

Öffentliches Recht

Standort: VwGO

Problem: Maßgeblicher Zeitpunkt bei Anfechtungsklage

OVG NRW, BESCHLUSS VOM 24.05.2006
16 B 1093/05(NWVBL 2007, 24)

Problemdarstellung:

Ist im Rahmen einer Anfechtungsklage ein Tatbestandsmerkmal einer Ermächtigungsgrundlage zu prüfen, stellt sich die Frage, auf welchen Zeitpunkt diesbezüglich abzustellen ist. Diese Frage gewinnt besondere Bedeutung, wenn sich im Laufe der Zeit Änderungen zum Besseren ergeben haben, also etwa ein infolge Trunksucht ursprünglich unzuverlässiger Gewerbetreibender (§ 35 GewO) nach einer Entziehungskur nunmehr zuverlässig geworden ist, ein ursprünglich gefährlicher Kampfhund nunmehr zahm geworden ist oder - wie im vorliegenden Fall - "Punkte in Flensburg" während des laufenden Verfahrens über die Entziehung der Fahrerlaubnis Tilgungsreife erlangt haben. Das OVG hält fest, dass es bei einer Anfechtungsklage grundsätzlich auf den Zeitpunkt der letzten Behördenentscheidung ankomme. Dies ist - vorbehaltlich der Fälle, in denen nach § 68 I 2 VwGO kein Vorverfahren stattfindet - der Widerspruchsbescheid. Abweichendes könne sich jedoch aus dem materiellen Recht ergeben. So kommt das OVG für die Entziehung der Fahrerlaubnis nach § 4 Abs. 3 Nr. 3 StVG zu dem Ergebnis, dass diese bereits mit erstmaligem Erreichen der Grenze von 18 Punkten im Verkehrszentralregister zu erfolgen habe. Eine nachträgliche Tilgung sei dann für den Entzug irrelevant und könne nur noch im Verfahren über eine spätere Neuerteilung der Fahrerlaubnis Bedeutung erlangen. Maßgeblich ist danach also nicht mehr der Zeitpunkt des Erlasses eines Widerspruchsbescheids, sondern allein, dass bei Erlass des Entziehungsverwaltungsakts selbst 18 Punkte eingetragen waren.

Prüfungsrelevanz:

Einige in diesem Zusammenhang für Examensaufgaben wichtige Aspekte seien ergänzt:

1. Bei der Anfechtungsklage wird statt der letzten Behördenentscheidung auch die letzte mündliche Verhandlung vor Gericht für maßgeblich gehalten. Für diese vom OVG nicht erwähnte, in der Literatur aber vielfach vertretene Ansicht (vgl. Vertiefungshinweise) spricht, dass § 113 I 1 VwGO die Anfechtungsklage für begründet erklärt, soweit der angefochtene Ver-

waltungsakt rechtswidrig "ist", nicht (im Zeitpunkt der letzten Behördenentscheidung) "war". Für Dauerverwaltungsakte ist dies - soweit ersichtlich - sogar unstrittig. Sollte es einmal darauf ankommen, wäre die Frage nach dem maßgeblichen Zeitpunkt in einem Gutachten also streitig zu stellen.

2. Auch die auf die letzte mündliche Verhandlung abstellende Ansicht räumt allerdings abweichenden Regelungen im materiellen Recht Vorrang ein. Sie käme hier also zum selben Ergebnis wie das OVG, wenn man denn aus § 4 Abs. 3 Nr. 3 StVG wirklich entnehmen will, dass nach dem Willen des Gesetzgebers spätere Änderungen der Punktezahl keine Bedeutung mehr haben sollten. Es lässt sich also festhalten, dass vorrangig immer die Regelungen im materiellen Recht sind (so auch explizit BVerwG, InfAuslR 1997, 25). Nur wenn solche fehlen - was allerdings in aller Regel der Fall ist - muss auf den o.g. Streit eingegangen werden.

3. Das vielleicht prominenteste Beispiel für eine Regelung im materiellen Recht stellt § 35 VI GewO dar. Danach bleibt eine einmal wegen Unzuverlässigkeit (§ 35 I GewO) ausgesprochene Gewerbeuntersagung rechtmäßig, auch wenn der Gewerbetreibende später wieder zuverlässig wird, denn die Wiederherstellung seiner Zuverlässigkeit soll nach § 35 VI GewO (nur) einen Anspruch auf Wiedergestattung des Gewerbes vermitteln, woraus sich im Umkehrschluss ergibt, dass sie an der Rechtmäßigkeit der ursprünglichen Untersagung nichts mehr ändern kann. Ein wieder zuverlässig gewordener Gewerbetreibender muss m.a.W. die Wiedergestattung seines Gewerbes beantragen (und notfalls mittels Verpflichtungsklage gerichtlich erstreiten); eine Anfechtungsklage gegen die Gewerbeuntersagung hätte keine Erfolgsaussichten.

Vertiefungshinweise:

Letzte Behördenentscheidung als maßgeblicher Zeitpunkt bei Anfechtungsklage: *BVerwG*, RA 2000, 665 = DVBl 2000, 1614; *BayVGH*, RA 2001, 42 = BayVBl 2001, 761; *Kleinlein*, VerwArch 1990, 163

Letzte mündliche Verhandlung vor Gericht als maßgeblicher Zeitpunkt bei Anfechtungsklage: *Schenke*, NVwZ 1986, 522; *Czermak*, NVwZ 1987, 116; *Lemke*, JA 1999, 240

Maßgeblicher Zeitpunkt speziell für Entzug der

Fahrerlaubnis: *VGH BW*, DÖV 2005, 746; *SächsOVG*, Beschluss vom 15.11.2005 (3 BS 232/05); *OVG MV*, VRS 104, 153

Kursprogramm:

Examenskurs : "Das Stuckateurgewerbe"

Leitsätze:

1. Eine auf § 4 Abs. 3 Nr. 3 StVG gestützte Entziehung der Fahrerlaubnis, die sich zum Zeitpunkt ihrer Bekanntgabe auf mit 18 oder mehr Punkten bewertete Zuwiderhandlungen des Betroffenen stützen kann, bleibt auch dann rechtmäßig, wenn hinsichtlich einzelner Verkehrsverstöße im Verlaufe des Widerspruchsverfahrens Tilgungsreife eintritt.
2. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung der Sach- und Rechtslage in Fällen des Fahrerlaubnisentzugs nach § 4 Abs. 3 Nr. 3 StVG ist nicht der Zeitpunkt des Erlasses des Widerspruchsbescheides, sondern derjenige der Bekanntgabe der Entziehungsverfügung.

Sachverhalt:

Der Antragsteller begehrte die Anordnung der aufschiebenden Wirkung seines Widerspruchs gegen die Verfügung des Antragsgegners, mit dem ihm die Fahrerlaubnis entzogen worden war. Sein Antrag hatte auch in zweiter Instanz keinen Erfolg.

Aus den Gründen:

Es verhilft der Beschwerde nicht zum Erfolg, dass hinsichtlich des Verkehrsverstößes vom 7.11.2000 inzwischen gem. § 29 Abs. 6 Satz 4 StVG Tilgungsreife eingetreten ist. Denn eine auf § 4 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 StVG gestützte Entziehung der Fahrerlaubnis, die sich zum Zeitpunkt ihrer Bekanntgabe auf Zuwiderhandlungen des Betroffenen stützen kann, welche mit 18 oder mehr Punkten zu bewerten sind, bleibt auch dann rechtmäßig, wenn sich nach Erlass der Verfügung, aber vor Zustellung des Widerspruchsbescheides, Reduzierungen des Punktestandes ergeben.

A. Grundsatz: Letzte Behördenentscheidung

Grundsätzlich ist zwar auch bei einer Anfechtungsklage im Fahrerlaubnisrecht der Zeitpunkt der letzten Behördenentscheidung, d.h. der Zeitpunkt des Erlasses des Widerspruchsbescheides, als für die Beurteilung der Sach- und Rechtslage maßgeblich anzusehen (vgl. BVerwGE 99, 249).

B. Ausnahme: Abweichende Regelung im materiellen Recht

Ebenso wie in anderen Rechtsgebieten (vgl. etwa BVerwG, Buchholz 310 § 113 VwGO Nr. 218, und Beschluss vom 6.3.2003 - 9 B 17.03) kann aber auch hier das materielle Recht Abweichungen gebieten. So

verhält es sich bei der Fahrerlaubnisentziehung auf Grund von § 4 Abs. 3 Nr. 3 StVG. Dafür spricht eine Auslegung insbesondere anhand der Gesetzessystematik sowie von Sinn und Zweck der Vorschrift.

I. Sinn und Zweck

Nach § 4 Abs. 3 Nr. 3 StVG gilt der Betroffene als ungeeignet zum Führen von Kraftfahrzeugen und hat die Fahrerlaubnisbehörde die Fahrerlaubnis zu entziehen, sobald sich nach dem Punktsystem des Gesetzes 18 oder mehr Punkte "ergeben". Die Staffelung von "acht, aber nicht mehr als 13 Punkte" in § 4 Abs. 3 Nr. 1 StVG, über "14, aber nicht mehr als 17 Punkte" in § 4 Abs. 3 Nr. 2 StVG auf "18 oder mehr Punkte" in § 4 Abs. 3 Nr. 3 StVG spricht dafür, dass es für das "ergeben sich" in § 4 Abs. 3 Nr. 3 StVG entscheidend schon auf das erstmalige Überschreiten der Grenze von 18 Punkten ankommen soll. Derjenige, der diese Grenze überschreitet, so bringt es das Gesetz an anderer Stelle zum Ausdruck, soll möglichst schnell und jedenfalls für eine Dauer von sechs Monaten von der Teilnahme am motorisierten Straßenverkehr ausgeschlossen werden und daran auch nach Ablauf der sechs Monate nicht ohne Weiteres wieder teilnehmen können.

II. Systematik

Dass die Behörde möglichst schnell handeln und zu einem schnellen Handeln auch in der Lage sein soll, zeigt § 4 Abs. 7 Satz 2 StVG. Danach ist eine auf § 4 Abs. 3 Nr. 3 StVG gestützte Entziehung der Fahrerlaubnis kraft Gesetzes für sofort vollziehbar erklärt, was bedeutet, dass zur unmittelbaren Umsetzung der Entziehungsverfügung anders als im Regelfall einer Fahrerlaubnisentziehung die Anordnung der sofortigen Vollziehung nicht erforderlich ist.

Nach § 4 Abs. 10 Sätze 1 und 2 StVG schließlich darf eine neue Fahrerlaubnis frühestens sechs Monate nach Ablieferung des Führerscheins wieder erteilt werden. Vor der Erteilung hat die Fahrerlaubnisbehörde nach Satz 3 der Vorschrift zum Nachweis, dass die Eignung zum Führen von Kraftfahrzeugen wiederhergestellt ist, in der Regel die Beibringung eines Gutachtens einer amtlich anerkannten Begutachtungsstelle für Fahreignung anzuordnen. Die Bedeutung, die das Gesetz dem Überschreiten der 18-Punkte-Grenze beimisst, und der für das weitere Verfahren vorgesehene Ablauf würden durch eine Rechtsanwendung konterkariert, die die Berücksichtigung von Punkttilgungen während des Laufs des Widerspruchsverfahrens mit einer u.U. raschen Abfolge der Annahme einer Ungeeignetheit bzw. Eignung zum Führen von Kraftfahrzeugen zuließe. Insbesondere mit der in § 4 Abs. 10 Satz 1 StVG vorgesehenen Sechs-Monate-Sperre wäre eine solche, noch dazu von Zufälligkeiten sowie dem taktischen Verhalten des Betroffenen abhängige Handhabung schwerlich vereinbar.

C. Ergebnis

Dies spricht dafür, als maßgeblichen Zeitpunkt für die Beurteilung der Sach- und Rechtslage in Fällen des Fahrerlaubnisentzugs nach § 4 Abs. 3 Nr. 3 StVG

nicht den Zeitpunkt des Erlasses des Widerspruchsbescheides, sondern den der Bekanntgabe der Entziehungsverfügung anzusehen.

Standort: Art. 4 GG**Problem: Kopftuch im Gerichtssaal**

BVERFG, BESCHLUSS VOM 27.06.2006
2 BvR 677/05 (NJW 2007, 56)

Problemdarstellung:

Im vorliegenden Fall hatte ein Jugendrichter eine Zuschauerin aus dem Gerichtssaal gewiesen, weil sie ein Kopftuch trug. Das BVerfG hält dies wegen eines Verstoßes gegen Art. 4 I und 3 I GG für verfassungswidrig. Dabei macht das Gericht einige interessante Ausführungen:

I. In der Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde war problematisch, ob die Beschwerdeführerin beschwerdebefugt ist, wozu nach § 90 I BVerfGG eine eigene, gegenwärtige und unmittelbare Beschwer erforderlich ist. "Gegenwärtig" war die Beschwer nicht mehr, weil die fragliche Gerichtsverhandlung seit langem vorbei war. Allerdings vertritt das BVerfG in st.Rspr., dass die bloße Erledigung der Sache die gegenwärtige Beschwer nicht entfallen lässt, wenn der Bf. sich zur Zeiten der fortdauernden Belastung gar nicht mit einer Verfassungsbeschwerde helfen konnte, etwa weil es noch einen Rechtsweg zu erschöpfen galt oder - wie hier - es faktisch unmöglich ist.

II. In der Begründetheit führt das BVerfG aus, dass das Tragen eines religiös motivierten Kopftuchs auch im Gerichtssaal von Art. 4 I, II GG geschützt ist. Will der Richter in den Schutzbereich des Grundrechts eingreifen, mag eine Abwägung der widerstreitenden Interessen - Ordnung im Gerichtssaal einerseits und Glaubensfreiheit andererseits - ein Verbot rechtfertigen; dies jedoch nur, wenn tatsächlich eine Störung vorliegt. Im vorliegenden Fall hatte der Richter pauschal jede Kopfbedeckung in seinem Gerichtssaal verboten. Damit hat er gleich doppelt verfassungswidrig gehandelt: Er hat keine konkrete Störung geprüft, und hat das Interesse an ihrer Beseitigung - so er denn eine Störung erkannt hätte - auch nicht mit der Glaubensfreiheit der Betroffenen abgewogen. Dies macht sein pauschales Verbot zugleich willkürlich i.S.d. Art. 3 I GG, weil ein sachlicher Grund für das Verbot, wie es etwa eine festgestellte Störung hätte sein können, nicht erkennbar war. Das BVerfG spricht insoweit von einem "Verstoß gegen Art. 3 I in Verbindung mit Art. 4 I, II GG".

Prüfungsrelevanz:

Das muslimische Kopftuch beschäftigt seit Jahren die Gerichte. Nicht nur Kopftuch tragende Lehrerinnen

machen von sich Rede, sondern auch Schöffinnen oder - wie hier - Zuschauerinnen in öffentlichen Veranstaltungen. Sogar die umgekehrte Variante gibt es: Eine Frau wurde staatlicherseits gezwungen, ein Kopftuch zu tragen (um ein Passfoto mit Kopftuch anfertigen zu können, das allein vom Iran bei Frauen akzeptiert wird und ohne das die Betroffene nicht wieder in den Iran hätte abgeschoben werden können; vgl. zu allem die Vertiefungshinweise). Deshalb genießt dieses Thema Prüfungsrelevanz wie kein zweites im Bereich der Grundrechte.

Die Linie des BVerfG zu all diesen Fällen ist gleich: Das Tragen wie das Nichttragen religiös motivierter Kopftücher ist durch Art. 4 I, II GG geschützt. Die Glaubensfreiheit des Art. 4 GG unterliegt nur verfassungsimmanenten Schranken, die a) vorhanden sein, b) durch ein einfaches Parlamentsgesetz konkretisiert und c) bei ihrer Anwendung mit der Glaubensfreiheit im Wege "praktischer Konkordanz" abgewogen werden müssen. So geht das Gericht auch hier vor, wenn es betont, dass a) die Öffentlichkeit und Mündlichkeit der Verhandlung durch Rechtsstaats- und Demokratieprinzip Verfassungsrang genießen (BVerfGE 103, 44, 63), b) dazu zwar auch gehöre, dass die Ordnung im Gerichtssaal gewahrt werden könne, weshalb § 176 GVG diese einfach-gesetzlich konkretisieren dürfe, aber c) bei der Anwendung des § 176 GVG das Grundrecht der Betroffenen aus Art. 4 GG zu berücksichtigen sei (was der Richter hier versäumt hatte).

In einem Gutachte ergäbe die Verbindung von Freiheits- und Gleichheitsgrundrechten, wie sie das BVerfG hier vorgenommen hat (Art. 3 I i.V.m. Art. 4 GG) erhebliche Aufbauprobleme, da Freiheits- und Gleichheitsgrundrechte eine ganz unterschiedliche Dogmatik haben (Schutzbereich, Eingriff und Rechtfertigung einerseits, ungerechtfertigte Ungleichbehandlung von wesentlich Gleichem andererseits). Es könnte sich daher empfehlen, Art. 3 I GG und Art. 4 I, II GG getrennt zu prüfen, zumal das Ergebnis - Verstoß gegen beide - identisch ausfiele.

Vertiefungshinweise:

☐ "Kopftuch"-Fälle in der Rechtsprechung: *VG Stuttgart*, ZfBR 2000, 66; *VGH Mannheim*, NJW 2001, 2899; *BVerwGE* 116, 359; *BVerwG*, RA 2004, 749 = NJW 2004, 3581; *BVerfG*, RA 2003, 601 = NJW 2003, 3111; *OVG Bremen*, RA 2006, 391 = *NVwZ-RR* 2006, 402 (alle zur Lehrerin mit Kopftuch); *BayVGH*, *NVwZ* 2000, 952 (Passfoto mit Kopftuch);

VG Düsseldorf, RA 2006, 128 = NWVBl 2006, 68 (Schwimmunterricht trotz Kopftuchs)

□ Literaturbeiträge 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; *Ipsen*, NVwZ 2003, 1210; *Pofalla*, NJW 2004, 1218

□ Tragen nicht angemessener Kleidung im Gerichtssaal: *BVerfG*, DRiZ 1966, 356; *OLG Karlsruhe*, NJW 1977, 311

□ Kopftuch tragende Schöffin: *Groh*, NVwZ 2006, 1023

Kursprogramm:

□ *Examenskurs* : "Oben ohne"

Leitsätze (der Redaktion):

1. Der Zulässigkeit einer Verfassungsbeschwerde steht der Wegfall der Beschwer in der Sache nicht entgegen, wenn eine Verfassungsbeschwerde während des Bestehens des Beschwer faktisch nicht erhoben werden konnte.

2. Das religiös motivierte Tragen eines Kopftuchs ist auch in einem Gerichtssaal von der Glaubensfreiheit des Art. 4 I, II GG geschützt.

3. Ein Verbot, im Gerichtssaal ein religiös motiviertes Kopftuch zu tragen, verstößt gegen die Glaubensfreiheit seiner Trägerin aus Art. 4 I, II GG und das Willkürverbot aus Art. 3 I GG, wenn nicht eine konkrete Störung der Verhandlung durch das Kopftuchtragen festgestellt wird und/oder das Verbot mit der Glaubensfreiheit der Betroffenen nicht hinreichend abgewogen wird.

Sachverhalt:

Die Verfassungsbeschwerde betrifft die Frage der Grundrechtskonformität einer während einer strafrechtlichen Hauptverhandlung gegenüber einer Zuschauerin ergriffenen sitzungspolizeilichen Maßnahme des Gerichts.

Die Beschwerdeführerin ist türkische Staatsangehörige und lebt seit 1998 in Deutschland. Sie ist Muslima. Aus religiösen Gründen trägt sie seit ihrer Kindheit in der Öffentlichkeit ein Kopftuch.

Am 26. Februar 2004 besuchte die Beschwerdeführerin als Zuschauerin eine Verhandlung des Jugendrichters des Amtsgerichts Tiergarten. Die Verhandlung wurde gegen ihren Sohn geführt. Bekleidet war die Beschwerdeführerin u. a. mit einem langen Mantel und einem dezenten Kopftuch. Nach ihrem Vorbringen forderte der Jugendrichter sie auf, das Kopftuch abzulegen oder anderenfalls den Gerichtssaal zu verlassen. Zur Begründung habe der Richter angeführt, dass er das Tragen von Kopfbedeckungen bei seinen Ver-

handlungen prinzipiell nicht dulde. Sie – die Beschwerdeführerin – sei vom Jugendrichter nach den Gründen, warum sie ein Kopftuch getragen habe, nicht gefragt worden. Sie habe unter dem Eindruck der richterlichen Anordnung den Sitzungssaal verlassen.

Im Protokoll der Hauptverhandlung findet sich folgender Eintrag: "Die Mutter des Angeklagten wurde darauf hingewiesen, dass im Gerichtssaal Kopfbedeckungen nicht getragen werden. Sie verließ daraufhin ohne Kommentar freiwillig den Gerichtssaal".

Die Verfassungsbeschwerde greift die Anordnung des Jugendrichters im Termin vom 26. Februar 2004 an. Sie macht eine Verletzung der Beschwerdeführerin in deren Grundrecht auf Religionsfreiheit aus Art. 4 Abs. 1 und 2 GG sowie einen Verstoß gegen Art. 3 GG geltend. Der Vorsitzende des Gerichts habe sich nicht über die Gründe der Beschwerdeführerin, ein Kopftuch zu tragen, informiert. Damit habe er die Schutzwirkung des Art. 4 GG verkannt. Die Beschwerdeführerin sei auf Grund ihres äußeren Erscheinungsbildes als Muslima erkennbar gewesen. Dem Jugendrichter hätte sich aufdrängen müssen, dass sie ihr Kopftuch nicht getragen habe, um gegenüber dem Gericht Missachtung auszudrücken. An einem Grundrechtsverstoß könne nicht deshalb gezweifelt werden, weil die Beschwerdeführerin den Gerichtssaal "freiwillig" verlassen habe. Zum einen habe sie im Fall eines Verbleibens Nachteile für ihren angeklagten Sohn befürchtet. Zum anderen habe sie nicht in Kauf nehmen wollen, zwangsweise aus dem Saal entfernt zu werden.

Die Verfassungsbeschwerde wendet sich auch gegen § 176 GVG als Ermächtigungsnorm für sitzungspolizeiliche Verfügungen. Diese Vorschrift verletze die Beschwerdeführerin in ihrem Recht aus Art. 19 Abs. 4 GG. Dass der Gesetzgeber gegen sitzungspolizeiliche Maßnahmen eines Richters keinen fachgerichtlichen Rechtsbehelf vorgesehen habe, sei verfassungswidrig.

Aus den Gründen:

A. Zulässigkeit

I. Verfassungsbeschwerde gegen § 176 GVG

Soweit die Verfassungsbeschwerde § 176 GVG angeht, wird sie nicht zur Entscheidung angenommen. Insoweit ist sie unzulässig. Der Angriff der Verfassungsbeschwerde gegen die Norm des Gerichtsverfassungsgesetzes ist nicht ausreichend substantiiert. Er erschöpft sich in dem nicht weiter ausgeführten Vorbringen, dass ein Rechtsweg gegen sitzungspolizeiliche Maßnahmen eines Gerichts nicht eröffnet sei.

II. Verfassungsbeschwerde gegen den Einzelakt

Soweit sich die Verfassungsbeschwerde gegen die Anordnung des Jugendrichters wendet, ist sie zulässig. Insbesondere fehlt es nicht an einem Rechtsschutzbedürfnis der Beschwerdeführerin. Zwar entfaltet die von

ihr angegriffene richterliche Maßnahme für sie keine gegenwärtige Beschwer mehr. Für die Beschwerdeführerin muss gleichwohl die - nunmehr nachträgliche - Möglichkeit einer verfassungsgerichtlichen Überprüfung der gegen sie ergangenen Maßnahme bestehen. Anderenfalls würde der Schutz ihrer Grundrechte in unzumutbarer Weise verkürzt. Es liegt in der Natur der Sache, dass gegen sitzungspolizeiliche Maßnahmen - es sei denn, sie entfalten, wie bei einer mehrtägigen Verhandlung, über einen längeren Zeitraum hinweg Wirkung - um Rechtsschutz vor dem Bundesverfassungsgericht nicht rechtzeitig nachgesucht werden kann (vgl. zu entsprechenden Sachlagen BVerfGE 9, 89 <93 f.>; 52, 223 <235>).

B. Begründetheit

In dem Rahmen, in dem sie zulässig ist, ist die Verfassungsbeschwerde auch begründet. Mit dem Hinweis auf seine Praxis, das Tragen von Kopfbedeckungen in seinen Verhandlungen prinzipiell nicht zuzulassen, hat der Jugendrichter der Beschwerdeführerin verboten, im Gerichtssaal ihr Kopftuch zu tragen. Dieses Verbot verstößt gegen Art. 3 Abs. 1 GG in seiner Ausprägung als allgemeines Willkürverbot in Verbindung mit Art. 4 Abs. 1 und 2 GG.

I. Rechtsgrundlage des Verbots

Als Rechtsgrundlage des Verbots, ein Kopftuch zu tragen, kommt – da die Beschwerdeführerin wegen ihrer Kleidung nicht ausdrücklich gemäß § 175 GVG aus dem Saal gewiesen wurde (zur Anwendung des § 175 GVG auf Fälle nachträglicher Zutrittsversagung vgl. Kissel/Mayer, Gerichtsverfassungsgesetz, 4. Aufl. 2005, § 175 Rn. 2) - nur die sitzungspolizeiliche Generalklausel des § 176 GVG in Betracht. Nach § 176 GVG obliegt die Aufrechterhaltung der Ordnung in der Sitzung dem Vorsitzenden. Die Ordnung besteht dabei nicht nur in der Sicherung des ungestörten Verlaufs der Verhandlung (vgl. BGH, NJW 1998, S. 1420). Auch die Würde des Prozesses ist Teil der Sitzungsordnung (vgl. Albers, in: Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, Zivilprozessordnung, 63. Aufl. 2004, § 176 GVG Rn. 2). Zur Aufrechterhaltung der Ordnung und damit auch zur Wahrung äußerer Formen (vgl. Wickern, in: Löwe/Rosenberg, Strafprozessordnung, 25. Aufl. 2003, § 176 GVG Rn. 16), wozu auch das Tragen angemessener Kleidung gehören kann (vgl. Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 3. August 1966 - 1 BvR 441/96 -, zit. in DRiZ 1966, S. 356; OLG Karlsruhe, NJW 1977, S. 311, 312), hat der Vorsitzende die erforderlichen Maßnahmen nach pflichtgemäßem Ermessen zu treffen (vgl. Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 11. Mai 1994 - 1 BvR 733/94 -, NJW 1996, S. 310; Albers, a.a.O., Rn. 3; Wolf, in: Münchener Kommentar zur ZPO, 2. Aufl. 2001, § 176 GVG Rn. 9).

II. Konkreter Verstoß erforderlich

Um sein Ermessen ausüben zu können, muss der Richter zuvor allerdings prüfen, ob eine Beeinträchtigung der Ordnung der Sitzung durch das Verhalten eines Prozessbeteiligten oder Zuschauers überhaupt vorliegt oder konkret zu besorgen ist (Wolf, a.a.O., Rn. 8). Diese Prüfung hat der Jugendrichter nicht vorgenommen. Als Grund für das gegenüber der Beschwerdeführerin ausgesprochene Verbot hat er angeführt, das Tragen von Kopfbedeckungen in seinen Verhandlungen prinzipiell nicht zu dulden. Eine solch pauschalisierende Betrachtung lässt außer Acht, dass nicht in jedem Aufbehalten von Hüten oder Kopftüchern in geschlossenen Räumen eine Missachtungskundgebung gegenüber anderen anwesenden Personen und damit ein "ungebührliches" Verhalten liegen muss. Das Tragen von Kopfbedeckungen in Anwesenheit anderer kann auch billigenswerte Gründe haben. Unter anderem kann es - wie das Bundesverfassungsgericht auch schon entschieden hat (vgl. BVerfGE 108, 282 <298 und 305>) - Ausdruck von Religionsausübung sein, womit es den Schutz des Art. 4 GG genießt.

III. Verletzung von Art. 4 I, II GG

Des Schutzes aus Art. 4 GG geht der Einzelne nicht deshalb verlustig, weil er sich als Zuhörer in einem Gerichtssaal befindet. Verträgt sich das der Religionsausübung dienende Verhalten mit einem störungsfreien Ablauf der Sitzung, ist es vom Gericht mit Blick auf Art. 4 GG hinzunehmen (vgl. Kissel/Mayer, a.a.O., § 178 Rn. 14). Für den konkreten Fall des Tragens von Kopfbedeckungen im Gerichtssaal gilt daher, dass eine Ungebühr und damit eine Störung der Sitzung nicht vorliegt, wenn das Aufbehalten eines Hutes oder Kopftuchs lediglich aus religiösen Gründen erfolgt und auszuschließen ist, dass mit ihm zugleich Missachtung gegenüber der Richterbank oder anderen Anwesenden ausgedrückt werden soll (vgl. Kissel/Mayer, a.a.O., § 175 Rn. 8) und solange der Zuhörer als Person identifizierbar bleibt.

Der Jugendrichter hat dies bei seiner Würdigung des Verhaltens der Beschwerdeführerin nicht berücksichtigt, obwohl hierfür Anlass bestanden hätte. Ihrem äußeren Erscheinungsbild nach war die Beschwerdeführerin deutlich als Muslima zu erkennen, was es nahe legte, dass sie ihr Kopftuch aus religiösen Gründen trug. Dass die Beschwerdeführerin nicht ausdrücklich auf den religiösen Bezug ihrer Kleidung hingewiesen hat, ist deshalb unerheblich.

IV. Verletzung von Art. 3 I GG

Das Verhalten des Jugendrichters verletzt Art. 3 Abs. 1 GG. Der Jugendrichter hat verkannt, dass für den Erlass einer sitzungspolizeilichen Maßnahme eine Störung der Verhandlung konkret festzustellen ist und dass bei der insoweit vorzunehmenden Prüfung grundrechtliche Positionen des Einzelnen von Bedeutung

sein können. Daneben trägt die Maßnahme der besonderen Bedeutung des Grundsatzes der Öffentlichkeit mündlicher Verhandlungen als Bestandteil sowohl des Rechtsstaatsprinzips wie des Demokratieprinzips (vgl. BVerfGE 103, 44 <63>) nicht ausreichend Rechnung. Dieser Grundsatz gilt zwar nicht ausnahmslos; insbesondere besagt er noch nichts zu den Modalitäten, unter denen die Öffentlichkeit zugelassen wird. Ungeach-

tet der einfachgesetzlichen Konkretisierung in § 176 GVG zwingt sein verfassungsrechtlicher Rang den Richter jedoch dazu, im Rahmen der Wahrnehmung der sitzungspolizeilichen Gewalt nach pflichtgemäßem Ermessen auch die hinter der Öffentlichkeit stehenden Belange angemessen zu berücksichtigen. Dem wird eine undifferenzierte Handhabung der Frage des Tragens von Kopfbedeckungen nicht gerecht.

Standort: Kommunalrecht

Problem: Mindeststärke einer Fraktion

OVG NRW, BESCHLUSS VOM 01.08.2006
15 A 2611/06 (NWVBL 2006, 25)

Problemdarstellung:

In den Gemeindeordnungen der Länder sind zahlreiche Rechte in der Vertretung (dem Rat) allein den Fraktionen vorbehalten; andere Zusammenschlüsse von Ratsmitgliedern (Gruppen) haben diese Rechte zunächst nicht. Sie können einen fraktionsgleichen oder zumindest fraktionsähnlichen Status nur erreichen, wenn die Ratsmehrheit ihnen diesen freiwillig zubilligt, etwa indem dies in der Geschäftsordnung des Rates geregelt wird. Eine solche Erweiterung der Minderheitenrechte ist zulässig, soweit sie sich nicht in Widerspruch zu den gesetzlichen Bestimmungen in den Gemeindeordnungen setzt.

Im vorliegenden Fall hatten sich zwei Ratsmitglieder zu einer solchen Gruppe zusammen geschlossen. Eine Fraktion konnten sie nicht bilden, weil § 56 I 2 GO NRW dafür eine Mindeststärke von drei Mitgliedern forderte. Diese Mindeststärke - und die mit dem fehlenden FRaktionsstatus einher gehende Beschränkung ihrer Rechte im Rat - hielten sie für verfassungswidrig. Das OVG NRW konnte einen solchen Verstoß im vorliegenden Beschluss jedoch nicht erkennen, und zwar auch nicht seit Abschaffung der sogen. "5%-Klausel" bei Kommunalwahlen in NRW.

Prüfungsrelevanz:

Der Fall könnte im Examen etwa im Rahmen eines sogen. "Kommunalverfassungskonflikts" spielen, in dem Organe bzw. Organteile der selben Gemeinde um ihre Rechte und Pflichten aus der Gemeindeordnung streiten (vgl. dazu die Vertiefungshinweise).

In der Sache legt das OVG nachvollziehbar dar, dass zwar der Wegfall der "5%-Sperrklausel" zu einer Vielzahl von kleinen Gruppen in den Räten der Städte und Gemeinden geführt haben mag, und dass diese durch die von § 56 I 2 GO NRW geforderte Mindeststärke für einen Fraktionsstatus weniger Rechte im Rat genießen als Fraktionen; es hält eine solche Beschränkung aber nicht trotz, sondern gerade wegen dieser Zersplitterung für nötig, damit eine effektive Ratsarbeit weiterhin möglich bleibt.

Vertiefungshinweise:

- Zum Kommunalverfassungskonflikt von Fraktionen: *VG Düsseldorf*, RA 2006, 208 = NWVBl 2006, 152
- Allgemein zum Kommunalverfassungskonflikt: *OVG NRW*, RA 2001, 509 = DVBl 2001, 1281; RA 2003, 319 = NVwZ-RR 2003, 376; *Ehlers*, JuS 1990, 105
- Minderheitenrechte im Rat: *OVG NRW*, RA 1999, 663 = NVwZ 1999, 1252

Kursprogramm:

- Examenskurs* : "Unter den Wolken"
- Examenskurs* : "Die Friedenstaube im Rathausfenster"

Leitsätze:

- 1. Der Wegfall der 5 %-Sperrklausel im nordrhein-westfälischen Kommunalwahlrecht begründet keine verfassungsrechtlichen Bedenken gegen die Regelung des § 56 Abs. 1 Satz 2 GO NW über die personelle Mindeststärke von Ratsfraktionen.**
- 2. Eine Gemeinde ist nicht verpflichtet, eine geschäftsordnungsrechtlich einmal gewährte, über die in der Gemeindeordnung geregelten Mindestanforderungen hinausgehende Erweiterung von Minderheitenrechten aufrechtzuerhalten.**

Sachverhalt:

Die Klägerin ist eine aus zwei Personen bestehende Gruppe im 74-köpfigen Rat der Stadt, dem Beklagten. Auf Vorschlag der Klägerin setzte der Oberbürgermeister einen Punkt auf die Tagesordnung. Nach dessen Aufruf in der Ratssitzung beantragte ein Ratsmitglied im Wege des Geschäftsordnungsantrags den Übergang zur Tagesordnung (Nichtbefassung). Nach geschäftsordnungsmäßiger Gegenrede eines Mitglieds der Klägerin beschloss der Rat antragsgemäß. Die Klägerin sieht sich dadurch in ihrem Recht verletzt, einen Initiativantrag zu begründen. Die entsprechende kommunalverfassungsrechtliche Feststellungsklage, mit der u.a. geltend gemacht wurde, der Klägerin müssten unabhängig von § 56 Abs. 1 Satz 2 GO NRW über die Fraktionsmindeststärke Fraktionsrechte und damit das Initiativrecht eingeräumt werden, wies das VG ab, den Antrag auf Zulassung der Berufung lehnte das OVG

ab.

Aus den Gründen:

An der Verfassungsmäßigkeit der Regelung des § 56 Abs. 1 Satz 2 GO NRW, wonach bei einem Rat mit - wie hier - mehr als 57 Mitgliedern eine Fraktion aus mindestens drei Personen bestehen muss, sodass die Klägerin mit ihrer Stärke von zwei Personen keinen Fraktionsstatus genießt, bestehen keine Zweifel.

A. Entfallen der 5%-Sperrklausel

Entgegen der Auffassung der Klägerin steht dies nicht im Gegensatz zur Rechtsprechung des VerfGH NRW, der die sogenannte 5%-Sperrklausel für Kommunalwahlen nicht mehr ohne erneute Überprüfung ihrer Erforderlichkeit für zulässig hält (vgl. VerfGH NRW, NWVBl 1999, 383 = RA 1999, 534). Der Wegfall der Sperrklausel für die Kommunalwahl hat zur Folge, dass Gruppierungen kleiner bis kleinster Stärke leichter im Rat vertreten sein können. Daraus folgt, dass es im Interesse der Funktionsfähigkeit der Ratsarbeit nunmehr sogar eher gerechtfertigt sein kann, Minderheitenrechte wie hier das Initiativrecht und das damit einhergehende Recht der Begründung der Initiative auf Gruppierungen mit einer Stärke von mehr als zwei Personen zu beschränken. Denn das Recht einer Gruppierung, nach den Grundsätzen der Wahlgleichheit entsprechend dem Wahlergebnis im Rat vertreten zu sein, deckt sich nicht mit einem Recht, bereits mit einer Stärke von zwei Personen Fraktionsrechte genießen zu dürfen.

Fraktionen dienen einer effektiven Ratsarbeit, indem sie die unterschiedlichen Meinungen der in der Fraktion zusammengeschlossenen Mitglieder auf mehrheitlich für richtig befundene Standpunkte zusammenführen (vgl. OVG NRW, NVwZ-RR 2003, 59 [60] m.w.N.). Es kann daher dem Gesetzgeber auch nach

dem Wegfall der 5%-Sperrklausel für das Wahlrecht nicht verwehrt werden, die Fraktionsrechte innerhalb des Rates erst Gruppierungen ab einer bestimmten, zwei übersteigenden Personenzahl zuzugestehen.

B. Funktionsfähigkeit des Rates

Es kommt nicht darauf an, dass - wie die Klägerin meint - die Funktionsfähigkeit schon deshalb nicht gefährdet sein könne, weil sie nur einen früher geltenden Zustand wiedererlangen möchte. Die genannte gesetzliche Regelung zur Fraktionsstärke besteht bereits seit 1994 (Bekanntmachung der Gemeindeordnung vom 14.7.1994, GV NRW S. 666). Ob die Stadt früher von der auch nach der gesetzlichen Regelung gegebenen Möglichkeit Gebrauch gemacht hat, das Initiativrecht nach § 48 Abs. 1 Satz 2 GO NRW kraft ihrer Geschäftsordnung auch auf Gruppierungen unterhalb der Fraktionsstärke auszuweiten (vgl. dazu OVG NRW, NWVBl 2004, 378 = RA 2004, 665), und davon nunmehr abgerückt ist, ist unerheblich, da die Gemeinde nicht verpflichtet ist, eine einmal gewährte, über die in der Gemeindeordnung geregelten Mindestanforderungen hinausgehende Erweiterung von Minderheitenrechten aufrechtzuerhalten.

C. Demokratieprinzip

Schließlich liegt auch kein Verstoß gegen das Demokratieprinzip des Art. 20 Abs. 3 GG vor, weil über den von der Klägerin gestellten Antrag nicht ohne Antragsbegründung habe entschieden werden können. Es liegt nämlich ausschließlich in der Entscheidung des Rates, wie intensiv er sich mit einem Antrag befassen will. Auf ein aus dem Initiativrecht folgendes Recht der Begründung der Initiative (vgl. dazu OVG NRW, DÖV 1989, 595) kann sich die Klägerin nicht stützen, da ihr ein Initiativrecht nicht zustand.

Standort: Baurecht

Problem: Kapelle im Außenbereich

OVG RH-PF, URTEIL VOM 08.09.2006
8 A 10519/06 (DVBl 2007, 66)

Problemdarstellung:

Im vorliegenden Fall ging es um die Frage, ob eine Kapelle im Außenbereich (§ 35 BauGB) errichtet werden darf, wenn es an dem zur Errichtung vorgesehenen Ort eine (angebliche) Marienerscheinung gegeben hat. Das OVG beschäftigt sich zunächst mit der Frage, ob infolge der Marienerscheinung ein privilegiertes Vorhaben nach § 35 I Nr. 4 BauGB vorliegt, weil infolgedessen die Kapelle nur an diesem, zufällig im Außenbereich gelegenen Erscheinungsort errichtet werden könne. Es verneint dies aber mit der Begründung, dass allen Privilegierungen des § 35 I BauGB gemeinsam sei, dass sie erstens nicht nur Individualinteressen zu

dienen bestimmt seien und zweitens keine negative Vorbildwirkung für Dritte hätten (sogen. Singularität). Trotzdem die Kapelle potenziell von jedermann genutzt werden könnte, verneint das OVG die notwendige Singularität, weil auch Dritte auf die Idee kommen könnten, unter Berufung auf angebliche Marienerscheinungen Kapellen im Außenbereich zu errichten, eine negative Vorbildwirkung also gegeben sei. Dies gelte vor allem, weil die fragliche Marienerscheinung von der katholischen Kirche nicht anerkannt werde und auch sonst nicht verifizierbar sei.

Sodann prüft das Gericht, ob die Kapelle nicht als "sonstiges" Vorhaben i.S.d. § 35 II BauGB zulässig sein könnte, verneint dies aber, weil ein öffentlicher Belang nach § 35 III Nr. 5 BauGB beeinträchtigt sei, also die natürliche Eigenart der Landschaft beeinträch-

tigt werde.

Abschließend stellt das Gericht in einem kurzen Ergebnissatz fest, dass durch die Versagung des Kapellenbaus auch nicht das Grundrecht aus Art. 4 GG auf ungestörte Glaubensausübung beeinträchtigt, weil die "natürliche Eigenart der Landschaft" dieser nicht zu weichen habe.

Prüfungsrelevanz:

Die Prüfungsrelevanz dieses Urteils beginnt dort, wo seine Entscheidungsgründe zu kurz greifen, nämlich bei der Verletzung von Art. 4 GG. Man stellt sich die Frage, *warum* die Glaubensfreiheit der "natürlichen Eigenart der Landschaft" nicht zu weichen habe, wie das OVG in einem Ergebnissatz behauptet. Immerhin umfasst die Glaubensfreiheit des Art. 4 I, II GG auch das sogen. "forum externum", also die freie Glaubensausübung, zu der auch die Errichtung von Kultstätten - Kirchen, Kapellen, Synagogen, Moscheen usw. - gehört. Sie unterliegt nach der st.Rspr. des BVerfG ferner nur verfassungsimmanenten Schranken, so dass es gerade nicht ausreicht anzuführen, das einfache Baurecht enthalte einschränkende Regelungen. Vielmehr hätten diese nur als Konkretisierung verfassungsimmanenter Schranken Anwendung finden dürfen, und solche sind für die "natürliche Eigenart der Landschaft" nicht ohne weiteres ersichtlich.

Etwas leichter fiel die Subsumtion, wenn man mit der wohl h.L. aus Art. 140 GG i.V.m. Art. 136 I WRV aus den dort geregelten "staatsbürgerlichen Pflichten", welche der Glaubensfreiheit vorgehen, einen Gesetzesvorbehalt entnimmt, denn dann käme § 35 BauGB für sich genommen als Schranke in Betracht, ohne dass diese auf verfassungsimmanente Grundsätze zurückgeführt werden müsste. Allerdings wäre selbst in diesem Fall eine Abwägung der widerstreitenden Interessen mit dem Ziel der Herstellung eines Ausgleichs ("Stichwort: "Praktische Konkordanz") nötig gewesen. Ein bloßer, der "natürlichen Eigenart der Landschaft" Vorrang einräumender Ergebnissatz hätte in einem Gutachten keinesfalls gereicht (immer vorausgesetzt natürlich, die Glaubensfreiheit ist tatsächlich betroffen und nicht nur vorgeschoben).

Interessant sind natürlich auch die baurechtlichen Ausführungen zu den Anforderungen an ein privilegiertes Vorhaben nach § 35 I BauGB. Die vom OVG diesbezüglich als maßgeblich eingestufte "Singularität" sollte man sich gut merken.

Vertiefungshinweise:

Eingriffe in die Glaubensfreiheit durch einfaches Recht: BVerwG, RA 2001, 185 = DVBl 2001, 485 (Schächten); OVG NRW, RA 2003, 256 = NWVBl 2003, 102 (Wahlhelfer); VG Düsseldorf, RA 2003, 420 = NWVBl 2003, 279 (Namensänderung)

Schrankendogmatik bei Art. 4 GG: BVerfGE 93, 1 (Kruzifix); BVerwG, RA 2001, 185 = DVBl 2001, 485 (Schächten); BVerwG, RA 2002, 509; VGH Mannheim, DVBl 2001, 1543 (Kopftuch)

Bauen in Außenbereich: BVerwG, RA 2001, 695 = NVwZ 2001, 1282; VGH BW, RA 2005, 51 = VBIBW 2004, 263

Kursprogramm:

Examenskurs : "Das Opferlamm"

Examenskurs : "Windkraft contra Nachbarschaft"

Leitsatz:

Die Errichtung baulicher Anlagen (hier: einer Kapelle) im Außenbereich ist nicht allein deshalb nach § 35 Abs. 1 Nr. 4 BauGB privilegiert, weil sie aus religiösen oder weltanschaulichen Gründen für den Errichtungsort gefordert werden.

Sachverhalt:

In dem Rechtsstreit geht es um die Zulässigkeit der Errichtung einer Kapelle im Außenbereich der Beklagten. Der beigeladene Verein macht durch seine Vorsitzende geltend, am zur Errichtung bestimmten Ort habe es in den 50er Jahren eine Marienerscheinung gegeben, in der die Gottesmutter den Auftrag erteilt habe, ihr eine Kapelle an dieser Stelle zu errichten. Die katholische Kirche erkennt die Marienerscheinung jedoch nicht offiziell als übernatürliches Phänomen an. Das OVG hält die Errichtung einer solchen Kapelle bauplanungsrechtlich für unzulässig.

Aus den Gründen:

A. Privilegiertes Vorhaben

Die Kapelle ist nicht gemäß § 35 Abs. 1 BauGB im Außenbereich zulässig. Von den dort aufgeführten Möglichkeiten für eine privilegierte Zulassung im Außenbereich kommt nur § 35 Abs. 1 Nr. 4 BauGB in Betracht. Danach ist ein Vorhaben im Außenbereich nur zulässig, wenn die ausreichende Erschließung gesichert ist und wenn es wegen seiner besonderen Anforderungen an die Umgebung, wegen seiner nachteiligen Wirkung auf die Umgebung oder wegen seiner besonderen Zweckbestimmung nur im Außenbereich ausgeführt werden soll.

I. Erschließung gesichert

Die Erschließung ist zwar gesichert, nämlich jedenfalls durch den Weg Flurstück Nr [...], der zum Baugrundstück führt [wird ausgeführt].

II. Besondere Zweckbestimmung

Das Vorhaben "soll" jedoch nicht wegen seiner besonderen Zweckbestimmung nur im Außenbereich ausgeführt werden im Sinne von § 35 Abs. 1 Nr. 4 BauGB.

Als Zweckbestimmung der Kapelle hatte der Beigel. zunächst genannt: Aufnahme einer holzgeschnitzten Statue, Wetterschutz für Beter und Erfüllung des Auftrages der Gottesmutter, hier eine Kapelle zu bauen. In der mündlichen Verhandlung hat die Vorsitzende des Beigeladenen klargestellt, dass es in erster Linie um die Befolgung des Auftrages der Gottesmutter gehe und der Wetterschutz nur eine nützliche Nebenfolge der Erfüllung dieses Auftrages sei. Die Absicht, einem überirdischen Auftrag zu entsprechen, genügt jedoch nicht den Anforderungen, die an eine ein Vorhaben im Außenbereich rechtfertigende Zweckbestimmung zu stellen sind.

1. Grundsatz: Außenbereich frei von Bebauung zu halten

Der Außenbereich ist grundsätzlich von einer Bebauung freizuhalten, die bauliche Entwicklung soll in aller Regel durch eine planerische Entscheidung der Gemeinde gesteuert werden.

2. Ausnahme: Privilegiertes Vorhaben

Eine Ausnahme gilt nur für besondere, im Außenbereich privilegierte Vorhaben. Im Rahmen der verschiedenen Privilegierungstatbestände des § 35 Abs. 1 BauGB stellt § 35 Abs. 1 Nr. 4 BauGB einen weit gefassten Auffangtatbestand dar, der eng ausgelegt werden muss, damit der Schutz des Außenbereichs nicht ausgehöhlt wird.

Deshalb ist die Regelung so zu verstehen, dass im Außenbereich nur solche Vorhaben ausgeführt werden "sollen", denen ein singulärer Charakter zukommt, so dass sie keine Vorbildwirkung für andere Vorhaben haben; eine privilegierte Nutzung des Außenbereichs ist auch dann nicht gerechtfertigt, wenn das Vorhaben vornehmlich dazu dient, individuelle Bedürfnisse zu befriedigen, sofern es nicht zugleich im überwiegenden allgemeinen Interesse liegt (vgl. BVerwGE 96, 95 [103 f.]; Krautberger, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg, BauGB, § 35 Rdnr. 55). Hieraus ergibt sich, dass bauliche Anlagen nicht allein deshalb nach § 35 Abs. 1 Nr. 4 BauGB im Außenbereich privilegiert sind, weil sie aus religiösen oder weltanschaulichen Gründen für den Errichtungsort gefordert werden.

3. Subsumtion

Nach diesen Kriterien "soll" das Vorhaben nicht im Außenbereich ausgeführt werden. Es hat gerade keinen singulären Charakter und kann deshalb eine Vorbildwirkung entfalten. Zwar mag aus der Sicht des Beigeladenen die Marienerscheinung mit dem Kapellenbaugesuch singulär sein. Die daraus hergeleitete religiöse Verpflichtung ist jedoch als Glaubensüberzeugung bei objektiver Betrachtung nicht nachweisbar. Entsprechende Verpflichtungen religiöser oder weltanschaulicher Art könnten auch von anderen Personen zur Rechtfertigung von Außenbereichsvorhaben in An-

spruch genommen werden. Deshalb können derartige Gründe allein eine unübersehbare Vorbildwirkung für Vorhaben an bestimmten Stellen im Außenbereich nicht hinreichend ausschließen.

Die erforderliche Singularität kommt dem Vorhaben auch nicht deshalb zu, weil es in einem solchen Umfang allgemeine Anerkennung erfährt, dass eine weitgehende Vorbildwirkung ausgeschlossen ist. Vielmehr hat die katholische Kirche dem Ereignis gerade ihre Anerkennung verweigert. Aus dem Schreiben des bischöflichen Ordinariats Speyer vom 28.4.1953 folgt, dass sich bei einer gründlichen Untersuchung keine Anhaltspunkte für eine übernatürliche Herkunft oder einen übernatürlichen Charakter der behaupteten Erscheinung ergeben hätten und der Plan, am Ort der angeblichen Marienerscheinungen die Kapelle zu errichten, nicht angenommen werden könne. Diese Erklärung wurde durch eine Stellungnahme des Generalvikars vom 30.4.1991 bestätigt.

Das Vorhaben dient auch in erster Linie den individuellen Interessen eines bestimmten Personenkreises, nämlich der Personen, die einen überirdischen Bauauftrag annehmen und befolgen wollen und sich deshalb in dem beigeladenen Verein, der etwa 270 Mitglieder hat, zusammengeschlossen haben. Es kann nicht angenommen werden, dass alle Besucher der Andachtstelle auch ein Interesse an der Errichtung einer Kapelle haben, selbst wenn sie ihnen offen stehen würde. Denn die Errichtung der Kapelle wird, anders als das bloße Gebet an der Andachtsstelle, von der katholischen Kirche missbilligt. Im Übrigen ist nach den Angaben der Vorsitzenden des Beigeladenen in der mündlichen Verhandlung die Zahl der Besucher der Andachtstelle so gering, dass schon deshalb ein allgemeines Interesse am Kapellenbau ausgeschlossen werden kann.

Eine ausdrückliche Billigung des Vorhabens durch die Allgemeinheit ist nicht ersichtlich. Die Kl., die die Interessen der örtlichen Gemeinschaft vertritt, hat sich - wenn auch vornehmlich aus wirtschaftlichen und fiskalischen Überlegungen - gegen das Vorhaben gewandt. Besonders ist jedoch zu beachten, dass die katholische Kirche, die einen beträchtlichen und gerade der Marienverehrung nahe stehenden Teil der Allgemeinheit vertritt, das Vorhaben missbilligt und sich gegen die Errichtung einer Kapelle ausgesprochen hat. Insgesamt liegen somit keine Umstände vor, die die Beurteilung rechtfertigen könnten, das Vorhaben "solle" i.S. von § 35 Abs. 1 Nr. 4 BauGB nur im Außenbereich ausgeführt werden.

B. Sonstiges Vorhaben

Das Vorhaben ist auch nicht gemäß § 35 Abs. 2 BauGB zuzulassen, weil seine Ausführung oder Benutzung öffentliche Belange nicht beeinträchtigt und die Erschließung gesichert ist. Vielmehr werden öffentliche Belange dadurch beeinträchtigt, dass das

Vorhaben gemäß § 35 Abs. 3 Nr. 5 BauGB die natürliche Eigenart der Landschaft und ihren Erholungswert beeinträchtigt. Trotz ihrer geringen Größe stellt die geplante Kapelle eine bauliche Anlage dar, die mit der natürlichen Eigenart der Landschaft nicht vereinbar ist. Dabei kommt es nicht darauf an, ob sie auffällig in Erscheinung tritt oder durch Bäume und Hecken weitgehend der Sicht entzogen ist (vgl. BVerwG, Urteil vom 30.4.1969 - 9 C 63.68). Die natürliche Eigenart der Landschaft ist an dem vorgesehenen Standort auch nicht bereits so weitgehend beeinträchtigt, dass sie nicht mehr schutzwürdig ist. Der vorhandene Kreuzweg und die vorhandene Andachtsstelle, die vornehmlich durch ihren Blumenschmuck in Erscheinung tritt,

führen nicht zu einer Beeinträchtigung der natürlichen Eigenart der Landschaft. Weder die Bekl. noch die Beigel. haben etwas anderes vorgetragen.

C. Glaubensfreiheit

Die Gewährleistung der Glaubensfreiheit und der ungestörten Religionsausübung nach Art. 4 GG werden durch die Versagung des Kapellenbaus nicht verletzt. Dieses Freiheitsgrundrecht gebietet nicht, dass das Interesse an der Erhaltung der natürlichen Eigenart der Landschaft hinter dem Interesse des Beigeladenen an der Befolgung eines überirdischen Baugebots zurücktreten muss.

IMPRESSUM

HERAUSGEBERIN:	JURA INTENSIV VERLAGS-GMBH & CO. KG, Salzstraße 18, 48143 Münster Tel.: 0251/4824-60; Fax: 0251/4824-545 http://www.jura-intensiv.de ra@jura-intensiv.de
CHEFREDAKTION:	Rechtsanwalt Frank Schildheuer (<i>zugleich Öffentliches Recht</i>)
REDAKTEURE:	Ass. Kathrin Lütke-meier (<i>Zivilrecht</i>); Rechtsanwalt Uwe Schumacher (<i>Strafrecht</i>) Die Redakteure sind postalisch erreichbar unter der Adresse der Herausgeberin.
ABONNEMENT:	Abonnement-Vertrag befindet sich im Heft und/oder wird auf Wunsch zugeschickt. Einmalige Anforderung eines Probeheftes jederzeit formlos und ohne weitere Verpflichtung möglich. Bestellungen bitte an die o.g. Anschrift der Herausgeberin oder via Internet unter der o.g. Adresse.
BEZUGSPREISE:	Jahresabonnement (12 Hefte) zum Vorzugspreis von 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 <i>früherer</i> 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 <i>laufenden</i> Jahrgangs ist nur i. V. m. einem Abonnement möglich.

*Zivilrecht***Standort: Handelsrecht****Problem: Schadensersatz**

BGH, URTEIL VOM 05.10.2006
I ZR 240/03 (NJW 2007, 58)

Problemdarstellung:

Die Kl. ist Versicherer einer Spedition und nimmt die Bekl. wegen eines Transportschadens auf Schadensersatz in Anspruch. Der von der Bekl. zum Transport von Apfelsaftkonzentrat verwendete Tankauflieger war verunreinigt mit Kokosfett, welches vom zuvor erfolgten Transport stammte. Dies lag daran, dass der Auflieger nicht ordnungsgemäß gereinigt worden war. Als das Gut am Bestimmungsort eintraf, wurden dort Proben entnommen, um die Qualität zu testen. Eine Verunreinigung ergab sich daraus zunächst nicht. Deshalb wurde mit der Verarbeitung des Konzentrats zu Schorle noch während des Entladevorgang begonnen. Die Verunreinigung stellte sich erst heraus, als bereits etwa 2/3 des Gutes verarbeitet und in Flaschen abgefüllt worden waren. Die verbliebene Restmenge wurde in den Tankwagen zurückgepumpt, in dem sich eine Restmenge einwandfreies Konzentrat befand. Durch das Zurückpumpen wurde auch die Restmenge verunreinigt. Das nicht verarbeitete Konzentrat wurde bei der Herstellerin erneut aufbereitet und konnte sodann bedenkenlos weiterverarbeitet werden.

Die Kl. hat im ersten Rechtszug neben dem erlittenen Warenschaden auch Ersatz für vergeblich eingesetzte Rohstoffe, Verpackungskosten, Maschinen- und Personalkosten begehrt. Das Landgericht hat der Klage in Bezug auf den Warenschaden stattgegeben, im Übrigen jedoch die Klage abgewiesen. In der Berufung verfolgte die Kl. das im ersten Rechtszug erfolglose Begehren weiter, allerdings erfolglos. Mit der vom BerGer. zugelassenen Revision verfolgt die Kl. ihr Klagebegehren weiter.

Prüfungsrelevanz:

In der Sache geht es um das Problem des Ersatzes von Folgeschäden im Frachtrecht. Durch die neue Prüfungsordnung hat das Handelsrecht als sog. Nebengebiet des Zivilrechts im Examen an Bedeutung gewonnen. Gerade die Haftung des Frachtführers ist ein beliebtes Thema in Klausuren. Es geht insoweit primär um Fragestellungen aus dem Schadensersatzrecht.

Die Haftung des Frachtführers folgt aus den §§ 425 ff. HGB. Er haftet grds. gem. § 425 I HGB für den Schaden, der durch Verlust oder Beschädigung des Gutes

in der Zeit von der Übernahme zur Beförderung bis zur Ablieferung oder durch Überschreitung der Lieferfrist entsteht (sog. Güterschäden). Dabei unterfallen dem Begriff der Beschädigung neben der Substanzbeeinträchtigung auch der bloße Schadensverdacht (BGH, VersR, 2001, 127; TranspR 2002, 440). Hierbei handelt es sich um eine Obhutshaftung, die den Nachweis eines schuldhaften Verhaltens des Frachtführers nicht erfordert (Baumbach/Hopt- Merkt, HGB, § 425 Rn 1). Da es sich um eine Obhutshaftung handelt, muss sie eingeschränkt werden. Die §§ 425 - 439 HGB enthalten insoweit ein Gefüge von Haftungsbeschränkungen (Haftungsbefreiungen und Haftungsbeschränkungen), das durch eine Gerichtsstandsregelung in § 440 HGB abgeschlossen wird. Von den §§ 425 - 438 HGB kann nur innerhalb der Grenzen des § 449 HGB abgewichen werden.

Die vorliegend geltend gemachten Schadensposten sind jedoch nicht als Güterschaden einzuordnen, es handelt sich vielmehr um Güterfolgeschäden. Der Frachtführer haftet vertraglich jedoch nicht für Folgeschäden gem. § 432 S. 2 HGB, es sei denn es liegt ein qualifiziertes Verschulden des Frachtführers i.S.v. § 435 HGB vor (Koller, TransportR, § 432 Rn 15; § 434 Rn 7). Ein qualifiziertes Verschulden des Frachtführers i.S.v. § 435 HGB liegt dann vor, wenn der Frachtführer die Handlung vorsätzlich oder leichtfertig und in dem Bewusstsein, dass ein Schaden mit Wahrscheinlichkeit eintreten werde, begangen hat. Danach handelt der leichtfertig, der grundlegende auf der Hand liegende Sorgfaltspflichten verletzt, naheliegende Überlegungen nicht anstellt, sich über Bedenken in Anbetracht von Gefahren hinwegsetzt, die sich jedem aufdrängen müssten (Koller, TransportR, § 435 Rn 6). Vorliegend war ein qualifiziertes Verschulden der Bekl. nicht feststellbar, so dass eine vertragliche Haftung gem. § 432 S. 2 HGB ausgeschlossen war.

Zu denken war weiterhin an eine Haftung der Bekl. gem. § 823 I BGB sowie gem. § 7 StVG. Allerdings sind auch diese Ansprüche gem. § 434 I HGB ausgeschlossen. § 434 HGB erfasst die außervertraglichen Ansprüche. An sich gelten die verschiedenen gesetzlichen Haftungsbeschränkungen nur für die vertraglichen Ansprüche des Frachtführers, stehen sie doch im Abschnitt über das Frachtgeschäft/Frachtvertrag. Dann würden sie aber über die außervertraglichen Ansprüche leicht ausgehebelt. Mithin war auch insoweit eine Haftung zu verneinen.

Vertiefungshinweise:

- Zum qualifizierten Verschulden des Frachtführers: *BGH*, NJW 2003, 3626
- Zum Merkmal der Leichtfertigkeit gem. § 435 HGB: *BGH*, NJW 2004, 2445; *Jäckel*, JA 2004, 862

Kursprogramm:

- Examenskurs: "Versendungskauf"
- Examenskurs: "Die Korn GmbH & Co. KG"

Leitsätze:

Die vertragliche Haftung des Frachtführers wegen Beschädigung des Frachtgutes umfasst außer bei Vorliegen eines qualifizierten Verschuldens i.S. des § 435 HGB keine Folgeschäden. Diese sind als weitere Schäden i.S. des § 432 S. 2 HGB nicht zu ersetzen. Insoweit sind auch außervertragliche Ansprüche gegen den Frachtführer ausgeschlossen.

Sachverhalt:

Die Kl. ist Versicherer der Spedition B. GmbH (im Weiteren: Versicherungsnehmerin). Sie nimmt aus von dieser abgetretenem Recht die Bekl. wegen eines Transportschadens auf Schadensersatz in Anspruch. Die D. GmbH beauftragte am 04.08.1999 die Versicherungsnehmerin, 25.000 kg Apfelsaftkonzentrat von N. nach Bad N. zu der dem Rechtsstreit auf Seiten der Kl. beigetretenen Streithelferin zu 4 zu befördern. Die Versicherungsnehmerin beauftragte ihrerseits die Bekl. mit der Durchführung des Transports. Der von der Bekl. bei dem Transport benutzte Tankauflieger des Lastzugs, der bei der dem Rechtsstreit auf Seiten der Bekl. beigetretenen Streithelferin zu 1 haftpflichtversichert war, stammte von der dem Rechtsstreit auf Seiten der Kl. beigetretenen Streithelferin zu 3. Der Auflieger verfügte über drei Kammern, von denen die beiden äußeren betankt wurden. Die Streithelferin zu 4 nahm von der bei ihr eingetroffenen Sendung Proben und begann dann - noch während des Entladevorgangs - mit der Verarbeitung des Apfelsaftkonzentrats zu Apfelschorle, die auf 0,7-Liter-Flaschen gefüllt wurde. Nachdem 17.300 kg des Apfelsaftkonzentrats entladen, verarbeitet und auf Flaschen gefüllt worden waren, stellte die Streithelferin zu 4 fest, dass das Apfelsaftkonzentrat mit Kokosfett verunreinigt war. Dieses war zuvor mit dem Tankauflieger transportiert und bei der Reinigung nicht vollständig entfernt worden. Die Verunreinigung hatte sich - vermutlich aufgrund von Bedienungsfehlern - im oben liegenden Druckluftsystem befunden und war daher beim Ziehen der Proben nicht bemerkt worden. Die Streithelferin zu 4 pumpte nach Feststellung des Mangels die in den Rohrleitungen verbliebene Restmenge in den Tankauflieger zurück, in dem sich zu diesem Zeitpunkt noch 7.700 kg einwanfreies Apfelsaftkonzentrat befanden. Hierdurch wurden auch noch 3.850 kg dieses Konzentrats mit

Kokosfett verunreinigt. Nachfolgend wurde das nicht verarbeitete Konzentrat zur Herstellerin zurücktransportiert und dort zum Preis von 0,28 €/kg aufgearbeitet und anschließend weiterverarbeitet. Die Kl. hat von der Bekl. im vorliegenden Rechtsstreit im ersten Rechtszug Ersatz eines Warenschadens in Höhe von 22.392,03 € abzüglich hierauf von der Vertreterin des Verkehrshaftungsversicherers der Bekl., der dem Rechtsstreit auf Seiten der Bekl. beigetretenen Streithelferin zu 2, bereits geleisteter 4.282,07 € verlangt. Außerdem hat sie den der Streithelferin zu 4 durch vergeblich eingesetzte Rohstoffe, Verpackungskosten, Maschinen- und Personalkosten entstandenen weiteren Schaden i.H. von 32.907,89 € ersetzt verlangt. Das Landgericht hat der Klage in Höhe von 16.643,83 € nebst Zinsen stattgegeben und sie im Übrigen abgewiesen. Gegen dieses Urteil haben die Kl., die Bekl. und die Streithelferin zu 2 Berufung eingelegt. Die Kl. hat mit ihrer Berufung ihr im ersten Rechtszug erfolgloses Klagebegehren in Höhe von 32.907,89 € weiterverfolgt. Die Streithelferin zu 2 hat mit ihrem Rechtsmittel die Abweisung der Klage bis auf einen Betrag von 2.049 € begehrt. Die Bekl. hat ihr Rechtsmittel zurückgenommen. Das BerGer. hat die Berufung der Kl. zurückgewiesen und entsprechend dem Berufungsantrag der Streithelferin zu 2 die Klage weitergehend bis auf einen Betrag von 2.049 € nebst Zinsen abgewiesen (OLG Bremen TranspR 2005, 69 = VersR 2004, 222). Mit ihrer (vom BerGer. zugelassenen) Revision verfolgt die Kl. ihr Klagebegehren im selben Umfang wie im zweiten Rechtszug weiter. Die Bekl. und die Streithelferinnen zu 1 und 2 beantragen, das Rechtsmittel zurückzuweisen.

Aus den Gründen:**I. Entscheidung und Begründung des BerGer.**

Das BerGer. hat seine Entscheidung wie folgt begründet: Die Bekl. hafte vertraglich wie auch außervertraglich allein für die in § 434 HGB angesprochenen Schäden und Kosten. Der Wortlaut dieser Bestimmung lasse durchaus die Auslegung zu, dass die Haftungsbeschränkung auch weitere außervertragliche Schäden an Gütern Dritter umfasse. Allein diese Auslegung entspreche den durch das Transportrechtsreformgesetz vom 29.06.1998 eingetragenen Änderungen. Zudem wären die §§ 435, 436 HGB bei einer uneingeschränkten Haftung für Folgeschäden nicht recht verständlich. Überdies wäre, da der reine Sachschaden bereits in den §§ 429 und 431 HGB abschließend geregelt sei, dann auch die Regelung in § 432 S. 2 HGB überflüssig. Die §§ 425 ff. HGB stellten, sofern kein qualifiziertes Verschulden des Frachtführers festgestellt werden könne, ein in sich geschlossenes System der Haftungsbeschränkung dar. Dieses solle sicherstellen, dass der Frachtführer, der im Grunde verschuldensunabhängig hafte, sowie die beteiligten Versicherer das Risiko

transporttypischer Schäden wie Verlust und Beschädigung des transportierten Gutes von vornherein überblicken und abschätzen könnten. Die Bekl. hafte danach nur für die bis zur Vollendung der Ablieferung entstandenen Sachschäden. Die Verunreinigung des Apfelsaftkonzentrats mit Kokosfett habe unstreitig für 0,28 €/kg des Konzentrats vom Hersteller beseitigt werden können. Dass 17.300 kg Apfelsaftkonzentrat hätten vernichtet werden müssen, habe nicht am Mangel der Ware, sondern daran gelegen, dass diese nach ihrer Ablieferung bei der Streithelferin zu 4 zu Apfelschorle weiterverarbeitet worden sei und damit nicht mehr habe aufbereitet werden können. Der Schaden an den abgelieferten 17.300 kg Apfelsaftkonzentrat habe daher nicht, wie das Landgericht angenommen habe, 1,12 €/kg, sondern nur 0,28 €/kg betragen.

II. Entscheidung des BGH in der Revision

Diese Beurteilung hält der rechtlichen Nachprüfung stand.

1. Haftungsbegrenzungen gem. §§ 432 S. 2, 434 I HGB bestehen

Das BerGer. ist mit Recht davon ausgegangen, dass im Streitfall sowohl gemäß § 432 S. 2 HGB vertragliche Ansprüche als auch gemäß § 434 I HGB außervertragliche Ansprüche der Absenderin und der Empfängerin auf Ersatz der bei ihnen aufgrund der Beschädigung des Transportgutes eingetretenen Folgeschäden, wie sie hier in Rede stehen und sich etwa aus § 823 I BGB oder aus § 7 StVG ergeben könnten, ausgeschlossen sind. Die Frage, ob der Frachtführer für solche Folgeschäden haftet, ist in den §§ 425 ff. HGB nicht unregelt geblieben. Sie ist vielmehr dahingehend geregelt worden, dass in dieser Hinsicht außer beim Vorliegen eines qualifizierten Verschuldens i.S. des § 435 HGB keine Haftung besteht (vgl. Begründung zum Regierungsentwurf des Transportrechtsreformgesetzes, BT-Drucks. 13/8445, S. 68 und 69 f.; Thume, VersR 2002, 267, 269; ders., TranspR 2004, Sonderbeilage zu Heft 3, S. XL ff.; ders., r+s 2006, 89, 92; Koller, Transportrecht, 5. Aufl., § 432 HGB Rdn. 15 und § 434 HGB Rdn. 7; ders. in Koller/ Roth/Morck, HGB, 5. Aufl., § 432 Rdn. 1 und § 434 Rdn. 1; Andresen in Hein/Eichhoff /Pukall/Krien, Güterkraftverkehrsrecht, P 100, Stand August 2002, § 432 HGB Rdn. 14; Baumbach/Hopt/Merkt, HGB, 32. Aufl., § 432 Rdn. 1; a.A. Heuer, TranspR 2002, 334, 335; ders., TranspR 2005, 70, 71; Fremuth in Fremuth/Thume, Transportrecht, § 434 HGB Rdn. 5 f.; Baumbach/Hopt/Merkt aaO § 434 Rdn. 2). Eine vertragliche wie auch außervertragliche Haftung des Frachtführers gegenüber dem Absender oder dem Empfänger für Folgeschäden aufgrund Verlusts oder Beschädigung des Gutes während des Obhutszeitraums kommt wegen des vom Gesetzgeber bezweckten Schutzes des Frachtführers vor einer Überwälzung von bei diesen Personen bestehenden

Betriebsrisiken nicht in Betracht. Anders kann sich die Rechtslage darstellen, wenn der Frachtführer durch eine selbständige Pflichtverletzung sonstige Rechtsgüter der am Vertrag beteiligten Personen beeinträchtigt hat. Wenn dagegen - wie im Streitfall - während des Obhutszeitraums verunreinigtes Transportgut gemäß einer entsprechenden Disposition des Empfängers mit anderen Waren vermischt wird, stellt der sich daraus ergebende sogenannte Kontaminierungsschaden einen von der Haftungsbegrenzung des § 434 HGB erfassten typischen Folgeschaden dar (vgl. Koller aaO § 432 HGB Rdn. 15; Andresen in Hein/Eichhoff /Pukall/Krien aaO § 432 HGB Rdn. 14; Thume, VersR 2002, 267, 269). Nicht zur Entscheidung steht im Streitfall die Frage, ob der Haftungsausschluss in § 434 II 2 HGB auch zu Lasten solcher (außenstehender) Dritter wirkt, die durch das auf dem Transport beschädigte Frachtgut einen Schaden erleiden (vgl. dazu Koller aaO § 434 HGB Rdn. 13 a.E.).

a. Haftungsbegrenzung erfasst auch Folgeschäden

Nach deutschem Recht erfasst die Ersatzpflicht regelmäßig auch Folgeschäden, sofern diese mit dem schädigenden Ereignis in einem adäquaten Ursachenzusammenhang stehen und in den Schutzbereich der verletzten Norm fallen. Die Verpflichtung desjenigen, der ein schädigendes Ereignis zu vertreten hat, erstreckt sich mithin in aller Regel auch darauf, den durch dieses Ereignis mittelbar verursachten Schaden zu ersetzen. Dieser Umstand spricht gegen die Annahme, die §§ 425 ff. HGB regelten von vornherein nur den Ersatz des unmittelbaren Schadens, der durch den Verlust oder die Beschädigung des Frachtgutes entstanden ist, sondern dafür, dass die vertragliche Haftung des Beförderers für die sich aus einem Güterschaden beim Absender oder Empfänger ergebenden weiteren Schäden in den §§ 425 ff. HGB gemäß §§ 429, 431, 432 S. 2, § 434 I HGB ausgeschlossen worden ist.

b. Anwendungsbereich des § 434 I HGB

Die Bestimmung des § 434 HGB dient maßgeblich dem Zweck, das frachtvertragliche Haftungssystem mit seinen Haftungsbefreiungen und Haftungsbegrenzungen gegen Aushöhlung bzw. Entwertung durch außervertragliche Ansprüche zu schützen (vgl. Begründung zum Regierungsentwurf des Transportrechtsreformgesetzes, BT-Drucks. 13/8445, S. 69). Die Vorschrift soll sicherstellen, dass sämtliche in den §§ 425 ff. HGB enthaltenen Regelungen einbezogen sind, die den Haftungsinhalt und den Haftungsumfang betreffen (vgl. Begründung zum Regierungsentwurf aaO S. 70; Gass in Ebenroth/ Boujong/Joost, HGB, § 434 Rdn. 15; Thume, r+s 2006, 89, 92). Entgegen einer in der Literatur vertretenen Auffassung (vgl. Heuer in TranspR 2002, 334, 335; ders., TranspR 2005, 70, 71) spricht auch die in § 434 I HGB enthaltene Wendung "wegen Verlust oder Beschädigung des Gutes" dafür,

dass diese Bestimmung eine außervertragliche Haftung des Frachtführers für darauf beruhende Folgeschäden ausschließt. Die Betonung dieser Bestimmung liegt, wie sich aus der Begründung des Regierungsentwurfs zu § 434 HGB eindeutig ergibt (BT-Drucks. 13/8445, S. 69 f.), insgesamt auf den Wörtern "für den außervertraglichen Anspruch ... wegen Verlust oder Beschädigung des Gutes" (vgl. Thume, r+s 2006, 89, 92 m.w.N. in Fn. 22). Ebenso wenig spricht der Wortlaut des § 425 I HGB dagegen, dass Folgeschäden auch nicht aufgrund außervertraglicher Vorschriften ersetzt verlangt werden können (a.A. Heuer, TranspR 2005, 70, 71). Mit Recht weist die Revisionserwiderung der Beklagten darauf hin, dass die Frage der Ersatzpflicht für Güterfolgeschäden ausweislich des Regierungsentwurfs zum Transportrechtsreformgesetz (vgl. BT-Drucks. 13/8445, S. 59 r. Sp. Abs. 4, S. 65 li. Sp. Abs. 1) in § 425 HGB noch offen gelassen und erst in § 429 HGB dahingehend geregelt ist, dass in dieser Hinsicht keine Haftung besteht.

c. Schäden i.S.v. § 433 HGB ausdrücklich vom Anwendungsbereich des § 434 I HGB ausgeschlossen

Ohne Erfolg verweist die Revision zur Begründung ihrer Auffassung, wonach die Haftungsbegrenzung in den §§ 425 bis 432 und 434 HGB eine Haftung für Folgeschäden nicht ausschließt, auf die Vorschrift des § 433 HGB. Diese Vorschrift regelt die Haftung des Frachtführers wegen der Verletzung einer mit der Ausführung der Beförderung des Gutes zusammenhängenden vertraglichen Pflicht für Schäden, die nicht durch Verlust oder Beschädigung des Gutes oder durch Überschreitung der Lieferfrist entstehen. Ein Rückschluss aus § 433 HGB auf § 434 I HGB, wie ihn die Revision für geboten erachtet, scheidet aus, weil der Gesetzgeber die in § 433 HGB angesprochenen Schäden bewusst vom Anwendungsbereich des § 434 I HGB ausgenommen hat (vgl. Begründung zum Regierungsentwurf des Transportrechtsreformgesetzes, BT-Drucks. 13/8445, S. 69 li. Sp. Abs. 4 und S. 70 li. Sp. Abs. 4).

d. Unbeschränkte Haftung des Frachtführers gem. § 435 HGB erfasst auch Folgeschäden

Bei einem vorsätzlichen oder leichtfertigen und in dem Bewusstsein, dass ein Schaden mit Wahrscheinlichkeit eintreten werde, begangenen Handeln oder Unterlassen des Frachtführers erstreckt sich dessen dann gemäß § 435 HGB unbeschränkte Haftung nach allgemeiner Auffassung auch auf den Ersatz der Folgeschäden (vgl. Koller aaO § 435 HGB Rdn. 19; Gass in Ebenroth/Boujong/Joost, HGB, § 435 Rdn. 10). Wie das Berufungsgericht zutreffend bemerkt hat, träfe dies aber dann nicht zu, wenn nach der in den §§ 425 ff. HGB getroffenen Haftungsregelung der Ersatz mittelbarer Schäden in den Fällen, in denen ein weniger gewichtiger Obhutspflichtverstoß in Betracht kommt,

nicht nur ausgeschlossen, sondern schon nicht Gegenstand dieser Haftungsregelung wäre.

e. Kein anderes Ergebnis durch Art. 28 I CMR

Vergeblich beruft sich die Revision zur Stützung ihres Standpunkts auch auf die Bestimmung des Art. 28 I CMR. Die Revisionserwiderung der Streithelferin zu 2 weist hierzu mit Recht darauf hin, dass sich der Gesetzgeber des Transportrechtsreformgesetzes zwar an den Regelungen der CMR orientiert, diese aber keineswegs unverändert übernommen hat.

2. Entwertung des Konzentrats durch Weiterverarbeitung ist ein Folgeschaden

Das BerGer. hat die durch die Weiterverarbeitung zu Apfelschorle eingetretene völlige Entwertung der 17.300 kg verunreinigten Apfelsaftkonzentrats mit Recht als Folge einer von der Streithelferin zu 4 freiwillig vorgenommenen Disposition über die abgelieferte Ware und damit als einen nach dem zu vorstehend 1. Ausgeführten von der Bekl. nicht zu ersetzenden Folgeschaden qualifiziert. Der an dem Apfelsaftkonzentrat durch Vermischung mit den Resten der Vorladung eingetretene Schaden bestand entgegen der Auffassung der Revision nicht bereits in Form einer den Wert des Konzentrats bereits vollständig beseitigenden "Infizierung". Vielmehr beschränkte er sich auf die Verunreinigung des Konzentrats, die mit einem Kostenaufwand von 0,28 €/kg beseitigt werden konnte. Die alsdann infolge der Weiterverarbeitung eingetretene völlige Entwertung der abgelieferten Ware stellte zwar einen durch deren Verunreinigung äquivalent wie auch adäquat kausal verursachten Folgeschaden dar. Dieser beruhte aber maßgeblich auf dem Entschluss der Streithelferin zu 4, das abgelieferte Gut zu Apfelschorle weiterzuverarbeiten.

3. Berechnung des Schadensersatzanspruchs

Keinen revisionsrechtlich erheblichen Bedenken unterliegt schließlich auch die vom BerGer. vorgenommene Berechnung des auf die Kl. übergegangenen Schadensersatzanspruchs.

a. Orientierung der Höhe nach an § 429 II HGB

Das BerGer. hat sich in dieser Hinsicht - im Ausgangspunkt ebenso wie schon das Landgericht - an der Regelung des § 429 II 1 und S. 2 HGB orientiert. Es ist dabei - was im Hinblick auf die insoweit gemäß § 429 II 2 HGB bestehende Vermutung und das dem Tatrichter durch § 287 I ZPO eingeräumte Schätzungsersessen rechtlich unbedenklich ist - davon ausgegangen, dass die Verunreinigung des Apfelsaftkonzentrats mit dem Kokosfett (auch) am Ort der Übernahme des Gutes in N. zu einer den Aufarbeitungskosten entsprechenden Wertminderung des Gutes geführt hat. Das BerGer. hat des Weiteren zutreffend gesehen, dass die für die Schadensbeseitigung etwa erforderlichen

Transportkosten den am Frachtgut eingetretenen Schaden erhöhten.

b. Berechnung nicht zu beanstanden

Die Beurteilung des BerGer., bei den 3.850 kg Apfelsaftkonzentrat, die durch das Zurückpumpen der in den Rohrleitungen verbliebenen Restmenge verunreinigt worden sind, sei insoweit die Hälfte der Kosten für den Transport der insgesamt noch nicht verarbeiteten 7.700 kg Apfelsaftkonzentrat in Ansatz zu bringen, lässt keinen Rechtsfehler zum Nachteil der Kl. erkennen. Dabei ist insbesondere zu berücksichtigen, dass der Ort der Ablieferung des Gutes wohl erheblich weiter entfernt war von dem Ort, an dem die Aufarbeitung erfolgt ist, als der Ort, an dem die Bekl. das Gut zur Beförderung übernommen hatte; dementsprechend ist das BerGer. bei seiner Berechnung eher von zu hohen

als von zu niedrigen Frachtkosten ausgegangen.

Das BerGer. hat für den - lediglich gedachten - Transport der 17.300 kg Apfelsaftkonzentrat keinen weiteren Kostenbetrag in Ansatz gebracht. Die Revision wäre insoweit wegen der gemäß § 429 II 2 HGB bei der Kl. liegenden Darlegungslast allenfalls dann begründet, wenn das Übergehen eines von der Kl. in Bezug auf solche Kosten gehaltenen Vortrags oder die Verletzung einer in dieser Hinsicht gegebenen richterlichen Hinweispflicht gerügt wäre. Eine dementsprechende Verfahrensrüge ist jedoch nicht erhoben worden.

III. Nebenentscheidungen

Nach allem ist die Revision der Kl. unbegründet. Sie ist daher mit der Kostenfolge aus § 97 I, § 101 I ZPO zurückzuweisen.

Standort: Geschäftsführung ohne Auftrag

Problem: Fremdgeschäftsführung

BGH, URTEIL VOM 02.11.2006
III ZR 274/05 (NJW 2007, 63)

Problemdarstellung:

Der Kl. verkaufte dem Bekl. und einem weiteren Erwerber einen Betriebsanteil. Diesen brachten die Erwerber in das von ihnen gegründete Unternehmen "M" ein, an dem auch der Kl. vorübergehend beteiligt war. Da die Erwerber den Kaufpreis nicht vollständig aus Eigenmitteln bestreiten konnten, wurde er teilweise durch eine Bank S finanziert. "M" als Darlehensnehmerin schloss mit der Bank S einen Darlehensvertrag ab. Dieser wurde besichert durch den Kl.. Dieser erweiterte eine bereits zu Gunsten der Bank S bestehende Grundschuld "auf alle Forderungen aus der Firmenübernahme ...". Als das Darlehen notleidend wurde, nahm die Bank S den Kl. in Anspruch. Zur Abwendung der Zwangsversteigerung in das mit der Grundschuld belastete Grundstück, zahlte der Kl. an die Bank S etwa 500.000 DM. Diesen Betrag finanzierte der Kl. mit einem Darlehen bei einer anderen Bank.

Der Kl. verlangt nunmehr den an die Bank S entrichteten Betrag nebst den Aufwendungen ersetzt, die ihm durch die Aufnahme des weiteren Darlehens entstanden.

Die Klage blieb in den Vorinstanzen ohne Erfolg. Der Kl. verfolgt sein Klageziel mit der Revision weiter. Die Revision hat Erfolg und führt zur Zurückverweisung der Sache an das BerGer..

Prüfungsrelevanz:

Gegenstand dieser Entscheidung ist die Frage, ob der Kl. einen Anspruch auf Ersatz der ihm entstandenen Aufwendungen aus einer echten berechtigten Ge-

schäftsführung ohne Auftrag (GOA) gem. §§ 677, 683 S.1, 670 BGB hat. Erfahrungsgemäß bereiten die Voraussetzungen der GOA den Studenten und Referendaren Schwierigkeiten. Gleichwohl sind deren Voraussetzungen in der gutachterlichen Prüfung oftmals wenigstens anzuprüfen.

In dieser Entscheidung war das Merkmal des Führens eines fremden Geschäfts gem. § 677 BGB problematisch. Eine Geschäftsbesorgung ist bei jedem Tätigwerden des Geschäftsführers, sei es rechtlicher oder tatsächlicher Art, zu bejahen. Hier wurde der Kl. rechtlich durch den Abschluss eines Darlehensvertrages tätig. Problematisch war hier einzig das Merkmal der Fremdheit. Fremd ist das Geschäft dann, wenn der Geschäftsführer im Rechts- und Pflichtenkreis des Geschäftsherrn tätig wird. Nach allgemeiner Ansicht muss das Geschäft keinen für den Geschäftsführer objektiven Bezug aufweisen, es genügt dessen Fremdgeschäftsführungswille, d.h. sein Bewusstsein und sein Wille, das (wenn auch objektiv eigene oder neutrale) Geschäft für den anderen zu führen. Das objektiv fremde Geschäft fällt schon seiner Natur, seinem Inhalt oder seinem äußeren Erscheinungsbild nach in den Rechts- und Pflichtenkreis eines anderen als den des Geschäftsführers. Erforderlich ist ein objektiver unmittelbarer Bezug zum Rechts- und Pflichtenkreis des anderen. (Vgl. Palandt-Sprau, § 677 Rn 1)

Vorliegend war ein zugleich eigenes als auch fremdes Geschäft zu bejahen, das sog. auch-fremde Geschäft. Dieses ist immer dann anzunehmen, wenn der Handelnde zugleich im eigenen und fremden Interesse handelt (Palandt-Sprau, § 677 Rn 6). Die Gestellung der Grundschuld wurde zur Absicherung des Darlehens vorgenommen, welches wiederum zur Finanzierung des Kaufpreises diente. Problematisch an diesem Fall ist, dass die Zahlung an die Bank S zunächst ein-

mal dem Geschäftsbereich des Kl. zugeordnet werden kann. Schließlich ist er selbst als Gesellschafter an der "M" beteiligt. Zusätzlich ist an dieser Konstellation nach Auffassung der Vorinstanzen problematisch, dass das Darlehen, welches durch die Grundschuld gesichert werden sollte, nicht dem Bekl. gewährt worden ist, sondern der "M". Dadurch haben sich die erstinstanzlichen Gerichte gehindert gesehen, die Zahlung des Kl. an die Bank S dem Rechts- und Pflichtenkreis des Bekl. zuzuordnen.

Nach Auffassung des erkennenden Senates war diese Zahlung sehr wohl dem Rechts- und Pflichtenkreis des Bekl. zuzuordnen. Entscheidend war nur, dass der Bekl. zur Entrichtung des Kaufpreises verpflichtet war und das Darlehen, zu dessen Absicherung die Grundschuld gestellt worden ist, zur Finanzierung des Kaufpreises diente. Mit anderen Worten: Es kam nicht darauf an, wem das Darlehen gewährt worden ist, sondern nur zu welchem Zweck das Darlehen gewährt worden ist.

Vertiefungshinweise:

Zum Anwendungsbereich der berechtigten GOA: *Seiler*, JuS 1987, 368; *Henssler*, JuS 1991, 924; *Schmidt*, JuS 2004, 862

Zum auch-fremden Geschäft: *Schreiber*, JURA 1991, 155; *Stamm*, JURA 2002, 730

Zum Verhältnis der GOA zu anderen Ansprüchen: *Coester-Waltjen*, JURA 1990, 608

Kursprogramm:

Examenskurs: "Großeinkauf mit Hindernissen"

Assessorkurs: "Der undankbare Neffe"

Leitsatz:

Stellt der Verkäufer eine Sicherheit für das Darlehen, durch das der Kaufpreis aufgebracht werden soll, führt er objektiv auch dann ein Geschäft des Käufers, wenn zur Rückzahlung des Darlehens ausschließlich ein Dritter verpflichtet ist.

Sachverhalt:

Der Kl. verkaufte dem Bekl. und einem weiteren Erwerber am 30.06.1994 einen Betriebsteil seines Einzelkaufmännischen Unternehmens für 4.000.000 DM. Die Käufer brachten den erworbenen Betrieb in die von ihnen gegründete M. E. F. GmbH & Co. KG (im Folgenden: M.) ein, an der vorübergehend auch der Kl. beteiligt war. Da die Erwerber den Kaufpreis nicht vollständig aus Eigenmitteln bestreiten konnten, wurde er teilweise durch die Stadtparkasse K. finanziert. Diese schloss am 13.02.1995 mit der M. als Darlehensnehmerin die erforderlichen Verträge. Die vorgesehene Besicherung des Kredits mit einer Grundschuld, die der Miterwerber des Bekl. stellen sollte,

scheiterte. Daraufhin erweiterte der Kl. den Zweck einer von ihm bereits zugunsten der Sparkasse bestellten Grundschuld auf "alle Forderungen aus der Firmenübernahme in Höhe von maximal DM 500.000,- gegen Firma M. E. F. GmbH & Co. KG und/oder Herrn W. K. B. [= der Bekl.]". Die Darlehen wurden notleidend. Die Sparkasse betrieb die Zwangsversteigerung des Grundstücks des Kl.. Zu deren Abwendung zahlte dieser an das Kreditinstitut 532.875 DM. Diesen Betrag finanzierte er mit einem Darlehen, das er von einer anderen Bank erhielt. Den an die Sparkasse entrichteten Betrag und die Aufwendungen für den von ihm aufgenommenen Kredit verlangt der Kl. von dem Bekl. ersetzt. Er macht geltend, mit seiner Zahlung habe er den Bekl. von dessen zum Zwecke der Kaufpreisfinanzierung eingegangenen Darlehensverbindlichkeiten befreit.

Die Klage ist in den Vorinstanzen ohne Erfolg geblieben. Mit der vom Senat zugelassenen Revision verfolgt der Kläger seinen Anspruch weiter.

Aus den Gründen:

Die Revision ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das BerGer..

I. Entscheidung und Begründung des BerGer.

Dieses hat ausgeführt, ein Anspruch des Kl. aus § 683 BGB scheidet aus, weil er nicht nachvollziehbar dargelegt habe, dass er mit seiner Zahlung an die Sparkasse auch eine gegen den Bekl. gerichtete Forderung getilgt habe. Insbesondere fehle es an der Benennung eines konkreten Kreditvertrags, den die Sparkasse mit dem Bekl. abgeschlossen habe und der durch die vom Kl. gestellte Grundschuld gesichert worden sei.

II. Entscheidung des BGH in der Revision

Dies hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Nach dem derzeitigen Sach- und Streitstand kann entgegen der Ansicht des BerGer. ein aus § 683 S. 1 BGB folgender Anspruch des Kl. auf Ersatz seiner Aufwendungen, die er zur Befriedigung der von der Sparkasse geltend gemachten Forderung getätigt hat, nicht ausgeschlossen werden. Die Zahlung des Kl. an die Sparkasse erfolgte zumindest auch in Ausführung eines Geschäfts für den Bekl..

1. Kein objektiv fremdes Geschäft gegeben

Der Kl. leistete zur Abwendung der Zwangsvollstreckung in sein Grundstück aus der zwecks Besicherung des Finanzierungskredits bestellten Grundschuld. Die Gestellung von Sicherheiten für diesen Kredit war, sofern der Bekl. dem Kl. hierzu nicht ohnehin wenigstens konkludent einen Auftrag (§ 662 ff BGB) erteilt hatte, jedenfalls objektiv kein Geschäft, das ausschließlich in die Sphäre des Kl. fiel.

a. Kein eigenes Geschäft des Kl.

Nach dem beiderseitigen Sachvortrag scheidet die noch vom Landgericht erwogene Möglichkeit aus, dass der Kl. mit seiner Leistung an das Kreditinstitut eine gegen ihn selbst gerichtete Darlehensforderung getilgt hat. Die Sparkasse forderte ihn mit Schreiben vom 21.11.1996 unter Kündigung der zu ihren Gunsten bestellten Grundschuld zur Zahlung in Höhe "des für die Kreditgewährung an die Firma M. E. F. GmbH & Co. KG als Sicherheit dienenden erstrangigen Teilbetrags von 500.000,00 DM" auf. Aus den nachfolgenden Schreiben des Kl. an das Kreditinstitut vom 26.11.1996 und 13.06.2000 ergibt sich, dass er mit seiner Leistung dieser Forderung nachgekommen ist. In dem Betreff beider Schreiben, insbesondere auch in dem vom 13.06.2000, mit dem er der Sparkasse gegenüber den Eingang der Zahlung ankündigte, wird auf die M. Bezug genommen. Dementsprechend verrechnete die Sparkasse die Leistung des Kl. als Tilgung der Verbindlichkeiten der M. (vgl. Schriftsatz des Beklagten vom 31.01.2005).

b. Zahlung erfolgte zur Tilgung des streitgegenständlichen Darlehens

Nach dem derzeitigen Sach- und Streitstand zahlte der Kl. ferner nicht auf andere der M. gewährte Darlehen, sondern auf die der Finanzierung des Unternehmenskaufs dienenden Kreditverträge vom 13.02.1995. Das vom Kl. zur Verfügung gestellte Immobilienpfandrecht, aufgrund dessen die Sparkasse von ihm Zahlung verlangte, sollte nach der Grundschuldzweckerklärung Forderungen gegen die M. nur aus der "Firmenübernahme" besichern.

c. Objektiv auch-fremdes Geschäft liegt vor

Die Gestellung der Grundschuld für das Finanzierungsdarlehen der Sparkasse K. war ein Geschäft, das objektiv zumindest auch in die Sphäre des Bekl. fiel, da das Darlehen dazu dienen sollte, den dem Kl. zustehenden Kaufpreis aufzubringen. Die Beschaffung der zur Tilgung der Kaufpreisschuld erforderlichen Mittel oblag den Käufern und damit auch dem Bekl.. Der Bekl. ist selbst dann Geschäftsherr, wenn er gegenüber der Sparkasse nicht als Darlehensnehmer zur Rückzahlung dieser Kredite verpflichtet war, sondern lediglich die M. . Im Verhältnis zum Kl. oblag es dem Bekl. auch in diesem Fall, das Kreditinstitut zu sichern. Dies ergibt sich aus dem zwischen den Parteien geschlossenen Unternehmenskaufvertrag. Nach § 3 I dieses Vertrags in Verbindung mit § 427 BGB schuldet der Bekl. dem Kl. zusammen mit dem Miterwerber als Gesamtschuldner den Kaufpreis. Für dessen Begleichung hatten die Käufer und damit auch der Bekl. gegenüber dem Kl. einzustehen (§ 279 BGB i.V.m. Art. 229 § 5 S. 1 EGBGB). Die Beschaffung der zur Tilgung der Kaufpreisforderung erforderlichen Mittel ist allein Sache und Risiko der Erwerber. Neh-

men sie zu diesem Zweck selbst ein Darlehen auf, ist dessen Besicherung im Verhältnis zum Verkäufer allein ihre Angelegenheit. Gleiches gilt, wenn, wie hier zu unterstellen, nicht die Käufer selbst, sondern ein Dritter den Kredit aufnimmt. Auch dann fällt die Besicherung des Darlehens grundsätzlich nicht in die Sphäre des Verkäufers. Die Darlehensverträge vom 13.02.1995 zwischen der M. und der Sparkasse dienten dazu, die zur Tilgung der Kaufpreisforderung erforderlichen Mittel aufzubringen, mithin der Erfüllung der Verpflichtung des Bekl. gegenüber dem Kl.. Nach § 279 BGB i.V.m. Art. 229 § 5 S. 1 EGBGB ist die Beschaffung und die Besicherung des Darlehens allein Sache des Bekl. als Käufer, nicht aber die des Kl.. Hieran hat sich dadurch, dass dieser anstelle der Käufer zur Sicherung des Darlehens eine Grundschuld stellte, nichts geändert. Auch wenn der Kl. damit gegenüber dem Kreditinstitut das Ausfallrisiko teilweise mit übernahm, widerspräche es der Interessenlage, hieraus eine Verschiebung der aus dem Kaufvertrag folgenden Pflichten und Risiken im Innenverhältnis der Vertragsparteien herzuleiten. Dies wird insbesondere dadurch deutlich, dass der Kl. als Sicherungsgeber lediglich vorübergehend anstatt des weiteren Erwerbers einspringen sollte, damit der Kaufvertrag vollzogen werden konnte. Blicke der Kl. als Sicherungsgeber im Innenverhältnis zum Bekl. mit dem Wagnis belastet, dass der Darlehensnehmer M. seinen Verpflichtungen gegenüber der Sparkasse nicht nachkam, liefe dies jedoch auf eine Änderung der kaufvertraglichen Pflichten- und Risikoverteilung hinaus. Soweit der Kl. an das Kreditinstitut leistete, ohne vom Käufer Ersatz zu bekommen, verlöre er wirtschaftlich einen Teil des Kaufpreises. Diese Gefahr muss der Kl. im Verhältnis zum Bekl. nach dem Kaufvertrag jedoch nicht tragen. Der Bekl. blieb deshalb im Verhältnis zum Kl. verpflichtet, die Risiken der Besicherung der Sparkasse zu tragen.

2. Fremdgeschäftsführungswille

Ein Anspruch aus § 683 S. 1 BGB setzt weiter voraus, dass der Geschäftsführer das Geschäft auch subjektiv nicht (nur) als eigenes, sondern (auch) als fremdes führt, also in dem Bewusstsein und mit dem Willen, zumindest auch im Interesse eines anderen zu handeln (Senatsurteil vom 23.09.1999 - III ZR 322/98 - NJW 2000, 72; BGH, Urteil vom 21.10.2003 - X ZR 66/01 - NJW-RR 2004, 81, 82 jew. m.w.N.). Zugunsten des Kl. greift die Vermutung ein, dass er bei seiner Zahlung an die Sparkasse mit dem erforderlichen Fremdgeschäftsführungswillen gehandelt hat. Bei objektiv fremden Geschäften, die schon ihrem Inhalt nach in einen fremden Rechts- und Interessenkreis eingreifen (z.B. Hilfe für einen Verletzten, BGHZ 33, 251, 254 ff; = NJW 1951, 359; Abwendung der von einem unbeleuchteten Fahrzeug drohenden Gefahren, BGHZ 43, 33, 251254 188191 f; Tilgung fremder Schulden,

BGHZ 47, 370, 3714548 ; Veräußerung einer fremden Sache, RGZ 138, , f), wird regelmäßig ein ausreichender Fremdgeschäftsführungswille vermutet (z.B.: Senat aaO; BGH, Urteil vom 21.10.2003 aaO). Das gilt grundsätzlich auch für Geschäfte, die sowohl objektiv eigene als auch objektiv fremde sind (z.B.: Senat und X. Zivilsenat aaO). Aus den oben unter Nummer 1 c ausgeführten Gründen war die Zahlung des Kl. nicht nur ein eigenes, sondern auch ein objektiv fremdes

Geschäft.

3. Zurückverweisung an das BerGer.

Die Sache ist an das BerGer. zurückzuverweisen (§ 563 I ZPO). Sie ist noch nicht zur Entscheidung reif, da insbesondere noch Feststellungen zu weiteren Einwendungen gegen den Anspruch des Kl. zu treffen sind.

Standort: ZPO

Problem: Erlass eines Teilurteils

BGH, URTEIL VOM 07.11.2006
X ZR 149/04 (BGH, NJW 2007, 156)

Problemdarstellung:

Die kl. Stadt hat der während des Berufungsverfahrens verstorbenen ursprünglichen Kl. und Mutter der Bekl. (Erblasserin) Hilfe zum Lebensunterhalt gewährt. Sie macht einen Anspruch auf Schenkungsrückgewähr wegen Notbedarfs geltend, den sie auf sich übergeleitet hat. Ursprünglich verfolgte die Erblasserin den Anspruch selbst; sie forderte Leistung an die jetzige Kl. und an sich. Mit Ausnahme des letzteren Anspruchsteils hat die Kl. das wegen des Todes der Erblasserin ausgesetzte Verfahren aufgenommen. Das BerGer. hat die Aufnahme durch Zwischenurteil zugelassen, das rechtskräftig geworden ist. Durch das angefochtene Teilurteil hat das BerGer. die Berufung der Bekl. gegen das der Klage stattgebende erstinstanzliche Urteil im Umfang der (jetzt) von der Kl. geltend gemachten Ansprüche im Wesentlichen zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich die vom Senat zugelassene Revision der Bekl..

Prüfungsrelevanz:

In der Sache geht es um die Frage, ob der Erlass eines Teilurteils ausnahmsweise auch dann möglich ist, wenn die Gefahr einander widersprechender Entscheidungen besteht.

Ein Teilurteil ist ein Endurteil, das nicht über den ganzen Streitgegenstand, sondern nur über einen individualisierbaren, selbständig zur Verbescheidung geeigneten, größenmäßig bestimmten Teil eines teilbaren Streitgegenstandes entscheidet (Zöller-Vollkommer, § 301 Rn1). Die Entscheidung über den Teil muss unabhängig davon sein, wie das Schlussurteil über den noch anhängigen Streitgegenstand entscheidet. Das Teilurteil unterliegt selbständig der Rechtskraft und ist als Endurteil auch selbständig anfechtbar und vollstreckbar.

Es darf im Hinblick auf den noch ausstehenden Teil nicht die Gefahr bestehen, dass es im Teil- und Schlussurteil zu widersprüchlichen Entscheidungen kommt (BGH, NJW 2001, 958) Das basiert auf dem Gedan-

ken, dass für den Erlass eines Teilurteils Teilentscheidungsreife erforderlich ist. Diese Teilentscheidungsreife kann aber nicht bestehen, wenn jedenfalls theoretisch ein Widerspruch zum noch ausstehenden Schlussurteil in Betracht kommt (BGH, NJW 2000, 1406).

Anerkannt ist in der Rechtsprechung, dass dieser Grundsatz in dem Fall nicht greift, in dem über das Vermögen eines einfachen Streitgenossen das Insolvenzverfahren eröffnet worden ist und das Verfahren gem. § 240 ZPO eröffnet worden ist. Dies wird damit begründet, dass die Verfahren faktisch durch die Unterbrechung getrennt werden und die Dauer der Unterbrechung in Folge der Insolvenz regelmäßig ungewiß ist. Wäre der Erlass eines Teilurteils nicht möglich, so hätten die übrigen Streitgenossen keine prozessuale Möglichkeit, die Aufnahme des Verfahrens und damit auch den Fortgang des Prozesses zu bewirken. Dieses Ergebnis wäre mit dem Gedanken des effektiven Rechtsschutzes nicht zu vereinbaren.

Zwar lag ein Fall der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens hier nicht vor. Die Unterbrechung des Verfahrens erfolgte aufgrund des Todes einer Partei gem. § 239 I ZPO. Auch hier ist der Fortgang des Verfahrens mit den künftigen, noch unbekanntem Erben ungewiß. Aus diesem Grunde ist es gerechtfertigt, die obige Ausnahme auch auf den hier vorliegenden Sachverhalt auszuweiten, so dass -obschon die Gefahr sich widersprechender Urteile besteht- der Erlass eines Teilurteils zuzulassen ist.

Vertiefungshinweise:

☐ Zum Gebot der Widerspruchsfreiheit des Teilurteils: *BGH*, NJW 1997, 455; 2184; *BGH*, NJW 1999, 1719; *BGH*, NJW 2000, 958; 2001, 79; 760

☐ Zur Zulässigkeit des Teilurteils: *Musielak*, "Zum Teilurteil im Zivilprozess" FS G. Lüke, 1997, 561; *Schneider*, MDR 2001, 232

☐ Zulässigkeit des Teilurteils bei Insolvenz: *BGHZ* 214, 216; *BGH*, NJW-RR 2003, 1002

Leitsatz:

Ist das Verfahren durch den Tod einer Partei unterbrochen oder ist deswegen die Aussetzung des

Verfahrens angeordnet, so kann trotz der Gefahr einander widersprechender Entscheidungen ein Teilurteil ergehen, wenn deswegen nur die von einem oder gegen einen Streitgenossen geltend gemachten Klageansprüche entscheidungsreif sind und keine Anhaltspunkte dafür gegeben sind, dass das Verfahren auch insoweit alsbald fortgesetzt werden kann, als die Klageansprüche dem Erben der verstorbenen Partei zustehen oder sich gegen ihn richten.

Sachverhalt:

Die klagende Stadt hat der während des Berufungsverfahrens verstorbenen ursprünglichen Kl. und Mutter der Bekl. (im Folgenden: Erblasserin) Hilfe zum Lebensunterhalt gewährt. Sie macht einen Anspruch auf Schenkungsrückgewähr wegen Notbedarfs geltend, den sie auf sich übergeleitet hat. Die Erblasserin erlöste 1994 aus der Veräußerung eines Hausgrundstücks 230.000,- DM und schenkte hiervon der Bekl. im Juni 1995 und in der Folgezeit insgesamt 77.200,- DM. Im Mai 1996 zog sie, inzwischen vermögenslos, in ein von der Kl. betriebenes Altenpflegeheim. Die Kl. behauptet, der Erblasserin Leistungen in Höhe von 40.064,57 DM gewährt zu haben. Die Bekl. beruft sich auf Entreichung sowie auf eine Gefährdung ihres eigenen angemessenen Unterhalts. Der Anspruch ist ursprünglich von der Erblasserin selbst verfolgt worden, die teilweise Leistung an die (jetzige) Kl., teilweise Leistung an sich selbst verlangt hat. Mit Ausnahme des letzteren Anspruchs(teils) hat die Kl. das wegen des Todes der Erblasserin ausgesetzte Verfahren aufgenommen. Das BerGer. hat die Aufnahme durch Zwischenurteil zugelassen, das rechtskräftig geworden ist, nachdem der Senat der Bekl. die nachgesuchte Prozesskostenhilfe für die zugelassene Revision mangels Erfolgsaussicht versagt hat. Durch das angefochtene Teilurteil hat das BerGer. die Berufung der Bekl. gegen das der Klage stattgebende erstinstanzliche Urteil im Umfang der (jetzt) von der Kl. geltend gemachten Ansprüche im Wesentlichen zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich die vom Senat zugelassene Revision der Bekl., der sich die Kl. Wegen des abgewiesenen Teils der Klageforderung angeschlossen hat.

Die Revision der Bekl. und, soweit sie sich gegen die Teilabweisung ihres Zahlungsantrags wendet, auch die Anschlussrevision bleiben ohne Erfolg. Im Umfang der Abweisung des Feststellungsantrags führt die Anschlussrevision zur Aufhebung des angefochtenen Teilurteils und zur antragsgemäßen Feststellung der Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache.

Aus den Gründen:

I. Entscheidung und Begründung des BerGer.

Das BerGer. hat der Kl. einen Rückgewähranspruch in

Höhe von 17.186,39 € zugebilligt und unter Abweisung der Zahlungsklage in Höhe von 227,04 € und des weitergehenden Feststellungsantrags festgestellt, dass der Rechtsstreit in Höhe von 1.764,77 € (3.451,59 DM) in der Hauptsache erledigt sei. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt: Die Erblasserin sei nach der Schenkung unfähig geworden, ihren angemessenen Lebensunterhalt zu bestreiten. Zur Sicherung ihres Unterhalts habe die Kl. Leistungen in Höhe von 21.649,94 € (42.343,61 DM) erbracht, von denen die Bekl. 17.186,39 € (33.613,65 DM) zurückzugewähren habe. Der von ihr erhobene Entreichungseinwand sei jedenfalls in Höhe von 22.783,83 € (44.561,30 DM) unbegründet. Die behaupteten Aufwendungen für ihre Hochzeit seien nur teilweise hinreichend konkret und vollständig dargetan; die Kosten für die Ausbildung des Stiefsohnes der Bekl. seien ganz überwiegend aus dem Vermögen ihres Ehemannes erfolgt. Die Bekl. sei auch nicht wegen Gefährdung ihres eigenen angemessenen Unterhalts zur Rückgewähr außerstande. Zu den gegenwärtigen Einkommensverhältnissen der Bekl. sei nichts vorgetragen. Mit der von ihr betriebenen Hüttenwirtschaft habe die Bekl. im Jahre 2000 7.631,56 € (105.012,62 ÖS) und im Jahre 2001 12.328,44 € (169.643 ÖS) Gewinn erwirtschaftet. Aus dem im Prozesskostenhilfeverfahren vorgelegten Schreiben ihres Steuerberaters vom 27. Februar 2003 ergebe sich für 2002 ein Bruttojahreseinkommen von etwa 17.386,- €. In Anbetracht der erheblichen Steigerung des Einkommens gegenüber den Vorjahren sei nicht dargetan, dass die Bekl. (im März 2004) weiterhin nicht leistungsfähig sei. In Höhe von 1.764,77 € (3.451,59 DM) habe sich das Klagebegehren in der Hauptsache durch nachträglichen Eintritt der Pflegeversicherung der Erblasserin erledigt. In Höhe von 2.698,79 € (5.278,37 DM) sei hingegen der ursprüngliche Klageantrag zwar ebenfalls begründet gewesen, sei jedoch keine Erledigung eingetreten. Denn die Zahlung dieses Betrages aus dem Nachlass durch den Betreuer der Erblasserin habe keine Erfüllung des Anspruchs der Kl. bewirkt. Weder habe die Zahlung eine berechtigte Geschäftsführung ohne Auftrag dargestellt, noch würde dies etwas an der fehlenden Erfüllung des Anspruchs ändern. Die Kl. erwerbe einen Anspruch gegen die Erben erst, wenn ein bestandskräftiger Heranziehungsbescheid vorliege. Der jetzt von der Kl. geltend gemachte Teil des Klageanspruchs sei zur Endentscheidung reif und könne durch Teilurteil beschieden werden. Die damit verbundene Gefahr, dass über den verbleibenden, den unbekanntem Kl. als Erben der Mutter der Bekl. zustehenden Teil der Klageforderung (in Höhe von 906,84 € [1.773,63 DM]) in einer der getroffenen Entscheidung widersprechenden Weise entschieden werden könne, sei hinzunehmen. Denn anders als in den der Rechtsprechung zum unzulässigen Teilurteil zugrunde liegenden Fällen beschwöre es - das BerGer. - diese Gefahr nicht selbst

durch eine willkürliche Verfahrensweise hinauf, sondern sei diese Gefahr durch die Willkür des Parteiverhaltens veranlasst, dass die Erblasserin als ursprüngliche Kl. ihr Begehren in ein solches auf Leistung an die (jetzige) Kl. und an sich selbst aufgespalten habe. Wäre in dieser Situation kein Teilurteil möglich, wäre der Kl. voraussichtlich der geltend gemachte Teil des Klageanspruchs faktisch auf Dauer entzogen.

II. Entscheidung des BGH in der Revision

Die - hilfsweise auch von der Anschlussrevision erhobene - Rüge der Revision, das BerGer. habe ein unzulässiges Teilurteil erlassen, hat keinen Erfolg.

1. Zulässigkeit eines Teilurteils nur, wenn Gefahr sich widersprechender Entscheidungen ausgeschlossen ist
Allerdings rügt die Revision zu Recht, dass sich das BerGer. mit der von ihm gegebenen Begründung in Widerspruch zur gefestigten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs gesetzt hat. Auch bei subjektiver oder objektiver Klagehäufung oder grundsätzlicher Teilbarkeit des Streitgegenstandes darf ein Teilurteil nach ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung nur ergehen, wenn die Gefahr einander widersprechender Entscheidungen - auch infolge abweichender Beurteilung durch das Rechtsmittelgericht - ausgeschlossen ist (vgl. BGHZ 107, 236, 242; BGH, Urt. v. 20.07.2001 - V ZR 170/00, NJW 2002, 302; Urt. v. 05.06.2002 - XII ZR 194/00, BGHRep. 2002, 829; Urt. v. 25.11.2003 - VI ZR 8/03, NJW 2004, 1452). Zwar setzt eine solche Gefahr bei einer Mehrheit selbständiger prozessualer Ansprüche voraus, dass zwischen den prozessual selbständigen Ansprüchen eine materiell-rechtliche Verzahnung besteht oder die Ansprüche prozessual in ein Abhängigkeitsverhältnis gestellt sind (BGHZ 157, 133, 142 f.).

Diese Voraussetzung ist hier indes ohne weiteres gegeben, da die geltend gemachten Rückgewähransprüche zwar prozessual selbständig sind, weil sie verschiedenen Gläubigern zustehen, materiell-rechtlich jedoch denselben Rechtsgrund haben. Dagegen kommt es nach der Rechtsprechung nicht darauf an, wer für die Gefahr widersprechender Entscheidungen "verantwortlich" ist. Dies wäre schon deshalb kein sinnvolles Kriterium, weil die Verantwortung notwendigerweise beim Gericht liegt, das ein Teilurteil erlässt, von dem nach § 301 II ZPO auch abgesehen werden kann. Ebenso wenig ist maßgebend, ob das Gericht beim Erlass des Teilurteils willkürlich gehandelt hat, und es kann auch nicht auf die "Willkür des Parteiverhaltens" oder gar noch allgemeiner auf die "Verfahrensweise der Parteien" (Leitsatz des Berufungsgerichts) ankommen. Die "Verfahrensweise der Parteien" vermag nicht zum Teilurteil zu führen, sondern nur zu unterschiedlicher Entscheidungsreife von Teilen des Streitgegenstandes. Dafür, dass ein Teil des Rechtsstreits zur Endentscheidung reif ist und ein anderer nicht, werden die

Parteien allerdings regelmäßig verantwortlich sein, beispielsweise weil bestimmte Behauptungen bestritten sind. Das rechtfertigt es aber nicht, deswegen die Gefahr einander widersprechender Entscheidungen hinzunehmen. Auch "Willkür" der Parteien kann daran - abgesehen davon, dass nicht ersichtlich ist, worin diese im Streitfall liegen sollte - nichts ändern.

2. Teilurteilsverbot gilt nicht bei Unterbrechung des Verfahrens gem. § 240 ZPO

Die Revisionserwiderung weist jedoch zutreffend darauf hin, dass das Berufungsgericht im Streitfall deswegen ein Teilurteil erlassen durfte, weil nach § 246 I ZPO die Aussetzung des Verfahrens angeordnet war und der Zeitpunkt einer etwaigen Aufnahme des Verfahrens - auch - durch die unbekanntenen Erben der Mutter der Bekl. ungewiss war. In der Rechtsprechung ist anerkannt, dass das dargestellte Teilurteilsverbot nicht gilt, wenn über das Vermögen eines einfachen Streitgenossen ein Konkurs oder Insolvenzverfahren eröffnet und deshalb gemäß § 240 ZPO das Verfahren insoweit unterbrochen worden ist. Das Verfahren gegen die übrigen Streitgenossen wird durch die Unterbrechung des Verfahrens gegen einen einfachen Streitgenossen nicht berührt. In diesen Fällen hat der Bundesgerichtshof trotz der Gefahr, dass bei Aufnahme des durch den Konkurs bzw. die Insolvenz unterbrochenen Verfahrens eine abweichende Entscheidung ergehen könnte, stets die Möglichkeit bejaht, gemäß § 301 ZPO ein Teilurteil zu erlassen (BGHZ 148, 214, 216; BGH, Urt. v. 19.12.2002 - VII ZR 176/02, BGHRep. 2003, 832; Urt. v. 10.03.1988 - IX ZR 194/87, NJW 1988, 2113; Urt. v. 01.04.1987 - VIII ZR 15/86, NJW 1987, 2367, 2368). Diese Ausnahme von dem Grundsatz, dass ein Teilurteil dann nicht ergehen darf, wenn die Gefahr widerstreitender Erkenntnisse besteht, ist im Falle der Unterbrechung des Verfahrens durch Konkurs oder Insolvenz eines einfachen Streitgenossen regelmäßig gerechtfertigt, weil die Unterbrechung zu einer faktischen Trennung der Verfahren führt. Die Dauer der Unterbrechung ist in der Regel ungewiss. Sie endet, wenn das Verfahren nicht nach den für das Konkurs oder Insolvenzverfahren geltenden Vorschriften aufgenommen wird, erst dann, wenn das Konkurs oder Insolvenzverfahren beendet ist. Die übrigen Streitgenossen haben keine prozessuale Möglichkeit, die Aufnahme des Verfahrens und damit auch den Fortgang des Prozesses insgesamt zu bewirken. Es wäre mit dem Anspruch der übrigen Prozessbeteiligten auf einen effektiven Rechtsschutz nicht vereinbar, wenn die Unterbrechung des Verfahrens eine Entscheidung nur deshalb nachhaltig verzögern würde, weil die Gefahr einer widersprüchlichen Entscheidung nach einer eventuellen Aufnahme des Verfahrens besteht. Anders kann es zu beurteilen sein, wenn Anhaltspunkte dafür gegeben sind, dass das unterbrochene Verfahren alsbald fortgesetzt werden kann (BGH,

Urt. v. 19.12.2002 - VII ZR 176/02, BGHRep. 2003, 832). Nach diesen Grundsätzen, die gleichermaßen für eine Verfahrensunterbrechung durch den Tode einer Partei gelten, durfte das BerGer. auch im Streitfall ein Teilurteil erlassen. Die Alternative, eine Prozesstrennung nach § 145 I ZPO anzuordnen, stand ihm nicht zu Gebote, da hierzu die unbekanntenen Kl. hätten gehört werden müssen.

III. Rückgewähranspruch der Erblasserin ist auf die Kl. übergegangen

Ohne Erfolg wendet sich die Revision auch dagegen, dass das BerGer. einen auf die Kl. übergegangenen Rückgewähranspruch der Erblasserin nach § 528 I BGB in Höhe von 17.186,39 € bejaht hat. Die insoweit erhobenen Verfahrensrügen hat der Senat geprüft, jedoch für nicht durchgreifend erachtet; von einer Begründung wird abgesehen (§ 564 ZPO).

IV. Kein Ausschluss der Rückgewähr wegen Gefährdung des eigenen Unterhalts der Bekl.

Schließlich dringt die Revision auch nicht mit der Rüge durch, das BerGer. habe der Bekl. zu Unrecht die anspruchshemmende (Sen.Urt. v.06.09.2005 - X ZR 51/03, NJW 2005, 3638) Einrede versagt, sie sei derzeit ohne Gefährdung des eigenen Unterhalts zur Rückgewähr nicht in der Lage. Das Berufungsurteil wird insoweit durch die rechtsfehlerfreie Feststellung getragen, die Bekl. habe zu ihren Einkommensverhältnissen zum Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung vor dem BerGer. im März 2004 nichts vorgetragen, sondern - durch Bezugnahme auf ihr Vorbringen in dem Prozesskostenhilfverfahren - lediglich Angaben zu ihren Einkünften im Jahre 2002 gemacht. Da es darauf ankam, ob die Bekl. im Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung leistungsfähig war, bedurfte es zur Beurteilung der Frage, ob die Rückgewähr den angemessenen Unterhalt der Bekl. gefährdete jedenfalls der Darlegung der unterhaltsrechtlich erheblichen Verhältnisse der Bekl. im zurückliegenden Jahr 2003. Auf die weitere Erwägung des BerGer., aus den Angaben der Bekl. zu ihren Einkünften als Gastwirtin in den Jahren 2000 bis 2002 ergebe sich eine erhebliche Steigerung des Einkommens gegenüber den Vorjahren, kommt es daher nicht an. Da das BerGer. die von ihm für die Jahre 2000 bis 2002 als Einkommen der Bekl. genannten Beträge unterhaltsrechtlich nicht bewertet hat, stellt diese Erwägung im übrigen nur ein zusätzliches Argument des BerGer. dafür dar, warum es der Darlegung des aktuellen Einkommens der Bekl. bedurfte. Soweit der Revisionsbegründung die Rüge zu entnehmen sein sollte, das BerGer. habe keinen Hinweis gegeben, dass es ihm auf das Betriebsergebnis des Jahres 2003 ankomme, das der Bekl. zu diesem Zeitpunkt erst seit kurzem vorliegen konnte, kann diese Rüge schon

deshalb keinen Erfolg haben, weil die Revisionsbegründung nicht darlegt, was auf einen solchen Hinweis vorgetragen worden wäre. Dies wäre jedoch erforderlich gewesen, weil der Senat nur dann hätte prüfen können, ob mit diesem Vorbringen die tatbestandlichen Voraussetzungen der Einrede schlüssig dargetan gewesen wären.

V. Anschlussrevision ohne Erfolg soweit die Abweisung der Zahlungsklage erfolgte

Auch die Anschlussrevision bleibt ohne Erfolg, soweit sie sich gegen die Abweisung der Zahlungsklage in Höhe von 227,04 € wendet. Diese Teilabweisung, die die Anschlussrevision auch nur im Anschluss an den Angriff der Beklagten gegen die Zulässigkeit des Teilurteils angegriffen hat, lässt einen Rechtsfehler nicht erkennen.

VI. Anschlussrevision erfolgreich soweit Feststellung der Erledigung

Hingegen rügt die Anschlussrevision zu Recht, dass das BerGer. den Antrag der Kl. abgewiesen hat, in Höhe von 2.698,79 € (5.278,37 DM) die Erledigung des Klagebegehrens in der Hauptsache festzustellen. Das BerGer. hat rechtsfehlerfrei festgestellt, dass der Kl. auch in dieser Höhe ein Rückgewähranspruch zustand. Entgegen seiner Auffassung ist die Klage jedoch insoweit dadurch nachträglich unbegründet geworden, dass der Betreuer der Erblasserin den betreffenden Betrag an die Kl. gezahlt hat. Nach den unangegriffenen Feststellungen des BerGer. ist die Zahlung aus dem Nachlass als teilweise Erstattung der Sozialhilfe erbracht worden. Daraus ist zu schließen, dass die Zahlung auf den Anspruch der Kl. gegen die Erben erfolgt ist, die nach § 92c I BSHG (i.d.F. v. 23.03.1994) zum Ersatz der Kosten der Sozialhilfe verpflichtet waren, die innerhalb eines Zeitraumes von 10 Jahren vor dem Erbfall aufgewendet worden sind und das Zweifache des Grundbetrages nach § 81 I BSHG übersteigen. Damit ist der Anspruch nach § 92c BSHG und damit gleichzeitig auch der Rückgewähranspruch der Kl. insoweit erloschen. Ob der Betreuer zu der Zahlung berechtigt war, ist entgegen der Auffassung des BerGer. ebenso unerheblich wie der Umstand, dass kein (bestandskräftiger) Heranziehungsbescheid gegen die Erben ergangen war. Denn der materiell-rechtliche Anspruch des Sozialhilfeträgers ist hiervon nicht abhängig (vgl. BGH, Urt. v. 14.06.1995 - IV ZR 212/94, NJW 1995, 2287, 2288). Der Senat kann daher insoweit in der Sache selbst entscheiden und die Erledigung des Rechtsstreits feststellen.

VII. Nebenentscheidung

Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 97 I, 92 II Nr. 1 ZPO.

Strafrecht**Standort: § 27 StGB****Problem: "Fördern" der Haupttat**

BGH, URTEIL VOM 16.11.2006
3 STR 139/06 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Am 11.09.2001 kaperten Terroristen in den USA insgesamt vier Passagierflugzeuge. Drei davon steuerten sie in das World Trade Center in New York und das Pentagon. Die vierte Maschine, die eigentlich in das Kapitol in Washington stürzen sollte, wurde von den Terroristen zum Absturz gebracht als die Passagiere versuchten, das Flugzeug wieder in ihre Gewalt zu bringen. Bei diesen Anschlägen starben alle 246 Insassen der Flugzeuge sowie fast 3000 Menschen in den zerstörten Gebäuden.

Der Angeklagte war Mitglied der in Hamburg ansässigen terroristischen Gruppe, der auch die meisten der Attentäter angehörten. Während die späteren Attentäter sich in einem Ausbildungslager in Afghanistan und zur Pilotenausbildung in den USA aufhielten, verschleierte er deren Abwesenheit, indem er z.B. von deren Konten Zahlungen vornahm und unter fremden Namen mit einem Mobilfunkunternehmen korrespondierte. Auch wirkte er bei der Bereitstellung von Geldmitteln für die Finanzierung der Auslandsaufenthalte und der Ausbildung der Attentäter mit. Dabei wusste er, dass Anschläge unter Verwendung von Flugzeugen ausgeführt werden sollten; über die genauen Modalitäten und den Umfang der Anschläge war er nicht informiert. Das Hanseatische OLG hatte ihn wegen Mitgliedschaft in einer terroristischen Vereinigung (§ 129a I StGB) verurteilt; vom Vorwurf der Beihilfe zum Mord (§§ 211, 27 StGB) hatte es ihn freigesprochen, da sein Verhalten die Haupttaten nicht gefördert und er auch nicht den erforderlichen Gehilfenvorsatz gehabt habe. Der BGH hob das Urteil insofern auf; zumindest bzgl. des Mordes an den Insassen der Flugzeuge habe der Angeklagte sich wegen Beihilfe strafbar gemacht.

Prüfungsrelevanz:

Der vorliegende Fall bietet Anlass zu Ausführungen zu den Fragen der Kausalität der Beihilfehandlung für die Haupttat sowie den Anforderungen an den Gehilfenvorsatz; beides sind Problemkonstellationen, die immer wieder Gegenstand von Examensaufgaben sind. Auch wegen der großen Beachtung, die die vom Angeklagten geförderten Attentate weltweit erfahren haben,

dürfte der vorliegenden Entscheidung eine hohe Examensrelevanz zuzubilligen sein.

§ 27 I StGB setzt für eine Beihilfe voraus, dass der Gehilfe vorsätzlich dem Haupttäter zu dessen vorsätzlich begangener rechtswidriger Tat Hilfe geleistet hat.

Unter welchen Voraussetzungen ein "Hilfeleisten" i.S.v. § 27 I StGB angenommen werden kann, ist in Rechtsprechung und Literatur umstritten (vgl. hierzu die Darstellung bei Joecks, § 27 Rn 7). Dass die Beihilfehandlung nicht *conditio sine qua non* für die Haupttat war, d.h. dass der Haupttäter die Haupttat auch ohne Mitwirkung des Gehilfen hätte begehen können, schließt nach einhelliger Auffassung eine Beihilfe nicht aus (BGHSt 48, 301; Wessels/Beulke, AT, Rn 582). Eine Minderheitsmeinung hält es bereits für ausreichend, dass die Beihilfehandlung nur geeignet ist, die Haupttat zu fördern (Herzberg, GA 1971, 4); nach dieser Auffassung stellt die Beihilfe somit ein Gefährdungsdelikt dar. Teilweise wird verlangt, dass der Gehilfe durch seine Beihilfehandlung das Risiko der Haupttat erhöht hat (Stratenwerth, AT, Rn 898; Otto, JuS 1982, 563).

Die wohl herrschende Literatur verlangt - wenn auch mit teils unterschiedlicher Formulierung - eine sog. "Verstärkerkausalität" der Beihilfehandlung, die dann gegeben ist, wenn die Haupttat ermöglicht oder zumindest erleichtert wird (Schönke/Schröder-Cramer/Heine, § 27 Rn 10; Tröndle/Fischer, § 27 Rn 2d; Geppert, JURA 1999, 268). Die Rechtsprechung und ein Teil der Lehre lassen es ausreichen, dass die Beihilfehandlung die Begehung der Haupttat irgendwie "fördert"; für den konkreten Erfolg der Haupttat braucht die Beihilfehandlung aber nicht kausal zu sein (BGH, NJW 2000, 3010; NStZ 2004, 499; Hohmann, JuS 1995, 138). Von der ersten Auffassung einmal abgesehen dürften aber - wie der BGH in der vorliegenden Entscheidung nachvollziehbar aufzeigt - die verschiedenen Ansätze praktisch immer zum selben Ergebnis gelangen. Im vorliegenden Urteil setzt der BGH seine bisherige Rechtsprechung fort und bejaht ein "Hilfeleisten", da die Beiträge des Angeklagten den Attentätern die Durchführung der Anschläge zumindest erleichtert hätten. Der BGH weist zu Recht daraufhin, dass eine Beihilfe auch nicht deshalb ausgeschlossen ist, weil es sich hierbei um ganz untergeordnete Beiträge handelte und der Angeklagte diese im Vorfeld der Begehung der Haupttaten leistete. Er betont, dass dies ein "Hilfeleisten" nicht ausschließe und

allenfalls im Rahmen der Strafzumessung relevant sei. Außerdem, so betont der BGH, müsse sich der Angeklagte die Beiträge anderer Gehilfen mittäterschaftlich (§ 25 II StGB) zurechnen lassen. Der BGH geht also davon aus, dass auch eine Beihilfe mittäterschaftlich geleistet werden kann.

Bereits dem Wortlaut des § 27 I StGB lässt sich entnehmen, dass Beihilfe auch einen Vorsatz des Gehilfen insb. bzgl. der Haupttat voraussetzt. Das OLG hatte im vorliegenden Fall einen entsprechenden Vorsatz des Angeklagten mit der Begründung abgelehnt, diesem seien insb. die "Unrechtsdimensionen" der Haupttat nicht bekannt gewesen. Zwar wird in der Literatur (und teilweise auch in der Rechtsprechung) verlangt, dass der Gehilfe den "Unrechtsgehalt" der Haupttat erfassen müsse (BGH, NJW 1997, 265; Wessels/Beulke, AT, Rn 584). Der BGH stellt jedoch vorliegend klar, dass der Gehilfenvorsatz sich (entsprechend dem Inhalt von § 16 I StGB) nur auf die Verwirklichung der Tatbestandsmerkmale durch den Haupttäter erstrecken muss und dass, sofern ein Vorsatz bzgl. der "Unrechtsdimension" der Haupttat erwähnt worden sei, damit nur gemeint war, dass der Gehilfe nicht alle Details der Haupttat zu kennen braucht. Es könne den Gehilfen jedoch nicht entlasten, wenn der Haupttäter mehr Taten begehe als der Gehilfe sich dies vorstelle. Der Gehilfe sei in diesem Fall zwar nur der Beihilfe bzgl. derjenigen Delikte strafbar, die auch tatsächlich von seinem Vorsatz umfasst seien; dass der Haupttäter ein weiteres Unrecht verwirkliche, schließe jedoch seine Haftung insofern nicht aus. Dies bedeutet im vorliegenden Fall allerdings, dass der Angeklagte, der nur ganz allgemein wusste, dass die Haupttäter Anschläge mittels Flugzeugen begehen wollten, nur Vorsatz bzgl. der Tötung der Passagiere hatte. Dass er auch damit rechnete, dass die Flugzeuge in Gebäude gelenkt würden und dadurch weitere Menschen zu Tode kommen würden, konnte man dem Angeklagten nicht unterstellen (insb. da bis zum 11.09.2001 noch keine vergleichbaren Anschläge begangen worden waren). Deshalb wurde der Angeklagte auch nur wegen Beihilfe zum Mord an den Passagieren bestraft und nicht bzgl. der Morde an den Personen in den Gebäuden.

Vertiefungshinweise:

Zur Kausalität der Beihilfe für die Haupttat: *BGHSt* 46, 107; *BGH*, NJW 2001, 2409; *NStZ* 2004, 499; *Geppert*, JURA 1999, 268; *Hohmann*, JuS 1995, 138; *Murmann*, JuS 1999, 548

Zu den Anforderungen an den Gehilfenvorsatz: *BGHSt* 11, 66; 42, 136; *BGH*, *NStZ-RR* 1998, 25; *Fahl*, JA 1997, 210; *Kindhäuser*, *NStZ* 1997, 273; *Loos*, JR 1997, 297; *Schlüchter/Duttge*, *NStZ* 2002, 146

Kursprogramm:

Examenskurs: "Kein Blut für Draci"

Leitsätze:

- 1. Liegt einer sachleitenden Anordnung des Vorsitzenden eine strafprozessuale Regelung zugrunde, die ihm einen Beurteilungsspielraum oder Ermessen eröffnet, so kann ein Verfahrensbeteiligter die Revisionsrüge, die Maßnahme habe die Grenzen des Beurteilungsspielraums bzw. Ermessens überschritten, grundsätzlich nur dann zulässig erheben, wenn er in der Hauptverhandlung von dem Rechtsbehelf nach § 238 Abs. 2 StPO Gebrauch gemacht hat.**
- 2. Hat der Vorsitzende einem Zeugen unter Verletzung seines Beurteilungsspielraums zu Unrecht ein Auskunftsverweigerungsrecht gemäß § 55 StPO zugebilligt, so kann ein Verfahrensbeteiligter eine Verfahrensrüge hierauf demgemäß im Allgemeinen nur dann stützen, wenn er in der Hauptverhandlung die Entscheidung als unzulässig beanstandet hat.**

Sachverhalt:

Der Angeklagte - marokkanischer Staatsangehöriger - begann im Oktober 1999 ein Studium der Elektrotechnik an der Technischen Universität Hamburg-Harburg. Er schloss sich dort einem Kreis anderer Studenten muslimischen Glaubens an, die spätestens während ihrer Studienzeit in Hamburg auf der Grundlage einer radikalislamischen Sichtweise ein ausgeprägtes Bewusstsein für die Probleme islamisch geprägter Länder entwickelten, sich immer stärker der Religion zuwandten sowie zunehmend strenger und schließlich radikal in ihren Ansichten wurden. Zu diesem Kreis zählten neben anderen die bei den Anschlägen vom 11. September 2001 ums Leben gekommenen Mohamed El Amir Atta, Marwan Alshehhi und Ziad Jarrah, die anderweitig verfolgten - flüchtigen - Zakariya Essabar und Said Bahaji sowie der - in einem Parallelverfahren rechtskräftig freigesprochene - Abdelghani Mzoudi. Außerdem gehörte der Gruppe Ramzi Binalshibh an, der im September 2002 in Pakistan verhaftet und an die Vereinigten Staaten von Amerika überstellt wurde; er befindet sich seither an unbekanntem Ort in US-amerikanischem Gewahrsam.

Im Verlauf des Jahres 1998 diskutierte man in der Gruppe mit zunehmender Intensität den gewaltsamen Jihad gegen "Ungläubige" und die Möglichkeit der Teilnahme an diesem Kampf, was mit ständigen Hasspredigten gegen Israel und die USA verbunden war. Gruppenmitglieder, die diese Radikalisierung nicht mitvollzogen, wurden ausgegrenzt. In den Mittelpunkt der Diskussionen der Gruppe geriet immer mehr die Durchführung von Selbstmordattentaten. Endpunkt dieser Entwicklung war schließlich die Bereitschaft,

sich selbst am Djihaad namentlich gegen "die Amerikaner und Juden" zu beteiligen mit dem Ziel, als Märtyrer einen direkten Zugang zum Paradies zu erhalten und dort einen bevorzugten Platz einzunehmen. Auf diese Weise war spätestens am 1. November 1999 unter Führung Attas eine aus ihm und den genannten weiteren Personen bestehende, hierarchisch aufgebaute Vereinigung entstanden. Aus ihr heraus sollten unter Einsatz des eigenen Lebens Attentate gegen Juden und Amerikaner begangen werden, bei denen das eigene Leben eingesetzt werden sollte; zur Erreichung dieses Zieles waren alle Beteiligten bereit, ihren eigenen Willen und ihre persönlichen Interessen zurückzustellen. Der Angeklagte stand hierbei am unteren Ende der hierarchischen Ordnung und sorgte - wie Mzoudi und Bahaji - in der Folgezeit für die Aufrechterhaltung der Infrastruktur der Gruppe.

Spätestens ab 1. November 1999 waren die Gruppenmitglieder auch dazu entschlossen, erste Schritte zur Planung und Ausführung der ins Auge gefassten Attentate zu unternehmen. Ihre Vorstellung war, nach einem Aufenthalt in Lagern der Al Qaida in Afghanistan, bei dem sie Unterstützung gewinnen und sich militärisch ausbilden lassen wollten, von Hamburg aus zu operieren. Dabei war jedoch noch unklar, welcher Art der Einsatz sein und wo er stattfinden sollte. Es sollte sich "jedenfalls um Sprengstoffanschläge größeren Ausmaßes" handeln. Dass bereits damals die Begehung der später am 11. September 2001 ausgeführten "Flugzeuganschläge" geplant war, hat das Oberlandesgericht nicht festzustellen vermocht.

Entsprechend der Abrede reisten zwischen Mitte November und Anfang Dezember 1999 zunächst Alshehhi, Jarrah, Atta und Binalshibh über Pakistan nach Afghanistan, wo sie sich in ein Lager der Al Qaida begaben. Innerhalb dieser Organisation waren seit Ende 1998 oder Anfang 1999 Pläne entwickelt worden, in den USA durch den Einsatz von Flugzeugen als Waffen Anschläge zu begehen. Zu Piloten ausgebildete Terroristen sollten mit entführten Verkehrsflugzeugen wichtige Gebäude in den USA rammen, wobei in einer ersten Anschlagswelle vier Flugzeuge entführt werden sollten; als Ziele waren das Weiße Haus und das Kapitol in Washington, das Verteidigungsministerium der USA (Pentagon) sowie das World Trade Center in New York ins Auge gefasst worden. Der Anführer der Al Qaida, Osama Bin Laden, hatte zur Vorbereitung der Anschläge bereits vier Männer ausgewählt, die sich in den USA zu Verkehrspiloten ausbilden lassen sollten. Hiervon erhielten zwei kein Einreisevisum für die USA. Die beiden anderen - Khalid Al Midhar und Nawaf Al Hazmi - durften zwar in die USA einreisen und begannen dort auch mit der Pilotenausbildung, mussten diese aber mangels hierfür ausreichender Englischkenntnisse spätestens Anfang Juni 2000 wieder abbrechen; an den Anschlägen vom 11. September 2001 wirkten sie später in anderer Funktion

mit.

Als Alshehhi, Atta und Jarrah in Afghanistan angekommen waren, trafen sie alsbald mit Osama Bin Laden und Atef, dem militärischem Führer der Al Qaida, zusammen. Diese erkannten sofort, dass Alshehhi, Atta und Jarrah aufgrund ihrer Englischkenntnisse und ihres Studiums im westlichen Ausland für die Vorbereitung und Durchführung der Anschläge besonders geeignet waren. Sie gewannen sie innerhalb kurzer Zeit für die Mitwirkung und vereinbarten mit ihnen, dass sie sich von Hamburg aus in die USA begeben, dort die Pilotenausbildung absolvieren und dann die in Umrissen bereits geplante "Flugzeugoperation" ausführen sollten. Der zuletzt eintreffende Binalshibh wurde ebenfalls über die bisherigen Planungen informiert, für die Beteiligung angeworben und von den Al Qaida-Führern als weiterer Pilot vorgesehen. Osama Bin Laden bestimmte Atta zum Führer der Attentäter, Al Hazmi zu dessen Stellvertreter. Zwischen dem 10. Dezember 1999 (Alshehhi) und Anfang April 2000 (Binalshibh) reisten die Gruppenmitglieder wieder aus Afghanistan ab und kehrten in die Bundesrepublik zurück.

Während ihres Aufenthalts in Afghanistan hatte der Angeklagte abredgemäß daran mitgewirkt, ihre Abwesenheit sowie Ziel und Zweck ihrer Reisen nach außen zu verschleiern. So verschaffte er sich etwa unter Vorlage einer ihm von Alshehhi bereits im Juli 1998 erteilten Generalvollmacht eine spezielle Vollmacht für dessen Girokonto und wickelte nach der Abreise Alshehhis für diesen fällige Zahlungen für Monatsmiete und Verbrauchskosten über dieses Konto ab. Außerdem kündigte er dessen Mietvertrag sowie einen Vertrag mit einem Mobilfunkunternehmen; in dem Kündigungsschreiben zum Mietvertrag suchte er den Eindruck zu wecken, dieses stamme von Alshehhi selbst. Darüber hinaus nahm er telefonisch Kontakt zu der in B. lebenden Freundin des Jarrah - der Zeugin S - auf, um sicherzustellen, dass diese "keine offiziellen und Aufsehen erregenden Nachforschungen" über den Verbleib Jarrahs anstellen werde. Dessen Aufenthaltsort offenbarte er ihr hierbei aber ebenso wenig wie anlässlich späterer Telefonate, als die Zeugin S - besorgt über das Verschwinden Jarrahs - ihrerseits den Angeklagten anrief. Ihre Frage nach dem Aufenthalt Jarrahs beantwortete er sinngemäß dahin, es sei besser für sie, nicht zu fragen.

Nach ihrer Rückkehr aus Afghanistan traf sich der Angeklagte zumindest mit Atta, Alshehhi und Binalshibh. Hierbei erfuhr er, dass diese zusammen mit Jarrah "einen Anschlag gegen Juden und Amerikaner, wie die Vereinigungsmitglieder ihn sich im Herbst 1999 vorgestellt hatten, vorbereiteten und wegen einer Pilotenausbildung in die USA reisen würden". Näheres zu den mit der Al Qaida-Führung abgesprochenen Plänen wurde ihm nicht mitgeteilt. Er war daher insbesondere nicht darüber informiert, dass vier nahezu zeitgleiche

Anschläge mit großen Verkehrsflugzeugen auf symbolträchtige Gebäude in den USA durchgeführt werden sollten. Zum Zeitpunkt der Abreise Attas, Alshehhis und Jarrahs in die USA war ihm aber, wie allen übrigen Mitgliedern der Gruppierung, zumindest bekannt, dass Atta, Alshehhi, Jarrah und Binalshibh oder dessen Ersatzmann Anschläge als Selbstmordattentate mit von ihnen gesteuerten Flugzeugen begehen sollten. Ihm war damit jedenfalls klar, dass die zu Piloten ausgebildeten Gruppenmitglieder Flugzeuge unbekannter Art und Größe in ihre Gewalt und an irgendwelchen Orten zum Absturz bringen sollten, um Menschen zu töten. Dies akzeptierte er.

Atta, Jarrah und Alshehhi erhielten die von ihnen beantragten Visa für die Einreise in die USA erteilt, die entsprechenden Anträge Binalshibhs wurden dagegen zurückgewiesen. Als daher ab November 2000 feststand, dass dieser sich nicht in die USA würde begeben können, übernahm er im Einvernehmen mit den anderen Gruppenmitgliedern und der Führung der Al Qaida die Rolle eines Koordinators zwischen den verschiedenen an der Vorbereitung der Anschläge beteiligten Personengruppen. An seiner Stelle sollte nun Essabar als vierter Pilot eingesetzt werden. Auch diesem wurde indessen ein Visum für die Einreise in die USA verweigert. Daraufhin bestimmte die Führung der Al Qaida zum vierten Piloten Hani Hanjour, der schon früher in den USA eine Pilotenausbildung absolviert hatte. Auch die weiteren bei den Anschlägen mitwirkenden Attentäter, die die Piloten der zu entführenden Flugzeuge "auszuschalten" und danach die übrige Besatzung sowie die Passagiere in Schach zu halten hatten, wählte Osama Bin Laden persönlich aus. In der Zeit zwischen ihrer Rückkehr aus Afghanistan und der beabsichtigten Weiterreise in die USA waren Atta, Alshehhi, Jarrah und Binalshibh darauf bedacht, möglichst wenig Außenkontakte zu haben, um nichts über ihr Vorhaben nach außen dringen zu lassen und dieses dadurch nicht zu gefährden. Aus diesem Grund wurden einige ihrer Angelegenheiten weiterhin von den übrigen Mitgliedern der Vereinigung erledigt. So kümmerte sich der Angeklagte in Absprache mit Alshehhi darum, dessen zum 28. Februar 2000 gekündigten Mietvertrag abzuwickeln; insbesondere räumte er die Wohnung. Da er entsprechend den Planungen der Vereinigung alsbald selbst nach Afghanistan reisen sollte, gab er in Abstimmung mit Bahaji dessen Adresse in Korrespondenz mit dem Vermieter und den Gaswerken als neue Anschrift Alshehhis an, damit sich Bahaji während der Abwesenheit des Angeklagten um die für Alshehhi eingehende Post kümmern konnte.

Der Angeklagte reiste am 22. Mai 2000 nach Afghanistan in ein Lager der Al Qaida. Gegenüber seiner Ehefrau, seiner Familie und gegenüber Kommilitonen verheimlichte er die Reise. Auch die anderen Mitglieder der Vereinigung verschleierte gegenüber Außenstehenden den wahren Aufenthalt des Angeklagten. In

Afghanistan absolvierte der Angeklagte eine "Grundausbildung" und erlernte den Umgang mit Waffen. Er wurde außerdem - da als Angehöriger der Vereinigung um Atta bekannt - durch die Führung der Al Qaida auf seine Zuverlässigkeit und Verwendbarkeit geprüft. Da er dem "Anforderungsprofil" nicht genügte, wurde er jedoch als ungeeignet für eine Beteiligung an den Anschlägen selbst eingestuft.

Als der Angeklagte Ende Juli 2000 aus Afghanistan nach Hamburg zurückkehrte, waren Atta, Alshehhi und Jarrah bereits in die USA abgereist und ließen sich dort zu Piloten für Verkehrsflugzeuge ausbilden. Dass der Angeklagte mit einem von ihnen bis zum 11. September 2001 noch einmal direkten Kontakt gehabt hätte, hat das Oberlandesgericht nicht festzustellen vermocht. Auch war dem Angeklagten nicht bekannt, wo genau sie sich in den USA aufhielten. Um jedoch in Hamburg den förmlichen Rahmen ihrer studentischen Existenz aufrechtzuerhalten, regelte der Angeklagte im Zusammenwirken mit den anderen in Hamburg verbliebenen Vereinigungsmitgliedern weiterhin ihre anfallenden persönlichen Angelegenheiten. Die Vereinigung und ihre einzelnen Mitglieder sollten keine besondere Aufmerksamkeit erregen und keine Nachforschungen provozieren, durch welche ihre Aufdeckung riskiert oder die erfolgreiche Umsetzung der Pläne gefährdet werden könnte. Außerdem sollte hierdurch den in die USA gereisten Mitgliedern der Vereinigung eine Rückkehr nach Hamburg ermöglicht werden, falls es nicht zu ihrer beabsichtigten Selbsttötung durch Begehung von Anschlägen kommen sollte. Nach den Vorstellungen ihrer Mitglieder sollte die Vereinigung für diesen Fall mit den in Hamburg verbliebenen Mitgliedern dort fortgeführt werden mit dem weiter bestehenden gemeinsamen Ziel, neue Pläne für Attentate gegen Juden und Amerikaner zu entwickeln und zu verwirklichen. In Umsetzung der getroffenen Absprachen erledigte der Angeklagte teilweise die Post Attas und auch Essabars. Außerdem wirkte der Angeklagte an der Bereitstellung von Geldmitteln mit, die zur Deckung der Kosten des Aufenthalts und der Pilotenausbildung der Vereinigungsmitglieder in den USA dienen sollten. Die Vorbereitung der Anschläge vom 11. September 2001 wurde zwar ganz überwiegend mit Geldern finanziert, die von der Al Qaida oder deren Unterstützern in arabischen Ländern stammten und auf Konten überwiesen wurden, die Atta, Alshehhi und Jarrah in den USA eröffnet hatten. Jedoch war Ende August 2000 der Habensaldo auf dem gemeinschaftlichen Konto Attas und Alshehhis auf unter 2.000 \$ gesunken. Sie setzten sich deshalb mit Binalshibh in Verbindung mit der Bitte, zur Überbrückung des Engpasses Geld zu überweisen. Da sich Binalshibh zu diesem Zeitpunkt im Jemen aufhielt, er aber wusste, dass der Angeklagte eine Vollmacht für das Konto Alshehhis in Hamburg hatte, nahm er Kontakt zu ihm auf. Er bat ihn, zur Weiterleitung an Alshehhi 5.000 DM von des-

sen Konto auf sein - Binalshibhs - Konto bei der Citibank Hamburg zu überweisen. Dem kam der Angeklagte am 6. September 2000 nach. Binalshibh leitete das Geld als Teil einer größeren Überweisung allerdings erst am 27. September 2000 auf das Konto Attas und Alshehhis in den USA weiter, auf dem bereits am 30. August 2000 19.985 \$ und am 18. September 2000 69.985 \$ aufgrund von Überweisungen durch unbekannte Personen aus den Vereinigten Arabischen Emiraten gutgeschrieben worden waren.

Darüber hinaus verschleierte der Angeklagte den tatsächlichen Aufenthaltsort Alshehhis, als Vertreter der Vereinigten Arabischen Emirate zusammen mit dessen Bruder im Januar 2001 in Hamburg erschienen, um nach diesem zu suchen. Auf die Frage nach seinem Verbleib gab er an, dass er ihn in Afghanistan oder Tschetschenien vermute; hierdurch wollte er eine Gefährdung der von der Vereinigung verfolgten Ziele verhindern. Über Binalshibh ließ er sodann Alshehhi benachrichtigen, dass in Hamburg Nachforschungen über seinen Verbleib angestellt worden waren. Hierauf meldete sich Alshehhi am 20. Januar 2001 telefonisch bei seiner Familie und beruhigte sie. Daraufhin wurde die Suche nach ihm eingestellt, in die bereits die Polizei in Hamburg eingeschaltet worden war.

Nachdem die Vorbereitung der Anschläge weitgehend abgeschlossen war und feststand, dass sie innerhalb weniger Wochen durchgeführt würden, warnte Atta im Juli 2001 Bahaji mittels einer telefonischen Kurznachricht (SMS), dass die Anschläge bevorstünden und Bahaji sich absetzen solle. Er solle auch den Angeklagten sowie den Zeugen T informieren. Bahaji verließ Anfang September 2001 die Bundesrepublik. Auch Binalshibh und Essabar setzten sich ab. Dagegen verblieb der Angeklagte - ebenso wie Mzoudi - in Hamburg. Er konnte sich nicht zur Flucht entschließen, weil er seinen ein Jahr alten Sohn und seine schwangere Ehefrau nicht verlassen wollte.

Am Vormittag des 11. September 2001 setzten Atta, Alshehhi, Jarrah und Hanjour als Piloten sowie 15 weitere Mittäter die Anschlagpläne in die Tat um. Sie brachten auf Inlandsflügen in den USA vier Passagierflugzeuge in ihre Gewalt. Atta und Alshehhi steuerten zwei der Maschinen in die beiden Türme des World Trade Centers in New York. Dies führte aufgrund des Einsturzes der Gebäude zum Tod von über 3.000 Menschen. Das dritte Flugzeug flog Hanjour in die Südwestseite des Pentagon. Hierdurch fanden 125 Mitarbeiter des amerikanischen Verteidigungsministeriums den Tod. Die vierte Maschine, die in das Gebäude des amerikanischen Kongresses in Washington, das Kapitol, gestürzt werden sollte, brachte Jarrah als Pilot zum Absturz, als einige Passagiere versuchten, das Flugzeug wieder in ihre Gewalt zu bringen. Durch die Abstürze der vier Flugzeuge wurden alle 246 Passagiere und Besatzungsmitglieder sowie die Attentäter getötet. Mit den Anschlägen löste sich die bis dahin in

Hamburg fortbestehende Vereinigung auf.

Aus den Gründen:

I. Entscheidung des OLG

Das Oberlandesgericht hatte den Angeklagten im Zusammenhang mit den Anschlägen vom 11. September 2001 in den Vereinigten Staaten von Amerika wegen "Beihilfe zum Mord in 3066 Fällen sowie zum versuchten Mord und zur gefährlichen Körperverletzung in fünf Fällen in Tateinheit mit Mitgliedschaft in einer terroristischen Vereinigung" zu einer Freiheitsstrafe von 15 Jahren verurteilt. Auf die Revision des Angeklagten hat der Senat dieses Urteil mit den Feststellungen aufgehoben und die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung an das Oberlandesgericht zurückverwiesen (BGHSt 49, 112). Dieses hat den Angeklagten nunmehr wegen Mitgliedschaft in einer terroristischen Vereinigung zu einer Freiheitsstrafe von sieben Jahren verurteilt. Hiergegen richten sich die Revisionen des Generalbundesanwalts, des Angeklagten und einiger Nebenkläger. [...]

II. Revision des Angeklagten

Der Angeklagte rügt die Verletzung formellen und materiellen Rechts. Sein Rechtsmittel bleibt ohne Erfolg.

1. Zur Verfahrensrüge

Die verfahrensrechtlichen Beanstandungen greifen nicht durch. Die maßgeblichen Gründe hierfür hat der Generalbundesanwalt in seiner Antragschrift vom 28. April 2006 im Einzelnen dargelegt. Hierauf nimmt der Senat im Wesentlichen Bezug. [...]

2. Zur Sachrüge

Auch die Überprüfung des Urteils aufgrund der Sachrüge hat keinen Rechtsfehler zum Nachteil des Angeklagten ergeben.

a. Zur Beweiswürdigung des OLG

Die Beweiswürdigung des Oberlandesgerichts hält rechtlicher Überprüfung stand.

Die Beweiswürdigung ist Sache des Tatrichters. Das Revisionsgericht prüft dessen Überzeugungsbildung nur darauf, ob sie auf rechtsfehlerhaften Erwägungen beruht. Dies ist namentlich der Fall, wenn die Würdigung des Tatgerichts mit gesicherten wissenschaftlichen Erkenntnissen oder unbezweifelbarem Erfahrungswissen unvereinbar ist, Widersprüche oder sonstige Verstöße gegen die Gesetze der Logik enthält oder Lücken aufweist, sich insbesondere nicht mit naheliegenden alternativen Geschehensabläufen befasst, obwohl sich dies nach dem Beweisergebnis aufdrängt. Dagegen ist es für die revisionsrechtliche Prüfung ohne Belang, ob die vom Tatrichter gezogenen Schlüsse zwingend oder auch nur naheliegend sind und eine

abweichende Würdigung der Beweise aus der Sicht des Revisionsgerichts ebenso gut möglich oder überzeugender gewesen wäre.

Nach diesen Maßstäben ist die Beweiswürdigung des Oberlandesgerichts rechtlich nicht zu beanstanden. Insbesondere lässt sie nicht deswegen eine Lücke im dargestellten Sinne erkennen, weil das Oberlandesgericht die Angaben, die Binalshibh und Ould Slahi nach dem Inhalt der von den USA überlassenen "Zusammenfassungen" ihrer Aussagen in US-Gewahrsam gemacht haben, je für sich als unglaublich bewertet, sich jedoch nicht näher damit auseinandergesetzt hat, dass diese Angaben Übereinstimmungen zu Gesprächen zwischen den beiden Genannten enthalten, die Ende Oktober/Anfang November 1999 in Deutschland stattgefunden haben sollen. Zwar könnten diese Angaben für sich genommen einen Hinweis darauf liefern, dass Mitglieder der Gruppe um Atta noch zu diesem Zeitpunkt lediglich deswegen nach Afghanistan reisen wollten, um sich von dort zu einem Kampfeinsatz nach Tschetschenien zu begeben. Hiermit musste sich das Oberlandesgericht aber im Hinblick auf die zahlreichen Indiztatsachen, die deutlich auf die Umorientierung der Gruppe auf Anschläge gegen "Juden und Amerikaner" hinwiesen, nicht notwendig ausdrücklich befassen. Das gilt um so mehr, als es den Beweiswert der Angaben Binalshibhs und Ould Slahis - rechtsfehlerfrei - als zweifelhaft eingestuft hat. Dem steht nicht entgegen, dass wegen der Unmöglichkeit, diese beiden Zeugen persönlich zu vernehmen oder auch nur Verhörspersonen zu befragen oder zumindest vollständige Vernehmungsprotokolle zu erhalten, die von den USA überlassenen "Zusammenfassungen" einer besonders vorsichtigen Würdigung zu unterziehen waren. Den insoweit zu stellenden Anforderungen (BGHSt 49, 112) ist die Beweiswürdigung des Oberlandesgerichts, das sich der Verkürzung der Beweisgrundlage bewusst war, gerecht geworden.

Im Übrigen wird auf die zutreffenden Darlegungen in der Antragsschrift des Generalbundesanwalts verwiesen.

b. Zur Strafbarkeit gem. § 129a StGB

Die Feststellungen tragen den Schuldspruch wegen Mitgliedschaft in einer terroristischen Vereinigung. Das schriftsätzliche Vorbringen der Revision gibt lediglich zu folgendem Bemerkung Anlass:

Es kann dahinstehen, ob eine derartige Vereinigung auch dann vorliegt, wenn eine Gruppierung von vornherein nur auf die Begehung einer einzigen Terrorat ausgerichtet ist und sich mit deren Verübung - bei einem Selbstmordanschlag gegebenenfalls auch durch den Tod der Mitglieder der Gruppierung - auflösen soll (so Lenckner/Sternberg-Lieben in Schönke/Schröder, StGB 27. Aufl. § 129 Rdn. 7 a; Miebach/Schäfer in MünchKomm StGB § 129 Rdn. 31). Denn ein derartiger Fall ist hier nicht gegeben. Die

Vereinigung um Atta war weder im Zeitpunkt ihrer Entstehung (spätestens Anfang November 1999) noch nach der Rekrutierung mehrerer Gruppenmitglieder für die Flugzeuganschläge allein auf die Begehung eines einzigen - ggf. in koordinierten Einzelanschlägen zu verwirklichenden - Terrorakts mit Selbsttötung der wesentlichen Vereinigungsmitglieder ausgerichtet. Vielmehr wurden auch nach der Rekrutierung die Vereinigungsstrukturen noch zu dem Zweck aufrecht erhalten, im Falle eines Scheiterns der Selbstmordanschläge in den USA den Gruppenmitgliedern eine Rückkehr nach Hamburg zu ermöglichen, damit von dort aus andere Anschlagpläne vorbereitet werden könnten.

III. Revision des Generalbundesanwalts

Die Revision des Generalbundesanwalts hat mit der Sachrüge überwiegend Erfolg. Zutreffend macht er geltend, dass das Oberlandesgericht auf der Grundlage der getroffenen Feststellungen die Strafbarkeit des Angeklagten wegen Beihilfe zum vielfachen Mord rechtsfehlerhaft verneint hat. Entgegen der Ansicht des Oberlandesgerichts belegen die Urteilsgründe, dass der Angeklagte auch der Beihilfe zum 246-fachen Mord schuldig ist. Dies führt zu der entsprechenden Abänderung des Schuldspruchs durch den Senat. Danach bedarf es keines Eingehens auf die vom Generalbundesanwalt erhobene verfahrensrechtliche Beanstandung, das Oberlandesgericht habe § 154 a Abs. 3 Satz 1, § 244 Abs. 2, § 264 StPO verletzt, weil es den Tatvorwurf der Beihilfe zum Angriff auf den Luftverkehr nicht wieder in das Verfahren einbezogen habe; denn diese Rüge hätte allein dann Bedeutung, wenn eine Verurteilung des Angeklagten wegen Beihilfe zum Mord nicht möglich wäre.

1. Rechtliche Würdigung des OLG

Das Oberlandesgericht geht zwar davon aus, der Angeklagte habe durch seine "Tatbeiträge" die Taten Attas, Alshehhis und Jarrahs objektiv gefördert. Jedoch seien seine lange vor dem 11. September 2001 vorgenommenen Handlungen nicht geeignet gewesen, das Risiko zu vergrößern, dass die Taten tatsächlich begangen wurden. Zweifelhafte sei geblieben, welches Wissen und welche Vorstellungen der Angeklagte von den geplanten Taten hatte. Ihm sei zwar bewusst gewesen, dass die zu Piloten ausgebildeten Vereinigungsmitglieder Flugzeuge zum Absturz bringen und dadurch Menschen töten sollten. Jedoch habe er weder die genaue Art der Attentate, die Anzahl der Einzelanschläge, ihren jeweiligen Ort und Zeitpunkt noch die "enormen Dimensionen, in denen die Anschläge geplant waren und durchgeführt wurden", insbesondere den Umfang der Vernichtung von Menschenleben gekannt; all dies habe er auch nicht erkennen können. Nach seinem festgestellten Wissen seien auch andere Begehungsarten möglich gewesen; es

könne nicht ausgeschlossen werden, dass der Angeklagte trotz seiner radikalislamistischen Einstellung und seines Hasses auf die USA und das Judentum derartige Anschläge nicht gutgeheißt und nicht unterstützt hätte. Der notwendige Beihilfevorsatz sei daher nicht gegeben.

2. Zur Strafbarkeit des Angeklagten wegen Beihilfe zum Mord bzgl. der durch die Anschläge getöteten Insassen der Flugzeuge

Dies hält rechtlicher Prüfung nicht stand.

a. Zur Förderung der Haupttaten durch die Beiträge des Angeklagten

Die objektiven Voraussetzungen einer Strafbarkeit des Angeklagten wegen Beihilfe zu den Taten Attas, Alshehhis, Jarrahs und Hanjourns liegen vor. Insofern hat das Oberlandesgericht eingangs seiner rechtlichen Würdigung zutreffend ausgeführt, dass die "Tatbeiträge" des Angeklagten diese Taten objektiv gefördert haben. Indem es - im Rahmen seiner Ausführungen zu den subjektiven Voraussetzungen der Strafbarkeit wegen Beihilfe - die Auffassung vertritt, diese Beiträge hätten jedoch nicht das Risiko vergrößert, dass die Anschläge vom 11. September 2001 tatsächlich begangen wurden, und damit möglicherweise die Annahme einer tatbestandsmäßigen objektiven Hilfeleistung in Frage stellen will, wird seine Bewertung widersprüchlich, da sie zwei nicht miteinander vereinbare Aussagen enthält. Ihr liegt ein rechtsfehlerhaftes Verständnis der objektiven Voraussetzungen einer Beihilfetat zugrunde.

Nach § 27 Abs. 1 StGB macht sich als Gehilfe strafbar, wer (vorsätzlich) einem anderen zu dessen (vorsätzlich begangener) rechtswidriger Tat Hilfe leistet. Nach ständiger Rechtsprechung (etwa BGHSt 46, 107, 109; BGH NJW 2001, 2409, 2410; NStZ 2004, 499, 500; vgl. die weiteren Nachweise bei Cramer/Heine in Schönke/Schröder, aaO § 27 Rdn. 8; Roxin in LK 11. Aufl. § 27 Rdn. 1 Fn. 1) ist als Hilfeleistung in diesem Sinne grundsätzlich jede Handlung anzusehen, die die Herbeiführung des Taterfolges durch den Haupttäter objektiv fördert oder erleichtert; dass sie für den Eintritt dieses Erfolges in seinem konkreten Gepräge in irgendeiner Weise kausal wird, ist nicht erforderlich. Diese Voraussetzungen treffen auf die Tatbeiträge des Angeklagten zu:

Der Angeklagte hat die Durchführung der Anschläge des 11. September 2001 objektiv erleichtert und gefördert, indem er nach der Rückkehr Alshehhis aus Afghanistan dessen Kontakte zu außenstehenden Dritten zu begrenzen half, indem er während des Aufenthalts Attas, Alshehhis und Jarrahs in den USA den Anschein wahrte, diese befänden sich weiterhin als Studenten in Hamburg, indem er den wahren Aufenthalt Alshehhis verschleierte und diesen warnen ließ, als dessen Bruder gemeinsam mit Vertretern der Ver-

einigten Arabischen Emirate Nachforschungen nach dessen Verbleib anstellte, und indem er Binalshibh vom Konto Alshehhis 5.000 DM überwies, damit dieser das Geld an Atta und Alshehhi in die USA weitertransferiere. Die Verschleierung der Tatvorbereitungen und das Mitwirken am Bereitstellen von finanziellen Mitteln für die Durchführung dieser Vorbereitungen haben den zur Tatvollendung führenden konkreten Geschehensablauf bis in die Ausführungsphase mitgeprägt. Dass die Anschläge möglicherweise ohne die Mitwirkung des Angeklagten ebenfalls durchgeführt worden wären, weil die Tatvorbereitungen eventuell auch ohne dessen Verdeckungsbemühungen nicht aufgefallen wären, ändert hieran nichts. Gleiches gilt für den Umstand, dass sich die Bereitstellung der 5.000 DM letztlich als überflüssig erwies, weil noch vor Eintreffen dieses Betrages in den USA das dortige Konto Attas und Alshehhis bereits aus anderen Quellen wieder aufgefüllt worden war; denn die 5.000 DM standen trotzdem zur Finanzierung der Tatvorbereitung zur Verfügung und behielten damit ihre Bedeutung als Einzelelement des zur Tatvollendung hinführenden Gesamtgeschehens mit tatfördernder und -erleichternder Wirkung bis in die Ausführungsphase hinein. Durch seine Verschleierung des wahren Aufenthalts Attas, Alshehhis und Jarrahs unterstützte der Angeklagte objektiv auch die Haupttat Hanjourns, da auch deren Durchführung durch die Entdeckung der Tatvorbereitung der drei anderen "Piloten" gefährdet worden wäre.

Soweit die Verteidigung in der Hauptverhandlung vor dem Senat die Ansicht vertreten hat, die vom Angeklagten geleisteten Tatbeiträge könnten deshalb nicht als Hilfeleistung im Sinne des § 27 Abs. 1 StGB bewertet werden, weil sie isoliert betrachtet und gemessen an dem durch die Anschläge verwirklichten Unrecht von völlig untergeordnetem Gewicht gewesen seien, verkennt sie die Voraussetzungen der Beihilfe strafbarkeit. Zum einen kommt es auf das Gewicht des tatfördernden Beitrags für dessen Einstufung als Hilfeleistung grundsätzlich nicht an; dieses ist allein für die Strafzumessung relevant. Zum anderen erscheint die Bewertung der Tatbeiträge des Angeklagten durch die Verteidigung verfehlt. Sie stellt im Übrigen nicht in Rechnung, dass sich der Angeklagte aufgrund der getroffenen Abreden innerhalb der Gruppierung die Hilfeleistungen der anderen Gruppenmitglieder für die Attentäter im Rahmen der gleichsam mittäterschaftlich geleisteten Beihilfe zurechnen lassen muss.

Falls das Oberlandesgericht dennoch die objektiven Voraussetzungen der Beihilfe mit der Erwägung in Zweifel ziehen wollte, die Tatbeiträge des Angeklagten hätten das Risiko der Durchführung der Anschläge nicht erhöht, hätte es übersehen, dass mit dem Begriff der Risikoerhöhung keine inhaltlichen Kriterien verbunden sind, die hier zu einer abweichenden Beurteilung des Sachverhalts führen:

Zwar trifft es zu, dass das überwiegende Schrifttum das Verständnis der Rechtsprechung kritisiert, wonach für ein Hilfeleisten nach § 27 Abs. 1 StGB jede Tatförderung oder -erleichterung selbst bei fehlender Kausalität für den Taterfolg genüge, und dem andere Rechtsmodelle für die Bestimmung der Voraussetzungen der objektiven Beihilfeleistung entgegenstellen will. So wird teilweise gefordert, der Tatbeitrag des Gehilfen müsse für die Tatbestandsverwirklichung durch den Haupttäter "kausal" geworden sein; andere setzen voraus, dass durch den Tatbeitrag das Risiko für den Erfolg der Haupttat gesteigert wird (s. die Übersicht bei Cramer/Heine, aaO Rdn. 7, 9 f.).

Eine nähere Betrachtung dieser auf den ersten Blick divergierenden Ansichten zeigt indessen, dass es sich hier weitgehend um einen Streit über dogmatische Begrifflichkeiten handelt, der allenfalls bei außergewöhnlichen - hier nicht gegebenen - Sachverhaltsgestaltungen zu abweichenden Ergebnissen führt. Soweit im Schrifttum etwa eine Kausalbeziehung zwischen dem Tatbeitrag des Gehilfen und der Tatbestandsverwirklichung durch den Haupttäter gefordert wird, wird dies nahezu einhellig nicht dahin verstanden, dass das Tun des Teilnehmers adäquat oder äquivalent kausal für den isolierten konkreten Taterfolg als solchen geworden sein muss. Vielmehr soll es genügen, wenn der Beitrag des Gehilfen das konkrete Tatbild, also das zum Taterfolg hinführende Geschehen, zumindest bis in das Versuchsstadium hinein mitprägt; danach scheidet die notwendige "Kausalität" weder deswegen aus, weil das vom Gehilfen zur Tatverwirklichung beigetragene Handlungselement hypothetisch auch anderweitig hätte erbracht werden können, noch weil es sich nachträglich als überflüssig herausstellt (vgl. Cramer/Heine, aaO Rdn. 10 m. w. N.). Dies stimmt der Sache nach aber mit dem in der Rechtsprechung aufgestellten Erfordernis überein, dass der Beitrag des Gehilfen das Herbeiführen des Taterfolges durch den Haupttäter (die Tathandlung, Tatbestandsverwirklichung) objektiv gefördert oder erleichtert haben muss (s. Roxin in FS Miyazawa S. 501, 502 f.; Tröndle/Fischer, StGB 53. Aufl. § 27 Rdn. 2: Förderung der Haupttat ohne "Ursächlichkeit" kaum denkbar). Nichts anderes gilt für die Rechtsfigur der (kausalen) Risikohöherung. Dass derjenige, der das auf die Tatbestandsverwirklichung gerichtete Tun des Haupttäters objektiv fördert oder erleichtert, in aller Regel das Risiko der Tatvollendung erhöht, liegt auf der Hand (vgl. BGHSt 42, 135, 138: Fördern des strafbaren Verhaltens des Haupttäters und dadurch Vergrößerung des Risikos, dass die Haupttat begangen wird).

Nach alledem ist es entgegen der Auffassung des Oberlandesgerichts auch nicht erheblich, dass der Angeklagte seine Unterstützungshandlungen schon längere Zeit vor der Begehung der Haupttaten in deren Vorbereitungsphase vorgenommen hatte (vgl. BGHSt 2, 344, 345 f.; 42, 332, 335; 46, 107, 115; BGH NJW

1985, 1035, 1036).

b. Zum (Gehilfen-) Vorsatz des Angeklagten

Nach den Feststellungen hatte der Angeklagte auch den erforderlichen Gehilfenvorsatz. Das Oberlandesgericht ist allerdings der Ansicht, der Gehilfe müsse zwar keine bestimmten Vorstellungen von den Einzelheiten der Haupttat haben, jedoch deren wesentliche Merkmale, ihre Unrechts- und Angriffsrichtung, den zu verwirklichenden Tatbestand sowie die wesentlichen Dimensionen des Unrechts kennen. Hieran fehle es, weil der Angeklagte das bis dahin unvorstellbare Ausmaß der Anschläge und der Vernichtung von Menschenleben nicht erkannt habe und auch nicht habe erkennen können. Diese Würdigung ist rechtsfehlerhaft.

Wie das Oberlandesgericht festgestellt hat, wusste der Angeklagte, dass die vier zu Piloten ausgebildeten Mitglieder der Vereinigung aus - von ihm geteilten - Hass gegen "die Amerikaner und Juden" in den USA Flugzeuge unbekannter Art und Größe in ihre Gewalt und zum Absturz bringen würden. Ihm war auch bekannt, dass gegebenenfalls ein Ersatzmann für ein Gruppenmitglied einspringen sollte. Sein Gehilfenvorsatz richtete sich damit direkt auf die Tötung von Menschen, wobei er die Anzahl von Opfern zumindest billigend in Kauf nahm, die nach den ihm bekannten Umständen der geplanten Anschläge in Betracht kam; im Hinblick auf die vier zu Piloten ausgebildeten Attentäter waren dies die möglichen Insassen von vier Verkehrsflugzeugen jeder denkbaren Größe. Damit ist der erforderliche Vorsatz des Angeklagten gegeben, zu der Tötung der später den Abstürzen tatsächlich zum Opfer gefallenen Passagiere und Besatzungsmitglieder Hilfe zu leisten.

Mehr setzt das Gesetz für die subjektive Tatseite der Beihilfe entgegen der Ansicht des Oberlandesgerichts nicht voraus. Insbesondere bedarf es keiner Kenntnis der "Unrechtsdimension" der tatsächlich ausgeführten Anschläge. Denn das Maß des tatsächlich verwirklichten Unrechts im Sinne der Intensität der Rechtsgutsbeeinträchtigung oder der Zahl der durch den Tatbeitrag über die Vorstellung des Gehilfen hinaus geförderten weiteren Rechtsgutsverletzungen ist kein Umstand der Tat, der zum gesetzlichen Tatbestand gehört und daher (s. § 16 Abs. 1 Satz 1 StGB) - zur Begründung des Schuldspruchs wegen Beihilfe - vom Gehilfenvorsatz umfasst sein muss. Wer weiß oder zumindest für möglich hält und billigt, durch sein Tun ein Verhalten des Haupttäters zu fördern, das den Tatbestand einer Strafnorm erfüllt, ist somit auch dann der Beihilfe zu dieser Straftat schuldig, wenn der Haupttäter - durch den Gehilfenbeitrag gefördert - eine größere Zahl von rechtswidrigen Taten begeht oder den tatbestandsmäßigen Erfolg in schuldpruchrelevanter Weise in zahlreicheren Fällen verwirklicht, als es sich der Gehilfe vorgestellt hatte. Eine solche Divergenz

führt lediglich dazu, dass der Schuldspruch auf die vom Vorsatz des Gehilfen erfassten Taten oder schuld-spruchrelevanten Tatfolgen zu beschränken ist. Die darüber hinaus gehenden Taten oder Tatfolgen können jedoch bei der Strafzumessung Relevanz gewinnen. Denn hier stellt sich die Frage, ob über die vom Gehilfen vorgestellten und gewollten Folgen seines Tatbeitrags hinaus auch diejenigen zu berücksichtigen sind, die er nicht bedacht hat; waren sie für ihn zumindest vorhersehbar, können sie ihm als verschuldete Tatauswirkungen gemäß § 46 Abs. 2 StGB strafscharfend angelastet werden.

Soweit der Bundesgerichtshof - auch der Senat - in mehreren Entscheidungen beiläufig und für das jeweilige Ergebnis nicht tragend die "Unrechtsdimension" der Tat angesprochen hat (BGHSt 42, 135, 139; BGH NStZ 1990, 501; NJW 1997, 265, 266; BGHR StGB § 27 Abs. 1 Vorsatz 9), lässt sich hieraus Abweichendes nicht herleiten. Im Übrigen waren dort Sachverhalte betroffen, die mit der hier zu beurteilenden Fallgestaltung nicht vergleichbar sind. Diese erhält ihr Gepräge dadurch, dass die "Dimension des Unrechts" durch die Zahl getöteter Menschen gekennzeichnet wird. Ist jedoch das höchstpersönliche Rechtsgut des menschlichen Lebens betroffen, so verbietet sich jede Betrachtung, die geeignet wäre, dessen Schutz dadurch zu relativieren, dass das einzelne Menschenleben als unbedeutender Einzelposten gegenüber einem allein maßgeblichen "Gesamtunrechtsgehalt", einer "Gesamtunrechtsdimension" nicht mehr ins Gewicht fiele. Dies wäre aber der Fall, wenn ein Gehilfe, der durch seine Tatbeiträge bewusst die Tötung einer Vielzahl von Menschen (die Passagiere sowie die Besatzung zum Absturz gebrachter Flugzeuge) gefördert hat und fördern wollte, nur deshalb nicht wegen Beihilfe zum vielfachen Totschlag oder Mord bestraft werden könnte, weil die von ihm unterstützten Haupttäter ihre Taten in eine Dimension getrieben haben, die von den Vorstellungen des Gehilfen nicht mehr erfasst war. Selbst wenn der Gehilfe seine Tatbeiträge etwa nicht erbracht hätte, wenn er sich des gesamten Umfangs der geplanten Haupttaten bewusst gewesen wäre, ihm dieser also letztlich unerwünscht war, stünde das seiner Verurteilung nicht entgegen (vgl. BGH NStZ 1990, 501; BGHR StGB § 27 Abs. 1 Vorsatz 8).

3. Zur Änderung des Schuldspruchs

Der aufgezeigte Rechtsfehler führt zu der aus der Urteilsformel ersichtlichen Änderung des Schuldspruchs (vgl. dazu Meyer-Goßner, aaO § 354 Rdn. 12 ff. m. w. N.). Die Feststellungen des Oberlandesgerichts belegen, dass sich der Angeklagte neben der Mitgliedschaft in einer terroristischen Vereinigung der Beihilfe zum 246-fachen Mord schuldig gemacht hat. Insbesondere lassen sie nicht die Möglichkeit offen, der Angeklagte könne lediglich mit solchen Haupttaten der vier "Piloten" gerechnet und diese bewusst gefördert ha-

ben, bei denen es nicht zur Tötung von Menschen gekommen wäre. Das Oberlandesgericht hat an mehreren Stellen des Urteils ausdrücklich festgestellt, dass der Angeklagte Kenntnis von der Planung von Anschlägen mittels Flugzeugen in der Form von Selbstmordattentaten hatte und dass, unabhängig davon, auf welche Art und Weise Flugzeuge eingesetzt werden sollten, mit der Tötung von Menschen zu rechnen war; denn es sollten Flugzeuge unbekannter Art und Größe zum Absturz gebracht werden mit den entsprechenden Opfern an Menschenleben. Soweit das Oberlandesgericht an einer Stelle von Flugzeugentführungen spricht, will es damit erkennbar nicht zum Ausdruck bringen, der Angeklagte habe nur die Gefährdung von Menschenleben vorausgesehen und gebilligt. Dies folgt eindeutig aus dem unmittelbar vorausgehenden Satz, an den die entsprechenden Ausführungen anknüpfen. Dort wird ausdrücklich dargelegt, dass und warum der Angeklagte mit der Tötung von Menschen rechnete und diese billigte. Dies wird durch die übrigen zitierten Urteilsstellen bestätigt, die - einzeln und in der Gesamtschau - keinen Zweifel daran lassen, dass der Angeklagte nach Überzeugung des Oberlandesgerichts wusste, dass die zu entführenden Flugzeuge zum Absturz gebracht werden sollten.

Nach den Feststellungen hat der Angeklagte nicht nur Beihilfe zum vielfachen Totschlag, sondern zum vielfachen Mord geleistet. Die Beweggründe, die die Haupttäter zur Durchführung der Anschläge und den Angeklagten zu seinen Unterstützungsleistungen motivierten, sind als niedrig im Sinne des § 211 Abs. 2 StGB einzustufen. Darüber hinaus handelten die Haupttäter heimtückisch, denn in dem Zeitpunkt, als sie die Flugzeuge in ihre Gewalt brachten und damit die ersten gegen das Leben der Passagiere und Besatzungsmitglieder gerichteten Angriffshandlungen vornahmen, waren diese arg- und wehrlos; sie hatten auch danach keine realistische Möglichkeit mehr, sich gegen die Attentäter erfolgreich zu verteidigen und ihr Leben zu retten. All diese Umstände waren dem Angeklagten bewusst.

4. Zur Strafbarkeit des Angeklagten wegen Beihilfe zum Mord bzgl. der durch die Anschläge getöteten Personen in den betroffenen Gebäuden

Die Revision des Generalbundesanwalts bleibt allerdings ohne Erfolg, soweit sie die Verurteilung des Angeklagten wegen Beihilfe zum Mord, zum versuchten Mord und zur gefährlichen Körperverletzung auch an den Personen erstrebt, die sich zum Zeitpunkt der Anschläge im World Trade Center und im Pentagon aufhielten. Das Oberlandesgericht hat sich nicht davon zu überzeugen vermocht, dass der Angeklagte Kenntnis davon hatte oder auch nur für möglich hielt, dass sich die Anschläge auch gegen diese Opfer richten sollten. Der Senat schließt nach dem bisherigen Verfahrensgang und dem Beweisergebnis aus, dass in einer noch-

maligen Hauptverhandlung ein weitergehender Vor-satz des Angeklagten nachgewiesen werden könnte. Demgemäß muss die Strafe auf der Grundlage des ge-änderten Schuldspruchs und der insgesamt aufrecht-erhaltenen Feststellungen neu festgesetzt werden. Hierfür darf der zu dieser Entscheidung nunmehr beru-fene Strafsenat des Oberlandesgerichts ergänzende neue Feststellungen nur treffen, soweit sie zu denjeni-

gen des angefochtenen Urteils nicht in Widerspruch stehen. Ob dessen Bewertung zutrifft, der Angeklagte habe nicht einmal erkennen können, dass durch die Anschläge auch die weiteren Opfer im World Trade Center und im Pentagon zu Tode kommen würden, wird es dagegen in eigener Beurteilung zu entscheiden haben. [...]

Standort: § 263 StGB

Problem: Irrtum des Getäuschten

BGH, BESCHLUSS VOM 21.06.2006
2 STR 57/06 (NSTZ 2006, 687)

Problemdarstellung:

Der Angeklagte hatte als verantwortlicher Bauleiter einer Wohnungsbaugesellschaft aufgrund einer ent-sprechenden Absprache mit den Bauunternehmern bei seiner Arbeitgeberin überhöhte Rechnungen als richtig abgezeichnet; die zu viel gezahlten Beträge hatte er sich mit den Bauunternehmern geteilt. Das Landge-richt Koblenz hatte den Angeklagten deshalb wegen Betruges (§ 263 I StGB) verurteilt. Der BGH hob auf die Revision des Angeklagten hin diese Verurteilung auf, da im Urteil des Landgerichts nicht hinreichend festgestellt sei, dass die Verfügung (durch die Zahlung der Rechnungsbeträge) irrtumsbedingt erfolgt sei.

Prüfungsrelevanz:

Vermögensdelikte stellen häufig den Gegenstand von Examensaufgaben dar und gerade der Tatbestand des Betruges erfreut sich hier wegen der zahlreichen zu diskutierenden Probleme einer besonderen Beliebtheit - zumindest bei den Aufgabenstellern. Die Kenntnis auch von Detailproblemen ist also insofern absolut unerlässlich. Die Überprüfbarkeit einer Beweiswür-digung des Tatsachengerichts durch das Revisionsge-richt, die vom BGH in der vorliegenden Entscheidung auch angesprochen wird, ist allerdings ein Problem, das nur im zweiten Examen relevant wird.

Der objektive Tatbestand des § 263 I StGB setzt vor-aus, dass der Täter durch eine Täuschung beim Opfer einen Irrtum erregt und das Opfer dann aufgrund die-ses Irrtums eine Vermögensverfügung vornimmt, die zu einem Vermögensschaden führt (Schönke/Schrö-der-Cramer/Perron, § 263 Rn 5). Unverzichtbare Vor-aussetzung für einen Betrug ist also ein Irrtum bei der-jenigen Person, die die Vermögensverfügung vor-nimmt. Irrtum i.S.v. § 263 I StGB ist jede Fehlvorstel-lung über Tatsachen, also jedes Auseinanderfallen von Vorstellung und Wirklichkeit (Joecks, § 263 Rn 37; Tröndle/Fischer, § 263 Rn 33). Da ein Irrtum somit stets eine (Fehl-) Vorstellung des Opfers voraussetzt fehlt es nach herrschender Meinung an einem solchen, wenn das Opfer sich gar keine Gedanken über die be-

treffenden Tatsachen macht, also beim Fehlen einer Vorstellung (sog. ignorantia facti, vgl. BGHSt 2, 325; Lackner/Kühl, § 263 Rn 18; Tröndle/Fischer, § 263 Rn 34; Wessels/Hillenkamp, BT 2, Rn 508). Lediglich eine Minderheitsmeinung lässt die Unkenntnis der Wahrheit im Rahmen des Irrtums genügen (NK-Kind-häuser, § 263 Rn 171 f.; Schönke/Schröder-Cra-mer/Perron, § 263 Rn 36). Gegen die Minderheitsmei-nung spricht jedoch, dass ein Opfer, das sich über die maßgebende Tatsachen gar keine Vorstellungen macht, sich schon nach allgemeinem Sprachgebrauch eben gerade nicht "irrt" und deshalb auch nicht Opfer der für den Betrug typischen Überlistung werden kann. Da somit (insb. nach der Rechtsprechung) eine Straf-barkeit wegen Betruges eine positive Fehlvorstellung des Opfers voraussetzt, muss das Gericht auch im Ur-teil konkret darlegen, wer sich genau geirrt hat und welchen Inhaltes sein Irrtum war (BGH, NJW 2003, 1198). Da das angefochtene Urteil des LG Koblenz im vorliegenden Fall keine entsprechenden Feststellungen enthielt, hob der BGH die Entscheidung auf. Ein Irr-tum desjenigen Mitarbeiters, der die Zahlung an die Bauunternehmer angewiesen und somit die Verfügung vorgenommen hat, drängte sich auch nicht auf, da der Angeklagte selbst eigenverantwortlich entsprechende Zahlungen veranlassen konnte und eine solche Anwei-sung vor der Buchung nicht noch einmal überprüft wurde.

Der BGH befasst sich auch kurz mit der Überprüfbar-keit der Beweiswürdigung des Tatsachengerichts durch das Revisionsgericht. Da eine Revision nur da-rauf gestützt werden kann, dass das Urteil auf einer Gesetzesverletzung beruhe (vgl. § 337 StPO), erfolgt eine eigene Tatsachenfeststellung durch Beweisauf-nahme durch das Revisionsgericht grundsätzlich nicht (Meyer-Goßner, § 337 Rn 24; Gössel, JR 1983, 120). Auch die Beweiswürdigung des Tatsachengerichts kann das Revisionsgericht nur eingeschränkt überprü-fen, insb. darf es sie nicht durch eine eigene ersetzen (BGHSt 10, 208, 210; 29, 18, 20; Meyer-Goßner, § 337 Rn 26). Das Revisionsgericht darf die Beweiswür-digung jedoch auf rechtliche Fehler überprüfen, d.h. daraufhin, ob sie in sich widersprüchlich, lückenhaft oder unklar ist, gegen Denkgesetze oder Erfahrungs-sätze verstößt oder der Tatrichter überspannte Anfor-

derungen an die für eine Verurteilung erforderliche Gewissheit stellt (BGH, NStZ 1983, 277; StV 1986, 421; Meyer-Goßner, § 337 Rn 27). Im vorliegenden Fall hielt der BGH die Beweiswürdigung des Landgerichts bzgl. der Schadenshöhe für widersprüchlich und lückenhaft, da dieses die Angaben verschiedener Zeugen, die teilweise sehr unterschiedliche Schadenssummen angegeben hatten, unkommentiert nebeneinander stehen gelassen hatte.

Vertiefungshinweise:

Zu den Anforderungen an einen Irrtum i.S.v. § 263 I StGB: *BGHSt* 2, 325; *BGH*, NJW 2003, 1198; *KG*, JR 1986, 469; *OLG Celle*, MDR 1957, 436

Zur Überprüfbarkeit der Beweiswürdigung des Tat-sachengerichts im Rahmen einer Revision: *BGH*, StV 1986, 421; *Nack*, StV 2002, 510 ff.; 2002, 558 ff.; *Pelz*, NStZ 1993, 362

Kursprogramm:

Examenskurs: "Listigs Lotterieg Glück"

Assossorkurs: "Lamm"

Leitsatz (der Redaktion):

Der Tatbestand des Betrugs setzt voraus, dass die Vermögensverfügung durch einen Irrtum des Getäuschten veranlasst worden ist. Die Urteilsgründe müssen daher darlegen, wer die Verfügung getroffen hat und welche irrigen Vorstellungen er dabei hatte.

Sachverhalt:

Der Angeklagte war von Mai 1997 bis Juni 2000 als Bauleiter für Sanierungs- und Modernisierungsarbeiten bei der Geschädigten, einer Wohnungsbaugesellschaft, in Bad Kreuznach beschäftigt. Dort war er für die Vorbereitung und Überwachung von Sanierungsarbeiten an den Objekten seiner Arbeitgeberin zuständig. In diesem Rahmen oblag ihm auch die Prüfung der Rechnungen auf deren sachliche wie rechnerische Richtigkeit, ohne dass er hierbei durch Vorgesetzte wirksam überwacht worden wäre. Nach Anbringen des Prüfvermerks durch den Angeklagten wurde die Bezahlung der Rechnungen durch Mitarbeiter der Buchhaltung der Geschädigten veranlasst.

Spätestens im September 1997 kamen der Angeklagte und der gesondert verfolgte S, Inhaber eines Verputzerunternehmens, überein, zum Nachteil der Geschädigten zusammen zu wirken. Der Angeklagte sollte S bei der Erlangung von Aufträgen der Geschädigten unterstützen und überhöhte Rechnungen oder Rechnungen über nicht erbrachte Leistungen als sachlich und rechnerisch richtig abzeichnen. Der dadurch erlangte Mehrerlös sollte zwischen den beiden geteilt werden. Der Angeklagte verfuhr bei insgesamt acht

Bauvorhaben in der beschriebenen Weise. Die Geschädigte leistete daraufhin insgesamt 109.635,55 DM (brutto) zu viel an S. Eine entsprechende Vereinbarung traf der Angeklagte auch mit dem Zeugen Sp, der für ein Gerüstbauunternehmen tätig war. Hier kam es in weiteren acht Fällen zu überhöhten Zahlungen der Geschädigten im Gesamtbetrag von 35.679,94 DM (brutto). Jeweils die Hälfte des unberechtigt berechneten und bezahlten Betrages wurde von S und Sp an den Angeklagten in bar ausgezahlt.

Die Geschädigte hatte [in dem ersten Fall das Bauvorhaben D] ausgeschrieben, woraufhin drei Mitbewerber des S Angebote einreichten. Der Angeklagte machte sie S vor Ablauf des Ausschreibungsschlusses zugänglich - mit Vorschlägen, wie ein von S abzugebendes günstigstes Angebot auszusehen habe. S gab daraufhin ein entsprechend angepasstes niedrigstes Angebot gegenüber der Geschädigten ab und erhielt den Auftrag, bei dessen Abrechnung er sodann in der genannten Weise überhöhte Beträge in Rechnung stellte.

Aus den Gründen:

I. Entscheidung und rechtliche Würdigung des Landgerichts

Das Landgericht hat den Angeklagten wegen Betrugs in Tateinheit mit Untreue in 16 Fällen, in einem Fall tateinheitlich mit wettbewerbsbeschränkenden Absprachen bei Ausschreibungen, zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von einem Jahr und sechs Monaten verurteilt, deren Vollstreckung es zur Bewährung ausgesetzt hat. [...]

Die Strafkammer hat diese Fälle jeweils als Betrug in Tateinheit mit Untreue zum Nachteil der Geschädigten gewertet. Im ersten Fall (Bauvorhaben D) hat sie zudem § 298 StGB als verletzt angesehen. [...] Die Strafkammer hat ausdrücklich strafscharfend gewertet, dass der Angeklagte sich des Betrugs und der Untreue in Tateinheit und in Fall 1 zudem eines Verstoßes gegen § 298 StGB schuldig gemacht habe.

II. Entscheidung des BGH

1. Zum Fehlen hinreichender Feststellungen für eine Verurteilung wegen Betrugs

Die Verurteilung des Angeklagten hat keinen Bestand, weil die Feststellungen in keinem der 16 Fälle eine Verurteilung wegen Betrugs tragen.

Der Tatbestand des Betrugs setzt voraus, dass die Vermögensverfügung durch einen Irrtum des Getäuschten veranlasst worden ist. Die Urteilsgründe müssen daher darlegen, wer die Verfügung getroffen hat und welche irrigen Vorstellungen er dabei hatte (BGH NJW 2003, 1198, 1199). Das ist in den Gründen des angefochtenen Urteils nicht geschehen. In der rechtlichen Würdigung heißt es lediglich, dass der Angeklagte durch seinen Prüfvermerk "bei der Buchhaltung und sämtlichen

für die Anweisung der Rechnungen zuständigen Mitarbeitern der G den Anschein von korrekten und durch ihn sorgfältig geprüften Rechnungen erregt" habe. Nach den Feststellungen oblag aber allein dem Angeklagten die Prüfung der Rechnungen auf sachliche wie rechnerische Richtigkeit sowie die Prüfung der Anrechnung von Abschlagszahlungen; eine Kontrolle fand insoweit nicht statt. Dass Beschäftigte der Buchhaltung die Möglichkeit oder Verpflichtung hatten, über die rein "mechanische" Anweisung der vom Angeklagten geprüften Rechnungen hinaus Überlegungen hinsichtlich der Ordnungsmäßigkeit der Rechnungen anzustellen und daher einem Irrtum im Sinne von § 263 Abs. 1 StGB unterlagen, zeigt die Strafkammer nicht auf.

2. Zum Fehlen einer rechtswidrigen Absprache i.S.v. § 298 I StGB

Auch die Verurteilung wegen einer wettbewerbsbeschränkenden Absprache (§ 298 StGB) im Fall 1 begegnet rechtlichen Bedenken. Eine "rechtswidrige Absprache" im Sinne dieser Vorschrift liegt nur bei kartellrechtswidrigen Absprachen miteinander im Wettbewerb stehender Unternehmen vor (vgl. BGHSt 49, 201 ff.). Der Angeklagte stand aber auf Seiten der Ausschreibungsveranstalterin; dies reicht nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nicht aus.

3. Zur Fehlerhaftigkeit der Beweiswürdigung bzgl. der Schadenshöhe

Schließlich ist auch die Beweiswürdigung nicht frei von Rechtsfehlern. Zwar ist die Beweiswürdigung grundsätzlich Sache des Tatrichters. Das Revisionsgericht hat auf Grund der Sachrüge aber zu prüfen, ob dem Tatrichter Rechtsfehler unterlaufen sind. Das ist dann der Fall, wenn die Beweiswürdigung widersprüchlich, unklar oder lückenhaft ist oder gegen Denkgesetze oder gesicherte Erfahrungssätze verstößt (st. Rspr.; vgl. nur BGHR StPO § 261 Beweiswürdigung 2 und Überzeugungsbildung 33). Hier ist die Beweiswürdigung der Strafkammer hinsichtlich der Aussage des Hauptbelastungszeugen Sp, auf dessen Angaben sich die Verurteilung in erster Linie stützt, teilweise widersprüchlich und lückenhaft. So heißt es, dass der Zeuge Sp ausgesagt habe, der Angeklagte habe insgesamt in den Jahren 1997-2000 jeweils mindestens 40.000 DM von ihm bekommen. Das ist nicht in Einklang zu bringen mit der gleichfalls als glaubhaft angesehenen Aussage des Zeugen Si, wonach Sp ihm gegenüber Provisionszahlungen in Höhe von insge-

samt 30.000 € an den Angeklagten bestätigt habe. Es besteht auch ein unaufgeklärter Widerspruch zu der im Urteil festgestellten Schadenssumme von rund 36.000 DM für den gesamten Tatzeitraum in den Fällen 10-17 (Zusammenwirken mit Sp), von der der Angeklagte nach den Feststellungen der Strafkammer nur die Hälfte bekommen hat. Ähnliches gilt für die Aussage des Zeugen Sp, der gesondert verfolgte S habe ihm gegenüber offenbart, dass der Angeklagte "über die Jahre" ca. 100.000 DM von ihm - S - erhalten habe. [An anderer Stelle des Urteils] heißt es indes, dass Sp ausgesagt habe, S habe ihm "nie exakte Summen genannt; er, Sp, gehe nach den Erzählungen von S von Provisionen in einer Größenordnung von bis zu 100.000 DM pro Jahr aus". Angesichts der Einschätzung der Kammer, dass es sich beim Zeugen Sp um eine "schillernde Persönlichkeit" und einen "Selbstdarsteller" handelt, hätte es einer Auseinandersetzung mit diesen Widersprüchen bedurft.

Zudem lässt das Urteil nicht erkennen, wie die Strafkammer angesichts solcher stark divergierender Zahlen zur Feststellung der genauen Schadenssummen und damit zur Feststellung des Schuldumfangs gelangen konnte. Einer solchen Darlegung hätte es auch deswegen bedurft, weil die Berechnungen des Sachverständigen nicht näher dargestellt werden und die Feststellungen zur Schadenshöhe zum Teil in Widerspruch zu den Angaben in den in das Urteil hineinkopierten Tagelohnzetteln stehen. So reicht für die Strafbarkeit wegen Betrugs oder Untreue im Fall 5 nicht, dass (wie die Strafkammer lediglich feststellt) für die Arbeiten nur 120 Arbeitsstunden notwendig gewesen seien und sich daraus eine Rechnungsüberhöhung von 164 Arbeitsstunden ergebe. Hier bedürfte es der Feststellung, dass tatsächlich nur 120 Arbeitsstunden aufgewandt wurden. Im Übrigen lassen sich die genannten Stundenzahlen auch nicht aus den in das Urteil hineinkopierten Tagelohnzetteln nachvollziehen. Gleiches gilt u. a. für Fall 8 (Bauvorhaben B 2-6).

4. Zum Beruhen des Urteils auf den Fehlern

Das Urteil beruht auf den aufgezeigten Rechtsfehlern. Der Senat kann nicht ausschließen, dass die Strafkammer bei zutreffender rechtlicher Würdigung und Schadensfeststellung auf eine niedrigere Strafe erkannt oder bei einer rechtsfehlerfreien Beweiswürdigung die Glaubwürdigkeit des Zeugen Sp insgesamt anders beurteilt oder jedenfalls Feststellungen zu Einzelfällen anders getroffen hätte. [...]

Standort: §§ 25 II, 52, 53, 263 V StGB**Problem: Tateinheit oder -mehrheit**

BGH, URTEIL VOM 10.11.2006
5 STR 386/06 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Die Angeklagten A, M und S hatten in insg. 416 Fällen mit abhanden gekommenen ec-Karten Einkäufe getätigt, wobei aber keiner der Angeklagten an sämtlichen Fällen unmittelbar beteiligt war; die Angeklagte F hatte S eine ec-Karte zur Verfügung gestellt, die dieser dann insg. 68 Mal benutzte. Das LG Berlin hatte die Angeklagten A, M und S insb. wegen mittäterschaftlichen banden- und gewerbsmäßigen Betrugs (§§ 263 I, V, 25 II StGB) in 416 Fällen, die Angeklagte F wegen mittäterschaftlichen Betruges (§§ 263 I, 25 II StGB) in 68 Fällen, jeweils in Tateinheit (§ 53 StGB) verurteilt. Der BGH hob diese Verurteilungen aus mehreren Gründen auf.

Prüfungsrelevanz:

Die vom BGH in dieser Entscheidung angesprochenen Probleme der bandenmäßigen Begehung werden zwar anhand des bandenmäßigen Betruges (§§ 263 III 2 Nr. 1; 263 V StGB) diskutiert, wären aber auch bei anderen Bandendelikten (z.B. §§ 244 I Nr. 2, 250 I Nr. 2, 260 I Nr. 2 StGB) darstellbar. Auch die Frage der Tateinheit oder -mehrheit bei Mittäterschaft lässt sich auf andere Konstellationen, nämlich die mittelbare Täterschaft oder die Teilnahme, übertragen. Wegen der Vielzahl der denkbaren (höchst examensrelevanten) Konstellationen, in denen diese Ausführungen also auftauchen könnten, hat das vorliegende Urteil - auch wenn es keinen neuen Ansätze liefert - eine hohe Examensrelevanz.

Der BGH betont zunächst (in Übereinstimmung mit der ganz herrschenden Meinung), dass eine bandenmäßige Begehung nur dann angenommen werden kann, wenn dem Zusammenschluss mehrerer Personen (der Bandenmitglieder) eine Bandenabrede zugrunde liegt, also ein "Wille zur Bindung für die Zukunft und für eine gewisse Dauer" (BGH, NStZ 2004, 398; 2006, 176; Tröndle/Fischer, § 244 Rn 19). Einen solchen Willen konnte der BGH im vorliegenden Fall den Feststellungen des Landgerichts allerdings nicht entnehmen.

Während der BGH ursprünglich die Ansicht vertrat, dass ein Bandenmitglied stets Mittäter der Taten der jeweiligen Bande sei (vgl. BGHSt 3, 40), geht er mittlerweile mit der herrschenden Literatur davon aus, dass für jedes Bandenmitglied für jede einzelne Tat der Bande zu prüfen ist, ob es an dieser als Mittäter, als Gehilfe oder ggf. gar nicht beteiligt war (BGH, NStZ 2003, 33; Schönke/Schröder-Eser, § 244 Rn 27). Diese Rechtsprechung führt der BGH im vorliegenden

Fall fort. Eine Aushöhlung der Annahme von Bandendelikten ist dadurch allerdings nicht zu befürchten, da auch der Gehilfe Bandenmitglied ist und es somit der Annahme des Bestehens einer Bande auch nicht entgegen steht, wenn ein Mitglied von vornherein nur als Gehilfe tätig werden soll (BGH, StV 2002, 191; RA 2003, 578; Erb, JR 2002, 338).

Schließlich befasst sich der BGH noch mit der Auswirkung verschiedenereteiligungsformen auf die Konkurrenzen. Ausgangspunkt der Prüfung von Konkurrenzen ist stets die Frage, ob die verschiedenen Delikte durch eine oder mehrere Handlungen begangen wurden, wobei (vorbehaltlich einer Gesetzeskonkurrenz) im ersten Falle Tateinheit, im letzteren Tatmehrheit besteht (vgl. die Darstellung bei Wessels/Beulke, AT, Rn 753 ff.). Rechtsprechung und herrschende Lehre gehen insofern davon aus, dass die Frage, ob eine oder mehrere Handlungen gegeben sind, für jeden Beteiligten gesondert zu prüfen ist. Das heißt, eine Handlungseinheit ist z.B. beim mittelbaren Täter oder beim Anstifter dann anzunehmen, wenn dieser nur eine Handlung vorgenommen hat, ungeachtet dessen, wie viele Handlungen bei dem (die eigentliche Tat handlung ausführenden) Tatmittler bzw. Haupttäter vorliegen (BGH, NStZ 1999, 451; wistra 1999, 23; Schönke/Schröder-Stree/Sternberg-Lieben, § 52 Rn 21; Tröndle/Fischer, Vor § 52 Rn 2e).

Vertiefungshinweise:

Zu den Voraussetzungen einer Bandenabrede: BGH, NStZ 2004, 398; 2005, 230; 2006, 176; Erb, JR 2002, 338; Gaede, StV 2003, 78; Kindhäuser, StV 2006, 526; Toepel, StV 2002, 540

Zur Mittäterschaft bei bandenmäßiger Begehung: BGHSt 46, 321; BGH, NStZ 2003, 33; StV 2004, 21

Zur Tateinheit oder -mehrheit bei mehreren Beteiligten: BGH, NStZ-RR 1999, 297; NStZ 2000, 83; wistra 2001, 336; RA 2003, 578

Kursprogramm:

Examenskurs: "Wie die Eltern so die Kinder"

Examenskurs: "Das eingespielte Team"

Leitsätze (der Redaktion):

1. Die bloße Verbindung zu einer Bande hat nicht zur Folge, dass jedes von einem der Bandenmitglieder aufgrund der Bandenabrede begangene Delikt den anderen Bandenmitgliedern ohne weiteres als gemeinschaftlich begangene Straftat im Sinne des § 25 Abs. 2 StGB zugerechnet werden kann. Vielmehr ist für jede einzelne Tat nach den allgemeinen Kriterien festzustellen, ob sich die anderen Bandenmitglieder hieran als Mittäter, Anstifter, Gehilfen

beteiligt oder ob sie gegebenenfalls überhaupt keinen strafbaren Tatbeitrag geleistet haben.

2. Wenn an einer Deliktserie mehrere Personen als Mittäter beteiligt sind, ist für jeden Beteiligten gesondert zu prüfen und zu entscheiden, ob die einzelnen Straftaten tateinheitlich oder tatmehrheitlich zusammentreffen.

3. Hat ein Mittäter, der an der unmittelbaren Ausführung der Taten nicht beteiligt ist, einen alle Einzeldelikte fördernden Tatbeitrag bereits im Vorfeld erbracht, werden ihm die Taten der anderen Mittäter als tateinheitlich begangen zugerechnet, da sie in seiner Person durch den einheitlichen Tatbeitrag zu einer Handlung im Sinne des § 52 Abs. 1 StGB verknüpft werden. Ob die Mittäter die ihnen zurechenbaren Taten gegebenenfalls tatmehrheitlich begangen haben, ist demgegenüber ohne Belang.

Sachverhalt:

Die Angeklagten M, S und A tätigten in wechselnder Besetzung mit abhanden gekommenen EC-Karten Einkäufe; diese Angeklagten hätten von insgesamt sieben Personen deren EC-Karten auf nicht mehr aufklärbare Weise an sich gebracht und damit in 416 Fällen unter Einsatz der EC-Karte und Nachahmung des Schriftzuges auf den Lastschriftbelegen Waren gekauft.

Hinsichtlich des Tatkomplexes 1 (EC-Karte J) führte der Angeklagte S diese Einkäufe unter Verwendung der abhanden gekommenen EC-Karte durch, bei den letzten sechs Bezahlvorgängen wurde er von der Angeklagten A begleitet. Im Tatkomplex 2 (EC-Karten H) waren die Angeklagten M und A in Berliner Läden unterwegs, im Tatkomplex 3 (EC-Karte Sch) der Angeklagte M allein. Mit der EC-Karte von B (Tatkomplex 4) kaufte der Angeklagte S ein. Gleiches gilt für den Tatkomplex 5; die dort verwendete EC-Karte des Zeugen K hatte sich die Angeklagte F verschafft, die als Bardame in der von dem Zeugen Kr besuchten Bar "Liaison" arbeitete, und an den Angeklagten S weitergegeben. Hinsichtlich des Tatkomplexes 6 (EC-Karte Mü) verwandten die Angeklagten A und M die abhanden gekommene EC-Karte für gemeinsame Einkäufe. Schließlich erwarb der Angeklagte S im Tatkomplex 7 (EC-Karte Kr) mit den abhanden gekommenen EC-Karten des Zeugen Kr in Berlin und später in Hessen in einer Vielzahl von Fällen Waren, wobei er jeweils vorspiegelte, berechtigter Inhaber der Karte zu sein.

Aus den Gründen:

I. Entscheidung und rechtliche Würdigung des Landgerichts

Das Landgericht hat die Angeklagten M, S und A wegen banden- und gewerbsmäßigen Betruges in 416 Fällen jeweils in Tateinheit mit banden- und gewerbsmäßiger Urkundenfälschung, den Angeklagten M da-

rüber hinaus wegen Betruges in Tateinheit mit Urkundenfälschung in 55 Fällen verurteilt. Die Angeklagte F hat es wegen Betruges in Tateinheit mit Urkundenfälschung in 68 Fällen schuldig gesprochen.

Gegen die Angeklagten M, S und F hat das Landgericht - jeweils unter Einbeziehung anderwärts rechtskräftig verhängter Einzelstrafen - auf Gesamtfreiheitsstrafen von sechs Jahren drei Monaten, fünf Jahren neun Monaten und zwei Jahren sechs Monaten erkannt; die Angeklagte A hat es mit einer Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren neun Monaten belegt. Gegen dieses Urteil wenden sich sämtliche Angeklagte mit ihren Revisionen. Diese haben in dem aus dem Beschlusstenor ersichtlichen Umfang Erfolg; im Übrigen sind sie unbegründet im Sinne des § 349 Abs. 2 StPO. [...]

Das Landgericht hat diese [im Sachverhalt geschilderten] Taten jeweils als banden- und gewerbsmäßigen Betrug in Tateinheit mit banden- und gewerbsmäßiger Urkundenfälschung gewertet. Das Merkmal der Bande hat es deshalb als erfüllt angesehen, weil die drei Angeklagten M, S und A in wechselnder Besetzung die Taten begangen und gemeinsam hiervon profitiert haben. Deshalb rechnet das Landgericht auch jedem Angeklagten sämtliche Taten zu. Hinsichtlich der Angeklagten F hat sich das Landgericht zwar nicht von ihrer Einbeziehung in die Bande überzeugen können, da sie jedoch die EC-Karte des Zeugen K an den Mitangeklagten S in dem Wissen, dass dieser damit Waren erwerben würde, weitergegeben habe, sei sie als Mittäterin hinsichtlich der dann in ihrem Einverständnis von S verübten Taten anzusehen.

Bezüglich des vor den anderen Fällen geschehenen Tatkomplexes ist das Landgericht davon ausgegangen, dass der Angeklagte M als Alleintäter unter Verwendung der Karte des Zeugen Krü und unter Nachahmung seines Schriftzuges auf den Lastschriftbelegen aufgetreten ist.

II. Entscheidung des BGH

Die Revisionen der Angeklagten haben teilweise Erfolg.

1. Zum Fehlen einer bandenmäßigen Begehung

Die Verurteilungen wegen bandenmäßiger Begehung, die die Verbrechenstatbestände des § 263 Abs. 5 StGB und § 267 Abs. 4 StGB auslösen, begegnen durchgreifenden rechtlichen Bedenken.

Die Urteilsgründe enthalten keine ausreichenden Feststellungen dahingehend, dass die jeweils ausgeurteilten Taten auch tatsächlich auf der Grundlage einer Bandenabrede begangen wurden. Eine bandenmäßige Begehung ist allenfalls für die Taten belegt, die Gegenstand der Vorverurteilung durch das Amtsgericht Marburg waren. Für die hier ausgeurteilten Taten, die zeitlich vor diesen Taten lagen, sind jedoch noch keine Anknüpfungstatsachen ersichtlich, welche die Annah-

me einer bandenmäßigen Begehung rechtfertigen könnten.

Den Feststellungen des Landgerichts lässt sich nicht entnehmen, dass die Angeklagten M, S und A als Bande gehandelt haben. Vielmehr waren die beiden Angeklagten M und S im Wesentlichen alleine tätig, lediglich in einem Viertel der Fälle war die Angeklagte A beteiligt. In allen Fällen, in denen M oder S die EC-Karten betrügerisch eingesetzt haben, ist eine Einbeziehung des jeweils anderen nicht ersichtlich. Es wurde in keinem Fall eine der abhanden gekommenen EC-Karten vom jeweils anderen mitbenutzt.

Insoweit ist auch nicht erkennbar, ob und inwieweit die Taten konkret gegenseitig beeinflusst waren.

2. Zum Fehlen der Voraussetzungen für eine mittäterschaftliche Zurechnung gem. § 25 II StGB

Durchgreifenden Bedenken begegnet auch die umfassende Zurechnung sämtlicher Taten aus den Tatkomplexen 1 bis 7 im Hinblick auf die Angeklagten M, S und A.

a. Zusammenschluss als Bande begründet nicht automatisch Mittäterschaft

Das Landgericht schließt aufgrund der von ihm angenommenen bandenmäßigen Verbindung auf eine mittäterschaftliche Begehungsweise. Abgesehen davon, dass die Annahme einer bandenmäßigen Begehung schon nicht tragfähig ist, hätte die bloße Verbindung zu einer Bande nicht einmal zur Folge, dass jedes von einem der Bandenmitglieder aufgrund der Bandenabrede begangene Betrugs- oder Urkundenfälschungsdelikt den anderen Bandenmitgliedern ohne weiteres als gemeinschaftlich begangene Straftat im Sinne des § 25 Abs. 2 StGB zugerechnet werden kann. Vielmehr ist für jede einzelne Tat nach den allgemeinen Kriterien festzustellen, ob sich die anderen Bandenmitglieder hieran als Mittäter, Anstifter, Gehilfen beteiligt oder ob sie gegebenenfalls überhaupt keinen strafbaren Tatbeitrag geleistet haben (BGH NStZ-RR 2003, 265, 267; NStZ 2003, 32, 33).

b. Keine hinreichenden Feststellungen für die Annahme einer Mittäterschaft

Eine entsprechende Zurechnung hat das Landgericht nicht vorgenommen. Sie lässt sich auch nicht aus dem Zusammenhang der Feststellungen entnehmen. Es bleibt offen, inwieweit die Angeklagten A und M auf die Taten des S jeweils im Hinblick auf den konkreten Fall Einfluss genommen oder wenigstens am Taterfolg partizipiert haben könnten. Umgekehrt ist ebenso wenig erkennbar, wie S auf die Taten von A und M hätte einwirken können. Eine hinreichende Zurechnung lässt sich gleichfalls im Verhältnis von A und M nicht schon aus dem Umstand ableiten, dass diese zum Tatzeitpunkt eine Lebensgemeinschaft bildeten. Selbst wenn eine Bandenabrede zur Begehung von entspre-

chenden Taten durch die missbräuchliche Verwendung von EC-Karten vorläge, bedeutete dies nicht notwendigerweise, dass der jeweils andere von jedem einzelnen Fall überhaupt Kenntnis erlangt hätte oder sonst irgendwie in die Tatdurchführung einbezogen wäre.

Schließlich begründet die Feststellung des Landgerichts, auch die von M allein erbeuteten Waren seien teilweise für den Bedarf der Lebensgemeinschaft, zu der auch die minderjährige Tochter der Angeklagten A gehörte, verwendet worden, keine Zurechnung. Abgesehen davon, dass es auch bei der gemeinsamen Verwertung der Tatbeute einer Abgrenzung nach allgemeinen Regeln dahingehend bedarf, ob diese als sukzessive Mittäterschaft, Beihilfe oder nur als Hehlerei anzusehen ist, tragen die Feststellungen auch diesbezüglich den Schuldspruch nicht. Es lässt sich den Urteilsgründen nicht entnehmen, an welchen Waren, die M betrügerisch erlangt hat, die Angeklagte A partizipiert hat oder aus welchen von der Angeklagten A (zusammen mit dem Angeklagten S) betrügerisch erlangten Gegenstände der Angeklagte M konkreten Nutzen gezogen hat. Es fehlt insoweit die Beziehung zur konkreten Tat, die für eine Zuordnung erforderlich ist.

c. Zur irrigten Annahme von Tatmehrheit (§ 53 StGB)

Abgesehen davon ist die tatmehrheitliche Verurteilung der Taten, soweit die Angeklagten nicht persönlich eingekauft haben, rechtsfehlerhaft (vgl. näher unter 4.).

3. Neufassung des Schuldspruchs und Aufhebung des Strafausspruchs bzgl. der Angeklagten M, S und A

Da sich nach dem bisherigen Beweisergebnis ausschließen lässt, dass ein neuer Tatrichter hinreichende Feststellungen für eine Bandenabrede wird treffen können, fasst der Senat den Schuldspruch neu. Die Angeklagten M, S und A werden deshalb wegen Betruges in Tateinheit mit Urkundenfälschung in den Fällen verurteilt, in denen sich aus den Urteilsgründen eine konkrete Tathandlung der jeweiligen Angeklagten ergibt. Hinsichtlich der anderen Fälle bedarf es weiterer Feststellungen, soweit der neue Tatrichter nicht von § 154 Abs. 2 StPO Gebrauch macht. Im Umfang der Aufhebung der Schuldsprüche können aber die rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen zu den einzelnen Verwendungen der ECKarten bestehen bleiben.

a. Zu den verwirklichten Straftaten

Der Angeklagte M ist deshalb hinsichtlich der Tatkomplexe 2 (Fälle 28 - 130), 3 (Fälle 131 - 172), 6 (Fälle 246 - 249) und 8 (Fälle 417 - 471), der Angeklagte S bezüglich der Tatkomplexe 1 (Fälle 1 - 27), 4 (Fälle 173 - 177), 5 (Fälle 178 - 245) und 7 (Fälle 250 - 416) und die Angeklagte A hinsichtlich der letzten sechs Fälle aus Tatkomplex 1 (Fälle 22 - 27) sowie der Tatkomplexe 2 (Fälle 28 - 130) und 6 (Fälle 246 - 249) wegen Betruges in Tateinheit mit Urkundenfälschung

schuldig zu sprechen.

b. Zum Vorliegen besonders schwerer Fälle

Hinsichtlich aller drei Angeklagten werden weiterhin die Regelbeispiele des § 267 Abs. 3 Nr. 1 StGB und § 263 Abs. 3 Nr. 1 StGB vorliegen, weil das Merkmal der Gewerbsmäßigkeit gegeben ist. Allerdings ist nach § 263 Abs. 4 StGB i.V. mit § 243 Abs. 2 StGB die Annahme eines besonders schweren Falles des Betruges in den Fällen ausgeschlossen, in denen sich die Betrugshandlung nur auf eine geringwertige Sache bezogen hat, während die Geringwertigkeit der Annahme des entsprechenden Regelbeispiels bei der Urkundenfälschung nicht entgegensteht. Dies kann aber gleichwohl Anlass geben, von der Annahme eines besonders schweren Falles abzusehen.

c. Zur Aufhebung der Strafen

Mit der Aufhebung bzw. Abänderung der Schuldsprüche entfallen auch die hierfür verhängten Strafen. Der Senat hebt die für den Tatkomplex 8 gegen den Angeklagten M verhängten Strafen gleichfalls auf. Das Landgericht hat bei der Bemessung der teils sehr hohen Einzelstrafen jeweils die Vielzahl der Fälle strafschärfend gewürdigt. Da deren Anzahl sich möglicherweise erheblich vermindert, können die Einzelstrafen keinen Bestand haben. Eine Aufhebung der Feststellungen ist insoweit nicht erforderlich.

4. Zur Änderung des Schuldspruchs bzgl. der Angeklagten F

Die Verurteilung der Angeklagten F wegen Betruges in 68 Fällen, jeweils in Tateinheit mit Urkundenfälschung, führt auf die Revision dieser Angeklagten zu einer Korrektur im Schuldspruch. Die rechtsfehlerfreien Feststellungen, dass die Angeklagte F die von ihr rechtswidrig an sich gebrachte EC-Karte des Zeugen K an den Mitangeklagten S in Kenntnis dessen weitergegeben habe, dieser werde damit betrügerisch Waren einkaufen, trägt den Schuldspruch wegen mittäterschaftlicher Begehung in 68 Fällen nicht.

a. Zu den Voraussetzungen für Tatmehrheit bei Mittäterschaft

Der Angeklagten F kann nicht jede betrügerische Einkaufshandlung, die der Angeklagte S mit der von ihr verschafften EC-Karte getätigt hat, als selbständige Tat zugerechnet werden. Eine tatmehrheitliche Verurteilung ist zwar im Hinblick auf den Angeklagten S zutreffend, weil dieser auf der Grundlage eines jeweils neuen Tatentschlusses immer wieder unterschiedliche Verkäufer getäuscht hat. In Bezug auf die Angeklagte F ist dies jedoch nicht der Fall. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist, wenn an einer Deliktserie mehrere Personen als Mittäter be-

teiligt sind, vielmehr für jeden Beteiligten gesondert zu prüfen und zu entscheiden, ob die einzelnen Straftaten tateinheitlich oder tatmehrheitlich zusammentreffen. Maßgeblich ist dabei der Umfang des Tatbeitrags. Hat daher ein Mittäter, der an der unmittelbaren Ausführung der Taten nicht beteiligt ist, einen alle Einzeldelikte fördernden Tatbeitrag bereits im Vorfeld erbracht, werden ihm diejenigen Taten der anderen Mittäter als tateinheitlich begangen zugerechnet, da sie in seiner Person durch den einheitlichen Tatbeitrag zu einer Handlung im Sinne des § 52 Abs. 1 StGB verknüpft werden. Ob die Mittäter die ihnen zurechenbaren Taten gegebenenfalls tatmehrheitlich begangen haben, ist demgegenüber ohne Belang (BGH NStZ-RR 2003, 265, 267; wistra 2001, 336, 337).

b. Zum Vorliegen von Tateinheit bei der Angeklagten F

Nach diesen Grundsätzen hätte hier das Landgericht im Blick auf die Angeklagte F Tateinheit annehmen müssen. Da die Angeklagte F an der eigentlichen Tatausführung nicht beteiligt war, beschränkte sich ihr Tatbeitrag auf die Verschaffung der EC-Karte des Zeugen K, mit der die jeweiligen Taten begangen wurden. Dieser - ganz erhebliche - Tatbeitrag wirkte in jeder Einzeltat fort. Damit waren aber die Tathandlungen in der Person der Angeklagten F zu einer einheitlichen Tathandlung zusammengefasst.

c. Zu den verwirklichten Straftaten

Der Senat stellt deshalb den Schuldspruch um und verurteilt die Angeklagte wegen Betruges in Tateinheit mit Urkundenfälschung. An einer mittäterschaftlichen Begehung bestehen hier auch deshalb keine Zweifel, weil nach den Feststellungen des Landgerichts die Angeklagte F handelte, um sich selbst eine fortlaufende Einnahmequelle zu verschaffen. Damit hatte sie ein unmittelbares eigenes Tatinteresse. Es ist nicht ersichtlich, wie sich die Angeklagte anders hätte verteidigen können.

d. Zur Aufhebung des Strafausspruchs

Die Änderung des Schuldspruchs zieht hier die Aufhebung des Strafausspruches nach sich. Der Senat sähe es nicht als angemessen im Sinne des § 354 Abs. 1a StPO an, die verhängte Gesamtfreiheitsstrafe bestehen zu lassen und selbst eine Einzelstrafe auf der Grundlage der Bewertung des Landgerichts zu bilden. Die Feststellungen zur Strafzumessung können hier jedoch aufrecht erhalten bleiben, weil es sich lediglich um eine rechtliche Fehlbeurteilung der Konkurrenzverhältnisse handelt. Der neue Tatrichter kann aber insoweit neue Feststellungen treffen, die den bisher getroffenen nicht widersprechen.

Urteile in Fallstruktur

Standort: Öffentliches Recht

Problem: Polizeieinsatz gegen Neonazi-Feier

VG LÜNEBURG, URTEIL VOM 27.06.2006
3 A 413/05 (NJW 2006, 3299)

Problemdarstellung:

Die Polizei hatte anlässlich einer Geburtstagsfeier eines bekannten Neonazis über 100 geladene Gäste durch Platzverweise daran gehindert, die als Festraum dienende Schützenhalle anzufahren. Grund waren befürchtete Straftaten der rechtsgerichteten Szene sowie der geplante Auftritt einer Band, die als Nachfolgegruppe einer aufgelösten, durch rechtsradikal motiviertes Liedgut aufgefallenen anderen Gruppe war. Das Geburtstagskind musste infolge des Polizeieinsatzes seine Feier frühzeitig abbrechen und klagte nun auf Feststellung der Rechtswidrigkeit des Einsatzes. Dem VG Lüneburg stellten sich dabei eine Reihe von Problemen:

I. Schwierig war schon die Bestimmung der statthaften Klageart, also des genauen Klagebegehrens, § 88 VwGO. Dieses war "gegen den Polizeieinsatz" gerichtet. Hätte der Kl. sich gegen die seinen Gästen erteilten Platzverweise gerichtet, hätte eine Fortsetzungsfeststellungsklage analog § 113 I 4 VwGO vorgelegen, denn bei diesen handelte es sich um vor Klageerhebung erledigte Verwaltungsakte (nach a.A. wäre auf diese die Feststellungsklage nach § 43 VwGO anwendbar; das VG erörtert diesen Streit aber nicht). Genauer gesagt wären es 115 Klagen gewesen, denn 115 Gäste wurden mit Platzverweisen belegt. Das VG meint aber, ihm ginge es letztlich gar nicht um die Platzverweise, sondern um den Polizeieinsatz als solchen, der i.E. seine Feier ruiniert habe. Dafür könne die (negative) Feststellungsklage auf Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses in Betracht kommen. Im Ergebnis lässt das Gericht die Frage offen, wodurch es sich im Folgenden eine Vielzahl von Problemen schafft (siehe dazu die jeweiligen Anmerkungen in der Falllösung).

II. Sodann ging es um die Frage, ob von der Feier bzw. ihren Gästen eine "Gefahr" im polizei- und ordnungsrechtlichen Sinn ausging. Das Gericht betont, dass eine solche immer konkret festgestellt werden müsse; allgemeine Vermutungen, bei rechtsgerichteten Veranstaltungen komme es immer zu Straftaten und dergleichen, erteilt es - wie vor ihm schon das BVerfG (siehe Vertiefungshinweise) - eine deutliche Absage.

III. Weiterhin problematisch war, ob der Kläger durch den als rechtswidrig erkannten Polizeieinsatz, der sich

ja in erster Linie gegen seine Gäste richtete und ihn selbst nur mittelbar-faktisch betraf, in seinen Rechten verletzt war. Das VG prüft hier eine Reihe von Grundrechten durch:

1. Art. 8 I GG sei nicht betroffen, weil eine Geburtstagsfeier keine Versammlung sei. Dies gelte auch dann, wenn die Gäste ganz überwiegend die selbe politische Gesinnung aufwiesen und eine Band rechtsgerichtete Musik spiele.

2. Art. 5 III GG sei nicht betroffen, weil die Kunstfreiheit keinen Anspruch auf Publikum gewähre, durch die Platzverweise an die Gäste also nicht in das Grundrecht eingegriffen werde. Ob das Spielen rechtsgerichteter Musik überhaupt "Kunst" i.S.d. Art. 5 III GG ist, lässt das VG dabei offen.

3. Bejaht wird schließlich ein Eingriff in Art. 2 I GG, wobei das Gericht ausführt, nur ein schwerer, intensiver Eingriff könne das Grundrecht verkürzen. Einen solchen hat es in der Vereitelung der Geburtstagsfeier nach einer Gesamtschau der Umstände (noch) erblickt.

Prüfungsrelevanz:

Das Urteil ist trotz seiner Schwächen im Duktus sehr lesenswert, denn der Fall betrifft einen mittelbar-faktischen Eingriff in Grundrechte Dritter. Diese Konstellation wirft gleichermaßen eine Fülle verwaltungs- und verfassungsrechtlicher Fragen auf.

Der Versammlungsbegriff, den das VG unter der Rechtsverletzung des Klägers erörtert, spielt bspw. im Rahmen der Anwendung des Art. 8 I GG ebenso eine Rolle wie im Versammlungsgesetz. Das Gericht folgt übrigens dem "engen" Versammlungsbegriff, der eine politisch-öffentliche Meinungskundgabe fordert und es auch nicht ausreichen lässt, wenn eine solche beiläufig erfolgt. Eine Gesamtschau der Veranstaltung müsse vielmehr ergeben, dass es gerade auf die Meinungskundgabe ankomme. Das VG liegt damit ganz auf der Linie der aktuellen Rspr., die Spaß- und Unterhaltungsveranstaltungen (Fußballspiele, Konzerte, Loveparade usw.) nicht (mehr) als Versammlungen ansieht.

Besonders interessant sind auch die Ausführungen zum Eingriff in Art. 2 I GG. Das Gericht folgt einer neuen Tendenz, angesichts der Weite des Schutzbereichs des Art. 2 I GG (allgemeine Handlungsfreiheit, d.h. jedes Verhalten) nicht mehr - wie sonst - den "erweiterten" Eingriffsbegriff anzuwenden, der jede Verkürzung des Schutzbereichs genügen lässt, m.a.W. nur noch Bagatellen herausfiltert, sondern einen engeren

Eingriffsbegriff zu vertreten, der eine gewisse Schwere des Eingriffs, also der Folgen des staatlichen Handelns, fordert (vgl. hierzu Jarass/Pieroth-Jarass, Art. 2 Rn 11 m.w.N.). Diese Festlegung geschah ohne Not, denn da das Gericht i.E. auch einen solch strengen Eingriff bejaht, hätte es - wie es dies an passender und unpassender Stelle sonst das ganze Urteil hindurch praktiziert - leicht offen lassen können, ob es eines solchen überhaupt bedarf.

Das Urteil ist übrigens noch nicht rechtskräftig, weil das Land Niedersachsen die Zulassung der Berufung beim OVG Lüneburg (11 LA 219/06) beantragt hat.

Vertiefungshinweise:

- Zur Auflösung eines Skinheadkonzerts: *VG Lüneburg*, NdsVBl 2003, 249
- Spaßveranstaltungen sind keine Versammlung: *VG Hamburg*, RA 2001, 450; *Deger*, NJW 1997, 923; *Wiefelspütz*, NJW 2002, 274
- Keine Vermutung von Gefahren bei rechtsgerichteter Versammlung: *BVerfG*, BayVBl 2005, 594 = RA 2005, 629
- Platzverweise gegen Versammlungsteilnehmer: *BVerfG*, NVwZ 2005, 80 = RA 2005, 75; *OLG Celle*, NVwZ-RR 2006, 254 = RA 2006, 270
- Faktischer Eingriff in die Versammlungsfreiheit: *VG München*, NVwZ 2000, 461 = RA 2000, 287
- Zur Abgrenzung von Feststellungs- und Fortsetzungsfeststellungsklage bei vor Klageerhebung erledigtem VA: *BVerwG*, DVBl 1999, 1660 = RA 1999, 592; *Wehr*, DVBl 2001, 785

Kursprogramm:

- Examenskurs : "XYZ"
- Examenskurs : "Waffen-SS"

Leitsätze:

- 1. Wird über 100 Geburtstagsgästen der Zugang zur Feier durch Platzverweis verwehrt, steht dem "Geburtstagskind" ein Klagerecht aus Art. 2 GG zu.**
- 2. Die Polizeibehörde muss darlegen, dass von der Feier und/oder dem Besuch der Gäste eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung ausgeht.**
- 3. Die Prognose muss auf Tatsachen gegründet sein. Die Gleichsetzung "Skinhead-Musik" und "Gefahr" ist ohne Tatsachenbegründung unzulässig.**

Sachverhalt:

Der Kl. mietete für Samstag, dem 19.11.2005, die Schützenhalle D. in Niedersachsen an, um dort seinen Geburtstag nachzufeiern. Nach den Ermittlungen der Polizei waren rund 200 persönliche Einladungen versandt worden, und es sollte so genannte Skin-

head-Musik gespielt werden, da ein Auftritt der Band B geplant war. Diese Band ist nach der Einschätzung der Polizei eine Nachfolgegruppe der Band "Nordmacht", die der verbotenen "Blood & Honour - Bewegung" zuzurechnen ist. 2001 war es bei einem Auftritt der Band "Nordmacht" zu gewalttätigen Ausschreitungen gekommen, und im Jahr 2004 kam es bei einem Auftritt der Band zu "Sieg-Heil-Rufen" der Gäste.

Da der Kl. bereits im Januar 2005 eine ähnliche Veranstaltung abgehalten hatte, richtete die Polizeiinspektion H. in D. insgesamt vier Kontrollstellen ein. Die Maßnahme stütze sich auf die Prognose, dass sich unter den Anreisenden Personen befinden würden, die bereits strafrechtlich einschlägig polizeilich in Erscheinung getreten seien, und dass die Musikgruppe und die Vorgängerband durch die Publizierung indizierten Liedguts aufgefallen sei.

Am Tag der Veranstaltung wurden 115 Platzverweise dergestalt ausgesprochen, dass den anreisenden Gästen untersagt wurde, zur Schützenhalle zu fahren. Die Platzverweise wurden jeweils mit bevorstehenden Straftaten im rechtsradikalem Bereich begründet.

Als die Gäste ausblieben, brach der Kl. die Geburtstagsfeier vorzeitig ab. Anschließend erhob er Klage, gerichtet auf die Feststellung, dass die Behinderung der Geburtstagsfeier durch die Polizei rechtswidrig gewesen ist, weil er befürchtet, auf künftigen Feiern ähnliches zu erfahren.

Hat die Klage Erfolg?

Lösung:

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

A. Zulässigkeit

I. Rechtswegeröffnung

Zunächst müsste ein Rechtsweg eröffnet sein. Hier kommt die Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs nach § 40 I 1 VwGO in Betracht. Dann müsste eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit vorliegen, was sich nach dem Streitgegenstand richtet. Hier wird über das Verhalten der Polizei anlässlich der Geburtstagsfeier des Kl. gestritten, das seine Rechtsgrundlage im öffentlichen Recht, namentlich im NdsSOG findet. Damit liegt eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit vor. Diese ist auch nichtverfassungsrechtlicher Art und abdrängende Sonderzuweisungen zu anderen Gerichten bestehen nicht.

II. Statthafte Klageart

Die statthafte Klageart richtet sich nach dem Begehren des Klägers, § 88 VwGO. Wörtlich begehrt der Kläger die Feststellung, dass die Behinderung der Geburtstagsfeier durch die Polizei rechtswidrig gewesen ist. Dieses Begehren könnte durch die Fortsetzungsfest-

stellungsklage nach § 113 I 4 VwGO gedeckt sein. In Betracht kommt aber auch eine Feststellungsklage nach § 43 VwGO. Hierzu führt das VG aus:

1. Verhältnis von Fortsetzungsfeststellungs- und Feststellungsklage

“Nach § 113 I 4 VwGO spricht das Gericht dann, wenn sich ein Verwaltungsakt durch Zurücknahme oder anders erledigt hat, auf Antrag durch Urteil aus, dass der Verwaltungsakt rechtswidrig gewesen ist, wenn der Kl. ein berechtigtes Interesse an dieser Feststellung hat. Nach § 43 I VwGO kann die Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses oder der Nichtigkeit eines Verwaltungsakts begehrt werden, wenn der Kl. ein berechtigtes Interesse an der baldigen Feststellung hat. § 113 I 4 VwGO ist im Verhältnis zu § 43 VwGO die speziellere Norm, der Kl. kann eine Feststellung nach § 43 VwGO nicht begehren, die er im Wege einer Fortsetzungsfeststellungsklage erlangen kann. Umgekehrt kann eine Feststellung nach § 43 I VwGO dann begehrt werden, wenn die Klärung nach § 113 I 4 VwGO nicht erreichbar ist (vgl. Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, § 113 Rdnr. 77).”

2. Fortsetzungsfeststellungsklage

“Für die Annahme einer Fortsetzungsfeststellungsklage nach § 113 I 4 VwGO spricht, dass die Verwehrung des Zugangs für die Gäste ihre Ursache hat in gegenüber den Gästen ergangenen Verwaltungsakten, nämlich in den Platzverweisen auf Grund des Niedersächsischen Gesetzes über die öffentliche Sicherheit und Ordnung. So könnte man annehmen, die Beschwer für den Kl. liege in Verwaltungsakten, die den Kl. als Dritten - als Veranstalter seiner Geburtstagsfeier - belasten und in sein Recht auf Gestaltung seiner Feier eingreifen, obwohl er nicht unmittelbar Adressat der Platzverweise ist.”

[Anm.: Das VG prüft hier nicht die Erledigung dieser Platzverweise, die unbedingte Voraussetzung für die Anwendung des § 113 I 4 VwGO ist. Erledigung ist hier aber durch Zeitablauf eingetreten, § 43 II VwVfG, sodass die Fortsetzungsfeststellungsklage hieran nicht scheitert. Ferner übersieht das VG allerdings, dass § 113 I 4 VwGO allenfalls in analoger Anwendung hätte herangezogen werden dürfen, denn hier war die Erledigung vor Klageerhebung eingetreten; wegen ihrer systematischen Stellung im 10. Abschnitt der VwGO ist die Vorschrift aber direkt nur anwendbar, wenn im Zeitpunkt der Erledigung schon (Anfechtungs-)klage erhoben war. “Vorher” erledigt i.S.d. § 113 I 4 VwGO meint also “vor Erlass des Urteils”, nicht etwa “vor Klageerhebung”. Eine Analogie zu § 113 I 4 VwGO wird in letzterem Fall aber von der h.M. befürwortet, während eine m.M. schon wegen des Erledigungszeitpunkts hier ausschließlich zu § 43 VwGO gekommen

wäre.]

3. Feststellungsklage

“Für die Annahme einer Feststellungsklage nach § 43 I VwGO spricht, dass nicht die Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit der 115 einzelnen Platzverweise unmittelbarer Klagegegenstand ist, sondern das subjektive Recht des Kl., seine Geburtstagsfeier frei von Polizeieingriffen gestalten zu können. Für dieses Klageziel ist es nicht erheblich, ob die Polizei Dritten gegenüber mit Verwaltungsakten vorgeht oder nicht. Nicht den Polizeieingriff Dritten gegenüber stellt der Kl. zur Rechtsprüfung, sondern seine eigene Rechtsbetroffenheit, ihm geht es um die Frage, ob der Polizeieinsatz als solcher in seiner Gerichtetheit gegen seine Geburtstagsfeier seine eigene individuelle Rechtssphäre verletzt. In diesem Sinne argumentiert letztlich auch der Kl., wenn er vorträgt, aus den individuellen rund 115 Platzverweisen folge eine “übergeordnete” Maßnahme, die ihn selbst in seinen Rechten betreffe. Da die Feststellungsklage nach § 43 VwGO auch statthaft ist bei Maßnahmen, die die (Polizei-)Behörde gegen Dritte ergreift und als Folge davon eigene Rechte des Kl. tangieren (vgl. Kopp/Schenke, VwGO, 14. Aufl. [2005], § 43 Rdnrn. 16, 24), spricht dies für die Annahme einer Feststellungsklage nach § 43 I VwGO.”

4. Subsumtion

Die Entscheidung zwischen den beiden Klagearten hat sich am Begehren des Klägers zu orientieren, § 88 VwGO. Hätte sich der Kl. gegen die Platzverweise gewendet, also gegen erledigte Verwaltungsakte, läge eine Fortsetzungsfeststellungsklage analog § 113 I 4 VwGO vor. Er richtet sich aber nicht gegen die 115 Platzverweise, sondern die Störung seiner Feier an sich. Diese ist faktisch-mittelbarer Natur und kein Verwaltungsakt. Damit scheidet eine Fortsetzungsfeststellungsklage aus. Eine Feststellungsklage nach § 43 I VwGO kommt hier insoweit in Betracht, als das Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses, nämlich die Nichtberechtigung der Polizei, die Geburtstagsfeier zu stören, festgestellt werden soll. Unter einem Rechtsverhältnis ist die auf öffentlich-rechtlichen Normen beruhende, konkrete Beziehung zwischen Personen oder Personen und Sachen zu verstehen. Hier geht es um das Geschehen am 19.11.2005 vor der Schützenhalle in D., also einen konkreten Fall, und die Polizisten sind hier in amtlicher Eigenschaft, also aufgrund ihrer öffentlich-rechtlichen Befugnisse aus dem NdsSOG tätig geworden. Mithin liegt ein Rechtsverhältnis vor, um dessen Nichtbestehen es dem Kl. geht. Folglich ist eine Feststellungsklage nach § 43 I, 2. Fall VwGO statthaft.

[Anm.: Das VG hat sich in seinem Urteil nicht festgelegt und ausdrücklich offen gelassen, ob es sich nun für § 113 I 4 VwGO oder § 43 VwGO entscheiden will.

Diese Vorgehensweise bringt das VG im weiteren Verlauf der Prüfung in Schwierigkeiten, die bei sauberer Prüfung nicht zu überwinden gewesen wären. Zudem verstellt es sich den Blick für Probleme, die ebenfalls in ein Gutachten gehört hätten (vgl. zu beidem die weiteren Urteilsanmerkungen). In einem Gutachten sollte daher zur statthaften Klageart unbedingt Stellung bezogen werden.]

III. Klagebefugnis

“Nach § 42 II VwGO ist eine Anfechtungs- oder Verpflichtungsklage nur zulässig, wenn der Kl. geltend macht, durch den Verwaltungsakt oder seine Ablehnung oder Unterlassung in seinen Rechten verletzt zu sein.”

I. Analogie

Diese Vorschrift gilt für die Fortsetzungsfeststellungsklage nach § 113 I 4 VwGO entsprechend (Kopp/Schenke, § 113 Rdnr. 125 m. w. Nachw.), sie gilt auch für die Feststellungsklage nach § 43 I VwGO (Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, § 43 Rdnr. 28). Auch wenn die Vorschriften nicht auf die Vorschrift des § 42 II VwGO verweisen, folgt daraus nicht, dass jedermann auch ohne eigene Rechtsbetroffenheit eine Klage nach § 113 I 4 VwGO oder nach § 43 I VwGO erheben kann. Vielmehr sind auch diese Klagen nur zulässig, wenn der Kl. geltend machen kann, in seinen Rechten verletzt zu sein.”

[Anm.: Während die analoge Anwendung des § 42 II VwGO auf die Fortsetzungsfeststellungsklage nahezu unstrittig ist, ist sie bei § 43 VwGO sehr umstritten. Die Rspr. bejaht sie ganz überwiegend, während sie von einer starken Literaturmeinung verneint wird. Bereits hier zeigen sich also Unterschiede zwischen § 113 I 4 und § 43 VwGO und damit auch, wie ungeschickt es ist, die Klageart offen zu lassen.

Die obigen Ausführungen des VG sind zudem ein klassischer Zirkelschluss: Hier wird nicht argumentiert, sondern eine Behauptung - § 42 II VwGO müsse Anwendung finden - durch die selbe Behauptung - der Kläger müsse geltend machen können, in seinen Rechten verletzt zu sein - zu stützen versucht.]

2. Subsumtion

“Der Kl. sieht eine eigene Rechtsverletzung darin, dass die Platzverweise in ihrer Gesamtheit - die Polizeiaktion - seine Grundrechte aus Art. 2, 5, 8 und 11 GG beeinträchtigen: Der Polizeieinsatz verstoße insbesondere gegen das Versammlungsrecht und die Kunstfreiheit, die ihm als Veranstalter der Musikdarbietung zustehe.

Im vorliegenden Fall erscheint es nicht von vornherein ausgeschlossen, dass Grundrechte des Kl. verletzt sind. Es handelt sich jedenfalls nicht offensichtlich um eine unzulässige Popularklage eines außenstehenden Drit-

ten. Vielmehr ist der Kl. in der Durchführung seiner Geburtstagsfeier tatsächlich betroffen gewesen. Er hat vorgetragen, in seinen Rechten betroffen zu sein, weil über die Hälfte der Gäste nicht da gewesen seien, und er Kosten gehabt habe, die er nicht habe umlegen können. Angesichts dessen, dass die allgemeine Handlungsfreiheit nach Art. 2 I GG eine umfassende subjektiv-rechtliche Freiheitsgarantie gewährleisten soll, um einen lückenlosen Grundrechtsschutz zu sichern (Maunz/ Dürig, GG, Stand: Aug: 2005, Art. 2 I Rdnrn. 12 u. 27), ist die Frage, ob die Grundrechte des Kl. nur tangiert oder tatsächlich verletzt worden sind, im vorliegenden Fall eine Frage der Begründetheit der Klage und keine Frage ihrer Zulässigkeit.”

IV. Feststellungsinteresse

“Der Kl. hat auch ein berechtigtes Interesse an der von ihm begehrten Feststellung (§§ 113 I 4, 43 I letzter Halbs. VwGO). Das berechtigte Interesse im Sinne dieser Vorschriften schließt jedes als schutzwürdig anzuerkennende Interesse rechtlicher, wirtschaftlicher oder auch ideeller Art ein. Es liegt insbesondere dann vor, wenn die Gefahr einer Wiederholung der Beeinträchtigung besteht (“Wiederholungsgefahr”). So liegen die Dinge hier. Der Kl. hat vorgetragen, dass er seine nächsten Geburtstage in ähnlicher Art und Weise feiern will, auch im selben örtlichen Bereich, für den die Bekl. zuständig ist. Die Bekl. wiederum hat auf Nachfrage in der mündlichen Verhandlung erklärt, es könne nicht ausgeschlossen werden, dass die Polizei bei ähnlicher Gefahrenlage wieder geeignete polizeiliche Maßnahmen zur Gefahrenabwehr ergreifen werde. Dies begründet das berechtigte Interesse an der alsbaldigen Feststellung.”

V. Keine Subsidiarität

Die Feststellungsklage ist nach § 43 II VwGO subsidiär zu Gestaltungs- und Leistungsklagen. Solche kommen hier aber nicht in Betracht.

VI. Beklagter

Der Beklagte richtet sich bei § 43 VwGO in Ermangelung einer ausdrücklichen Regelung nach dem allgemeinen Rechtsträgerprinzip. Rechtsträger der handelnden Polizeibehörde ist das Land Niedersachsen, welches somit zu verklagen ist und auch verklagt wurde.

[Anm.: Diesen Punkt hat das VG überhaupt nicht geprüft. Hätte es ihn geprüft, wäre ihm aufgefallen, dass sich bei der Fortsetzungsfeststellungsklage der richtige Beklagte analog § 78 VwGO bestimmt, was hier in analoger Anwendung der §§ 78 I Nr. 2 VwGO, 8 I NdsAGVwGO dazu geführt hätte, dass die zuständige Polizeidirektion als Landesbehörde - und im Unterschied zu § 43 VwGO eben nicht das Land selbst - hätte verklagt werden müssen. Die Bestimmung des richtigen Beklagten ist also ein weiterer Grund, warum die

Klageart nicht offen gelassen werden kann. Dass es bei Annahme einer Fortsetzungsfeststellungsklage darüber hinaus noch Streitigkeiten über die Notwendigkeit eines Vorverfahrens analog § 68 VwGO und die Einhaltung einer Frist nach § 74 VwGO geben kann, sei nur am Rande erwähnt.]

Die Klage ist nach alledem zulässig.

B. Begründetheit

Die Klage auf Nichtbestehen des Rechtsverhältnisses ist begründet, soweit das Rechtsverhältnis nicht besteht, d.h. hier die Polizei die Geburtstagsfeier nicht hätte stören dürfen. Dies ist der Fall, soweit die Störung rechtswidrig und der Kläger durch sie in seinen Rechten verletzt worden ist.

I. Rechtswidrigkeit der Maßnahme

1. Ermächtigungsgrundlage

“Nach § 11 NdsSOG hat die Polizei die Aufgabe der Gefahrenabwehr. Eine Gefahr ist eine Sachlage, bei der im einzelnen Fall die hinreichende Wahrscheinlichkeit besteht, dass in absehbarer Zeit ein Schaden für die öffentliche Sicherheit und Ordnung eintreten wird (§ 2 Nr. 1 a NdsSOG).”

[Anm.: Spätestens bei der Bestimmung der Ermächtigungsgrundlage versagt das Offenlassen der Klagearten gänzlich. Hätte nämlich eine Fortsetzungsfeststellungsklage vorgelegen, hätte diese sich gegen die Platzverweise als erledigte Verwaltungsakte richten müssen. Diese stützen sich aber nicht auf die Generalklausel des § 11 NdsSOG, sondern als Standardmaßnahme auf den spezielleren § 17 NdsSOG. Indem das VG gleichwohl nur § 11 NdsSOG prüft, “entlarvt” es sich auch bei der Festlegung des Streitgegenstandes dahingehend, dass nur die mittelbar-faktischen Auswirkungen auf die Feier des Kl. geprüft werden. Diese sind kein Verwaltungsakt, eine Fortsetzungsfeststellungsklage käme gegen sie von vornherein nicht in Betracht. Die Wahl der Ermächtigungsgrundlage determiniert hier also gleichzeitig die Wahl der Klageart und vice versa.]

2. Formelle Rechtmäßigkeit

Die Polizei hat hier zur Gefahrenabwehr, nämlich zur Verhinderung rechtsredikal motivierter Straftaten gehandelt. Hierzu ist sie nach § 1 I 1, 3 NdsSOG zuständig. Im Hinblick auf Verfahren und Form sind keine Verstöße ersichtlich, so dass die Polizei insgesamt formell rechtmäßig gehandelt hat.

3. Materielle Rechtmäßigkeit

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

a. Voraussetzungen für eine Gefahr

Tatbestandlich setzt § 11 NdsSOG zunächst eine “Gefahr” i.S.d. § 11 NdsSOG vorgelegen haben. Eine Gefahr ist eine Sachlage, bei der im einzelnen Fall die hinreichende Wahrscheinlichkeit besteht, dass in absehbarer Zeit ein Schaden für die öffentliche Sicherheit und Ordnung eintreten wird (§ 2 Nr. 1 a NdsSOG). Die hinreichende Wahrscheinlichkeit eines solchen Schadenseintritts zu bestimmen, setzt eine Gefahrenprognose aus objektiver ex-ante-Sicht voraus. Hierzu das VG:

“Eingriffe der Polizei sind nur zugelassen, wenn Tatsachen vorliegen und diese Tatsachen einen konkreten Bezug zum jeweiligen Sachverhalt aufweisen. Auch sonst ist anerkannt, dass der Begriff der polizeilichen Gefahr eine auf Tatsachen gegründete prognostische Einschätzung über einen künftigen Geschehensverlauf ist, wobei die Tatsachen pflichtgemäß aufzuklären sind (Denninger, in: Lisken/Denninger, Hdb. d. PolizeiR, 3. Aufl. [2001], Kap. E Rdnr. 36 f).”

b. Subsumtion

aa. Vom Kläger ausgehende Gefahr

“Die Bekl. hat nichtdargelegt, dass vom Kl. selbst eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung ausgeht. Insbesondere ist im Verlaufe des Gerichtsverfahrens nicht ansatzweise vorgetragen worden, dass der Kl. etwa als Anführer einer radikalen Bewegung hervorgetreten wäre, als Redner oder anders die Anwendung von Gewalt propagiert hätte oder es unter seiner maßgeblichen Mitwirkung an verschiedenen Orten zu Krawallen, gewalttätigen Handlungen und damit verbundenen Rechtsverstößen gekommen wäre. [...]”

bb. Von den Gästen ausgehende Gefahr

“Die Bekl. hat auch nicht zur Genüge dargelegt, dass von den Geburtstagsgästen eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung ausgeht. [...] Inwieweit die Zugehörigkeit der Gäste (aber auch des Kl.) zum “rechten Spektrum” eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung bedeutet, hat die Bekl. durch Tatsachen nicht deutlich gemacht. Welches die “einschlägigen polizeilichen Erkenntnisse” sind, hat die Bekl. nicht dargelegt und begründet. Was die Bekl. unter einem “unfriedlichen Verlauf” einer Feier versteht, ist nicht erklärt. Insbesondere ist wegen insoweit fehlenden Tatsachenvortrags nicht erkennbar geworden, dass die Bekl. Straftaten befürchtet, etwa nach §§ 84 ff. StGB (Gefährdung des demokratischen Rechtsstaats), nach § 130 StGB (Volksverhetzung) oder anderes mehr. Insoweit fehlt es an einer auf Tatsachen gegründeten polizeilichen prognostischen Einschätzung über einen zukünftigen Geschehensverlauf. [...] Schließlich begründet der Umstand, dass die 115 weg-gewiesenen Geburtstagsgäste in Datenbanken der Polizei gespeichert sind, nicht automatisch, dass von ihrer

Teilnahme an der Geburtstagsfeier - gleichsam im Wege einer Automatik - eine Gefahr ausgeht. Es hätte eine individuelle Einzelprüfung durchgeführt werden müssen, ob von den einzelnen Gästen eine Gefahr ausgeht, es hätte gegebenenfalls dargelegt werden müssen, dass von den Gästen - auch wenn nicht von jedem einzelnen eine Gefahr ausgeht - in ihrer Gesamtheit Gefahren für die öffentliche Sicherheit drohen. Die Gefahren hätten auch im Einzelnen bezeichnet werden müssen, die gefährdeten Rechtsgüter im Einzelnen benannt. Die schlichte Behauptung, "auf Grund dieser Gesamtumstände mussten wir von einem unfriedlichen Verlauf seiner Veranstaltungen ausgehen", reicht zur Gefahrenprognose nicht aus. Der in diesen Vorwürfen liegende Generalverdacht lässt sich nicht rechtfertigen."

cc. Von der Musikgruppe ausgehende Gefahr

"Die Bekl. hat nicht dargelegt, dass aus dem Musikauftritt der Gruppe B eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung folgt. Die Bekl. hat auch nicht dargelegt, inwieweit das Abspielen von "Skinhead-Musik" eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung begründet. Die Gleichsetzung "Skinhead-Musik" und "Gefahr" ist ohne Tatsachenbegründung unzulässig. Abgesehen davon hat der Kl. vorgetragen, die eingeladene Band spiele keine Skinhead-Musik, sondern Hardrock. Die Bekl. hat keine Anhaltspunkte dafür geliefert, dass die Band etwa indiziertes Liedgut abspielen würde und mit dem Auftritt der Band deshalb eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit einhergeht. Dass die Band indizierte CDs produziert hat oder einzelne der Lieder gegen gesetzliche Bestimmungen verstoßen, ist nicht dargetan. Liedertexte hat die Bekl. nicht geliefert. Die von der Bekl. ins Feld geführten "Sieg-Heil-Rufe" betrafen das Jahr 2004 und die Vorgängerband "Nordmacht". Dass diese Rufe der Musikgruppe direkt zuzurechnen sind - etwa im Sinne einer Zweckveranlassung - hat die Bekl. nicht behauptet. Auch ist unklar geblieben, inwieweit dieser länger zurückliegende Vorfall eine Gefahr begründet, die von der Veranstaltung des Kl. ausgeht. Insbesondere hat die Bekl. nicht vorgetragen, bei der Feier des Kl. sei (ebenfalls) mit "SiegHeil-Rufen" zu rechnen." [...]

Nach alledem lag keine konkrete Gefahr i.S.d. § 2 Nr. 1a NdsSOG vor. Das Vorgehen der Polizei war schon aus diesem Grund rechtswidrig.

II. Rechtsverletzung des Klägers

Fraglich ist, ob der Kläger hierdurch auch in seinen Rechten verletzt wurde. Zweifel an einer Verletzung eigener Rechte des Klägers bestehen insoweit, als die Polizei unmittelbar nicht gegen ihn, sondern nur gegen seine Gäste vorgeht.

[Anm.: Das VG lässt unerklärt, warum es auf diesen Prüfungspunkt überhaupt ankommen soll; während sich für die Fortsetzungsfeststellungsklage durch die Bezugnahme des § 113 I 4 VwGO auf § 113 I 1 VwGO noch recht unproblematisch erklären lässt, dass der Kläger in seinen Rechten verletzt sein muss, ist für die Feststellungsklage nach § 43 VwGO höchst umstritten, ob eine Verletzung eigener Rechte überhaupt nötig ist (vgl. eingehend Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner-Pietzcker, VwGO, § 43 Rn. 28 m.w.N. sowie schon die obigen Ausführungen zur Notwendigkeit einer Klagebefugnis). Auch für dieses Problem verstellt sich das Gericht den Blick, indem es die Klageart nicht exakt bestimmt.]

1. Verletzung von Art. 11 GG

"Das Grundrecht nach Art. 11 I GG ist nicht verletzt worden. Nach Art. 11 I GG genießen alle Deutschen Freizügigkeit im ganzen Bundesgebiet. Hierdurch ist das Recht gewährleistet, jeden Ort des Bundesgebiets aufsuchen und sich dort aufhalten zu dürfen. Die Vorschrift schützt indes nicht schon die Fortbewegung als solche (v. Münch-Kunig, GG, 5. Aufl. [2000], Art. 11 Rdnrn. 11, 13). Die Freizügigkeit des Kl. ist nicht beschnitten worden. Er wurde weder in seiner Freizügigkeit noch in seiner Fortbewegung überhaupt nur ansatzweise eingeschränkt. Dass der Kl. festgehalten und an einer örtlichen Veränderung durch die Polizeibeamten gehindert worden wäre, ist weder vorgetragen noch ersichtlich. Soweit seine Gäste an der Fortbewegung gehindert worden sind, indem sie nicht zur Feier und zum Konzert im Saal zugelassen worden sind, kann dies allenfalls deren Rechte tangieren, nicht aber das Grundrecht des Kl. selbst aus Art. 11 GG. Der Kl. kann sich nicht zum Sprecher Rechte Dritter machen."

2. Verletzung von Art. 8 GG

a. Versammlung

"Nach Art. 8 I GG haben alle Deutschen das Recht, sich ohne Anmeldung oder Erlaubnis friedlich und ohne Waffen zu versammeln. Der Begriff einer Versammlung im Sinne des Versammlungsrechts ist durch eine gemeinschaftliche, auf Kommunikation angelegte Entfaltung mehrerer Personen gekennzeichnet. Versammlungen dienen der Teilhabe an der öffentlichen Meinungsbildung, wozu es nicht ausreicht, dass die Teilnehmer bei ihrem gemeinschaftlichen Verhalten durch irgendeinen Zweck miteinander nur lose verbunden sind. Eine Musikveranstaltung wird nicht dadurch zu einer Versammlung im Sinne des Versammlungsrechts, dass bei ihrer Gelegenheit auch Meinungskundgaben erfolgen. Es kommt auf das Gesamtgepräge der Veranstaltung an. Liegt das Schwergewicht der Veranstaltung auf dem Gebiet der Unterhaltung, und ist Meinungskundgabe nur beiläufiger Nebenakt, ist das Versammlungsrecht unanwendbar (BVerfG, DVBl

2001, 1351).“

b. Subsumtion

Ausgehend von diesen Grundlagen kann die Geburtstagsfeier mit Konzert nicht als Versammlung im Sinne des Versammlungsrechts angesehen werden.

aa. Party keine Versammlung

“Den Besuchern und dem Kl. ging es nicht um Teilhabe an der öffentlichen politischen oder sonstigen Meinungsbildung: Ihnen ging es nicht um einen öffentlichen Zweck, sondern um einen privaten Zweck, nämlich um die persönliche Geburtstagsfeier des Kl. Es ging auch nicht um die Teilhabe an einer politischen oder einer sonstigen Meinungsbildung. Zusammen mit der Musik ging es den Teilnehmern schwerpunktmäßig um die Teilhabe und um die Zurschaustellung eines gemeinsamen Lebensgefühls, um eine auf Spaß und Unterhaltung ausgerichtete “Party”. Zwar mögen die Teilnehmer an der Veranstaltung überwiegend dieselbe politische Einstellung wie der Kl. besessen haben. Gleichwohl ist das Schwergewicht der Musikveranstaltung auf dem Gebiet der Unterhaltung zu sehen: Schon in zeitlicher Hinsicht ist davon auszugehen, dass die Hinwendung zur Musik mehr Raum einnehmen sollte als der Gedankenaustausch. Unabhängig davon, ob und wie intensiv einzelne Teilnehmer sich untereinander politisch ausgetauscht haben, kann es sich doch nur um ein eher beiläufiges Geschehen in “kleineren Kreisen” von einzelnen Teilnehmern gehandelt haben und nicht um gezielte Einflussnahme etwa einzelner Redner auf die Gesamtheit der Anwesenden durch allgemeine Ansprachen oder Ähnliches. Die Musikveranstaltung in D., auf der “Rechtsrock” gespielt wurde, ist damit nicht als Versammlung im Sinne des Versammlungsrechts anzusehen.”

bb. Politisch motiviertes Privatkonzert keine Versammlung

“Der Kl. hat allerdings vorgetragen, es werde vertreten, bei einem Konzert “Rock gegen rechts” handele es sich um eine Versammlung (unter Berufung auf Dietel/Gintzel/Kniesel, Demonstrations- und Versammlungsfreiheit, 13. Aufl. [2004], § 1 Rdnr. 13). Bei einem Konzert “Rock für rechts” müsse dies in gleicher Weise gelten, so dass ein Schutz nach Art. 8 GG gegeben sei. Dieser Argumentation ist jedoch nicht zu folgen. Ob es als eine grundrechtlich geschützte Versammlung angesehen werden kann, wenn die Teilnehmer durch ihre Anwesenheit Anteilnahme ausdrücken wollen - entweder für oder gegen rechts -, mag auf sich beruhen. Denn dem Kl. ging es im vorliegenden Fall nicht um ein öffentliches Konzert “für rechts”. Einen Öffentlichkeitsbezug hatte seine Feier nicht. Es hat sich nach seinem eigenen Vortrag um eine private Geburtstagsfeier gehandelt. Eine solche private Veranstaltung wird nicht durch Art. 8 GG geschützt.”

3. Verletzung von Art. 5 GG

“Art. 5 GG ist ebenfalls nicht betroffen. Nach Art. 5 I 1 GG hat jeder das Recht, seine Meinung in Wort, Schrift und Bild frei zu äußern und zu verbreiten und sich aus allgemein zugänglichen Quellen zu unterrichten. Nach Art. 5 III 1 GG sind Kunst und Wissenschaft, Forschung und Lehre frei. Diese Grundrechte des Kl. sind nicht beschnitten worden.”

a. Kunstfreiheit, Art. 5 III GG

“Es mag offen bleiben, ob das Abspielen von Skinhead-Musik - oder “Rechtsrock”, wie der Kl. vorträgt - unter den verfassungsrechtlichen Kunstbegriff fällt. Selbst wenn dies der Fall sein sollte, gibt Art. 5 III 1 GG keinen grundrechtlichen Anspruch auf entsprechenden Zugang seiner Gäste zur Kunst oder zur Musikveranstaltung. Art. 5 III 1 GG kennt kein entsprechendes soziales Recht auf Teilnahme an der Kunst (Maunz/Dürig, Art. 5 III Rdnr. 21).

Auch der Vortrag des Kl., die Kunstfreiheit gelte auch für ihn als Veranstalter, und dieses Veranstaltungsrecht sei dadurch, dass den Gästen der Zugang durch Platzverweis verwehrt worden sei, eingeschränkt worden, führt nicht zur Annahme, Art. 5 III 1 GG sei verletzt. Dadurch, dass die Band nicht aufgetreten ist, ist allenfalls die Chance des Kl. zu einer angemessenen ideellen oder wirtschaftlichen “Verwertung” des Musikauftritts eingeschränkt worden. Seine Chance, möglichst vielen Gästen die Teilnahme an seinem Geburtstag und der Musikveranstaltung zu ermöglichen, ist beschnitten worden. Art. 5 III 1 GG gibt dem Veranstalter kein Recht auf ungehinderten Zulauf, auf massenhafte Teilnahme an einem vom ihm veranstalteten Konzert. Denn die Chance der ideellen oder wirtschaftlichen Ausnutzung einer Musikveranstaltung ist nicht durch Art. 5 III GG geschützt (BVerfGE 71, 162 [176]; Maunz/Dürig, Art. 5 III Rdnr. 18; v.Münch-Kunig, Art. 5 Rdnr. 94).

b. Meinungsfreiheit

“Anhaltspunkte dafür, dass die Meinungsfreiheit des Kl. nach Art. 5 I GG tangiert worden wäre, sind weder vorgetragen noch ersichtlich. Die Polizeimaßnahme hinderte den Kl. nicht an der Freiheit, seine Meinung in Wort, Schrift und Bild frei zu äußern und zu verbreiten oder sich aus allgemein zugänglichen Quellen zu unterrichten.”

4. Verletzung von Art. 2 I GG

“Art. 2 GG, der die allgemeine Handlungsfreiheit schützt, ist jedoch mehr als nur unerheblich verletzt worden.”

a. Eingriff in den Schutzbereich

“Auszugehen ist davon, dass Art. 2 I GG weder einen allgemeinen Gesetzesvollziehungsanspruch noch ein Grundrecht auf allgemeine Nachteilsfreiheit gewährt

(Maunz/Dürig, Art. 19 IV Rdnr. 122). Ein beeinträchtigtes Rechtsgefühl oder der Wunsch nach Genugtuung reichen für die Annahme einer Grundrechtsverletzung nicht aus. Es verbietet sich, in jedem tatsächlichen Betroffensein in eigenen Angelegenheiten eine Beeinträchtigung des Grundrechts nach Art. 2 I GG zu sehen. Dies würde das Grundrecht über die Maßen ausüben lassen und - im Falle einer Fortsetzungsfeststellungsklage oder Feststellungsklage wie hier - die Unterscheidung zwischen einer zulässigen, dem individuellen Rechtsschutz dienenden Klage und einer unzulässigen Popularklage der Sache nach weitgehend verwischen. Ein Anspruch, der die Justiz zum allgegenwärtigen Kontrollorgan gegenüber jeder Art von benachteiligender Verwaltungstätigkeit erhöhe, ist dem Grundgesetz fremd. Das Grundrecht nach Art. 2 I GG ist daher in aller Regel nur im Falle eines tiefen und folgenschweren Verstoßes verletzt (BVerwGE 65, 167 [174] = NJW 1982, 2513; Jarass/Pieroth, GG, 6. Aufl. [2002], Art. 2 Rdnr. 12)."

b. Subsumtion

"Im vorliegenden Fall liegt ein nicht nur unerheblicher Grundrechtsverstoß vor. Zwar hat der Kl. seine Ge-

burtstagsfeier abhalten können. Jedoch ist über die Hälfte seiner Gäste nicht zur Feier zugelassen worden. Die Band B ist nicht aufgetreten. Zu ihr hatte der Kl. eine besondere Verbindung, weil er der erste Sänger der Band war. Die Stimmung im Saal war gedrückt, es war nach Aussage des Kl. "eine richtig blöde Stimmung". Die Feier ist auch unstrittig vorzeitig beendet worden. Wie der Kl. vorgetragen hat, hatte er zwei Jahre vorher seinen 30. Geburtstag gefeiert, und zwar "open end". Im Jahr 2005 war auf Grund des Polizeieinsatzes ab 24 Uhr - wie es der Kl. ausgedrückt hat - ziemlich Schluss, weil keine Stimmung aufgekommen war. Es waren auch Kosten an ihm hängen geblieben, und er hat finanziell etwas zugesetzt. Auch wenn jeder Veranstalter einer Feier mit Einwirkungen von außen rechnen muss, ohne dass diese Auswirkungen auf das Grundrecht nach Art. 2 GG hätte, liegt bei einer Gesamtschau der Ereignisse ein nicht nur unerheblicher Eingriff vor, der im Ergebnis noch die Annahme eines rügefähigen Grundrechtsverstoßes rechtfertigt."

Mithin ist der Kl. auch in seinen Rechten verletzt. Seine Klage ist daher auch begründet, sie hat Erfolg.

Standort: Kaufrecht

Problem: Unverhältnismäßigkeit der Nacherfüllung

OLG CELLE, URTEIL VOM 28.06.2006
7 U 235/05 (ZGS 2006, 429)

Problemdarstellung:

Die Kl. begehrt die Rückabwicklung des mit der Bekl. geschlossenen Kaufvertrags sowie Schadensersatz statt der Leistung.

Der Kaufgegenstand, ein neues Wohnmobil, war mangelhaft. Es wies einen Gussfehler im Motorblock auf. Zunächst beehrte die Kl. unter Fristsetzung Nachbesserung insoweit, als der Motorblock ausgetauscht werden sollte. Dies lehnte die Bekl. ab und bot lediglich den Austausch eines Teils des Motorblocks an. Daraufhin verlangte die Kl. die Lieferung eines neuen Wohnmobils. Die Bekl. reagierte darauf nicht, so dass die Kl. nach Ablauf der Frist den Rücktritt vom Kaufvertrag erklärte und den Ersatz der ihr entstandenen Schäden beehrte. Erst danach lehnte die Bekl. die Neulieferung des Wohnmobils ab, da diese im Vergleich zur Nachbesserung unverhältnismäßig sei. Die Bekl. bot die Nachbesserung nunmehr kostenlos in Form des Einbaus eines Teilmotors an.

Prüfungsrelevanz:

Diese Entscheidung eignet sich sehr gut als Vorlage für eine Examensklausur. Zunächst gilt es das Problem zu lösen, ob der Anspruch der Kl. auf Neulieferung gem. § 437 Nr. 1, 439 I, 2. Fall BGB überhaupt besteht.

Die Kl. hatte zuvor bereits die Nachbesserung verlangt. Die vormals bereits ausgeübte Wahl der Art der Nacherfüllung gem. § 439 I BGB steht der Änderung der Nacherfüllungsart nicht entgegen. Es handelt sich um eine sog. elektive Konkurrenz und um keine Wahlschuld i.S.v. §§ 262 ff. BGB, so dass der Käufer innerhalb der Grenzen von Treu und Glauben seine einstmals ausgeübte Wahl ändern kann (Palandt-Heinrichs, § 262 Rn 6).

Weiterhin stellte sich das Problem, ob der Anspruch des Käufers auf Nacherfüllung gem. §§ 437 Nr. 1, 439 I BGB einredefrei sein muss zur Zeit des Rücktritts gem. §§ 346 I, 437 Nr. 2, 323 I BGB. Im konkreten Fall ging es um die Einrede der Unverhältnismäßigkeit gem. § 439 III BGB hinsichtlich der Neulieferung des Wohnmobils. Zwar ist die Durchsetzbarkeit des Nacherfüllungsanspruchs grundsätzlich keine Voraussetzung für einen wirksamen Rücktritt gemäß § 323 I BGB. Der Anspruch auf Nacherfüllung muss lediglich wirksam und fällig sein. So ist bei der Einrede des § 439 III BGB in Bezug auf beide Nacherfüllungsarten gem. § 440 S. 1 BGB sogar ein Rücktritt ohne Fristsetzung möglich. Relevanz für den Rücktritt erlangt das Bestehen einer dauernden Einrede gegenüber dem Anspruch auf Nacherfüllung regelmäßig nur bei der Verjährung desselben gem. § 218 BGB, durch den die Unwirksamkeit des Rücktritts herbeigeführt wird. Bedeutung für das Rücktrittsrecht erlangt der Einwand der Unverhältnismäßigkeit gem. § 439 III BGB darüber

hinaus nur in Ausnahmefällen. Dies ist insb. dann der Fall, wenn der Einwand sich nur auf eine der beiden Nacherfüllungsarten bezieht und die andere Art möglich, zumutbar und nicht fehlgeschlagen ist. Dann kann der Käufer nicht zurücktreten bevor der Verkäufer nicht auch die andere Art der Nacherfüllung abgelehnt hat bzw. die Frist zur Nacherfüllung verstrichen ist (vgl. § 440 S. 1 BGB).

Im vorliegenden Fall war zu bedenken, ob sich der Verkäufer noch nach der Rücktrittserklärung auf die Einrede der Unverhältnismäßigkeit gem. § 439 III BGB berufen kann. Dies lehnte das OLG Celle mit der Begründung ab, dass der Anspruch, auf den sich die Einrede bezieht - nämlich der Nacherfüllungsanspruch - zu dieser Zeit im Hinblick auf die Wandlung in das Rückgewährschuldverhältnis nach der Rücktrittserklärung nicht mehr bestand. Insoweit war der Bezugspunkt für die Einrede bei deren Erhebung nicht mehr gegeben. Diese Frage wurde, soweit ersichtlich, noch nicht höchstrichterlich entschieden. Zwar ist richtig, dass Einreden grds. bis zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung erhoben werden können (vgl. zur Einrede der Verjährung, BGH, NJW-RR 2004, 275), jedoch muss der Anspruch, auf den sie sich beziehen, zu diesem Zeitpunkt noch bestehen. Dies ist hier gerade nicht der Fall. Mithin ist abzuwarten, wie diese Frage höchstrichterlich entschieden wird. Im vorliegenden Fall konnte diese Frage sogar offen bleiben, da eine Unverhältnismäßigkeit i. S. v. § 439 III BGB weder in relativer noch in absoluter Hinsicht gegeben war. Lesenswert ist die Entscheidung wegen der Ausführungen des erkennenden Senats über den Bezugspunkt des Vertretenmüssens beim Schadensersatz statt der Leistung. Hier ist zu beachten, dass bei §§ 280 I 1, 281 I 1 BGB auf die Nicht-/Schlechtvornahme der Nacherfüllung innerhalb der gesetzten Frist abzustellen ist (Palandt/Heinrichs, § 281 Rn. 16; Staudinger/Otto, BGB, Stand: Januar 2004, § 281 Rn B 98; Jauernig/Vollkommer, § 281 Rn 12; MüKoErnst, § 281 Rn 47).

Vertiefungshinweise:

- Zur Nacherfüllung: *Ebert*, NJW 2004, 1761; *Tiedke/Schmitt*, JuS 2005, 583; *Jaensch*, JURA 2005, 649
- Nutzungsvergütung bei Rückabwicklung eines Neuwagenkaufs: *OLG Karlsruhe*, NJW 2003, 1950
- Bezugspunkt des Vertretenmüssens: *Schmieder/Volz*, JA 2005, 778

Kursprogramm:

- Examenskurs*: "Augen auf beim Mustangkauf"
- Examenskurs*: "Der defekte Synthesizer"

Leitsätze (der Redaktion):

Die Neulieferung eines vergleichbaren Fahrzeugs

ist bei einem Lunker (Gussfehler im Motorblock) nicht unverhältnismäßig, sofern der Kaufgegenstand ein Neufahrzeug ist.

Die Einrede des § 439 III BGB kann vom Verkäufer nur bis zur Erklärung des Rücktritts durch den Käufer erhoben werden. Nach der Rücktrittserklärung erlischt der Anspruch auf Nacherfüllung durch dessen Umwandlung in das Rückgewährschuldverhältnis.

Anknüpfungspunkt des Vertretenmüssens nach § 281 BGB ist die Nicht-/Schlechtleistung der Nacherfüllung innerhalb der dazu vom Käufer gesetzten Frist.

Sachverhalt:

Die Kl. nimmt die Bekl. auf Rückabwicklung eines Kaufvertrags über ein Wohnmobil und Schadensersatz in Anspruch.

Die Kl. kaufte am 07.04.2004 bei der Bekl. ein Wohnmobil auf der Basis eines F. D.. Es handelte sich hierbei um eine Tageszulassung. Der Kaufpreis betrug 39.334 EUR. Die Kl. stellte nach ungefähr 700 km Fahrstrecke einen Ölverlust fest. Das Fahrzeug wurde in Absprache mit der Bekl. einer Werkstatt vorgestellt. Dort wurde ein Fehler nicht gefunden. Im August 2004 wurde wegen erneuten Ölverlusts das Fahrzeug wiederum untersucht. Hierbei wurde festgestellt, dass das Wohnmobil einen sog. Lunker (Gussfehler) im Motorblock aufwies. Die Bekl. bot daraufhin mit Schreiben vom 13.08.2004 den Austausch und Neueinbau eines Teilemotors an. Die Kl. wies durch Schreiben vom 16.08.2004 unter Fristsetzung darauf hin, dass eine einvernehmliche Lösung in dem Sinn, dass die Bekl. einen neuen Motor liefere, für beide Parteien zufriedenstellend sein dürfte. Hierauf reagierte die Bekl. unter dem 20.08.2004 dergestalt, dass sie den Austausch eines inkompletten Motors (Rumpfmotor mit Kopf) anbot. Mit Schreiben vom 01.09.2004 verlangte die Kl. Nacherfüllung durch Nachlieferung eines Neufahrzeugs in einer Frist von einem Monat. Nach erfolglosem Fristablauf forderte die Kl. mit Schreiben vom 12.10.2004 Schadensersatz statt der Leistung, da sie für ein vergleichbares Modell einen Kaufpreis von 44.009 EUR aufwenden müsste. Mit Schreiben vom 16.11.2004 erklärte die Kl. den Rücktritt. Mit Schreiben vom 25.11.2004 meldeten sich die Prozessbevollmächtigten der Bekl. und boten den kostenlosen Einbau eines Teilemotors sowie einen Warengutschein von 500 EUR unter Hinweis auf § 439 III BGB an. Stehen der Kl. die geltend gemachten Ansprüche zu?

Lösung:

A. Anspruch der Kl. auf Rückzahlung des Kaufpreises gem. § 346 I BGB i.V.m. §§ 437 Nr. 2, 323 I BGB
Fraglich ist, ob die Kl. einen Anspruch auf Rückzah-

lung des Kaufpreises gem. § 346 I BGB i.V.m. §§ 437 Nr. 2, 323 I BGB gegen die Bekl. hat. Dazu müsste sie wirksam vom Kaufvertrag zurückgetreten sein.

I. Wirksamer Kaufvertrag

Die Kl. und der Bekl. haben am 07.04.2004 einen wirksamen Kaufvertrag gem. § 433 I BGB über das Wohnmobil geschlossen.

II. Mangel

Fraglich ist, ob das Wohnmobil mangelhaft ist. In Betracht kommt ein Sachmangel gem. § 434 I BGB.

1. Sachmangel gem. § 434 I 1 BGB

Das Wohnmobil könnte gem. § 434 I 1 BGB mangelhaft sein. Ein Mangel liegt vor, wenn eine negative Abweichung der Ist- von der Sollbeschaffenheit vorliegt. Dazu müsste eine Beschaffenheitsvereinbarung gegeben sein. Eine Beschaffenheit ist jeder der Sache anhaftende tatsächliche, wirtschaftliche oder rechtliche Umstand (Palandt-Putzo, § 434 Rn 14). Vereinbart ist eine Beschaffenheit dann, wenn der Inhalt des Kaufvertrages von vornherein oder nachträglich die Pflicht des Verkäufers bestimmt, die gekaufte Sache in dem Zustand zu übereignen, wie ihre Beschaffenheit im Vertrag festgelegt ist (Sollbeschaffenheit). Hier haben sie die Parteien über den Zustand des Motorblocks nicht geeinigt. Mithin liegt eine Vereinbarung i.S.v. § 434 I 1 BGB nicht vor.

2. Sachmangel gem. § 434 I 2 Nr. 1 BGB

Das Wohnmobil könnte einen Sachmangel gem. § 434 I 2 Nr. 1 BGB aufweisen. Dazu müsste sich der Kaufgegenstand nicht zur vertraglich vorausgesetzten Verwendung eignen. Bei Abschluss des Kaufvertrages müsste für den Verkäufer eine bestimmte Verwendung des Gegenstandes seitens des Käufers erkennbar sein (Palandt-Putzo, § 434 Rn 21). Die Kl. erwarb das Wohnmobil für den Verkäufer erkennbar zur Nutzung im Straßenverkehr. Diese Nutzung ist der Kl. auch mit dem Lunker im Motorblock möglich, da der Ölverbrauch höher ist und ständig überwacht werden muss. Also ist ein Sachmangel gem. § 434 I 2 Nr. 1 BGB nicht gegeben.

3. Sachmangel gem. § 434 I 2 Nr. 2 BGB

Das Wohnmobil könnte einen Sachmangel gem. § 434 I 2 Nr. 2 BGB aufweisen. Dazu müsste sich der Kaufgegenstand zur gewöhnlichen Verwendung nicht eignen oder eine Beschaffenheit nicht aufweisen, die bei Sachen gleicher Art üblich ist bzw. die der Käufer erwarten kann. Vorliegend hat der Motorblock einen Gussfehler. Dieser ist nicht üblich bei Wohnmobilen gleicher Art. Vielmehr handelt es sich um einen Fabrikationsfehler. Folglich ist ein Sachmangel gem. § 434 I 2 Nr. 2 BGB zu bejahen.

[Anm.: Die Subsumtion des Sachverhaltes unter den Mangelbegriff des § 434 I BGB ist bisweilen nicht eindeutig möglich. Sollten Sie sich in der Klausurlösung anderweitig entschieden haben, ist dies gut vertretbar. Entscheidend ist nur, dass der Korrektor aus der Lösung ersehen kann, dass Sie den subjektiven Mangel vorrangig vor dem objektiven Mangel prüfen.]

III. Bei Gefahrübergang, § 446 S. 1 BGB

Der Sachmangel müsste zum maßgeblichen Zeitpunkt vorgelegen haben. Dies ist bei beweglichen Sachen der Gefahrübergang gem. §§ 446 f. BGB, regelmäßig die Übergabe gem. § 446 S. 1 BGB (Palandt-Putzo, § 434 Rn 8). Das Wohnmobil wurde der Kl. am 07.04.2004 übergeben. Also ging die Gefahr am 07.04.2004 auf die Kl. über. Bei dem Mangel handelt es sich um einen Fabrikationsfehler; dieser lag ohne Zweifel zum Zeitpunkt der Übergabe an die Kl. vor.

IV. Fristsetzung zur Nacherfüllung erfolglos abgelaufen, § 323 I 1 BGB

Fraglich ist, ob die Kl. der Bekl. eine angemessene Frist zur Nacherfüllung gesetzt hat, die erfolglos abgelaufen ist.

1. Bestehen eines Neulieferungsanspruchs, §§ 437 Nr. 1, 439 I, 2. Fall BGB

Die Kl. müsste einen Neulieferungsanspruch gem. § 437 Nr. 1, § 439 I, 2. Fall BGB haben. Grds. hat der Käufer das Wahlrecht bzgl. der Art der Nacherfüllung, § 439 I BGB. Problematisch erscheint, dass die Kl. mit Schreiben vom 16.08.2004 zunächst Nachbesserung gem. § 437 S. 1, 439 I, 1. Fall BGB verlangte. Mit Schreiben vom 01.09.2004 begehrte die Kl. Neulieferung eines Wohnmobils gem. § 439 I, 2. Fall BGB.

Fraglich ist, ob und ggf. wann das in § 439 I BGB verbrieft Wahlrecht des Käufers bzgl. der Art der Nacherfüllung erlischt. Dies hängt davon ab, ob es sich insoweit um eine Wahlschuld i.S.v. §§ 262 - 265 BGB handelt oder um einen Fall der sog. elektiven Konkurrenz. In dem Fall einer Wahlschuld erlischt das Wahlrecht mit der Ausübung des Wahlrechts, § 263 II BGB. Dies liegt daran, dass in diesem Fall nur eine Forderung mit alternativem Inhalt besteht (Palandt-Heinrichs, § 262 Rn 6). Handelt es sich demgegenüber um einen Fall der elektiven Konkurrenz, stehen dem Gläubiger mehrere inhaltlich verschiedene Rechte (Forderungen oder Gestaltungsrechte) zur Verfügung (Palandt-Heinrichs, § 262 Rn 6). Bei dem Wahlrecht i.S.v. § 439 I BGB handelt es sich nach überwiegender Ansicht um einen Fall der elektiven Konkurrenz. Gegen eine Wahlschuld spricht die Systematik des § 439 III 3 BGB, da bei einer berechtigten Verweigerung der gewählten Art der Nacherfüllung sich der Anspruch des Käufers auf die andere Art der Nacherfüllung beschränkt. § 439 III BGB lässt also ausdrücklich einen Wechsel zwischen Nacherfüllung

und Nachbesserung zu. Weiterhin besteht der Sinn und Zweck des Nacherfüllungsanspruchs gerade darin, dass das Erfüllungsinteresse des Käufers am Erhalt eines mangelfreien Gegenstandes gewahrt werden soll. Diesem Interesse wird jedoch nur dann genüge getan, wenn der Verkäufer den Nacherfüllungsanspruch erfüllt hat. Daher muss dem Käufer ein echtes Wahlrecht haben, um seinem Erfüllungsinteresse Nachdruck zu verleihen.

“Die Kl. war zu diesem Zeitpunkt nicht gehindert, eine Nachlieferung von der Bekl. zu fordern. Zwar hatte die Bekl. zu diesem Zeitpunkt bereits eine Nacherfüllung in Form der Neulieferung des Teilemotors angeboten, mit welcher sich die Kl. nicht einverstanden erklärt hatte. Dabei obliegt zwar die Bestimmung des Umfangs der Mängelbeseitigung der Verkäuferin (Reinking/Eggert, Der Autokauf, 9. Aufl., Rn. 301). Allerdings besteht das dem Käufer zukommende Wahlrecht nach § 439 I BGB solange, wie mit einer Maßnahme noch nicht begonnen wurde. Dies ist vorliegend der Fall.”

Also konnte die Kl. mit Schreiben vom 01.09.2004 die Neulieferung verlangen.

2. Unverhältnismäßigkeit der Neulieferung

Fraglich ist, ob die gewählte Art der Neulieferung gem. § 439 III BGB unverhältnismäßig ist.

a. Auswirkung der Einrede der Unverhältnismäßigkeit auf den Rücktritt

Fraglich ist, welche Auswirkungen die Einrede der Unverhältnismäßigkeit seitens des Verkäufers auf das Rücktrittsrecht hat.

Problematisch ist zunächst, dass § 323 I BGB dem Wortlaut nach nicht die Einredefreiheit voraussetzt; der Rücktritt setzt die Nichterbringung einer fälligen Leistungspflicht voraus. Der Anspruch muss somit “lediglich” wirksam und fällig sein. Dass das Rücktrittsrecht gem. §§ 437 Nr. 2, 323 I BGB grundsätzlich keine Einredefreiheit voraussetzen kann, zeigt schon der Verweis auf § 440 S. 1, 1. Alt. BGB, wonach bei der Einrede des § 439 III BGB in Bezug auf beide Arten der Nacherfüllung das Rücktrittsrecht sogar ganz ohne Fristsetzung ausgeübt werden kann. Auch wäre § 218 BGB lediglich von klarstellender Funktion, wenn das Rücktrittsrecht bei der Verjährung des Nacherfüllungsanspruchs ohnehin ausgeschlossen wäre. Vor diesem Hintergrund hat der Einwand der Unverhältnismäßigkeit der Kosten gem. § 439 III BGB grundsätzlich keine Auswirkung auf das Bestehen des Rücktrittsrechts.

[Anm.: Nach anderer Auffassung sei die Einredefreiheit des Nacherfüllungsanspruchs ein ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal des § 323 I BGB. Das Bestehen einer dauernden oder aufschiebenden Einrede schließt das Rücktrittsrecht aus (vgl. Palandt-Heinrichs, §

323 Rn 11, unter Verweis auf die Regelungen zum Verzug gem. § 286 I BGB).]

Vorliegend könnte der Einwand des Käufers gemäß § 439 III BGB hinsichtlich der Neulieferung des Wohnmobils dennoch das Rücktrittsrecht ausschließen. Das ergibt sich aus dem Umstand, dass der Verkäufer die Nachbesserung in Form des Teilaustausches des Motorblocks angeboten hatte und diese die Mangelhaftigkeit hätte beseitigen können. Sofern der Verkäufer zu Recht die Neulieferung des Wohnmobils wegen § 439 III BGB abgelehnt haben sollte, wäre der Käufer zunächst auf die Nachbesserung zu verweisen. Erst wenn der Verkäufer diese Form ebenfalls ablehnen sollte oder aber die Frist hätte verstreichen lassen, wäre die Rücktrittsmöglichkeit eröffnet (vgl. § 440 S. 1, 1. Alt. BGB) Dieser Gedanke ist quasi die Kehrseite der elektiven Konkurrenz.

Demnach stellt sich die Frage, ob der Verkäufer den Einwand der Unverhältnismäßigkeit gem. § 439 III BGB in Bezug auf die Neulieferung des Wohnmobils zu Recht und rechtzeitig erhoben hat.

b. Geltendmachung der Unverhältnismäßigkeit erst nach Rücktritt

Fraglich ist, ob sich die Bekl. auf die Unverhältnismäßigkeit der Nachlieferung mit Schreiben vom 25.11.2004 noch berufen konnte. Zu diesem Zeitpunkt hatte die Kl. bereits am 16.11.2004 den Rücktritt erklärt.

Nach der Rechtsansicht des erkennenden Senats des OLG Celle ist die Einrede der Unverhältnismäßigkeit verspätet. “Das Landgericht hat nach Auffassung des Senats zu Recht die Ansicht vertreten, der Bekl. sei zudem zum Zeitpunkt der Erklärung mit der Einrede der Unverhältnismäßigkeit ausgeschlossen gewesen, da sie diese verspätet erhoben habe. Die Bekl. hat den Einwand der Unverhältnismäßigkeit nicht vor Ablauf der ihr gesetzten Frist zur Nachlieferung erhoben. Dies wäre aber erforderlich gewesen. Für die Auffassung des Landgerichts spricht der Gesetzestext. Hiernach kann der Verkäufer bei einer Unverhältnismäßigkeit die gewählte Art der Nacherfüllung verweigern. Die Nacherfüllung ist aber nicht mehr möglich, wenn der Käufer den Rücktritt vom Vertrag erklärt hat, da dieser dann in ein Abwicklungsverhältnis umgewandelt wird. Es tritt hinzu, dass gem. § 439 III 3, Hs. 1 BGB der Anspruch des Käufers bei einem Einwand der Unverhältnismäßigkeit auf die andere Art der Nacherfüllung erhalten bleibt; diese andere Art ist ausgeschlossen, wenn der Käufer den Rücktritt erklärt hat. Aus der Begründung des Diskussionsentwurfs zum Schuldrechtsmodernisierungsgesetz (Stand: 04.08.2000, S. 490 f.) ergibt sich nichts Gegenteiliges. Insbesondere wird dort der Zeitpunkt, bis zu dem die Einrede der Unverhältnismäßigkeit möglich sein soll, weder erwähnt noch wird dazu Stellung bezogen.” Demnach ist die

Einrede nach Auffassung des erkennenden Senats unbeachtlich.

Die Richtigkeit dieser Auffassung kann dahinstehen, wenn eine Unverhältnismäßigkeit nicht vorliegt.

c. Vorliegen der Unverhältnismäßigkeit gem. § 439 III 1 BGB

Fraglich ist nun, ob das Neulieferungsverlangen der Kl. unverhältnismäßig ist. Gem. § 439 III 1 BGB kann der Verkäufer die vom Käufer gewählte Art der Nacherfüllung verweigern. Fraglich ist, wie der Begriff der Unverhältnismäßigkeit zu bestimmen ist.

aa. Relative Unverhältnismäßigkeit, § 439 III 2, letzter Hs. BGB

Die relative Unverhältnismäßigkeit liegt dann vor, wenn die gewählte Art der Nacherfüllung unverhältnismäßig im Vergleich zur anderen Art ist. Dies ist dann der Fall, wenn auf die andere Art der Nacherfüllung ohne erhebliche Nachteile für den Käufer zurückgegriffen werden kann. Ermittelt wird dies im Wege einer Interessenabwägung. Der Maßstab diesbezgl. ist gesetzlich festgelegt, § 439 III 2 BGB. Vorliegend sind dem Sachverhalt keinerlei Angaben zu den Nacherfüllungskosten zu entnehmen. Daher kann von einer relativen Unverhältnismäßigkeit nicht ausgegangen werden.

bb. Absolute Unverhältnismäßigkeit

Bei der absoluten Unverhältnismäßigkeit der Nacherfüllung ist der Wert der mangelfreien Sache ins Verhältnis zu den Kosten der Nacherfüllung zu setzen (OLG Braunschweig, NJW 2003, 1053). Es ist insoweit eine Einzelfallbetrachtung vorzunehmen. Dabei sind insb. das Verschulden, die Art und Schwere des Mangels und die Kosten zu berücksichtigen. Da jegliche Kostenangaben fehlen, kann auch die absolute Unverhältnismäßigkeit nicht anhand von Wertgrenzen festgestellt werden. Auch im Hinblick auf die Schwere des Mangels lässt sich eine Unverhältnismäßigkeit der Neulieferung nicht herleiten. "Es hat sich um einen wesentlichen Mangel gehandelt. Der Lunker im Motorblock hatte zur Folge, dass die Kl. permanent auf den Ölverbrauch des Motors achten musste. Angesichts der Tatsache, dass es sich bei dem streitgegenständlichen Wohnmobil um ein Neufahrzeug (mit Tageszulassung) handelt, hält es der Senat wegen der eintretenden Wertminderung nicht für hinnehmbar, dass sich die Kl. bei einem derartigen Mangel mit einem Austausch des Motors zufrieden geben muss. Soweit die Bekl. im übrigen behauptet, eine Reparatur würde nur 1.115 EUR + MWSt. kosten, übersieht sie, dass noch der Materialwert des Motors hinzutritt, was die Geschäftsführerin der Bekl. in der mündlichen Verhandlung auch klargestellt hat."

d. Eine Unverhältnismäßigkeit ist nicht gegeben, so

dass die Beachtlichkeit der Einrede tatsächlich offen bleiben kann.

[Anm.: Für die Annahme der Verspätung spricht in der Tat, dass sich der Nacherfüllungsanspruch mit der Rücktrittserklärung in ein Rückgewährschuldverhältnis wandelt, so dass der Bezugspunkt der Einrede, d.h. die Forderung, nicht mehr besteht.]

3. Erfolgloses Setzen einer angemessenen Nachfrist

Die Kl. müsste der Bekl. eine angemessene Frist zur Nacherfüllung gesetzt haben. Die Kl. hat dem Bekl. unter dem 01.09.2004 eine einmonatige Frist zur Nachlieferung bis zum 01.10.2004 gesetzt. Zweifel an der Angemessenheit dieser Frist bestehen nicht.

[Anm.: Sollte einmal eine Frist unangemessen kurz bestimmt sein, wird dadurch die objektiv angemessene Frist in Gang gesetzt (Palandt-Heinrichs, § 323 Rn 14).]

Die gesetzte Frist müsste erfolglos verstrichen sein. Die Bekl. reagierte auf das Schreiben der Kl. vom 01.09.2004 nicht, so dass die Monatsfrist ergebnislos verstrich.

V. Kein Ausschluss, § 323 V 2 BGB

Fraglich ist, ob der Rücktritt ausgeschlossen ist. In Betracht kommt allenfalls ein Ausschluss gem. § 323 V 2 BGB. Es müsste sich bei dem Lunker um einen erheblichen Mangel handeln. Ob der Mangel erheblich ist, muss unter Berücksichtigung aller Umstände, vor allem des Vertragszwecks und der Verkehrsanschauung ermittelt werden (Brox/Walker, Besonderes Schuldrecht, § 4 Rn 62). Der Lunker kann nur durch einen (Teil-) Austausch des Motorblocks behoben werden. Mithin ist der Mangel erheblich.

VI. Rücktrittserklärung, § 349 BGB

Die Kl. müsste den Rücktritt verlangt haben. Unter dem 16.11.2004 erklärte die Kl. den Rücktritt schriftlich. Fraglich ist, wie es sich auswirkt, dass die Kl. zuvor unter dem 12.10.2004 bereits Schadensersatz statt der Leistung verlangt hat. Durch das Verlangen des Schadensersatzes erlischt gem. § 281 IV BGB der Erfüllungsanspruch. Dies hat auf die Erklärung des Rücktritts keinen Einfluss. Gem. § 325 BGB können Rücktritt und Schadensersatz neben einander geltend gemacht werden.

VII. Rechtsfolge

Die Kl. ist wirksam vom Kaufvertrag zurückgetreten. Mithin besteht der Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises, allerdings gekürzt um die gezogenen Gebrauchsvorteile. "Die Kl. muss sich gezogene Nutzungen gemäß § 346 I, II Nr. 3 BGB anrechnen lassen. Diese belaufen sich bei einer gefahrenen Kilometerlei-

stung von 4.665 km und einer Abnutzung von 0,5 % des Kaufpreises pro gefahrene 1.000 km auf insgesamt 917,46 EUR. Bringt man diesen Betrag von dem Kaufpreis von 39.334 EUR in Abzug, ergibt sich eine Summe von 38.416,54 EUR.“ Dieser Anspruch besteht jedoch nur Zug- um Zug gegen Rückgabe des Wohnmobils.

B. Anspruch der Kl. auf Schadensersatz gem. §§ 437 Nr. 3, 280 I, III, 281 I 1 BGB

Die Kl. könnte einen Anspruch auf Schadensersatz gem. §§ 437 Nr. 3, 280 I, III, 281 I 1 BGB haben.

I. Voraussetzungen des § 437 BGB

Die Voraussetzungen des § 437 BGB liegen vor. Auf obige Ausführungen wird verwiesen.

2. Verletzung einer noch möglichen leistungsbezogenen Pflicht

Die Bekl. müsste eine noch mögliche leistungsbezogene Pflicht verletzt haben. Bezugspunkt für die Pflichtverletzung ist die Nacherfüllung. Dies folgt bereits aus dem Recht des Käufers zur zweiten Andienung. Wie bereits dargelegt war die Nacherfüllung möglich. Die Nacherfüllung war auch seit dem Verlangen der Neulieferung der Kl. vom 01.09.2004 fällig und durchsetzbar. Auf obige Ausführungen wird verwiesen.

3. Fristsetzung zur Nacherfüllung

Die Bekl. hat die Nacherfüllung nicht innerhalb der angemessenen Frist von einem Monat erbracht. Auf obige Ausführungen wird verwiesen.

4. Vertretenmüssen, § 280 I 2 BGB

Fraglich ist, ob die Bekl. schuldhaft gehandelt hat. “Schuldhaftes Handeln wird gemäß § 280 I 2 BGB vermutet, wobei im Rahmen des § 281 BGB nach weitgehender Auffassung in der Literatur Bezugspunkt das Vertretenmüssen bei Fristablauf ist (Palandt/Heinrichs, § 281 Rn. 16; Staudinger/Otto, BGB, Stand: Januar 2004, § 281 Rn B 98; Jauernig/Vollkommer, BGB, 10. Aufl., § 281 Rn 12; MüKoErnst, BGB, 4. Aufl., § 281 Rn 47). Der Senat schließt sich dieser

Auffassung an. Es kommt im Rahmen des § 281 BGB für die Frage des Schadensersatzes nicht darauf an, ob der Verkäufer den Mangel der Kaufsache zu vertreten hat, sondern ob er die fehlende Ersatzlieferung binnen der gesetzten Frist zu vertreten hat (Palandt/Heinrichs, § 437 Rn 37). Hierfür ist er darlegungs- und ggf. beweispflichtig. An einem solchen Vortrag fehlt es hier. Die Bekl. hat nur ausgeführt, dass es sich bei dem Lunker im Motorblock um einen herstellerbedingten Mangel handele und sie als Händlerin hierfür nicht einzustehen bräuchte. Sie hat aber für die noch mögliche (s. II A 2 d) Ersatzlieferung einzustehen.“ Mithin hat sich die Bekl. nicht exculpirt. Also ist das Vertretenmüssen zu bejahen.

5. Rechtsfolge

Der Anspruch aus §§ 437 Nr. 3, 280 I, III, 281 I 1 BGB schützt das positive Interesse in Form des Äquivalenzinteresses. Erstattungsfähig sind alle Schäden, die adäquat kausal durch die Nichtvornahme der Nacherfüllung innerhalb der Nacherfüllungsfrist entstanden sind. “Die Kl. ist so zu stellen, wie sie gestanden hätte, wenn die Bekl. im Zeitpunkt der Fälligkeit ordnungsgemäß geleistet hätte (Palandt/Heinrichs, § 281 Rn. 25, 47).“ Die Kl. trägt vor, sie müsste derzeit für ein vergleichbares Modell einen Kaufpreis von 44.009 EUR aufwenden. Mithin ist der Kl. nach der Differenztheorie ein Schaden in Höhe von 4675 EUR entstanden, der adäquat kausal auf der Nichtleistung beruht.

“Die Kl. muss sich keinen Abzug Alt für Neu dadurch gefallen lassen, dass sie für die Hingabe eines Gebrauchtfahrzeugs ein Neufahrzeug erhalten könnte. Dagegen spricht, dass ein Verkäufer verpflichtet ist, dem Käufer ein ordnungsgemäßes Neufahrzeug zu liefern und im Fall einer Rückabwicklung hierfür Voraussetzung ist, dass er dieser Pflicht nicht nachgekommen ist. Der Käufer darf bei einer solchen Konstellation im Ergebnis nicht schlechter gestellt werden. Im Übrigen wird diesem Gedanken bereits dadurch Rechnung getragen, dass die von der Käuferin gezogenen Nutzungen gemäß § 346 II Nr. 3 BGB bereits berücksichtigt und in Abzug gebracht werden.“

Standort: § 249 I StGB

Problem: Fehlgeschlagene Beuteerwartung

BGH, URTEIL VOM 14.06.2006
2 STR 65/06 (NSTZ 2006, 686)

Problemdarstellung:

Die Angeklagten hatten das Opfer überfallen, niedergeschlagen und ihm einen Karton abgenommen, weil sie in diesem eine große Menge Bargeld vermuteten. Tatsächlich enthielt der Karton jedoch nur einige Weinflaschen. Das LG Koblenz hatte die Angeklagten insb. wegen mittäterschaftlichen schweren Raubes (§§

249 I, 250 II Nr. 1, 25 II StGB) verurteilt. Auf die Revision der Angeklagten hob der BGH das Urteil auf, soweit die Angeklagten wegen vollendeten und nicht nur wegen versuchten (schweren) Raubes verurteilt worden waren.

Prüfungsrelevanz:

Vermögensdelikte sind in beiden Examen ein besonders häufig anzutreffender Stoff. Gerade die im vorliegenden Fall relevanten Delikte des Raubes (§ 249

StGB) und der räuberischen Erpressung (§§ 253 I, 255 StGB) sind - neben Diebstahl (§ 242 StGB) und Betrug (§ 263 StGB) - hier am häufigsten Gegenstand von Prüfungsaufgaben. Das insofern klassische Problem der Abgrenzung von § 249 StGB und §§ 253 I, 255 StGB und die sich aus der jeweiligen Auffassung ergebenden Konsequenzen für die Prüfung der Wegnahme beim Raub spielen im vorliegenden Fall allerdings nur eine untergeordnete Rolle.

Schwerpunkt der materiell-rechtlichen Ausführungen des BGH im vorliegenden Fall ist die Frage, wie es sich auf die Strafbarkeit i.R.v. § 249 I StGB auswirkt, wenn der Täter ein Behältnis wegnimmt, weil er es auf dessen Inhalt abgesehen hat und später feststellen muss, dass das Behältnis gar nicht den vermuteten sondern einen anderen Inhalt hat. Dasselbe Problem kann sich auch bei § 242 I StGB stellen; Raub und Diebstahl setzen nämlich übereinstimmend die Absicht des Täters voraus, sich die Sache rechtswidrig zuzueignen. Hierzu gehört insbesondere die Aneignungsabsicht, also die Absicht, die weggenommene Sache oder den darin verkörperten Sachwert wenigstens vorübergehend dem eigenen Vermögen oder dem eines anderen einzuverleiben (BGHSt 24, 155; Tröndle/Fischer, § 242 Rn 41). Das LG Koblenz hatte im vorliegenden Fall in der Vorinstanz noch einen vollendeten Raub angenommen und hierbei die Aneignungsabsicht mit der Begründung bejaht, die Täter hätten die Absicht gehabt, sich den weggenommenen Karton und dessen (abstrakten) Inhalt anzueignen. Der BGH stellt jedoch im vorliegenden Urteil in Übereinstimmung mit der ständigen Rechtsprechung (vgl. BGHSt 4, 58; BGH, NStZ-RR 2000, 343) klar, dass ein vollendeter Raub nicht in Betracht komme, da die Täter bezüglich der tatsächlich weggenommenen Sachen (Karton und Weinflaschen) keine Aneignungsabsicht hätten und die Sache, die sie sich aneignen wollten (das Geld), von ihnen tatsächlich nicht weggenommen wurde.

Anders ist die Konstellation übrigens, wenn der Täter die "richtige" Sache wegnimmt und lediglich später feststellen muss, dass diese sich für den beabsichtigten Zweck nicht eignet. Da die §§ 242 I, 249 I StGB nur eine Aneignungsabsicht und keine Aneignung voraussetzen (sog. erfolgskupierte Delikte), schließt hier der entgegen der Tätervorstellung nicht eintretende Aneignungserfolg die Vollendung der Tat nicht aus (BGH, NStZ 2004, 386 (= RA 2004, 278); Schönke/Schröder-Eser, § 242 Rn 62; Schleier/Schlehofer, JuS 1983, 54)

Vertiefungshinweise:

Zum Verhältnis von Raub und räuberischer Erpressung: BGHSt 14, 368; BGH, NStZ 2003, 604; 2005, 508 (= RA 2005, 430); Otto, JZ 1984, 143; Gepfert/Kubitzky, JURA 1985, 276

Zu den Voraussetzungen der Mittäterschaft: BGHSt

6, 249; BGH, NStZ-RR 2005, 71; Bottke, GA 2001, 472; Heinrich, JR 2003, 85; Lesch, JA 2000, 73; Marlie, JA 2006, 613; Stein, StV 1993, 411

Zur Zueignungsabsicht bei Wegnahme eines Behältnisses mit falschem Inhalt: BGHSt 4, 58; BGH, StV 1990, 408; NJW 1990, 2569; NStZ-RR 2000, 343

Kursprogramm:

Examenskurs: "Der Bankräuber"

Leitsatz (der Redaktion):

Nimmt der Täter unter Anwendung von Gewalt gegen eine Person ein Behältnis weg, das nicht den von ihm begehrten Inhalt hat, so liegt kein vollendeter, sondern nur ein versuchter Raub vor.

Sachverhalt (vereinfacht):

B erlangte im Oktober 2003 Kenntnis davon, dass am 22. Oktober 2003 im Rahmen eines sogenannten "Pyramidenspiels" ein Betrag von 160.000 Euro in einem Lokal an K, den späteren Geschädigten, übergeben werden sollte. B gewann in der Folge den A für den Plan, K zu überfallen. Spätestens am 22. Oktober 2003 erklärte sich A, der in finanziellen Schwierigkeiten war, zur Beteiligung bereit. Die Beute wollten B und A unter sich aufteilen.

Am Tatabend warteten A und B in der Nähe der Wohnung des Geschädigten. Als der Geschädigte auf das Grundstück fuhr und anhielt, riss A die Fahrertür auf und schlug mit einem harten Schlagwerkzeug auf den Geschädigten ein, so dass das Tatopfer Platzwunden am Kopf erlitt. B entnahm unterdessen aus dem Kofferraum einen Karton; sodann flohen die Täter in ihrem Fluchtfahrzeug. Als sie unterwegs den Karton öffneten, fanden sie darin statt der erwarteten 160.000 Euro nur einige Flaschen Wein. Diese warfen sie mit dem Karton weg, da sie keine Verwendung dafür hatten. Strafbarkeit von A und B?

[Anm.: Straftaten des 17. 18. und 19. Abschnitts sind nicht zu prüfen.]

Lösung:

A. Strafbarkeit von A und B gem. §§ 249 I, 250 II Nr. 1, 25 II StGB dadurch, dass A auf K einschlug und B den Karton aus dem Kofferraum entnahm

A und B können sich dadurch, dass A mit einem harten Schlagwerkzeug auf K einschlug und B den Karton mit den Weinflaschen aus dem Kofferraum nahm, wegen mittäterschaftlichen schweren Raubes gem. §§ 249 I, 250 II Nr. 1, 25 II StGB strafbar gemacht haben.

I. Tatbestand

A und B müssten zunächst den Tatbestand des Grunddelikts, des einfachen Raubes in Mittäterschaft gem.

§§ 249 I, 25 II StGB, verwirklicht haben.

1. Raubmittel

A und B müssten eines der genannten qualifizierten Nötigungsmittel, also Gewalt gegen eine Person oder Drohungen mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben, angewandt haben.

A hat den K mit einem harten Schlagwerkzeug geschlagen, er hat also Gewalt gegen eine Person angewendet.

2. Fremde bewegliche Sache

Bei dem Karton und den darin enthaltenen Weinflaschen handelt es sich um bewegliche Sachen. Diese müssten für A und B auch fremd sein.

Eine Sache ist fremd, wenn sie (zumindest auch) im Eigentum einer anderen Person steht (BGH, NStZ-RR 2000, 234; Schönke/Schröder-Eser, § 242 Rn 12). Der Karton und die Weinflaschen standen im Eigentum von K und waren somit für A und B fremd.

3. Wegnahme

A und B müssten die Sachen weggenommen haben.

Eine Wegnahme i.S.v. § 249 I StGB setzt - ebenso wie bei § 242 I StGB - den Bruch fremden und die Begründung neuen Gewahrsams voraus (Joecks, § 249 Rn 8; Tröndle/Fischer, § 249 Rn 2, § 242 Rn 10). B könnte den Karton samt Inhalt weggenommen haben, indem er ihn aus dem Kofferraum nahm und damit davonfuhr.

Dann müsste zunächst fremder Gewahrsam, bestanden haben. Gewahrsam ist die von einem natürlichen Herrschaftswillen getragene tatsächlich Sachherrschaft, korrigiert durch die Verkehrsanschauung (BGHSt 22, 182; Tröndle/Fischer, § 242 Rn 11). Solange sich der Karton im Kofferraum des Autos des K befand, konnte dieser jederzeit darauf zugreifen, sodass er - zumindest nach der Verkehrsanschauung - die tatsächliche Sachherrschaft besaß; auch hatte er einen entsprechenden Herrschaftswillen. Es bestand also ursprünglich Gewahrsam des K an dem Karton, also aus Sicht des B fremder Gewahrsam.

B müsste neuen Gewahrsam begründet haben. Der Täter hat neuen Gewahrsam dann begründet, wenn er die Sachherrschaft derart erlangt hat, dass er sie unbehindert durch den alten Gewahrsamsinhaber ausüben und dieser seinerseits nicht mehr über die Sache verfügen kann, ohne die Verfügungsgewalt des Täters zu beseitigen (OLG Köln, StV 1989, 156; Lackner/Kühl, § 242 Rn 15). Spätestens in dem Moment, in dem A und B in ihrem Auto mit dem Karton und den Weinflaschen fortfuhren, waren diese Voraussetzungen gegeben.

Die von A somit vorgenommene Gewahrsamsverschiebung müsste auch einen Gewahrsamsbruch darstellen. Ein Gewahrsamsbruch ist dann gegeben, wenn der Täter den fremden Gewahrsam gegen oder ohne den Willen des Gewahrsamsinhabers aufhebt

(Schönke/Schröder-Eser, § 242 Rn 35). Ein Einverständnis des Opfers in die Gewahrsamsverschiebung schließt also die Wegnahme aus (BGHSt 4, 199; Lackner/Kühl, § 242 Rn 14). Während diese Wertung i.R.v. § 242 I StGB uneingeschränkt richtig ist, würde der Tatbestand des § 249 I StGB leerlaufen, wenn man hier jedes - auch ein abgenötigtes - Einverständnis als Tatbestandsausschluss heranziehen würde. Deshalb muss das Vorliegen des Gewahrsamsbruchs bei § 249 I StGB etwas anders geprüft werden als bei § 242 I StGB (vgl. hierzu die Darstellung bei Joecks, § 249 Rn 8 ff.).

Nach welchen Kriterien das Vorliegen einer Wegnahme i.R.v. § 249 I StGB zu prüfen ist, ist streitig. Dies hängt letztlich mit dem Verhältnis von Raub und räuberischer Erpressung und dem für eine Erpressung erforderlichen Opferverhalten zusammen.

a. Rechtsprechung

Nach der Rechtsprechung kommt als Opferverhalten im Rahmen einer (räuberischen) Erpressung - entsprechend dem Gesetzeswortlaut - jedes Handeln, Dulden oder Unterlassen in Betracht. Deshalb stelle § 249 I StGB eine lex specialis zu §§ 253 I, 255 StGB dar, da jeder Raub immer auch eine räuberische Erpressung beinhalte (bei der das Opferverhalten dann in der Duldung der Wegnahme bestehe, vgl. BGHSt 41, 123). Eine Abgrenzung zwischen Raub und räuberischer Erpressung (und somit die Prüfung der Voraussetzungen für eine Wegnahme i.S.v. § 249 I StGB) sei deshalb nach dem äußeren Erscheinungsbild vorzunehmen.

Vom äußeren Erscheinungsbild her stellt das Verhalten des B eindeutig ein Nehmen dar, sodass nach dieser Auffassung ein Gewahrsamsbruch und somit eine Wegnahme gegeben wäre.

b. Literatur

Nach herrschender Auffassung in der Literatur muss das Verhalten des Opfers bei einer (räuberischen) Erpressung stets - wie beim Betrug - eine Vermögensverfügung darstellen. Da der Raub hingegen - wie der Diebstahl - eine Wegnahme voraussetze, stünden §§ 253 I, 255 StGB und 249 I StGB - ebenso wie § 263 I StGB und § 242 I StGB - in einem Exklusivitätsverhältnis. Die Abgrenzung (also das Prüfen des Vorliegens einer Wegnahme i.S.v. § 249 I StGB) habe in beiden Konstellationen nach der inneren Willensrichtung des Opfers zu erfolgen (Tröndle/Fischer, § 253 Rn 11 mwN). Innerhalb dieser Auffassung ist jedoch weiter streitig, wie die innere Willensrichtung des Opfers ausgestaltet sein muss, damit eine Wegnahme i.S.v. § 249 I StGB (und somit gerade keine Vermögensverfügung i.S.v. §§ 253 I, 255 StGB) gegeben ist.

aa. 1. Untermeinung

Nach einer Meinungsgruppe innerhalb der Literatur

liegt eine Wegnahme i.S.v. § 249 I StGB dann vor, wenn das Opfer glaubt, dass der Täter die Beute auch ohne seine Mitwirkung erlangen würde, es sich selbst also nicht in einer "Schlüsselstellung" sieht (Küper, BT, S. 376; Wessels/Hillenkamp, BT 2, Rn 713, 371). K glaubte offensichtlich nicht, dass er eine Schlüsselstellung für die Gewahrsamsverschiebung innehatte, da er an dieser gar nicht mitwirkte. Nach dieser Auffassung wäre also eine Wegnahme gegeben.

bb. 2. Untermeinung

Nach einer anderen Auffassung ist eine Wegnahme i.S.v. § 249 I StGB nur dann gegeben, wenn das Opfer glaubt, es habe keine andere Wahl als sich dem Willen des Täters unterzuordnen, weil Widerstand zwecklos sei (Krey/Hellmann, BT 2, Rn 314).

Im vorliegenden Fall wurde das Opfer sofort zusammengeschlagen, sodass es gar nicht die Wahl hatte, sich ggf. den Tätern zu widersetzen. Auch nach dieser Meinung wäre eine Wegnahme gegeben.

cc. 3. Untermeinung

Eine dritte Meinung nimmt eine Wegnahme i.S.v. § 249 I StGB immer dann an, wenn das Opfer den Gewahrsam nicht willentlich überträgt, wobei das äußere Erscheinungsbild als Indiz für die willentliche Gewahrsamsübertragung dienen soll (Rengier, BT 1, § 11 Rn 22a; Biletzki, JURA 1995, 635).

Vom äußeren Erscheinungsbild her lag hier eine Wegnahme vor (s.o.), sodass auch nach dieser Auffassung eine Wegnahme gegeben ist.

c. Zwischenergebnis

Nach allen Meinungen ist eine Wegnahme gegeben. B hat also den Karton samt Inhalt weggenommen.

4. Mittäterschaft (§ 25 II StGB)

Im vorliegenden Fall hat weder A noch B den Tatbestand des § 249 I StGB allein voll verwirklicht: A hat zwar Gewalt gegen K angewandt, aber nichts weggenommen, wogegen B die Beute weggenommen, aber kein Raubmittel angewandt hat. Um A und B doch wegen Raubes bestrafen zu können, müssten ihre Beiträge gegenseitig zugerechnet werden können. Dies wäre dann der Fall, wenn A und B als Mittäter i.S.v. § 25 II StGB die Tat begangen hätten.

Mittäterschaft ist die gemeinschaftliche Begehung einer Straftat durch bewusstes und gewolltes Zusammenwirken (Joecks, § 25 Rn 61; Wessels/Beulke, AT, Rn 524). A und B haben den Tatbestand des Raubes arbeitsteilig, also gemeinschaftlich, verwirklicht und dies auch auf der Grundlage des von ihnen gemeinsam erstellten Tatplanes, also durch bewusstes und gewolltes Zusammenwirken.

Zwar ist streitig, nach welchen Kriterien die (Mit-) Täterschaft von der Teilnahme abzugrenzen ist. Die in der Literatur vorherrschende Tatherrschaftslehre ver-

langt für eine (Mit-) Täterschaft objektiv das Bestehen von Tatherrschaft und subjektiv einen entsprechenden Tatherrschaftswillen; Tatherrschaft hat derjenige, der die Tat beherrscht, der sie nach seinem Willen hemmen oder ablaufen lassen kann und damit als Zentralgestalt des Geschehens bei der Tatbestandsverwirklichung fungiert (Joecks, § 25 Rn 5; Schönke/Schröder-Cramer/Heine, Vor §§ 25 ff. Rn 62 mwN). Nach der subjektiven Theorie der Rechtsprechung setzt eine Mittäterschaft objektiv nur die Leistung irgendeines Förderungsbeitrags voraus, subjektiv muss der Täter allerdings mit Täterwillen ("animus auctoris") handeln, d.h. der muss die Tat (auch) als "seine" Tat sehen und nicht nur den anderen Beteiligten bei dessen Tat unterstützen wollen; wichtige Indizien für einen solchen Täterwillen sind das eigene Interesse am Taterfolg, der Umfang der Tatbeteiligung, die Tatherrschaft oder zumindest der Tatherrschaftswille (BGH, StV 2003, 279; NStZ 2005, 228). Im vorliegenden Fall sind jedoch sowohl A als auch B nach beiden Auffassungen eindeutig Täter, da sie nicht nur das Tatgeschehen beherrschen und somit Tatherrschaft haben sondern auch einen Täterwillen, denn immerhin wollen sie sich die Beute teilen, so dass sie auch ein erhebliches Interesse am Erfolg der Tat aufweisen. A und B haben also als Mittäter gehandelt.

5. Vorsatz

A und B müssten gem. § 15 StGB auch vorsätzlich gehandelt haben.

Vorsatz ist der Wille zur Verwirklichung des Straftatbestandes in Kenntnis aller seiner objektiven Voraussetzungen (BGHSt 19, 295; Joecks, § 15 Rn 6; Wessels/Beulke, AT, Rn 203). Zwar befanden sich A und B insofern in einem Irrtum als sie glaubten, dass der Karton Geld enthalte und nicht wussten, dass sich darin nur Weinflaschen befanden. Dieser Irrtum ist jedoch unbeachtlich, da es A und B bewusst war, dass sie fremde bewegliche Sachen wegnehmen würden. Dass sie sich über die genaue Natur der weggenommenen Sachen irrten, schließt den Vorsatz nicht aus sondern stellt lediglich einen unbeachtlichen Motivirrtum dar. Da A und B auch die übrigen Tatbestandsmerkmale verwirklichen wollten, haben sie vorsätzlich gehandelt.

6. Finalzusammenhang

Der Tatbestand des Raubes setzt nach ganz herrschender Meinung einen Finalzusammenhang voraus, d.h. der Täter muss das Raubmittel einsetzen, um die Wegnahme zu ermöglichen oder zumindest zu erleichtern; ob die Wegnahme aber tatsächlich durch die qualifizierte Nötigungshandlung ermöglicht oder erleichtert worden ist, spielt keine Rolle (BGH, NStZ 2006, 508; Tröndle/Fischer, § 249 Rn 6 mwN; a.A (Kausalität erforderlich): SK-Günther, § 249 Rn 36).

Nach dem Plan von A und B sollte K gerade deshalb

niedergeschlagen werden, damit er gar nicht erst die Möglichkeit hätte, sich gegen die Wegnahme zu wehren. Die erforderliche Finalität ist somit gegeben.

7. Absicht rechtswidriger Zueignung

A und B müssten auch in der Absicht rechtswidriger Zueignung gehandelt haben. Dies setzt zunächst das Bestehen einer Zueignungsabsicht bei A und B voraus. Die Zueignungsabsicht setzt sich aus zwei Elementen zusammen, dem Enteignungswillen und der Aneignungsabsicht (Tröndle/Fischer, § 249 Rn 19; § 242 Rn 33a).

a. Enteignungswille

A und B müssten zunächst mit Enteignungswillen gehandelt haben.

Enteignungswille ist der Wille, den Berechtigten auf Dauer aus seiner Eigentümerposition zu verdrängen, ihn also die Sache auf Dauer zu entziehen (Joecks, Vor § 242 Rn 22; Schönke/Schröder-Eser, § 242 Rn 47).

A und B hatten nicht vor, dem K den Karton oder dessen Inhalt zurückzugeben, sie wollten ihn also auf Dauer aus seiner diesbezüglichen Eigentümerposition verdrängen. A und B haben mit Enteignungswillen gehandelt.

b. Aneignungsabsicht

A und B müssten weiter Aneignungsabsicht gehabt haben.

Aneignungsabsicht ist die Absicht, also der zielgerichtete Wille, sich die weggenommene Sache selbst oder den in dieser verkörperten Sachwert wenigstens vorübergehend dem eigenen Vermögen oder dem eines Dritten einzuverleiben (BGHSt 24, 155; Tröndle/Fischer, § 242 Rn 41).

aa. Aneignungsabsicht bzgl. des Kartons

A und B könnten zunächst eine Aneignungsabsicht bzgl. des Kartons gehabt haben.

Ein eigenes Interesse an dem Karton hatten A und B nicht, denn sie hatten es ja nicht auf den Karton selbst, sondern auf dessen Inhalt abgesehen.

Eine Aneignungsabsicht an einem Behältnis kann jedoch auch dann gegeben sein, wenn der Täter sich zwar eigentlich den Inhalt aneignen will, aber das Behältnis für den Transport benötigt (BGHSt 16, 190). Im vorliegenden Fall gingen A und B aber nicht davon aus, dass sie den Karton für den Transport des ihrer Meinung nach darin enthaltenen Geldes brauchen würden. Sie nahmen den Karton nur deshalb mit, weil ein Auspacken des Inhalts zu lange gedauert hätte und auffällig gewesen wäre. Eine Aneignungsabsicht bzgl. des Kartons selbst ist also nicht gegeben.

bb. Aneignungsabsicht bzgl. der Weinflaschen

A und B könnten jedoch die Absicht gehabt haben, sich die in dem Karton enthaltenen Weinflaschen zu-

zueignen.

A und B wussten gar nicht, dass der Karton Weinflaschen enthielt. Sie gingen davon aus, dass dort Bargeld enthalten sei. Nimmt der Täter jedoch ein Behältnis weg, bei dem es ihm nur auf den Inhalt ankommt, und enthält das Behältnis nicht den Gegenstand, auf den sich der Zueignungswille des Täters konzentriert hat, so ist eine Aneignungsabsicht bzgl. des tatsächlich weggenommenen Inhalts nicht gegeben (BGH, NStZ-RR 2000, 343; Schönke/Schröder-Eser, § 242 Rn 63; Tröndle/Fischer, § 242 Rn 41).

So sieht es der BGH auch im vorliegenden Fall: "Die Verurteilung wegen vollendeten schweren Raubs wird von den Feststellungen nicht getragen. Soweit das Landgericht ausgeführt hat, es sei dem Angeklagten darauf angekommen, 'den Karton samt Inhalt ... an sich zu bringen', hat es nicht bedacht, dass der weggenommene Karton den erwarteten Inhalt, auf welchen sich der Vorsatz der Täter bezog, nicht hatte. An dem tatsächlichen Inhalt hatte der Angeklagte aber ebenso wenig Interesse wie an dem Karton selbst, beides wurde von den Tätern alsbald fortgeworfen."

Eine Aneignungsabsicht von A und B bzgl. der weggenommenen Sachen (Karton und Weinflaschen) ist nicht gegeben.

II. Ergebnis

A und B sind nicht strafbar gem. §§ 249 I, 250 II Nr. 1, 22, 23 I StGB

B. Strafbarkeit von A und B gem. §§ 249 I, 250 II Nr. 1, 25 II, 22, 23 I StGB dadurch, dass A auf K einschlug und B den Karton aus dem Kofferraum entnahm

A und B könnten sich jedoch wegen versuchten mittäterschaftlichen schweren Raubes (an dem Geld) gem. §§ 249 I, 250 II Nr. 1, 25 II, 22, 23 I StGB dadurch strafbar gemacht haben, dass A auf B einschlug und B den Karton aus dem Kofferraum entnahm.

I. Vorprüfung

Der (schwere) Raub an dem Geld ist nicht vollendet, da A und B das Geld nicht weggenommen haben. Bei schweren Raub gem. § 250 II StGB handelt es sich gem. § 12 I StGB um ein Verbrechen, so dass der Versuch gem. § 23 I StGB strafbar ist.

II. Tatentschluss

A und B müssten mit Tatentschluss gehandelt haben. Der Tatentschluss beinhaltet den Vorsatz bzgl. der Verwirklichung aller objektiven Tatbestandsmerkmale sowie das Vorliegen der sonstigen subjektiven Tatbestandsmerkmale; er entspricht also dem subjektiven Tatbestand des vollendeten Delikts (Joecks, § 22 Rn. 3; Wessels/Beulke, AT, Rn. 598).

1. Bzgl. des Grunddelikts (§§ 249 I, 25 II StGB)

A und B müssten zunächst Tatentschluss zur Begehung des Grunddelikts gehabt haben.

a. Bzgl. Raubmittel

A und B hatten vor, durch die Schläge Gewalt gegen den K anzuwenden (s.o.).

b. Bzgl. fremder beweglicher Sache

A und B hatten es auf das Geld abgesehen, das sich ihrer Vorstellung gemäß in dem Karton befand. Sie stellten sich vor, dass es bei den Geldscheinen um bewegliche Sachen handelte, die im Eigentum des K stünden, also für sie fremd wären.

c. Bzgl. Wegnahme

A und B hatten auch Vorsatz (und somit Tatentschluss) dahingehend, dass jedenfalls B den Karton samt Inhalt wegnehmen würde (s.o.).

d. Bzgl. Mittäterschaft (§ 25 II StGB)

A und B stellten sich weiter vor, den Raub als Mittäter zu begehen (s.o.).

e. Finalzusammenhang

A und B hatten geplant, die Wegnahme des Geldes durch die Gewalt zu ermöglichen (s.o.), sodass auch der für § 249 I StGB erforderliche Finalzusammenhang gegeben ist.

f. Zueignungsabsicht

A und B hatten die Absicht, das Geld, von dem sie glaubten, dass es sich in dem Karton befinden würde, ihrem Vermögen einzuverleiben (Aneignungsabsicht) und den Willen, den Berechtigten K dauerhaft aus seiner diesbezüglichen Eigentümerposition zu verdrängen (Enteignungswille). Die Bestandteile der Zueignungsabsicht sind also gegeben.

g. Bzgl. Rechtswidrigkeit der beabsichtigten Zueignung

A und B müssten sich vorgestellt haben, dass die von ihnen beabsichtigte Zueignung des Geldes rechtswidrig sei. Die vom Täter i.R.v. § 249 I StGB beabsichtigte Zueignung ist dann rechtswidrig, wenn der Täter keinen fälligen durchsetzbaren Anspruch auf die Zueignung hat (Schönke/Schröder-Eser, § 249 Rn 9; § 242 Rn 59). A und B wussten, dass sie keinen Anspruch auf die Übereignung des Geldes hatten, sie hatten also Tatentschluss bzgl. der Rechtswidrigkeit der beabsichtigten Zueignung.

A und B hatten Tatentschluss zur Begehung eines mittäterschaftlichen Raubes.

2. Bzgl. der Qualifikation (§ 250 II Nr. 1 StGB)

A und B könnten auch Tatentschluss zur Verwirkli-

chung des Qualifikationstatbestandes des § 250 II Nr. 1 StGB gehabt haben. Dann müssten sie den Willen gehabt haben, bei der Tat eine Waffe oder ein anderes gefährliches Werkzeug zu verwenden.

Gefährliches Werkzeug i.S.v. § 250 II Nr. 1 StGB ist jedenfalls ein Gegenstand, der objektiv gefährlich ist, d.h. geeignet, erhebliche Verletzungen zuzufügen (BGHSt 44, 103; BGH, NStZ 2000, 156; Schönke/Schröder-Eser, § 250 Rn 28; Tröndle/Fischer, § 250 Rn 19). Verwenden i.S.v. § 250 II Nr. 1 StGB ist jeder zweckgerichtete Gebrauch im Rahmen der Verwirklichung des Grundtatbestandes, ungeachtet dessen, ob das Werkzeug zur Gewaltanwendung oder nur zur Drohung verwendet wird (BGH; NStZ 1999, 242; Tröndle/Fischer, § 250 Rn 18; Küper, JZ 1999, 189).

A und B hatten Tatentschluss, ein hartes Schlagwerkzeug, also einen objektiv gefährlichen Gegenstand, im Rahmen der von ihnen geplanten Gewaltanwendung einzusetzen. Sie hatten somit auch Tatentschluss zur Verwirklichung des Qualifikationstatbestandes des § 250 II Nr. 1 StGB.

III. Unmittelbares Ansetzen

A und B müssten auch zur tatbestandsverwirklichung unmittelbar angesetzt haben.

Der Täter setzt dann unmittelbar zur Verwirklichung des Tatbestandes an, wenn er die Schwelle zum "jetzt geht es los" überschreitet, was der Fall ist, wenn er eine Handlung vornimmt, die nach seinem Tatplan so eng mit der tatbestandlichen Ausführungshandlung verknüpft ist, dass sie bei ungestörtem Fortgang ohne wesentliche Zwischenschritte unmittelbar in die Tatbestandsverwirklichung einmünden soll mit der Folge, dass aus Tätersicht das Angriffsobjekt bereits konkret gefährdet erscheint (BGH, wistra 2002, 263; Roxin, JuS 1979, 1; Wessels/Beulke, AT, Rn. 601).

Nach der Vorstellung von A und B hatten sie den Raub an dem Geld sogar schon vollendet, sodass auf jeden Fall ein unmittelbares Ansetzen vorliegt.

IV. Rechtswidrigkeit und Schuld

A und B handelten auch rechtswidrig und schuldhaft.

V. Kein Rücktritt (§ 24 II StGB)

Anhaltspunkte für einen strafbefreienden Rücktritt von A und B liegen nicht vor.

VI. Ergebnis

A und B sind strafbar gem. §§ 249 I, 250 II Nr. 1, 25 II, 22, 23 I StGB

C. Strafbarkeit von A und B gem. §§ 253 I, 255, 250 II Nr. 1, 25 II, 22, 23 I StGB dadurch, dass A auf K einschlug und B den Karton aus dem Kofferraum entnahm

Durch den Überfall könnten sich A und B auch noch wegen versuchter mittäterschaftlicher schwerer räube-

rischer Erpressung gem. §§ 253 I, 255, 250 II Nr. 1, 25 II, 22, 23 I StGB strafbar gemacht haben.

Nach der Literatur stehen Raub und räuberische Erpressung in einem Exklusivitätsverhältnis (s.o.). Da A und B Tatentschluss zur Begehung eines (schweren) Raubes hatten (s.o.), können sie somit nicht gleichzeitig Tatentschluss zur Begehung einer räuberischen Erpressung gehabt haben. Nach der Rechtsprechung stellt der Raub eine *lex specialis* zur räuberischen Erpressung dar, was bedeutet, dass jeder Raub stets eine räuberische Erpressung beinhaltet. Da A und B einen

versuchten schweren Raub begangen haben (s.o.), ist somit selbstverständlich eine versuchte schere räuberische Erpressung mitwirklicht. Diese tritt jedoch, da sie stets im Raub enthalten ist, hinter diesen zurück.

Nach beiden Auffassungen ist somit eine isolierte Strafbarkeit von A und B wegen versuchter schwerer räuberischer Erpressung nicht gegeben.

D. Ergebnis

A und B sind strafbar gem. §§ 249 I, 250 II Nr 1, 25 II, 22, 23 I StGB.