeller und materieller Hinsicht ordnungsgemäß angewendet worden ist.

A. Ermächtigungsgrundlage

I. Rechtsverordnung
In der PolVO vom 5.12.97 findet sich zwar in § 3 I Nr. 14 ein Fütterungsverbot, jedoch keine Ermächtigung zum Einschreiten gegen einen Verstoß.

[Anm.: Sollte einmal in einer RVO eine Ermächtigung zum eingreifenden Verwaltungshandeln enthalten sein, genügt die RVO allein gleichwohl nicht, denn der Vorbehalt des Gesetzes aus Art. 20 III GG fordert, dass das eingreifende Verwaltungshandeln auf ein formelles Gesetz (Parlamentsgesetz) zurückgeführt werden kann. Mithin wäre die RVO i.V.m. den gesetzlichen Vorschriften zu zitieren, die wiederum zum Erlass der RVO ermächtigen.]

II. Generalklausel
Es kommt daher nur die Generalklausel in Betracht:
"Nach der polizeirechtlichen Generalklausel hat die Polizei die Aufgabe, von dem Einzelnen und dem Gemeinwesen Gefahren abzuwehren, durch die die öffentliche Sicherheit oder Ordnung bedroht wird, und Störungen der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung zu beseitigen, soweit es im öffentlichen Interesse geboten ist (§ 1 Abs. I S. 1 PolG BW). Dabei hat die Polizei zur Wahrnehmung ihrer Aufgaben diejenigen Maßnahmen zu treffen, die ihr nach pflichtmäßigem Ermessen erforderlich erscheinen (§ 3 PolG)."

B. Formelle Rechtmäßigkeit
Anhaltspunkte, die gegen die formelle Rechtmäßigkeit der Verfügung vom 2.12.02 sprechen könnten, sind nicht ersichtlich.

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

I. Tatbestand
In Betracht kommt eine Verletzung der öffentlichen Sicherheit durch die Klägerin.

1. Öffentliche Sicherheit
Zu den Schutzgütern der öffentlichen Sicherheit gehört neben den Individualrechtsgütern und staatlichen Einrichtung und Veranstaltungen das geschriebene Recht. Zum geschriebenen Recht wiederum gehören alle Gesetze, Rechtsverordnungen und Satzungen, soweit sie ihrerseits wirksam, d.h. mit höherrangigem Recht vereinbar sind. Die Klägerin hat hier gegen § 3 I Nr. 14 der PolVO verstoßen. Fraglich ist, ob diese Verordnung ihrerseits wirksam ist.

a. Ermächtigungsgrundlage

aa. Generalklausel
"Diese Verbote sind durch die gesetzliche Ermächtigung gedeckt. Nach § 10 Abs. 1 i.V.m. § 1 Abs. 1 PolG BW darf eine Polizeiverordnung erlassen werden, wenn in typischen Fällen aus bestimmten Arten von Handlungen oder Zuständen mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit Gefahren für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung entstehen können (st. Rspr. des Senats, vgl. etwa Beschluss vom 6.7.1989 - 1 S 3107/88 - ESVGH 39, 288 [289] m.w.N.)."

bb. Keine Spezialgesetze einschlägig
"Diese Ermächtigungsgrundlage wird durch spezialgesetzgesetzliche Vorschriften - hier des Infektionsschutzgesetzes v. 20.7.2000 (BGBl. I, 1045), das am 1.1.2001 das Bundesseuchengesetz abgelöst hat - nicht verdrängt. Dieses Gesetz regelt den Schutz des Menschen vor übertragbaren Krankheiten (§ 1 Abs. 1 IfSG). Im vorliegenden Sachbereich tritt neben die Möglichkeit des Erlasses von Einzelanordnungen nach § 17 Abs. 2 IfSG [...] insbesondere die den Landesregierungen nach § 17 Abs. 5 Satz 1 IfSG eingeräumte Ermächtigung, zur Verhütung und Bekämpfung übertragbarer Krankheiten Rechtsverordnungen über die Feststellung und die Bekämpfung von Gesundheitsschädlingen zu erlassen. Ob auf dieser Grundlage ohne weiteres Maßnahmen gegen so genannte Stadttauben ergriffen werden können, erscheint fraglich. Denn aufgrund neuerer Erkenntnisse im Anschluss an veterinärmedizinische Untersuchungen zum Durchseuchungsgrad von Taubenpopulationen und zu nachgewiesenen Krankheitsübertragungen (siehe hierzu die Stellungnahmen des Bundesinstituts für gesundheitlichen Verbraucherschutz und Veterinärmedizin [BgVV] v. 26.2.1998 und vom 20.7.2001; Wormuth, Mh. Vet.-Med. 48 [1993], 583 [589 f.]; Glünder, Dt. tierärztl. Wschr. 96 [1989], 112 [113]; Albrecht/Schies/ Kämpfer/Scholbeck, Gesundheitsgefährdung durch Taubenkot, Sonderdruck aus TIEFBAU, überarbeitete Fassung vom Februar 2003, S. 3 f., jeweils m. w. N.; Haag-Wackernagel/Moch, Journal of Infection 48 [2004], 307) sind sie wohl nur nach Maßgabe konkreter Anhaltspunkte als Gesundheitsschädling i.S. von § 2 Nr. 12 IfSG einzustufen, der Anlass zu Bekämpfungsmaßnahmen gibt.
Dies bedarf hier aber keiner weiteren Vertiefung. Denn eine Sperrwirkung für die lediglich subsidiäre Verordnungsermächtigung des allgemeinen Polizeirechts entfalten die Bestimmungen des Infektionsschutzgesetzes nur, soweit eine Rechtsvorschrift allein den Zweck verfolgt, die Bevölkerung vor übertragbaren Krankheiten i.S. von § 2 Nr. 3 IfSG zu schützen. Das ist hier aber nicht der Fall. Auch soweit das Taubenfütterungsverbot den Gesundheitsschutz im Auge hat, dient es vielmehr auch [...] der Verhinderung von Gesundheitsgefahren, die nicht von übertragbaren Krankheiten im Sinne des Infektionsschutzgesetzes ausgehen (vgl. Urt. des erkennenden Senats, NVwZ-RR 1992, 19, im Anschluss an OLG Stuttgart, BWVBl. 1966, 46; Nds. OVG, NuR 1997, 610)."

b. Formelle Rechtmäßigkeit der PolVO
Laut Sachverhalt ist die PolVO formell rechtmäßig ergangen.

c. Materielle Rechtmäßigkeit
In materieller Hinsicht müsste der Tatbestand der Verordnungsermächtigung erfüllt und die Verordnung ermessensfehlerfrei ergangen sein.

aa. Tatbestand
Fraglich ist, ob das Taubenfütterungsverbot in § 3 I Nr. 14 PolVO zum Schutz vor Gefahren für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung im o.g., abstrakten Sinne erforderlich ist. Dann müsste durch das Taubenfüttern bzw. die dadurch bewirkte Vermehrung der Tauben mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit eines der Schutzgüter der öffentlichen Sicherheit - nur diese kommt hier in Betracht - gefährdet werden. Dazu gehören u.a. die Individualrechtsgüter Eigentum und Gesundheit, die der VGH BW als gefährdet ansieht:

(1). Eigentum
"Mit der Regulierung der Taubenpopulation soll der Verschmutzung insbesondere durch Taubenkot entgegen gewirkt werden. Dies ist angesichts eines wie in Mannheim bei ungehinderter Vermehrung großen Taubenbestands von bis zu 10.000 Exemplaren nicht etwa ein ordnungsrechtlich irrelevantes bloß ästhetisches Problem. Bei ca. 9 bis 12 kg Nasskot pro Taube und Jahr - dies entspricht ca. 2,5 kg Trockenkot - kann es zu Schäden an Gebäuden - und in erheblichem Umfang auch an denkmalgeschützten Bauten - kommen (Kösters/Korbei, a.a.O., S. 51; Albrecht/Schies/Kämpfer/Scholbeck, a.a.O., S. 2). Allein der Hinweis auf einen durchschnittlichen pH-Wert von Taubenkot, der sich mit 5,5 im schwach sauren Bereich bewege, ist nicht geeignet, diesen Befund generell in Frage zu stellen; denn die verschiedenen Baumaterialien reagieren insoweit unterschiedlich. Aber auch ungeachtet von Substanzschäden fallen jedenfalls große Reinigungskosten an, damit die durch eine Ekel erregende Kotschicht verunstalteten Gebäude wieder ästhetischen Anforderungen genügen und so auch ihren wirtschaftlichen Wert behalten. Demnach dient das Verbot dem Schutz des Eigentums Privater und der öffentlichen Hand."

(2). Gesundheit
"Des Weiteren fällt auch die Erhaltung und Verbesserung der Reinlichkeit des öffentlichen Raums unter das Schutzgut der öffentlichen Sicherheit. Damit werden nicht nur Gefahren für die Verkehrssicherheit, etwa auf Gehwegen, verhindert. Zugleich wird auch Gefahren für die Gesundheit begegnet, die nicht vom Anwendungsbereich des Infektionsschutzgesetzes erfasst sind. Hierzu zählen - insbesondere bei immundefizienten Personengruppen wie Kindern, alten Menschen und Kranken - neben allergischen Reaktionen beim Einatmen von Feder- oder Kotstaub (Kösters/Korbei, a.a.O., S. 50; Albrecht/Schies/ Kämpfer/Scholbeck, a.a.O., S. 5) auch starke Gesundheitsbelastungen sowie Allergien, die durch von Tauben verbreiteten Parasiten wie der Taubenzecke und der Vogelmilbe hervorgerufen werden können (siehe Bun-

desgesundheitsamt v. 9. 3. 1994, zitiert in NuR 1994, 364; Glünder, Dt. tierärztl. Wschr. 96 [1989], 112). Wenn der Verordnungsgeber neben diesen Schutzrichtungen zugleich auch Gesundheitsgefahren abwehren will, die von übertragbaren Krankheiten ausgehen, so ist dies von Rechts wegen nicht zu beanstanden. Anhaltspunkte dafür, dass Stadttauben in Mannheim bei massiertem Auftreten insoweit ein signifikantes Gefährdungspotenzial bergen, liegen vor [wird ausgeführt]."

bb. Rechtsfolge

Fraglich ist, ob die Verordnung auch ermessensfehlerfrei ergangen, insbesondere verhältnismäßig ist. Dann müsste sie zur Erreichung der o.g. Ziele geeignet, erforderlich und angemessen sein.

(1). Geeignetheit

"Das Taubenfütterungsverbot ist zur Erreichung des Ziels geeignet. Maßgeblichen Einfluss auf die Größe eines Taubenbestands hat das vorhandene Nahrungsangebot. Bleibt dies gleich, so führen auch isolierte Tötungsaktionen nicht zu einer dauerhaften Verringerung der Taubenpopulation, da die entstandenen Lücken binnen kurzer Zeit durch die zeitweilig verbesserten Brutbedingungen und den Zuflug neuer Tauben geschlossen werden (vgl. Haag-Wackernagel, a.a.O., S. 778 f.). Eine Verringerung des Nahrungsangebots führt demgegenüber zu einem Rückgang der Nachkommensrate über eine Reduktion der Brutpaare, die ihren Flugradius zur Nahrungsbeschaffung vergrößern müssen und wegen des dafür erhöhten Zeit- und Energieaufwands in geringerem Umfang brüten (Kösters/Korbei, a.a.O., S. 50; Vater, Bundesgesundheitsblatt 1999, 911 [913 ff.]). Vor diesem Hintergrund ist allgemein anerkannt, dass die dauerhafte Verringerung des Nahrungsangebots durch ein generelles Fütterungsverbot das aus wissenschaftlicher Sicht erfolgversprechendste Verfahren darstellt, auch wenn seine Durchsetzung unter Praxisbedingungen auf Schwierigkeiten trifft. So bleibt die "Passivfütterung" insbesondere durch achtloses Wegwerfen von Nahrungsmittelresten weiterhin eine große Nahrungsquelle der Stadttauben, der nur durch eine Verbesserung der allgemeinen Sauberkeit der Straßen beizukommen ist. Dieses ungelöste Problem macht ein explizites Fütterungsverbot indessen nicht zum ungeeigneten Mittel."

(2). Erforderlichkeit

Die Erforderlichkeit wäre zu verneinen, wenn mildere, gleich effektive Mittel wie das Fütterungsverbot zur Zweckerreichung existierten. Die Klägerin meint, man solle Taubenhäuser mit kontrollierter Fütterung einführen. Der VGH hält dies hingegen nicht für eine taugliche Alternative, weil sie nicht gleich effektiv ist:

"Ohne Erfolg zieht die Klägerin [die Erforderlichkeit] unter Verweis auf das von ihr als allein tierschutzgerecht erachtete Konzept von Taubenhäusern mit Gelegeaustausch und kontrollierter Fütterung in Zweifel. Denn es ist nicht dargetan, dass dieses Vorgehen, das das Schutzinteresse der Tiere weniger stark beeinträchtigt, den gleichen Erfolg verspricht. Zwar bezieht sich die Klägerin auf positive Erfahrungen insbesondere in der Stadt Aachen; es wird indessen auch von einer ganzen Anzahl von Städten berichtet, wo das Konzept als letztlich wirkungslos bezeichnet wurde, weil etwa die Taubenhäuser nicht angenommen wurden oder das Problem nur verlagert wurde (vgl. Vater, Bundesgesundheitsblatt 2000, 41 [42]). Schließlich werden im Schreiben des Bürgermeisters der Beklagten vom 17. 8.2001 die Schwierigkeiten benannt, die der Umsetzung des Konzepts angesichts der konkreten Gegebenheiten in Mannheim entgegenstehen. So fehle es insbesondere an der Möglichkeit, die erforderliche Anzahl von Taubenhäusern aufzustellen; städtische Grundstücke seien an den zentralen Orten nicht ausreichend vorhanden, und private Eigentümer lehnten aus Furcht vor Verschmutzung eine Mitwirkung ab."

(3). Angemessenheit

Das Taubenfütterungsverbot könnte aber unangemessen sein. Dies wäre der Fall, wenn eine Abwägung der widerstreitenden Interessen ergäbe, dass die gegen ein Fütterungsverbot sprechenden Argumente überwiegen. Die Klägerin meint, schon aus verfassungsrechtlichen Gründen - namentlich wegen des Tierschutzes aus Art. 20 a GG - könne ein Fütterungsverbot nicht angemessen sein. Der VGH tritt dem entgegen:

"Das Vorgehen der Beklagten steht auch mit den Geboten des Tierschutzes und dabei insbesondere mit Art. 20 a GG in Einklang. Nach der seit dem 1.8.2002 geltenden Fassung dieser Norm (vgl. Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes v. 26.7.2002 [BGBl. I, 2862]) schützt der Staat auch in Verantwortung für die künftigen Generationen die Tiere im Rahmen der verfassungsmäßigen Ordnung durch die Gesetzgebung und nach Maßgabe von Gesetz und Recht durch die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung. Ungeachtet der Rechtsnatur der Staatszielbestimmung des Tierschutzes als nicht subjektiv-rechtlich ausgestaltete und folglich nicht individualschützende Norm ist sie hier, wo es um die objektive Rechtmäßigkeit einer (untergesetzlichen) Rechtsvorschrift geht, als Prüfungsmaßstab heranzuziehen.

Verfehlt ist die Argumentation der Klägerin, dass das Taubenfütterungsverbot in der Polizeiverordnung vom 5.12.1997 mit In-Kraft-Treten der Neufassung des Art. 20 a GG schon deswegen rechtswidrig geworden sei, weil es nunmehr an der erforderlichen Abwägung mit den verfassungsrechtlich verankerten tierschutzrechtlichen Belangen fehle. Denn diese Ansicht verkennt, bereits, dass es sich bei der Polizeiverordnung nicht um eine planerische Entscheidung handelt, bei der besondere Anforderungen an den Abwägungsvorgang zu

stellen sind. Hier kann es demgegenüber nur darum gehen, ob das Ergebnis der Rechtsetzung, d. h. die Regelung als solche, mit den neuen verfassungsrechtlichen Vorgaben in Einklang steht. Das ist hier der Fall.
Mit der Einfügung des Tierschutzes in das Grundgesetz ist ein absoluter Schutz für Tiere nicht verbunden; vielmehr soll damit nur ein "ethisches Mindestmaß" sichergestellt werden, wonach die Tiere in ihrer Mitgeschöpflichkeit zu achten und ihnen vermeidbare Leiden zu ersparen sind (siehe hierzu von Loeper in: Kluge [Hg.], TierSchG, 2002, Einf. RdNr. 104 c). Dies gebietet, Leben und Wohlbefinden des Tieres zu schützen (§ 1 S. 1 TierSchG), und fordert insbesondere, dass niemand einem Tier "ohne vernünftigen Grund" Schmerzen, Leiden und Schäden zufügen darf (§ 1 S. 2 TierSchG). Über dieses bereits einfachrechtlich garantierte Niveau wollte der verfassungsändernde Gesetzgeber den Tierschutz jedoch nicht verbessern. Ziel war vielmehr, den gesetzlich schon vorhandenen Tierschutz verfassungsrechtlich aufzuwerten (vgl. BT-Drs. 14/8860, S. 3); insoweit ist von einem auf die vorhandenen tierschutzrechtliche Kerngehalte bezogenen Rückschrittsverbot auszugehen (vgl. Kloepfer, a.a.O., RdNr. 47, 52). Demnach hat sich durch die Neufassung des Art. 20 a GG der Gehalt der Normen des Tierschutzgesetzes, die ohnehin dem Schutz der Tiere dienen, nicht wesentlich geändert (vgl. hierzu Murswiek in: Sachs, GG, 3. Aufl. 2003, Art. 20 a RdNr. 51 a, 69). Die verfassungsrechtliche Aufladung des Tierschutzes ist demgegenüber insoweit von rechtlicher Bedeutung, als dass der ethische Tierschutz z. B. bei Konflikten mit vorbehaltlos gewährleisteten Grundrechten wie der Religionsfreiheit (Schächten) sowie vor allem der Wissenschaftsfreiheit (Tierversuche) nunmehr als verfassungsimmanente Schranke herangezogen werden kann (Murswiek, a.a.O., RdNr. 72; Kloepfer, a.a.O., RdNr. 80, 83 ff); diese rechtliche Dimension ist hier aber nicht berührt.
Hiernach kann (weiterhin) festgestellt werden, dass ein Taubenfütterungsverbot den Mindestanforderungen des ethischen Tierschutzes genügt. Solange sich die Größe der Taubenpopulation dem verringerten Nahrungsangebot noch nicht angepasst hat, ist ein Fütterungsverbot zwar auch mit Leiden für die Tauben verbunden, die sich in der Konkurrenz um das vorhandene Futter nicht durchsetzen können und deswegen mangels ausreichender Nahrung geschwächt werden und letztlich verenden. Auch diese Folge ist mit dem ethischen Mindestmaß im Umgang mit Tieren indes zu vereinbaren. Zur Konkretisierung des tierschutzrechtlichen Grundanliegens, Tieren vermeidbare Leiden zu ersparen, ist - in Anlehnung an die hier nicht unmittelbar einschlägige Bestimmung des § 1 S. 2 TierSchG - darauf abzustellen, ob die Leiden nach Maßgabe des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit durch einen "vernünftigen Grund" zu rechtfertigen sind (siehe BVerfGE 48, 376 [389]; BVerwG, Buchholz 418.9 TierSchG Nr. 10; von Loeper, a.a.O., § 1 RdNr. 45, 52 ff.; Hirt/Maisack/Moritz, TierSchG, 2003, § 1 RdNr. 28). Das ist hier angesichts der oben dargelegten Zwecke zu bejahen."

2. Zwischenergebnis
Das Taubenfütterungsverbot in § 3 I Nr. 14 PolVO ist wirksam und damit Bestandteil der "öffentlichen Sicherheit". Indem die Klägerin beabsichtigt, weiterhin Tauben zu füttern, stellt ihr Verhalten mit hinreichender Wahrscheinlichkeit eine Gefahr für dieses Schutzgut dar. Sie kann daher als Verhaltensstörerin polizeirechtlich in Anspruch genommen werden; der Tatbestand der Ermächtigungsgrundlage ist erfüllt.

II. Rechtsfolge
Auch die Generalklausel eröffnet ein Ermessen, das insbesondere in verhältnismäßiger Weise ausgeübt werden muss. Die Klägerin meint, gerade sie würde durch das Fütterungsverbot besonders hart belastet, weil sie das Taubenfüttern als durch ihr Gewissen geboten ansehe, Art. 4 I GG. Fraglich ist, ob dies zur Unangemessenheit und damit zur Unverhältnismäßigkeit des Verbots gerade gegenüber der Klägerin führt.

1. Schutzbereich der Gewissensfreiheit betroffen
"Der Schutzbereich der Gewissensfreiheit ist berührt, wenn eine ernste sittliche, d.h. an den Kategorien von "gut" und "böse" orientierte Entscheidung in Rede steht, die der Einzelne in einer bestimmten Lage als für sich bindend und unbedingt verpflichtend innerlich erfährt, sodass er gegen sie nicht ohne ernste Gewissensnot handeln könnte (vgl. nur BVerfGE 12, 45 [54 f.]). Bei einer in der Achtung von Tieren als Mitgeschöpfen begründete Haltung, auf die sich die Klägerin beruft, scheint es nicht von vornherein ausgeschlossen, dass hier eine Entscheidung in Rede steht, die für die Konstituierung der Person bedeutsam ist und die Integrität und Identität der Persönlichkeit existenziell betrifft (vgl. Bethge, HStR VI, 1. Aufl. 1989, § 137 RdNr. 11). Nach der Rechtsprechung auch des Bundesverfassungsgerichts ist dabei nicht nur das sog. forum internum, sondern auch die Umsetzung von Gewissensentscheidungen nach außen, ihre Äußerung und andere Formen ihrer Verwirklichung geschützt (forum externum); die Gewissensfreiheit umfasst folglich grundsätzlich auch die Freiheit, von der öffentlichen Gewalt nicht verpflichtet zu werden, gegen Gebote und Verbote des Gewissens zu handeln (vgl. BVerfGE 78, 391 [395]). Wird damit die Gewissensfreiheit potenziell zu einem weitreichenden Handlungsrecht, ist der Gefahr einer Auflösung der allgemeinen Rechtsordnung durch Gewissensvorbehalte zu begegnen. Die individuelle Überzeugung kann demnach nicht Maßstab der Gültigkeit genereller Normen sein (vgl. BVerfG, Beschl. v. 18. 4. 1984 - 1 BvL 43/81 - BVerfGE 67, 26 [37]; BVerwG, Urt. v. 18.

6.1997 - 6 C 5.96 - BVewGE 105, 73 [781). Da das Gewissen ein höchst individuelles Phänomen ist, kann ein Konflikt jeweils nur im Einzelfall und - soweit geboten - durch eine "situative Normdurchbrechung" (vgl. Muckel, in: Friauf/Höfling [Hg.], Berliner Kommentar, Art. 4 RdNr. 69) und partielle Entpflichtung von der Normbefolgung (vgl. Bethge, a.a.O., RdNr. 32) bewältigt werden."

2. Herstellung praktischer Konkordanz

Diese Notwendigkeit zur partiellen Entpflichtung von der Normbefolgung besteht nach Ansicht des VGH aber nur dann, wenn sie sie einzige Möglichkeit ist, den Gewissenskonflikt zu lösen:

"Auch wenn bei der Klägerin ein nach Ernsthaftigkeit, Tiefe und Unabdingbarkeit ihrer Entscheidung rechtlich beachtlicher Gewissenskonflikt anzunehmen ist, kann sie nicht verlangen, im Rahmen des der Beklagten nach §§ 1, 3 PolG eingeräumten Ermessens von der Beachtung des Taubenftitterungsverbots freigestellt zu werden. Wenn das Gewissen eine bestimmte Handlung verlangt, die rechtlich verboten ist, so gibt es in aller Regel Alternativen, um dem Gewissen gleichfalls zu genügen. Denn die - vom Gewissen gebotenen - Handlungsmöglichkeiten sind selten nur auf eine einzige - vom Recht untersagte - reduziert. Der Betroffene kann dann - jedenfalls im Rahmen der Herstellung praktischer Konkordanz zwischen der Gewissensfreiheit und den kollidierenden Verfassungsrechtsgütern - darauf verwiesen werden, von gewissenschonenden Alternativen Gebrauch zu machen (vgl. hierzu Morlok in: Dreier [Hg.], GG, Bd. 1, 2. Aufl. 2004, Art. 4 RdNr. 88. m.N.; siehe auch BVerwG, NJW 2006,77 [87]). Hier ist der Klägerin eine zumutbare Möglichkeit, der Stimme ihres Gewissen zu folgen, die einen Einsatz für die leidende Kreatur fordert, dadurch eröffnet, dass sie sich anderweitig und in rechtlich zulässigen Bahnen für die Sache des Tierschutzes engagiert."

D. Ergebnis

Die Verbotsverfügung ist rechtmäßig.

Standort: Zivilrecht — Problem: Unzulässige Renovierungsklausel

BGH, URTEIL VOM 05.04.2006
VIII ZR 152/05 (NJW 2006, 2115)

Problemdarstellung:

Wieder einmal begehrte in diesem Rechtsstreit ein Vermieter Schadensersatz von seinen Mietern, welche die Wohnung nach Beendigung des Mietverhältnisses seiner Auffassung nach nicht in einem ordnungsgemäßen Zustand hinterlassen hatten. Er begehrte Ersatz für die nach erfolgloser Aufforderung durch ihn durchgeführten Renovierungsmaßnahmen und stützte sich dabei auf eine vorformulierte Mietvertragsklausel, welche die Verpflichtung der Mieter zur Durchführung von Schönheitsreparaturen nach Maßgabe eines Fristenplans vorsah. Als Besonderheit sah der Formularmietvertrag in diesem Fall bei Auszug der Mieter sogar ausdrücklich die Entfernung aller angebrachten oder vom Vormieter übernommenen Bodenbeläge sowie der Wand- und Deckentapeten vor. Schließlich suchte der Kl. noch sein Heil in der Rechtsauffassung, der Rückgabeanspruch aus § 546 I BGB erfasse hier auch die von den Bekl. verweigerte Entfernung der Tapeten.

All dies hatte vor dem für Mietrecht zuständigen VIII. Zivilsenat des BGH keinen Bestand. Die Schönheitsreparaturklausel ordnete er als starre Klausel ein, die den Mieter nach Maßgabe des Fristenplans ohne Rücksicht auf den Zustand der Wohnung zur Renovierung verpflichtet. Eine solche Klausel ist gem. § 307 I, II Nr. 1 BGB unwirksam. Die Tapetenentfernungsklausel stellte der Senat mit einer starren Endrenovierungsklausel gleich, die den Mieter jedenfalls bei Auszug ohne Rücksicht auf den Zustand der Wohnung zur Renovierung verpflichtet. Auch eine solche AGB-Klausel verstößt gegen § 307 I, II Nr. 1 BGB. Im Rahmen des § 546 I BGB kann der Vermieter jedenfalls dann keine Entfernung von Tapeten verlangen, wenn der Mieter diese im Rahmen von Schönheitsreparaturen angebracht hat, die ihm eine Vertragsklausel abverlangte, selbst wenn diese sich im Nachhinein als unwirksam herausstellt.

Prüfungsrelevanz:

Über die hohe Praxis- wie auch Ausbildungsrelevanz der Problematik um Schönheitsreparaturklauseln in Wohnungsmietverträgen ist an dieser Stelle schon häufig berichtet worden, vgl. die nachstehenden Vertiefungshinweise. Wie zur Bestätigung dieser These hat der VIII. Zivilrechtssenat des BGH erneut eine Vielzahl grundlegender Entscheidungen zu dieser Frage getroffen und veröffentlicht, vgl. auch insoweit die Vertiefungshinweise. Auch die notwendige Kenntnis der Grundsätze der höchstrichterlichen Rechtsprechung entbindet nicht von der Notwendigkeit, in jedem Einzelfall die streitgegenständlichen Klauseln eingehend zu prüfen, um insbesondere eine starre Verpflichtung zu Schönheitsreparaturen oder Endrenovierungen von zulässigen flexiblen Regelungen zu unterscheiden.

Vertiefungshinweise:

❑ Unzulässige Schönheitsreparaturklausel bei beispielhafter Bezugnahme auf starren Fristenplan: *BGH*, NJW 2006, 2113

❑ Unzulässiger Summierungseffekt bei Kombination aus vorformulierter und individuell hinzugefügter Klausel: *BGH*, NJW 2006, 2116

❑ Wirksame, flexible Schönheitsreparaturklausel: *BGH*, RA 2004, 439 = NJW 2004, 2087

❑ Unzulässige Kombination von Schönheitsreparatur- und Endrenovierungsklausel: *BGH*, RA 2003, 557 = NJW 2003, 2234

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs* : "Keine Lust auf Schönheitsreparaturen"

Leitsätze:

1. Die in einem formularmäßigen Mietvertrag enthaltene Klausel "Der Mieter ist verpflichtet, die während der Dauer des Mietverhältnisses notwendig werdenden Schönheitsreparaturen ordnungsgemäß auszuführen. Auf die üblichen Fristen wird insoweit Bezug genommen (z.B. Küchen/Bäder: 3 Jahre, Wohn- und Schlafräume: 4-5 Jahre, Fenster/Türen/Heizkörper: 6 Jahre)." enthält einen starren Fristenplan und ist deshalb unwirksam.

2. Eine vorformulierte Klausel, nach der der Mieter verpflichtet ist, bei seinem Auszug alle von ihm angebrachten oder vom Vormieter übernommenen Tapeten zu beseitigen, ist wegen unangemessener Benachteiligung des Mieters unwirksam.

Sachverhalt:

Die Parteien streiten um Schadensersatz nach Beendigung eines Mietverhältnisses. In der Zeit vom 01.12.1995 bis 30.06.2004 hatten die Bekl. vom Kl. eine Wohnung in dem Anwesen O.-Straße in V. gemietet. Die Bekl. übernahmen die Wohnung, die der Kl. zuvor selbst genutzt hatte, in unrenoviertem Zustand und mit den vom Kl. angebrachten Tapeten und Teppichböden. In der Folgezeit erneuerten die Bekl. in einigen Zimmern die Bodenbeläge und tapezierten die Wohnung neu. Nach Darstellung des Kl. verwandten sie hierbei nicht überstreichbare Wasserschutz- oder Schaumtapeten, tapezierten nur von der Decke bis zur Wandmitte und beklebten Tapeten teilweise mit nicht entfernbaren PVC-Belägen.

Über die Erhaltung der Mieträume enthält der Mietvertrag in § 8 Nr. 2 folgende vorgedruckte Klausel:

"Der Mieter ist verpflichtet, die während der Dauer des Mietverhältnisses notwendig werdenden Schönheitsreparaturen ordnungsgemäß auszuführen. Auf die üblichen Fristen wird insoweit Bezug genommen (z.B. Küchen/Bäder: 3 Jahre, Wohn- und Schlafräume: 4-5 Jahre, Fenster/Türen/Heizkörper: 6 Jahre)."

§ 13 des Mietvertrages ("Beendigung des Mietverhältnisses") enthält unter anderem folgende formularmäßige Regelungen:

"1. Bei Mietende hat der Mieter dem Vermieter sämtliche Schlüssel auszuhändigen und die Mieträume in vertragsgemäßem Zustand (vgl. § 8) zurückzugeben.

2. Insbesondere hat der Mieter bei seinem Auszug die Räume zu reinigen, die von ihm angebrachten oder vom Vormieter übernommenen Bodenbeläge sowie Wand- und Deckentapeten zu beseitigen und die durch die Anbringung oder Beseitigung verursachten Schäden an Unterböden sowie Wand- oder Deckenputz zu beheben."

Mit Schreiben vom 11.05.2004 forderte der Kl. die Bekl. auf, Bodenbeläge sowie Wand- und Deckentapeten zu beseitigen und Anstricharbeiten an Fenstern, Türen, Heizkörpern sowie den Wänden und Decken durchzuführen. Die Entfernung der Tapeten und Bodenbeläge lehnten die Bekl. ab.

Mit der Klage hat der Kl. die Erstattung von Kosten für die Entfernung von Tapeten in Höhe von 3.525,89 € sowie von Bodenbelägen und für weitere Renovierungsmaßnahmen - insgesamt 6.168,42 € - nebst Zinsen verlangt.

Hat der Kl. die geltendgemachten Ansprüche ?

Lösung:

A. Schadensersatzanspruch wegen nicht entfernter Tapeten gem. §§ 280 I, III, 281 I 1 Fall 1 BGB

Der Kl. könnte gegen die Bekl. einen Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung gem. §§ 280 I, III, 281 I 1 Fall 1 BGB i. H. v. 3.525,89 € wegen der bei Auszug nicht entfernten Tapeten haben.

I. Anwendbarkeit, Art. 229 § 5 S. 2 EGBGB

Die §§ 280, 281 BGB müssten dann auf den bereits 1995 geschlossenen Mietvertrag anwendbar sein.

Zwar wurde der streitgegenständliche Vertrag hier bereits 1995 geschlossen, was gem. Art. 229 § 5 S. 1 EGBGB zunächst für die Anwendbarkeit des BGB sowie der in S. 1 genannten Nebengesetze in der bis zum 31.12.2001 geltenden Fassung spricht. Allerdings bestimmt Art. 229 § 5 S. 2 EGBGB, dass auf Dauerschuldverhältnisse ab dem 01.01.2003 das durch die Schuldrechtsreform geschaffene neue Schuldrecht zur Anwendung zu bringen ist. Die Parteien streiten hier über den Zustand der Wohnung bei Beendigung des Mietverhältnisses und Auszug der Bekl. im Jahre 2004. Dementsprechend sind auf diesen Sachverhalt auch die §§ 280, 281 BGB in ihrer aktuellen Fassung anzuwenden.

II. Schuldverhältnis

Eine Schadensersatzverpflichtung nach § 280 I BGB setzt zunächst das Bestehen eines Schuldverhältnisses voraus. Dieses war hier der zwischen den Parteien bestehende Wohnungsmietvertrag.

III. Pflichtverletzung: Fällige, noch mögliche Leistung

nicht erbracht
Die weiterhin erforderliche Pflichtverletzung muss im Falle der §§ 280 I, III, 281 I 1 Fall 1 BGB darin bestehen, dass der Schuldner eine fällige, in Abgrenzung zu § 283 BGB noch mögliche Leistung nicht erbracht hat.
Nach Beendigung des Mietverhältnisses wäre es den Bekl. ohne weiteres möglich gewesen, die von ihnen angebrachten Tapeten zu entfernen. Fraglich ist daher, ob sie hierzu verpflichtet waren. Eine solche Verpflichtung könnte sich aus § 13 Nr. 2 des zwischen den Parteien geschlossenen Mietvertrages ergeben. Dieses war jedoch eine formularmäßig vorformulierte Klausel, so dass anhand der §§ 305 ff BGB zu prüfen ist, ob diese überhaupt wirksamer Bestandteil des Mietvertrages werden konnte.

1. Sachlicher Anwendungsbereich, § 305 I BGB
Eine Inhaltskontrolle nach §§ 305 ff BGB setzt voraus, dass es sich bei der fraglichen Klausel um eine Allgemeine Geschäftsbedingung i. S. d. § 305 I BGB handelt. Dann müsste es sich um für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierte Bedingungen handeln, die eine Vertragspartei der anderen bei Vertragsabschluss stellt. Hier ist offensichtlich ein vorgedrucktes Mietvertragsformular verwandt worden, das in aller Regel der Vermieter bei Vertragsabschluss den Wohnungsmietern zur Unterzeichnung vorlegt. Unabhängig von der Zahl der seitens des Vermieters beabsichtigten Verwendungen sind derartige Vertragsvordrucke für eine Vielzahl von Vertragsschlüssen erdacht und formuliert worden.
Es handelte sich mithin um Allgemeine Geschäftsbedingungen i. S .d. § 305 I BGB.

2. Persönlicher Anwendungsbereich (wirksame Einbeziehung), § 305 II, III BGB
Von einer wirksamen Einbeziehung in den Vertrag ist gem. § 305 II BGB auszugehen, wenn der Verwender seinen Vertragspartner auf die AGBen hingewiesen hat, dieser von ihrem Inhalt in zumutbarer Weise Kenntnis nehmen konnte und mit ihrem Inhalt einverstanden war. Die Bekl. haben das vom Kl. verwandte Formular bei Vertragsabschluss akzeptiert. Es ist nicht bekannt, dass sie zuvor von dessen Inhalt nicht ordnungsgemäß Kenntnis nehmen konnten. Von eine wirksamen Einbeziehung der Klauseln ist daher auszugehen.

3. Keine vorrangige Individualabrede, § 305 b BGB
Individualabreden zur Frage des Zustandes der Wohnung bei Auszug, welche gem. § 305 b BGB die Regelung in § 13 Nr. 2 des Formularvertrags verdrängen könnten, sind nicht bekannt.

4. Keine überraschende Klausel, § 305 c I BGB
Klauseln, die so ungewöhnlich sind, dass der Vertragspartner des Verwenders mit ihnen den Umständen nach nicht zu rechnen brauchte, werden gem. § 305 c I BGB schon nicht Vertragsbestandteil, ohne dass es einer detaillierten Inhaltskontrolle bedürfte.
Es ist allerdings regelmäßig der Fall, dass Wohnungsmietern in Formularverträgen Reparatur- und Renovierungspflichten in unterschiedlichem Ausmaß auferlegt werden, so dass eine Unwirksamkeit des § 13 Nr. 2 des Vertrags nach § 305 c I BGB nicht in Betracht kommt.

5. Streiterheblichkeit
§ 13 Nr. 2 des Mietvertrags ist auch streiterheblich, da er exakt die zwischen den Parteien u. a. in Streit stehende Verpflichtung der Bekl. zur Entfernung der Tapeten bei Auszug regelt.

6. Eröffnung der Inhaltskontrolle, § 307 III BGB
Eine Inhaltskontrolle anhand der §§ 307 - 309 BGB kommt gem. § 307 III BGB schließlich nur in Betracht, wenn die fragliche Klausel Regelungen enthält, die gesetzliche Bestimmungen ändern oder ergänzen.
Für den Fall der Beendigung des Mietverhältnisses sieht § 546 I BGB die Rückgabepflicht der Mieter vor. In diesem Rahmen ist weiter § 538 BGB von Bedeutung, wonach der Mieter die Abnutzung der Mietsache durch den vertragsgemäßen Gebrauch nicht zu vertreten hat, sowie § 535 I 2 BGB, wonach es Sache des Vermieters ist, die Mietsache auch während der Mietzeit in einem gebrauchstauglichen Zustand zu erhalten. Weitergehende Regelungen zur Frage des Zustandes der Mietsache bei Rückgabe bestehen nicht.
Diese Rechtslage wird durch § 13 Nr. 2 des Mietvertrags verändert bzw. ergänzt, indem eine Verpflichtung des Mieters, sämtliche - auch von Vormietern übernommene - Bodenbeläge sowie Wand- und Deckentapeten zu entfernen, statuiert wird. Die Inhaltskontrolle ist somit eröffnet.

7. Spezielle Klauselverbote, §§ 309, 308 BGB
Vorrangige Klauselverbote aus §§ 309, 308 BGB sind im vorliegenden Fall nicht einschlägig.

8. Verstoß gegen § 307 I BGB (Generalklausel)
§ 13 Nr. 2 des Mietvertrags könnte daher allein gem. § 307 I BGB unwirksam sein, wenn die Regelung die Wohnungsmieter entgegen der Gebote von Treu und Glauben unangemessen benachteiligt. Von einer solchen benachteiligung ist auszugehen, wenn die fragliche Klausel mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist (§ 307 II Nr. 1 BGB).
Hierzu der BGH:

a. Unwirksamkeit starrer Endrenovierungs-klauseln gem. § 307 I, II Nr. 1 BGB
"Gemäß § 535 I 2 BGB hat der Vermieter die Mietsa-

che dem Mieter in einem zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand zu überlassen und sie während der Mietzeit in diesem Zustand zu erhalten. Hierzu gehört auch die Ausführung der Schönheitsreparaturen. Zwar kann der Vermieter diese Pflicht durch Vereinbarung - auch in Allgemeinen Geschäftsbedingungen - auf den Mieter übertragen (st. Rspr., BGHZ 92, 363; 101, 253). Jedoch ist eine formularvertragliche Bestimmung, die den Mieter mit Renovierungspflichten belastet, die über den tatsächlichen Renovierungsbedarf hinausgehen, mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung nicht vereinbar (§ 307 II Nr. 1 BGB), weil sie dem Mieter eine höhere Instandhaltungsverpflichtung auferlegt, als der Vermieter dem Mieter ohne die vertragliche Abwälzung der Schönheitsreparaturen gemäß § 535 I 2 BGB schulden würde (Senatsurteil vom 23.06.2004 - VIII ZR 361/03, NJW 2004, 2586, unter II 2 a). Dementsprechend ist nach der Rechtsprechung des Senats eine Klausel in einem vom Vermieter verwendeten Formularvertrag, die den Mieter verpflichtet, die Mieträume bei Beendigung des Mietverhältnisses unabhängig vom Zeitpunkt der Vornahme der letzten Schönheitsreparaturen renoviert zu übergeben, wegen unangemessener Benachteiligung des Mieters nach § 307 BGB (§ 9 AGBG) unwirksam (Urteil vom 14.05.2003 - VIII ZR 308/02, NJW 2003, 2234, unter II 1 m.w.N.; Urteil vom 25.06.2003 - VIII ZR 335/02, NJW 2003, 3192, unter III 2)."

b. Übertragung dieser Rechtsprechung auf Tapetenentfernungsklausel

"Eine andere Beurteilung ist auch hinsichtlich der in § 13 Nr. 2 des Mietvertrags enthaltenen Rückgabeklausel nicht gerechtfertigt. Gemäß § 8 Nr. 2 des Mietvertrags hat der Mieter während der Dauer des Mietverhältnisses die Schönheitsreparaturen nach Maßgabe eines Fristenplans auszuführen; nach § 13 Nr. 1 des Vertrags hat der Mieter bei Beendigung des Mietverhältnisses die Mieträume in einem der Verpflichtung nach § 8 entsprechenden Zustand zurückzugeben. Durch die in § 13 Nr. 2 des Mietvertrags geregelte Pflicht des Mieters, bei Beendigung des Mietverhältnisses die von ihm angebrachten oder vom Vormieter übernommenen Wand- und Deckentapeten zu beseitigen, wird dem Mieter eine zusätzliche Renovierungspflicht auferlegt. Der Mieter wird durch die in § 13 Nr. 2 des Mietvertrags enthaltene Rückgabeklausel - wie im Falle der vorgenannten Endrenovierungsklausel (oben a.) - in einem übermäßigen, gemäß § 307 BGB unzulässigen Umfang mit Renovierungsverpflichtungen belastet, weil ihm unabhängig von der Dauer des Mietverhältnisses und vom Zeitpunkt der letzten Schönheitsreparaturen die Beseitigung aller in der Wohnung vorhandenen Tapeten auferlegt wird. Die Klausel verpflichtet den Mieter nach ihrem Wortlaut sogar dann zu einer Entfernung der Wand- und Deckentapeten, wenn er diese im Rahmen der fälligen Schönheitsreparaturen gerade erst erneuert hat; in diesem Fall - eine ordnungsgemäße Ausführung vorausgesetzt - ist jedoch die erneute Herstellung einer Wand- und Deckendekoration, und damit die Beseitigung der vorhandenen Tapeten, nicht erforderlich. Entgegen der Auffassung der Revision ist es ohne Bedeutung, dass die Klausel den Mieter nur zur Entfernung, nicht dagegen zur Wiederanbringung von Tapeten verpflichtet. Denn dem Mieter wird auch hierdurch ein Übermaß an Renovierungspflichten auferlegt, wenn es in Anbetracht des Erhaltungszustandes der Tapeten einer Entfernung noch nicht bedarf. Im übrigen wird der Mieter durch die Pflicht zur Entfernung der Tapeten, die einen erheblichen Arbeitsaufwand erfordert, nicht in geringerem Umfang belastet als durch die vorgenannte - unzulässige - Endrenovierungsklausel, die den Mieter zur Rückgabe der Wohnung in renoviertem - nicht notwendig in neu tapeziertem - Zustand verpflichtet. Die Klausel ist auch nicht durch berechtigte Interessen des Vermieters gerechtfertigt; denn ein Interesse, den Mieter zu Renovierungsmaßnahmen in der Wohnung zu verpflichten, obwohl ein Renovierungsbedarf tatsächlich noch nicht besteht, ist nicht schutzwürdig (Senatsurteil vom 23.06.2004, aaO)."

c. (Un-) Wirksamkeit der Schönheitsreparaturklausel in diesem Zusammenhang unbeachtlich

Diese Argumentation des BGH zielt zunächst darauf ab, dass durch § 13 Nr. 2 des Mietvertrags der Mieter verpflichtet werden könnte, Tapeten zu entfernen, die er erst vor kurzer Zeit im Rahmen der Durchführung von Schönheitsreparaturen erneuert hat. Dies wirft die Frage auf, ob diese Argumentation trägt, wenn die im Vertrag vorgesehene Verpflichtung der Bekl. zur Durchführung von Schönheitsreparaturen nach Maßgabe von § 8 Nr. 2 des Mietvertrags ebenfalls nicht wirksam ist. Ein solches Ergebnis könnte die Beurteilung der Endrenovierungs- bzw. Tapetenentfernungsklausel in einem anderen Licht erscheinen lassen. Hierzu jedoch noch einmal der BGH:

"[...] Der Verwender einer aus zwei Teilen bestehenden Klausel, deren einer Teil - hier die Rückgabeklausel - allenfalls dann Bestand haben könnte, wenn der andere Teil - die Schönheitsreparaturklausel - unwirksam ist, kann sich wegen des Gebotes der Transparenz vor-formulierter Vertragsbedingungen nicht zu seinen Gunsten auf die Unwirksamkeit des anderen Klauselteils berufen (vgl. Senatsurteil vom 14.05.2003, aaO.)."

9. Zwischenergebnis

Somit verstößt § 13 Nr. 2 des Mietvertrags gegen § 307 I, II Nr. 1 BGB. Die Klausel konnte kiene Pflicht der Bekl. zur Entfernung der Tapeten begründen.

IV. Ergebnis

Demzufolge kommt der BGH zu folgendem Ergebnis:

"Zu Recht hat das BerGer. angenommen, dass der Kl. keinen Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung (§§ 280 I und III, 281 I 1 BGB) wegen Nichterfüllung der in § 13 Nr. 2 des Mietvertrags enthaltenen Verpflichtung der Bekl. zur Beseitigung der von ihnen angebrachten Tapeten hat. Die Formularklausel ist gemäß § 307 I 1, II Nr. 1 BGB [...] unwirksam, weil sie den Mieter entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligt (vgl. auch LG Saarbrücken, NZM 2000, 1179; Knops in: Herrlein/Kandelhard, Mietrecht, 2. Aufl., § 535 Rz. 54; Langenberg, Schönheitsreparaturen, In-standsetzung und Rückbau, 2. Aufl., 1 B Rz. 84)."

B. Schadensersatzanspruch wegen nicht durchgeführter Schönheitsreparaturen gem. §§ 280 I, III, 281 I 1 Fall 1 BGB

Dem Kl. könnte gegen die Bekl. ein Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung gem. §§ 280 I, III, 281 I 1 Fall 1 BGB wegen unterlassener Schönheitsreparaturen nach Maßgabe von § 8 Nr. 2 des Mietvertrags zustehen.

I. Anwendbarkeit, Schuldverhältnis

Zur Anwendbarkeit dieser Anspruchsgrundlage und dem zwischen den Parteien bestehenden Schuldverhältnis gelten die Ausführungen unter A. I. - II. entsprechend.

II. Pflichtverletzung

Fraglich ist hinsichtlich der erforderlichen Pflichtverletzung der Bekl. nunmehr, ob anders als die spezielle Regelung zur Tapetenentfernung die allgemeine Verpflichtung zur Durchführung von Schönheitsreparaturen in § 8 Nr. 2 des Mietvertrags entsprechende Pflichten begründen konnte. Dann könnten die durch den Kl geltend gemachten Renovierungskosten wenigstens teilweise ersatzfähig sein. Auch hier stellt sich jedoch die Frage des Verstoßes dieser Formularklausel gegen §§ 307 I, II Nr. 1 BGB

Hierzu der BGH in seiner auf die identische Klausel bezogenen Entscheidung BGH, NJW 2006, 2113:

1. Fristenplan darf erkennbar nur Charakter einer Richtlinie haben

"Allgemeine Geschäftsbedingungen sind gemäß ihrem objektiven Inhalt und typischen Sinn einheitlich so auszulegen, wie sie von verständigen und redlichen Vertragspartnern unter Abwägung der Interessen der normalerweise beteiligten Verkehrskreise verstanden werden, wobei die Verständnismöglichkeiten des durchschnittlichen Vertragspartners des Verwenders zugrunde zu legen sind (st. Rspr., vgl. BGHZ 102, 384 [389 f.]). Vorformulierte Fristenpläne für die Ausführung von Schönheitsreparaturen müssen, um der Inhaltskontrolle am Maßstab des § 307 I, II Nr. 1 BGB standzuhalten, nach der gefestigten Rechtsprechung des Senats so abgefasst sein, dass der Fristenplan nur den Charakter einer Richtlinie hat, von der im Einzelfall bei gutem Erhaltungszustand der Mieträume auch nach oben abgewichen werden kann; dies muss für den durchschnittlichen, verständigen Mieter erkennbar sein (Urteil vom 28.04.2004 - VIII ZR 230/03, NJW 2004, 2087, unter III a; Urteil vom 23.06.2004 - VIII ZR 361/03, NJW 2004, 2586, unter II 2; Urteil vom 13.07.2005 - VIII ZR 351/04, NJW 2005, 3416, unter II 2)."

2. Nennung starrer Fristen in der vorliegenden Klausel

"Entgegen der Auffassung des BerGer. wird § 8 Nr. 2 des Mietvertrags diesen Anforderungen nicht gerecht. Die Wendung, wonach der Mieter die "notwendig werdenden" Schönheitsreparaturen vorzunehmen hat, kann aus der Sicht des verständigen Mieters nicht allein die Bedeutung haben, dass er Renovierungsarbeiten nur dann auszuführen hat, wenn tatsächlich Renovierungsbedarf besteht und es Ausnahmen von den üblichen Fristen geben kann. Das folgt aus S. 2 der Klausel, in dem bestimmte Fristen genannt werden. Die Formulierung in § 8 Nr. 2 S. 2 "Auf die üblichen Fristen wird insoweit Bezug genommen (z. B. Küchen/Bäder: 3 Jahre …)" besagt für sich gesehen zwar nicht, dass die üblichen sowie die dort beispielhaft genannten Fristen verbindlich oder flexibel (im Sinne einer Richtlinie) sind. Die aufgeführten Zeiträume enthalten jedoch keine Einschränkung, wonach die vorgesehenen Fristen lediglich für den Regelfall oder für einen "im Allgemeinen" entstehenden Renovierungsbedarf gelten sollen. Aus der Sicht des verständigen, durchschnittlichen Mieters soll die Bezugnahme auf die üblichen sowie die beispielhaft genannten Fristen verbindlich sein. Es handelt sich daher um einen starren Fristenplan, der die Unwirksamkeit der Klausel zur Folge hat (§ 307 I 1,II Nr. 1 BGB)."

3. Bezug auf "notwendig werdende" Reparaturen reicht nicht aus

"Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus § 8 Nr. 2 S. 1 des Mietvertrags mit seiner nicht näher bestimmten Wendung, der Mieter sei verpflichtet, die während der Dauer des Mietverhältnisses "notwendig werdenden" Schönheitsreparaturen ordnungsgemäß auszuführen. Der durchschnittliche Mieter ist gehalten und in der Lage, eine Vertragsklausel im Zusammenhang zu lesen und daraus ihren Sinn zu ermitteln (Senatsurteil vom 13.07.2005, aaO., m.w.N.). Die Formulierung "notwendig werdend" kann sich zwar - im Sinne einer Richtlinie - auf den tatsächlichen Bedarf beziehen. Im Zusammenhang gelesen ist die Bezugnahme auf die üblichen Fristen einschließlich der konkreten Zeitangaben in S. 2 aber als Definition der "notwendig wer-

denden" Schönheitsreparaturen in S. 1 zu verstehen. Dass dieser Begriff den in S. 2 genannten Fristen lediglich den Charakter einer unverbindlichen Orientierungshilfe verleihen soll, ist einem durchschnittlichen Mieter nicht erkennbar."

4. Zwischenergebnis

"Die daraus folgende Unwirksamkeit der Fristenbestimmung führt zur Unwirksamkeit der gesamten Schönheitsreparaturverpflichtung. § 8 Nr. 2 S. 1 des Mietvertrags ließe sich allein nur dann aufrechterhalten, wenn die Formularklausel aus sich heraus verständlich und sinnvoll in einen zulässigen und in einen unzulässigen Regelungsteil trennbar wäre (Senatsurteil vom 25.06.2003 - VIII ZR 344/02, NJW 2003, 2899, unter II 2; Senatsurteil vom 23.06.2004, aaO, unter II 3, jew. m.w.N.). Hieran fehlt es. Aus der Sicht eines unbefangenen Lesers bestimmt sich der Umfang der in S. 1 geregelten Schönheitsreparaturverpflichtung nach dem in S. 2 enthaltenen (starren) Fristenplan, so dass die beiden Klauseln inhaltlich miteinander verknüpft sind. Bliebe die dem Mieter in § 8 Nr. 2 S. 1 auferlegte Schönheitsreparaturverpflichtung ohne den Fristenplan bestehen, würde sie mithin aus der Sicht des Mieters inhaltlich umgestaltet und mit einem anderen Inhalt aufrechterhalten. Dies wäre jedoch eine unzulässige geltungserhaltende Reduktion der Formularklausel (vgl. Senatsurteil vom 22.09.2004 - VIII ZR 360/03, NJW 2004, 3775, unter II 1 c)."

III. Ergebnis

Auf den Ausführungen unter II. aufbauend kommt der BGH dann auch in der Entscheidung BGH, NJW 2006, 2115 zu folgendem Ergebnis:

"Ein Schadensersatzanspruch des Kl. (§§ 280 I und III, 281 BGB) kommt auch nicht unter dem Gesichtspunkt unterlassener Schönheitsreparaturen in Betracht. Die in § 8 Nr. 2 des Mietvertrags enthaltene formularmäßige Schönheitsreparaturklausel, die einen "starren" Fristenplan enthält, ist gemäß § 307 I 1, II Nr. 1 BGB unwirksam, weil sie den Mieter unangemessen benachteiligt; [...]."

C. Schadensersatzanspruch wegen nicht ordnungsgemäßer Rückgabe der Wohnung gem. §§ 280 I, III, 281 I Fall 2 BGB

Dem Kl. könnte schließlich gegen die Bekl. ein Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung gem. §§ 280 I, III, 281 I 1 Fall 2 BGB wegen nicht wie geschuldeter Rückgabe der Wohnung zustehen.

I. Anwendbarkeit, Schuldverhältnis

Zur Anwendbarkeit des moderniserten Schuldrechts auf den Mietvertrag aus dem Jahr 1995 gelten erneut die Ausführungen zu. A. I. - II. entsprechend.

II. Pflichtverletzung

Ein Schadensersatzanspruch gem. §§ 280 I, III, 281 I 1 Fall 2 BGB setzt voraus, dass der Schuldner eine fällige und noch mögliche Leistung nicht wie geschuldet erbracht hat.

1. Rückgabepflicht des Mieters gem. § 546 I BGB

Hier könnte an die mit dem Ende des Mietverhältnisses fällig werdende Rückgabepflicht des Mieters gem. § 546 I BGB gedacht werden. Soweit vertraglich nicht anders vereinbart, muss die Mietsache bei Rückgabe - abgesehen von den gem. § 538 BGB nicht durch den Mieter zu vertretenden Abnutzungserscheinungen im Rahmen des vertragsgemäßen Gebrauchs - den Zustand aufweisen, den sie bei Übergabe an den Mieter ebenfalls aufwies. Dies bedeutet, dass der Mieter von ihm während der Mietzeit angebrachte Einrichtungen zu entfernen hat (Palandt/Weidenkaff, § 546 Rz. 6).

2. Tapetenentfernung jedenfalls in diesem Fall nicht von § 546 BGB erfasst

Stellen nun die durch die Bekl. angebrachten und teilweise mit PVC überklebten Schaumtapeten Einrichtungen dar, könnte sich zumindest die Pflicht zu ihrer Entfernung auch bei Unwirksamkeit von § 13 Nr. 2 des Mietvertrags aus § 546 BGB ergeben.

Hierzu jedoch der BGH:

"Zwar ist der Mieter, wie die Revision zutreffend aufzeigt, bei Vertragsende grundsätzlich verpflichtet, das Mietobjekt - von der durch den vertragsgemäßen Gebrauch herbeigeführten Abnutzung abgesehen (§ 538 BGB) - in dem Zustand zurückzugeben, in dem es sich bei Vertragsbeginn befand; er hat deshalb, wenn sich nicht aus dem Vertrag etwas anderes ergibt, Einrichtungen, Aufbauten oder sonstige bauliche Maßnahmen zu beseitigen (Senatsurteil BGHZ 96, 141, [144 f.] zu § 556 BGB a.F.; Schmidt-Futterer/Gather, aaO., § 546 Rz. 45 m.w.N.). Entgegen der Auffassung der Revision bestand eine solche Verpflichtung der Bekl. im vorliegenden Fall jedoch nicht."

a. Im Rahmen von Schönheitsreparaturen angebrachte Tapeten nicht zu entfernen

"Ob die aus § 546 I BGB folgende Wiederherstellungspflicht des Mieters auch die Entfernung von ihm angebrachter Tapeten umfasst, bedarf keiner Entscheidung. Zustandsverändernde Maßnahmen muss der Mieter jedenfalls dann nicht beseitigen, wenn er sie im Rahmen seiner Verpflichtung zur Vornahme von Schönheitsreparaturen durchführt (vgl. Scheuer in: Bub/Treier, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete, 3. Aufl., Teil V Rz. 18 m.w.N.). So liegt es hier, weil § 8 Nr. 2 des Mietvertrags den Bekl. die Ausführung der Schönheitsreparaturen auferlegt, zu denen auch Tapezierarbeiten gehören (vgl. BGHZ 92, 363 [368]). Als Verwender der Formularklausel kann sich der Kl. nicht auf deren Unwirksamkeit berufen (vgl. BGH, Urteil vom 04.12.1997 - VII ZR 187/96, NJW-

RR 1998, 594 = WM 1998, 767, unter III 2 b; Urteil vom 13.10.2004 - I ZR 249/01, NJW-RR 2005, 314, unter III). Anderenfalls würde der Mieter - die von der Revision befürwortete Anwendbarkeit des § 546 I BGB vorausgesetzt - schlechter gestellt als im Falle der Wirksamkeit der Schönheitsreparaturklausel, die einen Wiederherstellungsanspruch des Vermieters, wie ausgeführt, von vorneherein ausschließt und den Mieter - anders als im Falle der Anwendbarkeit des § 546 I BGB allenfalls dann zu einer Entfernung der Tapeten verpflichtet, wenn ihr Zustand dies erfordert."

b. Verwendung der Schaumtapeten führt zu keiner anderen Beurteilung

"Entgegen der Auffassung der Revision sind die Bekl. auch nicht deshalb gemäß § 546 I BGB zur Beseitigung verpflichtet, weil sie - wie die Revision geltend macht - nicht überstreichbare Wasserschutz- oder Schaumtapeten angebracht, nur von der Decke bis zur Mitte der Wand tapeziert oder die Tapete mit nicht entfernbaren PVC-Belägen beklebt haben. Die Revision zeigt nicht auf, dass, soweit darin eine unfachmännische Renovierung der Wohnung zu sehen ist, Beseitigungsmaßnahmen erforderlich sind, die über den Umfang der Arbeiten hinausgehen, die vom Mieter im Rahmen der - von der Wiederherstellungspflicht nach § 546 I BGB nicht erfassten - auf ihn übertragenen Schönheitsreparaturen zu erbringen wären."

III. Ergebnis

Demnach lautet das Ergebnis des BGH auch insoweit: "Dem Kl. steht kein Schadensersatzanspruch wegen einer Verletzung der Pflicht der Bekl. zur ordnungsgemäßen Rückgabe der Mietwohnung zu (§§ 546 I, 280I, III, 281 BGB).

D. Endergebnis

Nach alledem stehen dem Kl. gegen die Bekl. keinerlei Schadensersatzansprüche zu.

Standort: Strafrecht Problem: Verletzung der Verkehrssicherungspflicht

LG SAARBRÜCKEN, BESCHLUSS VOM 24.10.2005
8 QS 73105 (NSTZ-RR 2006, 75)

Problemdarstellung:

Als sich drei Jugendliche an einem Nachmittag gegen ein durchgerostetes Geländer auf einem Schuldgelände stützten, gab dieses nach und die drei fielen mehr als drei Meter in die Tiefe, wobei sie sich erhebliche Verletzungen zuzogen. Die Eltern der Opfer erstatteten gegen den Hausmeister, der für die Wartung des Geländers zuständig war, sowie gegen dessen Vorgesetzten, den zuständigen Sachbearbeiter des Gebäudemanagementunternehmens des Landes, Strafanzeige wegen Körperverletzung durch Unterlassen (§§ 229, 13 I StGB). Das Amtsgericht vermochte keinen hinreichenden Tatverdacht zu erkennen und lehnte eine Eröffnung des Hauptverfahrens ab. Der hiergegen gerichteten Beschwerde der Staatsanwaltschaft (§ 210 II StPO) gab das Landgericht Saarbrücken statt. (Das Verfahren wurde schließlich gem. § 153 a StPO eingestellt.)

Prüfungsrelevanz:

Der vorliegende Fall enthält Problemstellungen aus dem Bereich der Fahrlässigkeits- und Unterlassungsdelikte. Diese Deliktsgruppen und deren spezifische Probleme sind in beiden Examen häufig Gegenstand von Prüfungsaufgaben, wenn auch selten deren alleiniger Schwerpunkt.

Im vorliegenden Fall ist das Delikt der fahrlässigen Körperverletzung (§ 229 StGB) als unechtes Unterlassungsdelikt zu prüfen. Zwar kann man sich durchaus auf den Standpunkt stellen kann, dass bei einem Fahrlässigkeitsdelikt bis zu einem gewissen Grad eigentlich stets ein Unterlassen unter Strafe gestellt wird (nämlich das Unterlassen sorgfaltsgerechten Verhaltens). Gerade deshalb ist es wichtig, im Falle eines fahrlässigen Unterlassungsdelikts die Besonderheiten des strafbaren Unterlassens (insb. Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit auf dem Unterlassen, veränderte Kausalitätsprüfung und Erfordernis einer Garantenstellung) im Gutachten sauber herauszuarbeiten. Besonderer Wert ist beim Fahrlässigkeitsdelikt stets auf die Prüfung der Sorgfaltspflichtverletzung zu legen, d.h. der Verfasser muss ganz klar sagen, was das sorgfaltsgerechte Verhalten gewesen wäre. Dies lässt sich den Ausführungen des LG Saarbrücken im vorliegenden Fall aber auch sehr schön entnehmen.

Vertiefungshinweise:

❑ Zur Fahrlässigkeit wegen der Verletzung von Verkehrssicherungspflichten: *BGH*, NJW 1985, 1078; 2002, 1265; 2004, 1449; *OLG Hamm*, NZV 2001, 472; VersR 2003, 335

❑ Zur Strafbarkeit wegen der Verletzung von Aufsichtspflichten: *BGH*St 37, 107; *BGH*, NJW 1983,462; 1987, 199; *Kühlen*, NStZ 1990, 566; *Puppe*, JR 1992, 30; *Rudolphi*, JR 1987, 336

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs*: "Todespirouette"

❑ *Examenskurs*: "Koma"

Leitsatz (der Redaktion):

Zur Verantwortlichkeit des Hausmeisters einer

Schule und des zuständigen Bezirksbauleiters für den verkehrssicheren Bauzustand der Schule.

Sachverhalt (leicht ergänzt und vereinfacht):
J ist Hausmeister an der W-Schule in E. In dieser Stellung ist J insbesondere auch für die Überprüfung des Gebäudes und der baulichen Anlagen auf Beschädigungen und eventuelle Gefahrenquellen und deren Beseitigung verantwortlich. N ist als Bezirksbauleiter des Eigenbetriebs Gebäudemanagement der Landeshauptstadt für die Bauerhaltung der städtischen Gebäude in verschiedenen Stadtbezirken - unter anderem auch für die W-Schule - zuständig. Aufgrund seiner Stellung ist N gegenüber J bezüglich der ihm zugewiesenen Aufgabenbereiche weisungsbefugt. Zu den Gebäuden der W-Schule gehört auch ein Nebengebäude, das ein Flachdach aufweist. Dieses Flachdach ist von der einen Seite aus ebenerdig zugängig, auf der gegenüber liegenden Seite jedoch geht es ca. 3,50 m in die Tiefe. Diese Seite des Flachdaches ist mit einem niedrigen Metallgitter abgesichert, auf der anderen Seite verbietet ein Warnschild das Betreten des Flachdachs. Trotzdem wird das Flachdach insb. außerhalb der Schulzeiten immer wieder von Jugendlichen betreten, was sowohl J als auch N bekannt ist. Am 16.06.2003 gegen 17.50 betrat der 16jährige H das Flachdach. Als er sich gegen das Geländer lehnte, gab dieses nach. H stürzte in die Tiefe und zog sich zahlreiche Prellungen, Schürfwunden sowie einen Beinbruch zu. Grund für das Nachgeben des Geländers war, dass dieses bereits nicht ausreichend dimensioniert war und außerdem eine starke Korrosion aufwies, insb. unterhalb der Kiesschicht mit der das Flachdach bedeckt ist.

Wie haben J und N sich nach dem StGB strafbar gemacht?

[Bearbeitervermerk: Gegebenenfalls erforderliche Strafanträge sind gestellt.]

Lösung:

A. Strafbarkeit des J gem. §§ 229, 13 I StGB
Dadurch, dass J das Geländer nicht auf Standfestigkeit und Sicherheit kontrolliert und abgesichert hatte, könnte er sich wegen fahrlässiger Körperverletzung durch Unterlassen gem. §§ 229, 13 I StGB strafbar gemacht haben.

I. Tatbestand
J müsste zunächst den Tatbestand verwirklicht haben.

1. Eintritt des tatbestandlichen Erfolgs
Zunächst müsste der tatbestandliche Erfolg des § 229 StGB eingetreten sein.
§ 229 StGB setzt - ebenso wie § 223 StGB - eine Körperverletzung, also eine körperliche Misshandlung oder eine Gesundheitsschädigung, des Opfers voraus (Tröndle/Fischer, § 229 Rn. 2).
Körperliche Misshandlung ist jede üble, unangemessene Behandlung, die das körperliche Wohlbefinden oder die körperliche Integrität mehr als nur unerheblich beeinträchtigt (BGHSt 25, 277; Schönke/Schröder-Stree/Eser, § 229 Rn. 2, § 223 Rn. 3). Der Aufprall nach dem Sturz des H stellt eine üble, unangemessene Behandlung dar, die auch das körperliche Wohlbefinden und die physische Integrität des H erheblich beeinträchtigt.
Gesundheitsschädigung ist das Hervorrufen oder Steigern eines pathologischen Zustandes (BGH, NJW 1960, 2253; Schönke/Schröder-Stree/Eser, § 229 Rn. 2, § 223 Rn. 5). Die durch den Sturz hervorgerufenen Prellungen, Abschürfungen und das gebrochene Bein stellen pathologische Zustände dar.
Eine Körperverletzung des H ist somit sowohl in Form der körperlichen Misshandlung als auch der Gesundheitsschädigung gegeben.

2. Nichtvornahme der zur Erfolgsabwendung gebotenen Handlung
J müsste auch ein Unterlassen vorzuwerfen sein, d.h. er dürfte die zur Abwendung des Erfolges (der Verletzung des H) erforderliche Handlung nicht vorgenommen haben.
Um die Verletzungen zu vermeiden, wäre es seitens des J geboten gewesen, das Geländer regelmäßig zu kontrollieren und bei der Feststellung von entsprechenden Mängeln, z.B. Rostschäden, Ausbesserungen zu treffen. Das bloße Aufstellen eines Schildes, das das Betreten des Flachdachs verbietet, genügt jedoch nicht.
So sieht es auch das LG Saarbrücken: "Anknüpfungspunkt für den Fahrlässigkeitsvorwurf ist vorliegend kein aktives Tun, sondern [...] ein Unterlassen i. S. des § 13 StGB, nämlich das Unterlassen regelmäßiger Kontrollen des Geländers."

3. Physisch-reale Möglichkeit der Handlungsvornahme
Da dem Täter die Nichtvornahme einer Handlung nicht vorgeworfen werden kann, wenn er diese Handlung gar nicht hätte vornehmen können, ist die physisch-reale Möglichkeit der Vornahme der gebotenen Handlung für eine Unterlassensstrafbarkeit erforderlich.
Es wäre für J allerdings ohne weiteres möglich gewesen, das Geländer regelnmäßig zu kontrollieren.

4. Kausalität
Das Unterlassen des J müsste auch kausal für den Taterfolg, also die bei H eingetretenen Verletzungen, sein. Hierzu das LG Saarbrücken: "Dieses Unterlassen war - auch unter Berücksichtigung eines nicht unerheblichen Mitverschuldens der geschädigten Jugendlichen -

(mit-)ursächlich für deren Verletzungen. Eine Kausalität des Unterlassens für den eingetretenen Erfolg ist dann gegeben, wenn die unterlassene Handlung nicht 'hinzugedacht' werden kann, ohne dass der Erfolg entfiele (BGHSt 37, 106 [126] = NJW 1990, 2560 = NStZ 1990, 588). Dazu genügt die Feststellung einer an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit (Tröndle/Fischer, StGB, 52. Aufl., vor § 13 Rn 20). Bei regelmäßiger und gewissenhafter Überprüfung und Absicherung des Geländers wäre dessen Abbrechen und damit der Sturz und die Verletzungen der Jugendlichen mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit zu verhindern gewesen."

Das Unterlassen des J war somit kausal für den Erfolgseintritt.

5. Garantenstellung

Gem. § 13 I StGB ist ein Unterlassen nur dann strafbar, wenn der Täter "rechtlich dafür einzustehen hat, dass der Erfolg nicht eintritt". J müsste also auch diese Einstandspflicht, die sog. Garantenstellung, haben.

Hierzu das LG Saarbrücken: "Für den Bereich der Unterlassungsdelikte ist darüber hinaus erforderlich, dass derjenige, der den Eintritt eines von ihm nicht durch aktives Tun herbeigeführten Erfolges nicht verhindert, rechtlich dazu verpflichtet ist, die Rechtsgutbeeinträchtigung zu verhindern, also eine Garantenstellung inne hat (Tröndle/ Fischer, § 13 Rn 4). [...] Er [der J] war als Hausmeister an der Schule nach seinen eigenen Angaben für die Überprüfung des Gebäudes und der baulichen Anlagen auf Beschädigungen und eventuelle Gefahrenquellen und deren Beseitigung verantwortlich. Diese Verkehrssicherungspflicht entfällt vorliegend nicht deswegen, weil die geschädigten Jugendlichen das Flachdach unbefugt betreten haben. Denn der Angeklagte musste damit rechnen, dass das Schulgelände von Unbefugten betreten wird (vgl. OLG Hamm, Urt. v. 25. 4. 1996 - 6U 142/95 - Juris; BGH, Urt. v. 19. 12. 1989 - Juris). Ihm war nach seinen eigenen Angaben bekannt, dass sich außerhalb des Schulbetriebes des Öfteren Jugendliche auf dem Flachdach aufhielten. Er hatte somit nach Aktenlage eine Garantenpflicht zur Abwehr anderen Personen, insbesondere Schülern, drohender Baugefahren."

Eine Garantenstellung des A ist somit gegeben.

6. Entsprechungsklausel (§ 13 I StGB)

Dass bei einem reinen Erfoglsdelikt wie § 229 StGB das garantenpflichtwidrige Unterlassen der Begehung durch eine aktives Tun entspricht, ist selbstverständlich, so dass auch die erforderliche Entsprechung von aktivem Tun und Unterlassen hier gegeben ist.

7. Objektive Sorgfaltspflichtverletzung bei objektiver Vorhersehbarkeit des konkreten Erfolgs und des wesentlichen Kausalverlaufs

J müsste objektiv sorgfaltspflichtwidrig gehandelt haben und der konkrete Erfolg und der Kausalverlauf in seinen wesentlichen Zügen müssten auch vorhersehbar gewesen sein.

Im Rahmen des Tatbestandes des Fahrlässigkeitsdeliktes (z.B. § 229 StGB) wird für die Anforderungen an sorgfaltsgerechtes Verhalten nicht auf den konkreten Täter abgestellt, sondern auf einen objektiven Dritten in der sozialen Rolle des Täters; maßgeblich ist also, wie sich ein sorgfältiger Dritter verhalten hätte und ob der Kausalverlauf und die Folgen der Pflichtverletzung für diesen (gedachten) Dritten vorhersehbar waren (BGHSt 37, 184; BGH, JZ 2005, 685; Wessels/Beulke, AT, Rn. 669 f.)

Das LG Saarbrücken stellt insofern fest: "[Dem Angeklagten] ist nach Aktenlage ein Fahrlässigkeitsvorwurf zu machen. Fahrlässig handelt, wer eine objektive Pflichtwidrigkeit begeht, sofern er diese nach seinen subjektiven Kenntnissen und Fähigkeiten vermeiden konnte, und wenn gerade die Pflichtwidrigkeit objektiv und subjektiv vorhersehbar den Erfolg gezeitigt hat (BGH, NStZ 2001, 143 ff.). [...]

Die ihm obliegenden Sorgfaltspflichten hat er verletzt, indem er das auf dem Flachdach befindliche Geländer, das angesichts des Höhenunterschiedes von 3,5 m eine nicht unerhebliche Gefahrenquelle eröffnete, nicht ausreichend auf seine Standfestigkeit und Korrosionsschäden kontrollierte. Dabei kann ihn der Hinweis darauf, dass die Korrosionsstellen im Bereich der Kiesschicht lagen, nicht entlasten. Es ist [...] eine allgemein bekannte Tatsache, dass sich gerade an derartigen Stellen durch Ansammeln von Niederschlagswasser Rost bildet, zumal wenn das Geländer wie hier auf einem Flachdach angebracht ist und keinen Korrosionsschutz in Form einer Verzinkung aufweist. Die auf den Lichtbildern dokumentierten erheblichen Durchrostungen wären bei sorgfältiger Nachschau ohne weiteres zu erkennen gewesen. [...]

Die Folgen [der] Sorgfaltsverstöße waren [...] vorhersehbar. Dass die mangelnde Kontrolle des bereits vor 40 Jahren angebrachten Geländers, das keinen Korrosionsschutz aufwies [...] und unterdimensioniert war, dazu führen konnte, dass bauliche Mängel nicht festgestellt werden und es damit, insbesondere bei zusätzlicher Belastung durch dort (unbefugt) spielende Kinder und Jugendliche, einsturzgefährdet mit schwerwiegenden Folgen für Leib oder Leben der dort (unbefugt) spielenden Kinder und Jugendlichen sein konnte, liegt nicht außerhalb der Lebenserfahrung."

Die objektive Sorgfaltspflichtverletzung und objektive Vorhersehbarkeit sind somit gegeben.

8. Objektive Zurechnung

Der Erfolg müsste dem J aber auch zuzurechnen sein.

a. Pflichtwidrigkeitszusammenhang

Zunächst müsste der Pflichtwidrigkeitszusammenhang gegeben sein; dies ist der Fall, wenn der Erfolg bei

pflichtgemäßen Verhalten des Täters nicht eingetreten wäre (BGHSt 33, 61; Joecks, § 222 Rn. 20 mwN).
Hätte J sich pflichtgemäß verhalten und das Geländer regelmäßig kontrolliert und entsprechende Mängel behoben, so hätte es unter dem Gewicht des H nicht nachgegeben, dieser wäre nicht hinabgestürzt und hätte sich auch keine Verletzungen zugezogen. Der Pflichtwidrigkeitszusammenhang ist somit gegeben.

b. Schutzzweckzusammenhang
Auch der Schutzzweckzusammenhang müsste gegeben sein. Dies ist der Fall, wenn es (jedenfalls auch) Sinn und Zweck der vom Täter verletzten Sorgfaltsnorm ist, gerade den tatbestandlichen Erfolg zu verhindern (BGHSt 33, 61; Erb, Jus 1994, 453 ff.).
Sinn und Zweck der von J verletzten Sorgfaltsnorm, das Geländer regelmäßig gründlich zu kontrollieren und entsprechende Schäden zu beheben, ist es natürlich gerade, Verletzungen Dritter zu verhindern, die durch ein Nachgeben des Geländers (und einen hieraus resultierenden Sturz) entstehen. Der Schutzzweckzusammenhang ist somit gegeben.
Auch eine die Zurechnung ausschließende eigenverantwortliche Selbstgefährdung (vgl. BGH, NJW 2000, 2286; MüKo-Hardtung, § 222 Rn. 22) des H, der das Flachdach trotz eines entsprechenden Verbotsschildes betreten hatte, ist nicht gegeben. Insofern kann es dahinstehen, ob der 16jährige H aufgrund seiner fehlenden Lebenserfahrung überhaupt eigenverantwortlich handeln kann, da H jedenfalls nicht um das Risiko des Abknickens des Geländers wegen der Rostschäden wusste. Die Verletzung des H ist J somit zuzurechnen.

II. Rechtswidrigkeit
Das Verhalten des J war auch rechtswidrig.

III. Schuld
Das Verhalten des Täters müsste auch schuldhaft gewesen sein, insb. muss bei einem Fahrlässigkeitsdelikt wie § 229 StGB auch der Fahrlässigkeitsschuldvorwurf gegeben sein, d.h. das Verhalten des Täters muss subjektiv (also gemessen an den individuellen Fähigkeiten des konkreten Täters) sorgfaltspflichtwidrig und Erfolg und wesentlicher Kausalverlauf müssen subjektiv vorhersehbar gewesen sein (Wessels/Beulke, AT, Rn. 692; Herzberg, Jura 1984, 402).
Auch nach seinen individuellen Fähigkeiten hätte J erkennen können, dass sein Verhalten sorgfaltspflichtwidrig war und auf diese Weise zu diesem Erfolg führen könnte. J handelte somit auch schuldhaft.

IV. Strafantrag (§ 230 StGB)
Der gem. § 230 StGB bei § 229 StGB grundsätzlich erforderliche Strafantrag ist gestellt.

V. Ergebnis
J ist strafbar gem. §§ 229, 13 I StGB.

B. Strafbarkeit des N gem. §§ 229, 13 I StGB
Auch N könnte sich wegen fahrlässiger Körperverletzung durch Unterlassen gem. §§ 229, 13 I StGB strafbar gemacht haben, und zwar dadurch, dass er den J nicht dazu veranlasste, das Geländer regelmäßig auf Mängel zu untersuchen.

I. Tatbestand

1. Eintritt des tatbestandlichen Erfolgs
Der (Körperverletzungs-) Erfolg des § 229 StGB ist sowohl in Form der körperlichen Misshandlung als auch der Gesundheitsschädigung bei H eingetreten (s.o.).

2. Nichtvornahme der zur Erfolgsabwendung gebotenen Handlung
Zur Abwendung von Schäden wäre es für den N geboten gewesen, dem ihm gegenüber weisungsgebundenen J aufzutragen, das fragliche Geländer regelmäßig auf Mängel wie Rostschäden und andere Materialermüdungen zu kontrollieren. Dies hat N jedoch unterlassen.

3. Physisch-reale Möglichkeit der Handlungsvornahme
Die Vornahme der gebotenen Handlung (Erteilung der entsprechenden Anweisung an den J) wäre dem N auch problemlos möglich gewesen.

4. Garantenstellung
N müsste auch eine Garantenstellung innegehabt haben.
Hierzu das LG: "Der Angeklagte N war ausweislich des Dienstverteilungsplans des Eigenbetriebs Gebäudemanagement der Landeshauptstadt S als Sachgebietsleiter für die Bauerhaltung der städtischen Gebäude in den Stadtbezirken D und H - und damit auch für die W-Schule - zuständig. Damit war ihm von der Landeshauptstadt S die Verkehrssicherungspflicht für die in seinen Zuständigkeitsbereich fallenden städtischen Gebäude delegiert. Dass der Angeklagte diese Verkehrssicherungspflicht für die W-Schule auf den Angeklagten J übertragen hat, führt nicht dazu, dass er keine Garantenstellung i. S. des § 13 StGB hätte. Diese resultiert vorliegend aus seiner sich auf Grund seiner beruflichen Stellung ergebenden Aufsichtspflicht. Ist jemand für das Verhalten anderer Personen verantwortlich, hat er diese so zu beaufsichtigen, dass sie Dritten keinen Schaden zufügen (Schönke/Schröder, StGB, 25. Aufl., § 13 Rn 51)."
N hatte also eine Garantenstellung

5. Entsprechungsklausel
Die Entsprechung von aktivem Tun und Unterlassen ist bei der Begehung einer fahrlässigen Körperverletzung gegeben (s.o.).

6. Objektive Sorgfaltspflichtverletzung bei objektiver Vorhersehbarkeit des konkreten Erfolgs und des wesentlichen Kausalverlaufs

N müsste auch objektiv sorgfaltspflichtwidrig gehandelt haben und der Eintritt des konkreten Erfolgs sowie der Kausalverlauf in seinen wesentlichen Zügen müssten vorhersehbar gewesen sein.

Das LG Saarbrücken führt insofern aus: "Nach Aktenlage besteht ein hinreichender Verdacht, dass der Angeklagte die ihm obliegenden Sorgfaltspflichten verletzt und er als verantwortlicher Sachgebietsleiter nicht für eine ausreichende Kontrolle des fraglichen Geländers Sorge getragen hat. Dafür spricht seine eigene Einlassung, wonach er bzw. die ihm nachgeordnete Serviceabteilung grundsätzlich erst bei Eingang einer Schadensmeldung tätig werde. Durch den Hinweis darauf, dass ihm kein Schaden am Geländer angezeigt worden sei, kann sich der Angeklagte nicht exkulpieren. Vielmehr ist die ihm anzulastende Pflichtwidrigkeit gerade darin zu sehen, dass er [...] nicht sichergestellt hat, dass die für die Schadensmeldungen an sein Sachgebiet verantwortlichen Hausmeister regelmäßig auf die Einhaltung der ihnen obliegenden Verpflichtungen hingewiesen und überprüft werden. Zudem hat der Angeklagte nach seiner eigenen Einlassung im Jahr 1999 oder 2000 das Entfernen eines Vertikalstabs an dem Geländer veranlasst. Dass das Geländer keinen Korrosionsschutz aufwies, statisch unsicher ohne Seitenbefestigung angebracht und (laut TÜV-Gutachten) unterdimensioniert war, musste ihm daher bekannt sein. Angesichts der ihm bekannten Umstände und der daraus resultierenden Sicherheitsbedenken, die sich ihm hätten aufdrängen müssen, hätte er umso mehr für eine wirksame Kontrolle der in seinen Zuständigkeitsbereich fallenden städtischen Gebäude Sorge tragen müssen."

N hat also objektiv sorgfaltspflichtwidrig gehandelt. Auch die objektive Vorhersehbarkeit ist gegeben.

7. Objektive Zurechnung

Hätte N sich pflichtgemäß verhalten und eine regelmäßige Kontrolle des Geländers angeordnet, so wäre der Erfolg nicht eingetreten, so dass der Pflichtwidrigkeitszusammenhang gegeben ist. Auch ist es gerade Sinn und Zweck der von N verletzten Sorgfaltspflicht, sicherzustellen, dass sich niemand durch einen Sturz als Folge des Nachgebens eines unsicheren Geländers verletzt, so dass auch der Schutzzweckzusammenhang gegeben ist.

Die Verletzung des H ist dem N somit auch zuzurechnen.

II. Rechtswidrigkeit und Schuld

Das Verhalten des N war rechtswidrig und auch schuldhaft. Insb. ist auch der Fahrlässigkeitsschuldvorwurf bei N gegeben, da dieser sowohl die Sorgfaltspflichtwidrigkeit seines Verhaltens als auch den konkreten Erfolg und den wesentlichen Kausalverlauf auch nach seinen individuellen Fähigkeiten hätte erkennen können.

III. Strafantrag (§ 230 StGB)

Auch der gem. § 230 StGB grundsätzlich erforderliche Antrag ist gestellt.

IV. Ergebnis

N ist ebenfalls strafbar gem. §§ 229, 13 I StGB.

Literaturauswertung

Öffentliches Recht

Autor/Titel:	Beucamp, Guy: "Das ordnungsbehördliche Verbot von Laserdromen"
Fundstelle:	DVBl 2005, 1174 (Heft 18)
Inhalt:	Der Beitrag beleuchtet anlässlich der Entscheidung des EuGH, mit welcher der Gerichtshof das deutsche Verbot von Laserdromen bestätigt hat (EuGH, RA 2004, 685 = DVBl 2004, 1476), die europarechtlichen, gewerberechtlichen und verfassungsrechtlichen Probleme eines solchen Verbots. Der Autor kommt zu dem von der h.M. abweichenden Ergebnis, dass sich nach geltendem Recht ein Verbot nicht halten lässt.

Autor/Titel:	Ambos, Kai / Rackow, Peter: "Institutionelle Ordnung der Europäischen Union und der Europäischen Gemeinschaft"
Fundstelle:	Jura 2006, 505 (Heft 7)
Inhalt:	Der Beitrag bringt dem Anfänger die absoluten Grundlagen des Europarechts näher, indem die grundlegenden Strukturen behandelt werden. So werden die Organe der Europäischen Gemeinschaft und ihre Aufgaben vorgestellt, die Drei-Säulen-Struktur der Europäischen Union erklärt und ein kurzer Ausblick auf die Zukunft (europäische Verfassung?) gegeben.

Zivilrecht

Autor/Titel:	Klinck, Fabian: "Der Anspruch des Käufers auf Ersatz mangelbedingt nutzloser Aufwendungen"
Fundstelle:	JURA 2006, 481 (Heft 7)
Inhalt:	Erneut wird hier das Problem des Ersatzes solcher Aufwendungen des Käufers, die sich infolge der Mangelhaftigkeit der Kaufsache als nutzlos erweisen, ausführlich behandelt. Der Autor stellt klar, dass § 439 II BGB hier nicht als Anspruchsgrundlage herangezogen werden kann. Hinsichtlich notwendiger Verwendungen und solcher Aufwendungen auf die Kaufsache selbst, durch die der Verkäufer nach Rückgabe bereichert ist, kommt ggfs. § 347 II BGB in Betracht, nicht jedoch für die oben angeführten Beispiele. Schließlich geht es erneut um den Anwendungsbereich des § 284 BGB und die Frage, welche Bedeutung der Rentabilitätsvermutung im Rahmen eines Anspruches auf Schadensersatz statt der Leistung noch zukommen kann.

Autor/Titel:	Mansel, Heinz-Peter / Stürner, Michael: "Zwischenprüfungshausarbeit - Bürgerliches Recht: Transportprobleme"
Fundstelle:	JuS 2006, 608 (Heft 7)
Inhalt:	Es werden Probleme der Unmöglichkeit bei absoluten Fixschulden in Abgrenzung zur relativen Fixschuld behandelt. Breiten Raum nimmt die Behandlung der Gefahrtragungsregel des § 447 BGB beim Versendungskauf ein, wobei insbesondere auf die Meinungsstreitigkeiten im Falle eines trotz vereinbarter Schickschuld durch den Verkäufer bzw. seine Mitarbeiter selbst durchgeführten Transports eingegangen wird. Schließlich kommen die Grundsätze der Drittschadensliquidation sowie die Rechtsprechung des BAG zur abgestuften Arbeitnehmerhaftung bei betrieblich veranlasster Tätigkeit zur Sprache. Die bewusst knapp gehaltenen Lösungsanmerkungen verschaffen einen schnellen Überblick über die einschlägigen Problemgebiete, entsprechende Quellenangaben aus Rechtsprechung und Literatur ermöglichen es, einzelne Punkte vertieft zu wiederholen.

Autor/Titel:	Diller, Martin: "Gesuchte Kündigungsgründe"
Fundstelle:	NZA 2006, 569 (Heft 11)
Inhalt:	Der Aufsatz setzt sich mit dem Problem auseinander, dass nicht selten Arbeitgeber angesichts der hohen Anforderungen des KSchG an eine ordentliche arbeitgeberseitige Kündigung eines Arbeitsverhältnisses Kündigungsgründe suchen, um hierauf eine - bei besonders missliebigen Mitarbeitern sogar außerordentliche - Kündigung stützen zu können. Dieses geschieht zuweilen zwecks Vorbereitung einer Kündigung, alternativ aber auch während eines bereits laufenden Kündigungsschutzprozesses, dessen negativen Ausgang der Arbeitgeber abzusehen glaubt. Der Autor stellt klar, dass es für die Rechtfertigung einer Kündigung allein auf das objektive Vorliegen ausreichender Gründe zur Zeit des Kündigungsausspruches ankommt, grundsätzlich aber nicht auf die "Kündigungsmotive" des Arbeitgebers. Erst nachträglich gefundene Gründe können mithin auch im Kündigungsschutzprozess "nachgeschoben" werden. Schwierigkeiten könnte allenfalls die Wirksamkeit der Betriebsratsanhörung nach § 102 BetrVG bereiten, wenn diesem nicht alle Kündigungsgründe genannt wurden. Letztlich wird empfohlen, bei nachträglich mit detektivischem Aufwand aufgedeckten Kündigungsgründen wie etwa fehlerhaften Spesenabrechnungen genau zu prüfen, ob diese überhaupt als ausreichender Grund eingestuft werden können.

Strafrecht

Autor/Titel:	Satzger, Helmut: "Dreimal 'in causa' - actio libera in causa, omissio libera in causa und actio illicita in causa"
Fundstelle:	Jura 2006, 513 (Heft 7)
Inhalt:	Alle drei der genannten "in causa"-Konstellationen beinhalten eine Vorverlagerung und weisen insofern eine parallele Struktur auf. Deshalb bietet es sich durchaus an, sie in einem Aufsatz dar- und gegenüberzustellen. Der Verfasser erklärt die verschiedenen Ansätze anschaulich (sogar mit kleinen Schaubildern), liefert die gängigsten Erklärungsansätze und setzt sich mit den verschiedenen Argumentationen auseinander. Insbesondere angesichts der hohen Examensrelevanz vor allen der actio libera undavtio illicita in causa ein unbedingt lesenswerter Aufsatz.

Autor/Titel:	Momsen, Carsten / Rackow, Peter: "Der Erlaubnistatbestandsirrtum in der Fallbearbeitung (Teil 1)"
Fundstelle:	JA 2006, 550 (Heft 7)
Inhalt:	Bei der in Examensaufgaben äußerst beliebten Konstellation des Erlaubnistatbestandsirrtums stellt sich nicht nur die - höchst streitig beantwortete - Frage nach dessen rechtlicher Behandlung sondern auch die nach der Einordnung dieses Problems in der gutachterlichen Prüfung. In diesem ersten Teil des Aufsatzes sprechen die Autoren zunächst einmal - zu Recht - das häufige Problem der vorschnellen Annahme eines Erlaubnistatbestandsirrtums an, verfallen dann allerdings in die wenig interessante und (im Examen wie in der Praxis) kaum beachtete Diskussion, ob die Voraussetzungen des Rechtfertigungsgrundes ex ante oder ex post zu prüfen sind. Die wirklich interessanten Ausführungen folgen wohl in Teil 2.

Autor/Titel:	Kindhäuser, Urs / Nikolaus, Sonja: "Sonderfragen des Betrugs (§ 263 StGB)"
Fundstelle:	JuS 2006, 590 (Heft 7)
Inhalt:	Wenn es ein Delikt gibt, dass angesichts seiner hohen Examensrelevanz und der großen Zahl möglicher Problemfälle geeignet ist, bei Examenskandidaten Angstzustände hervorzurufen, dann wohl der Betrug (§ 263 StGB). Die Verfasser setzen in diesem Aufsatz die Kenntnis der Grundstrukturen und Standardprobleme dieses Deliktes als bekannt voraus und konzentrieren sich auf die Darstellung einiger - allerdings auch examensrelevanter - Sonderprobleme, nämlich des Betrugs im Rahmen (wegen § 134 BGB) nichtiger Verträge sowie des sog. Prostituierten- und Spendenbetrugs. Eine sehr kurze Darstellung der entsprechenden Fallkonstellationen, die allerdings die Probleme gut aufzeichnet.