

## Öffentliches Recht

**Standort: Art. 19 III GG**

**Problem: Grundrechtsberechtigung einer Gemeinde**

BVERFG, BESCHLUSS VOM 29.05.2007  
2 BvR 695/07 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

### **Problemdarstellung:**

Die Stadt Dresden beabsichtigt, durch das Elbtal die sog. "Waldschlösschenbrücke" zu bauen. Im Februar 2005 sprach sich ein Bürgerentscheid für den Bau der Brücke aus. In der Folgezeit drohte jedoch die UNESCO an, dem Elbtal den Status als "Welterbe" zu entziehen, wenn die als Verschandelung der Landschaft empfundene Brücke in der geplanten Version verwirklicht werden sollte. Die Stadt Dresden setzte daraufhin den Bau der Brücke aus, um mit der UNESCO über einen Kompromiss verhandeln zu können. Dies missfiel der Bezirksregierung, welche die Stadt unter Androhung der Ersatzvornahme per Bescheid verpflichtete, den Bau voran zu bringen, weil die Bindungswirkung des Bürgerentscheids die Stadt bindend verpflichtete, das Bauvorhaben zeitnah zu realisieren, und zwar in seiner ursprünglichen Form. Nach erfolglosen Rechtsbehelfen hiergegen erhob die Stadt Verfassungsbeschwerde (Vb.), gestützt im Wesentlichen auf Art. 2 I GG. Zur allgemeinen Handlungsfreiheit gehöre, dass sie selbst entscheiden könne, ob sie auf ihrem Stadtgebiet eine Brücke baue.

Das BVerfG stellte hierzu fest, dass die Vb. in Bezug auf Art. 2 I GG schon unzulässig sei, weil es der Stadt insofern an der Beschwerdeberechtigung (§ 90 I BVerfGG) fehle. Sie könne schon deshalb nicht behaupten, in diesem Grundrecht verletzt zu sein, weil sie nicht Trägerin des Grundrechts sei. Grundrechte seien Abwehrrechte des Bürgers gegen den Staat (vgl. Art. 1 III GG). Staatliche Institutionen wie Gemeinden könnten sich daher grds. nicht selbst auf Grundrechte berufen. Etwas anderes gelte nur dann, wenn die entsprechende Freiheit der staatlichen Stelle funktionspezifisch zugewiesen sei. Dies sei bei der allgemeinen Handlungsfreiheit aus Art. 2 I GG im Hinblick auf Gemeinden aber nicht der Fall.

Soweit neben Art. 2 I GG noch die grundrechtsgleichen Rechte aus Art. 19 IV GG und Art. 103 I GG gerügt wurden, hält das BVerfG die Vb. für zulässig. Da im konkreten Fall aber weder das Gebot effektiven Rechtsschutzes (Art. 19 IV GG) noch der Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 103 I GG) verletzt war, war sie insoweit unbegründet.

### **Prüfungsrelevanz:**

Die Grundrechtsfähigkeit juristischer Personen des öffentlichen Rechts ist in einer Verfassungsbeschwerde schon in der Zulässigkeit und dort in der Beteiligtenfähigkeit (= Grundrechtsberechtigung) anzusprechen. Beteiligtenfähig ist "jedermann", § 90 I BVerfGG, und "jedermann" ist, wer grundrechtsfähig ist. Die Grundrechtsfähigkeit juristischer Personen des öffentlichen Rechts beurteilt sich nach folgenden Gesichtspunkten:

I. Für sie gilt - wie für juristischen Personen des Zivilrechts auch - Art. 19 III GG. Probleme bereitet vor allem die Frage, ob die Grundrechte i.S. dieser Norm "dem Wesen nach" auf sie anwendbar sind.

1. Die Literatur fordert insoweit eine "grundrechtstypische Gefährdungslage", vergleicht also die Situation einer juristischen Person mit der einer natürlichen Person in gleicher Lage. Bei dieser Betrachtungsweise, der sich auch die Stadt Dresden als Beschwerdeführerin angeschlossen hat, wäre es zumindest nicht von vornherein ausgeschlossen, dass auch eine Gemeinde durch ein Gesetz (hier: Bindungswirkung eines Bürgerbegehrens) in gleicher Weise in ihrer Handlungsfreiheit einschränkt sein könnte wie ein Mensch.

2. Das BVerfG greift den Begriff der "grundrechtstypischen Gefährdungslage" zwar auch terminologisch auf, interpretiert ihn aber anders als die Literatur. Nach dem BVerfG ist nach einem "personalen Substrat" zu fragen, d.h. nach einem "Durchschlagen" der Beeinträchtigung der juristischen Person auf die hinter ihr stehenden natürlichen Personen. Wird bspw. eine AG enteignet (Art. 14 I, III GG), schlägt die Enteignung auf die hinter ihr stehenden Aktionäre durch, weil deren Aktien mit dem Wert der Gesellschaft ebenfalls im Wert sinken. Ebenso liegt es, wenn eine Versammlung eines Vereins aufgelöst wird (Art. 8 I GG), weil sich die Teilnehmer dann entfernen müssen. Bei juristischen Personen des öffentlichen Rechts fehlt es an einem solchen "personalen Substrat" aber in aller Regel schon deshalb, weil hinter ihnen keine natürlichen Personen stehen.

II. Besonders für Gemeinden hatte das BVerfG dies in seiner berühmten "Sasbach"-Entscheidung (E 61, 82) auch schon ausgesprochen, dort allerdings zu Art. 14 I GG.

III. Eine Ausnahme von diesen Grundsätzen hat das BVerfG nur für solche juristische Personen des öffent-

lichen Rechts anerkannt, die wie Universitäten und Fakultäten (Art. 5 III GG - Wissenschaftsfreiheit) oder Rundfunkanstalten (Art. 5 I 2 GG - Rundfunkfreiheit) von der ihnen durch die Rechtsordnung übertragenen Aufgabe her unmittelbar einem durch bestimmte Grundrechte geschützten Lebensbereich zugeordnet sind oder wie die Kirchen und andere mit dem Status einer Körperschaft des öffentlichen Rechts versehene Religionsgesellschaften (Art. 4 I, II GG - Religionsfreiheit) kraft ihrer Eigenart ihm von vornherein zugehören. Diese sollen in den genannten Bereichen grundrechtsfähig sein.

IV. Auch auf die sogen. "Justizgrundrechte" der Art. 19 IV GG, 101 I GG und 103 I GG können sich nach st.Rspr. des BVerfG alle juristischen Personen des öffentlichen Rechts berufen. Art. 19 III GG beziehe sich - so das BVerfG - nämlich systematisch nicht auf diese, sondern nur auf die davor stehenden "formellen" Grundrechte der Art. 1-17 GG. Sie gewährleisten auch nach ihrem Inhalt keine Individualrechte wie die Art. 1-17 GG, sondern enthalten objektive Verfahrensgrundsätze, die für jedes gerichtliche Verfahren gelten und daher auch jedem zugute kommen müssen, der nach den Verfahrensnormen parteifähig ist oder von dem Verfahren unmittelbar betroffen wird (BVerfGE 3, 359 [363]; 12, 6 [8]; 21, 362 [373]).

#### **Vertiefungshinweise:**

- Grundlegend zur Grundrechtsfähigkeit juristischer Personen: *BVerfGE* 61, 82 (Sasbach)
- Grundrechtsfähigkeit juristischer Personen des öffentlichen Rechts in spezifisch ihnen zugewiesenen Lebensbereichen: *BVerfGE* 15, 256 [262]; 18, 385 [386 f.]; 19, 1 [5]; 21, 362 [373 f.]; 31, 314 [322]; 42, 312 [321 f.]; 45, 63 [79]; 53, 366 [387]

#### **Leitsatz (der Redaktion):**

**Eine Gemeinde kann sich nicht auf die allgemeine Handlungsfreiheit aus Art. 2 I GG berufen.**

#### **Sachverhalt:**

##### *A. Ausgangslage*

Im August 1996 beschloss der Stadtrat der Beschwerdeführerin den Bau einer Brücke über die Elbe, der so genannten Waldschlösschenbrücke. Auf den Antrag der Beschwerdeführerin erließ das Regierungspräsidium Dresden im Februar 2004 einen – vollziehbaren – Planfeststellungsbeschluss. Am 27. Februar 2005 fand nach einem erfolgreichen Bürgerbegehren ein Bürgerentscheid statt, in welchem sich eine Mehrheit der stimmberechtigten Bürger der Beschwerdeführerin für den Bau der Brücke aussprach. In der Folgezeit schrieb die Beschwerdeführerin Bauleistungen zur Vergabe aus. Die Zuschlags- und Bindefristen (§ 19 VOB/A) endeten zunächst am 1. September 2006 und

wurden später wiederholt verlängert, zuletzt bis zum 31. August 2007.

Auf seiner 28. Sitzung beschloss das Komitee für das Erbe der Welt der UNESCO (im Folgenden: Welterbekomitee), dem es nach Art. 11 Abs. 2 des Übereinkommens zum Schutz des Kultur- und Naturerbes der Welt vom 23. November 1972 (BGBl 1977 II S. 213 - im Folgenden: Welterbekonvention) unter anderem obliegt, die "Liste des Erbes der Welt" zu führen, im Juli 2004, das Dresdner Elbtal als sich entwickelnde Kulturlandschaft in diese Liste aufzunehmen. Im Juli 2006 setzte das Welterbekomitee auf seiner 30. Sitzung das Elbtal auf die "Liste des gefährdeten Erbes der Welt" (Art. 11 Abs. 4 Welterbekonvention), weil der Bau der Waldschlösschenbrücke nach seiner Auffassung den Wert und die Unversehrtheit der Kulturlandschaft irreversibel schädige. Zugleich wurden die staatlichen und kommunalen Behörden aufgefordert, den Bau der Brücke zu stoppen und Gespräche mit allen Interessenvertretern aufzunehmen, um alternative Lösungsmöglichkeiten zu finden.

Daraufhin beauftragte der Stadtrat der Beschwerdeführerin den Oberbürgermeister am 20. Juli 2006, dem Stadtrat eine Vorlage für die Durchführung eines Bürgerentscheids, welcher die Möglichkeit eröffnen solle, den Welterbestatus des Elbtals zu erhalten, vorzulegen sowie in Abstimmung mit dem Welterbebüro der UNESCO geeignete Maßnahmen zur Sicherung des Welterbestatus vorzuschlagen. Weiter wurde der Oberbürgermeister beauftragt, die Vergabe von Bauleistungen und den Baubeginn der Brücke weiterhin auszusetzen und gleichzeitig mögliche, aus dieser Aussetzung resultierende Entschädigungsverpflichtungen der Beschwerdeführerin zu verringern. Schließlich erhielt der Oberbürgermeister den Auftrag, Maßnahmen zur Realisierung des Verkehrszuges Waldschlösschenbrücke nur im Konsens mit der UNESCO zu veranlassen. Zugleich vertagte der Stadtrat den Beschluss über Vorlagen der Stadtverwaltung betreffend die Vergabe von Bauleistungen. Nachdem der Vertreter des Oberbürgermeisters den Beschlüssen des Stadtrates widersprochen hatte, weil diese gegen die Sperrwirkung des Bürgerentscheids nach § 24 Abs. 4 der Gemeindeordnung für den Freistaat Sachsen (SächsGemO) verstießen, wiederholte der Stadtrat am 10. August 2006 den Beschluss vom 20. Juli 2006. Der Vertreter des Oberbürgermeisters widersprach daraufhin erneut und ersuchte gemäß § 52 Abs. 2 Satz 5 SächsGemO das Regierungspräsidium als Rechtsaufsichtsbehörde um Entscheidung.

Mit dem angegriffenen Bescheid vom 14. August 2006 stellte das Regierungspräsidium Dresden fest, dass der Beschluss des Stadtrates der Beschwerdeführerin vom 10. August 2006 rechtswidrig sei. Zugleich gab das Regierungspräsidium der Beschwerdeführerin auf, den Beschluss sowie die weiteren Vertagungsbeschlüsse bis zum 24. August 2006 aufzuheben und bis zum ge-

nannten Datum fünf im Einzelnen aufgeführte Vergabeentscheidungen zu treffen. Für den Fall, dass die Beschwerdeführerin innerhalb der gesetzten Frist den Anordnungen nicht nachkomme, kündigte das Regierungspräsidium die Ersatzvornahme an. Zur Begründung heißt es in dem Bescheid unter anderem, die beanstandeten Beschlüsse seien rechtswidrig, weil sie gegen die bis 27. Februar 2008 reichende Bindungswirkung des Bürgerentscheids verstießen. Der Bürgerentscheid habe die Wirkung eines Gemeinderatsbeschlusses, der nach § 52 Abs. 1 SächsGemO vom Bürgermeister unverzüglich zu vollziehen sei. Die Aufforderung des Oberbürgermeisters, die Auftragsvergabe auszusetzen, bis mit der UNESCO eine Einigung über die Projektplanung hergestellt sei, hindere den Oberbürgermeister, seiner in Bezug auf den Bürgerentscheid bestehenden Umsetzungspflicht nachzukommen. Insoweit sei von Bedeutung, dass die Welterbekonvention nicht gemäß Art. 59 GG in deutsches Recht transformiert worden sei und daher keine innerstaatlichen Bindungswirkungen entfalte. Im Übrigen sei nach dem Übereinkommen das Welterbekomitee nicht zu verbindlichen Entscheidungen gegenüber den Vertragsstaaten berufen, da es lediglich eine Liste des Welterbes sowie des Welterbes in Gefahr führe und die Einhaltung der staatlichen Schutzverpflichtung anhand von Staatsberichten prüfe.

### *B. Prozessgeschichte*

Nachdem die Beschwerdeführerin Widerspruch eingelegt hatte, ordnete das Regierungspräsidium mit dem ebenfalls angegriffenen Bescheid vom 25. August 2006 die sofortige Vollziehung der im Bescheid vom 14. August 2006 getroffenen Verfügungen an. Das erforderliche besondere öffentliche Interesse liege darin, dass nur durch eine sofortige Aufhebung der beanstandeten Stadtratsbeschlüsse einerseits und eine sofortige Vergabeentscheidung im Sinne der rechtsaufsichtlichen Maßnahme andererseits dem bevorstehenden Ablauf der Zuschlagsfrist und in der Folge zu erwartenden Schadensersatzansprüchen der Bieter wirksam begegnet werden könne. Die Eilbedürftigkeit ergebe sich weiterhin daraus, dass die dreijährige Sperrfrist des Bürgerentscheids bereits im Februar 2008 ende, bisher aber noch keine entsprechenden Vollzugsmaßnahmen begonnen worden seien, sodass das Bürgerervotum ins Leere zu gehen drohe.

Mit weiterem Beschluss vom 25. August 2006 hob das Regierungspräsidium unter Anordnung des Sofortvollzugs die beanstandeten Beschlüsse des Rates der Beschwerdeführerin vom 10. August 2006 auf und traf die Vergabeentscheidungen. Gegen die Bescheide vom 25. August 2006 legte die Beschwerdeführerin ebenfalls Widerspruch ein. Mit dem angegriffenen Beschluss vom 9. März 2007 änderte das Sächsische Obergerverwaltungsgericht einen anders lautenden Beschluss des Verwaltungsgerichts Dresden ab und lehnte

den Antrag der Beschwerdeführerin auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung ihrer Widersprüche gegen die Bescheide des Regierungspräsidiums ab. Zur Begründung seiner Entscheidung führte das Obergerverwaltungsgericht aus, im Rahmen der nach § 80 Abs. 5 Satz 1 VwGO vorzunehmenden Abwägung der widerstreitenden Interessen überwiege das öffentliche Interesse an der sofortigen Vollziehung das Aussetzungsinteresse der Beschwerdeführerin. Die Interessenabwägung sei hier unabhängig vom Ausgang des Hauptsacheverfahrens durchzuführen, da sich dieser als offen erweise. Ein weiteres Zurückstellen des Vollzugs des Bürgerentscheids dürfe nicht schon wegen weiterer und mit dem Ziel einer einvernehmlichen Lösung von Bürgerentscheid und Welterbekonvention geführter Gespräche gerechtfertigt sein. Zwar spreche einiges dafür, dass die Beschwerdeführerin im Sommer 2006 zunächst die Vergabe von Bauleistungen habe aussetzen dürfen, um Gespräche mit der UNESCO mit dem Ziel zu führen, den Verlust des Welterbestatus zu verhindern. Angesichts der nunmehr über einen längeren Zeitraum erfolglos durchgeführten Einigungsbemühungen erscheine eine weitere Zurückstellung der angegriffenen Vergabeentscheidungen mit Blick auf den bindenden Bürgerentscheid jedoch nicht mehr angemessen. Daran ändere auch die zwischenzeitliche Verlängerung der Vergabefristen bis zum 31. August 2007 nichts, weil dies allenfalls zivilrechtliche Konsequenzen habe.

Eine Rechtswidrigkeit der in der Hauptsache angegriffenen Bescheide werde sich voraussichtlich auch nicht daraus ableiten lassen, dass die Rechtsaufsichtsbehörde eine innerstaatliche Bindungswirkung der Welterbekonvention verneint und im Rahmen ihrer Ermessensentscheidungen unberücksichtigt gelassen habe. Die Frage nach der innerstaatlichen Bindungswirkung der Welterbekonvention lasse sich im Rahmen des Eilverfahrens zwar nicht abschließend beurteilen. Allerdings dürfe eine unmittelbar verpflichtende Bindungswirkung des insgesamt umsetzungsbedürftigen Vertragswerkes wohl ausscheiden. Auf Grundlage der deutschen Übersetzung bestimmten die Art. 4 und Art. 5 der Welterbekonvention, dass in erster Linie die einzelnen Vertragsstaaten für Schutz und Erhaltung des kulturellen und natürlichen Erbes in ihrem Hoheitsgebiet zuständig seien. Unmittelbar bindende Verpflichtungen für die Beschwerdeführerin und den Freistaat Sachsen als Gegner des Ausgangsverfahrens folgten hieraus wohl nicht. Eine Inkorporation der Konvention in nationales Recht durch ein Vertragsoder Zustimmungsgesetz im Sinne des Art. 59 Abs. 2 Satz 1 GG sei nicht erfolgt. Auch dürfe der Konvention innerstaatliche Geltung nicht als Verwaltungsabkommen im Sinne des Art. 59 Abs. 2 Satz 2 GG zukommen, da zu deren Begründung ein - hier nicht ersichtlicher - Rechtsakt der Exekutive erforderlich sei. Das Fehlen einer unmittelbaren Bindungswirkung

schließe zwar eine mittelbare Bindungswirkung dergestalt, dass die Konventionspflichten der Bundesrepublik Deutschland auch bei der Auslegung des Sächsischen Landesrechts zu berücksichtigen seien, nicht von vornherein aus. In einem Hauptsacheverfahren sei näher zu prüfen, welche konkreten Rechtsfolgen sich aus einer derartigen mittelbaren Bindungswirkung ergeben können. Es spreche manches dafür, dass die Welterbekonvention und die auf ihrer Grundlage ergangenen Entscheidungen des Welterbekomitees etwa im Rahmen von Planungsentscheidungen oder für die Beurteilung der Schutzbedürftigkeit und Schutzwürdigkeit von Kulturdenkmälern nach dem Denkmalschutzrecht Berücksichtigung finden können. Eine abwägungsfeste Schutzposition des Welterbestatus werde sich daraus aber nicht ableiten lassen. Beschlüssen des Welterbekomitees komme auch nicht die gleiche rechtliche Wirkung zu wie etwa Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte.

Die unabhängig von den Erfolgsaussichten des Hauptsacherechtsbehelfs vorzunehmende Abwägung der widerstreitenden Interessen gehe trotz der erheblichen Bedeutung der Welterbekonvention und der sich aus ihr ergebenden völkerrechtlichen Verpflichtungen der Bundesrepublik Deutschland zum Erhalt geschützter Kulturgüter zu Lasten der Beschwerdeführerin aus. Das öffentliche Interesse, durch den Sofortvollzug der in Rede stehenden Bescheide zu gewährleisten, dass der Bürgerentscheid als Akt der unmittelbaren Demokratie umgesetzt werde, sei vorrangig gegenüber dem Interesse der Beschwerdeführerin, den Bürgerentscheid wegen des drohenden Verlustes des Welterbestatus vorläufig nicht zu vollziehen.

Die daraufhin von der Beschwerdeführerin erhobene Anhörungsrüge wies das Obergerverwaltungsgericht mit dem ebenfalls angegriffenen Beschluss vom 2. April 2007 als unbegründet zurück. Ein Gehörsverstoß sei nicht erkennbar. Das Gericht habe den weiteren Schriftsatz der Beschwerdeführerin vom 26. Februar 2007 vollständig zur Kenntnis genommen und bei seiner Entscheidungsfindung berücksichtigt. Es habe allerdings kein Anlass bestanden, die vorgetragene Aktivitäten der von der Beschwerdeführerin eingerichteten Arbeitsgruppe in dem Beschluss vom 9. März 2007 zu erwähnen. Auch habe angesichts des in § 146 Abs. 4 Satz 6 VwGO festgelegten Prüfungsumfangs im Beschwerdeverfahren sowie des bereits durchgeführten Erörterungstermins keine Veranlassung bestanden, die Beschwerdeführerin zu weiterer Darlegung aufzufordern.

### C. Verfassungsbeschwerde

Mit ihrer am 2. April 2007 eingegangenen Verfassungsbeschwerde, die mit Schriftsatz vom 11. Mai 2007 ergänzt wurde, rügt die Beschwerdeführerin eine Verletzung der Grundrechte aus Art. 2 Abs. 1 GG und Art. 19 Abs. 4 GG sowie des Rechts "auf rechtliches

Gehör (Art. 101 Abs. 1 Satz 2 und Art. 103 Abs. 1 GG)" und des Justizgewährungsanspruchs.

### I. Verletzung der allgemeinen Handlungsfreiheit

Die Beschwerdeführerin ist der Ansicht, dass sie durch die Maßnahmen der Kommunalaufsicht in ihrer durch Art. 2 Abs. 1 GG geschützten Entschluss- und Handlungsfreiheit verletzt sei und zudem wegen des bevorstehenden Verlustes des Welterbestatus einen schwerwiegenden Schaden ihres weltweiten Ansehens erleiden werde. Zur allgemeinen Handlungsfreiheit gehöre, dass sie selbst entscheiden könne, ob sie auf ihrem Stadtgebiet eine Brücke baue, wie sie mit dem Bürgerentscheid umgehe und ob sie weitere Anstrengungen unternehmen könne, die Vereinbarkeit zwischen dem Bürgerentscheid und dem Wunsch nach Erhalt des Status als Weltkulturerbe zu ermöglichen. Zudem habe im gegenwärtigen Zeitpunkt für das Obergerverwaltungsgericht kein Anlass bestanden, der Beschwerde des Freistaates Sachsen gegen den Beschluss des Verwaltungsgerichts stattzugeben. Zum einen laufe die Abänderungssperre des Bürgerentscheids erst in einem Jahr ab und zum anderen bestünden weiterhin gute Chancen, vor der nächsten Sitzung des Weltkulturerbekomitees im Juli 2007 eine Lösung zu präsentieren, die die Streichung des Elbtals aus der Weltkulturerbeliste verhindere.

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts könne sie sich auf das Grundrecht der allgemeinen Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG berufen. Gemeinden könnten die Verletzung materieller Grundrechte mit der Verfassungsbeschwerde rügen, wenn sie sich dem Staat gegenüber – wie im vorliegenden Fall – in einer grundrechtstypischen Gefährdungslage befänden.

### II. Rechtliches Gehör

Zur Begründung des behaupteten Verstoßes gegen das Recht auf rechtliches Gehör verweist die Beschwerdeführerin auf ihr Vorbringen im Rahmen der verwaltungsprozessrechtlichen Anhörungsrüge. Das Obergerverwaltungsgericht habe bei seiner Interessenabwägung nicht berücksichtigt, dass ihre außergerichtlichen Einigungsbemühungen mit der UNESCO und weitere Aktivitäten noch zu einer Vereinbarkeit von Brückenbau und Welterbestatus führen könnten.

### III. Effektiver Rechtsschutz

Das Grundrecht aus Art. 19 Abs. 4 GG und der Justizgewährungsanspruch seien verletzt, weil das Obergerverwaltungsgericht im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes zumindest eine summarische Prüfung der Hauptsache hätte vornehmen müssen. Es drohe eine substantielle Verletzung von Grundrechten, die bei einer späteren – stattgebenden – Hauptsacheentscheidung nicht mehr rückgängig gemacht werden könnte.

**Aus den Gründen:**

Die Verfassungsbeschwerde wird nicht zur Entscheidung angenommen, weil die Annahmeveraussetzungen des § 93a Abs. 2 BVerfGG nicht erfüllt sind (vgl. BVerfGE 90, 22 [24 ff.]).

**A. Zulässigkeit**

Soweit die Beschwerdeführerin eine Verletzung der allgemeinen Handlungsfreiheit, des Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG und des Justizgewährungsanspruchs durch die angegriffenen Entscheidungen rügt, ist die Verfassungsbeschwerde unzulässig.

**I. Beschwerdeberechtigung**

Der Beschwerdeführerin fehlt für die behauptete Verletzung der allgemeinen Handlungsfreiheit die Beschwerdeberechtigung, da ihr als Gemeinde das Grundrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG grundsätzlich nicht zusteht.

**1. Grundsatz: Keine Grundrechte für juristische Personen des öffentlichen Rechts**

Zwar gelten die Grundrechte nach Art. 19 Abs. 3 GG auch für juristische Personen, soweit sie ihrem Wesen nach auf diese anwendbar sind. Juristische Personen des öffentlichen Rechts können sich im Bereich der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben jedoch grundsätzlich nicht auf Grundrechte berufen (vgl. BVerfGE 21, 362 [369 ff.]; 68, 193 [205 ff.] m.w.N.; stRspr; Beschluss der 3. Kammer des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 9. Juni 2004 – 2 BvR 1248/03 und 1249/03 –, NVwZ 2005, S. 572).

**2. Ausnahmen**

Auch die Voraussetzungen für eine Ausnahme von diesem Grundsatz liegen nicht vor.

**a. Spezifisch geschützter Lebensbereich**

Juristische Personen des öffentlichen Rechts können sich dann auf Grundrechte berufen, wenn sie als eigenständige, vom Staat unabhängige oder jedenfalls distanzierte Einrichtungen unmittelbar dem durch ein spezifisches Grundrecht geschützten Lebensbereich zuzuordnen sind und in diesem Lebensbereich den Bürgern zur Verwirklichung ihrer individuellen Grundrechte dienen (vgl. BVerfGE 21, 362 [373 f.]; 68, 193 [207] m.w.N.; stRspr).

Diese Voraussetzungen werden von Gemeinden nicht erfüllt. Die ihnen gewährte Selbstverwaltungsfreiheit (Art. 28 Abs. 2 GG) dient im Zusammenhang mit der ebenfalls verfassungsrechtlich vorgegebenen demokratischen Legitimation des Gemeinderates (Art. 28 Abs. 1 Satz 2 GG) zwar der allgemeinen politischen Bürgerfreiheit, eine Zuordnung zu Grundrechten ist jedoch weder zu einem spezifischen Schutzbereich noch allgemein in Bezug auf Art. 2 Abs. 1 GG möglich (vgl. BVerfGE 61, 82 [103]).

Die allgemeine Handlungsfreiheit gewährleistet ein allumfassendes Abwehrrecht gegen staatliche Eingriffe und ist daher gerade nicht auf einen spezifischen Lebensbereich begrenzt. Die Anerkennung einer Art. 2 Abs. 1 GG umfassenden Grundrechtsberechtigung juristischer Personen des öffentlichen Rechts würde daher die in Art. 1 Abs. 3 GG vorausgesetzte, den Grundrechten als subjektiven Abwehrrechten innewohnende Gegenüberstellung von Grundrechtsberechtigten und –verpflichteten aufheben.

**b. Grundrechtstypische Gefährdungslage**

Etwas anderes ergibt sich im vorliegenden Fall auch nicht daraus, dass die Beschwerdeführerin "Maßnahmen der Kommunalaufsicht ausgesetzt" ist, aufgrund derer sie sich in einer grundrechtstypischen Gefährdungslage befinde. Zwischen den verschiedenen Trägern öffentlicher Gewalt bestehen Hierarchie-, Weisungs- und Abhängigkeitsverhältnisse, in die es Übergriffe des einen in den Bereich des anderen Hoheitsträgers geben kann. Dabei handelt es sich jedoch der Sache nach um die Abgrenzung von Kompetenzen innerhalb der staatlichen Sphäre und nicht um einen Anwendungsfall der Grundrechte (BVerfGE 21, 362 [370 f.]).

**II. Begründung**

Soweit der Hinweis auf eine Verletzung von Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG dahingehend ausgelegt werden kann, dass dadurch eine eigenständige Rüge der Verletzung des Rechts auf den gesetzlichen Richter erhoben werden sollte, ist diese mangels einer den Anforderungen der § 23 Abs. 1 Satz 2, § 92 BVerfGG genügenden Begründung unzulässig.

**III. Beschwerdebefugnis**

Die Rüge eines Verstoßes gegen den allgemeinen Justizgewährungsanspruch ist mangels Beschwerdebefugnis ebenfalls unzulässig. Der im Rechtsstaatsprinzip wurzelnde allgemeine Grundsatz der Justizgewährung ist im Kern inhaltsgleich mit der Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG. Er sichert den effektiven Rechtsschutz außerhalb des auf den Rechtsschutz gegen Akte der öffentlichen Gewalt beschränkten Anwendungsbereichs des Art. 19 Abs. 4 GG (vgl. BVerfGE 107, 395 [401]).

Die mit der Verfassungsbeschwerde angegriffenen kommunalaufsichtlichen Maßnahmen sind Akte der öffentlichen Gewalt. Unabhängig von der Frage, ob die durch das Rechtsstaatsprinzip lediglich objektivrechtlich und nur nach Maßgabe anderweitiger subjektiver Rechtspositionen, namentlich der Grundrechte, auch subjektivrechtlich gewährte Justizgewährleistungsgarantie (BVerfGE 93, 99 [107]; 107, 395 [401]) von der Beschwerdeführerin als juristischer Person des öffentlichen Rechts überhaupt geltend gemacht werden kann, kommt daher eine mögliche Ver-

letzung des Justizgewährungsanspruchs nicht in Betracht.

### *B. Begründetheit*

Die Rügen der Verletzung von Art. 19 Abs. 4 GG und Art. 103 Abs. 1 GG haben in der Sache keinen Erfolg.

### *I. Effektiver Rechtsschutz*

#### *1. Personaler Schutzbereich*

Die Beschwerdefähigkeit von juristischen Personen des öffentlichen Rechts im Hinblick auf Art. 19 Abs. 4 GG kann dahinstehen (vgl. BVerfGE 61, 82 [109]; 107, 299 [310 f.]), weil die angegriffenen Entscheidungen mit den aus der Rechtsschutzgarantie folgenden verfassungsrechtlichen Anforderungen in Einklang stehen.

#### *2. Sachlicher Schutzbereich*

##### *a. Effektiver Rechtsschutz durch vorläufigen Rechtsschutz*

Art. 19 Abs. 4 GG gewährleistet eine möglichst wirksame gerichtliche Kontrolle im Falle möglicher Verletzungen eigener Rechte durch die öffentliche Gewalt (vgl. BVerfGE 93, 1 [13]; 113, 273 [310]; stRspr). Wirksamer Rechtsschutz bedeutet auch Rechtsschutz in angemessener Zeit. Daraus folgt, dass gerichtlicher Rechtsschutz namentlich in Eilverfahren soweit wie möglich der Schaffung solcher vollendeter Tatsachen zuvorzukommen hat, die dann, wenn sich eine Maßnahme bei endgültiger richterlicher Prüfung als rechtswidrig erweist, nicht mehr rückgängig gemacht werden können (vgl. BVerfGE 37, 150 [153]; 65, 1 [70]; 93, 1 [13]). Hierin liegt die verfassungsrechtliche Bedeutung des in § 80 VwGO geregelten Suspensiv-effektes verwaltungsprozessualer Rechtsbehelfe, ohne den der Rechtsschutz wegen der notwendigen Verfahrensdauer häufig hinfällig würde (vgl. BVerfGE 51, 268 [284]). Die Auslegung und Anwendung dieser einfachrechtlichen Vorschrift ist allerdings Sache der Fachgerichte und der Kontrolle durch das Bundesverfassungsgericht weitgehend entzogen (vgl. BVerfGE 79, 69 [74] und BVerfGE 18, 85 [92 f.]; 99, 145 [160]).

Art. 19 Abs. 4 GG gebietet allerdings nicht schlechthin die aufschiebende Wirkung von Rechtsbehelfen im Verwaltungsprozess. Vielmehr kann es mit Blick auf überwiegende öffentliche Belange geboten sein, den Rechtsschutzanspruch des Einzelnen einstweilen zurückzustellen, um unaufschiebbare Maßnahmen in die Wege zu leiten (vgl. BVerfGE 35, 382 [402]; 51, 268 [284]; 65, 1 [70 f.]; 69, 220 [228]). Es ist deshalb grundsätzlich mit Art. 19 Abs. 4 GG zu vereinbaren, wenn Fachgerichte in einem Verfahren nach § 80 Abs. 5 VwGO die Rechtmäßigkeit der zugrundeliegenden Verfügung nur einer summarischen Prüfung unterzie-

hen und bei offenem Ergebnis dieser Prüfung die Entscheidung auf der Grundlage einer Interessenabwägung treffen (vgl. BVerfGE 69, 315 [363] und BVerfGE 35, 382 [402]; 37, 150 [153]; 69, 220 [228]).

##### *b. Subsumtion*

Die Beschlüsse des Sächsischen Oberverwaltungsgerichts sind nach diesem Maßstab verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden.

##### *aa. Erfolgsaussichten der Hauptsache*

Das Gericht hat zwar lediglich eine vorläufige Prüfung der Rechtmäßigkeit der in der Hauptsache angegriffenen kommunalaufsichtlichen Bescheide des Regierungspräsidiums vorgenommen. Zu einer abschließenden Prüfung war es verfassungsrechtlich indes - entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin - nicht verpflichtet. In einem Fall, in dem der Suspensiv-effekt eines Rechtsbehelfs gegen einen belastenden Verwaltungsakt in Rede steht, geht es im Kern verfassungsrechtlich stets um eine Abwägung des öffentlichen Interesses an der sofortigen Vollziehung einerseits und des Interesses des Rechtsschutzsuchenden an der Aussetzung der Vollziehung bis zur Entscheidung in der Hauptsache andererseits (vgl. BVerfGE 79, 69 [74 f.]; 93, 1 [14]; BVerfGK 5, 237 [241 f.] bezogen auf einstweiligen Rechtsschutz nach § 123 VwGO).

Das Oberverwaltungsgericht hat die Erfolgsaussichten in der Hauptsache eingehend geprüft und ist zu dem Ergebnis gelangt, dass eine offensichtliche Rechtswidrigkeit der in der Hauptsache angegriffenen kommunalaufsichtlichen Entscheidungen nicht festzustellen sei. In diesem Zusammenhang hat es einerseits ausgeführt, dass die Beschlüsse des Stadtrates der Beschwerdeführerin voraussichtlich rechtswidrig seien, da ein weiteres Zuwarten mit der Umsetzung des Bürgerentscheids rechtlich nicht mehr vertretbar sei. Auf der anderen Seite hat sich das Oberverwaltungsgericht eingehend mit der Frage des Status der Welterbekonvention und der Wirkung von Beschlüssen des Welterbekomitees im deutschen Recht sowie deren Bedeutung für die Entscheidung des Falles auseinandergesetzt. Selbst wenn das Gericht im Hauptsacheverfahren zu dem Ergebnis kommen sollte, dass die Welterbekonvention - auch unter Beachtung der zusätzlichen föderalen Besonderheiten des Falles - auf der Grundlage von Art. 59 Abs. 2 GG formal wirksam in die deutsche Rechtsordnung transformiert worden ist, stünden völkervertragliche Verpflichtungen einer Entscheidung für die Umsetzung des Bürgerentscheids nicht notwendig entgegen. Die Welterbekonvention, in der die Idee eines internationalen Kulturgüterschutzes zum Ausdruck kommt, bietet nach Konzeption und Wortlaut keinen absoluten Schutz gegen jede Veränderung der eingetragenen Stätten des Kultur- und Naturerbes. Die Vertragsstaaten des Übereinkommens haben ausdrücklich die Souveränität der Staaten, in deren

Hoheitsgebiet sich die geschützten Stätten befinden, und die bestehenden Eigentumsrechte anerkannt (Art. 6 Abs. 1 der Welterbekonvention); die Erfüllung des Schutzauftrages ist zuvörderst Aufgabe der Vertragsstaaten (Art. 4); der Schutzauftrag konkretisiert sich in seiner internationalen Dimension in der "Einrichtung eines Systems internationaler Zusammenarbeit und Hilfe, das die Vertragsstaaten in ihren Bemühungen um die Erhaltung und Erfassung [des Kultur- und Naturerbes] unterstützten soll" (Art. 7). In Anbetracht dieses völkerrechtlichen Rahmens ist es verfassungsrechtlich möglich, dass sich der in einer förmlichen Abstimmung festgestellte Bürgerwille, als authentische Ausdrucksform unmittelbarer Demokratie, in einem Konflikt über die planerische Fortentwicklung einer Kulturlandschaft durchsetzt. Dies gilt jedenfalls dann, wenn zuvor in einem Verhandlungsprozess erfolglos nach einer Kompromisslösung gesucht wurde. Als Folge müssen dann gleichwohl die möglichen Nachteile aus der Entscheidung - wie etwa der Verlust des Welterbestatus und ein damit einhergehender Ansehensverlust - in Kauf genommen werden.

#### *bb. Irreversible Schäden*

Die Beschwerdeführerin hat zudem weder im fachgerichtlichen Verfahren noch in der Verfassungsbeschwerde substantiiert begründet, in welchen subjektiven Rechten ihr durch den Sofortvollzug der kommunalaufsichtlichen Maßnahme eine irreversible Verletzung drohen soll. Dass aus dem Status des Dresdner Elbtals als Weltkulturerbe, dessen Verlust durch den Bau der Brücke drohen könnte, eine subjektive Berechtigung der Beschwerdeführerin folgen würde, ist weder dargelegt noch ersichtlich. Selbst wenn ihr Vorbringen zu Art. 2 Abs. 1 GG als in der Sache nach zur kommunalen Selbstverwaltungsgarantie des Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG gehörig aufgefasst werden würde, folgte daraus keine abweichende verfassungsrechtliche Würdigung. Die Selbstverwaltungsgarantie ist – anders als das Grundrecht des Art. 2 Abs. 1 GG – von

vornherein nur im Rahmen der Gesetze, zu denen auch die landesrechtlichen Vorschriften über die Kommunalaufsicht und den Bürgerentscheid gehören, gewährleistet.

#### *II. Rechtliches Gehör*

Das der Beschwerdeführerin zustehende Recht auf rechtliches Gehör gemäß Art. 103 Abs. 1 GG (vgl. BVerfGE 13, 132 [139 f.]; 61, 82 [104]) ist nicht verletzt. Der Gehörsgrundsatz verpflichtet die Gerichte, die Ausführungen der Prozessbeteiligten zur Kenntnis zu nehmen und in Erwägung zu ziehen, nicht jedoch der von dem Beteiligten vertretenen Rechtsansicht zu folgen (vgl. BVerfGE 64, 1 [12]; 87, 1 [33]). Aus Art. 103 Abs. 1 GG folgt auch keine Pflicht der Gerichte, sich mit jedem Vorbringen in den Entscheidungsgründen ausdrücklich zu befassen (vgl. BVerfGE 65, 293 [295]; 86, 133 [145 f.]; 96, 205 [216]; stRspr).

Anhaltspunkte dafür, dass das Oberverwaltungsgericht das Vorbringen der Beschwerdeführerin zu ihren weiteren Bemühungen um eine "einvernehmliche Lösung" nicht berücksichtigt habe, sind nicht ersichtlich. Das Gericht hat in den Gründen seiner Entscheidung ausgeführt, dass ein weiteres Zurückstellen des Vollzugs des Bürgerentscheids nicht schon wegen weiterer und mit dem Ziel einer einvernehmlichen Lösung von Bürgerentscheid und Welterbekonvention geführter Gespräche gerechtfertigt sein dürfte. Weiter wird dort ausgeführt, dass die Beschwerdeführerin zwar wohl zunächst berechtigt gewesen sei, die Vergabe von Bauleistungen auszusetzen. Angesichts der nunmehr über einen längeren Zeitraum erfolglosen Einigungsbemühungen sei eine weitere Zurückstellung der angegriffenen Vergabeentscheidungen mit Blick auf den bindenden Bürgerentscheid jedoch nicht mehr angemessen, woran auch die Verlängerung der Vergabefristen nichts ändere. Das Oberverwaltungsgericht setzt sich damit ausdrücklich mit der Frage einer weiteren Nichtbeachtung des Bürgerentscheids zum Zwecke einer einvernehmlichen Lösung auseinander.

### **Standort: Baurecht**

### **Problem: Gebietserhaltungsanspruch für Gebietsnachbarn**

BAYVGH, URTEIL VOM 14.07.2006  
1 BV 03.2179 (BAYVBL 2007, 334)

#### **Problemdarstellung:**

Im vorliegenden Fall hatte sich der BayVGH mit Abwehransprüchen eines Nachbarn gegen ein Bauvorhaben zu beschäftigen. Allerdings lag dem Urteil nicht die "klassische" Variante zugrunde, in der sich ein Grundstückseigentümer gegen einen emittierenden Betrieb wehrt, sondern es versuchte umgekehrt der Betreiber einer emittierenden Anlage zu verhindern, dass Wohnbebauung herannaht, weil er für die Zukunft negative Auswirkungen auf seinen Gewerbebe-

trieb befürchtete (etwa in Form von strengeren Auflagen zum Schutz der dann angrenzenden Wohnbevölkerung).

In der Rspr. ist anerkannt, dass die in einem Bebauungsplan nach §§ 30 I, III BauGB i.V.m. 1 III 2, 2-14 BauNVO festgesetzten Baugebiete einen sogen. "Gebietserhaltungsanspruch" vermitteln, Kraft dessen jeder Eigentümer das Recht hat, sich gegen eine "schleichende Umwandlung" des Gebiets durch Zulassung einer gebietsfremden Nutzung zur Wehr zu setzen (zum Ganzen: BVerwGE 94, 151; 101, 364). Gleiches ist für sogen. "faktische Baugebiete" i.S.d. § 34 II BauGB anerkannt, also solche, die zwar nicht Kraft

eines Bebauungsplans, wohl aber faktisch einem der in §§ 2-14 BauNVO genannten Baugebiete entsprechen.

Anerkannt ist ein solcher Gebietserhaltungsanspruch aber nur für solche Eigentümer, deren Grundstücke innerhalb des Geltungsbereichs des Bebauungsplans (bzw. des "faktischen Baugebiets") liegen. Wie nun, wenn - wie hier - ein Eigentümer aus einem anderen, angrenzenden Gebiets um die Erhaltung "seines" Baugebiets fürchtet? Diese Frage ist umstritten. Die wohl h.M. bejaht auch für solche "Gebietsnachbarn" einen Gebietserhaltungsanspruch. Der BayVGH vertritt hier jedoch die Gegenansicht, wonach ein solcher allenfalls in Betracht komme, wenn die Gemeinde dies im Bebauungsplan explizit vorgesehen habe (was ihr im Rahmen ihres planerischen Ermessens durchaus möglich sei). Im "faktischen Baugebiet" nach § 34 II BauGB kann es einen Gebietserhaltungsanspruch für Gebietsnachbarn nach dieser Ansicht also schon mangels eines Bebauungsplans nicht geben.

Nachdem ein Gebietserhaltungsanspruch ausschied, setzt sich der VGH - aus seiner Sicht konsequent - mit anderen Abwehransprüchen auseinander, insbesondere dem Gebot der Rücksichtnahme. Der Senat stellt fest, dass nicht nur der emittierende Betrieb auf die Wohnbebauung Rücksicht zu nehmen hat, sondern auch die Wohnbebauung auf die Belange des emittierenden Betriebes. In diesem Rahmen stellt er Herleitung und Umfang des "Gebots der Rücksichtnahme" sehr anschaulich dar. Allerdings war die Wohnbebauung im konkreten Fall im Ergebnis nicht rücksichtslos, so dass die Klage mangels Rechtsverletzung des Klägers abgewiesen werden musste (vgl. § 113 I 1 VwGO).

#### **Prüfungsrelevanz:**

Die Suche nach einem drittschützendem Recht ist das vorherrschende Problem im Baunachbarrecht, das sich in aller Regel schon in der Zulässigkeit eines Rechtsbehelfs (Stichworte: Klage-, Antrags- und Widerspruchsbefugnis) stellt. Der Gebietserhaltungsanspruch aus §§ 30 I, III BauGB i.V.m. 1 III 2, 2-14 BauNVO (beplanter Bereich) sowie aus §§ 34 II BauGB i.V.m. §§ 2-14 BauNVO ("faktisches Baugebiet" im unbeplanten Innenbereich) ist ein solches. Hierzu sei angemerkt, dass hingegen aus § 35 BauGB (unbeplanter Außenbereich) kein Gebietserhaltungsanspruch folgen soll, auch nicht aus § 35 I BauGB zugunsten der privilegierten Vorhaben (BVerwG, RA 1999, 653 = DÖV 2000, 81 = NuR 1999, 694 = BRS 62 Nr. 189; st.Rspr.).

Das "Gebot der Rücksichtnahme" ist kein eigenes, selbst Drittschutz verleihendes Rechtsinstitut, sondern - genau wie der Gebietserhaltungsanspruch - immer nur in Verbindung mit einer Norm, aus der es sich ableiten lässt, drittschützend. Neben dem "Einfügen" nach § 34 I BauGB ist dies für die "Unzumutbarkeit" in § 15 I 2 BauNVO und die "nachbarlichen Interes-

sen" in § 31 II BauGB sowie die "schädlichen Umwelteinwirkungen" in § 35 III Nr. 3 BauGB allgemein anerkannt. Im vorliegenden Fall kamen sowohl § 34 I BauGB als auch § 15 I 2 BauNVO als auch § 35 III Nr. 3 BauGB in Betracht; der VGH konnte daher offen lassen, *welcher* Norm genau sich das Rücksichtnahmegebot hier entnehmen ließ; mitnichten hat das Gericht hingegen auf die gebotene Herleitung aus einer Norm insgesamt verzichtet. Die RA hat über Fälle zum Rücksichtnahmegebot immer wieder berichtet (zuletzt RA 2006, 137; vgl. ferner die Vertiefungshinweise).

#### **Vertiefungshinweise:**

Herleitung des Gebietsbewahrungsanspruchs in Gebieten nach § 30 BauGB und § 34 II BauGB: *BVerwGE* 94, 151; 101, 364; *BVerwG*, NVwZ-RR 1997, 463; NVwZ 2000, 679

Zur Erstreckung des Gebietsbewahrungsanspruchs auf Gebietsnachbarn: *VGH BW*, BRS 58 Nr. 160; *VBIBW* 2001, 487; *OVG NW*, NVwZ-RR 2003, 818; *Mampel*, *BauR* 2003, 1824, 1827; *Schütz*, *VBIBW* 2002, 371

Zum Gebot der Rücksichtnahme bei § 34 I BauGB: *BVerwG*, NVwZ 1999, 879; NVwZ-RR 1998, 540; NVwZ-RR 1997, 516; *VGH Kassel*, NVwZ-RR 2000, 570; *OVG Hamburg*, RA 2002, 263 = NVwZ 2002, 494

Zum Gebot der Rücksichtnahme aus § 15 I 2 BauNVO: *BVerwG*, RA 2001, 453 = NVwZ 2001, 813

Weitere Entscheidungen zum Rücksichtnahmegebot: *OVG Münster*, RA 1999, 242 = NWVBI 1999, 141 (Stellplätze); *VG Karlsruhe*, NVwZ-RR 2000, 144 (Spielplatz)

#### **Kursprogramm:**

*Examenskurs* : "Windkraft contra Nachbarschaft"

#### **Leitsätze:**

**1. Ein Gebietsbewahrungsanspruch in dem von der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts entwickelten Sinn kann einem Eigentümer, dessen Grundstück sich außerhalb des Baugebiets befindet, nicht zustehen.**

**2. Die Gemeinde kann mit einer Baugebietsfestsetzung den Zweck verfolgen, auch "Gebietsnachbarn" einen Anspruch auf Gebietserhaltung zu geben.**

**3. Zu der Frage, ob die Pflicht des Betreibers eines unter die Störfall-Verordnung (12. BImSchV) fallenden Betriebsbereichs, die Auswirkungen eines "Dennoch-Störfalls" zu begrenzen (§ 3 Abs. 3 der 12. BImSchV), die Verpflichtung zur Einhaltung eines Sicherheitsabstandes umfasst.**

**4. Zu den Fragen, ob und unter welchen Voraussetzungen die Errichtung eines Wohnbauvorhabens in**



**dem "Abstandsbereich" eines unter die Störfall-Verordnung (12. BImSchV) fallenden Betriebsbereichs das Gebot der Rücksichtnahme verletzen kann.**

#### **Sachverhalt:**

Die Klägerin wendet sich gegen zwei dem Beigeladenen zu 1 erteilte Vorbescheide sowie gegen zwei den Beigeladenen zu 2 und 3 erteilte Baugenehmigungen betr. die Errichtung von Wohngebäuden und Garagen. Die Klägerin betreibt im Gemeindegebiet des Beigeladenen zu 4 ein Chemiewerk. In dem Werk werden Katalysatoren unter Verwendung von Kupfer, Zink, Chrom, Nickel und anderen Schwermetallen hergestellt. Es handelt sich um eine Anlage zur Herstellung von Stoffen oder Stoffgruppen durch chemische Umwandlung im Sinn von Nr. 4.1 der Anlage zur Vierten Verordnung zur Durchführung des Bundes-Immissionsschutzgesetzes (4. BImSchV). Außerdem fällt der Betrieb unter die Zwölfte Verordnung zur Durchführung des Bundes-Immissionsschutzgesetzes ("Störfall-Verordnung" - 12. BImSchV).

#### **Aus den Gründen:**

Die Berufungen sind zulässig, aber nicht begründet. Soweit die Berufungen nicht schon deswegen zurückzuweisen sind, weil die Anfechtungsklagen unzulässig geworden sind, haben die Rechtsmittel keinen Erfolg, weil das Verwaltungsgericht die Klagen zu Recht als unbegründet abgewiesen hat.

#### **A. Zulässigkeit der ursprünglichen Klage**

##### **I. Wegfall des Rechtsschutzinteresses einer Klage gegen einen Bauvorbescheid bei bestandskräftiger Baugenehmigung**

Soweit sich die mit den Berufungen weiterverfolgten Anfechtungsklagen gegen die beiden Vorbescheide richten und diese Bescheide das Grundstück Fl.Nr. 234/1 betreffen, sind die Rechtsmittel schon deswegen unbegründet, weil die Klagen insoweit wegen Wegfalls des Rechtsschutzinteresses unzulässig geworden sind. Nach den Angaben der Beteiligten in der mündlichen Verhandlung liegt für das Doppelhaus auf dem Grundstück Fl.Nr. 234/1, dessen bauplanungsrechtliche Zulässigkeit in den Vorbescheiden positiv beurteilt wurde, eine der Klägerin gegenüber bestandskräftige Baugenehmigung vor. Damit könnte die Klägerin ihre Rechtsstellung gegenüber diesem Vorhaben des Beigeladenen zu 1 durch einen Erfolg der Anfechtungsklagen gegen die Vorbescheide nicht mehr verbessern.

##### **II. Erledigung eines Bauvorbescheids nach Ablauf der Geltungsdauer**

Der Senat lässt offen, ob das Rechtsschutzinteresse für die Klagen gegen die beiden Vorbescheide darüber

hinaus auch deswegen entfallen ist, weil sich die Vorbescheide wegen Ablaufs ihrer dreijährigen Geltungsdauer (Art. 75 Abs. 1 Satz 2 BayVO) erledigt haben, soweit die Bindungswirkung der Bescheide nicht - im Hinblick auf noch nicht bestandskräftige Baugenehmigungen - noch von rechtlicher Bedeutung ist. Ob eine Erledigung durch Zeitablauf (Art. 43 Abs. 2 Alternative 4 BayVwVfG) eingetreten ist, hängt davon ab, ob die Vorschrift des Art. 77 Abs. 1 Halbsatz 2 BayBO, der zufolge die Einlegung eines Rechtsbehelfs den Lauf der Frist für die Geltungsdauer einer Baugenehmigung bis zur Unanfechtbarkeit der Genehmigung hemmt, auf den Vorbescheid entsprechend anzuwenden ist, obwohl Art. 75 Abs. 2 Halbsatz 1 BayBO zwar auf verschiedene die Baugenehmigung betreffende Vorschriften, nicht aber auf Art. 77 Abs. 1 Halbsatz 2 BayBO verweist. Diese nicht ohne Weiteres zu beantwortende und umstrittene Frage (vgl. einerseits - mit unterschiedlichen Begründungen - bejahend: Bauer, in: Simon/Busse, BayBO, Art. 75 RdNr. 5; Koch/Molodovsky/Famers, BayBO, Art. 75 Anm. 6.1; Dirnberger, in: Jäde/Dirnberger/Bauer/Weiß, Die neue Bayerische Bauordnung, Art. 75 RdNr. 48; andererseits - im Hinblick auf den klaren Wortlaut - verneinend: Schwarzer/König, BayBO, 2. Aufl., Art. 75 RdNr. 11; Jäde, Anmerkung zu BayVGH vom 29.11.1999, BayVBl. 2000, 314) muss nicht entschieden werden, weil die Anfechtungsklagen jedenfalls unbegründet sind.

##### **B. Begründetheit der ursprünglichen Klage**

Das Verwaltungsgericht hat die Anfechtungsklagen jedenfalls deswegen zu Recht abgewiesen, weil die Vorbescheide vom 22.11.2001 und 16.1.2003, die Baugenehmigungen vom 29.10.2002 und 11.6.2002 sowie die Widerspruchsbescheide vom 27.3.2002, 11.3.2003, 30.4.2003 und 3.7.2003 die Klägerin nicht in ihren Rechten (§ 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO) verletzen. Der Klägerin steht weder ein Gebietsbewahrungsanspruch in dem von der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts entwickelten Sinn noch ein "baugebietsübergreifender Gebietsbewahrungsanspruch" zu. Die Bescheide verstoßen auch nicht gegen das bauplanungsrechtliche Gebot der Rücksichtnahme.

##### **I. Gebietsbewahrungsanspruch**

Die Klägerin hat gegen die Bauvorhaben kein Abwehrrecht aufgrund eines Gebietsbewahrungsanspruchs, weil sich ihr Betriebsgelände und die Baugrundstücke der Beigeladenen zu 1 bis 3 nicht in demselben Baugebiet befinden.

##### **1. Herleitung und Umfang**

Der Gebietsbewahrungsanspruch gibt den Eigentümern von Grundstücken, die in einem durch Bebauungsplan festgesetzten Baugebiet (§ 9 Abs. 1 Nr. 1 BauGB, § 1 Abs. 3, §§ 2 bis 14 BauNVO) oder in ei-

nem "faktischen" Baugebiet (§ 34 Abs. 2 BauGB, §§ 2 bis 14 BauNVO) liegen, das Recht, sich gegen Vorhaben zur Wehr zu setzen, die in dem Gebiet hinsichtlich der Art der baulichen Nutzung nicht zulässig sind. Der Anspruch beruht auf der drittschützenden Wirkung, die eine Baugebietsfestsetzung in einem Bebauungsplan bzw. § 34 Abs. 2 BauGB in Verbindung mit den Baugebietsvorschriften der Baunutzungsverordnung gegenüber den Eigentümern aller Grundstücke im (faktischen) Baugebiet haben. Diese Schutzwirkung ist auch bei einem durch Bebauungsplan festgesetzten Baugebiet nicht vom Planungswillen der Gemeinde abhängig, sondern gesetzlich vorgegeben. § 9 Abs. 1 Nr. 1 BauGB ermächtigt nur zu einer im genannten Umfang drittschützenden Baugebietsfestsetzung. Diese Auslegung der Ermächtigungsgrundlage bzw. von § 34 Abs. 2 BauGB ist geboten, weil die Grundstückseigentümer durch die Lage ihrer Anwesen in demselben Baugebiet zu einer Gemeinschaft verbunden sind, bei der jeder in derselben Weise berechtigt und verpflichtet ist. Die dem Einzelnen auferlegten Beschränkungen bei der Nutzung seines Grundstücks erscheinen deswegen gerechtfertigt, weil die Nutzung der anderen Grundstücke im Gebiet in derselben Weise beschränkt ist. Im Hinblick auf diese wechselseitig wirkende Bestimmung von Inhalt und Schranken des Grundeigentums (Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG) hat jeder Eigentümer - unabhängig davon, ob er tatsächlich beeinträchtigt ist - das Recht, sich gegen eine "schleichende Umwandlung" des Gebiets durch Zulassung einer gebietsfremden Nutzung zur Wehr zu setzen (zum Ganzen: BVerwGE 94, 151; 101, 364).

## 2. Erstreckung auf Gebietsnachbarn

Da der "Gebietsbewahrungsanspruch" auf der durch eine Baugebietsfestsetzung bewirkten bzw. aus der Lage in einem faktischen Baugebiet folgenden wechselseitigen Eigentumsbindung beruht, kann der Anspruch einem Eigentümer, dessen Grundstück sich außerhalb des Baugebiets befindet, nicht zustehen (VGH BW, BRS 58 Nr. 160). Der obergerichtlichen Rechtsprechung, die den kraft Gesetzes bestehenden Gebietsbewahrungsanspruch in Einzelfällen auf Eigentümer erstreckt, deren Grundstücke zwar im Geltungsbereich desselben Bebauungsplans, aber in einem anderen Baugebiet liegen (VGH BW, VBIBW 2001, 487 [ablehnend Schütz, VBIBW 2002, 371]; OVG NW, NVwZ-RR 2003, 818), ist nicht zu folgen. Der Klägerin steht ein Gebietsbewahrungsanspruch in dem dargelegten Sinn somit schon deswegen nicht zu, weil sich ihr Betriebsgelände und die Baugrundstücke - jeweils unabhängig davon, wie der bauplanungsrechtliche Status dieser Flächen im Einzelnen einzustufen ist - nicht in demselben Baugebiet befinden.

Im Übrigen lägen auch die Voraussetzungen, unter denen die zitierten obergerichtlichen Entscheidungen einen vom Planungswillen der Gemeinde unabhängigen

Gebietsbewahrungsanspruch eines "Gebietsnachbarn" annehmen, nicht vor. Denn das Betriebsgelände der Klägerin und die Baugrundstücke der Beigeladenen zu 1 bis 3 liegen auch nicht im Geltungsbereich eines mehrere Baugebiete umfassenden Bebauungsplans.

## II. Kein "baugebietsübergreifender Gebietsbewahrungsanspruch"

Die Klägerin hat auch keinen "baugebietsübergreifenden Gebietsbewahrungsanspruch".

### 1. Möglichkeit der Gemeinde zur Erstreckung des Gebietsbewahrungsanspruchs auf Gebietsnachbarn im Bebauungsplan

Die Tatsache, dass die - auf die Grundstücke im Baugebiet begrenzte - drittschützende Wirkung einer Baugebietsfestsetzung durch die Ermächtigungsgrundlage des § 9 Abs. 1 Nr. 1 BauGB vorgegeben ist, schließt nicht aus, dass die Gemeinde mit einer Baugebietsfestsetzung den Zweck verfolgen kann, auch "Gebietsnachbarn" einen Anspruch auf Gebietserhaltung zu geben.

### 2. Ermittlung eines entsprechenden planerischen Willens erforderlich

Ob einer Baugebietsfestsetzung eine derartige über die Gebietsgrenze hinausreichende drittschützende Wirkung zukommt, hängt - wie der Nachbarschutz durch andere Bebauungsplanfestsetzungen - davon ab, ob sich der Begründung des Bebauungsplans oder anderen Unterlagen des Planaufstellungsverfahrens ein entsprechender Planungswille der Gemeinde entnehmen lässt (BayVGH, BayVBl. 1998, 532; OVG RhPf, BauR 2000, 527; NdsOVG, ZfBR 2002, 280). Hieraus folgt, dass ein "baugebietsübergreifender Gebietsbewahrungsanspruch" bei einem "faktischen" Baugebiet nicht in Betracht kommt. Denn nur eine Baugebietsfestsetzung kann von dem Willen getragen sein, Gebietsnachbarn einen von der tatsächlichen Beeinträchtigung unabhängigen Schutzanspruch zu geben (BayVGH vom 12.11.2002, 1 B 95.4128, juris).

Nach diesen Maßstäben steht der Klägerin schon deswegen kein "baugebietsübergreifender Gebietsbewahrungsanspruch" zu, weil es sich bei dem Gebiet westlich der W.-Straße und beidseits der A.-Straße, in dem die Grundstücke der Beigeladenen zu 1 bis 3 liegen, allenfalls um ein "faktisches" Baugebiet handelt [wird ausgeführt].

## III. Gebot der Rücksichtnahme

Die Baugenehmigung verstößt auch nicht gegen das nachbarschützende bauplanungsrechtliche Rücksichtnahmegebot.

### 1. Herleitung

Das Rücksichtnahmegebot ist unabhängig davon zu

beachten, nach welcher Vorschrift die Bauvorhaben der Beigeladenen zu 1 bis 3 bauplanungsrechtlich zu beurteilen sind. Findet § 34 Abs. 1 BauGB Anwendung, weil die Baugrundstücke innerhalb eines im Zusammenhang bebauten Ortsteils liegen und in der Umgebung Wohnen und Gewerbe ohne die ein Mischgebiet kennzeichnende, etwa gleichgewichtige Mischung dieser beiden Nutzungsarten vorhanden sind, ist das Gebot der Rücksichtnahme Teil des nach Satz 1 dieser Vorschrift maßgebenden Einfügungsgebots. Richtet sich die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit nach § 34 Abs. 2 BauGB, weil die vorhandenen Nutzungsarten einem allgemeinen Wohngebiet (§ 4 BauNVO) oder einem Mischgebiet (§ 6 BauNVO) entsprechen, ergibt sich die Verpflichtung zur Rücksichtnahme aus § 34 Abs. 2 BauGB i.V.m. § 15 Abs. 1 Satz 2 BauNVO (BVerwG, NJW 1992, 1779). Ist ein Teil der Vorhaben auf den südlich der A-Straße gelegenen Grundstücken nach § 35 Abs. 2 und 3 BauGB zu beurteilen, weil diese Flächen (noch) im Außenbereich liegen, ist das Rücksichtnahmegebot im Hinblick auf schädliche Umwelteinwirkungen als öffentlicher Belang nach § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 BauGB (BVerwG, BauR 2001, 83; BVerwGE 52, 122) und für nicht von § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 BauGB erfasste unzumutbare Auswirkungen als weiterer, in dem nicht abschließenden Katalog des § 35 Abs. 3 BauGB nicht aufgeführter öffentlicher Belang zu beachten (BVerwG, NVwZ 1994, 686).

## 2. Umfang

Welche Anforderungen das Gebot der Rücksichtnahme begründet, hängt von den Umständen des Einzelfalles ab.

### a. Abwägungsgebot

Je empfindlicher und schutzwürdiger die Stellung desjenigen ist, dem die Rücksichtnahme zugute kommt, umso mehr kann er an Rücksichtnahme verlangen. Je verständlicher und unabweisbarer die mit dem Vorhaben verfolgten Interessen sind, umso weniger braucht derjenige, der das Vorhaben verwirklichen will, Rücksicht zu nehmen. Für die sachgerechte Beurteilung des Einzelfalles kommt es deshalb wesentlich auf eine Abwägung zwischen dem an, was einerseits dem Rücksichtnahmebegünstigten und andererseits dem Rücksichtnahmepflichtigen nach Lage der Dinge zuzumuten ist (BVerwG, a.a.O.).

### b. Geltung auch für nicht emittierende Bauvorhaben

In Bereichen, in denen Nutzungen unterschiedlicher Art mit unterschiedlicher Schutzwürdigkeit zusammentreffen, ist die Grundstücksnutzung mit einer spezifischen gegenseitigen Pflicht zur Rücksichtnahme belastet (BVerwG, NVwZ 1984, 646; NVwZ 1991, 64). Dies führt nicht nur zu einer Verpflichtung desjenigen, der Beeinträchtigungen verursacht, sondern auch zu einer Duldungspflicht desjenigen, der sich

solchen Beeinträchtigungen aussetzt (vgl. BVerwGE 98, 235).

Nicht nur Vorhaben, von denen Beeinträchtigungen ausgehen (vgl. § 15 Abs. 1 Satz 2 Alternative 1 BauNVO), sondern auch solche, die an eine emittierende Anlage heranrücken und sich deren störenden Einwirkungen aussetzen (vgl. § 15 Abs. 1 Satz 2 Alternative 2 BauNVO), können gegen das Rücksichtnahmegebot verstoßen (BVerwG, NVwZ 1993, 1184; BauR 2001, 83).

### 3. Anforderungen an Rücksichtslosigkeit herannahender Bebauung

Zur Bestimmung der Grenze der Zumutbarkeit von Umwelteinwirkungen ist auf die Begriffsbestimmungen (Begriff der schädlichen Umwelteinwirkungen in § 3 Abs. 1 BImSchG) und die materiellrechtlichen Maßstäbe des Immissionsschutzrechts (§ 5 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, § 22 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG) zurückzugreifen. Das Bundes-Immissionsschutzgesetz legt diese Grenze und damit das Maß der gebotenen Rücksichtnahme mit Wirkung auch für das Baurecht im Umfang seines Regelungsbereiches grundsätzlich allgemein fest (BVerwG, BayVBl. 2000, 632 = NVwZ 2000, 1050). Die Zumutbarkeitsschwelle wird grundsätzlich überschritten, wenn die Störungen oder Belästigungen unter Berücksichtigung der konkreten Verhältnisse erheblich im Sinne von § 3 Abs. 1, § 5 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BImSchG sind. "Faktische Vorbelastungen" können sich dabei schutzmindernd auswirken. Soll ein Wohnbauvorhaben in unmittelbarer Nachbarschaft zu einer vorhandenen emissionsträchtigen Anlage errichtet werden, kann der Schutz des Wohnens infolge dieser "Situationsbelastung" einen geringeren Stellenwert haben. Beeinträchtigungen, die innerhalb eines Wohngebiets nicht hinzunehmen wären, können in einer solchen Lage noch zumutbar sein (BVerwG, a.a.O.). Umgekehrt folgt aus dem im Rücksichtnahmegebot angelegten Prinzip der Gegenseitigkeit aber auch, dass der Betreiber einer dem Immissionsschutzrecht unterliegenden Anlage nicht darauf vertrauen darf, vor Auflagen zum Schutz vor heranrückender Wohnbebauung vor Immissionen verschont zu bleiben. Zieht allerdings eine beabsichtigte Wohnbebauung eine Verschärfung immissionsschutzrechtlicher Anforderungen für den Betreiber einer Anlage nach sich, wird das Vorhaben in der Regel rücksichtslos sein (BVerwG, NVwZ 1986, 469; BayVGH, BayVBl. 1991, 694). Dagegen liegt bei einer Anlage, die die Grenzwerte nach den Vorgaben des Immissionsschutzrechts einhält, regelmäßig kein Verstoß gegen das Rücksichtnahmegebot vor (BVerwG, NVwZ 2000, 165). Bei einer an eine emissionsträchtige Anlage "heranrückenden" Wohnbebauung kommt es auch darauf an, ob die Anlage aufgrund einer schon vorhandenen schutzwürdigen Bebauung ohnehin schon Rücksicht nehmen muss.

#### 4. Subsumtion

Nach diesen Maßstäben werden schutzwürdige Belange der Klägerin nicht unzumutbar beeinträchtigt. Die Wohnbauvorhaben sind weder einer unzumutba-

ren, von dem Betrieb der Klägerin ausgehenden Lärmbelastung noch unzumutbaren Gefahren durch die Folgen eines Störfalls im Betrieb der Klägerin ausgesetzt [wird ausgeführt].

### Standort: Art. 20a GG

### Problem: Schächten contra Tierschutz

BVERWG, URTEIL VOM 23.11.2006  
3 C 30.05 (NVwZ 2007, 461)

#### Problemdarstellung:

Das BVerwG nimmt in der vorliegenden Entscheidung Stellung zu der Frage, ob die in § 4a II 2 Nr. 2, 2. Fall TierSchG vorgesehene Möglichkeit, Angehörigen von Religionsgemeinschaften, denen zwingende Vorschriften ihrer Religion den Genuss von Fleisch nicht geschächteter Tiere untersagen, eine Ausnahmegenehmigung zum betäubungslosen Schlachten von Rindern und Schafen zu erteilen, verfassungsgemäß ist. Bisher wurde diese Frage immer im Hinblick darauf erörtert, ob die Tatsache, dass überhaupt eine Erlaubnis erforderlich ist, ihre Erteilung im Ermessen der Behörde steht und sie zudem von strengen Tatbestandsvoraussetzungen abhängig gemacht wird, mit den Grundrechten der Betroffenen (vor allem Art. 4 I GG, aber auch Art. 12 I, 2 I und 3 I GG) vereinbar ist. Diese Frage hat die Rspr. stets bejaht (vgl. Vertiefungshinweise).

Nunmehr ging es um die Frage, ob die Norm nicht im Gegenteil deshalb verfassungswidrig sein könnte, weil der Tierschutz angesichts möglicher Ausnahmegenehmigungen für das Schächten von Tieren zu kurz komme. Art. 20a GG erklärt den Tierschutz immerhin zum Staatsziel. Das BVerwG meint allerdings, dass damit nicht die Aussage des Verfassungsgebers verbunden sei, der Tierschutz sei über alles zu stellen. Vielmehr sei er mit kollidierendem Verfassungsrecht, hier also den Grundrechten der Betroffenen, abzuwägen. Dabei müsse ein Ausgleich gefunden werden, der allen Interessen genüge (sogen. Optimierungsgebot im Wege "praktischer Konkordanz"). § 4a II 2 Nr. 2, 2. Fall TierSchG stelle einen solchen Kompromiss dar und sei daher auch unter Berücksichtigung der Ausstrahlungswirkung des Art. 20a GG verfassungsgemäß.

#### Prüfungsrelevanz:

Das Urteil kann sowohl in einer verwaltungsrechtlichen als auch in einer verfassungsrechtlichen Aufgabenstellung Verwendung finden. Geht es - wie hier - um den Anspruch auf Erteilung einer Schächtungsgenehmigung, wäre dieser mit der Verpflichtungsklage nach § 42 I, 2. Fall VwGO einzuklagen. Deren Begründetheit hängt davon ab, ob die Ablehnung der Genehmigung rechtswidrig ist (§ 113 V 1 VwGO), was wiederum der Fall wäre, wenn der Kläger einen Anspruch auf Erteilung der Erlaubnis hätte. § 4a II 2 Nr.

2, 2. Fall TierSchG kommt als (einzige) Anspruchsgrundlage in Betracht; dies jedoch nur, wenn die Norm ihrerseits wirksam ist. Die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit sollte also gutachtentechnisch schon in der Anspruchsgrundlage (und nicht, wie vom BVerwG hier vorgenommen, erst im Tatbestand) erfolgen. Dabei muss ggf. neben dem hier angesprochenen Art. 20a GG auch auf die Grundrechte der Betroffenen eingegangen werden. Die Verfassungsmäßigkeit des § 4a II 2 Nr. 2, 2. Fall TierSchG kann m.a.W. aus zweierlei Richtung angezweifelt werden: Zu wenig Tierschutz (Verstoß gegen Art. 20a GG) oder zu viel Tierschutz (Verstoß gegen Art. 4 I, 12 I, 2 I oder 3 I GG der Schächter). Beides ist mit der Rspr. i.E. zu verneinen, weil § 4a II 2 Nr. 2, 2. Fall TierSchG - wie erwähnt - die "praktische Konkordanz" der widerstreitenden Interessen wahrt.

In einer verfassungsrechtlichen Fallgestaltung könnte z.B. im Rahmen einer Verfassungsbeschwerde § 4a II 2 Nr. 2, 2. Fall TierSchG auf seine Verfassungsmäßigkeit hin zu untersuchen sein. Hier wäre ausschließlich von den Grundrechten auszugehen, denn nur einer Verletzung dieser - nicht aber eine Verletzung von Art. 20a GG - kann mittels Verfassungsbeschwerde gerügt werden, Art. 93 I Nr. 4a GG. In dieser Konstellation käme Art. 20a GG als (verfassungsimmanente) Schranke zur Anwendung, welche die Grundrechte zu beschränken geeignet ist und deshalb mit ihnen im Wege "praktischer Konkordanz" abgewogen werden muss.

Nebenbei sollte man sich merken, dass die Rspr. den Begriff der "Religionsgemeinschaften" aus § 4a II 2 Nr. 2, 2. Fall TierSchG recht weit interpretiert, dabei allerdings eine einheitliche Glaubensüberzeugung fordert. Dies hat zur Folge, dass z.B. nicht "der Islam" als Religionsgemeinschaft angesehen wird, weil es innerhalb desselben zu viele unterschiedliche Strömungen gibt, wohl aber die einzelnen Schulen (Sunniten, Schiiten, Ismaeliten usw.).

#### Vertiefungshinweise:

☐ Zur Schächtungsgenehmigung zwecks Gewinnung koscheren Fleisches: *BVerfGE* 104, 337 gegen *BVerwGE* 99, 1

☐ Verfassungsmäßigkeit des § 4a II 2 Nr. 2, 2. Fall TierSchG im Hinblick auf Grundrechte: *BVerwG*, RA 2001, 185 = DVBl 2001, 485; *VGH Kassel*, RA 2000, 497 = NVwZ 2000, 951; *Discher*, JuS 1996, 529

**Kursprogramm:**

Examenskurs : "Das Opferlamm"

**Leitsatz:**

**Die Aufnahme des Tierschutzes als Staatsziel in Art. 20a GG schließt es nicht aus, einem muslimischen Metzger eine Ausnahmegenehmigung nach § 4a Abs. 2 Nr. 2 Alt. 2 TierSchG zum betäubungslosen Schlachten (Schächten) von Rindern und Schafen zu erteilen, um seine Kunden entsprechend ihrer Glaubensüberzeugung mit Fleisch zu versorgen. Auf der Grundlage von § 4a Abs. 2 Nr. 2 TierSchG ist der erforderliche Ausgleich zwischen dem zur Staatszielbestimmung erhobenen Tierschutz und den betroffenen Grundrechten weiterhin so herzustellen, dass beide Wirkung entfalten können.**

**Sachverhalt:**

Der Kläger ist türkischer Staatsangehöriger und sunnitischer Muslim. Er lebt seit etwa 25 Jahren in der Bundesrepublik Deutschland und betreibt eine Metzgerei. Er macht geltend, zwingende religiöse Vorschriften untersagten ihm und seinen muslimischen Kunden den Verzehr des Fleisches von Tieren, die vor der Schlachtung betäubt worden sind. Für die Versorgung seiner muslimischen Kunden erhielt er deswegen bis Anfang September 1995 Ausnahmegenehmigungen zum Schlachten ohne Betäubung nach § 4a Abs. 2 Nr. 2 TierSchG. Im Hinblick auf das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 15. Juni 1995 (BVerwG 3 C 31.93), mit dem die Erteilung einer Ausnahmegenehmigung zur Versorgung von sunnitischen Muslimen mit Fleisch- und Wurstwaren abgelehnt worden war, verweigerte der Beklagte dem Kläger weitere Ausnahmegenehmigungen. Nach erfolglosigkeit der hiergegen eingelegten Rechtsmittel erhob der Kläger Verfassungsbeschwerde zum Bundesverfassungsgericht. Das Bundesverfassungsgericht hob durch Urteil vom 15. Januar 2002 1 BvR 1783/99 (BVerfGE 104, 337) die klageabweisenden Gerichtsentscheidungen auf und verwies die Sache an das Verwaltungsgericht zurück. Es stellte fest, dass die Entscheidungen, die die Erteilung einer Ausnahmegenehmigung zum Schächten ablehnten, den Kläger in seinem Grundrecht aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 4 Abs. 1 und 2 GG verletzen.

Das Verwaltungsgericht hat den Beklagten daraufhin verpflichtet, den Kläger unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts neu zu bescheiden. Die dagegen gerichteten Berufungen hat der Verwaltungsgerichtshof zurückgewiesen. Dem Kläger stehe dem Grunde nach ein Anspruch auf Erteilung der Ausnahmegenehmigung zu. Zwar sei die Bindungswirkung des Urteils des Bundesverfassungsgerichts infolge der Einfügung des Tierschutzes als Staatszielbestimmung in das Grundgesetz teilweise entfallen. Damit sei eine

Neubewertung des Tierschutzes und seines Verhältnisses zu anderen Rechtsgütern erforderlich geworden. Bezogen auf die grundrechtliche Ausgangslage entfalte das Urteil aber weiterhin Bindungswirkung. Es sei davon auszugehen, dass der Kläger in seinem Grundrecht aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 4 Abs. 1 GG betroffen sei. Auf dieser Grundlage sei die Erteilung der Ausnahmegenehmigung an den Kläger erforderlich, um den Bedürfnissen von Angehörigen einer islamischen Religionsgemeinschaft zu entsprechen, denen zwingende Vorschriften den Genuss von Fleisch nicht geschächteter Tiere untersagten. Der Begriff der Religionsgemeinschaft sei auch nach Einfügung des Staatszieles Tierschutz in das Grundgesetz so auszulegen, wie ihn das Bundesverfassungsgericht konkretisiert habe. Zu berücksichtigen sei auch, dass die Verwirklichung des Staatszieles Tierschutz in erster Linie dem Gesetzgeber obliege und dass dieser bisher keine Veranlassung gesehen habe, die gesetzlich vorgesehene Möglichkeit einer Ausnahmegenehmigung vom Verbot des betäubungslosen Schlachtens zu ändern. Der Kläger habe durch Vorlage mehrerer Stellungnahmen von Predigern und anderen religiösen Verantwortlichen sowie mehrerer hundert eidesstattlicher Versicherungen seiner Kunden dargelegt, dass die Voraussetzungen des Ausnahmetatbestandes gegeben seien. Die Sache sei aber noch nicht spruchreif, weil die Ausnahmegenehmigung mit sachgerechten Nebenbestimmungen inhaltlich auszugestalten sei. Mit seiner Revision verfolgt der Beklagte sein Begehren weiter.

**Aus den Gründen:**

Die Revision ist unbegründet, da das angefochtene Urteil nicht auf einer Verletzung von Bundesrecht beruht (§ 137 Abs. 1 Nr. 1 VwGO). Der Verwaltungsgerichtshof hat dem Kläger zu Recht einen Anspruch auf Neubescheidung seines Antrags auf Erteilung einer Ausnahmegenehmigung nach § 4a Abs. 2 Nr. 2 des Tierschutzgesetzes TierSchG zuerkannt.

**A. Anspruchsgrundlage**

Nach § 4a Abs. 1 TierSchG darf ein warmblütiges Tier nur geschlachtet werden, wenn es vor Beginn des Blutentzugs betäubt worden ist. Abweichend davon bedarf es keiner Betäubung, wenn die zuständige Behörde eine Ausnahmegenehmigung für ein Schlachten ohne Betäubung (Schächten) erteilt hat; sie darf die Ausnahmegenehmigung nur insoweit erteilen, als es erforderlich ist, den Bedürfnissen von Angehörigen bestimmter Religionsgemeinschaften im Geltungsbereich dieses Gesetzes zu entsprechen, denen zwingende Vorschriften ihrer Religionsgemeinschaft das Schächten vorschreiben oder den Genuss von Fleisch nicht geschächteter Tiere untersagen (§ 4a Abs. 2 Nr. 2 TierSchG).

*B. Tatbestand*

Diese Voraussetzungen liegen hier vor.

*I. Religionsgemeinschaft*

Wie der erkennende Senat in seinem Urteil vom 23. November 2000 (BVerwGE 112, 227) entschieden hat, verlangt § 4a Abs. 2 Nr. 2 TierSchG mit dem Begriff der Religionsgemeinschaft keine Gemeinschaft, die im Sinne des Art. 137 Abs. 5 WRV die Voraussetzungen für die Anerkennung als öffentlich rechtliche Körperschaft erfüllt oder gemäß Art. 7 Abs. 3 GG berechtigt ist, an der Erteilung von Religionsunterricht mitzuwirken. Für die Bewilligung einer Ausnahme nach § 4a Abs. 2 Nr. 2 TierSchG ist vielmehr ausreichend, dass der Antragsteller einer Gruppe von Menschen angehört, die eine gemeinsame Glaubensüberzeugung verbindet (vgl. a.a.O., S. 234 f.). Als Religionsgemeinschaften im Sinne des § 4a Abs. 2 Nr. 2 TierSchG kommen deshalb auch Gruppen innerhalb des Islam in Betracht, deren Glaubensrichtung sich von derjenigen anderer islamischer Gemeinschaften unterscheidet, wenn diese Glaubensrichtung für sich die zwingende Notwendigkeit des betäubungslosen rituellen Schächtens als anerkannte bindende Verhaltensregel betrachtet (vgl. a.a.O., S. 236).

An dieser Auslegung, die sich das Bundesverfassungsgericht in seinem Urteil vom 15. Januar 2002 (BVerfGE 104, 337) zu eigen gemacht hat, ist festzuhalten. Damit steht die Auffassung des Beklagten im Widerspruch, die insoweit maßgebliche Gruppe brauche eine bestimmte Verfasstheit und eine sichtbare Organisation. Das Abstellen auf die Glaubensüberzeugung der Religionsgemeinschaft soll der willkürlichen Durchbrechung des Betäubungsgebots unter Berufung auf eine individuelle Glaubenshaltung entgegenwirken. Dazu reicht die Feststellung, dass der Betreffende gemeinsam mit einer nennenswerten Zahl Gleichgesinnter aus seinem Glauben das zwingende Verbot des Verzehrs von Fleisch nicht geschächteter Tiere herleitet. Auf dieser Grundlage ist es zwar richtig, dass die gemeinsame Glaubensüberzeugung sich nicht allein auf das Schächten beschränken darf. Das bedeutet aber nicht, dass die Mitglieder der Religionsgemeinschaft im Sinne des § 4a Abs. 2 Nr. 2 TierSchG sich auch in anderen Fragen als dem Schächten von den allgemeinen Glaubensinhalten des Islam absetzen und unterscheiden müssten. Entscheidend ist vielmehr, ob eine Gruppe von Muslimen aus den Grundlagen ihrer Religion die zwingende Verpflichtung des Schächtens von Schlachttieren entnimmt.

*II. Zwingende Vorschrift*

Dies hat auch Auswirkungen auf den Begriff der „zwingenden Vorschriften“, auf den § 4a Abs. 2 Nr. 2 TierSchG weiter abstellt. Entgegen der Ansicht des Beklagten kommt es nicht darauf an, ob die Gemeinschaft als Organisation das betäubungslose Schlachten

dekretieren und den Mitgliedern aus eigener Machtvollkommenheit verbindlich auferlegen kann. Entscheidend ist vielmehr, ob die verbindende Glaubensüberzeugung diese Art des Schlachtens zwingend gebietet.

*III. Ausstrahlungswirkung des Art. 20a GG*

Die Änderung des Art. 20a GG gibt keinen Anlass, von der dargelegten Auslegung abzugehen.

*1. Tierschutz als Staatsziel*

§ 4a Abs. 2 Nr. 2 TierSchG ist weiterhin verfassungsgemäß. [...] Aufgrund der Einfügung des Tierschutzes in Art. 20a GG hat sich freilich die Frage der Verfassungsmäßigkeit der Anspruchsnorm des § 4a Abs. 2 Nr. 2 TierSchG verschoben. Während vorher der Schwerpunkt der Prüfung darin lag, ob das Verbot mit Erlaubnisvorbehalt eine unangemessene Einschränkung der Grundrechte des Klägers bewirkt, ist nunmehr auch und gleichsam gegenläufig zu prüfen, ob die ausnahmsweise Erlaubnis zum betäubungslosen Schlachten mit Art. 20a GG vereinbar ist.

*2. Herstellung praktischer Konkordanz mit Grundrechten der Betroffenen*

Auch wenn die Einfügung des Tierschutzes als Staatsziel eine verfassungsrechtliche Aufwertung gebracht hat, genießt dieser Belang keineswegs Vorrang gegenüber anderen Verfassungsgewährleistungen (vgl. dazu auch Urteil des Senats vom 14. April 2005 BVerwG 3 C 31.04 Buchholz 451.16 § 9 BJgdG Nr. 8). Vielmehr ist es vorrangig Aufgabe des Gesetzgebers, dieses Anliegen zu einem gerechten Ausgleich mit etwa widerstreitenden Grundrechten zu bringen. Dementsprechend muss die an enge Voraussetzungen zum Schutz der Religionsfreiheit geknüpfte Vorschrift im Tierschutzgesetz nach wie vor als Richtschnur des Gesetzgebers betrachtet werden, diesen Ausgleich zwischen Tierschutz und Religionsfreiheit so herzustellen, dass beide Wirkung entfalten können.

*3. Subsumtion*

Ziel der Regelung des § 4a Abs. 2 Nr. 2 TierSchG ist es, den Grundrechtsschutz gläubiger Juden und Muslime zu wahren, ohne damit die Grundsätze und Verpflichtungen eines ethisch begründeten Tierschutzes aufzugeben. Hieran hat sich durch die Verankerung des auch schon zuvor als „hoher Gemeinwohlbelang“ angesehenen Tierschutzes im Grundgesetz nichts geändert. Eine andere Betrachtung würde einen weder von der Verfassung vorgegebenen noch vom Gesetzgeber beabsichtigten Vorrang des Tierschutzes bedeuten und dazu führen, dass der Grundrechtsschutz gläubiger Juden und Muslime insoweit leerliefe. Durch die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts ist weiterhin uneingeschränkt vorgegeben, dass für einen Schlachter, dessen berufliche Tätigkeit durch die Ziel-

setzung gekennzeichnet ist, seine durch eine entsprechende Glaubensüberzeugung gebundenen Kunden mit dem Fleisch (betäubungslos) geschächteter Tiere zu versorgen, das Grundrecht des Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art 4 GG streitet, was bei der Auslegung des § 4a Abs. 2 Nr. 2 TierSchG zu beachten ist (vgl. BVerfGE 104, 337 sowie Beschluss vom 18. Januar 2002 1 BvR 2284/95 NJW 2002, 1485).

Nach den Feststellungen der Vorinstanz liegen die tatsächlichen Voraussetzungen für die Erteilung der Ausnahmegenehmigung gemäß § 4a Abs. 2 Nr. 2 Alt. 2 TierSchG vor. Der Senat hält es mit dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 15. Januar 2002 (a.a.O. S. 354 f.) weiterhin für ausreichend, „dass derjenige, der die Ausnahmegenehmigung nach § 4a Abs. 2 Nr. 2 Alternative 2 TierSchG zur Versorgung der

Mitglieder einer Gemeinschaft benötigt, substantiiert und nachvollziehbar darlegt, dass nach deren gemeinsamer Glaubensüberzeugung der Verzehr des Fleisches von Tieren zwingend eine betäubungslose Schlachtung voraussetzt“ (vgl. zur Darlegungslast auch Urteil vom 25. August 1993 BVerwG 6 C 8.91 BVerwGE 94, 82 ). Da der Kläger nach den Feststellungen des Berufungsgerichts sogar nachgewiesen hat, dass für ihn die Ausnahmegenehmigung zum Schächten erforderlich ist, um den Bedarf seiner durch eine entsprechende Glaubensüberzeugung gebundenen Kunden zu befriedigen, käme es im Übrigen auf die Frage, ob nach der Einfügung des Tierschutzes als Staatsziel in Art. 20a GG der Nachweis dieser Voraussetzungen notwendig ist, nicht an. [...]

### Standort: § 113 I 4 VwGO

### Problem: Fortsetzungsfeststellungsinteresse

BAYVGH, URTEIL VOM 22.05.2006  
24 B 05.3099 (BAYVBL 2007, 373)  
BVERWG, BESCHLUSS VOM 04.10.2006  
6 B 64.06 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

#### **Problemdarstellung:**

In den nachstehenden Entscheidungen befassen sich der Bayerische Verwaltungsgerichtshof und das BVerwG mit den Anforderungen, die an ein Fortsetzungsfeststellungsinteresse nach § 113 I 4 VwGO zu stellen sind. Insbesondere ging es um die Frage, wann ein Rehabilitationsinteresse zu bejahen ist. Konkret ging es um das Verbot einer Versammlung.

Der BayVGH hatte zunächst ein Fortsetzungsfeststellungsinteresse verneint. Der Senat stellt besonders darauf ab, dass der Kläger seine Versammlung aufgrund einer Eilentscheidung des BVerfG zur aufschiebenden Wirkung seines Widerspruchs gegen das Versammlungsverbot noch wie geplant durchführen konnte. Wenn eine Versammlung aber trotz des Verbots noch habe stattfinden können, sei in aller Regel kein besonders intensiver Grundrechtseingriff gegeben.

Lediglich dem Leitsatz der Entscheidung des VGH kann entnommen werden, dass das Gericht auch eine Wiederholungsfahr als anzuerkennendes Fortsetzungsfeststellungsinteresse verneint, wenn die zuständige Behörde verbindlich erklärt hat, an der dem Verbot zu Grunde liegenden tragenden Argumentation bzw. Rechtsauffassung zukünftig nicht mehr festzuhalten. Die entsprechenden Ausführungen in den Entscheidungsgründen sind unter der Fundstelle BayVBl 2007, 373 jedoch nicht abgedruckt.

Das BVerwG hingegen bejaht ein Rehabilitationsinteresse. Eine diskriminierende Wirkung, die zur Bejahung eines solchen führe, könne nämlich nicht nur durch die Rechtsfolgen des Verwaltungsakts, sondern

auch durch seine Begründung eintreten. In der Begründung des Versammlungsverbots hatte die Behörde ausgeführt, der Kläger und die übrigen Versammlungsteilnehmer würden voraussichtlich die nationalsozialistische Gewaltherrschaft verherrlichen. Darin liege ein Unwerturteil über den Kläger, und dies selbst dann, wenn er - wie im konkreten Fall geschehen - sich selbst durch diese Einschätzung keineswegs diskriminiert fühle.

Weil schon eine fortdauernde Diskriminierung durch die Begründung und damit ein schützenswertes Rehabilitationsinteresse des Klägers vorlag, musste das BVerwG sich nicht mehr zur Richtigkeit des These des BayVGH äußern, wonach eine Wiederholungsfahr entfallen soll, wenn die Behörde von ihrer ursprünglichen Rechtsauffassung explizit abrückt.

#### **Prüfungsrelevanz:**

Die Entscheidung zeigt, dass die Rechtsprechung (besonders das BVerwG und das BVerfG) an ein Fortsetzungsfeststellungsinteresse nicht allzu hohe Anforderungen stellen. Dies gilt im Hinblick auf die Garantie effektiven Rechtsschutzes aus Art. 19 IV GG insbesondere in den Fällen, in denen sich - wie typischerweise bei Versammlungsverbots - die Hauptsache nahezu immer erledigt, bevor noch über sie entschieden werden kann.

In einem Nebensatz erkennt der BayVGH - vom BVerwG übrigens unbeanstandet - an, dass die Fortsetzungsfeststellungsklage nach § 113 I 4 VwGO analog in den Fällen anzuwenden ist, in denen Erledigung vor Klageerhebung eintritt. Es ist somit festzustellen, dass die vom BVerwG im Jahre 1999 losgetretene Welle zu der Frage, ob in diesen Fällen nicht vielmehr § 43 VwGO anzuwenden sei, immer mehr abebbt. In einer Klausur ist daher nunmehr zu empfehlen, diesen Streit (vgl. Vertiefungshinweise) nur ausführlich aus-

zubereiten, wenn der Sachverhalt dazu besonderen Anlass bietet. Ansonsten können die wechselseitigen Argumente kurz dargestellt und ggf. einer Entscheidung zugunsten der analogen Anwendung des § 113 I 4 VwGO zugeführt werden.

#### **Vertiefungshinweise:**

- Beschluss des Bundesverfassungsgerichts zur aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs in dieser Sache: BVerfG, NJW 2003, 3689
- Zum Rehabilitationsinteresse: OVG NRW, RA 2004, 307 = NWVBI 2004, 157; BVerwG, RA 2002, 327 = NVwZ-RR 2002, 323; NVwZ 1999, 991
- Zur analogen Anwendung des § 113 I 4 VwGO bei Erledigung vor Klageerhebung: Zweifelnd BVerwG, RA 1999, 592 = DVBl 1999, 1660; vgl. im Anschluss daran die streitigen Darstellungen bei Ehlers, Jura 2001, 415; Erichsen, JK-2000, VwGO § 113 I/15

#### **Kursprogramm:**

- Examenskurs : "Le coq est mort"
- Examenskurs : "Waffen-SS"
- Assessorkurs : "Demo"

### **1. Teil: Entscheidung des BayVGH vom 22.05.2006 (24 B 05.3099):**

#### **Leitsatz:**

**Ein berechtigtes Interesse an der nachträglichen Feststellung der Rechtswidrigkeit eines Versammlungsverbots kann nicht (mehr) aus einer drohenden Wiederholungsgefahr abgeleitet werden, wenn die zuständige Behörde verbindlich erklärt hat, an der dem Verbot zu Grunde liegenden tragenden Argumentation bzw. Rechtsauffassung zukünftig nicht mehr festzuhalten.**

#### **Sachverhalt:**

Der Kläger begehrt die Feststellung der Rechtswidrigkeit eines Versammlungsverbots aus dem Jahr 2003.

#### **Aus den Gründen:**

Die zulässige Berufung ist nicht begründet. Nach § 128 Satz 1 VwGO prüft der Verwaltungsgerichtshof den Streitfall innerhalb des Berufungsantrags in gleichem Umfang wie das Verwaltungsgericht. Er berücksichtigt dabei auch neu vorgebrachte Tatsachen und Beweismittel (§ 128 Satz 2 VwGO). Ausgehend hiervon ist festzustellen, dass die Klage auf Feststellung der Rechtswidrigkeit des Versammlungsverbots unzulässig ist. Maßgebend ist hierbei auf den Zeitpunkt der Entscheidung durch den Senat abzustellen (siehe hierzu BVerwG vom 27.3.1998, BVerwGE 106, 295/299 = BayVBl. 1998, 666).

#### **A. Statthaftigkeit der Fortsetzungsfeststellungsklage**

Nach § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO spricht das Gericht auf Antrag durch Urteil aus, dass der Verwaltungsakt rechtswidrig gewesen ist, wenn sich der Verwaltungsakt vorher durch Zurücknahme oder anders erledigt hat und der Kläger ein berechtigtes Interesse an dieser Feststellung hat. Der Anwendungsbereich dieser Vorschrift ist grundsätzlich eröffnet. Der Verbotsbescheid vom 10.7.2003 in der Form des Widerspruchsbescheids vom 1.8.2003 hat sich durch Zeitablauf bzw. infolge der Durchführung der Veranstaltung erledigt. Die mit dem Verbot verbundene Beschwerde ist spätestens mit dem Ende der streitigen Veranstaltung entfallen (siehe hierzu Kopp/Schenke, VwGO, 14. Aufl. 2005, RdNrn. 102 ff. zu § 113). Unerheblich ist es hierbei, dass die Erledigung bereits vor Klageerhebung erfolgte. In diesen Fällen ist § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO analog anwendbar (Kopp/Schenke, a.a.O., RdNr. 99).

#### **B. Fortsetzungsfeststellungsinteresse**

Die Zulässigkeit der Klage scheidet aber deswegen aus, weil das nach § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO erforderliche berechtigte Interesse an der Feststellung der Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes fehlt.

#### **I. Definition**

Für das berechtigte Interesse genügt jedes nach vernünftigen Erwägungen nach Lage des Falls anzuerkennende schutzwürdige Interesse rechtlicher, wirtschaftlicher und auch ideeller Art. Entscheidend ist, dass die gerichtliche Entscheidung geeignet sein muss, die Position des Klägers in einem der genannten Bereiche zu verbessern (Kopp/Schenke, a.a.O., RdNrn. 129 f. m. w. N.). Als Hauptfälle, in denen ein Feststellungsinteresse als gegeben anzusehen ist, wurden in der Rechtsprechung die nachfolgenden entwickelt: Präjudizialität für Schadensersatz- oder Entschädigungsansprüche, das Vorliegen einer hinreichend konkreten Wiederholungsgefahr, die Rehabilitation oder Genugtuung, Fälle typischerweise kurzfristiger Erledigung oder das Vorliegen bestimmter Grundrechtseingriffe (siehe hierzu Kopp/Schenke, a.a.O., RdNrn. 136 bis 146).

#### **II. Anwendung im Versammlungsrecht**

In versammlungsrechtlichen Streitigkeiten sind diese Grundsätze unter Berücksichtigung der Besonderheiten der Versammlungsfreiheit (Art. 8 GG) anzuwenden, wie sie das Bundesverfassungsgericht im Beschluss vom 3.3.2004, (BVerfGE 110, 77/89 = BayVBl. 2005, 463/464) entwickelt hat: "In versammlungsrechtlichen Verfahren sind die für die Beurteilung des Rechtsschutzinteresses bei einer Fortsetzungsfeststellungsklage geltenden Anforderungen unter Berücksichtigung der Besonderheiten der Versammlungsfreiheit anzuwenden. Indessen begründet nicht jeder Eingriff in die Versammlungsfreiheit ein



Fortsetzungsfeststellungsinteresse. Ein solches Interesse besteht allerdings dann, wenn die angegriffene Maßnahme die Versammlungsfreiheit schwer beeinträchtigt, wenn die Gefahr einer Wiederholung besteht oder wenn aus Gründen der Rehabilitierung ein rechtlich anerkanntes Interesse an der Klärung der Rechtmäßigkeit angenommen werden kann.“

### III. Subsumtion

Ausgehend hiervon ist im Fall des Klägers unter keinem denkbaren Gesichtspunkt ein besonderes Interesse an der Feststellung der Rechtswidrigkeit des Versammlungsverbots vom Juli 2003 erkennbar. Keine der von der Rechtsprechung entwickelten Fallkonstellationen, bei denen ein Feststellungsinteresse angenommen werden könnte, ist einschlägig.

#### 1. Wesentlicher Grundrechtseingriff

Eine wesentliche Beeinträchtigung der Versammlungsfreiheit liegt nicht vor. Das Bundesverfassungsgericht (a.a.O.) führt hierzu aus: “Die Bedeutung der Versammlungsfreiheit in einer Demokratie gebietet stets die Möglichkeit nachträglichen Rechtsschutzes, wenn die Grundrechtsausübung durch ein Versammlungsverbot tatsächlich unterbunden oder die Versammlung aufgelöst worden ist. Derartige Eingriffe sind die schwerste mögliche Beeinträchtigung der Versammlungsfreiheit“.

Hiervon kann vorliegend indes nicht ausgegangen werden, da der Kläger die geplante und angemeldete Versammlung letztlich doch wie beabsichtigt durchführen konnte. Auch das Bundesverfassungsgericht (a.a.O.) geht davon aus, dass ein auf das Verbot der Versammlung gestütztes Feststellungsinteresse entfällt, wenn die Versammlung trotz des Verbotes stattfinden konnte: “Konnte die verbotene Versammlung aufgrund einer im Eilrechtsschutzverfahren wieder hergestellten aufschiebenden Wirkung des eingelegten Rechtsbehelfs wie geplant [...] durchgeführt werden, besteht insofern kein Feststellungsinteresse“.

So liegt der Fall hier: Nach dem Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 14.8.2003, mit welchem die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs gegen den Bescheid des Landratsamts Wunsiedel im Fichtelgebirge vom 10.7.2003 wieder hergestellt wurde, konnte die Veranstaltung des Klägers am 16.8.2003 in Wunsiedel stattfinden. Sie wurde auch im Wesentlichen so durchgeführt, wie sie vom Kläger geplant war. Eine wesentliche Beeinträchtigung der Versammlungsfreiheit fand somit faktisch nicht statt.

#### 2. Rehabilitation

Auf ein mögliches Rehabilitierungsinteresse kann das nach § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO erforderliche besondere Interesse an der Feststellung vorliegend nicht gestützt werden.

Hierzu führt das Bundesverfassungsgericht aus (a.a.O.,

S. 92 bzw. S. 465): “In der Verwaltungsgerichtsbarkeit wird ein Rehabilitierungsinteresse im Fall der Erledigung einer Maßnahme bejaht, wenn die begehrte Feststellung, dass ein Verwaltungsakt rechtswidrig war, als Genugtuung oder zur Rehabilitierung erforderlich ist. Dies wird insbesondere angenommen, wenn der Verwaltungsakt diskriminierenden Charakter hatte und das Persönlichkeitsrecht beeinträchtigte. Auch in versammlungsrechtlichen Streitigkeiten sind Begründungen für beschränkende Maßnahmen vorstellbar, die diskriminierend wirken können, insbesondere Ausführungen über die Persönlichkeit des Veranstalters oder zu seinem erwarteten kriminellen Verhalten auf Versammlungen.“

Dem hier streitgegenständlichen Bescheid kommt eine diskriminierende Wirkung nicht zu, sodass ein besonderes Interesse an der Rehabilitierung des Klägers insoweit ausscheidet. Der Kläger selbst geht nämlich erkennbar nicht davon aus, dass das mit Bescheid vom 10.7.2003 ausgesprochene Verbot diskriminierende Wirkung hat. Weder im verwaltungsrechtlichen Verfahren noch im Berufungsverfahren wird Entsprechendes vorgetragen. Auch sonst rechtfertigt bei objektiver Betrachtungsweise nichts die Annahme seiner solchen Wirkung der behördlichen Entscheidung.

#### 2. Teil: Entscheidung des BVerwG vom 6.10.2006 (6 B 64.06):

##### Leitsätze (der Redaktion):

1. An das Vorliegen eines Fortsetzungsfeststellungsinteresses nach § 113 I 4 VwGO dürfen in versammlungsrechtlichen Streitigkeiten keine überhöhten Anforderungen gestellt werden.
2. Die ein Rehabilitationsinteresse begründende diskriminierende Wirkung eines Verwaltungsakts kann nicht nur aus dessen Rechtsfolgen, sondern auch aus dessen Begründung folgen.

##### Aus den Gründen:

Die Beschwerde hat Erfolg. Die Revision ist zwar nicht wegen grundsätzlicher Bedeutung der Rechtsache zuzulassen. Das angefochtene Urteil beruht jedoch auf einem geltend gemachten Verfahrensmangel. [...] Der Kläger beanstandet auch, der Verwaltungsgerichtshof habe zu Unrecht die Fortsetzungsfeststellungsklage mangels Feststellungsinteresse als unzulässig abgewiesen. Entscheidet das Berufungsgericht, dass eine Fortsetzungsfeststellungsklage wegen Fehlens eines berechtigten Interesses an der Feststellung der Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts unzulässig ist, so liegt ein Verfahrensmangel im Sinne des § 132 Abs. 2 Nr. 3 VwGO vor, wenn in der Sache hätte entschieden werden müssen (vgl. Beschluss vom 16. Oktober 1989 BVerwG 7 B 108.89 NVwZ 1990, 360). Die daher auch als Geltendmachung eines Verfahrensverstößes zu verstehenden Ausführungen des Klägers

zeigen einen derartigen Mangel auf, auf dem das Urteil auch beruht.

#### A. Zum Rehabilitationsinteresse

Ein berechtigtes Interesse an der Feststellung der Rechtswidrigkeit eines erledigten Verwaltungsaktes im Sinne von § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO besteht u.a. im Falle eines anzuerkennenden Rehabilitationsinteresses. Ein Rehabilitationsinteresse begründet ein Feststellungsinteresse dann, wenn es bei vernünftiger Würdigung der Verhältnisse des Einzelfalls als schutzwürdig anzuerkennen ist (st.Rspr., vgl. z.B. Beschluss vom 18. Juli 2000, BVerwG 1 WB 34.00, Buchholz 310 § 113 Abs. 1 VwGO Nr. 11 S. 23 m.w.N.). Dies kann insbesondere der Fall sein, wenn der Kläger durch die streitige Maßnahme in seinem Persönlichkeitsrecht objektiv beeinträchtigt ist (vgl. Beschluss vom 4. März 1976, BVerwG 1 WB 54.74, BVerwGE 53, 134 ). Eine solche Beeinträchtigung kann sich auch aus der Begründung der streitigen Verwaltungsentscheidung ergeben (vgl. Urteil vom 19. März 1992, BVerwG 5 C 44.87, Buchholz 310 § 113 VwGO Nr. 244 S. 86 f.). Begründungen für das Versammlungsrecht beschränkende Maßnahmen können diskriminierend wirken, insbesondere wenn sie Ausführungen über die Persönlichkeit des Veranstalters oder zu seinem zu erwartenden kriminellen Verhalten auf Versammlungen enthalten (vgl. BVerfG, Beschluss vom 3. März 2004 1 BvR 461/03 BVerfGE 110, 77 ). Erforderlich ist, dass abträgliche Nachwirkungen der diskriminierenden Maßnahme fortbestehen, denen durch eine gerichtliche Feststellung der Rechtswidrigkeit des Versammlungsverbots wirksam begegnet werden kann (vgl. Beschluss vom 18. Juli 2000, a.a.O., S. 23 m.w.N.; Urteil vom 21. November 1980, BVerwG 7 C 18.79, BVerwGE 61, 164 ). Mit Blick auf das Gebot der Gewährung effektiven Rechtsschutzes (Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG) und die verfassungsrechtlich verbürgte Versammlungsfreiheit (Art. 8 GG) sind an das Vorliegen eines Fortsetzungsfeststellungsinteresses in versammlungsrechtlichen Streitigkeiten keine überhöhten Anforderungen zu stellen (vgl. BVerfG, Beschluss vom 3. März 2004, a.a.O., S. 85 ff.).

#### B. Subsumtion

Daran gemessen durfte der Verwaltungsgerichtshof das Bestehen eines berechtigten Feststellungsinteresses wegen eines Rehabilitationsbedürfnisses nicht verneinen.

#### I. Diskriminierende Wirkung

In der streitigen Verfügung wird unter anderem dargelegt: "Sowohl der Versammlungsleiter, Herr R., als auch der zu erwartende Teilnehmerkreis der für den 16. August 2003 angemeldeten Versammlung lassen angesichts des Versammlungsthemas 'Gedenken an Rudolf Heß' unmittelbar den Schluss zu, dass hier im

Rahmen dieser Versammlung eine Verherrlichung des Nationalsozialismus und ein offensives Verfolgen nationalsozialistischer Ideen und Ziele erfolgen wird." Dem ist auch die Behauptung zu entnehmen, dass der Kläger den Nationalsozialismus verherrlicht und nationalsozialistische Ideen sowie Ziele verfolgt. Mit dieser Erwägung wird zum Ausdruck gebracht, dass sich der Kläger mit den menschenverachtenden Ideen und Zielen der nationalsozialistischen Gewaltherrschaft identifiziert und diesen erneut Geltung verschafft wissen möchte. Darin liegt bei objektiver Betrachtung ein Unwerturteil (vgl. auch § 130 Abs. 4 StGB), das auch im vorliegenden Fall ein berechtigtes Rehabilitationsinteresse begründet.

Der Auffassung des Verwaltungsgerichtshofs, dass in der hier in Rede stehenden Erwägung in dem angegriffenen Bescheid keine die Persönlichkeit des Klägers herabwürdigende Aussage liege (UA S. 10 Satz 4), ist also nicht zu folgen. Soweit aus Sicht des Berufungsgerichts gegen den diskriminierenden Charakter wohl auch der hier interessierenden Erwägung spricht, dass der Kläger sie letztlich nicht bestritten habe, vermag dies die nach objektiven Gesichtspunkten zu beurteilende und von Amts wegen vom Gericht festzustellende diskriminierende Wirkung nicht auszuschließen.

#### II. Fortdauer

Die Voraussetzungen eines Rehabilitationsinteresses liegen auch insoweit vor, als abträgliche Nachwirkungen der Diskriminierung gegeben sind, denen durch gerichtliche Feststellung der Rechtswidrigkeit des Versammlungsverbots begegnet werden kann. Eine Nachwirkung der belastenden Erwägung besteht schon deshalb, weil das Landratsamt W. nach wie vor wenn auch im Zusammenhang mit dem angenommenen Verstoß gegen den objektiven Tatbestand des § 130 Abs. 4 StGB und nicht zur Begründung eines Verstoßes gegen die öffentliche Ordnung davon ausgeht, dass der Kläger die nationalsozialistische Gewalt- und Willkürherrschaft verherrlicht oder billigt. Diese Erwägung findet sich in der Begründung des Bescheids des Landratsamts W. vom 6. Juli 2006, mit der eine von dem Kläger für den 19. August 2006 angemeldete Versammlung verboten wird. Es ist nicht ausgeschlossen, dass der Nachwirkung durch den Erfolg der Fortsetzungsfeststellungsklage begegnet werden kann.

#### C. Ergebnis

Da das berechtigte Feststellungsinteresse aus dem aufgezeigten Grund nicht verneint werden kann, kann dahingestellt bleiben, ob auch andere Gründe diese Annahme rechtfertigen. Der Senat macht im Interesse der Verfahrensbeschleunigung von der ihm nach § 133 Abs. 6 VwGO eröffneten Befugnis Gebrauch, das angefochtene Urteil aufzuheben und den Rechtsstreit zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung an den Verwaltungsgerichtshof zurückzuverweisen.

*Zivilrecht***Standort: BGB AT****Problem: Stellvertretung**

LG AACHEN, URTEIL VOM 15.12.2006  
5 S 184/06 (NJW-RR, 2007, 565)

**Problemdarstellung:**

Der Kl. begehrt die Rückzahlung des Kaufpreises nebst Versandkosten sowie Zinsen und Mahnkosten.

Der Kl. ersteigerte während einer Internet-Auktion ein Handy. Der Bekl. weigerte sich jedoch, dem Kl. das Handy zu übergeben. Dies deshalb, weil sich der Bekl. für nicht passivlegitimiert hielt: Der Bekl. hat eine Kennung und ein Passwort bei einer Internet-Plattform, welche er einem Freund, dem nunmehrigen Streitverkündeten, zu Verfügung stellte. Dieser bot daraufhin das Handy auf der Plattform unter der Kennung und mit dem Passwort des Bekl. an. Der Kl. entrichtete an den Streitverkündeten den vereinbarten Kaufpreis nebst Versandkosten. Nach fruchtlosem verstreichen der Frist zur Lieferung des Handys trat der Kl. vom Vertrag zurück.

Das AG hat die Klage abgewiesen. Die dagegen eingelegte Berufung hatte Erfolg.

**Prüfungsrelevanz:**

Das LG Aachen hatte sich in dieser Sache mit einem klassischen Problem aus dem Stellvertretungswesen zu befassen, d.h. mit dem Handeln unter fremdem Namen. In der hier vorliegenden Entscheidung wurde das Problem im Rahmen des Vertragsschlusses über eine Internetplattform, mithin in einem sehr klausurrelevanten Rahmen, erörtert.

Gem. § 164 I BGB ist bei der Stellvertretung das Offenkundigkeitsprinzip zu beachten. Demnach hat das Geschäft nur dann unmittelbare Fremdwirkung, wenn der Vertreter erkennbar im Namen des Vertretenen auftritt (Palandt-Heinrichs, Einf. v. § 164 Rn 3). Der Wille in fremdem Namen zu handeln, kann sich aus einer ausdrücklichen Erklärung oder aus den Umständen ergeben, § 164 I 2 BGB. Vorliegend nutzte der Streitverkündete auf der Plattform die Kennung nebst Passwort des Bekl.. Beides hatte der Bekl. ihm zur Nutzung überlassen. Also trat der Streitverkündete unter fremdem Namen auf. Es stellte sich nunmehr die Frage, zwischen wem der Beteiligten ein Vertrag zustande gekommen ist. Es war zu entscheiden, ob der Streitverkündete den Bekl. wirksam vertreten hat gem. § 164 I BGB, so dass ein Kaufvertrag zwischen Kl. und Bekl. anzunehmen war.

Auf das Handeln unter fremdem Namen sind die Stellvertretungsregeln entsprechend anzuwenden. Möglich ist jedoch auch ein Eigengeschäft des Erklärenden. Dies ist anhand der Umstände des Einzelfalles zu ermitteln.

Ein Eigengeschäft des Erklärenden ist dann anzunehmen, wenn die Benutzung des fremden Namens bei der anderen Vertragspartei keine falsche Identitätsvorstellung hervorgerufen hat, diese also mit dem Erklärenden kontrahieren will (BGH NJW-RR 2006, 701). Das ist dann anzunehmen, wenn der andere Teil keine konkrete Vorstellungen über die Identität des Handelnden hatte, wenn nach der Art des Geschäfts (Bargeschäft, Hotelübernachtung) Name und Identität der Partner für den Abschluss und die Durchführung des Vertrags keine Rolle spielen, oder wenn der Teilnehmer an einem Preisausschreiben einen anderen Namen verwendet.

Ein Geschäft des Namensträgers ist demgegenüber dann anzunehmen, wenn das Auftreten des Handelnden auf eine bestimmte andere Person hinweist und die Gegenpartei der Ansicht sein durfte, der Vertrag komme mit dieser Person zustande (BGH NJW-RR 1988, 815). Das ist der Fall, wenn der Handelnde die Urkunde mit dem Namen einer existierenden Person unterzeichnet oder wenn er befugt oder unbefugt den Internetanschluss, (Telefon oder Handy) eines anderen für eine Bestellung benutzt (Mü NJW 2004, 1328, Köln NJW 2006, 1676).

Vorliegend hatte der Kl. ein berechtigtes Interesse daran, mit dem Namensträger das Rechtsgeschäft abzuschließen. Dies deshalb, weil bei Onlinegeschäften die sachenrechtliche Abwicklung der geschlossenen Verträge erst noch bevorstehe. Es muss insoweit berücksichtigt werden, dass der Kl. als Käufer durch die Zahlung des Kaufpreises in Vorleistung tritt. Daher vertraut der Käufer in diesen Fällen darauf, dass der Vertragspartner die Person ist, die unter dem verwendeten Mitgliedsnamen gemeldet ist. Nur in diesem Fall ist sichergestellt, dass der Käufer über das Mitgliedsforum des Plattformbetreibers den vollen Namen und die Adresse des Vertragspartners für den Fall der Störung der vertraglichen Abwicklungen erfährt um ggf. gerichtlich gegen ihn vorgehen zu können. Ein weiteres gewichtiges Argument für die Annahme einer Identitätstäuschung ist, dass das Bewertungssystem der Inetrnetplattform bezüglich der Bonität des Verkäufers im Falle der Eigenverpflichtung des Erklären-

den in seiner Bedeutung unterlaufen würde (so auch OLG München, NJW 2004, 1328). Nur durch die Annahme einer Verpflichtung des tatsächlichen Inhabers der Kennung wird der Mißbrauch verhindert. Der Verkäufer kann sich nicht mit der schlichten Behauptung entlasten, es liege ein Geschäft eines Dritten vor. Dem steht die Sicherheit des Rechtsverkehrs deutlich entgegen. Mithin ist ein Handeln unter fremdem Namen i.R.e. Identitätstäuschung anzunehmen. Also ist es sachgerecht, einen Kaufvertrag zwischen Kl. und Bekl. anzunehmen.

#### **Vertiefungshinweise:**

- Zur Widerrufsfrist bei eBay-Auktionen: *Bonke/Gellmann*, NJW 2006, 3169.
- Zum Risiko eines Missbrauchs des Passworts bei eBay: *LG Magdeburg*, K&R 2005, 191.
- Zur Stellvertretung: *BayObLG*, RA 2003, 304 = NJW 2003, 1129 (Schenkung an einen Minderjährigen); *OLG Karlsruhe*, RA 2003, 623 = NJW 2003, 2690 (Rechtsschein durch Urkunde, § 172 BGB)

#### **Kursprogramm:**

- Examenskurs*: "Stibitzki"
- Examenskurs*: "Internetauktion"

#### **Leitsätze (der Redaktion):**

**Beim eBay-Handel kann sich der Käufer grundsätzlich darauf verlassen, dass er den Vertrag mit der unter der Kennung angemeldeten Person als Verkäufer abschließt.**

**Ob der Verkäufer im Rahmen der Zahlungsabwicklung einen Dritten als Geldempfänger bezeichnete, spielt für die rechtliche Entscheidung, wer Kaufvertragspartei ist, keine Rolle; dies ist lediglich eine Frage der Zahlungsmodalität.**

#### **Sachverhalt:**

Der Kl. hat bei einer Internet-Auktion ein Handy ersteigert. Den Kaufpreis nebst Versandkosten zahlte er an den Streitverkündeten, der das Handy unter der Kennung und mit dem Passwort des Bekl. anbot. Der Bekl. bestritt seine Passivlegitimation und war auch nach Fristsetzung zur Lieferung des Handys nicht bereit. Der Kl. ist daraufhin vom Vertrag zurückgetreten und hat den gezahlten Kaufpreis nebst Versandkosten sowie Zinsen und Mahnkosten geltend gemacht. Das AG hat die Klage abgewiesen. Die dagegen gerichtete Berufung des Kl. hatte Erfolg.

#### **Aus den Gründen:**

Ein Anspruch des Kl. gegen den Bekl. auf Rückzahlung des Kaufpreises in Höhe von 662,- Euro (655,- Euro Kaufpreis + 7,- Euro Versandkosten) gem. §§ 323I, 346 BGB ist begründet.

#### **I. Rücktrittsgrund**

Der Bekl. hat die ihm obliegende Leistung, Lieferung eines Handys der Marke NOKIA 8800, nicht erbracht. Dem Kl. steht daher ein gesetzliches Rücktrittsrecht gem. § 323 I BGB und damit ein Anspruch gegen den Bekl. auf Rückgewähr der von ihm gezahlten 662,- Euro zu.

#### **II. Fruchtloser Ablauf einer angemessenen Frist**

Die vom Kl. mit Einschreiben/Rückschein vom 20.07.2005 gesetzte Frist zur Lieferung der Ware verstrich fruchtlos.

#### **III. Wirksamer Kaufvertrag zwischen dem Kl. und dem Bekl.**

Die Kammer geht hierbei davon aus, dass der zu Grunde liegende Kaufvertrag im Rahmen der Internet-Auktion bei eBay über den Verkauf eines Handys der Marke NOKIA 8800 für 662,- Euro zwischen den Parteien erfolgte und nicht etwa zwischen dem Kl. und dem Streitverkündungsempfänger aus Aachen.

Der Bekl. handelte zwar nicht selbst, er ist indessen durch den Streitverkündungsempfänger wirksam i.S. der §§164 ff. BGB vertreten worden. Der unter der Kennung bei dem Internet-Auktionshaus eBay gemeldete Bekl. hat seine Kennung und das dazugehörige Passwort unstreitig dem Streitverkündungsempfänger zur weiteren Nutzung überlassen. Er muss sich daher dessen Handeln bei nachfolgenden Internet-Auktionen als eigenes Handeln zurechnen lassen.

#### **1. Vertretungsmacht in Form der Duldungsvollmacht**

Vertretungsmacht des Streitverkündungsempfängers besteht vorliegend unter dem Gesichtspunkt der Rechtsscheinhaftung des Vertretenen (= Bekl.). Mit der Weitergabe seiner Kennung (= eBay-Mitgliedsname) und seines Passworts an den Streitverkündungsempfänger hat der Bekl. nicht nur gegen § 2 Nr. 3, Nr. 4, Nr. 6 der Allgemeinen Nutzungsbedingungen des Internet-Auktionshauses eBay verstoßen, sondern es auch wissentlich geschehen lassen, dass ein Dritter für ihn wie ein Vertreter auftritt und ein etwaiger Geschäftsgegner (= Bieter) dieses Dulden nach Treu und Glauben dahin versteht und auch verstehen darf, dass der als Vertreter Handelnde bevollmächtigt ist. Hiernach kann sich der Kl. zu Recht auf das Bestehen einer Rechtsscheinhaftung des Bekl. in Form einer Duldungsvollmacht berufen.

#### **2. Eigene Willenserklärung in fremdem Namen**

Entgegen der Auffassung des AG ist vorliegend auch von einem Rechtsgeschäft im Namen des Bekl. auszugehen.

#### **a. Entscheidung und Begründung des Ausgangsgerichts**

Im Ansatz zutreffend unterscheidet das AG zunächst

zwischen einem Handeln „in fremden Namen“ und einem Handeln „unter fremden Namen“. Auf das Handeln „unter fremden Namen“ sind die §§ 164 ff. BGB und §§ 177, 179 BGB gleichfalls grundsätzlich anwendbar. Bei den Rechtsgeschäften eines Handelnden „unter fremden Namen“ ist danach abzugrenzen, ob ein Eigengeschäft des Handelnden oder ein Vertretungsgeschäft für den Namensträger vorliegt. Entscheidend ist dabei - wie vom AG zutreffend dargelegt - wie die Gegenpartei - hier also der Bieter - das Verhalten des Handelnden auffassen durfte. Das AG geht im Rahmen der angefochtenen Entscheidung dabei davon aus, dass vorliegend die Benutzung des fremden Namens bei der Gegenpartei (= Bieter) keine falsche Identitätsvorstellung hervorrief und der Bieter in Wahrheit mit dem tatsächlich Handelnden abschließen wolle; dies ergebe sich aus dem Umstand, dass der Handelnde unter einem Phantasie- oder Allerweltsnamen aufgetreten sei.

*b. Entscheidung des Landgerichts in der Berufung*

Dem folgt die Kammer nicht.

Zwar legt der Umstand, dass die bei eBay handelnden Personen im Rahmen der Auktionen einen oftmals phantasievollen Mitgliedsnamen wählen, vordergründig die Annahme nahe, dass den Beteiligten der wahre Name und die wahre Identität der Mitglieder gleichgültig ist, wie etwa bei Bargeschäften, in denen der Handelnde die erhaltene Ware oder Dienstleistung sofort bezahlt, dabei jedoch unter einem Phantasie- oder Allerweltsnamen auftritt. In den letztgenannten Fällen ist dem Vertragspartner die wahre Identität des anderen Teils in der Tat regelmäßig gleichgültig, da neben dem schuldrechtlichen auch der sachenrechtliche Teil des Rechtsgeschäfts (Erfüllungsgeschäft) sogleich mitabgewickelt wird. Hierin liegt der entscheidende Unterschied zum vorliegenden Fall. Denn nach Ende der Online-Auktion steht die sachenrechtliche Abwicklung des Kaufvertrags erst noch bevor. Einem Käufer, der - wie hier - mit der Zahlung des Kaufpreises in Vorleistung tritt, hat ein natürliches Interesse daran zu erfahren, wer sein Vertragspartner ist. Hierbei wird er zu

Recht darauf vertrauen dürfen, dass dies die unter dem Mitgliedsnamen angemeldete Person ist. Denn nur dann ist sichergestellt, dass er über das Marktforum eBay den vollen Namen und die volle Anschrift seines Vertragspartners erhält, unter der er zur Not gerichtlich gegen diesen vorgehen kann. Auch das Bewertungssystem von eBay bezüglich der Bonität eines Verkäufers spricht dafür, von einem Geschäft des Namensträgers und nicht etwa des tatsächlich Handelnden auszugehen, da ansonsten dieses Bewertungssystem ohne inhaltlichen Wert bliebe (so auch OLG München, NJW 2004, 1328). Folgte man der Argumentation des Bekl., so wäre ein in Vorleistung tretender Käufer letztlich der Willkür des anderen Teils ausgeliefert. Der Verkäufer könnte nahezu nach Belieben darauf verweisen, dass nicht er gehandelt habe, sondern ein Eigengeschäft etwa eines entfernten Freundes oder gar eines anonymen Dritten vorliege. Die eigentliche Aufgabe des Internet-Marktforums, die Kaufvertragsparteien nach Auktionsende namentlich zu identifizieren und zueinander zu führen, würde durchkreuzt, wenn sich eine Vertragspartei nach Auktionsende darauf berufen könnte, dass sie - entgegen den Allgemeinen Nutzungsbedingungen - ihren Mitgliedsnamen nebst Passwort einem Dritten überlassen habe mit der Folge, dass diesem das Rechtsgeschäft zuzurechnen sei. Die typische Abwicklung eines Rechtsgeschäfts nach Abgabe des höchsten Gebots zeigt vielmehr, dass die Kaufvertragsparteien sich nach dem zugelassenen Mitgliedsnamen richten und nach Auktionsende gegenseitig namentlich identifiziert werden. Dementsprechend ist auch vorliegend dem Kl. nach Auktionsende über eBay durch E-Mail vom 23.06.2005 mitgeteilt worden, dass Verkäufer des ersteigerten Artikels der Bekl. sei. Ob dieser im Rahmen der Zahlungsabwicklung einen Dritten als Geldempfänger bezeichnete, spielt für die rechtliche Entscheidung, wer Kaufvertragspartei ist, keine Rolle; dies ist lediglich eine Frage der Zahlungsmodalität. Soweit die Kammer in dem Verfahren 5 S 103/06 (LG Aachen) eine andere Auffassung vertreten hat, hält sie hieran nicht fest.

**Standort: Mietrecht**

**Problem: Erfüllungsanspruch**

BGH, URTEIL VOM 18.04.2007

XII ZR 139/05 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

**Problemdarstellung:**

Der Kl. begehrt von der Bekl. die Räumung von Geschäftsräumen nach außerordentlicher Kündigung des Mietvertrages wegen Zahlungsverzuges. Gegenstand des Mietvertrages waren ein Ladengeschäft im Erdgeschoss, ein Gewölbekeller und Lagerraum im Untergeschoss. In der Anlage zum Mietvertrag ist niedergelegt, dass der Mieter die Räumlichkeiten für seine

Zwecke als tauglich erachte. In diesem Sinne hatte sich die Bekl. bereits vor Abschluss des Mietvertrages geäußert. In Streit steht die Beschaffenheit des Gewölbekellers. Dabei handelt es sich um einen Kellerraum, dessen Wände und Decke gemauert, aber nicht verputzt sind. Aus den Zwischenräumen rieselt Sand. Im Hinblick auf diese

Absandung minderte die Bekl. die Miete mit der Begründung, dass sie den Raum nicht nutzen konnte. Der Kl. war der Auffassung, der Zustand des Gewölbes rechtfertige eine Minderung nicht und kündigte das

Mietverhältnis wegen Zahlungsverzugs fristlos.

Das Amtsgericht hat die Bekl. zur Räumung und Herausgabe verurteilt. Die Berufung der Bekl. ist ohne Erfolg geblieben. Dagegen wendet sich die Bekl. mit ihrer vom Senat zugelassenen Revision mit Erfolg.

#### **Prüfungsrelevanz:**

Diese Entscheidung behandelt zwei Probleme aus dem Mietrecht, die leicht in eine Examensklausur eingearbeitet werden können.

Es war zum einen zu prüfen, inwieweit dem Mieter eine Erkundungs- oder Nachforschungspflicht wegen etwaiger Mängel am Mietobjekt gem. § 536 BGB obliegt. Im Berufungsverfahren wurde gerügt, die Bekl. habe grob fahrlässige Unkenntnis von der Mangelhaftigkeit des Kellergewölbes gehabt. Dies ist deshalb von Bedeutung, weil dadurch die Ansprüche aus Gewährleistung ausgeschlossen würden, § 536 b S. 2 BGB. Grob fahrlässig handelt grundsätzlich derjenige, der die erforderliche Sorgfalt bei Vertragsschluss in ungewöhnlich hohem Maße verletzt und dasjenige unbeachtet lässt, was im gegebenen Fall jedem hätte einleuchten müssen (BGH, NJW 1980, 777). Grob fahrlässige Unkenntnis im Sinne des § 536 b BGB ist dann anzunehmen, wenn die Umstände, die auf bestimmte Unzulänglichkeiten hindeuten, den Verdacht eines dadurch begründeten Mangels besonders nahelegen, der Mieter aber gleichwohl weitere zumutbare Nachforschungen unterlassen hat (Schmidt-Futterer/Eisenschmid Mietrecht 9. Aufl. § 536b Rdn. 16). Hier konnte grobe Fahrlässigkeit der Bekl. nicht bejaht werden. In tatsächlicher Hinsicht war nicht dargelegt, dass das Kellergewölbe zur Zeit der Besichtigung versandet war; zudem fehlten Feststellungen zur Kenntnis der Bekl.. Daher war ein Anknüpfungspunkt für eine Nachforschungspflicht nicht gegeben.

Zudem war hier zu beachten, dass die Kl. unstreitig von dem Mangel bereits zu diesem Zeitpunkt Kenntnis hatte. Daher wären selbst unter Zugrundelegung grober Fahrlässigkeit der Bekl. die Ansprüche aus Gewährleistung nicht ausgeschlossen, § 536 b S. 2, 2. Halbs. BGB. Diesen Umstand hatte das BerGer. übersehen.

Weiterhin war das Verhältnis von mietrechtlichen Primär- und Sekundäransprüchen wichtig. Wenn der Vermieter seinen Pflichten nicht nachkommt, dann kann der Mieter Erfüllung verlangen. Der Erfüllungsanspruch umfasst auch einen Anspruch auf Nachbesserung. Dies folgt daraus, dass der Vermieter während der Mietzeit zu Instandhaltung der Mietsache verpflichtet ist, § 535 I 2 BGB. Daneben kann der Mieter die Rechte aus § 536, 536 a BGB geltend machen. Der Erfüllungsanspruch wird durch § 536 BGB nicht beseitigt (Palandt-Weidenkaff, § 536 Rn 6.) Dem Mieter stehen also neben dem mietrechtlichen Gewähr-

leistungsrecht auf der Sekundärebene der Erfüllungsanspruch aus der Primärebene zu, so dass der Anspruch des Mieters auf Erfüllung gem. § 535 I 2 BGB dem Vermieter nach § 320 BGB entgegengehalten werden (Palandt-Weidenkaff, § 536 Rn 6; BGH, NJW-RR 2003, 727). Die Einrede des nicht erfüllten Vertrages hindert den Eintritt des Verzugs mit der Folge, dass eine außerordentliche Kündigung wegen Verzugs hinsichtlich der Entrichtung des Mietzinses nicht möglich ist (BGHZ 84, 42, 44). Da hier die Feststellungen hins. der Kenntnis der Bekl. fehlten, erteilte der BGH den Hinweis an das BerGer., dass selbst wenn das Minderungsrecht wegen Kenntnis der Bekl. von der Mangelhaftigkeit der Mietsache auszuschließen sei, habe dies keine Auswirkungen auf das Zurückbehaltungsrecht der Bekl. gegenüber der Kl.. Die Bekl. könne sich immer noch auf den Erfüllungsanspruch gem. § 535 I 2 BGB berufen.

#### **Vertiefungshinweise:**

Zur Begründung des Mietverhältnisses: *Michalski*, ZMR 1999, 141; *Timmer*, NJW 2000, 930; *Börstinghaus*, ZGS 2002, 102;

Zu den Rechten und Pflichten der Mietvertragsparteien: *von Westphalen*, NZM 2002, 368; *Ahrens*, ZGS 2003, 134; *Kießling*, JZ 2004, 1146

Zur Beendigung des Mietverhältnisses: *Eisenhardt*, MDR 2002, 981; *Rolfs*, ZGS 2003, 289; *Timme*, NJW 2004, 1639

#### **Kursprogramm:**

*Examenskurs*: "Das Geschäftshaus"

*Assessorkurs*: "Das Geschäftslokal"

#### **Leitsätze:**

**Der Mieter kann den Erfüllungsanspruch aus § 535 I 2 BGB auch dann noch geltend machen, wenn eine Minderung nach § 536 b BGB ausgeschlossen ist.**

**Erfüllungsansprüche sind nur dann ausgeschlossen, wenn die Mietvertragsparteien einen bestimmten, bei Überlassung vorhandenen (schlechten) Zustand der Mietsache als vertragsgemäß vereinbart haben.**

#### **Sachverhalt:**

Der Kl. verlangt Räumung von Geschäftsräumen nach außerordentlicher Kündigung des Mietvertrages wegen Zahlungsverzuges. Er vermietete mit schriftlichem Vertrag vom 20.05.2003 an die Bekl. im Anwesen K.straße 22 in W. ein "Ladengeschäft im Erdgeschoss, Gewölbekeller und Lagerraum im Untergeschoss" auf die Dauer von fünf Jahren zu einem monatlichen Mietzins von 600,- € zuzüglich 70,- € Nebenkostenvorauszahlung und Mehrwertsteuer. In der "Anlage Nr. 1 zum Mietvertrag" heißt es: "Der Mieter hat das Mietobjekt besichtigt und übernimmt es im derzeit vorhan-

denen Zustand. Er anerkennt ausdrücklich, dass es für die von ihm vorgesehenen Vertragszwecke in der vorliegenden Form geeignet ist." Vor Abschluss des Mietvertrages hatte sich die Bekl. am 29.04.2003 nach Besichtigung des Mietobjektes in einem Schreiben an den Kl. mit der Überschrift "Einrichtungsskizze Ladenobjekt" unter anderem wie folgt geäußert: "Die gegebenen Örtlichkeiten entsprechen vom Boden, Kellerraum und der Holzvertäfelung nebst Säulen und den Säulenaufsätzen bereits den Vorgaben. ..." Beim Gewölbekeller handelt es sich um einen Kellerraum, dessen Wände und Decke gemauert, aber nicht verputzt sind. Aus den Zwischenräumen rieselt Sand. Ab April 2004 zahlte die Bekl. anstelle von ursprünglich 777,20,- € nur noch 291,95,- € Miete im Monat mit der Begründung, dass der Gewölbekeller wegen Absandens nicht genutzt werden könne, und der Lastenaufzug defekt sei. Dies rechtfertige einen Mietabzug von 62,5 %. Der Kl. erklärte daraufhin wiederholt die fristlose Kündigung des Mietverhältnisses wegen Zahlungsverzuges, zuletzt mit Schreiben vom 09.08.2004, 08.10.2004 und 05.03.2005.

Das Amtsgericht hat die Bekl. zur Räumung und Herausgabe verurteilt. Die Berufung der Bekl. ist ohne Erfolg geblieben. Dagegen wendet sich die Bekl. mit ihrer vom Senat zugelassenen Revision.

#### **Aus den Gründen:**

Die Revision der Bekl. hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung des Rechtsstreits an das BerGer..

#### *1. Entscheidung und Begründung des Landgerichts*

Das Landgericht hat ausgeführt: Das Amtsgericht habe festgestellt, die Bekl. habe bei Vertragsschluss um das Absenden des Gewölbekellers gewusst. Die Beweiswürdigung des Amtsgerichts, die dieser Feststellung zugrunde liege, lasse keinen Fehler erkennen. Sie sei nicht widersprüchlich, laufe nicht den Denkgesetzen oder allgemeinen Erfahrungssätzen zuwider und lasse auch nicht Teile des Beweisergebnisses ungewürdigt. Deshalb sei die Kammer an die Feststellungen des Amtsgerichts gebunden (§ 529 I Nr. 1 ZPO). Selbst wenn die Bekl. über das Absenden des Gewölbekellers nicht unterrichtet gewesen sein sollte, so sei ihr dieser Umstand jedenfalls infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben mit der Folge des Gewährleistungsausschlusses. Der Augenschein habe ergeben, dass Wände und Decken dieses alten Kellerraumes grob gemauert seien und die Fugen mit Mörtel und Sand und nur zum kleinen Teil mit Beton ausgefüllt seien. Das Fugenbild sei auffällig uneben, ungleichmäßig, porös und lückenhaft. Es springe ins Auge, dass sich immer wieder Fugenmaterial aus dem alten Gemäuer löse. Im Übrigen sei dieser Punkt nicht geeignet, eine Minderung von mehr als 10 % zu rechtfertigen. Der Keller habe nicht als Verkaufsraum dienen sollen. Ei-

ne Kürzung der Miete um nahezu 2/3 lasse sich unter keinem Gesichtspunkt rechtfertigen. Von einem entschuldigen Irrtum könne keine Rede sein. Die Kürzung um ein Vielfaches dessen, was sich bestenfalls rechtfertigen lasse, sei in augenfälliger Weise unverhältnismäßig und willkürlich. Mit der konkreten Nutzungsbeeinträchtigung, die mit dem Versanden des Gewölbekellers einhergehe, habe eine solche Kürzung der Miete nichts mehr zu tun. Deshalb sei die Bekl. mit der Zahlung schuldhaft in Verzug geraten. Ein Zurückbehaltungsrecht der Bekl. wegen des entgegen § 6 des Mietvertrages nicht auf ihren Namen angelegten Kautionsbetrages lasse sich nicht erkennen. Der Kl. habe durch Bankbestätigung nachgewiesen, dass er den Betrag auf einem gesonderten Sparkonto angelegt habe.

#### *2. Entscheidung und Begründung des BGH in der Revision*

Diese Ausführungen halten einer rechtlichen Nachprüfung nicht Stand.

#### *a. Zweifel an der Richtigkeit der Feststellungen*

Entgegen seiner Auffassung war das BerGer. an die vom Amtsgericht getroffenen tatsächlichen Feststellungen nicht gebunden. Denn nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGHZ 162, 313, 315 ff.) hat das BerGer. auch nach der zum 01.01.2002 in Kraft getretenen Reform des Rechtsmittelrechts die erstinstanzliche Beweiswürdigung darauf zu überprüfen, ob konkrete Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die Feststellungen unvollständig oder unrichtig sind. Anders als im Revisionsverfahren (§ 559 II ZPO) ist es dabei nicht auf Verfahrensfehler und Verstöße gegen die Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze beschränkt. Mit Erfolg macht die Revision geltend, dass die Beweiswürdigung des Amtsgerichts an Mängeln leide, die Zweifel an der Richtigkeit der getroffenen Feststellungen begründen und deshalb eine erneute Feststellung gebieten (§ 529 I Nr. 1 ZPO).

#### *aa. Indizwirkung des Schreibens der Bekl. vom 29.04.2003 überschätzt*

Das Amtsgericht hat ausgeführt: "Wenn die Bekl. mit Schreiben vom 29.04.2003 erklärte, die gegebenen Örtlichkeiten würden vom Boden, Kellerraum und Holzvertäfelung der Vorgabe entsprechen, kann dies zumindest ein Indiz dafür sein, dass das Versanden der Beklagten bei Besichtigung der Räumlichkeiten auffallen musste und von ihr nicht als störend empfunden wurde."

Die vom Amtsgericht angenommene Indizwirkung kommt dem Schreiben aber nicht zu. Aus ihm ergibt sich nämlich weder, dass zum Zeitpunkt der Besichtigung Sand auf dem Boden lag, noch dass die Bekl. erkannt hat, dass Sand aus den Wänden rieselte. Das erkennt auch das Amtsgericht, wenn es im nächsten

Satz ausführt: "Zuzugeben ist allerdings, dass der Kl. auch durch Säuberung des Kellerraumes, vor einer Besichtigung, die Möglichkeit gehabt hätte, den Keller in einen sandfreien Zustand zu bringen." Dennoch wertet das Amtsgericht das Schreiben der Bekl. vom 29.04.2003 als Indiz für die Kenntnis der Bekl. vom Absanden des Gewölbekellers.

*bb. Grenzen der Auslegung wurden überschritten, da bloße Beschreibung des Mietobjektes*

Das Amtsgericht hat den Satz in der Anlage 1 zum Mietvertrag: "Der Mieter hat das Objekt besichtigt und übernimmt es im derzeit vorhandenen Zustand" wegen der Wortwahl "derzeit vorhandenen Zustand" als Indiz dafür angesehen, dass der Bekl. das Versanden des Kellers bei Vertragsschluss bekannt war. Der Ausdruck "im derzeit vorhandenen Zustand" deute darauf hin, dass irgendein Mangel vorgelegen haben müsse; nachdem das Versanden der einzige gerügte Mangel des Mietobjektes sei, deute auch dies darauf hin, dass das Versanden bereits bei Vertragsabschluss bekannt gewesen sei. Damit hat das Amtsgericht die Grenzen zulässiger Auslegung überschritten. Der gewählten Formulierung kommt die vom Amtsgericht angenommene Indizwirkung nicht zu. Die Formulierung findet sich in vielen Mietverträgen und dient der Beschreibung des Mietobjektes. Ein Hinweis auf verborgene Mängel oder gar darauf, dass dem Mieter solche bekannt gewesen seien, kann ihr nicht entnommen werden.

*cc. Fehlerhafte Beurteilung des Zeugen als nicht glaubhaft*

Das Amtsgericht hat die Aussage des Zeugen B. , "nicht als glaubhaft" beurteilt, weil der Zeuge lediglich von einem Gespräch zwischen ihm und dem Kl., nicht aber von sich aus von einem weiteren Gespräch zwischen den Parteien berichtet habe; danach habe er, auf das weitere Gespräch angesprochen, erklärt, die behauptete Äußerung sei nicht gefallen, ohne dass er über weitere Einzelheiten des Gesprächs berichtet habe. Zu Recht rügt die Revision, dass dieses weitere Gespräch nicht Gegenstand des Beweisthemas war und nicht ersichtlich ist, dass das Gericht den Zeugen B. überhaupt nach weiteren Einzelheiten dieses Gesprächs gefragt hat. Wenn der Zeuge - ungefragt - zusätzliche, nicht zum Beweisthema gehörende Angaben unterlassen hat, dann spricht das allein nicht gegen die Glaubhaftigkeit seiner Aussage. Es kommt hinzu, dass das Amtsgericht ein wesentliches Indiz für die Glaubhaftigkeit der Aussage übersehen hat. Nach der Rüge der Bekl., dass der Keller absande, kam es zu einer umfangreichen Korrespondenz zwischen den Parteien. Dabei hat der Kl. in keinem Schreiben erwähnt, dass er die Bekl. vor Vertragsschluss auf diesen Mangel hingewiesen habe. Erstmals in der Klageschrift macht der Kl. geltend, er habe die Bekl. im Rahmen der Ver-

tragsverhandlungen auf die Absandung hingewiesen. Im Übrigen widerspricht es jeglicher Lebenserfahrung, dass ein Mieter Räume anmietet, in denen Sand von Wänden und Decken rieselt, ohne auf der Beseitigung dieses Mangels zu bestehen oder sich seine Rechte vorzubehalten.

*b. Grds. keine Erkundungs- oder Untersuchungspflicht des Mieters bzgl. etwaiger Mängel ohne bes. Anhaltspunkte*

Mit Erfolg wendet sich die Revision auch gegen die Hilfsbegründung des Landgerichts, dass der Bekl., wenn sie nicht über das Absanden des Gewölbekellers unterrichtet worden sei, dieser Mangel infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben sei. In der Regel trifft den Mieter keine Erkundungs- und Untersuchungspflicht (BGH, Urteil vom 04.04.1977 - VIII ZR 143/75 - NJW 1977, 1236). Grob fahrlässig handelt er, wenn er die erforderliche Sorgfalt bei Vertragsschluss in ungewöhnlich hohem Maße verletzt und dasjenige unbeachtet lässt, was im gegebenen Fall jedem hätte einleuchten müssen (BGH, Urteil vom 28. 11.1979 - VIII ZR 302/78 - NJW 1980, 777). Grob fahrlässige Unkenntnis im Sinne des § 536b S. 2 BGB ist anzunehmen, wenn die Umstände, die auf bestimmte Unzulänglichkeiten hindeuten, den Verdacht eines dadurch begründeten Mangels besonders nahelegen, der Mieter aber gleichwohl weitere zumutbare Nachforschungen unterlassen hat (Schmidt-Futterer/Eisenschmid, Mietrecht 9. Aufl. § 536b Rdn. 16). Dass bei der Besichtigung des Gewölbekellers Sand auf dem Boden lag, hat die Kl. nicht behauptet und das BerGer. nicht festgestellt. Dann bestand aber für die Bekl. kein Anlass, das Gewölbe daraufhin zu untersuchen, ob Sand aus Mauern und Decken rieseln könnte. Zutreffend weist die Revision darauf hin, dass Gewährleistungsansprüche der Bekl. selbst dann nicht ausgeschlossen wären, wenn der Bekl. die Absandung infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben wäre, nämlich dann nicht, wenn der Kl. sie arglistig verschwiegen haben sollte. Denn unstreitig hatte der Kl. von dem Mangel Kenntnis. Das Verschweigen des die Gebrauchstauglichkeit der Mieträume beeinträchtigenden Absandens könnte arglistig sein (vgl. BGH, Urteil vom 14.10.1993 - III ZR 156/92 - NJW 1994, 253 f.; Schmidt-Futterer/Eisenschmid aaO § 536d Rdn. 4) und würde dann entgegen der Auffassung des BerGer. Gewährleistungsrechte der Bekl. nicht ausschließen (§ 536 b S. 2, 2. Halbs. BGB).

*c. Bestehendes Leistungsverweigerungsrecht des Mieters gem. § 320 BGB*

Zu Recht wendet sich die Revision auch gegen die weitere Hilfsbegründung des Landgerichts, ein Einbehalt von nahezu 2/3 der Miete lasse sich unter keinem Gesichtspunkt rechtfertigen; schon deshalb sei die Bekl. mit einem die fristlose Kündigung rechtfertigen-



den Teil der Miete in Verzug. Das BerGer. hat nicht berücksichtigt, dass sich die Bekl. wegen der Mängel neben der Minderung auch auf ein Leistungsverweigerungsrecht berufen hat. Sie hat vorgetragen, dass die Beseitigung der bestehenden Mängel einen Aufwand von mehr als 10.000,- € erfordere. Der Anspruch des Mieters auf Erfüllung

(§ 535 I 2 BGB) besteht neben der Minderung und kann dem Vermieter nach § 320 BGB entgegengehalten werden (Senatsurteil vom 26.02.2003 - XII ZR 66/01 - NJW-RR 2003, 727 f.; Schmidt-Futterer/Eisenschmid aaO § 536b Rdn. 53, 54). Die Einrede des nicht erfüllten Vertrages hindert den Eintritt des Verzugs mit der Folge, dass eine außerordentliche Kündigung wegen Verzugs nicht möglich ist (BGHZ 84, 42, 44).

*d. Kein Ausschluss der Berufung auf das Zurückbehaltungsrecht durch § 12 des Mietvertrages*

Entgegen der Auffassung der Revisionserwiderung ist die Bekl. auch nicht wegen § 12 des Mietvertrages gehindert, sich gegenüber dem Mietzinsanspruch auf ein Zurückbehaltungsrecht zu berufen. Nach § 12 I des Mietvertrages war die Bekl. nur verpflichtet, die Absicht der Zurückbehaltung einen Monat vor Fälligkeit des Mietzinses anzuzeigen, wenn sie ein Zurückbehaltungsrecht wegen eines Schadenersatzanspruchs nach § 536 a BGB geltend macht. Das ist hier nicht der Fall.

*3. Zurückverweisung an das BerGer.*

Der Senat ist nicht in der Lage abschließend zu entscheiden. Der Rechtsstreit muss an das BerGer. zurückverwiesen werden, damit es die erforderlichen Feststellungen verfahrensfehlerfrei nachholt.

Für das weitere Verfahren weist der Senat auf Folgendes hin: Sollte die Beweisaufnahme ergeben, dass die Bekl. den Mangel bei Abschluss des Vertrages gekannt hat, so wäre sie dadurch nicht gehindert, die Einrede des nicht erfüllten Vertrages zu erheben. Der Mieter kann den Erfüllungsanspruch aus § 535 I 2 BGB nämlich auch dann noch geltend machen, wenn die Minderung nach § 536 b BGB ausgeschlossen ist (Emmerich/Sonnenschein Miete 8. Aufl. § 536b Rdn. 2). Erfüllungsansprüche sind nur dann ausgeschlossen, wenn die Mietvertragsparteien einen bestimmten, bei Überlassung vorhandenen (schlechten) Zustand der Mietsache konkret als vertragsgemäß vereinbart haben (BGH, Urteil vom 20.01.1993 - VIII ZR 22/92 - NJW-RR 1993, 522 f.; Blank/Börstinghaus Miete 2. Aufl. § 536b BGB Rdn. 10). Dieser Schluss wird allerdings häufig gerechtfertigt sein, wenn der Mieter den Mietvertrag in positiver Kenntnis eines bestimmten Mangels abschließt, d.h. die Mietsache so, wie sie ist, akzeptiert (Emmerich/Sonnenschein aaO). Grundsätzlich gewährt § 320 BGB ein Zurückbehaltungsrecht gegenüber dem gesamten Mietzinsanspruch. Allerdings kann der Mieter gegen Treu und Glauben verstoßen (§ 242 BGB), wenn er einen unangemessen hohen Teil der Miete einbehält. Was als angemessen zu gelten hat, ist in erster Linie eine Frage des tatrichterlichen Ermessens und hängt von den Umständen des Einzelfalles ab (BGH, Senatsurteil vom 26.03.2003 - XII ZR 167/01 - NZM 2003, 437). Dabei kann der Rechtsgedanke des § 536 b BGB (§ 539 BGB a.F.) bei der Anwendung des § 320 II BGB herangezogen werden (BGH, Urteil vom 05.07.1989 - VIII ZR 334/88 - NJW 1989, 3222).

**Standort: Verbraucherschutz**

**Problem: Widerrufsbelehrung**

BGH, URTEIL VOM 12.04.2007  
VII ZR 122/06 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

**Problemdarstellung:**

Der Kl. begehrt von der Bekl. für erbrachte Werkleistungen noch ausstehenden pauschalierten Werklohn.

Ein Handelsvertreter der Kl. hatte die Bekl. zu Hause aufgesucht, und bot ihr dort Fassadenarbeiten zu einem Festpreis an. Noch am gleichen Tag unterzeichnete die Bekl. ein Bestellformular der Kl.. Auf deren Rückseite befand sich eine Erklärung, die mit "Widerrufsbelehrung: ..." überschrieben war. Im Rahmen der Belehrung wurde der Kunde ausführlich über seine Pflichten aufgeklärt, seine Rechte allerdings blieben unerwähnt. Unter dieser Erklärung befand sich in der für den Kunden vorgesehenen Zeile der Namenszug der Bekl.. Mit Schreiben vom 08.04.2005, das der Bekl. am 09.04.2005 zugegangen ist, bestätigte die Kl. die Bestellung der Bekl.. Mit Schreiben vom

13.04.2005 widerrief die Bekl. ihre Bestellung. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Die Berufung der Kl. ist erfolglos geblieben. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Kl. ihren Anspruch weiter.

**Prüfungsrelevanz:**

Die Entscheidung befasst sich mit dem sehr klausurrelevanten Verbraucherschutzwesen. Hier werden die Anforderungen an eine ordnungsgemäße Widerrufsbelehrung präzisiert.

Vorliegend handelte es sich um eine klassische Haustürsituation, so dass der Bekl. Unstreitig ein Widerrufsrecht gem. § 355 I BGB i.V.m. § 312 I 1 Nr. 1 BGB zustand. Problematisch war allein die ordnungsgemäße Ausübung des Widerrufsrechts. Die Widerrufsfrist beträgt gemäß § 355 I BGB zwei Wochen und beginnt in dem Zeitpunkt, in dem dem Verbraucher eine den Anforderungen des Gesetzes entsprechende

Widerrufsbelehrung mitgeteilt worden ist.

Der erkennende Senat befasste sich zunächst kurz mit der Frage, ob der Beginn des obig genannten Fristlaufs bereits vor dem Vertragsschluss liegen kann. Dies hatte das BerGer. insoweit verneint, als das Gesetz das Recht einräume, einen bereits zustande gekommenen Vertrag zu widerrufen. Folglich müsse dem Verbraucher die volle Widerrufsfrist nach Abschluss des Vertrages zur Verfügung stehen. Würde die Frist vorher laufen, könnte das dazu führen, dass die Widerrufsfrist abgelaufen sei, bevor der Unternehmer die Annahme erkläre und der Vertrag damit zustande komme. Der BGH folgt dieser Auffassung unter Berufung auf den Wortlaut der Verbraucherschutzrichtlinie nicht. Darin ist geregelt, dass dem Verbraucher die Widerrufsbelehrung zum Zeitpunkt der Abgabe des Angebots auszuhändigen ist, Artikel 4, und der Verbraucher innerhalb von sieben Tagen nach diesem Zeitpunkt von der eingegangenen Verpflichtung zurücktreten darf, Artikel 5. Dieses Ergebnis erstaunt, erscheint die Argumentation des BerGer. doch sehr nachvollziehbar. Leider hatte der Senat hier nicht zu entscheiden, inwieweit die vom BerGer. vorgenommene Auslegung der §§ 312, 355 BGB mit der Richtlinie zu vereinbaren war und eine von der Richtlinie abweichende Regelung gemäß Artikel 8 zulässig wäre. Auch musste er nicht eine Vorlage an den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften zur Klärung der Frage in Erwägung ziehen, ob das Verständnis des BerGer. zu Artikel 5 der Richtlinie zutreffend ist.

Denn auf die Frage, wann die Frist von zwei Wochen beginnt, kam es in dieser Entscheidung nicht an. Es verbleibt daher abzuwarten, ob eine Entscheidung bis zum BGH gelangt, bei der dieser Frage streitentscheidend ist.

Hier war der Zeitpunkt des Beginns des Fristlaufs insoweit irrelevant, da die Widerrufsbelehrung nicht ordnungsgemäß war. Dies lag daran, dass der Unternehmer den Verbraucher lediglich über seine Pflichten aufgeklärt hatte, nicht jedoch über seine Rechte. Dies nahm der Senat zum Anlaß, erneut zu den Anforderungen an die Widerrufsbelehrung Stellung zu nehmen. Die Kl. hatte kein Formular verwendet, das dem Muster gemäß § 14 I Anlage 2 BGB-InfoV entspricht. Der Schutz des Verbrauchers erfordert eine möglichst umfassende, unmissverständliche und aus dem Verständnis der Verbraucher eindeutige Belehrung (BGH, ZIP 2002, 1730). Eine diesen Anforderungen genügende Information über die Rechtsfolgen des § 357 I, III BGB kann sich nicht darauf beschränken, allein die Pflichten des Verbrauchers wiederzugeben, denn zu den in § 357 I BGB geregelten Rechtsfolgen gehören ebenso Rechte des Verbrauchers. Auch § 355 I BGB fordert, dass der Verbraucher über seine Rechte informiert wird. Eine Beschränkung der Anforderungen an den Inhalt einer Widerrufsbelehrung in der Art, dass

abweichend vom Wortlaut des Gesetzes lediglich über die Pflichten des Verbrauchers zu belehren ist, ergibt sich nicht aus der Gesetzesbegründung zu § 312 II BGB. Auch dort wird abschließend ausgeführt, dass der Unternehmer den Verbraucher über diese Rechtsfolgen "sowie über die sonstigen Rechtsfolgen des Widerrufs" zu belehren hat und zudem darauf hingewiesen, dass ein Gleichlauf zwischen den Belehrungspflichten über die Rechtsfolgen des Widerrufs bei Fernabsatzverträgen und Haustürgeschäften erreicht werden soll (BT-Drucksache 14/7052 S. 190). In welchem Umfang der Verbraucher im Einzelnen über seine sich aus § 357 I, III BGB ergebenden Rechte zu informieren ist, ließ der BGH an dieser Stelle offen. Der Schutzzweck der Regelung erfordert aber jedenfalls eine Belehrung über die wesentlichen Rechte, die sich aus den Vorschriften über den gesetzlichen Rücktritt ergeben. Dazu gehört, dass auch der Unternehmer die empfangenen Leistungen zurückzugewähren und gegebenenfalls gezogene Nutzungen herauszugeben hat. Einen solchen Wortlaut der Widerrufsbelehrung sieht auch der Muster in Anlage 2 zu § 14 I BGB-InfoV vor: "Im Falle eines wirksamen Widerrufs sind die beiderseits empfangenen Leistungen zurückzugewähren und ggf. gezogene Nutzungen (z.B. Zinsen) herauszugeben."

Folglich genügte die Belehrung den Anforderungen nicht, so dass das Widerrufsrecht gem. § 355 III 3 BGB nicht erloschen ist. Daher war der Widerruf der Bekl. wirksam und ein Anspruch zu verneinen.

#### **Vertiefungshinweise:**

☐ Zum Widerruf: *Claussen*, JR 1991, 360; *Jung*, ZRP 1981, 137; *Teske*, NJW 1991, 2793; *Hoffmann*, ZIP 2001, 145; *Arzt*, JuS 2002, 528; *Meller-Hannich*, Jura 2003, 369; *BGH*, RA 2006, 151 = NJW 2006, 497 (Haustürgeschäft)

☐ Zu Fernabsatzverträgen gem §§ 312 b - d BGB: *Bülow-Arzt*, NJW 2000, 2049; *Fuchs*, ZIP 2000, 1273; *Riehm*, Jura 2000, 505; *Roth*, JZ 2000, 1013

#### **Kursprogramm:**

☐ *Examenskurs:* "Existenzgründung auf Raten"

☐ *Examenskurs:* "Hubschrauberleasing"

#### **Leitsatz:**

**Eine Widerrufsbelehrung, die lediglich über die Pflichten des Verbrauchers im Falle des Widerrufs, nicht jedoch über dessen wesentliche Rechte informiert, entspricht nicht den Anforderungen des Gesetzes.**

#### **Sachverhalt:**

Die Kl. verlangt eine pauschalierte Vergütung für nicht erbrachte Werkleistungen. Die Bekl. ist der Auf-

fassung, sie habe den Werkvertrag rechtzeitig widerrufen. Ein Handelsvertreter der Kl. suchte die Bekl. am 29.03.2005 in deren Wohnung auf und bot ihr Fassadenanstrich- und Fassadenputzarbeiten zu einem Festpreis an. Die Bekl. unterzeichnete am selben Tag ein Bestellformular der Kl..

Auf der Rückseite des der Bekl. ausgehändigten Bestellformulars befindet sich eine abgesetzte und schwarz umrandete Erklärung mit folgendem Wortlaut: "Widerrufsbelehrung: Sie können Ihre Bestellung innerhalb von zwei Wochen ab Aushändigung dieser Belehrung ohne Begründung in Textform (z.B. Brief, Fax, E-Mail) oder durch Rücksendung der bestellten Gegenstände gegenüber der Fa. D. - es folgt die Adresse - widerrufen. Zur Wahrung der Frist genügt die rechtzeitige Absendung des Widerrufs. Im Falle des Widerrufs müssen Sie die erhaltene Sache zurück- und gezogene Nutzungen herausgeben. Ferner haben Sie Wertersatz zu leisten, soweit die Rückgewähr oder die Herausgabe nach der Natur des Erlangten ausgeschlossen ist, Sie den empfangenen Gegenstand verbraucht, veräußert, belastet, verarbeitet oder umgestaltet haben oder die erhaltene Sache sich verschlechtert hat oder untergegangen ist. Die durch bestimmungsgemäße Ingebrauchnahme entstandene Verschlechterung bleibt außer Betracht."

Unter dieser Erklärung befindet sich in der für den Kunden vorgesehenen Zeile der Namenszug der Bekl.. Mit Schreiben vom 08.04.2005, das der Bekl. am 09.04.2005 zugegangen ist, bestätigte die Kl. die Bestellung der Bekl.. Mit Schreiben vom 13.04.2005 widerrief die Bekl. ihre Bestellung. Die Kl. verlangt von der Bekl. auf der Grundlage ihrer Vertragsbedingungen 36 % der vereinbarten Vergütung, das sind 6.362,07 €.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Die Berufung der Kl. ist erfolglos geblieben. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Kl. ihren Anspruch weiter.

### **Aus den Gründen:**

Die Revision ist unbegründet.

#### *I. Entscheidung und Begründung des BerGer.*

Das BerGer. ist der Auffassung, die Bekl. habe das ihr nach §§ 312, 355 BGB zustehende Widerrufsrecht wirksam ausgeübt. Die Widerrufsfrist habe nicht mit ihrem Angebot, sondern erst mit dem Vertragsschluss begonnen. Nach § 312 BGB stehe dem Verbraucher ein Widerrufsrecht zu, wenn er zum Abschluss eines Vertrages, der ein Haustürgeschäft zum Inhalt habe, bestimmt worden sei. Damit räume ihm das Gesetz das Recht ein, einen bereits zustande gekommenen Vertrag zu widerrufen. Folglich müsse dem Verbraucher die volle Widerrufsfrist nach Abschluss des Vertrages zur Verfügung stehen. Würde die Frist vorher laufen, könnte das dazu führen, dass die Widerrufsfrist abge-

laufen sei, bevor der Unternehmer die Annahme erkläre und der Vertrag zustande komme. Das Gesetz gehe auch davon aus, dass der Widerruf zur Rückabwicklung eines bereits abgeschlossenen Vertrages führe. Dem entsprächen Artikel 5 und 7 der Richtlinie 85/577/EWG betreffend den Verbraucherschutz im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen vom 20.12.1985. Artikel 4 der Richtlinie stehe dem nicht entgegen. Auch der Zweck des Widerrufsrechts erfordere, dass die Widerrufsfrist erst mit Vertragsschluss laufe. Die dem Verbraucher eingeräumte Bedenkfrist könne erst dann ihren Sinn erfüllen, wenn der Verbraucher wisse, ob der Unternehmer dem Vertragsschluss zustimme.

#### *II. Entscheidung des BGH in der Revision:*

Das hält der rechtlichen Nachprüfung jedenfalls im Ergebnis stand.

##### *1. Widerrufsrecht der Bekl. gem. §§ 312 I 1 Nr. 1, 355 I BGB besteht*

Der Bekl. steht nach den nicht angefochtenen Feststellungen des BerGer. ein Widerrufsrecht gemäß § 312 I 1 Nr. 1, § 355 BGB zu. Die Widerrufsfrist beträgt gemäß § 355 I BGB zwei Wochen und beginnt in dem Zeitpunkt, in dem dem Verbraucher eine den Anforderungen des Gesetzes entsprechende Widerrufsbelehrung mitgeteilt worden ist.

##### *2. Beginn des Fristlaufs nicht streitentscheidend*

Im Streit steht, ob die Frist nicht beginnen kann, bevor ein Vertrag zustande gekommen ist, der Unternehmer also ein in der Haustürsituation abgegebenes Angebot des Verbrauchers angenommen hat. Die Revision hält die entsprechende Auffassung des BerGer. für unzutreffend. Sie verweist 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). Darin ist geregelt, dass dem Verbraucher die Widerrufsbelehrung zum Zeitpunkt der Abgabe des Angebots auszuhändigen ist, Artikel 4, und der Verbraucher innerhalb von sieben Tagen nach diesem Zeitpunkt von der eingegangenen Verpflichtung zurücktreten darf, Artikel 5. Der Senat hat nicht zu entscheiden, inwieweit die vom BerGer. vorgenommene Auslegung der §§ 312, 355 BGB mit der Richtlinie zu vereinbaren ist und eine von der Richtlinie abweichende Regelung gemäß Artikel 8 zulässig wäre. Auch muss er nicht eine Vorlage an den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften zur Klärung der Frage in Erwägung ziehen, ob das Verständnis des BerGer. zu Artikel 5 der Richtlinie zutreffend ist. Denn auf die Frage, wann die Frist von zwei Wochen beginnt, kommt es nicht an.

##### *3. Rechtzeitigkeit des Widerrufs*

Der Widerruf der Bekl. war schon deshalb rechtzeitig,

weil die Widerrufsbelehrung nicht den Anforderungen des Gesetzes entspricht. Die Kl. hat lediglich auf die Pflichten, nicht jedoch auf wesentliche Rechte des Verbrauchers hingewiesen. Eine derartige Widerrufsbelehrung genügt nicht den Anforderungen des § 312 II BGB, wonach die Widerrufsbelehrung auf die Rechtsfolgen des § 357 I, III BGB hinweisen muss. Die Widerrufsbelehrung ist deshalb unwirksam, so dass eine Widerrufsfrist nicht laufen konnte.

*a. Keine dem Muster gem. § 14 Anlage 2 BGB-InfoV entsprechende Belehrung*

Die Kl. hat kein Formular verwendet, das dem Muster gemäß § 14 I Anlage 2 BGB-InfoV entspricht. Sie kann schon deshalb keine ihr günstigen Rechtswirkungen aus der BGB-InfoV herleiten.

*b. Anforderungen an die Belehrung*

Der Schutz des Verbrauchers erfordert eine möglichst umfassende, unmissverständliche und aus dem Verständnis der Verbraucher eindeutige Belehrung (BGH, Urteil vom 04.07.2002 - I ZR 55/00, ZIP 2002, 1730, 1731). Eine diesen Anforderungen genügende Information über die Rechtsfolgen des § 357 I, III BGB kann sich nicht darauf beschränken, allein die Pflichten des Verbrauchers wiederzugeben, denn zu den in § 357 I BGB geregelten Rechtsfolgen gehören ebenso Rechte des Verbrauchers. Auch § 355 I BGB fordert, dass der Verbraucher über seine Rechte informiert wird.

*c. Belehrung allein über die Pflichten des Verbrauchers ist unzureichend*

Eine Beschränkung der Anforderungen an den Inhalt einer Widerrufsbelehrung derart, dass abweichend vom Wortlaut des Gesetzes lediglich über die Pflichten des Verbrauchers zu belehren ist, ergibt sich nicht aus der Gesetzesbegründung zu § 312 II BGB. Nach der Gesetzesbegründung wurde zwar unter Hinweis auf § 312 d III BGB besonderer Wert auf die allein die Pflicht des Verbrauchers betreffende Information gelegt, dass eine bereits vor dem Widerruf empfangene Dienstleistung mit der vereinbarten Vergütung als Wertersatz zu bezahlen ist. Denn der Verbraucher solle wissen, was auf ihn zukomme (BT-Drucksache 14/7052 S. 190). Aus dieser besonderen Hervorhebung lässt sich jedoch nicht herleiten, dass lediglich über die dem Verbraucher nachteiligen Rechtsfolgen aufzuklären ist. Eine solche Einschränkung findet sich im Gesetzestext nicht. Auch in der Gesetzesbegründung wird abschließend ausgeführt, dass der Unternehmer den Verbraucher über diese Rechtsfolgen "sowie über die sonstigen Rechtsfolgen des Widerrufs" zu belehren hat

und zudem darauf hingewiesen, dass ein Gleichlauf zwischen den Belehrungspflichten über die Rechtsfolgen des Widerrufs bei Fernabsatzverträgen und Haustürgeschäften erreicht werden soll (BT-Drucksache 14/7052 S. 190). Nach § 312c I 1 BGB muss der Unternehmer u.a. die Informationen zur Verfügung stellen, für die dies in der Rechtsverordnung nach Artikel 240 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuch bestimmt ist. Nach § 1 I Nr. 10 BGB-InfoV muss der Verbraucher über die Rechtsfolgen des Widerrufs oder der Rückgabe, einschließlich der Informationen über den Betrag, den der Verbraucher im Falle des Widerrufs oder der Rückgabe gemäß § 357 I des Bürgerlichen Gesetzbuches für die erbrachte Dienstleistung zu zahlen hat, informiert werden.

*d. Belehrung muss jedenfalls die wesentlichen Rechte enthalten, die sich aus dem Widerruf ergeben*

Der Senat muss nicht entscheiden, in welchem Umfang der Verbraucher im Einzelnen über seine sich aus § 357 I, III BGB ergebenden Rechte zu informieren ist. Der Schutzzweck der Regelung erfordert jedenfalls eine Belehrung über die wesentlichen Rechte, die sich aus den Vorschriften über den gesetzlichen Rücktritt ergeben. Dazu gehört, dass auch der Unternehmer die empfangenen Leistungen zurückzugewähren und gegebenenfalls gezogene Nutzungen herauszugeben hat. Dementsprechend sieht auch das Muster in Anlage 2 zu § 14 I BGB-InfoV den Text vor: "Im Falle eines wirksamen Widerrufs sind die beiderseits empfangenen Leistungen zurückzugewähren und ggfls. gezogene Nutzungen (z.B. Zinsen) herauszugeben." Die Widerrufsbelehrung der Kl. informiert demgegenüber lediglich darüber, dass der Verbraucher die Pflicht zur Rückgewähr und zur Herausgabe gezogener Nutzungen hat. Das ist eine einseitige Darstellung, die geeignet ist, Unsicherheit beim Verbraucher darüber hervorzurufen, inwieweit der Unternehmer in gleicher Weise verpflichtet ist. Sie wird dem Ziel, den Verbraucher möglichst unmissverständlich zu belehren, nicht gerecht. Diesem drängt sich die unbeantwortete Frage auf, wieso nur seine Verpflichtung zur Rückgabe und nicht die des Unternehmers zur Rückzahlung erwähnt wird. Insbesondere wird ihm die Information vorenthalten, dass auch der Unternehmer die gezogenen Nutzungen, z.B. Zinsen, herauszugeben hat. Da mangels einer ordnungsgemäßen Belehrung eine Widerrufsfrist nicht lief, ist der Widerruf der Bekl. wirksam.

*4. Nebenentscheidung*

Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 I ZPO.

**Standort: ZPO****Problem: Berufungseinlegungsfrist**

BGH, BESCHLUSS VOM 08.05.2007  
VI ZB 74/06 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

**Prüfungsrelevanz:**

Die Rechtsbeschwerde richtet sich gegen die Zurückweisung des Antrags auf Wiedereinsetzung durch das BerGer. sowie die daher als unzulässig verworfene Berufung.

Das erstinstanzliche Gericht hat mit Urteil vom 19.04.2006 die Klage abgewiesen. Die Frist zur Einlegung der Berufungsbegründung lief am 13.07.2006 ab. Der Vertreter des Kl. erstellte bis etwa 23:30 Uhr am Tag des 13.07.2006 die Berufungsschrift. Als er diese dann versenden wollte, stellte sich heraus, dass das Faxgerät den Schriftsatz nicht angenommen hatte. Dies lag daran, dass die Toner-Kartusche ausgewechselt werden musste. Dieser Wechselvorgang nahm ca. 15 Minuten in Anspruch, allerdings nahm das Gerät den Schriftsatz nunmehr an. Die Berufungsbegründungsschrift erreichte das Gericht erst nach Mitternacht. Auf den vom Empfangsgerät des Gerichts ausgedruckten drei Seiten der Berufungsbegründung sowie der beigefügten Anlage befindet sich unten auf der jeweiligen Seite die von dem Empfangsfaxgerät stammende Zeitangabe "14/07 '06 FR 00:00 ...".

Den Antrag des Kl., ihm Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren, hat das BerGer. zurückgewiesen und die Berufung als unzulässig verworfen. Dagegen richtet sich die Rechtsbeschwerde des Kl., jedoch erfolglos.

**Problemdarstellung:**

Diese Entscheidung ist deshalb interessant, weil es um die fristgemäße Einlegung eines Rechtsmittels per Telefax geht. Diese Frage ist insbesondere in Klausuren zum Zweiten Staatsexamen ein häufiges Problem.

Die Frist zur Berufungsbegründung beträgt gem. § 520 II 1 ZPO zwei Monate beginnend mit der Zustellung des in vollständiger Form abgefassten Urteils. Gem. § 520 III 1 ZPO ist die Berufungsbegründung in einem Schriftsatz bei dem Berufungsgericht einzureichen. Eingereicht ist ein Schriftsatz dann, wenn er in die Verfügungsgewalt des Gerichts gelangt, gleichgültig, ob dabei ein Bediensteter des Gerichts mitwirkt (Zöller-Gummer, § 520 Rn 7). Grundsätzlich kann auch die Begründung eines Rechtsmittels fristgemäß per Telefax eingelegt werden. Insoweit ist auf den allgemeinen Grundsatz zu verweisen, nach dem bestimmende Schriftsätze mittels Telekopie (Telefax) zulässig sind (Vgl. BVerfG, NJW 1996, 2857). Entscheidend ist, dass auch die Telekopie die Unterschrift wiedergibt (BGH, NJW 1994, 2097). Als Unterschrift ausreichend ist ein eigenhändiger Schriftzug individuellen

Charakters, wobei es auf die Lesbarkeit nicht ankommt (BGH, VersR 1983, 273). Zweifel insoweit bestanden in dem hier zur Entscheidung stehenden Fall nicht.

Vielmehr war zu entscheiden, ob die Rechtzeitigkeit des Eingangs bejaht werden kann. Eingegangen ist die Erklärung mit dem vollständigen Empfang der technischen Signale durch das Empfangsgerät des Gerichts. Der Vorgang des Ausdrucks hat mit dem ordnungsgemäßen Empfang nichts mehr zu tun, sondern betrifft allein die gerichtsinterne Wiedergabe (BGH, MDR 1995, 310). So ist etwa der gerichtsinterne Papierstau beim Empfangsgerät rechtlich nicht erheblich, da es allein auf den Eingang, nicht jedoch auf die weitere Verarbeitung ankommt. Beim mehrseitigen Telefax ist maßgeblich für die Frage des rechtzeitigen Zugangs der Zeitpunkt der Übermittlung der abschließenden, die Unterschrift enthaltenen Seite (BGH, NJW 1994, 2097). Hier wies das Gerät des Gerichts den 14.07.2006 00:00 Uhr als Eingangsdatum aus. Es war zu entscheiden, ob der Zeitpunkt des 13.07.2006 24:00 Uhr mit demjenigen des 14.07.2006 00:00 Uhr gleichzusetzen ist. Diese Auffassung wurde nämlich vom Klägervorteiler vorgetragen. Im naturwissenschaftlichen Sinne ist der Zeitpunkt 13.07.2006 24:00 Uhr identisch mit dem Zeitpunkt 14.07.2006 00:00 Uhr. Diese Betrachtung läßt sich jedoch auf die Frage der Wahrung einer Rechtsmittel-(begründungs-)frist nicht übertragen. Entscheidend zur Wahrung einer solchen Frist ist, ob der fristwahrende Schriftsatz bis zum Ablauf des letzten Tages der Begründungsfrist, hier also am 13.07.2006 bis 24.00 Uhr eingegangen ist. Der Schriftsatz muss vor Beginn des Folgetages 00:00 Uhr eingegangen sein (so ausdrücklich BGH, Beschluss vom 24.07.2003 - VII ZB 8/03 - aaO "vor Beginn" des Folgetages; vgl. BVerfG, BVerfGE 41, 323, 328) und damit - weil zwischen 24:00 Uhr und 00:00 Uhr keine, auch keine logische Sekunde existiert - vor Ablauf von 23:59 Uhr. Das aber bedeutet, dass das Empfangsgerät des Gerichts als Empfangszeit 23:59 Uhr hätte angeben müssen. Genau dies war hier nicht der Fall. Mithin war der Eingang bei Gericht verspätet.

**Vertiefungshinweise:**

- Zu Organisationspflichten eines Rechtsanwaltes bei Übermittlung fristwahrender Schriftsätze per Telefax: *BGH*, NJW 1993, 732; *BGH*, NJW-RR 2001, 889; *Müller*, NJW 1998, 497; *ders.* NJW 2000, 322
- Zur Berufung: *Rimmelspacher*, NJW 2002, 1897; *Stackmann*, NJW 2002, 781; *BGH*, RA 2006, 334 =NJW 2006, 1589

**Kursprogramm:**

- Assessorkurs*: "Ein englisches Teeservice"

□ *Assessorkurs*: "Wer nicht zahlt, der fliegt"

**Leitsätze (der Redaktion):**

**Entscheidend zur Wahrung einer Frist ist, ob der fristwahrende Schriftsatz bis zum Ablauf des letzten Tages der Begründungsfrist, hier also am 13.07.2006 bis 24.00 Uhr eingegangen ist. Der Schriftsatz muss vor Beginn des Folgetages 00:00 Uhr eingegangen sein.**

**Zu berücksichtigen ist hierbei, dass es maßgeblich nicht auf den Zeitpunkt ankommt, zu dem die Rechtsmittelbegründungsschrift im Telefaxgerät des Gerichts ausgedruckt worden ist, sondern auf den Zeitpunkt, in dem die gesendeten Signale vom Empfangsgerät des Gerichts vollständig empfangen (gespeichert) wurden.**

**Sachverhalt:**

Das Landgericht Darmstadt hat mit Urteil vom 19.04.2006 die Klage abgewiesen. Die Frist zur Einlegung der Berufungsbegründung lief am 13.07.2006 ab. Der Prozessbevollmächtigte des Kl. hat vorgetragen, er habe aufgrund starker Arbeitsbelastung am 13.07.2006 während seiner Bürozeiten die Berufungsschrift nicht fertig stellen können. Nach Abschluss der Berufungsschrift um ca. 23:30 Uhr habe er den Schriftsatz per Fax versenden wollen, aber feststellen müssen, dass das Faxgerät den Schriftsatz nicht angenommen habe. Nachdem er Kabel und Leitungen geprüft habe, habe er auf dem Display des Faxgerätes einen Vermerk gesehen, dass die Toner-Kartusche gewechselt werden müsse. Obwohl er zunächst die Erschöpfung der Toner-Kartusche als Fehlerursache ausgeschlossen habe, da Toner nur für Ausdrücke gebraucht werde, habe er die Kartusche ausgetauscht. Daraufhin habe das Faxgerät wieder funktioniert. Das Wechseln der Kartusche, das üblicherweise von der Fachangestellten ausgeführt werde, habe etwa 15 Minuten gedauert. Der Schriftsatz habe daher erst nach Mitternacht versandt werden können. Auf den vom Empfangsgerät des Gerichts ausgedruckten drei Seiten der Berufungsbegründung sowie der beigefügten Anlage befindet sich unten auf der jeweiligen Seite die von einem Faxgerät stammende Zeitangabe "14/07 '06 FR 00:00 ...".

Den Antrag des Kl. vom 27.07.2006, ihm Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren, hat das BerGer. zurückgewiesen und die Berufung als unzulässig verworfen. Dagegen richtet sich die Rechtsbeschwerde des Kl..

**Aus den Gründen:**

Die Rechtsbeschwerde ist statthaft (§ 574 I 1 Nr. 1 in Verbindung mit §§ 522 I 4, 238 II 1 ZPO). Sie ist jedoch nicht zulässig. Die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung (§ 574 II Nr. 2 ZPO) erfordert keine

Entscheidung des Rechtsbeschwerdegerichts.

*1. Ausn. unerheblich ist das Fehlen der Parteianträge im Beschluss*

Der angefochtene Beschluss begegnet zwar Bedenken, weil er keine Darstellung der Anträge der Parteien enthält. Es handelt sich um einen Beschluss, der von Gesetzes wegen mit der Rechtsbeschwerde angefochten werden kann (§ 522 I 4 ZPO). Beschlüsse, die der Rechtsbeschwerde unterliegen, müssen den maßgeblichen Sachverhalt, über den entschieden wird, wiedergeben und den Streitgegenstand sowie die Anträge der Parteien in beiden Instanzen erkennen lassen; anderenfalls sind sie nicht mit den gesetzmäßigen Gründen versehen (vgl. Senat, Beschluss vom 20.06.2006 - VI ZB 75/05 - VersR 2006, 1423, 1424; BGH, Beschlüsse vom 20.06.2002 - VersR 2003, 926; vom 12.07.2004 - NJW-RR 2005, 78; vom 07.04.2005 - BGH-Report 2005, 1000). Das Fehlen der Anträge, das die Rechtsbeschwerde nicht beanstandet, kann hier nur deshalb hingenommen werden, weil sich die Anträge mit den prozessualen Vorgängen, auf die es hier allein ankommt, mit noch hinreichender Deutlichkeit aus den Beschlussgründen ergeben.

*2. Rechtsbeschwerde ist mangels Zulässigkeitsgrunds unzulässig*

Die Rechtsbeschwerde ist aber unzulässig, denn es ist keiner der in § 574 II ZPO angeführten Zulässigkeitsgründe ersichtlich.

*a. Berufung ist unzulässig*

Das BerGer. hat die Berufung als unzulässig verworfen, weil sie nicht innerhalb der gesetzlichen Frist (§ 520 II ZPO) bis zum Ablauf des 13.07.2006 eingegangen sei und dem Kl. Wiedereinsetzung gegen die Fristversäumung nicht gewährt werden könne, weil er sich ein Verschulden seines Prozessbevollmächtigten zweiter Instanz an der Fristversäumung zurechnen lassen müsse (§§ 85 II, 233 ZPO). Das hält den Angriffen der Rechtsbeschwerde stand.

*aa. Berechnung und Ablauf der Frist zur Berufungseinlegung*

Es entspricht dem Wortlaut der gesetzlichen Regelung, dass eine nach Monaten bemessene Frist, wie die Frist zur Begründung der Berufung (§ 520 I 2 ZPO), mit dem Ablauf des Tages endet, der dem Tag entspricht, in den das Ereignis der Zustellung des Urteils fällt (§ 222 I ZPO; §§ 187 I, 188 II BGB). Die Frist endet mit Ablauf dieses Tages, also um 24:00 Uhr. Im vorliegenden Fall lief die Frist - nach den nicht angegriffenen Feststellungen des angefochtenen Beschlusses - deshalb am 13.07.2006 um 24:00 Uhr ab.

*bb. Kein Fall des § 574 II Nr. 2 ZPO*

Die Rechtsbeschwerde beanstandet, laut Aufdruck auf

dem Fax sei die Berufungsbegründung rechtzeitig um 24:00 Uhr am 13.07.2006 eingegangen. Das BerGer. habe hierzu von Amts wegen aufklären müssen, ob das Empfangsgerät - wie häufig - lediglich das Ende der Übertragung als Zeitangabe ausdrücke. Offenbar springe der Zeitanzeiger bei diesem Gerät von der Zeitangabe 13/07 23:59 Uhr sofort auf 14/07 00:00 Uhr. Der Kl. vermöge sich hierzu nicht zu äußern. Ohne entsprechende tatrichterliche Feststellungen sei daher zugunsten des Kl. davon auszugehen, dass die Anzeige 00:00 im Faxgerät der gerichtlichen Eingangsstelle die Zeitangabe 24:00 bedeute. Damit will die Rechtsbeschwerde geltend machen, dass die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Beschwerdegerichts erfordere, weil das BerGer. den Wiedereinsetzungsantrag abgelehnt habe, ohne die vorrangige Frage, ob der Begründungsschriftsatz verspätet eingegangen sei, näher zu prüfen. Damit versage es dem rechtsuchenden Bürger eine rechtliche Prüfung seiner Sache aufgrund von Anforderungen, die weder vom Gesetz noch von der höchstrichterlichen Rechtsprechung verlangt werden und mit denen er nicht rechnen musste (Art. 2 I i.V.m. Art. 20 III GG).

*(1) Weitere tatrichterliche Feststellungen erforderlich*  
Entgegen der Ansicht der Rechtsbeschwerdeerwidrerung war das BerGer. einer näheren Abklärung nicht schon deshalb enthoben, weil der Kl. selbst vorgetragen hatte, dass die Berufungsbegründung verspätet eingegangen sei, und dies unstrittig war. Die Fristen zur Begründung von Rechtsmitteln unterliegen ebenso wie Rechtsmittelfristen nicht der Disposition der Parteien. Übereinstimmender Vortrag der Parteien hierzu mag zwar verständlich machen, warum eine nähere Prüfung nicht erfolgt, kann diese jedoch nicht entbehrlich machen (vgl. § 522 I 1, 2 ZPO; Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, 16. Aufl., § 7 Rn. 7; MünchKomm-ZPO-Aktualisierungsband/Rimmelspacher, aaO, § 522 Rn. 5; MünchKomm-ZPO/Prütting, aaO, § 295 Rn. 11; Musielak/Huber, ZPO, 5. Aufl., § 295 Rn. 3; Thomas/Putzo/Reichold, aaO, § 295 Rn. 3).

*(2) Eingang am 14.07.2006 um 00:00 Uhr ist nicht gleichbedeutend mit dem 13.07.2006 24:00 Uhr*  
Die Rechtsbeschwerde geht davon aus, dass ein Eingang der Berufungsbegründung am 14.07.2006 00:00 Uhr rechtzeitig sei, weil dies gleichbedeutend sei mit "13.07.2006 24:00 Uhr". Dem vermag der Senat nicht zu folgen. Allerdings ist im naturwissenschaftlichen Sinne der Zeitpunkt 13.07.2006 24:00 Uhr identisch

mit dem Zeitpunkt 14.07.2006 00:00 Uhr (vgl. schon Jauernig JZ 1989, 615, 616 zu Ziff. 4). Darum geht es jedoch nicht, wenn zu beurteilen ist, ob eine Rechtsmittel-(begründungs-)frist gewahrt ist oder nicht. Entscheidend zur Wahrung einer solchen Frist ist, ob der fristwahrende Schriftsatz bis zum Ablauf des letzten Tages der Begründungsfrist, hier also am 13.07.2006 bis 24.00 Uhr eingegangen ist (vgl. BGH, Urteil vom 24.01.2000 - II ZR 268/98 - NJW 2000, 1328; Beschluss vom 24. 07.2003 - VII ZB 8/03 - NJW 2003, 3487; BVerfG, BVerfGE 52, 203, 207; 102, 254, 295). Zu berücksichtigen ist hierbei, dass es maßgeblich nicht auf den Zeitpunkt ankommt, zu dem die Rechtsmittelbegründungsschrift im Telefaxgerät des Gerichts ausgedruckt worden ist, sondern auf den Zeitpunkt, in dem die gesendeten Signale vom Empfangsgerät des Gerichts vollständig empfangen (gespeichert) wurden (vgl. BGH, BGHZ 167, 214, 219 ff.). Die Frist ist gewahrt, wenn dies bei Ablauf des letzten Tages der Frist, also am 13.07.2006 24.00 Uhr der Fall war (vgl. BGH, Urteil vom 24.01.2000 - II ZR 268/98 - NJW 2000, 1328; Beschluss vom 24.07.2003 - VII ZB 8/03 - NJW 2003, 3487; BVerfG, BVerfGE 52, 203, 207, 209). Der Schriftsatz muss vor Beginn des Folgetages 00:00 Uhr eingegangen sein (so ausdrücklich BGH, Beschluss vom 24.07.2003 - VII ZB 8/03 - aaO "vor Beginn" des Folgetages; vgl. BVerfG, BVerfGE 41, 323, 328) und damit - weil zwischen 24:00 Uhr und 00:00 Uhr keine, auch keine logische Sekunde existiert - vor Ablauf von 23:59 Uhr. Das aber bedeutet, dass das Empfangsgerät des Gerichts als Empfangszeit 23:59 Uhr hätte angeben müssen. Einen solchen hiernach allein genügenden Eingang vor 24:00 Uhr aber macht auch die Rechtsbeschwerde nicht geltend. Wie es zu dem Eingangsvermerk 14.07.2006 00:00 Uhr gekommen sein kann, wenn zugleich nach dem (mutmaßlichen) Aufdruck des Faxgeräts des Klägersvertreter die Übermittlung erst am 14.07.2006 um 00:13 bis 00:14 Uhr erfolgt sein soll, bedarf nach allem keiner Klärung. Gleiches gilt hinsichtlich der Frage, ob das Empfangsgerät des Berufungsgerichts nach Ablauf des 13.07.2006 23:59 Uhr sofort auf 14.07.2006 00:00 Uhr umgeschaltet hat.

*3. Verwerfung der Rechtsbeschwerde mit Kostenfolge*  
Die Begründung des den Wiedereinsetzungsantrag abweisenden Beschlusses beanstandet die Rechtsbeschwerde nicht. Nach allem ist die Rechtsbeschwerde als unzulässig zu verwerfen mit der Kostenfolge aus § 97 I ZPO.

## Strafrecht

**Standort: § 185 StGB**

**Problem: Anrede von BGS-Beamten als Menschenjäger**

OLG HAMM, BESCHLUSS VOM 10.10.2006  
3 Ss 231/05 (NSTZ-RR 2007, 140)

**Problemdarstellung:**

Der Angeklagte hatte zwei Beamte des Bundesgrenzschutzes (BGS), die in einem Bahnhof Dienst taten, als "Menschenjäger" bezeichnet. Obwohl einer der Beamten daraufhin erklärte, er fühle sich hierdurch beleidigt, weigerte sich der Angeklagte, diese Äußerung zurückzunehmen. Daraufhin wurde der Angeklagte vom Amtsgericht wegen Beleidigung, § 185 StGB, verurteilt. Auf die Sprungrevision des Angeklagten, § 335 StPO, hob das OLG Hamm das Urteil auf.

**Prüfungsrelevanz:**

Die Straftaten gegen die Ehre, §§ 185 ff. StGB, gehören in beiden Examen zum Prüfungsstoff, sodass vom Prüfling zumindest Grundkenntnisse erwartet werden. Die Frage, unter welchen Voraussetzungen eine "falsche" Bezeichnung eines Hoheits- oder Amtsträgers eine Beleidigung darstellt, ist hier ein klassisches Problem.

§ 185 StGB setzt einen Angriff auf die Ehre eines anderen durch vorsätzliche Kundgabe einer Miss- oder Nichtachtung voraus (BGHSt 16, 63; Tröndle/Fischer, § 185 Rn 4). Das OLG Hamm betont in der vorliegenden Entscheidung in Übereinstimmung mit der BVerfG-Rechtsprechung (vgl. BVerfGE 93, 266), dass die Frage, ob eine Äußerung des Täters eine entsprechende Kundgabe beinhaltet, immer anhand der Gesamtumstände des konkreten Einzelfalls zu prüfen sei und dass es insofern weder auf die Intention des Täters noch auf die Empfindung des Opfers ankomme, sondern auf das Urteil eines (neutralen) Dritten. Bei einer neutralen Wertung, so das OLG Hamm, sei jedoch der Begriff "Menschenjäger" nicht unbedingt als herabsetzend zu verstehen, da der Begriff der "Jagd" durchaus positiv belegt sei und auch die "Jagd" auf Menschen nicht immer etwas Schlechtes sein müsse (z.B. bei der "Jagd" der Polizei auf Verbrecher).

Gerade wegen des Grundrechtes der Meinungsfreiheit, Art. 5 GG, kann jedoch nicht jede Äußerung, durch die der Täter seine Missachtung gegenüber einem Dritten zum Ausdruck bringt, als Beleidigung strafbar sein. Aus dieser Überlegung resultiert der Rechtfertigungsgrund der Wahrnehmung berechtigter Interessen, § 193 StGB, der eine Ausprägung von Art. 5 GG dar-

stellt (BGHSt 12, 293; Tröndle/Fischer, § 193 Rn 17). Über § 193 StGB ist der Täter einer Beleidigung insb. dann gerechtfertigt, wenn er gerade staatliche Maßnahmen und Organe - u.U. auch scharf - kritisiert (Bay-ObLG, NJW 2005, 1291; OLG Karlsruhe, NSTZ-RR 2005, 173). Unzulässig ist jedoch stets die sog. Schmähkritik, bei der nicht die Auseinandersetzung mit der Sache, sondern die Diffamierung der Person des Hoheitsträgers im Vordergrund steht (BGH, NJW 2000, 1038; OLG Karlsruhe, NJW 2003, 2035; 2005, 613; Schönke/Schröder-Lenckner, § 193 Rn 16). Im vorliegenden Fall hatte das Amtsgericht eine Rechtfertigung des Angeklagten gem. § 193 StGB mit der Begründung abgelehnt, dass es sich eben um eine solche - unzulässige - Schmähkritik handele. Das OLG Hamm vermochte dem vorliegenden Sachverhalt jedoch zu entnehmen, dass es dem Angeklagten mehr auf die Kritik an der Vorgehensweise des BGS insgesamt und nicht auf den persönlichen Angriff gegen die angesprochenen Beamten ankam, sodass keine Schmähkritik, sondern eine sachliche Kritik gegeben sei, die durchaus über § 193 StGB gerechtfertigt sein könne.

**Vertiefungshinweise:**

☐ Zur Beleidigung, insb. vom Hoheitsträgern: *Bay-ObLG*, NJW 2005, 1291; *KG*, NSTZ 2005, 693; *LG Regensburg*, NJW 2006, 629 = RA 2006, 159; *Bölke*, NJW 2004, 2352; *Nolte/Tams*, JuS 2004, 111; *Otto*, NJW 2006, 575; *Seelmann-Eggebert/Soehring*, NJW 2005, 571; *Zaczyk*, JR 2003, 36

☐ Zur Schmähkritik: *BVerfG*, NSTZ 2001, 640; *OLG Düsseldorf*, StraFo 2006, 114; *OLG Karlsruhe*, NSTZ-RR 2006, 173; *Otto*, JURA 1997, 142

**Leitsätze (der Redaktion):**

- 1. Beleidigung ist die Kundgabe der Nichtachtung oder Missachtung. Sie kann durch ehrenrührige Tatsachenbehauptung gegenüber dem Betroffenen sowie durch herabsetzende Werturteile gegenüber dem Betroffenen begangen werden. Für die Interpretation einer Äußerung als herabsetzendes Werturteil kommt es dabei auf den objektiven Sinn (aus Sicht eines unbefangenen Erklärungsempfängers) im konkreten Kontext an. Dagegen spielt weder die Intention des Täters noch das subjektive Empfinden des Betroffenen eine Rolle.**
- 2. Die Feststellung, ob eine Erklärung einen Angriff**



**auf die Ehre einer anderen Person enthält, ist grundsätzlich Sache des Tatrichters.**

**3. Ein Verstoß gegen das Grundrecht der Meinungsfreiheit liegt dann vor, wenn der Tatrichter einer Äußerung eine Bedeutung beilegt, die ihr objektiv nicht zukommt, oder wenn er unter mehreren möglichen Deutungen sich für die zur Bestrafung führende entscheidet, ohne die anderen mit überzeugenden Gründen auszuschließen .**

**Sachverhalt:**

Am 03.02.2004 verließ der Angeklagte gegen 23.30 Uhr die Eingangshalle des Löhner Bahnhofs. Vor den Eingangstüren zum Haupteingang hielten sich die Bundesgrenzschutzbeamten PHM W und POM S zur Einsatzbesprechung hinsichtlich der Überwachung eines Gefahrguttransporters auf. Beide trugen Uniform. Als der Angeklagte die Beamten passierte, sagte er in deren Richtung laut und deutlich "Menschenjäger". Dabei schaute er die Beamten an. Die beiden Beamten fühlten sich daher persönlich angesprochen und sprachen den Angeklagten an. Es entwickelte sich eine ruhige Diskussion, in deren Verlauf dem Angeklagten durch PHM W erläutert wurde, dass sich dieser durch die Äußerung des Angeklagten beleidigt fühlte. Er forderte den Angeklagten auf, die Äußerung zurückzunehmen, was dieser jedoch nicht tat.. Der Angeklagte ist wegen Beleidigung zu einer Geldstrafe verurteilt worden. Seine Revision hatte Erfolg.

**Aus den Gründen:**

Die Verurteilung wegen Beleidigung hält sachlich-rechtlicher Nachprüfung nicht stand. Der Schuldspruch hat insoweit in den bisher getroffenen Feststellungen keine tragfähige Grundlage.

Unter einer Beleidigung ist die Kundgabe der Nichtachtung oder Missachtung zu verstehen (BGHSt 1, 298; 11, 67; 16, 58 f.). Dabei kann die Beleidigung durch ehrenrührige Tatsachenbehauptung gegenüber dem Betroffenen sowie durch herabsetzende Werturteile gegenüber dem Betroffenen begangen werden.

Für die Interpretation einer Äußerung als herabsetzendes Werturteil kommt es dabei auf den objektiven Sinn (aus Sicht eines unbefangenen Erklärungsempfängers) im konkreten Kontext an (BVerfGE 93, 266, 295). Dagegen spielt weder die Intention des Täters noch das subjektive Empfinden des Betroffenen eine Rolle. Die Feststellung, ob eine Erklärung einen Angriff auf die Ehre einer anderen Person enthält, ist grundsätzlich Sache des Tatrichters. Dieser muss nicht nur den Wortlaut, sondern auch den Sinn einer Äußerung feststellen (BGH NStZ 1994, 390). Den tatsächlichen Gehalt der Äußerung hat er im Wege der Auslegung zu ermitteln. Die Auslegung unterliegt wie die Beweiswürdigung nur eingeschränkter revisionsrechtlicher Kontrolle. Das Revisionsgericht darf nur überprüfen, ob die Auslegung auf einem Rechtsirrtum beruht, ge-

gen Sprach- und Denkgesetze verstößt (BGHSt 21, 371, 372 = NJW 1968, 309) oder lückenhaft ist.

Dabei ist Voraussetzung jeder rechtlichen Würdigung von Äußerungen, dass ihr Sinn zutreffend vom Tatrichter erfasst worden ist. Ein Verstoß gegen das Grundrecht der Meinungsfreiheit liegt dann vor, wenn der Tatrichter einer Äußerung eine Bedeutung beilegt, die ihr objektiv nicht zukommt, oder wenn er unter mehreren möglichen Deutungen sich für die zur Bestrafung führende entscheidet, ohne die anderen mit überzeugenden Gründen auszuschließen (BVerfG NZV 1994, 486 unter Bezugnahme von BVerfGE 43, 130; 82,43). Bereits in dieser Hinsicht bestehen Bedenken hinsichtlich der vom AG einzig vorgenommenen Wertung des Begriffs "Menschenjäger" wenn ausgeführt wird, der Begriff lege nahe, dass die so genannte Person keine Achtung vor anderen Menschen hat und diese, wie der normale Jäger die Tiere, auch tötet.

Der Begriff der Menschenjagd wird bei dieser Form der Auslegung unzulässig verkürzt, bedeutet er doch nicht nur das Töten, sondern auch das Aufsuchen, Nachstellen und Fangen von Wild (vgl. Meyers großes Taschenlexikon 2003, Begriff: Jagd). Gerade im letztgenannten - und nur in diesem Sinne - werden auch andere Strafverfolgungsorgane in der Presse oder im allgemeinen Sprachgebrauch bezeichnet, wenn dort von Umschreibungen wie etwa "die Polizei jagt Verbrecher" oder "Schwarzarbeitsjäger" - worauf die Revision zutreffend hinweist - die Rede ist.

Ob der - mögliche - beleidigende Kern der Äußerung aus der Sicht eines objektiven Dritten in der Begriffskombination zwischen Menschen und Jagd liegt, - besagt er doch, dass staatliche Organe pauschal ohne rechtfertigenden Grund Menschen nachstellen, die ihrerseits nicht gegen das Recht verstoßen (anders als "Verbrecher" oder "Schwarzarbeiter"), daher keinen Anlass für eine Verfolgung geben und damit grundlos durch staatliche Organe verfolgt werden - bedarf keiner Entscheidung durch den Senat, sondern unterliegt der tatrichterlichen Würdigung.

Aber auch soweit das Tatgericht die Äußerung "Menschenjäger" als Schmähkritik an den beiden diensthabenden Beamten wertet und damit im Rahmen des § 193 StGB keine Abwägung zwischen dem Grundrecht der Meinungsfreiheit und dem Ehrenschutz vornimmt, ist das Urteil fehlerhaft.

Merkmal der Schmähung ist die das sachliche Anliegen völlig in den Hintergrund drängende persönliche Kränkung. Sie muss jenseits auch polemischer und überspitzter Kritik in der persönlichen Herabsetzung bestehen (BVerfGE 82, 272, 283). Aus diesem Grunde wird Schmähkritik bei Äußerungen in einer die Öffentlichkeit wesentlich berührenden Frage nur ausnahmsweise vorliegen und im Übrigen eher auf die sog. Privatfehde beschränkt bleiben. Hält ein Gericht eine Äußerung fälschlicherweise für eine Schmähung

oder Formalbeleidigung, mit der Folge, dass eine konkrete Abwägung unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls unterlassen wird, so liegt darin ein erheblicher Fehler, der zur Aufhebung des Urteils führt.

So verhält es sich vorliegend. Ausweislich der Beweiswürdigung hat der Angeklagte anlässlich der Äußerung zwar beide an der Eingangstür des Bahnhofs stehenden BGS-Beamte angesehen, in der anschließenden Diskussion aber "allgemein den Bundesgrenzschutz kritisiert". Geht es - wie hier - um eine Personengruppe (BGS), die durch eine bestimmte soziale Funktion geeint sind, so ist eher zu vermuten, dass die Äußerung nicht von der Diffamierung der Personen geprägt wird, sondern an die von ihnen vorgenommene Tätigkeit anknüpft (BVerfG NStZ 1996, 127).

Dem Angeklagten ging es erkennbar um die Tätigkeit des Bundesgrenzschutzes, was zum einen aus der Äußerung selbst zu entnehmen ist, zum anderen aus der anschließenden Diskussion, in der allgemein der Bundesgrenzschutz kritisiert wurde. Zwar kann eine solche

Äußerung gleichwohl ehrverletzend sein. Sie unterfällt aber nicht mehr dem Begriff der Schmähkritik, der eine konkrete Abwägung zwischen den Belangen der Meinungsfreiheit unter Berücksichtigung aller Umstände des Falls überflüssig macht (BVerfG aaO). Angesichts dessen hätte der Tatrichter darlegen müssen, dass in der konkreten Äußerung auch unter Berücksichtigung ihres Kontexts die Sachauseinandersetzung von der Personendiffamierung in den Hintergrund gedrängt worden war. Dazu gehört eine umfassende Darstellung der zur Tatzeit vom Angeklagten vorgetragene Beweggründe seiner Äußerung unter gleichzeitiger Schilderung der Tatsituation vor Ort (wie viele Beamte waren im Einsatz, gab es erhebliche Bundespolizeipräsenz, Streifenwagen, Anschein einer Kontrollsituation etc.) und unter Berücksichtigung seines Rechts auf freie Meinungsäußerung einerseits und des Rechts auf Ehrschutz der betroffenen Beamten andererseits. Diesen Anforderungen ist das angegriffene Urteil nicht gerecht geworden.

### Standort: § 223 StGB

### Problem: Misshandlung durch "Geiselnahmeübungen"

OLG HAMM, BESCHLUSS VOM 25.07.2006  
4 Ws 172 -188106 (NStZ-RR 2007, 154)

#### **Problemdarstellung:**

Die Beschuldigten hatten als verantwortliche Soldaten (Kompaniechef, Ausbilder usw.) im Rahmen der Grundausbildung von Rekruten - entgegen den einschlägigen Vorschriften der Bundeswehr - "Geiselnahmeübungen" durchgeführt. Bei diesen waren diese Rekruten ohne vorherige Warnung überfallen, gefangen genommen, gefesselt, mit verbundenen Augen abtransportiert und anschließend verschiedenen Verhörmethoden unterzogen, u.a. Stromschlägen und anderen Misshandlungen. Die Staatsanwaltschaft (StA) beim LG Münster hatte auf Grund dieses Verhaltens Anklage erhoben insb. wegen Körperverletzung, § 223 I StGB, und Misshandlung, § 30 I WStG. Die Strafkammer des Landgerichts hatte in ihrem Eröffnungsbeschluss die Anklage nur gegen einige der Beschuldigten und auch nur in stark eingeschränktem Umfang zugelassen, §§ 203, 204 StPO. Gegen diesen die Eröffnung (teilweise) ablehnenden Beschluss hat die StA sofortige Beschwerde eingelegt, § 210 II StPO. Der Beschwerde gab das OLG Hamm statt, sodass die Anklage uneingeschränkt zugelassen wurde. Mittlerweile wird der Fall vor dem LG Münster verhandelt.

#### **Prüfungsrelevanz:**

Während die Einkleidung des vorliegenden Falles in eine sofortige Beschwerde der StA gem. § 210 II StPO eine prozessuale Konstellation betrifft, deren Kenntnis

eher im zweiten Examen erwartet wird und die nebenstrafrechtlichen Tatbestände der §§ 30 ff. WStGB keinen Prüfungsstoff darstellen, ist die vom OLG Hamm erörterte zentrale Frage, ob solche "Geiselnahmeübungen" körperliche Misshandlungen darstellen, in beiden Examen durchaus prüfungsrelevant, da das entsprechende Tatbestandsmerkmal des § 30 WStG demjenigen des § 223 I StGB entspricht.

Körperliche Misshandlung i.S.v. § 223 I StGB ist eine üble, unangemessene Behandlung, die das körperliche Wohlbefinden oder die körperliche Unversehrtheit des Opfers nicht nur unerheblich beeinträchtigt (BGHSt 25, 277; Tröndle/Fischer, § 223 Rn 3a). Das OLG Hamm betont insofern in der vorliegenden Entscheidung - was sich allerdings schon aus der genannten Definition ergibt -, dass eine körperliche Misshandlung eine Substanzverletzung, also einen Eingriff in die körperliche Integrität des Opfers nicht zwingend voraussetzt. Auch eine bloße Beeinträchtigung des Wohlbefindens ohne Substanzverletzung kann eine körperliche Misshandlung darstellen. Weiter führt das OLG aus, dass das Vorliegen einer erheblichen Beeinträchtigung des körperlichen Wohlbefindens nicht nach dem subjektiven Empfinden des konkreten Opfers zu bestimmen ist, sondern aus Sicht eines objektiven Betrachters (vgl. OLG Düsseldorf, NJW 1991, 2919; Schönke/Schröder-Eser, § 223 Rn 4a). Deswegen konnte es auch die Beschuldigten nicht entlasten, dass die Soldaten, die Opfer der Geiselnahmeübungen waren, sich nicht über diese beschwert und ausgesagt hatten, sie hätten die Behandlungen nicht als unangenehm empfunden. Das OLG geht davon aus, dass das

Fesseln der Hände mit Kabelbinder und das "Stapeln" mehrerer gefesselter Personen auf der Pritsche eines Lkw stets eine körperliche Misshandlung darstellen dürfte.

Der Besonderheit, dass es sich im vorliegenden Fall bei den Opfern um Soldaten und bei der "Geiselnahmeübung" um einen Teil ihrer Ausbildung handelte, trägt das OLG insofern Rechnung, als es betont, dass bei der Bundeswehr eine üble, unangemessene Behandlung dann nicht gegeben sei, wenn ein Soldat zwar eine erhebliche Beeinträchtigung seines Wohlbefindens erleide, diese jedoch mit den Dienstvorschriften in Einklang stehe. Die Geiselnahmeübungen widersprachen allerdings den Dienstvorschriften, so dass dieser Grundsatz die Angeklagten nicht entlasten konnte.

Auch die Tatsache, dass den Rekruten vorher ein Codewort mitgeteilt worden war, das sie nur nennen mussten, um die Übung zu beenden, schließt nach Auffassung des OLG eine Strafbarkeit nicht aus. Da das Kennwort sehr stark negativ belegt war und der Rekrut im Falle der Nennung des Codewortes als Feigling galt und bei einer geplanten Zukunft als Zeitsoldat erhebliche Nachteile zu befürchten hatte, konnte in dem Erdulden der Maßnahmen ohne Nennung des Codewortes keine rechtfertigende Einwilligung gesehen werden. Außerdem wäre eine solche bei einer Tat gem. § 30 WStG sowieso nicht möglich. Interessant ist, dass das OLG insofern ein tatbestandsausschließendes Einverständnis der Soldaten anspricht. Nach h.M. schließt die Zustimmung des Opfers im Rahmen der §§ 223 ff. StGB jedoch nicht den Tatbestand, sondern allenfalls die Rechtswidrigkeit aus (BGH, NStZ 2000, 88; NJW 2004, 1055; Schönke/Schröder-Stree, § 228 Rn 1; Tröndle/Fischer, § 228 Rn 2; a.A. (Tatbestandsausschluss): SK-Horn/Wolters, § 228 Rn 2; Roxin, AT 1, § 13 Rn 17 ff.).

#### **Vertiefungshinweise:**

☐ Zur körperlichen Misshandlung i.S.v. § 223 I StGB: BGHSt 25, 277; BGH, NJW 1994, 127; 1995, 2643; NStZ 1997, 123; NStZ-RR 2000, 106; Jerouschek, JuS 1999, 746; Rackow, GA 2003, 135;

#### **Sachverhalt:**

Die Staatsanwaltschaft (StA) legte den 18 Angeschuldigten in der Anklageschrift zur Last, in der Zeit vom 08.06. bis zum 01.09.2004 in D. in bis zu 4 Fällen, jeweils gemeinschaftlich und tateinheitlich handelnd, Untergebene (Rekruten) körperlich misshandelt und entwürdigend behandelt zu haben (§§ 30, 31 WStG; §§ 223, 224 I Nr. 4, 25 II, 52, 53 StGB).

Den Angeschuldigten wurde Folgendes vorgeworfen: Die Angeschuldigten waren als Hauptmann und Kompaniechef - der Angeschuldigte S - bzw. die übrigen Angeschuldigten als Unteroffiziere im Rang bis zum

Hauptfeldwebel für die Grundausbildung von Rekruten eingesetzt. In 4 Fällen, am 09.06., 25. und 31.08. sowie am 01.09.2004, kam es jeweils im Anschluss an einen Nachtmarsch auf Veranlassung der Angeschuldigten E und H mit Billigung des Angeschuldigten S zu militärischen Übungen, in deren Verlauf die Rekruten von ihren Ausbildern - den einschlägigen Ausbildungsvorschriften zuwider - überfallen und als Geiseln genommen wurden. Dabei wurden die Rekruten nach ihrer Gefangennahme mit Kabelbindern gefesselt und, mit Augenbinden versehen, auf Lastwagen abtransportiert und anschließend verschiedenen Verhörmethoden unterzogen, wozu Stromschläge und andere Misshandlungen gehörten.

Die zuvor nicht eingeweihten Rekruten sollten durch diese Übung auf die Situation einer Gefangennahme durch einen das Völkerrecht nicht achtenden Gegner und die anschließende, von Gewalt oder Drohung mit Gewalt gekennzeichnete Befragung vorbereitet werden. Betroffen waren, je Vorfall, zwischen 22 und 82 Rekruten.

Das LG Münster hat durch den angefochtenen Beschluss die Anklage der StA Münster gegen den Angeschuldigten H uneingeschränkt zur Hauptverhandlung zugelassen, die Eröffnung des Verfahrens gegen die Angeschuldigten S, H, S, H, K, M, K, J und K abgelehnt und das Verfahren gegen die übrigen Angeschuldigten unter Zulassung der Anklage nur insoweit eröffnet, als es im Rahmen der 4 Übungen zu einzelnen Exzessen gekommen ist, die jedoch, insoweit abweichend von der rechtlichen Würdigung in der Anklageschrift, teilweise nur gem. §§ 30, 31 WStG strafbar seien.

Nach Auffassung der Strafkammer (StrK) stellte die überfallartige Gefangennahme der Rekruten als solche, ihre Fesselung, ihr Abtransport und das anschließende Verhör, soweit es dabei in Einzelfällen nicht zu Exzessen gekommen ist, keine Straftat dar, auch wenn solche Übungen im Rahmen der Grundausbildung nach den einschlägigen Vorschriften der Bundeswehr nicht hätten durchgeführt werden dürfen. Die sofortige Beschwerde der StA hatte Erfolg. Die Anklage wurde in vollem Umfang zugelassen.

#### **Aus den Gründen:**

##### *I. Ausführungen der Generalstaatsanwaltschaft*

[...] Im Mittelpunkt dieser Entscheidung des Senats steht die Frage, ob die Beteiligung an den fraglichen Geiselnahmen, sei es in Form der Planung, Anordnung, Billigung oder tatsächlicher Teilnahme, im Gegensatz zur Auffassung der StrK als strafbare Handlung bzw. Duldung i.S.d. §§ 30, 31 WStG, §§ 223, 224 StGB zu werten ist. Hierzu hat die Generalstaatsanwaltschaft (GenStA) folgendes ausgeführt:

"Gegen sämtliche Angeschuldigte besteht ein hinreichender Tatverdacht in dem in der Ankla-

geschrift dargelegten Umfang.

1. Die Planung und Durchführung der 'Geiselnahmeübungen' erfüllt bereits in der Form, in der sie von den Beschuldigten E und H geplant und von dem Angeeschuldigten S genehmigt und beobachtet worden ist, die Tatbestände der Misshandlung und entwürdigenden Behandlung Untergebener sowie der gefährlichen Körperverletzung.

Zu Unrecht stellt das LG darauf ab, dass die Vorgehensweise der Angeschuldigten, soweit es nicht zu Exzessen gekommen ist, keine körperliche Misshandlung i.S.d. § 30 I WStG darstelle. Das Überwältigen der Rekruten, ihre Fesselung mit Kabelbindern, ihre Verbringung auf der Ladefläche eines Transportfahrzeuges und die anschließende simulierte Befragung, bei der zahlreiche Rekruten mit Wasser bespritzt wurden, Liegestütze ausführen oder Baumstämme halten mussten, stellt ein übles, unangemessenes Behandeln dar, welches das körperliche Wohlbefinden mehr als nur unerheblich beeinträchtigte.

Soweit das LG hierbei lediglich einzelne Vorgänge, wie das Bespritzen mit Wasser, als nicht tatbestandsmäßig bewertet hat, wird diese Betrachtungsweise dem Gesamtcharakter des Geschehens nicht gerecht. Der Begriff des körperlichen Misshandelns des § 30 I WStG stimmt mit dem des § 223 StGB überein (Dau in Erbs/Kohlhaas W 50, § 30 Rn 4). Die vorstehend beschriebene Behandlung der Rekruten stellte eine körperliche Misshandlung i.S.d. § 223 StGB dar. Hierbei kommt es nicht darauf an, dass die Mehrzahl - wenn auch nicht alle - der Rekruten eine subjektive Beeinträchtigung bei ihrer zeugenschaftlichen Vernehmung verneint haben. Abzustellen ist vielmehr unstreitig auf die Sicht eines objektiven Betrachters (OLG Düsseldorf NJW 1991, 2919; S/S-Eser 26. Aufl., § 223 Rn 4 a; SK-StGB- Horn/Wolters § 223 Rn 8; LK-Lilie 11. Aufl., § 223 Rn 9 mwN). Nach diesen Maßstäben mag es zwar sein, dass das Bespritzen der Kleidung mit Wasser in einer Sommernacht als lediglich unerhebliche Beeinträchtigung des körperlichen Wohlbefindens zu bewerten ist. Dies kann jedoch nicht für den geschilderten Gesamtvorgang gelten. Die zur Fesselung verwendeten Kabelbinder haben die Eigenschaft, sich nur in eine Richtung weiter zuzuziehen. Bei dem - nach den einschlägigen Vorschriften unzulässigen - Transport der so gefesselten Rekruten lagen diese auf der Ladefläche des Fahrzeuges zum Teil 'kreuz und quer' übereinander. Bei den anschließenden Befragungen mussten sie über teilweise erhebliche Zeiträume in unbequemen Haltungen verharren und die geschilderten 'Strafübungen' durchführen. Hierbei kann nicht unberücksichtigt bleiben, dass diese Strapazen am Ende eines 20 km langen nächtlichen Orientierungsmarsches erfolgten und von manchen Rekruten das Gewicht des zu zweit gehaltenen Baumstammes mit 30 kg beziffert worden ist. Zahlreiche Geschädigte haben zudem angegeben, dass sie bei den 'Befragungen' in

den Kellerräumen mit 'kaltem' oder 'eiskaltem' Wasser übergossen worden seien und erheblich gefroren hätten, da sie zum Teil nur mit einem T-Shirt bekleidet gewesen seien (Zeugen I und Y3). Diese Umstände waren den Angeschuldigten auch, wie nachfolgend aufgezeigt wird, bekannt.

Dass die Angeschuldigten E und H wie das LG ausführt, die übrigen Angeschuldigten angewiesen hatten, darauf zu achten, dass die Rekruten nicht verletzt würden, ändert an der Bewertung nichts, da die körperliche Misshandlung keine Gesundheitsschädigung oder Substanzverletzung erfordert. Im Übrigen kann bei einer überfallartigen Fesselung und der anschließenden 'Behandlung' der Rekruten, die sich zum Teil hiergegen zur Wehr setzten, von vornherein nicht ausgeschlossen werden, dass es zu Verletzungen kommt, so dass die Angeschuldigten zumindest mit Eventualvorsatz handelten.

Selbst wenn man, dem LG folgend, die Behandlung als lediglich unerhebliche Beeinträchtigung des körperlichen Wohlbefindens betrachten wollte, läge ein körperliches Misshandeln i.S.v. § 30 WStG vor. Denn die Vorgehensweise der Angeschuldigten stellt eine üble, unangemessene Behandlung dar, bei deren Vorliegen eine körperliche Misshandlung zu bejahen ist, selbst wenn die Körpereinwirkung isoliert betrachtet als 'ganz unerheblich' anzusehen wäre (SK-StGB-Horn/Wolters aaO, Rn 7; BGHSt 14, 269). Der BGH hat in der angeführten Entscheidung anlässlich einer nur 7 Minuten dauernden Übung, die bei den Betroffenen lediglich zu einer Durchnässung der Kleidung und einer Mattigkeit von 1 Stunde geführt hatte, eine Misshandlung nicht mangels Erheblichkeit der körperlichen Einwirkung verneint, sondern lediglich deshalb, weil die dem Geschädigten auferlegte Übung Bestandteil des regulären Ausbildungsdienstes der Bundeswehr gewesen sei und somit nicht den Charakter einer Strafe oder einer Schikane gehabt habe.

Ob eine üble und unangemessene Behandlung vorliegt, entscheidet sich somit nach den Erfordernissen des militärischen Dienstes. Hält sich der Vorgesetzte, der einem Soldaten besondere körperliche Anstrengungen zumutet, innerhalb der Dienstvorschriften und Befehle, fehlt es an einer solchen Behandlung (Dau, aaO, Rn 5). Die den Angeschuldigten vorgeworfene Verhaltensweise stand jedoch in keinem Zusammenhang mit der Grundausbildung und den Ausbildungszielen der Bundeswehr, sondern diente allein der Schaffung einer vorübergehenden Machtposition der unmittelbar an den Übungen beteiligten Angeschuldigten und der Ausübung der Kontrolle über die Geschädigten. Der fehlende Ausbildungscharakter der 'Übungen' ergibt sich aus der für die Rekrutenausbildung maßgeblichen 'Anweisung für die Truppenausbildung Nr. 1' der Bundeswehr, die 'Geiselnahmeübungen' nicht zulässt. Dass solche Übungen für Rekruten nicht vorgesehen sind, ergibt sich im Umkehrschluss aus dem in der An-

klageschrift wiedergegebenen 'Befehl Nr. 38/10\*' vom 12.04.2004, wonach das Verhalten im Falle einer Geiselnahme nur mit Kontingentsoldaten - also nicht mit Rekruten - nach ausführlicher Einweisung und vorgeschaltetem Unterricht unter Ziehung enger Grenzen vorgesehen ist. Der Befehl verbietet ausdrücklich die Anordnung von Liegestützen, tatsächliche Fesselungen, Scheinerschießungen oder sonstige die Würde der Auszubildenden berührenden Maßnahmen. Dass es sich bei der vorgenommenen Behandlung der Geschädigten nicht um mit diesen Übungen vergleichbare Ausbildungsmaßnahmen handelte, ergibt sich nicht nur aus deren objektivem Erscheinungsbild und der fehlenden Schulung und Vorbereitung der Rekruten, die allenfalls gerüchteweise von einem bevorstehenden 'Überfall' gehört hatten, sondern auch aus der zu Tage getretenen Haltung der angeschuldigten Ausbilder zu den Übungen. Diese haben zum Teil alkoholisiert während eines 'Zugabends' an den Überfällen teilgenommen, Fotos von den Vorfällen aufgenommen und sich über das Verhalten der Rekruten amüsiert. Der Angeeschuldigte S hat die Fotos als 'Version ab 18' bezeichnet (Zeuge E4). Der Beschuldigte E hat sich nach Angaben verschiedener Geschädigter damit 'gebrüstet', die Idee zu den 'Übungen' gehabt zu haben (Zeuge G4). Einige Ausbilder legten eigens ihren Urlaub in die Zeit der geplanten 'Geiselnahmeübungen', um an ihnen nicht teilnehmen zu müssen (Zeuge F). Somit war allen Angeschuldigten, die die 'Übungen' geplant hatten und hieran teilnahmen, klar, dass es sich um ein Vorgehen völlig außerhalb der vorgegebenen Ausbildungsrichtlinien für die Grundausbildung der Bundeswehr handelte. Dementsprechend forderten der Angeschuldigte E und andere Angeschuldigten die Rekruten auf, nichts nach außen zu tragen und sich möglichst nicht zu beschweren. Auch unter Anlegung großzügiger Maßstäbe bezüglich des körperlich fordernden Charakters der Grundausbildung, der zu beachtenden Formen und der Möglichkeiten der Vorgesetzten, ein disziplinarisches Verhalten der Rekruten durchzusetzen, war das Verhalten der Angeschuldigten weder formal noch inhaltlich von einem Ausbildungszweck bestimmt und stellt somit im Hinblick auf die Erfordernisse des militärischen Dienstes eine üble, unangemessene und sozialwidrige Behandlung dar. Eine solche liegt selbst bei Erreichung eines vermeintlichen militärischen Ausbildungserfolgs vor, wenn dieser auf Kosten der körperlichen Unversehrtheit des Untergebenen erkauft wird (BVerwGE 93, 19; Dau aaO, Rn 5).

Die Vereinbarung des Codewortes 'T' vermag weder dem Geschehen den Charakter einer körperlichen Misshandlung zu nehmen, noch begründet sie ein tatbestandsausschließendes Einverständnis der Geschädigten. Diese haben übereinstimmend angegeben, dass das Codewort unter allen Rekruten und Ausbildern negativ konnotiert gewesen sei und seine Nennung

dem Eingeständnis, ein Schwächling zu sein, gleichgekommen sei. Ein anderer Zug, dessen Krankenstand erhöht gewesen sei, sei als 'T Zug' bekanntgewesen. Zahlreiche Zeugen haben sich zudem überzeugt geäußert, das Codewort sei deshalb gewählt worden, um sie von dessen Nennung abzuhalten. Dementsprechend haben auch nur einzelne Soldaten von der Möglichkeit der Nennung des Codewortes Gebrauch gemacht; andere haben angegeben, hiervon schon deswegen abgesehen zu haben, weil sie negative Konsequenzen für die von ihnen beabsichtigte Verpflichtung als Zeitsoldat befürchtet hätten.

Die Vereinbarung eines Codewortes führt auch nicht dazu, dass die Teilnahme der Geschädigten an der 'Geiselnahme' als freiwillig zu qualifizieren wäre. Die Rekrutenstanden nicht nur während der Vorfälle in einem besonderen Gewaltverhältnis, sondern die 'Überfälle' fanden gegen Ende eines Orientierungsmarsches statt, der regulärer Bestandteil der Grundausbildung war, so dass sich die Rekruten einer Teilnahme daran nicht entziehen konnten. Überdies war ihnen Art und Umfang der auf sie zukommenden 'Behandlung' nicht bekannt. Die Vorschrift des § 340 III i.V.m. § 228 StGB findet auf § 30 WStG keine Anwendung (Dau aaO, Rn 10 mwN). Somit hat eine etwaige Einwilligung der Verletzten keine rechtfertigende Wirkung, da der Untergebene den Missbrauch der Befehlsbefugnis durch den Vorgesetzten nicht aufheben kann (Tröndle/Fischer 53. Aufl., § 340 Rn 7; Dau aaO).

Die Planung, Organisation und Durchführung der 'Geiselnahmeübungen' in der von den Angeschuldigten E und H ursprünglich vorgesehenen Weise stellt daher eine körperliche Misshandlung i.S.v. § 30 I WStG dar. Da sämtliche Angeschuldigten die ihnen vorgeworfenen Handlungen, wie untenstehend aufgezeigt wird, gemeinschaftlich mit anderen begingen, ist auch der Tatbestand der §§ 223 I Alt. 1, 224 I Nr. 4 StGB jeweils in Tateinheit hiermit (Dau aaO, Rn 18) erfüllt.

Schließlich haben die vorgenannten Angeschuldigten auch den Tatbestand des § 31 I, II WStG erfüllt. Eine entwürdigende Behandlung liegt immer vor, wenn ein Vorgesetzter durch sein Verhalten einen Untergebenen zum Objekt, zu einem bloßen Mittel oder einer vertretbaren Größe erniedrigt und damit dessen sozialen Wert- und Achtungsanspruch missachtet (Dau aaO § 31 Rn 3 mwN). Mit der Vorschrift sollen Handlungsweisen verhindert werden, die objektiv geeignet sind, den militärischen Zusammenhalt zu gefährden (BVerwGE 86, 362). Hierbei ist allein das objektive Bestehen einer Entwürdigung entscheidend. Ihr Ergebnis kann nicht davon abhängig gemacht werden, ob innerhalb des militärischen Bereiches ein rauerer Umgangston herrscht als im Zivilleben oder ob der Untergebene sensibler reagiert als ein Soldat mit robusterer Natur, der das ihm zugefügte Unrecht als nicht entwürdigend ansieht (Dau aaO). Die Fesselung und der

Transport auf der Ladefläche eines Fahrzeuges, bei dem die Rekruten nach ihren Angaben 'wie Ware' oder 'Kartoffelsäcke' quer übereinander liegend transportiert wurden und die von dem militärischen Ausbildungszweck auch nicht mehr annähernd gedeckte weitere Behandlung im Verlaufe der Befragung - auch wenn man von den begangenen Exzessen absieht - hat die Geschädigten zum bloß austauschbaren Objekt des Geltungs- und Selbstdarstellungsanspruchs der Angeschuldigten werden lassen. Demgemäß hat die Rechtsprechung das Vortäuschen von Exekutionen, Richten einer gesicherten, aber fertig geladenen Pistole auf den Untergebenen oder das Niederknienlassen unter gewissen Umständen für den Tatbestand des § 31 WStG genügen lassen (Nachw. bei Dau aaO). Dass die Behandlung auch nach den innerdienstlichen Maßstä-

ben der Bundeswehr die Geschädigten ihres sozialen Wert- und Achtungsanspruchs beraubte, wird nicht nur an den bereits benannten Ausbildungsrichtlinien deutlich, sondern beispielsweise auch an der Regelung des § 10 1 Soldatengesetz, der den Vorgesetzten bereits die Berührung der Untergebenen verbietet, außer wenn ihm zur Durchsetzung eines Befehls kein anderes Mittel bleibt. Für den Tatbestand kommt es auch nicht darauf an, ob sich der in seiner Würde und Ehre missachtete Soldat durch das Verhalten des Täters subjektiv beleidigt fühlt oder ein solches Verhalten gar verziehen hat (Dau aaO) [...]"

### 3. Entscheidung des OLG

Dem schließt sich der Senat vollumfänglich an [...]

## Standort: § 252 StPO

## Problem: Vernehmung der Verhörsperson

BGH, BESCHLUSS VOM 30.03.2007

1 STR 349/06 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

### Problemdarstellung:

Der Angeklagte wurde wegen sexuellen Missbrauchs seiner beiden Töchter verurteilt. Die ältere Tochter berief sich in der Hauptverhandlung auf ihr Zeugnisverweigerungsrecht, § 52 I Nr. 3 StPO. Daraufhin vernahm das Landgericht München eine Diplom-Psychologin als Zeugin, die in einem Sorgerechtsverfahren Gespräche mit der älteren Tochter, insb. auch bzgl. eines sexuellen Missbrauchs durch den Vater, geführt hatte. Diese Vernehmung hielt das LG für zulässig, da es sich bei der früheren Äußerung der Tochter gegenüber der Psychologin um eine Spontanäußerung gehandelt habe und die Tochter auch - konkludent - ihr Einverständnis in die Vernehmung erklärt habe. Der BGH hob das Urteil insofern auf, da die Vernehmung der Psychologin gem. § 252 StPO unzulässig gewesen sei.

### Prüfungsrelevanz:

Im zweiten Examen stellen strafprozessuale Aufgabenstellungen einen Großteil der Examensleistung dar. Aber auch im ersten Examen sind sie durch Zusatzfragen in Klausuren oder in der mündlichen Prüfung häufiger Gegenstand von Examensaufgaben. Besonders häufig sind in beiden Examen hierbei Fragestellungen, die - wie der vorliegende Fall - Beweisverwertungsverbote betreffen.

Gem. § 252 StPO darf die Aussage eines vor der Hauptverhandlung vernommenen Zeugen, der erst in der Hauptverhandlung von seinem Recht, das Zeugnis zu verweigern, Gebrauch macht, nicht verlesen werden. Dieses Verwertungsverbot umfasst entgegen dem Gesetzeswortlaut nicht nur die Verlesung von Protokol-

len und anderen Urkunden, sondern auch die Vernehmung der Verhörsperson (BGHSt 21, 218; Meyer-Goßner, § 252 Rn 13), wobei insofern streitig ist, ob dieses Verbot sich auch auf richterliche Verhörspersonen bezieht (so die wohl herrschende Literatur, vgl. Fezer, JZ 1990, 876; Geppert, JURA 1988, 306; Welp, JR 1996, 78) oder nicht (so die Rechtsprechung, vgl. BGHSt 45, 342; 46, 189; BGH, NJW 1996, 1501). In zwei Fällen ist jedoch nach der Rechtsprechung die Vernehmung der Verhörsperson auch bei nachträglicher Berufung auf des Zeugen auf ein Zeugnisverweigerungsrecht ohne Einschränkung zulässig: wenn es sich bei der früheren Aussage des Zeugen um eine Spontanäußerung handelt (BGH, NJW 1998, 2229; BayObLG, NStZ-RR 2001, 49; Meyer-Goßner, § 252 Rn 8) und wenn der Zeuge trotz Berufung auf sein Verweigerungsrecht sein Einverständnis mit der Vernehmung der Verhörsperson erklärt (BGH, JR 2000, 339; StraFo 2003, 170). Da es sich bei § 252 StPO eigentlich um ein Beweisverwertungsverbot handelt, das nicht zur Disposition der Parteien steht (vgl. BGH, NStZ 1997, 95; Meyer-Goßner, § 252 Rn 12), lehnt die herrschende Literatur die zweite Fallgruppe ab (Firsching, StraFo 2000, 124; Vogel, StV 2003, 598). In der vorliegenden Entscheidung wird die bisherige Rechtsprechung zu dieser Frage fortgeführt und weiter die Frage aufgeworfen, ob die Wirksamkeit einer solchen Einverständniserklärung davon abhängt, dass der Zeuge vor Abgabe seines Einverständnisses qualifiziert belehrt worden ist. Der BGH geht davon aus, dass dies grundsätzlich nicht der Fall sei, jedenfalls sofern der Zeuge über sein Zeugnisverweigerungsrecht belehrt worden, anwaltlich vertreten sei und die Initiative zur Vernehmung der Verhörsperson vom Zeugen ausgehe. Er betont jedoch, dass eine entsprechende Einverständniserklärung wegen ihrer weitreichenden prozessualen Konsequenzen vom Zeugen in

eindeutiger Weise abgegeben werden müsse.

#### **Vertiefungshinweise:**

Zur Zulässigkeit der Vernehmung der Verhörsperson bei Spontanäußerungen: *BGH*, NStZ 1992, 247; *NJW* 1998, 2229; *Geppert*, JURA 1988, 366; *Joachim*, NStZ 1990, 95; *Rengier*, JURA 1981, 301

Zur Zulässigkeit der Vernehmung der Verhörsperson bei Gestattung durch den Zeugen: *BGH*, JR 2000, 339; *StraFo* 2003, 170; NStZ 2003, 498; *Firsching*, *StraFo* 2000, 124; *Schwaben*, NStZ 2002, 293; *Vogel*, StV 2003, 598

#### **Kursprogramm:**

*Assessorkurs*: "Die Waschmaschine"

#### **Leitsätze (der Redaktion):**

**1. Bei einer Aussageverweigerung gemäß § 52 StPO können als Auskunftspersonen zu früheren Angaben, die der die Aussage verweigernde Zeuge in amtlichem Rahmen zum Verfahrensgegenstand gemacht hatte, grundsätzlich nur Richter gehört werden, es sei denn, es hat sich dabei um "spontane" Angaben gehandelt.**

**2. Nichtrichterliche Vernehmungspersonen eines gemäß § 52 StPO die Aussage verweigernden Zeugen können vernommen werden, wenn der die Aussage verweigernde Zeuge damit einverstanden ist. Eine so bedeutsame Erklärung muss jedoch eindeutig abgegeben werden.**

**3. Kann ein Zeuge nach seinem Willen eine bestimmte prozessrechtlich bedeutsame Erklärung abgeben und gibt er sie ab, so kann die Wirksamkeit dieser Erklärung schwerlich davon abhängen, ob der Zeuge - zumal wenn er bereits gemäß § 52 Abs. 3 StPO belehrt und auch noch anwaltlich beraten ist - zuvor über die Möglichkeit der Abgabe einer solchen Erklärung belehrt worden ist oder nicht.**

**4. Im Übrigen wäre es eine Frage des Einzelfalles, ob der Zeuge über die Folgen einer solchen Erklärung zu belehren ist. Geht die Initiative zu der genannten Erklärung von einem solchen Zeugen aus, wird in seiner Erklärung, er sei mit der Verwertung seiner früheren (nichtrichterlichen) Aussage einverstanden, jedenfalls regelmäßig zugleich die Erklärung liegen, er wisse, dass diese Aussage ohne sein Einverständnis nicht verwertbar ist.**

#### **Sachverhalt:**

Der [wegen sexuellen Missbrauchs von Kindern in zwölf Fällen verfolgte] Angeklagte hat bestritten. Die Beschuldigungen seien erfunden, vielleicht beruhten sie auf Hass. Eine erste Hauptverhandlung wurde abgebrochen und es wurden auf Antrag der Verteidigung

Gutachten zu den Aussagen der Nebenklägerinnen eingeholt.

In der erneuten Hauptverhandlung verweigerte S die Aussage (§ 52 StPO). Sie legte in diesem Zusammenhang ein Schreiben ihrer Psychotherapeutin vor, die näher darlegt, dass dies auf der "aggressiven" Befragung der Zeugin in der ersten Hauptverhandlung beruhe, in der sie "ungeschützt" die "blaming-the-victim-solution" erlebt habe (zur Pflicht des Gerichts, bei einer Zeugenvernehmung auch Zeugenschutzaspekte zu beachten vgl. demgegenüber BGHSt 48, 372; BGH NJW 2005, 1519, 1520 f.; *wistra* 2007, 33 m.w.N.). Dem entspricht die Urteilsfeststellung, dass S nach dieser Verhandlung z. B. wegen "aktueller Retraumatisierung" und "depressiver Störung" länger stationär in einem Krankenhaus für Psychotherapie war.

Die Jugendkammer vernahm zu früheren Angaben von S auch die Diplom-Psychologin B, die 1992 in einem Verfahren über das Sorgerecht für die Schwestern für das Gericht ein "familienpsychologisches" Gutachten erstattet hatte. Sie hatte sich für ihr Gutachten mit den Schwestern in der Wohnung der Mutter getroffen. S wollte ein "extra Gespräch", zu dem es alsbald - offenbar unmittelbar in der Wohnung - kam. Dabei äußerte sie die Sorge, U würde vom Vater ebenso sexuell missbraucht wie sie, ohne den ihr widerfahrenen Missbrauch näher zu schildern.

Die Jugendkammer entnimmt diesen Angaben von Frau B "gewichtige Anhaltspunkte" für die Richtigkeit der Angaben von S.

#### **Aus den Gründen:**

##### *I. Verfahrensgang; Rechtsmittel*

Die Jugendkammer hat den Angeklagten wegen zwölf Fällen sexuellen Missbrauchs von Kindern zu drei Jahren Gesamtfreiheitsstrafe verurteilt. Opfer waren die Nebenklägerinnen, seine Töchter S und U.

Die drei abgeurteilten Taten zum Nachteil von S (geboren 1974) soll er 1985/86 begangen haben, hierfür wurde je eine Strafe von sechs Monaten, einem Jahr und einem Jahr und drei Monaten verhängt. Zu den abgeurteilten Taten zum Nachteil von U (geboren 1982) kam es zwischen 1988 und 1991/92. Die Strafen hierfür betragen einmal ein Jahr und sechs Monate, einmal ein Jahr und drei Monate, zweimal ein Jahr, viermal zehn Monate und einmal sechs Monate. Die Anzeige war Ende 2002 erfolgt.

Auf die Revision des Angeklagten hat der Senat das Verfahren hinsichtlich der Taten zum Nachteil von S gemäß § 154 Abs. 2 StPO vorläufig eingestellt (I.). Hinsichtlich der Taten zum Nachteil von U blieb die Revision erfolglos, § 349 Abs. 2 StPO (II.). Lediglich der Ausspruch über die Gesamtfreiheitsstrafe entfiel, § 349 Abs. 4 StPO; über die Gesamtstrafe ist nunmehr im Beschlusswege zu entscheiden, § 354 Abs. 1b StPO

(III.). [...]

### 1. Inhalt der Verfahrensrüge

[Daran, dass die Jugendkammer den Angaben von Frau B "gewichtige Anhaltspunkte" für die Richtigkeit der Angaben von S entnommen hat,] knüpft die Revision mit der Rüge der Verletzung von § 252 StPO an.

#### a. Zur Vernehmung von Verhörspersonen bei nachträglicher Berufung auf ein Zeugnisverweigerungsrecht

Bei einer Aussageverweigerung gemäß § 52 StPO können als Auskunftspersonen zu früheren Angaben, die der die Aussage verweigernde Zeuge in amtlichem Rahmen zum Verfahrensgegenstand gemacht hatte, grundsätzlich nur Richter gehört werden (vgl. zuletzt zusammenfassend BGH, Beschluss vom 27. Oktober 2006 - 2 StR 334/06 m. zahlr. N.), es sei denn, es hat sich dabei um "spontane" Angaben gehandelt (vgl. zusammenfassend BGH StV 1998, 360, 361 m.w.N.; vgl. auch Diemer in KK 5. Aufl. §§ 252 Rdn. 20).

#### b. Zum Fehlen einer Spontanäußerung

Die Jugendkammer geht davon aus, die Zeugin B habe über eine spontane und daher verwertbare Äußerung von S berichtet. Dies folge nicht zuletzt daraus, dass das "extra Gespräch" auf deren Wunsch stattfand. Selbst wenn die Initiative zum Kontakt mit einer amtlichen Stelle vom (später die Aussage verweigernden) Zeugen ausgeht, führt dies aber nicht zwingend zur Verwertbarkeit der dabei gemachten Angaben (BGH StV 1998, 360, 361 m.w.N.). Hier war S bereits Verfahrensbeteiligte (§ 50b FGG) oder - weil von einer Sorgerechtsentscheidung als inzwischen Volljährige nicht mehr betroffen - jedenfalls Auskunftsperson (Zeugin) für die Sachverständige im Verfahren bezüglich U, als sie "im Rahmen der Gutachterstattung" (so die Zeugin B) das "extra Gespräch" wollte. Daher spricht dessen enger zeitlicher und sachlicher Zusammenhang mit der übrigen (amtlichen) Anhörung durch die Sachverständige nicht für die Annahme einer verwertbaren Spontanäußerung (vgl. BGH StV 1998, 360, 361 zu dieser Abgrenzung, die sich "im Einzelfall ... schwierig gestalten" kann [aaO]).

### 2. Zur Zulässigkeit der Vernehmung der Zeugin B wegen Einverständnisses der Zeugin S

Der Generalbundesanwalt hält die Angaben der Zeugin B deshalb für verwertbar, weil die aus dem Schreiben der Therapeutin ersichtlichen Gründe der Zeugnisverweigerung und der sonstige Verfahrensverlauf das Einverständnis von S mit der Vernehmung von Frau B ergäben.

Der Senat kann dem letztlich nicht folgen.

#### a. Zur Möglichkeit eines Einverständnisses des Zeugen in die Vernehmung der Verhörsperson

Grundsätzlich können nichtrichterliche Vernehmungspersonen eines gemäß § 52 StPO die Aussage verweigernden Zeugen nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs vernommen werden, wenn der die Aussage verweigernde Zeuge damit einverstanden ist (BGHSt 45, 203; BGH NStZ-RR 2006, 181, 183; BGH, Beschluss vom 26. September 2006 - 4 StR 353/06). Dies kann aus der Sicht von solchen Zeugen sinnvoll sein, die einerseits wollen, dass die Wahrheit ans Licht kommt - von diesem Interesse geht § 52 StPO an sich gerade nicht aus (vgl. BGHSt 12, 235, 239 [GS]; w. N. b. Senge in KK 5. Aufl. §§ 52 Rdn. 1) -, sich andererseits aber z. B. vor "retraumatisierender" (erneuter) Vernehmung schützen wollen. In einem solchen Fall muss sich das Gericht allerdings schon im Hinblick auf die fehlende Möglichkeit der unmittelbaren Befragung des die Aussage verweigernden Zeugen des begrenzten Beweiswerts der Aussage der Verhörsperson bewusst sein (BGHSt 45, 203, 208).

#### b. Zum Fehlen einer Einverständniserklärung im vorliegenden Fall

Der Senat hat jedoch Bedenken gegen die Annahme, hier liege eine solche Einverständniserklärung vor.

##### aa. Kein Ausschluss des Einverständnisses wegen Fehlens einer qualifizierten Belehrung

Diese ergeben sich allerdings nicht aus der von der Revision im Rahmen ihrer Erwiderung auf den Antrag des Generalbundesanwalts (§ 349 Abs. 3 Satz 2 StPO) angesprochenen Frage nach der Notwendigkeit einer Belehrung des Zeugen "über die Möglichkeit der 'gespaltenen' Zeugnisverweigerung". Der Senat bemerkt in diesem Zusammenhang:

Kann ein Zeuge nach seinem Willen eine bestimmte prozessrechtlich bedeutsame Erklärung abgeben und gibt er sie ab, so kann die Wirksamkeit dieser Erklärung schwerlich davon abhängen, ob der Zeuge - zumal wenn er bereits gemäß §§ 52 Abs. 3 StPO belehrt und auch noch anwaltlich beraten ist - zuvor über die Möglichkeit der Abgabe einer solchen Erklärung belehrt worden ist oder nicht.

Im Übrigen wäre es eine Frage des Einzelfalles, ob der Zeuge über die Folgen einer solchen Erklärung zu belehren ist. Geht die Initiative zu der genannten Erklärung von einem solchen Zeugen aus, wird in seiner Erklärung, er sei mit der Verwertung seiner früheren (nichtrichterlichen) Aussage einverstanden, jedenfalls regelmäßig zugleich die Erklärung liegen, er wisse, dass diese Aussage ohne sein Einverständnis nicht verwertbar ist. Worüber er in einem solchen Fall sinnvollerweise noch zu belehren wäre, liegt nicht auf der Hand.

Ob in Fällen, in denen ein Zeuge nicht von sich aus in dieser Richtung initiativ wird, etwa die gerichtliche Aufklärungspflicht (§ 244 Abs. 2 StPO) gebieten kann, dass das Gericht den Zeugen über die genannte



Möglichkeit und ihre rechtlichen Konsequenzen belehrt, kann hier offen bleiben.

*bb. Zu den Anforderungen an eine Einverständniserklärung*

Der Senat teilt jedoch die Auffassung der Revision, dass eine so bedeutsame Erklärung eines Zeugen eindeutig sein muss. Aus der Sicht der Jugendkammer kam es hier auf eine solche Erklärung nicht an, da sie die Aussage B aus anderen Gründen (Spontaneität) für verwertbar hielt. Klare Anhaltspunkte dafür, dass von oder für S zum Ausdruck gebracht worden wäre, dass sie (unabhängig von alledem) auf jeden Fall mit der Verwertung ihrer Angaben gegenüber der Gutachterin einverstanden sei, ergeben sich weder aus der Niederschrift der Hauptverhandlung noch aus den Urteilsgründen. Im Revisionsverfahren hat die Staatsanwaltschaft von einer Revisionsgegnerklärung (§ 347 StPO) abgesehen, ebenso wenig hat sich die Jugendkammer zu einer dienstlichen Äußerung veranlasst gesehen. Auch seitens S selbst, die am Verfahren weiterhin als Nebenklägerin beteiligt ist, wurde hierzu nichts erklärt. Unter diesen Umständen hat das Revisionsgericht nicht zu prüfen, ob nach seiner Auffassung eine nicht ausdrücklich abgegebene Erklärung mit der Interessenlage der Zeugin vereinbar und dem Verfahrensablauf zu entnehmen sein könnte.

*3. Zur Beschränkung der Verfolgung gem. § 154 StPO*  
Nach alledem und unter Berücksichtigung auch seiner sonstigen, im Schreiben an die Verfahrensbeteiligten vom 28. Februar 2007 enthaltenen Hinweise, nimmt der Senat auf Antrag des Generalbundesanwalts die dem Angeklagten vorgeworfenen, inzwischen über 20 Jahre zurückliegenden Taten zum Nachteil von S von der Verfolgung aus und beschränkt die Strafverfolgung auf die Taten zum Nachteil von U (§ 154 Abs. 2 StPO). Eine Fallgestaltung, bei der § 154 Abs. 2 StPO deshalb nicht anwendbar wäre, weil die Unschuld des Angeklagten eindeutig feststeht (vgl. BVerfG NJW 1997, 46; BGH wistra 2007, 31, 32), liegt hier nicht vor.

*II. Zum Fehlen von Auswirkungen der Verfahrensbeschränkung auf die übrigen Taten*

Der Senat hat erwogen, ob diese Verfahrensbeschränkung den Bestand des Schuldspruchs hinsichtlich der Taten zum Nachteil von U oder der hierwegen verhängten Einzelstrafen gefährden könnte. Entgegen der Auffassung der Revision war dies zu verneinen.

*1. Zur Beweiswürdigung des Landgerichts*

Die Jugendkammer hält die Angaben von U für glaubhaft.

Die Revision meint, in diesem Zusammenhang käme der Aussage B eine "Schlüsselrolle" zu.

Der Senat kann dem nicht folgen. S hat nicht behauptet,

sie wisse, dass ihre Schwester missbraucht werde, sondern sie hat gegenüber Frau B die Befürchtung oder Vermutung geäußert, dass es hierzu gekommen sein könnte. Die Annahme, deshalb hätte die Jugendkammer die Aussagen von U geglaubt, liegt schon im Ansatz nicht nahe. Sie findet - auch unter Berücksichtigung des gesamten hierauf bezogenen Revisionsvorbringens - auch in den Urteilsgründen keine erkennbare Stütze. Die Jugendkammer hat vielmehr unter anderem zu Aussagetüchtigkeit und Glaubwürdigkeit von U insgesamt drei Gutachter gehört; sie hat festgestellt, dass sie gegenüber einer Reihe von Ärzten und Therapeuten, die sie ambulant und stationär behandelt haben, immer wieder, schriftlich und mündlich, teilweise bis ins Detail sexuelle Missbrauchshandlungen geschildert hat, die der Angeklagte an ihr vorgenommen hat. Zwischen den Schwestern war sexueller Missbrauch durch den Angeklagten Thema eines Gesprächs in einer Eisdiele; hierüber hat S ihrer Mutter - wie diese als Zeugin bekundet hat - in dem Sinne berichtet, dass U die Frage "nicht eindeutig bejaht oder verneint" habe, aus Us Reaktion vermute sie (S) jedoch sexuelle Übergriffe. All dies hat die Jugendkammer ebenso berücksichtigt wie Konstanz und Detailreichtum der Angaben, ihre Bestätigung in objektivierbaren Randbereichen und den Eindruck, den U als Zeugin in der Hauptverhandlung auf die Jugendkammer gemacht hat. Auf dieser Grundlage hat die Jugendkammer, auch unter Berücksichtigung von Gesichtspunkten, die möglicherweise gegen die Glaubhaftigkeit der Angaben sprechen könnten, mit eingehenden und sorgfältig begründeten rechtsfehlerfreien Erwägungen die Überzeugung von der Richtigkeit der Angaben Us gewonnen. Unter diesen Umständen ergibt eine Gesamtschau der Urteilsgründe ohne Weiteres, dass die Angaben der Zeugin B über die Angaben, die S ihr gegenüber gemacht hat, wenn überhaupt, allenfalls ein zusätzliches bestätigendes Indiz aufzeigen, von dem die Überzeugungsbildung hinsichtlich der Täterschaft des Angeklagten nicht abhing (vgl. auch BGH NStZ 2007, 235, 236 m.w.N.). Auch im Übrigen ist der Schuldspruch hinsichtlich der Taten zum Nachteil von U rechtsfehlerfrei (§ 349 Abs. 2 StPO).

*2. Zur Strafzumessung des Landgerichts*

Die Jugendkammer hat unter anderem auch die - angesichts der gegebenen besonderen Verfahrenslage - nicht unbedenkliche Erwägung angestellt, dass die Taten sich gegen "zwei Personen als Opfer gerichtet haben". Dies gefährdet den Bestand der in Rede stehenden Einzelstrafen schon deshalb nicht, weil der Senat sie für angemessen i. S. d. § 354 Abs. 1a Satz 1 StPO hält.

Dabei konnte nicht außer Acht bleiben, dass bei Sexualdelikten zum Nachteil sehr junger Opfer, wie etwa Kindern, der bloße Zeitablauf zwischen den Taten und der Verfahrenseinleitung als bestimmender Strafzu-

messungsgesichtspunkt weniger Gewicht hat als sonst. Dies gilt nicht zuletzt für Fälle, wenn das vom eigenen Vater missbrauchte Kind erst im Erwachsenenalter die Kraft zu der Aufarbeitung des Geschehens mit Hilfe einer Strafanzeige findet. Deshalb hat der Gesetzgeber auch die besondere Verjährungsregelung in §§ 78b StGB getroffen (vgl. BGH NStZ 2006, 393; 2006, 587, 588; NJW 2000, 748, 749; G. Schäfer, Praxis der Strafzumessung 3. Aufl. Rdn. 437). Die Jugendkammer hat zwar bei der Aufzählung strafmildernder Gesichtspunkte aufgeführt, dass die Taten lange zurück liegen, die genannten gegenläufigen Gesichtspunkte aber nicht ausdrücklich erwogen.

Im Übrigen sind die im Urteil mitgeteilten Strafzumessungsgründe nicht lückenhaft oder unklar und ermöglichen dem Revisionsgericht die Prüfung und Beantwortung der Frage, ob die Rechtsfolge angemessen ist. Ebenso wenig ist erkennbar, dass es hier im Einzelfall besonders auf den persönlichen Eindruck des Angeklagten ankäme (vgl. BGH wistra 2007, 32, 33 m.w.N.).

Schließlich gibt es auch keine Anhaltspunkte für erst nach der Hauptverhandlung eingetretene und dementsprechend nicht berücksichtigte Entwicklungen oder Ereignisse, die ein neuer Tatrichter nahe liegend feststellen und zu Gunsten des Angeklagten berücksichtigen würde (vgl. BGH StV 2005, 426).

Allerdings hat die Revision - letztlich hilfsweise für den Fall, dass entgegen ihrem Antrag die Schuldsprüche doch Bestand haben - die Möglichkeit in den Raum gestellt, dass eine neue Hauptverhandlung "vielleicht den entscheidenden Anstoß zu einer Aussöhnung innerhalb der Familie W. geben" könnte. Es ist jedoch nicht näher ausgeführt und liegt auch nicht ohne Weiteres auf der Hand, warum eine Hauptverhandlung eine sonst nicht oder nur schwerer mögliche familiäre Aussöhnung ermöglichen, anstoßen oder fördern würde. Darüber hinaus hat die Nebenklage nunmehr jedoch auch noch gegenüber dem Senat dahin Stellung genommen, dass "eine Aussöhnung ... end-

gültig abgelehnt" werde.

Nach alledem hält der Senat unter Abwägung aller für die Strafzumessung bedeutsamer Urteilsfeststellungen und des gesamten hierauf bezogenen Vorbringens der Verfahrensbeteiligten die Einzelstrafen, die wegen der Taten zum Nachteil von U verhängt wurden, für angemessen.

### III. Zur nachträglichen Bildung einer Gesamtstrafe

Mit dem Wegfall der Strafen wegen der Taten zum Nachteil von S fällt zwar nur der insgesamt geringere Teil der gegen den Angeklagten verhängten Einzelstrafen weg, der hier aber andererseits schon angesichts der Höhe der wegfallenden Einzelstrafen auch nicht ohne jede Bedeutung ist. Über die nur zahlenmäßige Verminderung der Einzeltaten hinaus reduziert sich der Schuldumfang aber auch deshalb, weil die Gesamtstrafe jetzt aus Strafen wegen Taten zum Nachteil nur noch eines Opfers zu bilden ist. Nach alledem gibt der Senat hier dem Antrag, trotz des Wegfalls einiger Einzelstrafen die bisherige Gesamtstrafe als angemessen aufrecht zu halten, keine Folge, sondern hebt das Urteil im Ausspruch über die Gesamtfreiheitsstrafe auf (§ 349 Abs. 4 StPO).

Der Senat macht von der Möglichkeit Gebrauch, gemäß § 354 Abs. 1b StPO zu entscheiden. Eine Verweisung auf das Beschlussverfahren nach §§ 460, 462 StPO kann auch dann erfolgen, wenn - wie hier - im Revisionsverfahren Einzelstrafen durch Verfahrenseinstellung wegfallen und nur deshalb über die Gesamtstrafe neu zu befinden ist (vgl. BGH NStZ 2005, 223). Der Hinweis der Revision auf eine mögliche Versöhnung durch eine neue Hauptverhandlung gibt dem Senat aus den bereits genannten Gründen (vgl. oben II 2) hier keine Veranlassung, von einer Verweisung auf das Beschlussverfahren abzusehen.

Die nachträgliche Gesamtstrafenbildung aus den verbleibenden, nunmehr rechtskräftigen Einzelstrafen obliegt somit dem nach § 462a Abs. 3 StPO zuständigen Gericht (vgl. BGH NJW 2004, 3788).

## IMPRESSUM

<b>HERAUSGEBERIN:</b>	JURA INTENSIV VERLAGS-GMBH & CO. KG, Salzstraße 18, 48143 Münster Tel.: 0251/4824-60; Fax: 0251/4824-545 <a href="http://www.jura-intensiv.de">http://www.jura-intensiv.de</a> / <a href="mailto:ra@jura-intensiv.de">ra@jura-intensiv.de</a>
<b>CHEFREDAKTION:</b>	Rechtsanwalt Frank Schildheuer ( <i>zugleich Öffentliches Recht</i> )
<b>REDAKTEURE:</b>	Ass. Kathrin Lütke-meier ( <i>Zivilrecht</i> ); Rechtsanwalt Uwe Schumacher ( <i>Strafrecht</i> ) Die Redakteure sind postalisch erreichbar unter der Adresse der Herausgeberin.
<b>ABONNEMENT:</b>	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.
<b>BEZUGSPREISE:</b>	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.
<b>VERSAND:</b>	Ohne Zusicherung eines festen Veröffentlichungstermins monatlich per Post.

## *Urteile in Fallstruktur*

### **Standort: Öffentliches Recht    Problem: Einstweiliger Rechtsschutz nach § 32 BVerfGG**

BVERFG, BESCHLUSS VOM 06.06.2007

1 BvR 1423/07 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

#### ***Problemdarstellung:***

Im vorliegenden Beschluss hatte das BVerfG darüber zu entscheiden, ob es im Wege einer einstweiligen Anordnung nach § 32 BVerfGG Demonstrationen innerhalb der anlässlich des G8-Gipfels um das Ostseebad Heiligendamm errichteten "Sperrzone" ermöglicht.

I. Das Gericht führt aus, dass für die Entscheidung über eine solche einstweilige Anordnung grds. nicht auf die Erfolgsaussichten der Hauptsache abzustellen sei; vielmehr sei nur eine Abwägung der faktischen Folgen vorzunehmen, die einträten, wenn eine Anordnung ergehe oder nicht ergehe.

II. Die Erfolgsaussichten der Hauptsache seien allerdings dann zu berücksichtigen, wenn sich die der Hauptsache zugrunde liegenden Entscheidungen der Behörden bzw. Gerichte als offensichtlich fehlsam erweisen. Hierfür gibt es zwei Möglichkeiten: Entweder haben die Behörden bzw. Gerichte schon die ihrer Entscheidung zugrunde liegenden Tatsachen nicht richtig ermittelt, oder sie haben die richtig ermittelten Tatsachen in verfassungswidriger Weise rechtlich gewürdigt.

Für eine fehlerhafte Tatsachenermittlung lagen hier keine Anhaltspunkte vor. Es stellte sich aber die Frage, ob das völlige Verbot von Demonstrationen - auch solchen friedlicher Art - innerhalb einer mehrere Quadratkilometer umfassenden Sperrzone noch verhältnismäßig war. Das BVerfG betont, dass die Wahl des Versammlungsortes von der Versammlungsfreiheit des Veranstalters aus Art. 8 I GG umfasst sei, die Einrichtung einer "Sperrzone" somit in Art. 8 I GG eingreife. Auch rechtfertige es die ursprünglich den Verbotsverfügungen zugrunde liegende Gefährdungslage nicht, einen so weitreichenden Sperrgürtel einzurichten. Die unmittelbar im Vorfeld der Entscheidung des BVerfG vorgefallenen Krawallen hätten diese Gefahrenprognose jedoch überlagert, sie "aktualisiert". Auf der Basis dieser neuen Erfahrungen, welche zu berücksichtigen seien, da es im Rahmen des § 32 BVerfGG nicht auf den Zeitpunkt des Erlasses der angegriffenen Hoheitsakte, sondern den Zeitpunkt der Entscheidung des BVerfG ankomme, sei nunmehr auch ein völliges Versammlungsverbot innerhalb des weiten Sperrgürtels gerechtfertigt.

III. Mussten danach die Erfolgsaussichten der Haupt-

sache außer Betracht bleiben, so ergab die Folgenabwägung angesichts der gravierenden Gefahren für Leib und Leben, dass die mit dem Versammlungsverbot innerhalb der Sperrzone verbundenen Nachteile für die Veranstalter in puncto Aufmerksamkeit und Wirksamkeit ihrer kollektiven Meinungskundgabe hinzunehmen seien, zumal ihnen das Versammlungsrecht nicht völlig (sondern eben nur innerhalb der Sperrzone) abgesprochen werde.

#### ***Prüfungsrelevanz:***

A. Die Entscheidung ist zunächst wichtig für die Frage, ob und wann die Hauptsache im Rahmen der Begründetheit eines Antrags nach § 32 BVerfGG zu prüfen ist.

I. Dies ist zunächst unproblematisch der Fall, wenn ihre Erfolgsaussichten offensichtlich sind (sei es positiv oder negativ). Diese - auch im vorliegenden Beschluss wiederholte und ausführlich geprüfte - Ausnahme von der Regel, dass allein auf eine Abwägung nach Folgenlast abzustellen ist, erkennt das BVerfG in st.Rspr. an. Dabei dürfte es sich auch um die examensrelevanteste Fallgruppe handeln, denn im Examen ist die Hauptsache, wenn sie denn begründet wäre, immer auch "offensichtlich" begründet, und wenn sie unbegründet wäre, immer auch "offensichtlich" unbegründet.

II. Darüber hinaus hatte das BVerfG noch mit Beschluss vom 23.6.2006 (BVerfG, RA 2004, 613 = NJW 2004, 1814) entschieden, dass die Erfolgsaussichten der Hauptsache auch dann zu berücksichtigen seien, wenn der Rechtsschutz durch die Hauptsache zu spät käme. Wörtlich führte das BVerfG (RA 2004, 613, 615 f.) aus: "Die Erfolgsaussichten der Verfassungsbeschwerde können ferner maßgeblich werden, wenn verwaltungsgerichtliche Beschlüsse betroffen sind, die im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes ergangen sind und die Entscheidung in der Hauptsache vorwegnehmen (vgl. BVerfGE 34, 160 [163]; 63, 254; 67, 149 [152]), insbesondere wenn die behauptete Rechtsverletzung bei Verweigerung einstweiligen Rechtsschutzes nicht mehr rückgängig gemacht werden könnte, die Entscheidung in der Hauptsache also zu spät käme (vgl. BVerfGE 46, 160 [164]). Blieben in solchen Fällen die im Zeitpunkt der Eilentscheidung erkennbaren Erfolgsaussichten einer Verfassungsbeschwerde gegen die verwaltungsgerichtliche Eilentscheidung außer Ansatz, würde sich bei der Fol-

genabwägung das Rechtsgut durchsetzen, das gewichtiger oder dessen behauptete Gefährdung intensiver als das kollidierende ist, selbst wenn schon die im Eilrechtsschutzverfahren mögliche Prüfung ergibt, dass die rechtlichen Voraussetzungen für seinen Schutz offensichtlich nicht gegeben sind. Dies widerspräche der Aufgabe des Bundesverfassungsgerichts, die Beachtung der Grundrechte im Verfahren der Verfassungsbeschwerde zu sichern."

Erstaunlich ist, dass das BVerfG auf diese Ausführungen im vorliegenden Beschluss mit keinem Wort mehr eingegangen ist, denn auch hier wäre die Hauptsache, über die zwangsläufig erst nach Ende des G8-Gipfels entschieden werden könnte, zu spät gekommen. Ob mit der vorliegenden Entscheidung eine (stillschweigende) Abkehr von den o.g. Ausführungen verbunden sein wird, oder es sich nur um eine - mit Blick auf das gewollte Ergebnis ergangene - Einzelentscheidung handelt, bleibt abzuwarten. Für eine Prüfungsaufgabe ist jedenfalls zu empfehlen, auch unter dieser Voraussetzung die Erfolgsaussichten der Hauptsache weiterhin zu prüfen, bis eine eindeutige Abkehr des BVerfG von seiner o.g. Entscheidung vorliegt.

B. Bemerkenswert ist ferner, dass das BVerfG im Rahmen des § 32 BVerfGG nicht den Entscheidungshorizont der Behörden oder Gerichte, welche die der Hauptsache zugrunde liegenden Entscheidungen getroffen haben, sondern den Zeitpunkt der Entscheidung über den Antrag nach § 32 BVerfGG für maßgeblich hält, mit der Folge, dass zwischenzeitlich eingetretene Änderungen zu berücksichtigen sind. Diese - hier für das Ergebnis entscheidende - Tatsache sollte man sich gut merken.

#### **Vertiefungshinweise:**

- Einstweilige Anordnung nach § 32 BVerfGG gegen Versammlungsverbote: *BVerfG*, RA 2004, 613 = NJW 2004, 1814
- Zur Demonstrationsfreiheit für Rechtsextremisten: *Hoffmann-Riem*, NJW 2004, 2777
- Verbot rechtsgerichteter Versammlungen: *BVerfG*, RA 2001, 256 = NJW 2001, 1409; 2001, 2072; NVwZ-RR 2000, 554 gegen *OVG NRW*, RA 2001, 256 = NJW 2001, 2113; DVBl 2001, 584

#### **Kursprogramm:**

- Examenskurs* : "Der anachronistische Zug"
- Examenskurs* : "Derrick contra Columbo"

#### **Sachverhalt:**

Der Antragsteller begehrt Eilrechtsschutz für eine Versammlung, die am 7. Juni 2007 in Form eines "Sternmarsches" von verschiedenen Ausgangspunkten aus zu einer Abschlusskundgebung am Standort des G8-Gipfels in Heiligendamm führen soll. In den

"Strahlen" des Marsches sollen verschiedene politische Themen und Forderungen des Protestes gegen den G8-Gipfel zum Ausdruck gebracht werden.

Der Antragsteller hat diese Versammlung am 30. Oktober 2006 angemeldet. Daraufhin wurde ihm von der Antragsgegnerin, der Polizeidirektion Rostock als zuständiger Versammlungsbehörde, mitgeteilt, dass eine Versammlung auf den vorgesehenen Routen und mit dem Zielort Heiligendamm nicht werde stattfinden können, denn in einem etwa 40 qkm umfassenden Bereich um Heiligendamm sei eine Sperrzone vorgesehen. Der Antragsteller hielt gleichwohl an seiner Absicht fest, den "Sternmarsch" in der angemeldeten Form durchzuführen.

Am 16. Mai 2007 erließ die Antragsgegnerin eine Allgemeinverfügung, mit der unter anderem in der Zeit vom 5. bis 8. Juni 2007 "alle öffentlichen Versammlungen und Aufzüge unter freiem Himmel" in der o.g. Sperrzone um Heiligendamm untersagt wurden. Diese Sperrzone besteht aus einer inneren und einer äußeren Verbotszone. Die innere Verbotszone umfasst den Bereich der so genannten technischen Sperranlage um Heiligendamm zuzüglich vorgelagerter 200 m. Bei der Sperre handelt es sich um einen aus Anlass des G8-Gipfels errichteten, etwa 12,5 km langen und 2,50 m hohen Sperrzaun, der mit einem Übersteigschutz und Nato-Stacheldraht oben auf versehen ist. Die äußere Verbotszone umfasst einen dem nochmals um einige Kilometer vorgelagerten Bereich.

Ebenfalls am 16. Mai 2007 erließ die Antragsgegnerin eine gesonderte Verbotsverfügung für den "Sternmarsch". In der Verfügung wurde auf die Allgemeinverfügung verwiesen, soweit die angemeldeten Marschstrecken in deren Geltungsbereich fielen. Da sich jedoch die Auftaktveranstaltung und zum Teil die Marschstrecken außerhalb des Geltungsbereichs der Allgemeinverfügung befänden, bedürfe es einer individuellen Gefahrenprognose. Diese führe hier zum Verbot der Versammlung. Es bleibe allen Demonstranten unbenommen, außerhalb der bezeichneten Bereiche ihr Recht auf Versammlungsfreiheit wahrzunehmen. Angesichts der örtlichen Verhältnisse und der Gefährdungssituation könne der Gefahr für die öffentliche Sicherheit nur durch ein Verbot der Versammlung begegnet werden.

Mit seinem Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung seines Widerspruchs gegen die Allgemeinverfügung und die Verbotsverfügung blieb der Antragsteller in letzter Instanz vor dem OVG MV erfolglos. Der Antragsteller beantragt nun vor dem BVerfG, im Wege einer einstweiligen Anordnung die aufschiebende Wirkung der Widersprüche wieder herzustellen und anzuordnen, dass die Versammlung wie geplant durchgeführt werden darf. Mit Erfolg?

[Anm.: Unterstellen Sie, dass die Entscheidung des BVerfG unmittelbar vor dem geplanten "Stern-

*marsch" ergeht, und die zwischenzeitlich beim laufenden G8-Gipfel gemachten Erfahrungen gezeigt haben, dass ca. 2.000 gewaltbereite Personen vor Ort sind, über 100 Polizeibeamte verletzt wurden und es zu Sachbeschädigungen erheblichen Ausmaßes gekommen ist.]*

### **Lösung:**

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

#### **A. Zulässigkeit**

##### **I. Zuständigkeit**

Das BVerfG ist nach § 32 BVerfGG für einstweilige Anordnungen zuständig.

##### **II. Statthaftigkeit**

Nach § 32 I BVerfGG ist eine einstweilige Anordnung "im Streitfall" statthaft. Ein Streitfall in diesem Sinne liegt vor, wenn in der Hauptsache ein Verfahren vor dem BVerfG statthaft wäre. Dazu gehört auch die Verfassungsbeschwerde gem. Art. 93 I Nr. 4a GG (vgl. BVerfGE 4, 110, 113; 66, 337, 356), mit welcher der ASt. hier eine Verletzung seines Grundrechts aus Art. 8 I GG durch die Verfügungen der Ag. geltend machen könnte. Für die Statthaftigkeit eines Antrags nach § 32 BVerfGG ist es nicht notwendig, dass das entsprechende Hauptsacheverfahren schon beim BVerfG anhängig ist (BVerfGE 11, 339, 342; 71, 305, 352). Deshalb schadet es hier auch nicht, dass der ASt. noch keine Verfassungsbeschwerde erhoben hat.

##### **III. Form**

Die Form des § 23 BVerfGG gilt auch für Anträge nach § 32 BVerfGG. Von deren Einhaltung ist hier auszugehen.

##### **IV. Allgemeines Rechtsschutzinteresse**

Ein allgemeines Rechtsschutzinteresse für einen Antrag nach § 32 BVerfGG besteht nur, wenn es einerseits für den ASt. keinen einfacheren, besseren und schnelleren Weg zum Erfolg gibt, und andererseits sein Rechtsschutzziel durch den Antrag nach § 32 BVerfGG noch erreicht werden kann.

##### **1. Kein einfacherer, schnellerer Weg**

Als einfacherer, schnellerer Weg kommt hier die Inanspruchnahme einstweiligen Rechtsschutzes im Verwaltungsrechtsweg nach §§ 80, 146 ff. VwGO in Betracht. Dies hat der ASt. jedoch bereits durch die Instanzen erfolglos versucht.

##### **2. Rechtsschutzziel erreichbar**

Durch eine einstweilige Anordnung könnte er sein Rechtsschutzziel auch noch erreichen, da diese noch vor der von ihm geplanten Versammlung ergehen

kann. Mithin ist der Antrag zulässig.

#### **B. Begründetheit**

##### **I. Erfolgsaussichten in der Hauptsache**

Fraglich ist, unter welchen Voraussetzungen der Antrag auf Erlass der einstweiligen Anordnung begründet ist. Insbesondere stellt sich die Frage, ob, wann und in welchem Umfang die Erfolgsaussichten der Hauptsache auch maßgeblich für den Erfolg des Antrags im einstweiligen Rechtsschutz sein sollen. Hierzu das BVerfG:

##### **1. Grundsatz: Erfolgsaussichten der Hauptsache irrelevant**

"Nach § 32 Abs. 1 BVerfGG kann das Bundesverfassungsgericht im Streitfall einen Zustand durch einstweilige Anordnung vorläufig regeln, wenn dies zur Abwehr schwerer Nachteile, zur Verhinderung drohender Gewalt oder aus einem anderen wichtigen Grund zum gemeinen Wohl dringend geboten ist. Dabei haben die Erfolgsaussichten eines möglichen Hauptsacheverfahrens grundsätzlich außer Betracht zu bleiben. Das BVerfG legt der Prüfung des Eilantrags in aller Regel die Tatsachenfeststellungen und Tatsachenwürdigungen in den angegriffenen Entscheidungen zugrunde."

##### **2. Ausnahme: Offensichtliche Verfassungswidrigkeit der angegriffenen Maßnahme**

"Etwas anderes gilt, wenn die Tatsachenfeststellungen offensichtlich fehlsam sind oder die Tatsachenwürdigung unter Berücksichtigung der betroffenen Grundrechtsnormen offensichtlich nicht trägt (vgl. BVerfGE 110, 77 [87 f.]; 111, 147 [153]; BVerfG 3, 97 [99])."

##### **a. Offensichtlich unrichtige Tatsachenfeststellung**

Dafür, dass die Antragsgegnerin ihren Verfügungen offensichtlich unrichtige Tatsachenfeststellungen zugrunde gelegt hätte, ist nichts ersichtlich.

##### **b. Offensichtlich unrichtige Tatsachenwürdigung**

Es könnte jedoch eine offensichtlich unrichtige Tatsachenwürdigung vorliegen. Dies wäre insbesondere dann der Fall, wenn die Ag. ihre Gefahrenprognose auf Umstände gestützt hätte, deren Berücksichtigung dem Schutzgehalt des Art. 8 I GG offensichtlich widerspricht (vgl. BVerfG, NJW 2000, S. 3053 [3054]; NVwZ 2000, S. 1406 [1407]; st.Rspr.). Fraglich ist also, ob das von der Ag. ausgesprochene Verbot der Versammlung des ASt. innerhalb der Sperrzone gegen Art. 8 I GG verstößt. Dann müsste es einen nicht gerechtfertigten Eingriff in die Versammlungsfreiheit darstellen.

##### **aa. Eingriff in den Schutzbereich des Art. 8 I GG**

Das BVerfG stellt zunächst klar, dass das Selbstbe-

stimmungsrecht des Veranstalters über Versammlungsort in den Schutzbereich des Art. 8 I GG fällt:

“Es bedeutet eine schwerwiegende Beeinträchtigung der Versammlungsfreiheit, wenn die Versammlung verboten wird oder infolge von versammlungsbehördlichen Verfügungen und verwaltungsgerichtlichen Beschlüssen nur in einer Weise durchgeführt werden kann, die einem Verbot nahe kommt, etwa indem sie ihren spezifischen Charakter so verändert, dass die Verwirklichung des besonderen kommunikativen Anliegens wesentlich erschwert wird (vgl. BVerfGE 110, 77 [89]; vgl. zu weit reichenden räumlichen Beschränkungen auch BVerfGE 69, 315 [321, 323, 364 ff.] - Brokdorf). [...] Dies verkennt im Ausgangspunkt der Beschluss des Oberverwaltungsgerichts, die letztlich maßgebliche Entscheidung. Es hat - wie zuvor die Versammlungsbehörde - die Verlagerung von Demonstrationen in einen Bereich außerhalb der eigentlichen Sicht- und Hörweite der Veranstaltung, gegen die der Protest stattfindet, dahingehend gewertet, dass das Grundrecht aus Art. 8 Abs. 1 GG jedenfalls nicht berührt werde, wenn der kommunikative Zweck der Versammlung nicht verfehlt oder erheblich beeinträchtigt werde. Dass eine solche Beeinträchtigung im vorliegenden Fall nicht gegeben sei, hat es nicht näher begründet, sondern dazu lediglich an späterer Stelle ausgeführt, jedenfalls sei es den Veranstaltern zumutbar, bei ihrer Planung auf den in der Allgemeinverfügung beschriebenen Verbotsbereich Rücksicht zu nehmen. Ferner beschränkt sich das Oberverwaltungsgericht auf die Feststellung, auch bei einer Versammlung außerhalb der Verbotszone werde ein ausreichender medialer Beachtungserfolg möglich.

Diese rechtliche Bewertung des Versammlungsgrundrechts und insbesondere des Selbstbestimmungsrechts des Veranstalters über Zeitpunkt und Ort der Veranstaltung und über Vorkehrungen zur Erreichung der beabsichtigten Wirkungen wird den grundrechtlichen Vorgaben nicht gerecht. Das Grundrecht auf Versammlungsfreiheit schützt das Interesse des Veranstalters, auf einen Beachtungserfolg nach seinen Vorstellungen zu zielen, also gerade auch durch eine möglichst große Nähe zu dem symbolhaltigen Ort (vgl. BVerfGE 69, 315 [323, 365]), hier des G8-Gipfels. Die Versammlungsbehörde hat in der Verbotsverfügung selbst festgehalten, dass der Zaun aufgrund seiner Baukosten sowie seiner optischen Wirkung "das besondere Interesse der Öffentlichkeit und insbesondere der Gipfelkritiker" auf sich ziehe. Dass ein Versammlungsveranstalter darauf bedacht ist, dieses Interesse auch zur Konzentration der öffentlichen Aufmerksamkeit auf seine Protestveranstaltung zu richten, ist von seinem Selbstbestimmungsrecht umfasst. Eine andere Frage ist, ob dieses Interesse gegebenenfalls im Zuge einer Güterabwägung zurückzutreten hat. Die verfassungsrechtliche Würdigung hat jedoch von ihm auszugehen.”

Mithin liegt mit dem Verbot der Versammlung am geplanten Ort ein Eingriff in den Schutzbereich des Art. 8 I GG vor.

#### *bb. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung*

Fraglich ist, ob der Eingriff von den Schranken des Art. 8 I GG gedeckt ist.

##### *(1). Schranke*

Als Schranke der Versammlungsfreiheit kommt hier der Gesetzesvorbehalt des Art. 8 II GG, konkretisiert durch § 15 I VersG, in Betracht.

##### *(2). Schranken-Schranke*

Allerdings muss die Schranke ihrerseits verfassungsgemäß sein und auch auf den Einzelfall verfassungsgemäß angewendet worden sein. An der Verfassungsmäßigkeit des § 15 I VersG selbst ist nicht zu zweifeln. Fraglich ist jedoch, ob die Vorschrift verfassungsgemäß angewendet worden ist. Dies setzt insbesondere voraus, dass der aus Art. 20 III GG ableitbare Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gewahrt wurde. Dann müsste das Verbot ein geeignetes, erforderliches und angemessenes Mittel zur Erreichung eines legitimen Zwecks gewesen sein.

##### *(a). Legitimer Zweck*

Der legitime Zweck liegt hier im Schutz des G8-Gipfels als staatlicher Veranstaltung und seiner Teilnehmer.

##### *(b). Geeignetheit*

Das Verbot von Versammlungen innerhalb der Sperrzone hält zumindest auch potenziell gewaltbereite Personen vom G8-Gipfel fern und ist somit zu dessen Schutz geeignet.

##### *(c). Erforderlichkeit*

Die Erforderlichkeit setzt voraus, dass keine milderen, gleich geeigneten Mittel zur Zweckerreichung zur Verfügung stehen. Als im Verhältnis zum Verbot mildere Mittel kämen z.B. Auflagen nach § 15 I VersG oder eine engere Sperrzone in Betracht. Diese Mittel sind aber weniger effektiv und damit zur Zweckerreichung nicht gleich geeignet.

##### *(d). Angemessenheit*

In der Angemessenheit sind die widerstreitenden Interessen gegeneinander abzuwägen. Das BVerfG stellt zunächst die Anforderungen dar, denen die einer Verbotsverfügung zugrunde liegende Gefahrenprognose genügen muss, um auch im Lichte des Art. 8 I GG als angemessen zu erscheinen:

“Ist die behördliche Verfügung auf eine unmittelbare Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung gestützt (§ 15 VersG), erfordert die von der Behörde oder den befassen Gerichten angestellte Gefahrenpro-

gnose tatsächliche Anhaltspunkte, die bei verständiger Würdigung eine hinreichende Wahrscheinlichkeit des Gefahreneintritts ergeben. Im Rahmen der Folgenabwägung berücksichtigt das Gericht, ob die für die Beurteilung der Gefahrenlage herangezogenen Tatsachen unter Berücksichtigung des Schutzgehalts des Art. 8 GG in nachvollziehbarer Weise auf eine unmittelbare Gefahr hindeuten (vgl. BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 26. Januar 2001 - 1 BvQ 8/01 -, NJW 2001, S. 1407 [1408 f.]). Gibt es neben Anhaltspunkten für die von der Behörde oder den Gerichten zugrunde gelegte Gefahrenprognose auch Gegenindizien, so haben sich die Behörde und die Gerichte auch mit diesen in einer den Grundrechtsschutz hinreichend berücksichtigenden Weise auseinander zu setzen (vgl. BVerfG, Beschlüsse der 1. Kammer des Ersten Senats vom 18. August 2000 - 1 BvQ 23/00 -, NJW 2000, S. 3053 [3055] sowie vom 11. April 2002 - 1 BvQ 12/02 -, NVwZ-RR 2002, S. 500). Folgen, deren Eintritt durch entsprechende hoheitliche Vorgaben ausgeschlossen werden können, sind nicht zu berücksichtigen (vgl. BVerfG, Beschlüsse der 1. Kammer des Ersten Senats vom 18. August 2000 - 1 BvQ 23/00 -, NJW 2000, S. 3053 [3056] sowie vom 1. September 2000 - 1 BvQ 24/00 -, NVwZ 2000, S. 1406 [1407]). So dürfen in die Folgenabwägung keine Annahmen über Gefahren eingehen, deren Eintritt bei Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes durch räumliche Beschränkungen der Versammlung oder durch sonstige geeignete Auflagen begrenzt oder ausgeschaltet werden können (vgl. BVerfG, a.a.O., NJW 2000, S. 3053 [3056])."

*(aa). Ursprüngliche Gefahrenprognose*

Die ursprünglich von der Ag. und im Folgenden von den Gerichten vorgenommene Gefahrenprognose genügt diesen Anforderungen nach Ansicht des BVerfG nicht:

"Dass die Behörde einen entsprechenden Schutzraum in der Nähe des Ortes des G8-Gipfels geschaffen und mit dafür geeigneten Schutzvorkehrungen versehen hat, ist aus verfassungsrechtlicher Sicht nicht zu beanstanden. Verfassungsrechtlich bedenklich ist es aber, diesen Schutzraum bis an die Grenze der Verbotszone II auszudehnen und ein absolutes Demonstrationsverbot in der gesamten Zone am Tage vor und während der Durchführung des Gipfels vorzusehen. [...] Der sich an der Küste auf etwa 8,2 km, in nord-südlicher Richtung auf etwa 5,2 km und in ost-westlicher Richtung auf etwa 8,5 km erstreckende Bereich des Verbots umfasst eine weit vom Veranstaltungsort entfernt liegende Fläche. Bezogen auf sie ein absolutes Versammlungsverbot auszusprechen und - wie im Fall der Antragsteller - durch eine weitere Verbotsverfügung zu konkretisieren, setzt gemäß § 15 Abs. 1 VersG hinreichend schwerwiegende Gefahren für die öffentliche Sicherheit voraus. Denn die Einrichtung dieser Ver-

botszone bedeutet, dass Versammlungen mit einem räumlichen Bezug zu dem Anlass des G8-Gipfels und unter Nutzung des Symbolgehalts der besonderen Nähe zu diesem Ort ausgeschlossen werden. [...]

Nach den vorliegenden Unterlagen ging es in dem Sicherheitskonzept ausschließlich darum, Sicherheit gegen Demonstranten und gegen die möglicherweise im Umfeld der Demonstration sich aufhaltenden potentiellen Gewalttäter zu ermöglichen. So betrachtet, war das den Schutz des G8-Gipfels dienende Sicherheitskonzept zugleich zumindest objektiv ein gegen die Durchführbarkeit von Versammlungen in der Verbotszone gerichtetes Konzept. Die auch von Vertretern der Bundesregierung, so der Bundeskanzlerin auf einer Pressekonferenz am 18. Mai 2007 in Sankt Petersburg öffentlich unterstützte Möglichkeit, in der Bundesrepublik Deutschland den friedlichen Protest gegen den G8-Gipfel "in wirklich sichtbarer Form" und damit auch demonstrativ und öffentlichkeitswirksam vorzutragen, erhält in dem Sicherheitskonzept keine Verwirklichungschance. Es ist ihm auch nicht zu entnehmen, ob bei der Beschränkung der räumlichen Grenze der Zone II auf die Durchführbarkeit von Demonstrationen in hinreichender Nähe zum Veranstaltungsort Rücksicht genommen worden ist. Insofern reicht der Verweis auf das Sicherheitskonzept als solches nicht, um das gegen die Antragsteller gerichtete weitgehende Verbot der Durchführung der beabsichtigten Versammlung als Ergebnis einer dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entsprechenden Abwägung zwischen Sicherheitsinteressen einerseits und dem Demonstrationsrecht andererseits zu rechtfertigen. Es bedurfte vielmehr einer die konkreten Umstände einbeziehenden Prüfung der Verhältnismäßigkeit der Beschränkung im Einzelfall. Daran aber fehlt es vorliegend."

*(bb). Neue Gefahrenprognose*

Etwas anderes könnte sich aber aus der Tatsache ergeben, dass es zwischenzeitlich erhebliche Krawallen um den G8-Gipfel mit zahlreichen Verletzten und erheblichen Sachbeschädigungen gegeben hat.

*(aaa). Maßgeblicher Zeitpunkt*

Dann müssten diese Umstände zunächst berücksichtigungsfähig sein. Stellt man für die Prüfung der Angemessenheit der Verbotsverfügung allein auf die bei ihrem Erlass erkennbaren Umstände ab, wäre dies - wie soeben geprüft - nicht der Fall. Das BVerfG meint jedoch, es komme auf nicht auf den Zeitpunkt des Erlasses der angegriffenen Verbote, sondern auf den der Entscheidung über die einstweilige Anordnung an:

"Für die Ermittlung der Folgen, die bei Erlass oder Nichterlass der einstweiligen Anordnung jeweils eintreten, ist der Zeitpunkt der Entscheidung über den Eilantrag durch das BVerfG maßgeblich. Ergeben sich nach Erlass der behördlichen Verfügung oder nach der letzten gerichtlichen Entscheidung neue tatsächliche

Anhaltspunkte, die auf die Art und Intensität der Gefahr (vgl. zu deren Relevanz: BVerfGK 2, 1 [3, 9]) oder das Gewicht der den Antragstellern drohenden Nachteile bezogen sind, hat das BVerfG diese Anhaltspunkte zu berücksichtigen.“

*(bbb). Abwägung*

Unter Berücksichtigung dieser neuen Umstände kommt das BVerfG nunmehr zu dem Ergebnis, dass sich das Gefahrenpotential so weit erhöht habe, dass ein Verbot nicht mehr unangemessen sei:

“Aufgrund der zwischenzeitlich gewonnenen Erkenntnisse über das konkrete Gefahrenpotential eines Teils der zum G8-Gipfel angereisten Personen aus dem In- und Ausland gibt es hinreichende Anhaltspunkte dafür, dass die bisher zugrunde gelegte Prognose erschüttert ist, die Demonstrationen würden im Wesentlichen friedlich verlaufen.

Wären allerdings kollektive Unfriedlichkeiten nicht zu befürchten, dann müsste für die friedlichen Teilnehmer der Schutz der Versammlungsfreiheit grundsätzlich auch dann erhalten bleiben, wenn eine Minderheit Ausschreitungen beginge (vgl. BVerfGE 69, 315 [361]). Andernfalls hätten Minderheiten es in der Hand, Demonstrationen "umzufunktionieren" und entgegen dem Willen der anderen Teilnehmer rechtswidrig werden zu lassen; praktisch könnten viele Großdemonstrationen verboten werden, nämlich alle, bei denen sich Erkenntnisse über unfriedliche Absichten eines Teils der Teilnehmer beibringen lassen. Ein vorbeugendes Verbot der gesamten Veranstaltung ist jedoch nur unter strengen Voraussetzungen statthaft, zu denen insbesondere die vorherige Ausschöpfung aller sinnvoll anwendbaren Mittel gehört, die eine Grundrechtsverwirklichung der friedlichen Demonstranten (beispielsweise durch die räumliche Beschränkung) ermöglichen (vgl. BVerfGE 69, 315 [362]).

Bei den Ausschreitungen in Rostock am 2. Juni 2007 wurden nach Angaben der Polizei mehrere hundert Polizeibeamte verletzt. Zudem ist es zu erheblichen Sachbeschädigungen gekommen. Auch an den Tagen danach hat in Rostock eine sehr angespannte Situation bestanden, die nur aufgrund massiven Eingreifens der Ordnungskräfte und unter Mithilfe eines Teils der friedlichen Demonstranten bewältigt werden konnte. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass ein Teil der gegenwärtig von der Behörde auf über 2.000 geschätzten im Raum Rostock anwesenden gewaltbereiten Personen sich an den von anderen als friedlich geplanten Versammlungen beteiligen und auch gegen den ausdrücklichen Willen der Veranstalter bereit sind, Ge-

walttätigkeiten gegen Personen und Sachen zu begehen. Die im Zeitpunkt des Erlasses der hier maßgebenden Verfügungen zugrunde gelegte Einschätzung der Sicherheitslage ist im Hinblick auf die gegenwärtige Situation aktualisiert worden.“

Unter Berücksichtigung dieser neuen Erfahrungstatsachen erscheint ein Versammlungsverbot innerhalb der Sperrzone also nicht mehr als unangemessen.

*3. Zwischenergebnis*

Die Offensichtliche Fehlsamkeit der Tatsachenwürdigung kann angesichts dieser Änderung der Gefahrenlage also nicht (mehr) festgestellt werden.

*II. Folgenabwägung*

Müssen die Erfolgsaussichten der Hauptsache nach alledem außer Betracht bleiben, kommt es für die Begründetheit des Antrags nach § 32 BVerfGG ausschließlich auf eine Abwägung der Folgenlast an. Diese ergibt nach Ansicht des BVerfG keinen “schweren Nachteil” oder einen sonstigen “gewichtigen Grund”, der den Erlass einer einstweiligen Anordnung “dringend gebieten” würde:

“Da dem Gericht keine Anhaltspunkte vorliegen, nach der diese aktualisierte Einschätzung der Gefahrenlage offensichtlich fehlsam ist, muss sie der Folgenabwägung zugrunde gelegt werden. Die am Maßstab des § 32 Abs. 1 BVerfGG vorgenommene Prüfung ergibt, dass es angesichts der geschilderten Risiken nicht geboten ist, eine einstweilige Anordnung zur Sicherung der Durchführung der geplanten Versammlung und damit zum Schutze des Grundrechts der Versammlungsfreiheit zu erlassen. Dabei fällt auch ins Gewicht, dass es den Veranstaltern nach der Entscheidung des Oberverwaltungsgerichts nicht verwehrt ist, ihr Anliegen auf einer öffentlichen Versammlung durchzuführen, wenn auch außerhalb der Verbotszone und damit mehrere Kilometer entfernt, aber nicht ohne jeglichen Bezug auf den Ort der Veranstaltung, gegen die sich der Protest richtet. Das Risiko, dass der kommunikative Zweck der Veranstaltung auf diese Weise nicht mit der beabsichtigten Qualität erreicht werden kann, ist angesichts der aktuellen Gefahrensituation und des Umstandes, dass auch eine Demonstration außerhalb der Verbotszonen aller Voraussicht nach öffentliche Beachtung finden wird, hinzunehmen.“

*C. Ergebnis*

Der Antrag ist unbegründet. Er hat daher keinen Erfolg.



**Standort: Zivilrecht****Problem: Verschulden im Deliktsrecht**

OLG KÖLN, URTEIL VOM 12.12.2006  
3 U 48/06 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

**Problemdarstellung:**

Das klagende Land verlangt von der Bekl. aus übergegangenem Recht Ersatz gezahlter Dienst- und Versorgungsbezüge.

Die Geschädigte ist Lehrerin an einer Gemeinschaftshauptschule in Köln. Die Bekl. war Schülerin an dieser Schule. Während der Pause am 03.12.2002 griff die Bekl. die Lehrerin verbal und tätlich an. Daraufhin musste sich die Lehrerin in psychiatrische Behandlung begeben. Ihr wurde sodann eine posttraumatische Belastungsstörung bescheinigt und eine dauerhafte Dienstunfähigkeit attestiert. Seit dem 01.10.2003 ist die Lehrerin I dauerhaft dienstunfähig. Seitens der Bekl. wurde bestritten, dass die psychische Erkrankung auf den Vorfall auf dem Schulhof zurückzuführen ist. Zu dieser Frage der Kausalität wurde ein Sachverständigengutachten eingeholt, welches zum Ergebnis kam, dass sich die psychisch ermittelte Verletzungsfolge „Anpassungsstörung mit depressiver Verstimmung“ als unmittelbare Folge des Angriffs vom 03.12.2002 insgesamt und nicht als weitere Folge einer auf Grund des Angriffs erlittenen anderweitigen Primärverletzung (Prellungen und Kratzspuren) darstellt.

Ergänzend wurde der Gutachter zur Frage gehört, inwieweit eine psychische Schädigung in der konkreten Tatsituation für die Bekl. vorhersehbar gewesen ist. Dabei gab der Gutachter eine vorsichtige Einschätzung dahingehend ab, dass nach seinem Wissen auch bei nur mittelschweren Übergriffen in Einzelfällen derartige psychische Störungen möglich sind und mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit behaftet sind.

**Prüfungsrelevanz:**

Die vorliegende Entscheidung beinhaltet zwei interessante Aspekte, die leicht in deliktsrechtliche bzw. haftungsrechtliche Klausuren eingebaut werden können.

Zum einen war hier zu erkennen, dass die psychische Beeinträchtigung eine eigenständige Rechtsgutsverletzung begründet. Neben der psychischen Beeinträchtigung erlitt die Lehrerin leichte Prellungen und Kratzspuren. Allerdings war die Dienstunfähigkeit der Lehrerin, für die die Kl. Ersatz begehrte laut Gutachten auf den Übergriff insgesamt zurückzuführen und nicht mittelbar auf die Prellungen bzw. Kratzspuren. Wenn in der psychischen Beeinträchtigung jedoch eine unmittelbare, eigenständige Rechtsgutsverletzung zu sehen ist, so müssen insoweit auch sämtliche haftungs-

begründenden Voraussetzungen gegeben sein.

Zum anderen ging es dann um die Frage, ob eine solch schwerwiegende Beeinträchtigung der Lehrerin infolge des verbalen und körperlichen Übergriffes für die Bekl. vorhersehbar gewesen ist. Dies vor allem vor dem Hintergrund, dass der Übergriff insgesamt allenfalls als mittelschwer anzusehen ist. Der erkennende Senat hat letztlich diese Frage unter dem Gesichtspunkt des Verschuldens verneint. Es sei unter Anlegung eines objektiven Maßstabes in der konkreten Tatsituation für die Bekl. nicht erkennbar und vorhersehbar, dass eine nach außen hin gefestigte und jedenfalls nicht ersichtlich vorgeschädigte Person auf eine eher mittelschwere Beeinträchtigung psychisch derart „krass“ reagiert. Daher sei es nicht zu vertreten, dass hier die Bekl. für die Schäden, die infolge der psychischen Erkrankung entstanden sind, einstandspflichtig sei. Anders wäre der Fall gegebenenfalls zu beurteilen, wenn sich die psychische Erkrankung lediglich als mittelbare Folge der körperlichen Beeinträchtigungen dargestellt hätte. Denn dann müsste sich das Verschulden auch nicht auf die Herbeiführung der „Anpassungsstörung mit depressiver Verstimmung“ beziehen.

Neben der Frage der Zurechnung, sowie des Verschuldens ist es bei diesem insbesondere von entscheidender Bedeutung, eine saubere Trennung zwischen dem haftungsbegründenden und dem haftungsausfüllendem Tatbestand beizubehalten. Der Fall eignet sich daher gut für eine Wiederholung des Deliktsrechts, aber auch des allgemeinen Schadensersatzrechts. Ergänzt um ein bis zwei weitere Problemfelder kann daraus schnell eine Examensklausur werden.

**Vertiefungshinweise:**

Zu den Grundtatbeständen der Verschuldenshaftung bei Körperschäden: *Teichmann*, JA 1979, 293; *Laufs/Reiling*, NJW 1994, 775; *Rohe*, JZ 1994, 830; *Taupitz*, NJW 1995, 745; *Vogener*, VersR 2002, 1345/1478

Zum Verstoß gegen Schutzgesetze: *Honsell*, JA 1983, 101; *Dörner*, JuS 1987, 522, *Deutsch*, VersR 2004, 137

**Kursprogramm:**

*Examenskurs*: „Das verhängnisvolle Skateboard“

*Examenskurs*: „Die Verfolgung“

**Leitsatz:**

**Stellt sich ein psychisch vermittelter Gesundheitsschaden (zur Dienstunfähigkeit einer Lehrerin führende Anpassungsstörung) nicht als Folge einer**

**Primärverletzung, sondern als haftungsbegründender Gesundheitsschaden dar, ist dieser haftungsrechtlich im Rahmen des Verschuldens nur zurechenbar, wenn er nach objektivem Maßstab, der sich grundsätzlich an der Erfahrung des täglichen Lebens orientiert, vorhersehbar ist.**

**Sachverhalt (abgewandelt):**

Das klagende Land verlangt von der Bekl. Schadensersatz nach einem Angriff der Bekl. auf die in Diensten des klagenden Landes stehende Lehrerin I.

Die damals 16 jährige Bekl., die über keinerlei psychologisches Sonderwissen verfügte, griff am 03.12.2002 in der Gemeinschaftshauptschule in Köln die Lehrerin I auf dem Pausenhof verbal und tätlich an. Dabei beleidigte die Bekl. die Lehrerin mit den Worten "Du alter Nazi" und stieß ihr vor den Oberkörper und riß am Arm der Lehrerin. Dadurch fügte sie der Lehrerin Kratzspuren und Prellungen am Arm zu. Frau I erlitt neben den Kratzspuren auch Prellungen am Oberarm. Eine Krankschreibung wegen der erlittenen Verletzungen erfolgte nicht. Frau I begab sich in der Folge in ärztliche und psychotherapeutische Behandlung. Ihr wurden eine posttraumatische Belastungsstörung und dauernde Dienstunfähigkeit attestiert; seit Oktober 2003 ist sie dauerhaft dienstunfähig. Das klagende Land zahlte seitdem die Dienstbezüge weiter.

Die Parteien streiten darum, ob eine etwaige Erkrankung der Frau I auf den Vorfall vom 03.12.2002 zurückzuführen ist und die Bekl. für die Folgen einzustehen hat. Zur Frage der Kausalität des Angriffs der Bekl. vom 03.12.2002 für die Dienstunfähigkeit der Frau I wurde ein Sachverständigengutachten in Auftrag gegeben. Der Sachverständige hat festgestellt, dass die Lehrerin unter einer "Anpassungsstörung mit depressiver Verstimmung" leidet, die die Dienstunfähigkeit zur Folge hatte. Diese psychische Störung sei ausschließlich auf den Vorfall vom 03.12.2002 zurückzuführen, andere Ursachen könne er ausschließen. Der Gutachter hat weiterhin festgestellt, dass sich die psychisch vermittelte Verletzungsfolge "Anpassungsstörung mit depressiver Verstimmung" als unmittelbare Folge des Angriffes vom 03.12.2002 insgesamt und nicht als weitere Folge einer aufgrund des Angriffs erlittenen anderweitigen Primärverletzung darstellt. Aus der erfahrenen Sicht des Gutachters sei der Eintritt einer solchen psychischen Störung auch bei lediglich mittelschweren Übergriffen in Einzelfällen durchaus möglich und mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit behaftet.

Insbesondere konnte der Sachverständige keine Begrenzungshaltungen feststellen, die darauf schließen lassen könnten, der vorliegende Vorfall habe Frau I nur als willkommener Anlaß gedient, um aus dem Dienst scheiden zu können.

Die Kl. begehrt die Erstattung der vom klagenden

Land an Frau I gezahlten Dienst- und Versorgungsbezüge. Zu Recht?

**Lösung:**

*A. Anspruch auf Schadensersatz gem. § 823 I BGB i.V.m. § 99 I 1 Nr. 1 LBG NW*

*I. Aktivlegitimation der Kl.*

Die Kl. müsste aktivlegitimiert sein, um Ansprüche gegen die Bekl. geltend machen zu können. Voraussetzung dafür ist, dass die Kl. als Dienstherrin aufgrund der Dienstunfähigkeit der Lehrerin I zur Leistung der Dienst- und Versorgungsbezüge verpflichtet ist.

*1. Beamtenverhältnis*

Als Hauptschullehrerin in Köln ist Frau I Beamtin des Landes NRW. Damit ist das Land Dienstherrin.

*2. Dienstunfähigkeit*

Die Lehrerin I ist aufgrund einer "Anpassungsstörung mit depressiver Verstimmung" dauerhaft seit dem 01.10.2003 dienstunfähig, § 45 I 1 LBG.

*3. Leistungen der Kl.*

Die Kl. hat seit dem Eintritt der Dienstunfähigkeit am 01.10.2003 die Versorgungsbezüge geleistet. Damit ist sie grds. Berechtigter wegen der getätigten Zahlungen Ersatz zu verlangen.

*II. Haftungsbegründender Tatbestand*

Des weiteren müsste der Lehrerin wegen der "Anpassungsstörung mit depressiver Verstimmung" ein Schadensersatzanspruch gegen die Bekl. zustehen.

*1. Verletzung einer geschützten Rechtsposition*

Die Lehrerin I müsste in einer geschützten Rechtsposition verletzt worden sein. Vorliegend könnte das Schutzgut Körper und Gesundheit beeinträchtigt sein. Geschützt ist insoweit das Seins- und Bestimmungsfeld der Persönlichkeit, das sich in der körperlichen Befindlichkeit verwirklicht. Darunter fallen gleichermaßen Verletzungen der körperlichen Integrität, wie auch die Verletzung der Gesundheit (Palandt/Sprau § 823 Rn. 4; Medicus, Schuldrecht II, BT Rn. 779, 780).

Vorliegend hat der Gutachter bei der Lehrerin eine psychische Störung in Form der "Anpassungsstörung mit depressiver Verstimmung" festgestellt. Dabei handelt es sich um einen Gesundheitsschaden. Mithin liegt eine Rechtsgutsverletzung bei der Lehrerin I vor.

*[Anm.: Abzustellen war hier nicht auf die Kratzspuren bzw. Prellungen. Dies deshalb, da die Kratzspuren bzw. Prellungen offensichtlich nicht zu der Dienstunfähigkeit der Lehrerin geführt haben. Laut Sachverständigengutachten war eindeutig, dass die psychische Störung ausschließlich auf den Vorfall vom*

*03.12.2002 zurückzuführen ist und andere Ursachen dafür ausgeschlossen werden können. Es war an dieser Stelle zu erkennen, dass die psychischen Beeinträchtigungen eine eigenständige Rechtsgutsverletzung darstellen und nicht nur eine bloße Nebenfolge der übrigen körperlichen Beeinträchtigungen sind.]*

## 2. Verhalten des Anspruchsgegners

Es müsste zudem ein tatbestandsmäßiges Verhalten der Bekl. vorgelegen haben. Tatbestandsmäßig ist jedes menschliche Verhalten (Tun oder Unterlassen), sofern es vom Willen beherrschbar ist (Brox/Walker, Schuldrecht BT, § 40 Rn. 3).

Die Bekl. hat die Lehrerin I am 03.12.2002 auf dem Schulhof der Gesamtschule zunächst verbal beleidigt, sodann gestoßen und Kratzspuren am Arm beigelegt. Dabei hat die Bekl. mangels abweichender Angaben im Sachverhalt bewusst gehandelt. Es liegt ein beherrschbares Verhalten vor.

## 3. Kausalität

Die Rechtsgutverletzung "Anpassungsstörung mit depressiver Verstimmung" müsste durch das Verhalten der Bekl. kausal verursacht worden sein. Dazu müsste die Verletzungshandlung kausal i.S.d. Äquivalenztheorie für den Verletzungserfolg gewesen sein. Ein Verhalten im Sinne der Äquivalenz ist dann kausal, sofern es nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass der Erfolg entfielen (Palandt/Heinrichs Vorb v § 249 Rn. 57).

Aufgrund der gutachterlichen Feststellungen ergibt sich, dass die psychische Störung der Lehrerin I ohne den Übergriff der Bekl. auf dem Schulhof am 03.12.2002 nicht entstanden wäre. Demnach ist das Verhalten der Bekl. äquivalent kausal für den Gesundheitsschaden der Lehrerin I.

## 4. Einschränkung der Kausalität durch Kriterien der Zurechnung

Aufgrund der weitreichenden Kausalität müsste die erlittene psychische Störung zudem auch nach einschränkenden Zurechnungsgesichtspunkten dem Verhalten der Bekl. zu zurechnen sein.

### a. Adäquanz

Der Übergriff der Bekl. müsste auch adäquat kausal für den Gesundheitsschaden der Lehrerin I gewesen sein. Das setzt voraus, dass die gesetzte Bedingung im allgemeinen und nicht nur unter ganz besonderes eigenartigen, ganz unwahrscheinlichen und nach dem regelmäßigen Verlauf der Dinge außer Betracht zu lassenden Umständen zur Herbeiführung der Rechtsgutverletzung geeignet war (Brox/Walker Besonderes Schuldrecht, § 41 Rn. 30). Dabei kommt es auf eine objektiv nachträgliche Prognose an, bei der alle zum Zeitpunkt des Schadenseintrittes für einen optimalen Betrachter erkennbaren Umstände zu berücksichtigen sind (BGHZ 3, 266; Palandt/Heinrichs Vorb v § 249

Rn. 60). Es ist das gesamte zur Verfügung stehende Erfahrungswissen heranzuziehen (Palandt/Heinrichs Vorb v § 249 Rn. 60).

Vorliegend ist eine Lehrerin von einer Schülerin auf dem Lehrgelände verbal und tätlich angegriffen worden. Der Gutachter hat insoweit festgestellt, dass unter Berücksichtigung seines Fachwissens solch schwerwiegenden psychischen Schädigungen in Einzelfällen auch bei lediglich mittelschweren Übergriffen möglich sind und mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit zu erwarten sind. Demnach ist der eingetretene Gesundheitsschaden jedenfalls für den "optimalen" mit psychologischem Wissen ausgestatteten Betrachter nicht völlig fernliegend. Dem zu Folge war das Verhalten der Bekl. adäquat kausal für die Gesundheitsschädigung.

*[Anm.: Das OLG Köln hat die Kausalität und Adäquanz mit einer knappen Begründung bejaht. Ausführungen sind den Entscheidungsgründen lediglich zur Frage der Kausalität zu entnehmen. Die Adäquanz wird ohne Begründung bejaht. An dieser Stelle ist eine abweichende Lösung sicherlich vertretbar. Die Adäquanz hätte also auch verneint werden können. Es handelt sich hier um eine lediglich als allenfalls mittelschwer einzustufende Verletzungshandlung der Bekl., so dass diese weitreichenden Folgen auch als ganz unwahrscheinlicher Umstand hätten eingestuft werden können. Dieses hätte sodann das Fehlen der Adäquanz bedingt und den Anspruch bereits an dieser Stelle ausgeschlossen. Das erkennende Gericht verfährt insoweit anders. Orientiert man sich bei der Frage der Vorhersehbarkeit am Wissen des "optimalen" Beobachters, so könnte zumindest für diesen die geringe Wahrscheinlichkeit der hier vorliegenden Rechtsgutverletzung noch vorhersehbar sein. Auf den Wissensstand eines solchen Betrachters dürfte hier der erkennende Senat abgestellt haben.. Daher folgen weiterführende Ausführungen erst bei dem Verschulden i.R.d. Fahrlässigkeitsprüfung. Dort wird das Merkmal der objektiven Vorhersehbarkeit problematisiert und unter Berücksichtigung der konkreten Umstände und dem zu erwartenden Wissen der Bekl. schließlich verneint.]*

### b. Schutzzweck der Norm

Die Gesundheitsschädigung müsste auch vom Schutzzweck der Norm erfasst sein. Dies ist dann der Fall, wenn der geltend gemachte Schaden nach Art und Entstehungsweise unter den Schutzzweck der verletzten Norm fällt; es muss sich um Nachteile handeln, die aus dem Bereich der Gefahren stammen, zu deren Abwendung die verletzte Norm erlassen oder die verletzte vertragliche oder vorvertragliche Pflicht übernommen worden ist (BGH NJW 2005, 1420; st. Rspr.).

Grundsätzlich sind auch psychische Schädigungen vom Schutzzweck erfasst. Es könnte etwas anderes

gelten, wenn sich die psychische Störung der Lehrerin als sogenannte "Rentenneurose" darstellte. Der Schädiger haftet für eine beim Verletzten auftretende Rentenneurose (Begehrensneurose) nicht, weil es dem Zweck des Schadensersatzes widerspricht, wenn gerade durch die Tatsache, dass ein anderer Schadensersatz zu leisten hat, die Wiedereingliederung des Verletzten in den sozialen Lebens- oder Pflichtenkreis erschwert oder unmöglich gemacht wird (BGH NJW 56, 1108). Im vorliegenden Fall hatte der Gutachter jedoch ausgeschlossen, dass bei der Lehrerin eine Begehrenshaltung vorhanden ist, die darauf schließen lassen könnte, dass der Vorfall nur als Anlass dient, um vorzeitig aus dem Dienst auszuschneiden.

"Die bei Frau I diagnostizierte Anpassungsstörung steht in einem eindeutigen zeitlichen und inhaltlichen Zusammenhang mit dem Angriff der Bekl. vom 3. 12. 2002; Frau I war vor dem Vorfall nicht erkrankt und wies auch keine depressiven Symptome auf. Die Sachverständige hat keine Hinweise auf andere Ursachen als gerade den hier in Rede stehenden Übergriff finden können, insbesondere nicht auf Begehrenshaltungen, die darauf schließen lassen könnten, der vorliegende Vorfall habe Frau I nur als willkommener Anlass gedient, um vorzeitig aus dem Dienst scheiden zu können."

Demnach ist der Schutzzweck der Norm gewahrt.

### 5. Rechtswidrigkeit

Die Rechtswidrigkeit müsste gegeben sein. Nach der Lehre vom Erfolgsunrecht wird bei einer Rechtsgutverletzung die Rechtswidrigkeit indiziert, so dass diese nur beim Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes entfällt (Brox/Walker, Besonderes Schuldrecht, § 41 Rn. 47).

Rechtfertigungsgründe für das Verhalten der Bekl. sind hier nicht ersichtlich, so dass die Rechtswidrigkeit gegeben ist.

### 6. Verschulden

Die Bekl. müsste den Gesundheitsschaden schuldhaft verursacht haben. Das setzt voraus, dass die Bekl. einerseits verschuldensfähig ist und andererseits ihr hinsichtlich der Schädigung Vorsatz oder Fahrlässigkeit gem. § 276 BGB vorzuwerfen ist.

#### a. Verschuldensfähigkeit, §§ 827, 828 III BGB

Die Bekl. müsste verschuldensfähig gewesen sein. Das wäre nicht der Fall, sofern die Bekl. zum Zeitpunkt des schädigenden Ereignisses das 18. Lebensjahr noch nicht vollendet hatte und ihr während ihres Verhaltens die zur Erkenntnis der Verantwortlichkeit erforderliche Einsicht gefehlt hat, § 828 III BGB. Zu berücksichtigen sind insoweit die individuellen Fähigkeiten der Schädigerin.

Zwar war die Bekl. zum Zeitpunkt des Übergriffs auf die Lehrerin I erst 16 Jahre alt. Dem Sachverhalt kann

jedoch nicht entnommen werden, dass ihr dabei die Einsicht fehlte, Unrecht zu tun. Da auch keine Anhaltspunkte für eine Störung der Geistestätigkeit gem. § 827 BGB gegeben sind, ist von der Verschuldensfähigkeit der Bekl. auszugehen.

#### b. Vorsatz oder Fahrlässigkeit, § 276 BGB

Die Bekl. müsste die Gesundheitsschädigung vorsätzlich oder fahrlässig verursacht haben.

##### aa. Vorsatz

Unter vorsätzlichem Verhalten ist das Wissen und Wollen des rechtswidrigen Erfolges zu verstehen (Palandt/Heinrichs § 276 Rn. 10). Vorliegend ist jedoch nicht davon auszugehen, dass es die Bekl. in ihren Willen aufgenommen hatte, dass sie bei der Lehrerin durch den Übergriff eine "Anpassungsstörung mit depressiver Verstimmung" herbeiführt. Insoweit liegt kein vorsätzliches Handeln vor.

##### bb. Fahrlässigkeit

Die Bekl. könnte fahrlässig gehandelt haben. Fahrlässig handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht lässt, § 276 II BGB. Der Fahrlässigkeitsbegriff bestimmt sich im Zivilrecht objektiv (Palandt/Heinrichs, § 276 Rn 15). Fraglich ist, wann psychische Gesundheitsschäden fahrlässig verursacht werden.

"Geht es wie hier um einen haftungsbegründenden Gesundheitsschaden, so ist ein psychisch vermittelter Gesundheitsschaden haftungsrechtlich nur zurechenbar, wenn er vorhersehbar ist; ein nicht vorhersehbarer Gesundheitsschaden kann hingegen nur zugerechnet werden, wenn er sich als schadensausfüllende Folgewirkung einer anderweitigen, ihrerseits verschuldeten Körperverletzung oder Gesundheitsschädigung darstellt (BGHZ 132, 341 = NJW 1996,2425)."

Hier stellt sich die psychisch vermittelte Verletzungsfolge „Anpassungsstörung mit depressiver Verstimmung“ laut dem Gutachten des Sachverständigen als unmittelbare Folge des Angriffs vom 03. 12.2002 insgesamt und nicht als weitere Folge einer auf Grund des Angriffs erlittenen anderweitigen Primärverletzung dar. Also kommt es auf die Vorhersehbarkeit i.d.S. an. Diese ist dann zu bejahen, wenn die allgemeine Vorhersehbarkeit eines schädigenden Erfolges gegeben ist, nicht jedoch ist erforderlich, dass der konkrete Ablauf in seinen Einzelheiten vorhersehbar war (Palandt/Heinrichs, § 276 Rn 20).

"An der Vorhersehbarkeit des psychisch vermittelten Gesundheitsschadens der Lehrerin fehlt es hier. Vorhersehbarkeit ist nach einem objektiven Maßstab zu beurteilen (BGH, LM Nr. 1 zu § 828 BGB; LM Nr. 2 zu § 276 BGB), der sich an der Erfahrung des täglichen Lebens orientiert (RGSt 29, 218 [220]). Ausreichend ist, dass eine Schädigung überhaupt vorhersehbar ist, während es der Vorhersehbarkeit des konkreten Kausalverlaufs und der konkret eingetretenen Verlet-

zungsfolge nicht bedarf (vgl. schon RGSt 34, 91 [92]; BGHZ 93, 351 [357] = NJW 1985, 1390). Die Möglichkeit einer entsprechenden Schädigung darf nicht ganz fernliegen (BGHZ 74, 9 [19] = NJW 1979, 1351); beruht hingegen der Eintritt der Folge auf einer ganz außergewöhnlichen, dem Schädiger unbekanntem Disposition des Geschädigten, fehlt es an der Zurechenbarkeit (BGH, VersR 1976, 639). Von diesen Grundsätzen ausgehend war vorliegend nach Einschätzung des Senats weder die konkrete Verletzung noch überhaupt die Entwicklung einer psychischen Störung von Krankheitswert auf Grund des Angriffs der Bekl. vorhersehbar.

Wie die Anhörung der Sachverständigen S ergeben hat, ist die Entwicklung einer derartigen Anpassungsstörung weder im Einzelfall sicher prognostizierbar noch auch nur in ihrer statistischen Häufigkeit belegbar. Allein auf Grund ihrer beruflichen Vertrautheit mit dem Thema hat die Sachverständige eine vorsichtige Schätzung dahin abgeben können, dass die Entwicklung einer derartigen Störung in Einzelfällen auch dann möglich und mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist, wenn der zu Grunde liegende begriff wie hier objektiv allenfalls als mittelschwer einzuordnen ist. Entsprechendes Sonderwissen kann bei der Bekl., der auch die von der Sachverständigen erörterte spezifische Vulnerabilität in Form möglicherweise gesteigerter Kränkbarkeit der Frau I nicht bekannt gewesen ist, jedoch nicht unterstellt werden. (...) Während es ohne Weiteres als allgemein bekannt angesehen werden kann, dass objektiv schwerwiegende Bedrohungen wie etwa Geiselnahmen ebenso wie die Konfrontation mit objektiv und subjektiv schwerwiegenden Unglücksfällen zu psychischen Störungen von Krankheitswert führen können, ist dies in Fällen objektiv erheblich geringeren Schweregrades wie hier nach Einschätzung des Senats nicht der Fall. (...) Die Handlung der Bekl. kann allenfalls als mittelschwer eingestuft werden. Mithin war die Vorhersehbarkeit im Hinblick auf die Relation Gesundheitsbeschädigung - Schwere der Handlung hier abzulehnen.

Somit hat die Bekl. in Bezug auf die psychische Störung der Lehrerin nicht schuldhaft gehandelt.

Demnach liegt kein Schadensersatzanspruch gegen die Bekl. wegen der erlittenen "Anpassungsstörung mit depressiver Verstimmung" gem. § 823 I BGB i.V.m. § 99 I 1 Nr. 1 LBG NW vor.

*B. Anspruch gem. § 823 II BGB i.V.m. § 229 StGB i.V.m. § 99 I 1 Nr. 1 LBG NW*

#### *I. Aktivlegitimation der Kl.*

Die Aktivlegitimation der Kl. ergibt sich aus § 99 I 1 Nr. 1 LBG NW. Auf obig dargelegten Erwägungen wird verwiesen.

## *II. Verletzung eines Schutzgesetzes*

Voraussetzung für die Haftung nach § 823 II BGB ist, dass der anspruchsbegründende Vorgang unter ein Schutzgesetz fällt.

### *1. Vorliegen eines Schutzgesetzes*

Das für § 823 II BGB anzuwendende Gesetz müsste Schutzgesetz in diesem Sinne sein. Schutzgesetz ist jede Rechtsnorm gem. Art. 2 EGBGB, die wenigstens auch die Interessen des einzelnen schützen soll (BGHZ 46, 17; BGH, NJW 2004, 356). Der Straftatbestand des § 229 StGB ist ein formelles Gesetz und bezweckt dem Wortlaut nach zumindest auch den Schutz von Körper und Gesundheit. Mithin steht der Individualschutz im Vordergrund. Also liegt ein Schutzgesetz vor.

### *2. Verletzung des Schutzgesetzes, § 229 StGB*

Eine Verletzung des Schutzgesetzes ist dann gegeben, wenn der Straftatbestand des § 229 StGB rechtswidrig und schuldhaft verwirklicht worden ist.

#### *a. Körperverletzung der Lehrerin I*

Die Lehrerin I müsste eine Körperverletzung erlitten haben. Die Körperverletzung ist hier wie in § 223 StGB zu verstehen (Tröndle/Fischer, § 229 Rn 2).

#### *aa. Körperliche Mißhandlung*

Es könnte eine körperliche Mißhandlung vorliegen. Dazu müsste eine üble, unangemessene Behandlung vorliegen, die das körperliche Wohlbefinden und die körperliche Unversehrtheit nicht nur unerheblich beeinträchtigt (Tröndle/Fischer, § 223 Rn 3a). Es könnte das körperliche Wohlbefinden der Lehrerin betroffen worden sein. Hier erlitt die Lehrerin eine "Anpassungsstörung mit depressiver Verstimmung". Es handelt sich insoweit um eine erhebliche Beeinträchtigung (vgl. auch NStZ, 2000, 25), die ihr die Ausübung des Berufes unmöglich machen. Also liegt eine körperliche Mißhandlung vor.

#### *bb. Gesundheitsbeschädigung*

Es könnte zudem eine Gesundheitsbeschädigung vorliegen. Eine Schädigung der Gesundheit ist jedes Hervorrufen oder Steigern eines, wenn auch vorübergehenden, pathologischen Zustands (NJW 60, 2253). Es handelt sich hier um eine psychische Einwirkung. Eine psychische Einwirkung, die lediglich das seelische Wohlbefinden berührt, unterfällt nicht der Gesundheitsbeschädigung (Tröndle/Fischer, § 223 Rn 6). Hier handelt es sich jedoch um einen Zustand, der über das seelische Wohlbefinden hinausgeht. Die Lehrerin hat aufgrund der psychischen Belastungen einen objektivierbaren pathologischen Zustand erlitten. Dies ist für die Bejahung einer Gesundheitsbeschädigung ausreichend (NJW 1976, 1143; NstZ 1986, 166; 1997, 123, 2003, 149; NstZ-RR 2000, 106).

Folglich liegt eine Körperverletzung vor.

*b. Handlung der Bekl.*

Anknüpfungspunkt ist auch in strafrechtlicher Hinsicht der Übergriff auf dem Schulhof. Auf obige Ausführungen wird verwiesen.

*c. Kausalität*

Die Handlung müsste kausal i.S.d. *conditio-sine-quantum* für den Verletzungserfolg sein. Dazu dürfte Handlung nicht hinweggedacht werden können, ohne dass der Erfolg in seiner konkreten Ausgestaltung entfielen. Hätte die Bekl. die Lehrerin nicht verbal und tätlich angegriffen, wäre der tatbestandliche Erfolg jedenfalls nicht so eingetreten. Also ist die Kausalität zu bejahen.

*d. Objektive Sorgfaltspflichtverletzung bei objektiver Vorhersehbarkeit*

Mangels Vorliegen eines besonderen Sorgfaltsmaßstabes orientiert sich die Sorgfaltsanforderung an einen gewissenhaften Durchschnittsmenschen in der konkreten Situation in der sozialen Rolle des Täters (vgl. Tröndle/Fischer § 15 Rn. 16). Ein gewissenhafter Mensch hätte die Lehrerin weder verbal angegriffen, noch körperlich traktiert. Mithin liegt ein sorgfaltswidriges Verhalten vor.

Fraglich ist, ob die Handlung objektiv sorgfaltswidrig war und der tatbestandliche Erfolg objektiv vorhersehbar war. Objektiv vorhersehbar ist, was ein umsichtig handelnder Mensch aus dem Verkehrskreis des Täters unter den jeweils gegebenen Umständen aufgrund der allgemeinen Lebenserfahrung in Rechnung stellen würde (Wessels, Strafrecht AT, § 15 Rn 668). Es handelte sich hier um ein Verhalten der Bekl., welches als lediglich mittelschwer einzustufen ist. Sie beleidigte die Lehrerin und stieß ihr gegen den Oberkörper. Dass sich daraus so weitreichende Folgen für die Lehrerin im Hinblick auf eine psychische Erkrankung ergeben, war in objektiver Hinsicht, insb. auch unter Einbeziehung der allgemeinen Lebenserfahrung, für die Bekl. die nicht über psychologisches Sonderwissen verfügt, nicht vorhersehbar.

Folglich läßt sich der Fahrlässigkeitsvorwurf bereits in objektiver Hinsicht nicht bejahen. Mithin ist das Schutzgesetz gem. § 229 StGB nicht verletzt.

Ein Anspruch auf Schadensersatz gem. § 823 II BGB i.V.m. § 229 StGB i.V.m. § 99 I Nr. 1 LBG NW besteht nicht.

*C. Anspruch gem. § 823 II BGB i.V.m. § 185 StGB i.V.m. § 99 I Nr. 1 LBG NW*

*I. Aktivlegitimation der Kl.*

Die Aktivlegitimation der Kl. gem. § 99 LBG NW ist aus obigen Gründen zu bejahen.

*II. Schutzgesetzverletzung*

Fraglich ist, ob § 185 StGB ein Schutzgesetz in diesem Sinne darstellt und verletzt ist.

*1. Vorliegen eines Schutzgesetzes*

§ 185 StGB müsste ein Schutzgesetz sein. Schutzgut des § 185 StGB ist die Ehre (BGHSt 11, 70). Daher ist der Schutz individueller Interessen intendiert. Mithin liegt ein Schutzgesetz vor.

*2. Verletzung eines Schutzgesetzes*

Das Schutzgesetz müsste verletzt sein.

*a. Tatbestand*

*aa. Passive Beleidigungsfähigkeit*

Die passive Beleidigungsfähigkeit müsste zu bejahen sein. Passiv beleidigungsfähig sind alle lebenden Menschen. Das Merkmal ist daher erfüllt.

*bb. Kundgabe einer unwahren Tatsache oder eines Werturteils gegenüber dem Betroffenen, die eine Miß- oder Nichtachtung zum Ausdruck bringt*

Die Bekl. müsste eine unwahre Tatsache oder ein Werturteil gegenüber der Betroffenen kundgetan haben. Tatsachen sind konkrete Vorgänge oder Zustände der Gegenwart oder der Vergangenheit, die sinnlich wahrnehmbar in die Wirklichkeit getreten und damit dem Beweis zugänglich sind (Sch-Sch-Lencker, § 186 Rn. 186). Werturteile sind alle subjektiven Wertungen, Einschätzungen, Schlußfolgerungen, Zukunftsprognosen u.ä., die nicht durch Tatsachen belegt sind und sich als bloß subjektive Meinungsäußerungen dem Beweis entziehen (Sch-Sch-Lencker, § 186 Rn. 4). Hier bezeichnete die Bekl. die Lehrerin als "alter Nazi". Darin ist ein Werturteil zu sehen, da keine Anhaltspunkt vorhanden sind, die eine solche Behauptung belegen könnten. Damit ist der Tatbestand der Beleidigung insoweit erfüllt, als der Inhalt der Äußerung eine Mißachtung oder Nichtachtung der Lehrerin betreffen. Dies deshalb, weil sie in ihrem ethischen bzw. auch sozialen Wert herab gestuft wird (vgl. Düsseldorf, NJW 1948, 386; 1970, 905).

*cc. Vorsatz*

Die Bekl. müsste vorsätzlich gehandelt haben, wobei Eventualvorsatz genügt. Dazu müsste der erforderliche Vorsatz das Bewusstsein umfassen, dass die Äußerung nach ihrem objektiven Sinn eine Mißachtung darstellt (Zweibrücken, NJW 1986, 2960). Eine besondere Beleidigungsabsicht wird nicht gefordert (NSTz 1992, 34). Vorliegend handelte die Bekl. wenigstens mit Eventualvorsatz, da ihr der missachtende Charakter ihrer Aussage durchaus bewusst gewesen ist und sie diesen Umstand auch zumindest bei der Äußerung billegend in Kauf genommen hat.

Mithin ist der subjektive Tatbestand erfüllt.

*b. Rechtswidrigkeit*

Die Handlung müsste rechtswidrig sein. Ein Rechtfertigungsgrund ist auch unter Beachtung des § 193 StGB nicht ersichtlich.

*c. Schuld*

Die Bekl. müsste schuldhaft gehandelt haben. Schuld bedeutet die Vorwerfbarkeit der Tat im Hinblick auf die ihr zugrundeliegende rechtlich tadelnswerte Gesinnung (Wessels, Strafrecht AT, § 10 Rn. 401).

Zweifel an der Schuldfähigkeit der Bekl. gem. §§ 19, 20 StGB bestehen nicht. Demnach handelte sie auch schuldhaft.

*3. Rechtswidrigkeit*

Die Rechtswidrigkeit liegt auch auf zivilrechtlicher Ebene vor.

*4. Verschulden*

Die Bekl. müsste schuldhaft gehandelt haben. Bezugspunkt für das Verschulden ist die Verletzung des Schutzgesetzes. Bei Schutzgesetzen, die selbst ein Verschulden voraussetzen ist, die dort geforderte Schuldform maßgeblich, d.h. bei Vorsatzdelikten ist grds. Vorsatz erforderlich (vgl. BGH NJW 1985, 134; Palandt/Sprau § 823 Rn. 60).

Vorliegend setzt § 185 StGB Vorsatz voraus. Die Bekl. hat die Beleidigung vorsätzlich begangen. Der Bekl. war dabei bewusst, dass sie eine Beleidigung erfüllt. Mithin ist das zivilrechtliche Verschulden gegeben.

*5. Zurechenbarer Schaden*

Des weiteren müsste ein Schaden vorliegen, der auf

die Schutzgesetzverletzung zurückzuführen ist.

Die Lehrerin ist seit dem 01.10.2003 dauerhaft dienstunfähig. Darin ist ein Schaden zu sehen.

Dieser Schaden müsste der Schutzgesetzverletzung zuzurechnen sein. Das ist der Fall, wenn der Schaden in den sachlichen Schutzbereich des Schutzgesetzes fällt, d.h. zu den Schäden gehört, die durch das vorhandene Schutzgesetz verhindert werden sollen (vgl. BGH, NJW 04, 356; Palandt/Sprau § 823 Rn. 58).

Der Tatbestand des § 185 StGB schützt die persönliche Ehre (vgl. oben). Der Wegfall der Dienstbezüge basiert auf einem Gesundheitsschaden, nämlich der "Anpassungsstörung mit depressiver Verstimmung". Demnach ist der hier betroffene Schaden auf ein Körperverletzung zurückzuführen. Der § 185 erfasst seinem Schutzzweck nach jedoch nur Schäden, die aufgrund der Verletzung der persönlichen Ehre entstanden sind. Um einen solchen Schaden geht es vorliegend jedoch nicht. Demnach ist der Schaden nicht vom Schutzzweck erfasst. Die Zurechenbarkeit entfällt.

Der Kl. steht kein Anspruch auf Schadensersatz gemäß § 823 II BGB i.V.m. § 185 StGB i.V.m. § 99 I Nr. 1 LBG NW zu.

*[Anm.: In Betracht zu ziehen wäre gleichfalls ein Anspruch aus § 823 I BGB i.V.m. Art 1 I, 2 I GG i.V.m. § 99 I Nr. 1 LBG NW wegen einer etwaigen Verletzung des Persönlichkeitsrechts. Auf diesen Anspruch geht das erkennende Gericht in keiner Weise ein. Hinsichtlich des haftungsausfüllenden Tatbestandes gilt das zu § 823 II BGB i.V.m. § 185 StGB i.V.m. § 99 I Nr. 1 BGB gesagt.]*

**Standort: § 263 StGB****Problem: Schadensgleiche Vermögensgefährdung**

BGH, BESCHLUSS VOM 28.02.2007  
2 STR 338/06 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

**Problemdarstellung:**

Der Angeklagte, ein Harley-Davidson Vertragshändler, hatte von der Harley-Davidson GmbH Fahrzeuge unter Eigentumsvorbehalt gekauft, die er im Rahmen seines Betriebs weiterveräußerte. Zur Sicherung ihres Vorbehaltseigentums behielt die GmbH die entsprechenden Kfz-Briefe und gab diese erst an den Angeklagten heraus, wenn dieser den Kaufpreis überwiesen hatte. Der Angeklagte wandte sich in mehreren Fällen an die GmbH und erklärte, er habe Motorräder verkauft und werde den Kaufpreis bald überweisen und brachte sie so dazu, die entsprechenden Kfz-Briefe schon vor Überweisung des Kaufpreises an ihn herauszugeben. Dabei hatte er niemals vor, den Kaufpreis zu überweisen, sondern verkaufte die Motorräder auf eigene Rechnung. Das LG Wiesbaden verurteilte den

Angeklagten wegen Betruges, § 263 I StGB. Die insofern erforderliche Minderung des Vermögens der GmbH sah das Landgericht in einer konkreten Gefahr, weil der Angeklagte nämlich durch die Übergabe der Kfz-Briefe die Möglichkeit erhalten habe, gutgläubigen Dritten Eigentum an den Motorrädern zu verschaffen. Der BGH bestätigte zwar die Verurteilung wegen Betruges, lehnte jedoch die Begründung des LG ab, da der Angeklagte Dritten auch ohne die Kfz-Briefe Eigentum verschaffen konnte.

**Prüfungsrelevanz:**

Der Tatbestand des Betruges ist sicherlich eines der in beiden Examen am häufigsten anzutreffenden Delikte. Vom Prüfling wird insofern stets auch die Kenntnis von Detailproblemen vorausgesetzt und das im vorliegenden Fall angesprochene Problem der "schadensgleichen" Vermögensverfügung stellt hier einen Klassiker dar. Fast noch interessanter als die strafrechtlichen

Probleme sind im vorliegenden Fall die zivilrechtlichen Details bzgl. der Möglichkeit der wirksamen Übereignung, die allerdings auch im Rahmen der Prüfung des Betruges von Relevanz sind.

Der Tatbestand des Betruges, § 263 I StGB, setzt voraus, dass das Opfer eine Vermögensverfügung vornimmt, die unmittelbar zu einem Vermögensschaden führt. Für die insofern erforderliche Minderung des Vermögens des Opfers ist es nicht zwingend erforderlich, dass das Opfer tatsächlich einen Abfluss von Vermögenswerten erleidet. Nach ganz h.M. reicht es aus, dass eine konkrete Gefahr für das Opfervermögen entsteht (sog. "schadensgleiche" Vermögensgefährdung, vgl. BGH, wistra 1991, 307; 2003, 230; 2004, 60; Schönke/Schröder-Cramer/Perron, § 263 Rn 143 ff.; Tröndle/Fischer, § 263 Rn 94 ff.). Das Landgericht hatte die Gefährdung des Vermögens des Opfers darin gesehen, dass der Angeklagte nach der Herausgabe der Kfz-Briefe die Möglichkeit gehabt habe, (gutgläubigen) Dritten Eigentum an den Motorrädern zu verschaffen. Hierbei unterliegt das LG jedoch einem entscheidenden Denkfehler: Zwar ist es richtig, dass ein gutgläubiger Eigentumserwerb gem. §§ 929 S. 1, 932 BGB an einem Kraftfahrzeug ausgeschlossen sein kann, wenn der Verkäufer nicht den entsprechenden Kfz-Brief besitzt, da es in diesem Fall grob fahrlässig vom Käufer sein kann, den Verkäufer für den Eigentümer zu halten (BGH, NJW 1996, 314; Palandt-Bassenge, § 932 Rn 13). Das LG übersieht jedoch, dass sich die Frage nach einem gutgläubigen Eigentumserwerb der Motorradkäufer überhaupt nicht stellt, da der Angeklagte von der Vorbehaltseigentümerin die Erlaubnis erteilt bekommen hatte, die Motorräder weiterzuveräußern und auch über das Eigentum daran zu verfügen. Deshalb konnten die Käufer vom Angeklagten als Berechtigten Eigentum erwerben, § 929 S. 1 BGB. Hierfür ist - auch bei Kraftfahrzeugen - die Übergabe des Kfz-Briefes nicht unbedingt erforderlich, da es sich bei diesem nicht um ein "echtes" Wertpapier handelt, sodass über die in dem Papier bezeichnete Sache (das Fahrzeug) auch ohne Übereignung des Papiers wirksam verfügt werden kann.

Trotzdem hat der BGH eine "schadensgleiche" Vermögensgefährdung darin gesehen, dass ohne den Besitz des Kfz-Briefes die Vorbehaltseigentümerin ihr Sicherungsrecht (den Eigentumsvorbehalt) nicht mehr sinnvoll ausüben konnte und deshalb dieser Sicherung für die Durchsetzung ihrer Kaufpreisforderung gegen den Angeklagten verlustig ging, was auch eine konkrete Vermögensgefährdung darstelle.

#### **Vertiefungshinweise:**

□ Zur "schadensgleichen" Vermögensgefährdung: BGHSt 21, 112; 23, 300; BGH, NStZ 2003, 546; 2005, 160; wistra 2004, 60; Bosch, wistra 1999, 410; Naucke, StV 1985, 187; Otto, JURA 1991, 494

#### **Kursprogramm:**

□ Examenkurs: "Die erschlichene Wohnungseinrichtung"

#### **Leitsätze (der Redaktion):**

- 1. Erreicht der zur Veräußerung von Kraftfahrzeugen im normalen Geschäftsbetrieb berechnete Täter durch Täuschung, dass der Sicherungseigentümer der Kraftfahrzeuge die zu den Fahrzeugen gehörenden Kraftfahrzeugbriefe an den Täter herausgibt, so liegt nicht darin eine schadensgleiche Vermögensgefährdung, dass der Täter seine Verkäuferpflichten gegenüber seinen Kunden erfüllen kann.**
- 2. Ein Vermögenswert der Kraftfahrzeugbriefe liegt in dieser Konstellation vielmehr darin, dass der bisherige Eigentümer seine Sicherung von Forderungen gegenüber dem Täter verliert. Um diesen Wert, der nicht dem Veräußerungswert der Kraftfahrzeuge entsprechen muss, kann sich der Täter bereichern.**

#### **Sachverhalt:**

A ist Vertragshändler für Motorräder der Firma H. Die Motorräder werden ihm von der H geliefert, die sich insoweit das Eigentum an den Motorrädern vorbehält und auch die entsprechenden Kraftfahrzeugbriefe erst nach Überweisung des Kaufpreises durch A an diesen herausgibt. A wandte sich an H und erklärte wahrheitswidrig, er (der A) habe eines der unter Eigentumsvorbehalt stehenden Motorräder verkauft. Obwohl er die Überweisung nicht ausführen wollte und dies auch nicht tat erklärte A, er werde den entsprechenden Kaufpreis bald überweisen und bitte ausnahmsweise darum, den Kraftfahrzeugbrief vorab zuzusenden. Daraufhin schickte H dem A den entsprechenden Kraftfahrzeugbrief zu.

Strafbarkeit des A?

#### **Lösung:**

A. Strafbarkeit des A gem. § 263 I StGB ggü. u. z. N. d. H dadurch, dass A um die Überlassung des Kfz-Briefes bat und erklärte, er werde den Kaufpreis bald überweisen

A könnte sich dadurch, dass er H gegenüber erklärte, er habe eines der Motorräder verkauft und werde den Kaufpreis bald überweisen und diese bat, ihm bereits vorab den Kfz-Brief auszuhändigen, wegen Betruges gem. § 263 I StGB gegenüber und zum Nachteil der H strafbar gemacht haben.

#### **I. Tatbestand**

##### **1. Täuschung über Tatsachen**

A müsste H über Tatsachen getäuscht haben.



Täuschung i.S.v. § 263 I StGB ist jede intellektuelle Einwirkung auf das Vorstellungsbild eines anderen, um eine Fehlvorstellung über Tatsachen hervorzurufen (BGHSt 18, 237; Wessels/Hillenkamp, BT 2, Rn 493). Tatsachen sind alle gegenwärtigen oder vergangenen Geschehnisse oder Zustände, die dem Beweis zugänglich sind (OLG Koblenz, NJW 1976, 63; Schönke/Schröder-Cramer/Perron, § 263 Rn 8).

A erklärte gegenüber H, er habe eines der Motorräder verkauft und werde nunmehr den entsprechenden Kaufpreis bald überweisen. Ob tatsächlich ein entsprechender Kaufvertrag geschlossen wurde, ist dem Beweis zugänglich und stellt somit eine Tatsache dar. Auch der Wille des A, den Kaufpreis zu überweisen, stellt einen dem Beweis zugänglichen Zustand und somit eine Tatsache dar (sog. innere Tatsache, vgl. BGHSt 15, 26). Da A tatsächlich weder ein Motorrad verkauft noch die Absicht hatte, den Kaufpreis zu überweisen, hat A über diese Tatsachen getäuscht.

## 2. Täuschungsbedingter Irrtum

Durch die Täuschung müsste bei H ein entsprechender Irrtum erregt worden sein.

Irrtum ist jede Fehlvorstellung über Tatsachen (BGH, StV 1994, 82; Joecks, § 263 Rn 47).

H hatte infolge der Erklärung des A geglaubt, dass dieser ein Motorrad verkauft und auch die Absicht habe, den entsprechenden Kaufpreis zu überweisen. H unterlag also einem täuschungsbedingten Irrtum.

## 3. Irrtumsbedingte Vermögensverfügung

H müsste infolge des Irrtums eine Vermögensverfügung vorgenommen haben.

Vermögensverfügung ist jedes Handeln, Dulden oder Unterlassen, das sich unmittelbar vermögensmindernd auswirkt (BGHSt 14, 170; Schönke/Schröder-Cramer/Perron, § 263 Rn 55).

H müsste also ein Verhalten vorgenommen haben, das sich unmittelbar vermögensmindernd auswirkte.

Insoweit ist allgemein anerkannt, dass eine Verfügung nicht unbedingt voraussetzt, dass das Vermögen des Opfers tatsächlich gemindert wird; auch eine bloße Gefährdung des Vermögens des Opfers kann für eine Verfügung (und auch für einen Vermögensschaden) ausreichen, sofern diese hinreichend konkret ist ("schadensgleiche" Vermögensgefährdung, vgl. BGH, wistra 1991, 307; 2003, 230; 2004, 60; Schönke/Schröder-Cramer/Perron, § 263 Rn 143 ff.; Tröndle/Fischer, § 263 Rn 94 ff.).

Hierzu führt der BGH im vorliegenden Fall aus: "[...] Das Landgericht sieht in der Herausgabe der Fahrzeugbriefe eine konkrete Vermögensgefährdung der Vorbehaltseigentümerin, weil es dadurch dem Angeklagten möglich gewesen sei, die Motorräder rechtswirksam zu übereignen.

Letzteres trifft jedoch nicht zu. Ein Kraftfahrzeugbrief ist kein Traditionspapier (BGH NJW 1978, 1854). Zur

Übertragung des Eigentums auf den Kunden bedurfte es nicht der Übergabe des Kraftfahrzeugbriefes. Der Angeklagte konnte im Rahmen eines normalen Geschäftsbetriebes den Kunden Eigentum an dem jeweiligen Motorrad verschaffen und hat dies ersichtlich auch bei vollständiger Kaufpreiszahlung getan. Er benötigte den Kraftfahrzeugbrief nur, um seinen eigenen vertraglichen Verpflichtungen vollständig nachkommen zu können, zu denen auch die Übergabe des Kraftfahrzeugbriefes an den Käufer gehört (vgl. hierzu Palandt/Weidenkaff, BGB, 66. Aufl., § 433 Rdn. 26 und § 952 Rdn. 7 m.w.N.). Der Kraftfahrzeugbrief diente nicht als Sicherheit dafür, dass der Angeklagte einem Dritten Eigentum nicht verschaffen konnte, sondern dafür, dass er den erhaltenen Kaufpreis an den Vorbehaltseigentümer abführte. Der Kraftfahrzeugbrief hatte daher für den bisherigen Eigentümer einen Vermögenswert, nämlich die Sicherung seiner Forderung gegenüber dem Angeklagten." Durch die Übergabe des Briefes verlor die H diese Sicherungsmöglichkeit, sodass die konkrete Gefahr eintrat, dass A den Kaufpreis nicht an H überweisen würde - was dann ja auch tatsächlich geschehen ist. Diese konkrete Gefahr stellt eine Vermögensminderung und somit eine Verfügung dar.

Da H auch auf Grund des Irrtums handelte, ist eine irrumsbedingte Vermögensverfügung der H gegeben.

## 4. Verfügungsbedingter Vermögensschaden

Bei der H müsste auch ein Vermögensschaden eingetreten sein.

Ein Vermögensschaden ist dann gegeben, wenn das Opfer nach der Verfügung weniger Vermögen besitzt als davor, was durch eine Gesamtsaldierung sämtlicher Vermögenswerte zu ermitteln ist (BGH, NStZ 1997, 32; Schönke/Schröder-Cramer/Perron, § 263 Rn 99). Da durch die Vermögensverfügung stets das Vermögen des Opfers gemindert wurde ist ein Vermögensschaden nur dann nicht gegeben, wenn diese Minderung durch die Erlangung eines Äquivalentes ausgeglichen wurde (Joecks, § 263 Rn 83).

Hier hat die H für die Vermögensminderung (s.o.) lediglich die Zusage des A erhalten, bald den Kaufpreis zu überweisen. Da der A jedoch gar nicht vorhatte, dieses Versprechen einzulösen, ist seine Zusage wertlos, sodass sie die von H erlittene Vermögensminderung nicht auszugleichen vermag. H hat also einen Vermögensschaden erlitten.

Da der Vermögensschaden der H auch unmittelbar aus der Verfügung resultierte, ist ein verfügungsbedingter Vermögensschaden gegeben.

## 5. Vorsatz

A handelte auch vorsätzlich.

## 6. Absicht rechtswidriger, stoffgleicher Bereicherung

A müsste in der Absicht gehandelt haben, sich oder

einem Dritten einen rechtswidrigen und stoffgleichen Vermögensvorteil, also eine Bereicherung, zu verschaffen.

#### *a. Bereicherungsabsicht*

A müsste zunächst die Absicht gehabt haben, sich oder einen Dritten zu bereichern.

A hatte die Absicht, sich selbst in den Besitz des Kfz-Briefes zu bringen, um es der H so unmöglich zu machen, ihren Anspruch gegen A auf Überweisung des Kaufpreises durchzusetzen. Dies stellt eine vermögensrechtliche Besserstellung, also einen Vermögensvorteil, des A und somit eine Bereicherung dar.

So sieht es auch der BGH: "Der Kraftfahrzeugbrief hatte daher für den bisherigen Eigentümer einen Vermögenswert, nämlich die Sicherung seiner Forderung gegenüber dem Angeklagten. Durch seine Täuschungshandlung hat sich der Angeklagte - wie beabsichtigt - um diesen Vermögenswert bereichert."

A hat also mit Bereicherungsabsicht gehandelt.

#### *b. Stoffgleichheit der beabsichtigten Bereicherung*

Die von A beabsichtigte Bereicherung müsste stoffgleich sein.

Die vom Täter beabsichtigte Bereicherung ist dann stoffgleich, wenn sie die Kehrseite des Schadens darstellt, d.h. wenn sie unmittelbar aus derselben Verfügung stammt, aus der auch der Schaden beim Opfer resultiert (BGHSt 6, 116; 21, 384; BayObLG, NStZ 2003, 264).

Der von A erstrebte Vorteil - der Verlust der Sicherungsmöglichkeit der H durch Erlangung des Kfz-Briefes (s.o.) - ist die Kehrseite des Schadens der H, da beide unmittelbar auf derselben Verfügung beruhen, nämlich der Übersendung des Kfz-Briefes.

Die von A beabsichtigte Bereicherung ist also auch stoffgleich.

#### *c. Rechtswidrigkeit der beabsichtigten Bereicherung*

Die von A beabsichtigte Bereicherung müsste auch rechtswidrig sein.

Eine (beabsichtigte) Bereicherung ist dann rechtswidrig, wenn sie gegen die Rechtsordnung verstößt, d.h. wenn der Täter keinen fälligen durchsetzbaren Anspruch auf die erstrebte Bereicherung hat (BGHSt 19, 206; Tröndle/Fischer, § 263 Rn 111).

A hatte keinen fälligen durchsetzbaren Anspruch auf die Überlassung des Kfz-Briefes, jedenfalls nicht ohne den Kaufpreis zu überweisen, was er jedoch nicht getan hat. Die von A beabsichtigte Bereicherung ist somit rechtswidrig.

#### *d. Vorsatz bzgl. Rechtswidrigkeit der Bereicherung*

Da es sich bei der Rechtswidrigkeit der beabsichtigten Bereicherung um ein objektives Tatbestandsmerkmal handelt, ist insofern Vorsatz erforderlich (BGH, NStZ 2003, 663; Joecks, § 263 Rn 119).

A wusste, dass er ohne Überweisung des Kaufpreises keinen Anspruch auf die Überlassung des Kfz-Briefes hatte, so dass er auch vorsätzlich bzgl. der Rechtswidrigkeit der von ihm beabsichtigten Bereicherung handelte.

A handelte also in der Absicht rechtswidriger und stoffgleicher Bereicherung.

#### *II. Rechtswidrigkeit und Schuld*

A handelte auch rechtswidrig und schuldhaft.

#### *III. Ergebnis*

A ist strafbar gem. § 263 I StGB.

*B. Strafbarkeit des A gem. § 266 I 2. Fall StGB z. N. d. H dadurch, dass A um die Überlassung des Kfz-Briefes bat und erklärte, er werde den Kaufpreis bald überweisen*

A könnte sich dadurch, dass er H gegenüber erklärte, er habe eines der Motorräder verkauft und werde den Kaufpreis bald überweisen und diese bat, ihm bereits vorab den Kfz-Brief auszuhändigen, wegen Untreue gem. § 266 I 2. Fall StGB zum Nachteil der H strafbar gemacht haben.

#### *I. Tatbestand*

§ 266 I 2. Fall StGB setzt zunächst voraus, dass der Täter kraft Gesetzes, behördlichen Auftrags, Rechtsgeschäfts oder eines Treueverhältnisses die Pflicht obliegt, die Vermögensinteressen des Opfers wahrzunehmen.

A müsste also eine entsprechende Vermögensbetreuungspflicht bzgl. des Vermögens der H haben.

Eine Vermögensbetreuungspflicht i.S.v. § 266 I StGB setzt voraus, dass dem Täter als wesentlicher Bestandteil - also Hauptpflicht - eines fremdnützigen Schuldverhältnisses die Pflicht zum Schutze fremder Vermögensinteressen obliegt und der Täter im Rahmen dieses Schuldverhältnisses auch einen wesentlichen Ermessensspielraum und eine gewisse Selbstständigkeit besitzt (BGH, NStZ-RR 2005, 83).

A hatte als Eigentumsvorbehaltskäufer von H Motorräder bezogen, die er entsprechend der Abrede mit H auch weiterveräußern sollte, wobei ihm die Kfz-Briefe aber nur ausgehändigt werden sollten, nachdem er den Kaufpreis an H abgeführt hatte. Ein Eigentumsvorbehaltskaufvertrag begründet jedoch keine Vermögensbetreuungspflicht des Eigentumsvorbehaltskäufers gegenüber dem Verkäufer, da die Betreuung fremder Vermögensinteressen beim Kaufvertrag (auch einem solchen unter Eigentumsvorbehalt) nur eine Neben- und keine Hauptpflicht darstellt (BGH, wistra 1987, 137; 1990, 305; OLG Düsseldorf, NJW 2000, 529).

Eine Vermögensbetreuungspflicht des A besteht somit nicht. A ist nicht strafbar gem. § 266 I StGB.

*Literaturauswertung**Öffentliches Recht*

<b>Autor/Titel:</b>	Dürr, Hansjochen: "Die Klausur im Baurecht"
<b>Fundstelle:</b>	JuS 2007, 521 (Heft 6)
<b>Inhalt:</b>	Dritter Teil eines umfassenden Beitrags zu Examensaufgaben im Baurecht. Im ersten Teil (JuS 2007, 328 ff.) wurde auf die Sicht des Bauherrn eingegangen (vor allem: Anspruch auf Erteilung einer Baugenehmigung), im zweiten Teil (JuS 2007, 431 ff.) ging es um nachbarrechtliche Abwehrensprüche. Dieser dritte und letzte Teil behandelt das Normenkontrollverfahren nach § 47 VwGO.

<b>Autor/Titel:</b>	Meßmann, Andreas: "Das Zusammenspiel von Versammlungsgesetz und allgemeinem Polizeirecht"
<b>Fundstelle:</b>	JuS 2007, 524 (Heft 6)
<b>Inhalt:</b>	Kleines Problemkompendium zu Art. 8 GG aus verwaltungsrechtlicher Sicht. Der Autor geht auf viele aktuelle Probleme des Versammlungsrechts (Vorfeldmaßnahmen, Gegendemonstrationen, Versammlungsbegriff, Einschreiten gegen nichtöffentliche Versammlungen u.v.m.) sehr anschaulich ein.

*Zivilrecht*

<b>Autor/Titel:</b>	Armbrüster, Christian: "Grundfälle zum Schadensrecht"
<b>Fundstelle:</b>	JuS 2007, 508 (Heft 6)
<b>Inhalt:</b>	Das Schadensersatzrecht ist in beiden Staatsexamina ein wesentlicher Prüfungsgegenstand im Zivilrecht. Insbesondere die Einordnung einzelner Schadensposten im Hinblick auf deren Erstattungsfähigkeit i.S.v. §§ 249 ff. BGB auf der Rechtsfolgenseite bereitet in Klausuren erfahrungsgemäß Probleme. In diesem Fortsetzungsbeitrag behandelt der Autor Einzelfragen, wie u.a. die Einordnung von entgangener Arbeitszeit, dem Kind als Schaden und Bußgeldausfälle sowie das Erfüllungsinteresse bei der c.i.c.. Lesenswert sind zudem die Ausführungen zur Kausalität, welche insb. im Deliktsrecht von erheblicher Bedeutung ist.

<b>Autor/Titel:</b>	Petersen, Jens: "Insichgeschäfte"
<b>Fundstelle:</b>	JURA 2007, 418 (Heft 6)
<b>Inhalt:</b>	Der Beitrag befasst sich mit der insbesondere im Stellvertretungswesen in Kombination mit dem Minderjährigenrecht klausurrelevanten Norm. An dieser Stelle zeigt sich in Klausuren, ob die Bearbeiter das Abstraktions- und das Trennungsprinzip vollständig durchdrungen haben. Der Autor beschäftigt sich zunächst mit der ratio legis der Norm. Ausführlich wird Stellung genommen zur teleologischen Reduktion des § 181 in Fällen der lediglich rechtlich vorteilhaften Geschäfte i.S.v. § 107 BGB. Lesenswert ist der Beitrag insbesondere auch deshalb, weil anschaulich die vom BGH vertretene Lehre der Gesamtbetrachtung dargetan wird.

<b>Autor/Titel:</b>	Würdinger, Markus; Pechartscheck, Ulf: "Der Vergütungsanspruch des Rechtsanwalts gegenüber seinem Mandanten"
<b>Fundstelle:</b>	JA 2007, 401 (Heft 6)
<b>Inhalt:</b>	Dieser Beitrag befasst sich mit den anwaltlichen Vergütungsansprüchen, wobei ein besonderes Augenmerk auf die neuere höchstrichterliche Rechtsprechung gelegt wird. Als Aufhänger wird der Anspruchsaufbau gewählt. Dies deshalb, weil auch der Vergütungsanspruch als solcher sich hervorragend als Gegenstand einer Klausur eignet. Lesenswert sind die Ausführungen zu den anwaltlichen Pflichten. Zudem bleiben auch Probleme der prozessualen Durchsetzung des Anspruchs nicht unberücksichtigt.

<b>Autor/Titel:</b>	Kleinbauer, Klaus: "Rechtshängigkeit im Zivilprozess"
<b>Fundstelle:</b>	JA 2007, 416 (Heft 6)
<b>Inhalt:</b>	Dieser Kurzbeitrag richtet sich insbesondere an Studenten in den ersten Fachsemestern. Kenntnisse im Zivilprozessrecht - jedenfalls in Grundzügen - werden von den Studenten sowohl in den KLAusuren als auch in der mündlichen Prüfung erwartet. Der Autor erklärt in leicht verständlicher Weise die Bedeutung der Rechtshängigkeit sowohl in materieller (z.B. § 292 BGB) als auch in prozessualer Hinsicht (z.B. § 261 III ZPO).

### *Strafrecht*

<b>Autor/Titel:</b>	Saliger, Frank: "Rechtsprobleme des Untreuetatbestandes"
<b>Fundstelle:</b>	JA 2007, 326 (Heft 5)
<b>Inhalt:</b>	Der Tatbestand der Untreue, § 266 I StGB, ist wegen seiner ungewöhnlichen Struktur und den zahlreichen dort enthaltenen Problemen häufiger, aber bei Kandidaten unwillkommener, Gegenstand von Examensaufgaben. Der Verfasser stellt in dem vorliegenden Aufsatz in einem groben gutachterlichen Schema anhand kurzer Beispielfälle klassische und aktuelle Probleme des Untreuetatbestandes dar und erläutert die entsprechenden Lösungsansätze der Rechtsprechung. Zur Vertiefung von Detailproblemen sinnvoll, leider vermag dieser Aufsatz kein anwendbares Aufbauschema zu vermitteln.

<b>Autor/Titel:</b>	Kühl, Kristian: "Die strafrechtliche Garantstellung - Eine Einführung mit Hinweisen zur Vertiefung"
<b>Fundstelle:</b>	JuS 2007, 497 (Heft 6)
<b>Inhalt:</b>	Voraussetzung für eine Strafbarkeit wegen eines unechten Unterlassungsdelikts ist gem. § 13 I StGB, dass der Täter "rechtlich dafür einzustehen hat, dass der Erfolg nicht eintritt". Der Täter muss also eine Garantstellung zum Schutze des verletzten Rechtsguts haben. Der Verfasser erläutert anhand des Merkmals der Garantstellung die Unterschiede zwischen echten und unechten Unterlassungsdelikten und die Einordnung der Garantstellung im Gutachten. Außerdem stellt er die verschiedenen anerkannten Fallgruppen von Garantstellungen dar. Entgegen dem Titel nicht nur eine Einführung, sondern eine Darstellung sämtlicher examensrelevanter Grundlagen.

<b>Autor/Titel:</b>	Kett-Straub, Gabriele: "Die Tücken der Heimtücke in der Klausur"
<b>Fundstelle:</b>	JuS 2007, 515 (Heft 6)
<b>Inhalt:</b>	Die Prüfung der Mordmerkmale, insb. der Heimtücke, ist häufiger Gegenstand von Examensaufgaben. Deshalb ist insofern eine Kenntnis auch von Detailproblemen ratsam. In dem vorliegenden Aufsatz stellt die Verfasserin die Besonderheiten dieses Mordmerkmals anhand der Definition dar und befasst sich intensiv mit problematischen Einzelfällen und der verfassungskonformen Auslegung dieses Tatbestandsmerkmals. Sehr lesenswert.