

Öffentliches Recht

Standort: Amtshaftung

Problem: Unterlassen als Amtspflichtverletzung

BGH, URTEIL VOM 11.01.2007
III ZR 302/05 (NZBAU 2007, 249)

Problemdarstellung:

Im vorliegenden Fall waren einem Bauträger und der Sparkasse, über welche er seine Bauvorhaben finanziert hatte, erhebliche Schäden entstanden, weil das Grundbuchamt für die Eintragung einer Auflassungsvormerkung nicht weniger als 20 Monate (!) benötigt hatte. Der Bauträger wurde insolvent, da die Kaufpreise für die von ihm bebauten und an Dritte veräußerten Grundstücke erst mit Eintragung der Auflassungsvormerkung fällig wurden. Die Sparkasse nahm nun wegen seiner Ansprüche (aus abgetretenem Recht) sowie wegen eigener Ansprüche infolge ihrer Kreditausfälle das Land aus Amtshaftung und enteignungsgleichem Eingriff in Anspruch.

A. Folgende Probleme stellten sich zur Amtshaftung (§ 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG):

I. Amtshaftungsansprüche setzen zunächst die Verletzung einer Amtspflicht voraus. Während die Vorinstanzen diese pauschal unter Hinweis auf die überlange Bearbeitungsdauer von 20 Monaten bejaht hatten, untersucht der BGH diesen Punkt genauer. Es müsse nämlich eine konkrete Person verantwortlich sein, da § 839 BGB eine Amtspflichtverletzung eines "Beamten" fordere, worunter nur ein Individuum verstanden werden könne. Diese Prüfung hatten die Vorinstanzen unterlassen. Der BGH holt dies nach und führt zunächst aus, dass dem für die Eintragung verantwortlichen Rechtspfleger kein Vorwurf zu machen sei, weil er hoffnungslos überlastet gewesen sei. Es komme aber ein Organisationsverschulden in Betracht; hierzu müsse jedoch genau eruiert werden, wer (bspw. der Direktor des Amtsgerichts, die Präsidenten des übergeordneten Landgerichts und des Oberlandesgerichts oder das Justizministerium des Landes) was (bspw. die Bereitstellung der erforderlichen personellen wie sächlichen Mittel) versäumt habe, bevor von einer Amtspflichtverletzung ausgegangen werden könne.

II. Die Amtspflicht muss zugunsten des Geschädigten drittschützend sein, § 839 I 1 BGB. Hieran dürfte es bei der unterlassenen Bereitstellung der erforderlichen personellen wie sächlichen Mittel fehlen, denn die ordnungsgemäße Ausstattung der Behörden ist nicht im Individual-, sondern im Allgemeininteresse. Der BGH ändert in der vorliegenden Entscheidung aber

seine Rspr. zu diesem Punkt und meint, dass jedenfalls dann Drittschutz zugunsten des Bürgers bestehe, wenn die für sein Begehren zuständige staatliche Stelle *systematisch* überlastet sei und es hierdurch zu unzumutbaren Verzögerungen komme. Darin liege die Grenze der freien Entscheidung des Staates über die Verwendung seiner Mittel und seines Personals.

III. Ein drittes Problem ergab sich aus der Verjährungsfrage unter Anwendung des § 852 BGB a.F., weil es sich um eine Amtspflichtverletzung durch Unterlassen (Nichteintragung der Auflassungsvormerkungen infolge dauerhaft unterlassener Ausstattung der Behörde mit den notwendigen Mitteln) handelte. Während die Vorinstanz insoweit von einem "Dauerdelikt" ausging und als Verjährungsbeginn daher das erstmalige Tun (Eintragung der Auflassungsvormerkungen) ansah, nimmt der BGH eine Einzelbetrachtung für jede Auflassungsvormerkung getrennt vor. Von der nach § 852 BGB a.F. notwendigen Kenntnis könne man ausgehen, sobald einem Laien hätte klar sein müssen, dass die "normale" Bearbeitungszeit ganz erheblich überschritten sei.

B. Weitere interessante Ausführungen macht der BGH zum sog. "enteignungsgleichen Eingriff", den das Gericht in st.Rspr. neben der Amtshaftung für anwendbar hält:

I. Dieser Anspruch setzt einen Eigentumseingriff voraus, woran es hier auf den ersten Blick fehlte, weil "nur" das Vermögen des Bauträgers und der Sparkasse geschädigt worden waren. Der BGH zieht für die Nichteintragung einer Auflassungsvormerkung jedoch eine Parallele zu seiner Rspr. zu rechtswidrig verweigerten Baugenehmigungen und sieht einen Eigentumseingriff darin, dass das Grundstück ohne Eintragung der Auflassungsvormerkung nicht voll nutzbar gewesen sei.

II. In der Rechtsfolge vertritt der BGH ebenfalls in st.Rspr., dass der "enteignungsgleiche Eingriff" keinen Schadensersatz, sondern nur eine Entschädigung für den Substanzschaden gewährt, der sich bei Grundstücken im Nutzwert äußert. Konnte der Bauträger infolge der Nichteintragung der Auflassungsvormerkungen also nicht voll über sein Grundstück verfügen, steht ihm eine Entschädigung in Höhe dessen zu, was ein Dritter ihm für ein voll nutzbares Grundstück in dieser Zeit gezahlt hätte, also etwa in Höhe des am Markt zu erzielenden Miet- oder Pachtzinses (sog.

“Bodenrente”). Reine Schadensersatzpositionen wie Zinsausfälle sind danach nicht zu erstatten.

III. Der BGH nimmt schließlich an, dass der “enteignungsgleiche Eingriff” nach der Schuldrechtsreform innerhalb von drei Jahren verjährt, und nicht mehr - wie früher - innerhalb von 30 Jahren. Dies ist in der Lit. sehr umstritten (vgl. Vertiefungshinweise).

Prüfungsrelevanz:

Der Fall ist äußerst lesenswert, weil er sehr anschaulich auf viele examensrelevante Probleme im Zusammenhang mit Amtshaftung und enteignungsgleichem Eingriff eingeht. Insbesondere die Tatbestandsverwirklichung durch Unterlassen zieht viele interessante Fragen nach sich. Ganz wichtig ist, dass man sich - wie vom BGH ausdrücklich klargestellt - immer die Frage stellen muss, welche Einzelperson genau welche Amtspflicht verletzt haben soll. Führt man die Amtspflichtverletzung nicht auf ein Individuum zurück, wird die Prüfung - wie der Fall zeigt - mindestens unsauber, vielfach sogar fehlerhaft.

Wenn die Amtspflichtverletzung in einem Eigentumseingriff besteht, ist neben dem Amtshaftungsanspruch in aller Regel auch ein enteignungsgleicher Eingriff gegeben, der häufig vergessen wird. Dieser setzt ein “Sonderopfer” voraus, das durch rechtswidriges Handeln indiziert wird. Fehlt es an einer Amtspflichtverletzung, ist an den “enteignenden Eingriff” zu denken, der bei rechtmäßigem Handeln eingreift, mit dem vom Betroffenen gleichwohl ein “Sonderopfer” verbunden ist (vgl. zu alledem die Vertiefungshinweise).

Vertiefungshinweise:

Amtshaftung und enteignender Eingriff: OLG Bamberg, RA 2006, 306 = NVwZ-RR 2006, 226; vgl. auch BGH, RA 2006, 388 = DVBl 2006, 766

Amtshaftung und enteignungsgleicher Eingriff: BGHZ 134, 316; 136, 182; BGH, RA 2001, 316 = DVBl 2001, 807

Verjährung des enteignungsgleichen Eingriffs: BGH, Beschluss vom 12. Oktober 2006 (III ZR 144/05 - unveröffentlicht); Mansell, NJW 2002, 89, 91; Heselhaus, DVBl. 2004, 411 ff.

Verjährungsunterbrechung bei Amtshaftung: OLG Brandenburg, RA 2001, 684 = NVwZ-RR 2001, 704

Kursprogramm:

Examenskurs : “Die vergessene Motorsäge”

Leitsätze:

1. Der Staat hat seine Gerichte so auszustatten, dass sie die anstehenden Verfahren ohne vermeidbare Verzögerung abschließen können (hier: übermäßige Dauer der Bearbeitung von Anträgen

durch das Grundbuchamt wegen Überlastung). Die Erfüllung dieser Verpflichtung kann den Justizbehörden insgesamt als drittgerichtete Amtspflicht obliegen (teilweise Abweichung von BGHZ 111, 272).

2. Zum Beginn der Verjährung von Amtshaftungsansprüchen wegen pflichtwidriger Unterlassung.

3. Wird durch eine rechtswidrige Verzögerung der Eintragung von Auflassungsvormerkungen im Grundbuch die beabsichtigte Veräußerung von Eigentumswohnungen zeitweilig verhindert, so kann dies einen Entschädigungsanspruch des betroffenen Grundstückseigentümers aus enteignungsgleichem Eingriff begründen (Fortführung von BGHZ 134, 316 und 136, 182).

Sachverhalt:

Die klagende Sparkasse nimmt aus abgetretenem und eigenem Recht im Wege der Teilklage das Land S. auf Schadensersatz wegen verzögerter Bearbeitung von Eintragungsanträgen durch das Grundbuchamt in Anspruch.

Die zwischenzeitlich insolvent gewordene Zedentin, die U.-GmbH, (im Folgenden: U. oder Zedentin), war Eigentümerin eines im Grundbuch des Amtsgerichts O. in H. für W. eingetragenen Grundstücks. Sie errichtete dort insgesamt 45 Eigentumswohnungen als Ferienwohnungen und verkaufte diese ab 1992 an Interessenten. Die Finanzierung des Objekts erfolgte durch die Klägerin. Voraussetzung für die Fälligkeit der Kaufpreise, mit denen der Kontokorrentkredit der Klägerin in Höhe von 13.912.000 DM schrittweise zurückgeführt werden sollte, war nach den mit den Erwerbern geschlossenen Kaufverträgen unter anderem die Eintragung einer Auflassungsvormerkung.

Nach dem Vorbringen der Klägerin lagen sämtliche übrigen Fälligkeitsbedingungen seit dem Juli 1997 vor. Am 6. September 1996 stellte der Urkundsnotar mit Ausnahme eines Kaufvertrags, der am 28. November 1996 übersandt wurde, Anträge auf Eintragung von Auflassungsvormerkungen im Grundbuch. Der beim Grundbuchamt des Amtsgerichts O. tätige Rechtspfleger wie auch andere Dezernate des Amtsgerichts waren seinerzeit überlastet. Eintragungsanträge wurden vom Grundbuchamt in der Reihenfolge ihres Eingangs bearbeitet. Der Rechtspfleger legte im vorliegenden Fall die Wohnungseigentumsgrundbücher erst am 30. Juli 1998 an und trug am selben Tage die beantragten Vormerkungen ein. Mit Schreiben vom 13. Oktober 1997 hatte der Notar zuvor die ungewöhnlich lange Bearbeitungszeit beanstandet und um Mitteilung gebeten, wann mit dem Grundbuchvollzug gerechnet werden könne; gleichzeitig hatte er auf erhebliche finanzielle Nachteile für den Bauträger hingewiesen. Weitere mündliche Erinnerungen, insbesondere durch die U., sind streitig.

Mit der Klage macht die Klägerin auf der Grundlage

einer dem Grundbuchamt eingeräumten Bearbeitungszeit von ca. acht Monaten ab Antragstellung am 28. November 1996 Zinsschäden der Zedentin sowie eigene Ausfälle mit Zinsforderungen infolge der Konkursöffnung für den Zeitraum von Ende Juli 1997 bis Ende Juli 1998 in Höhe von 457.019,25 € nebst Zinsen geltend. Das beklagte Land hat sich unter anderem auf Verjährung berufen. Das Landgericht hat die Klage wegen Eintritts der Verjährung abgewiesen, das Oberlandesgericht hat ihr unter einer Korrektur des Zinszeitpunkts stattgegeben. Hiergegen richtet sich die vom Senat zugelassene Revision des Beklagten.

Aus den Gründen:

Die Revision hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

A. Entscheidung der Vorinstanz

Das Berufungsgericht bejaht Amtshaftungsansprüche der Klägerin aus abgetretenem Recht und führt dazu, soweit noch von Interesse, aus:

I. Amtshaftungsanspruch

1. Amtspflichtverletzung

Bei Anträgen im behördlichen Verfahren bestehe die Amtspflicht, das Gesuch gewissenhaft, förderlich, sachdienlich und in angemessener Frist zu bearbeiten und bei Entscheidungsreife zu erledigen. Sei eine Behörde über längere Zeit stark belastet, so erfordere eine ordnungsgemäße öffentliche Verwaltung, diese Behörde mit ausreichenden sachlichen und personellen Mitteln auszustatten, damit sie die Angelegenheiten der Bürger bearbeiten könne.

2. Drittbezug

Zwar bestehe eine solche Verpflichtung lediglich gegenüber der Allgemeinheit. Wirke sich die unzureichende Ausstattung einer Behörde aber so aus, dass diese die ihr dem Bürger gegenüber obliegenden Aufgaben nur mit unvermeidbaren Verzögerungen erfüllen könne, liege darin eine Amtspflichtverletzung gegenüber dem Betroffenen. [...]

Nach dem vorgerichtlichen Schreiben des beklagten Landes vom 22. November 2001 sei allerdings der Grundbuchrechtspfleger in der maßgebenden Zeit außerordentlich stark überlastet gewesen, so dass es generell zu Verzögerungen gekommen sei. Eine Umverteilung der Geschäfte sei aufgrund der ungünstigen Personalsituation im Amtsgericht O. nicht möglich gewesen. Damit sei jedoch die sachliche und personelle Ausstattung des Amtsgerichts insgesamt unzureichend gewesen, ohne dass es sich um einen nur vorübergehenden Engpass gehandelt habe. Eine Bearbeitungszeit von einem Jahr und acht Monaten stelle zumindest in den alten Bundesländern keine angemessene

ne Bearbeitungsfrist dar. Ob und welche organisatorischen Maßnahmen der Beklagte zur Verkürzung der Bearbeitungsfrist hätte treffen müssen, bedürfe keiner Entscheidung, weil eine Verkürzung nicht objektiv unmöglich gewesen sei.

3. Klägerin im Schutzbereich

Soweit die Klägerin aus der verzögerlichen Bearbeitung eigene Schadensersatzansprüche herleite, sei sie als Grundschuldgläubigerin ebenfalls geschützte Dritte im Sinne des § 839 BGB. Eine ordnungsgemäße Bearbeitung der Grundbucheinträge hätte die geltend gemachten Zinsschäden vermieden.

4. Kein "dulde und liquidiere", § 839 III BGB

Die Schadensersatzforderung sei auch nicht gemäß § 839 Abs. 3 BGB wegen eines unterbliebenen Rechtsbehelfs ausgeschlossen. Wenn das Mahnschreiben des Notars vom 13. Oktober 1997 unbeantwortet geblieben sei und zu keiner Beschleunigung geführt habe, hätten auch die streitigen mündlichen Erinnerungen die Bearbeitung nicht beschleunigt. Aufgrund der unzureichenden personellen Ausstattung des Grundbuchamts, der darauf beruhenden Überlastung des Rechtspflegers und des Grundsatzes, die Anträge entsprechend ihrem zeitlichen Eingang zu bearbeiten, sei ein Vorziehen des Vorgangs wegen Benachteiligung anderer Ferienwohnungsprojekte nicht zu erwarten gewesen. Die finanziellen Nachteile wären dann bei den zurückgestellten Vorgängen entstanden. Eine Dienstaufsichtsbeschwerde oder eine Untätigkeitsklage wäre der U. nicht zumutbar gewesen und hätte darüber hinaus keine Beschleunigung bewirkt.

5. Keine Subsidiarität, § 839 I 2 BGB

Eine anderweitige Ersatzmöglichkeit scheidet ebenfalls aus.

6. Keine Verjährung

Ebenso wenig sei der abgetretene Amtshaftungsanspruch verjährt. Bei der Nichtbearbeitung eines Vorgangs handele es sich um ein dauerhaftes Unterlassen.

a. Schaden der Zedentin

Nach Eingang des Notarschreibens vom 13. Oktober 1997 habe der Rechtspfleger keinen neuen Entschluss gefasst, sondern seine ursprüngliche Absicht beibehalten, die Vorgänge entsprechend ihrem zeitlichen Eingang zu bearbeiten. Die Verjährung habe damit frühestens mit der Kenntnis von der Eintragung aufgrund der an den Notar gerichteten Vollzugsmittelteilung vom 13. August 1998 begonnen und sei ab dem 1. Februar 2001 durch Verhandlungen gehemmt gewesen.

b. Eigener Schaden

Verjährt seien demgegenüber Ansprüche der Klägerin aus eigenem Recht, die sie erstmals mit Schriftsatz

vom 18. Mai 2004 erhoben habe.

II. Enteignungsgleicher Eingriff

Die Klage sei schließlich, soweit sie auf abgetretenes Recht gestützt werde, auch aus dem Gesichtspunkt des enteignungsgleichen Eingriffs gerechtfertigt. Hiermit erledige sich zugleich die Verjährungsfrage, weil die 30jährige Verjährungsfrist eingreife. Eine Entschädigungspflicht wegen enteignungsgleichen Eingriffs werde im Regelfall angenommen, wenn die Behörde in einem förmlichen Verfahren das begehrte Verwaltungshandeln entweder ablehne oder unterlasse, obwohl der Bürger einen Anspruch darauf habe. Wenn durch das behördliche Handeln oder Unterlassen in Eigentumsrechte des Bürgers eingegriffen werde, könne in der unterbliebenen Entscheidung über einen Antrag auch ein enteignungsgleicher Eingriff liegen.

Die langfristige Verweigerung der Bearbeitung von Grundbucheintragungen sei als enteignungsgleicher Eingriff und nicht als bloßes Unterlassen zu werten. Dies gelte zumindest für die U. Ob auch der Klägerin als finanzierender Bank insoweit ein eigener Entschädigungsanspruch zustehe, sei dagegen zweifelhaft und bleibe offen.

B. Entscheidung des BGH

Diese Erwägungen halten rechtlicher Nachprüfung nicht in allen Punkten stand. [...]

I. Abgetretene Ansprüche

1. Amtshaftung

a. Amtspflichtverletzung

Auf der Grundlage der bisherigen Feststellungen lässt sich nicht abschließend beurteilen, ob Bediensteten des beklagten Landes eine Amtspflichtverletzung zur Last fällt.

aa. Beschleunigungsgrundsatz

Allerdings hat im Rechtsstaat jede Behörde die Amtspflicht, Anträge mit der gebotenen Beschleunigung zu bearbeiten und, sobald ihre Prüfung abgeschlossen ist, ungesäumt zu bescheiden (Senatsurteil BGHZ 30, 19, 26; zum Bauantrag Senatsurteile vom 24. Januar 1972 III ZR 9/70 WM 1972, 743; vom 24. Februar 1994 III ZR 6/93 NJW 1994, 2091, 2092; vom 12. Juli 2001 III ZR 282/00 VersR 2002, 714; MünchKomm/Papier, BGB, 4. Aufl., § 839 Rn. 217; so auch für das Verwaltungsverfahren § 10 Satz 2 VwVfG; s. ferner § 839 Abs. 2 Satz 2 BGB). Dem entspricht für gerichtliche Verfahren der Anspruch auf Justizgewährung und eine Entscheidung innerhalb angemessener Frist (vgl. Art: 6 Abs. 1 MRK).

Diese Verpflichtung trifft in erster Linie die unmittelbar mit der Sache befassten Beamten, hier den Rechtspfleger des Grundbuchamts. Dass im Streitfall die

Amtspflicht zu zügiger Bearbeitung, die sich in Grundbuchsachen auch aus § 18 Abs. 1 Satz 1 GBO ergibt (Bauer/v. Oefele/ Wilke, GBO, 2. Aufl., § 18 Rn. 1), bei einer Erledigungszeit von einem Jahr und acht Monaten seit dem Eingang des letzten Antrags objektiv verletzt ist, wird auch von dem Beklagten nicht in Frage gestellt.

bb. Individuelle Fehlleistung eines Beamten erforderlich

Schadensersatzansprüche aus Amtspflichtverletzungen setzen jedoch nach der gesetzlichen Regelung ein individuelles Fehlverhalten des einzelnen Beamten voraus; lediglich die haftungsrechtliche Verantwortlichkeit hierfür wird durch Art. 34 GG auf den Staat oder die öffentliche Körperschaft, in deren Dienst er steht, verlagert.

(1). Keine Fehlleistung des überlasteten Rechtspflegers

Danach kann auch eine erhebliche Arbeitsüberlastung ein Verschulden des Beamten ausschließen, wenn die Überlastung den vorgesetzten Stellen bekannt war oder zumindest bei ordnungsgemäßer Aufsicht bekannt sein musste (Senatsurteil vom 24. Juni 1963 III ZR 195/61 VersR 1963, 1080, 1082; anders wohl MünchKomm/Papier, aaO). Diese Voraussetzungen sieht das Berufungsgericht hier als gegeben an; es hat auch dem Rechtspfleger selbst ersichtlich keinen Schuldvorwurf machen wollen. Vergeblich beruft sich demgegenüber die Revisionserwiderung auf die wirtschaftliche Bedeutung des Objekts für die Zedentin und die Dringlichkeit der Angelegenheit. Es trifft zu, dass, soweit § 17 GBO nicht entgegensteht, auch beim Grundbuchamt besondere Umstände die vordringliche Behandlung eines Eintragungsantrags gebieten können (Demharter, GBO, 25. Aufl., § 18 Rn. 1); das gilt insbesondere, wenn der Antragsteller auf die Dringlichkeit hingewiesen hat oder diese offenkundig ist. Ein Vorziehen des Vorgangs U. hätte indes nach den von der Klägerin nicht mit Verfahrensrügen angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts nur bedeutet, dass die ebenso überfällige Bearbeitung anderer, im Bereich des Grundbuchamts O. häufiger vorkommender Ferienwohnungsprojekte hätte zurückgestellt werden müssen und die finanziellen Nachteile dann bei diesen eingetreten wären. Für einen Ermessensfehler des Rechtspflegers bei der Erledigung der Eintragungsanträge bietet der Streitstoff daher keine Grundlage.

(2). Organisationsverschulden der Vorgesetzten

Eine Verletzung drittgerichteter Amtspflichten im Bereich der Justiz des beklagten Landes kommt aber unter dem Gesichtspunkt eines Organisationsmangels in Betracht.

Der Staat hat kraft seiner aus dem Rechtsstaatsprinzip

folgenden Verpflichtung zur Justizgewährung und zur Gewährleistung eines wirkungsvollen Rechtsschutzes seine Gerichte so auszustatten, dass sie die anstehenden Verfahren ohne vermeidbare Verzögerung abschließen können. Es ist seine Aufgabe, im Rahmen des Zumutbaren alle Maßnahmen zu treffen, die geeignet und nötig sind, einer Überlastung der Gerichte vorzubeugen und ihr dort, wo sie eintritt, rechtzeitig abzuwehren. Er hat, insbesondere soweit es um das Gebot der Beschleunigung von Haftsachen geht, die dafür erforderlichen personellen wie sächlichen Mittel aufzubringen, bereitzustellen und einzusetzen (BVerfG NJW 2000, 797; 2006, 668, 671; ähnlich BGH, Urteil vom 3. November 2004 RiZ [R] 2/03 NJW 2005, 905, 906). [...]

Nach diesen Maßstäben kommt es für den Streitfall darauf an, ob der Direktor des Amtsgerichts O., die Präsidenten des übergeordneten Landgerichts und des Oberlandesgerichts oder das Justizministerium des Landes die ihnen nach Maßgabe der beamtenrechtlichen oder tarifvertraglichen Bestimmungen, wobei die berechtigten Belange der betroffenen Beamten oder Angestellten nicht unberücksichtigt bleiben dürfen, jeweils möglichen und zumutbaren Maßnahmen ergriffen haben, um eine Erledigung der von der Zedentin gestellten Eintragungsanträge in angemessener Zeit sicherzustellen. Darlegungs- und beweisbelastet hierfür ist der Beklagte, da dem geschädigten Dritten solche internen Abläufe im Behördenbetrieb in aller Regel nicht bekannt sind und auch nicht bekannt sein müssen (vgl. zum Organisationsverschulden Staudinger/Wurm, BGB, 13. Bearb., § 839 Rn. 229).

Tragfähige Feststellungen hierzu hat das Berufungsgericht nicht getroffen. Es hat einerseits ohne erkennbare Vorbehalte oder Einschränkungen auf das vorgerichtliche Schreiben des beklagten Landes vom 22. November 2001 Bezug genommen, wonach es beim Grundbuchamt des Amtsgerichts O. wegen der Vielzahl von großen Wohnungseigentumsanlagen (Ferienwohnungen) generell zu Verzögerungen gekommen und eine Umverteilung der Geschäfte aufgrund der Personalsituation des Amtsgerichts nicht möglich gewesen sei, und zugleich andererseits mangels einer näheren Begründung letztlich nur unterstellt, dass eine Verkürzung der Bearbeitungsfrist nicht objektiv unmöglich gewesen sei. Welche Maßnahmen im Einzelnen amtspflichtwidrig unterlassen worden sein sollen, lässt das Berufungsgericht offen. Infolgedessen kann das angefochtene Urteil mit der gegebenen Begründung nicht bestehen bleiben.

b. Drittbezug

Der Senat hat allerdings in seiner bisherigen Rechtsprechung in vergleichbaren Fällen danach differenziert, ob es bei der Zuweisung von Dienstkräften und Sachmitteln an die für die Bearbeitung von Anträgen zuständigen Eingangsbehörden oder Fachstellen um

den Aufgabenbereich der Zentralbehörden oder den der unteren Behörden ging. Nur im letzteren Falle hat er den Schutzzweck solcher Amtspflichten in der Befriedigung auch der Interessen von Einzelpersonen gesehen, während er hinsichtlich der Tätigkeit von Zentralstellen prinzipiell nur ein öffentliches Interesse ohne Drittschutz dem Einzelnen gegenüber angenommen hat (BGHZ 111, 272, 273 ff.; Urteil vom 10. November 1958 III ZR 135/57 NJW 1959, 574 f.; Urteil vom 24. Juni 1963 III ZR 195/61 VersR 1963, 1080, 1082).

An dieser Rechtsprechung hält der Senat mit Blick auf den verfassungsrechtlich gebotenen effektiven Rechtsschutz und die eingangs angeführte Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nicht mehr uneingeschränkt fest. Freilich bleibt es dabei, dass bei der Entscheidung über die Besetzung der einzelnen Dienststellen auch andere Umstände als die Einzelinteressen der Antragsteller wie insbesondere die finanzielle Leistungsfähigkeit der betreffenden Körperschaft und die Möglichkeit zur Aufbringung der notwendigen Mittel berücksichtigt werden müssen, wie der Senat in den genannten früheren Entscheidungen hervorgehoben hat (BGHZ 111, 274; Urteil vom 10. November 1958, a.a.O. S. 273). Solche weiterhin maßgebenden Aspekte betreffen insbesondere die Prärogative des Haushaltsgesetzgebers bei der Zuweisung von Stellen und der Bewilligung von Mitteln. In dieser Beziehung hält es der Senat auch nach nochmaliger Überprüfung für zutreffend, dass den gesetzgebenden Organen abgesehen von sogenannten Maßnahmen- oder Einzelfallgesetzen Amtspflichten nur gegenüber der Allgemeinheit und nicht in Richtung auf bestimmte Personen oder Personengruppen obliegen (Senatsurteile BGHZ 56, 40, 46; 84, 292, 300; 87, 321, 335; 140, 30, 32; Urteil vom 7. Juli 1988 III ZR 198/87 NJW 1989, 101).

Das hindert aber nicht, die dem nachgeordnete Verpflichtung der Judikative oder Exekutive zur sachgerechten Verteilung der ihr zur Verfügung stehenden Mittel dann als drittschützend zu werten, wenn es an einzelnen Verwaltungsstellen wegen Überlastung der zuständigen Bediensteten zu unzumutbaren Verzögerungen kommt und es allein in der Hand der übergeordneten (Zentral-)Behörde liegt, hier für Abhilfe zu sorgen (noch weitergehend Soergel/Vinke, BGB, 13. Aufl., § 839 Rn. 119: mangelnde Personal- oder Sachmittelausstattung könne eine Verzögerung nicht rechtfertigen).

c. Verjährung

Nicht frei von Rechtsfehlern sind ferner die Ausführungen des Berufungsgerichts zur Verjährung mit der Folgerung, die Verjährung habe vorliegend frühestens mit der Kenntnis des Geschäftsführers der Zedentin von den am 30. Juli 1998 erfolgten Eintragungen beginnen können.

aa. Beginn bei Unterlassen

Nach dem im Streitfall noch anwendbaren § 852 Abs. 1 BGB a.F. beginnt bei Schadensersatzansprüchen aus unerlaubter Handlung die Verjährung in der Regel mit dem Zeitpunkt, in welchem der Verletzte von dem Schaden und der Person des Ersatzpflichtigen Kenntnis erlangt. Das setzt das Entstehen eines Anspruchs einschließlich des Schadenseintritts voraus.

Objektiv wäre dies hier, ginge es nur um eine mit dem ersten pflichtwidrigen Unterlassen abgeschlossene unerlaubte Handlung, nach dem Klagevorbringen mit dem Ablauf der von der Klägerin dem Grundbuchamt eingeräumten, nicht unangemessenen Bearbeitungsfrist bis zum Ende des Monats Juli 1997 gegeben. Zu diesem Zeitpunkt wäre der Schadensersatzanspruch der U. dann nach dem Grundsatz der Schadenseinheit auch für die erst in Zukunft fällig werdenden Zinsbeträge als unselbständige Teilposten des Gesamtschadens entstanden (vgl. hierzu BGHZ 119, 69, 71; BGH, Urteil vom 1. Dezember 2005 IX ZR 115/01 NJWRR 2006, 694, 696 Rn. 23; Senatsbeschluss vom 12. Oktober 2006 III ZR 144/05 Umdruck S. 26 Rn. 34, zur Veröffentlichung bestimmt). Das Berufungsgericht will indes abweichend ein dauerhaftes Unterlassen und einen Verjährungsbeginn grundsätzlich erst mit dem Ende der Verletzungshandlung und Vornahme der pflichtwidrig unterlassenen Maßnahme annehmen, eine Ausnahme allerdings dann gelten lassen, wenn während des Unterlassens neue Umstände zu überprüfen seien und auch diese Überprüfung aufgrund eines Willensentschlusses des Schädigers unterbleibe.

bb. Kein "Dauerdelikt", sondern einzelne Verstöße gesondert zu beurteilen

Dem folgt der Senat nicht. Auf das vom Berufungsgericht für seine Auffassung genannte Urteil des Bundesgerichtshofs vom 14. Februar 1978 (X ZR 19/76, NJW 1978, 1377, 1378) lässt sich diese Rechtsansicht nicht stützen. Der Senat hat vielmehr in dem bereits erwähnten, nach dem Berufungsurteil ergangenen Beschluss vom 12. Oktober 2006 (a.a.O. Rn. 34 ff.) mit Rücksicht auf die Abgrenzungsschwierigkeiten sowie auf den Gedanken des Schuldnerschutzes und des Rechtsfriedens eine den Verjährungsbeginn hinauschiebende "Dauerhandlung" in derartigen Fällen ebenso abgelehnt wie einen einheitlichen Beginn der Verjährung schon mit dem ersten Rechtsverstoß des Schädigers und ist dem entgegen von mehrfachen neuen Eingriffen ähnlich wie bei der Wiederholung einer schädigenden Handlung in Fällen positiven Tuns ausgegangen (so auch BGH, Urteil vom 14. Februar 1978, a.a.O.).

Das bedeutet im Streitfall, dass für jeden durch die Verzögerung der Antragsbearbeitung eingetretenen Teil des Zinsschadens im Grundsatz ein unterschiedlicher Beginn der Verjährungsfrist und auch vor dem vom Berufungsgericht angenommenen Stichtag an-

zusetzen ist.

Bei einem Anspruch aus § 839 BGB kann aber die Verjährung darüber hinaus erst dann beginnen, wenn der Geschädigte weiß, dass die Amtshandlung widerrechtlich und schuldhaft war und deshalb eine Amtspflichtverletzung darstellt. Dafür genügt im Allgemeinen, dass der Verletzte die tatsächlichen Umstände kennt, die eine schuldhaft Amtspflichtverletzung als nahe liegend und eine Amtshaftungsklage sei es auch nur als Feststellungsklage mithin als so aussichtsreich erscheinen lassen, dass ihm die Klageerhebung zugemutet werden kann (Senatsurteile BGHZ 150, 172, 186; 160, 216, 231; Beschluss vom 12. Oktober 2006, a.a.O. S. 21 Rn. 27). Hingegen setzt § 852 Abs. 1 BGB a.F. aus Gründen der Rechtssicherheit und Billigkeit grundsätzlich nicht voraus, dass der Geschädigte aus den ihm bekannten Tatsachen auch die zutreffenden rechtlichen Schlüsse zieht (Senatsentscheidungen a.a.O.). Geht es um ein Unterlassen, wie hier, wird man im Allgemeinen von einem Wissen um die Pflichtwidrigkeit der Amtsausübung ausgehen können, wenn sich auch einem außen stehenden Dritten aufdrängen muss, dass die angemessene Bearbeitungszeit ganz erheblich überschritten ist. Dabei ist vorliegend nicht auszuschließen, dass der Geschäftsführer der U. bereits vor Erhalt der Eintragungsnachricht im August 1998 über die für einen Verjährungsbeginn notwendigen Kenntnisse verfügte, zumal er bereits am 29. Dezember 1997 Schadensersatzansprüche gegen das Land S. "aus Amtshaftung bzw. Amtspflichtverletzung im Zusammenhang mit der Anlegung der Wohnungs bzw. Teileigentumsgrundbuchblätter ..." an sich abgetreten hatte. Auch deswegen lässt sich ein durchsetzbarer Amtshaftungsanspruch in voller Höhe nach dem gegenwärtigen Sach- und Streitstand nicht feststellen.

2. Enteignungsgleicher Eingriff

Die weiteren Ausführungen des Berufungsgerichts zum enteignungsgleichen Eingriff tragen die Verurteilung des beklagten Landes in dem zuerkannten Umfang gleichfalls nicht.

a. Verhältnis zur Amtshaftung

In der Rechtsprechung des Senats ist anerkannt, dass zwischen dem Amtshaftungsanspruch und einem auf demselben Tatsachenkomplex beruhenden Entschädigungsanspruch aus enteignungsgleichem Eingriff Anspruchskonkurrenz besteht. Unerheblich ist, ob der Kläger die Klage ausdrücklich auch auf enteignungsgleichen Eingriff stützt. Entscheidend ist vielmehr, ob sich auf der Grundlage des vorgetragenen Sachverhalts die begehrte Rechtsfolge zugleich aus enteignungsgleichem Eingriff herleiten lässt; ist dies der Fall, so sind die Gerichte berechtigt und verpflichtet, den Prozessstoff auch unter diesem rechtlichen Gesichtspunkt zu würdigen (Senatsurteile BGHZ 136, 182, 184; 146, 365, 371). Infolgedessen bestehen keine Bedenken,

dass das Berufungsgericht von sich aus Entschädigungsansprüche aus enteignungsgleichem Eingriff in seine Prüfung einbezogen hat.

b. Tatbestand

aa. Eigentumseingriff

In der Sache hat das Berufungsgericht einen solchen Anspruch der U. allerdings dem Grunde nach zu Recht bejaht. Ein Entschädigungsanspruch aus enteignungsgleichem Eingriff setzt voraus, dass rechtswidrig in eine durch Art. 14 GG geschützte Rechtsposition von hoher Hand unmittelbar eingegriffen wird, die hoheitliche Maßnahme also unmittelbar eine Beeinträchtigung des Eigentums herbeiführt, und dem Berechtigten dadurch ein besonderes, anderen nicht zugemutetes Opfer für die Allgemeinheit auferlegt wird (st. Rspr.; vgl. Senatsurteile BGHZ 117, 240, 252; 125, 258, 264; Urteil vom 12. Juli 2001 III ZR 282/00 VersR 2002, 714, 715).

(1). Parallele zur Verweigerung von Genehmigungen

Das hat der Senat auch in einem Fall bejaht, in dem es um die rechtswidrige Versagung einer Genehmigung nach dem Grundstückverkehrsgesetz und eine dadurch bedingte Verzögerung in der Veräußerung des Grundstücks ging (BGHZ 136, 182, 184 f.; s. ferner Senatsurteil BGHZ 146 aaO). Der Senat hat dabei im Anschluss an das die Ablehnung einer Teilungsgenehmigung betreffende Senatsurteil BGHZ 134, 316 als entscheidend gewertet, dass der Eigentümer durch die Versagung der Genehmigung in seiner durch Art. 14 GG geschützten Freiheit, sein Grundstück im Rahmen der Rechtsordnung nach seinen eigenen Vorstellungen zu nutzen, in einer Weise beeinträchtigt werde, die er bei Rechtswidrigkeit der Versagung nicht entschädigungslos hinzunehmen brauche. Die Veräußerungsbefugnis gehöre zu dem geschützten Kernbereich des Eigentums. Auch ein "fühlbarer Nachteil" im Sinne der Grundsätze des Senatsurteils BGHZ 134, 316 lasse sich bei der Vereitelung eines konkret in Aussicht genommenen Kaufvertrags nicht leugnen.

(2). Übertragbarkeit auf Nichteintragung im Grundbuch

Diese Grundsätze sind entgegen der Revision, die allein die spätere Fälligkeit der Kaufpreisforderungen herausstellt und daher nur das Vermögen als solches beeinträchtigt sieht, auf die hier vorliegende Fallgestaltung zu übertragen. Ähnlich wie dort ist der Zedentin im Streitfall das mit dem Verkauf der Eigentumswohnungen bereits unmittelbar in Anspruch genommene Recht zur Veräußerung ihres Grundstücks zeitweilig entzogen worden. Solange die Wohnungseigentumsgrundbücher nicht angelegt waren, war ihr eine Übertragung des Eigentums objektiv unmöglich. Es handelte sich dabei zwar nicht um ein Verbot als förm-

lichen Rechtsakt, sondern um eine rein faktische "Veräußerungssperre". In der Rechtsprechung des Senats ist aber seit langem anerkannt, dass insbesondere eine Verzögerung bei Erteilung einer Bauerlaubnis (faktische Bausperre) oder die verzögerte Bearbeitung einer nach geltendem Recht positiv zu bescheidenden Bauvoranfrage ebenso einen enteignungsgleichen Eingriff darstellen kann wie eine förmliche, dem geltenden Recht widersprechende Ablehnung der Baugenehmigung (BGHZ 65, 182, 188 f.; Senatsurteil vom 11. Juni 1992 III ZR 210/90 NVwZ 1992, 1119, 1121 = VersR 1993, 185, 186; Urteil vom 12. Juli 2001 aaO). Nicht entscheidend anders liegen die Dinge hier, soweit die Eintragungen im Grundbuch über eine ordnungsgemäße Bearbeitungszeit hinaus und trotz der Erinnerung des Notars vom 13. Oktober 1997 rechtswidrig verzögert worden sind. Für Rechtswidrigkeit in diesem Sinne genügt im Gegensatz zum Amtshaftungsanspruch ein Verstoß gegen die objektive Rechtslage (vgl. Senatsurteile BGHZ 99, 249, 253; 123, 191, 197; 166, 22, 25 Rn. 11).

(3). Keine Enteignung durch Unterlassen

Insofern steht auch der Grundsatz, dass es keine Enteignung durch Unterlassen gibt, der Gewährung eines Entschädigungsanspruchs nicht entgegen. Mit Rücksicht auf die grundrechtlich geschützte Veräußerungsfreiheit geht es hier vielmehr um einen Fall des "qualifizierten Unterlassens", das als Eingriff in den Rechtskreis des Betroffenen zu werten ist (vgl. dazu etwa Senatsurteile BGHZ 102, 350, 364; 118, 253, 255; 120, 124, 132; Urteil vom 15. Mai 1997 III ZR 46/96 VersR 1997, 1363, 1365).

bb. Sonderopfer

Auch ein Sonderopfer lässt sich nicht verneinen, wenn es sich, wie hier, bei der erheblichen Überschreitung der angemessenen Bearbeitungszeit nicht um ein landesweit auftretendes Phänomen handelt, sondern diese Überschreitung nur bei einzelnen Behörden oder Gerichten auftritt.

c. Rechtsfolge

Ansprüche aus enteignungsgleichem Eingriff gewähren jedoch - was das Berufungsgericht verkennt - keinen vollen Schadensausgleich, sondern lediglich eine "angemessene Entschädigung".

aa. Substanzverlust wird in Form von Bodenrente entschädigt

Die Zedentin, und an ihrer Stelle jetzt die Klägerin, kann auf dieser Grundlage also nur eine Entschädigung für den "Substanzverlust" verlangen, den jene dadurch erlitten hat, dass sie in der Möglichkeit der Veräußerung ihres Grundstücks zeitweise behindert war (BGHZ 136, 182, 185 f.). Bei der Verhinderung oder Verzögerung der Veräußerung eines Grund-

stücks zu Bauzwecken hat der Senat den Umfang des Entschädigungsanspruchs inhaltlich an der "Bodenrente" orientiert, d.h. an dem Betrag, den ein potentieller Nutzer für die Erlaubnis zeitweiliger Nutzung bezahlt haben würde (Miet-, Pacht- oder Erbbauzins), und hat hieran auch für die rechtswidrige Versagung einer Grundstücksverkehrsgenehmigung festgehalten (BGHZ 136 aaO S. 186 f.).

Diese Erwägungen gelten sinngemäß auch für die vorliegende Fallgestaltung. Mit der rechtswidrigen Verzögerung der beantragten Eintragungen im Grundbuch wird der Eigentümer des Grundstücks vorübergehend an dessen Veräußerung gehindert und ihm damit dessen wirtschaftlicher Gegenwert in Gestalt des Veräußerungserlöses zeitweise vorenthalten. Dieser Erlös tritt eigentumsrechtlich gesehen an die Stelle des Grundstücks, jedoch der Höhe nach nur bis zu dessen objektiven Wert. "Genommen" wird dem Eigentümer damit die Möglichkeit der Nutzung des an die Stelle des Grundstücks tretenden Kapitals, also dessen angemessene Verzinsung. Der so ermittelte Kapitalnutzungswert wird der Höhe nach regelmäßig der Bodenrente entsprechen.

bb. Zinsschäden nicht zu ersetzen

Hingegen hat der Eigentümer auf dieser Grundlage keinen Anspruch auf vollen Ersatz des ihm durch die Belastung mit Kreditzinsen entstandenen Zinsschadens (vgl. BGHZ 125, 258, 265; 136 a.a.O.; ferner NVwZ 1998, 1329, 1330). Der Anspruch aus enteignungsgleichem Eingriff kann daher die uneingeschränkte Verurteilung des Beklagten der Höhe nach nicht rechtfertigen. 36

d. Verjährung

Derartige Ansprüche sind, wie das Berufungsgericht

insoweit zutreffend entschieden hat, nicht verjährt. Bis zum 31. Dezember 2001 galt hierfür die 30jährige Verjährungsfrist gemäß § 195 BGB a.F. (vgl. nur BGHZ 117, 287, 294). Nach der gesetzlichen Neuregelung der Verjährung durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz ist - obwohl der Gesetzgeber von einer entsprechenden Vorschrift abgesehen hat - jetzt § 195 BGB n.F. mit seiner dreijährigen Regelverjährung entsprechend anzuwenden (Senatsbeschluss vom 12. Oktober 2006 a.a.O. S. 16 f. Rn. 19; s. ferner BVerwG, NJW 2006, 3225, 3226 zum öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruch; a.A. Mansell, NJW 2002, 89, 91; Heselhaus, DVBl. 2004, 411 ff.). Besonderheiten des öffentlichen Rechts stehen nicht entgegen. Diese neue, gemäß Art. 229 § 6 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 4 Satz 1 EGBGB ab 1. Januar 2002 laufende Verjährung ist aber rechtzeitig gehemmt worden.

II. Eigene Ansprüche

Über Ansprüche der Klägerin aus eigenem Recht ist gegenwärtig nicht zu entscheiden. Vorsorglich weist der Senat jedoch darauf hin, dass es, soweit dabei Ansprüche aus enteignungsgleichem Eingriff in Rede stehen, an der Beeinträchtigung eines eigenen eigentumsrechtlich geschützten Rechts der Klägerin fehlt.

III. Ergebnis

Hiernach ist das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, soweit zum Nachteil des beklagten Landes erkannt worden ist. In der neuen Berufungsverhandlung hat das Berufungsgericht auch Gelegenheit, sich mit den weiteren Verfahrensrügen der Revision im Zusammenhang mit der Anwendbarkeit des § 839 Abs. 3 BGB auseinanderzusetzen.

Standort: AT Problem: Widerruf der Bestellung zur Gleichstellungsbeauftragten

OVG SCHLESWIG, BESCHLUSS VOM 2.3.2005
2 MB 1/05 (NVwZ-RR 2007, 187)

Problemdarstellung:

Das OVG Schleswig hatte über die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs einer Gleichstellungsbeauftragten gegen den Widerruf ihrer Bestellung zu entscheiden. Dabei macht das Gericht folgende interessante Ausführungen:

I. Der Widerruf einer Gleichstellungsbeauftragten ist nach Ansicht des OVG ein Verwaltungsakt. Es gewinnt dieses Ergebnis durch Heranziehung des "actus-contrarius"-Gedankens: Die Bestellung zur Gleichstellungsbeauftragten sei ein Verwaltungsakt, also müsse auch der Widerruf ein Verwaltungsakt sein.

II. Im Rahmen der formellen Rechtmäßigkeit der Anordnung der sofortigen Vollziehung des Widerrufs

nach § 80 II Nr. 4 VwGO prüft das Gericht, ob eine ordnungsgemäße Begründung i.S.d. § 80 III VwGO vorliegt. Es führt aus, dass diese Begründung zwar nicht inhaltlich richtig, wohl aber einzelfallbezogen, schlüssig und für den Bürger nachvollziehbar sein müsse. Wenn sich - wie hier - die Gründe, die für den Erlass des Verwaltungsakts maßgeblich waren, mit den Motiven für die sofortige Vollziehungsanordnung überlagern, müsse die Behörde klarstellen, was noch allgemeine Begründung des Verwaltungsakts sei und was sie schon als Grund für eine Vollziehbarkeit ansehe.

Prüfungsrelevanz:

Die formellen Anforderungen an eine Begründung nach § 80 III VwGO sind ein Examensklassiker, den jeder Cand. jur. beherrschen sollte. Die Ausführungen

des OVG zu diesem Punkt sind beinahe lehrbuchreif. Auch die Annahme eines Verwaltungsakts bzgl. des Widerrufs der Gleichstellungsbeauftragten überzeugt zumindest im Ergebnis. Allerdings sollte in einem Gutachten die Prüfung nicht losgelöst von den Merkmalen des § 35 S. 1 VwVfG vorgenommen werden:

1. Ein Verwaltungsakt ergeht "auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts". An dieser Stelle ist es wichtig, die öffentlich-rechtliche Bestellung der Gleichstellungsbeauftragten und damit auch die öffentlich-rechtliche Natur des Widerruf vom (u.U. privatrechtlichen) Angestelltenverhältnis zu unterscheiden. Letzteres muss zusätzlich zum Widerruf der Bestellung gekündigt werden; diese Kündigung ist eine zivilrechtliche Willenserklärung und allein deshalb schon kein Verwaltungsakt.

2. Außenwirkung i.S.d. § 35 S. 1 VwVfG setzt voraus, dass Rechte oder Pflichten für außerhalb der Verwaltung stehende Personen begründet werden. Hierzu ist die Bestellung der Gleichstellungsbeauftragten von der verwaltungsinternen Organisationsentscheidung der Schaffung eines neuen Amtes, der Kompetenzverteilung zwischen diesem und anderen Ämtern usw. abzugrenzen. Sieht man in der Bestellung - ähnlich wie in der Ernennung zum Ehrenbürger - bereits die Begründung eines neuen Statusverhältnisses, das unmittelbar Rechte und Pflichten begründet, ist es konsequent, auch im Entzug desselben durch Widerruf Außenwirkung zu sehen.

3. Wenn im Landesrecht eines Bundeslandes - anders als in diesem Fall in Schleswig-Holstein - keine spezielle Ermächtigungsgrundlage existiert, kann für den Widerruf der Bestellung zur Gleichstellungsbeauftragten auf § 49 II VwVfG abzustellen sein, wobei als Widerrufungsgrund § 49 II Nr. 3 VwVfG in Betracht käme, wenn - wie hier von der Behörde behauptet - die Gleichstellungsbeauftragte ihr Amt nicht ordnungsgemäß führt.

Vertiefungshinweise:

Pflicht der Gemeinden zur Bestellung von Gleichstellungsbeauftragten: *BVerfGE* 91, 228; *VerfGH NRW*, RA 2002, 239 = *NWVB1* 2002, 101

Mitwirkungsrechte der Gleichstellungsbeauftragten: *OVG Saarlouis*, *NVwZ-RR* 1999, 457

Keine Klagebefugnis der Gleichstellungsbeauftragten: *OVG Bautzen*, RA 2000, 610 = *NVwZ-RR* 2000, 728

Kursprogramm:

Examenskurs : "Frauenpower"

Leitsätze:

1. Der Widerruf der Bestellung zur Gleichstellungsbeauftragten stellt einen Verwaltungsakt i.S. des §

106 I SchlHVwG dar.

2. Zu den Voraussetzungen eines pflichtwidrigen Verhaltens einer Gleichstellungsbeauftragten.

3. Zu den Anforderungen an eine Begründung der Anordnung der sofortigen Vollziehung eines Verwaltungsaktes.

Sachverhalt:

Die Bet. streiten um die vorläufige Vollziehbarkeit der Abberufung der Ast. als Gleichstellungsbeauftragte. Die Ast. ist seit dem 1.10.2001 als Gleichstellungsbeauftragte beim Ag., dem Amt B., angestellt. Sie arbeitet als Teilzeitkraft mit einer durchschnittlichen Wochenstundenzahl von 19,25. Mit Bescheid vom 6.10.2004 widerrief der Ag. die Benennung der Ast. zur Gleichstellungsbeauftragten und ordnete die sofortige Vollziehung des Widerrufs an.

Zur Begründung führte er aus, die Zusammenarbeit zwischen der Ast. und der Dienststellenleitung des Ag. müsse naturgemäß eine enge und vertrauensvolle sein. Die Ast. habe durch ihr persönliches Verhalten die Grundlage einer gemeinsamen vertrauensvollen Zusammenarbeit so schwer belastet, dass einer weiteren Zusammenarbeit dauerhaft die Vertrauensbasis entzogen sei. Durch die Einrichtung eines informellen Arbeitskreises habe sie die Leitungsfähigkeit und -möglichkeit der Leiterin des Amtes untergraben. Zudem habe sie über Jahre hinweg ihre Tätigkeiten als Gleichstellungsbeauftragte über die festen Sprechzeiten hinaus als Mehrarbeit mit Freizeitanpruch abgerechnet, ohne dass diese als zwingende Mehr- oder Überstunden anzusehen seien. Schließlich habe sie Veranstaltungen hinter dem Rücken der Dienststellenleitung geplant. So habe sie am 22.4.2004 einen "Girls Day" organisiert, ohne jemanden im Amt darüber zu informieren. Am besagten Tag sei sie nicht im Amt anwesend gewesen.

Die sofortige Vollziehung der Anordnung begründete der Ag. damit, dass es ihm unzumutbar sei, bis zur endgültigen Entscheidung über den Rechtsstreit mit der Ast. weiter zusammenzuarbeiten. Die Arbeit des Amtes sei durch die Tätigkeit der Ast. in einem solchen Maße gefährdet, dass ein weiteres Abwarten nicht möglich sei. Zudem wolle er die Stelle der Gleichstellungsbeauftragten neu besetzen. Dies sei solange nicht möglich, als die Ast. die Stelle "blockiere".

Mit Schreiben vom 7.10.2004 kündigte der Ag. das Arbeitsverhältnis mit der Ag. mit Wirkung zum 31.12.2004. Die Ast. legte am 21.10.2004 Widerspruch gegen den Bescheid vom 6.10.2004 ein. Das VG hat dem vorläufigen Rechtsschutzantrag stattgegeben. Die Beschwerde der Ag. blieb ohne Erfolg.

Aus den Gründen:

Die Ast. hat einen Anspruch auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung ihres Widerspruchs vom 21.10.2004.

A. Zulässigkeit

Der Antrag der Ast. nach § 80 V VwGO auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung ist statthaft. Der Widerruf der Bestellung zur Gleichstellungsbeauftragten stellt einen Verwaltungsakt i.S. des § 106 I SchlHVwG dar. Eine Ermächtigungsgrundlage ist in § 22a I SchlHAmtsO gegeben. Unabhängig von dem Beschäftigungsverhältnis ist die ausdrücklich geregelte "Bestellung" als Verwaltungsakt zu verstehen. Dass der Widerruf der Bestellung nicht durch Verwaltungsakt erfolgen kann, ist dem Gesetz nicht zu entnehmen. Die verwendete Formulierung, "Bestellung kann widerrufen werden" spricht vielmehr dafür, dass der Gesetzgeber die Handlungsform des Verwaltungsaktes zulassen wollte. Der Widerruf ist "actus contrarius" zur Bestellung als Gleichstellungsbeauftragter.

B. Begründetheit

I. Formelle Rechtmäßigkeit der Vollziehungsanordnung

Der Ag. hat die sofortige Vollziehbarkeit i.S. des § 80 II Nr. 4 VwGO angeordnet. Die Anordnung genügt den Voraussetzungen des § 80 III 1 VwGO. Eine schlüssige und hinreichende Begründung des Vollzugsinteresses liegt vor.

1. Anforderungen an Begründung nach § 80 III VwGO

Gemäß § 80 III VwGO ist in den Fällen des § 80 III Nr. 4 VwGO das besondere Interesse an der sofortigen Vollziehbarkeit schriftlich zu begründen. Es bedarf somit einer Begründung, die zusätzlich zu der Rechtfertigung des Verwaltungsaktes selbst vorliegen muss. Jedoch ist es im Rahmen der formellen Rechtmäßigkeit der Anordnung nicht erforderlich, dass die Begründung auch zutreffend ist.

Entgegen der Ansicht des VG sind an die Begründung der Anordnung der sofortigen Vollziehung nicht übermäßig hohe Anforderungen zu stellen. Die Begründung hat zum einen den Zweck, den Betroffenen in die Lage zu versetzen, durch Kenntnis der Gründe, die die Behörde zur Vollziehungsanordnung veranlasst haben, seine Rechte wirksam wahrzunehmen und die Erfolgsaussichten seines Rechtsmittels abzuschätzen. Zum Anderen soll sie der Behörde den Ausnahmecharakter der sofortigen Vollziehung vor Augen führen und sie veranlassen, mit besonderer Sorgfalt zu prüfen. Diese Funktion erfordert, dass die Begründung der Vollziehungsanordnung auf den konkreten Fall abstellt und nicht nur formelhaft ist und dass die Behörde erkennen lässt, dass sie die Besonderheit einer sofortigen Vollziehung in ihrer Entscheidungsfindung beachtet hat.

2. Subsumtion

Diesen Voraussetzungen hat der Ag. bei seiner Entscheidung genügt. In der Begründung des Bescheides vom 6.10.2004 führt der Ag. aus: "Es liegt im öffentli-

chen Interesse, dass der Widerruf der Bestellung auch sofort wirksam wird. Die aufschiebende Wirkung eines Widerspruchs gegen den Widerruf der Bestellung (...) würde sonst im Ergebnis dazu führen, dass die Funktionen der Gleichstellungsbeauftragten bis zum Abschluss des Rechtsmittelverfahrens ggf. über Jahre hinaus ausgeübt werden könnten, obwohl der Person das dafür zwingend erforderliche Vertrauen in die fachliche und persönliche Eignung für die Funktion der Gleichstellungsbeauftragten durch den Amtsausschuss als oberstes Organ des Amtes entzogen wurde (...). Hinzu kommt, dass es dem Amtsausschuss andernfalls auch nicht möglich wäre, eine andere, fachlich und persönlich geeignete Person zur Gleichstellungsbeauftragten zu bestellen, weil diese Funktion durch den wegen der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs noch nicht wirksamen Widerruf zur Bestellung auf unbestimmte Zeit gewissermaßen blockiert wäre."

Die Begründung des Sofortvollzugs kann ausnahmsweise auf die Begründung des zu vollziehenden Verwaltungsaktes Bezug nehmen, wenn aus dieser bereits die besondere Dringlichkeit der Regelung hervorgeht. Insbesondere muss die Behörde dann erkennen lassen, was allgemeine Begründung des Verwaltungsaktes ist und was spezifisch Grund für eine Vollziehbarkeit war. Dem ist (noch) genügt.

II. Interessenabwägung

Im Übrigen folgt der Senat dem VG. Die im vorläufigen Rechtsschutz vorzunehmende Abwägung des Interesses der Ast. an der Weiterbeschäftigung und des Interesses des Ag. am Vollzug der Freistellung ergibt ein Überwiegen des Aussetzungsinteresses. Im Rahmender Interessenabwägung sind die Erfolgsaussichten der Hauptsache von vorrangiger Bedeutung.

1. Formelle Rechtmäßigkeit des Widerrufs

Der angefochtene Bescheid des Ag. vom 6. 10. 2004 ist in formeller Hinsicht nicht zu beanstanden.

2. Materielle Rechtmäßigkeit des Widerrufs

In materieller Hinsicht ist der Bescheid jedoch mit hoher Wahrscheinlichkeit rechtswidrig. Die Rechtmäßigkeit des Widerrufs einer Gleichstellungsbeauftragten richtet sich nach § 22a I 6 SchlHAmtsO. Die Voraussetzungen dieser Vorschrift sind nach summarischer Prüfung nicht gegeben.

a. Tabestand der Ermächtigungsgrundlage

Nach § 22a I 5 SchlHAmtsO kann die Bestellung zur Gleichstellungsbeauftragten aus Gründen, die in der Person oder in dem Verhalten der Gleichstellungsbeauftragten liegen, oder wegen dringender dienstlicher Erfordernisse mit der Zustimmung der Mehrheit der gesetzlichen Mitglieder des Amtsausschusses oder ein entsprechender Anwendung des § 626 BGB widerru-

fen werden.

b. Subsumtion

aa. Beteiligung am informellen Arbeitskreis

Aus dem Engagement der Ast. in dem informellen Arbeitskreis lässt sich nach dem Vorbringen der Bet. kein pflichtwidriges Verhalten gegenüber dem Ag. ableiten. Wie das VG zutreffend festgestellt hat, könnte ein pflichtwidriges Verhalten zwar dann angenommen werden, wenn die Ast. versucht haben sollte, in den "geheimen" Treffen des Arbeitskreises Stimmung gegen die Dienststelle zu machen, Abneigungen gegen einzelne Mitarbeiter zu schüren oder hinter dem Rücken der Dienststelle ein ständiges Gremium zu gründen, das sich mit innerbehördlichen Angelegenheiten beschäftigt.

Die Ast. hat den so genannten Arbeitskreis jedoch genutzt, um sich der Probleme und Nöte der Beschäftigten anzunehmen. In § 1 des Arbeitsvertrages sind die Aufgaben der Gleichstellungsbeauftragten definiert. Unter anderem gehört zu den Aufgaben das Anbieten von Sprechstunden und Beratungen für hilfesuchende Frauen des Amtsbereichs. Insofern hätte sie im Rahmen ihrer vertraglichen Aufgaben pflichtgemäß gehandelt.

Die allgemeine Interessenvertretung der Beschäftigten obliegt zwar grundlegend dem Personalrat. Als Gleichstellungsbeauftragte ist es die vorrangige Aufgabe der Ast. im Sinne des Gleichstellungsgesetzes tätig zu sein. Die Gründung des Arbeitskreises ging nicht von der Ast. aus. Vielmehr wurde sie als Interessenvertreterin der Frauen zu der Gesprächsrunde dazu gebeten. Konkrete Anhaltspunkte für eine Gefährdung des Betriebsfriedens innerhalb des Amtes ergeben sich aus dem in Stichworten gehaltenen Protokoll nicht. Die bloße Befürchtung des Ag. rechtfertigt den

Widerruf der Bestellung nicht. Schließlich ist zu berücksichtigen, dass nachdem unbestrittenen Vortrag der Ast. die Teilnehmer des Arbeitskreises nicht hinter dem Rücken der Dienststelle agieren wollten, sondern beabsichtigt war, anhand des Protokolls die Vorwürfe und Kritikpunkte mit der Leitenden Verwaltungsbeamtin zu erörtern.

bb. Veranstaltung des "Girls Day"

Auch aus den Ereignissen um den so genannten "Girls-Day" lässt sich kein pflichtwidriges Verhalten ableiten. In § 5 des Arbeitsvertrages ist festgelegt, dass die Gleichstellungsbeauftragte eigene Öffentlichkeitsarbeit betreiben kann. Darunter fallen auch in eigener Verantwortung geführte Informationsveranstaltungen wie der "Girls-Day". Die Planung und Durchführung der Veranstaltung ist vom Ag. auch nicht beanstandet worden. Es ging allein um die unterbliebene Unterrichtung der Verwaltung. Diesen Umstand nahm der Ag. als Indiz für ein zerrüttetes Vertrauensverhältnis und für eine fehlende Vertrauensbasis mit der Gleichstellungsbeauftragten.

Insoweit ist jedoch zu berücksichtigen, dass die Betreuung der Schülerinnen am "Girls-Day" der Ast. nicht möglich war, weil sie am betreffenden Tag dienstunfähig krank geschrieben war. Zwar hat sie es versäumt, ihre Dienstunfähigkeit unverzüglich anzuzeigen und das Erscheinen der Schülerinnen anzukündigen, darin allein lässt sich jedoch noch nicht ein Verhalten sehen, das sich gegen die Dienststellenleitung richtet und die Annahme eines zerrütteten Vertrauensverhältnisses rechtfertigt. Zudem erscheint die Durchführung eines "Girls-Day" der Dienststellenleitung bekanntgewesen zu sein, da nach unwidersprochener Ausführung der Ast. bereits im Vorjahr eine solche Aktion stattgefunden haben soll.

Standort: Europarecht

Problem: Suspensiveffekt gegen Beihilferückforderung

EUGH, URTEIL VOM 05.10.2005
C-232/05 (DVBL 2007, 369)

Problemdarstellung:

Nach st.Rspr. des EuGH können der Rückforderung von europarechtswidrigen Beihilfen durch die Mitgliedsstaaten nur solche Gründe entgegen gehalten werden, die sich aus dem Gemeinschaftsrecht ergeben. Existieren nationale Regelungen, die der Rücknahme einer Beihilfe oder deren Rückforderung entgegen stehen, sind diese m.a.W. im Lichte des Anwendungsvorrangs des Gemeinschaftsrechts nicht anwendbar. So ist z.B. entschieden, dass auf die Rücknahme einer europarechtswidrigen Beihilfe die Frist des § 48 IV VwVfG nicht anwendbar ist. Gleiches gilt für den Vertrauensschutz des § 48 II VwVfG und den Entreiche-

rungeinwand gegen eine Rückforderung nach § 49a VwVfG (vgl. zu allem die Vertiefungshinweise).

Diese Verdrängung nationaler Vorschriften wurde zunächst mit dem "effet utile" aus Art. 10 EG begründet, wonach die Mitgliedsstaaten alles unternehmen müssen, um dem Gemeinschaftsrecht praktisch zur Durchsetzung zu verhelfen. Für die Rückforderung von Beihilfen existiert mittlerweile die Verordnung 659/1999/EG, in deren Art. 14 III definiert ist, unter welchen Voraussetzungen nationales Recht weiterhin Anwendung finden kann, wenn die Kommission entschieden hat, dass eine Beihilfe gemeinschaftswidrig ist. Dort heißt es, dass eine Rückforderung "unverzüglich und nach den Verfahren des betreffenden Mitgliedstaats" erfolgt, "sofern hierdurch die sofortige und tatsächliche Vollstreckung der Kommis-

sionsentscheidung ermöglicht wird.”

Im vorliegenden Fall hatte die Rückforderung einer gemeinschaftsrechtswidrigen Beihilfe in Frankreich über vier Jahre gedauert, was die französische Regierung damit zu rechtfertigen versucht hatte, dass im französischen Recht die aufschiebende Wirkung von Rechtsbehelfen vorgesehen sei, welche die Behörden zu respektieren hätten. Der EuGH hält dem entgegen, dass der Suspensiveffekt die “sofortige und tatsächliche Vollstreckung” der Rückforderung nicht ermöglichen, sondern behindere. Deshalb dürfen die entsprechenden Normen des nationalen Rechts nicht angewendet werden. Soweit hiermit eine Verkürzung des Rechtsschutzes für den Betroffenen verbunden sei, müsse dieser hingenommen werden, da ihm die Möglichkeit offen stehe, über die Nichtigkeitsklage nach Art. 230 EG gegen die Kommissionsentscheidung vorzugehen. Unterlasse er dies, könne er die Richtigkeit der Kommissionsentscheidung nicht mehr durch Rechtsbehelfe vor nationalen Gerichten in Frage stellen.

Prüfungsrelevanz:

Die Entscheidung hat erhebliche Bedeutung für die Anwendung von § 80 V 1 VwGO auf Bescheide, mit denen aufgrund einer Kommissionsentscheidung nach Art. 249 EG unter Anordnung der sofortigen Vollziehung gemeinschaftsrechtswidrige Beihilfen zurückgenommen und zurückgefordert werden. Weder darf ein nationales Gericht in diesem Fall Suspensiveffekt zusprechen, wenn es dadurch zu Verzögerungen bei der Rückabwicklung kommt (was in aller Regel der Fall sein wird, denn die Verzögerung ist gerade der Sinn des Suspensiveffekts), noch die Richtigkeit der Kommissionsentscheidung in Frage stellen. Für den Aufbau der Begründetheitsprüfung eines solchen Antrages nach § 80 V 1, 2. Fall VwGO hat dies Konsequenzen:

I. Die Prüfung der formellen Rechtmäßigkeit der Anordnung der sofortigen Vollziehung ändert sich nicht.

II. Bei der Interessenabwägung zwischen Suspensiv- und Vollzugsinteresse darf aber nicht auf die Erfolgsaussichten der Hauptsache abgestellt werden, weil das nationale Gericht sich nicht anmaßen darf, die Richtigkeit der Kommissionsentscheidung in Frage zu stellen. Vielmehr ist grds. von deren Richtigkeit und damit auch vom Überwiegen des Vollzugsinteresses auszugehen. Ob das Gericht überhaupt im Einzelfall den Suspensiveffekt wiederherstellen darf, hat der EuGH im vorliegenden Urteil ausdrücklich offen gelassen, bisher allerdings anerkannt, wenn die Rückabwicklung faktisch unmöglich ist (EuGH, EuZW 2001, 22 Rn 52, 53).

Vertiefungshinweise:

Keine Anwendbarkeit von § 48 IV VwVfG bei eu-

roparechtswidriger Beihilfe: *BVerfG*, RA 2000, 181 = ZIP 2000, 633; *EuGH*, EuZW 1997, 276; *BVerwG*, NVwZ 1995, 703

Kein Vertrauensschutz nach § 48 II VwVfG bei europarechtswidriger Beihilfe: *EuGH*, NVwZ 1990, 1161; *BVerwG*, NJW 1993, 2764; *OVG NRW*, NVwZ 1993, 79; *Ehlers*, DVBl 1991, 612

Ermessensreduktion bei Rücknahme europarechtswidriger Beihilfen: *VG Neustadt*, RA 2003, 218 = NVwZ-RR 2003, 205

Überblick zur Rückforderung bei europarechtswidriger Beihilfe: *Michaelis*, JA 2001, 19

VA-Befugnis aus Gemeinschaftsrecht zur Rückforderung vertraglicher Beihilfen: *OVG Berlin-Brandenburg*, RA 2006, 197 = NVwZ 2006, 106

Kursprogramm:

Examenskurs : “Der Bauer ist sauer”

Examenskurs : “Machtwort aus Brüssel”

Leitsatz:

Die Französische Republik hat dadurch gegen ihre Verpflichtungen aus Artikel 249 Absatz 4 EG und den Artikeln 2 und 3 der Entscheidung 2002/14/EG der Kommission vom 12. Juli 2000 betreffend die von Frankreich zugunsten von Scott Paper SA/Kimberly-Clark gewährte staatliche Beihilfe verstoßen, dass sie nicht innerhalb der festgesetzten Frist alle erforderlichen Maßnahmen ergriffen hat, um die in dieser Entscheidung angeführten Beihilfen vom Beihilfeempfänger zurückzufordern.

Sachverhalt:

[1] Mit ihrer Klage begehrt die Kommission der Europäischen Gemeinschaften die Feststellung, dass die Französische Republik dadurch gegen ihre Verpflichtungen aus Artikel 249 Absatz 4 EG und den Artikeln 2 und 3 der Entscheidung 2002/14/EG der Kommission vom 12. Juli 2000 betreffend die von Frankreich zugunsten von Scott Paper SA/Kimberly-Clark gewährte staatliche Beihilfe (ABl. 2002, L 12, S. 1) verstoßen hat, dass sie dieser Entscheidung nicht innerhalb der festgesetzten Frist nachgekommen ist.

A. Rechtlicher Rahmen

I. Gemeinschaftsrecht

[2] Artikel 14 Absatz 3 der Verordnung (EG) Nr. 659/1999 des Rates vom 22. März 1999 über besondere Vorschriften für die Anwendung von Artikel [88] des EG-Vertrags (ABl. L 83, S. 1) stellt die Regeln für die Rückforderung von für unvereinbar mit dem Gemeinsamen Markt erklärten staatlichen Beihilfen auf:

„Unbeschadet einer Entscheidung des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften nach Artikel 185

des Vertrags [jetzt Artikel 242 EG] erfolgt die Rückforderung unverzüglich und nach den Verfahren des betreffenden Mitgliedstaats, sofern hierdurch die sofortige und tatsächliche Vollstreckung der Kommissionsentscheidung ermöglicht wird. Zu diesem Zweck unternehmen die betreffenden Mitgliedstaaten im Fall eines Verfahrens vor nationalen Gerichten unbeschadet des Gemeinschaftsrechts alle in ihren jeweiligen Rechtsordnungen verfügbaren erforderlichen Schritte einschließlich vorläufiger Maßnahmen.“

II. Nationales Recht

[3] Artikel L4 des Code de justice administrative (Verwaltungsprozessordnung) bestimmt:

„Vorbehaltlich besonderer gesetzlicher Regelungen haben Rechtsbehelfe keine aufschiebende Wirkung, sofern das Gericht nichts anderes bestimmt.“

[4] Als eine solche besondere gesetzliche Regelung bestimmt Artikel 6 des Dekrets Nr. 92-1369 vom 29. Dezember 1992 zur Änderung des Dekrets Nr. 62-1587 vom 29. Dezember 1962 über die allgemeine Regelung der öffentlichen Rechnungsführung und die Festlegung der Bestimmungen, die auf die Beitreibung der in Artikel 80 dieses Dekrets genannten staatlichen Forderungen anwendbar sind (JORF vom 30. Dezember 1992, S. 17954), in Bezug auf die vom Staat oder nationalen öffentlichen Einrichtungen erlassenen Zahlungsbescheide:

„Die Zahlungsbescheide, die in Artikel 85 des oben genannten Dekrets vom 29. Dezember 1962 aufgeführt sind, können vom Schuldner entweder durch Einspruch gegen den Bescheid angefochten werden, wenn er das Bestehen, den Betrag oder die Fälligkeit der Forderung bestreitet, oder durch Einspruch gegen die Beitreibung, wenn er die formelle Gültigkeit einer Beitreibungsmaßnahme bestreitet. Andere Einziehungsanordnungen können durch Einspruch gegen die Beitreibung angefochten werden. Diese Einsprüche haben die Aussetzung der Beitreibung zur Folge.“

[5] Ebenso sieht der mit Gesetz Nr. 96-314 vom 12. April 1996 (JORF vom 13. April 1996, S. 5707) eingefügte Artikel L1617-5 Nummer 1 Absatz 2 des Code général des collectivités territoriales für Zahlungsbescheide der Gebietskörperschaften und örtlichen öffentlichen Einrichtungen vor: „Die Einlegung eines Rechtsbehelfs vor einem Gericht, mit dem die Begründetheit einer von einer Gebietskörperschaft oder einer örtlichen öffentlichen Einrichtung festgesetzten und erhobenen Forderung bestritten wird, führt ... zur Aussetzung der Vollstreckung des Bescheides.“

Aus den Gründen:

A. Vorbringen der Parteien

I. Kommission

[35] Die Kommission macht geltend, dass mehr als

fünf Jahre nach Erlass der Entscheidung 2002/14 die von den französischen Behörden eingeleiteten Maßnahmen nicht zur Rückforderung der fraglichen Beihilfen geführt hätten. Die Entscheidung sei somit nicht ordnungsgemäß durchgeführt worden.

[36] Zwar lasse Artikel 14 Absatz 3 der Verordnung Nr. 659/1999 die Anwendung der im nationalen Recht vorgesehenen Verfahren zu, doch gelte dies nur insoweit, als diese Verfahren die „sofortige und tatsächliche“ Vollstreckung der Kommissionsentscheidung ermöglichen. Ein nationales Verfahren, das Rechtsbehelfen gegen zur Rückforderung einer gewährten Beihilfe erlassene Zahlungsbescheide automatisch eine aufschiebende Wirkung zuerkennt, erfülle diese Kriterien nicht.

II. Französische Regierung

[37] Die französische Regierung erwidert, dass die französischen Behörden alles Erforderliche getan hätten, um der Entscheidung 2002/14 nachzukommen.

[38] Sie hätten entsprechend den nationalen Verfahren an den Beihilfeempfänger mehrere Zahlungsbescheide gerichtet, die nach Abschluss des Verfahrens vor dem zuständigen nationalen Gericht vollstreckbar würden.

[39] Artikel 14 Absatz 3 der Verordnung Nr. 659/1999 sehe nämlich ausdrücklich einen solchen Rückgriff auf nationale Verfahren vor, sofern diese die sofortige und tatsächliche Vollstreckung der Kommissionsentscheidung ermöglichen. Die im vorliegenden Fall angewandten nationalen Verfahrensvorschriften einschließlich der Vorschrift über die aufschiebende Wirkung der gegen Zahlungsbescheide eingelegten Rechtsbehelfe stünden einer solchen Vollstreckung nicht entgegen.

[40] Die französische Regierung unterstreicht, dass ihrer Ansicht nach die „sofortige und tatsächliche“ Vollstreckung der Kommissionsentscheidung nicht zwingend eine sofortige Rückerstattung der Beihilfe bedeute. Eine solche Vollstreckung impliziere indessen, dass der Mitgliedstaat sofort das nationale Verfahren einleite, das dann zur Rückforderung der gewährten Beihilfe führen müsse.

B. Würdigung durch den Gerichtshof

I. Rechtsfolgen einer Entscheidung

[41] Gemäß Artikel 249 Absatz 4 EG sind Entscheidungen in allen ihren Teilen für diejenigen verbindlich, die sie bezeichnen.

[42] Nach ständiger Rechtsprechung hat der Mitgliedstaat, an den eine Entscheidung gerichtet ist, die ihn zur Rückforderung rechtswidriger Beihilfen verpflichtet, nach Artikel 249 EG alle geeigneten Maßnahmen zu ergreifen, um die Durchführung der Entscheidung sicherzustellen (vgl. Urteile vom 12. Dezember 2002 in der Rechtssache C-209/00, Kommission/Deutschland, Slg. 2002, I-11695, Randnr. 31, und vom 26. Ju-

ni 2003 in der Rechtssache C-404/00, Kommission/Spanien, Slg. 2003, I-6695, Randnr. 21). Er muss erreichen, dass er die geschuldeten Beträge tatsächlich wiedererlangt (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 12. Mai 2005 in der Rechtssache C-415/03, Kommission/Griechenland, Slg. 2005, I-3875, Randnr. 44, und Kommission/Italien, Randnrn. 36 und 37).

[43] Nach Artikel 14 Absatz 3 der Verordnung Nr. 659/1999 hat die Rückforderung der für unvereinbar erklärten Beihilfe „unverzüglich“ zu erfolgen.

[44] Im vorliegenden Fall verpflichtet die Entscheidung 2002/14 die Französische Republik, alle erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen, um vom Begünstigten die ihm zur Verfügung gestellten fraglichen Beihilfen zurückzufordern. Hierzu hat die Kommission der Französischen Republik eine Frist von zwei Monaten gesetzt. Diese Frist wurde durch die sich aus dem Schreiben vom 29. April 2004 ergebende Frist ersetzt und verlängerte sich dadurch bis zum 19. Mai 2004.

[45] Bei Ablauf dieser letztgenannten Frist, d.h. fast vier Jahre nach Erlass der Entscheidung 2002/14, hatten die Maßnahmen der französischen Behörden nicht zu einer tatsächlichen Rückforderung der fraglichen Beihilfen geführt, wenn man von der Zahlung von 165 887 Euro absieht, die auf die Gesamtforderung von 13 350 000 Euro geleistet worden war.

II. Auswirkungen des Suspensiveffekts

[46] Denn wie die französische Regierung selbst zugeibt, können Zahlungsbescheide wegen der automatisch eintretenden aufschiebenden Wirkung der gegen sie eingelegten Rechtsbehelfe vor Erlass der Entscheidung des zuständigen nationalen Gerichtes keine konkrete Wirkung im Hinblick auf die Rückerstattung der genannten Beihilfen entfalten.

[47] Folglich kann der Beihilfeempfänger die ihm durch die für unvereinbar erklärten Beihilfen zugeflossenen Gelder während dieser Zeit behalten und daraus einen unzulässigen Wettbewerbsvorteil ziehen.

III. Rechtfertigung

[48] Die französische Regierung macht jedoch geltend, diese Verzögerung sei der durch Artikel 14 Absatz 3 der Verordnung 659/1999 ausdrücklich zugelassenen Anwendung der im französischen Recht vorgesehenen Verfahren zuzuschreiben.

1. Nationales Recht nur anwendbar, soweit es der sofortigen und tatsächlichen Vollstreckung der Entscheidung dient

[49] Hierbei ist daran zu erinnern, dass nach Artikel 14 Absatz 3 der Verordnung Nr. 659/1999 die Anwendung nationaler Verfahren von der Bedingung abhängt, dass diese die sofortige und tatsächliche Vollstreckung der Kommissionsentscheidung ermöglichen; diese Bedingung spiegelt die Erfordernisse des in der Rechtsprechung bereits früher aufgestellten Effektiv-

tätsgrundsatzes wider (vgl. Urteile vom 2. Februar 1989 in der Rechtssache 94/87, Kommission/Deutschland, Slg. 1989, 175, Randnr. 12, vom 20. März 1997 in der Rechtssache C-24/95, Alcan Deutschland, Slg. 1997, I-1591, Randnr. 24).

[50] Nach der 13. Begründungserwägung dieser Verordnung muss im Fall von rechtswidrigen, mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbaren Beihilfen ein wirksamer Wettbewerb wiederhergestellt werden und dazu die betreffende Beihilfe unverzüglich zurückgefordert werden. Die Anwendung der nationalen Verfahren darf somit die Wiederherstellung eines wirksamen Wettbewerbs nicht erschweren, indem sie die sofortige und tatsächliche Vollstreckung der Kommissionsentscheidung verhindert. Um zu diesem Ergebnis zu gelangen, müssen die Mitgliedstaaten alle erforderlichen Maßnahmen zur Gewährleistung der Wirksamkeit der Kommissionsentscheidung treffen.

2. Jedoch keine Anwendbarkeit, soweit Vollstreckung der Entscheidung verzögert wird

[51] Das im vorliegenden Fall angewandte französische Verfahren kann dadurch, dass es Rechtsbehelfen gegen zur Rückforderung einer gewährten Beihilfe erlassene Zahlungsbescheide eine aufschiebende Wirkung zuerkennt, nicht als ein Verfahren angesehen werden, das die „sofortige und tatsächliche“ Vollstreckung der Entscheidung 2002/14 ermöglicht. Vielmehr kann es die Rückforderung der Beihilfen durch die Zuerkennung einer derartigen aufschiebenden Wirkung beträchtlich verzögern.

[52] Da dieses nationale Verfahren die von den Gemeinschaftsvorschriften über staatliche Beihilfen verfolgten Ziele außer Betracht lässt, verhindert es die sofortige Wiederherstellung der früheren Lage und verlängert die Dauer des auf den fraglichen Beihilfen beruhenden unzulässigen Wettbewerbsvorteils.

[53] Daraus folgt, dass das im vorliegenden Fall im nationalen Recht vorgesehene Verfahren nicht die Voraussetzungen des Artikels 14 Absatz 3 der Verordnung Nr. 659/1999 erfüllt. Die französische Vorschrift über die aufschiebende Wirkung der gegen Zahlungsbescheide eingelegten Rechtsbehelfe hätte somit unangewandt bleiben müssen.

3. Möglichkeit der Einzelfallprüfung durch den Richter bleibt offen

[54] Unter diesen Umständen ist es nicht erforderlich, auf die Frage einzugehen, ob der nationale Richter in bestimmten Fällen die Aussetzung der Vollstreckung von Zahlungsbescheiden bei Rechtsbehelfen anordnen kann, deren Rügen sich nicht auf die Kommissionsentscheidung beziehen.

4. Schutz der Bestandskraft der Entscheidung

[55] Hinzuzufügen ist in diesem Zusammenhang, dass die aufschiebende Wirkung von Rechtsbehelfen, die

bei nationalen Gerichten eingelegt werden, nicht als unabdingbar angesehen werden kann, um in Bezug auf das Gemeinschaftsrecht einen effektiven gerichtlichen Schutz zu garantieren.

a. Möglichkeit der Nichtigkeitsklage

[56] Ein solcher Schutz wird nämlich schon vollumfänglich durch die vom EG-Vertrag eröffneten Möglichkeiten gewährleistet, im vorliegenden Fall insbesondere durch die Nichtigkeitsklage nach Artikel 230 EG.

[57] Da die Europäische Gemeinschaft eine Rechtsgemeinschaft ist, in der die Handlungen ihrer Organe daraufhin kontrolliert werden, ob sie mit dem Vertrag und den allgemeinen Rechtsgrundsätzen vereinbar sind, hat der Vertrag ein vollständiges System von Rechtsbehelfen und Verfahren vorgesehen, das die Kontrolle der Rechtmäßigkeit der Handlungen der Organe gewährleisten soll und dazu den Gemeinschaftsrichter mit dieser Aufgabe betraut hat (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 25. Juli 2002 in der Rechtssache C-50/00 P, Unión de Pequeños Agricultores/Rat, Slg. 2002, I-6677, Randnrn. 38 und 40).

[58] Der Empfänger einer für unvereinbar erklärten Beihilfe ist berechtigt, eine Nichtigkeitsklage gemäß Artikel 230 Absatz 2 EG zu erheben, selbst wenn die Entscheidung an einen Mitgliedstaat gerichtet ist (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 17. September 1980 in der Rechtssache 730/79, Philip Morris/Kommission, Slg. 1980, 2671, und vom 9. März 1994 in der Rechtssache C-188/92, TWD Textilwerke Deggendorf, Slg. 1994, I-833, Randnr. 14).

b. Daneben keine Prüfungskompetenz nationaler Gerichte

[59] Im Gegenzug kann der Empfänger einer für unvereinbar erklärten Beihilfe, der die Entscheidung der

Kommission hätte anfechten können, diese nicht vor den nationalen Gerichten mit einem Rechtsbehelf gegen die von den nationalen Behörden getroffenen Durchführungsmaßnahmen erneut in Frage stellen. Ließe man in derartigen Fällen zu, dass sich der Betroffene vor dem nationalen Gericht unter Berufung auf die Rechtswidrigkeit der Gemeinschaftsentscheidung ihrer Durchführung widersetzen kann, würde ihm damit die Möglichkeit eingeräumt, die Bestandskraft zu umgehen, die die Entscheidung ihm gegenüber nach Ablauf der Klagefrist besitzt (vgl. in diesem Sinne Urteile TWD Textilwerke Deggendorf, Randnrn. 17 und 18, und vom 15. Februar 2001 in der Rechtssache C-239/99, Nachi Europe, Slg. 2001, I-1197, Randnr. 37).

[60] Es ist somit ausgeschlossen, dass die Kommissionsentscheidung über die Rückforderung der geschuldeten Beträge vor einem nationalen Gericht in Frage gestellt wird. Diese Frage ist dem Gericht erster Instanz der Europäischen Gemeinschaften vorbehalten, das hierüber im Rahmen einer bei ihm erhobenen Nichtigkeitsklage entscheidet. Nach Artikel 242 EG hat eine solche Klage keine aufschiebende Wirkung, sofern das Gericht erster Instanz nicht anders entscheidet.

IV. Ergebnis

[61] In Anbetracht des Vorstehenden ist festzustellen, dass die Französische Republik dadurch gegen ihre Verpflichtungen aus Artikel 249 Absatz 4 EG und den Artikeln 2 und 3 der Entscheidung 2002/14 verstoßen hat, dass sie nicht innerhalb der festgesetzten Frist alle erforderlichen Maßnahmen ergriffen hat, um die in dieser Entscheidung angeführten Beihilfen vom Beihilfeempfänger zurückzufordern.

Standort: Gewerberecht

Problem: Zugang zu festgesetztem Jahrmarkt

OVG BREMEN, BESCHLUSS VOM 11.10.2006
1 B 386/06 (NVwZ 2007, 171)

Problemdarstellung:

Nach § 70 I GewO hat jedermann, der zum Teilnehmerkreis einer festgesetzten Veranstaltung gehört, einen Anspruch auf Teilnahme an dieser Veranstaltung. Ausnahmen sehen die Absätze 2 und 3 des § 70 GewO vor, wobei nach § 70 II GewO ganze Gruppen von Ausstellern ausgeschlossen werden können, während § 70 III GewO den Ausschluss Einzelner regelt. Hierzu ist ein "sachlich gerechtfertigter Grund" vonnöten, wobei das Gesetz beispielhaft die Kapazitätserschöpfung nennt. Im vorliegenden Fall sah die Behörde einen solchen sachlichen Grund darin, dass der Antragsteller, der mit einem Stickereistand an einen Markt teilneh-

men wollte, wegen gefährlicher Körperverletzung und Freiheitsberaubung zum Nachteil seiner Schwiegermutter zu einer Freiheitsstrafe verurteilt worden war.

Das OVG Bremen führt zunächst aus, dass "sachliche Gründe" i.S.d. § 70 III GewO immer gewerbe- bzw. veranstaltungsbezogen sein müssen. Hierzu könne auch eine gewerberechtliche Unzuverlässigkeit des Bewerbers gehören (vgl. §§ 35, 57 GewO), welche sich wiederum daraus ergeben könne, dass er Straftaten begangen habe. Diese Straftaten müssten ihrerseits aber wiederum gewerbebezogen sein (z.B. Betrug zum Nachteil der Kunden, Lieferanten usw.). Hieran fehlte es bei gefährlicher Körperverletzung und Freiheitsberaubung zum Nachteil der Schwiegermutter angesichts der rein familiären Motive. Unausgesprochen geht das Gericht ferner davon aus, dass eine solche

Straftat - selbst wenn sie einschlägig wäre - auch nur ein Indiz neben anderen im Rahmen einer anzustellenden Gesamtschau wäre, indem es ausführt, gegen eine gewerberechtliche Unzuverlässigkeit des Antragstellers spreche zudem, dass er als Markbeschicker bekannt und bewährt sei und in den Vorjahren nie Grund zur Beanstandung gegeben habe.

Prüfungsrelevanz:

Die Entscheidung des OVG Bremen ist zur Frage des "sachlichen Grundes" i.S.d. § 70 III GewO sehr lehrreich. Man sollte sich merken, dass dieser gewerbe- bzw. veranstaltungsbezogen sein muss. Ähnlich liegt es übrigens im Straßen- und Wegerecht, wo Sondernutzungs Erlaubnisse auch nur aus straßen- und wegerechtlichen Gründen versagt werden dürfen (vgl. hierzu kürzlich noch OVG NRW, RA 2007, 128 = NWVB 2007, 64). Die Entscheidungsgründe geben aber auch erheblichen Anlass zu Klarstellungen:

I. § 70 GewO ist nur anwendbar, wenn die betreffende Veranstaltung i.S.d. § 69 GewO "festgesetzt" wurde. Dass eine solche Festsetzung erfolgt ist, muss der Sachverhalt einer Prüfungsaufgabe mitteilen. Liegt sie vor, verdrängt § 70 GewO als *lex specialis* die allgemeinen Zugangsansprüche für Einwohner nach den Gewerbeordnungen der Länder (z.B. § 8 II GO NRW, § 22 I INGO). Wenn das OVG also ausführt, nach § 70 III GewO könne "der Veranstalter eines Marktes" aus sachlich gerechtfertigten Gründen einzelne Teilnehmer ausschließen, muss die Betonung auf "Veranstalter eines *festgesetzten* Marktes" liegen.

II. Das OVG spricht im Eingang davon, die Behörde habe ermessensfehlerhaft gehandelt, als sie den Ast ausschloss. Tatsächlich lag, wie seiner folgenden Begründung zu entnehmen ist, schon kein "sachlich gerechtfertigter Grund" vor, so dass es schon an den tatbestandlichen Voraussetzungen für einen Ausschluss fehlte. Zu einer Ermessensausübung wäre es nur gekommen, wenn ein sachlicher Grund vorgelegen hätte. Dann - und nur dann - "kann" der Veranstalter ausschließen.

III. Das OVG führt ferner aus, was ein "sachlich gerechtfertigter Grund" sei, habe die Behörde im vorliegenden Fall in einer "Zulassungsrichtlinie näher konkretisiert". Bei derartigen Vergaberichtlinien handelt es sich aber um Verwaltungsvorschriften, also reines Innenrecht der Verwaltung, das überhaupt keine Bindungswirkung für die Gerichte hat, sofern - wie hier - lediglich ein Tatbestandsmerkmal ausgelegt wird (sog. "norminterpretierende Verwaltungsvorschrift") bzw. allenfalls im Wege einer Selbstbindung der Verwaltung über Art. 3 I GG mittelbare Bindungswirkung entfaltet, soweit eine einheitliche Ermessensausübung gewährleistet werden soll. In einem Gutachten dürfte also keinesfalls eine solche "Zulassungsrichtlinie" kommentarlos zur Konkretisierung herangezogen wer-

den, sondern wäre auf ihre Bindungswirkung (und - wie auch vom OVG kurz angedeutet - auf ihre eigene Rechtmäßigkeit hin) zu untersuchen.

IV. § 70 GewO ist keine öffentlich-rechtliche Norm, weil sie mit Veranstalter und Teilnehmer nicht zwingend einen Hoheitsträger berechtigt oder verpflichtet; Veranstalter und Teilnehmer einer festgesetzten Veranstaltung können vielmehr auch Privatleute sein. Deshalb bedarf es eines Rückgriffs auf andere Theorien als die gängige "modifizierte Subjektstheorie", wenn der Verwaltungsrechtsweg i.S.d. § 40 I 1 VwGO begründet werden soll, wie etwa die "Zwei-Stufen-Theorie" oder die typisch öffentlich-rechtliche Handlungsform, wenn - wie hier - ein förmlicher Bescheid ergeht.

Vertiefungshinweise:

- Zulassung zu Märkten durch Losverfahren: *BVerwG, NVwZ-RR 2006, 786*
- Straftat als Voraussetzung für den Widerruf der Reisegewerbekarte: *VGH Mannheim, NVwZ-RR 1989, 540*
- Gewerberechtliche Unzuverlässigkeit: *VG Gießen, RA 2005, 303 = NVwZ-RR 2005, 245*

Kursprogramm:

- Examenskurs* : "Kein Platz auf der Kirmes"
- Assessorkurs* : "Das Kinderkarussell"

Leitsätze:

Die Tatsachen, auf die der Ausschluss eines Veranstalters vom Bremer Freimarkt wegen Unzuverlässigkeit gestützt wird, müssen veranstaltungsbezogen sein. Die Verurteilung wegen einer Straftat allein reicht für den Ausschluss nicht aus.

Sachverhalt:

Der Ast betreibt eine "Event-Stickerei" (Computerstickerei, Textil- und Warenhandel), mit der er als Schausteller auf Märkten auftritt. Er ist im Besitz einer entsprechenden Reisegewerbekarte des Landkreises V. Mit seinem Geschäft trat er in der Vergangenheit auch auf dem B.-Freimarkt auf. Im November 2005 bewarb er sich um die Zulassung seines Verkaufswagens für den diesjährigen B.-Freimarkt (13. bis 29.10.2006). Die Ag. fertigte den Entwurf eines entsprechenden Zulassungsbescheids unter dem Datum des 8.5.2006. Der Entwurf wurde nicht mehr als Bescheid versandt, nachdem die Ag. von einer Straftat des Ast. am 6.12.2005 erfahren hatte. Durch Urteil des LG Hannover vom 19.5.2006 wurde der Ast. - ebenso wie seine Ehefrau - wegen gefährlicher Körperverletzung in Tateinheit mit Freiheitsberaubung zum Nachteil der Schwiegermutter des Ast. zu einer Freiheitsstrafe von drei Jahren und neun Monaten verurteilt. Das Urteil ist

wegen der Revision der als Nebenkl. zugelassenen Schwiegermutter noch nicht rechtskräftig; der Haftbefehl gegen den Ast. vom 8.12.2005 ist außer Vollzug gesetzt.

Mit Bescheid vom 27.8.2006 lehnte die Ag. die Zulassung des Ast. zum B.-Freimarkt 2006 ab, weil Tatsachen aufgetreten seien, die die Annahme rechtfertigten, dass der Ast. die für die beabsichtigte Tätigkeit erforderliche Zuverlässigkeit nicht besitze. Zur Begründung wurde auf die Straftat verwiesen.

Gegen diese Verfügung erhob der Ast. am 18.9.2006 Widerspruch, über den noch nicht entschieden worden ist. Zugleich beantragte der Ast. beim VG den Erlass einer auf Zulassung zum B.-Freimarkt 2006 gerichteten einstweiligen Anordnung. Das VG hat diesen Antrag mit Beschluss vom 25.9.2006 abgelehnt. Die Beschwerde des Ast. hatte Erfolg.

Aus den Gründen:

Das VG hat den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung zu Unrecht abgelehnt. Die Entscheidung der Ag., den Ast. wegen seiner Straftat nicht zum B.-Freimarkt 2006 zuzulassen, ist ermessensfehlerhaft. Die Ag. hat nämlich zu Unrecht angenommen, der Ast. sei unzuverlässig. Ohne diesen Ermessensfehler wäre der Ast. zum Freimarkt zugelassen worden.

A. Ausschlussgründe

Nach § 70 III GewO kann der Veranstalter eines Marktes aus sachlich gerechtfertigten Gründen, insbesondere wenn der zur Verfügung stehende Platz nicht ausreicht, einzelne Aussteller, Anbieter oder Besucher von der Teilnahme ausschließen. Die Ag. hat das Ermessen, das ihr nach dieser Vorschrift eingeräumt wird, durch die "Zulassungsrichtlinie für den B.-Freimarkt, die B.-Osterwiese und den B.-Weihnachtsmarkt" vom 19.5.2005 näher konkretisiert. Nach Nr. 6.4. dieser Richtlinie können Bewerber u.a. auch insbesondere dann ausgeschlossen bzw. abgelehnt werden, wenn Tatsachen bekannt werden, die die gewerberechtliche Unzuverlässigkeit des Bewerbers begründen.

I. Nur gewerbe- und veranstaltungsbezogene Kriterien zulässig

Gegen die Rechtmäßigkeit dieses Kriteriums bestehen keine grundsätzlichen Bedenken. Der Veranstalter eines Marktes kann nicht gezwungen werden, seine Veranstaltung mit Risiken zu belasten, die darin bestehen, dass ein Marktbesucher die erfolgreiche Durchführung der Veranstaltung gefährdet, weil er sein Gewerbe nicht ordnungsgemäß ausübt. Die Prognose, der Marktbesucher werde sein Gewerbe nicht ordnungsgemäß ausüben, muss sich auf Tatsachen stützen. Die-

se Tatsachen brauchen zwar nicht im Rahmen des Gewerbebetriebes eingetreten zu sein, sie müssen aber gewerbe- und veranstaltungsbezogen in dem Sinne sein, dass sie die Zuverlässigkeit des Gewerbetreibenden im Hinblick auf die konkret ausgeübte Tätigkeit in Frage stellen. Das gilt auch und gerade dann, wenn der Veranstalter die Unzuverlässigkeit aus der Verurteilung wegen einer Straftat ableitet (vgl. Wagner/Friauf, GewO, § 70 Rdnrn. 47 f.; Tettinger, in: Tettinger/Wank, GewO, 7. Aufl. [2004], § 70 Rdnr. 31).

II. Subsumtion

Auf Grund der tatsächlichen Feststellungen im Urteil des LG Hannover und der sich daraus ergebenden Tatumstände bestehen zumindest erhebliche Zweifel, ob die Annahme gerechtfertigt ist, der Ast. - der nach wie vor im Besitz einer Reisegewerbekarte ist - werde als Beschicker des B.-Freimarkts strafbare Handlungen begehen oder in anderer Weise Anlass zu Beanstandungen geben. Es spricht Einiges dafür, dass der - vorher strafrechtlich nicht in Erscheinung getretene - Ast. die Straftat aus einer besonderen Situation heraus begangen hat, die ihre Ursache in einem lange aufgetauten untypischen familiären Konflikt hat.

Nach den Feststellungen des LG ist die - durch die finanziellen Forderungen der Schwiegermutter drohende - wirtschaftliche Existenzgefährdung des Ast. nur insoweit von Bedeutung gewesen, als "das Geschehen [...] auf tragische Weise dadurch eskaliert" ist (S. 17 des Strafurteils). Die Situation, in der der Ast. seine Tat begangen hat, ist daher nicht mit dem "besonderen Konfliktpotenzial" des B.-Freimarkts zu vergleichen, das das VG darin begründet sieht, dass viele Menschen auch zu später Stunde noch zum Teil auf engem Raum versammelt sind und dabei nicht unerheblich Alkohol konsumiert wird. Der Schluss des VG, der Ast. werde "nach einer - im Marktgeschehen immer möglichen - böswilligen Provokation" nicht angemessen reagieren, erscheint daher nicht berechtigt. Dafür spricht insbesondere auch, dass der Ast. mit seiner Stickerei seit vielen Jahren am Freimarkt und an anderen Märkten teilgenommen hat, ohne in irgendeiner Weise Anlass zu Beanstandungen gegeben zu haben.

B. Ergebnis

Fehlt es an einem hinreichenden Bezug der begangenen Straftat zu der gewerblichen Betätigung des Ast. auf dem B.-Freimarkt, kann er nicht wegen Unzuverlässigkeit von der Teilnahme an dem Markt ausgeschlossen werden. Ohne einen solchen Bezug ist auch der Ansehensverlust für den Freimarkt, auf den die Ag. im Beschwerdeverfahren beruft, nicht zu befürchten.

Zivilrecht**Standort: Dingliche Ansprüche****Problem: Unterlassungsanspruch**

BGH, URTEIL VOM 26.02.2007

II ZR 13/06 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Die Kl. nimmt die Bekl. auf Unterlassung wegen der Verletzung ihres Eigentums an einem Flüssiggastank in Anspruch. Beide Parteien liefern Flüssiggas. Die Bekl. befüllte einen von der Kl. bei einem Kunden der Kl. aufgestellten Flüssiggastank, obwohl die Bekl. zuvor bereits eine strafbewehrte Unterlassungserklärung unterschrieben hatte. Die Unterlassungserklärung bezog sich lediglich auf diejenigen Tanks, die rein äußerlich dem Eigentum der Kl. zuzuordnen waren. Eine solche Zuordnung war jedoch in diesem Fall nicht möglich, da sich auf dem Tank weder ein Firmenlogo, noch eine sonstige Kennzeichnung befunden haben. Zwischen dem letzten Befüllen und der Geltendmachung des Anspruchs lagen 19 Monate.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Die Berufung der Kl. blieb erfolglos. Hiergegen wendet sich die Kl. mit der - von dem erkennenden Senat zugelassenen - Revision. Die Revision hatte Erfolg.

Prüfungsrelevanz:

Die vorliegende Entscheidung befasst sich zum einen mit der Frage, ob die Kl. gegen die Bekl. einen Unterlassungsanspruch hat gem. § 1004 I 2 BGB. Die Bekl. hatte einen Flüssiggasbehälter, der im Eigentum der Kl. stand, mit Flüssiggas betankt, obwohl die Bekl. bereits eine strafbewehrte Unterlassungserklärung abgegeben hatte, wonach sie sich verpflichtet hatte, keine Flüssiggasbehälter der Kl. mehr zu betanken, die einen Hinweis auf das Eigentum der Kl. aufwiesen. Nach Ansicht des BGH stellt dieses Verhalten eine Eigentumsbeeinträchtigung dar. Die Revision hatte insbesondere gerügt, dass für die Bekl. nicht erkennbar gewesen sei, dass der Behälter im Eigentum der Kl. stand. Dieser Einwand ist nach Auffassung des 2. Senates jedoch irrelevant, da es für die Annahme der Störereigenschaft auf eine schuldhafte Störung nicht ankomme. Daher spielt es auch keine Rolle, ob das Eigentum der Kl. für die Bekl. erkennbar gewesen ist. Darüber hinaus stellte sich insbesondere die Frage, ob eine für den Unterlassungsanspruch erforderliche Wiederholungsgefahr deshalb ausgeschlossen war, weil die Bekl. bereits eine Unterlassungserklärung abgegeben hatte. Das hat der BGH verneint, da der Inhalt

bzw. der Umfang dieser Unterlassungserklärung nicht ausreichend sei. Sie beziehe sich nur auf das Befüllen von Flüssiggastanks, die einen Hinweis auf das Eigentum der Kl. beinhalten. Damit bezog sich die Erklärung nicht auf die Behälter, die kein Kennzeichen enthielten und war damit unvollständig.

Die Entscheidung des 2. Senates bringt zwar keine bahnbrechenden Neuigkeiten mit sich, sie eignet sich jedoch hervorragend, um sie teilweise im Rahmen einer Examensklausur zu verarbeiten. Insbesondere vor dem Hintergrund, dass der BGH schulmäßig die einzelnen Tatbestandsvoraussetzungen des Unterlassungsanspruchs gemäß § 1004 I 2 BGB prüft, ist diese Entscheidung lesenswert. Der Fall verlangt eine genaue Prüfung des Tatbestandes, wobei insbesondere im Hinblick auf die Störereigenschaft zu erörtern war, ob und inwieweit ein Verschulden des Störers erforderlich ist. Die Ansicht des BGH überzeugt, da es für die Störereigenschaft nur einer kausalen Verursachung der Eigentumsbeeinträchtigung bedarf. Verschulden spielt dabei keine Rolle. Auch überzeugt die Ansicht, dass die Wiederholungsgefahr nur durch eine umfassende, alle verfügbaren Gastanks betreffende Unterlassungserklärung hätte beseitigt werden können. Der Fall eignet sich gut, den allgemeinen Aufbau des § 1004 zu wiederholen und ist daher zu empfehlen.

Vertiefungshinweise:

- Zur zweckwidrigen Nutzung der Mietsache: *BGH*, RA 2002, 92 = NJW 2002, 60
- Zur Demontage einer aufgestellten Parabolantenne: *BGH*, RA 2004, 291 = NJW 2004, 937
- Zur Mitbenutzung von Gemeinschaftsflächen im Mietobjekt durch Dritte: *BGH*, RA 2006, 720
- Zum Störerbegriff: *Herrmann*, NJW 1997, 153

Kursprogramm:

- Examenskurs*: "Das Geschäftshaus"
- Assessorkurs*: "Die voreilige Auffassung"

Leitsätze:

1. Die unbefugte Befüllung eines in fremdem Eigentum stehenden Flüssiggasbehälters ist auch dann eine Eigentumsbeeinträchtigung i.S. von § 1004 BGB, wenn der Behälter nicht mit einer auf den Eigentümer hinweisenden Beschriftung oder sonstigen Kennzeichnung versehen ist.

2. Wird nach Abgabe einer auf gekennzeichnete Tanks beschränkten Unterlassungserklärung das Eigentum erneut dadurch beeinträchtigt, dass ein nicht gekennzeichneter Tank befüllt wird, wird hierdurch die Wiederholungsgefahr begründet, sofern die Erklärung nicht ausnahmsweise dahin auszulegen ist, dass der Eigentümer die Fremdbefüllung seiner nicht gekennzeichneten Lagerbehälter dulden will.

Sachverhalt:

Die Kl. macht - soweit im Revisionsverfahren noch von Bedeutung - gegen die Bekl. einen Unterlassungsanspruch wegen Verletzung ihres Eigentums an einem Flüssiggastank geltend. Beide Parteien sind Lieferanten von Flüssiggas. Die Bekl. befüllte ohne Einwilligung der Kl. am 07.01.2003, am 24.02.2003 und am 04.11.2003 im Auftrag der Firma H. GmbH einen bei dieser Kundin aufgestellten Gaslagerbehälter, der - wie zwischen den Parteien unstreitig ist - auch ohne ausdrückliche Kennzeichnung im Eigentum der Kl. steht. Am 01.11.2003 hatte sich die Bekl. in einer Unterlassungs- und Verpflichtungserklärung gegenüber der Kl. verpflichtet, ohne Einwilligung der Kl. kein Flüssiggas in Behälter zu füllen oder füllen zu lassen, die sich im Eigentum der Kl. befinden und mit deren Firmenbezeichnung versehen sind, sofern dem Besitzer eine Befüllung durch Dritte nicht gestattet ist, und hatte für jeden Fall der zukünftigen Zuwiderhandlung die Zahlung einer Vertragsstrafe versprochen. Die Kl. hat die Bekl. in erster Instanz aus dem Vertragsstrafenversprechen in Anspruch genommen. Hilfsweise hat sie die Verurteilung der Bekl. begehrt, die Befüllung aller in ihrem - der Kl. - Eigentum stehenden Flüssiggasbehälter zu unterlassen, ohne Beschränkung auf solche Behälter, die als ihr Eigentum gekennzeichnet sind.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Die - allein gegen die Abweisung des Unterlassungsbegehrens gerichtete - Berufung der Kl. blieb erfolglos. Hiergegen wendet sich die Kl. mit der - von dem erkennenden Senat zugelassenen - Revision.

Aus den Gründen:

Die Revision der Kl. ist begründet und führt unter Aufhebung des angefochtenen Urteils zur Abänderung der landgerichtlichen Entscheidung und zur Verurteilung der Bekl..

I. Entscheidung und Begründung des BerGer.

Das BerGer. hat zur Begründung seiner Entscheidung ausgeführt: Der Kl. stehe derzeit kein "unbeschränkter" Unterlassungsanspruch zu, da keine Wiederholungsgefahr bestehe. Diese sei durch die - auf gekennzeichnete Tanks beschränkte - Unterlassungs- und Verpflichtungserklärung der Bekl. vom 01.11.2003 ausgeräumt worden, mit der sich die Kl. begnügt habe.

Eine neuerliche rechtswidrige Beeinträchtigung der Eigentumsrechte der Kl. sei nicht ersichtlich, zumal die Befüllung vom 04.11. 2003 schon zwei Jahre zurückliege.

II. Entscheidung des BGH in der Revision

Diese Beurteilung hält revisionsrechtlicher Nachprüfung nicht stand. Entgegen der Auffassung des BerGer. steht der Kl. ein - uneingeschränkter - Unterlassungsanspruch zu (§ 1004 I 2 BGB). Die Bekl. hat Eigentum der Kl. in anderer Weise als durch Besitzentziehung oder -vorenthaltung beeinträchtigt, als sie den Gasbehälter bei der Firma H. GmbH befüllte. Diese Beeinträchtigung musste die Kl. nicht dulden (§ 1004 II BGB). Die Bekl. hat die aus ihrem Verstoß gegen § 1004 I BGB folgende Wiederholungsgefahr nicht ausgeräumt.

1. Eigentumsbeeinträchtigung gegeben

Im Ausgangspunkt noch zutreffend ist das BerGer. allerdings davon ausgegangen, dass die unbefugte Befüllung eines in fremdem Eigentum stehenden Flüssiggasbehälters eine Eigentumsbeeinträchtigung i.S. von § 1004 BGB ist, weil dieses Vorgehen die Sachherrschaft des Eigentümers auch dann verletzt, wenn ein Tank seiner technischen Bestimmung entsprechend befüllt wird (st.Rspr. z.B. Sen.Urt. v. 10.10.2005 - II ZR 323/03, WM 2006, 333 m.w.Nachw.).

2. Beeinträchtigung unabhängig von der Beschriftung des Behälters

Wie die Revision mit Recht rügt, hat das BerGer. jedoch verkannt, dass die Bekl. mit der am 04.11.2003 - ohne Einwilligung der Kl. - vorgenommenen Befüllung eines im Eigentum der Kl. stehenden Flüssiggastanks auch dann deren Eigentum i.S. von § 1004 BGB beeinträchtigt hat, wenn der Behälter nicht mit einer auf das Eigentum der Kl. hinweisenden Beschriftung oder sonstigen Kennzeichnung versehen war (vgl. Sen.Urt. v. 10.10.2005 - II ZR 323/03, WM 2006, 333; v. 09.02.2004 - II ZR 131/03, BGHReport 2004, 972, 973; v. 15.09.2003 - II ZR 367/02, WM 2004, 733, 735; Beschl. v. 04.07.2005 - II ZR 74/04, nicht veröffentlicht, Umdruck S. 2). Darauf, ob die Bekl. als unmittelbare (Handlungs-) Störerin erkennen konnte, dass der von ihr befüllte Tank Eigentum der Kl. war, kommt es nicht an. Der Tatbestand der Eigentumsbeeinträchtigung i.S. von § 1004 I 1 BGB setzt ebenso wenig wie der Unterlassungsanspruch ein Verschulden voraus (Sen.Urt. v. 09.02.2004 aaO; v. 15.09.2003 aaO). Ein Zumutbarkeitskriterium besteht nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes nur für den mittelbaren Störer (vgl. BGHZ 106, 229, 235; 148, 13, 17). Von diesen Grundsätzen Abweichendes kann den von der Revisionserwiderung herangezogenen Senatsentscheidungen nicht entnommen werden, auch nicht dem Beschluss vom 22.03.2004 (- II ZR 76/03 - nicht

veröffentlicht).

3. Rechtswidrigkeit gegeben

Entgegen der Meinung des BerGer. war die Eigentumsbeeinträchtigung vom 04.11.2003 rechtswidrig. Die Kl. ist nicht deshalb verpflichtet, eine Befüllung der nicht als ihr Eigentum gekennzeichneten Flüssiggasbehälter durch die Bekl. zu dulden (§ 1004 II BGB), weil sie - wie für das Revisionsverfahren zu unterstellen ist - von der Bekl. ursprünglich nur eine auf gekennzeichnete Behälter beschränkte Unterlassungserklärung gefordert und entgegengenommen hat. Daraus lässt sich nicht entnehmen, dass die Kl. - wie die Revisionserwiderung offenbar meint - die Verpflichtung eingehen wollte, die Befüllung der in ihrem Eigentum stehenden, nicht gekennzeichneten Behälter durch die Bekl. zu dulden.

4. Wiederholungsgefahr besteht

Ebenso rechtsfehlerhaft hat das BerGer. eine Wiederholungsgefahr verneint. Die festgestellte Beeinträchtigung des Eigentums der Kl. begründet die tatsächliche Vermutung für eine Wiederholungsgefahr (Sen.Urt. v. 24.10.2005 - II ZR 56/06, WM 2006, 334; v. 15.09.2003 aaO; BGHZ 140, 1, 10). Die Unterlassungs- und Verpflichtungserklärung der Bekl. vom 01.11.2003 war nicht geeignet, die Wiederholungsgefahr auszuräumen. Dies wäre nur dann der Fall gewesen, wenn die Bekl. erklärt hätte, sie wolle künftig das Alleinbefüllungsrecht der Kl. hinsichtlich aller in deren Eigentum stehenden Flüssiggasbehälter respektieren. Die Unterlassungserklärung vom 01.11.2003 bleibt hinter diesem Erfordernis zurück, weil sie sich nur auf solche Behälter bezieht, die mit der Firmenbezeichnung, dem Firmenlogo der Kl. oder mit einem Eigentumsaufkleber versehen sind. Es kann dahinstehen, ob - wie die Revisionserwiderung meint - durch die Zusage, künftig in der genannten Weise gekennzeichnete Gasbehäl-

ter der Kl. nicht mehr zu befüllen, die Wiederholungsgefahr dennoch - zunächst - entfallen ist, weil die Kl. von der Bekl. nur eine derart eingeschränkte Unterlassungserklärung gefordert und entgegengenommen hat. Jedenfalls hat die am 04.11.2003 - nach Abgabe der Unterlassungserklärung - vorgenommene Befüllung eines im Eigentum der Kl. stehenden Gastanks eine neue Wiederholungsgefahr begründet (Hefermehl/Köhler/Bornkamm, Wettbewerbsrecht, 24. Aufl. § 12 UWG Rdn. 1.157). Diese konnte nur durch eine weitere - alle, auch nicht besonders gekennzeichnete Gastanks der Kl. - umfassende Unterlassungserklärung beseitigt werden.

5. Keine Verwirkung des Anspruchs

Der Unterlassungsanspruch der Kl. ist entgegen der Auffassung der Revisionserwiderung auch nicht verwirkt. Ein Recht ist nach dem allgemeinen Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) verwirkt, wenn der Berechtigte es über längere Zeit nicht geltend gemacht und der Verpflichtete sich nach dem gesamten Verhalten des Berechtigten darauf eingerichtet hat und sich auch darauf einrichten durfte, dass dieser das Recht auch in Zukunft nicht mehr geltend machen wird (st.Rspr., vgl. z.B. BGHZ 105, 290, 298). Diese Voraussetzungen sind hier nicht erfüllt. Umstände, die das Vertrauen der Bekl. darauf hätten rechtfertigen können, dass die Kl. ihren Unterlassungsanspruch nicht mehr geltend machen würde, sind nicht ersichtlich. Der - seit der letzten Befüllung bis zur Geltendmachung des Unterlassungsanspruchs - verstrichene Zeitraum von etwa neunzehn Monaten, auf den sich die Revisionserwiderung beruft, genügt hierfür nicht. Zudem hatte die Kl. schon mit der Einforderung der Vertragsstrafe deutlich gemacht, dass sie die erneute Beeinträchtigung ihres Eigentums durch die Bekl. nicht hinzunehmen gewillt war.

Standort: Kostenrecht

Problem: Einschaltung eines auswärtigen Anwalts

BGH, BESCHLUSS VOM 22.02.2007
VII ZB 93/06 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Der Kl. begehrt von dem Bekl. die Erstattung von Anwaltskosten. Der in G. ansässige Kl. machte gegen den Bekl. vor dem 15 Kilometer entfernten Amtsgericht einen Zahlungsanspruch in Höhe von etwa 900 € geltend. Der Kl. wurde anwaltlich vertreten durch den Anwalt seines Vertrauens, der seine Kanzlei in 235 Kilometer Entfernung zum fraglichen Amtsgericht betreibt. Der Klägeranwalt reiste zu den zwei Verhandlungsterminen mit seinem PKW an. Dafür wurden Reisekosten und Abwesenheitsgelder in Höhe von insgesamt 352 € geltend gemacht.

Die sofortige Beschwerde des Kl. hatte teilweise Erfolg. Das Landgericht hat die geltend gemachten Kosten in Höhe von 58,50 € als erstattungsfähig angesehen. Mit der zugelassenen Rechtsbeschwerde verfolgt der Kl. die Festsetzung der für seinen Prozessbevollmächtigten angefallenen Reisekosten und Abwesenheitsgelder in voller Höhe. Dies blieb jedoch ohne Erfolg.

Prüfungsrelevanz:

Die vorliegende Entscheidung behandelt die Fragestellung, in welcher Höhe die Mehrkosten für die Mandatierung eines auswärtigen Prozessbeistands erstattungsfähig sind. Diese Frage stellt sich in der Praxis des öfteren.

Grundsätzlich sind die Kosten für die Reisen zu auswärtigen Terminen erstattungsfähig (Celle NJW 2003, 2994). Hier war zu entscheiden, wie mit Reisekosten eines an einem dritten Ort ansässigen Prozessvertreter umzugehen ist. Die Beauftragung eines auswärtigen Rechtsanwaltes, der zwar bei dem Prozessgericht auftreten kann, dort aber nicht zugelassen ist, ist nicht als zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig anzusehen, wenn die Partei in ihrem eigenen Gerichtsstand klagt oder verklagt wird (BGH NJW 2003, 901). Entschieden wurde bereits, dass ebenso gewichtig wie das persönliche Gespräch des Anwalts mit dem Mandanten, das persönliche Vertrauen zwischen ihnen ist (BGH NJW-RR, 2004, 858). Dieser Grundsatz wird in der hier vorliegenden Entscheidung einschränkend präzisiert. Es kann aus dem Grundsatz nicht der Schluss gezogen werden, dass die klagende Partei ohne kostenrechtliche Nachteile einen auswärtigen Anwalt ihres Vertrauens beauftragen kann, unabhängig davon, in welcher Entfernung sich die Kanzlei zum Wohn- oder Geschäftsort des Mandanten bzw. zum Gerichtsort befindet. Erstattungsfähig sind nur die Kosten, die aus dem Auseinanderfallen von Gerichts- und Geschäfts- oder Wohnort der Partei entstehen. Anderes gilt nur in den Fällen, in denen die Mandantierung eines auswärtigen Anwaltes erforderlich ist. Ein dies rechtfertigender Umstand liegt insbesondere dann vor, wenn der Anwalt über für dieses Verfahren erforderliche Spezialkenntnisse verfügt. Die Geltendmachung von besonderem persönlichen Vertrauen aufgrund langjähriger Zusammenarbeit, wie im vorliegenden Fall vorgetragen, ist jedoch kein die Notwendigkeit rechtfertigender Umstand.

Vertiefungshinweise:

□ Zur Erstattungsfähigkeit von Reisekosten: *Enders*, JurBüro 2002, 281, 337, 393; *Madert*, AGS 2001, 218

Leitsatz (der Redaktion):

Die unterlegene Partei muss grundsätzlich nur die Kosten tragen, die aus dem Auseinanderfallen von Gerichtsort einerseits und Geschäfts- oder Wohnort einer Prozesspartei andererseits entstehen.

Anderes kann nur unter besonderen Umständen gelten. Diese liegen insbesondere dann vor, wenn eine besondere Sachkunde des Prozessvertreters zur Durchsetzung der Parteiinteressen notwendig ist, über die der mandatierte Anwalt verfügt. Eine langjährige vertrauensvolle Zusammenarbeit rechtfertigt einen solchen Umstand nicht.

Sachverhalt:

Der Kl. verlangt von den Bekl. die Erstattung von Anwaltskosten. Der in G. ansässige Kl. machte gegen die Bekl. vor dem 15 Kilometer entfernten Amtsgericht in S. 929,16 € nebst Zinsen und vorgerichtlichen Mahn-

kosten geltend. In diesem Rechtsstreit ließ er sich durch einen Anwalt seines Vertrauens vertreten, der seine Kanzlei in dem von dem Amtsgericht 235 Kilometer entfernten E. unterhält. Das Amtsgericht hat die Bekl. entsprechend dem Klageantrag verurteilt und ihnen die Kosten des Rechtsstreits auferlegt. Vor dem Amtsgericht fanden zwei Verhandlungstermine statt, zu denen der Prozessbevollmächtigte des Kl. jeweils mit dem Pkw anreiste. Die dafür geltend gemachten Reisekosten und Abwesenheitsgelder in Höhe von insgesamt 352 € hat der Rechtspfleger im Kostenfestsetzungsverfahren nicht als erstattungsfähig anerkannt. Die sofortige Beschwerde des Kl. hatte einen Teilerfolg. Das Landgericht hat die geltend gemachten Kosten in Höhe von 58,50 € als erstattungsfähig angesehen. Mit der zugelassenen Rechtsbeschwerde will der Kl. die Festsetzung der für seinen Prozessbevollmächtigten angefallenen Reisekosten und Abwesenheitsgelder in voller Höhe erreichen.

Aus den Gründen:

Die gemäß § 574 I 1 Nr. 2, III 2 ZPO statthafte und auch im Übrigen zulässige Rechtsbeschwerde hat in der Sache keinen Erfolg.

1. Entscheidung und Begründung des Beschwerdegerichts

Das Beschwerdegericht führt aus, die Beauftragung eines auswärtigen Rechtsanwalts sei für die im eigenen Gerichtsstand klagende Partei nicht als notwendig anzusehen. Eine vernünftige, kostenbewusste Partei beauftrage in einem solchen Fall entweder einen bei dem Prozessgericht zugelassenen Rechtsanwalt mit ihrer Vertretung oder einen solchen in der Nähe ihres Wohn- oder Geschäftsortes. Besonderheiten, die davon abweichend die Beauftragung des vom Kl. eingeschalteten Rechtsanwalts als notwendig erscheinen ließen, lägen nicht vor. Eine solche Notwendigkeit ergebe sich weder aus der ständigen Zusammenarbeit des Kl. mit dem beauftragten Rechtsanwalt noch aus dessen vorprozessualer Tätigkeit in derselben Angelegenheit. Da am Geschäfts- und Wohnort des Kl. kein Rechtsanwalt ansässig sei, seien die durch die Reisen des Prozessbevollmächtigten zum Amtsgericht entstandenen Kosten lediglich in Höhe der fiktiven Reisekosten des Kl. für ein Informationsgespräch erstattungsfähig, die bei Beauftragung eines Prozessbevollmächtigten am Gerichtsort entstanden wären.

2. Entscheidung des BGH in der Rechtsbeschwerde: Erstattungsfähigkeit der fiktiven Reisekosten

Die Rechtsbeschwerde vertritt die Auffassung, einer Partei müsse es ohne kostenrechtliche Nachteile möglich sein, einen Rechtsanwalt zu beauftragen, mit dem sie ständig zusammenarbeite und zu dem sie ein langjähriges Vertrauensverhältnis unterhalte, auch wenn dieser weder am Gerichtsort noch in der Nähe des

Wohn- oder Geschäftsortes der Partei ansässig sei. Unter Hinweis auf die Rechtsprechung des Senats (Beschluss vom 11.03.2004 - VII ZB 27/03, NJW-RR 2004, 858) führt sie aus, allein dadurch werde der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und den gesetzgeberischen Vorstellungen zur Änderung des Lokalisierungsprinzips Rechnung getragen. Auch komme einem solchen Prozessbevollmächtigten aufgrund der langjährigen Zusammenarbeit eine besondere Spezialisierung insoweit zu, als er mit den persönlichen und beruflichen Verhältnissen der Partei in besonderem Maße vertraut sei. Selbst wenn die Zusatzkosten bei Beauftragung eines auswärtigen Rechtsanwalts zu Lasten der Partei gingen, seien nicht lediglich die Kosten einer fiktiven Informationsreise des Kl. in Ansatz zu bringen. Dieser sei berechtigt gewesen, einen an seinem Wohnort in G. ansässigen Rechtsanwalt mit seiner Vertretung zu beauftragen. Angesichts zweier Gerichtstermine vor dem Amtsgericht habe der Kl. zumindest Anspruch auf Erstattung der fiktiven Reisekosten eines Rechtsanwalts aus G. zum Gerichtsort in S. in Höhe von insgesamt 88 €.

3. Keine Erstattungsfähigkeit darüber hinausgehender Beträge

Das Beschwerdegericht hat dem Kl. zu Recht die über den Betrag von 58,50 € hinausgehenden Reisekosten und Abwesenheitsgelder versagt.

a. Keine Notwendigkeit zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat mit Beschluss vom 12.12.2002 (I ZB 29/02, JurBüro 2003, 205 = NJW 2003, 901) entschieden, dass die Beauftragung eines auswärtigen Rechtsanwalts, der zwar bei dem Prozessgericht auftreten kann, dort aber nicht zugelassen ist, grundsätzlich nicht als zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig angesehen werden kann, wenn die Partei in ihrem eigenen Gerichtsstand klagt oder verklagt wird. Dieser Rechtsprechung schließt sich der Senat an. Eine vernünftige, kostenbewusste Partei, die Klage im eigenen Gerichtsstand erheben möchte, wird, wenn nicht besondere Umstände die Einschaltung eines auswärtigen Anwalts geboten erscheinen lassen, einen Rechtsanwalt beauftragen, der entweder seine Kanzlei in der Nähe ihres Wohn- oder Geschäftsortes oder am Gerichtsort selbst hat. Die Beauftragung eines solchen Rechtsanwalts empfiehlt sich in aller Regel nicht nur wegen der geringeren Kosten, sondern auch im Hinblick auf die erleichterte persönliche Unterrichtung und Beratung.

b. Kein Widerspruch zum Interesse an der Vertretung durch den Rechtsanwalt des Vertrauens

Der Senat hat mit Beschluss vom 11.03.2004 (VII ZB 27/03, NJW-RR 2004, 858) ausgeführt, dass ebenso gewichtig wie ein persönliches Gespräch das Interesse

der Partei sein kann, sich durch einen Rechtsanwalt ihres Vertrauens vertreten zu lassen. Dies bedeutet jedoch nicht, dass die Partei ohne kostenrechtliche Nachteile einen auswärtigen Rechtsanwalt ihres Vertrauens mit ihrer gerichtlichen Vertretung beauftragen kann, unabhängig davon, wie weit dessen Kanzlei von ihrem Wohn- oder Geschäftsort oder dem Gerichtsort entfernt ist. Aus der genannten Entscheidung ergibt sich nur, dass eine Partei unter Kostenaspekten nicht darauf beschränkt ist, einen am Gerichtsort ansässigen Prozessbevollmächtigten zu beauftragen, sondern ohne kostenrechtliche Nachteile auch einen Rechtsanwalt an ihrem Wohn- oder Geschäftsort oder in dessen Nähe mandatieren kann. Im Übrigen hat der Senat klargestellt, dass eine Prozesspartei nicht ohne kostenrechtliche Nachteile jeden beliebigen Rechtsanwalt in der Bundesrepublik für ihre Prozessvertretung auswählen kann. Die unterlegene Partei muss grundsätzlich nur die Kosten tragen, die aus dem Auseinanderfallen von Gerichtsort einerseits und Geschäfts- oder Wohnort einer Prozesspartei andererseits entstehen.

c. Kein anderes Ergebnis durch den Grundsatz der Simultanzulassung, § 78 I 1 ZPO

Etwas Anderes lässt sich auch nicht daraus entnehmen, dass sich eine Partei gemäß § 78 I 1 ZPO vor dem Landgericht durch jeden bei einem Amts- oder Landgericht zugelassenen Rechtsanwalt vertreten lassen kann. Daraus folgt nicht, dass die durch die Beauftragung eines auswärtigen Rechtsanwalts entstandenen Kosten auch jeweils als notwendige Kosten im Sinne des § 91 II 1 ZPO anzusehen wären. Gleiches gilt für den Umstand, dass das Bundesverfassungsgericht im Urteil vom 13.12.2000 (1 BvR 335/97 - BVerfGE 103, 1, 16) im Rahmen des Streits um die Singular- oder Simultanzulassung von Rechtsanwälten das besondere Vertrauensverhältnis zwischen Anwalt und Mandant als einen rechtlich anzuerkennenden Vorteil aus der Sicht des Mandanten gewürdigt hat.

d. Keine besonderen Gegebenheiten, die die Notwendigkeit rechtfertigen, dargelegt

Besondere Gegebenheiten, die die Einschaltung des von ihm beauftragten auswärtigen Rechtsanwalts erforderlich machten, hat der Kl. nicht vorgetragen. Die Vertretung des Kl. setzte keine besondere Spezialisierung auf einem Rechtsgebiet voraus. Die bloße langjährige vertrauensvolle Zusammenarbeit des Kl. mit dem von ihm eingeschalteten Rechtsanwalt stellt keinen Umstand dar, der dessen - kostenträchtige - Mandatierung als notwendig erscheinen ließe. Dies gilt um so mehr, als die Rechtsbeschwerde nicht einmal behauptet, dass es für eine ordnungsgemäße Vertretung des Kl. auf die Kenntnis von dessen beruflichen und privaten Verhältnissen angekommen sei. Dass der Kl. den Anwalt seines Vertrauens bereits vorgerichtlich mit der Wahrnehmung seiner Interessen beauftragt

hatte, gibt ebenfalls keinen Grund, die durch seine Prozessvertretung entstandenen Reisekosten einschließlich der Abwesenheitsgelder als zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendige Kosten anzusehen. Zwar ist es im Allgemeinen für die Partei kostengünstiger, den von ihr vorgerichtlich eingeschalteten Rechtsanwalt auch mit der Prozessvertretung zu beauftragen. Für die Frage der Notwendigkeit, einen auswärtigen Rechtsanwalt einzuschalten, ist jedoch nicht auf den Zeitpunkt abzustellen, in dem sich die Frage stellt, welcher Rechtsanwalt mit der Prozessvertretung mandatiert werden soll, sondern auf den der Beauftragung des Rechtsanwalts mit der außergerichtlichen Wahrnehmung der Interessen der Partei. Insofern wird eine vernünftige und kostenorientierte Partei einen in ihrer Nähe oder am Gerichtsort tätigen Rechtsanwalt einschalten (BGH, Beschluss vom 12.12.2002 - I ZB 29/02, JurBüro 2003, 205 = NJW

2003, 901).

e. Abrechnung nach fiktiven Reisekosten mangels ortsansässiger Kanzlei

Nach den Feststellungen des Beschwerdegerichts, die von der Rechtsbeschwerde nicht substantiiert angegriffen werden, hatte der Kl. nicht die Möglichkeit, einen an seinem Wohn- oder Geschäftsort ansässigen Prozessbevollmächtigten zu beauftragen, weil dort kein Rechtsanwalt eine Kanzlei unterhält. Reisekosten eines Rechtsanwalts vom Wohn- oder Geschäftsort des Kl. zum Gerichtsort, wie sie die Rechtsbeschwerde darlegt, konnten daher zwangsläufig nicht anfallen. Die Berücksichtigung der Reisekosten des auswärtigen Prozessbevollmächtigten in Höhe der fiktiven Kosten einer Informationsreise des Kl. zu einem am Gerichtsort ansässigen Rechtsanwalt begegnet daher keinen Bedenken.

Standort: Kaufrecht

Problem: Sachmangel beim Tier

BGH, URTEIL VOM 07.02.2007

VIII ZR 266/06 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Die Kl. erwarb von der Bekl. im Jahr 2002 nach einem Proberitt eine 1998 geborene Stute, die sie zur Ausübung des Freizeitreitsports und nach entsprechender Vorbereitung später auch für Distanzritte verwenden wollte. Wie sich später herausstellte, ist bei dem Tier im Bereich der hinteren Sattellage der Raum zwischen den Dornfortsätzen verschmälert ausgeprägt. Es handelt sich dabei um einen nicht heilbaren Befund. Dieser Befund läßt sich anhand des sog. Röntgenleitfadens einordnen in die Klasse II - III. Die Röntgenklasse II besagt, dass ein Befund vorliegt, der von der Norm abweicht, bei dem jedoch klinische Befunde unwahrscheinlich sind. Die Klasse III betrifft die Fälle, in denen ein deutlich von der Norm abweichender Befund vorliegt, bei denen klinische Erscheinungen wenig wahrscheinlich sind. Die Kl. begehrt nunmehr die Rückabwicklung des Kaufvertrages und macht dazu geltend, dass sich bei dem Tier aufgrund der Fehlbildung bereits klinische Erscheinungen, wie z.B. Druckempfindlichkeit, feststellen lassen.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Das Oberlandesgericht hat die Berufung der Bekl. in der Hauptsache zurückgewiesen. Mit der vom BerGer. zugelassenen Revision verfolgt die Bekl. ihr Ziel der Klagabweisung weiter. Die Revision hat Erfolg und führt zur Zurückverweisung der Sache an das BerGer.

Prüfungsrelevanz:

In der vorliegenden Entscheidung präzisiert der erkennende Senat seine Rechtsprechung zum Vorliegen von

Sachmängeln bei Tierkäufen. Hier ging es im Wesentlichen um die Frage, wie sich eine sog. Röntgenveränderung unter den Sachmangelbegriff fassen läßt.

Vorliegend hatten die Parteien eine konkrete Beschaffenheitsvereinbarung gem. § 434 I 1 BGB zu körperlichen Merkmalen des Tieres nicht getroffen. Fraglich war also, ob sich das Tier zur vertraglich vorausgesetzten Verwendung im Sinne von § 434 I 2 Nr. 1 BGB eignete. Ein Sachmangel lässt sich nicht bereits dadurch feststellen, dass eine nur geringe Wahrscheinlichkeit besteht, dass bei Fortschreiten der Röntgenveränderung später einmal Rückenprobleme auftreten können. Maßgeblich ist also, ob bereits klinische Erscheinungen vorlagen. Feststellungen dazu traf das BerGer. nicht.

Der BGH befasste sich sodann mit der Frage, ob denn jedenfalls unter Zugrundelegung des objektiven Mangelbegriffs gem. § 434 I 2 Nr. 2 BGB ein Sachmangel zu bejahen sei. Die rechtliche Einordnung von Befunden, die von der physiologischen Norm abweichen, ohne dass bereits ein klinischer Befund vorliegt, ist umstritten. Nach einer Ansicht liege kein Mangel vor, da der Käufer eines Lebewesens mit dem Vorliegen solcher Abweichungen vom Idealzustand rechnen müsse. Es handele sich insoweit nur um eine Disposition zu einer Erkrankung. Diese Disposition stellt nur dann einen Mangel dar, wenn sie sicher zu einer Erkrankung führt. Dies ist indes nach der Definition der Röntgenklassen II und III nicht der Fall. Nach anderer Ansicht wird ein Mangel mit der Begründung angenommen, der Pferdemarkt reagiere bereits auf Befunde der Röntgenklasse II - III mit deutlichen Preisabweichungen, da bei diesen Tieren ein höheres Risiko späterer Erkrankungen bestünde.

Dieser zuletzt dargelegten Auffassung folgt der BGH

nicht. Es gehört nicht zur üblichen Beschaffenheit eines Tieres, dass es in jeder Hinsicht einer biologischen oder physiologischen "Idealnorm" entspricht. Dies gilt jedenfalls dann, wenn sich die Abweichung noch im Bereich des gewöhnlichen bewege, denn der Käufer eines Lebewesens müsse mit etwaigen Abweichungen von der Idealnorm rechnen. Mithin sind auch die mit er Anlage zu einer bestimmten Erkrankung verbundenen Risiken typisch und stellen isoliert betrachtet keinen Mangel dar. Auch der Umstand, dass der "Markt" auf Abweichungen von der physiologischen Norm mit Preisabschlägen reagiert, rechtfertigt ebenfalls nicht die Annahme des Mangels, da es auf die Erwartung des Käufers bzw. des Marktes ankommt. Vielmehr ist auf die objektive Käufererwartung abzustellen, orientiert an der üblichen Beschaffenheit vergleichbarer Sachen.

Der Fall eignet sich gut, um die einzelnen Mängelbegriffe des § 434 BGB zu wiederholen. Diese bilden häufig einen Schwerpunkt bei kaufrechtlichen Examensklausuren und sollten daher auch gründlich behandelt werden.

Vertiefungshinweis:

- Grundfälle zum Sachmangelbegriff: *Tröger*, JuS 2005, 503
- Normaler Verschleiß ist kein Mangel: *BGH NJW* 2006, 434
- Zum Gewährleistungsrecht bei Tierkäufen: *BGH NJW* 2006, 2250
- Zur Beweislast für den Sachmangel: *Schmidt*, JuS 2006, 1; *Kieselstein*, JA 2006, 423; *Schroeter*, JuS 2006, 682

Kursprogramm:

- Examenskurs:* "Mieser Klebstoff"
- Examenskurs:* "Dolce Vita"

Leitsätze:

Die Eignung eines klinisch unauffälligen Pferdes für die vertraglich vorausgesetzte Verwendung als Reitpferd wird nicht schon dadurch beeinträchtigt, dass aufgrund von Abweichungen von der "physiologischen Norm" eine geringe Wahrscheinlichkeit dafür besteht, dass das Tier zukünftig klinische Symptome entwickeln wird, die seiner Verwendung als Reitpferd entgegenstehen.

Abweichungen eines verkauften Pferdes von der "physiologischen Norm", die sich im Rahmen der üblichen Beschaffenheit vergleichbarer Pferde halten, sind nicht deswegen als Mangel einzustufen, weil "der Markt" auf derartige Abweichungen mit Preisabschlägen reagiert. Preisabschläge beim Weiterverkauf, die darauf zurückzuführen sind, dass "der Markt" bei der Preisfindung von einer besse-

ren als der tatsächlich üblichen Beschaffenheit von Sachen gleicher Art ausgeht, begründen keinen Mangel.

Sachverhalt:

Die Kl. erwarb am 09.10.2002 von der Bekl. die 1998 geborene Stute "E. " nach einem Proberitt zum Preis von 7.000 €, um sie zur Ausübung des Freizeitreitsports und nach entsprechender Vorbereitung später auch für Distanzritte zu verwenden. Bei dem Tier ist im Bereich der hinteren Sattellage der Raum zwischen zwei Dornfortsätzen verschmälert ausgeprägt; dort liegen auch geringgradige Randsklerosierungen der Dornfortsätze vor. Dieser Zustand bestand - unerkannt - bereits bei Übergabe des Pferdes. Nach dem von der Bundestierärztekammer in Zusammenarbeit mit Hochschulen und Tierärzten entwickelten "Röntgenleitfaden", der Empfehlungen zur ärztlichen Beratungspflicht bei Untersuchungen von Tieren enthält, ist der bei "E. " vorliegende Befund in die Röntgenklasse II-III einzuordnen. Die Röntgenklasse II ist dabei definiert als "Befunde, die gering von der Norm abweichen, bei denen klinische Erscheinungen unwahrscheinlich sind", die Röntgenklasse III als "Befunde, die deutlich von der Norm abweichen, bei denen klinische Erscheinungen wenig wahrscheinlich sind". Nach den Empfehlungen im Röntgenleitfaden ist dem Tierarzt eine Erwähnung von Befunden der Klasse II freigestellt, während Befunde der Klasse III bei der Befundbeschreibung mitzuteilen sind. Die Kl. macht geltend, dass bei dem Tier darüber hinaus bereits klinische Erscheinungen - z.B. Druckempfindlichkeit im Rücken - vorlägen, die durch die Veränderungen bei den Dornfortsätzen verursacht worden seien. Sie hat mit Anwaltschreiben vom 29.11. 2002 den Rücktritt vom Kaufvertrag erklärt und die Bekl. vergeblich zur Rücknahme des Pferdes aufgefordert.

Mit der Klage begehrt die Kl. Rückzahlung des Kaufpreises von 7.000 € zuzüglich Zinsen sowie Zahlung von Unterstellkosten in Höhe von 675 € für die Monate Dezember 2002 bis Februar 2003 nebst Zinsen Zug um Zug gegen Rückgabe des Pferdes sowie Feststellung des Annahmeverzuges und der Kostentragungspflicht der Bekl. für weitere Unterhalts- und Unterstellkosten.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Das Oberlandesgericht hat die Berufung der Bekl. - mit Ausnahme einer geringfügigen Abänderung hinsichtlich der vom Landgericht zugesprochenen Zinsforderung - zurückgewiesen. Mit der vom BerGer. zugelassenen Revision verfolgt die Bekl. ihr Ziel der Klageabweisung weiter.

Aus den Gründen:

Die Revision hat Erfolg und führt zur Zurückverweisung der Sache an das BerGer..

I. Entscheidung und Begründung des BerGer.

Das BerGer. hat zur Begründung seiner Entscheidung ausgeführt: Der Kl. stehe der geltend gemachte Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises Zug um Zug gegen Rückgabe des Pferdes aus § 434 I S. 2 Nr. 1, § 437 Nr. 2, § 440 S. 1 i.V.m. § 323 I und II Nr. 3, § 346 I BGB zu, weil das von der Bekl. verkaufte Tier im Zeitpunkt des Gefahrübergangs mit einem Mangel in Form eines verkleinerten Zwischenraums zwischen zwei Dornfortsätzen und einer Randsklerosierung in diesem Bereich behaftet gewesen sei. Derartige, vom Sachverständigen in die Röntgenklasse II-III eingestufte Abweichungen von der physiologischen Norm seien unabhängig davon, ob bereits ein klinischer Befund vorliege, als Sachmangel anzusehen, weil eine - wenn auch nur geringe - Wahrscheinlichkeit bestehe, dass sich daraus später ein klinischer Befund entwickle und das Pferd dann nicht mehr zu der nach dem Vertrag vorausgesetzten Verwendung im Distanz- und Freizeitsport genutzt werden könne. Eine andere Beurteilung sei auch nicht mit Rücksicht auf eine Studie über Röntgenuntersuchungen an 900 ungerittenen oder wenig gerittenen Pferden ohne klinische Symptome geboten, der zufolge 67,5 % der Tiere Zubildungen verschiedener Graduierungen bis hin zu sich überlappenden Dornfortsätzen aufwiesen. Selbst wenn die meisten Pferde mit Veränderungen der Röntgenklasse II-III problemlos geritten werden könnten, bedinge eine derartige Abweichung vom physiologischen Normbild gegenüber dem normgerechten Röntgenbefund ein höheres Risiko. Daraus folge eine "ernstzunehmende Wahrscheinlichkeit", dass es später zu klinischen Symptomen komme, die eine Verwendung des Pferdes zu dem vertraglich vereinbarten Zweck nicht mehr zuließen. Nach den Feststellungen des Sachverständigen H. behandle der Markt derartige Veränderungen für sich genommen bereits als Mangel und reagiere darauf mit Preisabschlägen von 20 bis 25 %. Für die Annahme eines Mangels spreche ferner, dass der zur ärztlichen Beratung herangezogene Tierarzt nach dem "Röntgenleitfaden" verpflichtet sei, einen Befund der Röntgenklasse III bei der Befundbeschreibung mitzuteilen. Ein Nachbesserungsverlangen sei gemäß § 323 II Nr. 3 BGB angesichts der Unheilbarkeit des Mangels entbehrlich gewesen.

II. Entscheidung des BGH in der Revision

Diese Beurteilung hält der rechtlichen Nachprüfung im entscheidenden Punkt nicht stand. Der Kl. kann ein Anspruch aus § 346 I BGB in Verbindung mit § 437 Nr. 2, 1. Alt., §§ 440, 326 V, § 323 BGB auf Rückabwicklung des Kaufvertrags vom 09.10.2002 nicht mit der vom BerGer. gegebenen Begründung zugebilligt werden. Aus den vom BerGer. bisher getroffenen Feststellungen ergibt sich nicht, dass das der Kl. verkaufte Pferd "E." im Zeitpunkt des Gefahrübergangs mit einem Sachmangel behaftet war.

1. Sachmangelbegriff im Kaufrecht

Gemäß § 434 I 1 BGB, der nach § 90a BGB auf Tiere entsprechend anzuwenden ist, ist die Sache mangelfrei, wenn sie bei Gefahrübergang die vereinbarte Beschaffenheit hat. Nach Satz 2 dieser Bestimmung ist die Sache, soweit ihre Beschaffenheit nicht vereinbart ist, frei von Sachmängeln, wenn sie sich für die nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung eignet (Nr. 1), sonst, wenn sie sich für die gewöhnliche Verwendung eignet und eine Beschaffenheit aufweist, die bei Sachen der gleichen Art üblich ist und die der Käufer nach der Art der Sache erwarten kann (Nr. 2).

2. Eignung für die vertragliche vorausgesetzte Verwendung, § 434 I 2 Nr. 1 BGB

Eine konkrete Beschaffenheitsvereinbarung - etwa zu den körperlichen Merkmalen des Tieres oder zur Einordnung seiner Befunde in eine bestimmte Röntgenklasse - haben die Parteien nicht getroffen. Hiervon geht auch das BerGer. aus. Ob das verkaufte Pferd mangelhaft ist, hängt somit zunächst davon ab, ob es sich wegen des nicht heilbaren Befundes im Bereich der hinteren Sattellage nicht für die nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung als Reitpferd für Freizeitsport und Distanzritte eignet. Dazu, ob dies der Fall ist, hat das BerGer. keine hinreichenden Feststellungen getroffen. Es hat seiner Entscheidung - sachverständig beraten - vielmehr die Einschätzung zugrunde gelegt, dass die Verwendbarkeit der Stute für die genannten Zwecke "derzeit nicht ausgeschlossen werden (können)", und die Wahrscheinlichkeit, dass die der Röntgenklasse II bis III zuzuordnenden Abweichungen vom "physiologischen Normalbild" zu klinischen Symptomen führen werden, als gering eingestuft. Der von der Bekl. bestrittenen - Behauptung der Kl., die Röntgenveränderungen hätten klinische Erscheinungen wie Druckempfindlichkeit im Rücken, widersetzliches Reagieren beim Satteln, Durchdrücken des Rückens sowie Nachschleppen der Hinterhand verursacht, ist es nicht nachgegangen. Eine nur geringe Wahrscheinlichkeit, dass bei einem Fortschreiten der so genannten Röntgenveränderung "Rückenprobleme" auftreten, die zu den von der Kl. behaupteten und nach dem Gutachten des Sachverständigen Prof. Dr. G. diesem Befund zuzuordnenden klinischen Reaktionen - widersetzliche Reaktion beim Satteln, druckempfindlicher Rücken, Wegdrücken des Rückens beim Reiten nach unten, Schmerzhaftigkeit der hinteren Sattellage und Widersetzlichkeiten unter dem Sattel - führen können, ist nicht geeignet, für den maßgeblichen Zeitpunkt des Gefahrübergangs die Eignung der nach dem Vertrag vorausgesetzten Verwendung in Frage zu stellen.

3. Eignung für die gewöhnliche Verwendung, § 434 I 2 Nr. 2 BGB

Den Feststellungen des BerGer. lässt sich auch nicht

entnehmen, dass die Stute deswegen mangelhaft wäre, weil sie sich nicht für die gewöhnliche Verwendung eignen oder nicht eine Beschaffenheit aufweisen würde, die bei Sachen der gleichen Art üblich ist und die der Käufer nach der Art der Sache erwarten kann.

a. Streitig bei einem von der physiologischen Norm abweichenden Röntgenbefund

Ob beim Verkauf eines Reitpferdes bereits in einem von der physiologischen Norm abweichenden Röntgenbefund ein Sachmangel liegt, auch wenn damit keine (bzw. noch keine) klinischen Erscheinungen verbunden sind, ist umstritten. Teilweise wird dies mit der Begründung verneint, eine (erbliche) Krankheitsdisposition stelle keine Abweichung von der üblichen Beschaffenheit und damit keinen Mangel dar, weil der Käufer eines Lebewesens mit dem Vorliegen solcher Abweichungen vom Idealzustand rechnen müsse (Bemmann, RdL 2005, 57, 62; LG Lüneburg, RdL 2005, 66), und eine Krankheitsdisposition sei nur dann als Mangel zu qualifizieren, wenn sie zwingend zu einer Erkrankung führe (OLG Celle, RdL 2006, 209, 210). Röntgenbefunde der Klasse II und III bei Reitpferden ohne klinische Symptome werden daher in der obergerichtlichen Rechtsprechung nicht als Sachmangel eingeordnet (OLG Hamm, NJOZ 2006, 4207, 4208 sowie Urteil vom 01.07.2005 - 11 U 43/04 (juris), Tz. 22, insoweit in ZGS 2006, 156 nicht abgedruckt; wohl auch OLG Oldenburg RdL 2006, 319, 320, das allerdings Sklerosierungen bereits als klinische Symptome ansieht). Die auch vom BerGer. vertretene Gegenmeinung stellt darauf ab, dass der Pferdemarkt bereits auf Befunde der Röntgenklasse II-III mit deutlichen Preisabweichungen reagiere und dass Tiere mit derartigen Befunden ein höheres Risiko späterer Erkrankung trügen als Pferde, bei denen kein abweichender Befund vorliegt (E. v. Westphalen, RdL 2006, 284, 285; vgl. auch die ausführliche Darstellung bei Neumann, Das Pferdekaufrecht nach der Schuldrechtsmodernisierung, 2005, S. 94 ff.). Dieser Auffassung folgt der erkennende Senat nicht.

b. BGH verneint das Vorliegen eines Sachmangels

Die gewöhnliche Verwendung eines Pferdes - als Reittier - entspricht hier der auch nach dem Vertrag vorausgesetzten Verwendung. Dass die Eignung von "E." für diese Verwendung eingeschränkt oder ausgeschlossen ist, ergibt sich aus den bisher vom BerGer. getroffenen Feststellungen - wie ausgeführt - nicht. Auf der bisherigen Tatsachengrundlage kann auch nicht angenommen werden, dass "E." wegen des verkleinerten Zwischenraums bei den Dornfortsätzen und der geringgradigen Randsklerosierung in diesem Bereich nicht die Beschaffenheit aufweist, die bei Sachen der gleichen Art üblich sind und die der Käufer nach der Art der Sache erwarten kann.

Zur "üblichen" Beschaffenheit eines Tieres gehört

nicht, dass es in jeder Hinsicht einer biologischen oder physiologischen "Idealnorm" entspricht. Diese Wertung trägt dem Umstand Rechnung, dass es sich bei Tieren um Lebewesen handelt, die einer ständigen Entwicklung unterliegen und die - anders als Sachen - mit individuellen Anlagen ausgestattet und dementsprechend mit sich daraus ergebenden unterschiedlichen Risiken behaftet sind (vgl. BGHZ 167, 40, 50 ff.). Gewisse - erworbene oder genetisch bedingte - Abweichungen vom physiologischen Idealzustand kommen bei Lebewesen erfahrungsgemäß häufig vor. Der Käufer eines Reitpferdes kann deshalb redlicherweise nicht erwarten, dass er auch ohne besondere Vereinbarung ein Tier mit "idealen" Anlagen erhält, sondern er muss im Regelfall damit rechnen, dass das von ihm erworbene Tier in der einen oder anderen Hinsicht physiologische Abweichungen vom Idealzustand aufweist, wie sie für Lebewesen nicht ungewöhnlich sind. Auch die damit verbundenen Risiken für die spätere Entwicklung des Tieres sind für Lebewesen typisch und stellen für sich genommen noch keinen vertragswidrigen Zustand dar, denn der Verkäufer eines Tieres haftet nicht für den Fortbestand des bei Gefahrübergang gegebenen Gesundheitszustands (vgl. BGHZ 167, 40, 56). Ob der bei der Stute "E." festgestellte Röntgenbefund negativ von der Beschaffenheit abweicht, die bei Pferden dieser Altersgruppe und Preiskategorie üblich ist und die der Käufer eines solchen Pferdes erwarten kann, hängt davon ab, wie häufig derartige Röntgenbefunde der Klasse II-III bei Pferden dieser Kategorie vorkommen. Dazu hat das BerGer. keine Feststellungen getroffen. Es ist daher nicht auszuschließen, dass die Stute "E." trotz des bei ihr festgestellten Röntgenbefundes die bei gleichartigen Pferden übliche Beschaffenheit aufweist. Dafür spricht die von dem Sachverständigen Prof. Dr. G. erwähnte Studie, der zufolge bei einer Röntgenuntersuchung der Dornfortsätze von 295 klinisch gesunden Pferden bei 54,2 % der Tiere die in die Röntgenklasse II-III einzuordnende Diagnose "Engstand mit reaktiven Veränderungen" gestellt wurde. Der vom BerGer. für wesentlich erachtete Umstand, dass nach seinen Feststellungen "der Markt" auf Röntgenbefunde der Klasse II-III mit einem Preisabschlag reagiert, rechtfertigt für sich genommen die Annahme eines Sachmangels nicht. Entscheidend ist nicht, welche Beschaffenheit der Käufer (oder der Markt) tatsächlich erwartet (Bamberger/Roth/Faust, BGB, § 434 Rdn. 74) und wie er auf eine hiervon abweichende Beschaffenheit reagiert. § 434 I 2 Nr. 2 BGB stellt vielmehr darauf ab, welche Beschaffenheit der Käufer nach der Art der Sache erwarten kann, das heißt auf die objektiv berechnete Käufererwartung, die sich in Ermangelung abweichender Anhaltspunkte jedenfalls im Regelfall an der üblichen Beschaffenheit gleichartiger Sachen orientiert (Bamberger/Roth/Faust, aaO, Rdn. 72; Staudinger/Matusche-Beckmann, BGB (2004), § 434

Rdn. 77 ff.). Preisabschläge beim Weiterverkauf, die darauf zurückzuführen sind, dass "der Markt" bei der Preisfindung von einer besseren als der tatsächlich üblichen Beschaffenheit von Sachen der gleichen Art ausgeht, vermögen daher keinen Mangel im Sinne des § 434 I 2 Nr. 2 BGB zu begründen.

III. Rückverweisung der Sache an das BerGer., § 563 I 1 ZPO

Nach alledem kann das Berufungsurteil keinen Be-

stand haben; das Urteil ist deshalb aufzuheben (§ 562 I ZPO). Der Rechtsstreit ist nicht zur Endentscheidung reif, weil das BerGer. - vor dem Hintergrund seiner Rechtsauffassung folgerichtig - keine Feststellungen zu den von der Kl. behaupteten klinischen Erscheinungen getroffen hat. Die Sache ist daher zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das BerGer. zurückzuverweisen (§ 563 I 1 ZPO).

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.

*Strafrecht***Standort: § 32 StGB****Problem: Gegenwärtigkeit des Angriffs**

BGH, URTEIL VOM 31.01.2007
5 STR 404/06 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Der Angeklagte S war mit einem Schuldner in Streit wegen der geschuldeten Forderung geraten. Die Kontrahenten hatten sich zu einem nächtlichen Treffen in einem Park verabredet, bei dem das Geld übergeben werden sollte. Beiden war jedoch klar, dass es dort zu einer gewalttätigen Auseinandersetzung kommen würde. Deshalb bewaffnete S sich mit einer geladenen Pistole und nahm seinen Freund E mit, der mit einer geladenen Maschinenpistole bewaffnet war. Später rief S auch noch seinen Bruder K an, der mit einer Schreckschusspistole ausgerüstet ebenfalls im Park erschien. Als der Schuldner, verstärkt durch insg. zehn Freunde, am Park eintraf, feuerte K einige Schüsse aus der Schreckschusspistole ab, woraufhin die anderen flohen. S feuerte ihnen noch einige Schüsse hinterher, wobei einer der Begleiter des Schuldners tödlich getroffen und zwei weitere verletzt wurden. Durch die Schüsse wurde E alarmiert, der sich gerade zurückgezogen hatte, um einen Joint zu rauchen, lief zu seinen Begleitern und feuerte eine Salve aus seiner Maschinenpistole auf die Fliehenden ab, wobei er jedoch niemanden traf.

Das Landgericht Berlin hatte S insb. wegen Totschlags, § 212 I StGB, und versuchten Totschlags, §§ 212 I, 22, 23 I StGB, verurteilt, E wegen Verstoßes gegen das Kriegswaffengesetz und Sachbeschädigung, § 303 I StGB. Den K hatte das LG freigesprochen. Auf die Revision der Staatsanwaltschaft hin hob der BGH das Urteil auf, soweit das Landgericht eine Beteiligung des E an dem von S begangenen Totschlag abgelehnt und K freigesprochen hatte.

Prüfungsrelevanz:

Die vorliegende Entscheidung stellt einen Sachverhalt dar, der - wenn es sich nicht um einen echten Fall handeln würde - fast schon eine typische Examensklausur darstellen würde, da die enthaltenen Probleme aus dem Bereich der Rechtfertigungsgründe, Täterschaft und Teilnahme und des Versuchs klassische Examensthemen darstellen. Es kann deshalb mit Sicherheit davon ausgegangen werden, dass dieser Fall (ggf. mit geringen Abwandlungen) den Gegenstand von mündlichen Prüfungen und mittelfristig auch von Examensklausu-

ren darstellen wird.

Der BGH befasst sich im vorliegenden Urteil insb. mit den Voraussetzungen für eine Rechtfertigung durch Notwehr oder Nothilfe, § 32 StGB. Eine solche setzt stets einen gegenwärtigen Angriff auf den Täter (bei der Notwehr) oder einen Dritten (im Falle der Nothilfe) voraus. Gegenwärtig ist ein Angriff dann, wenn er unmittelbar bevorsteht, gerade begonnen hat oder noch andauert (BGH, NStZ 2000, 365; Joecks, § 32 Rn 8; Wessels/Beulke, AT, Rn 328). Im vorliegenden Fall sah der BGH - ebenso wie das LG - die Gegenwärtigkeit des Angriffs nicht als gegeben an, da im Zeitpunkt der Abgabe der Schüsse durch S die meisten der Angreifer sich bereits auf der Flucht befanden oder zumindest noch mehr als zehn Meter entfernt waren, so dass der Angriff noch nicht "unmittelbar" bevorstand.

Eine Beteiligung des E an den Taten des S, insb. an dem Totschlag, hatte das LG mit der Begründung verneint, es komme allenfalls eine sukzessive Beteiligung (insb. eine sukzessive Mittäterschaft) des E Betracht. Schließlich sei E erst nach der Abgabe der Schüsse durch S zu diesem gelaufen und habe die Salve aus der Maschinenpistole abgefeuert. In Rechtsprechung und Literatur ist allgemein anerkannt, dass die Begründung einer Mittäterschaft auch dann noch möglich ist, wenn ein Mittäter nachträglich zu den anderen Mittätern hinzustößt (sog. sukzessive Mittäterschaft). Streitig ist zwar, ob eine sukzessive Mittäterschaft nur bei einem Hinzutreten vor Vollendung der Tat begründet werden kann (so z.B. Joecks, § 25 Rn 68 f.; LK-Roxin, § 25 Rn 192; SK-Hoyer, § 25 Rn 115) oder ob auch derjenige, der zwischen Vollendung und Beendigung hinzutritt, noch Mittäter sein kann (so z.B. BGH, NStZ 1999, 723; 2000, 594; Hauf, AT, S. 82). Der BGH stellt jedoch in der vorliegenden Entscheidung klar, dass es sich in diesem Fall gar nicht um eine sukzessive Beteiligung des E handelt, da dieser durch das gemeinsame Planen und Bewaffnen und dadurch, dass er zusammen mit S zum Tatort ging, bereits im Vorfeld der eigentlichen Tathandlung eigene Beiträge geleistet hatte.

Nach Auffassung des BGH sind hier deshalb nur die allgemeinen Voraussetzungen für eine Mittäterschaft zu prüfen ohne Berücksichtigung der besonderen Konstellation der sukzessiven Mittäterschaft. Auch die (allgemeinen) Voraussetzungen für eine (Mit-) Täterschaft sind jedoch Streitig (vgl. die Darstellung bei Schönke/Schröder-Cramer/Heine, Vor §§ 25 ff. Rn 51

ff.). Die herrschende Literatur vertritt insofern die sog. Tatherrschaftslehre (Joecks, § 25 Rn 5 f.; LK-Roxin, § 25 Rn 7 ff.; Jescheck/Weigend, AT, S. 651; Wessels/Beulke, AT, Rn 517). Nach dieser kann Täter nur derjenige sein, der die Zentralgestalt des Geschehens ist, wer dieses also nach seinem Willen ablaufen lassen oder hemmen kann und sich dieser "Tatherrschaft" auch bewusst ist. Die Rechtsprechung folgt zur Abgrenzung von (Mit-) Täterschaft und Teilnahme der sog. eingeschränkt-subjektiven Theorie (BGH, NStZ-RR 2005, 71; NStZ 2006, 94). Nach dieser reicht zur Begründung von Täterschaft grds. jeder Beitrag aus, sofern er nur mit Täterwillen (animus auctoris) geleistet wird, d.h. der Handelnde die Tat als eigene Tat will. Indizien für einen solchen Täterwillen seien insb. der Grad des eigenen Interesses am Täterfolg, der Umfang der eigenen Tatbeteiligung, die Tatherrschaft und der Wille hierzu. Ob ein Beteiligter allerdings Täter oder (nur) Teilnehmer sei, könne nur anhand einer wertenden Beurteilung sämtlicher Tatumstände geprüft werden (BGH, NJW 1999, 2449; 1999, 3131). Diese Rechtsprechung setzt der BGH in der vorliegenden Entscheidung fort.

Schließlich geht der BGH noch auf die Möglichkeit eines strafbefreienden Rücktritts ein, § 24 StGB. Ein solcher ist nach herrschender Meinung ausgeschlossen, wenn der Versuch fehlgeschlagen ist, was dann der Fall ist, wenn der Täter glaubt, dass er die Tat mit den ihm zur Verfügung stehenden Mitteln nicht mehr vollenden kann, ohne dass er eine ganz neue Kausalkette in Gang setzt (BGH, NStZ-RR 2006, 168; Tröndle/Fischer, § 24 Rn 6 f.). In der Literatur wird die Fallgruppe des fehlgeschlagenen Versuchs mangels ausdrücklicher gesetzlicher Regelung teilweise abgelehnt, in entsprechenden Fällen aber mit anderen Argumenten (insb. über die Verneinung der Freiwilligkeit) auch ein strafbefreiender Rücktritt abgelehnt (Ranft, JURA 1987, 534; Haft, NStZ 1994, 536). In der vorliegenden Entscheidung stellt der BGH klar, dass E zwar das Magazin seiner Maschinenpistole leereschossen und erkannt hatte, dass er keinen der flüchtenden getroffen hatte. Da er jedoch noch ein weiteres geladenes Magazin bei sich führte war E klar, dass er seine Waffe nur schnell nachladen musste und dann weiter auf die Fliehenden hätte schießen können. Er glaubte also, dass er die Tat mit den ihm zur Verfügung stehenden Mitteln noch vollenden konnte. Deshalb hat der BGH auch einen Fehlschlag verneint.

Vertiefungshinweise:

- Zur Gegenwärtigkeit des Angriffs i.S.v. § 32 StGB: BGH, NJW 1995, 973; NStZ 2000, 365; 2006, 152; Eggert, NStZ 2001, 225; Müller, NStZ 1993, 366; Rengier, NStZ 2004, 233; Roxin, StV 2006, 233
- Zur sukzessiven Mittäterschaft: BGHSt 2, 344; BGH, NStZ-RR 1999, 208; NStZ 1999, 723; 2000,

594; Biletzkis, ZStW 1999, 723; Samson, StV 1996, 93; Sonnen, JA 1997, 362; Stein, NStZ 2000, 594

Zur Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme: BGHSt 6, 226; 8, 70; 28, 346; BGH, StV 1997, 411; NStZ 2006, 94; Erb, JuS 1992, 197; Geerds, JURA 1990, 175; Herzberg, JZ 1991, 856; Martin, JuS 2000, 96; Stein, StV 1993, 411

Zum fehlgeschlagenen Versuch: BGHSt 34, 53; 35, 90; BGH, NStZ 1999, 395; NStZ-RR 2002, 168; 2006, 168; Freund, NStZ 2004, 326; Haft, NStZ 1994, 536; Kudlich, JuS 1999, 24; Ranft, JURA 1987, 534; Scheinfeld, JuS 2002, 250

Kursprogramm:

- Examenskurs: "Das Edelweiß-Drama"
- Examenskurs: "Nacht der offenen Tür"
- Examenskurs: "Ein Colt für alle Fälle"
- Examenskurs: "Der Schmuckhändler"

Leitsatz (der Redaktion):

Ein gegenwärtiger Angriff i.S.v. § 32 StGB wird nicht nur angenommen, wenn der Angriff beginnt, sondern schon dann, wenn er unmittelbar bevorsteht. Zu den erforderlichen Verteidigungsmaßnahmen berechtigt nicht erst die Verletzungshandlung selbst, sondern bereits ein Verhalten des Gegners, das unmittelbar in eine Rechtsgutverletzung umschlagen kann, so dass durch das Hinausschieben der Abwehrhandlung entweder deren Erfolg gefährdet würde oder der Verteidiger das Wagnis erheblicher eigener Verletzungen auf sich nehmen müsste.

Sachverhalt:

Der Zeuge S. St. schuldete dem Angeklagten S. Y. 500 Euro wegen Verursachung eines Auffahrunfalls mit dem Pkw dieses Angeklagten. St. versprach am 15. September 2004 Zahlung in zwei Tagen, ohne über Geld zu verfügen. Am 17. September 2004 verlangten E. - dieser unter Drohungen - und K. Y. von St. die Begleichung der Schuld. St. wandte sich verstört an den für ihn ein Vorbild und eine Autorität darstellenden Videothekenbetreiber El-A. Dieser forderte K. Y. telefonisch auf, zu einem klärenden Gespräch zu erscheinen.

Daraufhin fuhren alle drei Angeklagten zu der Videothek. El-A. empfing sie mit aggressiven Worten und ergriff ein bereitgestelltes Schwert, mit dem er im Fahrzeug der Angeklagten herumfuchtelte. In einer sich anschließenden körperlichen Auseinandersetzung wurden der Videothekenbesitzer, auf dessen Seiten der Zeuge C. mit einem Knüppel eingriff, und der Angeklagte S. Y. verletzt. Die Angeklagten flüchteten in ein nahe gelegenes Krankenhaus, wo die Kopfplatzwunde des S. Y. versorgt wurde. Dieser Angeklagte rief die

Polizei, erstattete Strafanzeige wegen gefährlicher Körperverletzung und übergab den Beamten die während des Kampfes durch E. erlangten Waffen.

Am Abend des nächsten Tages rief St. auf Veranlassung von El-A. den Angeklagten S. Y. an und verabredete ein Treffen am Wasserfall des Viktoriaparks in Berlin-Kreuzberg zur Übergabe des Geldes. S. Y. forderte St. wiederholt auf, zu diesem Treffen auch seine arabischen Freunde mitzubringen, die er "alle ficken" werde. S. Y. übernahm von einem Bekannten eine Pistole nebst Munition und E. eine Maschinenpistole mit einem Kurz- und einem Langmagazin. Beide Angeklagte trafen gegen 20.00 Uhr am Park ein und warteten auf dem parkseitigen Bürgersteig der Kreuzbergstraße. Nach fast einer halben Stunde - die Angeklagten unterlagen einem Irrtum über den verabredeten Zeitpunkt des Treffens - ging E. im Einverständnis des S. Y. ein paar Meter in den Park, setzte sich auf eine Bank und rauchte einen Joint.

S. Y. erkundigte sich telefonisch bei T. St. nach dem Verbleib von dessen Bruder S. T. St. antwortete zögerlich, S. sei schon unterwegs. S. Y. bestellte nun auch seinen Bruder K. Y. zum Wasserfall. Dieser hatte wegen der Ereignisse am Vorabend mit weiteren Auseinandersetzungen gerechnet und erschien mit einer geladenen Schreckschusspistole 9 mm gegen 20.30 Uhr. Zwischen den Brüdern kam es zu einem lautstarken, nicht näher aufklärbaren Wortwechsel.

El-A. hatte zwischenzeitlich entschieden, dass S. St. nur in Begleitung mehrerer, auch gewaltbereiter Personen zum Treffpunkt fahren sollte. Dementsprechend brachen neun Männer in drei Pkw und zwei weitere zu Fuß zum Viktoriapark auf. Das von dem Zeugen B. G. gesteuerte erste Fahrzeug - mit El-A. auf dem Beifahrersitz und dessen Bruder A., dem Nebenkläger, hinter dem Fahrer sitzend - hielt zehn bis fünfzehn Meter vor den Angeklagten S. u. K. Y. in der Kreuzbergstraße, das zweite Fahrzeug zehn Meter hinter dem ersten an. Die Angeklagten S. u. K. Y. drehten sich um und erkannten, dass die beiden Fahrzeuge im Zusammenhang mit dem verabredeten Treffen standen. Deshalb rief S. Y. dem Angeklagten E. im Park laut zu, dass er kommen solle.

El-A. stieg als erster unbewaffnet aus und war im Begriff, auf die Angeklagten S. u. K. Y. zuzugehen. A. El-A. ergriff einen unter dem Fahrersitz befindlichen Stock und verließ mit diesem in der Hand das Fahrzeug hinten links. Als Letzter stieg der Fahrer G. aus. K. Y. zog seine Schreckschusspistole und feuerte zweimal mit ausgestrecktem Arm in Richtung der Ankommenden. Fast zeitgleich zog auch der Angeklagte S. Y. seine Pistole und schoss zweimal in die Luft. S. Y., der sich bedroht fühlte, gab sogleich danach aus seiner Pistole mit waagrecht ausgestrecktem Arm - tödliche Wirkungen bewusst in Kauf nehmend - gezielt sechs Schüsse in Folge ab, bis das Magazin leer war. El-A. hatte sich bereits wieder abgewandt. Er

wurde am rechten Oberarm von hinten getroffen. Das Projektil durchschlug den rechten Lungenflügel und die Hauptschlagader der linken Lunge und trat nach Verursachung dieser tödlichen Verletzung oberhalb der linken Brustwarze wieder aus. G. erlitt einen Durchschuss des linken Oberarms von außen mit einer Austrittswunde im Bizepsmuskel. Des Weiteren wurde der Brustkorb des Nebenklägers oben links durchschossen.

Dies führte zu einer Verletzung der Lunge und der Beschädigung einer Rippe. Ferner wurden zwei Pkw von je zwei weiteren Schüssen getroffen. Bis auf den tödlich Getroffenen El-A. flüchteten sämtliche seiner Begleiter vom Tatort weg auf der Kreuzbergstraße - vom Standpunkt der Schützen aus betrachtet - nach links in Richtung Möckernstraße. Der Angeklagte E. rannte, nachdem er die Schüsse gehört hatte, linker Hand an den Angeklagten S. u. K. Y. und den beiden auf der Kreuzbergstraße abgestellten Pkw der Angreifer vorbei. Dann gab er aus seiner Maschinenpistole mit waagrecht ausgestrecktem Arm gezielt eine Salve von 13 Schüssen auf die Oberkörper der insgesamt acht fliehenden Personen ab, bis das Magazin leer war. Fünf Geschosse beschädigten einen Pkw und weitere Geschosse die Fassaden der gegenüber der Parkseite in Richtung Möckernstraße gelegenen Wohnhäuser der Kreuzbergstraße. Menschen kamen nicht zu Schaden. E. wartete, bis auch die letzten Personen der flüchtenden Gruppe in der Möckernstraße verschwunden waren.

Danach entfernten sich die Angeklagten durch den Viktoriapark. Ein Passanten gehörender Hund verbiss sich in ein Hosenbein des Angeklagten E. Dieser wechselte das Magazin seiner Maschinenpistole und gab auf den Hund mindestens fünf weitere Schüsse ab. Alle Angeklagten flüchteten zu Verwandten außerhalb Berlins, S. Y. und E. hielten sich dann in den Niederlanden auf, wo sie später festgenommen wurden.

Aus den Gründen:

1. Entscheidung des Landgerichts; Rechtsmittel

Das Landgericht hat den Angeklagten S. Y. wegen "Totschlags, jeweils in Tateinheit mit versuchtem Totschlag, gefährlicher Körperverletzung in zwei Fällen, Führen einer halbautomatischen Kurzwaffe und Sachbeschädigung" zu einer Freiheitsstrafe von zwölf Jahren und den Angeklagten E. wegen Ausübung der tatsächlichen Gewalt über eine Kriegswaffe in Tateinheit mit Sachbeschädigung zu einer Freiheitsstrafe von vier Jahren verurteilt. Den Angeklagten K. Y., einen jüngeren Bruder des Mitangeklagten S. Y., hat das Schwurgericht freigesprochen. Die von den Angeklagten S. Y. und E. geführten Schusswaffen hat es eingezogen. Die Revisionen der verurteilten Angeklagten bleiben ohne Erfolg. Die Rechtsmittel der Staatsanwaltschaft, die vom Generalbundesanwalt vertreten werden, führen

zur Aufhebung der Freisprechung des Angeklagten K. Y. und bei dem Angeklagten E. zur weitgehenden Aufhebung von dessen - möglicherweise rechtsfehlerhaft zu milder - Verurteilung. [...]

2. Rechtliche Wertung des Landgerichts

Das Landgericht hat seine Feststellungen wie folgt rechtlich bewertet:

a. Ablehnung von Notwehr und Nothilfe (§ 32 StGB)

Das Schwurgericht hat es letztlich offen gelassen, ob der Angeklagte S. Y. auf die Brüder A. u. M. El-A. und auf G. in Notwehr geschossen hat, weil sich dieser Angeklagte jedenfalls wegen einer Absichtsprovokation nicht auf ein Notwehrrecht habe berufen können. Auch eine Nothilfe zugunsten seines Bruders K. Y. scheide aus.

b. Keine (sukzessive) Mittäterschaft des E.

Das Landgericht hat den Angeklagten E. nicht als sukzessiven Mittäter hinsichtlich der Schüsse des S. Y. angesehen, weil dieser das tatbestandsmäßige Geschehen zum Zeitpunkt des Eingreifens des E. bereits vollständig eigenhändig verwirklicht habe. Der Aufenthalt des schwer bewaffneten E. in Tatortnähe stelle ferner weder eine physische noch eine psychische Hilfeleistung für den Angeklagten S. Y. dar. Nach dessen Einlassung habe sich dieser im Augenblick der Tat allein gelassen und hilflos gefühlt. Eine Bestrafung des E. könne nur wegen des Waffendelikts erfolgen, weil ein strafbefreiender Rücktritt vom unbeendeten Versuch des Totschlags anzunehmen sei.

c. Keine Mittäterschaft des K. Y. wegen Exzesses von S. Y.

Der Angeklagte K. Y. sei nicht Mittäter seines Bruders, weil dessen Schüsse nicht ausschließbar einen Exzess darstellten. Es habe nicht festgestellt werden können, dass der Einsatz einer scharfen Waffe Gegenstand der im Vorfeld der Tat getroffenen Absprache gewesen sei. Wegen des Exzesses des Haupttäters komme im Blick auf eine erhebliche Abweichung des von K. Y. vorgestellten Kausalverlaufs auch die Annahme eines Gehilfenvorsatzes nicht in Betracht.

3. Zur Revision des S. Y.: Keine Notwehr wegen Fehlens eines gegenwärtigen Angriffs

Die Revision des Angeklagten S. Y. bleibt erfolglos. Der Senat kann es dahingestellt sein lassen, ob die gegen die Annahme einer Absichtsprovokation geltend gemachten Verfahrensrügen und die gegen die Beweisführung und Subsumtion des Landgerichts insoweit gerichteten materiell-rechtlichen Angriffe durchgreifen.

Nach den fehlerfrei getroffenen Feststellungen zur Kampfplage hat der Angeklagte S. Y. nämlich nicht in Notwehr gehandelt, weil er sich bei Abgabe der Schüs-

se auf den Getöteten und G. keinem gegenwärtigen Angriff im Sinne des § 32 Abs. 2 StGB ausgesetzt sah. Diese Personen hatten sich unbewaffnet noch etwa zehn Meter von dem Angeklagten S. Y. entfernt befunden und ihr aggressives Verhalten bereits beendet.

Sie hatten sich nämlich von dem Schützen - nach Wahrnehmung zweier Schreckschüsse und scharfer Schüsse in die Luft - abgewandt und wurden dementsprechend von hinten in den rechten bzw. linken Oberarm von außen getroffen. Solches schließt die Annahme von Notwehr aus.

Auch der Schuss auf den Nebenkläger war nicht durch Notwehr gerechtfertigt. Zwar befand sich A. El-A. mit einem Stock bewaffnet mindestens zehn Meter vom Angeklagten entfernt und nach seiner Körperstellung dem Angeklagten zugewandt. Vom Nebenkläger ist in dieser Lage indes noch kein gegenwärtiger Angriff auf den Angeklagten ausgegangen. Zwar wird dies nicht nur angenommen, wenn der Angriff beginnt, sondern schon dann, wenn er unmittelbar bevorsteht. Zu den erforderlichen Verteidigungsmaßnahmen berechtigt nicht erst die Verletzungshandlung selbst, sondern bereits ein Verhalten des Gegners, das unmittelbar in eine Rechtsgutverletzung umschlagen kann, so dass durch das Hinausschieben der Abwehrhandlung entweder deren Erfolg gefährdet würde oder der Verteidiger das Wagnis erheblicher eigener Verletzungen auf sich nehmen müsste (BGHR StGB § 32 Abs. 2 Angriff 1).

Solches ist hier aufgrund der festgestellten Kampfplage ausgeschlossen. Der lediglich mit einem Stock bewaffnete Nebenkläger war in einer Entfernung von zehn Metern für den Angeklagten noch ein harmloser Gegner und verfügte über keine Möglichkeit, einen Angriff auf den Angeklagten vorzutragen; ein Einsatz des Stockes als Wurfgeschoss schied ersichtlich aus. Der Angeklagte war deshalb ohne drohende Einbuße seiner Gesundheit verpflichtet, in dieser Situation die weitere Entwicklung der Kampfplage abzuwarten, anstatt dem Nebenkläger in den Oberkörper zu schießen.

Der Senat schließt aus, dass das Schwurgericht bei solcher Subsumtion zur Notwehrlage auf eine andere Strafe erkannt hätte, und holt die Festlegung des Anrechnungsmaßstabs für die in den Niederlanden erlittene Haft nach (§ 51 Abs. 3 Satz 2, Abs. 1 StGB).

4. Zur Revision des E.

Auch die Revision des Angeklagten E. ist unbegründet.

Die Besorgnis des Beschwerdeführers, das Landgericht habe das Beschießen der Flüchtenden mit Tötungsvorsatz zu Unrecht strafscharfend bewertet ist sachlich unbegründet. Das Landgericht musste sich deshalb auch nicht zu weiterer Aufklärung behaupteter - zumal technisch eher unerklärlicher - Abweichungen der Schussbahnen mehrerer Geschosse durch vorheriges Auftreffen auf einen Pkw gedrängt sehen.

5. Zur Revision der Staatsanwaltschaft bzgl. K. Y.

Die Revision der Staatsanwaltschaft führt mit der Sachrüge zur Aufhebung der Freisprechung des Angeklagten K. Y.

a. Zum Fehlen der Prüfung einer Strafbarkeit gem. § 52 III Nr. 2a WaffG

Das Landgericht hat es unterlassen, eine Strafbarkeit dieses Angeklagten wegen unerlaubten Führens einer Schusswaffe nach § 52 Abs. 3 Nr. 2 a WaffG in den Blick zu nehmen. Solches hätte aber die dem Schwurgericht obliegende Kognitionspflicht geboten (vgl. BGHSt 32, 84, 85). Der Angeklagte war ersichtlich nicht im Besitz eines kleinen Waffenscheins, den er gemäß § 10 Abs. 4 Satz 4 WaffG i. v. m. Anlage 2 Abschnitt 2 Unterabschnitt 3 Nr. 2 und 2.1 zum Führen seiner Schreckschusswaffe benötigt hätte (vgl. BGHSt [GS] 48, 197, 204; BGH NJW 2006, 73, 74). Für die Annahme einer Strafbarkeit wäre es auch nicht auf das Vorliegen einer - hier allerdings ebenfalls auszuschließenden - Notwehrlage für den Angeklagten K. Y. angekommen, weil das Waffendelikt jedenfalls auch tatmehrheitlich verwirklicht worden wäre (vgl. BGH NStZ 1999, 347). Die vom Generalbundesanwalt erwogene Strafbarkeit wegen Nötigung liegt demgegenüber angesichts der besonderen Voraussetzungen des § 240 Abs. 2 StGB eher fern.

b. Zur Beteiligung des K. Y. an den Taten des S. Y.

Die Sachrüge der Revision der Staatsanwaltschaft ist darüber hinaus weitergehend begründet. Auf die von der Staatsanwaltschaft erhobene Verfahrensrüge kommt es demnach für eine Aufhebung des Freispruchs des Landgerichts nicht an.

Die Beweiswürdigung des Landgerichts, auf deren Grundlage es die Annahme einer Mittäterschaft oder Beihilfe des Angeklagten K. Y. abgelehnt hat, ist lückenhaft. Das Schwurgericht hat es unterlassen, die fehlerfrei festgestellten Umstände der Kampfplage vollständig zu bewerten (vgl. BGH wistra 2002, 260, 262; 2007, 18, 19 f.; BGH Urteil vom 16. März 2004 - 5 StR 490/03). Das Landgericht hat sich zwar fehlerfrei davon überzeugt, dass es nach dem Eintreffen des mit einer Schreckschusspistole bewaffneten Angeklagten zu einem lautstarken Wortwechsel unbekanntem Inhalts mit dessen mit einer Pistole bewaffneten älteren Bruder gekommen ist. Es hat aber nicht feststellen können, dass K. Y. im Rahmen der Absprache vor der Tat zur Kenntnis gebracht worden sei, dass S. Y. über eine scharfe Schusswaffe verfüge. Diese Erwägung beruht indes auf einer nicht ausreichenden Auswertung der die Angeklagten belastenden Umstände in diesem Zusammenhang, die für eine Kenntnis des Angeklagten K. Y. vom Einsatz einer scharfen Schusswaffe sprechen.

Dazu hat das Landgericht folgende Belastungsindizien festgestellt:

Der Angeklagte S. Y. blieb nach dem Telefonat mit T. St. in Erwartung der Kontrahenten am späteren Tatort. Die von diesem Angeklagten und E. mitgeführten Waffen dienten nicht zum Vorzeigen und Abschrecken, sondern sollten im Blick auf die große Menge der mitgeführten Munition auch eingesetzt werden. Der Angeklagte K. Y. kam - nach dem Anruf durch seinen Bruder - nicht als Abholer der übrigen Angeklagten, sondern als Unterstützer der bereits anwesenden Scherwerbewaffneten.

K. Y. blieb an der Seite seines Bruders in Erwartung der Gegner und schoss fast zeitgleich mit diesem nach vorangegangener Absprache auf die drei Insassen aus dem ersten von zwei als Fahrzeuge der Angreifer erkannten Pkw. Damit hat das Landgericht den Angeklagten K. Y. in objektiver Hinsicht als Kampfgefährten seines älteren Bruders in das Kampfgeschehen eingeordnet. Dass K. Y. geglaubt haben könnte, sein Bruder verfüge über keine oder über eine weitgehend wirkungslose Waffe, widerspricht kriminalistischer Erfahrung, weil solches bedeuten würde, dass sich K. Y. angesichts der Überzahl der teilweise bewaffneten Gegner in einen hochgradig selbstgefährdenden Kampf begeben hätte. Für eine solche Lage bestehen indes nach den bisherigen Feststellungen keine Anhaltspunkte.

Das Führen der Schreckschusswaffe und die mögliche dolose Mitwirkung des Angeklagten K. Y. an den Schüssen seines Bruders bedürfen demnach neuer Aufklärung und Bewertung.

6. Zur Revision der Staatsanwaltschaft bzgl. E.

Die den Angeklagten E. betreffende Revision der Staatsanwaltschaft hat überwiegend Erfolg.

a. Zur Verneinung einer Mittäterschaft des E. durch das Landgericht

Das Landgericht hat seine Wertung, E. sei nicht Mittäter des S. Y., von einem verengten rechtlichen Ausgangspunkt, einer "bloßen sukzessiven Mittäterschaft" aus getroffen und die gebotene wertende Betrachtung aller Umstände (vgl. BGHSt 37, 289, 291; BGH Urteil vom 7. November 2006 - 5 StR 164/06), ob E. nicht aufgrund einer vor der Tat des S. Y. diesem zugesagten gegenseitigen Unterstützung und Schützenhilfe Mittäter gewesen sein könnte (vgl. BGHSt 37, 289, 291), nicht in den Blick genommen. Dafür hat das Landgericht belastende Indizien festgestellt, aber ersichtlich nicht bewertet:

Auch die Maschinenpistole des E. sollte nicht nur zur Abschreckung vorgezeigt, sondern am Tatort eingesetzt werden. Die Mitwirkung des E. war für das Ziel des Treffens, sich gegen die Gegner vom Vortag zu behaupten, besonders wichtig, verfügte dieser Angeklagte doch über die wirksamste Waffe. Schließlich wusste der Angeklagte E., ohne dass er sich mit dem Angeklagten S. Y. in irgendeiner Weise hätte verstan-

digen müssen, was seine Aufgabe in dem Kampfgeschehen war. Er rannte an den übrigen Angeklagten linker Hand vorbei, erfasste die Kampfplage und schoss zielgerichtet auf die noch acht Flüchtenden, womit er den Sieg seiner Kampfgenossen endgültig sicherte.

b. Zur Beihilfe des E.

Das Schwurgericht hat ferner nicht darauf Bedacht genommen, dass im Einzelfall der durch Handeln erbrachte Tatbeitrag des Gehilfen - was hier äußerst nahe gelegen hätte - schon darin bestehen kann, dass der Gehilfe den Haupttäter im Wissen um dessen Verhalten zur Tatausführung begleitet, seine Anwesenheit gleichsam "einbringt", um den Haupttäter in seinem Tatentschluss zu bestärken und ihm das Gefühl erhöhter Sicherheit zu geben (BGHR StGB § 27 Abs. 1 Hilfeleisten 14 m.w.N.). Dem stünde die Erwägung des Landgerichts, der Angeklagte S. Y. hätte sich im Augenblick seiner Tatausführung, obwohl er nach E. gerufen hatte, alleingelassen und hilflos gefühlt, eher nicht entgegen. Sie beruht nämlich allein auf der - regelmäßig nicht ungeprüft hinzunehmenden (vgl. BGH NJW 2003, 2179; ferner BGHSt 49, 365, 370) - Einlassung des Angeklagten S. Y., die zudem im Blick auf die Schnelligkeit des Anschlussgeschehens an Plausibilität verliert.

c. Zum Rücktritt des E vom versuchten Totschlag

Dagegen greifen die Einwände der Revision der Staatsanwaltschaft gegen die Annahme eines strafbefreienden Rücktritts vom Totschlagsversuch hinsichtlich der von E. abgegebenen Schüsse nicht durch. Das Landgericht hat mit vertretbaren Erwägungen einen unbeendeten Totschlagsversuch gemäß § 24 Abs. 1 Satz 1 StGB angenommen. Dem Angeklagten E. war zwar nach Leerschießen des ersten Magazins seiner

Maschinenpistole eine Tötung der Flüchtenden für den Augenblick nicht mehr möglich. Dies begründet vorliegend aber noch keinen Fehlschlag, weil der Angeklagte angesichts des ihm zur Verfügung stehenden zweiten befüllten Magazins nach der Wertung des Landgerichts zu der Annahme gelangen konnte, er könne ohne zeitliche Zäsur mit anderen bereitstehenden Mitteln die Tat noch vollenden (vgl. BGHSt [GS] 39, 221, 228 m.w.N.). Diese Würdigung beruht auf einer ausreichenden Tatsachengrundlage. Der Angeklagte hatte erkannt, dass er keinen Gegner getroffen hatte. Der im Urteil dargelegte Abstand des Angeklagten zu den Flüchtenden, die bekannte größere Reichweite der Maschinenpistole und die durch die Schüsse auf den Hund belegte Fähigkeit des Angeklagten, ohne Weiteres - sogar in der durch den Angriff des Hundes ersichtlich hektischen Situation - das Magazin schnell zu wechseln und die Maschinenpistole wieder schussbereit zu machen (anderer Sachverhalt: BGHR StGB § 24 Abs. 1 Satz 1 Versuch beendeter 7), belegen die Überzeugung des Landgerichts, dass ein Weiterhandeln des Angeklagten nicht erst nach Eintritt einer Zäsur, sondern ohne wesentliche Unterbrechung möglich gewesen wäre. Die Annahme, unter diesen Umständen lägen zwei Taten vor, würde den einheitlichen Lebensvorgang willkürlich auseinander reißen (vgl. BGHSt 34, 53, 57).

Auch die Annahme des Landgerichts, der Angeklagte habe trotz Wahrnehmung der Schüsse durch Dritte freiwillig von der weiteren Tatausführung Abstand genommen, begegnet keinen Bedenken. Nach den Feststellungen des Landgerichts bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass der Angeklagte seine Tat für entdeckt gehalten oder geglaubt hat, mit Entdeckung rechnen zu müssen. [...]

Standort: § 223 StGB

Problem: Geschlechtsverkehr als Körperverletzung

BGH, URTEIL VOM 22.11.2006

2 STR 382/06 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Der Angeklagte hatte das weibliche Opfer überrascht, ihm von hinten Hose und Schlüpfer herunter gezogen und den Geschlechtsverkehr ausgeübt. Da sich nicht feststellen ließ, dass der Angeklagten einen Widerstand des Opfers mit Gewalt brechen musste, hatte das Landgericht Bonn eine Vergewaltigung, § 177 I StGB, abgelehnt, und den Angeklagten nur wegen Körperverletzung, § 223 StGB, und Beleidigung, § 185 StGB, verurteilt. Der BGH hob auf die Revision des Angeklagten hin auch diese Verurteilung auf.

Prüfungsrelevanz:

Während Sexualstraftaten im engeren Sinne, §§ 174 ff.

StGB, in den meisten Bundesländern nicht zum Prüfungsstoff im ersten Examen gehören, sind Körper- und Ehrverletzungsdelikte, §§ 223 ff., 185 ff. StGB, in beiden Examen häufig anzutreffen. Auch Konstellationen wie im vorliegenden Fall, in denen sexuelle Handlungen im Kontext dieser Delikte zu prüfen sind, werden in Examensaufgaben immer wieder einmal angesprochen.

Der BGH hatte zunächst zu prüfen, ob der Vollzug des Geschlechtsverkehrs gegen den Willen des Opfers eine Körperverletzung gem. § 223 I StGB, insb. eine körperliche Misshandlung, darstellt. Eine solche setzt eine üble, unangemessene Behandlung voraus, die das körperliche Wohlbefinden oder die körperliche Unversehrtheit des Opfers mehr als nur unerheblich beeinträchtigt (BGHSt 25, 227; Tröndle/Fischer, § 223 Rn 3a). Zwar ist anerkannt, dass auch der gegen den Wil-

len des Opfers vollzogene Geschlechtsverkehr eine körperliche Misshandlung i.S.v. § 223 I StGB darstellen kann (vgl. BGH, NJW 1963, 1683; Lackner/Kühl, § 223 Rn 4; Wessels/Hettinger, BT 1, Rn 256), jedoch nur, sofern die genannten Voraussetzungen erfüllt sind. Da der BGH dem Urteil des LGs im vorliegenden Fall eine erhebliche Beeinträchtigung des Wohlbefindens des Opfers nicht entnehmen konnte, verneinte er das Vorliegen einer Körperverletzung.

Auch das Vorliegen einer Beleidigung, § 185 StGB, durch den erzwungenen Geschlechtsverkehr lehnte der BGH ab. Eine Beleidigung setzt einen Angriff auf die Ehre des Opfers durch Kundgabe der Missachtung oder Nichtachtung voraus (BayObLG 2002, 25; OLG Karlsruhe, NStZ 2005, 138; Schönke/Schröder-Lenckner, § 185 Rn 1; Tröndle/Fischer, § 185 Rn 4). Insoweit ist anerkannt, dass sexuelle Handlungen (wie der Vollzug des Beischlafs) durchaus auch als Beleidigung strafbar sein können (BGHSt 35, 76; BGH, NStZ 1987, 21; Schönke/Schröder-Lenckner, § 185 Rn 4). Da § 185 StGB allerdings keinen Auffangtatbestand zu den Sexualdelikten darstellt (vgl. BGHSt 36, 149; Kiehl, NJW 1989, 3003), fallen sexuelle Handlungen nur dann unter den Tatbestand der Beleidigung, wenn die Handlung auf Grund besonderer Umstände einen selbstständigen beleidigenden Charakter hat (BGH, NStZ 1986, 453; 1995, 129; Tröndle/Fischer, § 185 Rn 11; Arzt, JuS 1982, 717). Einen solchen herabsetzenden, also beleidigenden, Charakter vermochte der BGH den Feststellungen des LGs zum Verhalten des Angeklagten im vorliegenden Fall aber nicht zu entnehmen.

Vertiefungshinweise:

□ Zur körperlichen Misshandlung durch Geschlechtsverkehr: RGSt 56, 64; BGH, NJW 1963, 1683

□ Zur Beleidigung durch sexuelle Handlungen: BGHSt 36, 149; BGH, NStZ 1993, 182; 1995, 129; OLG Düsseldorf, NJW 2001, 3562; LG Darmstadt, NStZ-RR 2005, 140; Arzt, JuS 1982, 717; Hillenkamp, NStZ 1989, 529; Kiehl, NJW 1989, 3003; Laubenthal, JuS 1987, 702; Ritze, JZ 1980, 91

Leitsätze (der Redaktion):

1. Ein nicht einverständlicher Geschlechtsverkehr kann eine üble, unangemessene Behandlung des Opfers und somit eine körperliche Misshandlung i.S.v. § 223 I StGB darstellen. Dies setzt jedoch eine mehr als unerhebliche Beeinträchtigung des körperlichen Wohlbefindens voraus.

2. Der Tatbestand des § 185 StGB ist nur dann erfüllt, wenn der Täter durch sein Verhalten zum Ausdruck bringt, der Betroffene weise einen seine Ehre mindernden Mangel auf. Eine solche Kundgabe ist in einer sexuellen Handlung allein regelmäßig nicht zu sehen. Ein Angriff auf die sexuelle Selbstbestimmung erfüllt nur dann den Tatbestand der

Beleidigung, wenn nach den gesamten Umständen in dem Verhalten des Täters zugleich eine - von ihm gewollte - herabsetzende Bewertung des Opfers zu sehen ist

Sachverhalt:

Der Angeklagte hat gegen den Willen der Geschädigten mit dieser den Geschlechtsverkehr ausgeführt. Er stellte sich hinter sie, fasste ihr unter der Bekleidung an die Brust und zog ihr Jeans und Schlüpfer herunter. Die Geschädigte war dadurch völlig überrascht, versuchte, die Hose festzuhalten, "hatte aber irgendwie nicht die Kraft dafür". Während der Angeklagte sie umfasste und den Geschlechtsverkehr ungeschützt von hinten ausführte, versuchte sie mehrfach, ihn durch Rückwärtsbewegungen ihrer angewinkelten Arme von sich wegzuschieben, was der Angeklagte auch registrierte. Das Gericht konnte jedoch nicht feststellen, ob der Angeklagte diesen Widerstand durch Kraft überwinden musste; möglicherweise stellte die Geschädigte ihre Abwehrbewegungen auch erstarrt ein.

Aus den Gründen:

1. Entscheidung und rechtliche Würdigung des Landgerichts

[...] Das Landgericht konnte sich angesichts des Umstands, dass die durch das Tatgeschehen massiv psychisch beeinträchtigte Geschädigte "zum Kerngeschehen nur äußerst rudimentär Angaben machen konnte", nicht davon überzeugen, dass der Angeklagte eines der nach § 177 Abs. 1 StGB erforderlichen Nötigungsmittel eingesetzt hat, um den ihm entgegen gebrachten oder erwarteten Widerstand des Opfers zu überwinden oder von vornherein zu verhindern. Es hat den Angeklagten deshalb wegen vorsätzlicher Körperverletzung in Tateinheit mit tätlicher Beleidigung verurteilt.

2. Zum Fehlen der Voraussetzungen für eine Körperverletzung, § 223 StGB

Die Verurteilung wegen vorsätzlicher Körperverletzung hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand. Ein nicht einverständlicher Geschlechtsverkehr kann zwar eine üble, unangemessene Behandlung des Opfers darstellen (vgl. BGH NJW 1963, 1683). Eine mehr als unerhebliche Beeinträchtigung des körperlichen Wohlbefindens im Sinne der Misshandlungsalternative des § 223 Abs. 1 StGB (vgl. dazu Lilie in LK 11. Aufl. § 223 Rdn. 8 ff; Lackner/Kühl StGB 25. Aufl. § 223 Rdn. 4; Tröndle/Fischer StGB 53. Aufl. § 223 Rdn. 3a f jeweils m.w.N.) wird hier durch die Urteilsfeststellungen jedoch nicht ausreichend belegt. Bei der Geschädigten fanden sich nach der Tat weder körperliche Auffälligkeiten noch Verletzungen abgesehen von einer leichten Rötung im Vorhof der Scheide. Allerdings ergeben die Urteilsgründe, dass eine Gesundheitsschädigung des durch die Tat nachhaltig traumatisierten

Opfers eingetreten ist, welches unter erheblichen Angstzuständen litt, in bestimmten Situationen am ganzen Körper zu zittern begann und unter Alpträumen litt, in denen sie um sich schlug und nass geschwitzt aufwachte. Nicht festgestellt ist jedoch, dass der Angeklagte diese Beeinträchtigungen (bedingt) vorsätzlich herbeigeführt hat. Eine nähere Begründung bei der rechtlichen Würdigung enthält das Urteil zu dem nicht.

3. Zum Fehlen der Voraussetzungen für eine Beleidigung, § 185 StGB

Auch die Verurteilung wegen tätlicher Beleidigung begegnet rechtlichen Bedenken. Der Tatbestand des § 185 StGB ist nur dann erfüllt, wenn der Täter durch sein Verhalten (die sexuelle Handlung) zum Ausdruck bringt, der Betroffene weise einen seine Ehre mindern den Mangel auf. Eine solche Kundgabe ist in der sexuellen Handlung allein regelmäßig nicht zu sehen und

erfüllt deshalb auch nicht den Tatbestand des § 185 StGB. Ein Angriff auf die sexuelle Selbstbestimmung erfüllt nur dann den Tatbestand der Beleidigung, wenn nach den gesamten Umständen in dem Verhalten des Täters zugleich eine - von ihm gewollte - herabsetzende Bewertung des Opfers zu sehen ist (BGHSt 36, 145, 150; Hilgendorf in LK 11. Aufl. § 185 Rdn. 28 ff).

Das Landgericht hat in seiner rechtlichen Würdigung nicht dargetan, aus welchen Umständen des Geschehens der Schluss zu ziehen ist, der Angeklagte habe durch die Tat zum Ausdruck gebracht, die Geschädigte sei mit einem Makel behaftet, der ihren Geltungswert mindere. Nach den Feststellungen zum Tatgeschehen und zu den Vorstellungen des Angeklagten versteht es sich auch nicht von selbst, dass der Angeklagte sein Opfer im Sinne von § 185 StGB herabsetzend bewertete. [...]

Standort: § 224 I Nr. 2 StGB

Problem: "Mittels" eines Werkzeugs

BGH, URTEIL VOM 16.01.2007

4 STR 524/06 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Während einer polizeilichen Kontrolle war es zu einer Rangelei zwischen dem Angeklagte und einem der Polizisten gekommen, in deren Folge der Polizist mit dem Oberkörper im Innenraum des Fahrzeugs lag. Als der Angeklagte dann losfuhr und sein Fahrzeug gegen eine Böschung stieß, fiel der Polizist aus dem Auto und zog sich durch den Sturz erhebliche Verletzungen zu. Das Landgericht Saarbrücken verurteilte den Angeklagten insb. wegen gefährlicher Körperverletzung, § 223 I, 224 I Nr. 2 StGB. Der BGH hob auf die Revision des Angeklagten hin die Verurteilung wegen der Qualifikation auf; nur das Grunddelikt, § 223 I StGB, sei gegeben.

Prüfungsrelevanz:

Körperverletzungsdelikte stellen in beiden Examen einen besonders häufig auftretenden Prüfungsgegenstand dar. Insofern wird von den Examenskandidaten eine erhebliche Detailkenntnis erwartet.

Im vorliegenden Fall geht es um die Frage, ob das Verhalten des Täters eine Körperverletzung "mittels einer Waffe oder eines anderen gefährlichen Werkzeugs", § 224 I Nr. 2 StGB, darstellt. Gefährliches Werkzeug im Sinne dieser Vorschrift ist jeder Gegenstand, der nach seiner objektiven Beschaffenheit und der Art seiner konkreten Verwendung im Einzelfall geeignet ist, erhebliche Verletzungen zuzufügen (BGHSt 3, 109; NSTz 1999, 616; Joecks, § 224 Rn 16). Dass auch Kraftfahrzeuge gefährliche Werkzeuge

i.S.v. § 224 I Nr. 2 StGB darstellen können, ist allgemein anerkannt (BGH, VRS 44, 422; KG, NZV 2006, 111; Tröndle/Fischer, § 224 Rn 9b). Dies gilt jedenfalls dann, wenn das Opfer mit einem Fahrzeug angefahren wird.

§ 224 I Nr. 2 StGB verlangt weiter, dass die Körperverletzung "mittels" des gefährlichen Werkzeugs begangen wird. Dies setzt voraus, dass das Werkzeug von außen auf den Körper des Opfers einwirkt (BGH, NZV 2006, 270; NZV 2006, 483, 484; Schönke/Schröder-Stree, § 224 Rn 8; Tröndle/Fischer, § 224 Rn 7). Im vorliegenden Fall hatte der Angeklagte das Opfer aber nicht mit seinem Auto angefahren, sondern es aus dem Auto geworfen. Die Verletzungen waren also nicht durch den Aufprall des Autos auf das Opfer, sondern durch den Aufprall des Opfers auf den Boden verursacht worden, sodass letztlich keine Körperverletzung "mittels" eines gefährlichen Werkzeugs vorlag.

Vertiefungshinweise:

☐ Zu Kraftfahrzeugen als gefährliche Werkzeuge i.S.v. § 224 I Nr. 2 StGB: BGH, VRS 14, 286; 44, 422; 56, 189; KG, NZV 2006, 111; OLG Düsseldorf, VRS 5, 293

Leitsatz (der Redaktion):

§ 224 I Nr. 2 StGB ("mittels einer Waffe oder eines anderen gefährlichen Werkzeugs") setzt voraus, dass die Körperverletzung durch ein von außen auf den Körper des Tatopfers einwirkendes gefährliches Tatmittel verursacht wird. Zwar ist ein fahrendes Kraftfahrzeug, das zur Verletzung einer Person eingesetzt wird, als ein gefährliches Werk-

zeug im Sinne dieser Bestimmung anzusehen. Dies gilt jedoch nur, sofern die Verletzung des Opfers durch eine Einwirkung des Kraftfahrzeugs auf seinen Körper verursacht worden sind. Zieht sich das Opfer die Verletzung hingegen bei dem Sturz aus dem Fahrzeug zu, tritt der Körperverletzungserfolg erst durch den Aufprall auf den Gehsteig und somit nicht "mittels" des Kraftfahrzeugs ein.

Sachverhalt:

Zwischen dem Angeklagten und dem sich in das Fahrzeug des Angeklagten beugenden Polizeibeamten G, der den Angeklagten an einer Weiterfahrt hindern wollte, kam es zunächst zu einer Rangelei. G versuchte, die Handbremse zu ziehen und kam hierbei quer im vorderen Innenraum des Fahrzeugs zu liegen. Im weiteren Verlauf der körperlichen Auseinandersetzung gelang es dem Angeklagten, sein Fahrzeug rückwärts in Gang zu setzen, so dass es schließlich gegen eine Böschung stieß. Durch den Anstoß fiel der Polizeibeamte aus dem Fahrzeug auf einen Gehweg; er erlitt "bei diesem Vorgang" unter anderem einen Bruch des Brustbeins, eine Schwellung am rechten Auge, Schürfwunden am Armgelenk und Prellungen mehrerer Rippen.

Aus den Gründen:

1. Entscheidung des Landgerichts; Rechtsmittel

Das Landgericht hat den Angeklagten wegen Fahrens ohne Fahrerlaubnis in Tateinheit mit Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte, mit gefährlicher Körperverletzung und mit gefährlichem Eingriff in den Straßenverkehr (Fall II. 1 der Urteilsgründe, Einzelstrafe: zwei Jahre Freiheitsstrafe) sowie wegen hierzu in Tateinheit stehender weiterer tateinheitlich zusammenfassender Straftaten (Fall II. 2 der Urteilsgründe, Einzelstrafe: neun Monate Freiheitsstrafe) zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von zwei Jahren und drei Monaten verurteilt. Außerdem hat es seine Unterbringung in einer Entziehungsanstalt angeordnet und gegen ihn eine isolierte Sperre für die Neuerteilung einer Fahrerlaubnis von drei Jahren angeordnet. Die hiergegen gerichtete Revision des Angeklagten, mit der er die Verletzung materiellen Rechts rügt, führt lediglich zu der aus der Beschlussformel ersichtlichen Änderung des Schuldspruchs; im Übrigen erweist sich das Rechtsmittel als unbegründet im Sinne des § 349 Abs. 2 StPO.

2. Entscheidung des BGH

Die Verurteilung des Angeklagten wegen gefährlicher Körperverletzung im Fall II. 1 der Urteilsgründe hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand. [...]

a. Zum Fehlen einer gefährlichen Körperverletzung i.S.v. § 224 I Nr. 2 StGB

Damit ist das Vorliegen einer gefährlichen Körperver-

letzung nicht belegt. Die hier allein in Betracht kommende Tatbestandsvariante des § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB ("mittels einer Waffe oder eines anderen gefährlichen Werkzeugs") setzt voraus, dass die Körperverletzung durch ein von Außen auf den Körper des Tatopfers einwirkendes gefährliches Tatmittel verursacht wird (vgl. Senat NZV 2006, 270, 271/272; NZV 2006, 483, 484 [zu § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB]; Tröndle/Fischer StGB 54. Aufl. § 224 Rdn. 7; a.A. KG NZV 2006, 111 mit Anm. Krüger). Zwar ist ein fahrendes Kraftfahrzeug, das zur Verletzung einer Person eingesetzt wird, als ein gefährliches Werkzeug im Sinne dieser Bestimmung anzusehen. Die Feststellungen ergeben jedoch nicht, dass die Verletzungen des Polizeibeamten durch eine Einwirkung des Kraftfahrzeugs auf seinen Körper verursacht worden sind. Soweit er sich diese - was unklar bleibt - bei dem Sturz aus dem Fahrzeug zugezogen hat, wäre der Körperverletzungserfolg erst durch den nachfolgenden Aufprall auf den Gehsteig und nicht "mittels" des Kraftfahrzeugs eingetreten (vgl. Senat aaO).

b. Zum Vorliegen einer Körperverletzung gem. § 223 StGB

Das Verhalten des Angeklagten erfüllt jedoch den Tatbestand einer (einfachen) Körperverletzung gemäß § 223 StGB. Der nach § 230 StGB zur Verfolgung erforderliche Strafantrag ist vom Verletzten form- und fristgerecht gestellt worden. Der Senat ändert daher den Schuldspruch entsprechend ab.

3. Keine Auswirkung der Änderung des Schuldspruchs auf den Strafausspruch

Der aufgezeigte Rechtsfehler hat auf den Bestand des Strafausspruchs keine Auswirkung. Der Senat schließt aus, dass das Landgericht bei zutreffender rechtlicher Bewertung der Körperverletzungshandlung die im Fall II. 1 der Urteilsgründe festzusetzende Einzelstrafe, die dem nach den §§ 21, 49 Abs. 1 StGB gemilderten Strafraumen des § 315 b Abs. 3 StGB zu entnehmen war, niedriger bemessen hätte. Zwar hat das Landgericht insoweit rechtsfehlerhaft den Strafraumen des § 315 Abs. 3 StGB zu Grunde gelegt und damit verkannt, dass § 315 b Abs. 3 StGB nur bezüglich der tatbestandlichen Voraussetzungen auf diese Vorschrift verweist, im Übrigen aber über einen eigenen, im Höchstmaß niedrigeren (zehn statt fünfzehn Jahre Freiheitsstrafe) Strafraumen verfügt. Da das Landgericht sich bei der Bemessung der Einzelstrafe jedoch ersichtlich an dem unteren Mindestmaß des Strafraumens orientiert hat, welches in beiden Bestimmungen gleich ist, ist nicht zu besorgen, dass sich dieser Rechtsfehler zum Nachteil des Angeklagten ausgewirkt hat. Jedenfalls erachtet der Senat die festgesetzte Einzelstrafe für angemessen im Sinne des § 354 Abs. 1 a StPO.

*Urteile in Fallstruktur***Standort: Öffentliches Recht****Problem: Zwangsmitgliedschaften**

BVERFG, BESCHLUSS VOM 13.12.2006
1 BvR 2084/05 (DVBL 2007, 248)

Problemdarstellung:

Der Bf. wehrte sich mit seiner Verfassungsbeschwerde gegen seine vom Bundesjagdgesetz (BJagdG) verordnete Zwangsmitgliedschaft in einer Jagdgenossenschaft. Er trug vor, diese verletze ihn in seiner Eigentums- und (negativen) Vereinigungsfreiheit, jedenfalls aber in seiner allgemeinen Handlungsfreiheit. Darüber hinaus berief er sich auf seine Gewissensfreiheit, weil er das Jagen von Tieren ethisch-moralisch verwerflich finde. Das BVerfG sah jedoch keines der betroffenen Grundrechte als verletzt an:

I. Die Zwangsmitgliedschaft in einer Jagdgenossenschaft greife zwar in das Eigentumsrecht aus Art. 14 I 1 GG ein, weil sie nach dem BJagdG unmittelbar an das Eigentum eines entsprechenden Außenbereichsgrundstücks gekoppelt sei; dieser Eingriff sei jedoch als Inhalts- und Schrankenbestimmung i.S.d. Art. 14 I 2 GG zu rechtfertigen. Dabei macht das Gericht interessante Ausführungen zur Verhältnismäßigkeit der einschlägigen Normen (§§ 7 ff. BJagdG), insbesondere auch zu der Frage, ob die Jagd im Lichte des in Art. 20a GG verankerten Staatsziels Tierschutz noch einen legitimen Zweck darstellt.

II. Ob ein Eingriff in die Gewissensfreiheit des Art. 4 I GG vorliegt, hat das BVerfG offen gelassen, da der Eingriff jedenfalls durch verfassungsimmanente Schranken - Art. 14 und 20a GG - gerechtfertigt sei. Besonders im ersten juristischen Staatsexamen sollte hierzu aber Stellung bezogen werden, wobei der Eingriff gut vertretbar hätte abgelehnt werden können, denn niemand zwang den Bf., selbst zu jagen oder die Jagd aktiv zu unterstützen. Seine Gewissensbelastung erschöpfte sich darin, als überzeugter Nichtjäger Mitglied in einer Jagdgenossenschaft zu sein; diese Belastung liegt zumindest in der Nähe der Bagatellschwelle, wenn nicht darunter. Dies deutet i.Ü. auch das BVerfG in den Entscheidungsgründen an.

III. Die negative Vereinigungsfreiheit des Art. 9 I GG ist durch öffentlich-rechtliche Zwangsmitgliedschaften nach st.Rspr. des BVerfG nicht betroffen. Die negative Vereinigungsfreiheit könne nicht weiter gehen als die positive, und da Privatpersonen keine öffentlich-rechtlichen Vereinigungen bilden könnten, schütze Art. 9 I GG auch nicht das Fernbleiben von solchen.

IV. Die negative Vereinigungsfreiheit ist deshalb nur

über Art. 2 I GG geschützt, wobei das BVerfG einen Eingriff in diese aus den schon zu Art. 14 I GG vertretenen Gründen als gerechtfertigt ansieht.

Prüfungsrelevanz:

Die Entscheidung eignet sich hervorragend für Examensaufgaben, weil sie eine Vielzahl von Grundrechten betrifft. Mit der negativen Vereinigungsfreiheit gegenüber öffentlich-rechtlichen Zwangsmitgliedschaften ist sogar ein echter "Klassiker" darunter. Ferner traf das BVerfG einmal mehr auf einen Beschwerdeführer, der meinte, die (schrackenlose) Gewissensfreiheit des Art. 4 I GG gegen ein ihm unliebsames Gesetz ins Feld führen zu können (vgl. die zahlreichen Vertiefungshinweise zu ähnlich kuriosen Fällen). Hierzu fühlte er sich wohl ermutigt, weil der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) in seiner Entscheidung vom 29. April 1999 (NJW 1999, 3695 ff.) einem französischen Kläger, der sich durch die Zwangsmitgliedschaft in einem Jagdverband in seinen Menschenrechten aus der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) verletzt sah und auf ethisch-moralische Bedenken gegen die Tötung von Tieren berief, Recht gegeben hatte. Das BVerfG betont jedoch, dass die EMRK in Deutschland nur den Rang eines einfachen Bundesgesetzes habe, also kein vor dem BVerfG einklagbares Verfassungsrecht darstelle. Allerdings sei die EMRK bei der Anwendung und Auslegung der Gesetze durch Gerichte und Behörden wertend zu berücksichtigen; dies hätten die Fachgerichte jedoch zur Genüge getan, indem sie angenommen hätten, ein Eingriff in die Gewissensfreiheit sei - unterstellt, ein Gewissenskonflikt liege wirklich vor - jedenfalls durch kollidierendes Verfassungsrecht, insbesondere den Tierschutz des Art. 20a GG und das Eigentumsrecht der anderen in der Jagdgenossenschaft zusammen gefassten Eigentümer gerechtfertigt. Aus der EMRK ergebe sich insoweit nichts Abweichendes.

Vertiefungshinweise:

☐ Zwangsmitgliedschaften und Art. 9 I GG: *BVerfGE* 10, 89, 102; 15, 235, 239; 38, 281, 297; *BVerfG*, NVwZ 2002, 335.

☐ Taubenfüttern aus Gewissensgründen: *VGH BW*, RA 2006, 423 = VBIBW 2006, 103

☐ Befreiung von der Schulpflicht wegen Art. 4 GG: *VG Aachen*, RA 2002, 621 = NJW 2002, 3191; *VGH BW*, DVBl 2003, 347; *OVG NRW*, NVwZ 1992, 77

- Genehmigung zum Hanfanbau wegen Art. 4 GG: BVerwG, NVwZ 2001, 924
- Befreiung von der Steuerpflicht wegen Art. 4 GG: BVerfG, NJW 2003, 2600
- Wahlhelferschaft contra Art. 4 GG: OVG NRW, RA 2003, 256 = NWVBl 2003, 102

Leitsatz (der Redaktion):

Die (negative) Vereinigungsfreiheit des Art. 9 I GG schützt nicht vor der Zwangsmitgliedschaft in einem öffentlich-rechtlichen Verband (hier: Jagdgenossenschaft).

Sachverhalt:

Mit der Verfassungsbeschwerde wendet sich der Beschwerdeführer gegen seine nach dem Bundesjagdgesetz (BJagdG) bestehende Zwangsmitgliedschaft in einer Jagdgenossenschaft.

Das Bundesjagdgesetz unterscheidet zwischen dem Jagdrecht, das mit dem Eigentum an Grund und Boden untrennbar verbunden ist (§ 3 I 1, 2 BJagdG), und dem Jagdausübungsrecht, das der Jagdgenossenschaft oder dem Inhaber eines Eigenjagdbezirks zusteht. Zusammenhängende Grundflächen mit einer land-, forst- oder fischereiwirtschaftlich nutzbaren Fläche von 75 ha an, die im Eigentum ein und derselben Person oder einer Personengemeinschaft stehen, bilden einen Eigenjagdbezirk (§ 7 I BJagdG). Nach § 8 I BJagdG bilden alle Grundflächen einer Gemeinde, die nicht zu einem Eigenjagdbezirk gehören, einen gemeinschaftlichen Jagdbezirk, wenn sie im Zusammenhang mindestens 150 ha umfassen. Die Eigentümer der Grundflächen, die zu einem gemeinschaftlichen Jagdbezirk gehören, bilden gemäß § 9 I 1 BJagdG eine Jagdgenossenschaft. Ihr steht im gemeinschaftlichen Jagdbezirk die Ausübung des Jagdrechts zu (§ 8 V BJagdG). Die Jagdgenossenschaft nutzt die Jagd in der Regel durch Verpachtung.

Der Beschwerdeführer, selbst Eigentümer einer solchen Grundfläche und damit Zwangsmitglied in der Jagdgenossenschaft, hält diese Zwangsmitgliedschaft für verfassungswidrig. Er rügt die Verletzung seiner Grundrechte aus Art. 14 I, 4 I, 2 I und 9 I GG. Zu Art. 4 GG trägt er vor, er lehne die Jagd auf Tiere aus Gewissensgründen ab. Diese verstoße zudem gegen den in Art. 20a GG verankerten Tierschutz.

Ist der Beschwerdeführer (Bf.) in einem der genannten Grundrechte verletzt?

Lösung:**A. Verletzung von Art. 14 I 1 GG**

Eine Verletzung des Eigentumsrechts aus Art. 14 I 1 GG setzt einen nicht gerechtfertigten Eingriff in den Schutzbereich des Grundrechts voraus.

I. Eingriff in den Schutzbereich

Unter Eigentum i.S.d. Art. 14 I 1 GG ist eine von den Gesetzen gewährte vermögenswerte Rechtsposition zu verstehen. Dazu gehört auch das Eigentum an Grundstücken nach dem BGB. Ein Eingriff liegt in jeder Verkürzung des Schutzbereichs, die nicht lediglich in einer Bagatelle besteht. Die Zwangsmitgliedschaft in der Jagdgenossenschaft ist zwingende Folge des Eigentums an einem entsprechenden Grundstück; der Bf. kann sich ihr nicht entziehen. Seine freie Eigentumsnutzung wird somit verkürzt.

II. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Der Eingriff ist verfassungsrechtlich gerechtfertigt, wenn er durch die Schranken des Grundrechts gedeckt ist.

1. Schranken

Art. 14 I 1 GG ist durch die sog. Inhalts- und Schrankenbestimmung nach Art. 14 I 2 GG und die Enteignung nach Art. 14 III 1 GG beschränkbar. Bei ersterer handelt es sich um einen einfachen Gesetzesvorbehalt, während letztere einen qualifizierten Gesetzesvorbehalt darstellt, da eine Enteignung den qualifizierten Anforderungen des Art. 14 III GG - namentlich des Allgemeinwohlbezugs und der Entschädigungspflicht - genügen muss. Eine Enteignung liegt jedoch nur vor, wenn eine konkret-individuelle Rechtsposition entzogen wird. Dem Bf. wird jedoch nichts entzogen, sondern eine unerwünschte Zwangsmitgliedschaft in einer Genossenschaft aufgebürdet. Die Begründung von neuen Rechten und Pflichten infolge der Eigentümerstellung sind Inhalts- und Schrankenbestimmungen i.S.d. Art. 14 I 1 GG. Diese werden im vorliegenden Fall durch die §§ 7-9 BJagdG konkretisiert, welche die Zwangsmitgliedschaft in der Jagdgenossenschaft regeln.

2. Schranken-Schranken

Die Inhalts- und Schrankenbestimmungen müssen aber ihrerseits wiederum verfassungskonform sein. Sie dürfen insbesondere den Wesensgehalt des Grundrechts nicht aushöhlen (Art. 19 II GG) und müssen auch im Übrigen verhältnismäßig sein (Art. 20 III GG). Dazu das BVerfG:

“Der Gesetzgeber muss bei der Bestimmung von Inhalt und Schranken des Eigentums im Sinne von Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG die schutzwürdigen Interessen des Eigentümers und die Belange des Gemeinwohls in einen gerechten Ausgleich und ein ausgewogenes Verhältnis bringen. Er muss sich dabei im Einklang mit allen anderen Verfassungsnormen halten; insbesondere ist er an den verfassungsrechtlichen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und den Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG gebunden. Das Wohl der Allgemeinheit ist nicht nur Grund, sondern auch Grenze für die dem Eigentum aufzuerlegenden Belastungen. Einschränk-

kungen der Eigentümerbefugnisse dürfen nicht weitergehen, als der Schutzzweck reicht, dem die Regelung dient. Der Kernbereich der Eigentumsgarantie darf dabei nicht ausgehöhlt werden. Zu diesem gehört sowohl die Privatnützigkeit, also die Zuordnung des Eigentumsobjekts zu einem Rechtsträger, dem es als Grundlage privater Initiative von Nutzen sein soll, als auch die grundsätzliche Verfügungsbefugnis über den Eigentumsgegenstand (vgl. BVerfGE 70, 191 [200]; 79, 174 [198]; 87, 114 [138 f.]; 91, 294 [308]; 100, 226 [240 f.]). Der Regelungsbefugnis des Gesetzgebers sind unterschiedliche Schranken gezogen. Soweit das Eigentum die persönliche Freiheit des Einzelnen im vermögensrechtlichen Bereich sichert, genießt es einen besonders ausgeprägten Schutz (vgl. BVerfGE 42, 263 [294]; 50, 290 [340]; 70, 191 [201]; 95, 64 [84]). Demgegenüber ist die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers umso größer, je stärker der soziale Bezug des Eigentumsobjekts ist; hierfür sind dessen Eigenart und Funktion von entscheidender Bedeutung (vgl. BVerfGE 53, 257 [292]; 100, 226 [241])."

a. Wesensgehalt, Art. 19 II GG

Der Wesensgehalt der Eigentumsfreiheit wird durch die Zwangsmitgliedschaft in der Jagdgenossenschaft nach Ansicht des BVerfG nicht angetastet:

"Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers wird der Kernbereich des Grundeigentums durch die angegriffenen Regelungen nicht berührt. Mit dem Jagdausübungsrecht wird dem Beschwerdeführer nur ein inhaltlich klar umrissener, begrenzter Teil der Nutzungs- und Gestaltungsmöglichkeiten genommen, die ihm sein Grundeigentum einräumt. Dem Beschwerdeführer verbleibt auch nach Übergang des Jagdausübungsrechts auf die Jagdgenossenschaft eine Rechtsposition, die den Namen 'Eigentum' noch verdient (vgl. nur BVerfGE 24, 367 [389]). Hierbei ist zudem zu berücksichtigen, dass das System der gemeinschaftlichen Jagdausübung in seinen Grundzügen schon seit Mitte des 19. Jahrhunderts in Deutschland besteht und so das Grundeigentum jagdbarer Flächen seit alters her prägt [wird ausgeführt]."

b. Verhältnismäßigkeit, Art. 20 III GG

Dem aus dem Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 III GG ableitbaren Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ist genügt, wenn der Gesetzgeber ein legitimes Ziel verfolgt und die getroffene Regelung zur Zielerreichung geeignet, erforderlich und angemessen ist.

aa. Legitimes Ziel

Das BVerfG tritt zunächst der Ansicht des Bf. entgegen, wonach angesichts des in Art. 20a GG verankerten Tierschutzes schon die Regelung des Jagdrechts an sich kein legitimer Zweck sei:

"Bei der Bestimmung des Zwecks des Jagdrechts hat der Gesetzgeber [seinen] Spielraum nicht überschrit-

ten. Er verfolgt damit legitime Ziele. Dies gilt sowohl für die in § 1 BJagdG ausdrücklich geregelten Zwecke als auch für das gesetzgeberische Anliegen, die Jagdbefugnisse grundstücksübergreifend zu regeln. Der Gesetzgeber hat mit dem Zweiten Gesetz zur Änderung des Bundesjagdgesetzes vom 28. September 1976 (BGBl I, S. 2841) § 1 BJagdG novelliert, dabei ausdrücklich die Belange des Tierschutzes berücksichtigt und daher in Absatz 1 Satz 2 eine Pflicht zur Hege gesetzlich begründet. Nach § 1 Abs. 2 Satz 1 BJagdG hat die Hege zum Ziel die Erhaltung eines den landschaftlichen und landeskulturellen Verhältnissen angepassten artenreichen und gesunden Wildbestandes, sowie die Pflege und Sicherung seiner Lebensgrundlagen. Die Einfügung des Wortes 'landeskulturell' in Absatz 2 Satz 1 sollte den zu erhaltenden Wildbestand auch auf die enge Verbindung zwischen Agrarstrukturverbesserung und Landschaftspflege unter besonderer Berücksichtigung der ökologischen Ausgleichsfunktion des ländlichen Raumes ausrichten. Der Begriff soll nach den Vorstellungen des Gesetzgebers alle ökonomischen und ökologischen Aspekte umfassen, die bei der Anpassung des Wildbestandes an die land- und forstwirtschaftlich genutzte und betreute Landschaft zu berücksichtigen sind (vgl. Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Bundesjagdgesetzes, BTDrucks 7/4285, S. 1, 11 f.). Der Ausschuss für Ernährung, Landwirtschaft und Forsten des Deutschen Bundestags wollte die auch der ordnungsgemäßen land-, forst- und fischereiwirtschaftlichen Nutzung dienende Funktion der Hege noch klarer herausstellen und schlug dem Deutschen Bundestag den Gesetz gewordenen § 1 Abs. 2 Satz 2 BJagdG vor, der in der Hege nicht nur das Instrument zur Vermeidung von Wildschäden sieht, sondern mit der Hege möglichst jegliche Beeinträchtigung einer ordnungsgemäßen land-, forst- und fischereiwirtschaftlichen Nutzung unterbinden will (Bericht und Antrag des Ausschusses für Ernährung, Landwirtschaft und Forsten, BTDrucks 7/5471, S. 3, 6). [...]

Die genannten Gesetzeszwecke dienen den berechtigten Interessen Dritter und dem Gemeinwohl. Sie stehen auch nicht in Widerspruch zu dem Verfassungsauftrag zum Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen (Art. 20 a GG). Ein dem Gedanken der Hege verpflichtetes Jagdrecht, das unter anderem Abschussregelungen in einem Umfang vorschreibt, die dazu beitragen sollen, 'dass ein gesunder Wildbestand aller heimischen Tierarten in angemessener Zahl erhalten bleibt und insbesondere der Schutz von Tierarten gesichert ist, deren Bestand bedroht erscheint' (§ 21 Abs. 1 Satz 2 BJagdG), dient im Gegenteil dem Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen.

Auch das in Art. 20 a GG aufgenommene Staatsziel des Tierschutzes führt zu keiner anderen Beurteilung. Der verfassungsändernde Gesetzgeber hat mit seiner Einfügung in Art. 20 a GG vornehmlich den ethisch

begründeten Schutz des Tieres als je eigenes Lebewesen (vgl. dazu BVerfGE 104, 337 [347]) stärken wollen, wie er bereits bisher Gegenstand des Tierschutzgesetzes war (vgl. BTDrucks 14/8860, S. 1; 14/8360, S. 1). Zu Recht weist das BVerfG darauf hin, dass die Verankerung des Tierschutzes im Grundgesetz daher nur Einfluss auf die Art und Weise der Jagdausübung haben, nicht aber die Legitimität der mit den angegriffenen Bestimmungen des Jagdrechts verfolgten Ziele einer dem Gemeinwohl verpflichteten Jagd und Hege in Frage stellen kann.“

bb. Geeignetheit

“Die Geeignetheit des vom Gesetzgeber gewählten Mittels zur Erreichung seiner Ziele stellt der Beschwerdeführer nicht in Frage. Anhaltspunkte für eine mangelnde Eignung sind im Hinblick auf das gesetzgeberische Anliegen, die Jagdbefugnisse grundstücksübergreifend zu regeln, auch nicht ersichtlich.“

cc. Erforderlichkeit

“Die gesetzlichen Regelungen sind auch erforderlich. Die in Betracht kommenden mildereren Mittel wie ein Ruhenlassen der Jagd auf einzelnen Grundstücken oder die Bildung freiwilliger Jagdgenossenschaften wären nicht gleich effektiv zur Erreichung der gesetzgeberischen Ziele. Diese erschöpfen sich nicht in der Ermöglichung der Jagdausübung und der Vermeidung von Wildschäden, sondern umfassen – wie dargelegt – auch Gesichtspunkte des Naturschutzes, der Landschaftspflege und des Tierschutzes. Angesichts der Vielfalt dieser Regelungsbereiche durfte der Gesetzgeber eine vollkommen staatsfreie Organisation des Jagdwesens für nicht gleich geeignet halten. Zu Recht hat daher auch das Bundesverwaltungsgericht festgestellt, dass die Jagd auf staatliche Ordnung und Aufsicht angewiesen ist. Der Gesetzgeber durfte ferner im Rahmen des ihm zustehenden weiten Einschätzungsspielraums annehmen, dass die Zwecke des Jagdrechts einschließlich der Hege am besten in grundstücksübergreifender Weise verwirklicht werden können.

Würde man einzelnen oder allen Eigentümern das Jagdrecht zur freien Ausübung belassen, bedürfte es – um die genannten Jagd- und Hegeziele zu erreichen – eines voraussichtlich erheblich höheren Regelungs- und Überwachungsaufwands durch den Staat, als dies gegenwärtig gegenüber den auch selbstverwaltend tätigen Jagdgenossenschaften der Fall ist. Ein solches System dürfte zumindest nicht geringere Belastungen des Grundeigentums mit sich bringen als das gegenwärtige.“

dd. Angemessenheit

“Die Regelungen des Bundesjagdgesetzes belasten den Beschwerdeführer schließlich auch nicht unverhältnismäßig. Die Einschränkungen seiner Eigentümerbefugnisse stellen sich nicht als besonders gravierend dar

und überwiegen daher nicht die mit der gesetzlichen Ausgestaltung von Jagd und Hege verfolgten Gemeinwohlbelange. Zudem sieht das Gesetz in den Mitwirkungsrechten des Beschwerdeführers in der Jagdgenossenschaft und in seinem nach § 10 Abs. 3 Satz 2 BJagdG nicht abdingbaren Teilhaberecht am Pachtlös einen angemessenen Ausgleich für die Beschränkung des Eigentums vor. Das Vorbringen des Beschwerdeführers, für ihn seien diese Ansprüche wertlos, da er mit seinem Mitwirkungsrecht in der Jagdgenossenschaft nicht die Jagdausübung auf seinem Grundstück verhindern könne und er aus ethischen Gründen aus dem Jagdrecht keinen Gewinn ziehen wolle, geht fehl. Ob diese Rechte des Beschwerdeführers ein angemessener Ausgleich für die Beschränkungen seines Eigentums sind, bedarf grundsätzlich einer objektiven Sicht. Die Jagdgenossenschaft ist gemäß § 8 Abs. 5 BJagdG Inhaberin des Jagdausübungsrechts und daher gemäß § 1 Abs. 1 Satz 2 BJagdG zur Hege und damit zur Berücksichtigung der in § 1 Abs. 2 BJagdG normierten, mit der Hege verbundenen Gesetzeszwecke verpflichtet, zu denen auch Naturschutz, Landschaftspflege und Tierschutz gehören. Das Mitwirkungsrecht in einer solchen Vereinigung ist auch für denjenigen, der die Jagd aus ethischen Gründen ablehnt, objektiv von Wert.“

III. Zwischenergebnis

Der Eingriff in den Schutzbereich des Art. 14 I 1 GG ist über Art. 14 I 2 GG gerechtfertigt; das Eigentumsrecht des Bf. ist nicht verletzt.

B. Verletzung von Art. 4 I GG

Der Bf. rügt ferner eine Verletzung seiner Gewissensfreiheit aus Art. 4 I GG, weil sein Gewissen ihm die Jagd auf Tiere verbiete.

I. Eingriff in den Schutzbereich

Fraglich ist, ob angesichts dessen in der Zwangsmitgliedschaft in einer Jagdgenossenschaft ein Eingriff in den Schutzbereich der Gewissensfreiheit vorliegt. Das BVerfG zweifelt dies an:

“Schon die Schutzbereichsbeeinträchtigung ist hier zweifelhaft, jedenfalls nicht schwerwiegend. Der Beschwerdeführer wird nicht gezwungen, selbst an der Jagd teilzunehmen. Er wird auch nicht gezwungen, durch eigene Entscheidungen die Jagd auf seinem Boden frei zu geben und dadurch in einen Gewissenskonflikt getrieben. Diese Entscheidung hat vielmehr der Gesetzgeber getroffen, der, wie ausgeführt, ohne Verletzung des Eigentumsgrundrechts das Jagdrecht vom Eigentum getrennt und auf die Jagdgenossenschaft übertragen hat. Auch wenn man daraus nicht schließt, dass seine Gewissensfreiheit überhaupt nicht berührt ist, wenn er verhindern will, dass auf seinem Grund und Boden gejagt wird, steht seine Gewissensentscheidung jedenfalls von vorneherein in Beziehung zu den

Rechten anderer. Aus der Gewissensfreiheit kann niemand das Recht herleiten, die Rechtsordnung nur nach seinen Gewissensvorstellungen zu gestalten, und verlangen, dass seine Überzeugung zum Maßstab der Gültigkeit genereller Rechtsnormen oder ihrer Anwendung gemacht wird (BVerfGE 67, 26 [37]). Wenn die Rechtsordnung die Nutzung von Sachen auf unterschiedliche Berechtigte verteilt, hat dabei das Wissen des Eigentümers nicht notwendig einen höheren Rang als die Grundrechtsausübung anderer Berechtigter.“

II. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Im Ergebnis lässt das BVerfG den Eingriff in den Schutzbereich jedoch offen, weil dieser jedenfalls gerechtfertigt, d.h. von den Schranken der Gewissensfreiheit gedeckt sei:

1. Schranken

Art. 4 Abs. 1 GG ist nicht durch einen Gesetzesvorbehalt eingeschränkt. Einschränkungen können daher nur aus der Verfassung selbst hergeleitet werden. Die Regelungen des Bundesjagdgesetzes zu Jagdgenossenschaften und gemeinschaftlichem Jagdausübungsrecht dienen auch dem Schutz des Eigentums vor Wildschäden und der grundstücksgrenzenübergreifenden Ordnung der Eigentümerrechte im Hinblick auf die Jagd. Sie verwirklichen zudem den Verfassungsauftrag zum Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen. Der Gewissensfreiheit des Beschwerdeführers stehen mithin kollidierende Verfassungsgüter aus Art. 14 GG und Art. 20 a GG gegenüber. Es handelt sich dabei um die gleichen, auf verfassungsrechtliche Wertentscheidungen rückführbaren Ziele des Jagdrechts, die auch die jagdrechtliche Inhalts- und Schrankenbestimmung des Grundeigentums rechtfertigen.“

2. Schranken-Schranken

Auch verfassungsimmanente Schranken und ihre Konkretisierung im einfachen Recht müssen aber ihrerseits verfassungskonform, insbesondere verhältnismäßig sein. Im Falle kollidierenden Verfassungsrechts ist dabei nicht nach dem Vorrang des einen Verfassungsguts vor dem anderen zu fragen, sondern ein Ausgleich im Wege praktischer Konkordanz zu suchen. Das BVerfG meint, dass die Zwangsmitgliedschaft in einer Jagdgenossenschaft vor diesem Hintergrund nicht unangemessen ist:

“Müsste das Grundstück des Beschwerdeführers wegen seiner Gewissensentscheidung für den Tierschutz aus der Jagdgenossenschaft ausscheiden, wäre die vom Gesetzgeber legitimer Weise beabsichtigte, im Hinblick auf die Jagd übergreifende Ordnung der Eigentumsrechte in Frage gestellt. Denn es wäre zu berücksichtigen, dass Gleiches auch anderen Grundeigentümern eingeräumt werden müsste, die sich auf eine ernsthafte Gewissensentscheidung für den Tier-

schutz berufen. Der Gesetzgeber darf solche, nicht fernliegenden, über den Einzelfall hinausgehenden Auswirkungen berücksichtigen, wenn sie sein Regelungskonzept insgesamt in Frage stellen können. Ein Ausscheiden der Grundstücke des Beschwerdeführers und weiterer Eigentümer, die die Jagd ebenfalls ablehnen, aus der Jagdgenossenschaft käme einer partiellen Einführung des vom Beschwerdeführer favorisierten Parzellenjagdrechts gleich und würde faktisch zu einem Nebeneinander von Jagdgenossenschaften und Parzellenjagdrecht führen. Die vom Gesetzgeber bezweckte Eigentums- und Hegeordnung wäre damit nicht nur teilweise, sondern insgesamt in Gefahr.

Die Entlassung von Grundstücken aus der Jagdgenossenschaft würde nicht nur die vom Bundesjagdgesetz bezweckte, im Hinblick auf Art. 14 und 20 a GG verfassungsgemäße Eigentumsordnung aufheben. Die vom Beschwerdeführer unter Berufung auf den Tierschutz beanspruchte Befugnis, anderen die Ausübung der Jagd auf seinen Grundstücken zu untersagen, würde sich darüberhinaus nicht in der Weigerung erschöpfen, ein staatliches Gebot oder Verbot zu beachten, sondern Auswirkungen auf die Ausübung von Rechten durch Dritte haben, die diesen nach dem Bundesjagdgesetz zustehen. Demgegenüber wiegt die Beeinträchtigung des Beschwerdeführers dadurch, dass er die Ausübung der Jagd auf seinen Grundstücken hinnehmen muss, geringer, auch wenn sie ihn subjektiv nicht unerheblich belasten mag. Der Beschwerdeführer wird nicht gezwungen, die Jagd auszuüben, sich an ihrer Ausübung aktiv zu beteiligen oder diese tätig zu unterstützen.“

III. Zwischenergebnis

Ob der Schutzbereich der Gewissensfreiheit eingegriffen wird, mag dahinstehen; ein solcher Eingriff wäre jedenfalls durch verfassungsimmanente Schranken gedeckt, so dass der Bf. keinesfalls in seinem Grundrecht aus Art. 4 I GG verletzt wird.

C. Verletzung von Art. 9 I GG

1. Schutzbereich betroffen

Art. 9 I GG schützt die Vereinigungsfreiheit. Diese könnte hier in ihrer negativen Komponente betroffen sein, die darin besteht, nicht Mitglied einer Vereinigung sein zu müssen. Das BVerfG misst öffentlich-rechtliche Zwangsmitgliedschaften jedoch in st.Rspr. nicht an Art. 9 I GG, weil die negative Vereinigungsfreiheit nicht weiter gehen könne als die positive, und da Privatpersonen - positiv - keine öffentlich-rechtlichen Vereinigungen bilden könnten, schütze Art. 9 I GG - negativ - auch nicht das Fernbleiben von solchen. Diese Rspr. bestätigt es im vorliegenden Beschluss:

“Der Schutzbereich der durch Art. 9 Abs. 1 GG geschützten Vereinigungsfreiheit ist schon nicht berührt.

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts garantiert die Vereinigungsfreiheit nur das Recht, privatrechtliche Vereinigungen zu gründen, ihnen beizutreten oder fernzubleiben (BVerfGE 10, 89 [102]; 15, 235 [239]; 38, 281 [297 f.]). Eine Anwendung des Grundrechts auf öffentlich-rechtliche Zwangszusammenschlüsse scheidet aus. Dies folgt nicht zuletzt aus der Entstehungsgeschichte des Art. 9 Abs. 1 GG (BVerfG, NVwZ 2002, S. 335 [336])."

[Anm.: Im vorliegenden Fall kam hinzu, dass der Bf. sich auf das Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) vom 29. April 1999 (NJW 1999, 3695 ff. - Chassagnou) berufen hatte. In diesem Urteil hatte der EGMR es für mit der Vereinigungsfreiheit aus Art. 11 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) für unvereinbar erklärt, dass jemand dazu gezwungen wird, einem Jagdverband beizutreten, wenn er die Jagd aus ethischen Gründen ablehnt. Dort ging es allerdings um einen privatrechtlichen Jagdverband nach französischem Recht (EGMR, NJW 1999, 3695, 3698). Dieser Unterschied genügte dem BVerfG, um seine st.Rspr. auch unter dem Eindruck der Entscheidung des EGMR zu halten: "Diese Auslegung begegnet auch unter Berücksichtigung des Urteils des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte keinen Bedenken. Der Gerichtshof hat darauf hingewiesen, dass der konventionsrechtliche Vereinigungsbegriff nicht nach Maßgabe des Rechts der Vertragsstaaten ausgelegt werden könne. Insofern sei nicht entscheidend, ob das jeweilige nationale Recht eine Vereinigung als öffentlich-rechtlich bezeichne; vielmehr komme es darauf an, ob sie in staatliche Strukturen eingebettet sei, etwa Verwaltungsrechte, Rechte zum Normerlass oder Disziplinarrechte genieße und die Verfahrensweisen der öffentlichen Gewalt benutze (EGMR, Urteil vom 29. April 1999, a.a.O., Rn. 100 bis 102). Das Bundesverwaltungsgericht hat demgegenüber im angefochtenen Urteil auf die öffentlich-rechtlichen Befugnisse der Jagdgenossenschaft nach deutschem Jagdrecht hingewiesen und gestützt hierauf in verfassungsrechtlich nicht zu beanstandender Weise eine Umgehung der Konventionsfreiheiten und die Anwendbarkeit des Art. 9 Abs. 1 GG folgerichtig verneint. Der Pflicht zur Berücksichtigung der Europäischen Menschenrechtskonvention und der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte einschließlich des von ihm gefundenen Abwägungsergebnisses (BVerfGE 111, 307 [317 ff.]) hat das Bundesverwaltungsgericht damit genügt."]

II. Zwischenergebnis

Art. 9 I GG ist daher auch nicht verletzt.

D. Art. 2 I GG

Schließlich könnte Art. 2 I GG verletzt sein. Dann

müsste ein nicht gerechtfertigter Eingriff in den Schutzbereich vorliegen.

I. Eingriff in den Schutzbereich

Art. 2 I GG schützt die allgemeine Handlungsfreiheit, zu der es in ihrer negativen Ausgestaltung auch gehört, etwas nicht zu tun oder nicht erdulden zu müssen. In diese Freiheit wird durch eine ungewollte Zwangsmitgliedschaft in einer Jagdgenossenschaft eingegriffen.

II. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Fraglich ist, ob der Eingriff von den Schranken des Grundrechts gedeckt ist.

1. Schranken

Art. 2 I GG unterliegt einer Schrankentrias aus den Rechten anderer, der verfassungsmäßigen Ordnung und dem Sittengesetz. Zur "verfassungsmäßigen Ordnung" gehört jeder Rechtssatz, mithin auch die Vorschriften des BJagdG.

2. Schranken-Schranken

Diese Vorschriften müssen aber wiederum ihrerseits verfassungsgemäß, insbesondere verhältnismäßig sein. Das BVerfG verweist im Rahmen des Art. 2 I GG hierzu im wesentlichen auf die obigen, ausführlichen Ausführungen zu Art. 14 I GG:

"Prüfungsmaßstab für den Schutz gegen die Inanspruchnahme als Mitglied einer Zwangskorporation ist nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts Art. 2 Abs. 1 GG. Zwangsverbände sind danach nur zulässig, wenn sie öffentlichen Aufgaben dienen und ihre Errichtung, gemessen an diesen Aufgaben, verhältnismäßig ist. Voraussetzung für die Errichtung eines öffentlich-rechtlichen Verbands mit Zwangsmitgliedschaft ist, dass der Verband legitime öffentliche Aufgaben erfüllt. Damit sind Aufgaben gemeint, an deren Erfüllung ein gesteigertes Interesse der Gemeinschaft besteht, die aber weder allein im Wege privater Initiative wirksam wahrgenommen werden können noch zu den im engeren Sinn staatlichen Aufgaben zählen, die der Staat selbst durch seine Behörden wahrnehmen muss (BVerfGE 10, 89 [102]; 15, 235 [239 ff.]; 38, 281 [297 ff.]). Es besteht, wie zum Eigentumsrecht und zur Gewissensfreiheit ausgeführt, das Bedürfnis für eine allgemeine, die Grundstücksgrenzen überschreitende Regelung des Jagdrechts, welche verschiedenen Gemeinwohlbelangen gerecht werden muss und nach vertretbarer Einschätzung des Gesetzgebers in privater Verantwortung nicht gleichwertig ersetzt werden könnte. Hieraus folgt auch die Zulässigkeit der kraft Gesetzes angeordneten Mitgliedschaft in der Jagdgenossenschaft."

E. Ergebnis

Der Bf. ist nicht in seinen Grundrechten aus Art. 14 I, 4 I, 9 I und 2 I GG verletzt.

Standort: Zivilrecht**Problem: Abtretung/Bürgschaft**

BGH, URTEIL VOM 27.02.2007

XI ZR 195/05 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Die Kl. begehrt von den Bekl. zu 1) und 2) die Rückzahlung eines gewährten Darlehens aus abgetretenem Recht. Ferner nimmt die Kl. den Bekl. zu 3) als Bürgen in Anspruch.

Die Bekl. zu 1) und 2) schlossen im Jahr 1996 einen Darlehensvertrag mit der Zedentin. Zur Abwicklung dieses Vertrages eröffneten die Bekl. sodann ein Kontokorrentkonto, welches im Jahr 1998 ein Soll in Höhe von 125.000 DM aufwies.

Der Bekl. zu 3) unterzeichnete am 14.10.1998 eine selbstschuldnerische Höchstbetragsbürgschaft über 150.000 DM zur Sicherung aller bestehenden, künftigen und auch bedingten Forderungen der Zedentin gegen die Bekl. zu 1) und 2), wobei der Bekl. zu 3) zu diesem Zeitpunkt seit einem Monat arbeitslos war. Abgeschlossen wurde der Bürgschaftsvertrag am Arbeitsplatz der Bekl. zu 2), welche die Tochter des Bürgen ist. Der Bürgschaftsvertrag enthielt weiterhin keine Widerrufserklärung. Zeitlich danach schlossen die Bekl. zu 1) und 2) mit der Zedentin einen Darlehensvertrag über 550.000 DM zur Ablösung eines Altdarlehens und zur Ablösung des obig geschilderten Kontokorrentkontos. Der abgeschlossene Darlehensvertrag entsprach den §§ 491 ff. BGB. Weiterhin wurde vereinbart, dass die Zedentin zur Abtretung der Darlehensforderung berechtigt sein und die vom Darlehensnehmer bestellten Sicherheiten auf den Zessionar übergehen sollen. Im Jahr 2001 kündigte die Zedentin wirksam den Darlehensvertrag. Eine Rückzahlung unterbleibt jedoch. Der Bekl. zu 3) widerruft nunmehr die Bürgschaftserklärung.

Im Jahre 2003 trat die Zedentin die gesicherte Forderung zur Refinanzierung an die Kl. ab. Die Kl. stellt sich nunmehr die Frage, ob sie einen Anspruch auf Rückzahlung der Darlehensraten gegen die Bekl. zu 1) und 2) hat. Sie möchte des weiteren wissen, ob ihr wahlweise ein Anspruch gegen den Bekl. zu 3) zusteht.

Prüfungsrelevanz:

Die an dieser Stelle besprochene Entscheidung beinhaltet zwei sehr klausurrelevante Problemfelder. Zum einen steht die Wirksamkeit der Abtretung der Darlehensforderung an die Kl., mithin die Aktivlegitimation der Kl., im Vordergrund. Problematisch ist insoweit die Frage des Vorliegens eines Abtretungsverbots. Hier werden seitens des erkennenden Senats schulbuchartig die vertraglichen und gesetzlichen Abtretungsverbote besprochen. Interessant sind die Ausführungen

zu der Frage eines Abtretungsverbot im Hinblick auf einen Verstoß gegen das Bankgeheimnis. Es könnte insoweit ein Verbot gem. § 399, 2. Fall BGB vorliegen. Hierbei ist zu beachten, dass das Kreditinstitut zur Verschwiegenheit über kundenbezogene Tatsachen und Wertungen verpflichtet ist. Allerdings berührt diese Verpflichtung als Ausfluss des rein schuldrechtlichen Darlehensvertrages die Wirksamkeit der Abtretung als solche nicht. An dieser Stelle gilt es in einer Klausur das Abstraktionsprinzip streng zu beachten. Also kann das Bankgeheimnis ein Abtretungsverbot nicht begründen. Weiterhin befasste sich der Senat mit der Fragestellung eines aus § 134 BGB resultierenden Abtretungsverbots. An dieser Stelle wird unter anderem die Frage aufgeworfen, ob § 28 I Bundesdatenschutzgesetz ein Verbotsgesetz in diesem Sinne ist. Es sei angemerkt, dass dieses Gesetz nicht Gegenstand der klassischen Examensvorbereitung ist. Insoweit werden in einer ähnlich gelagerten Klausur keine vertieften Kenntnisse dazu voraus gesetzt. Abgefragt würde demnach das Normenverständnis und die Dogmatik. Dies ist für die Prüfer deshalb interessant, da so das juristische Grundverständnis geprüft werden kann.

Der zweite Schwerpunkt der Erörterung ist die Frage der Wirksamkeit eines Bürgschaftsvertrages. Dies insbesondere vor dem Hintergrund eines wirksamen Widerrufs der Bürgschaftserklärung. Hier stellte sich die Frage des Bestehens eines Widerrufsrechts gem. §§ 312 I, 355 I BGB. Zu erörtern war, wann ein Vertragsabschluss am Arbeitsplatz erfolgt. Der Bekl. zu 3) befand sich zum fraglichen Zeitpunkt am Arbeitsplatz seiner Tochter, d.h. dem Arbeitsplatz eines Dritten. Dies reicht im Ergebnis weder in direkter Anwendung noch in analoger Anwendung des § 312 BGB zur Begründung eines Widerrufsrechts aus. Es fehlt an der klassischen Befangenheitssituation des Verbrauchers. Die hier zu prüfenden Normen des Verbraucherschutzes sind häufig Gegenstand von Examensklausuren. Insbesondere der Prüfungsaufbau bereitet den Kandidaten Schwierigkeiten.

Diese Entscheidung ist für Klausuren eine gut geeignete Vorlage und daher sehr lesenswert.

Vertiefungshinweise:

☐ Zur Bürgschaft: *Riehm*, Aktuelle Fälle zum Bürgschaftsrecht, JuS 2000, 138; *Coester-Waltjen*, Die Bürgschaft, Jura 2001, 742

☐ Zur Sittenwidrigkeit der Bürgschaft: *BGH DB* 2001, 1930 (Verwertungsmöglichkeit eines Eigenheims); *BGH NJW* 2002, 2228; *BGH NJW* 2002, 2940 (Bürgschaft naher Angehöriger); *BGH NJW* 2003, 512 (Überforderung des Bürgen trotz Immobilienbesitz)

☐ Zum Widerruf allein des Sicherungsgeschäfts bei

Haustürsituation: *BGH NJW 2006, 845; Kulke, Widerrufsrechte beim Sicherungsgeschäft, NJW 2006, 2223*

Kursprogramm:

- Examenskurs: "Drum prüfe wer für Papi bürgt"
- Examenskurs: "Endlich ins Internet"

Leitsätze:

1. Der wirksamen Abtretung von Darlehensforderungen eines Kreditinstituts stehen weder das Bankgeheimnis noch das Bundesdatenschutzgesetz entgegen.

2. Arbeitsplatz i.S. des § 1 I Nr. 1 HWiG a.F. (§ 312 I 1 Nr. 1 BGB) ist nur derjenige des Verbrauchers.

c) Zu den Voraussetzungen des § 5 I HWiG (§ 312f S. 2 BGB), wenn der Bürge seine Bürgschaftserklärung am Arbeitsplatz des persönlichen Schuldners abgibt.

Sachverhalt (abgewandelt):

Die Kl. begehrt aus abgetretenem Recht der Raiffeisenbank F. (im Folgenden: Zedentin) von den Bekl. zu 1) und 2) die Rückzahlung eines Darlehens; den Bekl. zu 3) nimmt sie als Bürgen in Anspruch.

Der Bekl. zu 1) schloss mit der Zedentin am 23.12.1996 einen Darlehensvertrag über 405.500 DM zur Zwischenfinanzierung des Kaufs einer Eigentumswohnung. Zur Abwicklung der Darlehensauszahlung eröffnete er zusammen mit seiner Ehefrau, der Bekl. zu 2), bei der Zedentin am 08.01.1997 außerdem ein Gemeinschaftskontokorrentkonto, das im Jahr 1998 ein Soll von ca. 125.000 DM aufwies.

Am 14.10.1998 unterzeichnete der Bekl. zu 3), der Vater der Bekl. zu 2), eine selbstschuldnerische Höchstbetragsbürgschaft über 150.000 DM zur Sicherung aller bestehenden, künftigen und bedingten Ansprüche der Zedentin gegen die Bekl. zu 1) und 2). Die Bürgschaftsurkunde enthielt keine Widerrufsbelehrung und bestimmte in Ziffer 9, dass jede Änderung oder Ergänzung des Bürgschaftsvertrages oder eine Vereinbarung über dessen Aufhebung, um Gültigkeit zu erlangen, der Schriftform bedürfe. Die Bürgschaftserklärung wurde bei einem unbestellten Besuch einer Mitarbeiterin der Zedentin in der Zahnarztpraxis der Bekl. zu 2) abgegeben. Zum Zeitpunkt des Abschlusses des Bürgschaftsvertrages war der Bürge seit einem Monat arbeitslos. Am 28.10.1998 schlossen die Bekl. zu 1) und 2) mit der Zedentin einen Darlehensvertrag über 550.000 DM, der obiges Altdarlehen und - zur Ablösung der Überziehung des Kontokorrentkontos - eine Kreditaufstockung von 126.000 DM umfasste. Die Bekl. zu 1) und 2) wurden dabei vollumfänglich über das bestehende Widerrufsrecht informiert. Auch entspricht der Darlehensvertrag den Anforderungen der §§ 491 ff. BGB. Der Darlehensvertrag enthielt ferner "Allgemeine Darlehensbedingungen", deren Ziffer 11

mit "Refinanzierung" überschrieben ist und folgenden Inhalt hat:

"Die Bank ist berechtigt, im Fall der Refinanzierung die Darlehensforderung abzutreten und die vom Darlehensnehmer bestellten Sicherheiten an die Refinanzierungsstelle zu übertragen."

Nachdem über das finanzierte Objekt im Jahr 2002 die Zwangsversteigerung angeordnet worden war, kündigte die Zedentin mit Schreiben vom 01.10.2002 wirksam den im Oktober 1998 geschlossenen Darlehensvertrag und verlangte unter Fristsetzung bis zum 30.11.2002 die Rückzahlung von 287.000 €, da sich in dieser Höhe die noch ausstehenden Darlehensraten beliefen.

Mit Vereinbarungen vom 25.09.2003 trat die Zedentin ihre Forderungen gegen die Bekl. zu 1) und 2) und die eingeräumten Sicherheiten, u.a. die von dem Bekl. zu 3) übernommene Bürgschaft, an die Kl. ab.

Kann die Kl. sich wahlweise bei den Bekl. zu 1) und 2) oder bei dem Bekl. zu 3) hinsichtlich des noch offenen stehenden Darlehensbetrages schadlos halten?

[Anmerkung: Lassen Sie die Problematik zum Vorliegen einer Höchstbetragsbürgschaft und ggf. zu deren Wirksamkeit hier außer Betracht (sog. Anlaßrechtsprechung).]

Lösung:

1. Teil: Anspruch der Kl. gegen die Bekl. zu 1) und 2)

Die Kl. könnte gegen die Bekl. zu 1) und zu 2) einen Anspruch auf Zahlung der ausstehenden Darlehensraten gem. §§ 398, 488 I 2 BGB haben. Dazu müsste ein wirksamer Forderungsübergang von der Zedentin auf die Kl. stattgefunden haben.

A. Abtretungsvertrag gem. § 398 BGB

Fraglich ist, ob die Zedentin mit dem Zessionar einen Abtretungsvertrag gem. § 398 BGB geschlossen hat. Dazu müssten sie sich über den Übergang der Forderung geeinigt haben. Vorliegend haben sich die Darlehensgeberin und die Kl. über den Übergang der Forderung in Höhe von 287.000 € geeinigt. Mithin liegt ein Abtretungsvertrag gem. § 398 BGB vor.

B. Wirksamkeit des Abtretungsvertrages

Fraglich ist, ob der Abtretungsvertrag wirksam ist. Zweifelhaft erscheint dies in Bezug auf einen möglichen Verstoß gegen ein vertragliches oder aber gesetzliches Abtretungsverbot sowie wegen des Verstoßes gegen ein Verbotsgesetz.

I. Bestehen eines Abtretungsverbotes

Der Abtretungsvertrag könnte wegen eines Verstoßes gegen ein Abtretungsverbot unwirksam sein.

1. Vertragliches Abtretungsverbot

In Betracht kommt zunächst eine Unwirksamkeit wegen des Verstoßes gegen ein vertragliches Abtretungsverbot gem. § 399, 2. Fall BGB. Dazu müsste eine Vereinbarung mit dem Schuldner über den Ausschluss der Abtretung vorliegen. Diese Vereinbarung kann grds. bei Begründung der Forderung, aber auch später getroffen werden. In Betracht kommt auch ein stillschweigender Ausschluss (Palandt-Heinrichs, § 399 Rn 8).

“Nach einhelliger Meinung in Rechtsprechung und Schrifttum setzt ein Abtretungsausschluss einen Vertrag voraus, in dem sich die Vertragsparteien zumindest stillschweigend über den Ausschluss der Abtretung geeinigt haben (vgl. BGH, WM 2002, 1845, 1846; MünchKommBGB/Roth, 4. Aufl. § 399 Rdn. 30; Palandt/Grüneberg, BGB 66. Aufl. § 399 Rdn. 8). Dies beruht darauf, dass nach § 398 BGB die Abtretbarkeit der Regelfall und deren Ausschluss die Ausnahme ist, die - wie auch der eindeutige Wortlaut des § 399, 2. Fall BGB besagt - von den Parteien erklärt worden sein muss und diesen nicht lediglich unterstellt werden darf.”

Ein ausdrücklicher Ausschluss ist dem Sachverhalt nicht zu entnehmen. Fraglich ist daher, ob vorliegend ein stillschweigender Abtretungsausschluss angenommen werden kann. Es müsste dazu ein übereinstimmender diesbezüglicher innerer Wille der Parteien anzunehmen sein. Die Erklärungen der Parteien sind insoweit gem. §§ 133, 157 BGB auszulegen.

Hier ist ein innerer Wille, der den Abtretungsausschluss rechtfertigt, nicht ersichtlich. Im Gegenteil, in Ziffer 11 der Allgemeinen Darlehensbedingungen ist die Berechtigung der Darlehensgeberin, die Forderung abzutreten, ausdrücklich vorgesehen. Weiterhin widerspricht der Abtretungsausschluss eindeutig den Interessen der Bank. “Diese ist an einer freien Abtretbarkeit der Kreditforderungen zum Zwecke der Refinanzierung oder der Risiko- und Eigenkapitalentlastung interessiert (vgl. OLG Köln WM 2005, 2385, 2386; LG Frankfurt/Main WM 2005, 1120, 1123; LG Koblenz WM 2005, 30, 32; Bruchner BKR 2004, 394, 396; Cahn WM 2004, 2041, 2048; Nobbe WM 2005, 1537, 1541; Schantz VuR 2006, 464, 465)”.

Folglich liegt ein vertraglicher Haftungsausschluss gem. § 399, 2. Fall BGB nicht vor.

2. Vertragliches Abtretungsverbot als Ausfluss aus dem Bankgeheimnis

Fraglich ist, ob sich das Verbot der Abtretung aus dem Bankgeheimnis, mithin aus dem besonderen Vertrauensverhältnis zwischen der Bank als Darlehensgeberin und dem Darlehensnehmer ergibt.

a. Inhalt des Bankgeheimnisses nach der Rechtsprechung des BGH

“Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs

besteht das Bankgeheimnis in der Pflicht des Kreditinstituts zur Verschwiegenheit über kundenbezogene Tatsachen und Wertungen, die ihm aufgrund, aus Anlass oder im Rahmen der Geschäftsverbindung zum Kunden bekannt geworden sind und die der Kunde geheim zu halten wünscht (vgl. BGHZ 27, 241, 246; Senatsurteil vom 24.01.2006 - XI ZR 384/03, WM 2006, 380, 384 m.w.Nachw., zur Veröffentlichung in BGHZ 166, 84 vorgesehen)”. Die Verpflichtung zur Wahrung des Bankgeheimnisses ist eine besondere Ausprägung der allgemeinen Pflicht der Bank, die Vermögensinteressen des Vertragspartners zu schützen und nicht zu beeinträchtigen (Senat, aaO, S. 385).

b. Auswirkungen auf die dingliche Rechtslage

Fraglich ist jedoch, welche Konsequenzen diese Verschwiegenheitspflicht auf die dingliche Rechtslage hat.

aa. Rein schuldrechtlicher Charakter

Aus der Verschwiegenheitspflicht der Bank, die einen rein schuldrechtlichen Charakter hat, folgt kein dinglich wirkendes Abtretungsverbot. Für die Vereinbarung eines solchen Verbotes hätte es einer obig bereits angeprüften Vereinbarung i.S.v. § 399, 2. Fall BGB zwischen den Parteien bedurft, welche nicht vorliegt.

bb. Verletzung der Verschwiegenheitspflicht durch Auskunftspflicht des Zedenten, § 402 BGB

Es könnte sich jedoch eine andere Betrachtung der Sachlage dadurch darstellen, dass der Zedent dem Zessionar auskunftspflichtig ist, § 402 BGB. Diese Auskunftspflicht bezieht sich auf sämtliche Umstände, die für die Forderung, die mit übergewöhnlichen Nebenrechten und deren Durchsetzbarkeit erheblich sind (Palandt-Heinrichs, § 402 Rn 1). Hieraus ergibt sich in der Tat ein Spannungsverhältnis zwischen der schuldrechtlichen Verschwiegenheitspflicht und der Auskunftspflicht. Allerdings betrifft dies nur die Verpflichtungsebene zwischen dem Zedenten und dem Zessionar. Ein derartiger Verstoß kann nur eine Schadensersatzpflicht gem. §§ 280 I, 241 II BGB auslösen. Die dingliche Rechtslage bleibt davon jedoch unberührt (Vgl. LG Koblenz WM 2005, 30, 32; Staudinger/Busch, BGB Neubearbeitung 2005 § 399 Rdn. 54; Nobbe WM 2005, 1537, 1541).

Weiterhin spricht gegen die Auffassung, dass durch jede Zession die Verschwiegenheitspflicht verletzt wird und die Zession dadurch unwirksam ist, dass der § 402 BGB zwar eine typisierende Norm ist, d.h. eine Norm, die den Inhalt des Kausalgeschäfts typisiert. Allerdings ist der § 402 BGB abdingbar oder kann beschränkt werden, d.h. die Norm ist nicht zwingend (Palandt-Heinrichs, § 402 BGB). Also kann aus der gesetzlich vorgesehenen Auskunftspflicht nicht in jedem Fall die Unwirksamkeit der Zession folgen.

Schließlich ist an die Fälle zu denken, in denen der Zedent auch nach der Abtretung zur Einziehung der

Forderung berechtigt bleibt, so dass es zu keinem Informationsfluss zwischen Zessionar und Zedent kommt und das Bankgeheimnis insoweit auch nicht gefährdet ist (Vgl. Bütter/Tonner ZBB 2005, 165, 170; Langenbucher BKR 2004, 333, 334; Stiller ZIP 2004, 2027, 2029).

Also ist auch eine Unwirksamkeit der dinglichen Einigung durch das bestehende Bankgeheimnis und der daraus resultierenden Verschwiegenheitspflicht zwischen Darlehensnehmer und -geber nicht anzunehmen.

3. Gesetzliches Abtretungsverbot gem. § 134 BGB i.V.m. § 203 I StGB

Es könnte sich weiterhin eine Unwirksamkeit des Abtretungsvertrages wegen des Verstoßes gegen ein gesetzliches Abtretungsverbot gem. § 134 BGB i.V.m. § 203 I StGB ergeben.

a. Vorliegen eines Verbotsgesetzes

Der § 203 I StGB müsste ein Verbotsgesetz im Sinne des § 134 BGB sein. Verbotsgesetze können sich aus Gesetzen im formellen Sinne, Rechtsverordnungen oder Gewohnheitsrecht ergeben (Palandt-Heinrichs, § 134 Rn 2). Dabei braucht das Verbot in dem Gesetz nicht ausdrücklich ausgesprochen zu werden. Das Verbot kann sich auch aus dem Zusammenhang des Gesetzes ergeben (BGH 51, 262).

Hier wird die unbefugte Offenbarung eines anvertrauten oder sonst bekannt gewordenen fremden Geheimnisses bestimmter Berufsgruppen unter Strafe gestellt. Mithin liegt ein Verbotsgesetz in diesem Sinne vor.

b. Verstoß gegen das Verbotsgesetz

Der Abtretungsvertrag müsste gegen § 203 I StGB verstoßen.

aa. Übertragbarkeit der Rechtsprechung bei Anwälten, Ärzten u.ä. Berufen auf die Bank

Nach der Rechtsprechung des BGH (vgl. BGHZ 115, 123, 124 ff. betr. Arzt/Zahnarzt; BGHZ 122, 115, 117 betr. Rechtsanwalt; BGH, Urteil vom 22.05.1996 - VIII ZR 194/95, WM 1996, 1815, 1816 betr. Steuerberater; ebenso OLG Dresden NJW 2004, 1464 betr. Verfahrenspfleger/ Sozialarbeiter) ist die Abtretung von Honorarforderungen von Ärzten, Rechtsanwälten, Steuerberatern und Vertretern ähnlicher Berufe unwirksam. "Nach diesen Entscheidungen folgt das Abtretungsverbot aus einem Verstoß gegen § 134 BGB i.V. mit § 203 I StGB. Dieses Verbotsgesetz stellt die unbefugte Offenbarung eines anvertrauten oder sonst bekannt gewordenen fremden Geheimnisses durch die in § 203 I Nr. 1 bis 6 StGB aufgeführten Berufsangehörigen unter Strafe."

Fraglich ist jedoch, ob diese Rechtsprechung übertragbar ist auf die Bankangestellten. Dem Wortlaut nach ist die Norm nicht anwendbar, da es sich nicht um eine der dort aufgezählten Berufsgruppen handelt. In Be-

tracht kommt also nur die analoge Anwendung der Norm. Der § 203 I StGB müsste überhaupt analogiefähig sein. Jedoch ist dazu Art. 103 II GG zu beachten. Demnach ist eine Tat nur dann strafbar, wenn dies durch Gesetz vorgesehen war, bereits bevor die Tat begangen wurde. "Für die Verletzung des Bankgeheimnisses durch Vorstandsmitglieder oder Angestellte eines privaten Kreditinstituts oder - wie hier - einer Genossenschaftsbank sieht das Strafgesetzbuch keine Sanktion vor. Eine analoge Anwendung des § 203 I StGB scheidet wegen Art. 103 II GG von vornherein aus." Also ist die Norm nicht analogiefähig. Mithin liegt kein Verstoß gegen das Verbotsgesetz vor.

bb. Verstoß gegen Gewohnheitsrecht (Bankgeheimnis) als gesetzliches Verbot

Fraglich ist, ob sich die Unwirksamkeit der dinglichen Einigung aus einem Verstoß gegen Gewohnheitsrecht ergeben könnte. Hier könnte das Bankgeheimnis als Bestandteil des Gewohnheitsrechts einzuordnen sein. Zu prüfen ist nun, welche Anforderungen an das Gewohnheitsrecht zu stellen sind, welches einem Verbotsgesetz gleichgestellt wird.

"Gewohnheitsrecht stellt nur dann ein gesetzliches Verbot i.S. des § 134 BGB dar, wenn es ein Rechtsgeschäft unmissverständlich verwirft, indem es sich - was allerdings atypisch wäre - gegen ein bestimmtes Rechtsgeschäft richtet (vgl. MünchKommBGB/Armbrüster, 5. Aufl. § 134 Rdn. 32)." Dies ist hier jedoch nicht der Fall. Es fehlt bereits an der für eine gewohnheitsrechtliche Ausprägung erforderlichen lang andauernden Übung, die durch die Rechtsüberzeugung der beteiligten Verkehrskreise getragen werden muss (vgl. hierzu nur BVerfGE 28, 21, 28; BGHZ 37, 219, 222), dass ein Verstoß gegen das Bankgeheimnis auch die Unwirksamkeit der Abtretung nach sich zieht. Mithin rechtfertigt ein Verstoß gegen das Gewohnheitsrecht keine Unwirksamkeit des Abtretungsvertrages gem. § 398 BGB.

4. Gesetzliches Abtretungsverbot gem. § 134 BGB i.V.m. § 28 I 1 Nr. 2 BDSG (Bundesdatenschutzgesetz)

Fraglich ist, ob sich ein Verstoß gegen das BDSG feststellen läßt. In Betracht kommt hier ein Verstoß gegen § 28 I 1 Nr. 2 BDSG.

Fraglich ist zunächst einmal, ob § 28 I 1 Nr. 2 BDSG, überhaupt ein Verbotsgesetz im Sinne des § 134 BGB ist. Die Anwendbarkeit des § 134 BGB neben den Normen des BDSG als Verbotsgesetz ist umstritten.

Einer in Rechtsprechung und Schrifttum überwiegend vertretenen Ansicht nach ist der § 134 BGB bei einer gegen die Vorgaben des BDSG verstoßenden Abtretung nicht anwendbar (vgl. OLG Celle WM 2004, 1384, 1385; Bütter/Aigner BB 2005, 119, 122; Bütter/Tonner ZBB 2005, 165, 170; Cahn WM 2004, 2041, 2051; Rinze/Heda WM 2004, 1557, 1563).

Eine andere Auffassung hält § 28 BDSG für ein Verbotsgesetz i.S.d. § 134 BGB, so dass im Falle eines Verstoßes gegen § 28 BDSG auch die Abtretung unwirksam sei (Küppers/Brause AG 1998, 413, 418; Kusserow/Dittrich WM 1997, 1786, 1791).

Vorzugswürdig erscheint die Ansicht, die die Anwendbarkeit des § 134 BGB insoweit verneint, als es dem § 28 I 1 Nr. 2 BDSG keinen Verbotsgesetzcharakter zuschreibt.

Zum einen würde die Herleitung eines gesetzlichen Abtretungsverbot aus dem BDSG zu schweren Wertungswidersprüchen führen. Nach § 3 I BDSG fallen in den Anwendungsbereich des Gesetzes nur die Daten natürlicher Personen, nicht aber die der juristischen Personen. Es ist jedoch kein Grund ersichtlich, warum an die Wirksamkeit der Abtretung von Darlehensforderungen natürlicher Personen andere Anforderungen zu stellen sind, als an die Abtretung von Forderungen gegen juristische Personen. Dieses Ergebnis erscheint nicht sachgerecht im Hinblick auf den Vertrauensschutz und Geheimnisschutz zwischen Kreditinstitut und Kunde (so auch Nobbe, WM 2005, 1537).

Des weiteren spricht gegen die Nichtigkeit der Abtretung infolge des Verstoßes gegen das Datenschutzgesetz, dass anderenfalls in weiten Bereichen die nach § 398 BGB vom Gesetzgeber gewollte grundsätzliche Abtretbarkeit von Geldforderungen ausgehebelt würde. Es wäre gem. § 28 I 1 Nr. 2 BDSG die Zulässigkeit der Übermittlung der zur Geltendmachung der Forderung notwendigen Informationen an den Zessionar von dem Ergebnis der Abwägung der berechtigten Interessen abhängig, die eine Entscheidung im Einzelfall bedingen. Dieses Ergebnis kann der Gesetzgeber nicht gewollt haben. Dies deshalb, da gem. § 354 a HGB und § 22 d IV KWG selbst ein vertragliches Abtretungsverbot nach § 399, 2. Fall BGB die Abtretbarkeit nicht hindern kann. Sinn und Zweck ist derjenige, der Forderung die Verkehrsfähigkeit nicht zu entziehen.

Also ist § 28 I 1 Nr. 2 BDSG kein Verbotsgesetz im Sinne des § 134 BGB. Mithin ist der Abtretungsvertrag wirksam.

C. Verfügungsberechtigung des Zedenten

Der Zedent müsste Verfügungsbefugter sein. Dazu müsste er Gläubiger der abzutretenden Forderung sein. Hier war die Darlehensgeberin unstreitig Gläubigerin der Forderung in Höhe von 287.000 €. Also bestehen keine Zweifel an der Verfügungsbefugnis.

Daher ist die Forderung wirksam auf die Kl. übergegangen. Mithin hat die Kl. einen Zahlungsanspruch gegen die Bekl. zu 1) und 2) gem. §§ 398, 488 I 2 BGB.

2. Teil: Anspruch der Kl. gegen den Bekl. zu 3)

Die Kl. könnte gegen den Bekl. zu 3) einen Anspruch auf Entrichtung der ausstehenden Darlehensraten gem.

§§ 765 I, 488 I 2, 398, 401 BGB haben. Dazu müsste ein wirksamer Bürgschaftsvertrag vorliegen und die zu sichernde Verbindlichkeit müsste bestehen.

A. Anspruch entstanden

Der Anspruch müsste entstanden sein.

I. Bestehen der zu sichernden Hauptverbindlichkeit, § 398, 488 I 2 BGB

Es müsste im Hinblick auf die Akzessorietät der Bürgschaft eine zu sichernde Hauptverbindlichkeit vorliegen. Vorliegend besteht unstreitig ein Zahlungsanspruch der Kl. gegen die Bekl. zu 1) und 2) gem. §§ 488 I 2, 398 BGB. Auf obige Ausführungen wird verwiesen.

II. Wirksame Bürgschaftsverpflichtung, §§ 765 I, 401 BGB

Es müsste zudem ein wirksamer Bürgschaftsvertrag gegeben sein, aus dem der Kl. gegen den Bekl. zu 3) vorgehen kann, §§ 765 I, 401 BGB.

I. Einigung

Es müsste eine Einigung über den Abschluss eines Bürgschaftsvertrages gem. § 765 BGB vorliegen. Abzugrenzen ist die Bürgschaft von dem Schuldbeitritt gem. §§ 311, 241 BGB (sog. Schuldmitübernahme) und dem selbständigen Garantievertrag gem. §§ 311, 241 BGB. Bei der Bürgschaft haftet der Bürge akzessorisch und grundsätzlich nachrangig zum Hauptschuldner. Der Beitretende haftet gleichrangig mit dem Hauptschuldner und nicht akzessorisch. Der Garantiegeber haftet verschuldensunabhängig für das Eintreten eines bestimmten Erfolges. Im Hinblick auf die weitreichende Haftung des Garantiegebers ist von einem selbständigen Garantievertrag gem. §§ 311, 241 BGB nur dann auszugehen, wenn eindeutige Angaben diesbezüglich dem Sachverhalt zu entnehmen sind. Dies ist hier nicht gegeben.

Fraglich ist, wie sich der Schuldbeitritt nunmehr von der Bürgschaft abgrenzen läßt. Grundsätzlich ist ein Indiz für das gewählte Sicherungsmittel der Wortlaut. Hier unterschrieb der Bekl. zu 3) eine Bürgschaftsurkunde. Weiterhin erklärte der Sicherungsgeber selbstschuldnerisch haften zu wollen. Dieser für das Bürgschaftswesen typische Verzicht auf die Einrede der Vorausklage gem. §§ 773 I Nr. 1, 771 S. 1 BGB spricht für eine Bürgschaft. Dem Wortlaut nach handelt es sich also um eine Bürgschaft. Weiterhin ist die Interessenlage zu beleuchten. Der Bürge handelt mit nachrangigem Haftungswillen und aus persönlichem oder altruistischem Interesse, während der Beitretende für eine eigene Verbindlichkeit gleichrangig haften will und aus sachlich wirtschaftlichem Interesse handelt. Hier ist der Bekl. zu 3) der Vater der Kl. zu 2). Der Sicherungsgeber verfolgt hier ein persönliches Interesse. Also stimmt die Interesselage mit dem

Wortlaut der Erklärung überein. Mithin liegt eine Einigung über einen Bürgschaftsvertrag vor.

2. Wirksamkeit der Einigung

Fraglich ist, ob die Einigung wirksam ist.

a. Bestimmtheit der Einigung

Die Einigung müsste dem Grundsatz der Bestimmtheit genügen. Dazu müsste die Bürgschaftserklärung die Person des Gläubigers und die des Hauptschuldners sowie die fremde Schuld für die gebürgt werden soll, in wenigstens bestimmbarer Weise bezeichnen (Palandt-Sprau, § 765 Rn 6). Der Inhalt der Hauptverbindlichkeit als solcher ist in der Bürgschaftserklärung hinreichend bestimmt dargelegt. Zweifelhaft ist jedoch, ob eine künftige Forderung überhaupt sicherungsfähig ist. Hier hat der Bekl. Die Sicherung bestehender, künftiger und bedingter Ansprüche erklärt. Schon aus dem Wortlaut des § 765 II BGB lässt sich die hinreichende Bestimmtheit insoweit darlegen. Also ist die Einigung hinreichend bestimmt.

b. Schriftform der Bürgschaftserklärung, § 125 S. 1 BGB

Die Bürgschaftserklärung ist gem. §§ 766 S. 1, 126 I BGB schriftlich abgegeben worden sein.

c. Verstoß gegen § 138 I BGB

Fraglich ist, ob der Bürgschaftsvertrag sittenwidrig und damit nichtig ist gem. § 138 I BGB. In Betracht kommen grundsätzlich der Mißbrauchstatbestand und der Verharmlosungstatbestand. Eine Verharmlosung des Haftungsrisikos seitens des Darlehensgebers ist nicht ersichtlich. Daher scheidet der Verharmlosungstatbestand aus. Hier könnte die Einigung hinsichtlich des Mißbrauchstatbestands gem. § 138 I BGB sittenwidrig sein. Dazu müsste ein offensichtliches Mißverhältnis zwischen Leistungsfähigkeit des Bürgen und der Höhe der zu sichernden Forderung vorliegen. Dies ist dann der Fall, wenn die Bürgschaft bei wirtschaftlicher Betrachtung unsinnig ist. Das ist dann gegeben, wenn der Bürge nicht einmal in der Lage ist, das Zinsaufkommen zu bedienen. Vorliegend ist der Bürge seit einem Monat arbeitslos. Dies könnte den Mißbrauchstatbestand rechtfertigen. Nach der nunmehr einheitlichen Rechtsprechung des IX. und XI. Zivilsenats des BGH spricht im Falle einer krassen finanziellen Überforderung des Bürgen bereits ohne Hinzutreten weiterer Umstände eine widerlegbare tatsächliche Vermutung dafür, dass sich der nahe Angehörige bei der Haftungsübernahme nicht von einer rationalen Einschätzung des wirtschaftlichen Risikos hat leiten lassen und das Kreditinstitut die emotionale Bindung zwischen Bürgen und Hauptschuldner in sittlich anstößiger Weise ausgenutzt hat (BGHZ 146, 37 = NJW 2002, 2228; BGH NJW 2002, 2940). Hier handelt der Bekl. zu 3) ohne wirtschaftliches Eigeninteresse. Er ist zudem seit

einem Monat arbeitslos. Dadurch erhält der Bekl. zu 3) Arbeitslosengeld. Auch liegen keine Anhaltspunkte dahingehend vor, dass der Bürge auch im Übrigen vermögenslos ist. Also kann die höchstrichterliche Vermutung für die Sittenwidrigkeit nicht bereits deshalb greifen, weil der Bürge seit einem Monat arbeitslos ist. Weitere Gesichtspunkte, die die Sittenwidrigkeit begründen könnten, sind nicht ersichtlich. Der Tatbestand des § 138 I BGB liegt nicht vor.

Also ist die Einigung zwischen der Zendentin und dem Bekl. zu 3) wirksam.

III. Übergang gem. § 401 BGB

Infolge der Abtretung der Darlehnsforderung ist auch die diese absichernde Bürgschaft auf die Kl. übergegangen.

C. Anspruch erloschen

Der Anspruch könnte erloschen sein. In Betracht kommt das Erlöschen durch einen wirksam ausgeübten Widerruf. Dazu müsste ein Widerrufsrecht des Bekl. zu 3) bestehen. In Betracht kommt ein Widerrufsrecht gem. § 312 I 1, Nr. 1 BGB. Die Subsidiarität gem. § 312 a BGB ist gewahrt.

I. Abhängigkeit des Widerrufsrechts von demjenigen der Hauptforderung

Fraglich ist, ob das Widerrufsrecht abhängig von einem etwaigen Widerrufsrecht bzgl. der zu sichernden Hauptforderung ist. Dem ist nach neuerer Rechtsprechung des BGH nicht so. "Wie der erkennende Senat - nach Erlass des angefochtenen Urteils - unter Aufgabe der früheren Rechtsprechung mit Urteil vom 10.01.2006 (BGHZ 165, 363, 366 ff.) entschieden hat, kommt es hierauf nicht an. Vielmehr besteht unter den Voraussetzungen des § 1 Abs. 1 HWiG bzw. des § 312 BGB ein eigenes Widerrufsrecht des Bürgen, weil ein Bürge, der in einer Haustürsituation einen gewerblichen Zwecken dienenden Kredit verbürgt, im Hinblick auf den Schutzzweck dieser Normen und zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen nicht schlechter stehen darf als derjenige, der in einer solchen Situation den Kreditvertrag als Mithaftender unterzeichnet (Senat aaO, S. 368 f.)."

II. Vertragsschluss am Arbeitsplatz

Daher müsste der Bürgschaftsvertrag am Arbeitsplatz des Bürgen geschlossen worden sein. Hier wurde der Bürge am Arbeitsplatz der Klä. zu 2) angesprochen. "Das Ansprechen am Arbeitsplatz eines Dritten, der zu demjenigen des Verbrauchers keine Verbindung aufweist, wird im Unterschied zur Privatwohnung eines Dritten vom Wortlaut der Nr. 1 ("seinem Arbeitsplatz") nicht erfasst (h.M.; vgl. nur MünchKommBGB/Ulmer, 4. Aufl. § 312 Rdn. 37). Eine erweiternde Auslegung dieses Merkmals kommt auch im Hinblick auf die Richtlinie 85/577/EWG des Rates

vom 20. 12.1985 betreffend den Verbraucherschutz im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen (ABl. Nr. L 372 S. 31) nicht in Betracht. Art. 1 Abs. 1 der Richtlinie beschränkt den Anwendungsbereich ebenfalls auf Verträge, die anlässlich eines Besuchs des Gewerbetreibenden beim Verbraucher "an seinem Arbeitsplatz" geschlossen werden, während es für Vertragsschlüsse in der Wohnung ausreichend ist, wenn diese mit dem Verbraucher "in seiner oder in der Wohnung eines anderen Verbrauchers" zustande kommen."

III. Vorliegen eines Umgehungstatbestandes

Fraglich ist, ob hier ein Umgehungstatbestand im Sinne von § 312 f II BGB vorliegt. "Dies würde voraussetzen, dass der Bürge durch die Vertragsanbahnung ebenso überrascht worden ist, wie wenn sie am eigenen Arbeitsplatz erfolgt wäre (MünchKommBGB/Ulmer, aaO § 312 Rdn. 37, 50). Es genügt - wie auch die Entstehungsgeschichte des § 1 Abs. 1 HWiG a.F. zeigt (vgl. BT-Drucks. 10/2876, S. 9, 10) - nicht allein die "Überrumpelung" des Verbrauchers. Der Verbraucher muss sich vielmehr in einer arbeitsplatztypischen "Befangenheitssituation" befinden (Ann, aaO § 312 Rdn. 14)." Nach diesen Grundsätzen liegt hier kein Umgehungstatbestand vor. Der Bekl. zu 3) wurde in die Praxisräume der Bekl. zu 2) gerufen, die in keinem Zusammenhang mit seiner beruflichen Sphäre standen. Er hätte sich anders als bei einer Ansprache an seinem

Arbeitsplatz dem Gespräch mit der Angestellten der Zedentin und deren Einwirkung jederzeit durch Rückkehr in seine in derselben Stadt befindliche Wohnung entziehen können. Die Überrumpelungssituation, in der sich der Bekl. zu 3) nach seinem Vorbringen befunden hat, beruhte nicht auf der in § 1 Abs. 1 Nr. 1 HWiG a.F. vorausgesetzten arbeitsplatztypischen "Befangenheitssituation", sondern auf der Anwesenheit seiner Tochter, der Beklagten zu 2), und dem Wunsch oder Drängen, ihr zu helfen. Dies entspricht jedoch nicht der Schutzrichtung des § 312 I 1 BGB. Folglich liegt ein Umgehungstatbestand nicht vor.

Ein Widerrufsrecht besteht nicht. Mithin kommt es auf die wirksame Ausübung desselben nicht mehr an. Daher ist der Anspruch nicht erloschen.

D. Anspruch durchsetzbar

Der Anspruch müsste durchsetzbar sein. Fraglich ist, ob die Kl. zunächst ihre Befriedigung bei den Bekl. zu 1) und zu 2) versuchen müsste. Der Bekl. zu 3) hat insoweit die Einrede der Vorausklage gem. § 771 BG erhoben, die er gem. § 404 grundsätzlich auch dem Zessionar gegenüber ausüben kann. Allerdings hat der Bekl. zu 3) sich selbstschuldnerisch verbürgt. Mithin kann sich der Bürge auf die Einrede der Vorausklage nicht berufen, §§ 773 I Nr.1, 771 S. 1 BGB. Daher kann die Kl. den Bekl. zu 3) aus der Bürgschaft in Anspruch nehmen.

Standort: § 250 I Nr. 1b StGB

Problem: Scheinwaffen

BGH, URTEIL VOM 18.01.2007
4 STR 394/06 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Der Angeklagte hatte eine Spielhalle überfallen und die dort anwesenden Personen bedroht, indem er ihnen einen Metallgegenstand in den Nacken drückte, den die Opfer für eine Schusswaffe hielten. Da sich nicht klären ließ, um was für einen Gegenstand es sich tatsächlich handelte, war zu Gunsten des Angeklagten davon auszugehen, dass es sich nur um ein - ungefährliches - kurzes Metallrohr oder ein ähnliches Objekt handelte. Das LG Essen hatte den Gegenstand als "sonstiges Werkzeug oder Mittel" i.S.v. § 250 I Nr. 1b StGB angesehen und des Angeklagten deshalb wegen schweren Raubes, §§ 249 I, 250 I Nr. 1b StGB, verurteilt. Der BGH stellte klar, dass ein solches kurzes Metallrohr nicht unter § 250 I Nr. 1b StGB falle.

Prüfungsrelevanz:

Die Tatbestände der §§ 249 ff. StGB gehören zu denjenigen Delikten, die in beiden Examen besonders häufig geprüft werden. Neben dem klassischen Problem der Abgrenzung von Raub, § 249 I StGB, und

räuberischer Erpressung, §§ 253 I, 255 StGB, werden hier oft Probleme aus den Qualifikationstatbeständen der §§ 250, 251 StGB geprüft, die neben § 249 I StGB auch für die §§ 252, 255 StGB gelten.

Darum geht es auch im vorliegenden Fall. Durch das 6. StrRG 1998 hat der Gesetzgeber den Tatbestand des § 250 StGB wesentlich geändert. § 250 I Nr. 2 StGB a.F. setzte voraus, dass der Täter eine Waffe oder sonst ein Werkzeug oder Mittel bei sich führte, um den Widerstand eines anderen durch Gewalt oder Drohung mit Gewalt zu verhindern oder zu überwinden. Im Rahmen dieses Tatbestandes war hoch streitig, ob auch Scheinwaffen "Waffen" im Sinne dieser Vorschrift darstellten, was der BGH gegen die herrschende Literatur annahm (BGH, NStZ 1985, 408; Otto, JURA 1989, 203). Allerdings machte der BGH die Einschränkung, dass sich die scheinbare Gefährlichkeit der Scheinwaffe nicht allein aus einer Täuschung des Täters ergeben dürfe, sondern der Gegenstand selbst "gefährlich" aussehen müsse (BGHSt 38, 116; BGH NStZ 1997, 184).

Nach dem 6. StrRG ist klar, dass § 250 I Nr. 1a StGB zwar ein gefährliches Werkzeug voraussetzt, sodass Scheinwaffen nicht unter diesen Qualifikationstatbe-

stand fallen. Dafür werden sie aber eindeutig von § 250 I Nr. 1b StGB erfasst, der gerade die "sonstigen" Werkzeuge, also diejenigen, die nicht wegen ihrer objektiven Gefährlichkeit bereits unter § 250 I Nr. 1a StGB fallen, erfasst. In der vorliegenden Entscheidung überträgt der BGH jedoch die Einschränkung des Tatbestandes des § 250 I Nr. 2 StGB a.F. für Scheinwaffen auf den neuen § 250 I Nr. 1b StGB.

Außerdem bietet der vorliegende Fall Anlass zu Ausführungen zum Verhältnis von § 249 I StGB und §§ 253 I, 255 StGB sowie zur teleologischen Reduktion von §§ 239a und b StGB in Zwei-Personen-Verhältnissen, alles Probleme, die bei Fällen aus dem Bereich Raub/räuberische Erpressung eigentlich immer zu diskutieren sind.

Vertiefungshinweise:

Zum "sonstigen Werkzeug" i.S.v. § 250 I Nr. 1b StGB: BGHSt 44, 103; BGH, NStZ 1998, 38; Geppert, JURA 1999, 604; Klescewski, GA 2000, 357

Zum Beisichführen des Werkzeugs zwischen Vollendung und Beendigung bei §§ 244 I Nr. 1, 250 I Nr. 1 StGB: BGHSt 31, 105; BGH, NStZ-RR 2005, 268; Haft, JuS 1988, 367; Kühl, JuS 1988, 192

Kursprogramm:

Examenskurs: "Der Bankräuber"

Leitsätze (der Redaktion):

1. § 250 I Nr. 1b StGB erfasst auch sog. Scheinwaffen, wenn sie aus der Sicht des Täters ohne weiteres geeignet sind, bei dem Opfer den Eindruck hervorzurufen, der Gegenstand könne zur Gewaltanwendung verwendet werden und deshalb gefährlich sein. Jedenfalls dann, wenn der Gegenstand schon nach seinem äußeren Erscheinungsbild offensichtlich ungefährlich ist, kommt eine Anwendung des § 250 I Nr. 1b StGB nicht in Betracht.

2. Für einen schweren Raub gem. § 250 I Nr. 1b StGB ist es unschädlich, wenn der Täter das Werkzeug nach der eigentlichen Wegnahmehandlung, aber noch vor Beendigung des Raubes, bei sich führt, um den Widerstand einer anderen Person durch Gewalt zu verhindern oder zu überwinden.

Sachverhalt (vereinfacht):

A drang in eine Spielhalle mit Internetcafé ein, um sich dort - unter anderem unter Einsatz von Gewalt gegen die in den Räumen anwesenden Personen - stehle wertvolle Gegenstände zu verschaffen. Den die Aufsicht in der Spielhalle führenden K schlug A zunächst und stieß ihn zu Boden. Dort fixierte A ihn und zog ihm sein T-Shirt so vor das Gesicht, dass er nichts mehr sehen konnte. Sodann hielt A dem K einen metallischen Gegenstand an den Kopf und drohte, er wer-

de "ihm das Licht ausknipsen". K hatte den Eindruck, er werde mit einer (Schuss-)Waffe bedroht, so dass er aus Angst keinen Widerstand leistete. Im Anschluss brach A die Kasse des Internetcafés auf, aus der er 900 € entnahm, die er in seine Tasche steckte. Vor Verlassen des Tatortes fesselte A den K an den Beinen und Unterarmen mit Paketklebeband von ca. 4 bis 5 cm Breite, das er zuvor in einem Regal des Internetcafés vorgefunden hatte. Hat A sich wegen der Begehung eines Verbrechens strafbar gemacht?

[Bearbeitervermerk: § 252 StGB ist nicht zu prüfen. Es ist davon auszugehen, dass es sich bei dem metallischen Gegenstand um ein dünnes Metallrohr handelte, das bei objektiver Betrachtung nach seinem äußeren Erscheinungsbild offensichtlich ungefährlich war.]

Lösung:

A. Strafbarkeit des A gem. §§ 249 I, 250 I Nr. 1 StGB

A könnte sich dadurch, dass er K schlug, ihm einen Metallgegenstand in den Nacken drückte und drohte, ihm "das Licht auszuknipsen", dann die Kasse aufbrach, aus dieser 900,- € mitnahm und schließlich den K mit Klebeband fesselte, wegen schweren Raubes gem. §§ 249 I, 250 I Nr. 1 StGB strafbar gemacht haben.

I. Tatbestand

1. Grunddelikt: § 249 I StGB

A müsste zunächst den Tatbestand des Grunddelikts, § 249 I StGB, verwirklicht haben.

a. Raubmittel

A müsste ein Raubmittel, also Gewalt gegen eine Person oder Drohungen mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben, angewandt haben.

Die Schläge, die A dem K versetzt hat, stellen die Anwendung von Gewalt gegen eine Person dar. Auch das Fesseln mit dem Klebeband ist als willensausschließendes Verhalten (vis absoluta) Gewalt gegen eine Person i.S.v. § 249 I StGB (Joecks, § 249 Rn 17; Schönke/Schröder-Eser, § 249 Rn 4).

Außerdem hat A dem K damit gedroht, "ihm das Licht auszuknipsen", ihn also zu töten. A hat also auch mit einer gegenwärtigen Gefahr für das Leben gedroht. Ein Einsatz von Raubmitteln durch A ist somit gegeben.

b. Fremde bewegliche Sache

Bei den von A erbeuteten Geldscheinen und Münzen handelt es sich um bewegliche Sachen. Diese müssten für A 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, § 249 Rn 2, § 242

Rn 12). Das Geld stand im Eigentum des K bzw. des Betreibers der Spielhalle und war somit für A fremd.

c. Wegnahme

A müsste die Scheine und Münzen 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). A könnte das Geld weggenommen haben, indem es aus der Kasse entnahm und damit floh.

Dann müsste zunächst fremder Gewahrsam bestanden haben. Gewahrsam ist die von einem natürlichen Herrschaftswillen getragene tatsächlich Sachherrschaft, wobei sich das Vorliegen dieser Elemente nach der Verkehrsanschauung bestimmt (BGHSt 22, 182; Tröndle/Fischer, § 242 Rn 11). Solange sich das Geld in der Kasse befand konnte K, bei dem davon auszugehen ist, dass er einen entsprechenden Schlüssel besaß, jederzeit darauf zugreifen. Somit besaß K - zumindest nach der Verkehrsanschauung - die tatsächliche Sachherrschaft. Er hatte auch einen entsprechenden Herrschaftswillen. Es bestand also ursprünglich an dem Geld Gewahrsam des K, also aus Sicht des A fremder Gewahrsam.

A müsste neuen Gewahrsam begründet haben. Der Täter hat dann neuen Gewahrsam 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). Durch das Einstecken des Geldes hat A eine eigene Sachherrschaft erlangt. Es war auch für K nach dem Einstecken nicht ohne Weiteres möglich, auf das Geld zuzugreifen, sodass A neuen Gewahrsam begründet hat.

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 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 räu-

berischer Erpressung und dem für eine Erpressung erforderlichen Opferverhalten zusammen.

aa. 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 sei deshalb nach dem äußeren Erscheinungsbild vorzunehmen.

Vom äußeren Erscheinungsbild her stellt das Verhalten des A eindeutig ein Nehmen dar, sodass nach dieser Auffassung eine Wegnahme gegeben ist.

bb. 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 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.

(1) 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 ist also eine Wegnahme gegeben.

(2) 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 K mit einem Gegenstand bedroht, den er für eine Schusswaffe hielt. In diesem Fall hätte er keine andere Wahl gehabt als sich den

Tätern unterzuordnen, da er anderenfalls sofort erschossen worden wäre. Auch nach dieser Meinung ist eine Wegnahme gegeben.

(3) 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.

cc. Zwischenergebnis

Nach allen Meinungen ist eine Wegnahme gegeben. A hat also das Geld weggenommen

d. Vorsatz

A handelte in Kenntnis der objektiven Tatbestände und mit dem Willen zu deren Verwirklichung, mithin vorsätzlich.

e. Finalzusammenhang

Der Tatbestand des § 249 I StGB 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).

Sowohl die Schläge als auch die Bedrohung des K dienten dem Zweck, sich den K "gefügig" zu machen, damit dieser sich nicht gegen die Wegnahme des Geldes durch A wehrte. Der Finalzusammenhang ist somit gegeben.

f. Absicht rechtswidriger Zueignung

A müsste auch in der Absicht gehandelt haben, sich das Geld rechtswidrig zuzueignen.

aa. Zueignungsabsicht

A müsste zunächst Zueignungsabsicht gehabt haben. - Zueignungsabsicht setzt sich aus zwei Elementen zusammen, der Aneignungsabsicht und dem Enteignungswillen (Tröndle/Fischer, § 249 Rn 19; § 242 Rn 33a).

Aneignungsabsicht ist die Absicht, 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). Enteignungswille ist der Wille, den Berechtigten auf Dauer aus seiner Eigentümerposition zu verdrängen, ihm

also die Sache auf Dauer zu entziehen (Joecks, Vor § 242 Rn 22; Schönke/Schröder-Eser, § 242 Rn 47).

A hatte die Absicht, das Geld selbst zu verbrauchen, also zumindest den Wert des Geldes seinem Vermögen einzuverleiben unter dauerhaftem Ausschluss des Berechtigten. A hat mit Zueignungsabsicht gehandelt.

bb. Rechtswidrigkeit der beabsichtigten Zueignung

Die beabsichtigte Zueignung müsste auch rechtswidrig sein. Dies ist dann der Fall, wenn der Täter keinen fälligen durchsetzbaren Anspruch auf die Zueignung der Sache und auch kein Aneignungsrecht hat (Schönke/Schröder-Eser, § 249 Rn 8; § 242 Rn 59). Ein Anspruch des A auf die Zueignung des Geldes oder ein Aneignungsrecht hieran sind nicht ersichtlich.

cc. Vorsatz bzgl. Rechtswidrigkeit der beabsichtigten Zueignung

Da es sich bei der Rechtswidrigkeit der beabsichtigten Zueignung um ein objektives Tatbestandsmerkmal handelt, ist insofern auch Vorsatz erforderlich (Schönke/Schröder-Eser, § 249 Rn 8, § 242 Rn 65). A wusste, dass er keinen Anspruch auf die Zueignung des Geldes hatte, sodass er insofern vorsätzlich handelte. A hat somit den Tatbestand des § 249 I StGB verwirklicht.

2. Qualifikation: § 250 I Nr. 1 StGB

A könnte auch den Tatbestand der Qualifikation gem. § 250 I Nr. 1 StGB verwirklicht haben.

a. § 250 I Nr. 1a StGB

A könnte den Tatbestand des § 250 I Nr. 1a StGB verwirklicht haben. Dann müsste er eine Waffe oder ein anderes gefährliches Werkzeug bei sich geführt haben. A hatte ein dünnes Metallrohr dabei, um damit den Eindruck zu erwecken, er sei im Besitz einer Schusswaffe. Da dieses Metallrohr allerdings offensichtlich ungefährlich war, stellt es kein "gefährliches Werkzeug" i.S.v. § 250 I Nr. 1a StGB dar.

Der Qualifikationstatbestand des § 250 I Nr. 1a StGB ist somit nicht gegeben.

b. § 250 I Nr. 1b StGB

Die Tat könnte jedoch gem. § 250 I Nr. 1b StGB qualifiziert sein.

Dann müsste A sonst ein Werkzeug oder Mittel bei sich geführt haben, um den Widerstand einer anderen Person durch Gewalt oder Drohung mit Gewalt zu verhindern oder zu überwinden.

aa. Bzgl. des Metallrohrs

Das Metallrohr stellt keine Waffe oder ein anderes gefährliches Werkzeug i.S.v. § 250 I Nr. 1a StGB dar (s.o.), kommt also als "sonstiges" Werkzeug i.S.v. § 250 I Nr. 1b StGB in Betracht.

Der BGH führt hierzu allerdings aus: "Der Qualifika-

tionstatbestand des § 250 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. b StGB setzt nach der Neuregelung durch das 6. Strafrechtsreformgesetz im Jahre 1998 voraus, dass der Täter oder ein anderer Beteiligter am Raub 'sonst ein Werkzeug oder Mittel' bei sich führt, um den Widerstand einer anderen Person durch Gewalt oder Drohung mit Gewalt zu verhindern oder zu überwinden. Sowohl aus dem klaren Wortlaut der Vorschrift als auch aus dem systematischen Zusammenhang zu der unmittelbar vorausgehenden Regelung in der Nr. 1 Buchst. a der Bestimmung, in der - ohne das Erfordernis einer Verwendungsabsicht - das Mitführen einer Waffe oder eines anderen gefährlichen Werkzeugs als Qualifikationsmerkmal dient, folgt, dass von § 250 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. b StGB grundsätzlich alle Gegenstände erfasst werden, die als Mittel zur Überwindung des Widerstands des Tatopfers mittels Gewalt oder Drohung geeignet sind, also auch so genannte Scheinwaffen, das heißt Gegenstände, die objektiv ungefährlich sind und deren Verletzungstauglichkeit lediglich vorgetäuscht wird (h.M., vgl. nur Tröndle/Fischer, StGB 54. Aufl. § 250 Rdn. 10 und § 244 Rdn. 11 mit zahlr. Nachw.; in diesem Sinne auch die Gesetzesmaterialien, vgl. Bericht des Rechtsausschusses BTDrucks. 13/9064 S. 18). Soweit im Schrifttum zur Rechtslage vor dem Inkrafttreten des 6. Strafrechtsreformgesetzes zur Vorgängervorschrift des § 250 Abs. 1 Nr. 2 StGB a.F. überwiegend eine Gegenauffassung vertreten worden ist (vgl. die Nachweise bei Günther in SKStGB § 250 Rdn. 19 und 23), wird diese daher weitgehend nicht mehr aufrechterhalten (vgl. hierzu Günther aaO Rdn. 20 und 24; Eser in Schönke/Schröder, StGB 27. Aufl. § 250 Rdn. 15 und § 244 Rdn. 12 ff).

Allerdings findet sich in den Gesetzesmaterialien zur Neuregelung des § 250 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. b StGB durch das 6. Strafrechtsreformgesetz der Hinweis, es werde davon ausgegangen, dass die einschränkende neuere Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGHSt 38, 116, 117 bis 119 ['Plastikrohr'] und BGH NStZ 1997, 184 ['Labello']) 'auch bei der Auslegung von § 250 Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe b Beachtung finden wird' (BTDrucks. aaO). In der zuerst genannten Entscheidung BGHSt 38, 116 hat der Bundesgerichtshof zunächst seine bereits zu § 250 Abs. 1 Nr. 2 StGB a.F. bestehende Rechtsprechung, nach der auch Scheinwaffen von dieser Bestimmung erfasst wurden, nochmals bestätigt. Namentlich vor dem Hintergrund der damaligen hohen Mindeststrafe des § 250 Abs. 1 StGB a.F. von fünf Jahren Freiheitsstrafe hat er jedoch im Anschluss die Einschränkung vorgenommen, dass nur solche Gegenstände erfasst werden, die unter den konkreten Umständen ihrer geplanten Anwendung aus der Sicht des Täters ohne weiteres geeignet sind, bei dem Opfer den Eindruck hervorzurufen, der Gegenstand könne zur Gewaltanwendung verwendet werden und deshalb gefährlich sein. Er hat dies bei einem kurzen gebogenen Plastikrohr von ca. 3 cm Durchmesser ver-

neint, das der Täter dergestalt unter der Jacke trug, dass diese ausbeulte und so der von ihm gewollte Eindruck entstand, es handle sich um eine Schusswaffe. Das Plastikrohr habe einer Waffe nicht ähnlich gesehen. Erst der zusätzliche Hinweis 'bin bewaffnet' habe dem Tatopfer den Eindruck vermittelt, dass ihm von einer Waffe Gefahr drohe. Dessen Einschüchterung sei daher maßgeblich durch Täuschung und nicht durch das mitgeführte Werkzeug oder Mittel bewirkt worden. In der weiteren angeführten Entscheidung hatte der erkennende Senat darüber zu befinden, ob ein Lippenpflegestift ('Labello'), den der Täter dem Opfer mit einem der Enden gegen den Rücken gedrückt hatte und den dieses für die Spitze eines Messers, einer Schere oder eines sonstigen gefährlichen Gegenstandes hielt, ein taugliches Tatmittel im Sinne des § 250 Abs. 1 Nr. 2 StGB a.F. darstellt. Er hat dies im Anschluss an die tragenden Gründe der Entscheidung BGHSt 38, 116 verneint und in Fortführung der dort entwickelten Grundsätze ausgesprochen, dass jedenfalls dann, wenn der Gegenstand schon nach seinem äußeren Erscheinungsbild offensichtlich ungefährlich ist und deshalb nicht geeignet ist, mit ihm - etwa durch Schlagen, Stoßen, Stechen oder ihn ähnlicher Weise - auf den Körper eines anderen in erheblicher Weise einzuwirken, eine Anwendung des § 250 Abs. 1 Nr. 2 StGB a.F. nicht in Betracht kommt. Bediene sich der Täter eines solchen Gegenstandes bei der Tat zur ausdrücklichen oder konkludenten Drohung, so stehe die Täuschung so sehr im Vordergrund seiner Anwendung, dass die Qualifizierung als Werkzeug oder Mittel im Sinne dieser Bestimmung verfehlt wäre. Diese Grundsätze hat der Senat in der Folge in weiteren Entscheidungen zur Anwendung gebracht (vgl. Senatsbeschlüsse, NStZ-RR 1996, 356 ['Holzstück'], NStZ-RR 1997, 129, 130 [Bombenattrappe] und NStZ 1998, 38 [Schrotpatrone]).

Der Senat folgt - ungeachtet der Frage einer Bindung - dem 'Auslegungshinweis' in den Gesetzesmaterialien (so bereits Senat, NStZ 1999, 188). Er verkennt nicht, dass die genannte Einschränkung mit der Systematik des § 250 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. a und Nr. 1 Buchst. b StGB schwer vereinbar ist, da sie nicht - wie es der Wortlaut des § 250 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. b StGB nahe legt - ausschließlich auf die vom Täter vorgestellte, beim Opfer herbeizuführende Zwangswirkung abstellt. Andererseits erscheint eine restriktive Auslegung von § 250 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. b StGB auch angesichts der gegenüber dem alten Rechtszustand abgesenkten Mindeststrafe von drei Jahren Freiheitsstrafe - im Vergleich zu dem Strafrahmen des Grundtatbestandes in § 249 StGB (ein Jahr bis fünfzehn Jahre Freiheitsstrafe) - nach wie vor sachgerecht, wenn die Zwangswirkung beim Opfer zwar mittels eines Gegenstandes, maßgeblich jedoch durch Täuschung hervorgerufen werden soll. In welchem Verhältnis diese beiden Elemente wirksam werden, kann im Einzelfall schwierig zu be-

urteilen sein.

Grenzfälle sind unvermeidbar, so dass sich allgemeine Abgrenzungsmaßstäbe, die allen denkbaren Fallgestaltungen voll gerecht werden, kaum finden lassen. Jedenfalls wird aber regelmäßig davon auszugehen sein, dass bei Verwendung eines objektiv ersichtlich ungefährlichen Gegenstandes, den das Opfer nicht oder nur unzureichend sinnlich wahrnehmen kann (und soll), das Täuschungselement im Vordergrund steht. Entsprechend dem gesetzgeberischen Willen erscheint es daher weiterhin gerechtfertigt, solche Gegenstände, die bereits nach ihrem äußeren Erscheinungsbild offensichtlich ungefährlich sind, vom Anwendungsbereich des Qualifikationstatbestandes des § 250 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. b StGB auszunehmen (im Ergebnis ebenso Eser aaO § 244 Rdn. 13; Kudlich JR 1998, 357, 359). Die teilweise im Schrifttum hiergegen angeführten Abgrenzungsschwierigkeiten (vgl. hierzu die Darstellung bei Tröndle/Fischer aaO § 250 Rdn. 11) rechtfertigen keine andere Sichtweise. Es ist nicht ersichtlich, dass die Beurteilung des äußeren Erscheinungsbildes eines Gegenstandes, die hier aus der Sicht eines objektiven Betrachters und nicht etwa aus der des Tatopfers zu erfolgen hat (zutreffend Sander aaO § 250 Rdn. 44 a.E., vgl. auch Senat, StV 1990, 546, 547), die Tatrichter vor größeren Schwierigkeiten stellen wird.

Nach Maßgabe der vom Senat in der Entscheidung NStZ 1997, 184 ('Labello') und den oben genannten Nachfolgeentscheidungen aufgestellten Grundsätzen stellt der vom Angeklagten und seinen Mittätern mitgeführte Metallgegenstand kein taugliches Werkzeug oder Mittel im Sinne des § 250 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. b StGB dar. Nachdem das Landgericht zu dessen näheren Beschaffenheit keine Feststellungen treffen konnte, ist zu Gunsten des Angeklagten davon auszugehen, dass es sich um einen Gegenstand, etwa um ein dünnes Metallrohr oder einen Metallstift, handelte, der bei objektiver Betrachtung nach seinem äußeren Erscheinungsbild offensichtlich ungefährlich war. Soweit in der Entscheidung BGHSt 38, 116 zum Ausdruck gebracht worden ist, dass das Setzen eines metallischen Gegenstandes in das Genick des Tatopfers, durch das der Eindruck einer Schusswaffe erweckt werden soll, geeignet sein kann, den Qualifikationstatbestand des § 250 Abs. 1 Nr. 2 StGB a.F. zu erfüllen, handelte es sich ersichtlich um eine nicht tragende Erwägung, der eine Bindungswirkung nicht zukam."

Das Metallrohr stellt also kein sonstiges Werkzeug oder Mittel i.S.v. § 250 I Nr. 1b StGB dar.

bb. Bzgl. des Paketklebebandes

Allerdings könnte A den Tatbestand des § 250 I Nr. 1b StGB dadurch verwirklicht haben, dass er den K mit dem Paketklebeband fesselte.

(1) Sonst ein Werkzeug oder Mittel

Bei dem Paketklebeband müsste es sich um ein sons-

tiges Werkzeug oder Mittel handeln.

Da eine Rolle Paketklebeband grds. nicht geeignet ist, erhebliche Verletzungen zuzufügen, handelt es sich nicht um ein gefährliches Werkzeug i.S.v. § 250 I Nr. 1a StGB, sondern um ein sonstiges Werkzeug i.S.v. § 250 I Nr. 1b StGB.

(2) Beisichführen

A müsste dieses Werkzeug bei sich geführt haben.

Ein Beisichführen ist dann gegeben, wenn sich das Werkzeug in Griffweite des Täters befindet oder er sich seiner jederzeit ohne nennenswerten Zeitaufwand bedienen kann (BGHSt 31, 105; BGH, NStZ 2004, 111; Tröndle/Fischer, § 250 Rn 3, § 244 Rn 12). Dadurch, dass A das Paketklebeband aus dem Regal nahm, hat er es bei sich geführt. Allerdings ist zu beachten, dass A in diesem Zeitpunkt sämtliche Tatbestandsmerkmale des Raubes bereits verwirklicht hatte, d.h. der Raub war bereits vollendet. Allerdings war der Raub noch nicht beendet, da dies - ebenso wie beim Diebstahl - eine Sicherung des erlangten Gewahrsams voraussetzt (BGH, NJW 1987, 2687; Tröndle/Fischer, § 249 Rn 16) und der A keinen gesicherten Gewahrsam hatte, solange er sich noch in der Spielhalle aufhielt. Ob es für § 250 I Nr. 1 StGB ausreicht, wenn der Täter das Werkzeug - wie im vorliegenden Fall - nur zwischen Vollendung und Beendigung der Tat bei sich führt, ist streitig.

(a) 1. Meinung

Nach einer Auffassung sind die Tatbestände der §§ 244 I Nr. 1, 250 I Nr. 1 StGB dann nicht gegeben, wenn der Täter das Werkzeug nur zwischen Vollendung und Beendigung der Tat bei sich führt (Lackner/Kühl, § 244 Rn 2; Wessels/Hillenkamp, BT 2, Rn 256; Schünemann, JA 1980, 394).

Nach dieser Auffassung hat A das Werkzeug also nicht bei sich geführt.

(b) 2. Meinung

Die Gegenauffassung hält ein Beisichführen zwischen Vollendung und Beendigung des Grunddelikts i.R.v. §§ 244 I Nr. 1, 250 I Nr. 1 StGB für ausreichend (BGHSt 20, 194; 31, 105; Tröndle/Fischer, § 244 Rn 13; Haft, JuS 1988, 367).

Nach dieser Auffassung hat A das Paketklebeband bei sich geführt.

(c) Stellungnahme

Die erste Meinung befürchtet, dass die Wertung des § 252 StGB unterlaufen werden könne, der qualifizierte Nötigungshandlungen gerade in der Phase zwischen Vollendung und Beendigung eines Diebstahls oder Raubes unter Strafe stelle und der auch die Qualifikation über § 250 I StGB zulasse. Würde aber das Beisichführen von Werkzeugen in der Beendigungsphase immer als Qualifikation der Vortat, also des § 249 I

StGB, gewertet, so liefe die Qualifikation gem. §§ 252, 250 I Nr. 1 StGB leer. Für die letztgenannte Meinung spricht allerdings, dass die Feststellung des Vollendungszeitpunkts, der nach der ersten Meinung allerdings die Grenze für die genannten Qualifikations-tatbestände darstellt, schwer zu ermitteln ist, so dass es ungünstig erscheint, gerade auf diesen abzustellen. Auch sind Täter, die erst in der Beendigungs- und Fluchtphase Waffen oder andere Werkzeuge bei sich führen, nicht weniger gefährlich, da es nicht ungewöhnlich ist, dass es erst in diesem Abschnitt der Tat zu Gewalttätigkeiten kommt. Der zweiten Meinung ist somit zu folgen.

A hat das Paketklebeband bei sich geführt.

(3) Vorsatz

A handelte auch vorsätzlich.

(4) Verwendungsabsicht

A müsste auch die Absicht gehabt haben, mit dem Werkzeug den Widerstand einer anderen Person durch Gewalt oder Drohung mit Gewalt zu verhindern oder zu überwinden.

A hatte nicht nur die Absicht, den Widerstand des K durch das Fesseln mit dem Klebeband - also durch Gewalt - zu verhindern, er hat diese Absicht sogar umgesetzt. A hat also den Tatbestand des § 250 I Nr. 1b StGB verwirklicht. So sieht es auch der BGH:

“Die Verurteilung wegen schweren Raubes hat jedoch im Ergebnis Bestand. Der Angeklagte war nach den Feststellungen bei dem Raub, nämlich jedenfalls vor dessen Beendigung (vgl. BGHSt 20, 194; Tröndle/Fischer aaO § 244 Rdnr. 13 m.w.N.), im Besitz von zur Fesselung bestimmten Paketklebebands und hat dieses schließlich auch zur Fesselung des K eingesetzt. Damit hat er als Täter eines Raubes ein sonstiges Mittel im Sinne des § 250 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. b StGB (vgl. BGH NStZ 1993, 79; NStZ-RR 2003, 328 10 [zu § 177 Abs. 3 Nr. 2 StGB]) bei sich geführt, um den Widerstand einer anderen Person durch Gewalt zu verhindern oder zu unterbinden. Dass dies erst nach den eigentlichen Wegnahmehandlungen der Fall war, ist unschädlich (st. Rspr., vgl. nur BGHSt 20, 194, 197; BGH NStZ 1998, 354 m.w.N.)”

II. Rechtswidrigkeit und Schuld

A handelte auch rechtswidrig und schuldhaft.

III. Ergebnis

A hat sich gem. §§ 249 I, 250 I Nr. 1b StGB strafbar gemacht.

B. Strafbarkeit des A gem. §§ 253 I, 255, 250 I Nr. 1b StGB

A könnte sich dadurch, dass er K schlug, ihm einen Metallgegenstand in den Nacken drückte und drohte, ihm “das Licht auszuknipsen”, aus der Kasse 900,- €

mitnahm und den K mit Klebeband fesselte, wegen schwerer räuberischer Erpressung gem. §§ 253 I, 255, 250 I Nr. 1 StGB strafbar gemacht haben.

Nach der Literatur stehen Raub und räuberische Erpressung in einem Exklusivitätsverhältnis. Da A einen (schweren) Raub begangen hat (s.o.), kann er somit nicht gleichzeitig eine räuberische Erpressung begangen 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 einen schweren Raub begangen hat (s.o.), ist somit selbstverständlich eine schwere räuberische Erpressung mitverwirklicht. Diese tritt jedoch, da sie stets im Raub enthalten ist, hinter diesen zurück.

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

C. Strafbarkeit des A gem. § 239a I 1. Hs. StGB

A könnte sich, indem er K schlug, ihm einen Metallgegenstand in den Nacken drückte und drohte, ihm “das Licht auszuknipsen”, um das Geld aus der Kasse zu erbeuten, wegen erpresserischen Menschenraubs gem. § 239a I 1. Hs. StGB strafbar gemacht haben.

I. Tatbestand

1. Tathandlung

Zunächst müsste eine tatbestandsmäßige Handlung des A vorliegen, d.h. A müsste K entführt oder sich des K bemächtigt haben.

a. Entführen

Ein Entführen i.S.v. § 239a StGB setzt voraus, dass der Täter das Opfer gegen dessen Willen an einen anderen Ort verbringt, an dem es dem ungehemmten Einfluss des Täters ausgesetzt ist (BGH, NStZ 1994, 283; Tröndle/Fischer, § 239a Rn 4).

Da A den K nicht an einen anderen Ort verbracht hat, scheidet ein Entführen aus.

b. Sich-Bemächtigen

A könnte sich jedoch des K bemächtigt haben.

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

Hier könnte ein Sich-Bemächtigen darin liegen, dass A den K mit einem Metallrohr bedrohte, wobei A dem K den Eindruck vermittelte, es handele sich hierbei um eine Schusswaffe. Fraglich ist jedoch ob ein solches, vor allem durch Täuschung geprägtes Verhalten, für ein “Sich-Bemächtigen” i.S.v. § 239a StGB ausreicht.

(1) Minderheitsmeinung

Nach einer in der Literatur vertretenen Auffassung

stellt die Erlangung der Kontrolle über das Opfer durch den Täter jedenfalls dann kein Sich-Bemächtigen i.S.v. § 239 a StGB dar, wenn dies nur durch eine Täuschung über das Bestehen einer Gefahr für das Opfer (z.B. Täuschung über das Vorhandensein oder die Einsatzbereitschaft einer Schusswaffe) bewirkt wird. Erforderlich sei insofern das objektive Bestehen einer Gefahr für das Opfer (MüKo-StGB-Renzikowski, § 239a StGB Rn 37; Joecks, § 239a Rn 9 f.; Tröndle/Fischer, § 239a Rn 4a f.).

Da A den K nicht mit einer echten Waffe bedrohte, sondern nur unter Verwendung des Metallrohrs darüber täuschte, dass er im Besitz einer Schusswaffe sei, ist nach dieser Auffassung ein Sich-Bemächtigen nicht gegeben.

(2) *Herrschende Meinung*

Die Gegenauffassung lässt es für ein Sich-Bemächtigen i.S.v. § 239a StGB genügen, dass der Täter die Herrschaftsgewalt über das Opfer durch List, insb. durch eine Täuschung, erlangt (BGH, NStZ 1986, 166; 1999, 509; 2002, 31; Rengier, GA 1985, 318; Wesels/Hillenkamp, BT 2, Rn 742 mwN).

Nach dieser Auffassung hat A sich des K bemächtigt.

(3) *Stellungnahme*

Für die erstgenannte Auffassung spricht die hohe Mindeststrafe des § 239a StGB. Es erscheint fraglich, ob diese tatsächlich bereits dann verwirklicht sein kann, wenn die für § 239a StGB erforderliche Zwangslage lediglich auf eine Täuschung zurückzuführen ist, ohne dass das Opfer wirklich in Gefahr gerät. Andererseits ist z.B. bei der Freiheitsberaubung, § 239 StGB, anerkannt, dass diese auch dadurch bewirkt werden kann, dass der Täter das Opfer durch Täuschung dazu veranlasst, an einem Ort zu verharren ohne dass objektiv ein Hindernis für dessen Fortbewegung besteht (LK-Träger/Schluckebier, § 239 Rn 14; Tröndle/Fischer, § 239 Rn 8). Dann ist aber nicht ersichtlich, warum die Überlegenheit des Täters i.R.v. § 239a StGB nicht auch auf einer Täuschung beruhen kann. Auch der Grund für die hohe Mindeststrafe bei § 239a StGB, die funktionale Verbindung einer Zwangslage mit einer später vorzunehmenden Erpressung, zwingt nicht dazu, das Bestehen einer objektiven Gefahr für das Opfer zu fordern. Der herrschenden Meinung ist somit zu folgen.

A hat sich des K bemächtigt.

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

Nach dem Wortlaut des § 239a StGB ist dieser Tat-

bestand ohne weitere Einschränkungen auch in Zwei-Personen-Verhältnissen anwendbar, da er auch diejenigen Fälle erfasst, in denen der Täter das Opfer entführt oder sich des Opfers bemächtigt, um "die Sorge des Opfers um sein Wohl" auszunutzen. Ein Dreiecksverhältnis, wie man es klassischerweise mit dem Tatbestand des erpresserischen Menschenraubes assoziiert (und wie es bis zum 12. StÄG 1989 auch zwingend erforderlich war), wird somit nicht zwingend vorausgesetzt. Eine uneingeschränkte Anwendung von § 239a StGB im Zwei-Personen-Verhältnis hätte jedoch zur Folge, dass Fälle, die bereits von § 249 StGB oder §§ 253 I, 255 StGB erfasst werden, auch gem. § 239a StGB strafbar wären, sodass der höhere Strafrahmen des erpresserischen Menschenraubes letztlich die anderen - im Zwei-Personen-Verhältnis aber typischeren - Delikte aushebeln würde.

Die herrschende Meinung löst diesen Wertungswiderspruch, indem sie den Charakter von § 239a I 1. Hs. StGB als unvollkommen zweiaktiges Delikt betont und deshalb zwischen dem (objektiv verwirklichten) Teilakt des Entführens oder Sich-Bemächtigen und dem (in die Tätervorstellung verlegten) Teilakt der angestrebten Erpressung einen funktionalen Zusammenhang verlangt (BGHSt 40, 350; Tröndle/Fischer, § 239a Rn 7). Dieser soll dann vorliegen, wenn die Bemächtigungssituation eine eigenständige Bedeutung erlangt, wenn also die durch die Tathandlung geschaffene Zwangslage vor deren Ausnutzung durch den Täter eine gewisse Stabilisierung erfahren soll (BGH, NStZ 2006, 448; Lackner/Kühl, § 239a Rn 4a; Heinrich, NStZ 1997, 368).

Daran fehlt es jedoch im vorliegenden Fall: Dadurch, dass A dem K das Metallrohr in den Nacken hielt und ihm drohte, ihm "das Licht auszuknipsen", hat A sich des K bemächtigt (s.o.). Dieselbe Handlung stellt allerdings gleichzeitig die Drohung im Rahmen des von A beabsichtigten Raubes (und der - zumindest nach der Rechtsprechung - in diesem enthaltenen räuberischen Erpressung) dar, so dass die Schaffung der Zwangslage und deren "Ausnutzung" zusammenfallen. Damit fehlt der für § 239a StGB im vorliegenden Zwei-Personen-Verhältnis erforderliche funktionale Zusammenhang.

II. *Ergebnis*

A ist nicht strafbar gem. § 239a StGB.

D. *Strafbarkeit des A gem. § 239b I 1. Hs. StGB*

Aus denselben Gründen scheidet auch eine Strafbarkeit gem. § 239b I 1. Hs. StGB aus.